

Juhlajulkaisu Kimmo Nuotio 1959 – 18/4 – 2019

**Dan Frände – Dan Helenius – Heli Korkka –
Raimo Lahti – Tapio Lappi-Seppälä –
Sakari Melander (toim.)**

Juhlajulkaisu
Kimmo Nuotio
1959 – 18/4 – 2019

**Dan Frände – Dan Helenius – Heli Korkka –
Raimo Lahti – Tapio Lappi-Seppälä –
Sakari Melander (toim.)**

ISBN 978-951-51-5170-4

ISBN (PDF)

978-951-51-5004-2

DOI

10.31885/9789515150042

Taitto: Unigrafia Helsinki

2019



Tämä teos on lisensoitu Creative Commons Nimeä (CC BY) 4.0 Kansainvälinen -lisenssillä.

Sisällys

Kimmo Nuotio – oikeustiedettä ja yliopistotyötä laaja-alaisesti	6
Kirjoittajat.....	10
<i>Dan Frände – Claes Lernestedt</i>	
Hätävarjelu Ruotsissa ja Suomessa	12
<i>Dan Helenius</i>	
Mänskliga rättigheter som hinder för överlämning inom EU – en granskning av senaste tids rättspraxis	57
<i>Ari Hirvonen</i>	
Hämärä syntyakeisuus	80
<i>Tatu Hyttinen</i>	
Vihapuhe ja oikeuksien väärinkäytön kieltö.....	89
<i>Jaakko Jonkka</i>	
Oikeuskansleri ja rikosoikeus	112
<i>Juha Karhu</i>	
Oikeustieteilijä lain dramaturgina	144
<i>Minna Kimpimäki</i>	
Terrorismia vai jotain muuta – onko sillä jotain väliä?	161
<i>Heli Korkka</i>	
Laiminlyönnillä aiheuttamisen hypoteettisuus – kuinka epävarma on tarpeeksi varma?	183
<i>Raimo Lahti</i>	
Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä ja sen suhteesta oikeushenkilön rangaistusvastuuseen	201

<i>Tapio Lappi-Seppälä</i> "Rangaistukset vastaavat yleistä oikeustajua" – pohdintoja oikeustajun merkityksestä rangaistustason asettelussa	222
<i>Asko Lehtonen</i> Törkeä veropetos	249
<i>Pia Letto-Vanamo</i> Arviointia, luokittelua ja tasapainoilua – näkökulma oikeustieteellisen tiedekunnan arkeen	265
<i>Tuula Linna</i> Oikeudenmukaisen rankaisemisen ideaali ja reaali – tunnustaminen rangaistuksen lieventämisperusteena.....	275
<i>Mikael Lohse</i> Underrättelserätt	298
<i>Jussi Matikkala</i> Näkökohtia erityisistä virkavastuusäännöksistä	312
<i>Sakari Melander</i> Rangaistuskäytäntö ja sen muuttaminen rikosoikeudellisena erityiskysymyksenä	342
<i>Samuli Miettinen</i> Euroopan unionin jäsenvaltioiden välinen luottamus ja tunnustaminen: vastavuoroista vai keskinäistä?	371
<i>Johanna Niemi</i> Me vertaisarvioimme itsemme hengiltä	386
<i>Kati Nieminen</i> Mitä raiskauksen määritelmä kertoo oikeuskulttuuristamme?	394
<i>Annika Suominen</i> Att bli villkorligt frigiven vid en tidigare tidpunkt ingen mänsklig rättighet?	412
<i>Jussi Tapani</i> Jatkokäsittelylupa ja ennakkoratkaisuperuste	427

<i>Matti Tolvanen</i>	
Rikosvastuu tieliikenteen automaatiassa	447
<i>Per Ole Träskman</i>	
Aktsamhetsnormen vid oaktsamhetsbrott.....	467
<i>Kaarlo Tuori</i>	
Kriminalisoinnin ja dekrimalisoinnin perustuslaillisia reunaehtoja.....	484
<i>Terttu Utriainen</i>	
Haureuden harjoittamisesta suostumuksen puuttumiseen – seksuaalirikosten lyhyt historia.....	495
<i>Pekka Viljanen</i>	
"Valtuusto on poliisivapaa-alue" – vai onko sittenkään?	502
<i>Mikko Vuorenpää</i>	
Eräitä huomioita asianajajaisalaisuuteen perustuvista todistamiskielloista	521



Kuva: Veikko Somerpuro

***Dan Frände – Dan Helenius – Heli Korkka –
Raimo Lahti – Tapio Lappi-Seppälä –
Sakari Melander***

Kimmo Nuotio – oikeustiedettä ja yliopistotyötä laaja-alaisesti

1. Helsingin yliopiston rikosoikeuden professori Kimmo Nuotio täyttää 60-vuotta 18.4.2019. Kimmon yliopistollinen ura on poikkeuksellisen monipuolinen ja laaja-alainen niin tutkimuksellisesti kuin laajemmin yliopistollisesti, mikä kertoo jotakin olennaista myös Kimmon persoonasta.

2. Kimmo kirjoitti ylioppilaaksi Helsingin Suomalaisesta Yhteiskoulusta vuonna 1978. Oikeustieteen kandidaatiksi hän valmistui vuonna 1986 kirjoittaen syventävien opintojen tutkielmansa aiheesta ”Kausaalisuus rikosoikeuden ongelmana”.

Aihe on Kimmolle luonteenomainen kausaalisuuden ollessa aiheena vahvasti teoreettisesti ja filosofisesti latautunut. Lisensiaatintutkimuksessaan Kimmo syvensi samaa teemaa koskevaa tutkimustaan, ja hänen OTL-tutkimuksensa valmistui vuonna 1989 aiheesta ”Kausaalisuus ja syyksilukeminen rikosoikeuden järjestelmässä: Claus Roxin objektiivisesta syyksilukemisesta”. Oikeustieteen tohtorin tutkinnon Kimmo suoritti professori Raimo Lahden ohjauksessa vuonna 1998 ja samana vuonna hän puolusti väitöskirjaansa ”Teko, vaara, seuraus. Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista” (Suomalainen Lakimiesyhdistys 1998), joka on ilmestymisestään lähtien ollut ja edelleen on yksi suomalaisen rikosoikeuden keskeisiä tutkimuksia.

3. Yliopistollisen uransa Kimmo aloitti heti valmistumisensa jälkeen toimimalla Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa tutkijana vuosina 1986–1990. Rikosoikeuden assistenttina hän toimi ajalla 1990–1996, joskin suoritti vuonna 1991 tuomioistuinharjoittelun Helsingin käräjäoikeudessa. Jo ennen väitelyä Kimmo alkoi vuonna 1996 toimia tiedekunnan Vaasan yksikön johtajana, jota hän johti ensin apulaisprofessorina 1996–1998 ja professorina sen jälkeen vuoteen 2008 asti. Vuonna 2004 Kimmo nimitettiin oikeustieteen professoriksi, joka tehtävänä oli nimenomaan Vaasan yksikön johtajana toimiminen. Kimmon rooli oikeustieteellisen koulutuksen aseman vakiinnuttamisessa Vaasassa on ollut keskeinen. Vuoden 2008 elokuun alusta Kimmo on sen sijaan toiminut Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan rikosoikeuden professorina, missä tehtävässä hän edelleen toimii.

4. Kuten Kimmon tuntevat hyvin tietävät, Kimmon tutkijaprofilille on ominaista laaja-alaisuus ja monipuolisuus. Jo Kimmon varhaiset opinnäytteet ovat olleet leimallisesti oikeusteoreettisia ja oikeusfilosofisia, ja sama oikeusteoreettinen ja -filosofinen tutkimusote on edelleen luonteenomaista Kimmon tutkimustoiminnalle. Kimmon filosofista suuntautuneisuutta kuvastaa myös toiminta Suomen oikeusfilosofisen yhdistyksen puheenjohtajana vuosina 2001–2010. Laaja-alainen tutkimuksellisten näkemysten ammentaminen (oikeus)filosofisesta kirjallisuudesta on jättänyt Kimmon tuotantoon omaleimaisen jäljen, joka syventää rikosoikeudellisten kysymysten tarkastelua. Toisaalta kiinnostus teoreettisia ja filosofisia näkemyksiä kohtaan näkyy Kimmon tieteellisen tuotannon suuntautumisessa, jossa tarkastelun kohteeksi on valikoitunut aiheita lainsäädännön valmistelusta, Rudolf von Jheringistä, perusoikeuksien merkityksestä sekä eurooppalaistuvasta kriminaalipoliitikasta rikosoikeuden kulttuuriseen sensitiivisyyteen. Vieraita eivät Kimmolle ole olleet myöskään esimerkiksi poliittisen filosofian piirissä esitetyt

näkemykset, joiden kautta hän on hahmottanut erilaisiin poliittisen filosofian traditioihin sitoutuneelle rikosoikeudelliselle järjestelmälle ominaisia piirteitä.

5. Kimmon rikosoikeudellisessa tuotannossa näkyy myös vahva kansainvälinen ja eurooppalainen ulottuvuus. Kimmon tutkimustoiminta on ollut alusta alkaen kansainvälisesti suuntautuvaa. Perinteisesti rikosoikeudellista tutkimusta tekevät ovat vierailleet Freiburgin kansainvälisen ja vertailevan rikosoikeustieteen Max Planck -instituutissa ja Kimmo onkin toiminut instituutissa kahteen otteeseen vierailevana tutkijana (vuonna 1988 ja koko vuoden 1993). Vuosina 2000–2001 Kimmo toimi Firenzen European University Institutessa Jean Monnet -fellowna, millä oli tärkeä sijansa siinä, että Kimmo alkoi tuotannossaan tarkastella eurooppalaisen rikosoikeuden kysymyksiä. Kimmo olikin – Raimo Lahden ohella – ensimmäisiä suomalaisia rikosoikeustieteilijöitä, jotka alkoivat tuotannossaan käsitellä eurooppalaisen rikosoikeuden (etenkin EU-rikosoikeuden) kysymyksiä ja kontribuoida myös eurooppalaista rikosoikeutta koskevaan kansainväliseen keskusteluun siihen pohjoismaisia rikosoikeudellisia ja kriminaalipoliittisia näkökohtia mukaan tuoden. Keskeistä eurooppalaisen (rikos) oikeuden teoreettisten ulottuvuuksien tarkastelussa on ollut myös Kimmon toiminta professori Kaarlo Tuorin johtaman Suomen Akatemian rahoittaman Foundations of European Law and Polity Research -huippuyksikön varajohtajana vuosina 2008–2013. Kimmo on osallistunut aktiivisesti myös pohjoismaiseen rikosoikeudelliseen yhteistyöhön esimerkiksi osallistumalla aktiivisesti Nordisk Workshop i Straffrätt -seminaareihin. Pohjoismainen yhteistyö näkyy vahvasti myös Kimmon julkaisu-uutellossa. Sittenkin Kimmon kansainvälinen toiminta on laajentunut kattamaan yhä uusia maanosia ja hänen toiminnallaan on ollut keskeinen ja uraauurtava merkitys esimerkiksi suomalais-kiinalaisen oikeustieteen yhteistyön luomisessa. Kutsuttuja vierailuluentoja Kimmo on pitänyt useita, niin Euroopassa kuin Aasiassa.

6. Professorin tehtäviin kuuluu myös yhteiskunnallinen vaikuttaminen, ja Kimmo on toteuttanut tätä tehtävää erityisen aktiivisesti. Hän on usein kuultu asiantuntija eduskunnan eri valiokunnissa, minkä lisäksi Kimmon asiantuntemusta on hyödynnetty lukuisissa lainvalmisteluhankkeissa oikeusministeriössä, joko työryhmän jäsenenä tai lausunnonantajana. Kimmo on kantanut ansiokkaasti vastuuta myös ajankohtaisiin rikosoikeudellisiin kysymyksiin liittyvistä julkisista esiintymisistä ja hän on väsymättömästi jaksanut puolustaa mediassa rationaalista ja humaania kriminaalipoliittista linjaa sekä selostaa rikosoikeudellisen järjestelmämme toiminnan logiikkaa.

7. Yliopistotyössä keskeistä on opinnäytetöiden ohjaus ja akateemisten opinnäytetöiden tarkastajana toimiminen. Kimmolla on tässä suhteessa paljon kokemusta vastaväittäjänä toimimisesta niin Suomessa kuin esimerkiksi Ruotsissa tai Skotlannissa. Tohtorikoulutuksessa Kimmon panos on ollut laaja – eikä vain Helsingissä vaan valtakunnallisesti. Kimmo esimerkiksi toimi vuosina 2003–2006 valtakunnallisen oikeustieteen alan tutkijakoulun varajohtajana ja vuosina 2007–2011 saman tutkijakoulun johtajana.

8. Kimmon yliopiston ja akateemisen tiedeyhteisön hyväksi tekemä työ ei koostu yksinomaan tutkimuksellisista ansioista. Kimmo toimi Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan dekaanina vuosina 2010–2017. Tuona aikana yliopistojen toimintaympäristö muuttui merkittäväällä tavalla uuden yliopistolain tullessa voimaan samoin kuin yliopistojen rahoituksessa tapahtuneiden merkittävien muutosten vuoksi. Myös yliopistojen rekrytointipolitiikassa tapahtui tuona aikana merkittäviä muutoksia. Kimmo on tullut yliopistojohtajana tunnetuksi ennen muuta laaja-alaisena visionäärinä, joka tarttuu ennakkoluulottomasti tiedekunnan ja yliopiston hyväksi toteutettaviin kehittämishankkeisiin. Liiottelematta voidaan sanoa, että Kimmon dekaanikauden aikana Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta tuotiin nykyaikaan. Kimmon strategista näkemystä koko yliopistokentästä tarvitaan edelleen hänen toimiessa tällä hetkellä Suomen Akatemian strategisen tutkimuksen neuvoston puheenjohtajana.

9. Kimmon yliopistollista uraa leimaa ennakkoluulottomuus, laaja-alaisuus sekä Kimmon toiminnasta silminnähden paistava halu toimia yliopistoyhteisön hyväksi. Tämä työ on kestänyt vuodesta 1986 vuoteen 2019 ja jatkuu edelleen. Kimmon kyky innostua uusista haasteista – olivatpa ne sitten tutkimuksellisia tai muuten yliopistollisia – ei ole vuosien kuluessa hiipunut, pikemmin päinvastoin. Uusista haasteista innostuminen saattaa olla aidon laaja-alaisuuden välttämätön edellytys. Kimmon tieteellisessä tuotannossa ja yliopistollisessa toiminnassa se ainakin on näkynyt. Onnea, Kimmo!

KIRJOITTAJAT

Dan Frände, rikos- ja prosessioikeuden professori, Helsingin yliopisto

Dan Helenius, rikos- ja prosessioikeuden yliopistonlehtori, Helsingin yliopisto

Ari Hirvonen, yleisen oikeustieteen yliopistonlehtori, Helsingin yliopisto

Tatu Hyttinen, rikosoikeuden yliopistonlehtori, Itä-Suomen yliopisto

Jaakko Jonkka, dosentti, oikeuskansleri emeritus

Juha Karhu, velvoiteoikeuden professori emeritus, Lapin yliopisto

Minna Kimpimäki, rikosoikeuden professori, Lapin yliopisto

Heli Korkka, rikosoikeuden tutkijatohtori, Helsingin yliopisto

Raimo Lahti, rikosoikeuden professori emeritus, Helsingin yliopisto

Tapio Lappi-Seppälä, rikosoikeuden ja kriminologian professori,
Helsingin yliopisto

Asko Lehtonen, oikeustieteen professori emeritus, Vaasan yliopisto

Claes Lernstedt, rikosoikeuden professori, Tukholman yliopisto

Pia Letto-Vanamo, dekaani, professori, Helsingin yliopisto

Tuula Linna, prosessioikeuden professori, Helsingin yliopisto

Mikael Lohse, neuvotteleva virkamies (vv.), OTT, VT, sisäministeriö

Jussi Matikkala, lainsäädäntöneuvos, OTT, VT, rikosoikeuden dosentti,
oikeusministeriö

Sakari Melander, rikosoikeuden professori, Helsingin yliopisto

Samuli Miettinen, apulaisprofessori, Tallinnan yliopisto

Johanna Niemi, Minna Canth akatemiaprofessori, prosessioikeuden professori,
Turun yliopisto

Kati Nieminen, tutkijatohtori, Helsingin yliopisto

Annika Suominen, apulaisprofessori (rikosoikeuden yliopistonlehtori),
Tukholman yliopisto

Jussi Tapani, oikeusneuvos, korkein oikeus

Matti Tolvanen, rikos- ja prosessioikeuden professori, Itä-Suomen yliopisto

Per Ole Träskman, rikosoikeuden professori emeritus, Lundin yliopisto

Kaarlo Tuori, yleisen oikeustieteen professori emeritus, Helsingin yliopisto

Terttu Utriainen, rikosoikeuden professori emerita, Lapin yliopisto

Pekka Viljanen, rikos- ja prosessioikeuden professori emeritus, Turun yliopisto

Mikko Vuorenpää, prosessioikeuden professori, Lapin yliopisto

Hätävarjelu Ruotsissa ja Suomessa*

”Deficiente magistratu populus est magistratus”

1. Johdanto

Hätävarjelun käsitteen ajatellaan koskevan kuviota, joka yleisesti ottaen löytyy maailman useimmista rikosoikeusjärjestyksistä. Vaistomaisesti kuviota ajatellaan luultavasti melko universaalina myös toisessa suhteessa niin, etteivät vain käsite ja kuvio laajassa merkityksessä vaan myös sen *sisältö* ja *muotoilu* olisivat suhteellisen samanlaisia eri toimivalta-alueilla. Näin ei kuitenkaan voida sanoa olevan edes sellaisten oikeusjärjestysten välillä, jotka ovat monin tavoin läheistä sukua toisilleen mutta joissa voidaan erottaa suuria ja merkityksellisiä eroja.¹ Näin on laita Ruotsin ja Suomen eli jatkossa käsiteltävän kahden maan osalta (juuri tässä kysymys ei ole vain kahdesta rikosoikeusjärjestyksestä, jotka ovat läheisesti sukua toisilleen, vaan aikanaan oikeusjärjestykset olivat *yhtä*.)

Kun on tarkoitus tavalla tai toisella käsitellä yhtäläisyyksiä ja eroja eri rikosoikeusjärjestysten välillä juuri suhteessa hätävarjeluun, on usein tärkeää, että sallitaan ”vertailun” kattaa, sikäli kuin se on tehtävissä, laki, oikeuskäytäntö (ja erityisesti Pohjoismaissa) esityöt eli osatekijät, joita voimme kutsua suppeammassa merkityksessä ”voimassa olevaksi oikeudeksi”, minkä lisäksi huomioon tulee ottaa myös ideologiset punninnat ja yksilöä, yhteiskuntaa ja valtiota ja näiden välisiä suhteita koskevat olettamukset, jotka eksplisiittisesti tai implisiittisesti, suoraan tai välillisesti, kytkeytyvät näihin sääntelyihin. Sellainen ideologinen ajatusvaranto

* Artikkelin kirjoittajat haluavat yhdessä kiittää Eugen Schaumanin säätiötä, minkä lisäksi Claes Lernestedt tahtoo kiittää Torsten Söderbergin säätiötä ja Rikosuhrisäätiötä huomattavasta taloudellisesta tuesta. OTL Markus Wahlberg on kääntänyt koko nyt julkaistavan artikkelin ruotsista suomeksi.

1 Voidaan myös panna merkeille, että esimerkiksi jo se tapa (jos ei tarkemmin punnita asiaa), kuinka ”nödvarn” tai ”hätävarjelu” käännetään englanniksi termillä ”self-defence”, tuo myötään olennaisen merkitysmuutoksen. ”Self-defence” käsittelee periaatteessa vain tilanteet, joissa hyökkäyksen kohde puolustaa itseään, kun taas ”nödvarniä” Ruotsissa ja ”hätävarjelua” Suomessa voi harjoittaa hyökkäyksen kohteena lisäksi myös joku muu, joka käy toisen avuksi.

on eroinen mielenkiintoista sinänsä, mutta sillä on merkitystä myös siksi, että se voi eri tavoin vaikuttaa sääntelyn muotoiluun ja käytännölliseen soveltamiseen.

Tältä kannalta on ongelmallista, että hätävarjelua koskevaa ideologista keskustelua, joka on ollut historiallisesti tarkastellen hyvin intensiivistä pitkinä periodeina, voidaan nykyisin luonnehtia lähinnä vaimeaksi ja hiljaiseksi sekä Suomessa että Ruotsissa, ja näin on ollut jo vuosikymmeniä sitten. Ruotsissa sääntely on pysynyt pääosin muuttumattomana aina vuoden 1965 BrB:n voimaantulosta lähtien. Suomessa sitä vastoin hätävarjelen osalta toteutettiin sinänsä olennaisia lainmuutoksia melko tuoreella uudistuksella (joka tuli voimaan 2004), mutta myöskään tässä uudistuksessa ei esitetty erityisen paljon kattavampaa keskustelua, vaikka uudistus sisälsi muutoksia, joita tulisi vähintään pitää ideologisesti merkityksellisinä. Hätävarjelua on pidetty pitkän aikaa jonakin, joka on pantu merkille yleisessä yhteiskunnallisessa keskustelussa myös juristipiirin ulkopuolella. Näin on esimerkiksi katsottu vallitsevan suhteellisen suuren kuilun toisaalta Korkeimman oikeuden monta kertaa hienojakoisten tuomioiden ja toisaalta sen välillä, miten alioikeudet käsittelevät hätävarjeluväitteitä – mutta myös tältä osin on ainakin viime vuosikymmeninä vallinnut suhteellinen hiljaisuus.²

Yhdistävä noita väljyyksiä, jännitteitä ja ideologista keskustelua sitova lenkki (tai faktisesti ottaen sellaisen keskustelun *poissaolo* lainsäätäjän taholta), on se, että hätävarjelu on hyvin latautunut kuvio. Mutta tavallinen tapa tämän kuvaamiseksi (vaikkakaan ei ainoa tapa, ks. jakso 2), on hätävarjelu-oikeuden poikkeusluonne siitä väkivallan käytön monopolista, jonka muuten suuressa määrin katsotaan kuuluvan valtiolle ja sen tähän tarkoitukseen asetetuille viranomaisille (ensi sijassa poliisille). Tähän liittyvä tavallinen katsomustapa on, että hätävarjelu – poikkeuksena monopolista – on instituutti, jota on yleisellä tasolla *pidettävä ankarasti kurissa* yllä yhteiskunnan taholta. Yhteiskunnan tahto ankaraan kuriin voi periaatteessa manifestoitua usealla, keskenään erilaisella tavalla. Eräs sellainen tapa voi olla se, että sääntely asetetaan perustalle, joka suo eksplisiitesti vain ahtaan hätävarjelu-oikeuden. Toinen tapa voi olla, että esitöissä ja korkeimman oikeuden ratkaisuisissa esitetään vain suhteellisen vähän johtoa (siten, että

2 Aikaisemmista teemaa koskevista keskusteluista, ks. Ruotsin osalta esim. SOU 1934:56, s. 38 ss., Curt Blomqvist; Rätten till självförvar, Forum, 1972, Per-Edwin Wallén, Nödvarnrätten, del I Advokaten 1987 nr 3, s. 156–169, del II Advokaten 1987 nr 4, s. 253–266.

yksittäiselle tuomioistuimelle säilytetään suuri vallankäyttöalue, tarkoituksena, että tuomioistuin voi navigoida ”oikeaan” lopputulokseen yksittäistapauksessa).³

Seuraavassa esityksessä kaikkea – tai edes pientä osaa – mielenkiinnon kohdeesta ei voida käsitellä. Meidän on meneteltävä selektiivisesti kohdistamalla ensisijainen fokus johtaviin ja mielenkiintoisiin eroihin Ruotsin ja Suomen nykyisin voimassa olevissa sääntelyissä.

Suuremmat relevantit osa-alueet, kuten poliisin oikeus hätävarjeluun, on täytynyt jättää pois,⁴ samoin kuin paljolti myös historiallinen kehitys kummassakin maassa.⁵ Myös yleisen sääntelyn osalta olemme joutuneet olemaan hyvin selektiivisiä; siten edes kaikkia hätävarjelun tunnusmerkistön päätapauksia ei ole voitu ottaa kohtuulliseen käsittelyyn. Sellainen ideologisesti mielenkiintoinen kuvio kuten avunanto hätävarjeluun mainitaan vain muutaman kerran. Olemme suuntautuneet kysymyksiin, joissa maiden välillä vallitsee mielenkiintoisia eroja, välistä taas keskusteluihin, millainen ratkaisu tulisi ensisijaisesti valita.

Sen ymmärtämiseksi, mitä käsitellään jaksossa 3 ja sen jälkeen tulee tässä alustavasti huomauttaa, että nykypäivän ruotsalaisessa ja suomalaisessa oikeudessa käytetään erilaisia *rikoskäsitteitä*. Tietyt erot maiden välillä hätävarjelusääntelyssä voitaneen selittää tämän perusteella. Nykyisessä *ruotsalaisessa* oikeudessa vakiintunein rikoskäsite on neliosainen (riippuen siitä, millaista terminologiaa käytetään): objektiivinen eli tekoa koskeva puoli, joka muodostuu 1) tunnusmerkistön mukaisuudesta, 2) oikeudenvastaisuudesta (eli oikeuttavien olosuhteiden puuttumisesta), ja subjektiivisesta vastuuta koskevasta puolesta eli syyllisyydestä, jolla ymmärretään 3) tahallisuutta ja tuottamusta, ja 4) anteeksiantoperusteiden poissaoloa).⁶

Suomalaisessa oikeudessa voidaan vielä nykyisinkin lähteä traditionaalisesta sakalaisvaikutteisesta rikoskäsitteen kolmijaosta 1) tunnusmerkistön mukaisuuteen, 2) oikeudenvastaisuuteen (sellaisen olosuhteen poissaolo, joka tekee teon

3 Tähän on lisättävä ”ahdasta” hätävarjelu-oikeutta koskien, että nykyään tietyissä maissa (esim. USA:ssa ja Italiassa) näyttää tapahtuvan kehitystä pidemmälle menevän hätävarjelu-oikeuden suuntaan tietyissä erityistilanteissa (kuten kotiin liittyvissä tilanteissa). Lisäksi vallankäyttöalaa koskien tulee mainita, että vaikutelma, jonka kumpikin jaamme tutkittuamme korkeimpien tuomioistuinten hätävarjelua koskevaa käytäntöä Ruotsissa ja Suomessa on se, että pikemmin näytetään pyrittävän lyömään lukkoon niin vähän kuin mahdollista, ja näin luultavasti siksi, ettei rajoitettaisi turhaan yksittäisen tuomioistuimen vallankäytön alaa yksittäistapauksessa.

4 Tästä Ruotsin osalta ks. Johan Boucht, Polisjär vålds användning. En straff- och offentlig rättslig undersökning, Iustus 2011, Annika Norée, Laga befogenhet, Jure 2000; Suomen osalta Johan Boucht – Dan Frände, Suomen rikosoikeus. Rikosoikeuden yleisten oppien perusteet. Toinen painos. Poliisiammattikorkeakoulun oppikirjat 2019.

5 Suomen oikeuden osalta ks. Martti Majanen, Yksityishenkilön oikeudesta voimakeinojen käyttöön. Rikosoikeudellinen tutkimus. Suomalainen lakimiesyhdistys 1979, s. 17–22, 249–252. Ruotsin oikeuden osalta ks. SOU 1934:56, s. 7 ss. sekä SOU 1953:14, s. 387 ss.

6 Ks. Petter Asp – Magnus Ulväng – Nils Jareborg, Kriminalrättens grunder. Andra upplagan. Iustus 2013, s. 58 ss.

sallituksi), ja 3) syyllisyyteen (anteeksiantoperusteiden poissaolo). Kolmijakoisessa rikoskäsitteessä on 1990-luvun puolivälistä lähtien tapahtunut tietynlaista ”tyhjennystä” tunnusmerkistön mukaisuuden eduksi.⁷ Tahallisuus ja huolimattomuus (tuottamus) sijoitetaan nyt tunnusmerkistön mukaisuuteen. Tämä taas on saanut Tapani – Tolvasen ja Melanderin jakamaan rikoskäsitteen kahteen suurempaan luokkaan: vastuuperusteisiin ja vastuusta vapauttaviin perusteisiin.⁸

Esityksen jatko näyttää seuraavalta. Jaksossa 2 sanotaan muutama sana ideologiasta. Jaksossa 3 käsitellään valittuja osia hätävarjelusääntelystä kummassakin maassa. Ensisijainen fokus suunnataan tavallisimmin ilmeneviin hätävarjelutilanteisiin ja puolustettavuusarviointiin juuri niiden suhteen. Tätä seuraavat kaksi jaksoa koskevat muuta hätävarjeluun liittyvää sääntelyä: jaksossa 4 käsitellään niin sanottua hätävarjeluun liioittelua ja jaksossa 5 putatiivihätävarjelua. Jaksossa 6 tarjotaan sitten tiettyjä loppunäkökohtia.

2. Muutama sana ideologiasta

Ensisijainen syy siihen lataukseen, joka hätävarjeluinstituutiolla ylipäätään on, johtuu sellaisista olosuhteista, joita hallitsijat ja yhteiskunnat ovat historiallisesti pyrkineet torjumaan ja eliminoimaan – pyrkimyksistä, joita yksilön hätävarjelu-oikeus on periaatteessa uhannut vaikeuttaa. Kysymys on sekä sellaisesta, joka on aikajanalla *ennen* (mahdollista) hyökkäystä, että sellaisesta, joka on hyökkäyksen *jälkeen*. Jos aloitamme ajasta *ennen* hyökkäystä, niin historiallisesti tarkasteltuna etummainen ja yleinen pyrkimys on vallan taholta pyrkiä hillitsemään sitä, että ihmiset hyökkäävät toistensa kimppuun. Juuri suhteessa hätävarjelu-oikeuteen tästä seuraa tahto pitää tämä oikeus ajallisesti suppeana ”etukäteen” siten, että ei tahdota, että B hyökkää A:n kimppuun – äärimmäistapauksessa ehkä esimerkiksi

7 Dan Frände, Yleinen rikosoikeus. Toinen uudistettu laitos. Edita 2012, s. 9–10.

8 Jussi Tapani – Matti Tolvanen, Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. Toinen, uudistettu painos. Talentum 2013, s. 3 ja Sakari Melander, Rikosvastuun yleiset edellytykset. Tietosanoma 2016, s. 104–105. Tässä tulee lisäksi huomauttaa, että 1) yhtä hyvin suomalainen kuin ruotsalainenkin rikoskäsite on muuttunut vuosikymmenten varrella (mitä käsitellään Suomen osalta jaksossa 3) ja että 2) se tosiasia, että tietyn rikoskäsitteen voidaan sanoa olevan ”vakiintunut” tai ”vallitseva”, tuskin merkitsee ”täyttä” läpäisyvoimaa lainsäädännössä, ylioikeuksissa, alioikeuksissa tai doktriinissa.

etsiä A:n, jotta hyökkäisi tämän kimppuun – koska B odottaa, että A jossakin myöhemmässä vaiheessa tulee kohdistamaan B:hen hyökkäyksen.⁹

Mitä sitten tulee kysymykseen, mitä tapahtuu A:n hyökkäyksen *jälkeen*, pyrkimys on vuosisatoja ollut, että *kosto* tulee hävittää, (B hyökkää A:n kimppuun sen jälkeen, kun A:n hyökkäys on jo ohi) ja käsitellä A:n teko tehtävää varten asetettujen virkamiesten toimesta ja viime kädessä tutkimalla tuomioistuimessa.¹⁰ Jotta jotakin sellaista voidaan saavuttaa, on ainakin tietyissä suhteissa pyritty hävittämään tai joka tapauksessa kanavoimaan niiden oikeushyvien ja *tunteiden* ilmentyminen, jotka liittyvät koston kuviona.¹¹ Tämä johtaa periaatteessa siihen, että hätävarjelu oikeus pidetään ajallisesti suppeana siinä mielessä, että kyse tulee olla vain suhteesta johonkin *meneillään olevaan*. Kun A:n hyökkäys määritetään päättyneeksi, ei jäljelle jää mahdollisuutta sille, että B voisi rankaisematta käyttää väkivaltaa A:ta kohtaan paitsi ottaa tietyin edellytyksin A:n kiinni.¹²

Edellä mainittuihin epäilyksiin, jotka yhteiskunnan taholta kytkeytyvät hätävarjelukuvioon, liittyy myös ajatus siitä, että yhteiskunnalla – valtiovallan merkityksessä – tulee olla väkivaltamonopoli ja että tässä suhteessa vallitsee selvä *vastakohta* tai ainakin dikotomia toisaalta yleisen vallan haltijan (jota rikosoikeudellisissa yhteyksissä usein nimitetään *valtioksi*) ja sen virallisten edustajien, nyt erityisesti poliisin, ja toisaalta *yksilön* (ei-valtion) välillä.

Asiantilaa voidaan kuitenkin kuvata myös muulla tapaa. Valittava kuvaus riippuu peruskartasta tai taustasta, nyt esimerkiksi näkemyksestä yksilön, yhteiskun-

9 Tässä yhteydessä usein käytetty käsite on preventiivinen hätävarjelu usein osana väitettä "preventiivistä hätävarjelua ei saa käyttää". Itse asiassa voi kuitenkin olla epäselvää määritelläkö "preventiivinen hätävarjelu" 1) suhteessa vallitsevaan sääntelyyn (Ruotsin ja Suomen osalta "preventiivinen hätävarjelu" olisi sitä, mitä tehdään ennen kuin toinen tekee mitään, mikä voidaan määritellä "välittömästi uhkaavaksi hyökkäykseksi", tai 2) suhteessa johonkin tiettyyn sääntelystä erilliseen mittapuuhun (mikä merkitsisi esimerkiksi, että myös puolustautuminen välittömästi uhkaavaa mutta ei vielä aloitettua hyökkäystä vastaan tulisi määritellä "preventiiviseksi").

10 Ks. yleiskatsauksellisesti, Claes Lernerstedt, *Kriminalisering*. Iustus 2003, kap 2.

11 Vrt. sellaisia tunteita tai mielentiloja koskevaa keskustelua, jotka voidaan "hyväksyä" hätävarjeluun liioitteluväitteen yhteydessä, onko näissä oltava kysymys pelkästään "pelastamisesta" vai myös "vihastumisesta"; ks. jaksoa 4 tuonempana. Vrt. asiayhteydestä myös Stephen, jonka mukaan "(t)he sentence of the law is to the moral sentiment of the public in relation to any offence what a seal is to hot wax. It converts into a permanent final judgment what might otherwise be a transient sentiment ... In short the infliction of punishment by law gives definite expression and solemn ratification and justification to the hatred which is excited by the commission of the offence and which constitutes the moral or popular, as distinct from the conscientious, sanction of that part of morality which is also sanctioned by the criminal law ... The forms in which deliberate anger and righteous disapprobation are expressed, and the execution of criminal justice is the most empathic of such forms, stand to the one set of passions in the same relation which marriage stands to the other [sexual passions]." James Fitzjames Stephen, *A history of the criminal law of England*. Vol. II, Macmillan and co 1883, s 81.

12 Myös tässä suhteessa Suomen hätävarjeluun liioittelua koskeva vuoden 2004 lainuudistus on mielenkiintoinen; ks. jakso 4.

nan ja valtion suhteesta, josta kunkin harkinnat ovat lähtöisin.¹³ Ja hätävarjeluun liittyvät kysymykset ovat, ja niitä tulee siksi *tarkastella*, kysymyksinä, jotka tunkeutuvat syvälle poliittisen filosofian ytimeen. Kysymys on siitä, mitä meillä on yhteistä ja millä tavalla. *Jeremy Waldronin* mukaan:

”Hobbes and Locke discuss self-defense and self-preservation not as specialized topics in the philosophy of law but as pivotal issues in social and political theory. For Hobbes, self-preservation lies at the heart of the social contract; for Locke, self-defense lies at the heart of the theory of justified revolution. Both of them hold theories of self-preservation that have consequences running far beyond the criminal law, into more general issues about the nature and justification of political and economic systems. For this reason, they enable us to explore moral ramifications that might be left unconsidered in a purely legal context.”¹⁴

Oletetaan esimerkiksi, että A hyökkää nyrkein B:n kimppuun. Ideologisesti merkitykselliset kysymykset, joita syntyy ja joita pitää kysyä, kun historiallisesti ja maakohtaisen vertailevasti on annettu ja jatkuvasti annetaan erilaisia vastauksia, ovat lyhyesti seuraavat: kun A hyökkää B:n kimppuun ja B puolustautuu

(1) mitä B viime kädessä puolustaa: itseään vai rikosoikeusjärjestystä (vai osaltaan kumpaakin) ja

(2) missä ominaisuudessaan B puolustaa itseään yksilönä – lihasta ja verestä koostuvana eliönä vai valtion sijassa toimivana henkilönä, jonka kaikista maailmoista parhaimmassa säännönmukaisine viranomaisineen (nyt poliisi) olisi pitänyt olla paikalla ehkäsemässä A:n hyökkäys B:tä vastaan, mutta joka paikalla ei kuitenkaan voinut olla?

Kysymykseen, mitä B puolustaa (tai ensi sijassa puolustaa), itseään vai rikosoikeusjärjestystä (sitä kuin se on yhteiskunnan ylläpitämä), on yleisellä tasolla annettu erilaisia, historiallisesta ajankohdasta ja maantieteestä riippuvia vastauksia.

13 Osaa teemoista, joita käsitellään jakson loppuosassa, käsitellään myös artikkeleissa Claes Lernestedt, Är vi alla funktionärer? Om straffrättslig kosmologi och bland annat nödvärn, nöd och underlåtenhet att bistå nödställd. Teoksessa (toim. Karl Dahlstrand) Festskrift till Karsten Åström, Juristförlaget, 2016, s. 331–351, ja sama, Rätt att skada, plikt att hjälpa? Om den angripnes skyldighet att bistå den brottslige angriparen efter rättsenligt nödvärn, s. 664–680 teoksessa Dan Helenius ym. (toim.), Festskrift till Dan Frände, JFT 2–4/2017.

14 Jeremy Waldron, Self-Defense: Agent-Neutral and Agent-Relative Accounts, 88 California Law Review (2000), s. 711–749 (sit. s. 713).

Tässä voidaan mainita, että useissa entisissä itäblokin maissa nimenomaan *yhteisen* kohdistunut hyökkäys nostettiin etusijalle. Tämä näkemys oli vallitseva myös vähän vanhemmassa saksalaisessa oikeudessa; nykyään taas vallitseva mielipide lienee se, että B puolustaa sekä itseään että yhteiskunnan rikosoikeusjärjestystä, joskin ensi sijassa itseään.

Asiayhteyttä ei tule yksinkertaistaa liikaa, mutta käsitys, jonka mukaan B (lähinnä) puolustaa rikosoikeusjärjestystä, ei kovinkaan harvoin liity käsitykseen, että B (ensi sijassa tai kokonaan) tekee näin tietynlaisena virkaa tekevänä viranomaisena, kun taas käsitys, että B (ensi sijassa) puolustaa itseään, on usein yhteydessä käsitykseen, jonka mukaan B myös suuremmassa tai pienemmässä määrin tekee niin *itsenään* eli erillisenä yksilönä *ilman*, että hän omaksuisi jonkinlaisen sijaisaseman. Edellä luonnosteltu muodostaa kaksi äärimmäistä napaa tarkastelussa, joka selkiää vasta, kun kysymykset kärjistetään huippukohtaansa (mitä muuten ei miltei koskaan tapahdu); vastaavasti on tähän kytkeytyvän toisen kysymyksen osalta: ”kun rikos tehdään, mitä tai ketä vastaan rikos suuntautuu”? – tähän voidaan vastata, ja jossakin merkityksessä korrektistikin, monella tapaa.¹⁵ Kysymys kuuluu pikemmin: mikä kuvaus on arvioitava kaikkein adekvaateimmaksi.

Mitä edellä sanotusta tulee ottaa mukaan jatkoesityksessä? Olemme sitä mieltä, että monia asioita. Ensinnäkin maailmankuva, joka rakentuu vahvaan dikotomiaan toisaalta valtion ja toisaalta yksilön välillä – ja joka myös asettaa valtiollisen väkivaltamonopolin idean keskiöön –, käy parhaiten yhteen sen ajatuksen kanssa, että B *juuri* B:nä puolustaa omia erillisiä intressejään. Dikotomiaa on vaikeampi pitää yllä silloin, kun se asetetaan vasten kuvaa sellaisesta sijaisviranomaisesta, joka puolustaa rikosoikeusjärjestystä.¹⁶

Eri asia sen sijaan on, että katsontotapa, johon sitoudutaan edellä käsitellyissä kysymyksissä, tulee kohtuuden mukaan kytkeä myös siihen, mitä tarkoitetaan sääntelyn ilmaisemalla *tulee saada suojella* -perustelulla (ks. 3.2. jäljempänä). Jos (ensisijaisesti) ajatellaan valtion ja yksilön vastakohta-asetelman termein, ollaan tuskin kovinkaan taipuvaisia antamaan yksilön puolustaa intressejä, joiden

15 Ks. Claes Lernestedt, *Victim and Society – Sharing Wrongs, but in Which Roles?* *Criminal Law and Philosophy* 8 (2014), s. 187–203; Claes Lernestedt, *The Sounds of Silence. Some Reflections from elsewhere*. Teoksessa (toim. Urs Kindhäuser ym.) *Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*. Mohr Siebeck 2019, s. 763–787.

16 Vielä vaikeampaa tulee, josa otamme yhtälöön mukaan jokamiehen kiinniotto-oikeutta koskevan instituutin, jota käsitellään lyhyesti tuonempana jaksossa 3. Tällöin lienee vaikeata väittää, ettei kyse ole sijaisviranomaisuudesta: yksilö menee mukaan ja tekee (ja instituutin mukaan oikeutetusti) sen, mikä on alkuperäisesti poliisin tehtävä, ja näin myös tapauksissa, jotka eivät koske yksilöä itseään (eli tapauksissa, joissa hyökkäys kohdistuu toisen intresseihin.) Mielenkiintoista tässä on suhteellinen läheinen yhteys englantilaiseen oikeuteen sen suhteern, mitä me pidämme hätävarjeluna ja jokamiehen kiinniotto-oikeutena. Ks. Andrew Simester ym., *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*. 5th Ed. Hart Publishing. 2013, s. 782.

kantaja hän ei ole tai joista hän ei voi huolehtia (esim. intressejä, joita vastaan hyökätään valtiota ja viranomaisia vastaan kohdistuvilla rikoksilla.) Jos taas ajatellaan yksilöä potentiaalisena virkaatekevänä viranomaisena (ensisijaisena tai muuten) tavoittena edistää yhteiskunnan rikosoikeusjärjestystä, oltaneen taipuvaisempia siihen, että sallitaan myös valtion ja yleisön intressien saavan suojaa hätävarjelusäntelyllä.

Lisäksi on tosiasia, ettei vain hyökkäyksen kohteella, vaan kenellä tahansa toisella on oikeus puolustautua hätävarjelussa niin sanotulla avunannolla hätävarjeluun, mikä liittyy ideologiaan; yhden katsantotavan mukaan, a) kyse on meille yhteisestä rikosoikeusjärjestyksestä, jota puolustetaan, ja b) yksilöitä ajatellaan (potentiaalisina) virkaatekevinä valtion viranomaisina. Siksi ei ole kaukaa haettu, että kenellä tahansa on oikeus puolustautua hätävarjelulla. Jos taas edustetaan katsontotapaa, jonka mukaan a) yksilö puolustautuu b) *juuri* yksilönä, on tuskin yhtä selvää se, että (ja miksi) kullekin annetaan mahdollisuus edustautua tällä tavoin. Ideologiset aspektit tulee kohtuuden mukaan jollakin tapaa suhteuttaa myös tilanteeseen, jossa se, joka joutuu hyökkäyksen kohteeksi, ei halua tulla autetuksi paikalle tulevan kolmannen henkilön toimesta: jos se, mitä (ensi sijassa) puolustetaan, on rikosoikeusjärjestys, näyttää vähemmän luonnolliselta, että hyökkäyksen kohteen omalle asennoitumiselle annetaan merkitystä, kun taas jos se, mitä (lähinnä) puolustetaan, on hyökkäyksen kohde itse *tänä yksilönä*, niin vaikuttaa luonnollisemmalta, että tämä yksilö myös käyttää valtaa sen suhteen, tuleeko hyökkäys torjua vai ei.¹⁷

3. Hätävarjelu

”Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen.”

3.1 Voimassa oleva sääntely kummassakin maassa.

Yleisiä lähtökohtia

Nykyisin voimassa oleva ruotsalainen hätävarjelua koskeva sääntely BrB 24:1:ssä ja pääosin muuttumattomana BrB:n voimaantulosta lähtien 1965, kuuluu seuraavasti 1965¹⁸:

17 Tässä tarkoitetaan tilannetta, jossa hyökkääjän hyökkäyksen kohteelle tekemää ei voida oikeuttaa hyökkäyksen kohteen suostumuksella, kuten esimerkiksi törkeää pahoinpitelyä.

18 Käännös MW. Ks. esitöistä lähinnä SOU 1953:14, 1962:10 ja NJA II 1962, mutta myös SOU 1988:7 ja Prop. 1993/94:130. Myös muutama aikaisempi mietintö on mielenkiintoinen.: SOU 1923:9 ja SOU 1934:56.

”Teko, jonka joku tekee hätävarjelussa, on rikos vain, jos se on hyökkäyksen laatu, hyökkäyksen kohde ja muut olosuhteet huomioon ottaen sellainen, joka ei ole ilmeisen puolustamaton.”

Oikeus hätävarjeluun on käsillä

1. aloitettua tai välittömästi uhkaavaa rikollista henkilöön tai omaisuuteen kohdistuvaa hyökkäystä vastaan,
2. sitä vastaan, joka väkivallalla tai uhalla tai muulla tavoin estää omaisuuden takaisin ottamisen verekseltään,
3. sitä vastaan, joka on laittomasti tunkeutunut tai pyrkii tunkeutumaan huoneeseen, taloon, kartanoon tai alukseen,
4. sitä vastaan, joka kieltäytyy poistumasta asunnosta saatuaan siihen käs-kyn.”

Vastaava voimassa oleva *suomalainen* sääntely (RL 4:4 mom. 1), joka on ruotsalaisista sääntelyä huomattavasti uudempaa, kuuluu seuraavasti:

”Aloitettun tai välittömästi uhkaavan oikeudettoman hyökkäyksen torjumiseksi tarpeellinen puolustusteko on hätävarjeluna sallittu, jollei teko ilmeisesti ylitä sitä, mitä on pidettävä kokonaisuutena arvioiden puolustettavana, kun otetaan huomioon hyökkäyksen laatu ja voimakkuus, puolustautujan ja hyökkääjän henkilö sekä muut olosuhteet.”

Tämän lisäksi voidaan mainita pakkokeinolain 1:5, jossa säädetään laillisesta itseavusta, ja pakkokeinolain 2:2–3, jossa säädetään yleisesti kiinniotto-oikeudesta ja voimakeinojen käytöstä.¹⁹

Tässä voidaan vain lyhyesti mainita, että kun hätävarjelu ja hätävarjeluun liioittelu säännellään ruotsalaisessa oikeudessa eri pykälissä, niin ne säännellään suomalaisessa oikeudessa samassa pykälässä (RL 4:4:ää selostetaan tarkemmin jaksossa 4). Tämä voi mahdollisesti vaikuttaa siihen, miten näiden kahden suhde, lähinnä tällöin suhteellisen itsenäisyyden aste hätävarjeluun liioittelussa, tullaan näkemään.

Ylipäänsä hätävarjelusta voidaan sanoa, että hätävarjelu on *ruotsalaisessa* oikeudessa ”objektiivista” siinä mielessä, että se, mitä (itseään tai toista) puolus-

19 Ruotsalaisessa oikeudessa on sääntely koskien ns. jokamiehen kiinniottoa RB 24:7:ssä; sen toinen momentti kuuluu: ”Jos se, joka on tehnyt rikoksen, josta voi seurata vankeutta, tavataan verekseltään tai pakenemasta, kuka tahansa saa ottaa hänet kiinni. Jokainen saa myös ottaa kiinni sen, joka on etsintäkuulutettu rikoksesta. Kiinniotettu on viivytyksettä jätettävä lähimmälle poliisimiehelle.”

tava tilanteessa *tietää* tai *tahtoo*, on vailla merkitystä sen suhteen, onko rikosoikeudellisesti relevantti hätävarjelutilanne käsillä. Yksilön ei siis Ruotsin oikeuden mukaan tarvitse tietää, että jän toimii hätävarjelutilanteessa²⁰ eikä myöskään (yksilön sisäisen) tarkoituksen puolustusteossa tarvitse olla hyökkäyksen torjumisen²¹. Näin ollen ruotsalainen sääntely eroaa monen muun maan (myös Suomen, ks. alempana) sääntelystä, ja on syytä keskustella siitä, onko Ruotsin voimassa oleva sääntely (esimerkiksi moraalisesti) tyydyttävää. Tapauksia, joissa se, joka on joutunut hätävarjelutilanteeseen eikä ole tästä tietoinen tai epäilee, että kyseessä on hätävarjelutilanne, ei esiintyne useasti²², kun taas tapaukset, joissa puolustusteon sisäinen vaikutin on kokonaan tai osittain muu kuin tahto torjua hyökkäys, lienevät huomattavasti tavallisempia.

Suomen oikeudessa on tässä suhteessa tiettyjä eroja. Vuoden 2004 muutosten jälkeen ei lakitekstin (RL 4:4 1 mom.) mukaan enää (kuten aikaisemmin) edellytetä, että puolustusteko tapahtuu suojelutarkoituksessa. Muutoksen esittöiden mukaan sellainen tarkoituksivaatimus kuitenkin pätee edelleenkin, minkä katsotaan käyvän esiin lakitekstin vaatimuksesta, että puolustusteon tulee olla tarpeellinen hyökkäyksen torjumiseksi.²³ Doktriinissa on kuitenkin katsottu, että sanottu vaatimus pitää tulkita vain tiedoksi hätävarjelutilanteesta siten, että sen, joka toimii hätävarjelussa, tulee pitää varsin todennäköisenä, että käsillä on hätävarjelutilanne. Mitään puolustautumistahtoa koskevaa oikeuskäytäntöä ei ole, mikä johtunee siitä, että sellaisen tahdon puuttumista on periaatteessa mahdotonta käytännössä todistaa.²⁴

Lisäksi on sanottava, että sekä ruotsalaisessa että suomalaisessa oikeudessa hätävarjelututkiminnan ajatellaan ainakin periaatteessa koostuvan kahdesta *erillisestä osasta* (joskin Suomessa on hieman epävarmaa, miten osaa 2 tulee nimittää ja jäsentää, ks. jakso 3): 1) sen tutkiminen, oliko käsillä (lainkaan) hätävarjelutilannetta ja 2) puolustettavuusarvioinnista. Ero piilee siinä, että ensimmäinen osa

20 Ks. esim. NJA 1994 s. 48.

21 Ks. esim. NJA 1999 s. 460.

22 Tilanne voi olla sinänsä myös se, että syytetty oli tietoinen hätävarjelutilanteesta muttei sen sijaan sen koko laajuudesta tai vaarallisuudesta. Näin oli asia eräässä merkille pantavassa, suhteellisen uudessa Skänen ja Blekingen hovioikeuden ratkaisussa, tuomio 2017-02-01 B 1928-16 (Vallåkra). Syytetty oli tietoinen kahdesta henkilöstä hyökkävällä puolella; nämä kummatkin, jotka seisivat syytetyn talon ovelta, olivat rikkoneet ovesta ruudun ja kohdistivat uhkauksia syytetyyn. Syytetty ampui ja tappoi nämä henkilöt. Se, mistä syytetty ei ollut tietoinen oli, että myös eräs kolmas henkilö oli paikalla talossa ja hätävarjeluteon tapahtuessa tämä henkilö oli matkalla sisään tai jo sisällä talon kellarissa. Kellarista johtivat raput yläkerrokseen siten, että tämä kolmas henkilö, jos hän olisi noussut portaat, olisi saattanut pudota syytetyn selkään. Tämän kolmannen henkilön olemassaololle, josta siis syytetty ei ollut tilanteessa tietoinen, tuomioistuimet antoivat kuitenkin vain minimaalisen merkityksen: yhta vähän käräjäoikeus kuin hovioikeuskaan ei tuntunut antaneen asiantilalle painoa puolustettavuusarvioinnin perusteena. Ei ole mahdotonta, että kysymys oli juuri siitä, ettei syytetty ollut tietoinen kolmannen henkilön olemassaolosta.

23 HE 44/2002 vp, s. 118

24 Ks. esim. Tapani – Tolvanen 2013, s. 324.

– kysymys, oliko käsillä hätävarjelutilannetta – ratkaistaan ensin ilman yhteyttä toiseen osaan.²⁵ Kuten muutamain paikoin jatkoesitystä ilmenee, ei kuitenkaan aina ole ilmeistä, missä tulkinnan osassa erilaisilla faktisilla vaatimuksilla tulee olla sijansa.

Nykyisin ja jo muutama vuosikymmen sitten vastuuvapausperusteista puhutaan usein toisaalta oikeuttavien olosuhteiden ja toisaalta anteeksiantoperusteiden käsitteitä käyttäen. Ruotsin rikosoikeudessa tämä kielenkäyttö on lyönyt suhteellisen voimakkaasti läpi. Hätävarjelun suhteen se ei kuitenkaan vaikuta kaikkein sopivimmalta. Kuten BrB 24:1 1 momentista ilmenee, hätävarjelussa vapaasti toimii se, jonka hätävarjeluteko ei ole ollut ”ilmeisen puolustamaton”. Periaatteessa tämä merkitsee kielellisesti sitä, että myös tietyt teot, jotka ovat ”puolustamattomia”, voivat olla tällä perusteella ”vapaita” sikäli kuin ne eivät ole ”ilmeisen” puolustamattomia. On mitä epäilyttävintä, voidaanko jokin ”puolustamaton” olla ”oikeutettua”. Adekvaatimpi käsite tässä yhteydessä – laajempine ja siksi vähemmän velvoittavine sisältöineen – olisi ”oikeudenmukainen” tai ”sallittu”.²⁶

3.2. Hätävarjelutilanteita

3.2.1 Johdanto – keskittyminen tavallisimmin esiintyvään tilanteeseen

Ruotsin ja Suomen oikeudessa tavattavat hätävarjelutilanteet vastaavat laajasti ottaen toisiaan. Keskityimme seuraavassa tiettyihin aspekteihin kaikkien useimmiten esiintyvässä tilanteessa, eli siinä, mitä ruotsalaisessa oikeudessa luonnehditaan ”aloitetuksi tai välittömästi uhkaavaksi rikolliseksi hyökkäykseksi henkilöä tai omaisuutta vastaan”: a) niihin intresseihin, joita suojataan, b) missä määrin rikoskäsitettä *hyökkääjän* tarvitsee täyttää, jotta hätävarjelu-oikeus on käsillä, c) tiettyihin hätävarjelutekoon liittyviin kysymyksiin, ja d) puolustettavuusarviointiin.

25 Mahdollisesti voitaisiin myös se, mikä ilmaistaan SOU 1953:14, s. 395, ilma-aluksen päällikköä koskevina esimerkkeineen tulkita niin, ettei tiheitä laukauksia tarvitse aina olla käsillä, mutta sellainen tulkinta tuntuu osittain kaukaa haetulta, osittain taas esimerkkiä sellaisenaan voidaan tuskin pitää voimassa olevan oikeuden ilmauksena. Vrt. myös Boucht 2011, s. 303.

26 Suomen RL:ssa lainsäätäjät käyttävät käsitettä ”sallittu” siitä, mikä on oikeutettua. Anteeksiantoperusteissa lainsäätäjät puhuu siitä, että tekijä on rangaistusvastausta vapaa.

3.2.2 Mitä ja kenen intressejä suojellaan?

Ruotsalaisessa oikeudessa edellytetään, jotta BrB 24:1:n 2 momentin mukainen hätävarjelutilanne olisi käsillä, *henkilöön* tai *omaisuuteen* kohdistuvaa rikollista hyökkäystä.

Yleiset ja valtion intressit katsotaan kuuluviksi pääasiassa hätävarjelu-oikeuden ulkopuolelle. Tämä ei kuitenkaan päde silloin, kun hyökkäyksen kohteena on omaisuus. (ks. kohta jäljempänä). Näkökanta, jonka mukaan yleiset intressit kuuluvat hätävarjelu-oikeuden ulkopuolelle, näyttää olleen jo pitkän aikaa lähinnä itsestäänselvyys. Sellaisia intressejä koskien (käsite tulee tässä ymmärtää merkityksessä ”rikokset valtiota vastaan” ja rikokset ”yleistä oikeusjärjestystä vastaan” ilmaistiin BrB:n ehdotuksessa vain hyvin lyhyesti ilman kysymyksen perustelemista *miksi*, seuraavasti:

”Såsom kommittén framhållit är angrepp mot allmänna intressen uteslutna från nödvärnsområdet; dessa intressen skyddas enligt reglerna om offentligrättslig befogenhet att öva våld eller om nöd ... [J]ag [vill] emellertid understryka, att angrepp på sådan egendom som tillhör stat eller kommun eller annat allmänt organ bör anses falla under nödvärnsreglerna. En stats-tjänsteman som har kronan tillhörig egendom under sin vård äger sålunda, om egendomen angripes, tillgripa nödvärn enligt nu förevarande bestämmelse.”²⁷

Myöskään BrB:n voimaantulon jälkeen kuluneena aikana ei ole tässä suhteessa tapahtunut muutosta.

Suomalaisessa oikeudessa asiat näyttävät radikaalisti toisenlaisilta. RL 4:4 1:n sääntely ei aseta mitään rajoituksia sen suhteen, mille suojeluintresseille (ja intressinkantajille) periaatteessa annetaan suojaa oikeudettomia hyökkäyksiä vastaan. Tämä oli uutuus vuoden 2004 muutoksissa: sitä ennen vallalla oli käsitys, että tuolloin voimassa oleva tunnusmerkki ”itseään tai toista tai omaansa tai

27 Prop 1962:10, s. B 327 s. Käytännössä on tuskin mahdollista erottaa omaisuutta, joka on yleistä yksityisestä. Mahdollisesti tämän vuoksi on koettu pakotetuksi tehdä tämä ero siitä, mikä on ajateltu lähinnä annettuna lähtökohtana eli että vain yksityisiä intressejä tulee voida suojella hätävarjellulla. Sitaatissa mainittu ”komitea” on rikosoikeuskomitea, joka rikoskaariehdotusta koskevassa mietinnössä ei lausunut paljoakaan enempää kuin mitä sanottiin yllä mainitussa ehdotuksessa, eikä myöskään esittänyt perusteluita. Ks. SOU 1953:14, s. 392. Eräissä aikaisemmassa mietinnössä SOU 1923:9, s. 159, rikoslakikomisio lausui kysymyksestä seuraavaa: ”Kommissionen har ... ansett, att nödvärnsområdet bör utsträckas så, att varje enskild rätt skall kunna försvaras med nödvärn, för så vitt förutsättningarna härför jämväl i övrigt äro för handen. Däremot är, enligt kommissionens uppfattning, den av flertalet utländska lagförslag intagna ståndpunkten att låta nödvärnsområdet omfatta jämväl brott mot allmän rätt icke genomförbar. Här bör i stället under vissa förutsättningar rätt till ingripande på grund av nödfall inträda. Att medgiva nödvärn till avvärijande av religionsbrott eller av ett djurplågeri, som icke innebär angrepp å egendom, skulle svårigen kunna försvaras.” Sitä, *miksi* sellaisen puolustaminen olisi vaikeaa, ei selitetä.

toisen omaisuutta” tuli ymmärtää laajasti ottaen yksityisiksi intresseiksi vastaten suunnilleen vastaavaa nykyistä ruotsalaista sääntelyä (ja samoin poikkeuksin omaisuuden osalta).²⁸ Kun tämä tässä suhteessa perusteellinen muutos piti perustella, ei näyttänyt siltä, että sille olisi esitetty suurempia yhteiskuntaideologisia vaihtorahoja, mikä olisi kyllä edellä esitetyn 2 jakson valossa ollut mahdollista.

Jatkossa tuleekin erottaa syyt sille, miksi muutos katsottiin *mahdolliseksi viädä läpi*, samoin kuin sille, miksi muutos katsottiin *toivottavaksi*. Syy muutoksen katsomiseen mahdolliseksi näytti olevan samanaikainen yleisen *suhteellisuuden*, intressipunninnan ja puolustettavuusarvioinnin vaatimuksen säätäminen.

”Keskittyminen vain tärkeimpiin ja yksilöä kiinteimmin koskettaviin oikeushyviin on ollut perusteltua ottaen huomioon voimassa olevan hätävarjelusäännöksen sanamuodon suomat vahvat voimankäyttövaltuudet. Siirtyminen absoluuttisesta hätävarjeluoikeudesta intressipunnintaan nojaavaan sääntelyyn asettaa kuitenkin näin tiukan rajauksen tarpeellisuuden kyseenalaiseksi. Myös rikoslain suojaamien intressien laajentuminen antaa aiheen tarkistaa hätävarjelulla suojattavien etujen piiriä. Suojaa kaipaavista yksilöä välittömästi tai välillisesti koskevista intresseistä voidaan mainita esimerkiksi intimitteetti ja yksityisyys, tieto eri muodoissa ja immateriaalioikeudet (kuten tekijänoikeus). Toiseksi rikoslailta suojataan yhä laajemmin myös yhteisöllisiä ja kollektiivisia intressejä (ympäristö, luonto ja kulttuuriarvot), joille myös voi olla poikkeuksellisesti tarve antaa suojaa myös hätävarjeluteo-oin. Tapahtumassa oleva vakava ympäristörikos, valtion ulkoista tai sisäistä turvallisuutta uhkaava hanke tai vakavasti liikenneturvallisuutta vaarantava teko voivat edellyttää voimatoimia rikoksen ja vahinkojen estämiseksi”.

Myös jatkossa kuitenkin ajateltiin (ja ajatellaan), että hätävarjelukuvion ydin on suojassa yksityisten intressien loukkaamista vastaan.

”Hätävarjelu on edelleen keino ennen kaikkea yksilön perusoikeuksien, lähinnä fyysisen turvallisuuden ja hyvinvoinnin suojaamiseksi oikeudettomia hyökkäyksiä vastaan. Tarpeelliset rajoitukset hätävarjeluoikeuden käytölle saadaan säännökseen sisältyvistä muista edellytyksistä, ennen kaikkea arvi- oitaessa hätävarjeluteon puolustettavuutta. Myös se, että hätävarjelu edellyt-

28 ”Julkisten etujen taikka yhteisöllisten oikeushyvien suojelu ei hätävarjeluin ole sallittua. Poikkeuksena tästä on kuitenkin julkinen omaisuus: sen anastamis- tai vahingoittamisyrityksiin on lupa puuttua yleisen hätävarjeluoikeuden nojalla. Yksilöä koskevista oikeushyvistäkin hätävarjelulla suojattavia ovat vain henki, terveys, vapaus, omaisuus, ruumiillinen koskemattomuus, johon sisältyy muun muassa terveys ja seksuaalinen itsemääräämisoikeus, ja kotirauha.” HE 44/2002 vp, s. 112.

tää puolustautumista hyökkäystä vastaan, sulkee jo kielellisesti hätävarjelun piiristä osan kaikkein lievimpiä ja kohteeltaan epämääräisiä loukkauksia.”²⁹

Syy suojeluintressien muutoksia ja niiden kantajaa koskien näyttää siis olleen yhdistelmä kahdesta: *osittain* rangaistavaksi määrätyn alan muutoksista (niin että myös yleiset tai yhteiset intressit katsotan yhä suuremmissa määrin rikosoikeudellisen suojan alaiseksi), mikä johti siihen, että muutos katsottiin periaatteessa toivottavaksi,³⁰ *osittain* suhteellisuusvaatimus (puolustettavuus) asettamalla, sillä seurauksella, että myös tarpeelliset hätävarjeluteot voivat olla sellaisia, joita ei voida puolustaa. Perustava ajatus liene ollut, että ne intressit, jotka jo ennen vuoden 2004 muutosta saivat hätävarjelusääntelyllä suojaa, edelleenkin ovat tärkeimpiä intressejä. Jatkossa tämä tulisi merkitsemään, että monet valtiolliset/yleiset eli ei yksityiset) intressit, joille vuoden 2004 jälkeen annetaan suojaa, katsotaan *joko* vähemmän tärkeiksi suojella hätävarjelusääntelyllä *tai*, tiettyjä niistä koskien (esim. valtion pysyvyys), että vaikka *intressi on sinänsä* erittäin tärkeä, tulee aiheutetusta vahingosta yksittäistapauksessa harvoin vakava, minkä vuoksi yksittäistapauksessa vain suhteellisen vähäisiä hätävarjelutoimenpiteitä tullaan pitämään puolustettavina. Näin muutos myös katsottiin toteutettavissa olevaksi.

Meidän on kuitenkin tässä johtopäätöksenä ja yhteenvedona huomautettava, että eräässä keskeisessä kysymyksessä, jossa kummatkin maat eroavat merkittäväällä tavalla, tarjoutuu vain vähän (lähinnä ei mitään) selitystä sille, että ruotsalaisella oikeudella on *lähtökohtansa*, ja itse asiassa (eksplisiittiset) selityksensä sille, että Suomi muutti *oman* sääntelynsä (myös ideologisessa suhteessa) varsin perusteellisella tavalla. Kun ideologisesti kytkeytyviä syitä ei ole selvästi nostettu esiin, ei ole myöskään helppo keskustella siitä, mille lähtökohdalle tulee antaa etusija, mutta jos jotakin tulee sanoa, niin tästä seuraa ottaen huomioon sen näkemyksen yksilön, yhteiskunnan ja valtion suhteesta, jonka voidaan sanoa lei-

29 HE 44/2002 vp, s. 115. Samassa yhteydessä voidaan todeta myös se, että vuoden 2004 sääntelyn muutosten jälkeen myös sellaiset kunnianloukkaukset, joita voi luonnehtia verbaalijurioiksi, kuuluvat periaatteessa sääntelyn alaisuuteen. ”Tehdyn muutoksen myötä myös kunnia sekä yksilön intimitteetti nauttivat periaatteessa hätävarjellulla ylläpidettävää oikeussuojaa. Kunnian sulkeminen hätävarjelupiiriin ulkopuolelle oli absoluuttisen hätävarjelu-oikeuden järjestelmässä tavallaan johdonmukaista. Loukkaajaa nyrkillä lyöneen väitettä, jonka mukaan toimi oli välttämätön loukkausten lopettamiseksi, olisi ollut vaikea kiistää. Suhteellisen hätävarjelu-oikeuden mukaan puolustuksen välttämättömyys ei enää ole ratkaiseva, vaan tilanne arvioidaan kokonaisuutena. Ihmisten on voimatoimiin ryhtymättä siedettävä arvostelua, myös kunnialle käyviä lausumia. Voimatoimet maineen puolustamiseksi ovat ani harvoin tilanne kokonaisuutena arvioiden puolustettavia.” HE 44/2002 vp, s. 115.

30 Katsottiin siis yksinkertaisesti, että myös yhteiset intressit ovat tärkeitä suojella (kriminalisoinnilla ja siihen kuuluvalla) rikosoikeudella, ja – kuten voidaan olettaa – että näin oli periaatteessa luonnollinen askel suoda myös sellaisille intresseille lisäsuojaa hätävarjeluinstituutilla.

maavan kumpaakin maata, että suomalainen lähtökohta on luonnollisempi kuin ruotsalainen.³¹

3.2.3 ”Rikollinen” vai ”oikeudeton” hyökkäys

Myös kysymyksessä, mitkä rikoskäsitteen mukaiset vastuuedellytykset *hyökkääjän* tulee täyttää, jotta hätävarjelu oikeus olisi käsillä, maat eroavat toisistaan. *Ruotsin* oikeuden mukaan vaaditaan ”rikollista” hyökkäystä.³² Tämä tulkitaan niin, että jotta hätävarjelu oikeus olisi käsillä, hyökkääjän täytyy täyttää kaikki rikoskäsitteen mukaiset edellytykset. Jos siis *jossakin kohtaa* edellytys jää täyttymättä vastuun syyksilukemisessa, (tunnusmerkistön mukaisuus, oikeuttavat olosuhteet, tahallisuus/tuottamus, anteeksiantoperusteet), puuttuu mahdollisuus hätävarjelu oikeuteen kyseisessä kohtaa. Sille, joka joutuu sellaisen hyökkäyksen kohteeksi, joka *ei* täytä rikoskäsitteen kaikkia vaatimuksia, mutta jonkinlainen puolustustoimenpide on kuitenkin tarpeen (mikä voi ilmetä useinkin), jää mahdollisuudeksi vedota pakkotilaan. (BrB 24:4.)

Sitä vastoin *suomalaisessa* oikeudessa *ei* vaadita, että hyökkääjä hyökätessään täyttää kaikki rikoskäsitteen mukaiset vaatimukset, jotta hätävarjelu oikeus olisi käsillä. Sillä, että hyökkäyksen tulee olla oikeudeton, ymmärretään sitä, että sen on oltava rikostunnusmerkistön mukainen teko, joka ei kuitenkaan ole oikeudenmukainen. Sitä vastoin *ei* vaadita, että hyökkääjä täyttää (suomalaisen terminologian mukaisen) syyllisyysvaatimuksen.³³ Tästä seuraa, että hyökkääjä, joka jonkin anteeksiantoperusteen nojalla (esim. siksi, ettei hän voinut mieltänsä malittaa tai että hän toimi oikeuserehdyksen vallassa), vapautuu vastuusta, vaikka häneen voidaan kohdistaa hätävarjelutilanteessa väkivaltaa. Oikeudettomuutta

31 Asiayhteydestä voidaan mainita, että Norjassa hätävarjelu oikeus on kaikkien intressien ja niiden kantajien suojaksi. Ks. Linda Gröning – Erling Johannes Husabø – Jørn Jacobsen, Frihet, forbrytelse og straf. Fagbokforlaget 2016, s. 447. Myös Tanskassa hätävarjelua voidaan käyttää ”kaikkien olennaisten yleisten yhteiskuntaintressien suojaksi, kuten esim. vakoilua vastaan. Ks. Vagn Greve ym., Kommenteret straffelov. Almindelig del. 10. p. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2013, s. 210.

32 Käsite lanseerattiin – suurin piirtein kommentoimatta – BrB ehdotuksessa, ks. prop. 1962:10 B, s. 328.

33 Esitöissä tämä ilmaistaan seuraavasti: ”Myös oikeudettomuutta koskeva vaatimus säilyisi entisellään. Ei edellytetä, että hyökkäys olisi myös rangaistava. Hätävarjelu on siten edelleen periaatteessa sallittu torjuttaessa esimerkiksi lapsen, mielisairaana tai erehdyksen vallassa toimineen hyökkäystä.” HE 44/2002 vp, s. 116. Edellä jaksossa 1 on keskusteltu suomalaisesta rikoskäsitteestä. On käynyt selville, että nykyisessä doktriinissa tunnusmerkistön mukaisuudella katsotaan olevan sekä objektiivinen että subjektiivinen puoli. Viimeksi mainittuun kuuluu tahallisuuden tai huolimattomuuden vaatimus. Aikaisemmin nämä katsottiin syyllisyyteen kuuluvaksi. Muuttunut käsitys, joka seuraa saksalaisia esikuvia, vaikuttaa luonnollisesti hätävarjelun oikeudettomuusvaatimuksen tulkintaan. Nykyisestä doktriinista ks. Frände ja Tapani – Tolvanen, Puuttuva tahallisuus tai tuottamus merkitsevät, ettei hyökkäystä saa torjua hätävarjeluteolla vaan tässä tulee pakkotila käyttöön. Melander sitä vastoin jättää kysymyksen avoimeksi. Ks. Frände 2012 s. 143, Tapani – Tolvanen 2013 s. 313 ja Melander 2016 s. 243.

koskeva vaatimus merkitsee, että hätävarjelusäännön mukaan saadaan puolustautua syyntakeettoman tai alaikäisen hyökkäystä vastaan.³⁴ Jos ”oikeudettoman” hyökkäyksen vaatimus ei täyty, oikeuttavat, Ruotsin tapaan, pakkotilaa koskevat säännöt (RL 4:5) hyökkäyskohteen puolustautumaan.³⁵

Kummatkin maat siis eroavat tässä lisäksi suhteellisen huomattavassa kysymyksessä. Myöskään tässä ei kuitenkaan liene kovinkaan paljon johtoa kysymyksessä: *miksi* kumpikin maa on valinnut omat ratkaisunsa. Seuraavassa tulemmekin sijaan keskustelemaan sitä, miltä asian *pitäisi* näyttää: kuinka paljon tulisi vaatia hyökkääjän puolelta, jotta hätävarjelu-oikeuden voidaan sallia olevan käsitellä. Tällöin pitää aktualisoida sekä teknisiä että ideologisia syitä eri ratkaisuja varten. Ensin on sanottava, että niin kauan kuin ”hyökkäyksen” ajatellaan jossakin substantiaalisessa merkityksessä suuntautuvan *rikosoikeusjärjestyksen* siten, että rikosoikeusjärjestyksen pitää tulla lyödä takaisin suhteellisen vahvoihin valtakkeinoin, joita juuri hätävarjelusääntely pitää yllä³⁶, ruotsalainen ratkaisu näyttää periaatteessa kohtuullisemmalta, kun taas suomalainen on jotenkin vaikeampi perustella: jos hyökkääjä itse vapautuu esimerkiksi vapaaehtoisesta vetäytymisestä tai oikeuserehdyksen vuoksi, niin joka tapauksessa voidaan sanoa, että tapa, jolla oikeusjärjestys haastetaan kummassakin tapauksessa on tuskin maksimaalinen (”hyökkääjähän”, mikäli hänelle annetaan anteeksi, *de facto* vapautuu).

Ruotsalaiseen ratkaisuun sisältyy myös hieman selvempi rajanveto kuin suomalaisen toisaalta hätävarjelu- ja toisaalta pakkotilan välillä (jossa hyökkääjän voimakeinot eivät ole yhtä pitkälle meneviä). Voidaan aiheellisesti argumentoida, että (suuruus tai voimakkuus) hyökkäyksessä rikosoikeusjärjestyksestä vastaan nähdään parhaiten *aste-eroin*: jossakin (joskin melko rajoitetussa merkityksessä) voidaan jo objektiivista rikostunnusmerkistön mukaisuutta pitää *jonkinlaisena* ”hyökkäyksenä”, mitä enemmän vaatimuksia lisätään, mitä useampia rikoskäsitteen osia täytetään, sitä avoimempi rikosoikeusjärjestyksen haastaminen hyökkäyksestä tulee.³⁷ Tällaisessa katsantokannassa pääkysymys kenties on, mihin tulee asettaa rima sille, mikä katsotaan hätävarjelu-oikeudeksi. Tämä taas, jos niin halutaan, voidaan tehdä riippuvaiseksi siitä, mitä yleisellä tasolla tarkoitetaan sanottaessa, että hyökkääjä (lähinnä) hyökkää: jos on esimerkiksi (lähinnä) kysymys yksilön oikeudesta eri suhteissa suojella omaa aluetta, tämä voi viitata

34 Myös Ruotsissa hätävarjelu-oikeus annetaan vajaanvaltaisten tai psyykkisesti häiriintyneiden hyökkäyksiä vastaan, sikäli kuin nämä täyttävät kaikki rikoskäsitteen vaatimukset. Ruotsissa syyntakeisuus ei ole vastuuvedellytys.

35 Puolustauduttaessa viranomaisten hyökkäyksiä vastaan katsotaan, että oikeudettomuuden tulee olla ilmeistä, ks. HD 2000:90.

36 Vrt. sitaatti SOU 1923:9 alaviitissä 19 edellä.

37 Vrt. esim. Claes Lernestedt, *Criminal Law and ”Culture”*. Teoksessa (toim. Will Kymlicka ym.) *Criminal Law and Cultural Diversity*, Oxford University Press 2014, s. 28–30.

etäisemmän vaatimuksen suuntaan siten, että tuon vaatimuksen tulee olla täytynyt hyökkääjässä, jotta hätävarjelu-oikeus olisi käsillä; jos taas puolustuksen nähdään koskevan (lähinnä) rikosoikeusjärjestyksen suojelua, tämä voi viitata siihen suuntaan, että *useampien* (tai melkein kaikkien) vaatimusten tulee täyttyä.

Yksi useista mahdollisista käsityksistä on, että hätävarjelu-oikeuteen pitäisi riittää se, että ”objektiivinen”, tekoperustainen (objektiivisesti tunnusmerkistön mukainen ja oikeudenvastainen) on voitu vahvistaa hyökkääjässä. Tällöin tulee kuitenkin (enemmän ideologinen) rajanveto pakkotilan suhteen vaikeaksi toteuttaa: vaikka hätävarjelu-oikeuden objektiiviseksi edellytykseksi asetetaan vaatimus inhimillisestä toimijasta (joka on ilmennyt ”objektiivisessa” vaatimuksessa tietoisuuden ja toiminnan termein), kysymys koskee kuitenkin sitä, jos vaatimus subjektiivisesta asennoitumisesta jätetään pois, onko ero riittävän merkitsevä sen välillä, minkä toimiva ihminen aiheuttaa (johon tulisi saada reagoida hätävarjelu-sääntelyllä) ja sen välillä, minkä voi aiheuttaa tippuva kivi, vedentulva tai voimakas lumimyrsky (joihin tulisi saada reagoida pakkotilasääntelyllä.) Näin tarkasteltuna suomalainen ratkaisu, (joka edellyttää tahallisuuden tai tuottamuksen vaatimusta) on askel oikeaan suuntaan. Mutta jos ideana on myös se, että rikosoikeusjärjestystä suojellaan puolustusteolla, ja rikosoikeusjärjestystä tulee suojella siltä, mitä kohtuuden mukaan voidaan luonnehtia ”hyökkäykseksi” merkityksessä rikosoikeusjärjestyksen haastaminen, niin näyttää ehkä kaikkien luonnollisimmalta, että hyökkääjältä vaaditaan koko rikoskäsitteen täyttämistä. Sellainen näkökanta saattaa itsensä ehkä sitäkin vahvemmin voimaan, kun ei ainoastaan yksityisille intresseille ja niiden kantajille, vaan myös yleisille intresseille (kuten Suomen 2004 jälkeisessä sääntelyssä) annetaan suojaa hätävarjelu-sääntelyllä: tästä seuraa se, että valtion ja yksilön väliset rajat tulevat virtaavammiksi.

Kysymys siitä, mitä tulee luonnehtia (rikolliseksi tai oikeudettomaksi) ”*hyökkäykseksi*”, sisältää monia mielenkiintoisia näkökulmia. Kysymys on yhtä hyvin ruotsalaisessa kuin suomalaisessa oikeudessa vähän käsitelty, mutta tilasyistä asian tarkempi käsitteleminen on jätettävä toiseen yhteyteen. Lyhyesti voidaan sanoa, että kummassakin maassa ilmaistaan, melko epämääräisesti, että periaatteessa myös tuottamukselliset rikokset, jos ne voidaan luonnehtia hyökkäyksiksi, luetaan mukaan. Ruotsalaisessa oikeudessa ajatellaan, että periaatteessa tulee olla kysymys *fyysisestä* hyökkäyksestä.³⁸ Yhteistä kummallekin maalle on se, että

38 Ks. esim. SOU 1953:14, s. 392: ”Under uttrycket angrepp inbegripes enligt gällande rätt ej varje åtgärd som gör intrång i enskildas rättsligt skyddade intressen. För att intrånget skall kunna betecknas som angrepp måste det i fråga om intrång i förmögenhetsintressen tillika innefatta intrång i besittning och för andra fall åtminstone innebära ett angrepp i något bestående faktiskt maktförhållande, såsom en persons herravälde över sin egen kropp, eller i någons maktförhållande över lokaliteter som disponeras av honom. Även åtgärder som innefatta angrepp på annans ära pläga hänföras under uttrycket angrepp, dock endast realinjurier, d. v. s. kroppsliga förnärmelser, men ej verbalinjurier.”

hyökkäyksen käsitteelle ollaan ylipäätään taipuvaisia antamaan epäitsenäinen rooli: se nähdään paljolti yhdessä ja riippuvaisena ”oikeudettomasta” tai ”rikollisesta”, joten nämä muodostaisivat ytimen eikä suinkaan ”hyökkäys”.

Haluamme tässä yhteydessä vain hieman problematisoida rikosoikeuden yleisen ja erityisen osan yhteispeliä. Siten tietyissä erityisen osan alueissa on tapahtunut suuria muutoksia sen, jälkeen kun ruotsalaisen hätävarjelusääntelyn pääosa tuli voimaan (1965); esimerkkeinä ovat varallisuus- ja seksuaalirikokset, joista erityisesti jälkimmäisessä ei ainoastaan faktista sääntelyä vaan myös yleistä ideologista ajatusvarantoa on dramaattisesti muutettu. Missä määrin sellaisen voi, pitää tai täytyy (muutoksina erityisessä osassa ja siinä, miten tästä ajatella) merkitä myös sitä, että hätävarjelusääntely (yleinen) tule saattaa asiaan jotenkin sopeutumaan. Tulisiko ehkä vaatimusta, jotta BrB 24:1:n 2 kohta 1 olisi sovellettavissa, siis sitä, että kyse tulee olla fyysisestä hyökkäyksestä, muuttaa esimerkiksi tavalla, joilla seksuaalirikoksia nykyään katsotaan voitavan tehdä (esim. ilman osapuolten välistä fyysistä kosketusta) ja joissa ruumiista relatiivisesti abstarhoidun ”loukkauksen” sanotaan muodostavan yleisen johtotähden.

Lopuksi pitää ehkä problematisoida se, että kun Suomi vuoden 2004 reformilla ei saattanut voimaan vain hätävarjelu-oikeutta henkilöön (ja omaisuuteen) kohdistuvissa rikoksissa vaan myös yleistä järjestystä ja valtiota vastaan kohdistuvissa rikoksissa, saatiin ikään kuin keittiön kautta joukko uusia rikostyyppisiä, joista monet eivät lainkaan sovi siihen, mitä ajatellaan fyysisen hyökkäyksen paradigmatteiksi tapaukseksi (miltä esimerkiksi näyttää oikeudeton hyökkäys vakoilussa?; tässä voidaan mainita myös se, mitä vuoden 2004 reformin esitöissä sanottiin ”epäselvistä” hyökkäyksistä). Kaavamaisesti tässä on käytettävissä kaksi tietä:

1) keskustelemalla siitä, pitääkö (ja jos pitää), niin miten ”hyökkäyksen” käsite pitää määritellä uudelleen, jotta se soveltuisi sellaisiin tapauksiin, joissa mitään fyysistä hyökkäystä perinteisessä merkityksessä ei tapahdu, tai

2) päättämällä, että vain sellaiset rikostyyppit, ja niiden joukossa vain sellaiset hyökkäystyyppit, jotka ovat perinteisellä tapaa fyysisiä, voivat de facto muodostaa ”oikeudettomia hyökkäyksiä” relevantissa merkityksessä.

Jälkimmäisellä tavalla seulotaan kuitenkin pois melko suuri joukko rikostyyppisiä, jotka olisi muutoin voitu ottaa mukaan.³⁹

39 Sellaiset ongelmat, tämä lisättäköön, eivät ole sinänsä kokonaan uusia: jo varallisuusrikoksissa (”omaisuus”) on monia rikostyyppisiä, jotka eivät ole ”fyysisiä” sellaisessa suhteessa.

3.2.4 Mitä vaaditaan, jotta hyökkäyksen kohteen tekoa voidaan pitää "häpävarjelussa tehtynä"?

Mitä merkitsee, kun ruotsalaisessa BrB 24:1:n 1 momentissa sanotaan, että hyökkäyksen kohteen teon tulee olla "teko, jonka joku tekee hätävarjelussa"? Ensinnäkin vaaditaan, että tilanteen tulee olla sellainen, joka mainitaan jossakin säännöksen toisen momentin neljästä kohtaa. Tällä on siis tekemistä sen *tilanteen* kanssa, jossa hyökkäyksen kohde ryhtyy tekoonsa. Mutta lisäksi asetetaan tiettyjä *tekoa sellaisenaan* koskevia vaatimuksia. Ensi sijassa on kysymys siitä, kenen intressejä vastaan teko *suuntautuu*. Ruotsissa pätee se, että tekoa, joka kohdistetaan kolmannen henkilön (merkityksessä hyökkääjän) intresseihin, vaikka tämä teko olisi sinänsä tehty hätävarjelutilanteessa ja eikä ollut koskaan niin tarpeellinen, ei voida arvioida hätävarjelusääntöjen mukaan vaan teko tulee sen sijaan arvioida pakkotilaa koskevien sääntöjen mukaan.

Siten on hätävarjelusääntelyn soveltamisen *välttämätön* edellytys, että hyökkäyksen kohteen teko suuntautuu hyökkääjää tai jotakin hänen intressiään vastaan. Mutta onko tämä myös *riittävä* edellytys? Tuskin näin on, vaikka tietyt teot, jotka sinänsä suuntautuvat jotakin hyökkääjän intressiä vastaan, täytyy jollakin tapaa kyetä seulomaan pois.

Ensimmäinen kysymys, joka tällöin syntyy, on se, miten tämä seulominen tulee tapahtumaan 1) sen määrittämisen puitteissa, mikä ylipäätään on teko, johon on ryhdytty hätävarjelussa tai 2) tai myöhemmässä vaiheessa, eli puolustettavuusarvioinnin puitteissa kysyttäessä, oliko puolustusteko (Suomessa) tarpeellinen ("nödvändig") tai (Ruotsissa) tarpeellinen ("behövlig").

Ruotsalaisessa lakitekstissä, joka oli voimassa vuoteen 1994 asti, sanottiin tässä relevantissa kohdassa, että hätävarjelussa toimii se, joka "pyrkii torjumaan aloitettua tai välittömästi uhkaavaa rikollista hyökkäystä", mutta vuoden 1994 muutoksilla poistettiin ilmaus "pyrkii torjumaan". Lakiehdotuksen mukaan tätä ei kuitenkaan tullut ymmärtää niin, ettei enää vaadittu, että puolustusteen tulee olla omiaan suojelemaan hätätilanteessa:

"Andra stycket inleds med lokutionen *Rätt till nödvärn föreligger mot i stället för som nu med I nödvärn handlar den som söker*. Skälet till att ordet *söker* har tagits bort ur lagtexten tillsammans med handlingsverben *avvärja, betvinga, hindra och avlägsna* är att dessa ord kan ge det felaktiga intrycket att den som har nödvärnsrätt dels måste utföra en handling, dels måste ha ett visst syfte med denna och alltså vara medveten om att en nödvärnssituation rent faktiskt föreligger. Ändringen innebär naturligtvis inte att vilken handling som helst är tillåten. Ansvarsfrihet inträder sålunda inte för handlingar som varken objektivt eller subjektivt sett är ägnade att avvärja

nödvärnssituationen. Detta framgår av att rätten till nödvärn föreligger *mot* ett angrepp eller *mot* en viss person och av kravet på att handlingen inte får vara uppenbart oförsvarlig.⁴⁰

Tässä voidaan hahmottaa ainakin kahta hätävarjeluteon eri sisältöä koskien vaatimusta, jonka mukaan teon tulee ”olla omiaan torjumaan hyökkäystä”. Mahdollinen sisältö, jota lienee tarkoitettu edellisessä sitaatissa, on ensi sijassa tai yksinomaan tekemisissä hätävarjeluteon ”suuntautumisen” kanssa: ”tapaako” (niin sanotusti) tämä teko jollakin relevantilla tavalla juuri tämän hyökkäyksen? Tällöin voidaan kysyä epäröiden sellaisia tilanteita, joissa se, mitä hyökkäyksen kohde tekee, sinänsä suuntautuu *hyökkääjään*, mutta joiden voidaan vain epäröiden sanoa olevan suuntautunut *tämän hyökkäystä* vastaan (esim. se, joka on joutunut kellariin lukitsemalla laittoman vapaudenriiston kohteeksi, tuhoaa tiettyä hyökkääjälle kuuluvaa omaisuutta, joka on kellarissa.)

Lisäksi mahdollinen sisältö voisi olla pikemminkin tekemisissä tilanteen *kapasiteetin* kanssa siten, että puolustustekoon, joka on täysin tulokseton, ei myöskään, vaikka se olisi sinänsä oikein ”suunnattu”, saa ryhtyä (mahdollinen esimerkki olisi puolustautuminen niin voimakasta ylivoimaa vastaan – numeerisesti tai voimankäytöllisesti – että puolustautumisen täytyisi olla tuloksetonta.)⁴¹ Seulonta voidaan ajatella toteutettavan *joko* puolustusteon ehdoin, joka ei tällöin ole vaaditulla tavalla ”omiaan” *tai* sen ehdon kannalta, että (täysin) toivoton puolustusteko ei ole ”välttämätön” tai ”tarpeellinen”.⁴²

Yhtä vähän suomalaisesta kuin ruotsalaisestakaan oikeudesta (tai keskustelusta) emme ole löytäneet johtoa näiden kysymysten ratkaisemiseksi.

3.3. Puolustettavuus, suhteellisuus, välttämättömyys, tarpeellisuus?

Kun siten on kysymys *toisesta* vaiheesta tutkittaessa hätävarjeluväitettä, siis siitä vaiheesta, kun on todettu, että hätävarjelutilanne oli sinänsä käsillä, saadaan nykyisin sekä ruotsalaisessa että suomalaisessa oikeudessa työskennellä kahden päävaatimuksen kanssa. Ainakin käytetyn terminologian ja kenties myös rakenteen sekä etenemisjärjestyksen suhteen voidaan osoittaa tiettyjä maiden välisiä

40 Prop. 1993/94:130, s. 69.

41 Kun on kysymys monesta hyökkääjästä yhtä hyökkäyksen kohdetta vastaan, tulee tärkeäksi sen toteaminen, miten kunkin hyökkääjän voidaan katsoa muodostavan ”oman” hyökkäyksen tai olevan osa yhteistä hyökkäystä muita vastaan.

42 Jotakin saksalaisesta kysymystä koskevasta keskustelusta ks. Wolfgang Joecks, *Erfolgreiche Notwehr. I* (toim. Erich Samson ym.) *Festschrift für Gerald Grünwald, Nomos*, 1999, s. 251–265.

eroja. BrB:n esitöissä kuvataan niitä edellytyksiä, joiden puitteissa hätävarjelun harjoittaja saa ryhtyä oikeudenmukaisiin toimenpiteisiin.

”som ej är uppenbart oförsvarliga med hänsyn till angreppets beskaffenhet och det angripnas betydelse. Häri ligger att det våld som användes icke får stå i klar disproportion till vad som erfordras för att avvärja den hotande faran, och vidare får det ej föreligga ett uppenbart missförhållande mellan nödvärnshandlingen och den skada som hotar genom angreppet”.⁴³

Terminologisesti tämä ruotsalaisen arvioinnin toinen vaihe perustuu *puolustettavuuteen*. Tulee siis vastata kysymykseen, onko hätävarjeluteko sellainen, jota ei ilmeisesti voida puolustaa vai ei. Puolustettavuudesta tulee yläkäsite asiayhteydessä ja osatekijät, jotka sisältyvät puolustettavuuden arviointiin – joiden kummankin tulee täytyä, jotta hätävarjeluteko olisi oikeudenmukainen – muotoillaan osittain *suhteellisuuden* ja osittain *tarpeellisuuden* vaatimuksiksi. Nämä vaatimukset on katsottava rinnakkaisiksi (ilman niiden välistä tiettyä etenemisjärjestystä).⁴⁴ Kummassakin ajatellaan pätevän, ainakin esitöiden mukaan (ks. sitaatti juuri edellä), että ne sallivat runsaan harkintamarginaalin hyökkäyksen kohteen eduksi.⁴⁵

Kääntyessämme Suomeen koskien kysymystä systematiikasta, käsitteestä ja etenemisjärjestyksestä täytyy *lakitekstin* mukaan, ensimmäisenä askeleena, puolustusteen olla *tarpeellinen* hyökkäyksen torjumiseksi. Lisäksi täytyy, toisena askeleena, kyetä kokonaisarvioinnin perusteella toteamaan, ettei puolustusteko ilmeisesti ylitä sitä, mitä voidaan pitää *puolustettavana*. Pelkästään lakitestin sanamuodon mukaan näyttää siis siltä, että tuomioistuimen on tutkittava kaksi toisistaan riippumatonta edellytystä, ja sitä paitsi määrättyssä järjestyksessä: *ensin* tarpeellisuus ja *sitten* (tapauksissa, joissa tarpeellisuus todettu, puolustettavuus.

43 Prop 1962:10 B, s. 327; vastaavasti esim. myös NJA 2005 s. 237. NJA 2009 s. 234 muotoillaan sen sijaan: ”Arviointi siitä, onko teko, joka on tehty hätävarjelussa, katsottava sallituksi, toisin sanoen, ettei teko ole ilmeisen puolustamaton, sisältää kaksi momenttia. Yksi edellytys sille, että teko tulee katsoa sallituksi, on se, ettei käsillä ole ollut ilmeistä epäsuhtaa hätävarjeluteon ja sen vahingon välillä, joka hyökkäyksestä on uhannut seurata. Lisäksi jotta teko voidaan katsoa sallituksi, vaaditaan, ettei käytetty väkivalta ole selvässä epäsuhteessa siihen, mitä on vaadittu uhkaavan vaaran torjumiseksi.”

44 Tässä yhteydessä voi kuitenkin mainita ratkaisun NJA 1999 s. 460 (joka koski tappelua taksijonossa), jossa HD näyttää ensin (lähinnä ”kynnys”-tavalla) ottavan kantaa siihen, oliko B:n ollut ilmeisen puolustamattomana pysähtyä paikalle (HD käyttää tässä myös ilmausta, meidän kursivointimme, termein ”mikä vaihtoehto, joka on voinut olla käsillä joko välttää tai torjua hyökkäys. ”Lopputulokseksi tuli, että ”vaikka B:n olisi ollut mahdollista poistua paikalta sen jälkeen, kun A oli yrittänyt lyödä häntä, taustaa vasten ei voida pitää ilmeisen puolustamattomana, että B oli tämän sijasta jäänyt paikalle ja vastannut hyökkäykseen. Tämän jälkeen, siinä mikä ilmenee seuraavana vaiheena, otettiin kanta B:n väkivallan käyttöön. Ratkaisu mainitaan myös siksi, että sen voi sanoa rakenteeltaan muistuttavan siviiliprosessia, joka näyttäisi olevan voimassa suomalaisen lakitekstin mukaan.

45 Vrt. kuitenkin kohta jäljempänä NJA 2005 s. 237, jossa tämä runsas marginaali tarpeellisuusvaatimuksen suhteen suurin piirtein eliminoidaan HD:n toimesta tapauksessa, jossa on kyse ”tappavasta väkivallasta”.

Jos sen sijaan tarkastellaan esitöitä, nämä osavaatimukset kuitenkin kuvataan tavalla, joka viittaa siihen, että tarpeellisuutta (välttämättömyyttä) pidetään *osana* puolustettavuusvaatimusta.⁴⁶ Ajatuksena näyttää tällöin olevan, että tarpeellisuuskriteeri täyttyy jo aikaisemmassa vaiheessa sillä, että puolustautuja on altistettu (jollekin, jota kvalifioidaan) ”hyökkäykseksi” ja hänellä on tarve puolustaa itseään. Suomen oikeuden mukaan sen, jota vastaan hyökätään, ei tarvitse paeta tai muulla tavalla väistää tilannetta.⁴⁷ Tietyissä mielessä voidaan näin ollen sanoa, että hyökkäys, joka ei (välttämättä) vaadi mitään puolustusta, ei ole ”oikea” hyökkäys.

”Puolustettavuuden” käyttö yläkäsitteenä käy selvästi esiin ratkaisusta KKO 2016:97. Nainen oli lyönyt huoneistossa miestä veitsellä rintaan seurauksin, että mies kuoli. Nainen kertoi joutuneensa miehen hyökkäyksen kohteeksi. Naisen kertomuksen mukaan, jota KKO piti uskottavana, väkivaltalta muodostui siitä, että mies oli painanut hänet alleen ja pitänyt häntä kiinni reisillään ja käsillään. Koska hyökkääjä oli selvästi kookkaampi kuin hyökkäyksen kohde, tämä väkivallan käyttö oli riittänyt tätä pääsemästä vapaaksi. Hyökkääjä olisi voinut raiskata hyökkäyksen kohteen, jollei tämä olisi puolustautunut. Puolustusteko eli veitsenisku oli KKO:n mukaan sen laatuinen, että se johtaa varsin todennäköisesti kuolemaan. Ottaen huomioon hyökkäyksen laadun ja voimakkuuden sekä muut olosuhteet KKO katsoi, ettei hyökkäyksen kohteella ollut oikeutta puolustaa itseään sellaisella väkivallalla, joka todennäköisesti olisi voinut johtaa hyökkääjän kuolemaan. Siksi puolustusteko oli ylittänyt sen, mitä kokonaisarviointin mukaan voidaan pitää puolustettavana (minkä vuoksi kyse oli hätävarjelun liioittelusta, ks. jäljempänä jakso 4). Lyhyesti sanottuna nainen oli joutunut sellaisen hyökkäyksen kohteeksi, jota ”hätävarjelulla” edellytettiin puolustettavan, mutta puolustustekona ei välttämättä ollut veitsenisku rintaan. Tällä tavalla intressi suuntautuu lähes kaikissa relevanteissa tyyppitapauksissa puolustettavuusarviointiin, ei tarpeellisuusarviointiin.⁴⁸

Puolustettavuusarvioinnissa, joka muutoin monessa suhteessa ilmenee samantapaisena eri maiden välillä (ja jota emme siksi lähemmin tarkastele), nostamme tässä esiin yhden mielenkiintoisen kysymyksen, joka tietyllä tavalla liittyy juuri edellä käsiteltyyn käsitteeseen ”suojella” tai ”torjua”: kysymys on siitä, voiko (ja

46 HE 44/2002 vp, s. 116.

47 Puolustustesteissa, joita kohdistetaan esim. lapsiin, kysymys ratkaistaan puolustettavuusarvioinnilla. Käytännössä tämä arviointi tulee puuttumaan myös vaihtoehtoisin tapoihin reagoida hyökkäykseen. Sellainen voi olla yksinkertaisesti se, että poistutaan paikalta.

48 Tapani – Tolvanen näyttää olevan osittain samalla linjalla. ”Käytännössä tarpeellisuusarviointi näyttäisi sekoittuvan puolustettavuusarviointiin, koska esimerkiksi henkeen ja terveyteen kohdistuvissa hyökkäyksissä ketään ei voida velvoittaa pakenemaan paikalta – vaikka tämä olisi tiettyissä tilanteissa järkevintä. Rajanveto esimerkiksi rangaistavan pahoinpitelyn ja oikeutetun hätävarjelun välillä keskittyykin tällöin siihen, onko hyökkäystä torjuttaessa käytetty sellaisia keinoja, joita voidaan pitää puolustettavina.” Tapani – Tolvanen 2013, s. 319.

jos, niin milloin) hyökkäyksen kohde, oikeudenmukaisen puitteissa pysyäkseen, olla tarpeessa paeta, kutsua apua jne. *Suomessa* ei ole sellaista sääntelyä, jollei kyse ole alaikäisen tai syyntakeettoman hyökkäyksestä. *Ruotsissa* sitä vastoin tilanne näyttää toiselta, eikä vähiten HD:n tuomion NJA 2005 s. 237 jälkeen.⁴⁹

Tässä jutussa 19-vuotias mies oli syytteessä murhasta, koska hän oli lyönyt veitsellä kuoliaaksi toisen nuoren miehen. Syytetyn versio tapahtumakulusta asetettiin arviointien perustaksi: toinen sittemmin tapettu (A) oli hyökännyt syytetyn (B) kimppuun ja B:n käyttämä väkivalta, lukuisin voimakkain veitseniskuina, oli tapahtunut puolustustarkoituksessa. A oli ensin iskenyt veitsellä B:tä ja B lyönyt takaisin itseään puolustaakseen. Jatkuvassa hyökkäyksessä A:n taholta – kuitenkin ilman, että A:n olisi onnistunut lyödä enää veitsellä uudestaan – B oli A:han kohdistamansa joka veitseniskun jälkeen katsonut A:han nähdäkseen, oliko hänen iskunsa torjunut hyökkäyksen. Kun A jatkoi hyökkäystä sellaisen B:n lyömän veitseniskun jälkeen, iski myös B jälleen. KKO:n enemmistö (3 viidestä oikeusneuvoksesta) katsoi, että B oli toiminut ilmeisen puolustamattomasti eikä voinut näin ollen vapautua hätävarjelun perusteella. Perusteluna oli ensi sijassa, että B:n olisi pitänyt voida etsiä – ja omaksua – vaihtoehtoisia toimintatapoja: hän olisi voinut muun muassa paeta.

Enemmistö lausui seuraavan: ”Kysymys kuuluu ... onko käytetty väkivalta selvästi poikennut siitä, mitä on tarvittu hyökkäyksen torjumiseen ... Sen tutkiminen, onko voitu vaatia, että B:n olisi tullut toimia toisin kuin hän teki hyökkäyksen torjuakseen, pitää tapahtua objektiivisten näkökohtien perusteella. Tapahtuma toteutui keskellä päivää asuntorakennuksen läheisellä alueella, jossa ihmisiä oleskeli; B:n mukaan paikan ohittivat muutama hänen tovereistaan juuri ennen kuin A tuli sinne. B on ilmoittanut, ettei hänellä ollut hyvää pakotietä, koska hänen takanaan oli puita kasvava alue ja mäki. B:n antamien tietojen ja syyttäjän vetoamien valokuvien perusteella B:n oli kuitenkin mahdollista poistua paikalta. Hän saattoi jopa olettaa, että hänelle oli saatavissa apua ympäristön ihmisiltä. Lisäksi B:n ja A:n vahinkojen vertailu, samoin kuin B:n tieto, että hän piti kiinni A:n veitsikädessä iskuja vaihdettaessa, puhui vahvasti sitä vastaan, että B olisi ollut niin alistetussa asemassa, että hänen olisi tullut tarttua tappavaan väkivaltaan sen sijaan, että olisi vastannut A:n hyökkäykseen vähemmän tuhoisin seurauksin ja

49 Taustaan, joka tuskin oli lopputuloksen kannalta merkityksetön, kuului, että A:n ja B:n piti tavata tehdäkseen niin sanotun ”sakonmaksusopimuksen”. A katsoi, että B oli hänelle velkaa, koska B oli levittänyt A:sta huhupuheita. B:llä ei ollut mukaan rahaa tapaamisessa. Sitä vastoin hänellä oli A:n tapaan mukanaan, vieläpä helposti käytettävissä ollut, veitsensä.

sen jälkeen poistunut paikalta. Näin ollen oli ollut vaihtoehtoisia toimintatapoja ja nämä olivat olleet sellaisia, joita myös B:n ikäiseltä ja erityistä kokemusta käsillä olevasta tilanteesta vailla olevalta henkilöltä täytyy vaatia valittaessa vaihtoehtoina tappavan väkivallan edessä. Teko on esitetyn huomioon ottaen arvioitava ilmeisen puolustamattomaksi.”

Ratkaisu on mielenkiintoinen monista syistä. Yksi tällainen syy on se, että HD:n (enemmistön) tässä tarpeellisuusvaatimuksen soveltuvuutta arvioidessaan täytyy sanoa voimakkaasti poikenneen ”avokätsisyydestä” ja ”leveistä marginaaleista”, joiden on aina BrB:n voimaantulosta tarkoitettu leimaavan, ei yksinomaan *suhteellisuusvaatimuksena* myös *tarpeellisuusvaatimuksen* käsittelyä (BrB:n sääntelyyn sisältyi tässä suhteessa jopa laajennus aikaisempaan verrattuna sen suhteen, mikä on sallittua tarpeellisuusvaatimuksen mukaan.⁵⁰ HD:n tuomion (NJA 2005, s. 237) seuraus ilmenee lähinnä juuri sellaisissa kiperissä tapauksissa, joissa sekä hyökkäys että puolustus ovat henkeä uhkaavia – ja joissa hyökkäyksen kohteen näkökannalta voitaisiin ajatella, että leveiden marginaalien tarve tulee erityisen selvästi esiin. Nyt marginaaleista tehdään lähinnä olemattomia. Ratkaisulle tulee nähdäksemme antaa suhteellisen vähäinen arvo.⁵¹

Keskeinen kysymys, joka herää enemmistön tuomioperusteita luettaessa on myös – kielellisemmin – se, mitä pitää tai edes *voidaan* ymmärtää ilmauksella ”torjua hyökkäys, voiko se, että ”paetaan” hyökkäystä (esim. juoksemalla paikalta) edes kielellisesti olla hyökkäyksen torjumista? Jo tämä tuntuu epäilyttävältä, mikä merkitsee, että HD:n tulkinta hätävarjelu oikeuden syntyhistoriasta näyttää teennäiseltä ja epäinformatiiviselta.

4. Hätävarjelun liioittelu

4.1 Johdanto. Sääntely

Kun syytetty on toiminut tavalla, jota nimitetään ”hätävarjelun liioitteluksi” – syytetty ei ole pysynyt hätävarjelusääntelyn mukaisen oikeudenmukaisen puitteissa – kysymyksessä tulee ottaa kantaa siihen, voidaanko teko kuitenkin *antaa an-*

50 Vrt. myös SOU 1953:14, s. 391.

51 HD ilmaisi suunnilleen samalla lailla NJA 2009, s. 234; siinä puhuttiin kuitenkin, adekvaattisemmin, ”hengenvaarallisesta” (eikä tappavasta) väkivallasta. Voidaan mainita myös, että enemmistö ratkaisussa NJA 2005, s. 237 ei näytä huomanneen sitä, mitä aikaisemmin oli pantu merkille ratkaisussa NJA 1971, s. 442: että puolustusväkivalta vaikuttaa harvoin välittömästi. Jopa vakavan veitseniskun jälkeen vastustaja voi monta kertaa jatkaa toimimista.

teeksi.⁵² Näiden kysymysten sääntely osoittaa samanlaisuuksia Ruotsin ja Suomen välillä, ja sääntelyn taustalla olevan *perusajatuksen* on sanottava olevan sama kummassakin maassa. On kuitenkin mielenkiintoisia ja paikoittain melko suuria eroja maiden sääntelyjen välillä. *Ruotsalainen* sääntely, BrB 24:6:ssä, kuuluu:

”Jos joku tapauksissa, joihin tämän luvun 1–5 § tai poliisilain (1984:387) 10 § soveltuu, on tehnyt enemmän kuin on sallittua, olkoon hän kuitenkin vastuusta vapaa, jos olosuhteet olivat sellaiset, että hänen oli vaikeaa mieltänsä malttaa.”⁵³

Vastaava *suomalainen* sääntely, RL 4:4.2, kuuluu seuraavasti:

”Jos puolustuksessa on ylitetty hätävarjelun rajat (*hätävarjelun liioittelu*), tekijä on kuitenkin rangaistusvastuusta vapaa, jos olosuhteet olivat sellaiset, ettei tekijältä kohtuudella olisi voinut vaatia muunlaista suhtautumista, kun otetaan huomioon hyökkäyksen vaarallisuus ja yllätyksellisyys sekä tilanne muutenkin.”

Jo tässä tulee mainita huomattava ero (joka ei kuitenkaan näy itse lakitekstistä): kun ruotsalaisen oikeuden mukaan voidaan antaa anteeksi vain se, mitä saksalaisen terminologian mukaan nimitetään ”intensiiviseksi” liioitteluksi (syytetty on tehnyt liian paljon *meneillään olevan* hätävarjelutilanteen puitteissa), niin suomalaisen oikeuden mukaan voidaan vuodesta 2004 lähtien antaa anteeksi myös ”ekstensiivinen” liioittelu (syytetty on ylittänyt hätävarjelun rajat mutta ei suuruusluokan mukaisesti vaan ajallisesti *joko* niin, hän on aloittanut (hätävarjelu)tekonsa liian aikaisin (ennen hätävarjelu-oikeuden käsilläoloa) *tai* niin, että hätävarjeluteko jatkuu liian myöhään, eli sen jälkeen, kun hätävarjelutilanne on jo lakannut.

Kun suomalainen hätävarjelun liioittelun sääntely on samassa säännöksessä kuin hätävarjelusääntely, niin ruotsalainen sääntely löytyy ”omasta” säännökseltään; Ruotsissa hätävarjelun liioittelu säännellään erikseen hätävarjelusta, muun muassa yhdessä *pakkotilan* liioittelun kanssa. Asiayhteydestä heräävä kysymys

52 Suomessa vallitsee – mahdollisesti – jokin epäselvyys koskien sitä, mitä dogmaattisesti seuraa siitä, että joku vapautetaan hätävarjelun liioittelussa. (Huomaa, että nyt on kysymys ”syllisyyden” suomalaisesta sisällöstä rikoskäsitteessä, ks. edellä jakso 1). Ratkaisussa KKO 2013:60 jätettiin kuitenkin henkilö, jonka katsottiin toimineen hätävarjelun liioittelussa, rangaistuksesta vaikka hänet olisi pitänyt vapauttaa – ainakin, jos seurataan perinteistä rikoskäsitettä (tapauksesta ks. Dan Frände, HD:s straffrätts- och straffprocessrättspraxis år 2013. JFT 4/2014, s. 204). Ratkaisua on kritisoitu doktriinissa (ks. esim. Melander 2016, s. 253) eikä sitä ole seurattu myöhemmin julkaistussa oikeuskäytännössä.

53 Säännökseen tehtiin tiettyjä muutoksia vuonna 1994.

on, onko maiden välillä tässä kysymyksessä eroja ja missä määrin hätävarjelu-sääntelyn pidennys, ja sen vastakohtana, missä määrin ”itsenäiseksi” sen suhteen hätävarjeluun liioittelu nähdään; moni seikka puhuu sen puolesta, että sellaisia eroja on ja että ne ovat merkitystä kantavia.⁵⁴

4.2. Ratio – miksi tällaista sääntelyä tarvitaan?

Erotettuna hätävarjelu-sääntelystä, jonka voi sanoa käsittelevän ensi sijassa *tekoja*, hätävarjeluun liioittelua koskevan sääntelyn voidaan sanoa pohjimmiltaan käsittelevän *henkilöitä* ja sitä, miten ihmiset faktisesti toimivat. Ihmisiltä ei voida kaikissa tilanteissa vaatia, että he tekevät juuri sen, mikä heillä on tietystä mielessä velvollisuus tehdä: tietyissä tilanteissa sellainen vaatimus, myös rikosoikeusjärjestyksen esittämänä, olisi liian paljon vaatimista. Ja kun ihminen joutuu *hätävarjelutilanteeseen* – mikä on enimmäkseen jotakin melko epätavallista, suhteellisen usein jotakin hyvin vakavaa –, on luonnollista, että siihen joutunut päätyy kiihtyneeseen mielentilaan. Siksi hän ei kykene aina ajattelemaan ja toimimaan niin rationaalisesti kuin hätävarjelu-säännöt edellyttävät (tai oikeammin ilmaistuna: hän ei kykene omaksumaankin juuri sellaista rationaliteettia, jota nimenomaan hätävarjelu-sääntely vaatii.) Sellaiselle rikosoikeudelle, jonka voi sanoa yleisesti ottaen perustuvan moitittavuuden ideoihin legitimoimalla rankaisemisen edellytyksenä, on luonnollista, että (rikos) oikeusjärjestyksen ei voida aina sallia vaativan yksilöltä, että tämä pysyy sallitun rajoissa: jokin sellainen voisi näissä tilanteissa merkitä sitä, että yksilöt joutuisivat epäoikeutetusti vastuuseen.⁵⁵

Tässä tulee jälleen esiin kuvion *ratio*. Olosuhteet, jotka pannaan kummasakin maassa sen seulonnan perustaksi, joka toteutetaan hätävarjeluun liioittelua koskien (ks. 4.4. jäljempänä), on sopeutettava tämän yleisen ajatuksen alaiseksi. Maat näyttävät kuitenkin valinneen osittain erilaisia teitä maaliin, *ratioon*, päästäkseen. Siten Ruotsissa, ainakin esitöiden mukaan, nähdään selvästi *ambitio* asettaa tutkinta melko *lähelle konkreettista, lihaa ja verta olevaa yksilöä*, joka juuri *hän* oli juuri *tässä* konkreettisesti, individualisoidussa tilanteessa.⁵⁶ Suomessa näyttää ajatus olevan, että tutkinnan tulee tapahtua tyypisoidummin, tietyissä suhteissa

54 Vrt. esim. Tapani – Tolvanen 2013, s. 330 ss. teeman systeemikonsekvenssin kritiikkiä; koska esim. raivopäisyyttä ei pidetä sallittuna hätävarjeluna. Jos olisi ajateltu kahta kuviota – hätävarjelua ja hätävarjeluun liioittelua – toisistaan erotettuna, ja eri ratioin, sellaista kritiikkiä (tuskini) olisi esitetty.

55 (Historiallisista ja muista) käsityksistä koskien jännitettä toisaalta moitittavuuden vaatimuksen ja toisaalta signaalin käyttäytymistä ohjaavan merkityksen antamisen välillä, ks. Lindsay Farmer, *Making the Modern Criminal Law. Criminalization and Civil Order*. Oxford 2016, luku 6; Claes Lernestedt, *Dit och tillbaka igen*. Lustus Förlag 2010, erit. luku 3.

56 Ks. jäljempänä 4.4.

keskivertoisen- tai standardipersonan termein, koskien ”intensiivistä” liioittelua ja (oletettavasti) myös uutta ”ekstensiivistä” liioittelua.

Henkilöiden mahdollisuus anteeksiantoon ”ekstensiivisessä” liioittelussa, joka tuli voimaan Suomessa 2004, voidaan luonnollisesti – kuten myös ”intensiivisen” liioittelun osalta – nähdä ilmaukseksi sen ymmärtämisessä, mistä ihmiset faktisesti selviävät ja mistä eivät. Tämä merkitsee, että eteenpäin katsovat, käyttäytymistä ohjaavat ambitiot on juuri tällaisissa tapauksissa arvoitu aliarvostuksen alaiseksi. Erityisen helppoa, lainsäätäjälle ja muille, on ehkä se, että identifoidutaan siihen, että joku kiihkeässä mielentilassa puolustautuu ”liian pitkään”.⁵⁷ Se, mikä kuitenkin tulee panna tässä yhteydessä merkille, yleisempien edellä jaksossa 2 käsitellyjen kysymysten valossa, on, että mahdollisuus anteeksiantoon ”ekstensiivisessä” liioittelussa, täysin toisin kuin ”intensiivisessä” liioittelussa, joutuu jännitteeseen suhteeseen historiallisesti keskeisiin ambitioihin nähden pitää yksilön väkivallan käyttö tiukoissa siteissä ja olla rikosoikeudellisesti sanktioimatta kostonkaltaista käyttäytymistä (ja koston suhteutuvia tunteita).

Suomalainen lainsäätäjä on kuitenkin kiinnittänyt tähän huomiota, ainakin mitä tulee hyökkäyksen kohteen tai oletetun hyökkäyksen kohteen tunneperäiseen puoleen: vuoden 2004 muutoksen esitöissä lausuttiinkin, ettei kaikenlaisia tunteita hyökkäyksen kohteen kiihtyneessä mielentilassa voida asettaa perusteeksi, joiden nojalla teko voidaan antaa henkilölle anteeksi. Kysymyksen tulevat vain tietyt tunteet.

”Liiallisten voimakeinojen käyttöä voisi hätävarjelutilanteessa pitää ymmärrettävänä, jos olosuhteet olivat hyökkäyksen vaarallisuus ja yllätyksellisyys sekä tilanne muutenkin huomioon ottaen sellaiset, ettei tekijältä kohtuudella olisi voinut vaatia muunlaista suhtautumista. – – Mitä yllätyksellisempi tilanne ja mitä lyhyempi harkinta-aika, sitä ymmärrettävämmiksi käyvät mahdolliset virhearvioinnit. Arvioitaessa tilannetta kokonaisuudessaan on lupa ottaa huomioon ennen kaikkea myös tekijän subjektiiviset tuntemukset. Eräissä ulkomaisissa rikoslaeissa käytetyt ilmaukset ”pelko, kauhu ja hämmennys” kuvaavat hyvin niiden tuntemusten laatua, joiden voimasta tekijän kyky arvioida tilanne oikein ja säädellä käyttäytymistään on sillä

57 Esitöissä lausuttiin: ”Vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa esitetyn käsityksen mukaan voimankäyttöä, joka on tapahtunut ennen hätävarjelutilanteen syntymistä tai sen jälkeen, ei voitaisi katsoa hätävarjeluksi. Kun kyse ei käsitteellisesti ole hätävarjelutilanteesta, ei tällaista puolustusta myöskään voisi katsoa hätävarjelun liioitteluksi. Tällainen rajaus on pulmallinen, koska samat motivaatioon vaikuttavat seikat, jotka voivat johtaa käyttämään liiallisia voimakeinoja, voivat yhtä lailla johtaa siihen, että keinoja on käytetty liian pitkään. Yleinen kielenkäyttö, joka pitää itse asiassa hätävarjelun liioittelun tyypiesimerkkinä juuri tilannetta, jossa hyökkäyksen aloittanutta pahoinpidellään akuutin hätävarjelutilanteen jo lakattua, heijastaa varsin luonnollista katsantokantaa.” HE 44/2002 vp, s. 118.

tavoin alentunut, että hänen käyttäytymisensä tulee ymmärrettäväksi ja anteeksiannettavaksi, joskaan ei oikeutetuksi. – – Sosiaalisesti hyväksyttäviä ja lainkohdassa tarkoitettulla tavalla ymmärrettäviä ovat ensi sijassa sellaiset motivointivaikeudet, jotka syntyvät defensiivisten tuntemusten ja reaktioiden voimasta. Liioiteltu voimankäyttö, jonka taustalla ovat valloilleen päässeet aggressiiviset tuntemukset, kuten viha, kostonhalu tai raivo, eivät tee tekoa anteeksiannettavaksi. Tämänkaltaisten motivointivaikeuksien osalta yhteiskunta itse asiassa vaatii muunlaista suhtautumista.”⁵⁸

Tällaisten keskustelujen (vanhoin ilmaisutavoin – sekä ”asteeniset” että ”steeniset” tunteet – voidaan sallia edistävän sitä, että hyökkäyksen kohteelle annetaan anteeksi) ja ne ovat hyvin tunnettuja ruotsalaisissa esitöissä⁵⁹, vaikka niissä asiaa ei varmisteta sillä selvällä tavalla, kuten tehtiin vuoden 2004 suomalaisessa reformissa. Yhteenvetona voidaan sanoa, että ruotsalaisessa käytännössä ”asteeniset” tunteet ovat saaneet huomattavasti suuremman tilan kuin ”steeniset”, vaikkakin epämääräisemmin ilmaistuna, ne saattavat tulla toisiaan molemmat sisältäen käyttöön.⁶⁰

On erotettava kysymykset, jotka koskevat sitä, miten *tehdään*, kysymyksistä, jotka koskevat sitä, miten *pitäisi tehdä*. Jos huomioon on otettava, miten ihmiset – *ihmisinä* – reagoivat, niin olisi periaatteessa luonnollista, jos sellaisen kuvion kuin potentiaalisesti anteeksi annettava olosuhde tulisi olla (ja näin on) eikä yksinomaan ”pelastamassa” tunteita vaan myös, että ”vihaisten” tunteiden sallitaan johtavan henkilön anteeksiantoon: mielenkiintoista, jos ihminen asetetaan fokukseen, tulisi olla, että se, mikä on tapahtunut, on *de facto* johtanut toimintakyvyn heikentymiseen noudattaen käskettyä rationaliteettia, *eise*, mitkä tunteet tai tunteiden yhdistelmät ovat saattaneet yksittäistapauksessa johtaa siihen, ettei tässä ole onnistuttu: tuloksen, ei siihen johtavan tien, tulee olla tärkeä. Onko suomalainen lainsäätäjä selvästi valinnut ”pelastetut” tunteet, eikä suuttumuksen tunteita. Sillä että Suomessa säädettäessä mahdollisuus antaa anteeksi myös ”ekstensiivisessä” hätävarjelussa (mutta ehkä tästä itse asiassa riippumatta), katsottiin aiheelliseksi korostaa edellä sanottua, mikä lienee tekemisissä sen intressin kanssa, ettei legitimoitulle (”anteeksi annettavalle”) kostolle anneta päättyneen hyökkäyksen

58 HE 44/2012 vp, s. 117–118. Tästä ei selviä, missä määrin arvioinnin tulee olla henkilökohtainen vai persoonaton.

59 Ks. esim. SOU 1934:56, s 31 s: ” Huruvida under uttrycket ’omständigheter’ äro att inbegripa icke blott sådana omständigheter, som äro ägnade att hos nödvärnsutövaren utlösa s. k. asteniska affekter (bestörtning, fruktan, rädsla), utan även sådana, som äro ägnade att utlösa s. k. steniska affekter (vrede, harm), kan synas tvivelsamt. Enligt lagrummets äldre avfattning avsågos tydligen allenast omständigheter av förstnämnda slag. Men då den nuvarande lydelsen icke innefattar någon dylik begränsning, läser efter sedvanliga tolkningsgrundsatser någon sådan ej heller böra antagas.”

60 Ks. esim. NJA 1990 s. 210 ja NJA 2009 s. 234; vrt. NJA 1994 s. 48.

jälkeen tilaa. Tämä on historian valossa ymmärrettävää (ks. jakso 2 edellä), mutta tuskinpa korrektia ja sitä paitsi – muistuttaen jaksossa 3.1 käsiteltyä ”puolustautumistahtoa” – suurin piirtein mahdotonta hallita näytöllisesti.

4.3. Intensiivisesti ja ekstensiivisesti

Kuten jo on käynyt ilmi, saksalaisesta dogmatiikasta lainaten voidaan tehdä ero ”intensiivisten” ja vastaavasti ”ekstensiivisten” liioittelutilanteiden välillä.⁶¹ ”Intensiivisellä liioittelulla” tarkoitetaan, että *käynnissä olevan* hätävarjelutilanteen puitteissa käytetään liian paljon väkivaltaa: kyse on siis periaatteessa suuruusluokasta. Sen sijaan ”ekstensiivisessä liioittelussa” on kysymys ajasta: tässä tarkoitetaan tilannetta, että teko tehdään *joko* ennen kuin hätävarjelu-oikeus on käsillä *tai* (osittain tai mahdollisesti kokonaan) sen jälkeen, kun toisen hyökkäys on päättynyt (ja hätävarjelu-oikeus siksi lakannut). Ruotsalaisessa oikeudessa voidaan BrB 24:6:n nojalla antaa anteeksi vain ”intensiivinen” liioittelutilanne. Näin oli asia myös suomalaisen oikeuden mukaan vuoteen 2004 asti, mutta muutosten jälkeen sisältyy myös ”ekstensiivinen liioittelun” tilanteita (ajallisia sellaisia) siihen, mitä voidaan potentiaalisesti antaa anteeksi. Tätä suhteellisen suurta muutosta perusteltiin esitöissä vain lyhyesti.⁶²

Muun muassa tämän vuoksi (ja johtavan suomalaisen käytännön puuttuessa) on enemmän tai vähemmän epäselvää, kuinka kauan sen *jälkeen*, kun oikeudenvastainen hyökkäys on lakannut, hätävarjelu liioittelu voi vielä olla käsillä. Sama koskee aikaa ennen kuin hyökkäys on välittömästi uhkaava. Aikarajat on kuitenkin vedettävä suhteellisen ahtaiksi: puolustusteen tulee tapahtua välittömästi ennen tai välittömästi jälkeen. Muussa tapauksessa olisi merkityksetöntä puhua aikarajan ylittämisestä. Ratkaisussa KKO 2014:6 kaksi henkilöä oli paininut rappukäytävässä. Toinen heistä asui talossa ja hänen onnistui siirtyä omaan huoneistoonsa. Toinen seiso i oven ulkopuolella ja hakkasi ovea. Tämä sai huoneiston haltijan tulemaan ulos veitsi kädessään, minkä jälkeen paini jatkui seurauksin, että oveen hakkaaja sai viiltahaavan kaulaansa. KKO:n mukaan käsillä ei ollut hätävarjelu-tilanne eikä myöskään hätävarjelu liioittelu. Vaikka KKO tarkoitti, että uudelta painikierrokselta puuttui puolustusaspekti, se voidaan yhtä hyvin nähdä liian aikaisena puuttumisena – ehkä ovenhakkaajalla ei ollut mahdollisuuksia saada ovea auki ja hyökätä huoneiston haltijan kimppuun.

61 Ks. esim. Helmut Frister, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, CH Beck 6. Auflage 2013, s. 230. Ylipäättään saksalaisen oikeuden mukaan voidaan antaa anteeksi vain ”intensiivisessä” liioittelussa.

62 Ks. aikaisemmin edellä.

Muutama huomautus voidaan tehdä Suomen ”ekstensiivisen” liioittelun voimaan saattamisen johdosta. Ensinnäkin suomalaisen lainsäädännön voi tällä tavalla, kielenkäytöstä ja siitä riippuen missä määrin hätävarjelun liioittelun ja hätävarjelun katsotaan kuuluvan yhteen, katsoa avanneen mahdollisuuden (jollei ”oikeutta”) ”preventiiviseen hätävarjeluun”.⁶³ Vaikka sinänsä rikosoikeusdogmaattisesti voidaan tehdä suuri ero toisaalta *oikeudenmukaisen* (oikeutetun, sallitun jne.) ja toisaalta *anteeksi annettavan* välillä, tällaiset subtiilit sanomat eivät yllä erityisen pitkälle matkallaan yleisön keskuuteen. Suomalaisen uuden sääntelyn etuna kuitenkin on – sikäli kun dogmatiikka otetaan vakavasti –, että ”kaikki tai ei mitään”, joka ruotsalaisessa oikeudessa edelleen liitetään ja aikaisemmassa suomalaisessa oikeudessa sidottiin kysymykseen, onko hyökkäys ”päättynyt”, nyt myöhennetään jossakin mielessä potentiaalisesti pehmeämmäksi siirtymäksi rangaistavan alueelle.

4.4. Arviointi

Tässä jaksossa käsitellään niitä parametrejä, joiden ajatellaan tulevan käyttöön arvioitaessa, voidaanko syytetylle antaa anteeksi, mitä hän on liioittelussa tehnyt. Maiden välillä on suuria yhtäläisyyksiä, mutta se, mikä ainakin erottaa ne toisistaan, on *individualisoinnin* aste tutkinnassa.

Ruotsalaisessa oikeudessa tulee lakitekstin ja esitöiden mukaan arvioida, oliko ”syytetyin vaikea mielensä malttaa”. Hieman muunneltuna kysymyksen voidaan sanoa olevan siitä, voitiinko henkilöltä vaatia (tai ei), että hän on pysynyt sallitun rajoissa.⁶⁴ Tämän arvioimisen tulee pääasiassa tapahtua lähtien kolmesta osatekijästä: 1) vaaran laji, 2) käytettävissä oleva aika ja 3) syytetyin henkilökohtaiset ominaisuudet sekä dispositionaaliset (pysyvät) että satunnaiset, joiden joukossa tilannekohtaiset sellaiset.⁶⁵ Erityisesti vanhemmissa mutta myös tuoreemmissa esitöissä korostetaan, että kolmannella osatekijällä, vaikka sen voidaan sanoa sinänsä ansaitsevan vähemmän painoa kuin kaksi muuta, kuitenkin on tärkeä asema. Tämä on yhteydessä sen kanssa, että juuri tämä konkreettinen persoona on tutkimuksen kohteena – ei mikään keskimääräispersoona. Käytännössä ”henkilökohtaisia ominaisuuksia” on tuskin otettu huomioon siinä oikeassa laajuudessa, jonka olisi pitänyt tehdä; ainakin tietyssä käytännössä ja doktriinissa näytetään

63 Tässä tavallinen ”preventiivinen hätävarjelu” voidaan kääntää suunnilleen ”etukäteishätävarjeluksi”. Kuten mainittiin edellä alaviitteessä 10, sellaisissa keskusteluissa on kuitenkin toisinaan epäselvää, mitä tarkoitetaan.

64 HD formuloi asian ratkaisussa NJA 2009 s. 234 seuraavasti: ”Ilmauksen ’oli vaikea mielensä malttaa’ tulee, sikäli kuin kyse on hätävarjelun liioittelusta, katsoa suuntaavan katseen hyökkäyksen kohteen kykyyn konkreettisesti tilanteessa sovittaa toimintansa siihen, mikä voidaan katsoa hätävarjelusäännöksen mukaan sallituksi.”

65 Ks. esim. Prop. 1993/94:130 s. 45 ja se, mitä sanottiin alaviitteissä 71–72 edellä.

pikemminkin pyrittävän siihen, että syytetyn henkilökohtaisten ominaisuuksien merkitystä asiassa eri tavoin vähätellään.⁶⁶

Säännöksen mukainen tutkinta sisältää sekä faktisia että normatiivisia osatekijöitä. Edeltävän luettelon kaksi ensimmäistä kohtaa (vaaran laji ja käytettävä aika) saattaisi ja voikin sisältyä *hätävarjeluun*. Siksi voitaisiin väittää, että kolmas kohta eli syytetyn henkilökohtaiset ominaisuudet perustelevat BrB 24:6:n jonakin omanaan. Tässä suhteessa ainakin toisinaan selviää, että sen tutkimisessa, tulisiko vaatia (*juuri*) *tältä* syytetyltä, että hän pysyi sallitun rajoissa, on faktinen puoli: merkitystä on sillä, mitä on käynyt selville, missä kunnossa hän oli tekohetkellä (ja myös ennen sitä ja sen jälkeen).⁶⁷ Mutta myös normatiivisen mittapuun tulee (ja myös täytyy) aina olla käsillä: kaikilta voidaan vaatia jotakin. Kysymys kuuluu kuitenkin, mitä on jälleen korostettava, individualisoiden: voidaanko vaatia juuri *tältä* henkilöltä juuri *tässä* tilanteessa (siis ei keskimääräispersoonalta), että hän pysyi sallitun rajoissa? Siten esimekiksi lakineuvosto lausui ruotsalaista hätävarjelusääntelyä vuonna 1937 uudistettaessa seuraavaa:

”reaktionen mot ett orättmätigt angrepp ... i hög grad [blir] beroende av den personliga egenskaperna hos den, som utsättes för rättskränkningen; vad den ene förmår att bedöma med lugn och måtta kan hos den andre framkalla en ögonblicklig, kanske helt onödig eller överdriven våldshandling. Med den utveckling nödvärnsreglerna numera äga hos oss står helt visst i god överensstämmelse, att omständigheter av dylikt slag få gälla till förmån för den, som drages till ansvar för en nödvärnsexcess. Ett godkännande härav utesluter dock icke, att även i detta avseende måste åt domaren bevaras friheten vid prövningen. Ej heller den, som till sitt försvar vill åberopa att hans sinnesart i utpräglad mån gör honom benägen till våld och överilning, kan, där han över huvud är tillräknelig för sina gärningar, vara fritagen från skyldighet att i varje läge iakttaga åtminstone något mått av självbehärskning och förnuftigt omdöme ... Härav följer emellertid icke, att till grund för avgörandet skall läggas en abstrakt beräkning av den grad av aktsamhet eller eftertanke som i dylika fall regelmässigt bort kunna påfordras. Fastmera lär det ingå i domarens uppgift att undersöka, huru med hänsyn till den angripnes personliga förutsättningar den föreliggande situationen måste hava tett sig för *honom*.”⁶⁸

66 Ks. tästä esim. RH 2008:90 ja Asp – Ulväng – Jareborg 2013 s. 377 s.

67 Ks. esim. NJA 2009 s. 234.

68 NJA II 1937 s. 432. Lakineuvosto yhtyi näin ollen asiantuntijoiden lausuntoon, että heidän ehdottamallaan sanamuodolla (josta sittemmin tuli laki: ”kykeni hän teossa vaikeasti mielensä malttamaan”), tulisi epäilyksettömämmällä tavalla laissa ilmi, että hyökkäyksen kohteen tietyt pelkästään yksilölliset ominaisuudet – kuten esimerkiksi kiivas luonne ja pelästymisherkyys – tuli ottaa huomioon hätävarjelun lioittelen arvioinnissa.

Vastaavanlaisia näkökantoja on esitetty uudelleen myös myöhemmissä esitöissä.⁶⁹ Sitaatissa nähdään lisäksi eräs normatiivisen ja faktisen välisen suhteen puoli: kukin ihminen on arvioitava omista edellytyksistään lähtien, siis sen perusteella millainen hän faktisesti on sillä tavoin, että se, joka on pelästymisherkkä tai impulsiivinen, voi lukea sen hyväkseen, vastaavasti kuin se, joka on harjaantunut itseensä kohdistuvien vaarallisten hyökkäysten torjuntaan, arvioidaan tästä edellytyksestä lähtien. Sanottu ei merkitse, että pelästysherkkä ja impulsiivinen automaattisesti vapautuvat: näillä kahdella, samoin kuin puolustautumaan harjaantuneella, on ympärillään kohtuulliseksi katsottava väli sekä ”faktisesti” että ”normatiivisesti”.

Vaikka hätävarjelun liioittelua koskevan sääntelyn *ratio* on jossakin mielessä tekemisissä sen kanssa, miten ihminen olentona toimii (tavalla, ettei aina olisi kohtuullista vaatia henkilöltä, että hän toimii sen rationaliteetin mukaan, johon hätävarjelusääntely käskää), niin nähdään käytännössä (yhtä hyvin julkaistussa kuin julkaisemattomassa), että sääntelyn soveltaminen perustuu tiettyihin ihmistä koskeviin oletuksiin, jotka eivät sovi erityisen hyvin yhteen sen kanssa, mitä nykyisin tiedämme siitä, miten ihmiset *de facto* toimivat kriisitilanteissa. Suopeampi ratkaisu tässä on NJA 2009 s. 234, jossa voidaan erottaa tiettyä positiivista muutosta tässä suhteessa.⁷⁰

Lopuksi Ruotsin osalta voidaan tuskin sanoa, että ruotsalainen hätävarjelun liioittelua koskeva sääntely (ja tutkinta) sisältää *suhteellisuuden* osatekijää. Jos syytetty on tehnyt liian paljon, on tutkittava, voidaanko vaatia, että hän on pysynyt sallitun rajoissa, *ei* sitä, voidaanko vaatia, että hän on tehnyt vähemmän kuin hän teki. Tällä tavalla ei ole kohtuuden mukaan mitään – formaalista – merkitystä sen suhteen, *kuinka paljon liian vähän* hän teki. Tässä pitää ehkä uudestaan sanoa, että Ruotsissa vain ”intensiivinen” liioittelu voidaan antaa anteeksi (ehkä asiat ovat tietyssä suhteessa toisin, myös suhteellisuutta koskien, ”ekstensiivisessä” liioittelussa).

69 Ks. SOU 1953:14, s. 417, jossa lausuttiin, että det ”vid bedömandet av de subjektiva brottsförusättningarna ... även [bör] beaktas att till omständigheter som gjort att den handlande svårligen kunnat besinna sig också skola i tillbörlig mån räknas vissa rent individuella egenskaper hos honom, såsom lättskrämdhet eller nervositet”. SOU 1988:7, s. 141 s., lausuttiin muun muassa, että ”som exempel på individuella egenskaper som bör beaktas kan nämnas nervositet, lättskrämdhet och häftigt lynne men också mer tillfälliga subjektiva tillstånd, t.ex. akut rädsla eller panikkänsla”. Lisäksi sanottiin viitaten mm. Jareborgiin, että myös päihtymys tulee ottaa huomioon sen arvioinnissa, kykenikö tekijä vaikeasti mieltänsä malttamaan (ajatellussa tapauksessa, että joku päihtymyksensä perusteella panikoi tavalla, jota ei olisi tapahtunut selvin päin. Komitea lausui lopuksi asiaan liittyen, että ”man ... ju [skall] pröva om det kunde krävas av den handlande att han besinnade sig just i det tillstånd vari han befann sig”.

70 Ratkaisusta tässä suhteessa ks. Claes Lernestedt, När kan den straffrättsliga människan svårligen besinna sig? Teoksessa (toim.) Elholm ym. Liber amicorum et amicorum Karin Cornils. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2010, s. 331–353.

Suomeen kääntyen nähdään lakitekstistä, että kysymys, johon hätävarjelun liioittelussa on vastattava, on se, olisiko kohtuuden mukaan voitu vaatia (tai ei), että tekijä olisi reagoinut toisella tapaa kuin hän teki (tosin sanoen olisiko voitu vaatia, että hän olisi pysynyt sallitun rajoissa), lähtien siitä, kuinka "vaarallinen ja yllätyksellinen hyökkäys ja tilanne muutoinkin oli".

Käytännön oikeuselämässä rajan käsite viittaa tavallisesti siihen väkivallan määrään, joka tarvitaan oikeudettoman hyökkäyksen torjumiseksi.⁷¹ Jos puolustaja käyttää enemmän väkivaltaa kuin mitä voidaan pitää puolustettavana, hätävarjelun rajat ylittyvät. Veitsen käyttäminen sitä vastaan, joka hyökkää nyrkein, katsotaan useimmassa tapauksessa puolustamattomaksi. Edellä lainatussa ratkaisussa KKO 2016:97 tuomioistuin katsoi, että naisen olisi pitänyt käyttää veistä vähemmän vaarallisella tavalla kuin lyödä sillä suoraan hyökkääjän rintaan.

Tämän vuoksi käsillä ei ollut anteeksiannettavaa hätävarjelun liioittelua, mutta rangaistusta sen sijaan alennettiin. Ratkaisussa KKO 2013:60 tuomioistuin tuli toiseen lopputulokseen. Tässä puolustaja oli käyttänyt veistä ja viiltänyt useampaan kertaan hyökkääjää vastaan seurauksin, että tämä oli saanut suuren määrän lihashaavoja. Ottaen huomioon hyökkäyksen yllätyksellisen luonteen, sen varallisuuden ja muuta olosuhteet kokonaisuutena, KKO mukaan hätävarjelun liioittelussa tehty teko tuli antaa anteeksi.

Jotta hätävarjelun liioittelun voi muodostaa anteeksiantoperusteen eli rangaistusvastuusta vapauttavan perusteen, vaaditaan RL 4:4.2:n mukaan, että olosuhteet olivat sellaiset, ettei tekijältä kohtuudella olisi voinut vaatia muunlaista suhtautumista. Tekijältä tosin sanoen puuttui kontrolli toimintaperusteidensa suhteen. Lainsäätäjä olettaa, että se, joka käyttää hätävarjelu-oikeutta, selviää väkivallan käytöstä laillisissa rajoissa. Tietyissä poikkeustapauksissa tapahtumakulku saa kuitenkin sellaisia piirteitä, ettei tekijää voida enää mottia, kun hän ei tee niin. Lakitekstissä ei kuitenkaan voi kuvata yksityiskohtaisesti, millä sellainen anteeksi annettava tilanne näyttää. RL 4:4.2:ssa säädetään eksplisiittisesti kaksi olosuhdetta, jotka on otettava huomioon, eli hyökkäyksen vaarallisuus ja yllätyksellisyys (näin pitkälle vallitsee yksimielisyys Ruotsin kanssa). Lisäksi huomioon on lakitekstin mukaan otettava tilanne muutoinkin. Perusteeltaan tämä merkitsee, että tuomioistuimen on tapaus tapaukselta arvioitava, onko tekijä voinut toimia tosin. Keskeinen merkitys on tietenkin hyökkäyksen luonteella eli vaarallisuuden asteella. Lisäksi yllätyksellisyyden asteella on huomattava merkitys puolustuste-

71 Vuoden 2004 reformista lähtien KKO on antanut hyvin vähän hätävarjelua ja hätävarjelun liioittelua koskevia prejudikaatteja. Näitä kysymyksenasetteluja käsitellään kuitenkin säännönmukaisesti suomalaisissa käräjäoikeuksissa ja hovioikeuksissa. Ajasta ennen vuoden 2004 uudistusta on Ruuskanen väitöskirjassa suhteellisen kattava hovioikeustapausten tutkimus. Ks. Minna Ruuskanen, *Hätävarjelu ja parisuhdeväkivaltaa*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2005.

on muodostumiselle. Ennakoimaton ja ulospäin vakava hyökkäys johtaa usein paniikkiin ja kauhistuksen vuoksi reaktioon, jota ei voida pitää tarpeellisena hyökkäyksen torjumiseksi. Myös hyökkäyksen päättymisen jälkeisen jatkettun puolustuksen tapaukset selittyvät monta kertaa juuri hyökkäyksen laukaiseman paniikin perusteella.

Sitä huolimatta, että sanamuoto viittaa vahvasti tekijähenkilön tilanteen täysin subjektiiviseen arviointiin, ilmoitetaan samalla, että arvioinnissa tulee soveltaa myös tietynlaista objektiivista mittapuuta: "Kaikilta vaaditaan määrättyä kykyä itsehillintään."⁷² Myös tässä näyttää vallitsevan hyvä yhteisymmärrys sen kanssa, mikä edellä esitettiin ruotsalaisista esitöistä, mutta on mahdollista, että näkymä hieman pettää. Suomalaisessa doktriinissa tehtävää arviointia kutsutaan subjektiivis-objektiiviseksi, ja esimerkiksi Melander esittää seuraavan määritelmän:

"Arvioinnin subjektiivinen puoli viittaa puolustusteen tekijän teonhetkiseen arviointiin ja objektiivinen puoli siihen, mitä jälkikäteisarvion perusteella yleisesti ottaen samassa tilanteessa toimivalta voitaisiin edellyttää."⁷³

Vielä eksplisiittisesti Suomessa käsittelemätön kysymys koskee seuraavaa *yhdistelmä*: 1) "ekstensiivistä" liioittelua (esim. niin, että hätävarjeluun oikeutettu on jatkanut myös sen jälkeen, kun hyökkäys häntä vastaan on päättynyt) ja 2) syyttäjän väitettä myös "intensiivisestä" liioittelusta tapahtumainkulun samassa vaiheessa (toisin sanoen, että hyökkäyksen kohde on jatkunut liian pitkään ja käyttänyt siinä liian suurta määrää). Miten sellaisissa tilanteissa, kun hätävarjutilanne on lakannut, voidaan edes arvioida, mikä on "intensiivistä" liioittelua?

4.5. Päätössanat liioittelusta

Suomalainen aloite sallia potentiaalisena anteeksiantoperusteena myös "ekstensiivinen" hätävarjelu liioittelu, on mielenkiintoinen. Jos painotetaan moitittavuuden perustavaa vaatimusta yhdistettynä siihen, että tässä tyypillisesti tottumattomat ihmiset joutuvat käsittelemään usein vaikeita hätävarjutilanteita, sellaisen "ekstensiivisen" liioittelun salliminen myös näyttää kohtuulliselta. Ennen kuin ehdotetaan muutosta myös esimerkiksi Ruotsin osalta, on kuitenkin kehiteltävä ja arvioitava suomalaista käytäntöä. Näyttää myös hieman epäjohdonmukaiselta, että vain "pelastettujen" tunteiden annetaan päteä sen suhteen, voidaanko kyseiselle henkilölle antaa anteeksi. Jää nähtäväksi, miten "individualisoitu" suoma-

72 HE 44/2002 vp, s. 118.

73 Melander 2016, s. 253.

laisen (kuten tältä osin myös ruotsalaisen) tutkinnan ajatellaan olevan. Asiaan kuuluu kuitenkin, että siinä laajuudessa, jossa tutkinnan objektiivien elementin sallitaan dominoida, myös paljon kuvion *ratiosta* katoaa.

5. Putatiivihätävarjelu

5.1 Johdanto. Dogmaattinen konstruktio, paikka systeemissä (ja miksi)

Putatiivihätävarjelu on jotakin, jonka olemassaolo yleisempänä *kuviona* on tunnettu melko pitkään. Epäselvyyksiä on kuitenkin koskien kysymystä kuvion dogmaattisesta perusteesta ja sijoittamisesta systeemiin (rikoskäsitteeseen) samoin kuin sellaisen väitteen tutkinnan menettelytapaan. Monessa suhteessa havaitaan myös mielenkiintoisia eroja Ruotsin ja Suomen välillä. Tässä käsitellään etupäässä kahta: *toisaalta* kuvion dogmaattista sijoittamista ja perustelua (välittömästi alempana) ja *toisaalta* sitä, miten väitteen (esimerkiksi) putatiivihätävarjelua koskevan tutkinnan ajatellaan tapahtuvan (5.2. jäljempänä).

Aluksi eroja maiden välillä koskien dogmaattista konstruktioita ja systeemiin sijoittamista: kun Suomi on säätänyt lailla putatiivihätävarjelusta (tavalla, että RL nykyisin sisältää säännöksen, joka koskee ekspansiivisesti kuviota otsikolla *vastuuta vapauttavaa seikkaa koskeva erehdys*), elää Ruotsissa yhä vanhemman saksalaisen oikeuden mukainen oppi, jonka mukaan jonkin sellaisen poissaolo, joka saa aikaan sen, että teko on oikeudenmukainen, tulee lukea tietynlaiseksi negatiiviseksi, näkymättömäksi tunnusmerkiksi erityisen osan aktuaalisessa rikossäännöksessä. Opin mukainen seuraus on, että *jos* virheellisesti uskotaan, että käsillä on tilanne, joka olisi tullut luokitella esimerkiksi hätävarjelutilanteeksi, jos käsitys tilanteesta olisi ollut oikea, *niin* ei ole tahallisuutta siihen, *ettei* käsillä ole *oikeuttamisperustetta*, ja näin ollen syntyisi halkeama objektiivisen tunnusmerkin subjektiivisessa peittämisessä (eli Suomessa objektiivisessa tunnusmerkistön mukaisuudessa). On väitetty, että tämä relevanteissa merkityksissä seuraisi tavallisista tahallisuussäännöistä ja kyse olisi siten lähinnä tavallisista tahallisuusarvioinneista.⁷⁴

Aloittakaamme Suomesta. Suomalainen putatiivitalan sääntely kuuluu RL 4:3:n mukaan:

74 Ks. tästä esim. SOU 1988:7 ja Asp – Ulväng – Jareborg 2013, s. 343 ss.

”Jos tekoon ei liity jäljempänä 4–6 §:ssä tarkoitettua vastuuvapausperustetta, mutta tekotilanteeseen, sellaisena kuin tekijä sen perustellusti käsitti, olisi tällainen peruste liittynyt, häntä ei rangaista tahallisesta rikoksesta. Vastuu tuottamuksellisesta rikoksesta voi kuitenkin tulla kysymykseen tuottamuksen rangaistavuutta koskevien säännösten mukaan.”

Suomalaisessa oikeudessa putatiivitulasta on säädetty lailla. Mutta ei tarkoiteta, että (mahdollinen) vastuuvapaus putatiivitulassa poistuisi siksi, että on näkymättömiä, ”negatiivisia” tunnusmerkkejä, jotka on luettava sisään rangaistussäännökseen; päin vastoin tällaiseen otetaan etäisyyttä. Toisaalta lausuttiin, yleisesti ja viitaten Ruotsissa tärkeänä esillä pidettyyn laillisuusperiaatteeseen (ja siihen, mitä tämä voi vaatia ei vain rikosoikeuden erityisen osan kysymyksissä vaan myös rikosoikeuden *yleisissä* opeissa):

”(Y)leisten oppien kodifointitarve perustuu ennen kaikkea laillisuus- eli legaliteettiperiaatteen ja oikeusturvan vaatimuksiin. Laillisuusperiaatteen merkitys ei rajoitu vain erityisen osan puolelle. Rangaistavan ja rankaisemattoman käyttäytymisen rajat määritetään viime kädessä vastuuopin käsittekatgorioin”.⁷⁵

Toisaalta todettiin erityisesti putatiivitulaa koskien selvä etäisyydenotto käsityksestä, että (mahdollinen) vastuuvapaus voitaisiin perustaa näkymättömiin tunnusmerkkeihin:

”Yllä kuvatuista tilanteista kolmas, vastuuvapausperusteen tosiasiallisia edellytyksiä koskeva erehdys, on rikosopillisesti sikäli ongelmallinen, ettei vastuuvapaudelle ole esittää selkeätä käsitteellistä perustelua. Sitä, ettei tekijää rangaista tahallisesta teosta, ei voi perustaa suoraan tunnusmerkistöerehdykseen, sillä vastuuvapauden tosiasialliset edellytykset (ne, joista tekijä erehtyy) eivät ole tunnusmerkistötekijöitä. Tästä myös seuraa, että jos tällaiselle erehdykselle tahdotaan antaa oikeusvaikutuksia, asiasta on säädettävä erikseen.”⁷⁶

75 HE 44/2002 vp, s. 8.

76 HE 44/2002 vp, s. 108. Majanen toteaa 1979 hätävarjelua koskevassa väitöskirjassaan, että oppi negatiivisista tunnusmerkistä ei ole saanut tukea Suomessa. Ks. Majanen 1979, s. 4–5. Saksalaisessakin doktriinissa ”! Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen” putatiivihätävarjelua koskevien ongelmien ratkaisemisen perusteena katsotaan hylätyksi. Ks. esim. Kristian Kühl, Strafrecht. Allgemeiner Teil. 8 Auflage. Verlag Franz Vahlen 2017, s. 475.

Kuten RL 4:3:n sanamuoto osoittaa, säännökseen ei sisälly vain putatiivihätävarjelua vaan myös pakkotilaa ja voimakeinojen käyttöä koskeva erehdys. Oikeuskäytännössä putatiivisäännöt on ulotettu koskemaan myös erehtymistä pätevän suostumuksen olemassaolosta.⁷⁷

Palatkaamme siihen konstruktion, jonka sanotaan pätevän Ruotsissa esimerkiksi SOU:n 1988:7 mukaan. Oikeudenvastaisuuden vaatimus tulee tällöin tahallisuuden kannalta relevantissa merkityksessä ”lukea sisään” erityisen rikossäännöksen objektiiviseen tunnusmerkistöön: se ”on” jo rangaistussäännöksessä harjaantumattomalle silmälle näkymättömänä tunnusmerkinä. Tästä seuraa, että jos tahallisuudesta puuttuu oikeudenvastaisuuselementti (koska uskon, että käsillä on esimerkiksi hätävarjelutilanne), niin samalla puuttuu tahallisuuden peittävyys niiden rikosten suhteen, jotka kuvataan erityisessä säännöksessä, ja näin on, vaikka minulla on tahallisuus niiden tunnusmerkkien suhteen, jotka ”näkyvät” säännöksessä ja jotka suppeammassa merkityksessä konstituivat rikoksen.

Tältä kannalta ei tarvita lakitekstissä mitään nimenomaista säännöstä putatiivitulasta: putatiivikuvion olemassaolo osana voimassa olevaa oikeutta poistuu kuitenkin suurin piirtein samalla tavalla – ja samoin rajoituksin – kuin tahallisuuden puuttuminen olisi koskenut jonkin ”näkyvän” tunnusmerkin peittämistä. Vastuuvapaudesta erehtymisestä ei tule tällöin omanlajista erehtymistään vaan (ruotsalaisen terminologian mukaan) ”tavallinen” tosiasiaerehdys tai (suomeksi) tunnusmerkistöerehdys, jolloin merkittävä ero koskee erehdyksen kohdetta: yhdessä tapauksessa tunnusmerkistön mukaisuutta suppeassa merkityksessä (”näkyvät” tunnusmerkit), toisessa tapauksessa oikeudenvastaisuutta. Se, mikä tältä katsantokannalta motivoisi eksplisiittisen säännöksen säätämisen, olisivat *pedagogiset* syyt, eivätkä sellaiset juuri suhteessa putatiivitalaan ole olleet korkeassa kurssissa Ruotsissa: ainakin lainsäätäjän taholta on sen sijaan vallinnut vastakkainen käsitys.⁷⁸

Opissa negatiivisista tunnusmerkeistä nyt käsitellyssä merkityksessä on kuitenkin vaikeasti voitettavia ongelmia. Mainittakoon tässä pari. Yksi sellainen, kuten on pantu merkeille Suomessa, on se, että oppi on ristiriidassa laillisuusperiaatteen vaatimusten kanssa. Lisäksi on vaikea väittää, että kysymys olisi lähinnä tavallisesta tahallisuuden arvioinnista: sellaisen puitteissa tuskin tulee tehdä *puolustettavuus*arviointia tekoja koskien, niin kuin asia on putatiivitulassa. Vastuuseen tahallisesta rikoksesta, joka on (esimerkiksi) tehty putatiivihätävarjelussa, ei vaadita vain sitä, että väärinkäsitys oli käsillä ja se oli relevantti, vaan vaaditaan lisäksi, että teko pysyi sen puitteissa, mikä olisi ollut sallittua, jos väärinkäsitys

77 Ks. KKO 2016:25.

78 Ks. Lernestedt 2010, esim. s. 94 ss.

olisi ollut oikea. Lisäksi tähän ei voida yhdistää sitä rikoskäsitettä, jota voidaan pitää suurin piirtein vallitsevana Ruotsissa (jossa oikeudenvastaisuus erotetaan tunnusmerkistön mukaisuudesta): kuinka asiaa väännelläänkään edellyttää oppi negatiivisista tunnusmerkeistä, jotka tulisi ”lukea sisään”, *jokosita*, että oikeudenvastaisuuden täytyy vaihdella yhä suuremmassa määrin rikoskäsitteen kahden eri paikan välillä aina kysymyksen mukaan, *tai* että sen täytyy olla rikoskäsitteessä kahdessa paikassa.

Seuraavassa joitakin tämän osan päättäviä ajatuksia. Kohtuullisinta olisi tietenkin, että kuvio vahvistettaisiin lailla. Olisi myös monista syistä kohtuullista ja parasta käsitellä putatiivitilaa omana kuvionaan, joka on selvästi erotettu ”tavallisesta” tahallisuusharkinnasta ja jolla on oma paikka systematiikassa. Tämän ei tarvitse *sinänsä* merkitä, että myös esimerkiksi järjestystä ja tulosta putatiivihäpävarjelun tulkinnassa – johon nyt siirrymme – tarvitsee jollakin tapaa muuttaa.

5.2. Eroja tutkinnassa

Tämän jälkeen etenemme eroihin (tai joka tapauksessa potentiaalisiin eroihin, sillä tässä löytyy kyllä osittain erilaisia käsityksiä sekä Ruotsia että Suomea koskien) etenemisjärjestyksessä ja tutkinnan sisällössä. Ainakin Ruotsin, ja ehkäpä myös Suomen, osalta on tällöin osittain erotettava teoria ja käytäntö (praksiksen merkityksessä) toisistaan.⁷⁹

Ruotsinosalta voidaan sanoa vakiintuneeksi, että tutkinnan tulee periaatteessa tapahtua kohta kuvattavalla tavalla. Jotta koko annettu kaava voisi toteutua, vaaditaan *toisaalta*, että tutkinnan perustaksi asetetaan se, että *A oli* faktisesti käsitänyt väärin tilanteen (ks. lisäksi vähän myöhemmin tähän liittyvistä ongelmista) toisaalta *taas*, että aktuaalinen objektiivinen rikostyyppi on olemassa sekä tahallisenä ja tuottamuksellisena varianttina (ja näistä kummastakin nostetaan syyte).

1) Jos tilanne *olisi* ollut siten, kuin *A* sen käsitti, *olisiko* se silloin antanut oikeuden hätävarjeluun?

– Jos ”kyllä”: putatiivitutkinnan tulee tapahtua.

2) Toimiko *A*, suhteessa tilanteeseen siten kuin *A* sen käsitti, muulla kuin ilmeisen puolustamattomalla tavalla?

Jos ”kyllä”: vastuu tahallisesta rikoksesta sulkeutuu pois.

3) Oliko huolimaton, että *A* käsitti tilanteen väärin siten kuin *A* sen teki?

79 Hyvää taustalukemista seuraavalle on Nils Jareborg, Putativ nöd. NTfK 1969, s. 303–326, ja mitä siinä sanotaan ”vanhasta” ja ”uudesta” koulusta koskien sitä, miten putatiivitilan tutkinnan tulee edistyä, sekä Claes Lernestedt, Putativa farhågor. JFT 2008, s. 553–578 (joka myös ottaa käsiteltäväksi sellaisia teemoja ja josta tietyt esityksemme osat on ammennettu).

- Jos ”ei”, niin vastuu on poissuljettu myös tuottamuksellisesta rikoksesta.
- Jos ”kyllä”: niin vastuu tuottamuksellisesta rikoksesta.

Käytännössä voidaan nähdä tiettyä tyytymättömyyttä tämän etenemisjärjestyksen mukaisessa tutkinnassa, ja siihen liittyy tahto eri tavoin väistää nämä seuraukset. Tärkeän osan tyytymättömyydestä voidaan sanoa sisältyvän kysymykseen, missä vaiheessa *mahdollinen huolimattomuus suhteessa väärinkäsitykseen* voidaan tutkia ja siten potentiaalisesti vaikuttaa seulovasti. Jos näet on esimerkiksi kysymys syytteestä väitetystä rikoksesta, joka on tyypiltään rangaistava vain tahallisenä (tai syyte kattaa vain tahallisen variantin) ja tuomioistuin päätyy tulokseen, ettei puolustusteko ollut ilmeisen puolustamaton, niin 2):n mukaan edeltävässä kaavassa A vapautetaan vastuusta tahallisesta rikoksesta.

Seuraus tällaisesta on se, että tuomioistuimelta puuttuu mahdollisuus sisällyttää arvioonsa kysymystä siitä, oliko huolimattomuus käsittää väärin tilanne siten kuin se tapahtui. Kysymys tahallisuuden poissulkeutumisesta (ennen ”puolustettavuusarviointi”) perustetaan pelkästään ja poissulkevasti siihen väärinkäsitykseen, joka tuomioistuimen tulee asettaa perusteeksi, ja näin on siitä riippumatta, olisiko ollut katsottava huolimattomaksi, että hän oli joutunut siihen: jos väärinkäsitys on, niin se on.

Lainsäädäntöasiassa, joka näiltä osin koski formaalisti hätävarjeluun liioittelua, mutta joka myös tietyssä merkityksessä tuli käsittelemään putatiivitilaa yleensä, joukko lausunnonantajia oli voimakkain äänenpainoin sitä mieltä, että putatiivitilaan liittyvä lainsäädäntö oli saatettava voimaan termillä ”peruste” tai vastaavalla varustettuna.⁸⁰ Lakiehdotuksessa hallitus otti kuitenkin selvän etäisyyden käsityksestä, jonka mukaan olisi vaadittava, että tekijällä olisi ollut peruste väärinkäsitykselleen, jotta vastuuvapaus olisi myönnetty (putatiivi)hätävarjelussa. Hallitus katsoi sellaiset vaatimukset yksiselitteisen rikosoikeudellisiksi eikä prosessioikeudellisiksi, ja suositteli seulontaa tai vastaavaa huolimattomuusarvioinnissa. Hallituksen vastauksena olikin, että perusteen tai vastaavan vaatimus oli vaikea yhdistää voimassa oleviin tahallisuusarviointia koskeviin periaatteisiin: peittämisperiaate kun koskee myös vastuuvapaussääntöjä, minkä vuoksi

”den som har begått en gärning måste – om det är fråga om ett uppsåtligt brott – ha haft insikt bl.a. om att det inte varit fråga om en nödvärnssituation för att han skall kunna straffas. Trodde han, ehuru felaktigt, att ett brottsligt angrepp var överhängande är den gärning som han begick fri från

80 Lähetausunto SOU:n 1988:7 johdosta.

ansvar om hans handlande i förhållande till den inbillade situationen inte var uppenbart oförsvarlig”.⁸¹

Tällöin, jatkoi hallitus, ei siis, jos on ollut kysymys rikoksesta, jonka rangaistavuus vaatii tahallisuutta, ”ole merkitystä, onko tekijällä peruste väärinkäsitykselleen vai ei”.

”Hur det än förhöll sig med detta skall han gå fri från ansvar. Det är då inte logiskt att kräva av den som gjort sig skyldig till excess ... att han skall ha haft fog för sin uppfattning om ett överhängande brottsligt angrepp. En sådan ordning påverkar för övrigt inte bara tillämpningen av förevarande paragraf utan också täckningsprincipens tillämpning över huvud taget på de objektiva ansvarsfrihetsgrundernas område och leder fel. Något krav på att den som handlat i putativ excess skall ha haft fog för sin uppfattning om den situation som han befann sig i skall alltså inte uppställas”.⁸²

Tämän jälkeen lisättiin vielä selventämisen tarkoituksessa seuraavaa:

”Det sagda skall inte förväxlas med det krav på bevisningens styrka som bör gälla. Ett blankt påstående att man handlat i putativt nödvärn och därför skall gå fri från ansvar kan naturligtvis inte godtas. Det måste föreligga sådana omständigheter att invändningen inte framstår som obefogad. Detta är redan gällande rätt och att föreslå någon ändring är inte aktuellt.”⁸³

Hallitus siis teki selvän eron *toisaalta* ”perustetta” koskevien aineellisoikeudellisten vaatimusten ja *toisaalta* näyttöä koskevien vaatimusten välillä. Se, mistä keskusteltiin termin ”peruste” yhteydessä, koski *jotakin muuta* kuin näyttöä, ja tämä muu voi tuskin olla jotakin muuta kuin huolimattomuusarvioinnin variantti, olipa se enemmän ”objektivoitu” tai sitten ”individualisoitu”.

Tässä suhteessa (jota voimme ehkä kutsua ”voimassa olevaksi oikeudeksi”) voi Ruotsin oikeustilan sanoa olevan selvän. Lähinnä kaksi tietä vaikuttaa nyt houkuttelevalla sille, joka katsoo aiheelliseksi väistää ”peruste”-vaatimuksen poissaolo:

81 Prop. 1993/94:130, s. 47.

82 Prop. 1993/94:130, s. 47. Tässä voidaan panna merkille, että aktuaalisessa lainsäädäntöasiassa oppi ”negatiivisista tunnusmerkeistä” jne. katsottiin lähtökohdaksi, ja että Jareborg oli asiantuntijana selvityksessä, josta mietintö julkaistiin.

83 Prop. 1993/94:130, s. 47.

- 1) että väite jätetään huomioon ottamatta tai se katsotaan vastatodistetuksi, vaikka tätä ei itse asiassa olisi tullut tapahtua, tai
- 2) että saadaan aikaan enemmän tai vähemmän kasuistinen poikkeus säännöstä, että jos vain väärinkäsitys on, niin ei ole merkitystä, onko sille peruste: (tietynlaisia) väärinkäsityksiä ei sallita, ja vaikka niitä sinänsä on, niille annetaan merkitystä putatiivitilaa tutkittaessa.⁸⁴

Suomen osalta lienee ensin syytä todeta, että suomalaisissa lainsäädäntötoimissa otettiin osaa ruotsalaisiin yllä mainittuihin keskusteluihin, eikä vähiten läheteintanssien kysyessä jonkinlaista "peruste"-vaatimusta sääntelyssä jo ennen myöhempää vaihetta, jolloin voidaan tutkia, oliko väärinkäsitys huolimaton. Kysymys on nyt siitä, miten suomalaisen RL 4:3:n sanamuoto tulee ymmärtää. Kipupiste piilee säännöksen vaatimuksessa, että erehdyksen tulee olla "perusteltu". Sanamuodon normaalikielellinen tulkinta näyttää antavan tulokseksi, että kysymys on tietynlaisesta huolimattomuusarvioinnista siten, että jos oli "perustetta", niin syytetty oli (riittävän) huolellinen.

Sanamuoto ei kuitenkaan pakota päätelmään, että kyseessä olisi aineellinen rikosoikeusääntö: voidaan sinänsä ajatella, että kysymys on siitä, että syytetyn täytyy voida *osoittaa*, että on peruste (ja kyseessä olisi sitten pikemminkin jonkinlainen näyttösääntö). Liikomme kuitenkin rikosoikeudellisessa kontekstissa, joka puhuu sen puolesta, että "peruste"-vaatimus käsitetään aineellisesti rikosoikeudellisesti. Tätä pitemmälle ei päästä itse lakitekstin perusteella. *Lakiehdotus* oli yhtä lyhyt kuin monimerkityksinenkin:

"Mikä hyvänsä erehtyminen ei kuitenkaan vapauta tahallisuusvastuusta. Lainkohta edellyttää, että tällainen peruste olisi liittynyt tekoilanteeseen sellaisena kuin tekijä sen perustellusti käsitti. Rajauksen tehtävänä on ennen kaikkea torjua vastuuvapaus tapauksessa, jossa tekijän virhekäsityksille ei löydy minkäänlaista järkevää selitystä tai puolustusta. Rajaus ei merkitse muutosta yleisiin syyllisyys- ja tahallisuusperiaatteisiin."⁸⁵

Ilmaus näyttää edellyttävän, että on tehtävä seulonta sinänsä hyväksytyjen erehdysten ryhmän tapausten kesken: vaikka syytetty *oli* faktisesti aktuaalisen tyyppisessä erehdyksessä, niin ei ole varmaa, että tämä vapauttaa hänet tahal-

84 Vertailu enemmistön ja vähemmistön perusteluista ratkaisussa NJA 1993, s. 128 on mielenkiitoinen tässä yhteydessä.

85 HE 44/2002 vp, s. 110

lisuusvastuusta. Tämä viittaa siihen, että tunnusmerkistö katsotaan luonteeltaan aineellisoikeudelliseksi. Myös edellä lainatun perustelutekstin toinen virke näyttää lähtevän tästä: se viittaa selvästi siihen, että kysymys on jonkinlaisesta väärinkäsitystä kokevasta huolimattomuusarvioinnista. Virke kolme voidaan lukea *osittain* rikosoikeudellisen tunnusmerkistön artikulaationa, *osittain* tietynlaista kommunikatiivista elementtiä käsittelevänä, (selvitetään ja puolustetaan), mikä voisi viitata siihen, että ”peruste”-vaatimus käsitetään prosessioikeudelliseksi, joka on lähinnä suhteessa todistustaakkaan, todistusvoimaan ja vastaavaan. Neljäs virke taas näyttää yksiselitteisemmin viittaavan siihen, *ettei* kysymys ole ainakaan rikosoikeudellisesta tunnusmerkistä. Tulos tässä jää kuitenkin riippuvaiseksi siitä, minkä katsotaan muuttavan yleiset syyllisyys- ja tahallisuusperiaatteet, ja tästä voi olla erilaisia käsityksiä. *Lakivaliokunta* puolestaan lausui seuraavan:

”Valiokunta korostaa sitä, että tekijä vapautuu tahallisuusvastuusta vain, jos erehtyminen on ollut perusteltua. Esimerkiksi pelkkä väite oletetusta hätävarjelutilanteesta ei riitä, vaan tekijän on kyettävä esittämään uskottavia syitä hyökkäystä koskevalle oletukselleen.”⁸⁶

Myös lakivaliokunnan lausumat, jotka kaiken kukkuraksi *alleiviivasivat* ”peruste”-vaatimusta, avaavat monia tulkintamahdollisuuksia. Myös tässä tunnutaan liikuttavan rikosoikeudellisen ja prosessioikeudellisen rajamailla, ehkä jonkinlaisella ylipainolla sen ajatuksen puolesta, että ”peruste”-tunnusmerkki olisi luonteeltaan prosessioikeudellinen.

Lernestedt on ehdottanut neljää eri ajatusmallia seuraavasti:

- 1) ”Peruste”-vaatimus ei merkitse suurin piirtein *mitään*.
- 2) ”Peruste”-vaatimus on tietynlainen väestölle suunnattu kehoitus, sisällöltään lähinnä ”älä usko, että riittää väittää ”putatiivihätävarjelua” välttääksesi vastuun, jos teet rikoksen”. Kyse ei sitä vastoin ole jostakin, jonka soveltaja hallitsisi ikään kuin olisi kysymys ”tavallisesta” tunnusmerkistä.
- 3) ”Peruste”-vaatimus on suunnattu (myös) soveltajalle käyttöä varten. Se ei ole kuitenkaan rikosoikeudellinen vaan prosessioikeudellinen, eli tietynlainen näytösääntö, joka on sijoitettu muuten rikosoikeudelliseen säännökseen.
- 4) ”Peruste”-vaatimus on rikosoikeudellinen ja suunnattu (myös) soveltajalle käyttöä varten.⁸⁷

86 LaVM 28/2002 vp, s. 10.

87 Lernestedt 2008.

Vaihtoehto 4) näyttää uskottavalta, ja lakitestin perusteella se näyttää myös vähiten kaukaa haetulta edellä kuvatuista vaihtoehdoista. "Peruste"-vaatimus aktualisoituu tällöin vasta, kun tuomioistuin on sinänsä hyväksynyt, että syytetty *toimi* faktisesti erehdyksen vallassa. Tällöin on toteutettava jonkinlainen huolimattomuustutkinta. Sellainen voi näyttäytyä eri tavoin eroilla, jotka riippuvat toisaalta siitä, ajatellaanko, että kysymys enemmän "subjektiivisesta", "individualisoidusta" tai toisaalta enemmän "objektivoidusta" arvioinnista. Jos pyritään leimallisen "subjektiiviseen" tutkintaan, tämä tapahtuu suuressa määrin syytetyn edellytyksistä. Tutkinta on lähellä erityistä henkilöä, hänen vahvuuksineen ja heikkouksineen, nimenomaan hänen tiedonkykyineen, informaatiovalmiuksineen jne. Vaatimus (hieman syvällisemmässä mielessä) ansaitusta moitteesta lyö etualalle. Jos taas tämän sijasta pyritään – spektrin toisessa päässä – leimalliseen "objektiiviseen" tutkintaan, niin syytetty mitataan lopullisesti, ilman yksilöllisiä, henkilöön suhtautuvia variaatioita "objektiivista" mittapuuta vasten, käyttäytymisstandardia "järkevän henkilön" tai vastaavan muodossa.⁸⁸ On alleviivattava, että huolimatta siitä, miten punninta tässä kuvatussa tutkinnassa tehdään objektivoivan ja individualisoivan välillä, sitä on kohtuuden mukaan kutsuttava *huolimattomuusarvioinniksi*.

Tulkintavaihtoehtoa 4) *vastaan*, mahdollisesti, puhuu se, että tapauksessa, jossa aktuaalinen teko on rangaistusuhkainen sekä tahallisenä että tuottamuksellisenä, rikos voi periaatteessa toteuttaa *kaksi* huolimattomuusarviointia samaa tapahtumaa koskien: ensinnä suhteessa "perusteen" vaatimukseen (ja suhteessa vastuuseen tahallisesta rikoksesta), ja sen jälkeen suhteessa vastuuseen tuottamuksellisesta rikoksesta.

1) Jos tilanne *olisi* ollut sellainen kuin A sen käsitti, *olisiko* se tällöin antanut hätävarjeluoikeuden?

– Jos "kyllä": putatiivitutkinnan tulee tapahtua.

2a) Toimiko A, suhteessa tilanteeseen siten kuin hän sen käsitti, muulla tavoin kuin ilmeisen puolustamattomasti?

2b) Jos A:lla oli peruste, oliko A:n taholta huolimattonta (I) käsittää tilanne väärin siten kuin hän teki?

– Jos "kyllä" yhteen tai ei yhteenkään: vastuu tahallisesta rikoksesta.

– Jos "kyllä" kumpankin: vastuu tahallisesta rikoksesta on poissuljettu.

3) Oliko A:n taholta huolimattonta (II) käsittää väärin tilanne siten kuin hän sen teki?

88 Seikkaperäisesti tästä kuviosta ks. Mayo Moran: *Rethinking the Reasonable Person*. Oxford University Press 2003.

- Jos ”ei”: vastuu on poissuljettu myös huolimattomasta rikoksesta.
- Jos ”kyllä”: vastuu huolimattomasta rikoksesta.

Enkäpä sellainen järjestys ei kuitenkaan ole niin kohtuuton. Eräs mahdollinen tapa sen orkestroimiseksi olisi tällöin, ettei ensimmäisessä ”peruste”-tutkinnassa aseteta niin korkeita vaatimuksia huolimattomuudelle (tämän vaiheen tutkinta täyttäisi näin lähinnä funktion, että ilmeisemmät huolimattomuustapaukset seulotaan pois), kun taas ”tavallisessa” huolimattomuusarvioinnissa, ketjussa myöhempanä, asetetaan korkeampia huolimattomuusvaatimuksia vastuuvapaudelle. Tällöin voitaisiin tiettyjen syytettyjen sinänsä katsoa ”omanneen” niin paljon RL 4:3:n mukaista ”perustetta”, ettei heitä voida tuomita tahallisesta rikoksesta, mutta heidät voitaisiin kuitenkin saattaa huolimattomasta rikoksesta vastuuseen. He olisivat tässä tapauksessa riittävän huolellisia vastuusta vapautumiseksi tahallisesta rikoksesta, mutta eivät riittävän huolellisia välttääkseen vastuun tuottamuksellisesta rikoksesta.

Valitettavasti ei ole julkaistua oikeuskäytäntöä putatiivihätävarjelusta vuoden 2004 reformin mukaisesti. Myös doktriinissa kysymys on herättänyt vain vähän huomiota. Vain oppikirjoista löytyy jotakin asiasta. Frände on katsonut, että ”perustellusti” tulee käsittää huolellisuusvaatimuksena⁸⁹ Tapani ja Tolvanen taas korostavat vahvasti esitöiden vaatimusta, jonka mukaan tekijän virheellistä käsitystä faktoista tulee voida selittää tai puolustaa rationaalisesti. Kirjoittajien mukaan kiinnostus suuntautuu syytetyn väitteiden uskottavuuteen siitä, että hän erehtyi. Useimmiten väitteeltä puuttuu kaikki tuki konkreettisissa olosuhteissa, mutta jos kuitenkin on rationaalisia perusteita mahdollisuudelle, että tekijä on erehtynyt, syytettyä ei tule tuomita tahallisesta rikoksesta.

Johtopäätös edellyttää kuitenkin, ettei syyttäjä kykene näyttämään sitä, että väitteeltä puuttuu uskottavuus.⁹⁰ Tässä korostetaan sinänsä näyttöaspekteja, mutta sen vaatimuksen vuoksi, että käsityksen tulee olla rationaalinen, näkemyksen voidaan katsoa sisältävän huolellisuuselementin. Jos tekijä puolustautuu ei-olemassa olevaa hyökkäystä vastaan perusteilla, joita on pidettävä irrationaalisina, hän on menetellyt huolimattomasti. Melander korostaa oppikirjassaan rationaalisten perusteiden vaatimusta, eikä pelkkä väite riitä tahallisuuden poissulkemiseksi.⁹¹

Kuten jo edellä todettiin, voidaan kohtuuden mukaan lähteä siitä, että suomalaisessa lainsäädännössä on otettu osaa niihin keskusteluihin, joita vuosikymmen aikaisemmin käytiin ruotsalaisesta lakiehdotuksesta. Tämän valossa

89 Frände 2012, s. 192, alaviite 38.

90 Tapani – Tolvanen 2013, s. 325.

91 Melander 2016, s. 237.

on kohtuullista, että kun ”peruste”-vaatimus nostettiin esiin siten kuin se tehtiin suomalaisessa lainsäädännössä, tarkoitettiin joko huolellisuusvaatimusta, joka tässä tapauksessa tulee esiin jo tasolla 2) ruotsalaisessa järjestyksessä edellä, tai (ja siten melko atyyppisesti) prosessioikeudellista vaatimusta muuten aineellisri-kosoikeudellisessa säännöksessä; mihin johtopäätöksiin *e contrario* täytyy päätyä sellaisesta tulkinnasta, saa tässä tapauksessa jäädä myöhemmin selitettäväksi.

Suomea koskien sanottakoon tässä myös päättäen, että kohtuuden mukaan kysymykseen tutkinnassa, kuinka tietty aktuaalinen väärinkäsitys voi vaikuttaa tahallisuuteen poissulkevasti, täytyy osatekijänä sisältyä sen arviointi, miten syytetty, väärinkäsityksestä lähtien, pysyi sen puitteissa, mikä olisi ollut oikeutettua, jos väärinkäsitys olisi ollut oikea. Muuten ei esimerkiksi hätävarjeluun liioittelua koskeva sääntely tulisi sovellettavaksi silloin, kun syytetty on tehnyt liian paljon suhteessa väärin käsitettyyn. Tätä kysymystä ei kuitenkaan ole käsitelty esitöissä tai doktriinissa.

6. Joitakin päättäviä ajatuksia

Olemme käyneet hyvin selektiivisesti läpi hätävarjelua ja siihen liittyvää koskevan sääntelyn. Paljon enemmän olisi voitu (ja pitänyt) selvittää sellaisessa läpikäynnissä. Jo läpikäyntimme on kuitenkin osoittanut monia mielenkiintoisia – ja ajoittain suuria – eroja tai potentiaalisia eroja maiden välillä. Näitä eroja on kommentoitu juoksevasti (esimerkiksi siten, että toisen maan ratkaisua on suositeltu toisen edellä). Näin ollen emme palaa tähän.

Asian päättävässä tarkastelussa, erityisesti yllä mainittujen” potentiaalisten erojen” suhteen hätävarjelussa ja siihen liittyvässä käy esiin melko paljon – liian paljon – myös se, että sängen keskeiset ongelmat ovat epäselviä. Jotta tilannetta sellaisessa suhteessa voitaisiin parantaa, vaaditaan, että monenlaiset toimijat – näin ehkä erityisesti hovioikeudet ja tiettyssä määrin doktriini – ottavat sääntelyn vakavasti.

Dan Helenius

Mänskliga rättigheter som hinder för överlämning inom EU – en granskning av senaste tids rättspraxis

1. Bakgrund – Om ömsesidigt erkännande och ömsesidigt förtroende

Mycket har under åren sagts om både principen om ömsesidigt erkännande i det straffrättsliga samarbetet inom EU och om det ömsesidiga förtroende som principen antas vila på.¹ Jag kommer här inte att diskutera innebörden av dessa rättsliga konstruktioner eller förhållandet mellan dem mer än vad som är nödvändigt för att skapa en bakgrund för den granskning av EU-domstolens (EUD) senaste tids praxis som följer senare.

I art. 82 FEUF anges att ”det straffrättsliga samarbetet inom unionen ska bygga på principen om ömsesidigt erkännande av domar och rättsliga avgöranden”. Då principen om ömsesidigt erkännande ursprungligen antogs såsom ”hörnstenen” i det straffrättsliga samarbetet inom EU angavs att principen ”anses bygga på tanken att även om en annan stat inte behandlar en viss fråga på samma sätt eller ens på ett liknande sätt som ens egen stat, är slutresultatet sådant att det kan anses vara ekvivalent, eller likvärdigt, med ett beslut av ens egen stat. Ömsesidigt förtroende är en viktig ingrediens – inte bara förtroende för innehållet i den andra partens bestämmelser, utan också för tillämpningen av dem.”²

1 Också festföremålet för denna bok har i sin mångsidiga forskning berört dessa frågor, se t.ex. Kimmo Nuotio, Eurooppalaistuvan rikosoikeuden ääriiviivat. Lakimies 7–8/2007, s. 1107–1108. Se mera ingående t.ex. Annika Suominen, The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters. Intersentia 2011 och Wouter van Ballegoij, The Nature of Mutual Recognition in European Law. Intersentia 2015.

2 KOM(2000) 495 slutlig, s. 4.

Principen om ömsesidigt erkännande förutsätter således, i EUD:s ordalag, att det råder ett ömsesidigt förtroende mellan medlemsstaterna vad gäller deras respektive straffrättsliga system och att var och en av dem godtar att den gällande straffrätten i övriga medlemsstater tillämpas, även om en tillämpning av den egna nationella rätten skulle leda till ett annat resultat.³ Således anges principen om ömsesidigt erkännande – och de instrument som baserar sig på principen – grunda sig på det ömsesidiga förtroende som råder mellan medlemsstaterna vad gäller de nationella rättsordningarnas förmåga att säkerställa ett likvärdigt och verksamt skydd för de grundläggande och mänskliga rättigheterna som erkänns i unionen.⁴ Presumtionen om ömsesidigt förtroende ska anses innebära att medlemsstaterna *anser* att alla de andra medlemsstaterna iakttar unionsrätten och särskilt de grundläggande rättigheter som erkänns i unionsrätten.⁵

Denna rättsliga struktur bygger åter på den grundläggande premissen att varje medlemsstat delar en rad gemensamma värden som ligger till grund för unionen med alla andra medlemsstater, och erkänner att de andra medlemsstaterna delar dessa värden med den. Förevarande premiss innebär och motiverar att det råder ett ömsesidigt förtroende om att dessa värden kommer att erkännas och således att den unionsrätt genom vilken de genomförs kommer att iakttas.⁶

Enligt EUD föreligger således *prima facie* en skyldighet för medlemsstaterna att "presumera" att de andra medlemsstaterna iakttar de grundläggande rättigheterna. Denna presumtion innebär dels att medlemsstaterna inte får kräva att en annan medlemsstat tillämpar en högre nivå av rättighetsskydd än vad som säkerställs av unionsrätt, dels att medlemsstaterna inte får kontrollera att en annan medlemsstat i ett enskilt fall verkligen har iakttagit de grundläggande rättigheterna.⁷ Utgångspunkten är att medlemsstater inte unilateralt får åsidosätta principen om ömsesidigt erkännande i syfte att ta itu med brister i rättighetsskydd som råder i andra medlemsstater.⁸

Men vad händer om den förutsatta premissen börjar krackelera till följd av tillräckligt starka bevis på att vissa medlemsstater i själva verket inte iakttar de vär-

3 Förenade målen C-187/01, *Gözütok* och C-385/01, *Brügge*, p. 33.

4 Se bl.a. förenade målen C-404/15, *Aranyosi* och C-659/15, *Căldăraru*, p. 77 och mål C-216/18 PPU, *LM*, p. 36.

5 EUD:s yttrande 2/13, EU:C:2014:2454, p. 191. Närmare om denna presumtion, se Sicurella, Rosaria: Fostering a European criminal law culture: In trust we trust. *New Journal of European Criminal Law* 3/2018, s. 309–312.

6 EUD:s yttrande 2/13, EU:C:2014:2454, p. 168.

7 EUD:s yttrande 2/13, EU:C:2014:2454, p. 192.

8 Petra Bård – Wouter van Ballegooij, Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in *Minister for Justice and Equality v. LM*. *New Journal of European Criminal Law* 3/2018, s. 354.

den som förutsätts vara gemensamma för alla? Kan en oförbehållslös presumtion om ömsesidigt förtroende fortfarande upprätthållas under sådana förhållanden?

2. Om mänskliga rättigheter som vägrandegrund vid överlämning

Som bekant var rambeslutet om en europeisk arresteringsorder det första straffprocessuella EU-instrumentet som antogs på basis av principen om ömsesidigt erkännande (EAW-rambeslutet, efter ”European Arrest Warrant”).⁹ En arresteringsorder kan utfärdas både i syfte att få en eftersökt person gripen och överlämnad för lagföring och för verkställighet av ett redan utdömt frihetsstraff (art. 1.1 i rambeslutet).

Principen om ömsesidigt erkännande innebär enligt EUD att medlemsstaterna ”i princip” är skyldiga att verkställa en europeisk arresteringsorder, såvida förutsättningarna för erkännande i övrigt föreligger. EUD har i åtskilliga avgöranden framhållit att förvägrande av verkställighet endast är tillåtet i de fall som framgår ur art. 3, 4 och 4a i EAW-rambeslutet. Villkor för verkställighet får därtill endast uppställas i enlighet med art. 5.¹⁰ Inte heller den omständigheten att den verkställande medlemsstatens konstitutionsordning föreskriver en högre rättighetsstandard än vad som garanteras i den utfärdande staten innebär att förvägrande av verkställighet vore tillåtet, åtminstone då det handlar om rättigheter vars omfattning är reglerade på unionsnivå.¹¹

Den för förevarande granskning relevanta problemställningen bottnar i att rambeslutet inte innehåller någon uttrycklig vägrandegrund i fråga om grundläggande och mänskliga rättigheter (härefter endast mänskliga rättigheter).¹² I det

9 Rådets rambeslut (2002/584/RIF) av den 13 juni 2002 om en europeisk arresteringsorder och överlämnande mellan medlemsstaterna.

10 Se bl.a. mål C-396/11, *Radu*, p. 36, C-399/11, *Melloni*, p. 38, C-192/12, *West*, p. 55, C-168/13, *Jeremy F.*, p. 36 och C-237/15, *Lanigan*, p. 36.

11 Se mål C-399/11, *Melloni* gällande de krav som ställs på s.k. utevarohandläggningar.

12 Med mänskliga och grundläggande rättigheter i denna bemärkelse avses åtminstone förbudet mot omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, förbudet mot tortyr, förbudet mot diskriminering och rätten till en rättvis rättegång, se Suominen 2011, s. 197. Det ska poängteras att rambeslutet nog innehåller en rad bestämmelser som knyter an till mänskliga och grundläggande rättigheter, bl.a. beträffande *ne bis in idem*, specialitetsprincipen och humanitära omständigheter. I denna text fokuserar jag dock på sådana rättigheter i en ”snäv” bemärkelse såsom potentiella grunder för att vägra verkställa en europeisk arresteringsorder.

traditionella systemet för rättslig hjälp i form av utlämning¹³ har stater däremot förbehållit sig rätten att förvägra utlämning vid farhågor om åsidosättande av den berörda personens mänskliga rättigheter.¹⁴ Sådana farhågor kan uppstå både i samband med utlämning för lagföring (t.ex. pga. risker för att den kommande rättegången inte kommer att vara rättvis) och för straffverkställighet (t.ex. pga. brister i fängelseförhållanden). Att inom EU förvägra verkställighet med hänvisning till att den utfärdande medlemsstaten inte skulle tillgodose den överlämnade personens rättigheter skulle uppenbarligen dock strida mot hela idén bakom det presumerade förtroendet som principen om ömsesidigt erkännande anges vila på. Fram till 2014 verkade EUD inte heller godta att förvägrande vore tillåtet på denna grund.¹⁵

Art. 1.3 i EAW-rambeslutet föreskriver visserligen lakoniskt att rambeslutet inte påverkar skyldigheten att respektera de grundläggande rättigheterna och de grundläggande rättsliga principerna som garanteras i grundfördragen. Därtill erinrar p. 10 i rambeslutets ingress om att systemet med en europeisk arresteringsorder vilar på en hög grad av förtroende mellan medlemsstaterna, vilket har som följd att tillämpningen av systemet får avbrytas endast om en medlemsstat allvarligt och ihållande åsidosätter de principer som fastställs i grundfördragen. Enligt p. 12 i ingressen respekterar rambeslutet de grundläggande rättigheter och iakttar de principer som erkänns i grundfördragen och EU:s rättighetsstadga. Således ska inget i rambeslutet få tolkas som ett förbud att vägra överlämna en person, om det finns objektiva skäl för att tro att den europeiska arresteringsordern har utfärdats för att lagföra eller straffa en person på grund av dennes kön, ras, religion, etniska ursprung, nationalitet, språk, politiska uppfattning eller sexuella läggning, eller att denna persons ställning kan skadas av något av dessa skäl. Enligt p. 13 i ingressen får ingen heller utlämnas till en stat där de löper allvarlig risk att utsättas för dödsstraff, tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning.

13 Jag kommer i det följande att använda termen "överlämning" då det handlar om åtgärder som hänför sig till den europeiska arresteringsordern. I övrigt kommer jag dock att använda den traditionella termen "utlämning". Någon egentlig praktisk relevans har denna terminologiska distinktion inte, utan skillnaden är snarast ideologisk. Se närmare om denna fråga t.ex. Petter Asp, *Internationell straffrätt*. Iustus Förlag 2014, s. 72–73.

14 Se t.ex. Annika Suominen, *Grundläggande rättigheter och straffrättsligt samarbete*. JFT 1–2/2014, s. 26–27.

15 Helmut Satzger, *Mutual Recognition in Times of Crisis – Mutual Recognition in Crisis? An Analysis of the New Jurisprudence on the European Arrest Warrant*. *European Criminal Law Review* 3/2018, s. 324. Jfr dock generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-396/11, *Radu*, p. 97, där hon framhåller att överlämnande undantagsvis bör kunna förvägras med hänvisning till överträdelse av den överlämnade personens mänskliga rättigheter. EUD tog i sitt avgörande dock inte explicit ställning till denna fråga.

Vid implementeringen av rambeslutet i Finland (liksom i flera andra medlemsstater)¹⁶ valde man dock att införa en absolut vägrandegrund med avseende på mänskliga rättigheter, trots att någon sådan vägrandegrund enligt regeringen inte explicit gick att utläsa ur rambeslutet.¹⁷ Enligt regeringen kan en sådan vägrandegrund dock härledas från de övriga bestämmelserna i rambeslutet samt från Finlands förpliktelser när det gäller beaktandet av de mänskliga rättigheterna i samband med utlämning. Med förstnämnda grund avsågs framför allt art. 1.3 i EAW-rambeslutet samt uttalandena i rambeslutets ingress om skyldigheten att respektera de mänskliga rättigheterna.¹⁸

Regeringen anförde i sin proposition till EU-utlämningsL att ifrågasvarande vägrandegrund är en "bestämmelse som ytterst sällan kommer att bli aktuell och som skall tillämpas försiktigt" och i "ytterst få fall". Enligt proposition måste det finnas en "grundad och objektiv misstanke" om att personens grundläggande eller mänskliga rättigheter kränks för att vägrandegrunden ska kunna tillämpas.¹⁹

Det kan noteras att riskdagens lagutskott i sitt betänkande till regeringens proposition ställde sig kritiskt till propositionens "försiktighetsprincip". Enligt lagutskottet ska som utgångspunkt vid tillämpningen av vägrandegrunden i frågas tas en från personens situation och omständigheter utgående bedömning av om det "eventuellt finns en risk" för att den berörde personens rättigheter kränks genom utlämningen. Vägrandegrunden ska då tillämpas "så snart" det finns grundad anledning att misstänka att den som begärs utlämnad "eventuellt" inte får en rättvis rättegång i den utfärdande staten.²⁰

Trots sin starka betoning av presumtionen om ömsesidigt förtroende som ett förbud mot att i enskilda fall kontrollera efterlevnaden av de mänskliga rättigheterna i andra medlemsstater, verkade EUD i sitt yttrande från slutet av år 2014 om unionens anslutning till Europeiska människorättskonventionen (EMRK) dock luckra upp detta kontrollförbud. Här framhöll domstolen nämligen att det ömsesidiga förtroendet "under exceptionella omständigheter" kan komma att åsidosättas.²¹ Vilka dessa exceptionella omständigheter ska anses vara uttalade

16 Se t.ex. Suominen 2011, s. 307.

17 Enligt 5 § 1 mom. punkt 6 i lagen om utlämning för brott mellan Finland och de övriga medlemsstaterna i Europeiska unionen (1286/2003; EU-utlämningsL) ska utlämning förvägras om det finns grundad anledning att misstänka att den, som begärs utlämnad, på grund av ursprung, tillhörighet till en viss samhällsgrupp, religion, övertygelse eller politisk åsikt riskerar dödsstraff, tortyr eller någon annan behandling som kränker människovärdet eller blir utsatt för förföljelse som riktar sig mot hans eller hennes liv eller frihet eller annan förföljelse, eller om det med fog kan antas att hans eller hennes mänskliga rättigheter eller i grundlagen tryggade rättsskydd, yttrandefrihet eller föreningsfrihet kränks.

18 RP 88/2003 rd, s. 22.

19 RP 88/2003 rd, s. 22.

20 LaUB 7/2003 rd, s. 4.

21 Se EUD:s yttrande 2/13, EU:C:2014:2454, p. 191.

sig EUD dock inte närmare om. Det skulle dröja till april 2016 innan domstolen tog närmare ställning till denna fråga.²²

3. Om utlämning och mänskliga rättigheter

Före jag går närmare in på förhållandet mellan den europeiska arresteringsordern och mänskliga rättigheter, måste en liten exkursion till Strasbourg göras. För att skapa en kontext för den senare diskussionen måste nämligen erinras om att Europadomstolen (EMD) i flera mål tacklat samma frågor som EUD under senare tid har kommit att ta ställning till. EMD opererar visserligen i en annan juridisk miljö, där något ömsesidigt förtroende inte presumeras existera, men de grundläggande rättsfrågorna har inte desto mindre varit desamma.²³ Därtill anger som känt art. 52.3 i EU:s rättighetsstadga att de rättigheter som ingår i den ska ha (minst) samma innebörd och räckvidd som motsvarande rättigheter i EMRK.²⁴

Anhängiggörandet av mål vid EMD förutsätter i regel att en påstådd kränkning av en persons rättigheter enligt EMRK redan påstås ha skett. Stater ansvarar i regel inte heller för andra kränkningar än sådana som hänför sig till deras eget jurisdiktionsområde.²⁵ EMD har dock i flera avgöranden konstaterat att både utvisning och utlämning kan strida mot EMRK om det finns en risk för att den berörda personens rättigheter som en följd av åtgärden riskerar att åsidosättas i mottagarstaten. Det väsentliga är alltså här dels att det handlar om en kränkning som inte ännu har aktualiserats (även om risken för kränkning kan bottsna sig i tidigare kränkningar av konventionsbestämmelserna), dels att klagomålet kan riktas mot en annan stat än den där risken för kränkning föreligger. Medlemsstaterna har med andra ord ett ansvar för att inte medverka till att personers rättigheter kränks i andra stater.²⁶ De bedömningsgrunder som då ska tillämpas har ansetts vara desamma med avseende på både utlämning och utvisning, varför jag framöver för enkelhetens skull endast kommer att tala om utlämning.²⁷

22 Det ska dock noteras att EUD redan tidigare hade granskat liknande frågeställningar inom ett annat rättsområde, dvs. asylrätten, se Koen Lenaerts, *La vie après l'avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet not Blind) Trust*. *Common Market Law Review* 2017, s. 828–837

23 Om vikten av att beakta också EMD:s tolkningspraxis, se Lenaerts 2017, s. 839.

24 Se Förklaringar till stadgans fullständiga text, dokument CHARTE 4473/00, CONVENT 49, Bryssel den 11 oktober 2000, s. 45.

25 Se bl.a. Matti Pellonpää – Monica Gullans – Pasi Pölönen – Antti Tapanila, *Euroopan ihmisoikeussopimus*. Alma Talent 2018, s. 201 och Hans Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*. Norstedts Juridik 2012, s. 85.

26 Se Helmut Satzger, *International and European Criminal Law*. C.H. Beck – Hart – Nomos 2012, s. 159.

27 Se Pellonpää et al. 2018, s. 434.

I EMD:s tolkningspraxis har utlämning problematiserats särskilt i samband med art. 3 EMRK, varvid utlämning kan vara förbjudet om det finns påtagliga grunder för att tro att den berörda personen kommer att utsättas för en verklig risk för omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning i mottagarstaten.²⁸ EMD har alltså inte förutsatt den berörda personen med säkerhet kommer att utsättas för en kränkning efter utlämning, utan det räcker med en verklig risk för detta. Risken måste dock vara individuell, dvs. det räcker som utgångspunkt inte att det i mottagarstaten allmänt förekommer brister med avseende på upprätthållandet av EMRK-standarder.²⁹

Undantagsvis har också rätten till en rättvis rättegång enligt art. 6 EMRK ansetts komma i fråga som en grund för att utlämning inte får ske. Detta gäller närmare bestämt om den berörda personen i mottagarstaten flagrant skulle förnekas eller riskera att förnekas en rättvis rättegång ("flagrant denial of justice").³⁰ Kravet på "flagrant rättsvägran" innebär enligt EMD en rättegång som uppenbart ("manifestly") strider mot de krav som ställs av art. 6 EMRK. Enligt domstolen ska förutsättningarna för en sådan rättsvägran tolkas strikt. Till dags dato har EMD endast i ett fåtal mål slagit fast att utlämning skulle medföra ett åsidosättande av art. 6 EMRK.³¹ En flagrant rättsvägran innebär enligt domstolen mer än blotta oregelbundenheter eller bristande rättsskyddsgarantier i processen, vilka i sig kan uppgå till en kränkning av art. 6 EMRK i en enskild medlemsstat. Åsidosättandet av de krav som förutsatts för en rättvis rättegång måste vara så fundamentala att själva kärnan av rätten till en rättvis rättegång upphävs eller tillintetgörs.³² Med andra ord räcker det inte att vilken som helst aspekt av den berörda personens rätt till en rättvis rättegång skulle komma att kränkas i mottagarstaten.

Enligt EMD har en flagrant rättsvägran ansetts föreligga under bl.a. följande omständigheter:

28 Se bl.a. *Tarakhel mot Schweiz* (29217/12, dom 4.11.2014), p. 93.

29 Pellonpää et al. 2018, s. 436.

30 Detta slog EMD ursprungligen fast i målet *Soering mot Förenade kungariket* (14038/88, dom 7.7.1989), p. 113. Senare har detta bekräftats i bl.a. målen *Mamatkulov och Askarov mot Turkiet* (46827/99 och 46951/99, dom 4.2.2005) p. 90–91, *Al-Saadoon och Mufdhi mot Förenade kungariket* (61498/08, dom 2.3.2010), p. 149, *Husayn (Abu Zubaydah) mot Polen* (7511/13, dom 24.7.2014), p. 552, *Al Nashiri mot Polen* (28761/11, dom 24.7.2014) p. 562 och *Al Nashiri mot Rumänien* (33234/12, dom 31.5.2018), p. 716. EMD har också använt begreppet "flagrant denial of a fair trial", se *Bader och Kanbor mot Sverige* (13284/04, dom 8.11.2005), p. 47.

31 Se *Othman (Abu Qatada) mot Förenade kungariket* (8139/09, dom 17.2.2012), *Husayn (Abu Zubaydah) mot Polen* (7511/13, dom 24.7.2014) och *Al Nashiri mot Polen* (28761/11, dom 24.7.2014). Se också generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-216/18 PPU, LM, p. 83.

32 Se bl.a. *Ahorugeze mot Sverige* (37075/09, dom 27.10.2011), p. 113–115, *Othman (Abu Qatada) mot Förenade kungariket* (8139/09, dom 17.2.2012), p. 260 och *Al Nashiri mot Polen* (28761/11, dom 24.7.2014), p. 563.

- när en person har dömts *in absentia* utan att ha avstått från sin rätt till muntlig behandling och utan att ha någon möjlighet till omprövning av ärendet,³³
- när en person dömts i en rättegång av summarisk karaktär där dennes rättigheter fullständigt åsidosatts, bl.a. eftersom alla bevis lagts fram endast av åklagaren och varken den tilltalade eller dennes försvarare närvarat vid rättegången,³⁴
- när en person efter utlämning skulle komma att frihetsberövas utan att ha möjlighet att kommunicera med en försvarare eller få sin sak prövad av en oberoende och opartisk domstol,³⁵
- när bevis som erhållits genom tortyr skulle komma att användas vid en rättegång,³⁶ och
- när en person lagförts vid en domstol som varken varit oberoende eller opartisk och inte utgjort en "domstol som upprättats enligt lag" i enlighet med art. 6.1 EMRK³⁷.

4. Om överlämning och exceptionella omständigheter – *Aranyosi* och framåt

4.1 Förbudet mot omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning

Omständigheter i de förenade målen C-404/15, *Aranyosi* och C-659/15, *Căldăraru* var i korthet följande. *Hanseatisches Oberlandsgericht in Bremen* hade att ta ställning till om två personer skulle överlämnas, dels till Ungern (*Aranyosi*) och dels till Rumänien (*Căldăraru*). Enligt domstolen förelåg dock skäl att tro att

33 *Einhorn mot Frankrike* (71555/01, beslut 16.10.2001), p. 33–34 och *Stoichkov mot Bulgarien* (9808/02, dom 24.3.2005), p. 56.

34 *Bader och Kanbor mot Sverige* (13284/04, dom 8.11.2005), p. 47.

35 *Al-Moayad mot Tyskland* (35865/03, beslut 20.2.2007), p. 101.

36 *Othman (Abu Qatada) mot Förenade kungariket* (8139/09, dom 17.1.2012), p. 281–285 och *Al Nashiri mot Polen* (28761/11, dom 24.7.2014), p. 564.

37 *Al Nashiri mot Polen* (28761/11, dom 24.7.2014), p. 565–569.

bägge personer i de utfärdande medlemsstaterna skulle löpa en risk att utsättas för omänsklig eller förnedrande behandling i strid med art. 3 EMRK och art. 6 FEU pga. de där rådande fängelseförhållandena.³⁸ Som grund för sina misstankar angav domstolen framför allt att EMD i flera domar ansett överbeläggningen i ländernas fängelser uppgå till en kränkning av art. 3 EMRK.³⁹ Domstolen begärde således att EUD skulle ta ställning till huruvida och under vilka förutsättningar art. 1.3 i EAW-rambeslutet ska anses utgöra en grund för förvägrande av verkställighet under dessa omständigheter.⁴⁰

EUD konstaterade inledningsvis att tillämpningen av själva systemet med en europeisk arresteringsorder enligt p. 10 i rambeslutets ingress får avbrytas endast om en medlemsstat allvarligt och ihållande åsidosätter de värden som fastställs i art. 2 FEU och då i enlighet med det förfarande som föreskrivs i art. 7 FEU.⁴¹ Med hänvisning till sitt tidigare yttrande 2/13 poängterade EUD emellertid att principerna om ömsesidigt erkännande och ömsesidigt förtroende under "exceptionella omständigheter" kan begränsas. Därtill anger art. 1.3 i rambeslutet att det inte ska tillåtas påverka skyldigheten att respektera de grundläggande rättigheterna. Till dessa grundläggande rättigheter hör givetvis också det absoluta förbudet mot omänsklig eller förnedrande behandling.⁴²

Av det ovan konstaterade följer enligt EUD att när den verkställande medlemsstaten har tillgång till uppgifter som visar att det finns en "verklig risk" för att frihetsberövade personer i den utfärdande medlemsstaten utsätts för omänsklig eller förnedrande behandling i strid med den skyddsnivå som garanteras av unionsrätten, är medlemsstaten skyldig att bedöma förekomsten av denna risk vid beslutsfattandet om överlämning. Verkställandet av arresteringsordern får nämligen inte leda till att den överlämnade personen utsätts för omänsklig eller förnedrande behandling.⁴³ EUD gick följaktligen här på samma linje som EMD, genom att inte förutsätta att åsidosättandet av den berörda personens rättigheter ska kunna fastställas med säkerhet.

38 Enligt art. 6.1 FEU ska unionen erkänna de rättigheter, friheter och principer som fastställs i EU:s rättighetsstadga. Förbudet mot omänsklig eller förnedrande bestraffning eller behandling fastställs i sin tur i art. 4 i EU:s rättighetsstadga. I art. 19 i stadgan anges följaktligen också att ingen får utvisas eller utlämnas till en stat där hen löper en allvarlig risk att utsättas för sådan behandling eller bestraffning, tortyr eller dödsstraff. Samma förbud ingår också i 9 § 4 mom. i Finlands grundlag (731/1999).

39 Se bl.a. *Voicu mot Rumänien* (22015/10, dom 10.6.2014), *Bujorean mot Rumänien* (13054/12, dom 10.6.2014), *Constantin Aurelian Burlacu mot Rumänien* (51318/12, dom 10.6.2014), *Mihai Laurențiu Marin mot Rumänien* (79857/12, dom 10.6.2014) och *Varga m.fl. mot Ungern* (14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, och 64586/13, dom 10.3.2015).

40 Se förenade målen C-404/15, *Aranyosi* och C-659/15, *Căldăraru*, p. 28–63.

41 Jag återkommer till art. 7 FEU nedan.

42 Förenade målen C-404/15, *Aranyosi* och C-659/15, *Căldăraru*, p. 80–87.

43 Förenade målen C-404/15, *Aranyosi* och C-659/15, *Căldăraru*, p. 88.

I syfte att utreda förekomsten av ovannämnda risk ska den verkställande myndigheten enligt EUD grunda sin bedömning på "objektiva, trovärdiga, precisa och vederböriligen aktualiserade uppgifter om förhållandena under frihetsberövanden i den utfärdande medlemsstaten som visar att det finns antingen systematiska eller allmänna brister eller brister som rör vissa kategorier av personer eller vissa anläggningar för frihetsberövande". Enligt EUD kan dessa uppgifter härröra bl.a. från avgöranden från internationella domstolar, såsom EMD, domstolsavgöranden från den utfärdande medlemsstaten eller avgöranden, rapporter eller andra handlingar som upprättats av Europarådets organ eller som härrör från FN.⁴⁴

Enbart ett konstaterande av att det finns en sådan risk är enligt EUD emellertid inte tillräckligt för att verkställighet ska kunna förvägras. Utöver att fastställa förekomsten av en abstrakt risk för omänsklig eller förnedrande behandling måste den verkställande myndigheten ytterligare på ett "konkret och precist sätt" bedöma om det också finns en "grundad anledning" att tro att den överlämnade personen löper en "verklig risk" att utsättas för sådan behandling på grund av de förhållanden som kan förväntas gälla under personens frihetsberövande.⁴⁵ Enligt EUD kan man således inte slå fast att den berörda personen kommer att utsättas för omänsklig eller förnedrande behandling enbart på den grunden att allmänna brister i fängelseanstalter konstateras föreligga.

Följaktligen uppställde EUD ett krav på att prövningen måste ske både *in abstracto* och *in concreto* genom en tvåstegsprövning.⁴⁶ Också på denna punkt valde EUD att följa EMD:s tolkningspraxis, genom att förutsätta en konkret-individuell prövning. Bevis på systematiska eller generella brister medför inte att det per automatik skulle vara tillåtet att vägra verkställighet. Ytterligare måste fastställas att den överlämnade personen också konkret skulle riskera att utsättas för omänsklig eller förnedrande behandling.⁴⁷ Vad beträffar de yttranden som gjordes vid implementeringen av EAW-rambeslutet i Finland verkar EUD dock

44 Förenade målen C-404/15, *Aranyosi* och C-659/15, *Căldăraru*, p. 89. Se om potentiella källor för denna bedömning också Sacha Prechal, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*. European Papers 2/2017, s. 89.

45 Förenade målen C-404/15, *Aranyosi* och C-659/15, *Căldăraru*, p. 91–92.

46 Generaladvokatens förslag till avgörande i målet är klart mera diskutabelt. Enligt generaladvokaten ska de i rambeslutet uppräknade vägrandegrunderna uppfattas som uttömmande, men den verkställande staten får dock göra en proportionalitetsbedömning med avseende på de förhållanden den överlämnade personen skulle utsättas för vid frihetsberövande i den utfärdande staten. Med tanke på att förbudet mot omänsklig eller förnedrande behandling utgör ett absolut förbud ter det sig mycket betänkligt att ställa upp något slags krav på proportionalitet. Antingen efterlevs förbudet, eller så inte; någon principavvägning kan inte tillåtas.

47 I målet C-220/18 PPU, *ML*, konstaterade EUD ytterligare att det faktum att den utfärdande staten (i detta fall Ungern) infört ett rättsmedel som gör det möjligt att bestrida lagenligheten av fängelseförhållanden inte i sig är tillräckligt för att utesluta en verklig risk, utan en konkret-individuell prövning måste ändå vidtas (p. 72–76). Dessutom anförde EUD att prövningen inte får gälla samtliga anstalter i den utfärdande medlemsstaten som den berörda personen potentiellt kan komma att placeras i, utan endast de, där personen enligt tillgängliga uppgifter konkret kan komma att placeras (p. 77–89).

inte gå lika långt som lagutskottet, som anförde att det bör räcka med en "eventuell risk". En konkret risk måste alltså konstateras föreligga.

I syfte att utreda förekomsten av inte enbart en abstrakt risk, utan också en konkret sådan, måste den verkställande myndigheten genom tillämpning av art. 15.2 i EAW-rambeslutet⁴⁸ anmoda den utfärdande staten att utan dröjsmål lämna nödvändiga kompletterande uppgifter om de förhållanden under vilka den överlämnade personen kommer att sitta frihetsberövad. Denna anmodan får därtill förenas med en tidsfrist inom vilken de nödvändiga uppgifterna ska lämnas. Om den verkställande myndigheten sedan efter att ha erhållit kompletterande uppgifter i kombination med eventuella övriga relevanta uppgifter når den slutsatsen att det verkligen föreligger en verklig risk för omänsklig eller förnedrande behandling, ska verkställigheten av arresteringsordern skjutas upp, men kan däremot inte upphöra.⁴⁹

Såvida den verkställande myndigheten beslutar om uppskov, uppstår vissa förpliktelser för myndigheten. Bl.a. ska Eurojust underrättas om situationen och vid upprepade förseningar pga. förhandenvarande skäl, även rådet. Därtill måste proportionalitetsprincipen beaktas, vilket betyder att den berörda personen inte kan hållas frihetsberövad i den verkställande medlemsstaten utan tidsbegränsning. Den verkställande myndigheten får dock förena ett frigivande av personen med nödvändiga åtgärder för att tillförsäkra att hen inte avviker och att överlämnande kan ske så länge något slutgiltigt beslut om verkställande inte fattats.⁵⁰ Erhåller den verkställande myndigheten trots allt tillräckliga uppgifter av den utfärdande medlemsstaten som möjliggör att den verkliga risken för omänsklig eller förnedrande behandling undanröjs, ska beslut om överlämnande fattas med beaktande av de tidsfrister som anges i rambeslutet.⁵¹

I avgörandet HD 2017:11 följde finska HD långt de bedömningskriterier som hade fastställts av EUD. I målet hade en bulgarisk medborgare genom en europeisk arresteringsorder begärts överlämnad till Bulgarien för verkställighet av ett fängelsestraff. Personen i fråga anförde att överlämning skulle förvägras med hänvisning till 5 § 1 mom. punkt 6 i EU-utlämningsL, eftersom förhållandena i de bulgariska fängelserna inte uppfyllde de minimistandarder som fastställts av EMD.

48 Enligt förevarande bestämmelse ska den verkställande myndigheten begära kompletterande uppgifter av den utfärdande myndigheten, om den anser att förefintliga uppgifter är otillräckliga för att beslut om överlämnande ska kunna fattas. Den verkställande myndigheten får därtill fastställa en tidsfrist inom vilken uppgifterna ska lämnas.

49 Förenade målen C-404/15, *Aranyosi* och C-659/15, *Căldăraru*, p. 95–98.

50 Här kommer närmast reseförbud i fråga enligt 33 § i EU-utlämningsL.

51 Förenade målen C-404/15, *Aranyosi* och C-659/15, *Căldăraru*, p. 99–103.

HD konstaterade att en arresteringsorder inte får förvägras endast på den grunden att de allmänna fängelseförhållandena i den utfärdande staten ger upphov till en verklig risk för omänsklig eller förnedrande behandling. Ytterligare måste konkret och noggrant bedömas om det finns vägande skäl att tro att den överlämnade personen också utsätts för en sådan risk.⁵² I syfte att kunna utföra denna bedömning hade HD av åklagaren begärt tilläggsutredning om de bulgariska fängelseförhållandena.⁵³

HD lyfte följaktligen fram att tillämpningen av ifrågavarande vägrandegrund kräver en fallspecifik bedömning. Förvägrande av verkställighet förutsätter alltid konstaterandet av en konkret risk för att just den överlämnade personens mänskliga rättigheter skulle komma att kränkas.⁵⁴ Enligt HD förelåg visserligen omständigheter som innebar att man inte kunde utesluta att överlämning av personen i fråga kunde leda till att han utsätts för omänsklig eller förnedrande behandling.⁵⁵ Utifrån den tilläggsutredning som åklagaren i målet hade erhållit om de bulgariska fängelseförhållandena konstaterade HD dock att de rättsliga myndigheterna i Bulgarien hade vidtagit nödvändiga åtgärder i syfte att åtgärda de brister som rått på den anstalt där den berörde personen skulle placeras efter överlämning. Således ansåg HD det bevisat att överlämning inte skulle medföra en verklig risk för omänsklig eller förnedrande behandling för personen i fråga, varför något hinder för överlämning inte förelåg.⁵⁶

4.2 Rätt till en rättvis rättegång

Efter EUD:s avgörande i målen *Aranyosi* och *Căldăraru* stod det alltså klart att verkställigheten av europeiska arresteringsorder under "exceptionella omständigheter" kan förvägras (eller rättare sagt skjutas upp) vid befarade kränkningar av det absoluta förbudet mot omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, trots att ingen av de explicit angivna vägrandegrunderna skulle vara tillämpliga. Frågan kvarstod dock om detta också – och under vilka förutsättningar – gäller för andra mänskliga rättigheter, särskilt sådana som inte är absoluta.

52 HD 2017:11, p. 6.

53 Denna utredning togs emot av HD med stöd av 30:18 i rättegångsbalken (4/1734).

54 Se också Matti Tolvanen, KKO 2017:11 – Rikoksesta tuomitun luovuttaminen toiseen EU-valtioon, i verket Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein 2017:1. Talentum 2017.

55 HD hänvisade här framför allt till EMD:s dom i målet *Neshkov mfl. mot Bulgarien* (36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12 och 9717/13, dom 27.1.2015) beträffande de undermåliga förhållandena och vidsträckt strukturella problemen i de bulgariska fängelserna.

56 HD 2017:11, p. 9–13. Jfr HD 2019:26, där hinder för utlämning till Turkiet ansågs föreligga pga. att de turkiska myndigheterna inte hade motbevisat förekomsten av en verklig risk för omänsklig eller förnedrande behandling.

I målet C-216/18 PPU, *LM*, hade en person på basis av tre olika europeiska arresteringsorder begärts överlämnad från Irland till Polen. Personen i fråga anförde att han genom överlämnande skulle utsättas för en verklig risk för flagrant rättsvägran ("flagrant denial of justice") i strid med art. 6 EMRK. Som grund för sin invändning åberopade personen framför allt de lagstiftningsreformer som nyligen genomförts i Polen, vilka enligt honom skulle medföra att han skulle fräntas sin rätt till en rättvis rättegång. Personen åberopade särskilt kommissionens motiverade förslag av den 20 december 2017 i enlighet med art. 7.1 FEU angående rättsstatsprincipen i Polen⁵⁷.

I detta förslag granskar kommissionen de lagstiftningsreformer som gjorts i Polen och bakgrunden till dem. Kommission lyfter fram två specifika farhågor, nämligen avsaknaden av en oberoende och legitim prövning av författningens enlighet och hotet mot de allmänna domstolarnas oberoende. På basis av detta uppmanar kommissionen rådet att slå fast att det finns en klar risk för att republiken Polen allvarligt åsidosätter de värden som anges i art. 2 FEU.⁵⁸

Enligt den hänskjutande irländska domstolen medförde ovan nämnda omständigheter att rättsstatsprincipen ska anses ha åsidosatts i Polen, varför överlämning av den berörda personen skulle leda till en kränkning av dennes rätt till en rättvis rättegång. Enligt irländsk rättspraxis är en myndighet skyldig att förvägra utlämning om det finns en verklig risk för att den berörda personen utsätts för en flagrant rättsvägran ("flagrant denial of justice") i den utfärdande staten. Detta krav på "flagrant rättsvägran" bottnar sig i ovan diskuterade EMD-praxis kring art. 6 EMRK.⁵⁹

Med hänvisning till EUD:s avgörande i målen *Aranyosi* och *Căldăraru* ställde den hänskjutande domstolen dock frågan, huruvida det där postulerade tvåstegsförfarandet ska tillämpas också i detta fall. Närmare bestämt undrade domstolen om det räcker med ett allmänt konstaterande om att det finns övertygande bevisning för att förhållandena i den utfärdande medlemsstaten är oförenliga med den grundläggande rätten till en rättvis rättegång på grund av att själva domstolssystemet inte längre fungerar enligt rättsstatsprincipen, eller om det därtill *in concreto* måste kontrolleras i vilken utsträckning den berörda personen

57 COM(2017) 835 final.

58 Art. 7.1 FEU ger under vissa förutsättningar rådet befogenhet att slå fast att det finns en klar risk för att en medlemsstat allvarligt åsidosätter värden som anges i art. 2, vilka omfattar bl.a. rättsstaten och respekt för de mänskliga rättigheterna. Europeiska rådet kan med stöd av art. 7.2 efter detta slå fast att en medlemsstat allvarligt och ihållande åsidosätter något av dessa värden, vilket enligt art. 7.3 i sista hand kan leda till ett beslut om att tillfälligt upphäva vissa av de rättigheter som den ifrågakvarande medlemsstaten har till följd av tillämpningen av fördragen, inbegripet rösträtten i rådet.

59 Se också generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-216/18 PPU, *LM*, p. 69–70.

kommer att utsättas för risken att förvägras en rättvis rättegång.⁶⁰ Den hänskjutande domstolen förespråkade själv att en tvästegsprövning inte bör förutsättas i detta fall, eftersom det vore orealistiskt att kräva bevis på huruvida den konkreta processen för personen i fråga kommer att fortskrida i enlighet med de krav som ställs på en rättvis rättegång.

EUD konstaterade inledningsvis att den hänskjutande domstolens frågor väsentligen avsåg i vilken mån art. 1.3 i EAW-rambeslutet medför en rätt att avstå från att vidta åtgärder med anledning av en europeisk arresteringsorder till följd av uppgifter som verkar indikera att det föreligger en verklig risk för en kränkning av den grundläggande rätten till en rättvis rättegång enligt art. 47.2 i EU:s rättighetsstadga.⁶¹

Utifrån sitt avgörande i målen *Aranyosi* och *Căldăraru* underströk EUD att den godtagit att både principen om ömsesidigt erkännande och det presumerade ömsesidiga förtroendet kan begränsas under "exceptionella omständigheter".⁶² Sådana omständigheter kan enligt EUD också hänföra sig till brister i rätten till en rättvis rättegång. EUD valde emellertid att inte följa den hänskjutande domstolens tolkningsförslag, utan beslöt att i grunden hålla fast vid sin tidigare förutsatta tvästegsprövning. Följaktligen konstaterade EUD att det först och främst ska prövas huruvida en verklig risk för en kränkning av den berörda personens grundläggande rätt till en oavhängig domstol, och därmed den personens rätt till en rättvis rättegång, kan medföra en rätt att, undantagsvis, avstå från att vidta åtgärder med anledning av en europeisk arresteringsorder.⁶³

Med hänvisning till sitt tidigare avgörande i målet C-16/64, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses mot Tribunal de Contas*, framhöll EUD att kärninnehållet i rätten till en rättvis rättegång omfattar ett krav på att domstolar ska vara oavhängiga och opartiska.⁶⁴ I enlighet med tvästegsprövningen ska den verkställande myndigheten således först göra en *in abstracto* bedömning av huruvida det på basis av "objektiva, trovärdiga, precisa och vederbörligen aktualiserade uppgifter" i den utfärdande medlemsstaten föreligger systematiska eller allmänna brister i dessa förutsättningar, vilket kan medföra en "verklig risk" för kränkning av den berörda personens rätt till en rättvis rättegång. Vid denna bedömning kan det

60 C-216/18 PPU, LM, p. 22–25.

61 C-216/18 PPU, LM, p. 33–34. I förklaringarna avseende stadgan anges att art. 47.2 motsvarar art. 6.1 EMRK, se EUT C 303, 2007, s. 29–30.

62 C-216/18 PPU, LM, p. 43.

63 C-216/18 PPU, LM, p. 47.

64 C-216/18 PPU, LM, p. 50–59. Enligt EUD innefattar kravet på oavhängighet dels att domstolarna ska vara oberoende av yttre påtryckningar, dels att de ska vara opartiska i förhållande till enskilda mål, se p. 63–65 i avgörandet.

åberopade motiverade förslaget av kommissionen vara av särskild relevans, men dock inte utgöra det uteslutande underlaget för bedömningen.⁶⁵

Om den verkställande myndigheten konstaterar att ovannämnda risk *in abstracto* föreligger, ska den därefter *in concreto* bedöma om det också finns grundad anledning att tro att just den eftersökta personen skulle utsättas för en sådan risk efter överlämning.⁶⁶ Vid bedömning av denna risk ska den verkställande myndigheten begära nödvändiga kompletterande uppgifter av den utfärdande myndigheten i enlighet med art. 15.2 i EAW-rambeslutet.⁶⁷ Även om senaste tids lagstiftningsreformer i Polen alltså skulle medföra en allmän risk för åsidosättande av rätten till en rättvis rättegång, kan därav inte nödvändigtvis dras den slutsatsen att ingen polsk domstol skulle vara förmögen att behandla ärendet i enlighet med standarderna för en rättvis rättegång.⁶⁸ Denna tvåstegsprövning verkar väsentligen också ligga i linje med EMD:s tolkningspraxis kring art. 6 EMRK.⁶⁹

En konkret-individuell bedömning ska enligt EUD alltså göras trots det åberopade motiverade förslaget av kommissionen. Enligt ifrågavarande förslag som antagits med stöd av art. 7.1 FEU ska rådet slå fast att det finns en ”klar risk” för att Polen allvarligt åsidosätter de värden som anges i art. 2 FEU, innefattande rättsstatsprincipen. Något sådant beslut har emellertid inte ännu tagits av rådet, varför bedömningen av en sådan risk inte allena kan ske på basis av kommissionens förslag. Därtill ankommer det enligt art. 7.2 FEU på Europeiska rådet att slå fast att det inte endast finns en ”risk”, utan därutöver att en medlemsstat också reellt allvarligt och ihållande åsidosätter de värden som anges i art. 2 FEU. EUD underströk att tillämpningen av systemet med en europeisk arresteringsorder enligt p. 10 i EAW-rambeslutets ingress endast får avbrytas efter ett sådant beslut av Europeiska rådet.⁷⁰

Följaktligen kan något automatiskt förvägrande i förhållande till en viss medlemsstat inte ske utan att Europeiska rådet tagit ställning i saken i enlighet med

65 C-216/18 PPU, LM, p. 61.

66 C-216/18 PPU, LM, p. 68.

67 C-216/18 PPU, LM, p. 74–76. Det bör knappast dock förutsättas att den verkställande staten först ska konstatera att en konkret-individuell risk föreligger före tilläggsuppgifter enligt art. 15.2 begärs, vilket generaladvokaten i sitt förslag till avgörande i C-216/18 PPU, LM, p. 128–129 verkar antyda. Den konkret-individuella risken torde i de flesta fall kunna fastställas först efter en begäran om tilläggsuppgifter. Snarare bör förfarandet enligt art. 15.2 tillgripas genast då en *in abstracto*-risk konstateras föreligga, för att kunna bedöma huruvida denna risk föreligger också *in concreto*.

68 Se generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-216/18 PPU, LM, p. 108.

69 Se också generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-216/18 PPU, LM, p. 109.

70 C-216/18 PPU, LM, p. 70. I den svenska versionen av avgörandet anges felaktigt att ”rådet” ska fatta detta beslut, men det rätta organet för detta beslutsfattande är givetvis Europeiska rådet utifrån ordalydelsen i art. 7.2 FEU.

art. 7.2 FEU.⁷¹ Ett sådant automatiskt förvägrande skulle också strida mot p. 10 i EAW-rambeslutets ingress, där det anges att tillämpningen av rambeslutet förutsätter ett beslut av Europeiska rådet på grundval av (nuvarande) art. 7.2 FEU.⁷² Så länge detta inte är fallet, får den verkställande medlemsstaten endast under exceptionella omständigheter med stöd av art. 1.3 i EAW-rambeslutet avstå från att vidta åtgärder med anledning av en enskild europeisk arresteringsorder.⁷³ EUD:s avgörande förtydligar därtill vilka rättigheter som kan komma att upphävas på basis av art. 7.3 FEU.⁷⁴ Utöver medlemsstatens rösträtt i rådet kan medlemsstaten förlora sin tillgång till rättsligt samarbete i brottmål.⁷⁵

Det ska också noteras att EUD verkar ge konstaterandet om en risk för kränkning av rätten till en rättvis rättegång en mera vittgående rättsföljd än motsvarande konstaterande i fråga om förbudet mot omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning. I målen *Aranyosi* och *Căldăraru* framhöll EUD nämligen att granskningen endast kan leda till att verkställigheten av arresteringsordern "skjuts upp", medan åtgärder enligt *LM*-målet får "avstås från". Med andra ord fastslog EUD att art. 1.3 i EAW-rambeslutet de facto kan fungera som en väggrund utöver de grunder som uttryckligen räknas upp i art. 3, 4 och 4a.⁷⁶

Vilka omständigheter ska man då ta fasta på vid den konkret-individuella prövningen? Enligt EMD:s tolkningspraxis måste man i detta avseende fästa uppmärksamhet vid den berörda personens individuella omständigheter i vederbörande fall.⁷⁷ Enligt EUD ska vid bedömningen beaktas den vederbörandes personliga situation och den typ av lagöverträdelse som hen eftersöks för samt de faktiska omständigheter som legat till grund för arresteringsordern.⁷⁸ Här kan det särskilt tänkas handla om förhållandet mellan den berörda personen och den utfärdande statens ledning, t.ex. att personen utgör en politisk dissident eller tillhör en minoritetsgrupp som utsatts för diskriminering av statens ledning. Också karaktären hos den gärning som personen eftersöks för kan tänkas spela en roll,

71 Det faktum att varken rådet eller Europeiska rådet tagit ställning i saken enligt art. 7 FEU innebär följaktligen dock inte att den verkställande staten i ett enskilt fall skulle vara förhindrad att göra en egen bedömning utifrån den förutsatta tvåstegsprövningen.

72 För kritik av denna koppling mellan p. 10 i rambeslutets ingress och art. 7 FEU, se Bård – Ballegooij 2018, s. 360.

73 Mål C-216/18 PPU, *LM*, p. 71. Se också mål C-327/18 PPU, *RO*, p. 47.

74 Artikeln föreskriver att "vissa av de rättigheter som den ifrågavarande medlemsstaten har till följd av tillämpningen av fördragen" kan upphävas, men specificerar inte vilka dessa rättigheter kan tänkas vara utöver rösträtten i rådet.

75 Se Daniel Sarmiento, A Comment on the CJEU's judgment in *LM*. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2018, s. 386.

76 Se också Satzger 2018, s. 327

77 Se t.ex. *Saadi mot Italien* (37201/06, dom 28.2.2008), p. 130.

78 Mål C-216/18 PPU, *LM*, p. 75.

t.ex. att det handlar om kritiska yttranden eller demonstrationer riktade mot den utfärdande statens ledning.⁷⁹

Vilka övriga slutsatser kan man dra av EUD:s avgörande? Det kan för det första noteras att EUD inte verkade välja en identisk linje med EMD genom att förutsätta att risken i fråga ska avse en ”flagrant rättsvägran”. Generaladvokaten förordade i sitt förslag till avgörande i liknande ordalag som EMD att risken bör gälla det ”väsentliga innehållet” i rätten till en rättvis rättegång, särskilt med motiveringen att det handlar om en rättighet som inte är absolut.⁸⁰ Ska EUD:s avgörande då tolkas som att det räcker med en verklig risk för kränkning av vilken som helst aspekt av rätten till en rättvis rättegång?⁸¹

Jag är själv inte säker på att EUD:s motiveringar ska tolkas så. Visserligen använder sig EUD inte på något ställe i avgörandet av begreppet ”flagrant rättsvägran” och hänvisar inte heller till EMD:s tolkningspraxis. Däremot framhäver domstolen flera gånger att rätten till en oavhängig domstol hör till ”kärninnehållet” (”essence”) i rätten till en rättvis rättegång.⁸² Eventuellt kan detta förstås som att EUD endast önskar poängtera att kravet på domstolars oavhängighet utgör en av de mest fundamentala aspekterna av rätten till en rättvis rättegång. Samtidigt verkar EUD dock antyda att en arresteringsorder kan förvägras endast om den förutsatta tvåstegsprövningen utmynnar i ett konstaterande om en konkret-individuell risk för att den berörda personen får sin ”grundläggande rätt till en rättvis rättegång med avseende på dess kärninnehåll kränkt”.⁸³ Således verkar EUD förutsätta att risken ska gälla något mera än vilken som helst aspekt av rätten till en rättvis rättegång. Annars verkar det överflödigt att upprepade gånger hänvisa till ”kärninnehållet” (”essence”) i denna rätt i samband med den förutsatta riskbedömningen.⁸⁴

Det är visserligen entydigt att kravet på domstolars oavhängighet hör till detta kärninnehåll. Också EMD har fastställt att äsidosättandet av kravet på oberoende och opartiska domstolar kan uppgå till en ”flagrant rättsvägran”. Utöver denna rättighet förtydligar EUD dock inte vilka aspekter av rätten till en rättvis rätte-

79 För en diskussion kring omständigheter som kan vara av betydelse vid bedömningen, se generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-216/18 PPU, *LM*, p. 103.

80 Se generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-216/18 PPU, *LM*, p. 72–85.

81 Så enligt Bård – van Ballegoij 2018, s. 359. Jfr EMD:s avgörande i *Stapleton mot Irland* (56588/07, beslut 4.5.2010), p. 27–28, där domstolen inte godtog klagandens invändning om att kravet på ”flagrant rättsvägran” borde frångås och att konstaterandet av endast en verklig risk för en icke-rättvis rättegång i mottagarstaten borde räcka. Enligt EMD skulle en sådan tolkning strida mot dess tidigare etablerade tolkningspraxis.

82 Se p. 48, 59, 60, 68, 72, 73, 75 och 78 i avgörandet.

83 Se särskilt p. 68, 72 och 78 i avgörandet.

84 Det kan noteras att också EMD definierat en flagrant rättsvägran som ett upphävande eller tillintetgörande av själva kärnan (”the very essence”) i rätten till en rättvis rättegång, se bl.a. *Ahorugeze mot Sverige* (37075/09, dom 27.10.2011), p. 115.

gång som ska anses höra till dess kärninnehåll. Det verkar visserligen klart att de kränkningar som enligt EMD har ansetts uppgå till en flagrant rättsvägran också måste anses beröra kärninnehållet i rätten till en rättvis rättegång. Frågan är dock om kränkningar av detta kärninnehåll ska tolkas identiskt med de krav som ställs på en flagrant rättsvägran, eller om verkställigheten av en arresteringsorder kan förvägras också under omständigheter som inte skulle medföra en sådan rättsvägran.⁸⁵

Mot denna tolkning kan anföras att EUD i sitt senare avgörande i målet C-327/18 PPU, *RO*, inte använder sig av termen kärninnehåll. Målet handlade i korthet om en person som begärts överlämnad från Irland till Förenade kungariket. Personen i fråga motsatte sig överlämnande med hänvisning till Förenade kungarikets avsikt att utträda ur unionen, varför det föreligger osäkerhet kring vilka rättsregler som kommer att gälla i staten och att det därmed inte kan garanteras att hans rättigheter enligt unionsrätten kommer att respekteras. Särskilt åberopade personen att hans rättigheter enligt art. 26–28 i EAW-rambeslutet⁸⁶ och de grundläggande rättigheterna i enlighet med EU:s rättighetsstadga inte skulle komma att iakttas.⁸⁷

EUD framhöll, föga överraskande, att enbart den omständigheten att en medlemsstat anmäler sin avsikt att utträda ur unionen inte i sig kan anses utgöra en sådan exceptionell omständighet som kan motivera en vägran att verkställa en europeisk arresteringsorder. En sådan vägran skulle nämligen utgöra ett ensidigt avbrytande av tillämpningen av bestämmelserna i rambeslutet utan att något beslut fattats av Europeiska rådet i enlighet med art. 7 FEU.⁸⁸

Emellertid framhöll EUD att den verkställande staten också under dessa omständigheter genom en konkret och precis kontroll i det enskilda fallet ska pröva huruvida det finns grundad anledning att tro att det finns en risk för att den person som är föremål för den europeiska arresteringsordern, efter den utfärdande medlemsstatens utträde ur unionen, fråntas sina grundläggande rättigheter och de rättigheter som i huvudsak följer av de åberopade artiklarna i rambeslutet.⁸⁹

85 Jfr generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-396/11, *Radu*, p. 83–84, där hon motsätter sig tillämpningen av kravet på ”flagrant rättsvägran”, eftersom prövningen då skulle bli alltför oklar för att kunna tolkas på ett enhetligt sätt i hela unionen. Generaladvokaten föreslår istället att prövning ska avse huruvida bristerna i rättegången är av sådan art att det på ett ”grundläggande sätt förtar rättegången dess rättvisa”. Se för liknande reflektioner också Prechal 2017, s. 88–89.

86 Det handlar här om rätten till avräkning av tiden för frihetsberövande i den verkställande staten, specialitetsprincipen och begränsningen av överlämnande eller efterföljande utlämning.

87 Mål C-327/18 PPU, *RO*, p. 13 och 23–24.

88 Mål C-327/18 PPU, *RO*, p. 47–48.

89 Mål C-327/18 PPU, *RO*, p. 49.

Således godtog EUD att en konkret-individuell prövning kan leda till att verkställighet kan förvägras också i detta fall.

Emellertid konstaterade EUD att de rättigheter som den berörda personen hänvisat till i allt väsentlig ingår också i EMRK och i Europarådets utlämningskonvention av den 13 december 1957, vilka kommer att förbli införlivade med Förenade kungarikets lagstiftning också efter statens utträde ur unionen. Följaktligen råder en stark presumtion om att nämnda rättigheter kommer att garanteras också efter Förenade kungarikets utträde, varför verkställighet kan förvägras endast om det finns konkreta uppgifter som är ägnade att bevisa motsatsen.⁹⁰

Således kan noteras att EUD i målet inte anförde att den konkret-individuella risken ska avse "kärninnehållet" i någon av de åberopade rättigheterna. Däremot hänvisas i avgörandet inte en enda gång explicit till rätten till en rättvis rättegång, utan endast allmänt till de grundläggande rättigheterna i EU:s rättighetsstadga samt vissa specifika rättigheter i EAW-rambeslutet. Således bör avgörandet enligt mig inte nödvändigtvis tolkas som att EUD skulle ha frångått sin terminologi i *LM*-målet.

Vad leder detta då till? Utifrån endast avgörandet i *LM*-målet är det svårt att dra några mer långtgående slutsatser om omfattningen på kärninnehållet i rätten till en rättvis rättegång. Detta kärninnehåll måste åtminstone sträcka sig lika långt som EMD:s tolkning av vad som utgör en flagrant rättsvägran. I enlighet med art. 52.3 i EU:s rättighetsstadga är det givetvis möjligt för unionen att vid tillämpningen av unionsrätt tillförsäkra personer ett mer långtgående skydd än vad som garanteras av EMRK. Således är det inte uteslutet – och rentav önskvärt – att EUD skulle godkänna att också situationer som inte skulle innebära en flagrant rättsvägran enligt EMD kan medföra en skyldighet att förvägra verkställigheten av en arresteringsorder. Därtill kan noteras att vägrandegrunden i 5 § 1 mom. punkt 6 i EU-utlämningsL endast allmänt hänvisar till den berörda personen mänskliga rättigheter eller i grundlagen tryggade rättsskydd, utan något "väsentlighetskrav" e.d.

Utgår man dock från att kriteriet om kärninnehållet i rätten till en rättvis rättegång var ett medvetet val av EUD, måste vissa aspekter av denna rättighet nödvändigtvis falla utanför tillämpningsområdet för möjligheten att förvägra verkställighet på basis av art. 1.3 i EAW-rambeslutet. I brist på mera klagörande praxis av EUD är det dock svårt att ta ställning till vilka dessa aspekter ska anses vara. T.ex. kan smärre brister i rätten att underrättas om innebörden av

90 Mål C-327/18 PPU, *RO*, p. 52–61.

och grunden för en anklagelse enligt art. 6.3 punkt a EMRK tänkas falla utanför rättighetens kärninnehåll.⁹¹

Dessutom ska noteras att bristerna i rätten till en rättvis rättegång kan avse både överträdelser som skett före utfärdandet av en europeisk arresteringsorder och risken för framtida överträdelser. Vad gäller överträdelser i det förflutna, verkar det väsentliga vara huruvida dessa överträdelser efter överlämning kan komma att avhjälpas och huruvida den utfärdande medlemsstaten ger tillräckliga garantier för att så kommer att ske.⁹² Här torde man kunna utgå från att överlämning bör förutsättas om bristerna kan avhjälpas så att rättegången "sedd som en helhet" är rättvis på det sätt som förutsatts av EMD.⁹³ Framgår det t.ex. att en person begärs överlämnad till följd av en process i den utfärdande staten som har överskridit gränserna för en "rättegång inom skälig tid", men den berörda personen efter överlämning har möjlighet att erhålla kompensation för fördröjningen,⁹⁴ kan det framhållas att bristerna i rättegångsförfarandet kan avhjälpas på så sätt att överlämning inte bör förvägras.⁹⁵ Har den berörda personen i den utfärdande staten i strid med kravet på åtalsbundenhet dömts för ett annat brott än vad hen åtalats för, men det efter överlämning fortfarande är möjligt att rätta till detta processuella fel,⁹⁶ bör något hinder mot överlämning inte anses föreligga.

Slutligen uppstår också frågan om vem som bär ansvaret för att påvisa förekomsten av en verklig risk för åsidosättande av den berörda personens mänskliga rättigheter. Generaladvokaten anförde i sitt förslag till avgörande i *LM*-målet att den berörda personen måste visa att det finns övertygande skäl att tro att det finns en verklig risk för att hen inte kommer att erhålla en rättvis rättegång i den utfärdande staten. Enligt generaladvokaten åligger det den berörda personen att visa att denna risk föreligger inte enbart *in abstracto*, utan också *in concreto*.⁹⁷

91 Jfr generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-396/11, *Radu*, p. 90 och se allmänt om denna rättighet Päivi Hirvelä – Satu Heikkilä, *Ihmisoikeudet – Käsikirja EIT:n käytäntöön*. Alma Talent 2017, s. 517–523.

92 Jfr generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-396/11, *Radu*, p. 86–89. Se också Satzger 2018, s. 327, som konstaterar att det vid bedömningen torde vara relevant huruvida det handlar om ett temporärt eller ett permanent hinder.

93 Se härom t.ex. Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 394–397 och 559–560.

94 Se härom t.ex. Danelius 2012, s. 306–308 och Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 473–474.

95 Jfr *Stapleton mot Irland* (56588/07, beslut 4.5.2010), p. 29–30, där klaganden anförde att överlämning från Irland till Förenade kungariket till följd av en europeisk arresteringsorder borde förvägras, eftersom han i Förenade kungariket inte skulle erhålla en rättegång inom skälig tid. Enligt EMD ankom det på domstolarna i Förenade kungariket att ta ställning till eventuella dröjsmål i processen och erbjuda klaganden rättskyddsmedel för sådana dröjsmål.

96 Se om EMD:s tolkningspraxis kring denna fråga Danelius 2012, s. 322–323 och Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 519–521.

97 Se generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-216/18 PPU, *LM*, p. 115–119.

Således verkar generaladvokaten lägga både åberops- och bevisbördan för både den abstrakta och den konkreta riskbedömningen på den berörda personen.⁹⁸

Generaladvokatens inställning motsvarar i stort sett den bevisbörda som antagits av EMD i motsvarande fall. Enligt EMD ska samma bevisbörda tillämpas i fråga om utlämning eller utvisning med avseende på både art. 3 och art. 6 EMRK. Det åligger enligt EMD den berörda personen att framlägga bevis för att det föreligger väsentliga grunder ("substantial grounds") för att tro att hen kommer att utsättas för en verklig risk att få sina rättigheter kränkta.⁹⁹ Förmår personen dock framlägga bevis för sådana "väsentliga grunder", åligger det regeringen i mottagarstaten att skingra alla misstankar om att personen kommer att utsättas för ifrågavarande risk.¹⁰⁰ EMD verkar således operera med två olika bevisbördor och bevisrösklar. För det första åligger det den berörda personen att lägga fram bevis om förekomsten av en verklig risk för rättskränkning. Bevisröskeln utgörs då av "väsentliga grunder". Lyckas den berörda personen lägga fram bevis som når upp till denna tröskel, så vänder bevisbördan. Mottagarstatens regering måste då lägga fram bevis som skingrar alla misstankar om risken för rättskränkning.

Enligt mig verkar EUD på denna punkt inte följa varken generaladvokatens förslag eller EMD:s tolkningspraxis. EUD verkar eventuellt lägga den initiala åberopsbördan på den berörda personen, som "till stöd för sin invändning" ska åberopa "systematiska eller allmänna brister" beträffande rättighetsstandarderna i den utfärdande staten.¹⁰¹ Efter detta åligger det dock den verkställande staten att göra en bedömning av huruvida det föreligger en verklig risk för åsidosättande av den berörda personens rättigheter på grundval av objektiva, trovärdiga, precisa och vederbörligen aktualiserade uppgifter.¹⁰² Ingenting i avgörandets ordalydelse tyder enligt mig på att bördan för framställande av sådana uppgifter skulle ligga på den berörda personen, utan det är den verkställande staten som ska undersöka förekomsten av dem. I det andra skedet av tvåstegsprövningen måste den

98 På samma linje också generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-396/11, *Radu*, p. 84–85.

99 Enligt Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 177–178 ska de statliga myndigheterna i samband utvisning på tjänstens vägnar beakta eventuella allmänna risker som existerar i mottagarstaten, och bevisbördan ligger alltså här på myndigheterna. Däremot åligger det den berörda personen att bevisa att hen till följd av utvisning skulle utsättas för en individuell risk.

100 Se bl.a. *Saadi mot Italien* (37201/06, dom 28.2.2008), p. 129 och *Ahorugeze mot Sverige* (37075/09, dom 27.10.2011), s. 116. EMD:s fördelning av bevisbördan är emellertid inte fullständigt stringent. Framför allt i utvisningsmål där påvisandet av en konkret-individuell risk för rättighetskränkning varit förenad med avsevärda bevisvärigheter har EMD inte lagt en lika sträng bevisbörda på den berörda personen, se närmare Pellonpää et al. 2018, s. 437–438 och Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 178–179.

101 Mål C-216/18 PPU, *LM*, p. 60. I mål C-404/15, *Aranyosi* och C-659/15, *Căldăraru*, p. 88–89 verkar EUD dock inte lägga någon sådan börda på den berörda personen, utan här talas endast allmänt om tillgången till uppgifter som pekar på systematiska eller allmänna brister, utan att EUD skulle specificera vem som ska åberopa dessa uppgifter.

102 Mål C-216/18 PPU, *LM*, p. 60–61.

verkställande staten sedan bedöma om det finns grundad anledning att tro att den eftersökta personen i den utfärdande staten skulle utsättas för en sådan risk.¹⁰³ Inte heller här tyder något på att bevisbördan med avseende på den grundade anledningen skulle ligga på den berörda personen, utan den verkställande staten ska försäkra sig om att sådan anledning inte föreligger.¹⁰⁴ Leder bedömningen till att beviströskeln "grundad anledning" överskrids, åligger det den utfärdande staten att – efter begäran av den verkställande staten – tillhandahålla uppgifter som "utesluter" förekomsten av en konkret-individuell risk med avseende på den berörda personen.¹⁰⁵

Rimligtvis måste åberopsbördan beträffande oegentligheter i den utfärdande statens rättighetsskydd prima facie läggas på den berörda personen.¹⁰⁶ Den verkställande staten kan inte på eget bevåg förutsättas ta ställning till situationen i varje enskild medlemsstat, åtminstone inte så länge som några åtgärder inte vidtagits basis av art. 7 FEU. Åberopar den berörda personen dock en tillräckligt individualiserad risk för åsidosättande av de mänskliga rättigheterna i den utfärdande staten, måste den verkställande staten göra en bedömning av denna risk. Beträffande den konkreta risken för att just den berörda personens rättigheter skulle komma att åsidosättas, åligger det den verkställande staten att utreda denna risk och den utfärdande staten att motbevisa den.¹⁰⁷

Även om påvisandet av en konkret-individuell risk i många fall kan antas vara förenat med problem, verkar EUD åtminstone ha anammat en för individuella

103 Mål C-216/18 PPU, LM, p. 68. Jfr också avgörandet HD 2017:11, p. 8–12, där den berörda personen hade åberopat en risk för omänsklig och förnedrande behandling i Bulgarien. Personen åberopade bl.a. också en dom från EMD som stöd för sin invändning, vilken HD tog i beaktande i det första skedet av den förutsatta tvåstegsbedömningen. Med avseende på det andra skedet av bedömningen hade HD dock bett att åklagaren skulle lägga fram utredning om fängelseförhållandena i Bulgarien, dvs. här skiftades bevisbördan till den behöriga myndigheten. Jfr på motsvarande sätt också HD 2019:26. Se dock Bård – van Ballegoij 2018, s. 361, som verkar tolka EUD:s avgörande som att bevisbördan också i den andra fasen av prövningen ligger på den enskilda individen.

104 Vad som sedan avses med "grundad anledning" är en annan fråga. Åtminstone måste denna tröskel anses lägre än "utom rimligt tvivel".

105 Mål C-216/18 PPU, LM, p. 76–78.

106 Så även Suomenen 2014, s. 33. Jfr om åberopsbördan också 16 § i den allmänna lagen om utlämning för brott (456/1970).

107 Jfr här Bård – van Ballegoij 2018, s. 361, som verkar mena att förvägrande av verkställighet förutsätter att den utfärdande staten "erkänner" brister i sina domstolars oavhängighet. Enligt mig handlar det dock inte om att den utfärdande staten skulle förutsättas erkänna brister i sitt rättighetsskydd – vilket de flesta stater knappast är villiga att göra – utan om att den utfärdande staten ska förmå lägga fram övertygande bevis för att utesluta förekomsten av en konkret-individuell risk. Lyckas den utfärdande staten inte lägga fram sådana bevis, ska verkställighet förvägras. Jfr också HD 2019:26, där den berörda personen hade motsatt sig utlämning till Turkiet, eftersom han där skulle utsättas för omänsklig eller förnedrande behandling pga. de turkiska fängelseförhållandena. Efter att ha konstaterat att det förelåg en generell risk för sådan behandling, hade HD begärt tilläggsuppgifter av de turkiska myndigheterna. Dessa hade dock inte inkommit med de begärda uppgifterna, varför HD ansåg att risken för sådan behandling inte kunde uteslutas. Följaktligen bör den åberopa risken inte anses utesluten endast på den grunden att mottagarstaten underlåter att lämna nödvändiga uppgifter eller allmänt intygar att någon risk för kränkning inte föreligger.

personer lindrigare bevisbörda än vad som antagits av EMD. Däremot kan det mycket väl tänkas att myndigheter i olika medlemsstater kommer att tolka detta beviskrav på olika sätt, vilket kan leda risker för ojämlig behandling.¹⁰⁸

5. Slutord

EUD:s nya tolkningspraxis visar klart att den förutsatta presumtionen om ömsesidigt förtroende inte till fullo längre är hållbar.¹⁰⁹ Det faktum att EUD godtagit att principerna om ömsesidigt erkännande och ömsesidigt förtroende kan begränsas på grundval av bristande rättighetsstandarder – om än under ”exceptionella omständigheter” – visar att det presumerade förtroendet inte är blint och statiskt, utan snarare dynamiskt.¹¹⁰ Förtroende kan byggas upp, men det kan också raseras. Kan en medlemsstat inte uppge tillräckliga garantier för att de mänskliga rättigheterna kommer att tillgodoses, faller botten ur för det ömsesidiga förtroendet. Och eftersom principen om ömsesidigt erkännande vilar på detta förtroende, upphör därigenom också skyldigheten att tillämpa denna princip på det sätt som anförs i art. 1.2 i EAW-rambeslutet.¹¹¹ Huruvida, och i vilken omfattning, detta samtidigt ska anses medföra att grunden för ömsesidigt erkännande har eroderat, är en annan fråga. Eventuellt måste man helt enkelt godta att det finns olika grader av förtroende mellan de enskilda EU-medlemsstaterna.

108 Se Bård – van Ballegoij 2018, s. 364.

109 Bård – van Ballegoij 2018, s. 354.

110 Se generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-216/18 PPU, *LM*, p. 55, Lenaerts 2017, s. 821–822 och 840 och Satzger 2018, s. 330–331.

111 För denna argumentering, se också generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-271/17 PPU, *Zdziaszek*, p. 86 och generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-216/18 PPU, *LM*, p. 64–65.

Ari Hirvonen

Hämärä syyntakeisuus

1. Rikos

”Kuolemani päivä”. Siten Kanadan armeijan korpraali Denis Lortie kutsui vuoden 1983 toukokuun 8. päivää. Edellisenä päivänä anomansa loman saanut Lortie ajoi Quebeciin, jossa hän osallistui parlamenttirakennuksen opastettuun kierrokseen. Lähdettyään aamulla motellista hän postitti kirjeen vaimolleen ja sotilaspastorille. Kolmannen kirjeen hän vei paikalliseen radioasemaan. Kolme kirjekuorta, kolme ääninauhaa. Korpraali ilmoitti hävittävänsä Quebeckin hallituksen.

Radioasemalta Lortie matkasi Quebeckin parlamenttiin taisteluasuuun sonnustautuneena ja evästettynä kahdella konepistoolilla, pistoolilla sekä sääreen teipatulla veitsillä. Reppu oli täynnä ammuksia. Hän ampui vastaanottovirkailijaa, surmasi kohtaamansa lähetin. Ammuskellen harhailtuaan hän löysi tiensä päämääräänsä. Ajoitus oli väärä. Parlamentin istunto ei ollutkaan alkanut. Istuntosalissa olleista virkailijoista hän surmasi kaksi. Yksitoista oli haavoittunut.

Lortie asettui puhemiehen istuimelle ammuskellen kohti istuntosalin tuoleja ja seinäkelloa. Parlamentin turvapäällikkö René Jalbert onnistui saamaan keskusteluyhteyden Lortieen. Hän oli ollut aikoinaan samassa rykmentissä, jossa Lortie palveli. Hän sai Lortien vapauttamaan istuntosalissa olevat virkailijat. Yhdessä he jatkoivat keskustelua turvapäällikön työhuoneessa. Neljän tunnin jälkeen Lortie suostui antautumaan. Turvapäällikölle hän kertoi olleensa pään eikä sydämen ohjaama.

Lortie tuomittiin vuonna 1985. Hänet tuomittiin muun muassa kolmesta ensimmäisen asteen murhasta. Valitustuomioistuimien muutti ne toisen asteen murhiksi. Tuomio oli elinkautinen ilman vapautumismahdollisuutta kymmeneen vuoteen. Ehdonalaiseen vapauteen Lortie pääsi vuonna 1996. Ehdonalaislautakunta perusteli päätöstään sillä, että Lortie oli vankeusrangaistuksen aikana psykiatrisen hoidon tukemana saanut elämänsä järjestykseen siten, ettei hän enää ollut yhteiskunnalle uhka.

2. Syyllisyys

Ranskalainen psykoanalytikko ja oikeushistorioitsija Pierre Legendre otti Lortien tapauksen luentojensa aiheeksi.¹ Hän ei kehittele psykodraamaa vaan analysoi symbolisen kodifikaation prosessia. Se oli toteutunut teon ja sen henkilöhistoriallisten taustojen tarinassa. Aiemmin Legendre käsitteli luennoillaan pitkäkaarisemmin historiallisia oikeudellisia tekstejä. Nyt hän poikkeuksellisesti paneutui yksittäiseen rikostapaukseen. Luennot julkaistiin teoksena *Le Crime du caporal Lortie*.² Seuraan Legendren rikosoikeutta ja psykoanalyysia yhdistävää luentosarjaa.

Toukokuun 3. päivänä Lortien loma-anomuksen hylkäsi kersantti, jolla Lortien mukaan oli hänen oman isänsä kasvot. Seuraavana päivänä Lortie näki Quebecin pääministeri René Lévesquen, ranskalaismielisen ja katolisen *Parti Québécoisin* (PQ) johtajan puheen televisiossa. Monet ranskankieliset katoliset pitivät puheenjohtajaa aatteellisena isänään. Lortie itsekin oli ranskankielinen katolinen.

Pääministerin puhe laukaisi Lortien päätöksen surmata Quebecin hallitus. Separatistinen PQ tavoitteli kyllä ranskan kielen aseman vahvistamista. Mutta Lortie koki puolueen pyrkimyksen eristää ranskankielinen katolinen vähemmistö Kanadan englanninkielisestä enemmistöstä vahingoittavan ranskan kieltä. Hän oli vakuuttunut, että hänen oli hävitettävä se, mikä uhkasi hävittää ranskan kielen. Separatismi riistäisi häneltä kielen. Näin Lortie ajatteli pelastavansa ranskan kielen.

Oikeudenkäyntiin puolustus kutsui joukon psykiatreja. Yhden diagnoosin mukaan Lortie kärsi paranoidisista harhanäyistä, toiselle hän oli psykoottinen ja kolmas määritteli hänet skitsofreenikoksi. Hän siis oli paranoidinen skitsofreenikko, jonka vainoharhojen kohteena oli Quebecin hallitus. Teko toteutui psykoottisen vaiheen aikana. Sittemmin Lortie kertoikin kadottaneensa todellisuustajun.

Tämä saattaa selittää teon. Mutta miksi korpraalin oli pakko murhata Quebecin hallitus? Miksi kersantin kasvot ajoivat hänet tähän? Miksi, kysyi parlamentin turvapäällikkö. Muuta Lortie ei tuolloin osannut vastata kuin, että se päätös syntyi hänen päässään eikä sydämessään. Pää vei. Kieli ja tiedostamaton ohjasivat.

3. Laki

Legendren tapausanalyysi lähtee hänen perusolettamuksestaan: oikeudelliset institutiot määrittävät ihmisten välisiä suhteita. Oikeus on normatiivisen kielen järjestys. Ihminen on kahdenkertaisesti syntynyt olio. Synnymme ensin luonnon järjestykseen, sitten kulttuuriin. Kieli on toinen syntymäpaikkamme. "Ruumista

ei vain tuoteta, vaan se tulee myös instituoida (perustaa ja nimetä)” subjektina.³ Symbolis-institutionaalisen järjestelmän perustehtävä on ohjata ihminen subjektina kulttuurin järjestykseen.

Oikeudella on keskeinen asema subjektin muodostamisessa. Se määrittää subjektin asemat perheessä ja yhteiskunnassa, subjektien välisiä suhteita sekä subjektin suhdetta omaan itseensä. Oikeus on instituutio, joka muodostaa symbolisen ja normatiivisen kontekstin, jossa subjektin identiteetti muotoutuu. Siten oikeus on historiallisesti ja teoreettisesti symbolisen järjestyksen ytimessä. Se muodostaa elämän, *vitam instituere*.⁴ Oikeus on institutionaalinen neulansilmä, jonka läpi lapsen on käytävä tullakseen subjektiksi.

Legendre perustelee tätä sillä, että länsimaista subjektia määrittää normatiivinen järki. Meidän kaikkien taustalla vaikuttaa *Corpus iuris civilis*, joka on keskeinen normatiivinen teksti. Sen perintö on sosiaalisen elämän perustavat kategoriat, etenkin lakia välittävän isän auktoriteetin periaate, joka edelleen vallitsee niin yhteiskuntamme perusrakenteessa ja eri käytännöissä.

Palataan rikoksentehtävään. Jokin on mennyt vikaan lain välittämisessä hänelle. Mikä? Vastauksesta löytyy motiivi, syyllisyys ja syyntakeisuus.

Lortie oli kahdeksanlapsisesta perheestä. Alkoholisti-isä pahoinpiteli jatkuvasti vaimoa ja lapsia. Lapsia hän käytti toistuvasti seksuaalisesti hyväksi. Yksi tyttäristä synnytti isälleen lapsen. Kerran lapset keräsivät yhteen kodistaan löytämänsä aseet tappaakseen isänsä. Lortien ollessa kymmenvuotias isä tuomittiin vankeusrangaistukseen.

Tämän seurauksena Lortie ei kyennyt löytämään perheessä omaa asemaansa subjektina. Isän välittämä symbolinen järjestys, joka instituoi subjektin, oli romahtanut. Isä voi toki olla muukin henkilö kuin konkreettinen isä, mutta symbolisen isän paikkaa ottavaa henkilöä ei perhehelvetissä ollut. Subjekti ei siksi onnistunut sisäistämään symbolista lakia ja sen asettamia rajoja. Tästä aukeaa psykoosin kuilu.⁵

Lortien terroriteko saa alkunsa suunnitelmasta eli sanoista. Ensin hän puhuu itselleen, sitten nauhoittaa toisille. Verbaalinen valmistautuminen tekoon päättyy ääninauhoilla ilmaistuun tunnustukseen ja testamenttiin. Ääninauhat ovat teon luonnostelma, jopa performatiivinen puheakti, joka määrää kohtalon. Samalla puheen avulla Lortie pyrkii löytämään viimeisen seisakkeensa kielessä, joka estäisi hänen tekonsa. Kun sana ja teko erkaantuvat täydellisesti toisistaan, rikos toteutuu vääjäämättömästi. Lortie menettää kielen, jolloin yhteisesti jaetun kulttuurisymbolisen järjestyksen ja reaalisen välillä avautuu kammottava kuilu. Henkilöt, asiat ja asemat menevät sekaisin. Perhehistoria sulautuu yhteiskunnan historiaan tai sulattaa sen itseensä. Kuilu on yhtä ammottava kuin isän pohjaton valta. Sen äärellä Lortie ei enää näe asioita selkeästi, kuten hän kertoo kuulusteluissa.

Rajat himmenevät. Kuilu on mahdollista kuroa umpeen ainoastaan teon kautta. Se palauttaisi ainakin jonkinlaiset koordinaatit ja järjestyksen Lortien elämään.

Lortie toteaa: "Isän silmissä perhe oli kanala, jossa hän hallitsi absoluuttisena mestarina ja jossa sukupolvet olivat toisistaan erottamattomia."⁶ Isä ei ollut itse hyväksynyt auktoriteettinsa rajoituksia eli inestikieltoa ja omaa kastaatiotaan. Siten hän ei voinut myöskään toimia symbolis-normatiivisena lain auktoriteettina perheessä. Isä ei siis ollut omaksunut asemaa, josta käsin oikea ja väärä voitaisiin erotella. Hän ei ollut lainsäätäjä vaan pakkokäskyjä julistanut ja absoluuttiseen valtaansa alistava tyranni, isän perversio. Jacques Lacanin termein *père-version*. Lain sijasta perheessä vallitsi puhdas väkivalta ja nöyryytysten kehä.

Auktoriteetin periaatteen romahdus on tapauksessa olennaista. Lakia välittävän isän asema oli romahtanut despootti-isän tekojen ja aseman seurauksena. Tämän perusteella Legendre päättelee, että tapauksessa on kyse isän toiminnosta, auktoriteetista ja legitimitetistä – näiden epäonnistumisesta. Lortie ei ollut kulkenut neulansilmän läpi, koska isä ei onnistunut toimimaan legitiimin lain ja kiellon välittäjänä.

Lortie puhuu kuulusteluissaan yhtenä isähahmoista, jotka käskevät ja kieltävät, vainoavat ja antavat jopa anteeksi. Legendren mukaan kyse on genealogisesta rikoksesta. Lortie surmaa sen, joka todellisessa elämässä oli rikkonut kaikki lait ja tabut sekä sotkenut sukupolvien väliset ja yksilöiden väliset erot. Legendre määrittelee teon isänmurhaksi *in effigie*: "Me voimme, roomalaisia seuraten, pitää Lortien rikosta äärimmäisen häpeällisenä, sellaisena rikoksena, joka ottaen jumalten paikan omii *Fatumin*, Kohtalon."⁷

Mutta miksi kohdistaa teko pääministeriin ja parlamentaarikkoihin, joilla ei ollut mitään tekemistä trauman ja perhehistorian kanssa? Lortie kertoo, että hän näki Quebecin hallituksella isänsä kasvot. Näin koska hän pelkäsi muuttuvansa inestiseksi isäksi. Tämä hirviöisän hahmo oli hänen sanojensa mukaan oma sisäinen pahuus, jota vastaan oli taisteltava. Tuhoamalla isän, auktoriteetin ja lain yhteiskunnallisen ruumiillistuman hän katsoi voivansa hävittää pahan isän itsestään.

Hänen oli pakko surmata tämä isä, koska hän pelkäsi muuttuvansa omaksi isäkseen. Hän oli jo aiemmin suunnitellut surmaavansa esimiehensä, joka eväsi hänen loma-anomuksensa. Tämäkin oli ollut yksi tyrannimaisen isän ruumiillistumista. Kohde vaihtui kuitenkin hallitukseen. Teon perimmäinen päämäärä oli tuhota perverssi absoluutti ja siten vapautua tyrannimaisesta isästä. Ja saada itselleen oma nimi. Vaimonsa vanhemmille hän kertoi tekevänsä jonain päivänä teon, josta hänen nimensä muistettaisiin (teoksensa uudessa painoksessa Legendre sivuuttaa vuonna 1996 ilmestyneen Lortien entisen vaimon Lise Levesquen (foneettisesti sama kuin pääministerillä) muistelmat).⁸

Surmaamalla hallituksen Lortie iskisi myös lainsäätäjään. Isämurha ei kohdistu vain määrättyyn henkilöön vaan symbolisella tasolla kyse on tasavallan isänmurhasta. Se on siten hyökkäys genealogista sukupolvien jatkumon rakennetta vastaan, jonka jatkuvuutta laki ylläpitää. Isän hahmossa yhtyvät kaksi ulottuvuutta: partikulaarinen oidipaalinen subjektin isä ja yleinen poliittinen ja oikeudellinen lainsäätäjä-isä. Kolmas tuhottava isä on, kuten todettu, despootti-isä, Freudin alkulauman tyranni.

4. Oikeudenkäynti

Teollaan Lortie hakee lakiasäättävää symbolista isää, vaikka hän surmaakin myös tämän isän. Vaade on ehdoton. Vain siten hän tavoittaisi paikan ja aseman symbolisessa järjestyksessä sekä saisi toisten tunnustuksen perheessä ja yhteiskunnassa. Isänmurha on keino tulla subjektiksi. Hän sekä vastustaa isää rikkomalla lain perustavan periaatteen että hakee lain tunnustusta. Kaiken kaikkiaan Lortien teko huutaa symbolista isää, joka tunnustaisi hänet poikana ja autonomisena subjektina.⁹

Jotta subjektivaatio onnistuisi, laki on saatava provosoitua. Rikoksellaan Lortie saa oikeuden reagoimaan ja asettamaan hänet osaksi oikeudellisia identifikaatioprosesseja. Oikeudenkäynti tuo yhteen teon, lain ja vastuun, koska siinä teko vailla kieltä esitetään kielellisessä muodossa. Tuomarit asettavat diskurssillaan sen rajan – inestikielto ja astuminen symboliseen järjestykseen – jonka asettaminen olisi ollut symbolisen isän velvollisuus. Tätähän ei biologinen isä kyennyt asettamaan, koska hän itsekään ei ollut lain alainen.

Oikeudenkäynnissä tuomari vastaa hänen epätoivoiseen kutsuunsa tulla tunnustetuksi subjektina. Prosessissa tuomari edustaa symbolista isää, legitiimiä lakia, joka vapauttaa Lortien harhaluulojen vallasta vastuulliseksi subjektiksi symbolisessa järjestyksessä. Rangaistus on siten subjektiksi tulemistä ja sen tunnustamista.

Koska Lortien teko on kielen ulkopuolella, hänen poisjäämistään kielestä, niin hän ei kykene muistamaan tekoa. Tällä mustalle aukolle oikeudenkäynti antaa kielen, mielikuvan ja siten muistin. Parlamentin valvontakameroiden tallentamat tapahtumat esitettiin tuomioistuimessa. Ne korvasivat kielensä kadottaneen ja muistinsa hävittäneen subjektin aseman. Nähdessään itsensä Lortie murtui. ”En voi sanoa, että se en ole minä, se on minä. Mitä te haluatte minun vielä sanovan.”¹⁰ Tämä tuplakielto on tiedostamaton itseidentifikaatio, jossa Lortie tunnistaa syyllisyytensä, mutta josta hänen vielä on otettava vastuu kannettavakseen.¹¹

Kameran tallenteiden esittäminen oli normatiivista kommunikaatiota, jonka välityksellä symbolinen laki tuli puhutuksi tuomarin ohjauksessa. Yhtäältä Lortie identifioitui imaginaarisesti kuvaansa, toisaalta symboliseen asemaan rikoksente-kijänä, mutta myös autonomisena subjektina ja potentiaalisena symbolisena isänä.

Oikeudenkäynnissä Lortie oli näin pakotettu kohtaamaan traumaattiset – ja kirjaimellisesti sanoinkuvaamattomat – tapahtumat. Kohtaaminen visuaalisen materiaalin kanssa teki Lortielle mahdolliseksi kohdata rikos kielessä ja siten kommunikoidaan siitä. Lortie ottaa vastuun teostaan ja samalla myös itsestään subjektina. Hän siis käänsi sen mitä hänelle tapahtui, *minäksi*, joka teki rikoksen. Tuomioistuimessa toteutuva teon muuttaminen kielelliseen muotoon asettaa perustan, joka mahdollistaa Lortie kyvyn jäsentämään itsensä osana sosiaalista maailmaa vastuullisena subjektina.

5. Patriarkaatin laki

Legendren tapausanalyysi on vakuuttava, mutta jokin siinä säröilee. Isän ja lain välttämätön liitto – näinkö tosiaan? Legendrelle tämä pyhä liitto on edellytys sille, että pääsemme kieleen ja tulemme yhteiskunnan subjekteiksi. Ilman tätä emme ole vastavuoroisten tunnustusten piirissä sosiaalisina toimijoina. Liiton siunaa ”paavi” poliittis-teologisessa merkityksessä. Ongelma on, että Legendre kohottaa kriitikittömästi periaatteiden periaatteeksi isyyden instituution omaksumalla isyyden ja vanhemmuuden käsitteet roomalaiskristillisestä oikeudellisesta traditiosta. Sen päälle hän sitten universalisoi nämä käsitteet ja periaatteen antropologisina absoluutteina.¹²

Lortie haluaa surmata despootti-isän, jotta symbolinen isä toimisi. Miksi siten surmata hallitus, joka on lakiasäättävän – legitiimin – isän asemassa? Kuten sanottu perustelu voi olla, että surmaamalla symbolisen isän hän saa symbolisen isän reagoimaan ja asettamaan hänelle sosiaaliset koordinaatit ja rajat. Mutta hallituksella on despootti-isän kasvot – ja tämän isän Lortie on pakotettu tappamaan.

Se, minkä Legendre nimittää lakia säättäväksi isäksi, eroaa Lacanin symbolisesta isästä – isän-nimi/kielto/laki –, jonka paikan voi ottaa kuka tahansa eikä se siten ole sidottu biologiseen isään tai miehisyyteen. Tätä symbolista isää Lortie ei pyri tuhoamaan. Sen sijaan hänen on hävitettävä Quebecin hallitus, joka hänelle edustaa poliittis-uskonnollista katolilaisuutta ja sen perverssiä poliittis-teologista käsitystä absoluuttisesta isyydestä ja alistavaa totalitaarista lakia.¹³ Tällöinhän hallituksen kasvot ovat despootti-isän kasvot. Isku parlamenttiin on siten isku absoluuttista isää vastaan, ”lain monoteistis-patriarkaalista uskontoa vastaan.”¹⁴

Vaikka hallitus puolusti ranskan kielen asemaa ja Lortie kertoi tuhoavansa sen instanssin, joka oli tuhoamassa ranskan kieltä, hän oli tuhoamassa kielen puolustajaa. Näin koska katolinen ja ranskankielinen Lortie katsoi perheen ja politiikan yhdistävän patriarkaalisen ja separatistisen hallituksen eristävän – ja siten hävittävän – ranskan kielen. Ehdoton kielten erottaminen oli kielen tuhoamista.

6. Psykoanalyttinen rikosoikeus

Legendren tapausanalyysi saattaa avata väylää konservatiivis-paternalistiseen psykoanalyysiin, jossa perinteisen ydinperheen hajoamisen seurauksena nähdään psykoottinen ihminen. Tästä huolimatta Legendren tapausanalyysi asettaa rikosoikeudelle kaksi kriittistä kysymystä, joihin vastaaminen edellyttää psykoanalyttisen rikosoikeustieteen kehittämistä.

Ensiksi tuomioistuin toimii lain kommunikaationa. Tuomarit muodostavat symbolisen isän, joka välittää lain ja rajat sekä identiteetin ja vastuunalaisen subjektin aseman syytetylle. He edustavat symbolista isää ja lakia. Siten oikeusprosessi mahdollistaa sen, että Lortie jäsentää teolleen – sekä siten itselleen subjektina – paikan kielen ja lain symbolisessa ja normatiivisessa järjestyksessä. Prosessin myötä hän omaksuu itselleen nimen, jota hän teollaan haki. Voiko siis oikeudenkäynti, tuomioistuin ja tuomarit toimia lain välittäjinä niin, että tämä välitys mahdollistaa subjektiksi tuleminen prosessin?

Toiseksi kuinka arvioida Lortien syyntakeisuutta rikoksen tekohetkellä. Mielentilatutkimuksessa hänet voitaisiin todeta hyvin perustein syyntakeettomaksi. Tällöin hänet olisi määrätty tahdosta riippumattomaan hoitoon, vaikka hän olisi tullut osaksi symbolista järjestystä oikeudenkäynnin ansiosta. Toisaalta hän toimi tarkoitushakuisesti. Hän tiesi varsin hyvin, mitä teki ja mitä hänen oli pakko tehdä: surmata isä. Teko oli harkittu, vaikuttimet pohdittu, valinta tietoisesti tehty eikä käyttäytymisen sääntelyssä ollut ongelmia. Hän ei epäröinyt hetkeäkään surmata isän kasvot omaksuneen tahon. Syyntakeisuutta ei poista erehdys teon kohteesta. Lortien tavoite oli tappaa isä eli hallitus ja parlamentaarikot. Istunto ei ollut alkanut, joten hän surmasi parlamentin virkailijoita. Uhrin olivat isän instituution edustajia ja siten samassa asemassa kuin hallitus. Lortie halusi tappaa oman isänsä, mutta surmasi ja pyrki tappamaan despootti-isän asemassa olevia henkilöitä. Hän ei siis oikeastaan erehtynyt rikoksen kohteesta, luonteesta tai lainvastaisuudesta.

Lortien tapaus säilyttää tuomioistuimelle vastuuta, joka ei ole niiden mukavuus(laillisuus)alueella. Samalla se kyseenalaistaa autonomiseen ja individualistiseen subjektiin perustuvan rikosoikeudellisen syyntakeisuuden käsitteen,

hämärtää sen rajat. Millä perusteilla tapauksessa voidaan vetää raja syyntakeisuuden ja syyntakeettomuuden välille? Tähän rikosoikeus tai psykiatria eivät kykene vastaamaan nykyisen dogmatiikan ja diagnostiikan puitteissa. Syyllisyys ja syyntakeisuus ajautuvat väistämättä lainkäytön ja terveydentilan tutkimuksen hämärän alueelle, tiedostamattomaan, jota oikeustieteen ja psykiatrian, oikeudellisten ja psykiatris-psykologisten käytäntöjen on läpivalaistava. Hämärä jää kuitenkin vastuuseen ja tietoisuuteen. Siksi oikeuspsykiatrisen asioiden lautakunnan ja tuomioistuinten olisi tunnistettava psykoanalyttinen käsitys syyntakeisuudesta.

Viitteet

- 1 Ks. Pierre Legendren ajattelusta Alain Pottage, *Crime and Culture: The Relevance of the Psychoanalytical*. *The Modern Law Review* 55(3) 1992, s. 421–438; Peter Goodrich, *The Unconscious is a Jurist: Psychoanalysis and Law in the Work of Pierre Legendre*. *Legal Studies Forum* 20/1996, s. 195–228.
- 2 Pierre Legendre, *Le Crime du caporal Lortie. Traité sur le Père. Leçons VIII*. Flammarion 1989.
- 3 Pierre Legendre, *L'inestimable objet de la transmission: Étude sur le principe généalogique en Occident. Leçons IV*. Fayard 2004, s. 10.
- 4 Goodrich 1996, s. 200.
- 5 Jacques-Alain Miller, *Santé mentale et ordre public. Mental: Revue international de santé mentale et psychanalyse appliquée* 3/1997, s. 15–26.
- 6 Legendre 1989, s. 131.
- 7 Legendre 1989, s. 60.
- 8 Dominique Fournier, *J'étais la femme du tuer. Le récit de Lise Levesque, épouse de caporal Denis Lortie*. Éditions des Nations 1996.
- 9 Frank Chaumon, Lacan. *La loi, le sujet et la jouissance*. Éditions Michalon 2004.
- 10 Legendre 1989, s. 62.
- 11 Goodrich 1996, s. 197.
- 12 Wolfram Bergande, *The Père-version of the Political in the Case of Denis Lortie*. *The Symptom* 15/ 2013. <http://www.lacan.com/symptom15/the-pere-version.html>.
- 13 Bergande 2013.
- 14 Bergande 2013.

Tatu Hyttinen

Vihapuhe ja oikeuksien väärinkäytön kieltö

1. Johdanto

Viime vuosina Kimmo Nuotio on ottanut ansiokkaasti osaa vihapuheesta käytyyn keskusteluun. Kysymys ei ole ollut vain tieteellisistä puheenvuoroista, vaan Kimmo Nuotiolla on ollut tärkeä rooli myös vihapuheesta käydyssä kansalaiskeskustelussa¹ ja täydennyskoulutuksessa.² Tämän kaltainen vastuunkanto on ollutkin tärkeää, koska vihapuheesta on muodostunut yksi 2010-luvun visaisimmista ja vaikeimmin hallittavista rikosilmiöistä.

Se, miksi vihapuhe vaikuttaa lisääntyneen yhteiskunnassa, on monisyinen kysymys. Ilmiötä on pyritty myös selittämään erilaisista näkökulmista.³ Vastaukseksi on tarjottu epätervettä kansallismielisyyttä, joka on ottanut jalansijaa 2010-luvulla niin Suomessa kuin laajemminkin eurooppalaisessa poliittisessä keskustelussa.⁴ Jotkut toiset ovat selittäneet vihapuheen yleisyyttä kuluvalle vuosikymmenelle osuneella pakolaiskriisillä. Psykologisissa puheenvuoroissa on painotettu myös ihmisten taipumusta demonisoida kaikki vieras, kuten vieraat ihmiset ja vieraat kulttuurit. Pragmatikkojen mielestä kysymys ei ole mistään muusta kuin internetistä, joka on tarjonnut anonyymien alustan vihapuheelle. Vihapuheen yleisyyttä

-
- 1 Ks. esim. YLE:n verkkosivuilla 13.6.2018 julkaistu uutinen "Rikosoikeuden professori Janitskinin oikeudenkäynnistä: "Sananvapaus on tärkeä arvo, mutta sille on myös tiettyjä oikeudellisia rajoituksia" sekä YLE:n verkkosivuilla 16.1.2017 julkaistu uutinen "Rikosoikeuden professori vihapuheesta: Sananvapaus ei mene ohi rikosoikeudellisen pykälän".
 - 2 Esimerkiksi toukokuussa 2019 Kimmo Nuotio on täydennyskouluttajana viidessä eri tilaisuudessa oikeusministeriön koordinoimassa Against Hate -hankkeessa, jonka tarkoituksena on vahvistaa poliisien, syyttäjien ja tuomareiden viharikos- ja vihapuheosaamista.
 - 3 Käydystä keskustelusta ks. Tatu Hyttinen – Jussi Tapani, Rikoksen ja rangaistuksen äärellä. Unigrafia 2018, s. 12–13.
 - 4 Viimeksi tähän ongelmaan on huomiota kiinnittänyt nimekkeistä eurooppalaisista kirjailijoista koostuva ryhmä, jonka jäsenet kutsuvat itseään eurooppalaisiksi patriooteiksi. Tammikuussa 2019 ryhmä varoitti Eurooppaa populismin, totalitarismin ja vihan nousevasta vaarasta. Kyseinen manifesti julkaistiin mm. Die Weltissä (25.1.2019) ja The Guardianissa (26.1.2019) ja sitä siteerattiin laajasti eri Euroopan maiden medioissa.

on selitetty myös yhteiskunnan liberalisoitumisella, joka on tehnyt marginaaliryhmät, kuten seksuaalivähemmistöt, näkyviksi altistaen ryhmän jäsenet myös suusanallisten hyökkäysten kohteeksi. Oikeudellisesti lisääntyntä vihapuhetta voidaan selittää myös sananvapauden liiallisella korostamisella. Itse olenkin joskus pohtinut, kuinka tunnetut sananvapausteoreetikot – kuten John Stuart Mill – suhtautuisivat sananvapauden puolustamiseen sosiaalisen median aikakaudella. Olisivatko he vieläkin valmiita tinkimään asiallisesta kielenkäytöstä puolustaes- saan kaikkien oikeutta sanoa mitä tahansa?⁵

Yhden mielenkiintoisimmista selityksistä vihapuheen nykyiselle esiintyvyydel- le on tarjonnut Ilkka Niiniluoto, joka yleisradion haastattelussa pohti 1980-luvulla virinneen postmodernismin ja vihapuheen välistä suhdetta.⁶ Niiniluodon mukaan humanistisiin ja yhteiskuntatieteellisiin teorioihin hivuttautunut postmodernismi on johtanut yhteiskunnalliseen (ääri)relativismiin eli tilanteeseen, jossa ei ole kollektiiviseksi koettuja arvoja ja jaettuja totuuksia. Tämän sijasta on vain joukko mielipiteitä, joille kaikille pitäisi antaa sama arvo ja arvokkuus.

Kyseinen kehityssuunta on Niiniluodon mukaan johtunut siihen, että totuu- dellisuus on korvattu mielipiteillä, jolloin totuus muuttuu siksi, mitä itse kukin asioista ajattelee. Niiniluodon mukaan postmodernismia seurannut totuudenjäl- keinen aika voikin olla yksi syy, miksi ihmiset voivat kokea oikeudekseen olla mitä tahansa mieltä ja sanoa tämän myös ääneen. Niiniluoto vaikuttaakin ajattelevan, että vihapuheen perimmäiset syyt ovat tieteenfilosofisia, ikään kuin tiedon kri- teereiden paradigmaattisia muutoksia, jossa neutraali ja totuudellisuuteen pyr- kivä keskustelu on korvattu kaiken kattavalla nihilismillä ja perustelemattomilla mielipiteillä.

Olivatpa vihapuheen yleistymisen syyt mitkä tahansa, oikeustieteilijöiden teh- täväksi voidaan asettaa sen pohtiminen, kuinka vihapuheeseen voidaan – ja pitäisi – oikeudellisesti reagoida.⁷ Tässä kirjoituksessa tarkastelen tätä problematiikkaa yhdestä näkökulmasta vastaten seuraavaan kysymykseen: *minäkalaiseen viha- puheeseen on legitiimiä reagoida oikeuksien väärinkäytön kiellon perusteella?*

Kysymyksenasetteluni inspiroijana on toiminut Kimmo Nuotion kirjoitus ”Vi- hapuheen rikosoikeudellinen sääntely”, jossa yhtenä näkökulmana tarkastellaan

5 Tässä yhteydessä on syytä täsmentää, että monet tunnetut valitusfilosofit ja sananvapausteoreetikot olisivat todennäköisesti suhtautuneet hyvinkin kriittisesti vihapuheeseen, vaikka laajaa sananvapautta kannattavatkin. Ks. Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*. Harvard University Press 2012, s. 204–233.

6 YLE 8.9.2018 / Tuomas Hyttinen ja Stina Hyttinen: Totuudenetsijä Ilkka Niiniluoto ennusti oikein: ”Informaatiokohina kasvaa enemmän kuin aito tieto”.

7 Käydystä kotimaisesta keskustelusta ks. teokset Mika Illman, *Hets mot folkkrupp*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2005; Riku Neuvonen (toim.), *Vihapuhe Suomessa*. Edita 2015; Hyttinen – Tapani 2018, s. 8–61. Viimeaikaisesta kansainvälisestä keskustelusta ks. Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*. Harvard University Press 2012; Eric Heinze, *Hate Speech and Democratic Citizenship*. Oxford University Press 2016; Erica Howard, *Freedom of Expression and Religious Hate Speech in Europe*. Routledge 2018.

vihapuheen rajoittamista oikeuksien väärinkäytön kiellon perusteella.⁸ Näkökulma on tärkeä, koska perinteisesti vihapuheesta käyty keskustelu on ollut sananvapauslähtöistä eli primaaristi keskusteluissa on pohdittu vihapuheeseen reagoinnin legitimitettiin sananvapauden rajoitusperusteiden valossa.⁹

Tässä kirjoituksessa lähdenkin siitä, että vihapuhetta koskevissa puheenvuoroissa keskustelun painopistettä voitaisiin siirtää vihapuheen ja sananvapauden välisestä problematiikasta kohti oikeuksien väärinkäytön kieltoa. Näin ollen tulen argumentoimaan sen puolesta, että tietyissä tilanteissa vihapuheeseen syyllistyneen henkilön ei ole perusteltua vedota sananvapauteensa, koska hän on jo käyttänyt sananvapautta väärin eli oikeuksien väärinkäytön kiellon vastaisesti.

Oikeuksien väärinkäytön kieltoon vetoamisen legitimitetti ei ole kuitenkaan itsestään selvää. On varsin vaikea sanoa, minkälainen vihapuhe voidaan luokitella niin vakavaksi loukkaukseksi, ettei siitä rankaisemisen hyväksyttävyyttä tarvitse tarkastella sananvapauden näkökulmasta.¹⁰ Tähän kysymykseen vastatakseni tulen jakamaan vihapuheen kahteen kategoriaan: absoluuttiseen vihapuheeseen ja relatiiviseen vihapuheeseen. Se, mitä näillä käsitteillä täsmällisesti ottaen tarkoitan, selviää tuonnempana.

Kirjoitukseni aloitan tarkastelemalla sitä, mistä puhumme, kun puhumme vihapuheesta (luku 2). Samalla vastattavaksi tulee, kuka tai ketkä voivat olla vihapuheen kohteena. Tämän jälkeen kiristan käsiteläidokkoopiani vastaten siihen, minkä tyyppinen vihapuhe olisi perusteltua sulkeistaa sananvapauskeskustelusta oikeuksien väärinkäytön perusteella (luku 3). Kirjoitukseni lopuksi esitän keskeiset johtopäätökseni (luku 4). Monet argumenttini on kiistanalaisia ja niistä voi olla perustellusti toista mieltä.

2. Mikä vihapuhe?

2.1. Aluksi

Terminä ”vihapuhe” on harhaanjohtava, koska se sisältää konnotaation, jonka mukaan vihapuheessa on kysymys puheakteista. Siksi on tärkeää alleviivata, että vihapuhe ei ole suu- tai välinesidonnaista, vaan vihapuheeseen voidaan syyllistyä millä tahansa ilmaisun muodolla, kuten nettiin kirjoittamalla. Oletettavasti tämä

8 Kimmo Nuotio, Vihanpuheen rikosoikeudellinen sääntely, s. 139–164 teoksessa Riku Neuvonen (toim.), Vihapuhe Suomessa, Edita 2015, etenkin s. 156–159.

9 Näin myös Howard 2018, erityisesti luvut 4 ja 5.

10 Näin myös Matti Pellonpää – Monica Gullans – Pasi Pölonen – Antti Tapanila, Euroopan ihmisoikeussopimus, 6. uud. painos. Alma Talent 2018, s. 1053.

vihapuheen ilmaisutapaneutraalius on laajalti tiedossa. Sen sijaan se, mitä vihapuheella täsmällisesti ottaen tarkoitetaan, on harvempien tiedossa. Epäselvyyttä lisää, ettei vihapuheen merkityssisältöä voida tarkistaa lakikirjasta tai mistään muustakaan eksaktista oikeuslähteestä, koska vihapuheelle ei ole olemassa tarkkaa normatiivista määritelmää.¹¹ Tämän seurauksena eri ryhmittymät ovatkin 2010-luvulla pyrkineet määrittelemään vihapuheen omiin tarkoituksiinsa sopivalla tavalla. Kyseinen toiminta on ollut ajoittain näkyvääkin, mutta sinänsä toiminnassa ei ole mitään ihmeellistä. Kuten kielitieteilijät ja filosofit ovat huomauttaneet, kieli ja sen saamat merkityssisällöt muovaavat yhteiskunnallista todellisuutta. Näin ollen on luontaista, että eri käsitteiden merkityssisältöjen määrittelyistä käydään jatkuvaa valtataistelua – eli eri tahot pyrkivät edistämään itsellensä merkityksellisiä asioita määrittelemällä keskustelun reunaehdot eli sen, mistä kussakin asiassa on ”oikeasti” kysymys, kuten sosiologi Pierre Bourdieu voisi asian ilmaista.

Esimerkiksi kotimaisessa vihapuhekeskustelussa on esitetty, että vihapuhetta ei tule määritellä liian suppeasti, vaan vihapuheeksi pitäisi luokitella myös poliittiseen ideologiaan, kuten kansallismielisyyteen, kohdistuvat vihanilmaukset. Vihapuheeksi on haluttu määritellä myös ne ilmaukset, jotka kohdistuvat enemmistöön eli kantasuomalaisiin, mitä ikinä tämä käsite tarkoittaakaan. Havaintojeni mukaan vihapuhesuojaa on haluttu tarjota myös toimittajille ja tutkijoille sekä naisille ja miehille. Käytännössä kotimaisessa vihapuhedebatissa on ollutkin kysymys pyrkimyksestä hallita vihapuhekeskustelua määrittelemällä vihapuheen merkityssisältö – eli kukin keskustelija on halunnut määritellä, minkälaisiin vihanilmauksiin on syytä kohdistaa erityisen moitittava vihapuheleima.

Vaikka julkisessa keskustelussa ilmenevä käsitteellinen epämääräisyys voi olla joskus tarkoitushakuistakin, on syytä huomioida, että kysymys vihapuheen merkityssisällöstä ei ole vain akateeminen.¹² Esimerkiksi, jos vihapuheeksi luokitellaan kaikki ilmaukset, jotka loukkaavat toisia, keskustelu vihapuheesta muuttuu helposti sananvapauden puolustamiseksi eli tilanteeksi, jossa vihapuheen koetaan perusteettomasti rajoittavan sananvapautta. Toisaalta ne henkilöt, jotka ymmärtävät vihapuheen lähinnä rasismiksi, eivät ole halukkaita korostamaan sananvapautta rasismin kustannuksella. Jos kaksi henkilöä, jotka omaavat kuvattun kaltaiset erilaiset vihapuhekannat yrittävät keskustella vihapuheesta, keskustelu muuttuu

11 Vihapuheen normatiivinen epämääräisyys käy karulla tavalla ilmi tarkastelemalla Euroopan rasismin ja suvaitsemattomuuden vastaisen komission (ECRI) kohtalaisen tuoretta politiikkasuositusta, jossa vihapuhe on pyritty määrittelemään. Ks. komission yleinen politiikkasuositus nro 15 vihapuheen torjunnasta, annettu 8. joulukuuta 2015. Hyvästä pyrkimyksestä huolimatta komission määritelmää ei voida hyvällä tahdollaakaan pitää jäsentyneenä ja selkeänä. Kyseisestä määritelmästä käydystä keskustelusta ks. Howard 2018, s. 59–60.

12 Vihapuheen määrittelyn tärkeydestä olen aikaisemmin kirjoittanut yhdessä Jussi Tapanin kanssa. Ks. Hyttinen – Tapani 2018, erityisesti s. 12–27. Tässä kirjoituksessani hyödynnän aikaisemmin kirjoittamaamme tekstiä.

helposti ohipuhumiseksi. Ohipuhumisen vaara piilee nimenomaan siinä, etteivät keskustelijat ole samaa mieltä edes siitä, mistä he lopultakaan keskustelevat puhuessaan vihapuheen rikosoikeudellisesta sääntelystä. Näin ollen aluksi olisi määriteltävä mahdollisimman tarkasti se, mitä vihapuheella rikosoikeudellisesti tarkoitetaan, ja vasta tämän jälkeen on mahdollista keskustella, kuinka vihapuheeseen tulisi rikosoikeudellisesti reagoida.

2.2. Vihapuheen suppea määritelmä

Keskusteltaessa vihapuheessa on syytä pitää mielessä, ettei rikoslaki sisällä varsinaista vihapuheekriminalisointia. Maallikoille voikin tulla yllätyksenä, ettei rikoslaki edes sisällä termiä ”viha”, vaikka rikoslain yhdeksi ydintehtäväksi voidaan ymmärtää nimenomaan vihan kontrollointi.¹³ Vaikka rikoslain ”vihattomuus” voi kuulostaa oudolta, tilannetta ei ole syytä ihmetellä. Erikoista olisi pikemminkin, jos rikoslaki sisältäisi tunnusmerkistöjä, joissa kriminalisoinnin kohteena olisivat negatiiviseksi koetut tunteet, kuten viha, kateus tai mustasukkaisuus. Tämähän tarkoittaisi luopumista tekorikosoikeudesta eli ajatuksesta, jonka mukaan ihmisten oletetaan kykenevän hallitsemaan käyttäytymisensä riippumatta siitä, minikälaisten affektien vallassa he kullakin hetkellä ovat.

Vaikka rikoslaki ei sisällä vihapuheekriminalisointia, monia rikoslaissa kiellettyjä ilmauksia voidaan selittää vihalla ja vihan aikaan saamalla käyttäytymisellä. Esimerkiksi naapuriinsa vihastunut henkilö voi syyllistyä kunnialoukkaukseen (RL 24:9) solvaamalla naapuriansa. Vastaavasti laittoman uhkauksen (RL 25:7) takana voi olla viha, jos henkilö keskustelupalstalla kritisoi poliitikkoja ja uhkaa heidän henkeään. Toisaalta, vaikka viha voi olla monien rikoksiksi luokiteltavien ilmauksien taustalla, varsinaiseksi vihapuheeksi ei ole syytä luokitella kaikkia ilmaisuja, joiden motiivina on ollut viha. Liian lavean vihapuhemääritelmän ongelma olisi, että se veisi terän vihapuheen erityiseltä moitittavuudelta.

Kuinka vihapuhe tulisi sitten määritellä? Vastausta tähän kysymykseen voidaan hakea Euroopan neuvoston ministerikomitean antamasta suosituksesta (R 97 20), jonka mukaan vihapuheeksi on syytä ymmärtää ”— kaikki ilmaisumuodot, jotka levittävät, lietsovat, edistävät tai oikeuttavat etnistä vihaa, ulkomaalaisvastaisuutta, antisemitismiä tai muuta vihaa, joka pohjaa suvaitsemattomuuteen.” Ministerikomitean mukaan sanottu koskee ”— niin aggressiivista suvaitsemattomata kansalaismielisyyttä kuin vähemmistöjen, siirtolaisten, ja siirtolaistaustaisten ihmisten syrjintää ja vihamielisyyttä heitä kohtaan.” Näin ollen ministerikomitean

13 Vihan ja rikoslain välisestä symbioosista ks. Nuotio 2015, s. 145–148.

suosituksen mukaan vihapuheeksi on määriteltävä sellaiset ilmaukset, joiden vaikuttimena on ollut suvaitsemattomuuteen ja syrjintään perustuva viha.¹⁴

Huomionarvioista on, että ministerikomitean suosituksen mukaan myös aggressiivinen suvaitsematon kansallismielisyys on syytä ymmärtää vihapuheeksi. Tätä voidaan pitää merkittävänä kannanottona, koska tyypillisesti poliittissävysteistä sananvapautta pidetään sananvapauden ytimeen kuuluvana.

Toisaalta yhtä tärkeää on huomioida, mitä ministerikomitean suositus ei tarkoita. Vaikka suosituksessa puhutaan eksplisiittisesti etnisestä vihasta, antisemitismistä ja ulkomaalaisvastaisuudesta, yhtä lailla vihapuheeksi on syytä luokitella ne syrjivät ja suvaitsemattomuutta edistävät ilmaukset, joiden kohteena on henkilön tai ryhmän seksuaalinen suuntautuminen, sukupuoli-identiteetti, uskonto, vammaisuus tai muu vastaava henkilön tai ryhmän identiteettiin liittyvä ominaispiirre. Näin ollen lähtökohtaisesti keskiössä on nimenomaan syrjimiselementti, eikä se, ketä syrjitään. Tuonnempana osoitettavalla tavalla tämä lähtökohta ei ole kuitenkaan aivan ongelmaton, koska syrjimis- ja suvaitsemattomuuselementti ei itsessään vastaa siihen, pitäisikö rikosoikeudellista vihapuhesuojaa tarjota myös enemmistöryhmittymiin – kuten kantasuomalaisiin tai luterilaisiin – identifioituville henkilöille, jos he kokevat joutuneensa vihapuheen kohteeksi.

Palatakseni kuitenkin takaisin vihapuheen määritelmään on syytä alleviivata, ettei vihapuheen merkityssisällön suppea määritelmä kavenna muunlaisen vihaisen puheen rangaistavuuden alaa. Toisin sanoen myös syrjintään ja suvaitsemattomuuteen yllyttävän vihapuheen ulkopuolinen vihainen puhe voi tulla yhtä lailla rangaistavaksi rikoslain perusteella. Esimerkiksi, jos kuntalainen vihapäissään uhkaa tappaa kunnallispolitiikassa vaikuttavan henkilön, teko voi tulla arvioitavaksi laittomana uhkauksena (RL 25:7), vaikka kysymyksessä ei ole suppean määritelmän mukainen vihapuherikos. Tästä voikin herätä kysymys, miksi on tarpeen tehdä ero rangaistavan vihapuheen ja rangaistavan vihaisen puheen välillä. Tähän kysymykseen voidaan vastata kahdella tavalla.

Ensinnäkin rikoslain 6 luvun 5 §:n 4 kohdan mukaan rikoksesta langetettavaa tuomiota voidaan koventaa, jos ilmaus on luokiteltavissa vihapuheeksi.¹⁵ Esimerkiksi, jos henkilö internetin keskustelupalstalla halventaa etniseen vähemmistöön kuuluvaa henkilöä nimenomaan sillä perusteella, että henkilö kuuluu tähän kyseiseen vähemmistöön, kysymyksessä voi olla kunnianloukkaus (RL 24:9). Lisäksi,

14 Tähän määritelmään on tukeutunut myös Erica Howard tarkastellessaan, mitä vihapuheella Euroopassa tarkoitetaan. Ks. Howard 2018, erityisesti s. 59. Lisäksi kyseinen määritelmä vaikuttaa olevan pätevä vihapuhemääritelmä Euroopan ulkopuolellakin. Ks. Naganna Chetty – Sreejith Alathur, Hate speech review in the context of online social networks, *Aggression and Violent Behavior* 40 (2018), s. 108–118, s. 110.

15 Tästä aiheesta ks. HE 44/2002 vp eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi, s. 192–193.

koska teko on luokiteltavissa syrjiväksi ja suvaitsemattomuutta edistäväksi vihapuheeksi, kunnianloukkauksesta voidaan määrätä normaalia ankarampi rangaistus. Vastaavasti myös muut ilmaisurikokset kuten julkinen kehottaminen rikokseen (RL 17:1) tai laiton uhkaus (RL 25:7) voivat tulla arvioitaviksi vihapuheena, jos teon vaikuttimena on ollut uhreja kohtaan tunnettu suvaitsemattomuus.¹⁶

Toiseksi vihapuheen suppea määritelmä mahdollistaa tulkinnan, jonka mukaan rikoslaki sisältää myös erityisiä vihapuherikostunnusmerkistöjä, vaikka tämä ei ilmene kyseisten rikosten rubrisoinnista. Tyypillisin esimerkki on kiihottaminen kansanryhmää vastaan (RL 11:10), johon voi syyllistyä se, joka asettaa yleisön saataville tai muutoin yleisön keskuuteen levittää tai pitää yleisön saatavilla tiedon, mielipiteen tai muun viestin, jossa uhataan, panetellaan tai solvataan jotakin ryhmää rodun, ihonvärin, syntyperän, kansallisen tai etnisen alkuperän, uskonnon tai vakaumuksen, seksuaalisen suuntautumisen tai vammaisuuden perusteella taikka niihin rinnastettavalla muulla perusteella. Kuten tunnusmerkistön sanamuoto ilmentää, syrjimis- ja suvaitsemattomuuselementti on sisäänkirjoitettu tunnusmerkistöön eli tunnusmerkistön täytyminen edellyttää, että rikoksen tekijän nimenomaisena päämääränä on myötävaikuttaa johonkin ihmisryhmään kohdistuvan vihan lisääntymiseen.

Myös uskonrauhan rikkominen (RL 17:10) voidaan luokitella erityiseksi vihapuherikokseksi,¹⁷ olkoonkin, ettei tunnusmerkistössä ole kriminalisoitu rikoksen kohdistumista uskonnollisiin ihmisiin sinänsä. Sen sijaan tunnusmerkistössä on kriminalisoitu Jumalan pilkka tai muu loukkaamistarkoituksessa esitetty julkinen herjaus ja häpäisy, joka kohdistuu uskonnonvapauslaissa tarkoitetun kirkon tai uskonnollisen yhdyskunnan pyhänä pitämään asiaan. Esimerkiksi, jos profeetta Muhammedin kasvokuva esitetään loukkaamistarkoituksessa herjaavasti tai häpäisevästi, tilanne voi tulla arvioitavaksi uskonrauhan rikkomisena.

Tarkemmin uskontorikoksen tunnusmerkistöanalyysiin menemättä on syytä todeta, että uskontorikoksen tarkoitus ei ole suojella Jumalaa tai pyhiä asioita kuten profeetta Muhammedia, vaan rangaistussäännön tarkoitus on yhteiskunta-rauhan turvaaminen suojelemalla kuhunkin uskonnolliseen ihmisryhmään kuuluvien ihmisten tunteita.¹⁸ Kokonaan toinen – ja tässä yhteydessä maininnan varaan jäävä – keskustelu on, tulisiko uskonrauhan rikkominen poistaa rikoslaista. Esimerkiksi eurooppalaisen vertailuaineiston perusteella kyseistä kriminalisointia voidaan pitää paitsi harvinaisena myös tarpeettomana rangaistussäännöksenä.

16 Rangaistuksen koventamisesta vihamotiivin perusteella ks. Jussi Tapani – Matti Tolvanen, Rangaistuksen määräämisestä. Talentum Pro 2016, s. 84–87.

17 Perusteellisesti tästä aiheesta Howard 2018.

18 HE 6/1997 vp eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi, s. 127.

Tarpeettomuutta korostaa se, että voimassa oleva kiihottamisrikos – eli kiihottaminen kansanryhmää vastaan – mahdollistaa tarvittavan rikosoikeudellisen reagoinnin, jos jotakin uskonnollista ryhmittymää uhataan, panetellaan tai solvataan perusteettomasti. Vaikka uskontorikokseen on kohdistettu voimakastakin kritiikkiä,¹⁹ uskonrauhan rikkomisen dekriminalisointi on osoittautunut Suomessa hankalaksi.

Nyt on vielä vastattava siihen, onko vihapuheen määrittelemineen syrjiväksi ja suvaitsemattomuutta edistäviksi ilmauksiksi riittävä rikosoikeudellinen määritelmä vihapuheelle. Mitä pidempään olen tätä kysymystä miettinyt, sitä vakuuttuneemmaksi olen tullut, että vihapuhetta ei voida määritellä rikosoikeudellisesti tyydyttävällä tavalla, jos ei samalla vastata siihen, kuka tai ketkä voivat olla vihapuheen kohteena.

2.3. Vihapuheen kohde

Kysyttäessä, kuka voi olla vihapuheen kohteena, kysymys kuuluu perusmuodossaan seuraavalla tavalla: Voiko vihapuhe suppeasti määriteltynä kohdistua yhtä lailla enemmistöryhmän edustajiin, kuten Suomessa kristittyihin tai heteroseksuaaleihin, vai onko perustellumpaa lähteä siitä, että vihapuheen kohteena voivat olla vain vähemmistöryhmät tai vähemmistöryhmien edustajat, kuten muslimit tai homoseksuaalit. Tämä kysymys on tärkeä, koska uhrimääritelmän liiallinen suppeus voi olla ongelmallinen yhdenvertaisuuden valossa. Tarkoiton tällä, että argumenttien on oltava poikkeuksellisen kestäviä, jos tiettyihin tahoihin, kuten somaleihin, kohdistettu syrjivä ja suvaitsemattomuuteen yllyttävä vihapuhe luokitellaan paheksuttavamaksi kuin toisiin tahoihin, kuten kantasuomalaisiin kohdistettu vihapuhe, vaikka esitetyt ilmaukset olisivat molemmissa tilanteissa saman kaltaista. Toisaalta liian laava uhrimääritelmä on yhtä lailla ongelmallinen, koska se voi inflatorisuudessaan viedä terän vihapuheen moitittavuudelta. Kiistatonta lienee, että tarjottaessa potentiaalista vihapuheuhristatusta liki kaikille ihmisryhmille lopulta yhdelläkään ryhmällä ei katsota olevan erityisen rikosoikeudellisen suojelun tarvetta.

Tarkasteltaessa, voivatko enemmistöt olla suvaitsemattomuutta edistävän vihapuheen kohteena, argumentatiivista tukea voidaan hakea kansainvälisestä vertailuaineistosta ja erityisesti viharikossääntelyn taustalla olevista keskeisistä kansainvälisten sopimuksista. Ensinnäkin Yhdistyneiden kansakuntien (YK) kansainvälisiä oikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevassa kansainvälisessä yleissopimuksen (KP-sopimus; SopS 7/1976) 20 artiklan 2-kohdan mukaan kaikki kansallisen,

19 HE 6/1997 vp, s. 127; Nuotio 2015, s. 155.

rotu- tai uskonnollisen vihan puoltaminen, joka merkitsee yllytystä syrjintään, vihollisuuksiin tai väkivaltaan, on kiellettävä lailla. Toiseksi YK:n kaikkinaista rotusyrjinnän poistamista koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 37/1979) velvoittaa jäsenmaita säätämään rangaistavaksi erityyppiset rasistiset rikokset. Kolmanneksi Euroopan unionin neuvoston vuonna 2003 laatima tietoverkkorikoksia koskevan yleissopimuksen rasistisia rikoksia koskeva lisäpöytäkirja velvoittaa kriminalisoimaan tietoverkoissa tehdyt rasistiset rikokset.²⁰

Keskeistä on havaita, että syrjinnän vastaisten kansainvälisten sopimusten riidattomana mallina ja primus motorina voidaan pitää ensiksi mainittua YK:n KP-sopimusta, joka laadittiin pian toisen maailmansodan jälkeen. Näin ollen on luontaista, että kaikki KP-sopimuksen jälkeisetkin syrjintää ja suvaitsemattomuutta vastustavat kansainväliset sopimukset kantavat sisällään holokaustin painolastia eli niiden avulla on pyritty – ja pyritään – turvaamaan se, etteivät vähemmistöryhmät joutuisi enää samanlaisten sortotoimien kohteeksi kuin 1930- ja 1940-lukujen Euroopassa. Tulkintani mukaan tämä tarkoittaa nimenomaan sitä, että suojaa syrjintää ja suvaitsemattomuutta vastaan on haluttu antaa nimenomaan vähemmistöryhmille. Sitä paitsi on suorastaan itsestään selvää, että demokratioissa on suojeltava nimenomaan vähemmistöryhmiä siltä diktatuurilta, johon enemmistö on aina kykenevä. Tämäkin puoltaa sitä, että vihapuhesuoja on tarjottava nimenomaan vähemmistöryhmille tai tällaisiin ryhmiin identifioituville henkilöille.

Toisaalta, kuten edellä jo totesin, rikosoikeudellisesta näkökulmasta vähemmistöihin kohdistuvan vihan moitittavuuden korostaminen voi johtaa ongelmallisiin konnotaatioihin, koska vaarana on, että ihmiset kokevat olevansa eriarvoisia rikoslain edessä. Provokatiivisena esimerkkinä toimikoon lähisuuhdeväkivalta. Puolisonsa vihan kohteeksi joutunut uhri voi perustellusti kokea, ettei oikeusjärjestys pidä häneen kohdistunutta tekoa yhtä vakavasti otettavana kuin vastaava tekoa, jonka motiivina on ollut syrjivä viha. Vaikka tämä huomio on otettava vakavasti, yhtä lailla on syytä huomata, että vähemmistöryhmien suoje-lutarvetta korostamalla oikeusjärjestys pyrkii huolehtimaan nimenomaan siitä, että jokainen voi elää vapaasti ja yhdenvertaisesti riippumatta ihonväristä, uskonnosta, sukupuolisesta suuntautumisesta, sukupuoli-identiteetistä tai muusta vastaavasta tekijästä. Käytännössä vähemmistöjen erityissuoja onkin perusteltua ymmärtää pikemminkin yhdenvertaisuutta turvaavaksi positiiviseksi syrjinnäksi kuin ihmisten tasapuolista kohtelua heikentäväksi negatiiviseksi syrjinnäksi.

20 Viimeisenä mainitusta sopimuksesta ja sen merkityksestä Suomessa ks. Ilari Hannula, Vihapuhe ja sanavapaus rikoslakiin vuonna 2011 tehtyjen muutosten valmistelussa, s. 165–190 teoksessa Riku Neuvonen (toim.), Vihapuhe Suomessa. Edita 2015.

Toisaalta positiivinen syrjintäkään ei ole ongelmatonta. Yhteiskuntafilosofisena vasta-argumenttina voidaan aina kysyä, miksi rikosoikeudellista viharikos-suojaa pitäisi tarjota ainoastaan vähemmistöryhmiin kuuluville henkilöille, jos vähemmistö- ja enemmistöryhmien välillä ei ole muuta eroa kuin ihmisten lukumäärä. Voimme esimerkiksi kuvitella tilanteen, jossa kantasuomalainen henkilö valikoituu vihapuheen kohteeksi sen vuoksi, että hän edustaa länsimaalaisuutta. Lähtökohtaisesti tällaista tekoa on pidettävä yhtä tuomittavana kuin tekoa, jossa henkilö valikoituu vihapuheen kohteeksi arabaustansa vuoksi.

Jos kysyisimme poliisin mielipidettä asiasta, virallinen vastaus olisi todennäköisesti seuraava: vihapuheeksi on syytä luokitella myös ne ilmaukset, joiden kohteena on ollut enemmistöryhmän edustaja, kuten kantasuomalainen kristitty, jos ilmauksen motiivina on ollut kristittyjä kohtaan tunnettu viha.²¹ Vastaavaa tulkintaa tukee myös oikeusministeriön vuonna 2010 laatima rasistisia rikoksia koskeva mietintö, jonka mukaan vihamotiivi voidaan poikkeustapauksissa huomioida myös silloin, jos rikos on kohdistunut henkilöön, jota voidaan pitää enemmistöryhmän edustajana.²² Näin ollen vaikuttaa siltä, että poliisin ja oikeusministeriön näkökulmat puoltavat näkemystä, jonka mukaan vihapuheeksi pitäisi luokitella kaikki vihamotivoidut ilmaukset, jotka täyttävät jonkun rikostunnusmerkistön. Tämä lähtökohta takaisi, ettei uhrin kuulumisella enemmistöön tai vähemmistöön ole merkitystä allokoitaessa tekoa vihapuheeksi.

Toisenlaiseen johtopäätökseen voidaan kuitenkin päätyä lukemalla huolellisesti korkeimman oikeuden toistaiseksi ainoaa vihapuheratkaisua KKO 2012:58, joka tunnetaan niin sanottuna Halla-aho-tapauksena.²³ Kyseisen ratkaisun taustamainkulusta ja tuomioistuimen perusteluista on tulkittavissa, että tuomio kiihottamisrikoksesta edellyttää lähtökohtaisesti sitä, että kiihotus kohdistuu vähemmistönä pidettävään ihmisryhmään. Sen sijaan, jos vastaavantyyppiset uhkaavat, panettelevat tai solvaavat lausumat kohdistetaan enemmistöön, kuten kantasuomalaisiin, rikostunnusmerkistö ei hevin täyty, olkoonkin, että rikostunnusmerkistön sanamuodon mukaan enemmistöön kohdistuva väite voisi yhtä lailla tulla arvioitavaksi kiihottamisrikoksena.

Kuten on havaittavissa, kysymys vihapuherikosten potentiaalisista uhreista on epäselvä eikä asiaan voida antaa kaikkia tyydyttävää vastausta. Olen kuitenkin taipuvainen ajattelemaan, että korostettaessa vihapuheen olevan määritelmällisesti syrjivää ja suvaitsematonta, kysymys on olennaisesti etnisen, uskonnollisen,

21 Tähän päätelmään olen tullut Poliisiammattikorkeakoulun laatimia viharikostilastoja lukemalla.

22 Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 3/2010. Rasistiset rikokset, s. 49. Ks. myös HE 44/2002 vp, s. 192.

23 Tarkemmin tapauksesta ja siihen sisältyvästä rikosoikeudellisesta problematiikasta ks. Tatu Hyttinen, KKO 2012:58 – Kokiko Jussi Halla-aho oikeusmurhan. Defensor Legis 6/2013, s. 940–950.

seksuaalisen tai muun vastaavan vähemmistön suojelusta. Tätä laiveampi uhri-määritelmä edellyttäisi tinkimistä viharikosten historiallisesta ydinidentiteetistä eli siitä tavoitteesta, jonka mukaan vähemmistöihin kuulumisen ei saa johtaa yhteiskunnallisesti epäedullisempaan asemaan.²⁴ Näin ollen lähdetään siitä, että vihapuheeksi on syytä luokitella vain ne syrjivät ja suvaitsemattomuutta edistävät ilmaukset, joiden kohteena on ollut vähemmistöryhmä tai tällaiseen vähemmistöryhmään identifioitava henkilö.

3. Absoluuttinen ja relatiivinen vihapuhe

3.1. Vihapuheen ja sananvapauden välinen jännite

Totesin edellä, että erityisinä vihapuhekriminalisointeina voidaan pitää kiihottamista kansanryhmää vastaan (RL 11:10) ja uskonrauhan rikkomista (RL 17:10). Tämän lisäksi myös muut ilmaisurikokset, kuten laiton uhkaus (RL 25:7) tai kunnianloukkaus (RL 24:9) voidaan määritelmäni mukaan luokitella vihapuheerikoksiksi, jos ilmauksen syy on ollut uhrin kuulumisen tiettyyn vähemmistöryhmään, kuten sukupuolivähemmistöön.

Tavanmukaista on, että vihapuheesta syytetty henkilö vetoaa esittämiensä ilmausten olleen sallittuja sananvapauden perusteella. Esimerkiksi, jos henkilöä syytetään kiihottamisesta kansanryhmää vastaan, hän voi väittää halunneensa herätellä yhteiskunnallista keskustelua tiettyjen ulkomaalaisten kansanryhmittymien sopeutumattomuudesta suomalaiseen yhteiskuntaan. Yhtä tavanmukaista on, että tämän kaltaisessa tilanteessa tuomioistuimet huomioivat sananvapauden ja tarkastelevat ilmausten sallittavuutta sananvapauden rajoitusperusteiden valossa.²⁵

Tässä ei sinänsä ole mitään väärää tai ongelmallista. Sananvapausjohtoisessa vihapuhekeskustelussa on kuitenkin hyvä tiedostaa, että ihmisoikeustuomioistuimen pidempiaikaisempaa ratkaisukäytäntöä tarkasteltaessa ihmisoikeustuomioistuin vaikuttaa suhtautuvan sananvapauden rajoittamiseen sallivammin kuin vielä viime vuosikymmenellä, olkoonkin, että tätä muutosta voidaan selittää myös ihmisoikeustuomioistuimen resurssipulalla – eli sillä, että ihmisoikeustuomiois-

24 Vihapuheen määritelmistä valikoiduissa läntisissä demokratioissa ks. Waldron 2012, s. 8.

25 Tätä ilmentää myös ratkaisu KKO 2012:58. Ks. etenkin perustelukohdat 35–38. Tyypillisesti myös oikeuskirjallisuudessa lähdetään siitä, että vihapuhetapauksessa normatiivinen problematiikka hahmottuu ensisijaisesti rikoslain ja sananvapauden välisenä jännitteenä. Ks. Howard 2018.

tuin ei kykene ottamaan ratkaistavakseen sananvapaussensitiivisiä punnintatilanteita yhtä paljon kuin aikaisemmin.²⁶

Toisaalta vastaavanlainen muutos on aistittavissa myös kotimaisessa sananapauskeskustelussa ja oikeuskäytännössä. Kyseistä muutosta ilmentää muun muassa se, että siinä missä 2000-luvulla ja – vielä kuluvan vuosikymmen alusakin – korostettiin sananvapautta ihmetellen kotimaisten tuomioistuinten kyvyttömyyttä mukautua eurooppalaiseen sananvapaussandardiin, viime aikoina ymmärrystä ovat saaneet myös sananvapautta rajoittavat rikostuomiot. Voi siis olla, että 2010-luvulla monet muut oikeudet, kuten yksityisyys, kunnia tai tarve turvata vähemmistöoikeudet, ovat korostuneet sananvapauden kustannuksella. Jos tämä väitteeni pitää paikkansa, kehityssuuntaa voidaan selittää ja ymmärtää monesta eri näkökulmasta. Esimerkiksi sosiaalisen median vahvistuminen on voinut johtaa siihen, että eri tahot ovat kokeneet välttämättömäksi kontrolloida sananvapautta eri tavalla kuin vielä 2000-luvulla, jolloin yhteiskunnallisen keskustelun merkittävimpiä toimijoita olivat ns. valtamediat sekä eettisiin pelisääntöihin sitoutuneet ammattijournalistit.

Tässä yhteydessä en malta olla nostamatta esiin niitä riskejä, joita sananvapauden ylikorostamiseen voikin sisältyä. Ääriesimerkkinä voidaan tarkastella korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2013:50. Kyseisessä tapauksessa henkilö oli internetin keskustelupalstalla esittänyt pääministerin ja valtiovarainministerin henkeen kohdistuneita vakavia uhkauksia. Tällä perusteella vastaajaa syytettiin laittomasta uhkauksesta (RL 25:7). Ratkaisuperusteluissa korkein oikeus tarkasteli muun ohella siitä, voidaanko uhkauksia pitää sallittuna poliittisena kritiikkinä – eli käytännössä korkein oikeus tarkasteli, oliko uhkausten esittäminen sananvapauden perusteella sallittua.

Korkeimman oikeuden sananvapaussensitiivisyyden argumentaation takana voi olla luonnollisestikin se, että vastaaja oli vedonnut sananvapauteensa eli siihen, ettei hänen oikeuttaan kritisoida politiikkaa ja poliitikkoja voida rikoslakia soveltamalla rajoittaa. Oletettavasti myös ihmisoikeustuomioistuimen Suomelle langettamat sananvapaustuomiot ovat vaikuttaneet – ja vaikuttavat – korkeimman oikeuden sananvapaussensitiivisyyteen. Lisäksi on kiistatonta, että sananvapauden rajoittamiseen on aina suhtauduttava tarvittavalla kriittisyydellä.

Toisaalta on hyvä huomata, ettei vastaajan vetoaminen sananvapauteensa edellytä, että tuomioistuinten olisi jokaisessa ilmaisurikosasiassa pakko punninta rikoslain ja sananvapauden välistä suhdetta, kuten sitä, voiko tappouhkauksen esittäminen olla sananvapauden perusteella sallittua. Yhtä hyvin tuomioistuin

26 Ihmisoikeustuomioistuimen sananvapausratkaisuihin kohdistetusta kritiikistä ks. Hyttinen – Tapani 2018, s. 30–31.

voisi vain todeta, että vastaaja on vedonnut sananvapauteensa, mutta kyseistä tekoa ei tarvitse tarkastella sananvapauden valossa. On itse asiassa vaikea välttyä ajattelemasta, että sananvapaussensitiivisyys on mennyt liian pitkälle, jos tuomioistuimet tarkastelevat, voiko väkivaltainen, jopa tappouhkauksia sisältävä puhe olla sallittua sananvapauden harjoittamista.²⁷ Tämänkaltaisen tuomioistuinargumentaatiohan sisältää konnotaation, jonka mukaan väkivallalla ja kuolemalla uhkailu voisi jossakin toisenlaisessa kontekstissa tai tilanteessa olla sallittua sananvapauden perusteella. Tällainen miellelyhtymä ei kuitenkaan sovi yhteen rikoslain ydintehtävän kanssa, koska rikoslain ydintehtävänä on turvata jokaisen oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen. Jos nämä oikeudet halutaan sananvapauden perusteella sivuuttaa, on selvää, että sananvapautta puoltavien argumenttien on oltava poikkeuksellisen painavia.

Vastaavalla logiikalla voidaan todeta, ettei vihapuheesta rankaisemisen legitimeettiä voida kevein perustein kiistää vetoamalla sananvapauteen eli korostamalla sananvapautta muiden oikeuksien kustannuksella. Tarkoiton tällä sitä, että allokoidessa jokin ilmaus vihapuheeksi, vihapuheesta rankaisemisen legitimeetti voidaan jo lähtökohtaisesti oikeuttaa tautologisella toteamuksella, jonka mukaan kysymyksessä on kielletty vihapuhe. Tämänkaltaista näkökulmaa edustaa myös korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2012:57, jossa korkein oikeus toteaa, että vihapuheen kaltaiset lausumat eivät nauti sananvapauden suojasta.²⁸ Toisaalta vihapuhetapauksissa olisi mahdollista edetä korkeimman oikeuden argumentaatiota suoraviivaisemminkin sulkeistamalla sananvapausargumentaatio kauttaaltaan keskustelun ulkopuolella vetoamalla oikeuksien väärinkäytön kieltöön. Väärinkäytön kiellon hyväksyminen osaksi vihapuhekeskustelua tarkoittaisi käytännössä sitä, että vihapuhe luokiteltaisiin sellaiseksi absoluuttiseksi ihmisoi-keusloukkaukseksi, ettei siitä rankaisemisen justifikaatiota tarvitsisi lainkaan tarkastella sananvapauden ja sananvapauden rajoitusperusteiden valossa – riippumatta siitä, onko vastaaja käsiteltävässä tapauksessa vedonnut sananvapauteensa.

Verratkaamme sanottua kidutukseen kieltöön. Kidutuksen kohdalla kiellon absoluuttisuus tarkoittaa sitä, ettei kidutusta voida oikeuttaa vetoamalla toisten ihmisten hengen tai terveyden suojelun välttämättömyyteen, pystyttiinpä yksittäistapauksessa kidutuksen sallittavuutta tukemaan kuinka vahvalla utilitaristisella argumentaatiolla tahansa. Vastaavasti voidaan väittää, ettei tietyn kaltaista vihapuhetta voida oikeuttaa sananvapaudella, vaan absoluuttiseksi vihapuheeksi

27 Tarkemmin tuomioistuinten tarpeesta argumentoida sananvapaussensitiivisesti rikosasioissa sekä ratkaisuun KKO 2013:50 kohdistetusta kritiikistä ks. Tatu Hyttinen, Syytön tai syyllinen. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2015, s. 255–263, erityisesti s. 261–262.

28 KKO 2012:57, kohta 39.

luokiteltavat ilmaukset ovat ilmaisun kontekstista, esittämistavasta tai ilmaisun esittäjästä riippumatta kategorisesti kiellettyjä. Tämän argumentin hyväksyminen edellyttää kuitenkin vastaamista siihen, minkälaista vihapuhetta voitaisiin pitää niin vakavana ihmisoikeusloukkauksena, että se voitaisiin sulkeistaa sananvapausargumentaation ulkopuolelle oikeuksien väärinkäytön kiellon perusteella.

3.2. Reagointi absoluuttiseen vihapuheeseen

Suomen perustuslaki ei sisällä oikeuksien väärinkäytön kieltöä. Toisaalta kieltö on kodifioitu Euroopan ihmisoikeussopimukseen (17 artikla) sekä Euroopan unionin perusoikeusasiakirjaan (54 artikla). Näin ollen oikeuksien väärinkäytön kiellolla on tosiasiasa vahva valtiosääntöoikeudellinen tuki myös Suomessa.

Oikeuksien väärinkäytön kiellon mukaan ihmisoikeussopimuksissa turvatut oikeudet eivät anna millegään valtiolle, ryhmälle tai henkilölle oikeutta ryhtyä sellaiseen toimintaan tai tehdä sellaista tekoa, jonka tarkoituksena on tehdä tyhjäksi jokin tunnustettu oikeus tai vapaus tai rajoittaa niitä perusteettomasti. Klausuulin sisältöä voidaan jäsentää tarkastelemalla kokoontumis- ja yhdistymisvapautta. Kyseinen vapaus on turvattu esimerkiksi perustuslain 13 §:ssä sekä ihmisoikeussopimuksen 11 artiklassa ja Euroopan unionin perusoikeusasiakirjan 12 artiklassa.

Jos totalitaristinen ryhmittyä järjestää sinänsä sallitun mielenosoituksen tarkoituksenaan kumota demokratia ja riisua ihmisiltä heidän perusoikeutensa, poliisi voisi estää tai keskeyttää mielenosoituksen mieltimättä sitä, voidaanko keskeytys perustella kokoontumis- ja yhdistymisvapauden hyväksyttävillä rajoitusperusteilla.²⁹ Toiminnan legitimiisyys perustuisi nimenomaan oikeuksien väärinkäytön kieltöön eli siihen, ettei totalitaristinen ryhmittyä voi vedota omiin perus- ja ihmisoikeuksiinsa riisuakseen toisilta ihmisiltä vastaavat oikeudet. Jos ryhmittyä jälkeinpäin valittaisi kohtelustaan tuomioistuimeen, myös tuomioistuin voisi todeta, että kysymys on ollut oikeuksien väärinkäytön kiellosta ja jättää valituksen perusteettomana tutkimatta. Tällaisessa tilanteessa tuomioistuimella ei olisi tarvetta tarkastella, oliko poliisilla oikeus rajoittaa totalitaristisen ryhmittymän kokoontumis- ja yhdistymisvapautta perusoikeuksien rajoitusperusteiden tahi ihmisoikeussopimuksen sallimien rajoitusperusteiden, kuten yleisen turvallisuuden, perusteella. On kuitenkin syytä huomata, että mahdollisuus riistää kokoontumis- ja yhdistymisvapaus totalitaristisilta ryhmittymiltä ei tarkoita sitä, että ryhmittymän jäseniltä vietäisiin samalla kaikki muutkin perus- ja ihmisoikeudet.

29 Esimerkin olen lainannut kirjoituksesta, jonka olen aikaisemmin laatinut yhdessä Jussi Tapanin kanssa. Ks. Hyttinen – Tapani 2018, s. 32–34.

Esimerkiksi, jos ryhmän jäseniä otettaisiin kiinni poliisilain perusteella, ryhmän jäsenillä olisi täysi oikeus turvautua käytettävissä oleviin oikeussuojakeinoihin.³⁰

Dogmi, jonka mukaan vakavasti otettavat totalitaristiset tavoitteet ovat perustavalla tavalla ristiriidassa perus- ja ihmisoikeusjärjestelmän kanssa, on vahvistettu Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä.³¹ Muisteltaessa 1900-luvun eurooppalaista totalitarismia ja sen aikaansaannoksia, tässä ei ole mitään ihmeteltävää. Sen sijaan muiden ihmisoikeuksien osalta ihmisoikeustuomioistuin on toistuvasti huomauttanut, että oikeuksien väärinkäytön kiellon soveltamiseen on suhtauduttava varauksellisesti.³² Tämäkin on helposti ymmärrettävissä. Omalla paradoksaalisella tavallaan myös oikeuksien väärinkäytön kieltö on perustavalla tavalla ristiriidassa demokraattisen oikeusvaltioidean kanssa. Kuten monet filosofit ovat huomauttaneet, vakavasti otettava oikeusvaltio ei voi tinkiä perus- ja ihmisoikeuksista missään tilanteessa ja kenenkään kohdalla, ei edes niissä tilanteissa, joissa utilitaristiset argumentit tai jopa demokraattisen oikeusvaltion oma olemassaolo puoltaisivat perus- ja ihmisoikeuksista tinkimistä.³³

Näin ollen on luontaista, että perus- ja ihmisoikeuksien rajoittamista on ensisijaisesti arvioitava perusoikeuksien rajoitusperusteiden valossa. Esimerkiksi tarkasteltaessa, voidaanko tiettyä ilmaisua pitää rangaistavana vihapuheena, lähtökohtaolettama on, että tuomioistuimen on tarkasteltava rikoslain soveltamisen hyväksyttävyyttä sananvapauden rajoitusperusteiden valossa.³⁴

Toisaalta, vaikka ihmisoikeustuomioistuin on halunnut pitää oikeuksien väärinkäytön kiellon soveltamisalan marginaalisena, ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä löytyy tukea väitteelle, jonka mukaan myös vihapuhetta voidaan tietyissä tilanteissa pitää sananvapauden perustavanlaatuisena väärinkäyttönä. Tässä yhteydessä esimerkkitapaukseksi voidaan nostaa ratkaisu *Norwood v. Yhdistynyt kuningaskunta* (16.11.2004).³⁵ Kyseisessä ratkaisussa oli kysymys tilanteesta, jossa äärioikeustolaisen puolueen (British National Party) pääsihteeri oli pitänyt ikkunassaan julistetta, joka sisälsi valokuvan palavista World Trade

30 Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2018, s. 1055.

31 Tiivis analyysi ihmisoikeustuomioistuimen oikeuksien väärinkäytön kieltöä koskevasta oikeuskäytännöstä ks. Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2018, s. 1052–1055. Laajempi analyysi koskien erityisesti oikeuksien väärinkäytön kieltöä sananvapausasioissa ks. Howard 2018, s. 84–92.

32 Tämä käy selväsanaisesti ilmi ratkaisusta *Paksas v. Lithuania* (6.1.2011), jossa ihmisoikeustuomioistuin huomauttaa, että oikeuksien väärinkäytön kieltöä voidaan soveltaa vain hyvin poikkeuksellisissa tilanteissa. Ks myös Pellonpää – Gullans – Pölönen – Tapanila 2018, s. 1055 sekä Howard 2018, s. 111.

33 Tästä aiheesta Eerik Lagerspetz, Oikeusvaltion itsepuolustus ja itsetuho, s. 39–60, teoksessa Aulis Aarnio – Timo Uusitupa (toim.), Oikeusvaltio. Kauppakaari 2012.

34 Etenkin brittiläiset oikeustieteilijät ovat suhtautuneet varsin kriittisesti siihen, että sananvapaussensitiivisissä rikosasioissa rikoslain soveltamisen justifikaatio takautuisi oikeuksien väärinkäytön kieltöön. Käydystä keskustelusta ks. Howard 2018, etenkin s. 86–87 sekä näillä sivuilla mainitut lähteet.

35 Kattavasti sananvapautta ja oikeuksien väärinkäytön kieltöä koskevasta ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä ks. Howard 2018, s. 84–92 sekä luku 5.

Centerin kaksoistorneista. Julisteessa luki "Islam pois Englannista – suojelkaa brittiväestöä". Lisäksi juliste sisälsi kieltomerkein varustetun kuvan islamin tunnuksena pidettävistä puolikuusta ja tähdestä.

Kansallinen tuomioistuin langetti pääsihteerille rikostuomion julkisen järjestyksen törkeästä rikkomisesta. Tuomion perustelujen mukaan juliste oli muun muassa julkinen hyökkäys kaikkia Britanniassa asuvia muslimeja vastaan. Tuomittu pääsihteerit ei kuitenkaan tyytynyt saamaansa rikostuomioon, vaan valitti asiasta ihmisoikeustuomioistuimeen. Valituksen mukaan pääsihteerille langetettu rikostuomio loukkasi valittajan sananvapautta.

Valitusta käsitellessään ihmisoikeustuomioistuin totesi vakiintuneesti, että sananvapaus sallii myös kiistanalaiset, epäkonventionaaliset, häiritsevät ja provokatiiviset ilmaukset. Toisaalta ihmisoikeustuomioistuin totesi, että niin ihmisoikeustuomioistuin (European Court of Human Rights) kuin aikaisemmin myös Euroopan ihmisoikeustoimikunta (European Commission of Human Rights) ovat katsoneet, ettei sananvapautta voida käyttää oikeuksien väärinkäytön kiellon vastaisesti.

Myös tapauksessa *Norwood v. Yhdistynyt kuningaskunta* (16.11.2004) ihmisoikeustuomioistuin totesi valittajan polkeneen toisten ihmisten perus- ja ihmisoikeuksia hyökkäämällä yhtä uskonnollista ryhmää vastaan. Tällä toiminnallaan valittaja oli syyllistynyt syrjintään ja suvaitsemattomuuden edistämiseen. Lisäksi valittajan toimintaa pidettiin vihaan ja väkivaltaan yllyttävänä. Näillä perusteilla ihmisoikeustuomioistuin katsoi, ettei valittaja voinut oikeuttaa toimintaansa vetoamalla sananvapauteen, koska sananvapauden käyttötarkoituksena oli ollut pyrkimys loukata toisten ihmisten oikeuksia. Näin ollen ihmisoikeustuomioistuin jätti valituksen tutkimatta oikeuksien väärinkäytön kiellon nojalla. Koska vastaavan sisältöisiä ratkaisuja on jo 1970-luvulta alkaen, voimme perustellusti puhua ihmisoikeustuomioistuimen vakiintuneesta ratkaisulinjasta,³⁶ vaikka oikeuskirjallisuudessa ihmisoikeustuomioistuimen oikeuksien väärinkäytön kieltöä koskevaa ratkaisulinjaa on moitittu myös epäjohdonmukaiseksi.³⁷

Nyt on vielä vastattava siihen, mitä johtopäätöksiä tästä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisulinjasta voidaan tehdä? Edellä toteamallani tavalla ihmisoikeustuomioistuin on korostanut, että toisten ihmisten oikeuksien loukkaamisen on oltava erityisen vakavaa, jotta loukkaajalta voidaan tapauskohtaisesti riistää hänen omat oikeutensa vedota omiin perus- ja ihmisoikeuksiinsa, kuten sananvapauteen. Näin ollen lähtökohta on, että sananvapauden sivuuttamiseen oikeuksien

36 Ks. ratkaisut *Pavel Ivanov v. Russia* (20.2.2007); *Witzsch v. Germany* (13.12.2005); *Garaydy v. France* (7.7.2003); *Schimanek v. Austria* (1.2.2000); *Lehideux and Isorni v. France* (23.9.1998); *Glimmerveen and Hagenbeek v. The Netherlands* (11.10.1979).

37 Howard 2018, s. 170.

väärinkäytön kiellon perusteella on suhtauduttava pidättyväisesti.³⁸ Konkreettisesti tätä dogmia heijastaa se, että tietojeni mukaan Suomessa tuomioistuimet eivät ole kertaakaan sananvapausrikosasioissa viitanneet oikeuksien väärinkäytön kieltoon.³⁹

Toisaalta ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä voidaan kiistatta tehdä myös se johtopäätös, että oikeuksien väärinkäytön kiello mahdollistaa puuttumisen vihapuheeseen, jos kysymyksessä on ollut riittävän vakava vihapuhe. Kirjoituksessani kutsun tällaista oikeuksien väärinkäytön kiellon vastaista vihapuhetta absoluuttiseksi vihapuheeksi.

Entä minkälaista absoluuttinen vihapuhe on luonteeltaan? Ensinnäkin ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella absoluuttiseksi vihapuheeksi voidaan allokoida uhkaava ja väkivaltaan yllyttävä vihapuhe. Käytännössä tämä tarkoittaa ilmaisia, joiden sävy on niin aggressiivinen, että ne synnyttävät niin vihapuheen kohteessa kuin laajemminkin yhteiskunnassa konkreettista tuntua väkivallan uhasta.

Toiseksi ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisulinjan perusteelle on tulkittavissa, että erityisen kriittisesti ihmisoikeustuomioistuin on suhtautunut vihapuheeseen, joka on kohdistunut juutalaisiin tai muslimeihin. Osaltansa tätä voidaan selittää historiallisilla syillä, mutta arvioni mukaan kyseisestä tulkintalinjasta ei voi – eikä tule – tehdä johtopäätöstä, jonka mukaan nimenomaan juutalaiset tai muslimit olisivat erityisen vihapuhesuojelun kohteena. Pikemminkin kysymys lienee siitä, että juutalaisiin ja muslimeihin on kohdistunut Euroopassa poikkeuksellista vihapuhetta – eli kyseiset kansanryhmät – ja näihin ryhmiin identifioituvat henkilöt – ovat olleet toistuvan vihan kohteena.

Näin ollen on perusteltua lähteä siitä, että absoluuttista vihapuhetta on vihapuhe, joka on luonteeltaan uhkaavaa ja väkivaltaan yllyttävää kohdistuen johonkin vähemmistöryhmittymään ihonvärin, syntyperän, kansallisen tai etnisen alkupeperän, uskonnan tai vakaumuksen, seksuaalisen suuntautumisen, vammaisuuden tai muun vastaavan syyn perusteella. Jotta vihapuhetta voitaisiin pitää absoluuttisena, sen olisi lisäksi oltava sen laatuista, että se synnyttää yhteiskunnassa välitöntä pelkoa ja väkivallan uhkaa. Tämän kaltaisissa tilanteissa ei ole olemassa välttämätöntä tarvetta justifioida vihapuheesta rankaisemista sananvapauden

38 Näin myös Howard 2018, s. 111, 170.

39 Kuolleeksi kirjaimiksi oikeuksien väärinkäytön kiello ei ole kuitenkaan Suomessa jäänyt. Lakkauttaessaan Pohjoismainen vastarintaliike -nimisen rekisteröimättömän yhdistyksen Suomen osaston Pirkanmaan käräjäoikeus vetosi perusteluissaan myös oikeuksien väärinkäytön kieltoon. Ks. Pirkanmaan käräjäoikeuden Tuomio 30.11.2017 17/41766, asia L 176074. Sittenmin lakkautuspäätös on pysytetty myös Turun hovioikeudessa. Ks. Turun hovioikeuden ratkaisu 28.9.2018 nro 777. Tämän kirjoituksen viimeistelyvaiheessa tuli tieto, että korkein oikeus on myöntänyt Pohjoismaiselle vastarintaliikkeelle valitusluvan, joten Turun hovioikeuden päätös ei ole tätä kirjoitettaessa lainvoimainen.

rajoitusperusteilla, vaan rikosoikeudellisen reagoinnin oikeutus voitaisiin takauttaa oikeuksien väärinkäytön kieltoon.⁴⁰ Tuomioistuinkerustelujen näkökulmasta sanottu tarkoittaisi, ettei tuomareiden tarvitsisi tarkastella rikoslain soveltamisen hyväksyttävyyttä sananvapauden valossa, vaan he voisivat soveltaa vihapuhe-tunnusmerkistöjä, kuten kiihottamisrikosta, ”rikosoikeuskliinisesti” välittämättä sananvapaudesta ja sananvapauden rajoitusperusteista.

3.3. Reagointi relatiiviseen vihapuheeseen

Tarkasteltaessa uhkaavan ja väkivaltaan yllyttävän vihapuheen rankaisemisen justifikaatiota oikeuksien väärinkäytön kiellon valossa vihapuhe hahmottuu tekona, jonka päämääränä on pyrkimys heikentää tiettyjen vähemmistöryhmien mahdollisuutta elää ihmisarvoista elämää. Tässä mielessä absoluuttista vihapuhetta voidaan pitää ihmisoikeusrikoksena, kuten Kimmo Nuotio voisi asian todeta.⁴¹

Sen sijaan epäselvempää on, kuinka oikeuksien väärinkäytön kieltö suhteutuu vihapuheeseen, joka ei ole luonteeltaan uhkaavaa tai väkivaltaan yllyttävää. Tätä problematiikkaa voidaan valaista tarkastelemalla kiihottamista kansanryhmää vastaan (RL 11:10). Kyseisen tunnusmerkistön mukaan vihapuheeseen voidaan uhkailun lisäksi syyllistyä panettelemalla tai solvaamalla jotakin ryhmää rodun, ihonvärin, syntyperän, kansallisen tai etnisen alkuperän, uskonnon tai vakaumuksen, seksuaalisen suuntautumisen tai vammaisuuden perusteella taikka niihin rinnastettavalla muulla perusteella. On kuitenkin kiistanalaista, missä määrin panettelevia ja solvaavia ilmauksia voidaan pitää sillä tavalla uhkaavina tai väkivaltaan yllyttävinä, että ne laukaisisivat mahdollisuuden sulkea myös panettelevat ja solvaavat ilmaukset sananvapauden ulkopuolelle oikeuksien väärinkäytön kiellon perusteella. Vertailukohteena voidaan käyttää kärjäsalia. Olettakaamme, että pääkäsitellyssä vastaaja solvaa oikeuden puheenjohtajaa kutsumalla puheenjohtajaa rasistiksi. Lienee kiistatonta, että tämän kaltainen puhuttelu on vähemmän vakavaa kuin puheenjohtajaan kohdistetut uhkaukset, kuten tappamiselle uhkailu. Vastaavasti kansanryhmään kohdistettua panettelevaa tai solvaavaa vihapuhetta on pidettävä vähemmän vakavana kuin kansanryhmään kohdistettua uhkaavaa vihapuhetta.

Myös ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella syntyy vai-kutelma, että verrattuna uhkaavaan ja väkivaltaan yllyttävään vihapuheeseen, panettelemaan ja solvaavaan vihapuheeseen ihmisoikeustuomioistuin suhtautuu,

40 Näin myös Howard 2018, s. 171 kirjoittaessaan uskonnollisiin ryhmittymiin kohdistetusta vihapuheesta. Tulkintani mukaan myös Kimmo Nuotio voisi hyväksyä tämän argumenttini. Ks. Nuotio 2015, s. 157.

41 Ks. Nuotio 2015, s. 163.

jos ei ymmärtäväisemmin, niin ainakin vähemmän kielteisesti.⁴² Kun lisäksi huomioidaan, että ihmisoikeustuomioistuimien on korostanut oikeuksien väärinkäytön kiellon soveltamisalan suppeutta,⁴³ oikea johtopäätös lienee, että panettelevaa ja solvaavaa vihapuhetta ei ole pidettävä sillä tavalla perus- ja ihmisoikeusjärjestelmän vastaisena vihapuheena, että siitä rankaisemisen justifikaatio voitaisiin johtaa oikeuksien väärinkäytön kiellosta. Tästä ei kuitenkaan tule tehdä sitä johtopäätöstä, että rikosoikeudellinen reagointi panettelemaan ja solvaavaan vihapuheeseen olisi ihmisoikeustuomioistuimen mukaan kiellettyä.

Esimerkiksi ratkaisussa *Féret v. Belgia* (16.7.2009) oli kysymys belgialaisesta poliitikosta, jonka ulkomaalaisvastaiset lausumat olivat tulkittavissa pikemminkin panetteleviksi ja solvaaviksi kuin uhkaaviksi ja väkivaltaan yllyttäviksi. Kyseinen ratkaisu osoittaa ensinnäkin sen, että syrjivää ja suvaitsematonta vihapuhetta pitää vastustaa sen kaikissa muodoissa, ja myös niissä tilanteissa, joissa vihapuhe pyritään naamioimaan poliittiseksi keskusteluksi. Samalla ratkaisu lähettää kuitenkin selkeän viestin, jonka mukaan niissä tilanteissa, joissa kysymys ei ole konkreettisesti uhkaavasta tai väkivaltaan yllyttävästä vihapuheesta, rikosoikeudellisen reagoinnin justifikaatiota on tarkasteltava nimenomaan sananvapauden ja sananvapauden rajoitusperusteiden valossa.

Tulkintani mukaan edellä sanotusta voidaan tehdä seuraava johtopäätös: jos absoluuttisen vihapuheen kriteerit eivät täyty, vihapuheeseen reagoinnin rikosoikeudellista hyväksyttävyyttä on tarkasteltava sananvapauden ja sananvapauden rajoitusperusteiden valossa. Tällaista vähemmän vakavaa – eli panettelevaa ja solvaavaa – vihapuhetta voidaan kutsua relatiiviseksi vihapuheeksi eli vihapuheeksi, jonka ei voida sanoa olevan kategorisesti kiellettyä.

Termi ”relatiivinen vihapuhe” viittaa siihen, että kussakin ”relatiivisessa” arviointitilanteessa rikosoikeudellisen reagoinnin justifikaatio riippuu tilanteen erityispiireistä. Esimerkiksi, jos herjaavat ilmaukset ovat luonteeltaan uskontoon kohdistuvaa kritiikkiä, pakinoitua, satiiria, muuta ivallista arvostelua tai huumoria, kysymys voi olla täysin sallituista ilmauksista, vaikka ilmaukset ulkoasultaan olisivatkin tyyliittömiä. Vastaavasti kontekstilla ja ilmausten esittäjän henkilöllä voi olla merkitystä arvioitaessa sitä, ovatko luonteeltaan panettelevat ja solvaavat ilmaukset luokiteltavissa kielletyksi vihapuheeksi. Esimerkiksi satiirikolle sallitaan enemmän kuin maahanmuuttoviraston virkamiehelle.

42 Kattavin viimeaikainen analyysi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen sananvapauskäytännöstä vihapuhekontekstissa sisältyy Erica Howardin teokseen ”Freedom of Expression and Religious Hate Speech in Europe”. Ks. Howard 2018.

43 Näin myös Nuotio 2015, s. 157.

Kiperimmilleen kysymys relatiivisesta vihapuheesta muodostuu kuitenkin puhuttaessa poliittisesta viestinnästä, kuten vaalikampanjoinnista.⁴⁴ Yhtäältä on selvä, että toimiva demokratia edellyttää laajaa sananvapautta. Näin ollen poliitikkojen sananvapautta ei voida kevein perustein rajoittaa. Toisaalta, jos tunnettu poliitikko panettelee ja solvaa kansanryhmää, tällä voi olla vakavammat yhteiskunnalliset seurannaisvaikutukset kuin tilanteessa, jossa vastaavaan olisi syyllistynyt yksityishenkilö.⁴⁵ Tästä löytyy esimerkkejä niin historiasta kuin nykyajastakin. Tämän vuoksi on kysyttävä, tulisiko oikeusjärjestyksen sallia poliittisen keskustelun liikkumatila, jos kysymyksessä ei ole uhkaava tai väkivaltaan yllyttävä vihapuhe. Toisena vaihtoehtona on korostaa poliittisen vihapuheen erityistä vaarallisuutta ja reagoida siihen rikosoikeudellisesti myös niissä tilanteissa, joissa kysymys on pikemminkin solvaavasta ja panettelevasta vihapuheesta kuin uhkaavasta ja väkivaltaan yllyttävästä vihapuheesta. Tämänkaltaiset kysymykset ovat vaikeita eikä niihin voida antaa kaikkia tyydyttävää vastausta.

Lopuksi on nostettava esiin relatiivista vihapuhetta koskeva kotimainen anekdootti. Vaikuttaa nimittäin siltä, että siinä missä Euroopan ihmisoikeustuomioistuon on suhtautunut sallivammin panetteleviin ja solvaaviin lausumiin, kotimaisen rikoslainsäätäjän linja on ollut tiukempi. Tämä käy ilmi tarkasteltaessa keskeisimmän vihapuhetunnusmerkistön eli kiihottamistunnusmerkistön (RL 10:11) lainsäädäntöhistoriaa.⁴⁶

Alun perin kyseinen rikostunnusmerkistö sisällytettiin rikoslakiin vuonna 1970. Viisikymmenvuotisen voimassaolonsa alkuvuosikymmeninä kyseinen laki osoittautui lähes desuetudo-laiksi eli laiksi, jota ei käytännössä sovellettu. Tätä tausta vasten onkin mielenkiintoista, että 1990-luvulle tultaessa kiihottamisrikkoksen rangaistusala haluttiin supistaa.⁴⁷ Taustalla oli silloinen hallitus, jonka mukaan rikosoikeudelliset sananvapauden rajoitukset on minimoitava, jotta tiedonvälitys voisi toimia mahdollisimman vapaasti. Huomioitaessa tuohon aikaan käynnissä olleet laajemmat yhteiskunnalliset muutokset politiikassa ja tiedonvälityksessä ajatus oli ymmärrettävä. Eduskunnan lakivaliokunta ei kuitenkaan hyväksynyt hallituksen ehdotusta, vaan alleviivasi, että kiihottamisrikosta – mukaan lukien panettelevat ja solvaavat ilmaukset – on voitava tulevaisuudessa(kin) soveltaa tehokkaasti kansanryhmien suojelemiseksi.

44 Tästä tematiikasta ks. Howard 2018, s. 138–165. Howard tarkastelee tunnettua hollantilaista poliitikkoa Geert Wildersia vastaan käytyjä vihapuheoikeudenkäyntejä sekä näihin oikeudenkäynteihin sisältyvää normatiivista problematiikkaa.

45 Näin myös Nuotio 2015, s. 154.

46 Kattavasti kiihottamisrikkoksen kotimaisesta lainsäädäntöhistoriasta ja kiihottamisrikkoksen tehdyistä muutoksista ks. Illman 2005 ja Hannula 2015, s. 165–190.

47 Ks. HE 94/1993 vp rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi, s. 32.

Koska rikoslakia säädettäessä lakivaliokuntaa voidaan pitää erityisen merkittävänä valiokuntana, valiokunnan kanta tukee väitettä, jonka mukaan rikoslainsäätäjän tahtona on ollut korostaa myös relatiivisen vihapuheen paheksuttavuutta.⁴⁸ Samalla on kuitenkin alleviivattava, että hallitus ja lakivaliokunta kävivät vihapuhehdebattinsa 1990-luvun alussa eli ennen vuoden 1995 perusoikeusuudistusta, vuoden 2000 perustuslakiuudistusta ja ennen ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön merkityksen huomattavaa kasvua 2000- ja 2010-luvuilla. Käytännössä tämä tarkoittaaakin sitä, että kiihottamisrikoksen lainsäädäntöhistoria tulee suhteuttaa nykyiseen perus- ja ihmisoikeusdoktriiniin. Esimerkiksi tarkasteltaessa, onko tietyssä tilanteessa sallittua reagoida relatiiviseen vihapuheeseen rikosoikeudellisesti, argumentaatioissa on otettava huomioon paitsi rikoslainsäätäjän tahto myös ne rajoitteet, joita nykyinen perus- ja ihmisoikeusdoktriini tunnusmerkistön soveltamiselle asettaa. Tämä tehtävä edellyttää esimerkiksi tuomareilta tapauskohtaista tasapainoilua sananvapauden ja sananvapautta rajoittavan rikoslain välillä.⁴⁹

3.4. Jakolinjan ongelmat

Olen edellä jakanut vihapuheen kahteen kategoriaan: absoluuttiseen vihapuheeseen ja relatiiviseen vihapuheeseen. Nyt on vastattava vielä siihen, mitä ongelmia tämän kaltaiseen jakolinjaan voi sisältyä. Nähdäkseni tähän kysymykseen on vastattava kahdella tavalla.

Ensinnäkin vihapuheen jaottelu eri kategorioihin on riskialtista, koska se viestii, että kaikkeen vihapuheeseen ei ole suhtauduttava yhtä vakavasti. Tavallaan kysymys on samasta ongelmasta, joka on sisältynyt traditionaaliseen keskusteluun vihapuheen ja sananvapauden välisestä jännitteestä. Myös tämä traditionaalinen keskustelu on viestinyt, että olemassa on paitsi kiellettyä myös sananvapauden perusteella sallittuna vihapuhetta. Selkeimmin tätä problematiikkaa on heijastanut vihapuheesta käyty yhteiskunnallinen keskustelu, jossa on toistuvasti pohdittu sallitun ja kielletyn vihapuheen välistä rajanvetoa.

Käsillä olevasta ongelmasta huolimatta väitän, että jako absoluuttiseen ja relatiiviseen vihapuheeseen alleviivaa toivottavalla tavalla sitä, että osa vakavimmasta vihapuheesta on kiellettyä *an sich* – eli ihmisoikeusloukkaus, jota ei voida millään normatiivisella argumentilla pyrkiä oikeuttamaan. Samalla vihapuheen jaottelu absoluuttiseen ja relatiiviseen vihapuheeseen lähettää tuomioistuimille selkeän viestin, jonka mukaan äärimmäisissä vihapuhetapauksissa ei ole tarvetta pro et

48 Vastaavasti Nuotio 2015, s. 152.

49 Hyttinen – Tapani 2018, s. 40–41.

contra -argumentaation eli argumentaatioon, jossa punnitaan vaa'an eri puolilla olevia rikosoikeudellisia normeja ja sananvapautta. Pikemmin perusteluissa voisi koruttomasti todeta, että kysymyksessä on ollut oikeuksien väärinkäytön kiellon vastainen vihapuhe – eli teko, josta rankaisemisen hyväksyttävyyttä ei tarvitse tarkastella sananvapauden ja sananvapauden rajoitusperusteiden valossa. Tämän kaltainen ratkaisu lähettäisi myös selkeän viestin, jonka mukaan konkreettista uhkaa ja väkivaltaa sisältävälle vihapuheelle ei ole minkäänlaista sijaa suomalaisessa yhteiskunnassa.

Näin ollen vakavammaksi ongelmaksi muodostuu se, että rajanveto vakavan (absoluuttinen) ja vähemmän vakavan (relatiivinen) vihapuheen välillä voi muodostua hankalaksi. Tällä tarkoitan, että monissa tilanteissa voi olla vaikea sanoa, onko vihapuhe pikemminkin panettelevaa ja solvaavaa vai uhkaavaan ja väkivaltaan yllyttävää. Kategorisointia ei helpota, että puhuttua kieltä voidaan käyttää monimerkityksellisesti ja sanojen merkityssisällöt ovat aina paikka- ja aikasidonnaisia.

Vaikka tämä ongelma on todellinen, sitä ei ole syytä ylidramatisoida. On tyypillistä, että rikosasioissa joudutaan tekemään rajanvetoja kielletyn ja sallitun toiminnan välillä, ja rajanveto absoluuttisen ja relatiivisen vihapuheen välille ei ole tämän kummallisempaa toimintaa. Kiperässä tilanteessa olisi siis ensiksi arvioitava, onko kysymyksessä absoluuttinen vai relatiivinen vihapuhe, ja jos ilmaukset voitaisiin allokoida absoluuttiseksi vihapuheeksi, tämän jälkeen olisi mahdollista operoida oikeuksien väärinkäytön kiellolla. Sen sijaan, jos harkinnassa päädytään siihen, että ilmaukset on allokoitava relatiiviseksi vihapuheeksi, tämän jälkeen rikosoikeudellinen operointi muuttuu sananvapaussensitiiviseksi.

4. Johtopäätökset

Kirjoituksessani olen puoltanut suppeaa vihapuhemääritelmää eli näkemystä, jonka mukaan vihapuheeksi on syytä luokitella ilmaukset, jotka ovat luonteeltaan syrjiviä ja suvaitsemattomuutta edistäviä. Lisäksi olen puoltanut suppeaa uhrikäsitystä eli sitä, että erityistä vihapuhesuojaa on tarjottava vain vähemmistöille tai vähemmistöryhmiin identifioituville henkilöille.

Vihapuheen olen kategorisoinut absoluuttiseksi vihapuheeksi ja relatiiviseksi vihapuheeksi. Absoluuttisella vihapuheella olen tarkoittanut konkreettisesti uhkaavaa ja väkivaltaan yllyttävää vihapuhetta ja relatiivisella vihapuheella olen tarkoittanut panettelevaa ja solvaavaa vihapuhetta. Pääargumenttini on ollut, että absoluuttinen vihapuhe olisi syytä sulkea yhteiskunnallisen keskustelun ulkopuolelle oikeuksien väärinkäytön kiellon perusteella. Sen sijaan relatiivisen

vihapuheen kohdalla rikosoikeudellisen reagoinnin legitimizeettiä olisi tarkasteltava sananvapauden ja sananvapauden rajoitusperusteiden valossa. Argumentaatiotani olen tukenut niin ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöllä kuin oikeuskirjallisuudellakin. On kuitenkin todettava, että kansainvälisessä oikeuskirjallisuudessa ei olla yksimielisiä oikeuksien väärinkäytön kiellon sovellusalasta sananvapaussasioissa. Monet ovat sitä mieltä, että oikeuksien väärinkäytön kieltöön pitäisi suhtautua hyvinkin varauksellisesti.⁵⁰

Ensitutuntumalta kirjoituksessani tekemät ehdotukset voivat tuntua radikaaleilta. Kotimaisissa vihapuhetapauksissa ei ole tiettävästi koskaan evätty vastaajan oikeutta vedota sananvapauteensa oikeuksien väärinkäytön kiellon perusteella. Vaikuttaakin siltä, että kotimaisessa vihapuheoikeuskäytännössä on pelattu varman päälle tarkastelemalla rikoslain soveltamisen tapauskohtaista justifiikaatiota nimenomaan sananvapauden ja sananvapauden rajoitusperusteiden valossa. Huomioitaessa, että ihmisoikeustuomioistuin on langettanut Suomelle useampia tuomioita sananvapauden loukkaamisesta, tuomioistuinten sananvapaussensitiivisyyttä voidaan pitää ymmärrettävänä ja perusteltunakin.

Toisaalta on hyvä tiedostaa, että uhkaavan ja väkivaltaan yllyttävän vihapuheen kohdalla suoraviivaisempikin suhtautuminen vihapuheeseen olisi ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella mahdollista. Omalla tavallaan tämä on kotimaisessa oikeuskäytännössä tiedostettukin, vaikka tämän väitteen paikkansapitävyys perustuukin pikemmin tuomioistuinten perustelujen välistä lukemiseen kuin tuomioiden eksplisiittisiin perusteluihin. Tarkoitin tällä sitä, että oikeuksien väärinkäytön kiellon porttia ei ole varsinaisesti avattu, mutta sitä on jo raotettu kotimaisessakin vihapuheoikeuskäytännössä. Alkupisteenä voidaan pitää korkeimman oikeuden Halla-aho-ratkaisua KKO 2012:58, jossa korkein oikeus linjasi, että vihapuheen kaltaiset lausumat eivät nauti sananvapauden suojaa. Tämän jälkeen vastaavan kaltainen lähestymistapa vaikuttaa suodattuneen myös alempien oikeuksien oikeuskäytäntöön. Nykyisin tuomioistuinratkaisujen perustelut heijastavatkin ideaa, jonka mukaan vihapuheen esittäjä ei voi pätevästi vedota sananvapauteensa, olkoonkin, ettei näissä ratkaisuissa ole vedottu oikeuksien väärinkäytön kieltöön vaan argumentoitu sananvapauden rajoitusperusteilla.

Toivottavaa olisi, että tulevaisuudessa korkein oikeus antaisi ennakkopäätöksen, joka jäsentäisi oikeuksien väärinkäytön kiellon soveltamisalaa Suomessa. Tämänkaltaisen ratkaisu tarjoaisi myös alemmille oikeuksille välineitä hahmottaa, kuinka kulloinkin käsillä olevaan vihapuhetapaukseen tulisi valtiosääntöoikeudellisesti ja rikosoikeudellisesti suhtautua.

50 Esim. Howard 2018, passim.

Jaakko Jonkka

Oikeuskansleri ja rikosoikeus

1. Kysymyksenasettelu

Tämä kirjoitus käsittelee sitä, miten rikosoikeus näkyy oikeuskanslerin työssä. Mielestäni aihe sopii entisen oikeuskanslerin artikkeliksi rikosoikeuden professorin juhlakirjaan.

Oikeuskansleri joutuu monipuolisissa tehtävissään eri yhteyksissä arvioimaan rikosoikeudellisia kysymyksiä, joita hänen eteensä voi tulla niin viranomaistoinnin kuin ylimmän hallitusvallan valvonnassa mutta konkreettisimmin syyttäjän tehtävässä. Keskityn seuraavassa oikeuskanslerin rooliin rikosoikeudellisen lainsäädännön soveltajana. Laki antaa toiminnalle raamit, mutta rooli muotoutuu siitä, miten toimivaltasäännöksiä käytännössä sovelletaan. Tähän vaikuttavat muun muassa viran traditiot ja käytännöt, kulloinenkin yhteiskunnallinen tilanne ja olosuhteet sekä oikeuskulttuuri ja vallitsevat tulkintadoktriinit. Viran haltijan persoona ja henkilökohtaiset ominaisuudet tuovat rooliin omat mausteensa. Näillä kaikilla on eri tavoin painottuneina vaikutusta sekä harkintavallan käyttöön rajatapauksissa että toimintojen suuntaamiseen ja priorisointeihin.

Tarkastelen ensinnäkin, miten oikeuskanslerin rooli rikosoikeudellisen järjestelmän toimijana on aikojen kuluessa vaihdellut ja millaisia ulkoisia paineita siihen on eri ajankohtina kohdistunut ja miten politiikka siihen mahdollisesti heijastuu.¹ Kysymys on sikäli kiinnostava, että oikeuskansleri toimii asemansa vuoksi toisinaan hyvin lähellä oikeuden ja politiikan epämääräistä rajapintaa. Tämän rajan kestävyttä koetellaan varsinkin erilaisten kriisien aikana. Toiseksi tarkastelen, mikä on rikosoikeuden merkitys oikeuskanslerin ratkaisutoiminnas-

¹ Oikeusvaltiollinen lähtökohta on, että oikeus ja politiikka tulee pitää erillään juridisessa päätöksenteossa. Oikeuden ja politiikan suhde on kuitenkin niin teoriassa kuin käytännössä problemaattinen. Monipuolinen juridis-filosofinen katsaus aiheeseen on Kimmo Nuotio – Heta Gylling (toim.), *Oikeus ja politiikka: filosofisia esseitä*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007. Oikeuden ja politiikan suhteesta juridisessa päätöksenteossa esim. Jyrki Tala, *Oikeus ja politiikka – ottaako oikeus ylivallan politiikasta vai politisoituko oikeus?*. Teoksessa Kaius Ervasti – Nina Meincke (toim.), *Oikeuden tuolla puolen*. Kauppakaari 2002, s. 95–118 sekä Susanna Lindroos-Hovinheimo, *Oikeuden rajoilla*. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2014, s. 81–110.

sa tänään ja miten vedetään rajaa laillisuusvalvonnallisen ja rikosoikeudellisen arvioinnin välille.

2. Viran värikkäät alkuvaiheet

2.1. Autonomian aika

Oikeuskanslerin virka perustettiin prokuraattorin nimellä vuonna 1809, kun Venäjään liitetyn Suomen keskushallintoa järjestettiin. Oikeuskansleri-instituution historia ulottuu kuitenkin pitkälle Ruotsin vallan aikaan. Sieltä saadun esikuvan mukaisesti oikeuskanslerin virka siirtyi lähes sellaisenaan Suomen suuriruhtinaskuntaan. Tosin nimi muuttui eikä asemakaan ollut yhtä itsenäinen. Ensimmäisellä prokuraattorilla, Matias Caloniuksella, oli merkittävä asema viran muotoutumiseen. Prokuraattorin tuli kenraalikuvernöörin apuna valvoa kaiken virkatoiminnan ja myös senaatin ja – ainakin periaatteessa – jopa kenraalikuvernöörin toimien laimukaisuutta. Lisäksi hän oli ylin syyttäjä ja syyttäjien esimies.²

Prokuraattorin ”kenttäorganisaatio” eli syyttäjistö oli koko autonomian ajan ja vielä itsenäisyyden aikaankin siirryttäessä hallinnollisesti hajanainen ja koulustasoltaan kirjava. Kaarlo Ignatius arvosteli väitöskirjassaan vuonna 1900 tilannetta: ”On aivan yleisesti tunnettu ja tunnustettu, ettei meidän virallinen syyttäjistömme tyydytä niitä vaatimuksia, joita valtion syyteorganille on asetettava.” Ignatius muun muassa totesi, ettei useimmista alemmilla syyttäjillä ole syyttäjänviran kelvolliseen hoitamiseen tarpeellisia tietoja. Syyttäjätöimen hoitaminen oli myös suurimmalle osalle enemmän tai vähemmän sivutyötä. Prokuraattorilla puolestaan oli kädet täynnä töitä senaatin ja virkakunnan toimien laillisuuden valvonnassa sekä senaatin pyytämien lausuntojen antamisessa. Lisäksi vankeinhoitoon ja tuomioistuimiin liittyvät paitsi valvonnalliset, myös hallinnolliset tehtävät antoivat prokuraattorille runsaasti työtä. Ignatius katsoikin, että prokuraattori ei voi muiden tärkeiden virkatehtäviensä vuoksi kyllin tehokkaasti valvoa ja ohjata alempien syyttäjien toimintaa.³ Prokuraattori pyrki kuitenkin mahdollisuuksiensa mukaan johtamaan syyttäjätöimintää muun muassa kiertokirjein, yksittäisin määräyksin tai kurinpidollisin keinoin. Erityisesti virkarikossyytteitä tuomarien

2 Jyri Inha, Valtioneuvoston oikeuskanslerin virka-aseman muotoutuminen 1917–1919. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1997, s. 43–54. Autonomian ajan prokuraattorin asemasta ja toiminnasta yleisesti Olavi Honka, Prokuraattori – oikeuskansleri. Valtioneuvoston kirjapaino 1959, s. 10–202.

3 Kaarlo Ignatius, Virallisen syyttäjistön kehittyminen, organisatiooni ja syyteoikeus. Osakeyhtiö Weilin&Göös Aktiebolag 1900, s. 170–189.

menettelystä nostettiin – varsinkin nykyaikaan verrattuna – huomattavan paljon. Prokuraattori joutui itse ajoittain puuttumaan myös muunlaisten rikosten syyteasioihin. Esimerkiksi 1800-luvun puolivälin jälkeen lisääntyivät venäläisten sotilaiden ja paikallisen väestön väliset rettelöt, joiden selvittelyt muodostuivat prokuraattorille huomattavaksi rasitukseksi. Kenraalikuvernööri antoi monesti näissä tapauksissa prokuraattorille ohjausta asioiden hoitamiseksi haluamalleen tolalle. Sortovuosina venäläistämistoimet aiheuttivat lukuisia syytetoimia niskuroivia suomalaisia vastaan. Näihin prosesseihin prokuraattorikin joutui sekaantumaan joko omasta aloitteestaan tai ylempää tulleesta kehotuksesta.

Sortovuodet loivat ristipainetta prokuraattorin rooliin. Laillisuuskannasta kiinni pitäminen saattoi merkitä virasta erottamista. Joku erotettiin hallituksenvastaisen toiminnan vuoksi, joku sen vuoksi, että oli kieltäytynyt kenraalikuvernöörin kehotuksesta ajamasta syytettä. Liiksi myöntyväisyydeksi tulkittu asennoituminen taas saattoi johtaa jopa prokuraattorin surmaamiseen. Näin kävi 1905 innokkaana syyttäjänä kunnostautuneelle prokuraattori Eliel Soisalon-Soiniselle. Prokuraattorin surmaajaa oikeudessa avustanut juristi P. E. Svinhufvud puolusteli teon motiiveja. Tuleva prokuraattori/oikeuskansleri tulkitsi rikoslakia: koska tekoa oli pidettävä hätäpuolustuksena yhteiskunnan taholta, ei siihen voi aivan suoraan soveltaa murhasta säädettyä pykälää.⁴

Prokuraattorin tehtäviin kuului seurata suuriruhtinaskunnan oikeusoloja ja rikollisuustilannetta. Sen hän kykeni tekemään monipuolisten toimivaltuuksiensa avulla niin hyvin, että prokuraattorin kertomuksista on myöhemmässä kriminologisessa tutkimuksessa voitu koota tilastoaineisto, jota on sanottu Suomen vanhimmaksi rikollisuutta, rangaistuksia ja vankiloita käsitteleväksi aikasarjaksi.⁵

2.2. Prokuraattorista oikeuskansleriksi

Autonomian aikana prokuraattorin tosiasiallinen toiminta oli riippuvainen keisarin ja kenraalikuvernöörin tahdosta, tämä koski myös prokuraattorin roolia syyttäjänä. Suomen itsenäistymisen myötä prokuraattori muuttui itsenäiseksi ylintä laillisuusvalvojan ja syyttäjän valtaa käyttäväksi oikeuskansleriksi.⁶ Tehtävät säilyivät käytännöllisesti katsoen ennallaan.⁷ Murrosvaiheessa 1917–1918 viimeinen

4 Martti Häikiö, Suomen leijona. Svinhufvud itsenäisyysmiehenä. Docendo 2017, s. 64–68.

5 Mikko Vuorela, Prokuraattorin kertomukset kriminologian lähteenä. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 2014. Teoksessa on kattavasti hyödynnetty prokuraattorin kertomusten aineistoa vuosilta 1842–1890.

6 Nimi muutettiin prokuraattorista oikeuskansleriksi 27.11.1918.

7 Oikeuskanslerin tehtävistä itsenäisyyden alkuaikoina Axel Charpentier, Justitiekanslerns i Finland ställning och uppgifter. Nordisk administrativt tidskrift 1929, s. 205–238, erityisesti syyttäjän roolista s. 235–237.

prokuraattori ja ensimmäinen oikeuskanslerin viran haltija oli vastikään Siperian karkotukselta palannut P.E. Svinhufvud (virassa 3.4.1917–17.12.1918). Erikoista oli, että hän oli samanaikaisesti myös 27.11.1917 alkaen senaatin puheenjohtaja ja sitten 18.5.1918 lähtien eduskunnan nimittämä korkeimman vallan käyttäjä.⁸ Näin muut kuin prokuraattorin virkatehtävät veivät valtaosan Svinhufvudin huomiosta. Prokuraattorina Svinhufvudin kiireellisimpiä tehtäviä oli suorittua tutkimuksia sortoaikana tapahtuneista laittomuuksista. Hän myös yritti puuttua kurinsa menettäneen venäläisen sotajoukon häiriöihin ja väkivallantekoihin. Kenraalikuvernööri reagoi tähän vain vastasytöksillä.⁹

Sisällissodan aikana prokuraattorinviraston toiminta oli osin keskeytynyt kokonaan ja osin lamaantunut. Sen jälkeenkin prokuraattorin viran hoito jäi Svinhufvudin loppuajaksi pääosin prokuraattorinapulaisen K. I. Savoniuksen vastuulle. Savonius joutui muun muassa tutkimaan sortoajan senaattorien ja senaikaisen prokuraattorinapulaisen toimien lainmukaisuutta. Hän katsoi, että nämä olivat tosin rikkoneet lakia mutta syytetoimiin ei kuitenkaan ollut aihetta.¹⁰ Tärkeiksi tehtäviksi muodostuivat myös vankileireille koottujen punavankien tutkinnan järjestäminen sekä kiertokirjeet ja syyttäjämääräykset valtiorikosoikeutta varten.¹¹ Tosin keskeinen ohjaus syyttäjille näkyy tulleen armeijan taholta. Päämajan tutkintatoimiston päällikkö sekä laati esitutkintaa koskevat menettelytapaohjeet että ohjeisti syyttäjiä aina syytteiden nostamista ja niiden oikeudellisia perusteita myöten. Tilanne on jopa nähty näin karusti: Syyttäjät olivat vahvasti armeijan talutusnuorassa ja sotasyllisyysoikeudenkäyntiä lukuun ottamatta ei koskaan itsenäisen Suomen historiassa ole yhtä raskaalla kädellä pyritty puuttumaan syyttäjien ja tuomioistuinten toimintaan.¹²

Myös voittajapuolen ylilyönnit ja väkivaltaisuuudet vaativat prokuraattorinapulaisen huomiota, vaikka suurin osa sodan jälkiselvittelyistä jäikin nimitettävälle uudelle oikeuskanslerille. Juristi Heikki Ritavuori kiinnitti prokuraattorinviraston huomiota siihen, että useita kapinaliikkeen johtoon kuuluneita oli otettu vankiloista ja surmattu. Savonius lähetti senaatille 24.5.1918 kirjeen, jossa hän lausui, että omavaltaiset rankaisutoimenpiteet vaikeuttivat suuresti olojen vakaannuttamista. Tämän vuoksi hän pyysi senaattia antamaan siviili- ja sotilasviranomaisille määräyksen, jolla kielletään virkamiehiä ja toimihenkilöitä ryhtymästä toimiin, joihin heillä ei ole oikeutta.¹³ Tämä johti korkeimman vallan käyttäjän Svinhufvu-

8 Honka 1959, s. 256 ja Inha 1997, s. 165–166.

9 Häikiö 2017, s. 153–154 ja 172.

10 Honka 1959, s. 212–213.

11 Inha 1997, s. 181–182 sekä Jussi Pajujoja – Pasi Pölönen, Ylin laillisuusvalvonta. Tietosanoma 2011, s. 92–93.

12 Jukka Kekkonen, Kun aseet puhuvat. Art House 2016, s. 119–122 ja 148–149.

13 Honka 1959, s. 212.

din senaatin puheenjohtajan ominaisuudessa lähettämään kirjeeseen ylipäällikkö Mannerheimille, joka puolestaan lisäsi seuraavaan päiväkäskyynsä asiaa koskevan kohdan. Mannerheim muistutti mitä vakavimmin sotajoukkojen päällystä, ettei mitään kuolemantuomiota saa panna täytäntöön ennen kuin sota-oikeudet ovat tuomion julistaneet ja hallitus ne vahvistanut.¹⁴ Vallinneissa oloissa melkoinen saavutus prokuraattorinapulaiselta. Tosin annetulla määräyksellä ei ilmeisesti ollut juurikaan vaikutusta omaksuttuun käytäntöön.¹⁵

Järjestyksessä toinen itsenäisen Suomen oikeuskansleri ja ensimmäinen viran varsinainen hoitaja oli Axel Charpentier, joka jo autonomian aikana oli hoitanut – tietävästi vastentahtoisesti¹⁶ – prokuraattorin virkaa. Hän oli tuolloin joutunut kenraalikuvernöörin kanssa ristiriitoihin, koska kulttiesineiksi muodostuneita kenraalikuvernööri Nikolai Bobrikovin murhaajan Eugen Schaumanin verisiä vaatteita pidettiin esillä Porvoon museossa, eikä Charpentier suhtautunut asiaan kenraalikuvernöörin edellyttämällä vakavuudella. Charpentier oli vastannut ankaria toimenpiteitä vaatineelle kenraalikuvernöörille, ettei vaatteiden esilläolo täyttänyt Suomen lain mukaan minkään rikoksen tunnusmerkistöä. Syntilistä oli kertynyt muutoinkin niin paljon, että hänet erotettiin viranhoidosta.¹⁷ Nyt hän sai siis aloittaa uudestaan, joskaan ei puhtaalta pöydältä, sillä pöydälle oli kertynyt kosolti selvitettäviä asioita sisällissodan jäljiltä.

3. Oikeuskansleri ylimpänä syyttäjänä

3.1. Oikeuskansleri ja kahtia jakautunut kansakunta

Ensimmäinen sisällissodan jälkeinen oikeuskanslerin kertomus laadittiin vuodelta 1919. Siinä Charpentier kirjoittaa kertomuksen käsittämälle ajankohdalle olevan leimallista kantelut kapinaan osallistuneisiin kohdistetuista väkivaltaisuuksista ja muunlaisista oikeudenloukkauksista. Kanteluissa esitettiin väitteitä sodan aikana tai sen jälkeen tehdyistä henkirikoksista, pahoinpitelyistä, laittomista vangitsemisista ja omaisuuden omavaltaisesta riistämisestä. Charpentier kertoo hankkineena

14 Häikiö 2017, s. 337–338.

15 Antero Jyränki, *Kansa kahtia, henki halpaa. Oikeus sisällissodan Suomessa?* Art House 2014, s. 158.

16 Agneta von Essen, *En storman från Hauho – Hauhon suurmies. Axel Charpentier 1865–1949. Omakustanne 2015*, s. 17. von Essenin mukaan Charpentierin senaattori-isä kirjoitti ystävälleen: ”Minun elämänonneni on särkynyt huolestuttavista syistä. Rungas vuosi sitten poikani Axel määrättiin vastoin tahtoaan hoitamaan prokuraattorin virkaa.”

17 Seppo Zetterberg, *Viisi laukausta senaatissa. Eugen Schaumanin elämä ja teko*. Otava 1986, s. 319–322 sekä von Essen 2015, s. 19–23.

aineistoa eri tahoilta sekä kehottaneensa maaherroja toimituttamaan tutkimuksia ilmoitetuista oikeudenloukkauksista.

Monesti oikeuskansleri päätyi johtopäätöksen, että ”henkilö, jonka murhaajan etsimistä ja rankaisemista vaaditaan, todellisuudessa on erittäin tehokkaasti myötävaikuttanut kapinaan ja sen yhteydessä usein tehnyt itsensä syypääksi törkeisiin rikoksiin, ja että häntä kohdannut väkivaltainen kuolema on ollut suoranainen seuraus hänen osanotostaan kapinaan sekä että hän on ansainnut kohtalonsa”. Toisaalta Charpentier myöntää tutkimusten osoittaneen, että ”paljon julmuutta ja tarpeetonta kovuutta laillisen hallituksen kannattajien taholta” oli tullut kapinaan osallisten osaksi. Hän katsoo, että kuolemantuomioita oli useasti annettu ja pantu täytäntöön liian nopeasti verrattain vähäisestä syystä eikä aina selvitetty edes lainmukaista perustetta. Myös löyhin perustein tapahtuneita vapaudenriistoja oli todettu. Toimenpiteitä harkitessaan oikeuskansleri sanoo ottaneensa huomioon 7.12.1918 annetun armahduspäätöksen 5. kohdan, jonka mukaan syyte jätettäkään nostamatta sellaisia henkilöitä vastaan, ”jotka maan laillista järjestystä vastaan nostetun kapinan kukistamisen tarkoituksessa tahi estääkseen kapinan levenemistä taikka palauttaakseen järjestystä ovat teoissaan menneet yli sen, mitä mainittujen tarkoitusten saavuttamiseksi olisi ollut tarpeen”.¹⁸ Charpentier toteaa päätyneensä syyttämättä jättämissiin, kun päätöksessä mainitut edellytykset täytyvät. Mikäli näin ei ollut, ”olen käskenyt asianomaisia syyttävöviranomaisia tuomioistuimessa vaatimaan syytetyn rankaisemista”.¹⁹

Myös seuraavana vuonna annetun kertomuksen mukaan oikeuskanslerin virastossa jouduttiin edelleen suorittamaan laajoja tutkimuksia kapinaan osallistuneisiin kohdistettujen oikeudenloukkauksien selvittämiseksi. Ratkaisuja annettiin 39. Kantelut eivät yleensä johtaneet toimenpiteeseen, osin siksi, ettei näyttö riittänyt, mutta pääosaltaan siksi, että useimmissa tapauksissa ovat ”armahduskirjan sisältö ynnä tuomioistuinten sille antama tulkinta minun mielipiteeni mukaan estäneet syytteen nostamisen”. Toimenpiteeseen johti kahdeksan kantelua.²⁰

Eduskunnan perustuslakivaliokunta otti 1922 antamassaan mietinnössä kantaa oikeuskanslerin toimintaan kapinaan osallistuneisiin kohdistettujen väkivaltaisuuden ja muiden oikeudenloukkausten tutkinnassa.²¹ Valiokunta arvioi

18 Svinhufvud teki korkeimman vallan haltijana 7.12.1918 punavankien armahduspäätöksen ja samassa yhteydessä hän päätti tekstissä mainituin tavoin laillisen hallituksen puolesta toimineiden syytesuojasta.

19 Oikeuskanslerin kertomus vuodelta 1919, s. 7–9.

20 Oikeuskanslerin kertomus vuodelta 1920 s. 10. – Erään kolme murhaa koskevan tutkinnan osalta tarkemmin Marko Tikka, Valkoisen hämärän maa? Suomalaisen Kirjallisuuden Seura 2018, s. 103–105: Oikeuskansleri määräsi toimitettavaksi uuden tutkinnan, mutta jätti kuitenkin syyttämättä näytön puutteen vuoksi sillä ”asiassa ei ollut – enempää pengottavaa”.

21 PeVM 16/1921 vp. Tässä tehty arvio koskee oikeuskanslerin toimia, joita on kuvattu vuosilta 1919 ja 1920 annetuissa kertomuksissa. – Aikaisemmin lakivaliokunta oli jo arvostellut oikeuskansleria punavankeihin kohdistuneiden pahoinpitelypäilyjen tutkinnasta; LaVM 7/1921 vp.

hankkimansa aineiston perusteella, että armahduspäätöksen sisältämää syytesuojakohtaa oli sovellettu sellaisiinkin tapauksiin, joihin sitä ei voida ulottaa ja "siten on eräitä törkeään rikokseen syytä vastaan jäänyt syyte nostamatta". Valiokunta linjaa myös yleisemmin oikeuskanslerin velvollisuuksia syyttäjänä: "Se seikka, miten tuomioistuimet ovat eräissä tapauksissa soveltaneet mainittua armahduskirjaa, ei saa määrätä ylimmän syyttäviranomaisen suhtautumista rikosten syytteesenpanoon." Valiokunta siis katsoi oikeuskanslerin toimineen virheellisesti, mutta päätyi kuitenkin vain toteamukseen: "Oikeuskanslerin menettely tässä kohdin saattaa horjuttaa kansan luottamusta siihen tapaan, jolla maassa valvotaan lakien noudattamista ja rikollisten saattamista syytteeseen."

Sisällissodan jälkiselvittelyjä koskenutta lainkäyttöä on tutkimuksessa arvosteltu,²² mutta ei laillisuusvalvontakaan ja siihen liittyvä ylimmän syyttäjän toiminta saa täysin puhtaita papereita. Tämän voi päätellä jo pelkästään oikeuskanslerin kertomusten ja niistä annettujen eduskunnan valiokuntien yksityiskoh- taisten mietintöjen perusteella.

Perustuslakivaliokunta löysi moitittavaa erityisesti siitä, miten ylin syyttävira- nomainen oli tulkinnut syytesuojaa koskevaa päätöstä. Tätä arvostelua voi pitää sikäläkin merkittävänä, että se kohdistuu suoraan syyttäjän toimien ydinalueelle. Tosin mainitun päätöksen sanamuoto on väljä ja sillä tavoin tulkinnanvarainen, että se jättää huomattavan paljon tilaa poliittisluontoiselle ja arvostuksenvaraiselle harkinnalle. Tämä on saattanut tahattomastikin vaikuttaa oikeuskanslerin ratkai- suihin. Noissa oloissa oli ehkä helpottavaa mennä korkeimman vallan haltijan Svinhufvudin antaman syytesuojaa koskevan päätöksen taakse ja saada velvoit- tavalla säännöksellä perustellen hankalat asiat nopeasti pois päiväjärjestyksestä. Tässä kaksi peräkkäistä oikeuskansleria ja sortokausien laillisuustaistelija veti näin verhon sisällissodan jälkiselvittelyjen eteen.

Jälkikäteen ihmetystä herättää, miksi oikeuskansleri ei nähnyt aiheellisek- si puuttua jämäkämmin vailla kestäväää oikeusperustaa järjestettyjen erilaisten "kenttäoikeuksien" ja "rintamaoikeuksien" toimintaan,²³ vankileirien katast- rofaalisiin olosuhteisiin ja runsaana rehoitaneeseen poliittiseen väkivaltaan.²⁴ Kohtuuden nimissä on todettava, että oikeuskanslerilla on vallinneissa sekavissa olosuhteissa ja ajan henkisessä ilmapiirissä ollut varsin rajalliset mahdollisuudet

22 Esim. Jukka Kekkonen, *Laillisuuden haaksirikko. Rikosoikeudenkäynti Suomessa 1918*. Lakimiesliiton kustannus 1992.

23 Marko Tikkanen tutkimus antaa aiheesta kattavan kuvan; Marko Tikka, *Kenttäoikeudet*. Suomalaisen Kirjallisuuden Seura 2004. Ks. myös Jyräki 2014, s. 164 ss.

24 Sisällissodan jälkeisinä kolmena vuotena tapahtui yli kolme sataa poliittiseksi luokiteltavaa väkivaltatapausta, joista kuolemaan johtaneita oli yli kaksi sataa. Näistä lasketaan kolmasosan kohdistuneen taustaltaan "punaisiin", samoin kolmasosan "valkoisiin" ja loppujen "sivullisiin". Tarkemmin Tikka 2018, s. 173–214 ja 224–225.

käytettävissään olleilla resursseilla toimintaan, joka nykyajasta katsoen täyttää moitteettomat oikeudelliset kriteerit.²⁵ Silti voidaan kysyä, missä määrin oikeuskansleri on myös mennyt vain lakimieskunnan valtavirran mukana. Tuonaikaisten juristien toiminnan tai toimimattomuuden perusteita on kirjallisuudessa pohdittu.²⁶ Vaikka yksilötasolla voi variaatioita löytää, yleisvaikutelmaksi aikakaudesta muodostuu, että oikeus jäi tapahtumien vyöryssä sivuasiaksi, pikemmin jonkinlaiseen nöyrän palvelijan rooliin.

Tämän kirjoituksen aiheen kannalta kiinnostavaa on, miten historiantutkija piirtää isoa kuvaa ja analysoi lakimiesten asennoitumista silloisen lähihistorian taustaa vasten: Marko Tikka on tutkimuksessaan arvioinut, että sortovuosien lailisuustaistelut synnyttivät suomalaisissa lakimiehissä ”eräänlaisen laittomuuden ideologian”. Näistä taisteluista heille olisi jäänyt ratkaisevaksi se kokemus, että ”kaikki keinot yhteisen hyvän päämäärän saavuttamiseksi oli tarvittaessa otettava käyttöön”. Saman ideologian ilmentymää olisi osaltaan ollut prokuraattorin surmaajaa avustaneen Svinhufvudin jo aikaisemmin mainittu puolustuspuhe.²⁷ Tässä suhteessa mielenkiintoinen – joskin eri tasolla liikkuva – on myös Aki Rasilaisen tutkimuksessa oikeudellisesta argumentoinnista politiikassa esitetty näkemys. Hän muun muassa toteaa, että Suomen historian käännekohtissa 1800- ja 1900-lukujen vaihteessa valtiollisten toimijoiden (myös prokuraattorien) kannanotoissa poliittiset motiivit ja oikeudellinen argumentaatio ovat sekoittuneet ja poliittisia tavoitteita on ajettu oikeudellisin argumentein.²⁸ Mutta onkohan tällainen kulttuuri jäänyt vain vuosisadan taakse?

Seuraava oikeuskanslerin syyttäjänroolin koetinkivi oli jo oven takana. Sisällissodan jälkeiset vuodet olivat poliittisesti epävakaita, ja ääriliikkeet vaativat viranomaisten huomiota. Pian alkoivat valtiollisia rikoksia koskevat niin sanotut kommunistioikeudenkäynnit, ja vähän myöhemmin oli otettava kantaa toisen suunnan ääriainesten tekemiin väkivaltaisuuksiin, joista kuuluisiksi ovat tulleet Lapuan liikkeen tekemät kyyditykset. Oikeus ja politiikka löivät taas kättä rikosprosessissa.

Kommunistioikeudenkäyntejä tutkinut Lars Björne toteaa, että oikeuskansleri valvoi tarkkaan syyttäjien toimintaa ja tiedusteli yksittäisenkin syyteasian edisty-

25 Virkakuntakin oli paikoitellen halutonta suorittamaan asianmukaisesti tutkimuksia; Pajuoja – Pölonen 2011, s. 92.

26 Esim. Jyränki 2014, s. 178–188 ja Kekkonen 2016, s. 149–150.

27 Tikka 2004, erit. s. 313–318 ja 404.

28 Aki Rasilainen, Oikeudellinen argumentointi politiikassa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004. Rasilainen viittaa vuosisatojen 1800 ja 1900 vaihteessa syntyneeseen poliittiseen kulttuuriin, jossa oikeudellista argumentointia on käytetty välineenä ohjaamaan politiikan suuntaa ja rajoja kirjoitetusta laista riippumatta ja jossa haluttua politiikkaa on yritetty perustella myös oikeudellisesti.

mistä.²⁹ Toisaalta näissä oikeudenkäynneissä syyttäjänä toimineen Olavi Hongan muistelmista ilmenee, että oikeuskanslerin aktiivisuus näkyy vaihdelleen.³⁰

Äärioikeiston liikehdintä kärjistyi väkivaltaiseksi 1920- ja 1930-lukujen vaihteessa. Vuoden 1930 kesällä oikeuskansleriksi nimitetty Albert Makkonen toimi virassa aikana, jota on sanottu yhdeksi oikeuskanslerin viran vaikeimmista ajanjaksoista.³¹ Lapuan liikkeen masinoimat erilaiset laittomuudet työllistivät oikeuskansleria laillisuusvalvojana ja syyttäjien esimiehenä. Oikeuskanslerin kertomuksissa vuosilta 1930 ja 1931 on selostettu useita maaherroille lähetettyjä kirjeitä, joissa oikeuskansleri kehottaa suorittamaan tutkinnan ja saattamaan syytteeseen henkilöitä, jotka olivat syyllistyneet kyydityksiin, väkivallantekoihin tai omaisuuden vahingoittamisiin. Lisäksi hän pyysi sisäministeriötä määräämään erikoistutkinnan kommunisminvastaisen liikkeen yhteydessä tehdyn murhan ja kyydityksen selvittämiseksi, koska rikosten tutkimuksia ei ollut toimitettu riittävän tarmokkaasti. Oikeuskansleri lähetti sekä maaherroille että virallisille syyttäjille myös kiertokirjeet, joissa hän kehotti huolehtimaan tällaisten rikosten asianmukaisesta tutkinnasta ja syytteeseen saattamisesta. Syyttäjiä hän määräsi ”tarkoin ottamaan vaarin, että syyte tulee asianmukaisesti esitetyksi, niin ettei syytteenalainen teko tule syytteessä määritellyksi lievemmäksi rikokseksi kuin mitä se itse asiassa on”. Lisäksi hän korosti, että syyttäjien tulisi varmistaa teon oikeanlainen arviointi valittamalla liian lievistä tuomioista. Oikeuskansleri näkyy seuranneen myös julkisuudessa käytyä keskustelua, koska hän kirjeissä eräin kohdin viittasi näin saamiinsa tietoihin. Oikeuskanslerin omiin tarkastushavaintoihinkin on viittauksia.³²

Oikeistoradikalismi huipentui 1932 helmi–maaliskuun vaihteessa kansanvaltaisen yhteiskuntajärjestyksen kumoamiseen tähänneeseen Lapuan liikkeen organisoimaan Mäntsälän kapinaan. Valtiovallan toimin tilanne saatiin rauhoitetuksi ilman verenvuodatusta, jonka uhka oli ollut ilmassa. Alkoi jälkipyykin vaihe. Sisäministeriö perusti erityisen tutkijatoimikunnan selvittämään tapausta. Oikeuskansleri seurasi aktiivisesti tutkinnan kulkua ja sai selostuksia sitä mukaan kuin tutkimukset eri puolilla maata etenivät. Oikeuspaikaksi valikoitui Turun hovioikeus, joka oikeuskanslerin kanssa neuvoteltuaan määräsi juttukokonaisuudelle syyttäjän. Tämä oli jatkuvasti kosketuksessa oikeuskanslerinvirastoon ja sai oh-

29 Lars Björne, ”... syihin ja lakiin eikä mielivaltaan...”. Tutkimus Turun hovioikeuden poliittisista oikeudenkäynneistä 1918–1939. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1977, s. 342–343.

30 Olavi Honka, Muistelmia ja mielipiteitä. Werner Söderström Osakeyhtiö 1972, s. 122–123. Myöhemmin oikeuskanslerina toiminut Honka oli tuolloin hovioikeuden virkamies.

31 Pajuja – Pölönen 2011, s. 116.

32 Oikeuskanslerin kertomus vuodelta 1930 sekä vuodelta 1931.

jeita jutun käsittelyä varten. Hovioikeuden tuomion jälkeen oikeuskansleri valitti korkeimpaan oikeuteen tuomituista rangaistuksista ja syytteiden hylkäämisistä.³³

Ainakin kertomustensa perusteella oikeuskansleri Makkonen näkyi ottaneen äärioikeiston poliittisen väkivallan vakavasti.³⁴ Eduskunnan perustuslakivaliokunta on vuosien 1930 ja 1931 kertomuksia koskevissa mietinnöissään arvioinut jotkin oikeuskanslerin toimet kuitenkin liian lieviksi (”oikeuskanslerin olisi pitänyt tehokkaammin teroittaa asianomaiselle hänen velvollisuuttaan ehdottomasti noudattaa lakeja ja asetuksia”).³⁵

3.2. Oikeuskansleri ja oikeusvaltion pohjakosketuksia

Siinä missä oikeuskansleri joutui tekemään ratkaisujaan oikeuden ja politiikan epämääräisellä rajalla sisällissodan jälkiselvittelyissä ja sittemmin ääriliikkeiden toimia arvioidessaan, toisen maailmansodan jälkeen hänet pakotettiin menemään tietoisesti rajan yli. Oikeusvaltioperiaatteita venytettiin yli katkeamispisteen. Oikeuskanslerina oli vastikään nimitetty Toivo Tarjanne, joka oikeuskanslerinviraston sodanjälkeisen historian kirjoittaneen Ilkka Seppisen mukaan kahdessa isossa yhteiskuntaa ravistaneessa asiassa – asekatkentaajutussa ja sotasyllisyysskysymyksessä – ”joutui toimimaan poliittisten näkemystensä vastaisesti, mutta hallituksen puolesta”.³⁶

Syksyllä 1944 oli päämajan organisoimana toteutettu ns. asekatkenta eli aseiden salainen hajavarastointi eri puolille maata miehityksen varalta. Toiminta paljastui vuodenvaihteessa 1944–45. Koska voimassa ollut lainsäädäntö ei sellaisenaan sopinut tapahtuman rikosoikeudelliseen arviointiin, toiminta säädettiin lailla taannehtivasti rangaistavaksi.³⁷ Kun asian tutkinta ei edennyt toivotusti, sisäasiainministeriö asetti selvitystyötä hoitamaan erityisen tutkintaelimen. Oikeuskansleri ei osallistunut varsinaiseen tutkintaan, mutta joutui asian kanssa tekemisiin ylimmän syyttäjän tehtävissä. Seppinen katsoo, että oikeuskanslerin kannalta oli ikävää tutkintaelimen leimautuminen ”vasemmistolaiseksi ja epäpäteväksi”, mikä heijastui oikeuskanslerin menettelyyn syyttäjäntoimessa. Tämä näkyi Seppisen tulkinnan mukaan muun muassa siinä, että oikeuskansleri kier-

33 Oikeuskanslerin kertomus vuodelta 1932, s. 24–25.

34 Tomeruutta ylin syyttäjä osoitti myös silloin, kun suojeluskunnan piiripäällikkö vastoin poliisin kieltoa poistatutti punaisia lippuja kadun varrelta Tampereella; oikeuskanslerin kertomus vuodelta 1933, s. 73.

35 PeVM 6/1932 vp ja PeVM 17/1932 vp.

36 Ilkka Seppinen, Tämän asian olen tutkinut. Valtioneuvoston oikeuskanslerin historia 1944–2008. Oikeuskanslerinvirasto 2009, s. 60.

37 Oikeuskansleri osallistui oikeusministeriön kanssa lain valmisteluun; Paasikiven päiväkirjat I (toim. Yrjö Blomstedt – Matti Klinge). Werner Söderström Osakeyhtiö 1985, 21.6.1946 (tapahtumien kronologian havainnollistamiseksi käytän artikkelissa viittausta kirjauspäivään).

rätti syyttäjiä nopeaan tahtiin, ettei kukaan leimautuisi nimenomaisesti asekätkentäsyyttäjäksi, ja näin juuri kukaan ei päässyt perehtymään kysymykseen sen syvemmin.³⁸ Syyttäjistä osa kieltäytyi tehtävästä. Pikaisesti säädetyn erityislain nojalla oikeuskansleri saattoi määrätä jutuille syyttäjät, joina toimi vakinaisten syyttäjien ohella poliisin päällystä ja ylimpien tuomioistuinten virkamiehiä. Syytteen joutui kaikkiaan yli 1600 henkilöä.³⁹

Oikeuskansleria laajemmin työllistänyt ja politiikan syövereihin vielä syvemmin vienyt asia oli sotasyllisyyskysymys. Väli-rahansopimuksen 13 artiklan mukaan Suomi sitoutui ”yhteistoimintaan Liittoutuneiden Valtojen kanssa sotarikoksista syytettävien henkilöiden pidättämiseen”. Jo pelkästään käsite ”sotarikolliset” aiheutti poliittis-juridista pohdintaa, johon oikeuskanslerikin osallistui. Liittoutuneiden valvontakomissiossa Neuvostoliittoa edustaneen Andrei Zdanovin ohjauksella pian kävi selväksi, että käsite tuli ymmärtää laajasti eli koskemaan sotaan syllisiä, siis poliittista johtoa, eikä vain sodassa rikoksia tehneitä.⁴⁰ Tämä johti kysymykseen, miten tällaista syyllisyyttä pitäisi rikosoikeudellisesti arvioida. Presidentti K.J. Ståhlberg antoi asiasta pääministeri J.K. Paasikiven pyynnöstä tammikuussa 1945 lausunnon, jossa hän totesi sotasyllisen voivan olla vain sellainen, joka on vaikuttanut sotaan joutumiseen tai sodan jatkumiseen Suomen lain mukaan rikollisella tavalla.⁴¹ Oikeuskansleri Tarjanne arvioi heinäkuussa samana vuonna antamassaan lausunnossa, ettei sotasyllisyyskysymystä voida hoitaa voimassa olevan lainsäädännön mukaan ja toi esiin, että valtioneuvoston ”olisi kiireellisesti ryhdyttävä harkitsemaan muita mahdollisuuksia asian järjestämiseksi”.⁴² Asiasta keskusteltiin useaan otteeseen valtioneuvoston piirissä ja lopulta päätettiin ryhtyä valmistelemaan erityistä sotasyllisyyslakia.⁴³ Oikeuskansleri luonnosteli lakia, ja hallitus käsitteli iltakoulussaan tätä ja oikeusministeri Urho Kekkosen laatimaa kilpailevaa versiota, jonka pohjalta valmistelua lopulta

38 Seppinen 2009, s. 60–64.

39 Samoihin aikoihin oikeuskansleri joutui ottamaan kantaa myös Suomen sotilastiedustelun Stella Polaris -operaation jälkiselvittelyihin. Hän pani syyttämättäjäätämispäätöksellä pisteen tämän aikanaan poliittisesti arkaluontoisen ja vielä myöhemminkin kysymyksiä mm. talousepäselvyyksistä herättäneen operaation rikosoikeudelliselle tutkimukselle. Lauri Lehtonen, Stella Polaris. Teoksessa Joonas Sipilä – Tapio Koskimies (toim.), Sata vuotta suomalaista sotilastiedustelua. Atena 2018, s. 83–91, erit. s. 91. Napakka kuvaus Stella Polaris -operaatiosta ja sen jälkipuinnista on Sten Ekman, Pohjolan salainen liitto. Ruotsi ja Suomi kylmässä sodassa. Docendo 2018, s. 47–53 ja 67.

40 Vaatimuksen taustana oli Lontoon sopimus, jossa liittoutuneet konkretisoivat aikaisemmat neuvottelunsa sotarikollisten tuomitsemista sisältäväksi sopimukseksi. Tästä Jukka Tarkka, 13. artikla. Werner Söderström Osakeyhtiö 1977, s. 122–126 ja Paasikiven päiväkirjat 5.9.1945. Vrt. Lasse Lehtinen – Hannu Rautkallio, Kansakunnan sijaiskärsijät. Sotasyllisyys uudelleen arvioituna. WSOY 2005, s. 79 ja 137; kirjoittajat toteavat, että ”Suomen sotasyllisyshankkeen syntysanat lausuttiin Helsingissä, ei Moskovassa, Lontoossa tai Washingtonissa”.

41 Sotasyllisyyden asiakirjat (toim. Hannu Rautkallio, esipuhe Max Jakobson). EC-Kirjat 2006, s. 201–203.

42 Sotasyllisyyden asiakirjat, s. 294–298 ja Tarkka 1977, s. 132–133.

43 Esim. Paasikiven päiväkirjat 11.7., 25.7., 27.7. ja 8.8. 1945.

jatkettiin.⁴⁴ Keskustelua käytiin myös siitä, miten syytteen nostamisesta päätetään ja kuka sitä ajaa. Tarjanne katsoi, että syyte on luonteeltaan poliittinen ja oikeuskanslerin olisi asemansa vuoksi vaikea päättää syytteestä. Lopputulokseksi tuli, että syytteen nostamisesta päättää valtioneuvosto hankittuaan siitä oikeuskanslerin lausunnon. Sitä pidettiin tärkeänä, että syytettä ajaa oikeuskansleri itse.⁴⁵

Kun laki oli saatu, alkoi ”esitutkinta”, jonka toimitti oikeusneuvos Onni Peitäyksen johtama sotasyllisyydetutkijakunta.⁴⁶ Itse asiassa lain säätämisellä oli jo tosiasiallisesti määritelty syytettävien piiri ja myös siihen kuuluvien syyllisyys. Mutta tarkempaa rajausta vielä tarvittiin samoin kuin oikeudelliselta näyttävistä perusteista. Oikeuskansleri seurasi tutkijakunnan työskentelyä läheltä ja antoi sen mietinnöstä lausuntonsa, jonka hän oli muokannut hallituksen toiveiden mukaiseksi; alun perin Tarjanne olisi halunnut rajata professori Kivimäen syytettävien joukosta pois.⁴⁷ Tämän jälkeen valtioneuvosto päätti syytteen nostamisesta. Syytteeseen joutuivat Risto Ryti, J. W. Rangell, Edwin Linkomies, Väinö Tanner, Henrik Ramsay, Antti Kukkonen, Tyko Reinikka ja T. M. Kivimäki. Sotasyllisyysoikeudenkäynti alkoi 15.11.1945. Syyttäjänä toimi oikeuskansleri Tarjanne.

Kulisseissa velloi ulkoprosessuaalinen ja poliittinen keskustelu. Liittoutuneiden valvontakomission nimissä esiintynyt Zdanov oli aktiivinen ja jatkoi Suomen hallituksen painostamista ja sekaantui sen välityksellä monin tavoin oikeudenkäyntiin. Zdanov puuttui paitsi tuomioistuimen toimintaan ja harkintavaltaan myös syyttämiseen. Moskovaan lähettämässään viestissä hän saattoikin kehua, kuinka oikeuskansleri oli pakotettu ”asettamaan välttämättömyyden pakosta syytteet Tanneria ja Kivimäkeä vastaan”. Zdanov arvioi samalla syyttäjän toimintaa: ”Tähän mennessä oikeuskansleri ei ole ollut hullumpi tehtävässään.”⁴⁸ Zdanov hankki syyttäjälle myös tarpeelliseksi katsomaansa lisäaineistoa ja jopa vaati muutettavaksi haltuunsa saamaa syyttäjän oikeudenkäyntiä varten laatimaa kirjelmää. Tarjanne kuitenkin päätti yhteisymmärryksessä oikeusministeri Kekkonen kanssa, että kirjelmä jää alkuperäiseen muotoonsa.⁴⁹

44 Sotasyllisyyden asiakirjat, s. 327–331 ja Tarkka 1977, s. 134–135 sekä Seppinen 2009, s. 66. Tarjanne on myöhemmin todennut, että lopullisesti lain laati miltei kokonaan Kekkonen; Lehtinen – Rautkallio 2005, s. 124.

45 Keskustelusta Sotasyllisyyden asiakirjat, s. 339–354 ja Paasikiven päiväkirjat 16.8. ja 18.10.1945. Juhani Suomen mukaan Kekkonen olisi ollut valmis uskomaan syyttäjän tehtävät oikeudenkäynnissä ”poliittiselle henkilölle”. Taustalla oli ajatus siitä, että kyse oli paljon enemmän poliittisesta kuin oikeudellisesta kysymyksestä. Juhani Suomi, Vonkamies. Urho Kekkonen 1944–1950. Otava 1988, s. 171–172.

46 Petäys sai tutkintaan ja sen suuntaamiseen evästyä pääministeriltä; Lehtinen – Rautkallio 2005, s. 142.

47 Sotasyllisyyden asiakirjat, s. 398–399, 416 ja 425 ja Paasikiven päiväkirjat 3.11. ja 6.11.1945 sekä Tarkka 1977, s. 168–169; Tarkka katsoo, että Tarjanne oli tinkinyt tiukan juridisesta linjasta ja asettanut sotasyllisyyden poliittisen tarkoituksen edelle.

48 Sotasyllisyyden asiakirjat, s. 440–450.

49 Tarkka 1977, s. 184–188 ja 201–208 ja Sotasyllisyyden asiakirjat, s. 440–455, 491–498, 516, 542–544, 556–568, 585, 589–590 ja 598–600 sekä Lehtinen – Rautkallio 2005, s. 248–249.

Oikeuskanslerin rooli oli sotasyällisyyskysymyksen käsittelyn eri vaiheissa monin tavoin poikkeuksellinen. Hän osallistui operatiivisena toimijana aktiivisesti jo sen kysymyksen selvittelyyn ja ratkaisemiseen, miten asiassa päästään Zdanovin vaatimaan tulokseen ja luonnosteli tähän päämäärään tähtäävää taannehtivaa rikosoikeudellista lainsäädäntöä. Lisäksi hän kävi oikeuskäsittelyn aikana ulkoprosessuaalisia keskusteluja syytteen ajamisesta.⁵⁰ Voidaan kysyä, miksi riippumaton ja itsenäinen oikeuskansleri toimi näin. On kuitenkin vaikea nähdä, miten oikeuskansleri tuossa tilanteessa olisi voinut toimia muutoin; ainoa todellinen vaihtoehto olisi ollut irtisanoutua virasta. Syyttäjän tehtävän hoitaminen kuului Tarjanteen virkavelvollisuuksiin. Sen sijaan laillisuusvalvojana oikeuskansleri olisi voinut – ja oikeaoppisesti ajatellen hänen olisi pitänytkin – pidättäytyä osallistumasta tapahtuneella tavalla lain valmisteluun.⁵¹ Mutta noissa oloissa juridisen puhdasoppisuuden varjeleminen ei ollut prioriteeteissa ilmeisesti ensimmäisenä. Tarjanne kuten hallituskin otti todesta Zdanovin uhkaukset siitä, että sotasyällisyyskysymys voitaisiin ottaa Suomelta pois ja viedä oikeudenkäynti Neuvostoliittoon ja että äärimmillään seurauksena voisi olla vielä pahempaa.⁵² Suomen piti tälläkin tavalla näyttää, että se tuomitsee aikaisemman politiikkansa. Oikeudenkäynti oli poliittisen tilanteen vaatima näytelmä⁵³ ja siinä oli toimittava oikeuskanslerille annetun roolin mukaisesti. Oikeuskanslerin tehtävänä oli antaa oikeudenkäyntiä kuvaavalle näytelmälle uskottavuutta oikeudellisten muotojen ja periaatteiden edes jonkinlaisesta noudattamisesta. Tarjanne oli pääministeri Paasikiven luottomies ja hän tuki hallitusta lojaalisti. Sotasyällisyyskysymyksessä oikeusvaltio koki pohjakosketuksen. Mutta tässäkin voidaan ehkä puhua pyrkimyksestä jonkinlaiseen torjuntavoittoon: hoitamalla asiat itse arveltiin välttävän pahemmalta.⁵⁴ Joka tapauksessa jälkikäteen arvioiden oikeuskansleri vain veti loppuun saakka sen roolin, joka näytelmässä hänelle lankesi. Oikeuskansleri Tarjanne tuli aika-laistensa silmissä leimatuksi toimintansa vuoksi. Toisaalta hallituksen piirissä hänen arvostuksensa sanotaan nousseen.⁵⁵ Lasse Lehtinen ja Hannu Rautkallio kuvaavat sotasyällisyyskysymystä käsittelevässä kirjassaan Tarjannetta poliittisesti kokemattomaksi, tavanomaisen uran tehneeksi virkamieheksi, joka pakosta

50 Lehtinen ja Rautkallio jopa tulkitsevat, että oikeusministeri Kekkonen olisi ollut muotoilemassa kaikkia prosessin kannalta keskeisiä syyttäjän asiakirjoja; Lehtinen – Rautkallio 2005, s. 249.

51 Olen pohtinut oikeuskanslerin laillisuusvalvojan roolia lainvalmisteluprosessissa puheenvuorossani oikeuskanslerin kertomuksessa vuodelta 2016, s. 12–23.

52 Lehtinen – Rautkallio 2005, s. 115, 119–120, 124, 184, 194 ja 253 sekä Paasikiven päiväkirjat 5.9.1945, jossa Zdanovin kerrotaan viitanneen jopa uuden sodan mahdollisuuteen Suomen ja Neuvostoliiton välillä.

53 Tarkka 1977, s. 262–264 sekä Seppinen 2009, s. 67–69.

54 Olisikohan taustalla voinut olla myös takavuosien historian kokemusta poliittisten tavoitteiden ajamisesta oikeudellisin muodoin ja argumentein periaatteella, että tarkoitus pyhittää keinot; vrt. edellä alaviitteet 27 ja 28.

55 Lehtinen – Rautkallio 2005, s. 254 ja Seppinen 2009, s. 73.

eläytyi osaansa poliittisessa oikeudenkäynnissä.⁵⁶ Pääministeri Paasikivi ja tasavallan presidentti Mannerheim puolestaan luonnehtivat Tarjannetta poliittiseksi juristiksi.⁵⁷ Ehkä molemmissa näkemyksissä on osa totuutta.

3.3. Rötösherrajahtia ja presidentillistä ohjausta

Taloudellinen rikollisuus nousi Suomessa 1970-luvulla kriminaalipoliittisen mielenkiinnon kohteeksi. Vuosikymmenen lopulla ja seuraavan alussa talousrikkosjuttujen määrä lisääntyi syyttäjien työpöydillä ja tuomioistuimissa räjähdysmäisesti.⁵⁸ Syytettyjen penkeille istutettiin siellä aiemmin harvemmin nähtyyn ihmisryhmään kuuluvia yhteiskunnan hyväosaosaisia. Keskusteluun ilmestyi käsite ”rötösherrajahti”. Oikeuskoneistolle uudenlaisten ja vaikeiden rikosten nopea lisääntyminen aiheutti tutkinnallisia haasteita, ja kun kohuttuja rikosjuttuja meni nurin tuomioistuimissa, alkoi julkinen arvuuttelu syistä.

Tilanne oli kiinnittänyt tasavallan presidentti Mauno Koiviston huomiota. Hän käytti syntymäpäivillään marraskuussa 1983 onnittelemaan tulleiden oikeuslaitoksen edustajien läsnä ollessa puheenvuoron, joka nähtiin julkisuudessa syyttäjistöön ja siten myös oikeuskansleriin kohdistuneeksi raskaaksi moitteeksi ja vaikuttamisyritykseksi heidän toimintaansa. Koivisto totesi puheessaan, että syytteitä nostetaan paljon varmuuden vuoksi ja että pitäisi harkita sellaisen syyttäjän vaihtamista, jonka syytteitä usein hylätään.⁵⁹ Edellisenä vuonna oikeuskansleriksi nimitetty Kai Korte torjui heti lehtihaastattelussa tasavallan presidentin esittämän huolen siitä, että syyttäjät liian herkästi ja varmuuden vuoksi nostaisivat syytteitä. Keskustelu jatkui seuraavan vuoden puolella yhä kiihtyen. Tulilinjalle joutuivat erityisesti syyttäjät mutta myös esitutkintaviranomaiset. Tasavallan presidentin moitteet ja siitä alkanut keskustelu johti siihen, että syyttäjät tulivat varovaisemmiksi syytteiden nostamisessa.⁶⁰

Koiviston muistelmista ilmenee, miten syyttäjien toiminta askarrutti tasavallan presidenttiä. Hän jopa perehtyi joidenkin juttujen asiakirjoihin ja hankki oikeuskanslerinvirastosta muun muassa syyttäjälaitosta koskevaa materiaalia.

56 Lehtinen – Rautkallio 2005, s. 253–254.

57 Paasikiven päiväkirjat 16/18.9.1945. Luonnehdinta on tosin ymmärrettävä asiayhteydessään: tuolloin keskustelua käytiin Paasikiven mahdollisesta seuraajasta ja yhtenä vaihtoehtona tuotiin Tarjanteen nimi esille.

58 Jaakko Jonkka, Syytekynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1991, s. 314–315 siinä mainittuine lähteineen.

59 Mauno Koivisto, Kaksi kautta I. Kirjayhtymä Oy 1994, s. 140–142 ja Juhani Suomi, Pysähtyneisyyden vuodet. Mauno Koiviston aika. Otava 2005, s. 493 sekä Seppinen 2009, s. 176. Seppinen toteaa, että Koiviston moite osui suoraan oikeuskanslerinvirastoon.

60 Jonkka 1991, s. 304–320.

Koivisto kertoo, että hänen välinsä ”oikeuskansleri Kortteen kanssa kiristyivät kovasti”. Koivisto kirjoittaa muistelmissaan: ”Harkitsin oikeuskansleri Kortteen asettamista oikeudelliseen vastuuseen virkatehtävien vakavasta laiminlyönnistä.” Hän myös saneli tämän sisältöisen kirjeen oikeuskanslerille itsenäisyyspäivänä 1984.⁶¹ Tasavallan presidentin voimakas reaktio oikeuskansleria kohtaan tuntuu yllättävältä – varsinkin, kun mitään konkreettista epäilyä lainvastaisuudesta ei ole tiedossa.⁶² Juhani Suomi katsoo kannanoton juontuneen ”kasvavasta vastenmielisyydestä, jota Koivisto tunsu syyttäjien esimestä, oikeuskansleri Kortetta kohtaan”. Hän myös toteaa Kortteen olleen ensimmäinen oikeuskansleri, joka joutui siinä määrin tasavallan presidentin maalitauluksi, että katsoi parhaaksi väistyä paikaltaan odotettua varhemmin.⁶³ Olipa syy mikä tahansa, oikeusvaltion keskeinen periaate oikeudenkäytön riippumattomuudesta sai kyytiä maan isän kädestä.⁶⁴ Tapaus osoitti myös ylimmän syyttäjän herkkää suhdetta poliittiseen valtaan – varsinkin jos tämä samalla on oikeuskanslerin tavoin muutoinkin sitä lähellä. Tässäkin suhteessa erillisen valtakunnansyyttäjän viran perustaminen on ollut perusteltua.

4. Oikeuskansleri erityissyyttäjänä

4.1. Yleisestä syyttäjistä erityissyyttäjäksi

Oikeuskanslerit olivat ylimmän syyttäjän tehtävässä osoittaneet vaihtelevasti harrastuneisuutta. Lähinnä olosuhteiden vuoksi on edellä noussut esiin Charpentierin, Makkosen ja Tarjanteen toiminta syyttäjänä. Tarjanteen jälkeen oikeuskanslerina toiminutta C.G. Mölleriä on mainittu sodan jälkeen rehottaneen korruption kitkijänä, kun taas hänen seuraajansa Olavi Honka olisi Seppisen

61 Koivisto 1994, s. 143–159. Jos Koivisto koki välien kiristyneen, niin myös Kortteeseen ”rötösherrajhti” lieveilmiöineen jätti jälkensä; Seppinen 2009, s. 180.

62 Reaktiota on ihmetelty myös molemmat hyvin tuntenut moninkertainen ministeri Esko Rekola. Tästä Esko Rekola, Viran puolesta. WSOY 1998, s. 316.

63 Suomi 2005, s. 494–945.

64 Aiheeni kannalta ei ole tarpeen pohtia Koiviston motiiveja poikkeukselliselle menettelylle. Totean vain, että aikalaiskeskustelussa asialla spekulointiin laajasti ja tasavallan presidentin puuttuminen talousrikosten tutkintaan yhdistettiin joillakin tahoilla epäilyyn, että tutkinnat olisivat tulleet liian lähelle häntä. Mitään viitettä tällaisesta ei kuitenkaan ilmennyt. Äskettäin tosin tuli julkisuuteen tietoa, että Koivisto oli ryhtynyt ”suojaaviin toimenpiteisiin” samoihin aikoihin paljastuneiden vävyensä bisnesepäselvyyksien vuoksi ja käynyt asiasta myös kulisseyssa joitakin keskusteluja; tästä Pekka Ervasti – Seppo Tiitinen, Tiitinen. Vakoilijoita ja veijareita. Otava 2018, s. 131–135. Uskottavimpana selityksenä kuitenkin pidän sitä, että Koiviston oikeudentunto vanhana talousmiehenä vain herkistyi juuri näissä asioissa, joiden tutkinnassa saattoi nähdä uutuutensa vuoksi ylilyöntejäkin – mahdollisiin ylilyönteihin kovaiskuinen lentopalloilija vastasi ylilyönnillä.

mukaan painanut vastaavanlaisia asioita villaisella.⁶⁵ Seppisen antama tuomio on ehkä turhan jyrkkä, mutta aikanaan kommunistioikeudenkäyntien syyttäjänä kannuksia hankkinut Honka vaikuttaa kyllä muistelmiensaakin mukaan olleen oikeuskanslerina syyttäjänroolissaan varsin lempeä ja ymmärtäväinen. Toisaalta hän kiinnitti huomiota syyttäjien aseman vahvistamiseen ja pyrki tehostamaan talousrikosten tutkintaa.⁶⁶ ”Rötösherrajahti” puolestaan henkilöityi vahvasti (ja ylimitoitetusti) Kortteeseen, minkä vuoksi hänen jälkimaineessaan korostuu syyttäjänrooli. Ylipäänsäkin voi sanoa, että ylimmän syyttäjän tehtävät suurta yleisöä kiinnostavine rikosjuttuineen saattoivat olla monesti ulospäin näkyvin osa oikeuskanslerin työstä, millä seikalla on voinut olla jopa vaikutusta siihen kuvaan, joka oikeuskanslerista on mieliin jäänyt.⁶⁷ Sen sijaan syyttäjäorganisaation sisällä rivisyyttäjän näkökulmasta oikeuskansleria ja oikeuskanslerinvirastoa pidettiin esimiesroolissaan varsin yleisesti näkymättömänä ja etäisenä.⁶⁸ Syyttäjien koulutuksen aloittaminen oikeuskansleri Risto Leskisen aikana oli omiaan tuomaan tähän jossakin määrin korjausta.⁶⁹ Aika oli kuitenkin ajanut peruuttamattomasti vanhan järjestelmän ohi. Nykyajasta katsottuna voi ihmetellä, miten oikeuskansleri oli niinkin pitkään kyennyt hoitamaan ylimmän syyttäjän ja syyttäjälaitoksen johtajan tehtäviä muiden töidensä ohella ja käytettävissään olleilla resursseilla. Ylimmän syyttäjän ja ylimmän laillisuusvalvojan tehtävien yhdistelmä ei myöskään roolien potentiaalisen ristiriitaisuuden vuoksi ollut paras mahdollinen.

Syyttäjälaitoksen kehittämisen ja uudistamisen tarve nähtiin jo autonomian aikana kuten Ignatiuksen väitöskirjakin osoittaa. Tilanne ei parantunut yhtään Suomen itsenäistyessä. Oikeuskansleri Charpentier kuvasi vuodelta 1922 antamassaan kertomuksessa vallinnutta tilannetta karusti: ”Todellisuudessa ei meidän nykyisessä rikosprosessissamme ole mitään heikompaa kohtaa kuin syyte ja sen valmistelu.” Hän tarkasteli myös kaupunginviskaalien koulutustasoa, joka vaihteli alakoulusta lakimiestutkintoon ja esim. Helsingin ensimmäinen kaupunginviskaali oli käynyt vain neljä luokkaa yläalkeiskoulua.⁷⁰ Asiaa pohdittiin myös useissa prosessilainsäädännön uudistussuunnitelmissa. Vaikka syyttäjien ammattitaitoa aikaa myöten huomattavasti parani, organisatorinen hajanaisuus säilyi. Vasta

65 Seppinen 2009, s. 79–85.

66 Honka 1972, s. 237–247.

67 Esim. vielä kolmen vuosikymmenen jälkeen kantelijoilta saattoi kuulla, että ”Kai Korte oli viimeinen oikea oikeuskansleri”.

68 Julia Jansson, Helsingin kaupunginviskaalinviraston historia – kunniatehtävästä tulosvastuuseen. Edita 2014, s. 115–116. Samaa olen kuullut syyttäjiä aikoinaan haastatellessani.

69 Koulutuksen alkuvaiheista esim. Ritva Santavuori, Rouva syyttäjä. Edita 1997, s. 62–81 sekä Syyttäjäkoulutus 30 vuotta – Juhlanumero. Akkusastoori Extra 6.3.2008.

70 Oikeuskanslerin kertomus vuodelta 1922, s. 17–22.

1990-luvulla alkoi tapahtua.⁷¹ Vuonna 1996 toteutettiin paikallistason uudistus, kun kihlakunnansyyttäjät korvasivat aikaisemmat nimismiehet/apulaisnimismiehet ja kaupunginviskaalit. Seuraavana vuonna ylimmän syyttäjän tehtävät siirrettiin oikeuskanslerilta ja perustettiin valtakunnansyyttäjän virka ja hänen alaisuuteensa valtakunnansyyttäjänvirasto.

Nykyisin oikeuskanslerin syyttäjäntehtävät rajoittuvat eduskunnan oikeusasiamiehen tavoin vain laillisuusvalvontaan kuuluviin asioihin, joissa ylimmillä laillisuusvalvojilla on yleisten syyttäjien kanssa rinnakkainen syyteoikeus.⁷² Laillisuusvalvojien syyteoikeus on vahva: he voivat nostaa toimivaltaansa kuuluvassa asiassa syytteen, vaikka yleinen syyttäjä olisi tehnyt syyttämättäjäättämispäätöksen. Tuomarien virkatoimessa tekemiin rikoksiin ylimmillä laillisuusvalvojilla on yksinomainen syyteoikeus. Tuomioistuimiin kohdistuva valvonta on oikeuskanslerin laillisuusvalvonnan painopistealueita, ja tuomarien virassa tekemiksi epäiltyjen rikosten syyteharkinta ohjautuu käytännössä juuri oikeuskanslerille.⁷³

Erityissyyttäjänä oikeuskansleri voidaan lukea osaksi rikosoikeudellista kontrollikoneistoa, mutta tuomarien rikosepäilyitä lukuun ottamatta hänen syyteoikeudellaan on vain yleisten syyttäjien toimintaa täydentävä merkitys. Poliisin ja syyttäjälaitoksen tehtävä on saattaa myös virkarikokset tutkintaan ja sitä kautta tekijät rikosoikeudelliseen vastuuseen. Pääsääntöisesti – käytännössä lähes poikkeuksetta – epäillyt rikokset ohjautuvat tutkittavaksi tätä normaaliväylää pitkin. Jos ylimmät laillisuusvalvojat joutuisivat nostamaan paljon syytteitä, se osoittaisi syyttäjälaitoksen toimivan huonosti. Ylimmät laillisuusvalvojat nostavatkin nykyisin syytteitä hyvin vähän. Erityisesti oikeusasiamiehen syytteiden lukumäärä on 2000-luvun aikana selvästi laskenut, ja syytteen perustana olevien rikosten laatukin on jossakin määrin muuttunut, mikä viittaa myös jonkinlaiseen roolin muuttumiseen.⁷⁴ Vuosina 1992–2001 oikeusasiamies tai apulaisoikeusasiamies nostivat syytteen yhteensä 34 henkilöä vastaan. Vuodesta 2002 vuoteen 2018 ulottuvalla jaksolla syytettyjen lukumäärä oli pudonnut kolmasosaan. Oikeuskansleri ja apulaisoikeuskansleri puolestaan määräsivät syytteen nostettavaksi

71 Jaakko Jonkka, Syyttäjälaitoksen uudistamisesta. Teoksessa Raimo Lahti (toim.), Kohti rationaalista ja humaania kriminaalipolitiikkaa. Omistettu Inkeri Anttilalle 29.11.1996. Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos 1996, s. 264–279. sekä Seppinen 2009, s. 112–115, 136–139, 147–149, 182–185 ja 198–200.

72 Suomen perustuslaki 110 § 1 momentti.

73 Laajemmin Jaakko Jonkka, Oikeuskansleri tuomioistuinten valvojana, s. 167–198 teoksessa Erkki Havansi – Risto Koulu – Heidi Lindfors (toim.), Oikeudenkäyntejä ja tuomioistuuimia. Juhlakirja Juha Lappalainen. Edita 2007, rikosepäilyjen vireilletulotavoista oikeuskanslerinvirastossa tarkemmin s. 190–195.

74 1990-luvulla oikeusasiamies osoitti aktiivisuutta muun muassa korruption tutkimisessa; Jaakko Jonkka, Laillisuusvalvoja syyttäjänä, s. 103–114 teoksessa Raimo Lahti – Tapio Lappi-Seppälä (toim.), Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII. Pekka Koskiselle 1.1.2003 omistettu. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 108–109. Ks. myös Heikki Saari, Jacke. Jacob Södermanin elämä. Siltala 2014, s. 232.

vuosina 1992–2001 yhteensä 19 henkilöä vastaan. Vuodesta 2002 vuoteen 2018 syytteitä nostettiin 19 tapauksessa ja syytettyjä oli 20.⁷⁵

Sen ohella, että ylimmän syyttäjän tehtävät siirtyivät pois, oikeuskanslerin laillisuusvalvojan rooli on aikojen kuluessa muuttunut oikeuskulttuurin myötä. Siinä missä laillisuusvalvonta ennen miellettiin pikemmin taaksepäin katsovaksi ja rankaisevaksi, se nykyisin ymmärretään eteenpäin suuntautuvaksi viranomais-toiminnan ohjaukseksi ja hyvän hallinnon kehittämiseksi. Kovistelu on muuttunut argumentoinniksi. Rikoslain sijasta tärkeäksi työkaluksi on tullut perus- ja ihmisoikeusjuridiikka. Mutta tuntuu, että kantelijat kaipaavat laillisuusvalvojilta edelleen kovempia otteita. Toisinaan on jopa esitetty epäilyjä, että ylimmillä laillisuusvalvojilla olisi korkeampi syytekynnys kuin yleisillä syyttäjillä ja että he vain heristelevät sormiaan tilanteissa, joissa yleinen syyttäjä olisi nostanut syytteen. Olen käsitellyt tätä kysymystä Pekka Koskiselle omistetun juhla- ja artikkelisani, missä esittämäni viittaa.⁷⁶ Totean tässä vain, että (abstraktina) syytekyntymyksenä kummallakin on sama ”todennäköiset syyt”.⁷⁷

4.2. Oikeuskanslerin syyttämiskäytäntöä

Vuosina 2002–2018 oikeuskanslerin virastosta syytteen saaneista 20 henkilöstä kaikki työskentelivät lainkäytön parissa. Tuomareita oli 15, käräjäoikeuden toimistosiheteereitä oli kaksi ja yksi lautamies. Joukossa oli lisäksi yksi haastemies ja valtakunnansyyttäjä. Asioista seitsemän tuli oikeuskanslerin virastoon vireille hovioikeuden ilmoituksen perusteella, poliisin tai syyttäjän ilmoituksesta kuusi, käräjäoikeuden laamannin ilmoituksen johdosta kaksi, samoin kaksi kantelusta ja kaksi rangaistustuomioiden tarkastuksen perusteella. Kolmasosassa tapauksia syy syytteen nostamiseen oli asian käsittelyn tai tuomion antamisen viipyminen, yhteen liittyi myös laiminlyönnin salaamiseksi tehty virheellinen merkintä asianhallintajärjestelmään. Tuomareita joutui syytteeseen myös yksipuoliseen tuomioon (dnro OKV/353/1/07) ja konkurssiasian käsittelyyn (dnro OKV/34/31/2012) liittyvän lainvastaisuuden vuoksi. Kahdelle tuomarille luettiin syyte heidän antettuaan syyppääksi lukevan tuomion syyteoikeudeltaan vanhentuneesta rikoksesta (dnro OKV/142/30/03 ja dnro OKV1/30/2017). Yksi tuomari sai syytteen toimittuaan päihtyneenä oikeuden puheenjohtajana (dnro OKV/12/31/03), yksi laiminlyötyään lähettää kahdessa tapauksessa vankilaan tietoa tutkintavangin

75 Vuosia 1992–2001 koskevat syytetiedot Jonkka 2003, s. 103–114. Vuosia 2002–2018 koskevat tiedot ovat kummankin viraston/kanslian itsensä julkaisemia.

76 Jonkka 2003, s. 103–114.

77 Todennäköisten syiden” tulkinnasta sekä abstraktista ja konkreettisesta syytekyntymyksestä Jonkka 1991, s. 128–296 ja tiiviimmin Jaakko Jonkka, Syyttäjänrooli ja syytekyntymys. Defensor Legis 6/2003, s. 976–992.

vapauttamispäätöksestä (dnro OKV/12/31/2013) sekä yksi annettuaan tiedotusvälineille salassa pidettävää tietoa tuomiosta. Lautamiestä syytettiin sen vuoksi, että oli toiminut esteellisenä oikeuden jäsenenä (dnro OKV/1/31/06) ja haastemiestä sen vuoksi, että oli laiminlyönyt antaa haasteen tiedoksi määräajassa (dnro OKV/13/21/2008). Toimistosiihteereitä syytettiin juttujen viipymiseen johdaneista asiakirjojen käsittelyn laiminlyönneistä, toista sen lisäksi virheellisen merkinnän tekemisestä asianhallintajärjestelmään (dnro OKV/2/31/04 ja dnro OKV/5/31/2009). Valtakunnansyyttäjää syytettiin osallistumisesta koulutuksen hankintapäätöksen tekoon esteellisenä (dnro OKV/3/21/2017).

Tarkastelen muutamia syyteratkaisuja yksityiskohtaisemmin havainnollistaakseni yhtäältä sitä, miten on vedetty rajaa rikosoikeudellisen ja laillisuusvalvonnallisen reaktion välille, ja toisaalta sitä, miten vastuuta on tuomioistuimen sisällä kohdennettu.⁷⁸

Seuraavassa tapauksessa on käsittelyn viivästymisen ohella muitakin rikosoikeudellisesti kiinnostavia rajanvetoja (dnro OKV/15/31/2008). Hovioikeus oli ilmoittanut oikeuskanslerille, että käräjätuomarilla oli useita kohtuuttoman pitkään, pahimmillaan lähes viisi vuotta vireillä olleita asioita. Hovioikeus mainitsi myös, että nämä jutut eivät olleet näkyneet käräjäoikeuden puolivuotisraportissa, jossa piti ilmoittaa yli vuoden vireillä olleet asiat eivätkä ne olleet tulleet ilmi myöskään hovioikeuden tarkastuksella. Hovioikeus oli näistä tietämättä esittänyt käräjätuomaria tuomarivalintalautakunnalle antamassaan lausunnossa nimitettäväksi hakemaansa toiseen käräjätuomarin virkaan, johon tuli sittemmin nimitetyksi. Esitutkinta-aineiston perusteella oikeuskansleri ratkaisussaan katsoi, että asiat eivät olleet poikkeuksellisen laajoja tai erityisen vaikeita ratkaistavaksi, eikä mikään viitannut myöskään siihen, että käräjätuomarilla olisi ollut käsiteltävänä poikkeuksellisen runsaasti asioita. Pikemmin viivästyksiset vaikuttivat olevan seurausta käräjätuomarin asennoitumisesta työtehtäviinsä ja asioiden viivytyksettömän käsittelyn merkitykseen. Raportoinnin osalta oikeuskansleri totesi, että käräjätuomari oli merkinnyt totuuden vastaisesti asiat ratkaistaviksi asianhallintajärjestelmään välttääkseen näin laiminlyöntiensä tulemistä ilmi hovioikeudelle lähetettävissä raporteissa ja välttyäkseen siitä tulevista haitallisista seurauksista. Oikeuskansleri kehotti valtakunnansyyttäjää nostamaan syytteen käräjätuomaria vastaan viivästymisten osalta tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta ja asianhallintajärjestelmään tekemiensä merkintöjen osalta rikoslain 40 luvun 7 §:ssä rangaistavaksi säädetystä virka-aseman väärinkäytämisestä, toissijaisena syytteenä tästä teosta esitettiin rikoslain 40 luvun 9 §:n tarkoittama virkavelvollis-

78 Kaikki selostamani tapaukset ovat minun ratkaisemiäni, joten tyydyn vain kuvailemaan niitä. Samoin edellä vuosina 2002–2018 luetelluista syyteratkaisuista kaikki neljää lukuun ottamatta ovat ratkaisujani.

suuden rikkominen. Oikeuskansleri katsoi myös, että koska viimeksi mainittu teko osoittaa tuomarille sopimatonta epärehellisyyttä, kärjätuomaria oli vaadittava menettämään virkansa. – Hovioikeus tuomitsi kärjätuomarin tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta ja virkavelvollisuuden rikkomisesta. Hovioikeuden mukaan virheellisten asianhallintajärjestelmämerkintöjen tekemisessä ei ollut kyse virka-aseman väärinkäyttämisen tunnusmerkistössä tarkoitettusta päätöksenteosta tai sen valmistelusta. Oikeus totesi kärjätuomarin epärehellisen menettelyn vaarantaneen luottamusta tuomioistuimen toiminnan asianmukaisuuteen, mutta kärjätuomari ei kuitenkaan rikkonut virkavelvollisuuttaan niin olennaisesti, että rikos olisi osoittanut hänet ilmeisen sopimattomaksi hoitamaan kärjätuomarin virkaa ja hylkäsi vaatimuksen viraltapanosta. Oikeuskansleri valitti korkeimpaan oikeuteen, joka ei muuttanut tuomiota.

Kanteluteitse vireille tullessa tapauksessa dnro OKV/880/1/2006 kyse oli kärjätuomarin aiheuttamasta yhteensä viiden jutun käsittelyn viivästymisestä. Lisäksi tapauksessa arvioitiin laamannin ja osastonjohtajan vastuuta viivästymisiin. Oikeuskansleri arvioi, että kärjätuomarin menettelyä ei selittänyt poikkeuksellisen suuri työmäärä vaan päinvastoin hänelle kuuluvia töitä oli esimiestötoimin siirretty muiden hoidettavaksi. Kärjätuomari oli jo aiemmin saanut ylimmillä laillisuusvalvojlta kaksi huomattavaa asioiden viipymisestä. Oikeuskansleri kehotti nostamaan syytteen kärjätuomaria vastaan tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta. Laamannin osalta todettiin, että juttujen käsittelyn valvonta oli delegoitu osastopäälliköiden tehtäväksi ja kyse oli Suomen suurimmasta kärjäoikeudesta, joten laamannilla oli rajalliset mahdollisuudet seurata yksittäisellä tuomarilla olevien juttujen käsittelyä. Sen sijaan osastonjohtajan kohdalla todettiin, että tämän toimet eivät kaikilta osin olleet riittäviä, ja oikeuskansleri saattoi päätöksessä lausumansa asiat osastonjohtajan tietoon. Kärjätuomari tuomittiin syytteen mukaisesti varoitukseen.

Seuraavassa tapauksessa on kyse kärjäoikeuden toimistosihteerin menettelystä ja siihen liittyvästä laamannin vastuusta (dnro OKV/5/31/2009). Asia tuli vireille hovioikeuden ilmoituksesta, jonka mukaan tarkastuksessa oli havaittu kärjäoikeudessa olevan yksitoista ratkaistuksi merkittyä juttua tosiasiallisesti ratkaisematta. Juttujen asiakirjat löytyivät toimistosihteerin työhuoneesta. Oikeuskanslerin määräämässä esitutkinnassa ilmeni, että toimistosihteerin oli laiminlyönyt velvollisuutensa huolehtia asioiden siirrosta uudelle ratkaisijalle, kun niiden käsittelijänä olleiden notaarien virkasuhde oli päättynyt. Menettelyn vuoksi oli aiheutunut viivästymisiä ja syyteoikeuden vanhentumisia. Oikeuskansleri määräsi toimistosihteerin syytettäväksi tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta ja asianhallintajärjestelmään tekemiensä virheellisten ratkaisumerkintöjen vuoksi virkavelvollisuuden rikkomisesta sekä laamannin valvontavelvol-

lisuutensa laiminlyönnin vuoksi tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta. Hovioikeus tuomitsi toimistosihteerin syytteessä mainituista rikoksista sakkorangaistukseen. Laamannia koskeva syyte hylättiin. Hovioikeus totesi tämän laiminlyöneen käräjäoikeusasetuksen 12 §:ssä säädetyn valvontavelvollisuutensa, mutta teko ei kuitenkaan vähäisyytensä vuoksi täyttänyt tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen tunnusmerkistöä.

Oikeuskanslerinviraston suorittamissa rangaistustuomioiden tarkastuksissa tulee aika ajoin ilmi syyteoikeudeltaan vanhentuneesta teosta annettuja tuomioita. Menettely on sellainen, että jos tuomiota ei ole valituksen johdosta muutettu, oikeuskansleri hakee purkua korkeimmalta oikeudelta ja sen jälkeen asia otetaan selvitettäväksi laillisuusvalvonnallisesti. Tavallisesti tämä johtaa tuomarille annettavaan huomautukseen, mutta jos teosta on aiheutunut vahinkoa – esimerkiksi tuomittu on jo kärsinyt siitä rangaistusta – seurauksena on yleensä ollut syyte. Seuraava tapaus (dnro OKV/142/30/2003) johti syytteeseen. Laamanni oli tuominut syytetyn muun ohella kulkuneuvon kuljettamisesta oikeudetta, vaikka haaste tästä oli annettu syyteoikeuden vanhentumisen jälkeen. Apulaisoikeuskansleri kehotti valtakunnansyyttäjää nostamaan laamannia vastaan syytteen tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta. Syytettä perusteltiin muun muassa näin: ”Tuomitseminen syyteoikeudeltaan vanhentuneesta rikoksesta on periaatteessa vakava virhe. Merkitsehän se rangaistuksen tuomitsemista tilanteessa, missä sitä ei lain mukaan olisi pitänyt tuomita. Lakiin perustumattoman rangaistuksen tuomitseminen kohdistuu tuomiovallan käyttämisen ydinalueelle, ja tällainen teko on omiaan vakavalla tavalla vaarantamaan luottamusta lainkäytön asianmukaisuuteen.” Apulaisoikeuskanslerin päätöksessä myös todetaan, että virheestä on aiheutunut konkreettista haittaa ja vahinkoa. Lisäksi teon arvioinnissa otettiin huomioon, että tuomio oli annettu jo haastetta annettaessa vanhentuneesta teosta ja virhe oli tehty kahta tavanomaista tekoa koskevassa tuomioistuinkäsittelyssä. Kyse ei siis ollut laajasta ja vaikeasti hallittavasta asiasta, ja vanhentumisaika oli asiakirjoista vaivatta havaittavissa. Asiassa arvioitiin myös lautamiesten vastuuta. Tältä osin todettiin, että vanhentumisasiä ei ollut päätösneuvottelussa millään tavalla esillä eikä lautamiehillä voitu osoittaa olleen mitään vastuun perustavaa aihetta nimenomaisesti kiinnittää huomiota vanhentumiskysymykseen. Hovioikeus tuomitsi laamannin varoitukseen tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta.⁷⁹

79 Vastaavanlainen tapaus (dnro OKV/1/30/2017) on tätä kirjoitettaessa vireillä oikeudessa. – Joskus tapaukseen liittyvät seikat voivat johtaa poikkeuksellisesti syyttämättä jättämiseen; esim. tapaus dnro OKV/53/30/2005. Tuomittu oli jo ehtinyt kärsiä hänelle määrätyn 90 tunnin yhdyskuntapalvelun. Oikeuskansleri kuitenkin päätyi, viittaten tuomarin poikkeukselliseen työtaakkaan ja asiassa ilmenneisiin muihin lieventäviin seikkoihin, seuraamusluontoiseen syyttämättä jättämiseen ja antoi tuomarille huomautuksen oikeuskanslerista annetun lain 6 §:n 1 momentin nojalla. Samoin dnro OKV/17/30/2015.

Lautamiesten vastuuta on oikeuskanslerinvirastossa jouduttu joitakin kertoja selvittämään.⁸⁰ Syytteitä on tiedossani vain yksi (dnro 1/31/2006). Asia tuli viireille apulaisvaltakunnansyyttäjän ilmoittamana. Apulaisoikeuskansleri määräsi nostettavaksi syytteen lautamiestä vastaan virkavelvollisuuden rikkomisesta, koska hänen katsottiin rikkoneen esteellisyyttä koskevaa lainkohtaa ja käyttäneen päätösharkinnassaan hyväkseen oikeudenkäyntiaineistoon kuulumattomia yksityisiä tietojaan. Kysymyksessä oli lautamiesten äänestysratkaisu, johon puheenjohtaja ja yksi lautamies eivät yhtyneet. Esitutkinnassa oli muun muassa käynyt ilmi, että lautamies oli ennen asian oikeuskäsittelyä puhunut jutusta ja todistajan mukaan tällä oli ollut ”oma voimakas kanta” sekä että ”tilanteessa leikkillisesti lyötiin vetoa”. – Hovioikeus tuomitsi lautamiehen virkavelvollisuuden rikkomisesta sakkorangaistukseen ja määräsi hänet vapautettavaksi lautamiehen tehtävästä. Hovioikeus lausui, että lautamieheltä edellytetään lähtökohtaisesti tehtävään kuuluvien säännösten ja muiden määräysten tuntemista eikä heitä tule asettaa ratkaisutoiminnassa oikeustieteellisen koulutuksen puuttumisen vuoksi eri asemaan kuin virkatuomaria.

4.3. Oikeuskanslerin syyteoikeuden merkityksestä

Voidaan kysyä – ja on toisinaan kysyttykin – tarvitsevatko ylimmät laillisuusvalvojat enää nykyaikana syyteoikeuden mukanaan tuomaa rikosoikeudellista roolia. Suomessa on toimiva esitutkintakoneisto ja syyttäjälaitos, jotka huolehtivat rikosvastuun toteuttamisesta ja siten omalta osaltaan pitävät yllä rikosoikeudellisen järjestelmän uskottavuutta. Miksi oikeuskanslerin pitäisi voida käynnistää esitutkinta ja määrätä syytteen nostamisesta?

Oikeusvaltion tunnusmerkki on, että julkisen vallan käyttäminen perustuu lakiin. Yhtä tärkeää on, että ihmiset luottavat lakia myös käytännössä noudattavan. Tämä on valtiollisen järjestelmän legitimitietin kannalta keskeistä. Oikeuskanslerin laillisuusvalvonta on osa sitä rakennetta, jolla julkisten tehtävien hoidon lainmukaisuutta turvataan ja luottamusta siihen ylläpidetään. Täyttääkseen tehtävänsä valvonnan on oltava uskottavaa. Valvonta on uskottavaa vain, jos se tunnustetaan tehokkaaksi. Valvottavat ottavat yleensä oikeuskanslerin kannanotot vakavasti. Rikosprosessin käynnistämismahdollisuus on tärkeä laillisuusvalvonnan viimekätisenä tehosteena silloin, kun asian laatu sitä välttämättä edellyttää. Jos ylin laillisuusvalvoja ei voisi saattaa käsiteltävänä olevaa julkista valtaa käyttäen tehdyksi epäiltyä rikosta rikosprosessuaaliseen tutkintaan ja teki-jää sitä kautta asianmukaiseen vastuuseen, luottamus valvonnan tehokkuuteen

80 Lautamiehen oikeudellista vastuusta perusteellisemmin Jonkka 2007, s. 179–189.

horjuisi ja valvonta koettaisiin vain näennäiseksi. Tämä olisi omiaan herättämään epäilyjä julkisten tehtävien hoidon lainmukaisuutta kohtaan, millä olisi aikaa myöten heikentävä vaikutus ihmisten luottamukseen yhteiskunnan toimivuuteen ja oikeudenmukaisuuteen. Merkille pantavaa on, että Suomen perustuslakia säädettäessä ylimpien laillisuusvalvojen syyteoikeuden säilyttämistä ei asetettu kyseenalaiseksi.

5. Oikeuskanslerin rooli ministerivastuuasioissa

5.1. Vaalirahoituskohu rassaa poliittista kulttuuria

Ministeri vastaa virkatoimistaan sekä poliittisesti että oikeudellisesti. Perustuslain 108 §:n mukaan oikeuskansleri valvoo myös ministerien virkatoimien lainmukaisuutta.⁸¹ Tässä valvonnassa on käytettävissä syytteen nostamista lukuun ottamatta samat toimenpiteet kuin yleensäkin julkisen tehtävän hoidon valvonnassa eli käsityksen lausuminen ja huomautus. Rikosoikeudellisesta vastuusta on olemassa omat määräykset: syytteestä päättää eduskunta ja syytteen nostamiselle on laissa asetettu kvalifioidut edellytykset. Syytettä ajaa valtakunnansyyttäjä valtakunnan-oikeudessa, jossa on jäsenenä ammattituomareita ja eduskunnan valitsemia jäseniä. Oikeuden ja politiikan yhteen kietoutuminen luo normaaliin rikosprosessiin verrattuna omat erityispiirteensä ministerin virkatoimien rikosoikeudellisen vastuun arviointiin ja toteuttamiseen.

Kymmenkunta vuotta sitten julkisuudessa nousi esiin poliitikkojen vaalirahoitukseen liittyviä epäselvyyksiä, jotka johtivat myös useisiin kanteluihin oikeuskanslerille ja rikosilmoituksiin poliisille. Oikeuskanslerille osoitetuissa kanteluissa keskeistä yleensä oli epäily vaalirahoitusta saaneen ministerin esteellisyydestä.⁸² Oikeuskansleri joutui ottamaan asioita tutkittavaksi omastakin aloitteesta ja jopa ministerin itsensä tiedustelusta.⁸³ Laillisuusvalvonnan muita kontrollinmuotoja täydentävän luonteen mukaisesti oikeuskanslerinvirastossa seurattiin tilannetta ja pidettiin tarvittaessa yhteyttä asiaa selvittäviin eri viranomaisiin. Linjaus oli, että kunkin tapauksen tutkii se taho, jolla siihen

81 Tarkemmin Jaakko Jonkka, Oikeuskansleri valtioneuvoston valvojana. Teoksessa Pia Letto-Vanamo – Olli Mäenpää – Tuomas Ojanen (toim.), Juhlajulkaisu Mikael Hیدن 1939 – 7/12 – 2009. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2009, s. 99–118.

82 Ministeriä koskevat soveltuvin osin hallintolain esteellisyyssäännökset. – Myös muunlaisia kanteluja oli, esimerkiksi oikeusministerin ja ministeriön menettely vaalirahoitusilmoitusten käsittelyssä, dnro OKV/681/1/2008; seloste oikeuskanslerin kertomuksessa vuodelta 2008. s. 84–110.

83 Esimerkiksi dnro OKV/17/20/2008; seloste myös oikeuskanslerin kertomuksessa vuodelta 2008, s. 81–83.

on toimivaltansa puitteissa parhaat keinot ja mahdollisuudet.⁸⁴ Tarvittaessa tehtiin myös yhteistyötä ja yhdistettiin siten eri valvojen asiantuntemus; näin toimittiin muun muassa valtionalouden tarkastusviraston kanssa.⁸⁵ Kun asioiden vakavuus ja laajuus alkoi selvitä, oikeuskanslerinviraston keskeiseksi yhteistyötahoksi tuli valtakunnansyyttäjänvirasto. Työnjaoksi muodostui, että oikeuskansleri tutkii valtioneuvoston piiriin ulottuvat lainvastaisuutta koskevat epäilyt, muutoin virkarikosepäilyt hoitaa yleinen syyttäjä.

Pääministerin vaalirahoitukseen liittyvää esteellisyysepäilyä koskevien kanteleiden käsittelyssä nousi esille muun muassa kysymys siitä, miten laillisuusvalvojan tulee menetellä, jos asiaa olisi perusteltua arvioida myös rikosoikeudellisesti. Oikeuskanslerina tehtäväni oli näiden kuten muidenkin vaalirahoituskantelujen käsittely. Tehty selvitys osoitti, että pääministeri oli valtioneuvoston yleisistunnossa ollut myöntämässä avustusta Nuorisosäätiölle Raha-automaattiyhdistyksen tuotosta, vaikka hän oli vuoden 2006 tasavallan presidentin vaaleja varten saanut noin 23 000 euroa vaalitukea kyseiseltä säätiöltä. Samaan aikaan kantelujen käsittelyn kanssa KRP tutki Nuorisosäätiön laajaksi osoittautunutta vaalirahoitusvyyhtiä. Koska asioilla näkyi olevan ainakin rakenteellista yhteyttä, oikeuskanslerinvirasto seurasi rikostutkintaa ja näki välttämättömäksi yhteydenpidon KRP:n ja valtakunnansyyttäjänviraston kanssa. Käytettävissä olevan selvityksen perusteella voitiin todeta, että pääministerin menettely oli hallintolain 28 §:n 1 momentin 7 kohdan tarkoittamalla tavalla vaarantanut luottamuksen hänen puolueettomuuteensa ja että asiaa on arvioitava myös rikosoikeudellisesti. Koska laillisuusvalvoja ei voi ottaa kantaa ministerin menettelyn rikosoikeudelliseen vastuuseen, tein eduskunnan perustuslakivaliokunnalle perustuslain 115 §:n tarkoittaman ilmoituksen syyskuussa 2010. Asian käsittely eteni tämän jälkeen niin, että eduskunnan perustuslakivaliokunta päätti lokakuussa 2010 pyytää valtakunnansyyttäjää valtakunnanoikeudesta ja ministerivastuuasioiden käsittelystä annetun lain (ministerivas- tuulain) 4 §:n mukaisesti ryhtymään toimenpiteisiin esitutkinnan toimittamiseksi. Perustuslakivaliokunta katsoi toimitetun esitutkinnan jälkeen, että entinen pääministeri oli ”rikoslain 40 luvun 10 §:ssä tarkoitetulla tavalla rikkonut tuottamuksellisesti virkavelvollisuuttaan, mutta että tämä menettely ei ole ollut törkeän huolimaton”. Tällä perusteella valiokunta esitti eduskunnalle, että pääministeri ei ollut menettänyt virkatoimessaan perustuslain 116 §:ssä tarkoitetulla tavalla lainvastaisesti. Eduskunta päätti viikkoa myöhemmin, että syytetty ei nosteta.⁸⁶

84 Oikeuskanslerin kertomus vuodelta 2009, s. 14.

85 Esimerkiksi dnro OKV/19/1/2011; kysymys oli puolustusministeriön edustustiloissa järjestetystä illanvietosta vaalirahoitukseen osallistuneen yhdistyksen avainhenkilöille.

86 Oikeuskanslerin ratkaisu on kokonaisuudessaan selostettu oikeuskanslerin kertomuksessa vuodelta 2010, s. 86–100, ja siinä on tiivistelmä myös perustuslakivaliokunnan ja eduskunnan toimenpiteistä.

5.2. Väärin sammutettu?

Asian vakavuus huomioon ottaen oli yllättävää, että huomio kääntyi varsin pian menettelytapakysymykseen. Oikeuskanslerin ilmoituksen ollessa perustuslakivaliokunnassa käsiteltävänä median välityksellä käytiin keskustelua siitä, oliko ilmoitus perustuslakivaliokunnalle tehty oikeassa järjestyksessä ja kenen asiana olisi ollut käynnistää esitutkinta. Esimerkiksi Iltasanomien (8.10.2010) mukaan perustuslakivaliokunnan puheenjohtaja hämmästytti kommentillaan, että oikeuskanslerin jäävysselvitys oli epäkypä ja että olisi tarkoituksenmukaista tehdä poliisitutkinnat ennen kuin asia tulee perustuslakivaliokuntaan. Iltalehdessä (12.10.2010) kerrottiin: ”Perustuslakivaliokunnan johdon mielestä oikeuskansleri olisi voinut teettää esitutkinnan itse ja vaivata valiokuntaa vasta sen jälkeen.” Esitutkinnan aloittamiskysymys kirvoitti kriittisiä kommentteja myös eduskunnassa asiaa käsitellessä. Esimerkiksi perustuslakivaliokunnan varapuheenjohtaja totesi täysistuntokeskustelussa 22.2.2011 (PTK 159/2010 vp) seuraavaa: ”Nykyisen ministerivastuulain eduskunnalle esittänyt ministeri vakuuttaa, ettei tarkoitus ole ollut lopettaa lainvalvojen perinteistä oikeutta määrätä ministerin virkarikosepäily esitutkintaan. Samaa vakuuttaa perustuslakivaliokunnan silloinen sihteeri. Eduskunta-asiakirjoista ei löydy mitään tukea sille, että oikeuskanslerin tulkinta olisi ollut oikea. — — Kanslerin tulkinta on johtanut tämän asian yhteydessä siihen epätoivottuun tilanteeseen, että perustuslakivaliokunta joutui kaksi kertaa tekemään oikeudellisen arvion asiasta: ensiksi silloin, kun päätettiin esitutkinnan edellytyksistä, ja toisen kerran silloin, kun päätettiin syytekynnyksen mahdollisesta ylittämisestä. Aikaisemminhan on ollut vain yksi oikeudellinen arviointi. Mahdollisen ministerin virkavastuuasian ollessa lainvalvojan käsittelyssä kanslerilla on hyvät edellytykset päättää myös esitutkinnasta. Asian siirtäminen valiokunnalle näyttää tarpeettomalta.”

Perustuslain 115 §:n mukaisesti tehdyn ilmoituksen saaman kritiikin sisältö oli, että oikeuskanslerin olisi ennen ilmoituksen tekemistä tullut toimituttaa poliisilla esitutkinta ja vasta sen jälkeen saattaa asia perustuslakivaliokunnan käsiteltäväksi. Lainsäädännöstä ei löydy tällaista edellytystä ilmoituksen tekemiselle. Tulkinta poikkesi myös oikeuskanslerin toimivallan osalta siitä, mitä tuohon mennessä asiasta oli kirjoitettu. Esitutkinnan käynnistämisen oli perustuslakiuudistuksen jälkeen katsottu kuuluvan vain perustuslakivaliokunnalle tai kysymystä pidettiin ainakin aidosti avoimena. Olin itse 2006 pohtinut professori Raimo Lahdelle omistetun juhlakirjan artikkelissa esitutkinnan aloittamiskysymystä ja asettunut artikkelissa esitetyn perustein sille kannalle, että ylimmät laillisuusvalvojat eivät voi ministerivastuuasiassa aloittaa esitutkintaa. Totesin kuitenkin, että olisi hyvä

selvittää lainsäädännön selkiyttämisen tarvetta.⁸⁷ Eduskunnan oikeusasiamies oli vähän myöhemmin tarkastellut samaa kysymystä ja pitänyt toimivaltakysymystä epäselvänä sekä esittänyt lainsäädännön selkiyttämistä tältä osin.⁸⁸ Esitutinnan aloittamista ministerivastuuasiassa oli käsitelty myös kahdessa tuoreessa lainvalmisteluasiakirjassa. Esitutkintalain, pakkokeinolain ja poliisilain kokonaisuudistamista selvittänyt komiteamietintö totesi, että ylimmillä laillisuusvalvojilla ei voimassa olevan lainsäädännön mukaan ole ministerivastuuasiassa esitutinnan käynnistämisoikeutta.⁸⁹ Sittemmin loppuvuodesta 2010 annetussa, oikeusministeriössä valmistellussa esitutkinta- ja pakkokeinolain uudistusta koskevassa hallituksen esityksessä tuotiin esiin sama kanta.⁹⁰

Toisenlainen tulkinta – tosin varovaisin sanankäntein – tuli kirjatuksi vasta ministerivastuuasian eduskuntakäsittelyn jälkeen. Edellä mainitusta hallituksen esityksestä 8.3.2011 antamassaan lausunnossa perustuslakivaliokunta toteaa, että ylimpien laillisuusvalvojen oikeus määrätä esitutkinta ministerivastuuasiassa on epäselvä ja että valiokunta pitää esityksen perusteluiden tulkintaa tässä suhteessa liian pitkälle menevänä.⁹¹ Perustuslakivaliokunta näkikin tarpeelliseksi ylimpien laillisuusvalvojen toimivallan selkiinnyttämisen. Perustuslakivaliokunta esitti 14.6.2012 saman kannan oikeuskanslerin kertomuksesta vuodelta 2010 antamassaan mietinnössä. Valiokunta toteaa muun muassa, että ministerivastuulain 4 §:ää ei pidä tulkita niin, etteivät ylimmät laillisuusvalvojat voisi käynnistää itse esitutkintaa. Valiokunta huomauttaa, että ministerivastuulain esityötkään eivät viittaa siihen, että lakia säädettäessä olisi ollut tarkoitus tältä osin muuttaa ylimpien laillisuusvalvojen toimivaltaa. Valiokunta korostaa jälleen, että ”nykyinen epäselvä tilanne on haitallinen ja valtioneuvoston piirissä on tarpeellista ryhtyä toimenpiteisiin ylimpien laillisuusvalvojen toimivallan selkiinnyttämiseksi ministerivastuuasiassa”.⁹²

87 Jaakko Jonkka, Valittuja kysymyksiä esitutinnan aloittamisesta ja kohdentamisesta, s. 67–82 teoksessa Petri Jääskeläinen – Pekka Koskinen – Kimmo Nuotio (toim.), Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII. Raimo Lahdelle 12.1.2006 omistettu. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2006, s. 78–81.

88 Eduskunnan oikeusasiamies 20.12.2007 dnro 876/2/2005.

89 Esitutkintalain, pakkokeinolain ja poliisilain kokonaisuudistus. Esitutkinta- ja pakkokeinotoimikunnan mietintö. Komiteamietintö 2009:2, s. 293–294.

90 Hallituksen esitys 222/2010 vp eduskunnalle esitutkintalain ja pakkokeinolain uudistamiseksi, s. 178.

91 PeVL 66/2010 vp.

92 PeVM 6/2012 vp.

5.3. Esitutinnan aloittaminen ministerivastuusiassa

Esitutinnan aloittamiskysymyksestä on siis olemassa kaksi erilaista tulkintaa.⁹³ Epäselvä tilanne jatkuu edelleen, koska perustuslakivaliokunnan toistuvasti edellyttämiä valtioneuvoston toimenpiteitä ei ole tehty. Vaikka ministerivastuusiatioita – ainakin ylimpien laillisuusvalvojen aloitteesta – tulee tutkittavaksi harvoin, on tulkintaepäselvyys näin tärkeässä asiassa vakava. Toimivaltakysymyksen pitää olla selvä, jos joudutaan harkitsemaan esitutinnan käynnistämistä; pelkästään perustuslakivaliokunnan yllä mainittu tulkinta ei luo toimivaltaa. Tämän vuoksi asiaa on syytä tarkastella tässä hieman perusteellisemmin.

Kannanotossaan valiokunta puhuu nimenomaisesti ylimpien laillisuusvalvojen toimivallasta, mutta epäsuorasti siitä ja kuvatusta keskustelusta on pääteltävissä, että näiden myös edellytetään tekevän perustuslain 115 §:n tarkoittaman ilmoituksen vasta valmiin esitutinnan jälkeen. Esimerkiksi eduskuntakeskustelussa todettiin oikeuskanslerin tulkinnan johtaneen ”siihen epätoivottuun tilanteeseen”, että perustuslakivaliokunta joutui päättämään esitutinnan aloittamisesta. Tämän kritiikin perusta jää sikäli avoimeksi, että ainakaan oikeudellisesti tilanteessa ei ministerivastuulain 4 §:n valossa pitäisi olla mitään ongelmaa, sillä tämä lainkohdahan nimenomaisesti säättää tällaisesta menettelystä.⁹⁴ Selvyyden vuoksi sanon olevani samaa mieltä siinä, että tilannetta olisi jossakin mielessä helpottanut, myös oikeuskanslerin kannalta, jos oikeuskansleri olisi voinut käynnistää esitutinnan ja täten saada kytketyksi kanteluita koskeva selvitystyö yhteen KRP:n ja valtakunnansyyttäjän tutkinnan kanssa. Näin olisi ollut myös mahdollisuus hahmottaa paremmin pääministerin menettely suhteessa Nuorisosäätiön vaalirahoitusta koskevaan kokonaisuuteen. Todennäköisesti koko prosessi olisi nopeutunutkin, kun oikeuskansleri olisi voinut aktiivisesti ohjata KRP:n tutkintaa saadakseen tarvittavia tietoja. Kysymys on vain siitä, mihin tällainen toiminta olisi perustettu. Tarkoituksenmukaisuussyyt eivät luo toimivaltaa.

Keskityn seuraavassa siihen, onko oikeuskanslerilla toimivaltaa esitutinnan käynnistämiseen. Jos se perustetaan aikaisempaan käytäntöön, kuten eri yhteyksissä näkyi tapahtuneen⁹⁵, herää kysymys, mikä merkitys on lainsäädännön muuttumisella eli sillä, että hallitusmuodon tilalle on tullut perustuslaki, on säädetty uusi ministerivastuulaki ja oikeuskanslerin rooli ministerivastuusiain tutkimisessa on muuttunut. Onko viittaus aikaisempaan käytäntöön oikeudellisesti relevantti?

93 Pajuoja – Pölonen 2011, s. 511–517 toistaa eduskuntakeskustelun ja perustuslakivaliokunnan argumentaatiota.

94 Kuten jäljempänä nähdään, tällaisen menettelyyn turvaututtiin myös vuonna 1993.

95 Keskustelussa viitattiin toimivallan perusteena myös epämääräisesti ylimpien laillisuusvalvojen ”ikivanhaan” oikeuteen käynnistää esitutkinta; Helsingin Sanomat 13.10.2010, s. A5.

Aikaisempaa vastaavaa käytäntöä on niukasti – jo siitäkin syystä, että hallitusmuodon voimassa ollessa oikeuskanslerin tuli tehdä ilmoitus ensisijaisesti tasavallan presidentille.⁹⁶ Viimeisin eli valtakunnanoikeuteen sittemmin johtanut tapaus vuosilta 1992/1993 on ehkä paras valaisemaan nyt käsiteltävää kysymystä. Esittelen sen lyhyesti.⁹⁷

Oikeuskansleri oli lokakuussa 1992 ottanut tiedotusvälineissä olleen uutisen perusteella tutkittavaksi entistä kauppaja- ja teollisuusministeriä koskevan virka-aseman väärinkäyttövaihteen. Oikeuskanslerinvirastossa käynnistettiin asiassa alustavat puhuttelut, joihin virasto sai virka-apua keskusrikospoliisilta ja joita sittemmin luonnehdittiin erityistutkinnaksi. Koska sama asia oli kansanedustajien muistutuksen vuoksi tullut vireille myös eduskunnan perustuslakivaliokunnassa, oikeuskansleri oli yhteydessä valiokuntaan, jolle hän seuraavan vuoden puolella toimitti erityistutkinnasta laaditun pöytäkirjan. Tämän jälkeen valiokunta pyysi oikeuskansleria ryhtymään toimiin esitutkinnan suorittamiseksi. Esitutkinnan valmistuttua oikeuskansleri toimitti pöytäkirjan valiokunnalle ja oli sen kuultavana kesäkuussa 1993. Tuolloin hän esitti lausunnon, jonka mukaan asiassa ei ollut sellaisia syytteen nostamiseen vaadittavia todennäköisiä perusteita, joiden nojalla ministerin sinänsä moitittava varomaton menettely tulisi katsoa ministerivastuulaissa tarkoitettulla tavalla selvästi lainvastaiseksi. Asia eteni tämän jälkeen niin, että perustuslakivaliokunta jatkoi asian käsittelyä sille tehtyjen muistutusten perusteella ja antoi mietintönsä 5/1993 vp, jossa katsottiin entisen kauppaja- ja teollisuusministerin menettelyn olleen sellaista, kuin tuolloin voimassa olleen ministerivastuulain 7 §:ssä tarkoitetaan. Eduskunta teki tämän jälkeen päätöksen syytteen nostamisesta, jota tuli ajamaan eduskunnan oikeusasiamies. Oikeusasiamiehen pyynnöstä keskusrikospoliisi suoritti vielä lisätutkintaa, ja oikeusasiamiehen laatiman syytteen pohjalta valtakunnanoikeus antoi lokakuussa 1993 asiassa langettavan tuomion.⁹⁸

Tutkinta etsi aluksi uomiaan ja lähti liikkeelle hivenen sekavin muodoin. Vaikka tässäkin tapauksessa esitutkinta lopulta käynnistyi perustuslakivaliokunnan aloitteesta, voidaan päätellä, että oikeuskanslerilla tulkittiin tuolloin olevan itsenäisestikin esitutkinnan käynnistämismahdollisuus.

Asialla oli jälkinäytös: kuusi kansanedustajaa teki perustuslakivaliokunnalle muistutuksen oikeuskanslerin virkatoimen lainmukaisuuden tutkimiseksi. Muis-

96 Hallitusmuodon 47 §:n mukaan oikeuskanslerilla oli valta antaa tasavallan presidentille kertomus valtioneuvoston jäsenen havaitusta lainvastaisuudesta. Jos presidentti ei katsonut olevan aihetta syytteen nostamiselle, oikeuskanslerilla oli oikeus tehdä ilmoitus eduskunnalle.

97 Selostus on koottu perustuslakivaliokunnan kahdesta asiasta koskevasta mietinnöstä (PeVM 5/1993 vp ja PeVM 19/1993 vp).

98 Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus vuodelta 1993, s. 43–51, jossa on selostettu oikeusasiamiehen toimenpiteet ja tiivistelmä valtakunnanoikeuden tuomiosta.

tutuksen perusteena oli oikeuskanslerin kesäkuussa 1993 perustuslakivaliokunnalle antama lausunto. Muistutus ei johtanut toimenpiteisiin; perustuslakivaliokunta totesi, ettei oikeuskansleri ollut menetellyt lainvastaisesti. Käsiteltävän kysymyksen kannalta on huomionarvoista, miten valiokunta joulukuussa 1993 antamassaan mietinnössä 19/1993 vp luonnehtii oikeuskanslerin roolia tuolloin voimassa olleen lainsäädännön valossa: ”Eryityssäänökset oikeuskanslerin tehtävistä valtioneuvoston jäseniin kohdistuvassa laillisuusvalvonnassa ovat hallitusmuodon 47 §:ssä. Vaikka oikeuskansleri näissä tapauksissa ei olekaan toimivaltainen päättämään itse syytteen nostamisesta, on hänen toimintaansa valiokunnan mielestä oikeudellisesti arvioitava syyttäjän asemasta käsin.” Sekä oikeuskansleri lausunnossaan että perustuslakivaliokunta mietinnössään katsovat oikeuskanslerin kesäkuussa 1993 tehneen syyteharkintaan rinnastuvaa harkintaa. Oikeuskanslerin kesäkuisen kannanoton perusteluja arvioidessaan valiokunta viittaa oikeuskanslerin asemaan ylimpänä syyttäjänä, jonka kannanotoilla on ”suuri ohjausvaikutus syyttäjälaitoksen sisällä ja yleisemminkin laillisuusvalvonnassa noudatettavan linjan kannalta”.

Nykyisin perustuslain 114–116 §:ssä säädetään ministerivastuuasian vireillepanosta, syytteestä ja sen edellytyksistä. Tarkempia määräyksiä muun muassa menettelystä annetaan ministerivastuulaissa. Normatiivinen perusta asian vireillepanosta ja tutkinnan käynnistämisestä on säännösten valossa selvä: Perustuslain 115 §:n mukaan ministerin virkatoimen lainmukaisuuden tutkinta eduskunnan perustuslakivaliokunnassa voidaan panna vireille 1) oikeuskanslerin tai oikeusasiamiehen perustuslakivaliokunnalle tekemällä ilmoituksella, 2) vähintään kymmenen kansanedustajan tekemällä muistutuksella sekä 3) eduskunnan muun valiokunnan perustuslakivaliokunnalle esittämällä tutkintapyynnöllä. Perustuslakivaliokunta voi myös omasta aloitteestaan ryhtyä tutkimaan ministerin virkatoimen lainmukaisuutta. Ministerivastuulain 4 §:n mukaan perustuslakivaliokunta voi ministerivastuuaasia käsitellessään pyytää valtakunnansyyttäjää ryhtymään toimenpiteisiin esitutkinnan toimittamiseksi. Muita säännöksiä esitutkinnan aloittamisesta ministerivastuuaasiassa ei ole.

Siihen esitettyyn argumenttiin, että ministerivastuulain uudistuksen yhteydessä ei tarkoitettu muuttaa ylimpien laillisuusvalvojen toimivaltaa ministerivastuuasioissa, on todettava, että siinä ei edes käsitelty näiden toimivaltaa eikä siten otettu siihen myöskään kantaa.⁹⁹ Muutos toimivallassa tapahtui perustuslain tasolla. Ylimpien laillisuusvalvojen toimivalta ministerivastuuasioissa perustui hallitusmuotoon, oikeuskanslerin osalta 47 §:ään. Perustuslakiuudistuksessa

⁹⁹ Ministerivastuulain esitöistäkään ei näin ollen voi tehdä ylimpien laillisuusvalvojen toimivaltaa koskevia päätelmiä.

tämä ylimpien laillisuusvalvojen hallitusmuotoon kirjattu syyttäjänrooli siirrettiin valtakunnansyyttäjälle (perustuslaki 114 § 3 momentti). Näin lainsäätäjä poisti ainoan oikeudellisen perusteen, josta voitiin ylimpien laillisuusvalvojen esitutinnan käynnistämisoikeus ministerivastuuasioissa johtaa. Ministerivastuulain 4 §:llä järjestettiin esitutinnan käynnistämismahdollisuus syntyneessä uudessa tilanteessa. Merkille pantavaa on, että perustuslakivaliokuntakin vuonna 1993 mietinnössään korosti oikeuskanslerilla tuolloin ollutta syyttäjän asemaa ministerivastuuasiaa käsiteltäessä.¹⁰⁰ Syyttäjän roolin perusteella oikeuskanslerille annettiin kehotus ryhtyä toimiin esitutinnan toimittamiseksi, siis vastaavalla tavalla kuin nykyisin käännytään valtakunnansyyttäjän puoleen, ja esitutinnan valmistuttua oikeuskanslerilta edellytettiin syyteharkintaan rinnastuvaa arviota.

Esitutinnan aloittamisen määräämisessä ei ole kysymys vain ilmoituksesta poliisille – jonkinlaisesta rikosilmoituksesta – vaan se merkitsee oikeudellista kannanottoa esitutkintakynnyksen ylittymiseen ja syyttäjälle kuuluvan vallan käyttämistä muun muassa tutkinnan suuntaamiseksi. Koska poliisilla ei ole ministerivastuuasian – toisin kuin yleensä rikosepäily – tutkimiseen itsenäistä toimivaltaa, on syyttäjän ohjaava panos tällaisen asian esitutkinnassa poikkeuksellisen tärkeä. Tämä ilmenee myös ministerivastuulakia koskevan hallituksen esityksen 4 §:n perusteluista, joissa todetaan poliisin voivan edellyttää esitutkinnan toimittamiseen ja erityisesti sen kohdentamiseen liittyvää ohjausta, mikä vuoksi esitetään perustuslakivaliokunnan esitutkintapyynnön toimittamista valtakunnansyyttäjälle: ”Tällöin valtakunnansyyttäjä voisi jo varsin varhaisessa asian käsittelyvaiheessa vaikuttaa tutkinnan suuntautumiseen. Hän voisi tarvittaessa olla esimerkiksi läsnä kuulusteluissa ja esittää kuulusteltavalle kysymyksiä, mikä saattaisi puolestaan vaikuttaa syyteharkintaan tarvittavaan aikaan.”¹⁰¹ Mistä nykylainsäädännössä löytyisi vastaavanlainen toimivalta oikeuskanslerille ohjata esitutkintaa?

Se argumentti, että oikeuskanslerilla ja oikeusasiamiehellä on heitä koskevien lakien¹⁰² perusteella oikeus määrätä esitutkinta käynnistettäväksi tutkittavanaan olevassa asiassa, ei ole tässä yhteydessä relevantti. Kun oikeuskansleri tai oikeusasiamies määrää toimivaltaansa kuuluvassa asiassa poliisin toimittamaan esitutkinnan rikosepäilyn johdosta, hän tekee tämän perustuslain 110 §:n 1 momenttiin perustuvan syyteharkintavaltansa käyttämistä varten ja siis tuossa lainkohdassa

100 PeVM 19/1993 vp.

101 Hallituksen esitys 185/1999 vp eduskunnalle laiksi valtakunnanoikeudesta ja ministerivastuuasioiden käsittelystä.

102 Laki valtioneuvoston oikeuskanslerista 5a § (22.7.2011/812) ja Laki eduskunnan oikeusasiamiehestä 8 § (22.7.2011/811).

tarkoitettujen rikosasioiden erityissyyttäjänä.¹⁰³ Ilman syyttäjän asemaa laillisuusvalvojalla ei ole toimivaltaa antaa poliisille esitutkintaa koskevia määräyksiä tai muutoinkaan hoitaa välttämätöntä poliisin ja syyttäjän yhteistyötä.

Ei voida myöskään ajatella, että laillisuusvalvoja pyytäisi valtakunnansyyttäjää ryhtymään toimenpiteisiin esitutkinnan toimittamiseksi niin kuin perustuslakivaliokunta voi ministerivastuulain 4 §:n nojalla tehdä. Tämä edellyttäisi nimenomaista säännöstä, joka myös määritteli laillisuusvalvojan ja valtakunnansyyttäjän välisen toimivallan asian käsittelyssä.

Vaikka en yhdykään perustuslakivaliokunnan tulkintaan esitutkinnan aloittamiskysymyksessä, olen samaa mieltä siinä, että näin tärkeässä asiassa pitäisi pelisääntöjen olla sellaiset, että vältetään tulkinnalliset kiistelyt. Näin ollen olisi perusteltua asianmukaisessa järjestyksessä selvittää säännösten tarkistamisen tarvetta. Kysymys on viime kädessä järjestelmän uskottavuudesta: ei ole omiaan herättämään luottamusta ministerivastuun käsittelyyn, jos tutkinnan ollessa vireillä käydään julkista polemiikkaa siitä, olisiko asia voitu tai pitänyt saattaa perustuslakivaliokunnassa vireille jollakin toisella tavalla. Jos halutaan että oikeuskanslerilla olisi esitutkinnan käynnistämisoikeus – mikä voisi sinänsä olla tarkoituksenmukaista – se pitää kirjata selvästi lakiin eikä johtaa tätä oikeutta tulkitsemalla kumottua lainsäädäntöä tai siihen perustuvaa käytäntöä. Tällaisen säännöksen istuttaminen nykyjärjestelmään sellaisenaan ei kuitenkaan ole ihan yksinkertaista; ainakin suhde valtakunnansyyttäjään tulisi arvioida samassa yhteydessä.

Nyky muodossaan ministerivastuun käsittelyyn kietoutuu oikeus ja politiikka sillä tavalla, että näkisin aiheelliseksi yksittäisen säännöslisäyksen sijasta ennakkoluulottomasti pohtia kokonaisuudistusta. Oikeusvaltiossa rikosprosessin eri vaiheisiin kohdistuva päätöksenteko perustuu oikeudelliseen harkintaan, jota normaalisti suorittaa poliittisesti riippumaton lainsoveltaja. Tarvitseeko ministerin virkarikosepäily erityisjärjestelyä? Edellä viitatussa eduskuntakeskustelussa pohdittiin samaa asiaa. Vääläteltiin valtakunnanoikeuden korvaamista yleisellä tuomioistuimella ja tuotiin esiin kysymys ministerin nykyisenkaltaisen korotetun syyttämiskynnyksen aiheellisuudesta. Itse lähtisin liikkeelle syyteharkinnasta. Näin ministerin oikeudellisen ja poliittisen vastuun raja selkiytyisi. Myönnän että valtioneuvoston jäsenen virkatointen lainmukaisuuden arviointi edellyttää valtioneuvoston toiminnan tuntemusta, mutta en ole vakuuttunut siitä, että se vaatii syytteen

103 Näin ylimmän laillisuusvalvojan rooli esitutkinnassa on ymmärretty myös eduskunnan oikeusasiamiehen johtosääntöä aikanaan uudistettaessa (PNE 2/1999 vp): ”Tutkinnan aikana hänellä on syyttäjän asema.” Johtosääntö on sittemmin nostettu lain tasolle, mutta esitutkintaa koskeva säännös säilyi muuttamattomana. – Myös eduskunnan oikeusasiamiehen kertomuksessa vuodelta 2007, s. 18 yhdistetään esitutkinnan käynnistämisoikeus syyttäjän asemaan: ”Erityissyyttäjänä oikeusasiamies voi myös käyttää syyttäjälle kuuluvia toimivaltuuksia esimerkiksi esitutkinnan käynnistämiseksi ja siihen osallistumiseksi.”

nostamisesta päättämistä poliittisessa prosessissa. Syyteharkinta ja sitä edeltävästä esitutkinnasta päättäminen voisi sopia oikeuskanslerille, joka muutoinkin valvoo ministerien virkatoimien lainmukaisuutta, tai valtakunnansyyttäjälle, jonka tehtävänä nykyisin on ajaa syytettä valtakunnanoikeudessa. Molempien vaihtoehtojen puolesta voidaan esittää perusteluja.¹⁰⁴ Kummankin viran haltijalla voidaan odottaa olevan tehtävän edellyttämä juridinen osaaminen ja harkintakyky. Mikäli ministerivastuun menettelyn kokonaisuudistusta harkitaan, olisi luontevaa pohtia myös valtakunnanoikeuden asemaa.

104 Jos oikeuskanslerin asemaa – kuten joissakin yhteyksissä on kaavailtu – suunnataan valtioneuvoston operatiiviseen neuvontaan osallistumiseen, jolloin vastaavasti valvonnallinen puoli roolissa hämärtyisi, oikeuskanslerivaihtoehto ei voi tulla kyseeseen.

Juha Karhu

Oikeustieteilijä lain dramaturgina

Tiivistelmä. Länsimaisen oikeusvaltion ytimessä on parlamentaarinen demokratia. Tämän lähtökohdan mukaisesti yhtenä oikeudellisten tekstien ilmentyminä ovat parlamentitilait. Rinnastuksessa oikeuden ja teatterin välillä lainsäädäntö on näytelmätekstin vastine. Tuomari tai toimivaltainen viranomainen on vastaavasti teatteriesityksen ohjaajan asemassa; tuomari ja ohjaaja ovat kummatkin toteuttamassa tekstiin pohjautuvan toiminnon tekstin sisältämien ideoiden mukaisesti. Oikeusjuttujen asianosaiset puolestaan voidaan nähdä kulloisiinkin rooleihinsa asetetuiksi oikeuden maailmaan kuvitelluiksi henkilöhahmoiksi. Näin asianosaisista tulee oikeudenkäynnissä oman elämänsä näyttelijöitä. Teatteriesitystä seuraava yleisö rinnastuu oikeuden maailmassa kansalaiseen oikeusalamaisina. Oikeustieteilijöille on oikeuden ja teatterin rinnastuksessa ehdotettu kuiskaajan tai teatterikriitikon roolia. Kuiskaajan tapaan valtavirtaa edustava oikeustieteilijä huolehtisi siitä, että kaikki tarvittavat ja oikeat lakitekstit tulevat sanotuiksi asianmukaisesti. Samaan tapaan kuin teatterikriitikko kriittinen oikeustieteilijä puolestaan kommentoisi oikeusjuttuja ja arvioisi oikeuden toteutumista niissä. Tässä kirjoituksessa jatkan teeman ”Oikeus ja teatteri” pohdimista väittämällä, että oikeustieteilijän luontevin rinnastus teatteritoimijoiden joukossa on kuiskaajan tai teatterikriitikon sijasta dramaturgi.

Dramaturgin työn ja taiteen olennaisimmiksi tapahtumapaikoiksi on alettu nähdä erilaiset välitilat. Dramaturgin tehtävänä on olla toisaalta kirjoitusvaiheessa olevan näytelmätekstin ja kirjailijan välissä sekä toisaalta näytelmätekstin ja valmistuvan teatteriesityksen välissä. Dramaturgin työssä voidaan näin tunnistaa kaksi tyypillistä roolia: lukeva dramaturgi ja esitysdramaturgi. Lukeva dramaturgi lukee ja kommentoi näytelmän käsikirjoitustekstiä esittäen perusteltuja havaintoja ja näkemyksiä näytelmäkirjailijalle pitäen silmällä tekstin toimivuutta teatteriesityksenä. Tekstin sisältöä koskevien päätösten tekeminen kuuluu kuitenkin aina tekstin tuottajalle, kirjailijalle. Lukeva dramaturgi ei saa kirjoittaa näytelmää kirjailijan puolesta, sanotaan. Esitys- eli produktiodramaturgi kohdentaa panoksensa teatteriesityksen toteuttamiseen. Esitysdramaturgi on dialogissa erityisesti

ohjaajan kanssa tuomalla esiin valintamahdollisuuksia siitä, miten draamaesitys syntyy ja asetuu osaksi ympäristöään sekä millaisen prosessin kautta esitys parhaiten valmistuu.¹ Oikeustieteilijän rinnastaminen dramaturgiin vaikuttaa onnistuneelta. Myös oikeustieteilijän osallisuus oikeuden maailmaan toteutuu erilaisissa oikeuden käynnin (tässä tarkoituksella erikseen kirjoitettuna!) väliiloissa. Lainsäätämisvaiheeseen osallistuva oikeustieteilijä on kuin lukeva dramaturgi, joka kommentoi lakiehdotusta ilman suoraa osallisuutta lakitekstin sisällöstä päättämiseen. Vastaavasti konkreettisia oikeusjuttuja silmällä pitävä oikeustieteilijä voi oikeuden esitys- eli produktiodramaturgina kiinnittää huomiota siihen, miten oikeus saadaan erilaisissa soveltamistilanteissa toteutumaan asianmukaisesti ja yhdenvertaisesti. Molemmissa näissä rooleissa oikeustieteilijän, oikeuden dramaturgin, oma eetos on oikeudenmukaisuuden toteutuminen. Tässä suhteessa on eroa teatteriin, jossa myös dramaturgin toiminnan motiivina voi olla "l'art pour l'art", taidetta taiteen vuoksi.

1 Nykyisin dramaturgian koulutusohjelmassa korostetaan sitä, että esitysdramaturgiseen ymmärrykseen kuuluu paitsi yksittäisen teoksen tai tapahtuman hahmottaminen, myös laajempi kontekstin eli ympäristön ja yhteyksien taju ja yhtä teosta laajempi mittakaava. Ks. Taideyliopiston esitysdramaturgian maisteriopintoja koskeva kuvaus www.uniarts.fi. Ks. myös kirjailijapuheenvuorot teoksessa Uuden näytelmän antologia. Kulttuuri- ja teatteriyhdistys Kaksikko ry. 2018.

1. Aluksi

Oikeuden maailmaan vie monia ajattelun teitä.² Oikeusteoriassa on erilaisia tapoja jäsentää ja ryhmitellä näitä lähestymistapoja ja näkökulmia. Tunnetuimpia on oikeuden sisäisen ja oikeuden ulkoisen näkökulman erottaminen toisistaan.³ Sisäinen näkökulma oikeuteen on sellaisella tarkastelijalla, joka kokee oikeuden velvoittavan myös itseään, ulkoinen näkökulma puolestaan sellaisella, joka katsoo oikeuden koostuvan vain objektiivisesti kuvattavissa olevista yhteiskunnallisista tosiasioista. Sisäistä näkökulmaa käyttävä tarkastelija on kiinnostunut oikeuden normatiivisuudesta, siis vaikkapa oikeuden sääntöjen ja periaatteiden sisällöstä ja niiden keskinäisistä suhteista sekä oikeuden arvopohjasta. Ulkoista näkökulmaa käyttävä tarkastelija selvittää oikeuden maailmassa vallitsevia säännönmukaisuuksia, toistuvia käyttäytymismalleja, ihmisten asenteita, oikeuden muutosten ulkoisia syitä, jne.⁴

Monesti on kuitenkin myös ajateltu joko sisäisen tai ulkoisen näkökulman tarjoavan tyhjentävän selitysmallin kaikelle oikeudelle ja kaikelle oikeudessa. Luonnonoikeudellisissa tarkasteluissa – nimestään huolimatta! – oli vallitsevana ideana löytää tällainen kaikenkattava selitys moraalista, varhaisempina aikoina kristinopin arvojärjestelmästä, myöhemmin yhteiskuntamoraalisista opeista.⁵ Oikeustaloustieteessä puolestaan – jälleen nimestään huolimatta! – on pohjimmiltaan kysymys siitä, että oikeudelta riistetään itsenäinen normatiivisuus suh-

2 Oikeusteoriassa on toisinaan rinnastettu oikeuden tarkastelu taloon sisään astumiseen. Tässä kirjoituksessa virikkeenä on ollut käsitys siitä, että oikeutta lähestyttäessä ei etukäteen tiedetä, ollaanko tulossa taloon, puutarhaan vai metsään Vertauskuvilla talosta, puutarhasta ja metsästä on tarkoitus muistuttaa siitä, että oikeus on moniaineksinen. Tämä moniaineksisuus puolestaan vaikuttaa oikeutta koskevien teorioiden käsitteensanaaliin ja teorioiden pätevyysalueeseen. Talon kaltaista järjestynyttä rakennelmaa hyvin kuvaavilla oikeudellisilla käsitteillä ei helposti saada pitävää otetta yhteiskunnissa ilmenevistä enemmän luonnontilaisissa olosuhteissa tapahtuvista vuorovaikutuksen tilanteista. Jälkimmäisistä olkoon esimerkkeinä vaikkapa perheen sisäiset arkiset toiminnot tai ystävyysuhteet. Olen muissa yhteyksissä pyrkinyt kehittämään yhteiskunnan oikeuden teoriaa täydentämään talon vertauskuvaan sopivaa kansallisvaltion oikeutta ja puutarhan vertauskuvaan sopivaa markkinoiden oikeutta koskevia teorioita metsään sopivalla yhteiskunnan oikeudella. Ks. esim. Juha Karhu, Kohti yhteiskunnan oikeutta, s. 63–82 teoksessa Lars Björne – Ari Saarnilehto – Eva Tammi-Salminen – Jarmo Tuomisto (toim.), Omistus, sopimus vaihdanta – juhlaakirja Leena Kartiolle. Turun yliopisto 2004. Ks. keskustelusta esim. Kimmo Nuotio, Yhteiskunnan rikosoikeus, s. 259–282 teoksessa Jaakko Husa – Petri Keskitalo – Tuula Linna – Eva Tammi-Salminen (toim.), Oikeuden avantgarde. Talentum 2013. Ks. myös Katariina Numminen – Maria Kilpi – Mari Hyrkkänen (toim.), Dramaturgiakirja. Kaikki järjestetty aina. Teatterikorkeakoulun julkaisusarja 2019.

3 Ks. esim. Kaarlo Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas. WSOYpro 2007. Sinänsä sisäisen ja ulkoisen näkökulman erottaminen näyttäisi sopivan ja liittyvän kansallisvaltion oikeuden ideaan. Kansallisvaltion oikeus perustuu kaksijakoisiin luokitteluihin, joka johtaa poissulkemisiin, eksklusiioihin. Kansallisvaltio muodostaa identiteettinsä rajaamalla oman alueensa ja kansansa, mutta samalla sulkien oikeuspiiristään pois tuon rajauksen ulkopuolelle jäävät ihmiset ja alueet. Tässä ei ole mahdollista kehittää tätä teemaa eteenpäin.

4 Ks. Kaijus Ervasti, Lakimies, oikeus, yhteiskunta. Edita 2017.

5 Ks. keskiaikaisen luonnonoikeusopin, erityisesti Tuomas Akvinolaisen Aristoteleen filosofian perustalle kehittämässä muodossa, tavoista johtaa oikeudellisesti velvoittavia normeja Hannu Tolonen, Luonto ja legitimaatio: normatiivisten asiantilojen johtaminen aristotelisen luonnonoikeustradition mukaan. Suomalainen lakimiesyhdistys 1984.

teessa taloudellisesti tulkittuun tehokkuuteen.⁶ Oikeustaloustiede selittää kaiken oikeuden taloudellisen tehokkuuden ulkoisesta näkökulmasta siten, että oikeuden itsenäiselle sisäiselle normatiivisuudelle jää vain häiriötekijän asema. Poliittisen oikeustieteen marxilaisessa suuntauksessa puolestaan porvarilliseksi kutsutun oikeuden sisällön selitettiin luokkaoikeutena vain heijastavan kapitalistista talouden perustaa ja sen mukaisia porvarisluokan intressejä.⁷

Ehdottomien joko–tai-tarkastelujen sijasta kestävämpiä ja meitä enemmän puhuttelevia ovat sekä–että-tarkastelut. Oikeuden tarkasteluissa tulisi voida yhdistää sisäinen ja ulkoinen näkökulma. Tällaisista yhdistävistä tarkasteluista voidaan puhua esimerkiksi silloin, kun oikeuden ja moraalien suhteita pyritään lähestymään oikeudenmukaisuuden kautta ja välityksellä, kun oikeutta ja taloutta yhdistetään yrityskansalaisuuden teemassa sekä kun oikeutta ja politiikkaa sovitaan yhteen ”ratio ja voluntas” -tyyppisiksi lähestymistavoiksi.⁸ Mutta jotta ei tapahtuisi ”lost in translation” -hävikkiä yhdistettäessä oikeuden normatiivinen ja ei-normatiivinen aines, tällainen ”sekä–että”-oikeustieteilijä tarvitsee keinoja löytää sisäinen–ulkoinen-jaottelun kannalta ”neutraaleja” tapoja tunnistaa ”oikeuden maailmaan kuviteltu maailma”⁹.

Modernin oikeuden aikakaudellemme on tyypillistä, että säädännäiset kirjoitetut normit, erityisesti parlamenttilait, ovat oikeuden keskeinen perusaineisto. Kun oikeus on vaikutuksellista, se tarkoittaa, että juuri nuo tekstit toteutuvat niiden asettamien roolien omaksumisina ja noissa rooleissa tehtyinä vuoroasainoina ja toimintoina.¹⁰ Tämä havainto tarjoaa mahdollisuuden rinnastukseen. Oikeus ei ole ainoa yhteisöllinen toiminnan muoto, jossa paradigmaattisena eli esikuvanomaisena tilanteena on etukäteen kirjoitetun tekstin muuntaminen ja sovittaminen ulkoiseksi toiminnoksi. Oikeuden ja teatterin analogia saa tästä samankaltaisuudesta tarvitsemansa analogia-avaimen: niin oikeudessa kuin teatterissa etukäteinen sisäinen sana muuttuu tekstiin nähden jälkikäteiseksi ulkoiseksi toiminnaksi kuitenkin aina siten, että tuo ulkoinen toiminta heijastaa, kuvastaa

6 Ks. esim. Jukka Mähönen, *Kestävän yritystoiminnan rahoitus*, esimerkkinä kiertotalous ja uudet liiketoimintamallit, teoksessa Jukka Mähönen – Pasi Pölönen – Veikko Vahtera (toim.), *Juhlajulkaisu Risto Nuolimaa*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2018, s. 137–150.

7 Tosin aina täydennyksellä ”oikeuden suhteellisesta itsenäisyydestä” taloudellisesta perustastaan. Ks. tämän suhteellisen itsenäisyyden asemasta ja merkityksestä esim. Lars D. Eriksson, *Marxistisk teori och rättsvetenskap*. Juridica 1980, s. 1–22. Ks. myös esim. ns. Critical Legal Studies -suuntauksen piirissä Yhdysvalloissa tehtyjä tarkasteluja sisältävä David Kairys (ed), *The Politics of Law. A Progressive Critique*. Pantheon Books 1983.

8 Ks. esim. Kaarlo Tuori 2007.

9 Ilmaisu on parafrasi (jäljitelmä) termistä ”oikeuden maailmaan kuviteltu ihminen”, jota käyttävät kirjoituksessaan Ida Koivisto ja Pauli Rautiainen.

10 Filosofisella termillä näitä toteutumisia voisi luonnehtia ”performatiiveiksi” eli kielellä luoduiksi todellisuuksiksi.

ja luovasti toistaa sen pohjana olevaa tekstiä. Teatteritoiminnan rakenne ja siinä tunnistettavat toiminnalliset asemat tarjoavat siten kiinnekohtia vertailulle siihen, miten kirjoitettu laki muuttuu – jos muuttuu! – eläväksi oikeudeksi.

2. Oikeuden ja teatterin rinnastuksia

2.1. “Gericht als Theater”

Modernille oikeudelle on lainsäädännön keskeisyyden ohella ominaista julkinen ja suullinen tuomioistuinmenettely. Niklas Luhmannin mukaan oikeudenkäynti on institutionalisoitu toiminto, joka tapahtuu tarkkaan määritellyssä toimintatilassa. Kaikkien tähän menettelyyn osallistuvien toimijoiden on oletettava toisilleen tietyt roolit ja vahvistettava vastavuoroisella toiminnallaan näitä rooleja.¹¹ Erityisesti tuomarin on roolissaan huolehdittava siitä, että kaikki asianosaiset pystyvät kommunikoimaan vaikeista, riskialttiista, tuskallisista ja sydäntä särkevistäkin asioista turvallisessa käyttäytymisraamissa.¹² Tämän eräänlaisen yhteiskunnallisen roolipelin merkitys on siinä, että sen kautta saadaan kunkin osallistujan roolipersonallisuus tunnistettua ja muunnettua tukemaan ratkaisujen perusteluja. Oikeudenkäynti on siten Luhmannin yleiseen systeemiteoriaan yhteensopivalla tavalla (muusta) reaali maailmasta eristetty (autopoieettinen) toinen todellisuus, jolla on oma alkunsa, omat kehitysvaiheensa ja oma loppunsa. Oikeudenkäynnissä juuri tämä eristetty toinen todellisuus antaa ulkopuoliselle katsojalle (yleisölle) mahdollisuuden tarkkailla muiden elämää. Myös asianosaiset itse voivat, ja heidän täytyykin, omaksua tällaisen ulkoisen katsojan paikka: asianosaiset näyttävät roolejaan ja samalla näkevät itsensä näyttävän. Luhmannin ironinen johtopäätös on, että oikeudenkäynnit ovat paitsi tuomioita legitimoiva instituutio myös ilmaista julkista teatteria oikeudenkäyntejä seuraavalle yleisölle.

11 Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*. Suhrkamp 1969, s. 86–87.

12 Esimerkiksi Robert Alexy on lisäksi tarkemmin eritellyt tällaisissa ideaaliolosuhteissa muodostuvan argumentaation rationaalisuusehtoja. Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Suhrkamp 1983.

2.2 Tragedia oikeustragediana

Ari Hirvonen tukeutuu väitöskirjassaan ”Oikeuden käynti” (huomaa asiaankuuluva sanaväli!) Sofokleen tragediaan Antigone.¹³ Hirvosen mukaan Antiikin tragediamuodolle on ominaista olla juuri oikeustragedia.¹⁴ Sofokleen Antigone-tragedian on nähty tuovan esiin muinaisen Theban uuden hallitsijan Kreonin antaman muodollisesti pätevän oikeuden ja Kreonin sisarentyttären Antigoneen noudattaman, perinteestä kumpuavan ikuisen oikeuden välisen jännitteen. Tragedian juonellinen kulku (kronos, aletheia, hybris, nemesis)¹⁵ ilmenee myös lain ja oikeuden (dike) toteutumisenä. Antigone-tragedian keskeinen kysymys on, kenen oikeus lopulta toteutuu. Tragedian liitännäisyys oikeuteen näkyy myös siinä, että lakia tottelemattomasta ja siitä rangaistuksen saavasta Antigonestä tulee ihailuamme herättävä loistava hahmo.

Hirvosen tarkastelujen pohjalta voidaan tehdä kaksi tämän kirjoituksen teeman kannalta tärkeää huomautusta. Ensinnäkin yhtä oikeuden peruskysymyksistä, kysymystä oikeudenmukaisuudesta ja erityisesti hallitsijan pätevästi antaman määräyksen ja yhteisön perinteestä kumpuavien velvoitteiden välisestä jännitteestä, on eurooppalaisessa oikeusfilosofian perinteessä lähestytty kiinnittymällä teatteritekstiin, Sofokleen Antigone-tragediaan. Hirvonen tiivistää tämän seuraavasti:

”Kiteytän Antigonen traagis-oikeudellisen peruskysymyksen seuraavasti: velvoittaako kaupunkivaltion jäseniä ensisijaisesti inhimillinen, säädännäinen ja valtiollinen laki vai jumalallinen, ikuinen ja universaali oikeus, ja onko maallinen lainsäätäjän suvereeni vai sitooko häntä ylempi suvereeni, aito ja puhdas suvereeni, olipa se sitten jumalat, tapaoikeus tai olemisen perustuslaki?”¹⁶

Toiseksi Hirvosen tätä perinnettä uudistava oma tarkastelu osoittaa puolestaan, että tuo ”traagis-oikeudellinen peruskysymys” voidaan myös virittää muuhun suuntaan, paljastamaan ”oikeudellisuudellisuuden” (sanan monimutkaisuus on

13 Ari Hirvonen, *Oikeuden käynti*. Antigonen laki ja oikea oikeus. Loki-Kirjat 2000.

14 Ks. nyttemmin myös *Law and Drama in Ancient Greece*. Bloomsbury Academic 2013 ja Danielle Allen, *Greek Tragedy and Law*. Cambridge University Press 2005, s. 374–393 ja Simon Critchley, *Tragedy, the Greeks, and Us*. Profile Books 2019.

15 Kronos tarkoittaa ajan virrassa tapahtuvaa, aletheia totuuden paljastumisen käännettä tuossa tapahtumien kulussa, hybris liiallista uskoa inhimillisiin kykyihin oman kohtalonsa vastustamisessa ja sen asettamien rajojen ylittämisenä, ja nemesis hybriksestä johtuvaa jumalallista kostoa, joka on samalla ihmisen kohtalon toteutumista.

16 Hirvonen 2000, s. 153.

tarkoituksellista ja välttämätöntä!) muotoutumista ja kehkeytymistä osana ihmisen yhteisöllistä olemista.¹⁷

2.3. Ihmisten litistymisen oikeuden maailman henkilöhahmoiksi

Ida Koivisto ja Pauli Rautiainen ovat tuoreessa kirjoituksessaan "Oikeuden maailmaan kuviteltu ihminen ja hänen itsemääräämisoikeutensa rajat" käyttäneet kirjallisuudentutkimuksessa kehitettyä henkilöhahmokäsitteistöä pohjustamaan kriittistä oikeudellista erittelyään laajentuvasta yksilöllistetystä itsemääräämisoikeudesta.¹⁸ Itsemääräämisoikeuden laajentamisen ilmentyminä ja sisältöinä ovat Koiviston ja Rautiaisen "litteiksi" kutsumat henkilöhahmot. Lainsäädännössä välttämättä tapahtuva ihmisten kuvittelu oikeuden maailmaan on "väkivaltainen mutta hienovarainen prosessi". Itsemääräämisoikeutta koskevalta osaltaan tässä kuvitteluksessa on kysymys siitä, "millaista vapautta nauttimaan kykeneväksi yksittäinen henkilö hahmo kirjoitetaan"¹⁹. Koiviston ja Rautiaisen kirjoituksen varsinaisena teemana on, millaisin tarkemmin mekanismein tämä kuvittelu tapahtuu.²⁰

Oikeus ja teatteri -teemaan Koiviston ja Rautiaisen kirjoituksen liittyy se, että näytelmäkirjallisuudessa juuri henkilöhahmot ovat perinteisesti olleet keskeisiä ja olennaisia. Henkilöhahmojen "teatraalinen" erittely auttaa näin lain kriittisessä lukemisessa. Koivisto ja Rautiainen käyttävät henkilöhahmoesimerkkejä romaanikirjallisuudesta. Nähdäkseni heidän perusväitteensä pitävät itse asiassa vielä vahvemmin paikkansa näytelmäkirjallisuuden henkilöhahmoista. Esimerkiksi Koiviston ja Rautiaisen korostama todellisten henkilöhahmojen "pyöreys" lainsäädännön edellyttämän "litteiden" sijasta näyttäisi liittyvän uudemmassa teatteriteoriassa esille nousseeseen "I contain multitudes" (ilmaisu Walt Whitmanin) eli "minussa on monta" -ideaan, jossa korostetaan sitä, että aidot ihmiset ovat aina moninaisia. Teatteriesityksen yleisiä lähtökohtia on, että ihmisten välinen vuorovaikutus aina tapahtuu joissakin puitteissa. Koiviston ja Rautiaisen

17 Hirvonen itse kuvaa oman tutkimuksensa suuntaa väitöskirjansa lopussa (Hirvonen 2000, iHs. 482): "Oikeustragediassa ratkeamattomasti avautuvan oikeuden kysymyksen kautta olemme siirtyneet transsendentiaalisesta ontologiasta ja metafysiikasta, jopa oikeuden fundamentaaliontologiasta, lain, oikeuden ja oikeudenmukaisuuden ei-metafyysiseen oikeuden taitoon, jossa oikeus kohtaa alkunsa ei niinkään ... perustavan arkhen, alun, alkuperän ja periaatteen, varmuutena kuin avautumana, kuiluna, kysymyksenä, perusteettomana perustana, an-arkhena, oikeuden olennaisena an-arkisena alkuna."

18 Ida Koivisto – Pauli Rautiainen, Oikeuden maailmaan kuviteltu ihminen ja hänen itsemääräämisoikeutensa rajat. Oikeus 4/2018, s. 465–481.

19 Molemmat lainaukset Koivisto – Rautiainen 2018, s. 466.

20 Heidän kirjoituksessaan tällaisia mekanismeja ovat normatiivinen yksilöllistäminen, normalisointimekanismit ja oikeuden symbolis-normatiivinen ylivalta. Ks. tarkemmin Koivisto – Rautiainen 2018, s. 466–471.

mukaan henkilöhahmojen litistämisen toteutuu normatiivisena yksilöllistämisenä, normalisointimekanismeina ja oikeuden normatiivis-symbolisena ylivalentana. Nämä kolme keinoa voidaan nähdä lainsäädäntöön sisältyviä eräänlaisina kätkeytyinä esityksen ohjaamisen dramaturgisina pakkoina. Tässä mielessä Koiviston ja Rautiaisen voidaan sanoa löytäneen itsemääräämisoikeuden laajentamisessa tapahtuvan jonkinlaisen ”beckettläisen” oikeuden dramaturgian.²¹

2.4. Kohti oikeuden kriittistä hermeneutiikkaa – oikeustieteilijät kuiskaajina ja teatterikriitikkoina

Enkä lähimmäksi tässä tehtävää oikeuden ja teatterin rinnastusta tulee Jarkko Tontti väitöskirjassaan ”Right and Prejudice”. Tontin väitöskirjan päätavoitteena on kehittää kriittisen hermeneutiikan näkökulmaa oikeuteen. Tähän liittyen hän hyödyntää rinnastuksia oikeuden ja teatterin välillä, ottaen lähtökohdakseen Francois Ostin ja Michel van de Kerchoven tekemän tarkastelun.²² Myös heillä oikeuden ja teatterin analogian on tarkoitus kyseenalaistaa erottelu oikeuden tarkastelussa sisäiseen ja ulkoiseen näkökulmaan.²³ Heidän rinnastuksessaan oikeuden ja teatterin välillä lainsäätäjää vertautuu näytelmätekstin kirjoittajaan, tuomari näytelmän ohjaajaan ja kansalaiset näyttelijöihin. Kaikilla näillä toimijoilla on riidatta sisäinen näkökulma oikeuteen. Tämän jälkeen Ostin ja van de Kerchoven päähuomio on erityyppisissä kriittistä tarkastelua tekevissä teatteri-produktion osallisissa. Juuri he voisivat tarjota vertailukohdan oikeustieteilijöille. Näille esitykseen arvioivasti suhtautuville henkilötyypeille on olennaista, että he muodostavat teatteriesitykseen – ja vastaavasti lakiin – omista lähtökohdistaan kriittisen suhteen olematta kuitenkaan koskaan täysin ulkopuolisia. Esimerkiksi valtavirtaa edustava oikeustutkija on kuin kuiskaaja, joka pitää huolta siitä, että käsikirjoituksen sanat lausutaan juuri niin kuin ne on kirjoitettu, oikein aikaan ja oikeassa paikassa, vaikka hän ei olekaan enemmälti kiinnostunut esityksen dramaturgiasta tai edes tarinan kulusta.

Tontin mielestä tätä oikeustutkijan kuiskaaja-analogiaa pitää kehittää ja tarkentaa. Siksi Tontti rinnastaa valtavirtaa edustavan oikeustutkijan varsinaisesta tapahtumisesta sivuun jäävään kääpiöön (gnome). Kriittisen oikeustieteen harjoittajat puolestaan ovat kuin parvella istuvat keskenään tuhisevat teatterikriitikot.

21 Samuel Beckett on tunnettu siitä, että hän on näytelmätekstiensä oheen antanut hyvin tiukasti ja tarkasti niiden esityksenä toteuttamisen ohjeet.

22 Jarkko Tontti, *Right and Prejudice. Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law*. University of Helsinki Printing House 2002, s. 248–250. Lainauksiin sisältyvät Tontin tekstit on tässä käännetty suomeksi.

23 Tontin mukaan sisäisen ja ulkoisen näkökulman erottelua parempi sijasta parempi olisi Paul Ricoeurin tarkasteluihin kiinnittyvä erottelu epäilyksen ja luottamuksen hermeneutiikan välillä. Tontti, *Epistemology and Methodology – Knowing and Doing Law* -jakso teoksessa Tontti 2002, s. 226–286.

Tällainen kriitikko kommentoi koko esitystä tekstistä yleisön reaktioihin. Kriitikon asema on toki kauimpana puhtaan sisäisestä näkökulmasta, mutta silti hänkin antaa arvioissaan tekstille ja ohjaajan tavalle toteuttaa tekstin ideat keskeisen merkityksen. Kukaan ei vain "katso esitystä", vaan samalla joko pitää siitä tai ei pidä.²⁴ Toisaalta Tontin mukaan kaikelle aidolle oikeustutkimukselle on ominaista pyrkimys etäännyttää itsensä (oikeuden) esityksestä. Tällä etäännyttämisellä saadaan tila "epäilyn hermeneutiikalle" eikä jäädä valtavirtaa edustavan tutkijan tapaan kiinni pelkkään "uskon hermeneutiikkaan".²⁵ Tällä tavoin Tontti pyrkii perustelemaan erilaisten kriittisten oikeustutkimusten merkityksen myös sisäistä näkökulmaa edustavina tutkimuksina, mutta toisenlaiseen eli epäilyn hermeneutiikkaan sitoutuneina.²⁶ Tontin johtopäätös on, että mikään tapa tarkastella oikeutta ei ole "ulkoinen", vaan kaikki ovat mukana "oikeuden näytelmässä".²⁷

Tontin erittelyjen merkitys tälle kirjoitukselle on siinä, että hän on pystynyt syventämään teatterianalogian puhuttelevuutta suhteessa juuri oikeustutkimukseen. Mutta en näe perusteita kaikin osin seurata Tontin sinänsä varmaan osaksi karikatyyreiksi tarkoittamia tyypittelyjä. Kriittisen oikeustutkimuksen hyvin monimuotoisia tuotoksia tuskin voidaan sijoittaa Tontin tarkoittamaan teatterikriitikon rooliin, vaikka kriitikon nähtäisiin osaksi toteuttavan epäilyn hermeneutiikallaan sisäistä näkökulmaa.

Miksi kriitikon sijoittaminen tällaiseksi "etäällä sisäisestä näkökulmasta" olevaksi arvioijaksi ei sitten olisi onnistunutta? Syy löytyy hakemalla uusi rinnastus oikeustutkimukselle teatteriesityksen toiminnallisista asemista. Kun oikeustutkimus rinnastetaan dramaturgiaan, ja oikeustieteilijä dramaturgiin, saadaan syy ja selitys sille, miksi oikeustieteen valtavirtatutkija voidaan sijoittaa kuiskaajaksi: tarkka uskollisuus lakitekstillemme kirjoitetussa muodossa voidaan nähdä tällaisen tutkijan sisäiseksi motiiviksi. Tuollainen asenne, tekstiuskollisuus, on puolestaan yksi mahdollinen dramaturginen sitoumus.²⁸ Kuten Tonttikin kirjoittaa, myös kriittinen oikeustutkija jakaa oikeuden toimijoiden kanssa sitoumuksen oikeuden merkityksestä ja mahdollisuuksista yhteiskunnassa. Kriittisen oikeustutkimuksen

24 Tontti 2002, s. 252.

25 Tontin käyttämät termit ovat "hermeneutics of suspicion" ja "hermeneutics of faith".

26 Tontin esimerkit alkavat marxilaisesta ja feministisestä oikeustutkimuksesta mutta laajenevat koskemaan myös jopa hovinarrin tapaan koko teatterin naurettavaksi tekeviin ja kaiken oikeuden kyseenalaistaviin anarkisteihin ja kaiken oikeuden abolitionisteihin. Tontti 2002, s. 254–255.

27 Tontti 2002, s. 255.

28 Ks. Maija Aalto-Heinilän tapaa erottaa käsitteellinen formalismi ja normatiivinen formalismi toisistaan (Aalto-Heinilä 2018). Käsitteellisen formalismin mukaan oikeussäännöillä voi olla kirjaimellinen merkitys, ja kuiskaajan roolissa toimivan oikeustieteilijän voi ajatella hyväksyvän tämän. Oikeus ja teatteri -analogian pätevyys näyttäisi edellyttävän, että kiistetään jo käsitteellinen formalismi ja pidetään pelkkiä sanoja paperilla kuolleina, jotka voi "herättää henkiin vain jonkin puhujan tai kirjoittajan intentio" (Stanley Fish Aalto-Heinilän 2018, s. 20 mukaan).

relevanssi riippunee modernin oikeuden aikakautena sekin pitkälti siitä, tunnista-
vatko oikeuden ammattilaiset siinä ”dramaturgisen” otteen suhteessa lakitekstei-
hin eli huolenpidon siitä, että ja miten lakitekstit muuntuvat oikeuden esityksiksi.

Tontti kehittelee omaa kriittisen hermeneutiikan ohjelmaansa (näkökulmaa)
tietoisesti vaihtoehdoksi erilaisille muille yleisille näkökulmille. Kriittisestä oi-
keuspositivismista kriittinen hermeneutiikka poikkeaa nimenomaan pätevyyden
erilaisessa tunnistamisessa. Oikeudellisuudellisuuden (tämä ilmaus on jälleen
välttämättä näin monimutkainen!) ongelmassa eli kysymyksessä oikeuden yleis-
ten ominaisuuksien kehkeytymisestä ihmisyyhteisöissä Tontti kiinnittyy kuitenkin
vahvemmin jo muodostuneisiin oikeudellisiin instituutioihin, ei niinkään niiden
pohjana tai takana oleviin kielellistyneiden vuorovaikutusten jatkuvaan muotou-
tumiseen. Tässä kirjoituksessa juuri tuossa vuorovaikutusten muotoutumisessa
pyritään näkemään dramaturgisia toimintoja ja valintoja.

3. Dramaturgin ja oikeustieteilijän toiminnallisten roolien rinnakkaisuuksia

Oikeus ja teatteri -analogiassa länsimaisen modernin oikeuden aikakauden
toiminnalliset avainroolit ovat lainsäätäjä ja tuomari. Näitä avainrooleja vastaavat
teatterissa näytelmäkirjailija ja ohjaaja. Näytelmäkirjailija luo sen tekstin, jonka
pohjalta ohjaaja valmistaa teatteriesityksen. Lainsäätäjä saattaa voimaan sen yleis-
sen lakitekstin, jonka pohjalta tuomari antaa ratkaisuja konkreettisiin tapauksiin.
Samaan tapaan kuin lakiteksti asettaa tuomarin toiminnalle sitovat puitteet, näy-
telmäteksti määrittää ohjaajan valintoja draaman toteuttamisessa. Analogiam-
me tärkeä kiinne kohta näyttäisi siten olevan erityisasemassa oleva teksti. Tässä
kirjoituksessa käytetty analogia-avain oikeuden ja teatterin välillä perustuukin
siihen erityiseen asemaan, jonka tuo teksti saa toisiinsa rinnastettavissa yhteisöl-
lisissä käytännöissä. Analogian toimivuuden sisältö ja rajat määrittävät pitkälti
sen pohjalta, missä määrin teatteritekstin luonteenpiirteiden voidaan tunnistaa
vastaavan lakitekstin ominaispiirteitä.

Näytelmätekstin erityispiirteenä kirjallisena tekstinä erotuksena esimerkiksi
romaaneista voidaan pitää sitä, että näytelmäteksti on esitystä kohti suuntau-
tuvaa tekstiä. Näytelmätekstit kirjoitetaan näyttämölle; näytelmäkirjallisuus on
puheeksi tulevaa tekstiä (Pipsa Lonka). Myös lakitekstit ovat vaikutuksellisuuteen

tähtäviä tekstejä; säädettävät lakitekstit suuntautuvat saamaan aikaan jotakin tulevaisuudessa.²⁹

Lainsäätäjän ja tuomarin perusröolien näkökulmasta on ilmeistä, että oikeustieteellä ei olisi välitöntä välttämätöntä tarvetta.³⁰ Poliitikot pystyvät säätämään lait tukeutumatta, jopa piittaamatta, oikeustieteen piirissä vallitsevista käsityksistä ja näkemyksistä. Vastaavasti tuomari ei käsittelemäänsä juttua ratkaistessaan ole millään tavoin sidottu tai edes velvollinen olemaan selvillä aikansa oikeustieteessä esitetyistä käsityksistä. Silti tiedämme, että niin poliitikot lakia säätäessään kuin tuomarit juttuja ratkaistessaan monesti kokevat hyötyvänsä siitä, mitä oikeustieteessä kulloinkin käsiteltävästä teemasta on esitetty. Oikeustieteen tuloksilla, eikä pelkästään voimassa olevan oikeuden tulkintaan ja systematisointiin suuntautuvalla lainopilla vaan laajemmin myös yhteiskunnallisen oikeustutkimuksen eri alojen tuloksilla, näyttäisi olevan tarvetta ja hyötyä oikeuden maailmassa.³¹

Oikeustieteen koettua ja käytännössä toteutuvaa hyödyllisyyttä voidaan eritellä eteenpäin. Aulis Aarnion tunnetussa oikeuslähdeluokittelussa oikeustiede on sallittu auktoriteetilähde. Oikeustieteellä olisi muodollinen, joskin heikompi, auktoriteettiasema samaan tapaan kuin lainsäätäjän antamalla laeilla tai korkeimpien oikeusasteiden antamalla ennakkoratkaisuilla. Oikeustieteen auktoriteettiluonteen voidaan ymmärtää perustuvan sen institutionaalisen toimintatavan tuomaan ja ylläpitämään asiantuntijuuteen oikeudellisissa kysymyksissä. Tässä kirjoituksessa koetetaan kuitenkin hakea seikkoja, jotka auttaisivat tunnistamaan oikeustieteen hyödyllisyyden auktoriteetilähteen sijasta asialähteenä³². Miten oikeustieteen

29 Draamateksti on ”kuin nuotti tai ruokaresepti ja toisaalta itsenäinen sanataiteellinen teos” (Juha Hurme teoksessa Paula Salminen & Elina Snicker (toim.), *Jumalainen näytelmä*. Like 2012, s. 299). Nuotti tai ruokaresepti luonnehdinta sopii myös lakiteksteihin. Nuotteja ovat normaalit lakipykälät, ruokareseptejä yleislausekkeet. Oikeuslingvistiikassa huomio kohdistuu laajasti lakitekstin kielellisiin piirteisiin (”kielenhuolto”), vaikkakaan ei lakitekstin ”sanataiteelliseen” puoleen. Ks. Heikki Mattila, *Vertaileva oikeuslingvistiikka*. Alma Talent 2017. Kuitenkin esimerkiksi vuoden 1734 lakia voi helposti lukea myös sanataiteellisena teoksena, kuten Kimmo Nuotio on monissa yhteyksissä huomauttanut.

30 Vrt. kuit. Juha Häyhä, joka kirjoittaa väitöskirjassaan ”Sopimus, laki ja vakuutustoiminta” (Suomalainen lakimiesyhdistys 1996) oikeuden valtokeskuksista, ja laskee näihin lainsäätäjän ja tuomarin ohella oikeustieteen. Selvää on, että Häyhä tarkoittaa tässä rinnastuksessa oikeustieteen merkitystä oikeudellisen systematiikan ylläpitäjänä, ja oikeustieteen ”oikeudellinen valta” on siten erilaista kuin lainsäätäjän tai tuomarin. Myös Kaarlo Tuori sisällyttää oikeustieteen yhdeksi oikeudellisen käytännön muodoksi teoksessaan *Kriittinen oikeuspositivismi*. Werner Söderström lakitieto 2000. Aulis Aarnion oikeuslähdeopissa (esim. Aulis Aarnio, *Laintulkinnan teoria: yleisen oikeustieteen oppikirja*. WSOY 1989) oikeustiede on mukana sallittuna oikeuslähteenä. Saksalaisen oikeuskulttuurin piirissä oikeustieteessä vakiintuneelle käsitykselle on tapana antaa erityinen merkitys oikeuden tulkinnassa viittaamalla siihen oikeustieteen ”vallitsevana mielipiteenä” (die herrschende Meinung). Tämän kirjoituksen teeman kannalta ei ole tarpeen sitoutua näin vahvoihin kantoihin. Riittävää on, että oikeustieteestä (oikeustieteen asiantuntemuksesta) koetaan olevan hyötyä oikeuden maailman kahden keskeisen toimijan, lainsäätäjän ja tuomarikunnan, piirissä.

31 Aulis Aarniolla on tapana tiivistää tämä erityisesti lainopin harjoittamista puoltavaksi teesiksi siitä, että jos oikeustiede ei tee lainoppia, niin tulee jokin toinen joukko tutkijoita, joka alkaa sellaista harjoittaa.

32 Mainittakoon tässä, että pidän itse prejudikaattien velvoittavuutta olennaiselta osaltaan prejudikaattien perustelujen asianmukaisuuteen perustuvana. Tällöin Aarnion luokittelussa myös prejudikaattien tulisi sijoittua osaksi asialähteiksi.

hyödyllisyys voitaisiin ymmärtää oikeuden syntyä ja oikeuden toteutumista *sisällöllisesti* vahvistavana toimintana? Juuri tällainen tekstiä ja esitystä ”sisällöllisesti vahvistava toiminta” rinnastaisi oikeustieteen oikeuden maailmassa dramaturgiaan teatterin maailmassa.

3.1. Oikeustutkimuksen ja dramaturgian rinnakkaisuuksia

Käytän tässä alajaksossa dramaturgian asemaan ja tehtäviin näytelmätekstin kirjoittamisessa ja näytelmätekstin esitykseksi toteuttamisessa liittyviä lausumia. Lausumat on poimittu suomalaisten näytelmäkirjailijoiden, dramaturgien ja ohjaajien henkilökohtaisista esseistä, joissa pohditaan dramaturgian merkitystä ja erilaisia toteutustilanteita. Esheet on koottu teokseksi ”Jumalainen näytelmä”.³³ Yritän esiin otettujen lausumien kautta tunnistaa ja samalla arvioida edellä perusteltuun lakitekstin ja näytelmätekstin rinnakkaisuuteen pohjautuvaa oikeustieteen ja dramaturgian ”analogiakelpoisuutta”. Perustelen siksi lyhyesti lausumissa näkyviin tulevia rinnakkaisuuksia mutta myös olennaisia eroja.³⁴

”Näytelmän lukeminen on vaikeaa.”

Draamatekstin lukemisen ja siitä keskustelemisen sanotaan olevan vaikeaa. On jopa todettu, että ”(m)aaailmassa ei ole montaa ihmistä, joiden näytelmälukutaitoon luotan.” Ja edelleen: ”Laadukas keskustelu teksteistä on harvinaista ja haastavaa, sillä se vaatii aikaa ja rehellisyyttä, edellyttää ammattitaitoa sekä keskustelijoiden välistä luottamusta.”³⁵ Jos näytelmänlukutaito on harvalla, niin samoin lainlukutaito.³⁶ Lakitekstien lukemisen vaikeus johtuu siitä, että niiden ymmärtäminen edellyttää oikeusjärjestelmän perusteiden ja toiminnan tuntevaa ammattitaitoa. Näytelmätekstien laadukkaan keskustelun edellytyksenä mainittu rehellisyyden vaatimus rinnastuu osaltaan oikeudellisten perustelujen, niin lainsäätämisvaiheen lain tavoitteiden kuin soveltamisvaiheen ratkaisujen perustelujen, avoimuuden vaatimukseen.

33 Lainatut lausumat ovat teoksesta Paula Salminen & Elina Snicker (toim.), Jumalainen näytelmä. Like 2012.

34 Tämä tapa kirjoittaa läheisesti tutkimuksen muodostumisprosessiin kytkeytyen on tietoinen valinta. Pyrin sillä eräänlaiseen ”tutkimustransparenssiin”. Olen samalla tietoinen siitä, että vallitseva näkemys hyvästä tutkimuksesta perustuu pikemminkin siihen, että ”kun talo on valmis, voidaan ja pitää sen rakentamisessa käytetyt tukirakennelmat poistaa” (Jaakko Husan tutkijankoulutustilaisuuksissa usein käyttämä analogia).

35 Lainaukset Jumalainen näytelmä 2012, s. 241 (Satu Rasila).

36 Itse asiassa Finlexin ajantasaisen lainsäädännön sisältävässä tietokannassa pitäisi olla tavallisille ihmisille kohdistettu yleinen varoitus: älä luule ymmärtäväsi!

”Näytelmä ei ole kirjallisuutta siksi, että sen ilmiasu on tekstiä; se on kirjallisuutta siksi, että se on kokonaisuus. Mutta näytelmä kirjoitetaan rivien väliin ja repliikkien alle, siksi sen ulottuvuudet eivät tule näkyviksi ilman tulkintaa. Näytelmä ei synny ilman näyttelijää.” Oikeudessa asioita ei kuitenkaan saisi jättää rivien väliin. Oletuksena on, että lakitekstiin ei sisälly mitään piiloon jääviä merkityksiä. Toisaalta parhaistakin yrityksistä huolimatta tunnustetaan yleisesti, että lakitekstiin aina jää avoimuutta erilaisille tulkinnoille.

”Näytelmä synnytetään näyttämöä varten.”³⁷

Näytelmätekstien ominaisuus olla kirjoitettu esitetyksi tulemistä varten näyttäisi hyvin vastaavan lainsäädännön (lakitekstien) ominaisuutta tulla käytännöllisesti tehokkaiksi. Sen sijaan oikeuden ja teatterin erot yhteiskunnallisina instituutioina johtavat siihen, että sellaistaakin lakia, jota ei kenties ”esitetä” oikeudenkäyntien tai sanktioita asettavien oikeudellisten reaktiomekanismien muodossa, voidaan pitää oikeudellisesti onnistuneena, jos laki on tavoitellulla tavalla ”varalla” erityistilanteita varten (esimerkiksi poikkeustilalait) tai saa aikaan jo säätämisellään kansalaisikäyttäytymisen muuttumisen (lain symbolifunktio). Sen sijaan näytelmäteksti, jota ei koskaan esitetä, jäänee teatterimaailmassa välttämättä varsin marginaaliseen asemaan.

”Dramaturgia kantaa mahdollisen teoksen muodon lisäksi mukanaan aina myös sisältöjä.”

Teatteriesityksen valmistamista ajatellen dramaturgiana voidaan yksinkertaisesti pitää tarvittavien elementtien rajaamista ja järjestämistä teokseksi. ”Kokijalle dramaturgia tarkoittaa sen havainnoimista, miten teos on järjestetty kokonaisuudeksi.” Silti ”perimmiltään kyse on siitä, missä suhteessa ihmiset ja asiat ovat toisiinsa”³⁸. Oikeudellisessa mielessä lait ovat sekä sisältöä että muotoa. Puhumme laista muodollisessa mielessä ja laista sisällöllisessä mielessä. Formaalisuus oikeudessa on perustavanlaatuinen filosofinen teema.³⁹ Niin lakia säädettäessä kuin sitä sovellettaessa kysymys muodon ja sisällön suhteista on keskeinen.⁴⁰

37 Jumalainen näytelmä 2012, s. 237 (Satu Rasila).

38 Jumalainen näytelmä 2012, s. 49 (Elina Snicker).

39 Ks. esim. Maija Aalto-Heinilä, Mitä oikeusformalismi on? teoksessa Antti Kolehmainen – Emmi Muhonen (toim.), Matti Ilmari Niemi – Esineoikeuden järjestelmän rakentaja. Alma Talent 2018, s. 14–23.

40 Esimerkiksi kilpailuoikeuden tärkeä vedenjakaja per se rules / rules of reason välillä. Jaottelu ei koske vain säädettäviä normeja vaan myös voimassa olevien normien soveltamista. Ks. myös Sauli Mäkelä, Muodon merkitys oikeudessa. Lapin yliopisto 2002.

”Eri dramaturgitkin puhuu eri kieliä.”

”Eri dramaturgitkin puhuu eri kieliä. Jollekin kirjailijalle on hirveän paljon hyötyä dramaturgista joka puhuu sen kanssa terveystalitiikkaa, toiselle hyödyllisin on keskustelu siitä, onko joku kohta oranssi vai punainen.”⁴¹ Vastaavasti lainvalmistelun eri vaiheissa ja tuomareiden käytännön ongelmissa erilaisista oikeustieteilijöistä on eri tavoin hyötyä. Toisinaan toki esitetään vahvoja linjauksia siitä, millaisesta oikeustutkimuksesta on esimerkiksi hyötyä käytännön tuomareille.⁴² Eräänlainen heikko argumentti nimenomaan monipuolisen oikeustutkimuksen hyödyllisyydestä on kuitenkin se, että sellaista oikeustutkimus on jo varsin pitkään esimerkiksi Suomessa ollut. Dramaturgien eroja on tunnistettu erilaisiksi mauiksi: ”Maku on pohja jolle rakennetaan.”⁴³ Ehkä tässä rinnastuksessa oikeuden ”maun” voitaisiin ymmärtää tarkoittavan erilaisia oikeudenmukaisuuden tajuja.⁴⁴

”Musta tuntuu että intuitio on kaikkein tärkein väline (dramaturgin työkaluista, lisäys JK).”⁴⁵

Judicium oikeuden maailmassa varsin paljon käytetty ilmaisu. Sillä on tapana tarkoittaa hyvää juridista tuntumaa, juridista intuitiota.⁴⁶ Dramaturgianalogian kautta pystymme ymmärtämään paremmin oikeudellisen intuition merkitystä oikeustieteilijän työkaluna.⁴⁷

41 Jumalainen näytelmä 2012, s. 268 (Emilia Pöyhönen).

42 Esim. korkeimman oikeuden presidentin Timo Eskon tervehdyspuheenvuoro Suomen Tuomariliiton XX Tuomaripäivässä 14.10.2016 (saatavilla osoitteessa www.kko.fi). Puheenvuorossaan Esko konkretisoi esittämänsä muun muassa viittaamalla oikeustieteellisten väitöskirjojen otsikoista näkyviin aihevalintoihin ja toivoi perinteisen lainopin piiriin kuuluvien aiheiden esillä pitämistä laajojen oikeustieteen, yhteiskuntatieteen ja taloustieteen rajamaastoissa liikkuvien teemojen ohella.

43 Jumalainen näytelmä 2012, s. 268 (Emilia Pöyhönen).

44 Ks. Immanuel Kantin kolmijaossa teoreettiseen ja käytännölliseen järkeen sekä arvostelukykyyn tässä rinnastuksessa olisi ennen muuta kysymys arvostelukykyästä. Ks. Immanuel Kant, Arvostelukykyyn kritiikki. Gaudeamus 2018.

45 Jumalainen näytelmä 2012, s. 274 (Pipsa Lonka).

46 Ks. kirjoitukseni Juha Karhu, Mot ett bättre *judicium* i rättspluralismens tidsålder, s. 331–340 teoksessa Festskrift till Håkan Hydén. Jurisförlaget i Lund 2018.

47 Omakohtaisina esimerkkeinä haluaisin mainita seuraavat. Esimerkiksi sopimuksen prosessiluonne tuli mukaan väitöskirjaani ”Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimuksen sovittelu” (Suomalainen Lakimiesyhdistys 1988) oikeudellisen intuition kautta, samoin vielä kehitteillä oleva ajatus sopimuksen komposiittiluonteesta. Osaltaan intuitiivista oli myös Uuden varallisuus oikeuden (Juha Pöyhönen, Uusi varallisuus oikeus. Talentum 2000) idea siitä, että varallisuus oikeuden järjestelmän perustaksi tulisi vapauden tilalle asettaa koko perusoikeusjärjestelmä.

4. Lopuksi

Lakiteksteillä on mahdollisuus tulla erilaisten tarinoiden elementeiksi. Lakitekstit syntyvät tavalla, jota voi kuvata poliittis-oikeudellisiksi tarinoiksi. Vielä vahvemmin: lakiteksteissä on kysymys ainutkertaisen (mutta tyypiltään toistuvan) performatiivisen tarinan tuloksista. Lakitekstit syntyvät poliitikkojen esityksissä ja esityksinä toteutuakseen tuomareiden johtamissa oikeusprosesseissa. Kuten näytelmäkirjallisuus, lakitekstit ovat tekstejä, joiden tarkoitus on tulla esitetyiksi. Tässä on perustavanlaatuinen samankaltaisuus teatterin ja oikeuden välillä. Oikeuden tapahtumisen toinen paradigmaattinen paikka, lakitekstin toteutuminen yksittäistapauksessa, on myös tarina, aina ainutkertaisen (vaikkakin jälleen tyypiltään toistuvan) tarinan esittäminen.

”Ihmisten ikuinen tarinallisuuden tarve”⁴⁸ näyttäisi siten olevan vahvana yhdistävänä pohjavireenä niin teatterissa kuin oikeudessa. Vaikka laeissa henkilöhahmot kuviteltaisiin Koiviston ja Rautiaisen kuvaamalla tavalla ”litteiksi”, sisältyy lakeihin heidänkin mukaansa normalisoivia tarinoita. Tarinallisuuden voidaan myös nähdä tukevan yleistä ajatusta oikeuden kontekstuaalisuudesta. Vasta asettamalla yksittäiset oikeudelliset toimet osaksi erilaisissa toimintaympäristöissä omaksuttuja kokonaisjärjestelyjä pystytään tekemään oikeutta oikeudelle. Juridinen päättely on enemmän tarinoiden varassa tehtävää abduktiota kuin tekstien pohjalta tehtävää deduktiota tai yksittäisistä tapahtumista tehtävää induktiota.⁴⁹ Ehkä teatteri tässä haastaa vahvasti oikeutta, sillä nykyteatterille on ominaista näytelmätekstien tuottamisen erilaiset tavat ja hyvin vaihtelevat esitysten toteutusmuodot.⁵⁰

Oikeuden maailman tarinallisuus näyttäisi kuitenkin olevan rakenteellisesti vinoutunut selkeisiin etukäteistä käsikirjoitusta uskollisesti toteuttaviin juonimuotoisiin kertomuksiin, jotka tekevät mahdolliseksi ehdottoman dikotomisen luokittelun ”oikein / väärin”. Oikeuden tarinat näyttäisivät sietävän huonosti yllätyksellisyyttä, ja samalla etäännyvän yhdestä teatteriesitysten perusominaisuudesta pystyä tuomaan uskottavasti esiin myös yllätyksiä. Saattaakin olla, että oikeuden tarinat olisivat teatterin puolella kuolleita tekstejä: ”On outoa kohdata näytelmä, jossa on kaikki paikallaan ja näyttää näytelmältä, ja kuitenkin joutuu sanomaan että tämä ei ole näytelmä, se on kuollut tai jotain. Siitä ei löydy virhettä.

48 Jumalainen näytelmä 2012, s. 19 (Hanna Helavuori).

49 Kaarle Makkosen tunnettu sanonta lainsäätäjän oikullisuudesta, jolla hän kritisoi yksittäisistä lainsäännöksistä tehtävän yleistyksen eli juridisen induktion pätevyyttä, sopii hyvin tukemaan tässä esitettyä.

50 ”Mua häiritsee sellainen käsityöläispuhe, että näytelmäkirjailija on tarinankertoja. Se ei vastaa mun omaa kokemusta, ei dramaturgin eikä kirjailijan työstä. ... Siinä käsityöläispuheessa ei ole tilaa sille ihmeen hetkelle, mysteerille, joka musta on niin keskeinen hyvissä taiteellisissa prosesseissa.” Jumalainen näytelmä 2012, s. 271 (Emilia Pöyhönen).

Se on vähän pelottavaa.⁵¹ Oikeustieteilijän etuoikeutettu osa on olla sellaisessa oikeuden dramaturgin asemassa, josta pystyy tunnistamaan ja tuomaan julki, että jokin laki on kuollut laki (*desuetudo*), ajastaan jälkeen jäänyt oikeudellinen reliikki tai tärkeydeltään vahvistuneista oikeudellisista arvoista liiaksi poikkeava säännöstö (*lex iniusta*).

Mikä hyöty tämäntapaisista rinnastuksista? Oikeuden ja teatterin rinnastuksen syvempi peruste, analogian viimekätinen analogia-avain, on oikeuden perusominaisuuksissa, jännitteissä sisäisen – ulkoisen näkökulman ja normatiivisen – faktisen välillä.⁵² Yhteisöllisinä toimintoina oikeuteen ja teatteriin suodattuu kulloisenkin aikakauden sosiaalisen vuorovaikutuksen muotoja. Usein oman toiminnan tapoihin tottuu tavalla, joka tekee niiden perusteista vaikeasti havaittavia. Silloin etäisyyden ottaminen ja samankaltaisuuksien tunnistaminen jossakin toisessa toiminnossa voi avata tätä lukkoa.⁵³ Esimerkiksi sopii ihmisten asema teksteissä. Lukeva dramaturgihan miettii yhdessä kirjoittajan kanssa henkilöhaamojen piirteitä näytelmätekstiä varten ja esitysdramaturgi keskustelelee dialogissa ohjaajan kanssa tavoista toteuttaa juonen kannalta uskottavasti henkilöhaamojen toiminta. Oikeustieteilijä voi samoin pitää huolta siitä, että ihmisiä ei lakiteksteissä ”litistetä” enempää kuin on tarve ja että soveltamistilanteissa voidaan antaa merkitystä myös tilanteen ja asianosaisten erityispiirteille.⁵⁴

On myös hämmästyttävää, miten tutuilta jotkin ammatilliset haasteet saattavat näyttää kahden toisistaan erillisinä kehittyneiden yhteisöllisten toimintojen välillä – tässä kirjoituksessa on tuotu esiin joitakin yhtäläisyyksiä oikeustieteen ja dramaturgian välillä. Viime kädessä parempi ymmärrys oikeudesta auttaa toteuttamaan paremmin lain ydintehtävän yhteisössä, oikeudenmukaisuuden edistämisen. Ehkä tässä on myös olennainen ero oikeuden ja teatterin välillä. Teatteri taidemuotona sisältää vahvan perusjuonteen *l’art pour l’art* -ideaan, taiteen itseisarvoon. Oikeus taas on aina yhteiskunnassa keino johonkin, ja sen taustalla oleva oikeudenmukaisuuden tavoite ikään kuin sävyttää – enemmän tai vähemmän näkyvällä tavalla – kaiken oikeudessa tapahtuvan toiminnan.

Loppuun vielä yksi selvennys. Vaikka kaikesta ja kaikenlaisesta oikeustieteestä voi olla dramaturgista hyötyä, oikeustieteen funktiot modernin oikeuden

51 Jumalainen näytelmä 2012, s. 281 (Okko Leo).

52 ”Jännitteestä ja sen eri muodoista” sekä niiden merkityksessä dramaturgiassa ks. Jumalainen näytelmä 2012, s. 65–71 (Paavo Westerberg).

53 Parhaimmillaan dramatisoinnit haastavat teatteria löytämään uusia ilmaisutapoja ja kertomisen tapoja.” (s. 220). Myös oikeustutkimus voi parhaimmillaan tuoda esiin uusia juridisen kertomisen tapoja. Esimerkkinä tällaisesta voisi pitää vaikkapa Thomas Wilhelmssonin sosiaalista siviilioikeutta (Thomas Wilhelmsson, *Social civilrätt*). Siinä tavallisesti vain liikesuhteissa käytettyä ylivoimaisen esteen (*force majeure*) ”juonta” sovellettiin myös inhimilliseen hätätilaan joutuneisiin yksityishenkilöihin.

54 Esimerkkinä tällaisesta on vaikkapa ns. toisintoimimismahdollisuus eli kysymys siitä, olisiko henkilöltä voitu kohtuudelta vaatia toisenlaista toimintaa ao. tilanteessa.

aikakautena eivät tietenkään tyhjene sen dramaturgiseen funktioon. Dramaturginen näkökulma ei olekaan tarkoitettu oikeustutkimuksen kokonaisanalyysin välineeksi. Sen sijaan sillä on tarkoitus tunnistaa ja tunnustaa yksi toiminnallinen jänne, joka yhdistää oikeuden sisäisen ja ulkoisen näkökulman toisiinsa.

Minna Kimpimäki

Terrorismia vai jotain muuta – onko sillä jotain väliä?

1. Aluksi

Terrorismi on tänä päivänä ajankohtainen asia niin Suomessa ja muualla Euroopassa kuin globaalistikin. Tarkkaan uutisoituja terrori-iskuja tehdään jatkuvasti eri puolilla maailmaa ja niitä on viime vuosina tehty toistuvasti myös Euroopassa.¹ Ensimmäinen Suomessa tehty terrori-iskua – Turussa elokuussa 2017 tehty puukotusiskua – koskeva tuomio annettiin Varsinais-Suomen käräjäoikeudessa kesäkuussa 2018. Vastaaja tuomittiin kahdesta terroristisessa tarkoituksessa tehdystä murhasta ja kahdeksasta terroristisessa tarkoituksessa tehdystä murhan yrityksestä.² Tämä oikeudenkäynti – samoin kuin aiemmat Suomessa läpikäytyt terrorismirikoksiin liittyneet oikeudenkäynnit³ – ovat osoittaneet, etteivät rikoslain terrorismisäännökset ole helposti tulkittavia tai sovellettavia. Siksi onkin perusteltua tarkastella, millä tavalla terrorismista Suomen rikoslaissa säännellään, millaisiin kansainvälisiin ja eurooppalaisiin esikuviin nämä kansalliset säännökset pohjautuvat ja millaisia tulkintakysymyksiä tähän sääntelyyn liittyy. Tämän

-
- 1 Valtaosa terrori-iskuista tehdään kuitenkin muualla kuin Euroopassa. Start-järjestön (National Consortium for the Study of Terrorism and Responses to Terrorism) vuoden 2017 raportin mukaan eniten terrori-iskuja ja terrorismin aiheuttamia kuolemantapauksia tapahtui Lähi-Idässä ja Pohjois-Afrikassa, Etelä-Aasiassa ja Saharan eteläpuolisessa Afrikassa. Yli puolet terrori-iskuista tehtiin neljässä maassa: Irakissa, Afganistanissa, Intiassa ja Pakistanissa ja yli puolet kuolemista aiheutui kolmessa maassa: Irakissa, Afganistanissa ja Syyriassa. (Global Terrorism in 2017. Background report. Start 2018, https://www.start.umd.edu/pubs/START_GTD_Overview2017_July2018.pdf)
 - 2 Varsinais-Suomen käräjäoikeus 18/125884 (R 18/970). Vastaaja valitti tuomiostaan hovioikeuteen, mutta perui sittemmin valituksensa.
 - 3 Helsingin hovioikeuden tuomiolla 16/111925 (R 15/526) hylättiin terrorismin rahoittamista, värväystä terrorismirikoksen tekemiseen ja terroristisessa tarkoituksessa tehtävän rikoksen valmistelua koskeneet syytteet ja Helsingin käräjäoikeuden tuomiolla 18/103187 (R 17/8720) hylättiin terroristisessa tarkoituksessa tehtävän rikoksen valmistelua, koulutuksen antamista terrorismirikoksen tekemistä varten ja värväystä terrorismirikoksen tekemiseen koskeneet syytteet.

artikkelin kannalta keskeinen kysymys on myös, mitä merkitystä ja vaikutuksia on sillä, katsotaanko teon olevan luonteeltaan terroristinen.

Vaikka terrorismi on epäilemättä ajankohtainen ilmiö, on hyvä huomata, että mikään uusi ilmiö se ei ole, vaan terrorismin luonteisia rikoksia – esimerkiksi poliittisin perustein tehtyjä salamurhia – on tehty kautta aikain. Käsitteenäkin terrorismi on tunnettu jo 1700-luvulta lähtien, vaikka käsitteellä viitattiin alun perin valtion harjoittamaan terroritoimintaan.⁴ Vaikka terrorismi on ilmiönä ja yhteiskunnallisena käsitteenä vanhaa perua, on terrorismin vastainen kansainvälinen oikeudellinen yhteistyö keskeisimmiltä osin peräisin viime vuosikymmeniltä. Kansainvälisten terrorismin vastaisten toimien omaksumista vaikeutti pitkään se, etteivät valtiot päässeet yksimielisyyteen siitä, miten terrorismi tulisi määritellä. Nyttemmin terrorismin oikeudellisia elementtejä on määritelty kansainvälisissä ja eurooppalaisissa sopimuksissa, turvallisuusneuvoston päätöslauselmissa ja valtioiden lainsäädännössä, mutta nykyisinkään ei ole mitenkään helppoa tai yksiselitteistä sanoa, onko tietty toiminta terrorismia vai ei. Vanha – joskin myös kiistelty ja kritisoitu – sanonta, jonka mukaan toisen terroristi on toisen vapaustaistelija, pitääkin siinä mielessä paikkansa, että terrorismin määrittelyä pyritään jatkuvasti käyttämään myös politiikan teon välineenä. Toisaalta erilaisia objektiivisesti tarkastellen terroristisen teon tunnusmerkit täyttäviä toimia pyritään oikeuttamaan vetoamalla hyvään päämäärään – esimerkiksi vapaustaisteluun tai miehityksen vastustamiseen – ja toisaalta taas poliittisiin vastustajiin kohdistuvia kovia toimia voidaan pyrkiä oikeuttamaan leimaamalla vastapuolen edustajat terroristeiksi.

Terrorismin määrittely on haastavaa, mutta terrorismin vastaiset rikosoikeudelliset toimet ovat oikeutettuja vain, jos terrorismi kyetään määrittelemään laillisuusperiaatteen vaatimukset täyttävällä tavalla. Suomessa rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta on säädetty perustuslain (731/1999) 8 §:ssä ja rikoslain (39/1889, RL) 3 luvun 1 §:ssä. Näiden säännösten ja niiden taustalla olevien kansainvälisten ja eurooppalaisten ihmisoikeusvelvoitteiden⁵ perusteella rikokseen syylliseksi saa katsoa vain sellaisen teon perusteella, joka tekohetkellä on laissa säädetty rangaistavaksi riittävän täsmällisin sanamuodoin. Laillisuusperiaatteen sisältyvä epätasällisyyskielto edellyttää, että ”sekä rangaistuksella uhatun toiminnan kuvaus että teosta seuraava rangaistus on määritelty sellaisella tarkkuudella, että ainakin oikeustieteellisen koulutuksen saaneet henkilöt ja mieluiten muutkin, voivat ennakkolta tietää, mikä on rangaistavaa ja kuinka ankarasti.”⁶

4 Ks. tästä Ben Saul, *Defining Terrorism in International Law*. Oxford University Press 2008, s. 1–2.

5 Rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta on määrätty kansalaisyhteiskunnallisia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen 15 artiklassa ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 7 artiklassa.

6 HE 44/2002 vp rikoslain yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi, s. 29.

Myös ihmisoikeustuomioistuin on korostanut rankaisemisen ennakoitavuutta, mutta lähtenyt siitä, että rikosoikeudellinen sääntely voi kehittyä ja täsmentyä tuomioistuinkäytännön myötä, kunhan kehityksen lopputulos on yhteensopiva kyseisen rikosoikeudellisen säännöksen ydinsisällön kanssa ja riittävällä tavalla ennakoitavissa.⁷ Rikoslain terrorismisäännökset ovat esimerkki siitä, että vaikka rikoslainsäädäntöä laadittaessa pyritään mahdollisimman täsmälliseen ilmaisuun, sisältyy säännöksiin silti väistämättä myös tulkintaa vaativia termejä ja ilmaisuja.

Terrorismirikokset on määritelty rikoslain 34 a luvussa, jossa säädetään terroristisessa tarkoituksessa tehdyistä rikoksista, terroristisessa tarkoituksessa tehdystä radiologista asetta koskevasta rikoksesta, terroristisessa tarkoituksessa tehtävän rikoksen valmistelusta, terroristiryhmän johtamisesta, terroristiryhmän toiminnan edistämisestä, koulutuksen antamisesta terrorismirikoksen tekemistä varten, kouluttautumisesta terrorismirikoksen tekemistä varten, värväyksestä terrorismirikoksen tekemiseen, terrorismin rahoittamisesta, terroristiryhmän rahoittamisesta, matkustamisesta terrorismirikoksen tekemistä varten ja terrorismirikoksen tekemistä varten tapahtuvan matkustamisen edistämisestä.

Rikoslain 34 a lukuun otettujen tunnusmerkistöjen määrä kertoo toisaalta siitä, että laillisuusperiaatteen toteuttamiseksi erilaiset terroristisena tekona rangaistavat teot on pyritty määrittelemään mahdollisimman tarkasti ja yksityiskohdaisesti. Toisaalta tunnusmerkistöjen määrä kertoo myös siitä, että terroristiseen toimintaan liittyvää rangaistusvastuuta on vähitellen laajennettu varsinaiseen terroristiseen tekoon entistä etäisemmin liittyviin toimiin. Vastuun laajentamisen tavoitteena on ollut se, että terroristisiin tekoihin pystyttäisiin puuttumaan mahdollisimman tehokkaasti ja mahdollisimman varhaisessa vaiheessa. Tämä rikosoikeudellisen vastuun alan laajentaminen on kuitenkin johtanut myös siihen, että osa rikoslakiin otetuista terrorismisäännöksistä on varsin hankalasti sovellettavia ja teot usein vaikeasti toteennäytettävissä.

Tässä artikkelissa tarkastelen, millaiset teot ovat oikeudellisesti tarkastellen terrorismia. Tarkastelun ensisijaisena kohteena ovat rikoslakiin otetut terrorismisäännökset, mutta koska nämä kansalliset säännökset pohjautuvat vahvasti kansainvälisiin ja etenkin eurooppalaisiin määritelmiin ja sopimusvelvoitteisiin, on perusteltua tarkastella myös terrorismia koskevia kansainvälisiä ja eurooppalaisia asiakirjoja. Kyse on siis lainsäädäntöön, lakien esitöihin, kansainvälisiin ja eurooppalaisiin asiakirjoihin ja oikeuskäytäntöön pohjautuvasta lainopillisesta tarkastelusta.

7 Ks. esim. *Del Rio Prada v. Spain*, ECtHR 21.10.2013, 92–93; *S.W. v. the United Kingdom*, ECtHR 22.11.1995, 36; *C.R v. the United Kingdom*, ECtHR 22.11.1995, 34.

2. Terrorismin oikeudellisen määrittelyn vaikea historia

Kansainliiton valtiot laativat vuonna 1937 terrorismia koskevan sopimuksen⁸, joka ei kuitenkaan toisen maailmansodan syttymisen ja Kansainliiton hajoamisen vuoksi koskaan tullut voimaan. Sopimuksen 1 artiklan mukaan sopimuksessa käytetty terroristisen teon käsite tarkoitti rikollisia tekoja, jotka oli kohdistettu valtiota vastaan ja joiden tarkoituksena tai oletettuna seurauksena oli pelon aiheuttaminen tiettyjen henkilöiden, henkilöryhmien tai yleisön keskuudessa. Sopimus velvoitti valtiot kriminalisoimaan tietyt teot, esimerkiksi valtion päämieheen tai virkamiehiin kohdistuneet väkivallanteot, julkiseen omaisuuteen kohdistuneen tuhoamisen ja yleisön hengen vaarantavat teot, silloin, kun kyse oli edellä mainitun käsitelmäärityksen mukaisesta terroristisesta teosta. Rangaistavaksi tuli säätää myös tällaisten tekojen yritys samoin kuin osallisuus tällaisiin tekoihin. Tähän sopimukseen otettu terrorististen rikosten joukko oli suppea myöhempiin sopimuksiin verrattuna ja nykykäsityksestä poiketen määritelmässä korostui käsitys terrorismista nimenomaan valtioon kohdistuvana tekona. Jo tässä sopimuksessa kuitenkin eriteltiin sellaisia terroristisen tarkoituksen elementtejä, kuten pelon aiheuttamistarkoitus, jotka ovat sittemmin toistuneet myöhemmissä määrittely-yrityksissä.

Kun terrorismin vastaisia kansainvälisiä sopimuksia alettiin toisen maailmansodan jälkeen jälleen valmistella, valtiot eivät päässeet vuoden 1937 sopimuksen määräysten kaltaiseen yhteisymmärrykseen terrorismin määrittelystä. Kylmän sodan ilmapiirissä toisen vapaustaistelija nähtiin helposti terroristina ja päinvastoin, eikä yhteisymmärrystä terrorismin määritelmästä saatu aikaan. Tämä johti siihen, että nimenomaisesti ja yleisesti terrorismia koskevien sopimusten sijaan laadittiin joukko kapea-alaisia sopimuksia, joissa käsitellään terrorismille tyypillisiä tekoja, kuten esimerkiksi lentokoneiden kaappauksia⁹, ilmaliikenteeseen kohdistuvia väkivallanteoja¹⁰ tai panttivankien ottamista^{11, 12}. Näissä varhaisemmissa terrorismin vastaisissa sopimuksissa ei edellytetä, että sopimuksessa määritellyt toiminta olisi jokaisessa yksittäistapauksessa määriteltävissä terroristiseksi toiminnaksi, joten niiden soveltamisalaan tulee myös sellaisia tapauksia,

8 Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism.

9 Yleissopimus ilma-alusten laittoman haltuunoton ehkäisemisestä (SopS 62/1971).

10 Siviili-ilmailun turvallisuuteen kohdistuvien laittomien tekojen ehkäisemistä koskeva yleissopimus (SopS 56/1973).

11 Kansainvälinen yleissopimus panttivankien ottamista vastaan (SopS 30/1981).

12 YK:n terrorisminvastainen toimisto luettelee kotisivuillaan 19 kansainvälistä terrorisminvastaista asiakirjaa, joista ensimmäinen on vuodelta 1963 ja viimeisin vuodelta 2014. (International Instruments. United Nations Office of Counter-Terrorism, <http://www.un.org/en/counterterrorism/legal-instruments.shtml>).

joita ei voi pitää terrorismina. Terrorismia ei määritelty edes vuonna 1977 solmitussa eurooppalaisessa terrorismia koskevassa yleissopimuksessa¹³ vaan siinä vain viitattiin tiettyihin aiemmissa kansainvälisissä sopimuksissa määriteltyihin ja kansallisessa rikoslainsäädännössä kriminalisoituihin tekoihin.

Sopimustasolla terrorismin elementtejä alettiinkin määritellä vasta 1990-luvulla, kun vuonna 1997 hyväksyttiin terroristisia pommi-iskuja koskeva kansainvälinen yleissopimus¹⁴ ja vuonna 1999 terrorismin rahoittamista koskeva yleissopimus¹⁵. Näistä etenkin terrorismin rahoittamista koskeva sopimus merkitsi edistysaskelta terrorismin määrittelyssä. Teot, joiden rahoittaminen sopimuksella kiellettiin, määritellään sopimuksen 2 artiklan 1 kohdan a) ja b) alakohdissa. Sopimuksen alaan kuuluu varojen antaminen tai kerääminen

a) sellaista tekoa varten, joka on jonkin tämän yleissopimuksen liitteessä mainitun sopimuksen soveltamisalaan kuuluva ja sellaisessa sopimuksessa määritelty rikos; tai

b) sellaista muuta tekoa varten, jonka tarkoituksena on aiheuttaa kuolema tai vakava ruumiillinen vamma siviilihenkilölle tai muulle henkilölle, joka ei aktiivisesti osallistu aseelliseen selkkaukseen liittyviin vihollisuuksiin, kun tämä teko on luonteeltaan tai asiayhteydeltään sellainen, että sen päämääränä on aiheuttaa pelkoa väestön keskuudessa tai pakottaa hallitus tai kansainvälinen järjestö tekemään tietty toimenpide tai pidättäytymään tietystä toimenpiteestä.

Nämä elementit – tietty rikokseksi määritelty teko sekä tarkoitus joko aiheuttaa pelkoa väestön keskuudessa taikka pakottaa hallitus tai kansainvälinen järjestö tekemään tietty toimenpide tai pidättäytymään tietystä toimenpiteestä – ovat sittemmin kansainvälisellä tasolla muodostuneet eräänlaiseksi terrorismin määritelmän ydinsisällöksi.¹⁶

Rikoslain terrorismiluku pohjautuu ennen kaikkea EU-oikeudellisiin asiakirjoihin, vuonna 2002 annettuun terrorismia koskevaan puitepäätökseen¹⁷ ja sen

13 SopS 16/1990.

14 SopS 60/2002.

15 SopS 74/2002.

16 Ks. esim. YK:n turvallisuusneuvoston päätöslauselma S/RES/1566 (2004).

17 Neuvoston puitepäätös, tehty 13 päivänä kesäkuuta 2002, terrorismin torjumisesta (2002/475/YOS).

korvaavaan vuonna 2017 tehtyyn terrorismin torjuntaa koskevaan direktiiviin¹⁸, jotka kattavat laaja-alaisesti erilaisia terroristisessa tarkoituksessa tehtyjä tekoja.

Direktiivin alaan kuuluvat teot määritellään direktiivin 3 artiklassa objektiivisin ja subjektiivisin kriteerein. Objektiivisessa mielessä kyse tulee olla artiklassa mainitusta rikokseksi määritellystä tahallisesta teosta tai sillä uhkaamisesta. Artiklan rikosluettelossa mainitaan mm. tietyt henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset, panttivangin ottaminen, eräitä tuhotyö- ja kaappausluonteisia rikoksia sekä eräitä aseisiin ja vaarallisiin aineisiin liittyviä rikoksia. Ollakseen objektiivisessa mielessä terroristinen, artiklassa mainitun teon tulee lisäksi olla luonteeltaan tai asiayhteydeltään sellainen, että se voi aiheuttaa vakavaa haittaa jollekin maalle tai kansainväliselle järjestölle. Subjektiivisessa mielessä terroristisella teolla tulee olla tietty tarkoitus: tarkoitus pelotella vakavasti väestöä, tarkoitus pakottaa aiheettomasti viranomaiset tai kansainvälinen järjestö johonkin tekoon tai pidättymään jostakin teosta taikka tarkoitus horjuttaa vakavasti jonkin maan tai kansainvälisen järjestön poliittisia, perustuslaillisia, taloudellisia tai yhteiskunnallisia perusrakenteita tai tuhota ne.

Kansainvälisellä tasolla omaksutun ja eurooppalaisen määritelmän keskeisin eroavaisuus on siinä, että eurooppalaiseen terroristisen tarkoituksen määritelmään on pelottelu- ja pakottamistarkoitusten rinnalle otettu kolmas tarkoitus eli tarkoitus horjuttaa vakavasti jonkin maan tai kansainvälisen järjestön poliittisia, perustuslaillisia, taloudellisia tai yhteiskunnallisia perusrakenteita tai tuhota ne. *Martin Scheinin* on puheenvuoroissaan kritisoinut tätä eurooppalaista lisäystä terrorismin määrittelyyn ja katsonut sen ilmentävän vanhakantaista näkemystä terrorismista rikoksena valtiota vastaan. Hän katsoo tämän lisäyksen olevan vahingollinen sekä perusoikeuksien turvaamisen että terrorismin torjunnan tehokkuuden kannalta.¹⁹ Olennainen kysymys onkin, voitaisiinko tämän lisäyksen perusteella esimerkiksi totalitaristisissa valtioissa toimivien demokratialiikkeiden toimia pitää terrorismina. Kun terroristisen tarkoituksen määritelmää otettiin Suomen rikoslakiin, hallitus lähti puitepäätöksen määräysten ja tarkoituksen tulkinnan perusteella siitä, ettei epädemokraattisissa tai totalitaarisissa yhteiskunnissa toimivien liikkeiden toimia, joilla ne pyrkivät oikeusvaltiolliseen ja demokraattiseen yhteiskuntajärjestykseen, pidetä terroristisessa tarkoitukses-

18 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2017/541, annettu 15 päivänä maaliskuuta 2017, terrorismin torjumisesta sekä neuvoston puitepäätöksen 2002/475/YOS korvaamisesta sekä neuvoston päätöksen 2005/671/YOS muuttamisesta.

19 Susanna Reinboth, Ihmisoikeusprofessori: Rikoslaki ei kaipa uusia kriminalisointeja. Helsingin Sanomat 2.10.2017.

sa tehtyinä rikoksina. Tällaisten liikkeiden toimintaan liittyen tehdyt teot voivat kuitenkin olla rikoksia muiden säännösten perusteella.²⁰

Käytännössä perusrakenteiden horjuttamistarkoitus luultavasti laajentaa terrorismin määritelmää vain rajallisessa määrin, sillä säännöksessä mainitun kaltaiseen rikolliseen tekoon, esimerkiksi henkeen tai terveyteen kohdistuvaan rikokseen tai tuhotyörikokseen, jonka tarkoituksena on horjuttaa vakavasti jonkin maan tai kansainvälisen järjestön perusrakenteita tai tuhota ne, liittyy usein myös jonkinlainen tarkoitus pelotella väestöä ja/tai pakottaa viranomaisia tai kansainvälistä järjestöä. Rajanvetotapauksia voinevat kuitenkin olla esimerkiksi poliittisten mielenilmausten yhteydessä tehdyt uhkaus- ja vahingontekotyypiset rikokset. Rauhanomaiseen mielenilmaukseen osallistuneille määrätty rikosoikeudelliset sanktiot voivat olla ihmisoikeussopimusten vastaista kokoontumisvapauden puuttumista. Rankaiseminen luvattomiin mielenilmauksiin osallistumisesta voi sen sijaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen linjausten mukaan olla hyväksyttävää²¹ samoin kuin rankaiseminen esimerkiksi mielenilmauksen yhteydessä tapahtuneesta väkivaltaan yllyttämisestä²² edellyttäen, että rangaistuksen ankaruus on oikeassa suhteessa sillä tavoiteltuun legitimiin tavoitteeseen.²³ Jos rauhanomaisen mielenilmauksen yhteydessä tehdyistä vähäisistä rikkomuksista rangaistaan terrorismisäännösten nojalla, se voi helposti olla suhteellisuusväärimuksen vastaista.

3. Terrorismin määritelmä Suomen rikoslaissa

Rikoslakiin otetut terrorismirikosten ja terroristisen tarkoituksen määritelmät pohjautuvat terrorismia koskevaan puitepäätökseen, mutta muotoilu poikkeaa jossain määrin puitepäätöksen ja direktiivin esitystavasta.

Terrorismin määritelmän objektiivinen osa löytyy rikoslain 34 a luvun 1 §:stä, jossa säädetään terroristisessa tarkoituksessa tehdyistä rikoksista. Säännöksessä on 7-kohtainen luettelo muualla rikoslaissa rangaistavaksi säädetyistä teoista ja

20 HE 188/2002 vp terrorismia koskeviksi rikoslain ja pakkokeinolain säännöksiksi, s. 60.

21 Ziliberberg v. Moldova, Decision as to the admissibility, ECtHR 4.5.2004, s. 12.

22 Osmani and Others v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, Final Decision as to the admissibility, ECtHR 11.10.2001.

23 Ihmisoikeustuomioistuin on kuitenkin edellyttänyt viranomaisilta jonkinasteista sallivuutta suhteessa rauhanomaisiin mielenilmauksiin silloinkin, kun ne ovat luvattomia tai aiheuttavat jossain määrin häiriötä. (Balçık and Others v. Turkey, ECtHR 29.11.2007, 52; Sergey Kutznetsov v. Russia, ECtHR 23.10.2008, 44.)

näille teoille säädetään ankarampi rangaistusasteikko silloin, kun teko on tehty terroristisessa tarkoituksessa. Luettelossa mainitaan mm. vakavia henkeen, terveyteen ja vapauteen kohdistuvia rikoksia; vahingonteko- ja tuhotyörikoksia; aserikoksia sekä rikoksella uhkaamiseen liittyviä rikoksia. Luettelossa mainittujen tekojen lisäksi myös murhasta voidaan tuomita terroristisessa tarkoituksessa tehtynä murhana, mutta murhan kohdalla määrittely terroristisessa tarkoituksessa tehdyksi rikokseksi ei vaikuta rangaistusasteikkoon, sillä murhasta tuomittaessa on muutenkin käytössä ankarin rikoslain mukainen rangaistus eli elinkautinen vankeus.

Jotta teko tulisi terroristisessa tarkoituksessa tehtyjä rikoksia koskevan säännöksen soveltamisalaan, sen tulee olla omiaan aiheuttamaan vakavaa vahinkoa jollekin maalle tai kansainväliselle järjestölle. On omiaan -muotoilu tarkoittaa sitä, että ns. abstrakti vaara riittää: säännöksen soveltaminen ei siis edellytä, että teosta voitaisiin osoittaa konkreettisesti aiheutuneen mainitun kaltaista vahinkoa tai vahingonvaaraa vaan riittävää on, että teko on tyypiltään sellainen, että se kokemuseräisesti arvioiden yleensä aiheuttaa tällaista vahinkoa.²⁴ Vaaraedellytyksen merkitys on siinä, että se tuo terroristisessa tarkoituksessa tehdyn rikoksen määritelmään vaatimuksen teon tietynasteisesta vakavuudesta. Esimerkiksi jokainen säännöksessä mainittu uhkausluonteinen rikos ei välttämättä ole omiaan aiheuttamaan säännöksessä tarkoitettua kaltaista vahinkoa, vaikka kyse olisi säännöksen rikosluetteloon sisältyvästä rikoksesta ja teko olisi tehty terroristisessa tarkoituksessa.

Rikoslakiin otettu edellytys teolta edellytettävästä vahingon vaarasta muotoiltiin alun perin puitepäätöksestä poikkeavasti. Puitepäätöksessä nimittäin mainitaan jollekin maalle (a country) aiheutuva vakava haitta, kun taas rikoslaki tuolloisessa muodossaan (L 17/2003) samassa yhteydessä viittasi jollekin valtiolle aiheutuvaan vakavaan vahinkoon. Sitä, miksi puitepäätöksen ilmaisu "maa" korvattiin rikoslain säännöksessä ilmaisulla "valtio", ei ole esitöissä laajemmin perusteltu, vaan ehdotetun kirjoitustavan on vain todettu vastaavan paremmin Suomen rikoslaissa noudatettua kirjoitustapaa.²⁵ Scheinin on Helsingin Sanomien haastattelussa voimakkaasti kritisoinut valittua lainsäädäntöratkaisua. Hän on todennut, että termi "valtio" tarkoittaa ylimpiä valtioelimiä ja valtion virkakooneistoa, kun taas ilmaisu "maa" viittaa laajemmin koko yhteiskuntaan.²⁶ Tätä

24 HE 188/2002 vp. s. 33. Ks. abstraktisista vaarantamisrikoksista myös esim. Kimmo Nuotio, Teko, vaara, seuraus. Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1998, s. 382–386; Dan Frände, Yleinen rikosoikeus. Edita 2012, s. 83–85; Jussi Tapani – Matti Tolvanen, Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. Talentum 2013, s. 178–290; Sakari Melander, Rikosvastuun yleiset edellytykset. Tietosanoma 2016, s. 136–142.

25 HE 188/2002 vp. s. 32.

26 Reinboth 2017.

tulkintaa voitaneen pitää jossain määrin kiistanalaisena. Selvää ainakin lienee, ettei lainsäätäjä säännöstä muotoillessaan tarkoittanut antaa termille ”valtio” näin ahdasta tulkintaa. Kysymys nousi esiin myös Turun puukotusiskua koskeneessa oikeudenkäynnissä, mutta käräjäoikeus ei ottanut tämän lainkohdan tulkintaan kantaa, sillä terroristisessa tarkoituksessa tehtyjä rikoksia koskeva säännös on muotoiltu niin, ettei vahingonvaaraa koskeva edellytys tule sovellettavaksi silloin, kun kyse on terroristisessa tarkoituksessa tehdystä murhasta.²⁷ Marraskuussa 2018 voimaan tulleen terrorismisäännösten muutoksen (L 874/2018) yhteydessä rikoslain viittaus jollekin valtiolle aiheutuvaan vahinkoon joka tapauksessa korvattiin puitepäätöksen ja direktiivin mukaisella maininnalla vahingon aiheutumisesta jollekin maalle, millä muutoksella haluttiin nimenomaan korostaa sitä, että terrorismirikokset ovat laajasti yhteiskuntaan kohdistuvia rikoksia, joiden ei voida juurikaan katsoa aiheuttavan vahinkoa pelkästään valtion viranomaisille ja rakenteille.²⁸ Kysymys valtio-termin tulkinnasta terroristisessa rikoksessa tehtyjen rikosten yhteydessä voi kuitenkin vielä tulla tuomioistuimissa harkittavaksi, jos tuomioistuinten käsiteltäväksi tulee terrorismirikoksia, jotka on tehty ennen lainmuutoksen voimaantuloa.

Vaikka edellä mainitut terrorismin objektiiviset edellytykset – teko ja vahingonvaara – täytyisivät, kyse ei ole terrorismista, ellei tekoa ole tehty terroristisessa tarkoituksessa. Terroristinen tarkoitus – terroristisessa tarkoituksessa tehtyjen rikosten subjektiivinen elementti – onkin se seikka, joka erottaa terrorismin muista vastaavan kaltaisista vakavista rikoksista kuten esimerkiksi väkivallanteoista, joiden motiivina on vaikkapa kosto tai henkilökohtaisen edun tavoittelu samoin kuin rikoksista, jotka on tehty esimerkiksi psykoottisessa tilassa ilman erityistä reaali maailmaan kytkeytyvää tarkoitusta. Terroristinen tarkoitus on määritelty rikoslain 34 a luvun 6 §:ssä.

Rikoksenteijällä on terroristinen tarkoitus, jos hänen tarkoituksenaan on:

- 1) aiheuttaa vakavaa pelkoa väestön keskuudessa;
- 2) pakottaa oikeudettomasti jonkin valtion hallitus tai muu viranomaisen taikka kansainvälinen järjestö tekemään, sietämään tai tekemättä jättämään jotakin;

27 Varsinais-Suomen käräjäoikeus, Liite tuomioon 18/125884 asiassa R 18/970, s. 12–15.

28 HE 30/2018 vp laeiksi rikoslain, pakkokeinolain 10 luvun ja poliisilain 5 luvun muuttamisesta, s. 99.

- 3) oikeudettomasti kumota jonkin valtion valtiosääntö tai muuttaa sitä tai horjuttaa vakavasti valtion oikeusjärjestystä taikka aiheuttaa erityisen suurta vahinkoa valtiontaloudelle tai valtion yhteiskunnallisille perusrakenteille; tai
- 4) aiheuttaa erityisen suurta vahinkoa kansainvälisen järjestön taloudelle tai sellaisen järjestön muille perusrakenteille.

Määritelmä kattaa siis puitepäätöksen ja direktiivin mukaiset pelottelu- ja pakottamistarkoituksen sekä tarkoituksen horjuttaa jonkin valtion tai kansainvälisen järjestön perusrakenteita – vaikkakin rikoslain säännös poikkeaa muotoilultaan jossain määrin puitepäätöksen ja direktiivin artiklojen muotoilusta. Pelottelutarkoitus on otettu määritelmän 1 kohtaan ja pakottamistarkoitus 2 kohtaan. Perusrakenteiden tuhoamis- tai horjuttamistarkoitus on puolestaan jaoteltu valtion perusrakenteiden vahingoittamistarkoitusta koskevaan 3 kohtaan ja kansainvälisen järjestön perusrakenteiden vahingoittamistarkoitusta koskevaan 4 kohtaan. Terroristisen teon taustalla on siis pyrkimys vaikuttaa yleisemmällä tasolla yhteiskunnan tai valtion asenteisiin, päätöksentekoon tai muuhun toimintaan. Tämän tavoitteen taustalla voi olla esimerkiksi tietty yhteiskunnallinen, poliittinen tai uskonnollinen ideologia, jota tekijä pyrkii teollaan edistämään tai vastustamaan.

Terroristisen tarkoituksen toteutumista on pohdittu myös Suomen oikeuskäytännössä. Helsingin kärjäoikeus katsoi tammikuussa 2018 antamassaan tuomiossa, ettei suunnitelma osallistua Syyriassa taisteluihin opposition riveissä perinteisin maasodankäynnin keinoin ilmentänyt terroristisessa tarkoituksessa tehtävän rikoksen valmistelusäännöksen edellyttämää terroristista tarkoitusta. Kärjäoikeus lähti ratkaisussaan siitä, ettei tapauksessa ollut näytetty sitä, että vastaajilla olisi ollut yksityiskohtainen ja toteuttamiskelpoinen suunnitelma, johon olisi sisältynyt terroristinen tarkoitus ja hylkäsi siksi terroristisessa tarkoituksessa tehtävän rikoksen valmistelua koskeneet syytteet.²⁹ Ratkaisu on tältä osin hyvin linjassa sen kansainvälisestikin omaksutun lähtökohdan kanssa, ettei humanitaarisen oikeuden eli sodan oikeussääntöjen alaan kuuluvia taistelutoimia katsota terrorismiksi.³⁰ Tämä tapaus kertoo kuitenkin myös siitä, että terroristisen tarkoituksen näyttäminen on erityisen vaikeaa valmistelutyypisissä tapauksissa, joissa terrorismirikossäännöksen nojalla arvioitava toiminta voi olla ajallisesti ja maantieteellisesti hyvinkin etäällä tuomioistuimessa tarkasteltavana olevista konkreettisista teoista.

29 Helsingin kärjäoikeus 18/103187 (R 17/8720), s. 185–187.

30 Ks. esim. terrorismin torjumisesta annetun direktiivin johdannon 37 kohta: "... Tällä direktiivillä ei säädellä sellaisia kansainvälisessä humanitaarisessa oikeudessa määriteltyjä aseellisten joukkojen toimia aseellisen selkkauksen aikana, joihin sovelletaan kansainvälistä humanitaarista oikeutta...".

Silloin, kun epäilty terrorismirikos liittyy ulkomailla toimivien terroristijärjestöjen toimintaan, hankaloittaa toiminnan arviointia sekin, että terroristijärjestöillä on usein myös muuta kuin terroristiseksi katsottavaa toimintaa. Tällä perusteella Helsingin hovioikeus hylkäsi syytteet tapauksessa, jossa oli kyse terroristijärjestö al-Shabaabin rahoittamisesta. Tuomioistuin katsoi, että al-Shabaabin heterogeeninen luonne huomioon ottaen asiassa jäi varteenotettava epäily siitä, että vastaaja olisi lähettänyt syytteessä tarkoitetut varat Somaliaan tietoisena siitä, että niillä rahoitetaan nimenomaisesti sellaista al-Shabaabin toimintaa, jota voitaisiin pitää terroristisena toimintana.³¹ Rikoslakia on sittemmin muutettu ja terrorismin rahoittamisen (RL 34 a:5) lisäksi on kriminalisoitu myös terroristiryhmän rahoittaminen (RL 34 a:5 a), joten rangaistavaa on varojen antaminen tai kerääminen terroristiryhmälle tietoisena sen luonteesta, eikä rahoituksen yhteyttä nimenomaiseen terroristiseen toimintaan ole enää tarpeen osoittaa. Vastaavia näyttöongelmia voi kuitenkin liittyä muihin terrorismirikoksiin, kun pohditaan esimerkiksi sitä, liittyykö tietty valmistelutoimi terroristisessa tarkoituksessa tehtyyn rikokseen taikka, onko tiettyyn valtioon matkustettu tai yritetty matkustaa nimenomaan terrorismirikoksen tekemistä varten.³²

Turun puukotusiskua koskeneessa tapauksessa vastaajalla katsottiin olleen terroristisessa tarkoituksessa tehtyjä rikoksia koskevassa säännöksessä edellytetty terroristinen tarkoitus eli tarkoitus pelotella vakavasti väestöä. Käräjäoikeuden mukaan pelottelutarkoitusta ilmensivät mm. se, että vastaaja oli laatinut ja julkaissut manifestin, joka osoitti hänen halunneen kytkeä tekonsa osaksi ISIS-järjestön nimissä toteutettujen terroritekojen jatkumoa. Hän oli myös kohdistanut tekonsa siviilihenkilöihin julkisella paikalla kaupungin keskustassa sellaiseen aikaan, jolloin ihmisiä oli varmuudella paljon liikkeellä. Hän ei myöskään valikoinut uhrejaan sellaisella tarkkuudella, etteikö kuka tahansa kyseisellä paikalla kyseiseen aikaan liikkunut henkilö olisi voinut joutua uhriksi. Käräjäoikeus lähti ratkaisussaan siitä, että tällaisten ISIS-järjestön nimissä tehtyjen iskujen ja niihin liittyvän propagandan tarkoituksena on pelon lietsominen.³³

31 Helsingin hovioikeus 16/111925 (R 15/526), s. 9–20.

32 Norjassa tällaisia näyttöongelmia on pyritty vähentämään sitä kautta, että rikoslakiin (straffeloven) on otettu terroristiryhmän toimintaan osallistumisen (§ 136 a. Straff for deltakelse mv. i en terrororganisasjon) sekä ulkomaiseen aseelliseen konfliktiin osallistumisen ja sitä varten matkustamisen (§ 145. Deltakelse i militær virksomhet i væpnet konflikt i utlandet) yleisesti kriminalisoivat säännökset. Näidenkin säännösten soveltamisen yhteydessä voi kuitenkin tulla eteen haastavia rajanvetokysymyksiä liittyen esimerkiksi siihen, onko tarkasteltavana olevassa konfliktissa kyse valtiollisten joukkojen tai Geneven sopimusten alaan kuuluvien joukkojen humanitaarisen oikeuden alaan kuuluvista taistelutoimista. Ks. Norjan säännöksistä tarkemmin Sofie A. E. Høgestøl, En generell kriminalisering av fremmedkrigere: den norske modellen og påtaleskjønn i straffeloven § 145, s. 27–64 teoksessa Anna Andersson – Sofie A. E. Høgestøl – Anne Christine Lie (toim.), Fremmedkrigere. Forebygging, straffefølgning og rehabilitering i Skandinavia. Gyldendal Juridisk 2018.

33 Varsinais-Suomen käräjäoikeus, Liite tuomioon 18/125884 asiassa R 18/970, s. 16–17.

4. Terrorismirikokseksi määrittelyn merkitys

4.1. Terrorismirikos vai jokin muu rikos?

Terrorismirikoksia koskevassa rikoslain 34 a luvussa mainitut rikokset poikkeavat toisistaan siinä, mikä merkitys on sillä, määritelläänkö toiminta terroristiseksi vai ei. Luvun 1 §:ssä luetaan joukko rikoksia, jotka on säädetty rangaistavaksi jo muualla rikoslaissa, ja määritetään niille ankarampi rangaistusasteikko silloin, jos teko on tehty terroristisessa tarkoituksessa. Kyse on siis rajanvedosta sen suhteen, onko kyseessä terrorismirikos vai muu rikos. Sen sijaan muiden 34 a luvun terrorismirikosten kohdalla rajanvetoa tehdään yleensä sen suhteen, onko kyse terrorismirikoksesta vai ei rikoksesta lainkaan.

Rikoslain 34 a luvun 1 §:ssä mainituissa rikoksissa kyse on siis ennen kaikkea siitä, miltä asteikolta rangaistus määrätään. Kun perättömän vaarailmoituksen (RL 34:10) asteikko on normaalisti sakkoa tai enintään vuosi vankeutta, on terroristisessa tarkoituksessa tehdyn perättömän vaarailmoituksen asteikko vähintään neljä kuukautta ja enintään kolme vuotta vankeutta. Vastaavasti, kun tuhotyön rangaistusasteikko on normaalisti neljästä kuukaudesta neljään vuoteen vankeutta, on terroristisessa tarkoituksessa tehdyn tuhotyön asteikko neljästä kuukaudesta kuuteen vuoteen vankeutta. Tapossa (RL 21:1) asteikko on yleensä kahdeksasta vuodesta kahteentoista vuotta vankeutta, mutta terroristisessa tarkoituksessa tehdyn tapon asteikko ulottuu kahdeksasta vuodesta vankeutta elinkautiseen. Murhan asteikkoon teon terroristiseksi katsominen ei vaikuta, kun murhan seuraamuksena on muutoinkin elinkautinen vankeus. On kyseenalaista, millainen preventiivinen vaikutus korkeammilla asteikoilla on, etenkin silloin, kun kyse on henkilöstä, joka on valmis jopa kuolemaan ideologiansa puolesta. Ankarammat asteikot kuitenkin viestivät teon suuremmasta paheksuttavuudesta ja terroristiseksi määrittäminen liittyy tekoon erityisen stigman.

Eräissä tapauksissa se, arvioidaanko teko terroristiseksi, voi vaikuttaa myös käytettävissä oleviin pakkokeinolain (806/2011, PKL) mukaisiin pakkokeinoihin muun muassa sitä kautta, että pakkokeinojen käytön edellytyksenä on usein epäillyn rikoksen tietyntasoinen minimi- tai maksimirangaistus. Terroristisessa tarkoituksessa tehtyjen rikosten ankarammilla asteikoilla voi tällöin olla merkitystä pakkokeinojen käytön kannalta. Lisäksi eräiden salaisten pakkokeinojen – esimerkiksi telekuuntelun (PKL 10:3) ja peiteltyyn tiedonhankinnan (PKL 10:14) – käytön edellytyksenä on, että epäiltyä on syytä epäillä tietyistä säännöksessä mainitusta rikoksesta: esimerkiksi säännöksessä mainitusta terrorismirikoksesta. Koska pakkokeinojen käytön edellytyksenä on rikosepäily, valmistelutyypipisten

tekojen kriminalisointi mahdollistaa myös sen, että viranomaiset voivat puuttua toimintaan jo varhaisessa vaiheessa ennen kuin terroristisessa tarkoituksessa tehty rikos tai sen yritys on konkreettisesti käsillä.

Suomessa terrorismirikokseksi määrittämisen vaikutukset esitutkintaan tai oikeudenkäyntiin ovat kuitenkin vähäisemmät kuin sellaisissa valtioissa, joissa on omaksuttu erityistä terrorismilainsäädäntöä, joka mahdollistaa terrorismista epäiltyjen kohdalla esimerkiksi laajemman oikeuden tehdä kotietsintöjä ja seurata tietoliikennettä, pidemmät pidätysajat ilman oikeuskäsittelyä tai rajoitukset syytetyn oikeuteen tutustua kaikkeen oikeudenkäynnissä esitettävään todistusaineistoon.³⁴ Suomessa nimenomaan terrorismin torjuntaan liittyvistä toimita on säädetty lähinnä terrorismin rahoittamiseen liittyen varojen jäädyttämisestä terrorismin torjumiseksi annetussa laissa (325/2013) sekä rahanpesun ja terrorismin rahoittamisen estämisestä annetussa laissa (444/2017). Lisäksi eduskunnan maaliskuussa 2019 hyväksymällä siviilitiedustelua koskevalla lainsäädännöllä suojelupoliisin tiedonhankintavaltuuksia laajennetaan tapauksissa, joissa tiedustelumenetelmän – esimerkiksi telekuuntelun, televelvonnan, teknisen kuuntelun, teknisen tarkkailun tai peitetoiminnan – käytöllä voidaan perustellusti olettaa saatavan tietoja esimerkiksi terroristisesta toiminnasta, joka vakavasti uhkaa kansallista turvallisuutta.³⁵

Kun omaksutaan terrorismista epäillyn tai syytetyn oikeuksia rajoittavaa sääntelyä, huomioon tulee ottaa ihmisoikeudet. Euroopan neuvosto on lähtenyt siitä, että terrorismin vastustamiseen voi liittyä esimerkiksi yksityisyyden- tai yksityiselämänsuojan rajoituksia, tiettyjä syytetyn puolustautumiseen liittyviä rajoituksia samoin kuin terrorismista epäiltyjen omaisuuteen kohdistuvia jäädyttämis-, takavarikointi- tms. toimia. Euroopan neuvosto kuitenkin korostaa suhteellisuusperiaatteen noudattamisen tärkeyttä sekä oikeussuojakeinojen olemassaolon merkitystä.³⁶ Valtiossa harjoitettu terroristinen toiminta tai yleisempikin terrorismin uhka voi myös muodostaa ihmisoikeussopimuksissa tarkoitettua kansallisen hätätilan, joka oikeuttaa poikkeamaan ihmisoikeussopimuksen

34 Esimerkkeinä vastaajan oikeuksia rajoittavasta erityisestä terrorismilainsäädännöstä voidaan mainita mm. Yhdysvaltojen "Uniting and Strengthening America by providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001"; Yhdistyneiden kuningaskuntien "Terrorism Act 2006", "Justice and Security Act 2013" ja "Counter-Terrorism and Security Act 2015" sekä Ranskan "Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme".

35 HE 202/2017 vp siviilitiedustelua koskevaksi lainsäädännöksi.

36 Human Rights and the Fight against Terrorism. The Council of Europe Guidelines. Council of Europe 2005, s. 7–12.

joistakin määräyksistä siinä määrin kuin tilanne välttämättä vaatii.³⁷ Kaikista ihmisoikeussopimusten määräyksistä valtioilla ei kuitenkaan ole oikeutta poiketa edes hätätilan aikana. Oikeuksia, joista Euroopan ihmisoikeussopimuksen 15 artiklan mukaan ei saa poiketa edes kansakunnan elämää uhkaavan hätätilan aikana ovat oikeus elämään silloin, kun kyse ei ole laillisista sotatoimista johtuvista kuolemantapauksista (2 artikla); kidutuksen kieltö (3 artikla), orjuuden ja orjuuden kaltaisen pakkotyön kieltö (4 artiklan 1 kappale) ja rikosoikeudellinen laillisuusperiaate (7 artikla). Euroopan ihmisoikeustuomioistuin onkin monissa tapauksissaan korostanut kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun kiellon ehdottomuutta myös terrorismin aiheuttamissa vaikeissa olosuhteissa.³⁸

Rangaistusasteikkojen ja pakkokeinojen lisäksi teon terroristiseksi määrittämisellä voi olla merkitystä rikosoikeudellisen toimivallan ja kansainvälisen rikosoikeusyhteistyön kannalta. Rikoslain 1 luvun 7 §:n 3 momentin perusteella rikoslain 34 a luvussa tarkoitettut rikokset nimittäin kuuluvat niin sanotun universaalitoimivallan alaan, eli niitä voidaan käsitellä suomalaisissa tuomioistuimissa ja niihin voidaan soveltaa Suomen rikoslainsäädäntöä rikoksen tekopaikasta, tekijän ja teon kohteen kansallisuudesta ja tekopaikan lainsäädännöstä riippumatta. Sillä että kyseessä katsotaan olevan nimenomaan terrorismirikos voi olla merkitystä myös kansainvälisen rikosoikeusyhteistyön – esimerkiksi tiedonvaihdon, rikosentekijän luovuttamisen ja kansainvälisen rikosoikeusavun – kannalta, sillä terrorismin vastustamiseksi omaksutuissa kansainvälisissä sopimuksissa osapuolivaltioille asetetaan kriminalisointivelvoitteiden ohella myös muuan muassa rikosentekijän luovuttamiseen ja valtioiden keskinäiseen oikeusapuun liittyviä velvoitteita.³⁹

37 Terrorismin aiheuttaman kansallisen hätätilan olemassaoloa ja poikkeustoimien välttämättömyyttä on pohdittu esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomioissa *Lawless v. Ireland* (no. 3), ECtHR 1.7.1961; *Ireland v. the United Kingdom*, ECtHR 18.1.1978; *Brannigan and McBride v. the United Kingdom* ECtHR 25.5.1993; *Aksoy v. Turkey*, ECtHR 18.12.1996; *Marshall v. the United Kingdom*, ECtHR 10.7.2001; *A. and others v. the United Kingdom*, ECtHR 19.2.2009.

38 Ks. esim. *Chahal v. the United Kingdom*, ECtHR 15.11.1996, 79–81; *Aksoy v. Turkey*, ECtHR 18.12.1996, 62; *A and others v. the United Kingdom*, ECtHR 19.2.2009, 126. Kidutuksen kiellon ehdottomuuden lisäksi ihmisoikeustuomioistuin on korostanut ratkaisuisaan myös kidutuksen uhasta johtuvan maasta poistamisen kiellon ehdottomuutta. Tuomioistuin on lähtenyt siitä, että tilanteessa, jossa henkilöä uhkaa kidutuksen kiellon sisältävän 3 artiklan vastainen kohtelu, henkilön mahdollista ei-toivottavaa tai vaarallistakaan toimintaa ei voida ottaa arvioinnissa huomioon. Kidutuksen uhkaan perustuva maasta poistamiskieltö koskee näin ollen myös tilanteita, joissa maastapoistamistoimien kohteena olevaa henkilöä epäillään esimerkiksi terrorismirikoksista. Ks. tästä esim. *Chahal v. the United Kingdom*, 79–81.

39 Pyrkimyksiä tekojen terrorismiksi leimaamisen väärinkäyttöön pyritään ehkäisemään mm. sopimusmääräyksillä, joiden perusteella sopimus ei velvoita rikosentekijän luovuttamiseen tai keskinäisen oikeusavun antamiseen silloin, jos on perusteltua syytä uskoa, että luovuttamista tai oikeusapua koskevan pyynnön tarkoituksena on henkilön syyttäminen tai tuomitseminen hänen rotunsa, uskontonsa, kansallisuutensa, etnisen alkuperänsä tai poliittisen mielipiteensä vuoksi. (Ks. esim. terrorismin rahoituksen torjumista koskevan kansainvälisen yleissopimuksen 15 artikla.)

4.2 Terrorismirikos vai ei rikos lainkaan?

Muut terrorismirikokset kuin terroristisessa tarkoituksessa tehdyt rikokset eli terroristisessa tarkoituksessa tehtävän rikoksen valmistelu, terroristiryhmän johtaminen, terroristiryhmän toiminnan edistäminen, koulutuksen antaminen terrorismirikoksen tekemistä varten, kouluttautuminen terrorismirikoksen tekemistä varten, värväys terrorismirikoksen tekemiseen, terrorismin rahoittaminen, terroristiryhmän rahoittaminen, matkustaminen terrorismirikoksen tekemistä varten ja terrorismirikoksen tekemistä varten tapahtuvan matkustamisen edistäminen, ovat lähtökohtaisesti sellaisia, että jos tekoa ei pidetä terrorismirikoksena, kyse ei ole ylipäättään rangaistavasta toiminnasta. Eräät valmistelurikokset voivat tosin tulla tuomittavaksi esimerkiksi törkeän henkeen tai terveyteen kohdistuvan rikoksen valmisteluna (RL 21:6 a), panttivangin ottamisen valmisteluna (RL 25:4 a) tai yleisvaarallisen rikoksen valmisteluna (RL 34:9) silloin, kun terroristisessa tarkoituksessa tehdyn rikoksen tunnusmerkit eivät täyty.

Rikoslain 34 a luvun terrorismirikossäännökset ovat ilmentymä rikoslainsäädännössä vallitsevasta yleisemmästä suuntauksesta ulottaa rikosoikeudellinen vastuu päätökseen entistä etäisemmin kytkeytyviin toimiin. Kyse on joko valmistelutyyppisistä kriminalisoinneista, joilla rangaistusvastuu ulotetaan ajallisesti päätökseä ja sen yritystä edeltävään vaiheeseen tai osallisuustyyppisistä kriminalisoinneista, joilla rangaistusvastuu ulotetaan myös sellaisiin henkilöihin, joiden rooli rikoksen tekemisessä ei ole luonteeltaan rikoskumppanuutta tai varsinaista osallisuutta. Laajentuneen rikosvastuun taustalla ovat olleet kansainvälisissä ja eurooppalaisissa asiakirjoissa osapuolivaltioille asetetut kriminalisointivelvoitteet. Suomessa nämä uudentyypiset rikosoikeudellisen vastuun muodot on toteutettu ottamalla rikoslain erityiseen osaan uusia tunnusmerkistöjä, joilla erilaisia valmistelu- ja edistämistyyppisiä toimia on kriminalisoitu. Terrorismirikosten kohdalla tämä rangaistavuuden alaa laajentava suuntaus näkyy erityisen selvästi. Terrorismirikoksia koskeva rikoslain 34 a luku säädettiin vuonna 2003 (L 17/2003) ja terrorismirikoksena kriminalisoitujen tekojen alaa on sittemmin laajennettu vuosina 2007 (L 1370/2007), 2014 (L 1068/2014), 2016 (L 919/2016) ja 2018 (L 874/2018).

Terrorismirikoksiin liittyvän rikosvastuun alan laajentamisen taustalla on ennen kaikkea pyrkimys aiempaa tehokkaampaan terrorismin vastustamiseen. Näyttää kuitenkin siltä, että tunnusmerkistöt voivat johtaa pikemminkin monimutkaisiin oikeudenkäynteihin ja hylätyihin syytteisiin kuin terrorismin vastustamisen tehostumiseen.

Helsingin hovioikeus hylkäsi vuonna 2016 antamallaan tuomiolla terrorismin rahoittamista, värväystä terrorismirikoksen tekemiseen ja terroristisessa tarkoituksessa tehtävän rikoksen valmistelua koskeneet syytteet. Syytteet koskivat So-

maliassa toimivan al-Shabaab-järjestön terroristisen toiminnan rahoittamista, ulkomailla oleskelleen henkilön värväämistä liittymään al-Shabaab-järjestöön sekä suunnitelmaa viedä kaksi alaikäistä lasta Somaliaan al-Shabaabin koulutusleirille. Terrorismin rahoittamista koskeneet syytteet hylättiin sillä perusteella, ettei vastaajan näytetty lähettäneen varoja Somaliaan tietoisena siitä, että niillä rahoitetaan nimenomaan sellaista al-Shabaabin toimintaa, jota voitaisiin pitää rikoslain 34 a luvun 1 §:ssä tarkoitettuna terroristisena toimintana. Rikosvastuun ala on sittemmin tältä osin laajentunut, kun rangaistavaksi on säädetty terrorismin rahoittamisen ohella myös terroristiryhmän rahoittaminen. Värväystä koskeneet syytteet puolestaan hylättiin sillä perusteella, ettei vastaajan kanssa käytyjä puhelinkeskusteluja voitu katsoa sellaiseksi pääasialliseksi syyksi, minkä vuoksi väitetyn värväyksen kohteena ollut henkilö oli liittynyt al-Shabaabiin. Valmistelusyytteet hylättiin siksi, ettei tapauksessa ollut näytetty tehdyn konkreettisia toimia suunnitellun matkan järjestämiseksi, eikä vastaajan näin ollen voitu katsoa tehneen terroristisessa tarkoituksessa tehtävän rikoksen valmistelusäännöksen edellyttämää konkreettista rangaistavaa valmistelutoimintaa.⁴⁰

Toisessa Helsingin kärjäoikeuden vuonna 2018 ratkaisemassa tapauksessa hylättiin terroristisessa tarkoituksessa tehtävän rikoksen valmistelua, koulutuksen antamista terrorismirikoksen tekemistä varten ja värväystä terrorismirikoksen tekemiseen koskeneet syytteet. Valmistelusyytteessä oli kyse suunnitelmasta matkustaa Suomesta Syyriaan ja liittyä siellä hallituksen joukkoja vastaan taistelleeseen Katiibat al-Muhajireen (KAM) -ryhmään⁴¹, koulutuksen antamissyytteessä yrityksestä antaa ampuma- ja muiden aseiden käyttöön liittyvää koulutusta Syyriassa ja värväyssyytteessä internetiin ladatusta videosta, jossa katsojia kutsuttiin osallistumaan Syyriassa käytävään pyhään sotaan. Valmistelusyytteet hylättiin sillä perusteella, ettei taisteluihin osallistuminen perinteisen maasodankäynnin keinoin ilman terroristista tarkoitusta täytä kyseessä olleen rikoksen tunnusmerkistöä, eikä vastaajien ollut näytetty olleen tietoisia KAM-ryhmittymän terroristiryhmä-luonteesta. Vastaajilla ei myöskään ollut näytetty olleen laissa edellytettyä yksityiskohtaista ja toteuttamiskelpoista suunnitelmaa, johon olisi sisällynyt terroristinen tarkoitus ja nimenomainen päätös liittyä KAM-ryhmittymään. Koulutuksen antamista koskenut syyte taas hylättiin sillä perusteella, ettei todisteena esitetty koulutuksen antamista varten kerätty aineisto sellaisenaan osoittanut mitään vastaajan terroristisesta tarkoituksesta tai mahdollisen Syyriassa annettavaksi suunnitellun sotilas- tai ase-koulutuksen terroristisesta laadusta. Teon ei

40 Helsingin hovioikeus 16/111925 (R 15/526).

41 Väitetyt valmistelutoimet oli tehty vuosien 2012 ja 2013 aikana, joten vuonna 2016 säädetty terroristirikoksen tekemistä varten matkustamista koskeva säännös (RL 34 a:5 b) ei tullut sovellettavaksi, vaan teoista syytettiin terroristisessa tarkoituksessa tehtävän rikoksen valmisteluna (RL 34 a:2).

myöskään ollut näytetty edenneen rikoksen yritykseksi. Värväysrikossyyte hylättiin sillä perusteella, ettei kyseessä olleella videolla esiintynyt henkilö esiintynyt minkään terroristijärjestön edustajana, eikä videon julkaisemisen taustalla näin ollen katsottu olleen nimenomaista tarkoitusta yrittää värvätä katsojia liittymään terroristijärjestöihin.⁴²

Kuten rikosoikeudenkäynnissä yleensäkin, myös kyseisissä tapauksissa oli kyse yksittäistapauksissa tehdystä näytön harkinnasta ja lain tulkinnasta. Nämä tapaukset kuitenkin osoittavat yleisemmälläkin tasolla sen, kuinka monitasoista näyttöä tällaiset terrorismirikokset edellyttävät. Näyttöä tarvitaan vastaajien toimista Suomessa ja ulkomailla, ulkomailla toimivan terroristiryhmän tai terroristisen toiminnan luonteesta sekä näiden keskinäisestä yhteydestä. On myös näytettävä, että vastaajan tietoisuus kattaa kaikki tunnusmerkistön täyttymisen kannalta relevantit olosuhteet. Terrorismitunnusmerkistöt edellyttävät lähtökohtaisesti ns. korotettua tahallisuutta eli terroristista tarkoitusta. Tunnusmerkistöstä riippuen tulee joko näyttää, että vastaaja on toiminut terroristisessa tarkoituksessa tai että esimerkiksi hänen valmistelu-, edistämisen-, kouluttamis-, kouluttautumisen- tai värväystoimensa liittyi nimenomaan terroristiseen toimintaan. Haasteena voi olla myös sen näyttäminen, että vastaajan toiminta on edennyt yrityksen tai rangastavan valmistelun asteelle. Usein tarvitaankin huomattavan laajamittaista todistusaineistoa sen osoittamiseksi, mitä vastaaja on tehnyt, tiennyt ja tarkoittanut.

Vastaavia näyttöongelmia on kohdattu myös Ruotsissa, missä ensimmäinen terroristisessa tarkoituksessa tapahtunut matkustamista (Lag (2010:299) om straff för offentlig uppmaning, rekrytering och utbildning avseende terroristbrott och annan särskilt allvarlig brottslighet, 5 b §) koskenut syyte hylättiin. Syyte hylättiin sillä perusteella, ettei tapauksessa ollut esitetty riittävää näyttöä siitä, että Syyriaan matkustamisen aloittaneen, mutta Turkista takaisin palautetun vastaajan matkustamisen tarkoituksena oli ollut erityisen vakavan rikoksen, tässä tapauksessa terrorismirikoksen, tekeminen.⁴³ Lakia on sittemmin muutettu (Lag 2018:1313) niin, että matkustamisen tarkoituksena voi olla erityisen vakavan rikoksen tekemisen tai valmistelun ohella myös tarkoitus myötävaikuttaa erityisen vakavan

42 Helsingin käräjäoikeus 18/103187 (R 17/8720).

43 Pressmeddelande. Tingsrätten ogillar åtalet i mål om ”terroristresa”. Attunda tingsrätt 14.6.2016 (<http://www.attundatingsratt.domstol.se/Om-tingsratten/Nyheter-och-pressmeddelanden/Tingsratten-ogillar-atalet-i-mal-om-terroristresa/>); Pressmeddelande. Svea hovrätt frikänner i ett mål om resa i terrorismsyfte. Svea hovrätt 9.12.2016 (<http://www.svea.se/Om-Svea-hovratt/Nyheter-fran-Svea-hovratt/Svea-hovratt-frikanner-i-ett-mal-om-resa-i-terrorismsyfte--/>). Ks. myös Andreas Anderberg, All sätt är bra, utom de dåliga: kriminaliseringen av terroristresor i svensk rätt, s. 65–82 teoksessa Andersson – Høgestøl – Lie 2018, s. 66–68.

rikoksen tekemiseen.⁴⁴ Tämä muutos ei kuitenkaan poista näyttövaikeuksia, jotka liittyvät sen osoittamiseen, että matkustamisen tarkoituksena oli nimenomaan laittomaan toimintaan ryhtyminen tai osallistuminen. Tästä rajanvedosta olikin kyse kyseisessä tapauksessa, sillä vastaaja kielsi sen, että matkustamisen tarkoituksena olisi ollut liittyminen terroristiryhmään ja terroristisen rikoksen tekeminen. Syyttäjän näkemyksestä poiketen vastaaja kertoi yrittäneensä matkustaa Syyriaan humanitaarisessa tarkoituksessa auttaakseen hädässä olevia ihmisiä.⁴⁵

4.3. Merkitys uhrin kannalta

Myös uhrinäkökulmasta tarkasteltuna terrorismirikokset poikkeavat toisistaan. Terroristisessa tarkoituksessa tehdyt rikokset ovat pääosin sellaisia, että niillä on tai ainakin voi olla uhri tai uhreja. Ilmeisimmin näin on silloin, kun kyse on henkeen, terveyteen tai vapauten kohdistuvasta terroristisessa tarkoituksessa tehdystä rikoksesta. Terroristisessa tarkoituksessa tehtävän rikoksen valmistelussa voi olla kyse joko tiettyyn nimettyyn henkilöön kohdistuvan rikoksen valmistelusta taikka teosta tai suunnitelmasta, jolla ei ole tiettyä nimettyä kohdetta. Muut terrorismirikokset – esimerkiksi terrorismin tai terroristiryhmän rahoitus, koulutuksen antaminen ja kouluttautuminen – ovat sen sijaan pääsääntöisesti niin sanottuja uhrittomia rikoksia.

Terroristisessa tarkoituksessa tehdyn rikoksen uhrilla on lähtökohtaisesti samat asianomistajan oikeudet kuin muillakin vastaavien vakavien rikosten uhreilla. Rikosuhridirektiivissä⁴⁶ ja terrorismidirektiivissä⁴⁷ lähdetään kuitenkin siitä, että terrorismin uhreilla on myös erityisiä tarpeita ja siten myös erityisiä oikeuksia. Rikosuhridirektiivin 22 artiklassa terrorismin uhrin mainitaan yhtenä esimerkkinä uhreista, joilla voi rikoksen luonteen vuoksi olla erityisiä suojelutarpeita, jotka tulee ottaa huomioon suojelutarpeiden määrittämiseksi tehtävässä henkilökohtaisessa arvioinnissa. Direktiivin 23 artikla takaa erityissuojelun tarpeessa oleville uhreille oikeuden suojeluun rikosoikeudellisten menettelyjen aikana. Käytännössä tämä voi tarkoittaa esimerkiksi uhrin kuulemiseen liittyviä erityisjärjestelyjä. Näissä

44 ”Till fängelse i högst två år döms den som reser eller påbörjar en resa till ett annat land i avsikt att

1. begå särskilt allvarlig brottslighet eller göra sig skyldig till förberedelse, stämpling eller medverkan till sådan brottslighet, eller

2. meddela eller ta del av instruktioner enligt 5 eller 5 a §.

Första stycket gäller inte den som är svensk medborgare och som reser eller påbörjar en resa till Sverige.”

45 Attunda tingsrätt 2016; Anderberg 2018, s. 66–68.

46 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2012/29/EU, annettu 25 päivänä lokakuuta 2012, rikoksen uhrien oikeuksia, tukea ja suojelua koskevista vähimmäisvaatimuksista sekä neuvoston puitepäätöksen 2001/220/YOS korvaamisesta.

47 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2017/541.

erityisjärjestelyissä voi olla kyse esimerkiksi kuulemistiloihin, kuulustelevaan henkilöön tai uhrin ja rikoksentehtäjän välisen katsekontaktin välttämiseen liittyvistä järjestelyistä taikka kuulemisesta ilman uhrin henkilökohtaista läsnäoloa tai ilman yleisön läsnäoloa.

Uhrin oikeuksiin on kiinnitetty erityistä huomiota myös terrorismidirektiivissä⁴⁸, jonka V osastoon on koottu terrorismin uhrien suojelua, tukemista ja oikeuksia koskevat säännökset. Direktiivin 24 artiklassa on määräyksiä terrorismin uhrien auttamisesta ja tukemisesta. Artiklan mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, ettei terrorismirikosten tutkinta tai niistä syyttäminen edellytä rikoksen uhrin tekemää ilmoitusta tai vaatimusta eli terrorismirikokset tulee määrittellä virallisen syytteen alaisiksi rikoksiksi. Terrorismin uhreille tulee myös tarjota heidän erityistarpeitaan vastaavia tukipalveluja kuten emotionaalista ja psykologista tukea, neuvontaa ja tietojen antamista, apua korvausvaatimuksen esittämiseen, mekanismeja tukipalvelujen aktivoimiseksi, lääketieteellistä hoitoa sekä mahdollisuus oikeusapuun. Apua ja tukea tulee tarjota välittömästi terroristiskun jälkeen ja niin kauan kuin tarpeellista. Direktiivin 25 artiklassa puolestaan muistutetaan rikosuhridirektiivin mukaisesta oikeudesta suojeluun. Olennaista on huomata, että terrorismirikoksen uhrilla on oikeus saada direktiivissä mainittuja avustus- ja tukipalveluja asuinmaassaan, vaikka terrorismirikos olisi tapahtunut toisessa jäsenvaltiossa.

Terrorismidirektiivin kansallisessa voimaansaattamisessa lähdettiin siitä, että direktiivin edellyttämät uhrien tukipalvelut toteutetaan olemassa olevien palvelujen kautta, mikä terrorismirikosten harvinaisuuden ja vaikean ennakoitavuuden vuoksi onkin perusteltua. Hallituksen esityksessä viitataan mm. Rikosuhripäivystyksen rikosten uhreille tarjoamiin yleisiin tukipalveluihin, sosiaali- ja terveydenhuollon tarjoamiin palveluihin, oikeusapua koskevaan sääntelyyn ja asianomistajan oikeuksiin rikosprosessin aikana. Lisäksi esiin nostetaan viranomaisten, yksityisten palveluntuottajien, järjestöjen ja hengellisten yhteisöjen keskinäinen yhteistyö.⁴⁹ Uhrien suojeluun liittyvinä toimina hallituksen esityksessä nostetaan esiin mm. todistajan kuulemiseen liittyvät erityisjärjestelyt, oikeudenkäynnin julkisuutta koskeva sääntely, todistajaan tai hänen läheiseensä kohdistetun uhkaamisen rangaistavuus, lähestymiskieltoa koskeva sääntely, henkilötietojen muuttamista koskeva sääntely, vapautensa menettäneen henkilön vapautumisesta ilmoittaminen ja todistajansuojelua koskeva lainsäädäntö.⁵⁰

48 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2017/541.

49 HE 30/2018 vp, s. 83-91, 94-95.

50 HE 30/2018 vp, s. 91-93.

Terrorismidirektiivin kansallisen voimaansaattamisen yhteydessä annetussa hallituksen esityksessä lähdettiin siitä, etteivät terrorismin uhrien palveluihin ja suojeluun liittyvät artikkelit edellyttäneet Suomessa lainmuutoksia. Esiin nostettiin kuitenkin mm. koulutukseen, toiminnan koordinointiin, tiedottamiseen ja käytännön menettelytapoihin liittyviä kehittämistarpeita.⁵¹ Terrorismin uhrien kannalta uusien säännösten ja uusien erityispalveluiden kehittämistä merkittävämpi asia lieneekin se, kuinka uhrien erityisiin tarpeisiin pystytään käytännössä vastamaan riittävän pian ja riittävän pitkään terrori-iskun jälkeen. Terrorismin uhrien tarvitsemien palvelujen järjestämisessä onkin haasteena se, miten valmius ja osaaminen nopeaan ja tehokkaaseen toimintaan pystytään järjestämään ja varmistamaan, vaikka palveluiden tarpeen aikaa, paikkaa tai mittakaavaa on mahdoton ennakoida. Terrorismin uhreille tarjottavien palveluiden toimivuus jääkin siksi pitkälti riippumaan siitä, onko yhteiskunta- ja oikeusjärjestelmämme yleisellä tasolla sellainen, että suuronnettomuuksiin ja laajamittaista vahinkoa aiheuttaviin rikostekoihin pystytään tehokkaasti varautumaan ja reagoimaan ja rikoksen uhrin asema, oikeudet ja turvallisuus takaamaan.

5. Lopuksi

Eurooppalainen ja sen seurauksena omaksuttu kansallinen terrorismisääntely ilmentää offensiivista⁵² turvallisuusorientoitunutta⁵³ kriminaalipolitiikkaa, jolle on tyypillistä rikosoikeudellisen järjestelmän ankaroituminen: uudet kriminalisoinnit, uudet pakkokeinot, ankarammat rangaistukset ja vastuun alan laajentuminen.⁵⁴ *Kimmo Nuotio* on kiinnittänyt huomiota tähän kehitykseen jo vuonna 2001 ilmentyneessä artikkelissaan:

51 HE 30/2018 vp, s. 83-97.

52 Ks. defensiivisestä ja offensiivisestä rikosoikeuspolitiikasta esim. Jareborg, *Scraps of Penal Theory*. Iustus Förlag 2002, s. 93–100.

53 Ks. turvallisuutta painottavasta rikosoikeudesta esim. (Kimmo Nuotio, Eurooppalaistuvan rikosoikeuden ääriiviivat. *Lakimies* 7–8/2007, s. 1102–1122, 1110–1115). Nuotion mukaan turvallisuusparadigman ydin on rikosten ehkäisy jo ennen kuin ne on edes tehty. Tällöin rangaistavuus ulotetaan niin aikaiseen vaiheeseen, että turvallisuusviranomaiset voivat tehokkaasti puuttua epäiltyihin hankkeisiin jo paljon ennen niiden toteuttamista. (Nuotio 2007, s. 1112.)

54 Esimerkiksi Ulvängin mukaan tätä uudenlaista ankarampaa rikosoikeusjärjestelmää ilmentävät mm. kasvava vankiluku, uudet kriminalisoinnit, uudet pakkokeinot, uusi (politisoitunut) keskusteluilmapiiri, preventionismi/proaktiivinen lähestymistapa sekä tehokkuuden ja turvallisuuden tavoittelu. (Magnus Ulväng, *Brottsbekämpning, rättssäkerhet och integritet – vad är det som har hänt och vad skall vi göra?* *Svensk Juristtidning* 92 (1) 2007, s.1–16, 5–7.)

”Voisi ainakin varovaisesti arvella, että pohjoismaisen, luonteeltaan defensiivisen kriminaalipolitiikan pitkän linjan perinteiset arvot ovat joutumassa entistä selvemmin repressiivisemmän ja suoraviivaisemman kriminaalipolitiikan puristuksiin ainakin niillä aloilla, joihin EU:n mielenkiinto suoraan kohdistuu.”⁵⁵

Nuotio on myös kyseenalaistanut terrorismiin liittyvän rikosoikeudellisen vastuun jatkuvan laajentumisen rationaalisuuden:

”Jos puhutaan terrorismin vastustamisesta, lienee ymmärrettävää, että kriminaalipoliittinen orientaatio perustuu tarpeeseen kontrolloida voimakkaasti kaikkea terrorismiin liittyvää. Jos puhutaan varsinaisista terroristeista, turvallisuusnäkökohtien painoarvo varmasti on suurimmillaan. Mutta voi silti kysyä, onko aiheellista ulottaa sama maksimaalisen repression logiikka ilmiön reuna-alueille, kuten terroristien lähipiiriin tai erilaiseen vähäisempään myötävaikuttamiseen.”⁵⁶

Terrorismilainsäädännössä tapahtunut kehitys on siis kyseenalaistettu rationaalisen ja humanin kriminaalipolitiikan näkökulmasta. Ensimmäisten pohjoismaisten terrorismioikeudenkäyntien jälkeen voidaan kyseenalaistaa myös tällaisen turvallisuusorientoituneen kriminaalipolitiikan tehokkuus. Rikosoikeudellisen vastuun laajentaminen varsinaiseen terroristiseen toimintaan entistä etäisemmin liittyviin toimiin ja toimijoihin toki mahdollistaa viranomaisten puuttumisen terroristiseen toimintaan liittyviin toimiin entistä varhaisemmassa vaiheessa. Tällaisesta puuttumisesta saatava hyöty voi kuitenkin jäädä lyhytaikaiseksi, jos oikeudenkäynnin lopputuloksena on syytteiden hylkääminen. Terrorismisäännösten soveltamisongelmat näyttävät puolestaan usein johtavan yhä uusiin kriminalisointeihin, jotka eivät välttämättä ole sen helpompia tulkita tai soveltaa.

Paitsi syytteiden hylkääminen myös syyksilukevat tuomiot voivat olla terrorismin vastustamisen tehokkuuden näkökulmasta kyseenalaisia. Valmistelutyyppisten terrorismirikosten rangaistusasteikot ovat lievempiä kuin vakavimpien terroristisessa tarkoituksessa tehtyjen rikosten. Länsimaiset oikeusvaltiot joutuvatkin siksi kohtaamaan uudenlaisen riskitekijän, kun terrorismirikoksista tuomitut henkilöt vapautuvat vankilasta rangaistuksensa suoritettuaan. Osassa tapauksista terrorismituomio johtaa henkilön poistamiseen maasta, mutta aina se

55 Kimmo Nuotio, Eurooppalaistuva rikosoikeus – rikosoikeudellistuva Eurooppa. Defensor Legis 4/2001, s. 686–699, 696.

56 Nuotio 2007, s. 1112.

ei ole syystä tai toisesta mahdollista – esimerkiksi siksi, että kyseessä on valtion oma kansalainen tai siksi, että kidutuksen tai kuolemanrangaistuksen uhka estää henkilön palauttamisen kotimaahansa. Vapautuvat terrorismirikoksista tuomitut henkilöt, samoin kuin vankiloissa tapahtuva radikalisoituminen, osoittavatkin turvallisuusorientoituneen kriminaalipolitiikan paradoksaalisuuden: turvallisuus-orientoitunut kriminaalipolitiikka ei aina ja välttämättä johda turvallisuuden lisääntymiseen – joskus voi käydä jopa päinvastoin.

Heli Korkka

Laiminlyönnillä aiheuttamisen hypoteettisuus – kuinka epävarma on tarpeeksi varma?

1. Johdanto

Syy-yhteystarkastelun perusongelma laiminlyöntirikoksissa koskee tekemättä jätetyn teon hypoteettisuutta. Syy-yhteysarviossa on usein vaikea vakuuttua laiminlyönnin merkityksestä seurauksen syntymiselle. Hypoteettisuuden aste on laiminlyönnin kausaliteetissa korkeampi kuin aktiivisella toiminnalla toteutetuissa teoissa, koska syy-yhteysanalyysin edellyttämää kontrafaktuaalista tarkastelua ei voida perustaa konkreettisesti tapahtuneeseen seikkaan muutoin kuin seurauksen osalta. Kaikki muu kuin seuraus on ”tekemättömyyttä”.

Laiminlyönnin hypoteettisuuden ongelma on tunnistettu oikeuskirjallisuudessa¹, mutta selkeää doktriinia ei voida katsoa muodostuneen. Pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa on toisaalta puollettu hyvin matalaa todennäköisyysastetta laiminlyöntikausaliteetin täyttymiseksi² ja toisaalta kontrafaktuaalisen kokeen tarve on kielletty tilanteissa, joissa kyse on huolellisuusveloitteen laiminlyönnistä.³

1 Ks. esim. Kimmo Nuotio, Teko, vaara, seuraus. Riksovastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista. Helsinki 1998, s. 286–287; Ari-Matti Nuutila, Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Helsinki 1996, s. 203–204; Dan Frände, Yleinen rikosoikeus. Helsinki 2012, s. 213; Jussi Tapani – Matti Tolvanen, Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. Helsinki 2013, s. 173–175.

Klassinen väite kuuluu, ettei laiminlyönti voi lainkaan olla syy-yhteydessä seurauksen kanssa. Tekemättömyydellä ei tämän ajattelutavan mukaan voida aiheuttaa seurausta. Vaikka väite sinänsä pitää paikkansa, voidaan Jareborgia mukaillen todeta, ettei juridisessa syy-yhteystarkastelussa ole kyse luonnontieteellisestä vaikuttamisesta. Laiminlyönnin kriminalisointi perustuu ajatukseen siitä, että henkilön voidaan olettaa toimivan tietyissä tilanteissa siten, että rikosoikeudellinen seuraus estetään. Laiminlyönnin käsite on rikosoikeudessa ennen kaikkea sosiaalinen eikä luonnontieteellinen. (Nils Jareborg, Allmän kriminalrätt. Uppsala 2001, s. 157). Ks. myös Nuutila 1996, s. 203 ja 213.

2 Ks. Tapani – Tolvanen 2013, s. 173–174 ja Frände 2012, s. 213. Ks. myös Nuutila 1996, s. 213–214.

3 Jareborg 2001, s. 229–231; Petter Asp – Magnus Ulväng – Nils Jareborg, Kriminalrättens grunder. Uppsala 2013, s. 169–171. Ks. myös Frände 2012, s. 101–102.

Rikosoikeuden sisäinen koherenssi ja oikeusturva edellyttävät, ettei teon ja seurauksen syy-yhteysvaatimusta sivuuteta missään rikostyyppissä. Syy-yhteyden toteamisen vaikeus ei perustele sen hylkäämistä, vaan kyse on siitä, millainen epävarmuuden aste voidaan hyväksyä, jotta syy-yhteys katsottaisiin täyttyneeksi. Syy-yhteyksynnystä ei myöskään voida asettaa liian matalalle, koska tällöin syy-yhteysvaatimus marginalisoituu ja lähenee tilannetta, jossa syy-yhteyttä ei lainkaan tarvitse tutkia. Tässä artikkelissa perustellaan laiminlyönnin ja seurauksen välisen syy-yhteyden täyttymisen todennäköisyysastetta, joka on toisaalta mahdollisimman korkea oikeusturvan ja prosessiekonomian näkökulmasta mutta samalla näytön hankkimisen näkökulmasta tarpeeksi matala.

Kausaliteettitarkastelun epävarmuus riippuu rikosteon aktiivisesta tai passiivisesta luonteesta. Vaikuttaa siltä, että merkittävien jakolinja kulkee toisaalta aktiivisella toiminnalla toteutettavien tekojen sekä toisaalta huolellisuusnormin rikkomistapausten (esim. tieliikennerikoksilla aiheutetut vahingot) ja ns. aitoa passiivisuutta edellyttävien laiminlyöntien välillä. Artikkelissa osoitetaan, että syy-yhteyttä arvioitaessa on sovellettava jälkimmäistä toimintojen kokonaisuutta eli *laiminlyöntirikoksia laajassa merkityksessä*. Tämä johtuu siitä, että huolellisuusnormin rikkomisessa on tosiasiaassa useimmiten kyse laiminlyönnillä toteutettavasta rikoksesta, vaikka tekoon ei soveltuisikaan rikoslain (39/1889, RL) laiminlyöntiä koskeva RL 3:3.

Juridista, pragmaattisiin ratkaisuihin tähtäävää syy-yhteystutkimusta on Suomessa tehty jokseenkin vähän.⁴ Vaikka syy-yhteydellä on sisällöllisesti usein rajoittunut merkitys rikosoikeudellisen vastuupunninnan kokonaisuudessa, on olennaista tietää, mitä syy-yhteys on, jotta tietäisimme mitä se ei ole. Ehkä juuri syy-yhteyden rajoittuneen roolin takia on silloin tällöin turvauduttu jopa *syy-yhteyshillismiin*. Syy-yhteys on osittain jätetty intui-

4 Kotimaisesta kausaliteettikeskustelusta ks. Nuotio 1998, s. 133–328; Nuutila 1996, s. 196–222; Brynolf Honkasalo, Kausaalisuuskytymys rikosoikeudessa. Helsinki 1933; Frände 2012, s. 71–79; Tapani – Tolvanen 2013, s. 163–175; Jussi Tapani, Petos liikesuhteessa. Talousrikosoikeudellinen tutkimus. Jyväskylä 2004, s. 119–138; Pauli Ståhlberg – Juha Karhu, Suomen vahingonkorvausoikeus. Helsinki 2013, s. 335–390; Pertti Virtanen, Vahingonkorvaus. Laki ja käytännöt. Porvoo 2011, s. 335–369; Olli Norros, Vahingonkorvaus arvopaperimarkkinoilla. Helsinki 2009, s. 200–201; Mika Korva, Vahingonkorvaus informaatiohäiriön seurauksena. Defensor Legis 2004, s. 446–450; Ari Saarnilehto, Vahingonkorvauslaki. Käytännön kommentaari. Helsinki 2007, s. 37–46 ja Matti Turtiainen, Markkinakuri, sijoittajansuoja ja sijoitusrahastot. Helsinki 2004, s.187–192.

tion varaan ja luotettu siihen, että rikosvastuun muut osatekijät huolehtivat rikosvastuun tarkoituksenmukaisesta toteutumisesta.⁵

Kimmo Nuotio on kaikkea muuta kuin syy-yhteysnihilisti. Hänen väitöstutkimuksensa on laajimpia kotimaisia rikosoikeudellisia syy-yhteysanalyysyjä.⁶ Nuotio on tuotannossaan tarkastellut aihetta niin oikeudellisesta kuin filosofisesta näkökulmasta ottaen kantaa myös laiminlyönnin kausaalisuuden problematiikkaan.⁷

Artikkelin rakenne on seuraava. Ensimmäisessä käsittelyluvussa verrataan kausaaliteettianalyysin hypoteettisuutta toiminta- ja laiminlyöntirikoksissa (luku 2). Tämän jälkeen tarkastellaan toiminnan ja passiivisuuden rikosoikeudellista eroa kausaaliteettianalyysin näkökulmasta sekä perustellaan laajan laiminlyöntirikoksen käsitettä (luku 3). Kolmannessa käsittelyluvussa esitetään suositus syy-yhteyksynnyksestä laiminlyöntirikoksissa (luku 4). Artikkelin lopussa on lyhyt yhteenveto (luku 5).

2. Kausaaliteettitarkastelun hypoteettinen luonne

Syy-yhteyden arviointi on perusluonteeltaan hypoteettista. Emme yleensä voi saada täyttä varmuutta siitä, olisiko seuraus syntynyt, mikäli rikostekoa ei olisi tapahtunut. Epävarmaksi voi jäädä, minkälainen seurauksen aikaansaavien seikkojen keskinäinen vaikutussuhde ja painoarvo on ja näin ollen, onko tutkittava seikka ollut välttämätön seurauksen syntymiseksi (riittävässä ehtojoukossa). Joistain syy-seuraussuhteista tiedetään sinänsä yleisellä tasolla niin paljon, että

5 Ehkä selvimmin mainittua koulukuntaa meillä edustaa Juho Rankinen (Juho Rankinen, Om att fråga rätt – den ”faktiska” kausaliteten i straffrätten: ett empiriskt fenomen, en normativ konstruktion eller ett mysterium? JFT 6/2018, s. 437–462). Myös Håkan Anderssonin voidaan katsoa suhtautuvan skeptisesti kausaaliteettianalyysin mahdollisuuksiin. Hänen painotuksensa on sen sijaan kausaaliteetin rajoitusopissa. (Ks. esim. Håkan Andersson: Gränsproblem i skadeståndsrätten. Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer. Bok II. Uppsala 2013, s. 23 ss.) Allekirjoittanut ei ole eri mieltä Anderssonin pääajatuksesta, sillä usein syy-yhteyden merkitys jää vähäiseksi vahingonkorvaus- tai rikosvastuuta selvittäessä. Kausaaliteettianalyysyä ei tietenkään tule kokonaan hylätä sillä perusteella, että vastuun selvittämisen kannalta suurempi merkitys on juridisilla vastuunrajoituskriteereillä. Olennaista on ymmärtää kausaaliteetin ja vastuunrajoituskriteerien ero ja suhde toisiinsa.

6 Nuotio 1998.

7 Nuotio 1998, s. 286–290. Ks. myös esim. Kimmo Nuotio, Syy ja syyksilukeminen. Kausaalisuudesta oikeustieteessä. Teoksessa Heta Gylling – Ilkka Niiniluoto – Risto Vilkkio (toim.), Syy. Helsinki 2007.

voimme olla lähes varmoja syy-yhteyden olemassaolosta. Suurimmassa osassa tilanteita on kyse kuitenkin vain valistuneesta arviosta.

Tässä kirjoituksessa sovelletaan niin sanottua NESS-testiä syy-yhteyden tutkimiseksi. Testin mukaan seikka on seurauksen syy, jos sitä on pidettävä välttämättömänä seurauksen syntymisen kannalta riittävässä seikkojen joukossa. Kysytään, olisiko ehtojoukko riittänyt aikaansaamaan seurauksen ilman testattavan seikan x olemassaoloa. NESS-testi on oikeudellisessa ympäristössä oikea syy-yhteystesti, koska se ei edellytä syynä pidettävän seikan olevan ainoa seurauksen syy. Riittävä on, että seikka on tarpeeksi voimakkaalla tavalla myötävaikuttanut seurauksen syntymiseen.⁸

Kontrafaktuaalisessa tarkastelussa⁹ tapahtumainkulusta on pyrittävä eliminoimaan rikosoikeudellisen vastuun eli tunnusmerkistön täyttymisen kannalta merkityksellinen osa tekokokonaisuudesta. Laiminlyönnillä toteutettavissa rikoksissa testattava seikka vastaavasti korvataan lain edellyttämällä eli norminmukaisella teolla.¹⁰ On huomattava, ettei syy-yhteysarvion hypoteettisesta luonteesta seuraa, että kontrafaktuaalisessa testissä voitaisiin olettaa muita muutoksia tapahtumainkulussa kuin testattavan seikan eliminointi.¹¹

Kontrafaktuaalisesti analysoitava seikka määrittyy lain perusteella, eikä sen tilalle tule olettaa mitään tulkitsijan subjektiiviseen valintaan perustuvaa tekoa tai olosuhdetta. Konkreettisesti tapahtuneita muita seikkoja tai olosuhteita ei myöskään tule modifioida vastaamaan jotakin hypoteettista tapahtumainkulkua. Kun tavoitteena on selvittää, mikä merkitys todellisuudessa tapahtuneella seikalla (vastaajan toiminta tai laiminlyönti) on ol-

8 NESS-testi ei välttämättä eroa esimerkiksi Fränden kannattaman INUS-testin tai edes perinteisen sine qua non -testin soveltamisesta tilanteessa, jossa ei ole käsillä useampaa seurauksen syntymistä selittävää syytä. Ks. tarkemmin NESS-testin sisällöstä ja kausaliiteettimallin perustelu Heli Korkka, Liiketoimintarikoksen tuottaman hyödyn mittaaminen. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2015, s. 108–126.

9 Kontrafaktuaalisen tarkastelun tarve on olemassa sovellettavasta kausaliiteettimallista riippumatta. Hypoteettisuuden aste voi kuitenkin vaihdella mallista toiseen. Ks. tarkemmin Tony Honoré, Necessary and Sufficient Condition in Tort Law. Teoksessa David G. Owen, Philosophical Foundations of Tort Law. Oxford 1995, s. 370. Ks. myös Korkka 2015, s. 118–123.

10 Esimerkiksi rikoksen ollessa ylinopeuden ajaminen kausaliiteettivertailu tehdään suhteessa hypoteettiseen lainmukaiseen toimintatapaan eli nopeusrajoitusten mukaiseen ajoon. Ks. samoin esim. Honoré 1995, s. 372.

11 Ks. myös Korkka 2015, s. 119–120. Ks. samoin vahingonkorvausoikeuden osalta Richard W. Wright, Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts. Iowa Law Review (1988), s. 1039–1041.

On sinänsä huomattava, että aktiivisissa teoissa testattavan seikan aiheuttamisvoiman arvioimiseen tietenkin kuuluu, että edellytyksen poissa ollessa sallitaan välittömästi tästä seuranneet seikat kuten uhrin sydämen sykkeen jatkuminen tilanteessa, jossa ampumista ei olisi tapahtunut. Ks. samansuuntaisesti Nuutila 1996 s. 212.

lut seurauksen syntymisen kannalta, vain kyseinen seikka voidaan poistaa riittävien ehtojen ryhmästä.¹²

Kausaliteettitestin kontrafaktuaalisuuden aiheuttaman epävarmuuden aste vaihtelee tekotyypin mukaan. Aktiivisella toiminnalla toteutetuissa rikoksissa testatavan seikan merkitys seurausta edeltävän tosiseikaston riittävyydelle on yleensä yksinkertaisemmin arvioitavissa kuin laiminlyöntirikoksissa. Seuraavat esimerkit havainnollistavat eroa.

A luovuttaa B:lle vaarallista huumausainetta. B on tottunut huumausaineen käyttäjä. Luovutushetkellä tämä on käyttänyt myös muita huumausaineita. Nautittuaan A:n luovuttaman huumausaineen B kuolee. Lääkäriinlausunnon mukaan B on kuollut myrkytykseen, joka on johtunut B:n nauttimien huumausaineiden yhteisvaikutuksesta.¹³

Esimerkkitalanteessa kausaliteettianalyysi kohdistuu A:n luovutustoimeen. Teko on luonteeltaan aktiivista toimintaa ja siten faktisesti tapahtunut seikka, jonka merkitystä ympäröivälle maailmalle on mahdollista havainnoida. Vaikka B on kuollut huumausaineiden yhteisvaikutukseen, lääketieteellisen tutkimuksen avulla voidaan selvittää A:n antaman huumausaineen merkitystä B:n kuolemalle. Selvitystä on hankittava siitä, onko B:n antama huumausaine ollut välttämätön A:n kuoleman aikaansaamassa ehtojoukossa.

Laiminlyönnillä toteutettavissa rikoksissa kausaliteettiarvio on yleensä aktiivisella toiminnalla toteutettavia rikoksia hypoteettisempaa.¹⁴ Tämä johtuu siitä, että jälkimmäisessä tilanteessa arvioidaan konkreettisesti tapahtuneen teon ja seurauksen yhteyttä, kun taas laiminlyönnissä tarkasteltavana on ns. tekemättömyyden ja seurauksen välinen suhde. Tekemättömyyttä verrataan hypoteettiseen tekoon tai velvollisuuteen, joka olisi tullut suorittaa, jotta kyse ei olisi ollut laiminlyönnistä. Tällöin arviossa ei ole seurauksen lisäksi mitään konkreettisesti tapahtunutta seikkaa, johon kausaliteettiarvio voitaisiin kiinnittää ja joka helpottaisi arviota. Laiminlyönnin sijaan tulevan teon hypoteettinen luonne lisää

12 Ks. myös Korkka 2015, s. 119–120 ja viitattu Wright 1988, s. 1039–1041.

13 Esimerkki perustuu löyhästi korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2014:41.

14 Ks. esim. Nuutila 1996, s. 203 ja 213. Ks. yleisesti laiminlyönnin kausaalisuudesta esim. Tapani – Tolvanen 2013, s. 173–175 ja Nuotio 1996, s. 287–290.

näin ollen epätietoisuutta sen seurauksista.¹⁵ Esimerkkinä voidaan tarkastella korkeimman oikeuden ratkaisua KKO 1987:3.

A:n kuljettama auto törmäsi pysäkillä pysähtyneen linja-auton edestä maantielle juosseeseen lapseen seurauksin, että lapsi kuoli. Koska A oli linja-autoa lähestyessään laiminlyönyt vähentää nopeutta ja siirtyä mahdollisuuksien mukaan keskitielle päin ja siten erityisesti varoa, hänet tuomittiin liikenteen vaarantamisesta. Syyte kuolemantuottamuksesta sitä vastoin hylättiin, koska lapsen tulo tielle linja-auton edestä oli ollut niin yllättävää, että onnettomuus todennäköisesti olisi seurannut varotoimenpiteistä huolimatta.

Tapauksessa on nähdäkseni kyse A:n laiminlyönnistä noudattaa tieliikennesääntelyn edellyttämiä varotoimia sekä tämän laiminlyönnin ja lapsen kuoleman välisestä syy-yhteydestä.¹⁶ Laiminlyönnin merkitystä arvioidaan suhteessa norminmukaiseen toimintaan eli tekoon, jota ei todellisuudessa ole tapahtunut. Tapauksessa on tyydyttävä arvioon siitä, olisiko lapsi kuollut myös tilanteessa, jossa A olisi toiminut huolellisesti. Korkein oikeus on katsonut syy-yhteyden puuttuneen, sillä onnettomuus olisi *todennäköisesti* seurannut huolellisesta toiminnasta huolimatta.

Kausaliteettidoktriinin näkökulmasta laiminlyöntitapauksissa on olennaista, millainen epävarmuuden aste syy-yhteysedellytyksen täyttymisestä voidaan hyväksyä, jotta rikosoikeudellisen vastuun täyttymistä voitaisiin siirtää tarkastelemaan objektiivisen eli teon huolimattomuuden näkökulmasta. Tarkoituksemukaisen epävarmuusasteen paikantaminen edellyttää arviota siitä, kuinka todennäköistä seurauksen syntyminen huolellisen toiminnan tilanteessa tulee olla, jotta syy-yhteys jäisi täyttymättä. Toisin ilmaistuna on arvioitava, kuinka todennäköistä seurauksen poisjääminen huolellisesti toimittaessa tulisi olla, jotta syy-yhteys vastaavasti täyttyisi.

15 Jareborg on havainnollistanut aktiivisen teon ja laiminlyönnin välistä relaatiota puhumalla ensin mainitussa tilanteessa kausaaliketjusta ja jälkimmäisessä tapauksessa kausaalilinjasta. Jareborg 2001, s. 155–158. Jaottelun konkreettinen merkitys jää kuitenkin jossain määrin epäselväksi.

16 Ratkaisua on oikeuskirjallisuudessa perinteisesti tarkasteltu teon huolimattomuuden näkökulmasta, jolloin kysymys on siitä, onko A:n ottama kielletty riski toteutunut seurauksessa relevantilla tavalla. (Ks. Nuutila 1996, s. 420; Matti Tolvanen, Tuottamus ja uhrin myötävaikutus. Defensor Legis 4/2015, s. 626–643 ja Frände 2012, s. 204). Ratkaisua ei nähdäkseni tarvitse tarkastella teon huolimattomuuden näkökulmasta, koska kuolemantuottamus sulkeutuu pois jo puuttuvan syy-yhteyden perusteella.

3. Laajan laiminlyöntirikoskäsitteen perustelu

Rikosoikeusdoktriinissa toiminnan ja laiminlyönnin erojen problematiikkaa on perinteisesti lähestytty *teon* ja laiminlyönnin käsiteparilla.¹⁷ Teolla on tässä kielenkäytössä ollut kaksoismerkitys, sillä sitä on käytetty viittaamaan toisaalta yläkäsitteenä molempiin tekemisen tapoihin ja toisaalta vain tekoon aktiivisena toimintana. Kyseinen kielellinen valinta on jossain määrin harhaanjohtavaa.¹⁸ Tässä on omaksuttu Fränden malli, jossa teon käsitettä käytetään vain yläkäsitteenä siten, että rikos toteutetaan joko *toiminnalla* tai *laiminlyönnillä*.¹⁹ Toiminta ja laiminlyönti käsiteparina korvaa näin ollen teon ja laiminlyönnin käsiteparin.²⁰

Rikoslainsäädäntö sisältää kahden tyyppisiä kriminalisointeja: *kieltonormeja* ja *käskynormeja*. Ensimmäisen ryhmän säännöksissä kuvataan aktiivinen toiminta, johon liittyy rangaistusuhka. Säännökset ovat tosiasiaa kieltoja toimia tietyllä tavalla.²¹ Esimerkiksi kirjanpitorikosta koskevassa RL 30:9:ssä kielletään muun muassa hävittämistä, kätkemistä tai vahingoittamista kirjanpitoaineistoa. Kieltonormit voidaan toteuttaa joko toiminnalla tai laiminlyönnillä. Kirjanpitorikos voidaan tehdä esimerkiksi polttamalla kirjanpitoaineistoa taikka laiminlyömällä huolehtia sen oikeasta ja turvallisesta säilyttämisestä.

Käskynormit ovat luonteeltaan teon toteuttamiskäskyjä. Rangaistus seuraa laiminlyönnistä toimia säännöksessä kuvatulla tavalla.²² Toisin kuin kieltonormin, käskynormin täyttää vain siinä nimenomaisesti kuvattu laiminlyönti. Esimerkiksi pelastustoimen laiminlyönti (RL 21:15) voidaan toteuttaa vain olemalla antamatta tai hankkimatta apua sille, jonka tietää olevan hengenvaarassa tai vakavassa terveyden vaarassa.

Kieltonormin täyttäviä laiminlyöntejä kutsutaan vakiintuneesti *epävarsinaiseksi laiminlyöntirikoksiksi* ja käskynormin täyttäviä laiminlyöntejä vastaavasti

17 Frände 2012, s. 57.

18 Samoin Sakari Melander, Rikosvastuun yleiset edellytykset. Helsinki 2016, s. 109.

19 Frände 2012, s. 57.

20 Teon ja laiminlyönnin erottaminen sekä eron juridinen merkitys on klassinen rikosoikeudellinen päähkinä (ks. esim. Jareborg 2001 s. 127 ss.). Tässä ei pyritä jo käydyin keskustelun ja ongelman kokonaisvaltaiseen analyysiin, vaan tarkastellaan erottelua rajoitetusti kausaliteetin näkökulmasta.

21 Frände 2012, s. 58.

22 Ks. esim. Frände 2012, s. 58–59.

varsinaiseksi laiminlyöntirikoksi. Jos kieltonormi täytetään toiminnalla, kutsutaan tekoa tässä *toimintarikokseksi*.²³

Tekotapa Normityyppi	Toiminta	Laiminlyönti
Kieltonormi	Toimintarikos	Epävarsinainen laiminlyöntirikos (RL 3:3.2) <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; width: fit-content; margin: 10px auto;">Huolellisuusnormin rikkominen</div>
Käskynormi		Varsinainen laiminlyöntirikos (RL 3:3.1)

Kuvio 1. Toiminta- ja laiminlyöntirikosten jaottelu tekotavan ja normityypin mukaan.

Toiminta- ja laiminlyöntirikosten välimaastoon näyttävät jäävän tietyt *huolellisuusnormin rikkomistapaukset*. Rikoslaisissa on useita kriminalisointeja, joissa asetetaan rangaistusuhka sille, joka rikkoor viitattua rikoslain ulkopuolista normistoa. Esimerkiksi liikenneturvallisuuden vaarantamisesta tuomitaan se, joka ”rikkoor tieliikennelakia tai ajoneuvolakia taikka niiden nojalla annettuja säännöksiä tai määräyksiä [...]” (RL 23:1.1). Sanamuodoltaan säännös on kieltonormi, mutta itse materiaalinen teko on usein muodoltaan laiminlyönti. Tekijä voi rikkoor tieliikennelakia (267/1981, TLL) esimerkiksi laiminlyömällä noudattaa väistämisvelvollisuutta koskevia sääntöjä (TLL 14 §). Toisena esimerkkinä voidaan viitata virkavelvollisuuden rikkomiseen, josta tuomitaan virkamies, joka ”virkaansa toimittaessaan tahallaan muulla kuin edellä tässä luvussa tai 11 luvun 9 a §:ssä säädetyllä tavalla rikkoor virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin tai määräyksiin perustuvan virkavelvollisuutensa [...]”. Virkavelvollisuutta rikkoora laimin-

23 Jareborg ja Frände ovat hyödyntäneet sinänsä yksinkertaista jakoa komissiivi- ja omiisiiidelikeihin. Omiisiiidelikeillä viitataan tekoihin, jotka toteutetaan laiminlyömällä tunnusmerkistössä nimenomaisesti velvoitettu toimi. Komissiividelikejä ovat kaikki sellaiset rikostyytit, jotka eivät ole omiisiiidelikejä. Komissiividelikeitit voidaan toteuttaa sekä toiminnalla että laiminlyönnillä. (Jareborg 2001, s. 181–184 ja Frände 2012, s. 58–59). Tässä ei käytetä komissiivi- ja omiisiiidelikeitten käsitteitä ensinnäkään siksi, että termit sopivat huonosti yhteen muun suomenkielisen rikosoikeudellisen kielenkäytön kanssa. Delikeitillä tarkoitettaneen rikostyyppiä tai tunnusmerkistöä. Toinen olennaisempi syy termien hylkäämiseen on se, että pelkästään tällä jaottelulla menetetään se kaksiuotteisuus, joka normi- ja tekotyyppien yhtäaikaisen soveltamisen avulla saavutetaan (ks. taulukko jäljempänä leipätekstissä).

lyö jonkin virkavelvollisuutensa, mistä syystä tämäkin sanamuodoltaan kieltonormilta näyttävä säännös on tekotavaltaan laiminlyöntirikos. Edelleen esimerkkinä voidaan viitata RL 48:1.1:n 1-kohdan mukaiseen työturvallisuusrikokseen, jonka mukaan tuomitaan työnantaja tai tämän edustaja, joka ”rikkoo työturvallisuusmääräyksiä”. Tekotapa on tosiasiaa jonkin työturvallisuusnormin laiminlyönti.

Kieltonormin täyttävän toiminta- ja laiminlyöntirikoksen olennainen ero on, että epävarsinainen laiminlyönti edellyttää RL 3:3.2:n mukaisen *vastuuaseman* olemassaoloa. Lainkohdan mukaan laiminlyönti on rangaistava, jos tekijä on jättänyt estämättä tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntymisen, vaikka hänellä on ollut erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen syntyminen.

Huolellisuusnormien rikkomistapaukset eivät selvästi asetu kummankaan teko tyypin alaisuuteen, ja niitä myös tarkastellaan oikeuskäytännössä eri tavoin vastuuasemaopin näkökulmasta. Esimerkiksi tapauksissa, joissa rikosoikeudellisesti merkityksellinen seuraus on aiheutettu rikkomalla työturvallisuusmääräyksiä, laiminlyöntiin ei ole tavattu soveltaa RL 3:3:ää. Näin ollen ei ole erikseen tutkittu, onko tekijä ollut RL 3:3.2:n mukaisessa vastuuasemassa. Tuottamuksellista virkavelvollisuuden rikkomista (RL 40:10) koskevassa ratkaisussa KKO 2018:90 vastuuasemaa sen sijaan on edellytetty.

Ratkaisussa KKO 2018:90 A oli kunnan johtavana rakennustarkastajana saanut tiedon aiemmin sortuneista urheilu- ja ratsastushalleista. A ei ryhtynyt viestin perusteella toimenpiteisiin. Vähän yli kahden ja puolen vuoden kuluttua kunnan alueella sortui ratsastusmaneesi, joka oli samanlainen kuin toinen A:n tietoon tulleista halleista. Maneesin sortumisen vuoksi yksi lapsi kuoli ja neljä muuta henkilöä loukkaantui.

Korkein oikeus katsoi A:lla olleen RL 3:3.2:n mukainen velvollisuus valvoa rakennuksen kunnossapitoa ja siihen liittyen välittää turvallisuudesta tieto rakennuksen kunnosta vastaavalle kävi rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen edellyttämällä tavalla ilmi maankäyttö- ja rakennuslaista. A:n katsottiin laiminlyöneen virkavelvollisuutensa.

Ratkaisu KKO 2018:90 vaikuttaa siirtävän ainakin osaa huolellisuusnormien rikkomistapauksista lähemmäs laiminlyöntirikosten ryhmää. Ratkaisun perusteella jää kuitenkin epäselväksi, missä muissa huolellisuusnormin rikkomistapauksessa vastuuasemaoppi voisi korkeimman oikeuden mukaan tulla sovellettavaksi. Erään jakolinjan voisi ajatella perustuvan siihen, kuinka aidosta passiivisuudesta tapauksessa on kyse. Esimerkiksi tieliikenne rikoksen täyttävä laiminlyönti noudattaa tieliikennesäännöksiä suoritetaan käytännössä aktiivisesti tekemällä samanai-

kaisesti jotakin muuta. Tällöin kyse on oikeastaan aktiivisesta toiminnasta, joka samalla kuitenkin tarkoittaa laiminlyöntiä suhteessa tieliikennelain mukaisiin huolellisuusvelvoitteisiin. Passiivisuuden asteen voidaan ajatella olevan vähäisempi kuin esimerkiksi edellä tarkastellussa virkarikosasiassa. Toisaalta monissa työturvallisuusrikosasioissa laiminlyönti muistuttaa passiviteettiasteeltaan virkarikosjutun laiminlyöntiä. RL 3:3:ä ei ole nimenomaisesti sovellettu, vaan vastuuasema perustuu vastuunkohdentamissäännökseen (RL 47:7).²⁴

Useat toimintarikoksetkin voidaan sinänsä muotoilla laiminlyönnin muotoon, sillä jonkin tekeminen on yleensä jonkin toisen asian tekemättä jättämistä. Tämä usein oikeuskirjallisuudessa esiin tuotu näkökulma johtaa umpikujan,²⁵ eikä toimintaa ja laiminlyöntiä luultavasti edes voida erottaa siten, että erottelulla olisi määräävä merkitys läpi rikosoikeudellisen vastuunormiston. Kyse lienee enemmän jatkumosta, jonka toisessa päässä on selkeästi toiminnalla ja toisessa selkeästi laiminlyönnillä toteutettavat rikokset. Väliin mahtuu joukko aktiivisuuden ja passiivisuuden välimuotoja.

Tässä artikkelissa huolellisuusnormien rikkomistapaukset luetaan laajan laiminlyöntirikoksen käsitteen alaisuuteen riippumatta siitä, tuleeko RL 3:3 sovellettavaksi vai ei. Tämä johtuu kausaliiteettitarkastelun erityistarpeista. Teon ollessa konkreettiselta luonteeltaan laiminlyönti, joudutaan kausaliiteettitarkastelussa kohtaamaan joka tapauksessa sama hypoteettisuuden ongelma kuin ns. aitoa passiivisuutta edellyttävissä laiminlyöntitapauksissa. Kirjoituksessa käytetään *laajan laiminlyöntirikoksen* käsitettä viittaamaan varsinaisten ja epävarsinaisten laiminlyöntirikosten lisäksi laiminlyönnillä toteutettaviin huolellisuusnormien rikkomistapauksiin. Rajatapauksissa joudutaan punnitsemaan, onko huolellisuusnormin rikkomisessa kyse toiminnasta vai laiminlyönnistä.

24 Ks. esimerkiksi KKO 2014:75, jossa oli kyse RL 48:1.1.1 kohdan mukaisesta työturvallisuusmääräysten rikkomisesta laiminlyömällä noudattaa koneiden ja laitteiden turvallista käyttöä koskevaa sääntelyä.

25 Ks. esim. Jareborg 2001, s. 183 ja Nuotio 1998, s. 288–289.

4. Hyväksyttävän epävarmuuden aste laiminlyöntirikoksissa

Laiminlyöntirikosten hypoteettisuutta ja laajan laiminlyöntirikoksen käsitettä voidaan havainnollistaa klassisella polkupyöräilijäesimerkillä:

Kuorma-autoa kuljettava A laiminlyö pitää riittävän etäisyyden pyöräilijään B tätä ohittaessaan. Ohituksen aikana B horjahtaa pyörällä ja jää auton alle. B kuolee. Myöhemmin ilmenee, että B on ollut humalassa. A:ta syytetään tieliikennesääntelyn rikkomisesta ja kuolemantuottamuksesta.

Jareborg on tarkastellut esimerkkiä ja sen kaltaisia tilanteita teon huolimattomuuden näkökulmasta. Hänen mukaansa tapauksessa kontrafaktuaalista tarkastelua ei ylipäätään tarvita, koska A:n laiminlyönti tarkoittaa sellaisenaan kielletyn riskin ottamista suhteessa B:n kuolemaan. Vaihtoehtoinen huolellinen toiminta on siten merkityksetöntä siinäkin tilanteessa, että huolellinen toiminta olisi myös johtanut seurauksen syntymiseen.²⁶ Frände on kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa ainakin osittain hyväksynyt Jareborgin kannan.²⁷

Ratkaisusuositus tarkoittaa käytännössä, että syy-yhteysedellytys teon ja seurauksen välillä hylätään esimerkinkaltaisissa tilanteissa. Nähdäkseni tämä on epäsuotavaa rikoslainopin koherenssin kannalta. Myös oikeusturvanäkökohdat perustelevat syy-yhteysvaatimuksesta kiinnipitämistä.²⁸

Jareborgin suositus sinänsä soveltuu hänen mukaansa vain tilanteisiin, joissa on kyse seurauksen aiheuttamisesta huolimattomalla toiminnalla. Jareborgin jaottelua noudattaen näin on esimerkiksi silloin, kun on ajettu ylinopeutta. Huolelliselle toiminnalle ja kontrafaktuaaliselle testille on hänen mukaansa sitä vastoin annettava merkitys silloin, kun kyse on laiminlyönnistä suorittaa huolellisen menettelyn edellyttämiä *varotoimia*.²⁹

Jareborgin jaottelua on vaikea hyväksyä, koska huolellisen toiminnan ja varotoimenpiteiden laiminlyöntiä voi olla ongelmallista erottaa. Myös Ja-

26 Jareborg 2001, s. 229-231. Ks. myös Asp – Jareborg – Ulväng 2013, s. 167–171. Esimerkki perustuu Saksan korkeimman oikeuden ratkaisuun (ks. tästä Claus Roxin: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bd. 1. Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre. 4. Auflage, München 2006, s. 392).

27 Ks. Frände 2012, s. 102.

28 Nuutila on seikkaperäisesti eritellyt velvollisuuden vastaisen toiminnan kausaalisuuden puolesta ja vastaan puhuvia seikkoja (Nuutila 1996, s. 419–440). Nuutilan analyysin hyödyntämistä tämän artikkelin tarpeisiin vaikeuttaa se, ettei Nuutilan tavoitteena välttämättä ole ollut pitää kausaalisuutta faktuaalisten seikkojen analyysinä erossa syy-yhteyden juridisen merkityksen analyysistä. Tämä johtaa muun muassa siihen, että teon huolimattomuus -oppia käytetään eräänlaisena syy-yhteydargumentaation välineenä.

29 Jareborg 2001, s. 228–230.

reborg itse myöntää tämän.³⁰ Jossain määrin epäselväksi jää myös syy sille, miksi juuri tämä rajanveto olisi merkityksellinen. Tässä artikkelissa on valittu laaja laiminlyöntirikoksen käsite siksi, että sama hypoteettisuuden ongelma ajankohtaistuu myös sellaisissa teoissa, jotka eivät ole RL:n luokittelussa laiminlyöntejä.

Vaikuttaa ilmeiseltä, ettei laiminlyöntitapauksissa voida edellyttää ainakaan toimintarikosten arviointia vastaavaa vakuuttuneisuutta siitä, että huolellinen toiminta olisi estänyt seurauksen syntymisen. Laajaa laiminlyöntirikoksen käsitettä tarvitaan, jotteivat tulkintasuositusten ulkopuolelle jäisi teot, joissa tiukan sääntelyformaalin tulkinnan mukaan ei ole kyse laiminlyöntirikoksesta, mutta jotka konkreettiselta tekotavaltaan ovat laiminlyöntejä.

Polkupyöräilijätapauksessa on kyse huolellisuusnormin rikkomisesta, ja siten laajan laiminlyöntirikoksen alaan kuuluvasta teosta. A on rikkonut (eli laiminlyönyt) sille tienkäyttäjänä kuuluvia velvollisuuksia ja näin syyllistynyt tieliikennetikokseen. Suomalaisen sääntelyn soveltuessa laiminlyöty huolellisuusnormi löytyy TLL 30.1 §:sta, jonka mukaan ajoneuvon kuljettajan kohdatessaan polkupyöräilijän on annettava tälle ajoneuvon koko ja nopeus huomioon ottaen turvallinen tila tiellä. A:n norminmukainen toiminta olisi siis edellyttänyt, että hän olisi pitänyt kuorma-auton koon ja ajonopeuden edellyttämän etäisyyden B:hen.

Tapauksessa on vaikea vakuuttua siitä, että A:n huolimattomuus on syy-yhteydessä B:n kuoleman kanssa. Epävarmaa toisin sanoen on, että A:n laiminlyönti pitää turvaväli on ollut välttämätön B:n kuoleman kannalta riittävässä ehtoujoukossa. On mahdollista, että vaikka A olisi toiminut huolellisuusnormin edellyttämällä tavalla eli olisi pitänyt riittävän turvavälin, B olisi humalatilansa vuoksi joka tapauksessa horjahtanut siten, että olisi jäänyt kuorma-auton alle. Epävarmuus syy-yhteyden toteamisessa ei kuitenkaan voi suoraan johtaa siihen, että B välttää rikosvastuun. Tämä johtaisi käytännössä siihen, että hyvin monet rikosoikeudellisesti merkitykselliset tapaukset jäisivät rikosoikeudellisen normiston ulkopuolelle, mikä olisi kriminaalipoliittisesti epätoivottavaa.

Hyväksyttävää epävarmuuden astetta määritettäessä on pyrittävä löytämään todennäköisyys, joka on toisaalta niin korkea, että kausaliteetti mahdollisimman hyvin rajaa tarkastelusta pois tapaukset, joissa seuraus on todennäköisesti pääasiassa johtunut muista seikoista kuin laiminlyönnistä. Toisaalta kausaaliyhteydeltä edellytetyn todennäköisyyden on oltava niin matala, että kausaliteetti täyttyy, vaikka ei voitaisi saada varmuutta tai korkeaa todennäköisyyttäkään laiminlyönnin ja seurauksen välisestä syy-yhteydestä. Näissä parametreissa raja on asetettava

30 Jareborg 2001, s. 229.

sille todennäköisyystasolle, josta on mahdollista saada konkreettisissa kausali-teettitilanteissa näyttöä.

Polkupyöräilijätapauksessa kausaliteetin täyttymiseksi riittävänä voidaan nähdäkseni pitää sitä, että A:n toimiessa huolellisesti seuraus *olisi melko todennäköisesti jäänyt syntymättä*. Tällainen varmuuden aste voitaneen tilanteessa koh-tuullisesti saavuttaa ottaen huomioon, että edellytetyn turvavälin leveys tiedetään ja että kontrafaktuaalisessa tarkastelussa B:n toimintaan ei oleteta muutoksia.

Korkeimman oikeuden ratkaisu tapauksessa KKO 1984 II 224 tukee edellä suositettua todennäköisyysastetta. Ratkaisussa oli syy-yhteystarkastelun näkö-kulmasta kyse polkupyöräilijätapausta muistuttavasta tilanteesta. Korkein oikeus katsoi syy-yhteyden puuttuneen, koska oli ”sangen epätodennäköistä” että huolellisuusnormin mukainen toiminta olisi estänyt syntyneen seurauksen.³¹

Ratkaisussa KKO 1984 II 224 oli kyse uittotyössä olleesta A:sta, jolle ei ollut varattu henkilökohtaiseksi suojavaikenneeksi pelastusliivejä. A oli ko-timatallaan poikennut toisen työntekijän veneeseen, josta oli pudonnut ja hukkunut. Kun voitiin pitää sangen epätodennäköisenä että asianmu-kaisten pelastusliivien antaminen uittotyöntekijöiden käyttöön olisi estänyt syntyneen seurauksen, puutavarayhtiön toimitusjohtajaa ja uittotyömaan vastuunalaista työnjohtajaa, jotka kumpikin tuomittiin rangaistukseen työ-turvallisuuslain säännösten rikkomisesta, vastaan kuolemantuottamuksesta ajettu syyte hylättiin.³²

Mikäli polkupyöräilijätapauksessa voitaisiin pitää ”sangen epätodennäköisenä”, että riittävän turvavälin pitäminen olisi estänyt B:n kuoleman, syy-yhteys sulkeu-tuisi tilanteessa pois. Käänteisesti vain korkea todennäköisyys seurauksen synty-misestä myös kontrafaktuaalisessa tilanteessa eli huolellisesti toimittaessa johtaisi syy-yhteysedellytyksen täyttymättä jäämiseen. Jos siis olisi hyvin todennäköistä, että B olisi kuollut myös siinä tilanteessa, että A olisi toiminut huolellisesti, syy-yhteys ei täytyisi eikä A:n huolimattomuus olisi B:n kuoleman syy.³³ Käytännössä kyse voisi tällöin olla siitä, että B:n humalatilan aiheuttama horjahtaminen on johtanut kaatumiseen niin pitkälle ajoradalle poikittaissuunnassa, ettei riittävä turvavälikään olisi tätä pelastanut.

31 Ks. myös Vaasan HO 14.11.1994, nro 1989, R 94/656 sekä Nuutila 1996, s. 421, alaviite 390 kyseisestä ratkaisusta.

32 Ks. ratkaisusta myös Nuutila 1996, s. 214, 421, 426 ja 456; Frände 2012, s. 213 ja Tapani – Tolvanen 2013, s. 174.

33 Ks. myös edellä tarkasteltu KKO 1987:3, jossa kuolemantuottamusta koskeva syyte hylättiin, koska lapsen tulo tielle linja-auton takaa oli niin yllättävää, että onnettomuus olisi *todennäköisesti* tapahtunut myös varoimenpiteistä huolimatta.

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa Tapani ja Tolvanen ovat katsoneet rikos-oikeudellisen vastuun sulkeutuvan pois, ”kun varmuutta lähenevällä todennäköisyydellä on todettavissa, että rikosoikeudellisesti relevantti seuraus olisi syntynyt, vaikka vaadittu, mutta todellisuudessa laiminlyöty teko olisi tehty”.³⁴ Tulkitsen Tapanin ja Tolvasen tarkoittavan, ettei syy-yhteys täyty, jos on lähes varmaa, että huolellinenkaan toiminta ei olisi voinut estää seurausta.³⁵

Useissa konkreettisissa tilanteissa lienee vaikea saada näyttöä siitä, että seuraus olisi melkein varmasti syntynyt huolellisesti toimittaessa. Polkupyöräilijä-tapauksessa on lähes mahdotonta vakuuttua siitä, että B:n kuolema olisi lähes varmasti syntynyt myös huolellisesti toimittaessa. Tapanin ja Tolvasen suositusta sovellettaessa syy-yhteys täytyisi siten lähes aina. Tällöin syy-yhteysedellytyksen merkitys vähenisi huomattavasti ja vastaavasti teon huolimattomuusarvion rooli korostuisi. Lopputulos ei ole tässä omaksutun kannan mukaan optimaalinen, mikäli korkeammasta todennäköisyysasteesta voidaan laiminlyöntitapauksissa yleisesti arvioituna saada näyttöä.

Fränden suosituksen mukaan laiminlyönnin ja seurauksen välisen syy-yhteyden täytyminen edellyttää, ettei jää varteenotettavaa epäilyä siitä, että rikos-oikeudellisesti relevantti seuraus olisi syntynyt, vaikka käsketty teko olisi toteutettu. Fränden suosituksen ilmaisu on sama, jota käytetään tuomitsemiskynnystä koskevassa OK 17:3.2:ssa.³⁶ Vaikka sanallisten ilmaisujen vertailu on vaikeaa, vaikuttaa siltä, että Fränden suositus on lähellä Tapanin ja Tolvasen suositusta.³⁷

Edellä tarkastellut todennäköisyyden astetta koskevat ilmaisut voidaan pyrkiä muotoilemaan numeerisesti niiden vertailumisen helpottamiseksi. Näin tehtäessä on tiedostettava, että numeerinen arvo on vain apuväline, eikä siitä sellaisenaan voida tehdä johtopäätöksiä. Näin siksi, ettei sanallisille ilmaisuille ole löydettävissä ilmeisiä ja objektiivisesti perusteltavissa ole-

34 Tapani – Tolvanen 2013, s. 173. Tapani ja Tolvanen tulkitsevat, että ratkaisun KKO 1984 II 224 ilmaisu ”sangen epätodennäköinen” tarkoittaisi samaa kuin ”varmuutta lähenevä todennäköisyys” syy-yhteyden tarkastelun näkökulmasta (Tapani – Tolvanen 2013, s. 174).

35 Ks. syy-yhteyksynnyksestä myös Nuutila 1996, s. 214.

36 Lainkohdasta ei sinänsä seuraa, että jokaisen tunnusmerkistön täyttymisen kannalta olennaisen osatekijän tulisi täytyä samalla varmuusasteella (ks. esim. Pasi Pölonen – Antti Tapanila, Todistelu oikeudenkäynnissä. Helsinki 2015, s. 133–134). Ks. RL 17:3.2:sta yleisesti esim. Antti Jokela, Rikosprosessioikeus. 5. uud. p. Helsinki 2018, s. 683–684 ja viitattut lähteet sekä Pölonen – Tapanila 2015, s. 132–136.

37 Tapani ja Tolvanen ovat tätä mieltä (Tapani – Tolvanen 2013, s.174). Frände itse katsoo, että hänen suosituksensa syy-yhteyksynnyksestä on sama kuin ratkaisussa KKO 1984 II 224, vaikka sanamuoto ennakkopäätöksessä on erilainen (Frände 2012, s. 213).

via numeerisia arvoja.³⁸ Kyse on pitkälti subjektiivisesta intuitiosta. Ei ole mahdollista vakuuttua siitä, että konkreettisen tapauksen ratkaisija kokisi ilmaisuuden ja siihen liitetyn numeerisen arvon vastaavan toisiaan.³⁹

Todennäköisyyslaskennassa seurauksen varmuutta voidaan merkitä arvolla 1 ja mahdottomuutta arvolla 0. Tällöin Tapanin ja Tolvasen suositusta eli varmuutta lähenevää todennäköisyyttä voitaisiin merkitä noin arvovälillä 0,90–0,99. Syy-yhteys toisin sanoen jäisi täyttymättä, jos vähintään noin 0,90 todennäköisyydellä seuraus olisi syntynyt myös huolellisesti toimittaessa. Sama numeerinen arvo sopinee myös Fränden mallin kuvaamiseen.⁴⁰

Tässä artikkelissa suositettu syy-yhteyskynnys edellyttäisi syy-yhteyden täyttymiseltä sitä, että seuraus olisi vähintään noin 0,30 todennäköisyydellä jäänyt syntymättä huolellisesti toimittaessa. Kääntäen, jos seuraus olisi vähintään noin 0,70 todennäköisyydellä syntynyt myös huolellisesti toimittaessa, syy-yhteys jäisi täyttymättä.

Numeerisia todennäköisyysarvoja on hyödynnetty seuraavassa Vaasan hovioikeuden ratkaisussa (13.3.2006, nro 374), jossa hätäkeskuspäivystäjän väitettiin huolimattomalla toiminnallaan aiheuttaneen sairaskohtauksen saaneen ja apua hälyttäneen henkilön kuoleman. Ratkaisun avulla voidaan havainnollistaa myös tässä suositettua syy-yhteyskynnystä korkeamman todennäköisyysasteen soveltamista ja sen merkitystä rikosoikeudellisen vastuun arvioinnissa.

Tapauksessa hätäkeskuspäivystäjä oli välittänyt tehtävän väärän kunnan sairaankuljetusyksikölle. Kun oikean kunnan yksikkö oli selvittelyjen jälkeen löytänyt potilaan osoitteen, potilaan sairaskohtaus oli jo edennyt niin pitkälle, ettei tätä voitu enää elvytyksellä pelastaa. Potilas kuoli kotiinsa. Tapauksessa esitettiin kuitenkin näyttöä siitä, että potilaan heikon tervey-

38 Tuomarikunta suhtautuu perinteisesti negatiivisesti numeeristen arvojen käyttöön. Pohjoismaiden tuomitsemiskynnys on omaksuttu anglo-amerikkaisesta oikeusjärjestyksestä, jossa käytetään tuomitsemiskynnystä kuvaavana edellytyksenä ilmaisu ”beyond reaonable doubt”. Ks. perinteisestä negatiivisesta kannasta kriittisesti ja samalla anglo-amerikkalaista doktriinia tiiviisti kuvaten Peter Tillers ja Jonathan Gottfried, Case Comment – United States v. Copeland, 369 F: Supp. 2d 275 (E.D.N.Y. 2005): A Collateral Attack on the Elgal Maxim That Proof Beyond A Reasonable Doubt Is Unquantifiable? Law, Probability and Risk (2006) 5, s. 135-157.

39 Ks. myös Mari Okkonen, Laskentateoreettinen todistusharkinta. Pro Gradu -tutkielma. Toukokuu 2014. Saatavana sähköisesti osoitteessa www.edilex.fi/opinnaytetyot/13931 (Linkki tarkistettu 21.2.2019).

40 Suomalaisille tuomareille tehdyn kyselytutkimuksen perusteella. ilmaisu ”[s]yllisyydestä ei jää varteenotettavaa epäilyä” tarkoittaisi noin 91 % varmuutta. Tutkimuksen kyseiseen kysymykseen vastasi 82 tuomaria. Kirjoittajan mukaan luottamusvälilaskelmien perusteella voidaan arvioida, että 95 %:n todennäköisyydellä koko tuomarikunnan näkemys on, että ilmaisuuden arvo on välillä 89–93. (Okkonen 2014, s. 24–25).

dentilan vuoksi hänen henkiinjäämisensä olisi ollut jokseenkin epävarmaa siinäkin tilanteessa, että hätäkeskuspäivystäjä olisi toiminut huolellisuusvelvoitteensa mukaisesti ja ambulanssi olisi tullut suoraan oikeaan osoitteeseen. Hovioikeuden ratkaisussa todettiin, että kuoleman todennäköisyys olisi ollut noin 33 prosenttia siinäkin tapauksessa, että elvytys olisi voitu aloittaa heti ja että avun myöhästyminen on lisännyt kuoleman todennäköisyyttä noin 27 prosenttiyksiköllä.⁴¹

Hovioikeus on päätenyt perusteluissaan siihen, että kuolemantuottamus voitaisiin lukea syyksi vain tilanteessa, että *vaihtoehtoinen tapahtumainkulku olisi varmuutta lähenevällä todennäköisyydellä pelastanut potilaan hengen*.⁴² Näin korkeaa todennäköisyyttä ei tulisi edellyttää laiminlyönnin kausaliteettiarviossa, sillä hypoteettisuuden vuoksi sen osoittaminen on lähes mahdotonta.

Tässä kannatetun tulkinnan mukaan syy-yhteysvaatimus olisi jäänyt tapauksessa täytymättä, jos myös huolellisesti toimien potilaan kuolema olisi hyvin epätodennäköisesti ollut vältettävissä. Toisin muotoiltuna kausaliteetti täytyisi, jos olisi melko todennäköistä, että potilas olisi jäänyt eloon huolellisen toiminnan seurauksena. Kuten edellä on todettu, tässä suositettu kynnyks edellyttäisi vähintään noin 30 %:n todennäköisyyttä siitä, että huolellisesti toimien seurauksena olisi jäänyt syntymättä. Kun otetaan huomioon, että asiassa esitetyn näytön mukaan laiminlyönti on lisännyt kuoleman todennäköisyyttä noin 27 prosenttiyksiköllä, syy-yhteyden voitaisiin ajatella juuri ja juuri täyttyvän.

Toimintarikoksia matalamman todennäköisyysasteen salliminen laiminlyöntitilanteissa tarkoittaa käytännössä sitä, että oikeusongelma ”päästetään” syy-yhteydestarkastelusta eteenpäin muille rikosvastuun tasoille. Seurausrikoksen ob-

41 Tapani ja Tolvanen käyttävät laiminlyönnin syy-yhteyttä koskevassa jaksossa esimerkkinä, joka juridisen analyysin kannalta olennaisilta seikoilta muistuttaa Vaasan hovioikeuden ratkaisua. Näin ollen vaikuttaa siltä, että myös Tapani ja Tolvanen käsittelevät tapauksen tyyppisen ratkaisun laiminlyöntinä, vaikka tapauksessa ei sovellettu RL 3:3:ää. (Tapani – Tolvanen 2013, s. 174–175). Toisaalta on kuitenkin huomattava, että Tapani ja Tolvanen eivät käsittele huolellisuusnormin rikkomistapauksia laiminlyöntiä koskevassa luvussa. (Tapani – Tolvanen 2013, s. 150 ss.).

42 Ratkaisun s. 9. On mahdollista, että tuomiossa on ajatuksellisesti mennyt sekaisin Tapanin ja Tolvanen teoksessa esitetty tulkintasuositus, jonka mukaan rikosoikeudellinen vastuu sulkeutuisi pois silloin, kun varmuutta lähenevällä todennäköisyydellä on todettavissa, että rikosoikeudellisesti relevantti seurauksena olisi syntynyt, vaikka vaadittu, mutta todellisuudessa laiminlyöty teko olisi tehty (Tapani – Tolvanen 2013, s. 173). Mikäli näin on, suosituksen oikeaa tulkintaa olisi helpottanut analyysi tulkintasuosituksen positiivisesta muotoilusta eli siitä, missä tilanteissa syy-yhteys täyttyy. Jos syy-yhteyden *täytymättä jääminen* (negatiivinen muotoilu) edellyttää varmuutta lähestyvää todennäköisyyttä siitä, että seurauksena olisi syntynyt huolellisesti toimittaessa, syy-yhteyden *täyttyminen* (positiivinen muotoilu) puolestaan näyttäisi edellyttävän, että on järkevä *mahdollisuus* siihen, että huolellinen toiminta olisi estänyt seurauksen.

jektiiivisen tunnusmerkistön mukaisuuden täyttyminen⁴³ edellyttää syy-yhteyden lisäksi sitä, että teko on objektiivisesti arvoituna huolimaton, jolloin laiminlyönnin ja seurauksen välinen yhteys on merkityksellinen tekijän rikkoman huolellisuusnormin näkökulmasta.

Erityisesti syy-yhteyden näkökulmasta epäselvissä tapauksissa voi olla taroituksen mukaisempaa hylätä syyte objektiivisen eli teon huolimattomuuden seurauksena kuin syy-yhteyden perusteella.⁴⁴ Esimerkiksi Vaasan hovioikeuden edellä tarkastellussa ratkaisussa olisi saattanut olla mielekäästä tarkastella tekokokonaisuutta myös teon huolimattomuuden näkökulmasta, sillä tämä mahdollistaa useiden eri tahojen tekojen ja/tai ominaisuuksien merkityksen samanaikaisen arvioinnin. Vaikka laiminlyönnin ja seurauksen todettaisiin olevan syy-yhteydessä, potilaan kuolema voi rikosoikeudellisen vastuupunninnan näkökulmasta kuulua enemmän uhrin kuin tekijän riskialueelle. Tällöin laiminlyönti ei olisi (objektiivisesti) huolimaton, eikä rikosvastuu voisi tulla kyseeseen.

Teon huolimattomuuden analyysi kohdistuisi tapauksessa siihen, onko tekijän kielletty riskinotto merkityksellinen seurauksen eli potilaan kuoleman näkökulmasta. Tekijä on ottanut kielletyn riskin suhteessa henkilövahinkoihin ja jopa potilaan kuolemaan rikkomalla hätäkeskuslain 4 §:ä, joka koskee tehtävälmoituksen vastaanottamista ja välittämistä sekä 7 §:ään perustuvaa hätäkeskuksen työjärjestystä. Säännösten ei välttämättä voida katsoa tarkoitetun kattamaan tilanteita, jossa kuolemaan on laiminlyönnin ohella merkittävällä tavalla vaikuttanut potilaan oma heikko terveydentila. Ratkaisun perustelujen mukaan potilaan mahdollisuuteen jäädä eloon on sitä alentavasti vaikuttanut hänen sairastamansa sepelvaltimotauti, korkea verenpaine ja paksu sydänlihás.⁴⁵ Vastaajan kielletty riskinotto ei välttämättä ole toteutunut relevantilla tavalla seurauksessa, koska potilaan kuolema lienee johtunut enemmän tämän heikosta terveydentilasta kuin vastaajan laiminlyönnistä. Kyseistä argumentaatiota varten tulisi esittää laajempaa

43 Tässä on omaksuttu klassinen rikoksen rakennemalli, joka koostuu tunnusmerkistön mukaisuudesta, syyllisyydestä ja oikeudenvastaisuudesta. Tunnusmerkistön mukaisuus jaetaan objektiiviseen ja subjektiiviseen siten, että ensimmäiseen sisältyy syy-yhteys ja teon huolimattomuus ja jälkimmäiseen tahallisuus ja tuottamus. Ks. rikoksen rakennetta koskevasta keskustelusta Jussi Tapani, Rikoksen rakenneoppi – Mihin olemme matkalla? Saatavana sähköisesti osoitteessa www.edilex.fi/artikkelit/16163 (linkki tarkistettu 26.2.2019); Melander 2016, s. 96–105; Frände 2012, s. 7–11; Tapani – Tolvanen 2013, s. 3-6; Jussi Tapani, Onko rikoksen rakenteella merkitystä? Itsekriminointisuoja ja rikosoikeuden systematiikka. Defensor Legis 5/2011, s. 582–591 ja Pekka Koskinen, Rikoksen rakenneopin kehityslinjoja Suomessa Honkasalosta nykypäivään. Lakimies 3/2004, s. 516–520.

44 Ks. teon huolimattomuuden arvioinnista tiivistetysti Korkka 2015, s. 130–131. Laajemmin ks. esim. Frände 2012, s. 88 ss. ja Asp – Ulväng – Jareborg 2013, s. 134 ss.

45 Ratkaisun s. 9.

näyttöä potilaan terveydentilasta sekä analysoida tarkemmin rikottujen huolellisuusnormien sisältöä ja laajuutta.

5. Lopuksi

Tässä artikkelissa on perusteltu optimaalisen syy-yhteyskynnyksen sisältöä laiminlyöntirikoksissa. Syy-yhteyskynnystä määritettäessä on pyritty löytämään tasapaino toisaalta laiminlyönnin hypoteettisuudesta johtuvan epävarmuuden ja siihen liittyvän näyttöongelman sekä toisaalta vastaajan oikeusturvan välillä. Syy-yhteysvaatimuksesta ei voida luopua kokonaan, mutta toisaalta syy-yhteyskynnystä ei voida saattaa niin korkealle, että sen täytyminen johtaa kohtuuttomiin näyttövaikeuksiin siitä syystä, että rikosoikeudellisen vastuun perustana on laiminlyönti. Artikkelissa on päädytty suosittamaan syy-yhteyden täyttyvän tilanteessa, jossa seuraus melko todennäköisesti olisi jäänyt syntymättä huolellisesti toimittaessa.

Rikosoikeudellisen syy-yhteysdoktriinin yhtenäisyys edellyttää artikkelissa suositetun laajan laiminlyöntikäsitteen omaksumista. Jos laiminlyöntirikokset ymmärrettäisiin suppeampana kokonaisuutena, syy-yhteyskynnystä koskevan suosituksen ulkopuolelle jäisi tekoja, jotka konkreettiselta tekotavaltaan ovat laiminlyöntejä. Laajan laiminlyöntikäsitteen avulla pyritään saattamaan laiminlyönnillä toteutettavat teot samanlaisen vastuukontrollin piiriin kuin toimintarikokset, ja näin yhdenmukaistamaan tekojen vastuuanalyysiä.

Esimerkkinä voidaan tarkastella tieliikenne rikoksia. Mikäli tieliikenne rikosta arvioitaisiin toimintarikoksena, rikollinen teko muodostuisi liikennesääntelyä rikkovasta toiminnasta sellaisenaan. Tekijä on esimerkiksi aktiivisella toiminnalla syyllistynyt nopeusrajoitusten rikkomiseen. Syy-yhteystarkastelun näkökulmasta tämä tarkoittaa, että teko sellaisenaan poistetaan tapahtumainkulusta kontrafaktuaalisessa tilanteessa. Polkupyöräilijätapauksessa A:n rikollinen teko olisi rekan ajaminen vastoin turvavälin pitämistä koskevaa säännöstä. Tällöin olisi itseltään selvää, että B olisi kuollut, mikäli rekkakuski ei olisi tehnyt rikosta, jolloin A:n teko (aktiivisella toiminnalla suoritettu huolimaton ajaminen) on tietenkin B:n kuoleman syy. Tulkintatapa tekee syy-yhteysarviota turhan, koska on selvää, että syy-yhteys aina täyttyy. Tämä puolestaan voi johtaa rangaistusvastuun alan laajentumiseen, vaikka teon huolimattomuuden puuttuminen sinänsä usein poistaisikin rangaistavuuden. Laajan laiminlyöntirikoskäsitteen seurauksena tieliikenne rikostapauksissakin pyritään arvioimaan noudattamatta jätetyn normin merkitystä seurauksen syntymiselle, mikä saattaa johtaa syytteen hylkäämiseen jo puuttuvan syy-yhteyden perusteella.

Raimo Lahti

Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä ja sen suhteesta oikeushenkilön rangaistusvastuuseen

1. Johdanto

Rikoslain kokonaisuudistuksen toisessa vaiheessa vuonna 1995 otettiin käyttöön oikeushenkilön rangaistusvastuu (RL 9 luku; 743/1995) – vaiheessa, jolloin sellaista yhteisövastuuta ei ollut vielä otettu laajalti käyttöön Suomeen verrattavissa mannermaisissa oikeusjärjestelmissä.

Samassa rikoslain uudistamisen vaiheessa (578/1995) uusiin työ- ja ympäristörikosluokuihin, rikoslain (RL) 47 luvun 7 §:ään ja 48 luvun 7 §:ään sisällytettiin ”Vastuun kohdentuminen” -otsikoidut säännökset. Tämän yksilöllisen vastuumuodon edellytysten harkinnassa pidetään silmällä oikeushenkilön tai siihen rinnastettavassa yritys- tai muussa järjestäytyneessä toiminnassa tehtyjä rikoksia.¹

Rikosvastuun kohdentamisen yleinen sääntely oli esillä rikoslain kokonaisuudistusta valmistelleen oikeusministeriön hankeorganisaatiossa eli rikoslakiprojektissa (1980–1999) viimeisimpänä vastuuopin kysymyksenä. Rikoslakiprojektin johtoryhmän asettama yleisten oppien työryhmä oli valmistellut kaksi vaihtoehtoista sääntelyehdotusta. Niistä edellisen, enemmistön voittaneen ehdotuksen mukaan on riittävää, että yritys- ja osallisuusluvussa säädetään oikeushenkilön puolesta toimimisesta, kun samanaikaisesti uuteen rikoslakiin otetaan laimin-

1 Ks. yleisesti rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä esim. Raimo Lahti, Taloudelliseen rikollisuuteen liittyvät vastuunjako-ongelmat. Teoksessa Taloudellinen rikollisuus. Lakimiesliiton Kustannus 1981, s. 37–57; Raimo Lahti, Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä ja sen sääntelystä. Lakimies 1998, s. 1271–1284; Matti Nissinen, Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä. Poliisin oppikirjasarja 3/97, Helsinki 1997; Kimmo Nuotio, Esimiehen laiminlyöntiperusteinen vastuu alaisen tahallisen rikoksesta liike-elämässä. Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoituksia Raimo Lahdelle 12.1.2006 omistettu. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2016, s. 323–356. Tuoreesta oikeuskirjallisuudesta ks. erit. Asko Lehtonen, Veropetosvastuun kohdistaminen osakeyhtiössä. Teoksessa Juhlajulkaisu Risto Nuolimaa 1948 – 2/6 – 2018. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2018, s. 93–106.

lyönnin rangaistavuutta koskeva yleissäännös. Jälkimmäisen ehdotuksen mukaan rikoslain yleiseen osaan tulisi sisällyttää myös RL 47:7:n ja 48:7:n säännöksiä vastaava, erityissäännökset pääsääntöisesti korvaava lainkohta². Rikoslain yleisen osan uudistuksessa vuonna 2003 (515/2003) omaksuttiin työryhmän enemmistön puoltama sääntelymalli, ja siten – paitsi säädettiin laiminlyönnin rangaistavuudesta (RL 3:3) – sisällytettiin osallisuussäännösten yhteyteen oikeushenkilön puolesta toimimista koskeva lainkohta (RL 5:8).

Seuraavassa tarkoitukseni on pohtia erityisesti rikosoikeudellisen yhteisö- ja yksilövastuun suhdetta silloin, kun oikeushenkilön toiminnassa on sen puolesta tehty rikos ja vastuun kohdistaminen oikeushenkilöön ja/tai sen johtohenkilöihin tulee harkittavaksi. En käy koko laajuudessaan läpi yksilöllisen rikosvastuun kohdentamisen eikä oikeushenkilön rangaistusvastuun kysymyksiä, vaan kiinnitän päähuomioni näiden vastuumuotojen vertailuun ja keskinäiseen suhteeseen.³ Valaisen tarkastelua valituilla korkeimman oikeuden ennakkopäätöksillä. Tuon myös esiin oikeuspoliittisia näkökohtia, jolloin hyödynnän tuoreen, Euroopan unionin (EU) komission tuella tuotetun oikeusvertailevan tutkimuksen tuloksia siitä, miten säännellä yritysjohtajien rangaistuksellista (punitiivista) vastuuta yrityksen puolesta ja hyväksi tehdyistä yhteisöpetoksista.⁴ Rangaistusvastuun ohella oikeusvertailussa arvioitiin rangaistusluonteisten hallinnollisten seuraamusten⁵ käyttöä yritysjohtajiin.

2 Rikoslakiprojektin johtoryhmässä työryhmän jälkimmäinen, seuraavansisältöinen ehdotus jäi vähemmistöön (johon itse kuului): ”Milloin oikeushenkilön toiminnassa on sen puolesta tehty rikos, rangaistukseen tuomitaan tekijänä se, jonka syyksi rikoksen toteuttaminen teolla tai laiminlyönnillä on luettava. Tätä arvioitaessa on rikostunnusmerkistöstä ilmenevien edellytysten lisäksi otettava huomioon aisanomaisen henkilön asema oikeushenkilössä, hänen tehtäviensä ja toimivaltuuksiensa laatu, laajuus ja selvyytensä sekä hänen ammatillinen pätevyytensä.” Ks. rikoslakiprojektin johtoryhmän kokouspöytäkirja 19/17.12.1998 ja kysymyksestä tarkemmin Lahti, LM 1998, s. 1271–1272.

3 Vastaava kysymyksenasettelu on saksankielisessä artikkelissani Über die strafrechtliche Verantwortung der juristischen Person und die Organ- und Vertreterhaftung in Finnland. Teoksessa Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift für Keiichi Yamanaka. Duncker & Humblot, Berlin 2017, s. 131–152.

4 Ks. Katalin Ligeti – Angelo Marletta (eds), Punitive liability of heads of business in the EU: A comparative study. Wolters Kluwer Italia, CEDAM 2019. Oikeusvertailun kohteina olleita EU:n jäsenmaita tutkimuksessa olivat Suomi, Ranska, Saksa, Alankomaat ja Puola. Laadin tätä oikeusvertailua varten Suomea koskevan osuuden (ibid., s. 6–36). Ks. myös Stanislaw Tosza, Criminal Liability of Managers in Europe. Punishing Excessive Risk. Hart Publishing 2019, s. 172–175.

5 Suomessa oikeusministeriön asettama työryhmä on vastikään luovuttanut mietintönsä Rangaistusluonteisia hallinnollisia seuraamuksia koskevan sääntelyn kehittäminen. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 52/2018.

2. Yleistä oikeushenkilön rangaistusvastuusta ja sen suhteesta rikosvastuun kohdentamiseen yhteisössä

Rikosoikeuskomitean (1977) oikeusideologisesti ja kansainvälisesti katsoen merkittäviin uudistusajatuksiin kuuluu ehdotus yhteisöjen rikosoikeudellisen vastuun käyttöönotosta: rikosvastuu tuli voida kohdentaa myös yhteisöön, oikeushenkilöön, itseensä. Tämän mukaisesti oikeushenkilön rangaistusvastuu omaksuttiin vuonna 1995. Oikeushenkilöä itseään ei uudistuksen esitöiden mukaan kuitenkaan pidetä vastuusubjektina, kelvollisena syyllistyä rikokseen, vaan oikeushenkilön rangaistusvastuu voidaan ymmärtää vahingonkorvausoikeudellisen isännänvastuun tai konfiskaatiovastuun tyyppiseksi, jolloin oikeushenkilö on vastuussa organisaatioon kuuluvien luonnollisten henkilöiden teoista ja laiminlyönneistä.⁶ Keskeinen rangaistusvastuun edellytys RL 9:2:ssa (61/2003) ilmentää silti mielestäni yhteisösyllisyyden asettamista, koska vastuu edellyttää oikeushenkilössä lakisääteiseen toimielimeen tai muuhun johtoon kuuluvan tai tosiasiallista päätösvaltaa käyttävän osallisuutta rikokseen (samastuminen) tai sen sallimista (isännänvastuu) taikka oikeushenkilössä rikoksen estämiseksi vaadittavan huolellisuuden ja varovaisuuden noudattamista jättämistä. Rikokseen syyllistä luonnollista henkilöä ei ole välttämätöntä osoittaa (anonyymi syyllisyys).⁷

Kysymykseen tulevista, oikeushenkilön toiminnassa tehdyistä rikoksista säädetään erikseen (RL 9:1.1). Niiksi määriteltiin alkuvaiheessa lahjomisrikokset (RL 16:18; 563/1998), avustusrikokset (RL 29:10), useimmat RL 30 luvun elinkeinorikoksista (RL 30:13), rahanpesu ja muut vakavimmat kätkemisrikokset (RL 33:8), säännöstelyrikokset ja salakuljetus (RL 46:14) ja ympäristörikokset (RL 48:9). Uuden vastuumuodon tarpeen katsottiin olevan ilmeisintä väljästi määritellyssä taloudellisessa rikollisuudessa, mutta senkään rikollisuuden kaikkia merkittäviä lajeja – esimerkiksi vero-, kirjanpito- tai velallisen rikoksia taikka työrikoksia – ei saatettu uuden rangaistusvastuun piiriin. Lain perusteluissa korostetaan kriminaalipoliittisen tarpeellisuusharkinnan ja varovaisuusperiaatteen merkitystä.⁸ Sitten oikeushenkilön rangaistusvastuun alaa on laajennettu erityisesti Euroopan unionin säädösten perusteella, ja vuonna 2003 vastuumuoto ulotettiin myös työturvallisuusrikoksiin.

6 Hallituksen esitys (HE) eduskunnalle oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevaksi lainsäädännöksi 95/1993 vp, s. 14/I, 15–17, 30–35; Lakivaliokunnan mietintö (LaVM) 23/1994 vp HE:n 95/1993 vp johdosta, s. 2–3.

7 Suluissa olevat luonnehinnat ovat HE:stä 95/1993 vp, s. 17. Rikosoikeuskomitea ehdotti lainsäädäntöratkaisua, jossa vastuu olisi tahallisisissa rikoksissa perustunut yhteisön toimielimen menettelyyn – jolloin se komitean mielestä olisi vastannut tavanmukaista (yhteisö)syyllisyysvastuuta – ja tuottamusrikoksissa syyllisyysolettamalle. Ks. Komiteanmietintö (KM) 1976:72, s. 144–147. Vrt. HE 95/1993 vp, s. 17/II.

8 HE 95/1993 vp, s. 24–25.

Oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskeva säännöstö on ollut Suomessa voimassa yli 20 vuotta. Lain perusteluissa esitetty oletus, että yhteisösakkoja tulitisiin tuomitsemaan varsin harvoin, toteutui varsinkin alkuvuosina. Silloin vain muutamia RL 9 luvun mukaisia yhteisövastuutapauksia käsiteltiin tuomioistuimissa. Siihen vaikutti osaltaan se, että virallisella syyttäjällä oli RL 9 luvun nojalla runsaasti seuraamusluonteisen syyttämisen harkintavaltaa vuoden 2003 lainmuutokseen asti. Sitten oikeushenkilön rangaistusvastuuseen saattaminen on yleistynyt, ja lain soveltamisala kattaa jo yli 80 eri rikosnimikettä. Kuitenkin lakia on sovellettu pääasiassa työturvallisuusrikoksiin (87 % vuosina 2007–2016); lukumäärä vastaa noin neljäsosaa työturvallisuusrikoksista kaikkiaan tuomituista. Vuoden 2017 loppuun mennessä yhteisösakkoon oli tuomittu yhteensä 411 kertaa, näistä 96 prosenttia vuoden 2005 jälkeen. Viimeksi kuluneiden kymmenen vuoden aika on tuomittu keskimäärin 37 yhteisösakkoa vuodessa.⁹

Selityksinä vähäiseen soveltamiskäytäntöön muissa kuin työturvallisuusrikoksissa voidaan esittää väite, että RL 9 luku edustaa kritiikille altista, vahvasti symbolista rikoslainsäädäntöä. Ensinnä kysymykseen tulevista rikoslajeista syytteen saattaminen on yleensäkin melko harvinaista. Toiseksi tämän vaikeahkon säännöstön tehokas soveltaminen vaatisi, että yhteisövastuun toteuttaminen nostetaan valvonta-, esitutkinta- ja syyttäväviranomaisten toiminnan yhdeksi painopistealueeksi. Siten olisi lisättävä voimavaroja yhteisövastuun edellytysten tutkintaan ja syyteharkintaan. Toisaalta korkeimman oikeuden ennakkopäätöksillä (ks. jäljempänä jaksot 3–4) on otaksuttavasti ollut ja on käytäntöä ohjaavaa ja yhtenäistävää vaikutusta.

Oikeushenkilön rangaistusvastuun tehostamisen lisäksi on jatkettava sille vaihtoehtoisten keinojen kehittämistä. Rikosoikeuskomitea käsitteli sellaisia keinoja mietinnössään, keskeisenä niistä yksilövastuun toteuttamisen tehostamista. Yhteisöjen rangaistusvastuun omaksumisen ohella oli siten kehitettävä myös sääntelyjä, jotka korostavat yksilöllistä rangaistusvastuuta yhteisötoiminnan piirissä tehdyistä rikoksista ja parantavat yksilöllisen syyllisyyden selvittämistä. Sama kanta todetaan myöhemmässä hallituksen esityksessä.¹⁰ Vaikka siis rikosvastuu tuli voida kohdistaa myös oikeushenkilöön itseensä, oli tavoitteena myös selkeyttää niitä periaatteita, joiden mukaan rikosvastuu saatetaan kohdentaa yhteen tai useampaan oikeushenkilön puolesta ja/tai hyväksi toimineeseen yksilöön. Nämä

9 Tarkemmin ks. Hannu Niemi (toim.), Seuraamusjärjestelmä 2017. Kontrollijärjestelmä tilastojen ja tutkimusten valossa. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti. Katsauksia 32/2018, s. 74–75. Yhteisövastuusta työturvallisuusrikoksissa ks. erit. Anne Alvesalo-Kuusi – Liisa Lähteenmäki – Minna Janhonen – Jussi Tapani – Tuula Räsänen, Yhteisövastuu, turvallisuus ja työturvallisuusrikos muuttuvan työelämän ja lainsäädännön käytännöissä. Loppuraportti. Työterveyslaitos 2017.

10 HE 95/1993 vp, s. 4–5, 8–9; Komiteanmietintö 1976:72, s. 138–139, 151.

vastuumuodot haluttiin nähdä toisiaan täydentäviksi. Tämä lähtökohta on syytä pitää mielessä.

Lainsäädännöllinen selkeyttäminen ei ole tällöin riittävä toimenpide. Eräs suositeltava keino on se, että oikeushenkilön toiminnassa (sen puolesta/hyväksi) tehtyjä rikoksia koskevaa vastuuooppia edelleen kehitetään rikosoikeusteoreettisen tutkimuksen avulla johdonmukaiseksi kokonaisuudeksi. Yritysten ja yleisemmin organisaatioiden kasvanut yhteiskunnallinen merkitys on muutoinkin lisännyt tarvetta organisaatorikosten ja niiden vastuumuotojen sääntelyn tutkimiseen. Tämä kehityspiirre on esimerkki hyvinvointivaltiolle tyypillisestä rikosoikeuden modernisoitumisesta. Rikosoikeusjärjestelmä ei säily muutoksessa täysin yhtenäisenä, vaan jonkinasteisesti eriytyy – tarkoitetaanpa järjestelmällä silloin lainopillista systeeminäkökulmaa tai sosiologisesti kontrollikoneistoa.¹¹

Ulkomaisessa oikeuskirjallisuudessa on vastaavasti enenevästi selvitetty rikosoikeudellisen yrittäjänvastuun taikka yrittäjä- ja/tai yhteisörikosoikeuden ongelmia. Tällainen tarkastelu on kytkeytynyt läheisesti talousrikosoikeuteen, koska huomion kohteena ovat yleensä olleet yritysorganisaatioissa tai elinkeinotoiminnassa tapahtuneet rikokset; ne ovat tyypillisiä taloudellisia rikoksia. On huomion arvoista, että sellaisessa oikeudellisessa analyysissä on rinnakkaisesti pohdittu niin hyvin rikosoikeudellisen yhteisö- kuin yksilövastuun edellytyksiä ja sanktiointia.¹² Myös kotimaisessa keskustelussamme on näitä molempia vastuumuotoja syytä pitää uudenlaisen vastuujärjestelmän vuorovaikutteisina osina, joita voidaan arvioida ja kehittää rinnasteisten rikosoikeusteoreettisen ajattelumallin pohjalta. Näin siitä huolimatta, että RL 9 lukua säädettäessä tai rikoslain yleistä osaa vuonna 2003 uudistettaessa ei kyseisiä vastuumuotoja pyritty järjestelmällisesti sovittamaan yhteen.

Vertailumielessä kiinnostava on ruotsalainen lakiehdotus (1997) oikeushenkilön rangaistusvastuun käyttöön otosta, jota ei tosin ole toteutettu, vaan oikeushenkilölle siellä tuomittavissa oleva sanktio on konfiskaatioon rinnastettava turvaamistoimenpide (företagsbot). Tuon ehdotuksen mukaan yhteisösakkoon tuomitsemismahdollisuus olisi kytketty ensisijaisesti sellaisiin elinkeinotoiminnassa tehtyihin rikoksiin, joista yksilö voidaan tuomita yrittäjänvastuun (rikosvastuun kohdentamisen) periaatteiden mukaan. Tuon vastuun tärkeimmät periaatteet olisi tullut kirjata lakiin, ja vähemmän vakavissa rikoksissa oikeus-

11 Ks. tätä kysymystä koskevasta keskustelusta laajemmin Kimmo Nuotio, Taloudellisen rikollisuuden arviointi rikosoikeuden yleisten oppien kannalta. Lakimies 1995, s. 950–985, 978; Nuotio 2006, s. 352–356; Lahti, LM 1998, s. 1276–1279.

12 Ks. viimeksi Ligeti – Marletta 2019, passim.

henkilön saattaminen rangaistusvastuuseen olisi ollut ensisijainen syyttämisen vaihtoehto.¹³

Sanotunlainen Ruotsissa ehdotettu sääntelytapa yhteisö- ja yksilövastuun yhteensovittamiseksi olisi harkinnanarvoinen myös Suomen rikoslainsäädäntöä uudistettaessa. Yritysjohdajien vastuunmuotoja selkeyttävää sääntelyä ehdotetaan myös siinä edellä mainitussa oikeusvertailevassa tutkimuksessa, jonka erityishuomion kohteina ovat EU:n yhteisöpetossopimus (Neuvoston säädös 26.7.1995, 95/C 316/03) ja sen korvaavaksi tarkoitettu direktiivi (EU) 2017/1371 unionin taloudellisiin etuihin kohdistuvien petosten torjunnasta rikosoikeudellisin keinoin sekä näistä säädöksistä johtuvat kriminalisointivelvoitteet.¹⁴

3. Organisaatorikosten vastuunmuotojen sääntelyn ja niiden vastuuopin lähempää tarkastelua

Rikoslain kokonaisuudistuksessa (1990–2003) pyrittiin laillisuusperiaatteen hengessä tarkentamaan ja täydentämään niitä vastuuperusteita, joita sovelletaan oikeushenkilön (tai siihen rinnastettavassa järjestäytyneessä toiminnassa) tehdystä rikoksesta rangaistukseen tuomittaessa. Vuosien 1995 ja 2003 osittaisuudistuksissa rikoslakiin otettiin tätä tarkoittavia säännöksiä (RL 47:7, 48:7, 5:8), vaikka tällöin ilmeni myös alussa mainittua oikeuspoliittista erimielisyyttä sääntelytavasta.

RL 47 luvussa rangaistavaksi säädetystä työnantajan tai tämän edustajan menettelystä tuomitaan rangaistukseen se, jonka velvollisuuksien vastainen teko tai laiminlyönti on (RL 47:7). Vastaavasti jälkimmäisessä lainkohdassa sanotaan, että RL 48 luvussa rangaistavaksi säädetystä menettelystä tuomitaan rangaistukseen se, jonka velvollisuuksien vastainen teko tai laiminlyönti on (RL 48:7). Kumpikin lainkohta sisältää lisäksi samanlaisen lausuman siitä, mitä on otettava huomioon vastuuta kohdennettaessa: asianomaisen yksilön asema, hänen tehtäviensä ja toimivaltuuksiensa laatu ja laajuus sekä muutenkin hänen osuutensa lainvastaisen tilan syntyyn ja jatkumiseen. Keskeisenä mallina on ilmeisesti ollut rikosvastuun kohdentamista säännellyt silloisen työturvallisuuslain (299/1958) 49 §:n 4 momentti (L:ssa 27/1987), joka on taas nojautunut vakiintuneeseen oi-

13 Ks. Straffansvar för juridiska personer. Statens offentliga utredningar (SOU) 1997:127, erit. jakso 10.3. Voimassa olevasta företagsbot-seuraamuksesta ks. brottsbalken 36:7–10a (2006:283).

14 Ligeti – Marletta 2019, luvut 1 ja 9.

keuskäytäntöön.¹⁵ Sekä työ- että ympäristörikosluvun perusteluissa tuodaan esiin, että vastuun kohdentamisen sääntely on tarpeen vastuusubjektien määrittämiseksi yritys- tai muussa organisoidussa toiminnassa tehtyjen rikosten johdosta. Työlainsäädäntö kohdistuu tyypillisesti yhteisömuotoisiin työnantajiin ja yhteisöjen sisäisiin rakenteisiin, ympäristönsuojelulainsäädäntö taas tuotannollista toimintaa harjoittaviin yrityksiin.¹⁶

Vastaavasti työ- ja ympäristönsuojelulainsäädännön tehosteiksi säädetyissä rikossäännöksissä tarkoitetut kiellot ja käskyt suuntautuvat ensisijaisesti sanotunlaisesta toiminnasta – eivätkä niinkään sellaisessa toiminnassa tapahtuneista yksittäisistä teoista tai laiminlyönneistä – vastuussa oleviin. Ruotsin yrittäjänvastuuta koskevan opin tausta-ajatuksena on pidetty tarvetta kohdentaa rikosvastuuta siihen tai niihin yksilöihin, joilla on parhaat mahdollisuudet torjua yritystoiminnassa tapahtuvia rikoksia toiminnan tarkoituksenmukaisella johtamisella, organisoinnilla ja valvonnalla. Siten nimenomaan yritykseen johtoon kuuluvia on tullut voida saattaa rikosvastuuseen – paitsi omista välittömistä toimistaan – myös muista yrityksen toiminnassa tapahtuneista lainrikkomuksista, jotka ovat osaltaan aiheutuneet johtamiseen, organisointiin ja viime kädessä valvontaan liittyvistä laiminlyönneistä.¹⁷ Vastaavanlainen kriminaalipoliittisesti perusteltu tausta-ajatus tärkeydestä saattaa ”oikeat henkilöt” rikosvastuuseen käy ilmi myös RL 47:7:n ja 48:7:n esitöistä.

Rikoslakiin otettu RL 5:8 sääntele Saksan rikoslain 14 §:n antaman esikuvan mukaisesti rikosoikeudellista edustajanvastuuta otsikolla ”oikeushenkilön puolesta toimiminen”. Säännöksellä tarkoitettiin selventää ja yhtenäistää organisaattoririkoksissa niiden osallisuusopillisten vastuutilanteiden arviointia, joissa rangaistussäännöksen tekijätunnusmerkki on kirjoitettu siten rajaavasti, että vain määrättyssä asemassa tai olosuhteessa oleva henkilö voi tulla tekijänä rangaistavaksi (ns. erikoisrikokset). Tapauksissa, jolloin oikeushenkilön toiminnassa on tehty sellaisen tunnusmerkistön täyttävä rikos ja rangaistussäännös kohdistuisi rajaavan tekijätunnusmerkin vuoksi vain oikeushenkilöön itseensä, uusi säännös rinnastaa oikeushenkilöön vastuusubjekteina siihen sen lakimääräisen edustajan, sen päättävän elimen jäsenen ja oikeushenkilöä tosiasiallisesti johtavan taikka sen puolesta muutoin toimivan.¹⁸

15 Ks. tarkemmin Jorma Saloheimo, Työturvallisuusvastuun uusia perusteita. Teoksessa Raimo Lahti (toim.), Nykyajan rikosoikeus II. Helsingin yliopisto 1997, s. 191–223, 214–223. RL 47:7:n tulkinnasta ks. Jorma Saloheimo, Työturvallisuus. Perusteet, vastuu ja oikeusturva. 2. p. Talentum 2006, s. 192–196.

16 HE 94/1993 vp rikoslain kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi, s. 165–166, 199–200: LaVM 22/1994 vp HE:n 94/1993 vp johdosta, s. 21, 23.

17 Ks. SOU 1997:127, jaksot 2.7, 8.3.2 ja 11.

18 HE 44/2002 vp rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi, s. 162–165.

Tämän säännöksen uudistusvaikutuksia vähentää olennaisesti, että käytännön kannalta tärkeimmissä tapauksissa joko vastuusubjektien piiriä ei ole rikostunnusmerkistössä rajoitettu taikka lähtökohtaisen suppeaa tekijäpiiriä oli ennen säännöksen antamista yksittäisissä rikostunnusmerkistöissä tai erillissä sääntelyin laajennettu (esimerkkeinä kirjanpitorikokset ja velallisen rikokset sekä edellä kosketellut työ- ja ympäristörikokset). Säännös onkin lähinnä vain vahvistanut jo melko vakiintunutta oikeustilaa siinä suhteessa, että muodollisessa orgaaniasmassa olevaan rinnastetaan oikeushenkilössä tosiasiallista päätösvaltaa käyttävä. Viimeksi mainittu rinnastus oli omaksuttu pari vuotta aiemmin oikeusohjeeksi korkeimman oikeuden ennakkopäätöksillä KKO 2001:86 (kirjanpitorikos) ja KKO 2001:87 (verorikkomus): keinotekoisilla muodollisilla järjestelyillä ei voi välttää rikosvastuuta.¹⁹

Edellä käsitellyt säännökset koskevat erityisesti rikosvastuun kohdentamista oikeushenkilössä. On kuitenkin muistettava se lain esitöiden lähtökohta, että oikeushenkilön toiminnassa tapahtuneista rikoksista asetetaan rangaistusvastuuseen ne henkilöt, joiden teot tai laiminlyönnit vastaavat laissa määriteltyä rikoksen tunnusmerkistöä. Tunnusmerkistön tulkintaan voivat tällöin merkittävästi vaikuttaa aineellinen lainsäädäntö ja talousrikoksissa liiketoimintaympäristöä koskevat kontekstuaaliset seikat. Rikosvastuuta laajentavat tai tarkentavat rikosoikeuden yleisten oppien pohjalta laiminlyönnin rangaistavuutta (erityisesti epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen vastuuasemaa), osallisuutta sekä syyksiluetavuutta (tahallisuutta ja tuottamusta) koskevat säännökset ja periaatteet. Lisäksi on vastuusubjektien ja vastuuperusteiden (huolellisuus- ja toimintavelvollisuuksien) määrittämiseen haettava johtoa asianomaisia organisaatiomuotoja koskevista säännöksistä ja niiden hyväksyttävistä sisäisistä normeista ja käytännöistä. Huomiota kiinnitetään tällöin mahdollisten vastuuhenkilöiden määrävyytasemaan.²⁰

Korkeimman oikeuden ennakkopäätösten myötä vakiintuva oikeuskäytäntö muotoa ja tarkentaa tulkinnoillaan mainittuja vastuuperusteita, joiden soveltamiseen on jäänyt runsaasti harkinnanvaraa ja epäyhtenäisyyttäkin. Eräissä ennakkopäätöksissä on tavanmukaista yleisluonteisemmin kirjoitettu perusteluja, jotka eivät ole kiinteästi sidoksissa tapauksen faktoihin vaan ovat yleisten tulkintaohjeiden (obiter dicta) luonteisia. Viime vuosilta olevia merkittäviä ratkaisuja ovat veropetosvastuun osalta KKO 2014:46 ja ympäristörikosvastuun osalta KKO 2016:58. Niistä edellisessä, kuittikaupan kokonaisjärjestelyä koskevassa tapauksessa korkein oikeus käsitteli päätöksensä kohdissa 41–48 ratkaisunteolle mer-

19 Ks. myös julkaisematonta oikeustapausaineistoa hyödyntävä Matti Pyöriä, Tosiasiallisen määräysvallan käyttäminen kirjanpitorikoksissa. Teoksessa Pekka Koponen – Raimo Lahti – Elina Elo (toim.), Valittuja kysymyksiä rikos- ja rikosprosessioikeudesta I. Helsingin hovioikeus 2018, s. 259–283.

20 Ks. sanotun johdosta HE 95/1993 vp, s. 8–9 ja HE 44/2002 vp, s. 163–165.

kityksellisiä rikosvastuun kohdentaminen yleisiä perusteita viittaamalla samalla omiin aiempiin ratkaisuihinsa: veropetossäännösten tarkoitus, tunnusmerkistö, tekijävastuu (joka voi määräytyä tosiasiallisen toiminnan perusteella ilman muodollista vastuuasemaa) ja RL 5 luvun osallisuutta koskevat säännökset sekä veropetossäännösten tulkintaan liiketoiminnassa vaikuttavat vero- ja yhtiöoikeuden säännökset. Yleisten perusteiden pohjalta korkein oikeus arvioi tapauksen faktoja siten, että valituksessa yksilöidyt toimistohenkilöt, nimenkäyttäjät ja välittäjät olivat voineet syyllistyä veropetokseen tekijänä tai osallisena.²¹

Ratkaisussa KKO 2016:58 oli kysymys siitä, olivatko A ja B syyllistyneet ympäristön turmelemiseen laiminlyömällä velvollisuutensa osakeyhtiön hallituksen jäsenenä. Veropetosvastuusta poiketen ympäristön turmeleminen (RL 48:1, 760/2018) on rangaistavaa paitsi tahallaan törkeästä huolimattomuudesta tehtynä, mikä helpottaa organisaatorikoksissa tavanmukaista hankalampaa syyksiluetavuuden todistamista. A ja B tuomittiin tekijöinä mainitusta ympäristörikoksesta. Keskeisenä säännöksenä nojaututtiin teon aikaisen osakeyhtiölain (734/1978) 8 luvun 6 §:n 1 momentissa säädettyyn hallituksen yleistoimivaltaan ja siihen, että päättäväältä hallituksen ja toimitusjohtajan välisessä suhteessa käyttää aina viime kädessä hallitus. Pääperusteluna rikosvastuun kohdentamiselle heihin oli, että tapauksessa perunahiutaleita valmistaneen osakeyhtiön (jonka tuotantolaitoksella työskenteli noin 25 työntekijää) toiminnan järjestäminen ympäristöluvan määräysten mukaisesti on ollut yhtiön toimialan kannalta keskeinen ja toiminnan laatuun sekä laajuuteen nähden merkittävä ja laajakantainen, riittävät taloudelliset resurssit edellyttävä asia. Tästä syystä yhtiön hallituksen olisi tullut huolehtia mm. siitä, että yhtiön tuotannossa ympäristöasioiden hoitaminen ja niiden valvonta oli järjestetty asiantuntevasti ja asianmukaisesti. A:n ja B:n asema niin sanottuina asiantuntijajäsenenä tai se, ettei ympäristöasioiden järjestämistä ja muuta organisointia ollut käsitelty hallituksessa, vaan niiden huolehtiminen oli jäänyt yhtiön toiminnasta määrävässä asemassa olleelle toimitusjohtajalle Y (joka oli jo alioikeudessa tuomittu ympäristön turmelemisesta), ei vapauttanut heitä rikosvastuusta. Päätöksen mukaan asiassa ei ollut ilmennyt, että yhtiön hallituksen tehtäviä olisi jaettu yhtiön sisäisillä ohjeilla tai määräyksillä.²²

21 Ks. ratkaisun KKO 2014:46 kommentoinneista Lehtonen 2018, s. 103–106; Jussi Tapani, Veropetoksen tekijävastuun arviointi ja hovioikeuden tutkimisvalta, teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein 2014:I. Talentum 2014.

22 KKO 2016:58, erit. kohdat 17–24. Tapausta kommentoineen Leila Suvantolan mielestä ennakkopäätöksen merkitys rajautuu sellaisiin tilanteisiin, joissa on kyse yrityksen kannalta aivan keskeisestä asiasta: Osakeyhtiön hallituksen jäsenen rikosoikeudellinen vastuu. Teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein 2016:II. Alma Talent 2017, s. 90–93. Ks. myös Elina Elo, Törkeä huolimattomuus ympäristörikoksissa. Teoksessa Elina Elo – Pekka Koponen – Raimo Lahti (toim.), Valittuja kysymyksiä rikos- ja rikosprosessioikeudesta II. Helsingin hovioikeus 2019, s. 15–45, 28–30.

Viimeksi mainitun perustelun johdosta on syytä huomata, että jo kirjanpitorikosta koskevassa ennakkopäätöksessä KKO 2001:85 linjattiin, ettei osakeyhtiön hallituksen puheenjohtajan A:n tekemä sopimus toimitusjohtaja ja hallituksen jäsen B:n kanssa siitä, että B huolehtisi kirjanpidosta, vapauttanut A:ta mainitun osakeyhtiölain 8 luvun 6 §:n 2 momentissa ilmenneestä hallitukselle kuuluneesta kirjanpidon valvontavelvollisuudesta ja kirjanpitorikosta koskevasta vastuusta.

Merkille pantavaa on myös, miten arpajaisrikosta koskevassa ratkaisussa KKO 2005:27 Ahvenanmaalla toimineen yhdistyksen toimitusjohtajan, markkinointipäällikön ja hallituksen puheenjohtajan rangaistusvastuuta perusteltiin. Vastuun kohdentumista heihin perusteltiin viittaamalla yhdistystä koskevan maakuntaasetuksen määräyksiin toimitusjohtajan ja hallituksen johto- ja valvontavelvollisuuksista. Markkinointipäällikön vastuuta perusteltiin hänen johtavalla asemallaan yhdistyksen pelitoiminnassa, hänen osallistumisellaan tuosta toiminnasta päätöksiä tehneen hallituksen kokoukseen ja hänen yhteisellä toiminnallaan toimitusjohtajan kanssa pelitoiminnan ja sitä koskevan markkinoinnin toteuttamisessa. Hallituksen puheenjohtajan vastuun perustana viitattiin epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen oppiin (ks. RL 3:3.2, 515/2003) – havaitakseni ensimmäisen kerran ennakkopäätöksessä rikoslain yleisen osan uudistuksen jälkeen –, ja lausuttiin tällöin mm., että vastuu arpajaisrikoksesta voi aiheutua hallituksen jäsenelle joko osallistumisesta päätöksentekoprosessiin tai laiminlyönnistä puuttua tapahtumiin.²³ – RL 3:3.2:ssa tarkoitettu vastuuasemavaatimus sekä tekijän- ja osallisuusvastuun yleiset periaatteet vaikuttavat toisaalta siten, että esimerkiksi yrityksen väärät kirjanpitomerkinnot tekevän, epäitsenäisen palkatun kirjanpitäjän toimintaa arvioidaan hänen alistetun asemansa vuoksi pikemmin osallisuuskuin tekijänvastuun perusteella.²⁴

Ennakkopäätöksessä KKO 2007:62 oli kysymys siitä, millä edellytyksillä kiinteistön (rakennuksen) omistaja tai tämän edustaja on rikosoikeudellisessa vastuussa rakennuksen katolle kertyneen lumen ja jään poistamatta jättämisestä aiheutuneesta toisen kuolemasta ja miten kiinteistön hoidosta huoltoyhtiön kanssa tehtävä sopimus vaikuttaa vastuun määräytymiseen. Tapauksessa asunto-osakeyhtiö K:n omistamassa rakennuksessa asioinut henkilö A oli saanut surmansa jäälohkareen pudottua katolta hänen päähänsä. Kiinteistön hoito oli sopimuksella uskottu huoltoyhtiölle. Lumen ja jään poistamista katolta ei kuitenkaan ollut sisällytetty sopimuksessa lueteltuihin huoltoyhtiön tehtäviin. Rat-

23 KKO 2005:27, erit. kohdat 44–50.

24 Ks. jo ennen RL 3:3:n säätämistä omaksutusta tulkinnasta Asko Lehtonen, Kirjanpitorikoksista. Teoksessa Juhlajulkaisu Juhani Kyläkallio 1930 – 14/3 – 1990, s. 113–127, 122–125. Minna Hällström, Kirjanpitäjän ja tilintarkastajan vastuusta talousrikoksissa. Teoksessa Pekka Koponen – Raimo Lahti – Timo Ojala (toim.), Kirjoituksia talousrikosoikeudesta. Helsingin hovioikeus 2007, s. 83–107.

kaisussa As Oy K:n hallituksen puheenjohtajan P:n lähtökohtainen vastuuasema ei synnyttänyt asianosaisten kesken erimielisyyttä. Sitä vastoin erimielisyys liittyi As Oy K:n ja huoltoyhtiön kesken solmitun kiinteistön hoitosopimuksen vaikutukseen. Sopimuksessa ei ollut nimenomaista ehtoa tai mainintaa katolle kertyneen lumen ja jään poistamisesta ja katon tarkkailusta eikä – suullisessa käsittelyssä ilmenneen mukaan – noista tehtävistä ollut myöskään erikseen sovittu tai keskusteltu. Perusteluista ilmenevä periaatteellinen kanta on, että kiinteistön omistajalle tai haltijalle lähtökohtaisesti kuuluva rikosvastuu turvallisuusvelvoitteen täyttämisestä voidaan siirtää tai vastuuta rajoittaa antamalla kiinteistön hoito sopimusteitse huoltoyhtiölle tai muulla taholle, jolla on edellytykset tehtävien asianmukaiseen hoitamiseen; toimeksiantajan tulee silloin valvoa, että huoltoyhtiö hoitaa tehtävänsä.²⁵

Edellä jakson 2 lopussa mainitussa, Suomeakin velvoittavassa EU:n yhteisöpetossopimuksessa on yritysjohtajien rikosoikeudellista vastuuta koskeva 3 artikla. Se ilmaisee ensisijaisia vastuusubjekteja koskevan lainsäädäntövelvoitteen: jäsenvaltioiden edellytetään mahdollistavan yritysjohtajien tai muiden henkilöiden, joilla on yrityksessä päätösvaltaa, saattamisen vastuuseen kansallisten lakien mukaisesti tapauksissa, joissa joku heidän käskyvaltaansa kuuluva henkilö on tehnyt sopimuksen 1 artiklassa määritellyn yhteisöpetoksen. Tätä yhteisöpetossopimuksen velvoitetta sisällöllisesti pitemmälle menevä ja muotoilultaan tarkempi EU-maiden lainsäädännön yhtenäistämistavoite sisältyy EU:n piirissä laadittuun niin sanottuun Corpus Juris -tutkimukseen:²⁶

”13 artikla. Yritysjohtajan rikosoikeudellinen vastuu. Yritysjohtaja tai muut sellaiset henkilöt, joilla on yrityksessä päätös- tai valvontavaltaa, ovat rikosoikeudellisessa vastuussa sellaisesta edellä (1-8 art.) määritellystä rikoksesta, jonka on tehnyt joku heidän käskyvaltaansa kuuluva henkilö yrityksen lukuun, jos he ovat tietoisesti antaneet määräyksiä, sallineet rikkomuksen tapahtuvan tai laiminlyöneet tarpeellisen valvonnan.

Toimivaltuuksien ja rikosoikeudellisen vastuun delegoiminen on pätevä puolustuksena vain, jos se on osittaista, täsmällistä ja erityistä ja yrityksen toiminnan kannalta välttämätöntä ja jos ne, joille valta on delegoitu,

25 KKO 2007:62, erit. kohdat 10, 12. Ks. tarkemmin päätöksen kommenttia Raimo Lahti, Asunto-osakeyhtiön hallituksen puheenjohtajan vastuu kuolemantuottamuksesta. Teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommenttein 2007:1. Talentum 2007, s. 410–421.

26 Ks. Mireille Delmas-Marty, Towards a European legal area: Corpus Juris. Introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union. Economica, Paris 1997. Tästä ehdotuksesta on epävirallinen suomenkielinen käännös otsikolla ”Kohti Euroopan oikeudellista aluetta”.

tosiasiallisesti ovat asemassa, jossa heille jaettujen tehtävien täyttäminen on mahdollista. Tämä delegointi ei sulje pois yleistä valvontaa, johtamista ja henkilövalintaa koskevia velvollisuuksia, eikä koske sellaisia yrityksen johdolle ominaisia alueita kuin työn yleistä organisoimista yrityksessä.”

Corpus Juris -tutkimuksen säännöshdotuksen perusteluna viitataan siihen, että EU-maiden oikeusjärjestysten sisältö vaihtelee kysymyksessä melkoisesti. Ruotsin edellä jaksossa 2 mainittu lainsäädäntöehdotus vastaa nähdäkseni olennaisissa suhteissa Corpus Juris -tutkimuksen säännöshdotusta. Rikoskaaren yritys- ja myötävaikutuslukuun otettaisiin lainkohta, joka kohdentaisi Suomen rikoslain 5 luvun 8 §:ää vastaavassa 1 momentissaan yksilövastuun oikeushenkilön puolesta tehdystä rikoksesta sen toimeenpanevelle johdolle (*verkställande ledning*). Lainkohdan 2 momentissa suunnattaisiin niin ikään tekijänvastuu oikeushenkilön toimeenpanevelle johdolle, silloin kun oikeushenkilön toiminnassa on tapahtunut valvonnan puutteesta johtunut vastuusäännöksen rikkominen, ja 3 momentissa säädettäisiin melko yksityiskohtaisesti toimivaltuuksien ja vastuun sallittavan delegoinnin edellytyksistä.²⁷

Näissä kahdessa ulkomaisessa sääntelyehdotuksessa korostetaan mielestäni jonkin verran enemmän yrityksen johdon eli ylemmän johtoportaan ensisijaista vastuuasemaa kuin suomalaisdoktriinissa – tosin johdon käsitteen suhteellisen väljästi määritellen. Corpus Juris -ehdotus on myös nähdäkseni sisällöltään tarkempi kuin RL-säännösten 3:3.2, 5:8, 47:7 ja 48:7 muodostama kokonaisuus. Noista RL-säännöksistä epävarsinaista laiminlyöntirikosta koskevan RL 3:3.2:n soveltamisessa korostetaan vastuuasemaopin rajoittavaa merkitystä.²⁸ Kuitenkin esimerkiksi RL 5:8:n esitöissä todetaan liian epämääräisesti, ettei siinä tarkoitettun oikeushenkilön puolesta toimivan muodollisen aseman tarvitse olla korkea vaikkapa osamaksukaupasta annetun lain säännösten rikkomisessa ja vastuun kohdentaminen myyjän ja hänen esimiestensä kesken ratkaistaan ”yleisten periaatteiden mukaan tapauksen olosuhteet huomioon ottaen”²⁹.

Ennen kokoavaa arviota näiden vastuumuotojen suhteesta erittelen seuraavassa jaksossa 4 pääpiirteisesti kolmea korkeimman oikeuden ennakkopäätöstä, joissa on ainakin hovioikeusvaiheessa ollut harkittavana sekä oikeushenkilön rangaistusvastuu että yksilöllisen rikosvastuun kohdentaminen oikeushenkilön toiminnassa tehdyn rikoksen johdosta.

27 SOU 1997:127, erit. s. 48–49.

28 Ks. Nuotio 2006, s. 354, jossa hän toteaa mm., ettei yhteisövastuun puolella rangaistavuuteen riittävä rikoksen salliminen perusta yksilöllistä rikosvastuuta, ellei samalla ole kyse sellaisesta vastuuasemasta, johon liittyy erityinen velvollisuus estää rikos ja mahdollisuus siihen.

29 Ks. HE 44/2002 vp, s. 164.

4. Ratkaisujen KKO 2008:33, KKO 2009:1 ja KKO 2013:56 analyysia

4.1. KKO 2008:33 (oikeushenkilön rangaistusvastuu, ympäristörikos)

Ratkaisun otsikon mukaan osakeyhtiön öljyjalostamolta oli sen työntekijöiden huolimattomuudesta päässyt suuri määrä öljyä jalostamon maaperään, josta sitä oli valunut myös mereen. Työntekijät oli tuomittu rangaistuksiin tuottamuksellisesta ympäristön turmelemisesta. Kysymys oli yhtiön tuomitsemisesta yhteisösakkoon.

Ratkaisussa KKO 2008:33 alemmat tuomioistuimet tuomitsivat yksilölliseen vastuuseen saatetut työntekijät RL 48:4:n nojalla tuottamuksellisesta ympäristön turmelemisesta. Alioikeuden mielestä syytettyinä olleista työntekijöistä – kohoavassa hierarkkisessa järjestyksessä lueteltuina – operaattorin (A) laiminlyönti oli vakava, mutta sitä ei pidetty törkeänä huolimattomuutena. Jätevesilaitoksen vastaavan hoitajan (B) huolimattomuus ei alioikeuden mukaan ollut erityisen vakavaa, valmistuksen käyttöpäällikön (C) huolimattomuus oli melko vähäistä ja tuotanto-osaston päällikön (D) huolimattomuus ei ollut erityisen vakavaa. Kun kaksi kertaa aiemmin oli samanlaisesta inhimillisestä erehdyksestä öljynsiirron yhteydessä päässyt valumaan öljyä maahan satoja litroja, käsillä ollut öljyn pääseminen mereen ei alempien oikeuksien mukaan ollut ennalta arvaamatonta.

Tapauksessa tulivat yksilövastuun osalta harkittaviksi rikosvastuun kohdentamista koskeva erityissäännös RL 48:7. Rikosvastuun kohdentamista määrittää myös epävarsinaista laiminlyöntirikosta sääntelevä RL 3:3.2.

RL 48:1–4:ssä ei ole rajattu tekijäpiiriä. Siten ei ollut estettä RL 48:4:n nojalla – kuten alioikeus ja HO ratkaisussa KKO 2008:33 – tuomita alimman työntekijäportaan A:ta eli operaattoria, joka tuottamuksesta unohti sulkea yhden venttiilin öljynsiirron yhteydessä. Hänen tekonsa, jolle oli olennaista huolellisuusvelvollisuuden laiminlyönti, oli välittömänä syynä kielletylle öljyn päästölle. Rikosvastuun kohdentamisen tyyppitilanne on kuitenkin se, että vastuuseen saatetaan asemaansa sekä tehtäviensä ja toimivaltuuksiensa laatuun ja laajuuteen nähden joku tai jotkut alinta työntekijäporrasta korkeammassa asemassa eli esimies- tai johtoasemassa oleva(t) toimihenkilö(t) ja /tai toimielinten jäsen(et).

Näiden kaikkien alemmissa oikeusasteissa tuomittujen henkilöiden osalta on tullut yksilöidysti osoittaa ympäristön turmeltumiseen relevantisti vaikuttaneet laiminlyödyt velvollisuudet. Turun HO:n mukaan D ja C olivat vastuussa siitä, että yhtiössä oli laiminlyöty riittävän nopeasti ryhtyä toimiin vastaavien vahinkojen

syntymisen estämiseksi. B oli puolestaan tutkinut aiemmat vahingot, ja hänellä oli ollut tosiasiallinen vaikutusmahdollisuus muuttaa säiliösiirron työmenetelmiä, mutta hän oli sen laiminlyönyt. Lisäksi HO vahvisti alioikeuden lisäperustelut, joissa C:n osalta korostettiin hänen vastuutaan keskusvalvomon toiminnasta ja valmiuksista ja D:n osalta hänen vastuutaan tuotannon järjestämisestä siten, ettei vastuusuhteista synny epäselvyyttä ja että organisaatio pystyi toimimaan myös käytännössä. Alioikeuden mukaan ympäristörikoksen tapahtuminen oli ollut täsmällisesti kohdistettavissa tiettyyn yksittäiseen toimintoon, jossa myös yhtiön organisaatiossa oli ilmennyt huolimattomuutta ja vastuusuhteiden epäselvyyttä – ei kuitenkaan erityistä huolimattomuutta.

Yksilöllistä ja oikeushenkilön rangaistusvastuuta sovellettiin rinnakkaisesti, koska oikeushenkilön rangaistusvastuu on alusta alkaen ulotettu ympäristörikoksiin (RL 48:9). Ratkaisussa KKO 2008:33 oli ennakkopäätöksen kohteena nimenomaan, oliko Fortum Oil Oy:n seuraaja Neste Oil Oyj tuomittava yhteisösakoon – toisin kuin alemmissa tuomioistuimissa oli katsottu (joissa oli päädytty tuomitsematta jättämiseen; ks. RL 9:4). Tosin kaikissa oikeusasteissa katsottiin RL 9:2–3:ssa säädettyjen oikeushenkilön rangaistusvastuun edellytysten olleen käsillä.

KKO tutki näiden oikeushenkilön rangaistusvastuun edellytysten olemassaolon korostaen, ettei vastoin Neste Oil Oyj:n kiistämistä ratkaisua voinut perustaa siihen, että useita yhtiön työntekijöitä oli lainvoimaisesti tuomittu heidän työssä tekemästään tuottamuksellisesta ympäristön turmelemisesta. KKO arvioi, oliko ympäristölainsäädännön vastainen menettely katsottava yhtiön toiminnassa tehdyksi tuottamukselliseksi ympäristön turmelemiseksi (RL 9:3). Se käsitteli yhtäältä ympäristörikoksen (RL 48:4) objektiivisen tunnusmerkistön mukaisuutta edellä esitettyyn tapaan. Toisaalta KKO otti kantaa, onko ollut kyse tuottamuksellisesta ympäristön turmelemisesta, ja päätyi myönteiseen tulokseen, koska syytteessä tarkoitettu vahinko ja vahingon vaara olivat johtuneet yhtiön palveluksessa olevien henkilöiden tuottamuksesta.

Sanotun lisäksi KKO arvioi RL 9:2:n mukaisesti, voitiinko toimihenkilöiden D:n ja C:n toimet heidän asemansa huomioon ottaen samastaa yhtiön toimintaan, kuten Turun HO oli katsonut. KKO päätyi – mielestäni yllättävästi – kielteiselle kannalle todeten, että vaikka D:llä ja C:llä oli öljynjalostamossa itsenäistä päätösvaltaa omilla toimialoillaan (he olivat jalostamon johtoryhmän jäseniä sekä D vastasi turvallisuusjärjestelmien toiminnan seurannasta ja kehittämisestä ja C:lle kuului mm. ympäristönsuojelun kokonaisvalvonta), heillä ei ollut sellaista itsenäistä ja merkittävää päätösvaltaa, joka perustaisi heidän ”kuulumisensa yh-

tiön johtoon”.³⁰ Tapauksessa oli silti KKO:n mukaan käsillä RL 9:2:ssa tarkoitettu yhtiön tuottamus eli se, että yhtiön toiminnassa ei ollut noudatettu vaadittavaa huolellisuutta ja varovaisuutta rikoksen ehkäisemiseksi: Öljynsiirtolaitteita ei ollut varustettu erityisillä varmistus- tai hälytysjärjestelmillä ja öljynsiirron suorittaneen operaattorin oli sallittu poistua venttiilin avaamisen jälkeen paikalta, vaikka jo aiemmin oli tapahtunut kahdesti öljyä siirrettäessä vastaavanlaisia vahingonvaaraa aiheuttaneita virheitä. Yhtiö oli laiminlyönyt ryhtyä riittäviin toimenpiteisiin öljyn siirtämisessä tapahtuvien laiminlyöntien seurausten estämiseksi.

Yhteisösakon tuomitsemista koskevassa harkinnassaan KKO luki RL 9:4:n teon aikaisen sanamuodon (L:ssa 743/1995; vrt. L 61/2003) pohjalta huomioon otettaviin näkökohtiin rikoksen vakavuuden, oikeushenkilölle rikoksesta aiheutuneet muut seuraamukset ja oikeushenkilön toimet rikosten ehkäisemiseksi. Rikosta voitiin pitää vakavana jo sillä perusteella, että öljyä oli päässyt maaperään huomattavan suuri määrä ja sen aiheuttamat vahingot olivat levinneet laajalle alueelle. Lisäksi oli otettava huomioon, ettei aiemmista syntyvaltaan samanlaisista öljyn siirtämisessä tapahtuneista virheistä huolimatta ympäristön turvallisuus oli edelleen jätetty työntekijöiden toimenpiteiden varaan, vaikka ilmeisen kohtuullisin kustannuksin olisi voitu rakentaa tehokas turvajärjestely.

Yhtiö oli käyttänyt syntyneiden vahinkojen korjaamiseen ja korvaamiseen sekä uusiin ympäristötekniisiin investointeihin n. 4 000 000 euroa. Yhtiö oli tapahtuneen jälkeen käyttänyt samankaltaisten ympäristövahinkojen estämiseen 171 000 euroa, josta 40 000 euroa nimenomaisesti tapahtuneen kaltaisen venttiilin auki jäämisen aiheuttamien vahinkojen estämiseen. Näitä seikkoja ei KKO:n mukaan tullut ottaa huomioon lieventävinä yhteisösakkoon tuomitsemista harkittaessa.

Kokoavasti KKO katsoi, että yhtiön laiminlyönnit ja niiden seuraukset olivat olleet vakavia. Toisaalta ei ollut tullut esiin olennaisia perusteita jättää yhteisösakko tuomitsematta. Käsiteltyään yhteisösakon mittaamisperusteita (ks. RL 9:5–6) KKO tuomitsi yhtiön 500 000 euron yhteisösakkoon, kun asteikon enimmäismäärä on 850 000 euroa (RL 9:5; L:ssa 971/2001).

30 Ratkaisua kommentoineen Elina Pirjatanniemen mukaan KKO:n kyseistä seikkaa koskeva linjaus vaikuttaa perustellulta; ts. johtoon kuuluvan henkilön tulee olla sellainen, jolla on merkittävä itsenäistä päätösvaltaa: Oikeushenkilön rangaistusvastuu puntarissa. Lakimies 2008, s. 655–666, 663.

4.2. KKO 2009:1 (oikeushenkilön rangaistusvastuu, arvopaperimarkkinarikos, rangaistuksen määrääminen, hyödyn menettäminen)

Ratkaisun otsikon mukaan C Oyj:n toimitusjohtaja ja hallituksen jäsen A sekä saman yhtiön hallituksen puheenjohtaja B olivat ennen C Oyj:n osakeantia ja -myyntiä, jossa he myivät yhtiön osakkeita ja yhtiö laski osakkeitaan liikkeeseen, listalleottoesitteessä esittäneet yhtiön tuloksesta ja tulevaisuudennäkymistä to-tuudenvastaisia ja harhaanjohtavia tietoja ja käyttäneet niitä sisäpiirintietona hyväkseen osakkeita myytäessä syyllistyen arvopaperimarkkinoita koskevaan tiedottamisrikokseen ja törkeään sisäpiirintiedon väärinkäyttöön. Kysymys oli rangaistusten määräämisestä, rikosten tuottaman taloudellisen hyödyn menettämisestä ja yhteisösakon mittaamisesta.

Tapauksessa syytteenalaiset menettelyt koskivat A:n ja B:n sekä C Oyj:n vastuuta arvopaperimarkkinoita koskevista tiedottamisrikoksista (RL 51:4) ja törkeästä sisäpiirintiedon väärinkäytöstä (RL 51:2). Kun näiden arvopaperimarkkinarikosten (objektiiviset) tunnusmerkit oli toteutettu C Oyj:n toiminnassa ja hyväksi, jouduttiin harkitsemaan sekä yksilöllisen rikosvastuun kohdentamista A:han ja B:hen että oikeushenkilön rangaistusvastuun kohdentamista itse yhtiöön. Myös jälkimmäinen vastuuuoto tuli kysymykseen erillissäännöksen (RL 51:8) mukaan arvopaperimarkkinarikoksissa, eivätkä nämä vastuuuodot sulje pois toisiaan.

Yksilöllistä rikosvastuuta ja sen kohdentamista harkittaessa on yleissännös RL 5:8 (oikeushenkilön puolesta toiminen) huomion arvoinen, vaikkei syytteenalaisissa arvopaperimarkkinarikoksissa ollut tekijäpiiriä tunnusmerkistössä rajattu. Siltä osin kuin A:n ja B:n aktiivista osallistumista asianomaisiin arvopaperimarkkinarikoksiin ei ollut näytettävissä, epävarsinaista laiminlyöntirikosta koskeva vastuu RL 3:3.2:n mukaan tuli sovellettavaksi, jolloin siinä tarkoitettuna seurauksena voitiin pitää oikeushenkilössä tehtyä rikosta. Sekä A että B olivat olleet sellaisissa yhtiöoikeudellisissa asemissa (A osakeyhtiön toimitusjohtajana ja hallituksen jäsenenä sekä B hallituksen puheenjohtajana), että – huomioon ottaen osakeyhtiölain (624/2006) 6:2.1 ja 17 § – myös rikosoikeudellinen vastuuasema oli RL 3:3.2:n tarkoittamalla tavalla ollut käsillä.

Edellä sanotun perusteella A:lla ja B:llä oli ollut sellainen yhtiön johtoon kuumiseen perustuva vastuuasema, että he olivat syyksiluettavuutensa asettamissa rajoissa tekijänvastuussa em. arvopaperimarkkinarikoksista. Syyksiluettavuudesta on huomattava, että törkeässä sisäpiirintiedon väärinkäytössä ja kurssin väärinämisessä vaaditaan tahallisuutta, kun arvopaperimarkkinarikoksissa muutoin riittää törkeä huolimattomuus. Helsingin HO lausui KKO 2009:1:ssä muun muassa, etteivät syytetyt hallituksen jäsenet voineet (tiedottamisrikoksen osalta) vastuusta vapautuakseen vedota palkkaamiensa asiantuntijoiden käyttöön osa-

keannin järjestelyssä, kun he olivat olleet itse tietoisia yhtiön tuloksesta ja taloudellisesta tilanteesta, välitilinpäätökseen sisältyneistä virheellisistä kirjauksista ja antamansa tulosennusteen perusteettomuudesta. Erehtyminen tietyn tunnusmerkistöön kuuluvan käsitteen oikeasta tulkinnasta on niin sanottu soveltamis- eli subsumptioerehdys, joka rinnastuu vastuuvapauden arvioinnissa RL 4:2:n mukaiseen kieltoerehdykseen ja johtaa harvoin anteeksiantoperusteen luonteiseen rangaistavuuden poistumiseen.

Yhtiön itsensä rangaistusvastuuseen saattamisen kannalta on todettavissa – paitsi että kyseiset rikokset olivat tapahtuneet yhtiön toiminnassa ja sen puolesta tai hyväksi (RL 9:1 ja RL 9:3.1) – ja että kyseiset rikokset tehneet A ja B olivat kuuluneet yhtiön johtoon (RL 9:3.1). Siten myös rikoksentehtäjien samastumista yhtiöön koskeva vaatimus (A ja B olivat kuuluneet yhtiön lakisääteiseen toimielimeen) oli RL 9:2.1:n mukaan riidattomasti toteutunut.

Ratkaisussa KKO 2009:1 yhtiö tuomittiin yhteisösakkoon, jolloin pohdintaa aiheutti lähinnä, että yhteisösakkoon tuomitseminen oli teko aikaan harkinnanvaraista, samoin harkintaa edellytti yhteisösakon määrä (lopputuloksena oli 100 000 euron yhteisösakko). A ja B tuomittiin 2 vuoden 4 kuukauden vankeusrangaistusten lisäksi yhteisvastuullisesti menettämään valtiolle rikoshyötynä vajaat 8 miljoonaa euroa.³¹

4.3. KKO 2013:56 (työrikos, työturvallisuusrikos, oikeushenkilön rangaistusvastuu, yhteisösakko)

Ratkaisun otsikon mukaan osakeyhtiön työntekijä D oli vammautunut käyttäessään puristinta, joka oli hallintalaitteiltaan ja suojauskeltaan työturvallisuusmääräysten vastainen. Työntekijöiden puristimella käyttämä työtapa oli ollut työturvallisuutta koskevan ohjeen vastainen. Puristimeen ei ollut tehty työturvallisuutta kohentavia parannuksia työntekijän vammautumisen jälkeenkään. Kysymys oli tehtaan teknisen johtajan A:n, käyttöpäällikön B:n ja vuoromestarin C:n syylistymisestä työturvallisuusrikokseen. (Ään.) Kysymys oli myös yhteisösakkoon tuomitsemisen edellytyksistä. (Ään.)

Ratkaisussa KKO 2013:56 syyttäjä oli vaatinut A:lle, B:lle ja C:lle rangaistusta työturvallisuusrikoksesta (RL 47:1.1). Vastuun kohdentumista työrikoksissa määrittää RL 47:7. Vammantuottamuksesta (RL 21:10) ei tapauksessa vaadittu rangaistusta.

31 Ratkaisua kommentoineen Mervi Salon mielestä tapaus selkeytti merkittävästi rikoshyödyn konfiskaation ja oikeushenkilön rangaistusvastuun edellytyksiä ja käyttöä arvopaperimarkkinarikoksissa: Oikeushenkilön rangaistusvastuu ja rikoshyödyn konfiskaatio arvopaperimarkkinarikosten yhteydessä. Teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein 2009:I. Talentum 2009, s. 15–19.

Ratkaisussa KKO 2013:56 katsottiin olevan riidatonta, että päätylappupuristin oli ollut hallintalaitteiltaan ja suojaukseltaan RL 47:8.1:n 4 kohdassa tarkoitettujen työturvallisuusmääräysten (asetusten 856/1998 ja 403/2008) vastainen. Velvollisuus noudattaa työturvallisuuslakia ja sen nojalla annettuja säännöksiä ei päätöksessä todetun mukaan riipu siitä, ovatko työturvallisuusviranomaiset valvonta- ja tarkastustoiminnassaan kiinnittäneet huomiota mahdollisiin turvallisuuspuutteisiin.

Työturvallisuusrikoksen (RL 47:1.1) toteuttamistavoista on lähinnä kyse työturvallisuusmääräysten vastaisen tilan jatkumisen mahdollistamisesta laiminlyömällä valvoa niiden määräysten noudattamista alaisessaan työssä tai jättämättä huolehtimatta taloudellista, toiminnan järjestämistä koskevista tai muista työsuojelun edellytyksistä. Työturvallisuusrikoksessa työnantajalta tai tämän edustajalta edellytettävää yleistä huolehtimisvelvollisuutta ja siten huolellisuusvelvollisuuden sisältöä määrittää työturvallisuuslain (738/2002) 8 §, jossa huolehtimisvelvollisuuden laajuutta rajaavina tekijöinä otetaan huomioon epätavalliset ja ennalta arvaamattomat olosuhteet, joihin työnantaja ei voi vaikuttaa, ja poikkeukselliset tapahtumat, joiden seurauksia ei olisi voitu välttää huolimatta kaikista aiheellista varotoimista.

Ratkaisussa KKO 2013:56 katsottiin riidattomaksi, että vastuu päätylappupuristimen työsuojelumääräysten mukaisuudesta sekä työntekijöiden turvallisista työtavoista oli asemansa puolesta ollut osaltaan kullakin A:sta, B:stä ja C:stä. Syytteessä oli tarkemmin kuvattu, minkälaisista laiminlyönneistä kunkin osalta oli kyse: A oli tehtaan tuotannosta ja kunnossapidosta vastaavana laiminlyönyt huolehtia tehtaan työympäristön ja työtapojen jatkuvasta tarkkailusta; B oli laiminlyönyt jatkuvasti tarkkailla tehtaan ympäristöä ja huolehtia työympäristön ja työtapojen valvonnan toteutumisesta; C oli laiminlyönyt tarkkailla jatkuvasti tehtaan työympäristöä ja alaistensa työtapoja.

Silti ratkaisussa päädyttiin A ja B vapauttamaan vastuusta D:n loukkaantumista edeltäneestä tekoilanteesta sillä perusteella, ettei heillä työsuhteittensa lyhyys ja laajuus huomioon ottaen ollut vastuun perustavaa osuutta lainvastaisen tilan syntyyn tai jatkumiseen. Ketään kolmesta syytetystä – ei edes teknistä johtajaa A:ta – pidetty vastuullisena taloudellisista syistä tapahtuneesta päätylappupuristimen puutteellisuuden poistamatta jättämisestä. A:kaan ei siis KKO:n mukaan ollut X Oy:n johdossa sellaisessa asemassa, että hänellä olisi ollut todellinen vaikutusmahdollisuus korjaustointen edellyttämiin investointeihin.

Rikosoikeudellinen yksilövastuu on mielestäni omiaan kerrotunlaisen tulkinnan myötä vesittymään, vaikka RL 47:1.1:n 2 kohdan tunnusmerkistön muotoilulla pyrittiin siihen, että rangaistaviin tekemuotoihin voisivat syyllistyä ennen kaikkea

ylemmät esimiehet³². Tosin ylin johto (X Oy:n toimitusjohtaja, hallituksen jäsenet) oli jätetty tapauksessa syyttämättä.

Ratkaisussa KKO 2013:56 C tuomittiin työturvallisuusrikoksesta, koska hänen tehtävänään vuoromestarina oli ollut mm. koneiden ja laitteiden käytön valvonta, turvallisten työmenetelmien ja henkilönsuojainten käytön valvonta sekä työhön opastus. Siten hänet katsottiin osaltaan vastuulliseksi myös työntekijöiden käyttämästä työturvallisuutta vaarantavasta työtavasta. Kun D:n loukkaantuminen oli ollut seurausta yleisesti käytetystä vaarallisesta työtavasta, josta työnantajan olisi tullut olla asianmukaisen valvonnan perusteella tietoinen, ei myöskään olosuhteita voitu pitää C:n kannalta epätavallisina ja ennalta arvaamattomina eikä tapahtumaa poikkeuksellisenä. KKO torjui nimenomaisesti sen, että työturvallisuusmääräysten vastaisuuden lukeminen yksin työnjohtajan (vuoromestarin) syyksi olisi kohtuutonta ja suhteellisuusperiaatteen vastaista. – Silloin kun C:lle työturvallisuusrikoksena syyksi luettu huolellisuusvelvollisuuden laiminlyönti (kielletty riskinotto) on kausaalisesti relevantti D:n vammautumiselle (eikä vamma ole vähäinen), hänen menettelynsä tulisi syytteen niin salliessa arvioitavaksi myös vammantuottamuksena (RL 21:10).

Oikeushenkilön rangaistusvastuuta sovelletaan työrikoksiin (RL 47:9) RL 9 luvussa säädetyin edellytyksin. RL 9:2.2:n 1. virkkeen mukaan oikeushenkilön rangaistusvastuuta ei sulje pois se, ettei rikoksentekijää saada selville tai muusta syyistä tuomita rangaistukseen. KKO 2013:56:ssa todettiin X Oy:n rangaistusvastuun puolesta puhuvina argumentteina, paitsi C:n tuomitseminen työturvallisuusrikoksesta, se että yhtiössä oli ylimmän johdon tieteen laiminlyöty saattaa päätylappupuristin työturvallisuusmääräysten edellyttämään kuntoon työntekijän loukkaantumisen jälkeen. Yhtiön johdossa tai päätäntävaltaa käyttävissä toimielimissä tapahtuneet laiminlyönnit olivat siten mahdollistaneet noiden määräysten vastaisentilan jatkumisen. Tämän katsottiin osoittavan, että yhtiön toiminnassa ei ollut noudatettu vaadittavaa huolellisuutta ja varovaisuutta työturvallisuusrikkoksen estämiseksi (ks. RL 9:2.1:n loppulause).

Myöhemmässä ennakkopäätöksessä KKO 2014:20 (työrikos, työturvallisuusrikos, oikeushenkilön rangaistusvastuu, yhteisösakko) osakeyhtiön työmaapäällikkö ja työnjohtaja tuomittiin rangaistukseen työturvallisuusrikoksesta. Heidän syykseen luettiin, että he olivat huolimattomuudestaan rikkoneet valtioneuvoston päätöksen 410/1986 mukaisia räjäytys- ja louhintatyöstä annettuja järjestysohjeita. Heidän tekonsa olivat tulleet mahdollisiksi, koska yhtiössä oli laiminlyöty

32 HE 94/1993 vp, s. 167; Saloheimo 2006, s. 183. Ks. myös Alvesalo-Kuusi ym. 2017, s. 49: ”useimmiten vastuun työturvallisuusrikostapauksissa kantavat edelleen keski- ja työnjohto, joiden jo 1970-luvulla todettiin olevan vain ’syntipukkeja’, joilla ei ole todellista vaikutusvaltaa yhteisön päätöksentekoon tai resurssienjakamiseen”.

järjestää sanottujen työturvallisuusmääräysten mukainen vastuunjako ja valvonta. Yhtiö tuomittiin työturvallisuusrikoksissa ennätysuureen 180 000 euron yhteisösakkoon³³.

Ratkaisun KKO 2014:20 perusteluissa pidettiin pääsyynä työturvallisuusmääräysten rikkomisiin vastuusuhteiden epäselvyyttä sekä laiminlyöntejä työn ja turvallisuuden valvonnassa. Näiden laiminlyöntien katsottiin koskeneen yhtiön toiminnan ja töiden järjestämistä ja muuta organisointia. Siten yhtiön toiminnassa ei ollut noudatettu vaadittavaa huolellisuutta ja varovaisuutta työturvallisuusrikosten ehkäisemiseksi. Ratkaisusta pääteltävän mukaan yhteisösyllisyyden välttämiseksi työnantajan velvollisuutena on ennakoida työturvallisuusriskejä, suunnitella toimintansa vaara- ja haittatekijöiden estämiseksi sekä jatkuvasti seurata ja huolehtia siitä, että turvallisuusriskit tunnistetaan ja huomioidaan³⁴.

5. Kokoavia päätelmiä

Olen edellä tarkastellut oikeushenkilön rangaistusvastuun ja yksilöllisen rikosvastuun kohdentamista oikeushenkilön toiminnassa tehdyn rikoksen johdosta erityisesti silmällä pitäen näiden vastuumuotojen yhteensovittamista ja selkeyttämistä. Olen tällöin kiinnittänyt korostunutta huomiota korkeimman oikeuden ennakkopäätöksiin ja eräisiin oikeusvertailuun pohjautuviin sääntelyehdotuksiin.

Käsitykseni mukaan nykyistä oikeustilaa selkeyttäisi, jos oikeushenkilössä vastuuasemassa olevien piiri (toimielimeen tai muuhun johtoon kuulumisen perusteella) määriteltäisiin yhtenäisesti. On myös syytä oikeuspoliittisesti harkita edellä käsitellyn ruotsalaisen lainsäädäntöehdotuksen mukaista sääntelytapaa, jossa oikeushenkilön rangaistusvastuulla olisi entistä kiinteämpiä rinnastuskohtia yksilöllistä rikosvastuuta koskeviin periaatteisiin ja valintaa näiden vastuumuotojen kesken selkeytetään. Jo nykyisen lainsäädännön pohjalta on mahdollista tehostaa ja yhdenmukaistaa yhteisövastuun toteuttamista ja parantaa eri vastuumuotojen yhteensovittamista nostamalla nämä toiminnot valvonta-, esitutkinta- ja syyttäväviranomaisten yhteiseksi kehittämiskohteeksi.

EU:n komission tuella tuotetussa oikeusvertailevassa tutkimuksessa³⁵ arvioitiin myös muun muassa niin sanottuja compliance-ohjelmia eettisen ja vastuul-

33 Ks. Alvesalo-Kuusi ym. 2017, s. 49. Saman tutkimuksen mukaan yleisin yhteisösakko on ollut 5 000 euroa, ja keski-arvo on ollut 10 700 euroa.

34 Ks. ratkaisua kommentoineen Mervi Salon arviota: Työturvallisuusrikos ja yhteisösakon tuomitseminen. Teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein 2014:1. Talentum 2014, s. 164–167.

35 Ligeti – Marletta 2019, jakso VIII.6 ja luku IX.

lisen liiketoiminnan keinoina³⁶ ehkäistä yrityksissä niiden puolesta ja hyväksi tehtäviä talousrikoksia. Edelleen siinä ehdotettiin erillisen vastuusäännöksen (joko rangaistussäännöksen tai hallinnollisen seuraamuksen) säätämistä törkeästä huolimattomuudesta johtuvien valvontavelvollisuuksien rikkomisten varalle. Viimeksi mainitun kaltainen sääntely koski lähinnä niitä tilanteita, jolloin tahallisen seurausrikoksen tunnusmerkit eivät valvonnan laiminlyönnin johdosta täyty³⁷. Tämän kaltaisesta esimiehen vastuun sääntelystä on eri maissa esimerkkejä sotilaiden (Suomesta ks. RL 11:12, 1718/2015) ja virkamiesten³⁸ osalta.

36 Riikka Pirttialo viittaa kirjoituksessaan Oikeushenkilön rangaistusvastuusta. Teoksessa Raimo Lahti – Essi Konttinen di Nardo (toim.), Kirjoituksia modernista rikosoikeudesta. Helsingin hovioikeus 2017, s. 329–344, 337 siihen, kuinka yhteisösyällisyys voi poissulkeutua, jos yhtiössä on noudatettu huolellisesti suunniteltua ja valvottua compliance-ohjelmaa.

37 Ks. myös Nuotio 2006, s. 355: "... juuri organisaation puitteissa toimittaessa tarvetta laiminlyöntiperusteiselle esimiesvastuulle on selvästi olemassa"; Nuotio tarkoittaa tällöin erityisesti tahallisen rikoksen ehkäisemistä.

38 Rikoslaisissa oli vuoteen 1990 saakka säädetty erikseen rangaistus virkamiehelle, joka ei estä alaistaan tekemästä tekeillä olevaa virkarikosta, mutta sellainen erillissäännös (RL 40:18.2) poistettiin virkarikossäännösten uudistuksessa (792/1989) tarpeettomana, koska useimmiten sellainen menettely olisi rangaistavaa virkavelvollisuuksien laiminlyöntinä (näin HE 58/1988 vp virkarikoslainsäädännön uudistamisesta, s. 68).

Tapio Lappi-Seppälä

”Rangaistukset vastaavat yleistä oikeustajua” – pohdintoja oikeustajun merkityksestä rangaistustason asettelussa

”Kansan ’oikeustaju’ on kuin Vanhan testamentin Jumala, jota täytyy jollakin tavalla palvella, jotta se ei rankaise [vaaleissa] poliitikkoja.” (Kimmo Nuotio Helsingin Sanomissa tammikuussa 2019)¹

1. Pääministeri Sipilän hallitusohjelma 2015–2019

Arviot pohjoismaisen kriminaalipolitiikan muutossuunnista ovat vuosien kuluessa saaneet yhtä kriittisempiä sävyjä. ”Rationaalinen ja humanin kriminaalipolitiikan” pitkän linjan reformi, joka Suomen osalta oli merkinnyt ennen kaikkea vankilukujen normalisoimista ja järjestelmämme saattamista pohjoismaisen hyvinvointivaltion arvojen ja resurssien edellyttämälle tasolle, alkoi 1990-luvun puolen välin jälkeen menettää tukeaan sekä politiikan toimijoiden että valtamedian silmissä.² Suomi seurasi tässä muita pohjoismaita, mutta askeleen jäljessä ja lyhemmin harppauksin.³ Suunta oli kuitenkin sama, ja näkyvinä merkkeinä

1 Helsingin Sanomat 21.1.2019: Rikosoikeuden professori arvostelee kansan oikeustajusta puhuvia poliitikkoja – ”Kuin Vanhan testamentin Jumala” <https://www.hs.fi/politiikka/art-2000005972987.html>.

2 Ks. lyhyttä kuvausta T. Lappi-Seppälä, Kriminaalipolitiikan muutossuuntia. Teoksessa R. Lahti (toim.), Rikosoikeuden muutos 1960-luvulta 2010-luvulle. Pekka Koskisen (1943–2011) muistojulkaisu. Forum Juris, Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Helsinki 2011, s. 24 ss.

3 Ks. P.O. Träskman, The Golden Age of Nordic Cooperation” Har de nordiska kronjuvelerna kommit till museum? – Den nordiska brottskontrollen: nutid, dåtid och framtid. NTFK 2013, s. 333–355 ja Ruotsin osalta tarkemmin R. Andersson – R. Nilsson, Svensk kriminalpolitik. 2p. Liber 2017 sekä H. Tham, Kriminapolitik. Brot och straff i Sverige sedan 1965. Norstedts Juridik. Stockholm 2018.

toisiaan seuranneet rikoslakien kovennukset, ensin humausainerikoksissa, sittemmin eritoten väkivalta- ja seksuaalirikoksissa. Muissa pohjoismaissa muutos on näkynyt myös rikoslain käytön perustelutavoissa, joissa instrumentaalisten rangaistuksen vaikutuksia koskevien perustelujen rinnalle tai sijaan olivat tulleet viittaamiset puhtaasti symbolisiin viesteihin, oikeudenmukaisuuteen ja oikeustajun vaatimuksiin.⁴ Meillä samainen kehitys sai kirjauksensa pääministeri Sipilän hallitusohjelmassa vuosille 2015–2019.⁵

”Suomessa oikeusturva toteutuu tehokkaasti ja rangaistukset vastaavat yleistä oikeustajua. ... Hallitus parantaa rikoksen uhrin asemaa rikosprosessissa lainsäädäntöä kehittämällä. Varmistetaan, että rikoksista annettavat rangaistukset ovat oikeudenmukaisessa suhteessa teon moitittavuuteen. Tarkistetaan ensikertalaisuussäännöksiä, väkivaltarikosten sekä lapsiin kohdistuvien törkeiden seksuaalirikosten rangaistustasoa sekä ehdollisen vankeustuomion tehostamismahdollisuuksia, kuten lyhyt ehdoton vankeus, yhdyskuntapalvelu ja valvottu koevapaus. Vapautuville vangeille tehtävää vaarallisuusarviota laajennetaan ja vankien vapauttamista harkittaessa kiinnitetään entistä enemmän huomiota vangin vaarallisuuteen.”

Kappale sisälsi periaatelinjauksen – ”rangaistukset vastaavat yleistä oikeustajua.” – sekä lupauksia toimista ja tarkistuksista, joilla tuota linjausta tulnaisiin toteuttamaan. Pää tavoitetta palvelevina keinoina oli joukko rikoslakeihin tehtäviä kiristyksiä. Ehkä jossain määrin kyyninen tulkinta ohjelman peruslinjauksesta olisikin lukea sitä vain vaatimuksena rangaistusten yleisestä kiristämisestä, ilman sen kummempia lisämääreitä. Tässä kirjoituksessa hallitusohjelmaa kuitenkin luetaan niin kuin se kirjoitettu on. Siis vaatimuksena, että rangaistukset tulee asetella niin, että ne todella vastaavat ”yleistä oikeustajua” – mihin suuntaan tuo taju rangaistuksia kulloinkin kuljettaisikaan.⁶

Näennäisen yksinkertainen vaatimus rangaistusten ja oikeustajun vastaavuudesta kätkee taakseen ison joukon kysymyksiä. Niistä osa on empiirisiä, liittyen oikeustajun sisältöön ja sen tarkempaan mittaamiseen. Osa taas on luonteeltaan

4 Ks. Ruotsin osalta Tham 2018, s. 84–90.

5 Ks. jakso ”Oikeusasiat”, https://valtioneuvosto.fi/hallitusohjelmat/-/asset_publisher/73-stubb-24-6-2014-29-5-2015-.

6 Oikeusministeriössä käynnistettiin selvitystyö oikeustajun sisällön kartoittamiseksi. Tutkimus tilattiin Helsingin yliopiston Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutilta. Käyntihaastatteluihin perustuva tutkimus valmistui vuonna 2017. Ks. J. Kääriäinen, Seitsemän rikostapausta: Kärjätuomareiden arvioima rangaistuskäytäntö ja väestön rangaistusvalinnat. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti. Katsauksia 21/2017. Helsinki. Tutkimuksesta ja sen tuloksista jotakuinkin irrallaan annettiin sitten myös erillinen rikoslakien kovennuspaketti, jolla hallitus lunasti ohjelmassaan antamansa lupaukset.

teoreettisia, kytkeytyen oikeustajun, demokratian sekä rikosoikeuden legitimitettiin ja tehtävien välisiin suhteisiin. Käytössä oleva tila antaa mahdollisuuden vain näiden ongelmien paikantamiseen ja esittelyyn, ei niinkään ratkaisuvaihtoehtojen tarkempaan pohtimiseen ja perustelemiseen.⁷ Tarkastelu aloitetaan eräillä käsitteellisillä huomautuksilla.

2. Oikeustaju, moitittavuus ja suhteellisuusperiaate

Hallitusohjelmassa edellytetään yhtäältä, että ”rangaistukset vastaavat yleistä oikeustajua”. Lisäksi ohjelman mukaan ”rikoksista rangaistukset tulee mitoittaa rikosten moitittavuuden mukaan”. Asioiden esittämistapa houkuttelee vetämään yhtäläisyysmerkit oikeustajun, moitittavuuden ja rikosoikeudellisen suhteellisuusperiaatteen välillä. Nämä eivät kuitenkaan tarkoita samaa. *Oikeustaju*, sellaisena kuin käsitettä tämän päivän kriminaalipolitiikassa käytetään,⁸ viittaa empiirisesti mitattavissa oleviin käsityksiin ja uskomuksiin esimerkiksi rangaistusjärjestelmän toiminnasta, tavoitteista ja rangaistusten oikeasta tasosta. *Moitittavuus* viittaa eräisiin rikosten rangaistavuuden määrittelyssä huomioonotettaviin keskeisiin perusteisiin, ennen kaikkea rikoksella aiheutettuun vahinkoon ja vaaraan sekä tekijän syyllisyyteen. Tämän ohella huomioitaviksi tulevat myös monenlaiset muut, mm. rangaistusten toimivuuteen ja vaikutuksiin sekä yksittäistapaukselliseen kohtuusarviointiin liittyvät näkökohdat.⁹

Suhteellisuusperiaate viittaa yleisempään teoreettiseen viitekehiksoon, jolla rikokset ja niistä seuraavat rangaistukset pyritään kytkemään toisiinsa johdonmukaisella ja kritiikin kestäväällä tavalla. Tässä on tapana tehdä ero relatiivisen ja absoluuttisen näkökulman välillä. *Relatiivisen suhteellisuusperiaatteen* seuraamisessa kyse on rikosten moitittavuuden keskinäisestä vertaamisesta. Tässä hyödynnettävä materiaali ja ratkaisuperusteet ovat pitkälle yhtenevät moitittavuusarvioinnin kanssa, sillä erotuksella, että nyt tarkastelussa on useampia ri-

7 Ks. lähemmin esim. J.V. Roberts – J.W. Keijser, *Democratising punishment: Sentencing, community views and values*. *Punishment & Society* 2014, Vol 16(4), s. 474–498, sekä J. Ryberg – J. V. Roberts (eds), *Popular punishment: On the normative significance of public opinion*. Oxford: Oxford University Press 2015, sekä myös P. Robinson, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*. New York: Oxford University Press 2013.

8 Tästä empiirisestä, ”reduktionistisesta” (tai ”antropologisesta”) merkityksestä erottuen, oikeustajulla voidaan viitata myös syvempään ”oikeusvakaumukseen” tai oikeuden lähteenä palvelevan ”kansanhengen” käsitteisiin. Tällöin oikeustajun sisällön määrittelyssä keskiöön tulevat empiiristen havaintojen sijaan moraaliset arvot, traditiot ja normatiiviset näkökohdat (ks. keskustelusta lyhyesti Lappi-Seppälä 1987, s. 175–176 viitteineen sekä P.O. Tråskman, *Skapas det almånna rättsmedvetandet av att vi är medvetna eller omedvetna*. *SVJT* 2015. <https://svjt.se/svjt/2015/428>). Näitä ei tule sekoittaa. Siitä, että ”oikeusvakaumusta on syytä kunnioittaa” ei seuraa, että empiirisen oikeustajun vaatimuksia tulee noudattaa.

9 Sillä teoreettisella kysymyksellä, sijoitetaanko esim. ns. kohtuupoikkeamat ja rangaistusten vaikutuksiin liittyvät perusteet suhteellisuusperiaatteen alle vai siitä erilleen, ei ole käsiteltävän aiheen kannalta merkitystä.

koksia. *Absoluuttisen suhteellisuusperiaatteen* tulisi vuorostaan osoittaa, mille konkreettiselle tasolle rangaistukset asettuvat. Tähän ratkaisuun on tarjolla paljon vähemmän pitävää ohjeistusta.¹⁰ Koska rikosten ja rangaistusten väliselle kytkenälle ei ole esittää mitään luontaista vastaavuussuhdetta, on sellainen konstruoitava. Yhden ratkaisumallin mukaan asia ratkeaa paikantamalla ”äärimmäiset ankkurointipisteet”, lievimmät ja ankarimmat ajateltavissa olevat rangaistukset, sekä vastaavasti törkeimmät ja lievimmät ajateltavissa olevat rikokset, ja kytke-mällä nämä kaksi ääripäätä toisiinsa. Tämän jälkeen absoluuttisen suhteellisuusperiaatteen ongelma ratkeaisi tavallaan itsestään järjestämällä rikokset relatiivisen suhteellisuusperiaatteen määrittämään keskinäiseen järjestykseen ja valitsemalla sitten rangaistusasteikolta kullekin piste, joka vastaa tuota rikosten keskinäistä järjestystä sekä myös rikosten välisiä etäisyyksiä.¹¹

Ratkaisun ongelmallisuus näkyy siinä, että kannat ankarimmasta ajateltavissa olevasta rangaistuksesta vaihtelevat jo sellaisenaan: jollekulle se olisi kuolemanrangaistuksen todellinen käyttö, toiselle lakiin kirjattu kuolemanrangaistuksen vain periaatteellinen mahdollisuus, jollekulle elinkautinen vankeus ilman vapautumisen mahdollisuutta, toiselle elinkautinen, josta aina vapautuu, kolmannelle vain pitkä määräaikainen vankeusrangaistus. Toinen pulma on, ettei tällaista päätöksentekotilannetta, jossa rikosten rangaistustasosta päätettäisiin kertaheitolla ja puhtaalta pöydältä, ole koskaan todellisuudessa käsillä. Kuten Anthony Duff kirjoittaa: “There is no Archimedean point, independent of all existing penal practice, from which we could embark such an enterprise”.¹² Jokaisessa yhteiskunnassa on jo tehty joukko ratkaisuja. Rikokset on määritelty laissa, ja niille on vahvistettu rangaistusasteikot, joita tuomioistuimet ovat jo pitkään soveltaneet. Noudatettavasta sanktiotasosta päättäminen onkin sen vuoksi mielekkäintä hahmottaa jatkuvaksi prosessiksi, jossa eri rikoksia arvioidaan suhteessa toisiinsa ja jossa tuomittuja rangaistuksia suhteutetaan eri rikoksiin, mutta jossa samanaikaisesti otetaan kantaa itse rangaistusten tasoon ja niiden sisältöön.

Tässä prosessissa tehtävien ratkaisujen ohjeeksi ei ole asettaa yhtä yksiselitteistä kriteeriä. Arvioinnissa vaikuttavat käsitykset rikoksilla uhattujen intressien arvosta ja merkityksestä, mutta myös käsitykset rangaistuksiin sisältyvistä oikeuksiin kajoamisen merkityksestä. Siinä vaikuttavat myös käsitykset eri rangaistusten mahdollisesta tehosta: mitä tehokkaampana tointa pidetään, sitä helpompi on

10 Hyvän koonnoksen viimeisimmistä yrityksistä tarjoaa kokoomateos M. Tonry (ed), *Of One-eyed and Toothless Miscreants: Making the Punishment Fit the Crime?* Oxford University Press 2019.

11 Tämä on Andrew von Hirschin jo vuonna 1976 tarjoama (von Hirsch, *Doing Justice*. New York: Hill and Wang) ja useissa myöhemmissä kirjoituksissa kehittänyt ratkaisu absoluuttisen (kardinaalisen) suhteellisuuden ongelmaan (viimeksi A. von Hirsch, *Deserved Criminal Sentences*. Bloomsbury 2017).

12 Anthony Duff, *Punishment and Communication*. Cambridge 2006, s.134.

hyväksyä sen kautta tekijälle koitua haitta. Ja siihen vaikuttavat käsityksemme rikollisuusongelman luonteesta, rikoksiin johtavista tekijöistä sekä siitä, kuka tästä kaikesta on ensi sijassa vastuussa – normia rikkonut yksilö, vai rikosten tekemiselle ulkoiset rakenteet luonut yhteiskunta.¹³

Tämä kaikki uhkaa käydä kovin mutkikkaaksi. Olisiko siis sittenkin yksinkertaisinta vain kysyä yleisöltä, mille tasolle rangaistukset tulisi asettaa? Näinhän demokratiassa juuri kuuluisi toimia?

3. Oikeustajun elementit ja demokratian ideaali

On tarve tehdä ero empiirisen oikeustajun peruselementtien välillä. Oikeustaju sisältää sekä tiedollisia elementtejä – käsityksiä ja uskomuksia siitä, miten asiat ovat – että normatiivisia kannanottoja sen suhteen miten asioiden tulisi olla (mikä olisi oikea rangaistustaso). Nämä kaksi ovat keskenään yhteydessä. Se miten asioiden ajatellaan olevan (mikä on nykyinen rangaistustaso, mikä on rikollisuustilanne, mihin suuntaan se on kehittymässä, kuinka tehokkaita rangaistukset ovat, millä tavoin rikoksia voisi muutoin torjua) heijastuu myös järjestelmän toimintaan kohdistettaviin vaatimuksiin ja odotuksiin (mihin suuntaan ja paljonko rangaistuksia tulisi muuttaa).

Jos ja kun oikeustajunnan vaatimukset ovat yhteydessä tietopohjaan, emme voi sivuuttaa siinä olevia aukkoja. Yleisön tiedot niin rikollisuudesta, siihen vaikuttamistavoista sekä todellisuudessa tuomittavien rangaistusten tasosta ovat lähtökohtaisesti heikot.¹⁴ Ja siltä osin kuin vaatimukset perustuvat virhekäsityksiin, on vastassa kysymys, olisiko otettava huomioon se mahdollisuus, että ihmiset ajattelisivat asioista toisin, jos olisivat asioista paremmin perillä? Vai riittääkö pelkästään se, että ihmiset ajattelevat kuten ajattelevat – vaikkakin ehkä virheellisin perustein? Demokratiassa kun ei voi äänestää väärin?

Vaatimusta oikeustajun sokeasta seuraamisesta ei käy perusteleminen ”demokratian ideaalilla”. Demokratian klassikoille kansan tahto oli nimenomaan

13 Ks. keskustelusta tarkemmin T. Lappi-Seppälä, Miksi rikosoikeus. Teoksessa A. Hirvonen (toim.), Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksen julkaisuja 8/1994, s.77–82. Näiden oletusten empiirisistä vahvennuksesta, ks. S. Maruna – A. King, Once a Criminal, Always a Criminal?: Redeemability” and the Psychology of Punitive Public Attitudes. *European Journal of Criminal Policy Research*. 2009 Vol. 15, s. 7–24.

14 Konkreettisia näyttöjä tästä saatiin myöhemmin esiteltävässä sakkotutkimuksessa (ks. alav. 29). Kansainväliset vertailut osoittavan tilanteen olevan saman kaikissa maissa, joissa väestökyselyillä on koetettu selvittää yleisön rikollisuutta ja rikosoikeusjärjestelmän toimintaa koskevia tietoja. Ks. tältä osin Roberts et al. 2003 (ks. alav. 21) sekä Balvig 2006, s. 362 ss. viitteinen (ks. alav. 24).

hyvin informoitujen ja asioista oikean tiedon pohjalta kantansa muodostaneiden rationaalisten yksilöiden tahto.¹⁵ Kuten H.L.A. Hart tiivistää, demokratian yhdistäminen moraalipopulismiin samastaa virheellisesti sen kannatettavan periaatteen, jonka mukaan poliittinen valta kuuluu enemmistölle, siihen hylättävään ajatukseen, että enemmistön valta olisi rajaton ja kritiikiltä suojattu.¹⁶ Milloin enemmistön mielipide perustuu ennakkoluuloihin ja tietämättömyyteen, on seuraamuksiltaan tuhoisa, taikka sisällöltään järjetön tai epälooginen, on sitä syytä vastustaa. Yleinen oikeustaju, joka langettaisi ankarampia rangaistuksia esimerkiksi päihdeongelmaisille tai etnisiin vähemmistöihin kuuluville – kuten oikeustajututkimukset kertovat¹⁷ – ei ansaitse tulla asetetuksi rangaistuskäytäntöjen ohjaajaksi; ei etenäkään demokratian ideaaliin vedoten, sillä demokraattisiin peruservoihimme ei kuulu huono-osaisten tai etnisten vähemmistöjen syrjintä.

Kyse on viime kädessä rikosoikeuden legitimitietin perustasta ja siitä, onko (rikos)lainsäädännön tehtävänä heijastaa mahdollisimman tarkkaan yhteiskunnassa jo vallitsevia arvostuksia, vai onko lainsäädännöllä tämän ohella tai sijasta jokin muukin tehtävä. Oman oikeusajattelumme mukaan lainsäädäntö on ennen kaikkea väline yhteiskuntakehityksen ohjaamiseksi. Rikoslainsäädännön perustehtävänä on rangaistusvastuun kohdentaminen tavalla, joka optimaalisella tavalla (punnitsemalla samanaikaisesti saavutettavia etuja ja rikoslain käyttöön liittyviä haittoja) turvaa keskeisten yksilöllisten ja yhteisöllisten etujen suojaamisen.¹⁸ Voi vakavasti epäillä, kykenisikö vallitsevien arvostusten passiiviseksi tuliksi vetäytyvä rikoslaki täyttämään tätä tehtävää. Olen edelleen valmis allekirjoittamaan asiasta aiemmin lausumani:

15 Ks. esim. Alf Ross, *Miksi demokratia*. Lahti 1951, s. 211 ss. ja lähemmin esittelyä Lappi-Seppälä 1987, s. 178–179 viitteineen.

16 H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*. Oxford 1963, s. 79. Hartin puheenvuoro oli osa merkittävää homoseksuaalisen suhteiden dekriminisaation ympärillä käytyä brittiläistä keskustelua moraalikäsitysten asemasta rikoslain käytön perusteena (ns. ”Hart–Devlin debate”). Ks. myös R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*. New York 1977, s. 249–255. Keskusteluun liitettäviä reunamerkintöjä olivat edelleen huomiot, että yleisen mielipiteen ja lainsäädäntöratkaisujen suhdetta määrittävät myös edustuksellisen demokratian rakenteet (kansan ääni tulee kuulluksi kansanedustajien ratkaisuisissa), olkoonkin että kansalaisaloitteen käyttöönoton myötä järjestelmämme on tullut yhtä enemmän myös anglosaksisisissa poliittisissa järjestelmissä meitä vahvemmin edustettuina olevan suoran demokratian piirteitä. Yleisen mielipiteen, eduskunnan ja lainkäyttöratkaisujen suhdetta määrittävät vuorostaan valtiovallan kolmijako sekä tuomioistuinten riippumattomuus, jonka yhtenä tehtävänä on nimenomaan taata tuomioistuimille mahdollisuus toimia vain lain alaisena ja vapaana ulkopuolisesta painotuksesta (mukaan lukien yleinen mielipide).

17 Kotimaisista tutkimuksista ks. J. Kääriäinen, *Attitudes and public punishment preferences: Finnish results of Scandinavian sense of justice research*, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*. 2008, DOI: 10.1080/14043858.2018.1502946. Rangaistukset vaihtelivat myös tuomitun sukupuolen mukaan (naiset saivat lievempiä rangaistuksia). Vastaavasti miehet saattoivat lieventää päihdeongelmaisten rangaistuksia, kun taas naiset olivat niitä valmiita niitä koventamaan (ks. *ibid.*). Mikä siis olisi oikeustajututkimuksen antama ohje lainsoveltajalle?

18 Aiheesta laajemmin, S. Melander, *Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset*. Suomalainen Lakimiesyhdistys Vammala 2008. Rikoslain tehtävien, legitimitietin ja lainnoudattamisen suhteisiin palataan vielä lähemmin jaksossa 7.

”Empiiristä oikeustajuntaa mekaanisesti seuraava rikoslaki jakaisi rangaistuksia osin satunnaisten (esimerkiksi tekojen seurausten ulkoiseen näkyvyyteen, uhrin samastettavuuteen, rikoksentekijän henkilöön liittyvien kielteisten mielikuvien tai rikostyyppin) piirteiden vuoksi. Se reagoisi herkästi enemmistön senhetkisiin ja usein nopeastikin vaihtuviin tuntemuksiin, ja sen tuomitsemislinjat vaihtelisivat ennakoimattomalla ja oikeusvarmuutta vaarantavalla tavalla. Samalla se reagoisi hitaasti sellaisiin uusiin riskitekijöihin, joiden todellisesta merkityksestä yleisöllä ei vielä ole kokemusperäistä tietoa. Kuitenkin oikeushyvien tarkoituksenmukainen suojaaminen voi edellyttää rikoslain käyttöä silloinkin, kun sille ei löydy suoraa tukea oikeustajunnan vaatimuksista. Tieliikenteen kasvun myötä kävi välttämättömäksi kriminalisoida rattijuopumus, mutta kesti vuosikymmeniä, ennen kuin tuo kielto sai taakseen myös oikeustajunnan ja yleisen mielipiteen tuen. Sama kehitys on havaittavissa useilla ns. modernin rikosoikeuden lohkon (talous- ja ympäristörikokset) alalla. Laajemmassa mitassa tämä kehitys näkyi rikosoikeudellisten vastuuperiaatteiden vuosisatoja kestäneenä hitaana muuntumisena seurausvastuujattelusta syyllisyysvastuun ja oikeushyvien vaarantamisen suuntaan.”¹⁹

Tästä ei seuraa, etteikö oikeustajulla ole merkitystä rangaistustasojen asettelussa. Oikeustaju on yhtenä tekijänä muiden joukossa määrittämässä lainsäätäjän toimintavapautta.²⁰ Mutta siitä seuraa, ettei sen enempää lainsäätäjän kuin lainkäyttäjänkään tule kyselemättä seurata oikeustajun vaatimuksia – tai sellaisiksi kuviteltuja.

Millaisia nuo vaatimukset sitten ovat, ja mihin ne perustuvat? Jälkimmäiseen kysymykseen on tarjolla vain niukalti vastauksia, edelliseen hieman enemmän.

19 Lappi-Seppälä 2000, s. 315.

20 Ks. Dworkin 1977, s. 255: ”No legislator can afford to ignore public’s outrage. It is fact he must reckon with. It will set the boundaries of what is feasible, and it will determine the strategies of persuasion within these boundaries” (Dworkin 1977, s. 255). Mutta politiikan realiteetit ja kestävä moraali- ja kriminalisointiperiaatteet on kuitenkin pidettävä toisistaan erillään: ”But we must not confuse strategy with justice, nor facts of political life with principles of political morality” (ibid.).

4. Oikeustajua mittaamassa

Mielipiteitä vai harkittuja käsityksiä? Oikeustajun sisällöstä saatava kuva vaihtelee tutkimusmetodin mukaan. Mikä hyvänsä yksinkertaisin kysymyksiin toteutettu gallup – Suomessa tai muualla maailmassa – tuottaa tuloksen, että vastaajien valtaosa on valmis vaatimaan nykyistä kovempia rangaistuksia.²¹ Näin siitä riippumatta, mikä on kulloinenkin rangaistustaso. Yhtä säännönmukaista on, että nuo vaatimukset lievenevät, mitä enemmän tausta- ja tapaustietoja vastaajille annetaan.²² Uudemmassa anglosaksisessa oikeustajututkimuksessa tehdäänkin ero yleisen mielipiteen (”public opinion”) ja ”harkintaan perustuvan yleisen oikeustajun” (”public judgment”) välillä.²³ Pohjoismaisessa oikeustajututkimuksessa taas erotetaan spontaani/yleinen oikeustaju, informoitu oikeustaju ja konkreettinen oikeustaju. Mediagallupit mittaavat ensin mainittua, oikeustajututkimukset pyrkivät kartoittamaan kahta jälkimmäistä.

Pohjoismaisia oikeustajututkimuksia: yritys konkreettisen oikeustajun mittaamiseen. Etevin pohjoismaissa toteutettu oikeustajututkimus julkaistiin Tanskassa vuonna 2006.²⁴ Tutkimus koostui useista osioista. (1) Ensimmäisessä vaiheessa vastaajilta tiedusteltiin yleisesti kantaa siihen, ovatko rangaistukset ankaruudeltaan sopivia, liian lieviä vai liian ankaria. Ja kuten muissakin vastaavissa kyselyissä, valtaosa (62 %) vastaajista piti rangaistuksia yleisesti liian lievinä. (2) Tämän jälkeen valitulle otokselle lähetettiin lyhyet tapauskuvaukset pyynnöin arvioida tapaukseen soveltuva rangaistus. (3) Seuraavassa vaiheessa vastaajista koottiin fokusryhmät, joissa rangaistusten ankaruudesta keskusteltiin konkreettisempien yksittäistapausten valossa ja rangaistusjärjestelmän toimintaa ja rikollisuutta koskevan tarkemman tiedon valossa. (4) Neljännessä vaiheessa vastaajia pyydettiin seuraamaan samaisten fiktiivisten tapausten videoitu ja näytelty oikeuskäsittely, sekä kertomaan tämän jälkeen kantansa tuomittavaan rangaistukseen.

21 Ks. N. Walker – M. Hough, *Public Attitudes to Sentencing. Surveys from Five Countries*. Cambridge 1988, sekä J.V. Roberts – L.J. Stalans – D. Indermauer – M. Hough, *Penal Populism and Public Opinion. Lessons from five countries*. Oxford 2003. Esimerkiksi Yhdysvalloissa 70–80 % yleisöstä on kautta 1960–1990-lukujen pitänyt tuomioita liian lievinä, vaikka rangaistustaso on tuona aikana useissa rikoksissa moninkertaistunut ja vankiluku kasvanut viisinkertaiseksi (ks. J.V. Roberts, *Public Opinion, Crime and Criminal Justice. Crime and Justice. A Review of research* vol. 16 (toim. M. Tonry). Chicago 1998).

22 Tämä on dokumentoitu jokseenkin kaikissa oikeustajututkimusten tuloksia vertaavissa kokoomaraporteissa. Informaation lisäämisen vaikutuksista vastaajakäsityksiin selvitettiin kokeellisesti mm. Englannin Home Officen toimesta vuonna 2002. Saadun lajista riippuen (video, tekstitiedote, seminaari) 32–73 % vastaajista muutti näkemyksiään oikeuslaitoksen toiminnasta ja sanktioiden sopivuudesta näkemystään (ks. B. Chapman – C. Mirrlees-Black – C. Brawn, *Improving public attitudes to the Criminal Justice System: The Impact of Information*. Home Office research Study 245. Home Office Research and Development and Statistical Directorate. July 2002. London, s. 47).

23 Ks. lähemmin esim. D. Green, *When Children Kill Children*. Cambridge 2006, s. 241 ss.

24 Ks. F. Balvig, *Danskernes syn på straff. Advokatsamfundet 2006*. Varhempia pohjoismaisia tutkimuksia ovat H.G. Axberger sekä P.E. Linden – M. Similä, *Rättsmedvetandet i Sverige*. Brå 1982:1. Stockholm 1982.

Vastaajien eri vaiheissa antamia rangaistuksia verrattiin sitten tuomaripaneelin antamiin ratkaisuihin. Tutkimuksen tapaukset valittiin rikostyypeistä, joista käytännössä seurasi aina ehdoton vankeusrangaistus. Jo mallitapauksiin annetut ensimmäiset vastaukset (vaihe 2) osoittivat, että väestö suositti lähtökohtaisesti tuomioistuinkäytäntöä lievempiä rangaistuksia. Näin siis siitä huolimatta, että väestöstä valtaosa oli samalla sitä mieltä, että rangaistukset ovat yleisesti ottaen liian lieviä (vaihe 1). Ja sen jälkeen kun vastaajat olivat tutustuneet tapausten yksityiskohtiin ja seuranneet oikeuskäsittelyn videolta (vaihe 4), ehdottomien vankeusrangaistusten suosio laski alle 20 %:iin. Näin siis rikoksissa, joista tuomioistuimet todellisuudessa langettivat aina ehdottomien vankeusrangaistuksia.²⁵

Sama tutkimus toteutettiin vuonna 2010 kevennettynä toisintona osassa Pohjoismaista ja samoin tuloksin. Ruotsissa totutettu tutkimus sisälsi kaikki alkuperäiset osavaiheet. Nyt spontaanin oikeustajun mittaukset kertoivat, että 70 % vastaajista piti rangaistuksia liian lievinä. Viimeisen vaiheen jälkeen tuomioistuinikäytäntöä ankarampia rangaistuksia suosittaneiden osuus oli laskenut 10 %:iin.²⁶

Kotimaiset oikeustajututkimukset: vertailussa yleisluontoiset ja yksityiskohdittaiset kysymykset (Taloustutkimus 1996 ja OPTL 2002). Balvigin tutkimus vuodelta 2006 videoituine oikeustapausnäytelmineen on pohjoismaiden metodisesti sofistikoitunein oikeustajututkimus. Suomessa asiasta laaditut tutkimukset ovat menetelmällisesti kevyempiä, mutta tuottavat saman perustuloksen.

Yksinkertaisinta asetelmaa edustavat meillä median tilaamat gallupit. Vuonna 1996 tällainen laadittiin Valittujen Palojen toimesta.²⁷ Taloustutkimus tiedusteli vastaajien käsityksiä eri rikoksista tuomittavien rangaistusten oikeudenmukaisuudesta. Liian lievinä annettuja rangaistuksia pitäneiden vastaajien osuus vaihteli runsaasta 50 %:sta aina 80 %:iin. Rattijuoppouden osalta tätä mieltä oli 74 % vastaajista, 21 % sopivina ja 2 % liian ankarina. Tutkimuksesta julkaistu mediatiedote otsikoi: ”Rikollisille vaaditaan kovempia rangaistuksia. Suomalaisten usko oikeusjärjestelmään on romahtanut”.²⁸

Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos julkaisi vuonna 2002 väestökyselyyn perustuvan seurantatutkimuksen vuoden 1999 sakkouudistuksen vaikutuksista ja väestön

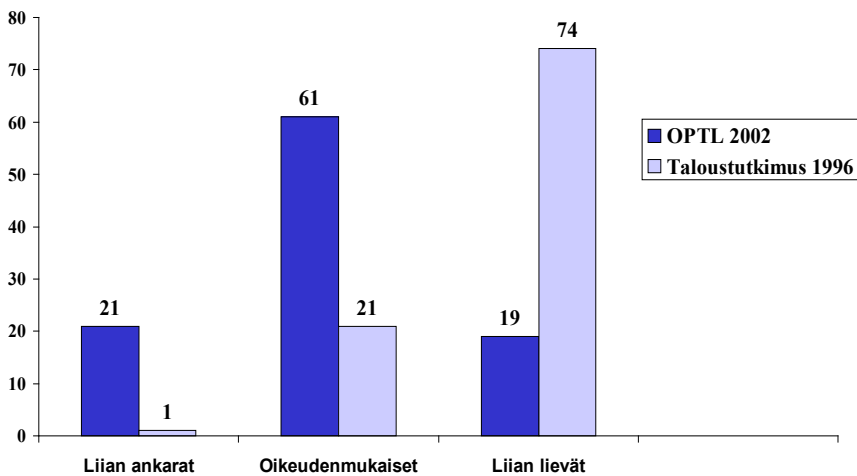
25 Ks. Balvig 2006, s. 356 ss.

26 Ks. tiivistelmä tuloksista Tham 2018, s. 151–153 ja yksityiskohtien osalta K. Jerre, The public's sense of justice in Sweden – a smorgasbord of opinions. Dissertations in criminology Vol. 33. Stockholm University 2013. Yhteispohjoismaisesta tutkimuksesta ks. esim. F. Balvig – H. Gunnlaugsson – K. Jerre – H. Tham, Den nordiske retsbevidsthedsundersogelse. NTFK 2010, s. 232–250.

27 Taloustutkimus 1996. Oikeustutkimus. Valitut Palat. Tammikuu 1996.

28 Valitut Palat. lehdistötiedot 24.4.1996.

sakkojärjestelmää koskevista käsityksistä.²⁹ Jäljempänä jaksossa 6 esiteltävässä tutkimuksessa kartoitettiin myös väestön rangaistuskäsityksiä rattijuopumusrikoksissa. Yleisluontoisten kysymysten sijaan asiaa lähestyttiin nyt konkreettisen rikostapauksen muodossa. Tapauskuvauksina kerrottiin kaksi tyypillistä rikostapausta teko-olosuhteita ja tekijää koskevana lyhyine taustatietoineen. Näistä toisessa kuljettajan verenalkoholi oli 1,5 promillen ja toisessa 0,6 promillea. Lisäksi vastaajille kerrottiin tekijän teostaan saama rangaistus. Tuo rangaistus myös vastasi silloista rangaistuskäytäntöä. Vastaajilta pyydettiin kantaa tuon rangaistuksen oikeudenmukaisuuteen. Tulosten mukaan rangaistuksia oikeudenmukaisena piti joko puolet tai kaksi kolmannesta vastaajista. Rangaistuksia liian lievinä tai liian ankarina pitäviä oli jotakuinkin yhtä suuri osa.³⁰ Taloustutkimuksen yleisluontoiseen kysymykseen vastanneiden sekä OPTL:n tarkempaan kyselyyn vastanneiden erot rattijuopumuksen perusrikoksen osalta näkyvät kuviossa 1.



Kuvio 1. Rattijuopumuksen perusmuodosta tuomittavan rangaistuksen oikeudenmukaisuus eri kyselytekniikan mukaan. Lähde: Lappi-Seppälä 2002.

Siinä missä Valittujen Palojen oikeustutkimus kertoi, että kolme neljästä suomalaisesta pitää rattijuopojen rangaistuksia liian lievinä, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimus kertoi, että yli puolet piti rangaistuksia oikeudenmukaisina.

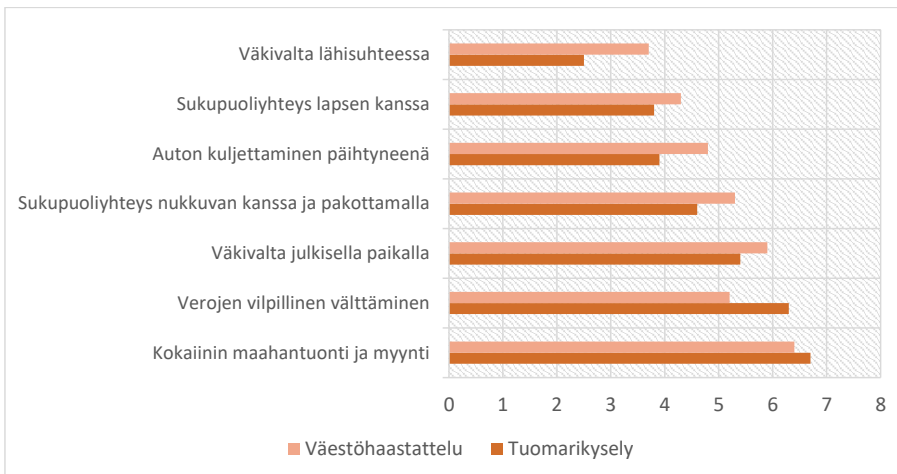
29 T. Lappi-Seppälä, Yleisökäsitykset ja vuoden 1999 sakkouudistus. Haastattelututkimus väestön sakkojärjestelmää koskevista käsityksistä vuosina 1999–2001. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 195/2002. Helsinki 2002. Kirjoituksen jaksossa 6 palataan lähemmin itse sakotusta koskeviin käsityksiin.

30 ks. lähemmin Lappi-Seppälä 2002, s. 88–92.

Lisäksi rangaistuksia liian lievinä ja liian ankarina pitäviä oli jotakuinkin yhtä paljon.

Vertailussa yleisön ja tuomareiden rangaistusasetteet (Krimo 2017). Seuraavan kerran oikeustajun ja rangaistusasetteiden sisältöä kartoitettiin Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutissa vuonna 2017. Tällä kertaa metodina oli yleisön ja ammattituomareiden antamisten vastausten vertaaminen seitsemässä rikostapauksessa. Tapauksista oli laadittu lyhyet vajaa liuskan mittaiset selosteet, jotka luettiin vastaajille haastattelutilanteessa. Tuomarit vuorostaan antoivat vastauksensa verkkokyselyn perusteella. Heiltä pyydettiin arviota siitä, mikä heidän käsityksenä mukaan oli rikoksista yleisen oikeuskäytännön mukaan seuraava tyypillinen rangaistus.³¹

Tulosten mukaan yleisön ja tuomareiden vastaukset vastaisivat hyvin pitkälle toisiaan. Kun mittana käytetään eri rangaistuslajien osuutta, yleisö oli valmis käyttämään hieman ankarampia rangaistuslajeja väkivalta- ja seksuaalirikoksissa, ja vastaavasti lieventämään rangaistuksia talous- ja huumausainerikoksissa (ks. kuvio 2). Jos mittana käytetään vankeusrangaistusten pituutta, yleisö olisi langettanut selvästikin ammattituomareita lievempiä rangaistuksia.



Kuvio 2. Rangaistuslajien perusteella määräytyvä rangaistusten ankaruus väestöhaastattelun ja tuomarikyselyn mukaan. Lähde: Kääriäinen 2017.

31 Tutkimuksen metodiikan esittelystä, ks. Kääriäinen 2017, s. 5–12.

Tutkimuksen yhtenä päätuloksena voi pitää havaintoa, jonka mukaan yleisön suosituksukset sekä tuomareiden arviot rikoksesta seuraavasta rangaistuksesta ovat pitkälle yhtenevät. Mutta toki erojakin löytyy, ja niihin on myös julkisuudessa vedottu. ”Oikeustaju vaatii ankarampia rangaistuksia seksuaali- ja väkivaltarikok- sista”, oli yleisin median julkaisema päätelmä (samalla toisensuuntaiset havainnot talous- ja huumausainerikosten osalta pääsääntöisesti ohitettiin).

Mutta saatiinko tutkimuksella asiasta lopullinen näyttö, vaiko vain paras tähänastisista? Valitettavasti on pakko kallistua jälkimmäiselle kannalle.³² Syy ei ole tutkimuksen toteutuksessa, vaan tutkittavassa ongelmassa. Sikäli kun tavoitteena on verrata todellisten päätöksentekijöiden (tuomareiden) sekä yleisön kantojen eroja ja yhteneväisyyksiä asettamalla mittauksen lisäehdoksi, että molemmilla pitäisi olla käytössään sama tietomäärä tapauksesta ja sen taustoista, tulee mittausasetelma aina jäämään vajaaksi. Mikään järjestely ei tule asettamaan vastaajia rinnasteiseen asemaan todellisen ratkaisijan kanssa. Eikä mikään tutkimus tule kertomaan, miten vastaajat tuomitsisivat, jos he olisivat tuomareita ja kaiken sen tapaustiedon haltijoita, joka todellisella ratkaisijalla on käytössään.³³ Mutta vaikka meillä tämä tieto puuttuu, meillä on tiedossa se *suunta*, mihin yleisökäsityksen kääntäisivät, jos tapaus- ja taustatiedon määrä lisättäisiin (myös siitä mitä Krimon vuoden 2017 tutkimuksessa oli yleisövastaajille esittää). Vankimman näytön tästä antoi Balvigin vuoden 2006 tutkimus, joka kertoi rangaistusvaatimusten lieventyneen ennen kaikkea oikeussaliesitysten myötä. Ei ole perusteita olettaa, etteikö samoin olisi voinut käydä Suomessa, mikäli tutkimusasetelma ja resurssit olisivat tämän sallineet.

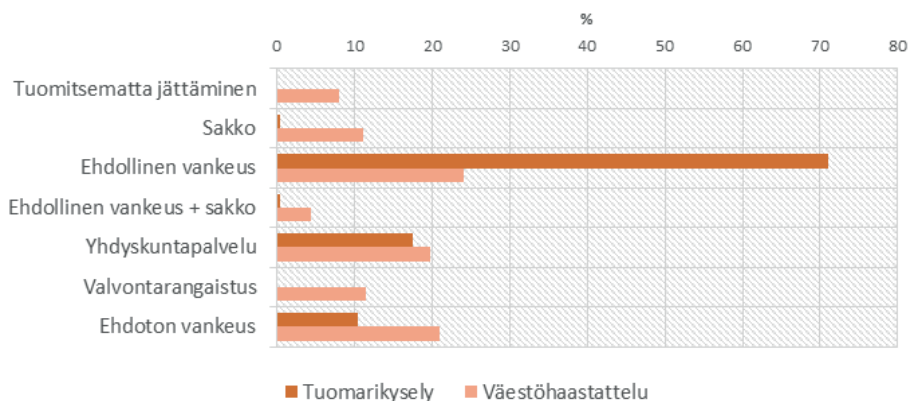
Miksi kysymysten yleisyydellä on merkitystä? Tutkimus toisensa jälkeen siis kertoo, kuinka yleisluontoisten kysymysten mittaamat rangaistusvaatimukset lievenevät, kun tapaustietoja ja taustoja kasvatetaan. Ilmiön perusselitys löytyy yleisluontoisten kysymysten jättämistä tiedon aukoista sekä vastaajien luonnollisesta tarpeesta nuo aukot täyttää. Jos rikoksesta ei kerrota muuta kuin nimike, joutuu vastaaja luomaan itselleen edes jonkinlaisen kuvan rikoksesta ja sen tekijästä. Tässä hän joutuu turvautumaan siihen tietoon ja mielikuviin, mikä hänellä on rikoksista, niiden tekijöistä ja rangaistuksista. Tuota tietoa ei haeta kriminologian oppikirjoista tai rangaistustilastoista. Se löytyy ennen kaikkea median ja viihteen kuvauksista ja uutisten välittämistä dramaattisista yksittäistapauksista. Kun kysytään ”rattijuopoista”, mielissä on kuoleman aiheuttava humalainen ylijajaja,

32 Krimon tutkimukseen ei esimerkiksi sisällynyt sen enempää fokusryhmä- kuin videointivaihtakaan.

33 Tieto ja sen määrä ei ole ainoa arvioinneissa vaikuttava seikka, eikä tapausta koskevan informaation kasvattaminen tulisi johtamaan yhtenäiseen ja eri ryhmien erot tasoittavaan oikeuskäytäntöön. Myös tuomareiden antamien ratkaisujen välillä löytyy eroja, silloinkin kun toimitaan saman tapausaineiston pohjalta (konkreettisenä esimerkkinä vaikka korkeimman oikeuden mittaamista koskevat lukuisat äänestyspäätökset).

ei tavanomainen ajotilanne, jossa kuljettaja jää kiinni tienvarsipuhallutuksessa. Kun kysytään lapsiin kohdistuvista seksuaalirikoksista, mielissä on pikkutyttöjä pitkään hyväksikäyttävä pedofiili, ei suostumusperustainen sukupuoliyhteys 15 vuotiaan uhrin ja häntä viisi vuotta vanhemman henkilön välillä. Gallupin tekijät, vastaajat ja tulosten tulkitsijat eivät puhu samoista asioista.

Yleisen oikeustajun yleisyys. Puhe yleisestä oikeustajusta olettaa helposti, että ihmisillä on asioista käsitys, ja, että tuo käsitys on myös yhteinen. Kumpikaan oletus ei välttämättä pidä paikkaansa. Kaikkia, tai edes suurinta osaa ihmisistä, kiinnostavia asioita on vähän. Ja niistäkin yleisöllä harvemmin on yhteistä näkemystä. Ruotsin rikosentorjuntaneuvoston (Brottsförebyggande rådet, Brå) vuonna 1996 julkaisema tutkimus päätyi asettamaan otsikkonsa lainausmerkkeihin, ”Det Almäna Rättsmedvetande”.³⁴ Tällä tavalla haluttiin tuoda esille se tutkimuksen perustulos, jonka mukaan puhe yleisestä oikeustajusta on käsitysten eroavaisuuksien vuoksi suureksi osaksi fiktio. Sama havainto korostui sekä pohjoismaisessa tutkimuksessa että Krimon äskettäisessä oikeustajututkimuksessa. Annetut vastaukset vaihtelivat eräissä rikoksissa jo siinä määrin laajasti, että puhe *yleisestä* oikeustajusta vaikuttaa jotakuinkin perusteettomalta. Yleisön ja tuomareiden linjaukset lapsen seksuaalisen hyväksikäyttöön sovellettavista rangaistuksista näyttivät seuraavilta (kuvio 3).



Kuvio 3. Lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä annetut rangaistukset väestöhaastattelun ja tuomarikyselyn mukaan. Lähde: Kääriäinen 2017.

34 Ks. H-G. Axberger, ”Det almäna rättsmedvetandet”. Brå rapport 1996:1. Stockholm 1996. Sama painotus toistuu myös Jerren (2013) työssä (The public’s sense of justice in Sweden – a smorgasbord of opinions).

Kun sakko ja tuomitsematta jättäminen lasketaan yhdeksi (lievimmäksi) vaihtoehdoksi, yleisön kannatus jakaantui viiden perusvaihtoehdon välille jokseenkin tasaisesti. Kutakin vaihtoehtoa kannatti viidennes vastaajista. Mikä siis olisi saadun tuloksen pohjalta yleisen oikeustajun suositus tämän rikoksen rangaistukseksi?³⁵

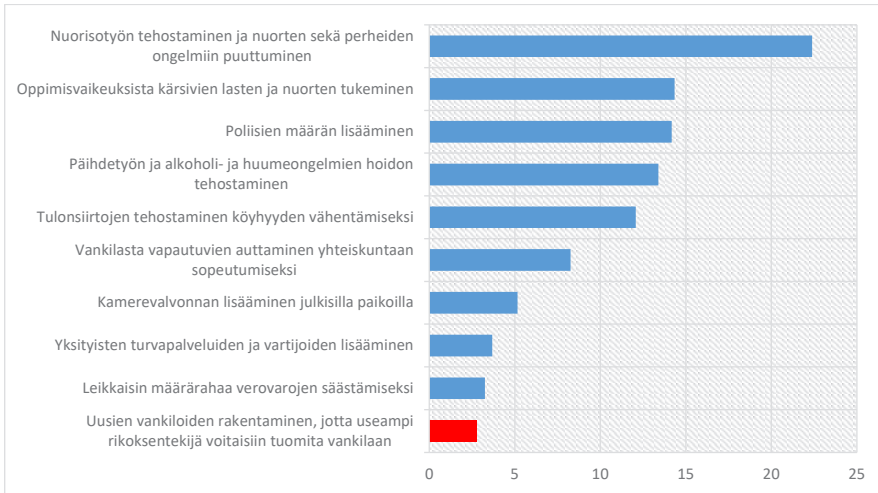
5. Mitä kansa haluaa – rangaistuksia vaiko tehokasta rikosten torjuntaa?

Poliittinen keskustelu käyttää rangaistusaseteita koskevia mittaustuloksia rangaistuspoliittisina argumentteina. Niiden tulkitaan kertovan suuren yleisön valinnoista ja vaatimuksista, joita poliitikot omilla esityksillään sitten vievät eteenpäin. Mutta kuinka hyvin nämä vastaajien preferenssit ja valinnat ovat tulleet kartoitetuksi, jos mittaukset on rajattu koskemaan vain rangaistuksia? Todellisessa poliittisessa valintatilanteessahan rangaistukset eivät ole ainoa – tai käytännössä edes merkittävin – suojautumiskeino rikoksia vastaan. Siltä osin, kuin näistä mittauksista tahdotaan etsiä ohjetta sille, kuinka päättäjien tulisi priorisoida eri toimintavaihtoehtoja rikoksia torjuttaessa, olisi nuo samat vaihtoehdot myös syytä esitellä vastaajien harkittaviksi. Jos keskustellaan vain rangaistuksista, saadaan vastauksia, jotka koskevat vain rangaistuksia. Jos mukaan tuodaan muut vaihtoehdot – joita käytännön valintatilanteissa aina on tarjolla – rangaistusten suosio myös vaimenee.

Tulos vahvistui myös Krimon oikeustajututkimuksessa. Kun vastaajia pyydettiin kertomaan, miten nuorisorikollisuuden torjumiseksi käyttöön annettava kuvitteellinen lisäresurssi olisi heidän mielestensä syytä kohdentaa, sai vankiloiden rakentaminen kymmenestä esillä olleesta vaihtoehdoista vähiten kannatusta.

35 Lisämielenkiintoa asetelmaan tuo, että kysytty rikostapaus vastasi varsin läheisesti korkeimman oikeuden ennakkotapauksessa KKO 2018:35 ratkaistua tapausta. Ratkaisussa KKO kärjääioikeuden alun alkaen langettama 8 kuukauden ehdollinen vankeus kohosi aluksi hovioikeudessa vuoden ja 10 kuukauden ehdolliseksi vankeudeksi, jonka KKO korotti sittemmin kahden vuoden ehdottomaksi vankeudeksi. Tapauksia erotti se, että oikeustajututkimuksessa esitellyssä tapauksessa osapuolet olivat kolme kertaa sukupuoliyhteydessä tavattuun sitä ennen muutaman kerran. Kun taas KKO:n ratkaisussa osapuolet päätyivät sukupuoliyhteyteen ensi tapaamisella, jolloin uhri oli myös nauttinut alkoholia. Yhtä kaikki, arvioitavaksi jää, olisivatko nämä erot tapauspiirteiden välissä niin suuret, että niiden varaan voisi perustaa havaittavissa olevan jyrkän eron KKO:n tuomitseman rangaistuksen (2 vuotta ehdottomana) ja yleisökäsitysten (lyhyt ehdollinen, yhdyskuntapalvelu, valvonta, sakko tai tuomitsematta jättäminen) välillä? Ks. tapauskuvauksista lähemmin Kääriäinen 2017, s. 16 sekä KKO 2018:35.

Kärkipaikan veivät nuorisotyön tehostaminen ja oppimisvaikeuksista kärsivien lasten ja nuorten tukeminen.³⁶



Kuvio 4. Vaihtoehtoisten nuorisorikollisuuden torjuntatoimien suosio väestöhaastattelun mukaan. Lähde: Kääriäinen 2017.

Jos ihmiset saisivat valita, he olisivat valmiita investoimaan muihin kuin rankaisullisiin keinoihin. Oikeustajumittauksissa annetut vastaukset tuntuisivat kuitenkin puoltavan rangaistusten lisäkäyttöä. Ristiriitaista vaikuttavaa kantaa voi kuitenkin pitää vastaajan näkökannalta *siinä keskustelutilanteessa*, jossa tarkastelussa ovat vain rangaistukset, kuitenkin järkeenkäyvä. Koska rikoksilta suojautuminen on jokseenkin meidän jokaisen näkökulmasta järkevää ja usein myös tarpeellista, on selvää, että tarjottuun keinoon myös tartutaan.

Mutta tarkoittaako tämä, että ihmiset todella kannattavat ankarampia rangaistuksia, ja ennen kaikkea, antaako yleisö kannatuksensa kovennuksille kovennusten itsensä ja niiden mukanaan tuoman lisäkäsityksen vuoksi? Vai olisiko niin, että perusmyönteinen suhtautuminen rangaistusten lisäkäyttöön liittyy yleisön koettuun tarpeeseen saada suojaa rikoksia vastaan. Kuten Brå:n vuoden 1995 raportissa todetaan, vastaukset kysymykseen ”ovatko rangaistuksen kohdallaan”, voivat kertoa pikemminkin kantaa kysymykseen ”ovatko valtiovallan toimet ri-

36 Kysymys kuului kokonaisuudessaan: ”Ajatelkaa, että Te olisitte päätöksentekijän asemassa. Valtion budjettiin on tullut uusi 100 miljoonan euron määräraha rikollisuuden torjuntaan. Tehtävänne olisi päättää, miten varat jaettaisiin eri toimenpiteiden kesken. Miten Te jakaisitte 100 miljoonaa euroa seuraavassa mainittuihin toimenpiteisiin?” Ks. Kääriäinen 2017, s. 41 ss.

kosten torjumiseen olleet ylipäättään riittäviä”.³⁷ Ja jos näin on, jää vastattavaksi, palvelevatko tehdyt ratkaisut näitä rangaistuskannanottojen taustalla olevia tarpeita ja odotuksia? Vai olisiko niin, että samat resurssit toisaalle suunnattuna olisivat tuoneet yleisön omien intressien ja tarpeiden kannalta paremman ratkaisun? Eli, edistääkö rangaistuksia yleisen oikeustajun vaatimusten perusteella koventava poliitikko todellakin yleisön omia toiveita ja intressejä?

6. Oikeustaju ja vähemmistöt: ketä yleinen oikeustaju edustaa ja keistä se huolehtii?

Oikeustaju on oletettua moniulotteisempi. Jos alan tutkimuksesta voi jotain yleispätevää sanoa, on se tulos, jonka mukaan yleisen oikeustajun sisältöä ei kannata ennakoida, yleistää eikä yksinkertaistaa.

Vuoden 1999 sakkouudistus ja oletukset brutto- ja nettosakotuksen oikeudenmukaisuuseroista. Ennen pääministeri Sipilän hallitusohjelmaa, ohjelmat eivät juuri olleet sisältäneet rikoslain yksityiskohtiin eteneviä toimeksiantoja. Poikkeuksena kuitenkin pääministeri Lipposen hallitusohjelma II vuosille 1995–1999, jonka mukaan ”selvitetään siirtymistä nettotulon käyttämiseen sakotuksen perusteena”.

Siirtymää bruttosakotuksesta nettosakotukseen perusteltiin poliittisessa keskustelussa yleisen oikeustajun vaatimuksilla sekä bruttosakotuksen koetulla epäoikeudenmukaisuudella.³⁸ Sakkouudistuksen vaikutuksia kartoittanut Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimus osoitti toisaalta, että päiväsakotusjärjestelmää pidettiin yleisesti oikeudenmukaisena (70 % vastaajista). Sen sijaan ihmisillä ei ylipäättään ollut käsitystä sakotuksen perustasta. Puolet vastaajista arvioi ennen uudistusta, että sakotus perustuu (virheellisesti) nettotuloihin ja vajaa puolet uskoi sen perustuvan (oikein) bruttotuloihin. Kaksi vuotta uudistuksen jälkeen osuudet olivat lähes tarkalleen saman suuruiset. Eikä käsityksillä siitä, perustuuko sakotus brutto- tai nettotuloihin ollut myöskään yhteyttä oikeudenmukaisuuskäsityksiin. Päiväsakon määräämisperustetta oikeudenmukaisena pitäviä oli ”nettoryhmässä” 71 % ja ”bruttoryhmässä” 73 %.³⁹

37 Axberger 1996.

38 Esim. kansanedustaja Markku Pohjola eduskunnassa 21.3.1996: ”Jo pitkään kansalaiset ovat kokeneet sakotuskäytännön kohtuuttomaksi. Sakotuksen perustana olevat bruttotulot ovat johtaneet siihen, että langetettavat sakkotuomiot ovat usein olleet kohtuuttoman suuret rikkomuksen laatu huomioon ottaen.” https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Poytakirja/Documents/ptk_31+1996.pdf.

39 Ks. lähemmin Lappi-Seppälä 2002, s. 56–62.

Uudistuksen lähempänä tavoitteena oli, että sakot koetaan eri tulonsaajaryhmissä aiempaa oikeudenmukaisemmaksi. Uudistus lievensi suurituloisempien sakkoja. Kuitenkin sakkoja liian ankarina pitäneiden osuus kasvoi nimenomaan siinä ryhmässä, jonka sakkoja uudistuksella lievennettiin.⁴⁰ Uudistuksen pönätimenä oli myös oletus sakotuksen koetusta kohtuuttomuudesta suuremmissa tuloluokissa. Kun asiaa tiedusteli yleisöltä, kanta oli kuitenkin pikemminkin päinvastainen. Tulojen mukaan määräytyvää työttömän sakkoja pidettiin esimerkiksi tapauksessa yleisesti liian ankarina ja johtajien liian lievinä. Yleisökäsitykset eivät lopulta juurikaan vastanneet lainsäätäjän oletuksia. Eikä muutoksia myöskään otettu vastaan siten kuin lakia säädettäessä ehkä oletettiin.⁴¹

Demokratiaan kuuluu vähemmistösuoja. Havainto, jonka mukaan yleisö koki suurituloisten sakot pikemminkin liian lieviksi kuin liian ankariksi, nostaa esille yleistä oikeustajua koskevan periaatteellisemmän kysymyksen. Tämä ensinäkemältä ehkä yllättävä tulos oli itseasiassa hyvinkin odotettu. Yleinen oikeustaju sekä vastaajien keskimääräiskanta sakotuksen oikeudenmukaisuuteen ovat yhteydessä vastaajien tulotasoon. Pienituloisia on aina enemmän kuin suurituloisia. Kun enemmistön kantaa mitataan, vastauksissa heijastuu vastaajien oma etu (ja kateus). Enemmistö olisi valmis kiristämään suurituloisten sakkoja, koska ”rikkailla on kyllä varaa maksaa”. Tästä ei kuitenkaan liene lupa suoraan päätellä, että suurituloisten sakkoja tulisi enemmistön niin toivoessa korottaa. Jos suurituloisten sakot olivat liian ankarat, ne saattoivat olla sitä aivan yleisen oikeustajun kannasta riippumatta.⁴²

Samaan ongelmaan törmäämme rangaistusjärjestelmän puolella laajemmin. Lakia kunnioittava enemmistö edustaa itseään. On kuitenkin demokratian perusarvojen kannalta ongelmallista, jos epäsuosittujen vähemmistöjen kohtalo jää yksin enemmistövallan varaan. Demokratia vaatii, ei vain enemmistön, vaan myös muiden ryhmien kuuntelemista. Se vaatii myös vähemmistösuojan. Tätä suojaa edustavat moraalipopulismin rajoitteiksi asettuvat kriminalisointi- ja sanktiointiperiaatteet. Niiden normatiivisen ja moraalisen painoarvon taakse on esittää muitakin syitä kuin sen, että valtaosa ihmisistä nyt vain on tätä mieltä.

40 Ibid., s. 75–76.

41 Ks. tutkimuksen yhteenvetoa, Lappi-Seppälä 2002, s. 145–146.

42 Ehkä hieman kärjistäen: uudistuksen tavoite olikin ollut paremmin muotoiltavissa siten, ettei tavoitteena ollut ”yleisen” oikeustajun, vaan ”suurituloisten ryhmän erityisen oikeustajun”, vaatimusten seuraaminen.

7. Oikeustaju, legitimitetti ja lainnoudattaminen

Edellä esiteltyjen huomioiden tehtävänä on ollut paikantaa yksinkertaiselta kuulostavaan vaatimukseen ”rangaistukset vastaavat yleistä oikeustajua” sisältyviä periaatteellisia ja käytännöllisiä ongelmia. Niistä ei seuraa, etteikö ”yleisen oikeustajun” (tai paremminkin yleisten moraalikäsitusten ja yhteisön arvovakenteen) ja rikoslain sisällön välillä tulisi vallita jonkinasteinen vastaavuussuhde. Viimekätinen perustelu tuon vastaavuussuhteen vaatimiselle ja vaalimiselle on käsitykseni mukaan kuitenkin löydettävissä – ei oikeustajun moraalisesta itseisarvosta – vaan rikoslain perustehtävästä ja niistä ehdoista, joita tuon järjestelmän tulee täyttää, jotta se tuosta tehtävästään kunnialla suoriutuu.

Rikoslain tehtävä on – asiat tiivistäen – tärkeiden yksilöllisen ja yhteisöllisten intressien suojaaminen toisten taholta uhkaavia loukkauksia vastaan. Rangaistus on se väline, jolla rikoslaki tähän päämäärään pyrkii. Yleisestävyys on vuorostaan se tapa ja kanava, jolla tavoiteltu intressisuoja ja rikostentorjunta saavutetaan.⁴³

Lainnoudattamisen motiivit. Yleisestävyys viittaa rangaistusten ja rangaistusuhkien yleiseen (kaikkia koskevaan) käyttäytymistä ohjaavaan vaikutukseen. Rangaistuksen uhka (tai oma arvio kiinnijäämisen mahdollisuudesta) voi toimia käyttäytymisen välittömänä motiivina, jolloin on tapana puhua pelotevaikutuksesta. Pohjoismainen rikosoikeusteoria ja kriminologia ovat kuitenkin jo 1940-luvulta lähtien korostaneet myös rikoslakiin sisältyvien rangaistusuhkien sekä rikoslain soveltamisen käyttäytymisnormeja vahvistavaa ja niin sanottua moraalialue luovaa vaikutusta. Perusajatuksen mukaan rangaistus yhteiskunnan moitteena muovaa ja ohjaa vähitellen yksilön omia arvoja ja valintoja. Prosessin myötä lakien noudattaminen perustuu ajan myötä sisäistettyihin normeihin ja järjestelmän saamaan hyväksyntään, ei niinkään ulkoisiin palkkioihin tai sanktioihin. Pitkälti samoille oletuksilla lakien noudattamisen motiiveista ja mekanismeista rakentuu myös anglosaksisella kielialueella 1990-luvun jälkeen yhä vahvemman aseman saanut proseduraalisen oikeudenmukaisuuden teoria.⁴⁴ Molemmille teoriaperinteille on

43 Rangaistuksen perustelutavat (rangaistusteoriat) ja näiden väliset suhteet ovat esitettyä mutkikkaammat, mutta tuon rakennelman yksityiskohdilla ei aiheen kannalta ole ratkaisevaa merkitystä (ks. täältä osin tarkemmin Lappi-Seppälä 2000, s. 15–87; kriminalisointiperiaatteiden osalta ks. Melander 2008).

44 ”Normative vs. instrumental compliance”. Paljolti Yhdysvaltalaisen Tom Tylerin (Why People Obey the Law. Yale University Press 1990) tutkimusten pohjalta alkanut suuntaus on laventunut mm. poliisitoimen tehokkuuden ehtojen, rikoskäyttäytymisen selittämisen sekä vankeusrangaistuksen vaikuttavuuden ja sisällölle asetettävien eettisten vaatimusten suuntaan. Ks. lähemmin A. Bottoms – J. Tankebe, Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy in Criminal Justice. The Journal of Criminal Law & Criminology 2012 vol. 102(1), s. 119–170, sekä kirjoituksia kokoomateoksessa J. Tankebe – A. Liebling (eds), Legitimacy and Criminal Justice. An international exploration. Oxford 2013.

yhteistä näkemys, jonka mukaan rikosoikeudellisen järjestelmän ohjausvaikutus on vahvassa yhteydessä sen legitimitettiin ja koettuun oikeudenmukaisuuteen.⁴⁵

Havainto liittyy yhteen yleisen oikeustajun ja lainnoudattamisen. Tarve kuunnella oikeustajun vaatimuksia voidaan perustaa järjestelmän legitimitetin vaatimukseen. Ajatus on, että syvä ristiriita empiirisen oikeustajun ja järjestelmän sisällön välillä murentaa kunnioitusta normiston sisältöä, arvoa ja sitovuutta kohtaan. Sellaisena se vaarantaa lain ohjaavan ja yhteiskuntarauhaa turvaavan tehtävän. Tämä näkökohta tarjoaa käsitykseni mukaan teoreettisesti ja eettisesti pitävän perustelun vaatimuksille kiinnittää huomio yleisön käsityksiin ja kokemuksiin rikoslakien sisällöstä ja rikosoikeusjärjestelmän toimintatavoista. Mutta samalla on tärkeä nähdä, mitä tähän näkökohtaan sisältyy, ja mitä siihen ei sisälly.

Oikeustaju ja legitimitettkriisit. Siltä osin kuin oikeushistoriasta on löydettävissä esimerkkejä tilanteista, joissa yleisen oikeustajun kanssa pysyvään ristiriitaan joutunut normisto on menettänyt ohjaavaa merkitystään, ei kyse ole ollut hienosäädöstä yleisen oikeustajun ja rangaistusjärjestelmän yksityiskohtien välillä, vaan syvästä epäoikeudenmukaisuuden kokemuksesta tai luottamuksen menettämisestä sen suhteen, toimiiko järjestelmä todella kaikkien parhaaksi ja kaikkien etuja ajaen. On lisäksi paljon helpompi keksi esimerkkejä liiallisen ankaran rikosoikeuden tai liiallisen laajalle ulottuvan kontrollin tuottamista legitimitettkriiseistä, kun löytää tapauksia, joissa liiallisen lieväksi ajautunut rangaistusjärjestelmä olisi murentanut legitimitetin ja synnyttänyt sitä kautta yhteiskuntarauhaa vaarantavan rikosaallon.

”Liiallisen kontrollin” kriisistä on meillä esittää esimerkkinä kieltolaki ja sen kaatuminen. Toisen esimerkin voisi tarjota vaikkapa keskiajan lopun ja uuden ajan alun brutaali rikosoikeudenkäyttö ja sitä vastaan reagoi eurooppalainen valistusaate. Mitä sitten voisi seurata ”liiallisesta lievydestä”? Ensimmäisenä mieleen tulee heikentyneen pelotteen myötä kasvanut rikollisuus. Tältä osin ei kuitenkaan olisi kyse tässä pohdittavana olevista *loukatun oikeustajun* tuomista reaktioista, vaan välittömän pelotevention vaikutuksista (tai niiden puuttumisesta). Tuo kysymys kaipaisi oman tarkastelunsa ja pohjaa tietoon ja arvioihin rangaistuksen vaikutuksista. Tässä yhteydessä riittänee havaita, etteivät suuren luokan rikollisuusmuutokset sen enempää Suomessa kuin Ruotsissa ole liittyneet

45 Tässä ei ole mahdollisuutta syventyä legitimitetin teoriaan sen tarkemmin. Angolsaksisen kiellialueen keskustelut legitimitettiin ja lainnoudattamisen yhteyksistä nojaavat pitkälle David Beethamin asiassa 1990-luvun alussa kirjoittamaan (ks. David Beetham, *The Legitimation of Power*. Lontoo: Macmillan 1991). Euroopan Sosiaalisen tutkimuksen luottamusosion raportti tiivistää seuraavasti: ”Legitimitetistä on kyse silloin, kun yksilöt tunnustavat instituutioiden toimivallan ja tuntevat vastaavasti velvollisuutta kunnioittaa sitä itse (hyväksyntä). Lisäksi legitimitetti tarkoittaa sitä, että yksilöt uskovat, että instituutioilla on oma moraalinen tarkoituksensa (yhteiset arvot) ja että oikeudelliset instituutiot noudattavat omia sääntöjään sekä yhteiskunnassa vallitsevia sääntöjä (lain mukaan toimiminen).” Ks. Jackson et al. 2019 (lähdetiedot alaviitteessä 48).

rangaistusjärjestelmien muutoksiin suuntaan tai toiseen, vaan yhteiskunnallisiin murroksiin, kriiseihin sekä niistä toipumisiin.⁴⁶ Näissäkin saattoi olla toki kyse myös oikeusjärjestyksen legitimitetin kärsimisestä vaurioista, mutta tuota vahinkoa ei ollut tuottamassa rikosoikeuden liiallinen lievyys, vaan syyt löytyivät sosiaalisista, taloudellisista ja poliittisista rakenteista ja -olosuhteista.

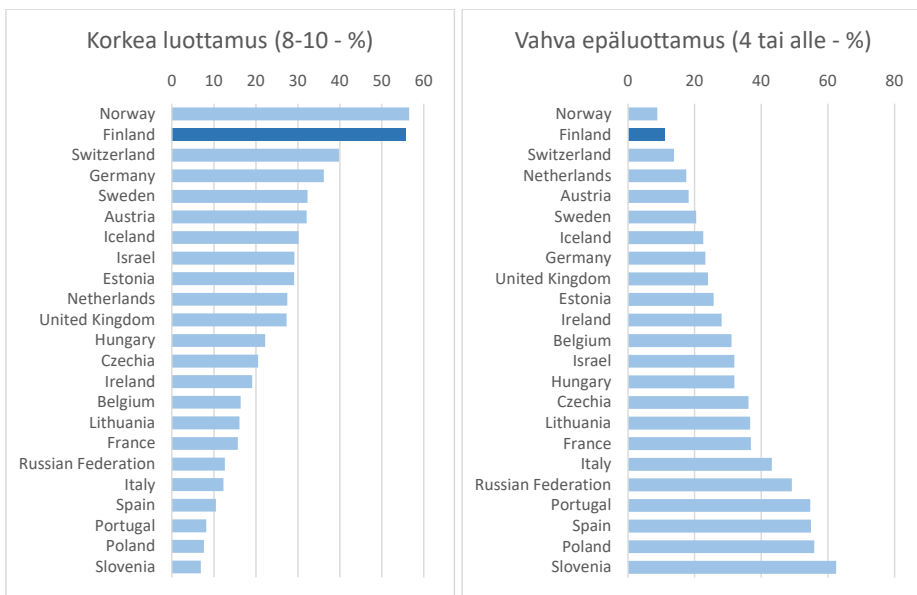
Rikosoikeudellisen kontrollijärjestelmän toiminta on yksittäistapauksissa synnyttänyt legitimitteettikriiseiksi luonnehdittavia mellakoita, niin Yhdysvalloissa kuin Englannissakin, mutta näitäkään voi tuskin tulkita reaktioiksi *yleisesti* liian lieväksi koettua rangaistusjärjestelmää vastaan. Kyse on ollut pikemminkin turhautumisesta epäreiluksi ja sosiaalisesti selektiiviseksi koetun viranomaisjärjestelmän tapaan sen tutkiessa omaa toimintaansa. Mutta millaisia voisivat sitten olla ne reaktiot ja häiriötilat, joiden pohjana olisi nimenomaan rikosoikeuden yleisen lievyyden luoma tyytymättömyys? Todennäköisin esimerkki ”lievyyteen perustuvasta legitimitteettikriisistä” lienee (rikos)lain toimimattomuuteen tyytymättömien turvautuminen oman käden oikeuteen. Suomen historiasta poimittavia esimerkkejä voisivat olla Lapuan liikkeen kyyditykset, liivijengiläisten toimeenpanema kapupartiointi, sekä viimeksi lapsiin kohdistuvien seksuaalirikosten synnyttämä ulkomaalaisiin kohdistunut vihapuhe. Näitä kaikkia yhdisti tyytymättömyys siihen, ettei oikeusjärjestys ollut riittävän kovalla kädellä puuttunut (yhden ihmisryhmän) oikeustajun osoittamiin epäkohtiin. Mutta siinä, missä liiallisen ankaran rikosoikeuden synnyttämän kriisin korjauskeinot näyttäytyvät mutkattomina (rikoslain lieventäminen), toimet liiallisen lieväksi tai tehottomaksi koetun sääntelyn synnyttämien reaktioiden hillintään ovat toisessa asemassa. Oikeusvaltiossa tuskin sopii astua omankädenoikeutta harjoittavia vastaan heidän vaatimuksiinsa myönteillen. Sekin olisi vastoin yleisesti hyväksytyjä oikeudellisia periaatteitamme ja legalismin perinnettä.

Legitimitettä ja luottamusta mittaamassa. Legitimitetin ja rikosoikeusjärjestelmän toimivuuden ylläpito edellyttää, ettei seuraamuksia koeta kohtuuttoman lieviksi tai kohtuuttoman ankariksi. Jos sanktiopolitiikan ohjeena on legitimitteettikriisin välttäminen, käytössä oleva liikkumavaraa on ilmeisen lavea.⁴⁷ Mikään

46 Ks. tältä osin tarkasteluja esim. kirjoituksissa H. von Hofer – T. Lappi-Seppälä, *The Development of Crime in Light of Finnish and Swedish criminal justice statistics, ca. 1750–2010*. *European Journal of Criminology* 2013 sekä T. Lappi-Seppälä, *Historiantutkimus ja kriminaalipolitiikan analyysi – tapausesimerkkejä ja historian opetuksia*. *Lakimies* 4/2013. Aihetta kommentoivat myös edeltävässä alaviitteessä mainitut lähteet.

47 Legitimitteetti ymmärretään tässä yhteydessä empiirisenä, ei normatiivisena. Jälkimmäinen näkökulma toisi mukanaan lopultakin juuri ne näkökohdat, jotka vaativat rikosoikeuden käyttöperusteita täydennettäväksi normatiivisilla, perus- ja ihmisoikeuksiin sekä rangaistusjärjestelmän perustehtäviin kytkeytyvillä näkökohdilla. Ks. erityisesti S. Snacken, *Legitimacy of Penal Policies. Punishments between Normative and Empirical Legitimacy*. Teoksessa *Legitimacy and Compliance in Criminal Justice* (toim. A. Crawford – A. Hucklesby). Routledge 2013, sekä alaviitteissä 44–45 mainittu kirjallisuus. Aiheesta kotimaisessa oikeusteoriassa, K. Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*. *WSLT* 2000, s. 260 s.

meillä tehdyistä oikeustajumittauksista ei tue kantaa, että yleisökäsitysten ja kansalaisten odotusten välillä olisi legitimitettiin murentava tai sitä edes vaarantava ristiriita. Eikä mikään oikeuslaitokseen kohdistettavaa luottamusta koskevista mittauksista viittaa siihen, että järjestelmämme kärsisi luottamuspulasta. Luottamus niin tuomioistuimiin kuin poliisiinkin on saatavilla olevan tutkimustiedon mukaan Suomessa sekä muissa pohjoismaissa kansainvälistä huippuluokkaa, aina siitä lähtien kun asiaa on 1980-luvun alusta lähtien kartoitettu. Luottamus poliisiin on viimeisimpien mittausten mukaan Euroopan korkein, luottamus tuomioistuimiin taas toiseksi korkein heti Norjan jälkeen. Kuvio 5 kertoo Euroopan maiden keskinäisen järjestyksen sekä korkean luottamuksen että epäluottamuksen arvojen mitattuna. Kyselyssä vastaajia pyydettiin arvioimaan tuomioistuimiin kohdistamansa luottamus asteikolla nollassa kymmeneen (0= en luota lainkaan; 10=täysi luottamus). Kuviossa arvot 8–10 tulkittiin korkeaksi luottamukseksi ja arvot 4 tai alle epäluottamukseksi.



Kuvio 5. Luottamus ja epäluottamus tuomioistuimiin Euroopassa 2016. Lähde: Laskettu ESS-datas-
ta (kierros ESS-2016 ed. 2.1) <http://nesstar.ess.nsd.uib.no>.



Kuvio 6. Euroopan rikosoikeusjärjestelmien pisteytys Rule of Law -indeksin mukaan. Lähde: <https://worldjusticeproject.org/>.

Tulokset ovat Suomen osalta molemmin päin tarkasteluna samat (myös muiden maiden järjestys säilyy suurin jotakuinkin samana). Suomi ja Norja erottuvat omassa luokassaan korkean luottamuksen maina, ja saavat vastaavasti pienimmät arvot kuvattaessa epäluottamuksen astetta.⁴⁸

Myös rikosoikeusjärjestelmän legitimitettä ja toimintaa yli sadassa maassa mittaava Rule of Law -indeksi on useampana vuonna asettanut Suomen ykkösjalle yli sadan maan joukosta. Kuvioon 6 on merkitty Rule of Law -indeksi rikosoikeusjärjestelmän toimintaa koskevan osaindeksin tulokset Euroopan osalta. Indeksi mittaa rikosoikeuden toiminnan hyväksyttävyyden kannalta keskeisten

48 Luottamusta oikeusinstituutioihin on mitattu myös tätä tarkemmilla kysymyksissä Euroopan Sosiaalisen kyselytutkimuksen 5 kierroksen raportissa. Myös tässä Suomi asettui yhdessä muiden Pohjoismaiden kanssa kärkijoukkoon kaikissa mittausasetelmissä. Ks. J. Jackson – M. Hough – B. Bradford – T. Pooler – K.H. Hohl – J. Kuha, Luottamus oikeuslaitokseen: European Social Survey. Kierroksen 5 tuloksia. ESS kärkituloksia 1/2019. http://www.europeansocialsurvey.org/docs/findings/TL1_Justice-Finnish.pdf.

tasapuolisuuden, riippumattomuuden, tehokkuuden ja oikeusvarmuuden ulottuvuuksia.⁴⁹

Rikosoikeusjärjestelmän hyväksyttävyyttä kohentamassa? Kansainvälinen vertailu ei anna merkkejä siitä, että järjestelmämme kärsisi kohennustoimia vaativasta uskottavuus- ja tai legitimititeetikriisistä. Suomi on ykkös- tai kakkossijalla jokseenkin jokaisessa vertailussa. Eduskunnalle vuoden 2018 jälkipuoliskolla annettuja hallituksen esityksiä lukiessa luottamuksen tasosta ja legitimititeetistä tulee kuitenkin toisenlainen vaikutelma. Aikaisemmin vankeuteen tuomittujen ehdonalaiseen vapautumisen edellytyksiä tiukennettaessa ”Ehdotuksella pyritään lisäämään yleistä yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta, rikosoikeusjärjestelmän ymmärrettävyyttä ja sen myötä rikosoikeudelliseen seuraamusjärjestelmän uskottavuutta.” Vastaavasti sakon muuntorangaistuksen ”palauttamisen” tavoitteena oli ”edistää rikosoikeusjärjestelmän uskottavuutta, lain kieltojen ja käskyjen noudattamista sekä yleistä lainkuuliaisuutta”.⁵⁰

Kun tilanne kansainvälisessä vertailussa on näinkin yksiselitteisen erinomainen, joutuu kysymään, mihin asia-argumentteihin esitykset perustuvat. Oikeudenmukaisuus, hyväksyttävyyys ja uskottavuus kun ovat iskusanaomaisia perusteita, joiden pitävyyttä on jotakuinkin mahdoton arvioida, jollei niiden sisältöä, arvioinnin kriteereitä sekä käytettyjä mittapuita lähemmin täsmennetä. Ja tältä osin esitykset jättivät paljon toivomisen varaa.

Puolustuksesi olisi ehkä esitettävissä, ettei lainuudistusten rimaa tarvitse asettaa näin korkealle. Kyllä rikoslakiin tehtäviä muutoksia pitäisi voida perustella järjestelmän hyväksyttävyyden edistämisellä, silloinkin kuin käsillä ei ole välitöntä legitimititeetikriisin uhkaa: hyvääkin on aina mahdollista parantaa – jopa kansainväliseltä ykkössijalta ponnistaen. Näin toki onkin. Mutta kun on kysymys perusoikeuksiin kajoavan rangaistusjärjestelmän ankaroitamisesta, on argumentoinnilla lupa edellyttää suurempaa tarkkuutta ja pitäviä näyttöjä. Kärsiikö järjestelmä korjausta kaipaavasta uskottavuusongelmasta, minkä vuoksi ja kenen silmissä; onko tässä perusteena ratkaisua suosittavan politiikan oma oikeusvaakaumus, vaiko sen tueksi tulkittu yleinen oikeustaju; jos vastaukseksi tarjotaan jälkimmäistä, mitkä ovat väitettä asiaa tukevat empiiriset näytöt; jos käsillä on todennettu ”uskottavuusongelma”, ovatko alentuneen uskottavuuden syyt todelliset vai vääriin mielikuviin perustuvia; korjaako esitetty muutos tuon ongelman

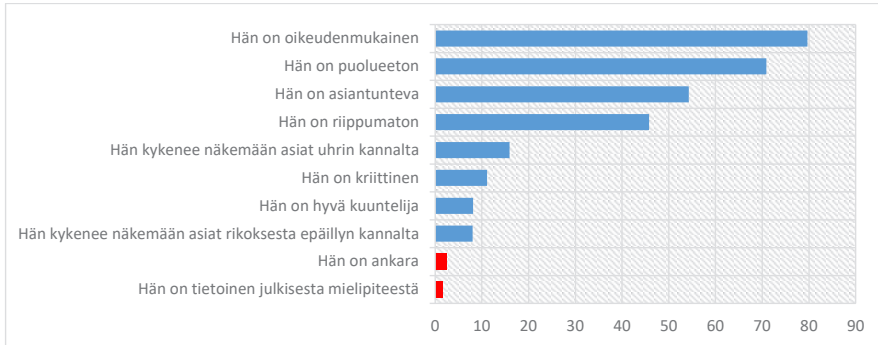
49 Indeksni mittamia ulottuvuuksia ovat: 1 Criminal investigation system is effective, 2 Criminal adjudication system is timely and effective, 3 Correctional system is effective in reducing criminal behavior, 4 Criminal system is impartial, 5 Criminal system is free of corruption, 6 Criminal system is free of improper government influence, 7. Due process of law and the rights of the accused. Ks. tarkemmin <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index/wjp-rule-law-index-2017%E2%80%932018>.

50 Ks. HE 175/2018 vp rikoslain 2 c luvun 5 §:n muuttamisesta sekä HE 178/2018 vp eduskunnalle sakon muuntorangaistuksen määräämistä koskevan sääntelyn muuttamiseksi.

ja millä hinnalla; olisiko asiaan löytynyt jokin toinen, kovennuksia eettisesti ja sosiaalisesti paremmin perusteltavissa oleva keino? Ja lopuksi: onko sanktioan-
karuuden kasvattaminen toimiva keino hyväksyttävyyden ja legitimitetin tuke-
miseksi? Entä kohenisiko kansalaisten luottamus tuomioistuinten toimintaan,
jos ne ottaisivat toiminnassaan nykyistä suuremmassa määrin huomioon yleisen
mielipiteen vaatimukset ja odotukset?

8. Luottamus, legitimitetti ja ankaruus

Kahteen viimeiseen kysymykseen on haettavissa vastauksia myös empiriasta. Proseduraalisen oikeudenmukaisuuden tutkimussuunnan päähavainto 1990-lu-
vun alussa oli, että oikeusviranomaisten toiminnassa ihmisiä kiinnostaa kohtelun
tasapuolisuus ja reiluus, ei niinkään lopputulos tai sen ankaruus.⁵¹ Aihetta lähes-
tyttiin myös Krimon vuoden 2017 oikeustajututkimuksessa pyytämällä vastaajia
nimeämään se ominaisuudet, joita he tuomareissa eniten arvostavat. Kysymys
kuului ”Olkaa hyvä ja nimetkää seuraavasta listasta kolme tärkeintä tuomarin
ominaisuutta.” Vastausten jakauma ilmenee kuviosta.



Kuvio 7. Hyvän tuomarin ominaisuudet väestöhaastattelun mukaan. Lähde: Kääriäinen 2017.

Arvostuksen ja luottamuksen tärkeimmät tekijät vastaajille olivat päätösten oi-
keudenmukaisuus, puolueettomuus ja asiantuntevuus. Ankaruus ja tietoisuus
julkisesta mielipiteestä olivat häntäpäässä lähes nollatuloksella.

Yksittäisiä empiriisia tuloksia on aina tulkittava varoen. Tässä tapauksessa
saadut vastaukset ovat kuitenkin hyvin samansuuntaiset Hollannissa aiemmin

51 Ks. myös alaviitteissä 44–48 mainittu kirjallisuus sekä European Journal of Criminology -lehden teemanumero aiheesta ”Trust in Justice” (vol 8 Nr 4 2011).

toteutetun vastaavien kyselyjen kanssa.⁵² Ne ovat linjassa myös järjestelmätason vertailujen kanssa, jotka kertovat korkean luottamuksen yhdistyvän eri maissa matalaiin vankilukuihin, kun taas korkeat vankiluvut ja matala luottamus kulkevat pitkälti käsi kädessä.⁵³ Luottamusta ja arvostusta ei ilmeisestikään hevin käy ostaminen rangaistuksia tiukentamalle, sen enempää yksilökokemusten kuin järjestelmienkään tasolla.

Sanktioankaruuden osalta havainto on ehkä yllättävä, vaikkakin kyllä linjassa proseduraalisen koulun perusväittämien kanssa. Yleisen mielipiteen ja tuomarin toimintaan kohdistettavien odotusten osalta tulos sen sijaan oli hyvinkin odotettavissa. Ihmiset ymmärtävät, että oikeudenkäyttö on viime kädessä asetettu heidän turvakseen. Tuon turvan se antaa parhaiten silloin, kuin se ei taivu enemmistön kulloiseenkin mielipiteeseen, vaan nojaa pysyvämpiin ja luotettavampiin ja periaatteisiin, joiden yhteisenä tavoitteena on niin yksilöiden kuin yhteiskunnankin keskeisten intressien ja arvojen turvaaminen ja edistäminen.

9. Lopuksi

Kirjoituksen tehtävänä oli paikantaa hallitusohjelman linjaukseen ”rangaistukset vastaavat yleistä oikeustajua” sisältyviä ongelmia ja seuraamisen reunaehtoja. Ohjelmaa luettiin niin kuin se oli kirjoitettu, eli vaatimuksena asetella rangaistukset oikeustajun edellyttämälle tasolle (mikä se sitten kulloinkin olisikaan). Ohjelmaa olisi ollut mahdollisuus tarkastella myös ottamalla lähtökohdaksi siihen (mitä ilmeisimmin) sisäänrakennettu oletus, että oikeustaju edellyttää yleistä rangaistusten kiristämistä, ja rangaistuspolitiikan sitominen oikeustajuun merkitsee automaattisesti rikoslakien yleistä koventamista. Tästä lähtökohdasta kirjoituksen kohteeksi olisivat valikoituneet oikeustajuargumentaation ongelmien sijaan ehdotetut rikoslakien kovennusesitykset ja niiden tueksi esitettävät asiaperusteet. Pohdittavia kysymyksiä olisivat myös olleet, merkitseekö muissa pohjoismaissa – ja nyt myös mitä ilmeisimmin meillä Suomessa – käynnissä oleva punitiivinen käänne samalla hyvästijättöä tutkimustietoon nojaavalle, solidaarisuuden, tasa-arvon ja välittämisen arvoille rakentuvalle perinteiselle pohjoismaiselle hyvinvointivalttioliselle kriminaalipolitiikalle? Ja olemmeko todistamassa siirtymää

52 Ks. H. Elffers – J.W. de Keijser, ”Different Perspectives, Different Gaps. Does the General Public Demand a more Responsive Judge?” Teoksessa H. Kury (ed), *Fear of Crime – Punitivity. New Developments in Theory and Research*. Bochum: Brockmeyer. Frankfurt 2008.

53 Ks. T. Lappi-Seppälä, *Trust, Welfare and Political Culture: Explaining Differences in National Penal Policies*. Teoksessa M. Tonry (ed), *Crime and Justice. A Review of research*, vol. 37. University of Chicago Press. Chicago 2008.

kohti kovenevien arvojen sekä väestöryhmien välisiä jännitteitä hyödyntävän moraalipopulistisen kriminaalipolitiikan tekemisen tapaa?

Nuo pohdinnat on jätettävä toiseen yhteyteen. Tämän kirjoituksen tavoitteet olivat vaatimattomammat. Se on ajanut asiansa, jos se on paljastanut lukijalle edes vilauksen oikeustajun sisällön moniulotteisuudesta ja paikantanut joitain oikeustajun selvittämiseen liittyvistä empiirisistä epävarmuustekijöistä. Toivon mukaan kirjoitus on avannut tietä myös oikeustajuargumentaatioon liittyvien teoreettisluontoisten ongelmien pohdinnoille. Rangaistusten asettelun ongelmat kun eivät ratkea sillä, että yleinen oikeustaju saadaan mitattua mahdollisimman tarkasti. Oikeustaju voi myös yksinkertaisesti "olla väärässä." Oikeudenmukaisuudesta ei voi äänestää, kuin ehkä korkeintaan tuomioistuimissa (eikä meidän silloinkaan tarvitse hyväksyä annettua ratkaisua oikeudenmukaisuuden vaatimuksia parhaiten toteuttavana).

Hallitusohjelman rinnalle onkin esittää toinen – ja toivottavasti pitkäikäisempi – rikoslainsäätäjän toimintaa ohjaava dokumentti. Eduskunnan perustuslakivaliokunta on lausunnossa PeVL 9/2016 linjannut periaatteet ja näkökohdat, joita rangaistustason asettelussa tulee seurata, seuraavasti:

"Rangaistusjärjestelmän ... yleisesti tunnustettuna tavoitteena on rikosten ehkäiseminen eri vaikutusmekanismeilla sekä rikosten ja rikollisuuskontrollin aiheuttamien kärsimysten ja kustannusten minimoiminen ja niiden oikeudenmukainen jakaminen eri osapuolten kesken. Lainsäätäjän tehtävä on muotoilla järjestelmän osatekijät tavalla, joka parhaiten vähentää sekä rikollisuudesta että rikosten kontrollijärjestelmästä aiheutuvia inhimillisiä ja materiaalisia haittoja ja kärsimyksiä. Perusteltu rangaistustaso määräytyy oikeudenmukaisuusnäkökohtien ohella sen mukaan, kuinka hyvin rangaistusten avulla kyetään ehkäisemään rikoksia, millaista yhteiskunnallista ja yksilöllistä rasisitusta ja kärsimystä tuon järjestelmän soveltaminen tuottaa sekä mitkä muut keinot yhteiskunnalla olisi käytössään samaan päämäärään pyrittäessä. Tämänkaltaisia yleisiä rangaistusjärjestelmän taustalla olevia näkökohtia ja tavoitteita voidaan perustuslakivaliokunnan mielestä pitää perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävinä."

Nuo linjaukset, jos ne realisoituisivat myös käytännön lainsäädäntötyössä, avavat mahdollisuudet oikeudenmukaisen ja kriminaalipoliittisesti tarkoituksenmukaisen, tietoon perustuvan rationaalien rangaistuspolitiikan harjoittamiseen. Ne ottavat myös selvää etäisyyttä hallitusohjelman henkimään tapaan alistaa rikoslaki yleisön senhetkisten käsitysten (tai sellaisiksi oletettujen) tulkiksi. Muussa tapauksessa – kuten Andersson ja Nilsson huomauttavat – rikoslain säätäminen

uhkaa rinnastua yleisöpalveluun, jossa lain sisältö alistetaan määrävälein tehtäviin asiakastyytyväisyys-testeihin.⁵⁴ Saman huolen ilmaisi, mutta astetta vahvemmin, vaalikevään 2019 kuumentuneeseen kriminaalipoliittiseen keskusteluun kantaa ottanut professori Kimmo Nuotio, Helsingin Sanomille myöntämässään haastattelussa.

Kriminaalipolitiikan muutoksia käsittelevät kirjoitukset päättyvät yleensä enemmän tai vähemmän oikeaan osuvaan ennusteeseen siitä, millaiseksi lähitulevaisuus tulee muodostumaan. Kirjoitukseni professori Pekka Koskisen muistojulkaisussa vuonna 2013 päättyi kysymään: ”Miltä sitten lähivuosien kriminaalipolitiikkamme tulee näyttämään? Ruotsin esimerkkiä seurattaessa luvassa on kasvava määrä uhrin oikeuksien nimissä tehtyjä kontrollin tiukennuksia, joita sitten joltain osin pehmennetään suomalaisen traditioon paremmin soveltuviksi.”⁵⁵ Arvio näyttää osuneen oikeaan – valitettavasti. Entä sitten seuraavat 5 vuotta? Pelkäänpä, että sanotun voi toistaa sellaisenaan, ehkä kuitenkin jättämällä pois ne ”suomalaisen traditioon paremmin soveltuvat pehmennykset”.

54 Ks. Andersson – Nilsson 2017, s. 220–221.

55 Lappi-Seppälä 2013, s. 44.

Asko Lehtonen

Törkeä veropetos

1. Törkeän veropetoksen kehityshistoria

Käsittelen tässä artikkelissa törkeää veropetosta kolmesta eri näkökulmasta. Ensin otan käsittelyn kohteeksi törkeää veropetosta koskevan säännöksen kehityshistorian. Toiseksi selvitän törkeää veropetosta tilastotietojen valossa. Lopuksi tutkin rikoslain (39/1889 RL) 29 luvun 2 §:n säännöksen soveltamisedellytyksiä.

Veropetossäännöksen historian tuntemus auttaa ymmärtämään nykyistä säännöstä. Tästä näkökulmasta voidaan aluksi todeta, että suomalaiseen lainsäädäntöön veropetossäännös tuli nykyisen rikoslain säätämisen myötä vuonna 1894. Veropetossäännös sisältyi RL 38 luvun 11 §:ään, missä säännöksessä ei mainittu rikosnimikettä.¹ Oikeuskäytännössä puhuttiin tullikavalluksesta tai veronkavalluksesta.

RL 38 luvun 11 §:ssä tarkoitettua veropetossäännöstä muutettiin ensimmäisen kerran 29.4.1926 annetulla lailla rikoslain muuttamisesta (115/1926). Rikossäännöksen tunnusmerkistöä ei muutettu. Osaltaan kieltolain vuoksi tullirikosten määrä oli noussut huomattavasti 1920-luvulla. Rikollisuustasoa pyrittiin säätelemään muun muassa rangaistuksia korottamalla.² Uudistuksen jälkeen veropetoksesta voitiin tuomita sakkoa (enintään viisisataa markkaa) tai, jos asianhaarat olivat erittäin raskauttavat, sakkoa (vähintään kolmesataa markkaa) tai vankeutta vähintään kaksi kuukautta ja enintään kaksi vuotta. Tässä veropetossäännöksessä ei ollut mainittu esimerkkejä siitä, milloin rikos on katsottava tehdyksi erittäin raskauttavien asianhaarain vallitessa.

Törkeää veropetosta koskeva säännös lisättiin RL 38 luvun 11 §:ään vuoden 1972 varallisuusrikosuudistuksen yhteydessä. Tämä rikoslain osittaisuudistus oli perusteellisen lainvalmistelutyön tulosta. Ehdotuksen hallituksen esitykseksi laa-

1 Asko Lehtonen, Veropetoksesta. Suomen Lakimiesliitos Kustannus Oy 1986, s. 61–62.

2 Lehtonen 1986, s. 62–63.

ti lainvalmistelukunta, joka kuului valmisteluvaiheessa 12 asiantuntijaa.³ Tämän jälkeen laintarkastuskunta antoi lausuntonsa lainvalmistelukunnan laatimasta ehdotuksesta.⁴ Hallituksen lakiesitys annettiin vasta vuonna 1972.⁵ Eduskunta hyväksyi nopeassa tahdissa lakiesityksen, johon perustuvat rikoslain muutokset tulivat voimaan 1.9.1972 (498/1972).

Vuoden 1972 varallisuusrikosuudistuksessa noudatettiin rikosnimikkeiden ja rangaistusasteikkojen osalta vuonna 1969 uudistetussa rikoslain 21 luvussa käytöön otettua kirjoitustapaa. Tässä systematiikassa erotetaan yleensä perusrikos sekä kvalifioiduin tunnusmerkein ilmaistu törkeä tekemuoto ja privilegioiduin tunnusmerkein osoitettu lievä tekemuoto. Rikoslaisissa alkuaan käytettyjen tunnusmerkkien, erittäin lieventävien ja erittäin raskauttavien asianhaarojen, käytöstä rikosnimissä luovuttiin samalla. Veropetoksen osalta tässä yhteydessä otettiin käyttöön vain perusrikos, mikä rubrikoidiin veropetokseksi, ja kvalifioituna tekemuotona törkeä veropetos. Sanonta ”asianhaarat ovat erittäin raskauttavat” korvattiin yhdellä sanalla ”törkeä”. Perusrikosta koskeva veropetossäännös sijoitettiin RL 38 luvun 11 §:n 1 momenttiin ja säännös törkeästä veropetoksesta sisällytettiin saman pykälän toiseen momenttiin.

Hallituksen esityksen perusteluissa ilmaistiin ensimmäistä kertaa nimenomaisesti veropetossäännöksen tarkoitus, mistä on apua säännöksen tulkinnassa ja soveltamisessa. Perustelujen mukaan RL 38 luvun 11 §:ssä mainitun rikossäännöksen tarkoituksena on a) toisaalta turvata valtion ja kuntien oikeus verotulojen saamiseen ja b) toisaalta estää veron vilpillisestä pidättämisestä aiheutuva verorasituksen siirtyminen verovelvollisuutensa rehellisesti täyttäneille kansalaisille.⁶ Vuoden 1972 varallisuusrikosuudistuksella pyrittiin vaikuttamaan vallinneeseen rangaistustasoon. Tarkoituksena oli saada varkauden, kavalluksen, petoksen, epärehellisyyden ja veropetoksen rangaistustaso samanasteiseksi. Näiden rikossäännösten perusrikosta koskevat rangaistusasteikot olivat samanlaiset. Törkeää varkautta, törkeää kavallusta ja törkeää veropetosta koskevat rangaistusasteikot olivat myös yhtäläisiä eli vankeutta kuudesta kuukaudesta neljään vuoteen. Veropetos rinnastettiin varallisuusrikoksiin.⁷

3 Lainvalmistelukunnan julkaisu n:o 8/1970 s. 1.

4 Laintarkastuskunnan lausunto n:o 4/1971.

5 Hallituksen esitys (HE) 23/1972 vp eduskunnalle rikoslain täydentämisestä rangaistusasteikon poikkeamista koskevalla säännöksellä sekä varkautta, veropetosta ja eräitä muita rikoksia koskevien säännösten muuttamisesta.

6 HE 23/1972 vp eduskunnalle rikoslain täydentämisestä rangaistusasteikon poikkeamista koskevalla säännöksellä sekä varkautta, veropetosta ja eräitä muita rikoksia koskevien säännösten muuttamisesta, s. 15.

7 Asko Lehtonen – Juha Vikatmaa. Varallisuusrikosuudistus 1972. 4. painos. Turun yliopisto 1977, s. 6–7 ja 66.

RL 38 luvun 11 §:ssä tarkoitettua veropetossäännöstä uudistettiin siten, 1) että tunnusmerkistö kirjoitettiin yksilöityyn muotoon tekotapatunnusmerkkien osalta, 2) säännöksen toiseen momenttiin lisättiin erillinen säännös törkeästä veropetoksesta ja 3) että rangaistusasteikkoja korotettiin olennaisella tavalla. Hallituksen lakiesityksen perustelujen mukaan tarkoituksena oli säilyttää RL 38 luvun 11 §:n tunnusmerkistö asiallisesti ennallaan.⁸ Perusrikoksen eli veropetoksen tunnusmerkistön alaa ei siten tämän uudistuksen yhteydessä laajennettu.

Tavallisen ja törkeän veropetoksen erottaminen toisistaan tapahtui kokonaisarvostelun perusteella. Harkittaessa, oliko rikosta kokonaisuudessaan pidettävä törkeänä, otettiin huomioon RL 38 luvun 11 §:n 2 momentin mukaan 1) rikokseen johtaneet ja 2) siinä ilmenevät seikat. Törkeysastearvostelussa ei voitu ottaa huomioon rikoksen tekemistä edeltäneitä (esimerkiksi rikoksen uusimista) tai sen jälkeisiä (esimerkiksi tekijän pyrkimystä edistää rikoksensa selvittämistä) taikka muita käsiteltävänä olevaan rikokseen liittymättömiä seikkoja eli rikoksen tekemiseen vaikuttamattomia seikkoja.⁹

RL 38 luvun 11 §:n 2 momentissa oli mainittu kaksi esimerkkitapausta, joiden toteutuessa rikosta oli yleensä pidettävä törkeänä, mutta ratkaisevaa oli kokonaisarvostelu. Laissa olleen esimerkkitapausten täyttyminen ei välttämättä johtanut kvalifioidun tunnusmerkistön soveltamiseen, jos kokonaisarvioinnin perusteella rikosta ei pidetty törkeänä. Muissakin kuin laissa mainituissa esimerkkitapauksissa rikos voitiin kokonaisarvioinnin perusteella katsoa törkeäksi. Rikoksentehtäjän asemaa ei kuitenkaan pidetty sellaisena seikkana, että rikosta yksinomaan sen perusteella olisi tullut pitää törkeänä.¹⁰

Ensimmäisenä kvalifioivana tunnusmerkkinä RL 38 luvun 11 §:n 2 momentissa oli mainittu se seikka, että veron pidättäminen tai sen yrittäminen oli tapahtunut käyttäen sitä varten valmistettua virheellistä kirjanpitoa. Kvalifiointiperusteen toteutuminen ei edellyttänyt sitä, että koko kirjanpidon olisi pitänyt olla virheellinen eikä sitä, että kirjanpito kokonaisuudessaan olisi tullut valmistaa veron pidättämistä varten. Yksittäisten tuloerien puuttuminen tai muutamien virheellisten kirjaamismerkistöjen olemassaolo ei toteuttanut tunnusmerkkiä. Väärien kirjaamismerkintöjen runsaslukuisuus ja systemaattisuus tai totuudenvastaisten tositteiden käyttö olivat oikeuskäytännössä johtaneet kvalifioidun asteikon soveltamiseen.

Toisena kvalifiointiperusteena oli mainittu, että veron määrä, josta rikoksella oli ollut tarkoitus vapautua, oli suuri. Lain sanamuodon mukaan ratkaisevana

8 HE 23/1972 vp, s. 15.

9 Asko Lehtonen – Esa Vesterbacka. Vero- ja tullirikoksista. Turun yliopisto 1979, s. 17.

10 Lainvalmistelukunnan julkaisuja n:o 8/1970 s. 17.

pidätettiin veron määrän suuruutta eikä virheellisesti ilmoitetun seikan numeerista suuruutta. Törkeysastearvioinnissa tuli siten kiinnittää huomiota sen veron tai maksun rahamäärään, joka oli pidätetty tai yritetty pidättää. Se veron määrä, joka oli pidätetty tai yritetty pidättää, ilmaisi parhaiten teon vahingollisuuden ja vaarallisuuden verosaajan kannalta. Määrään suuruus oli suhteutettava myös verovelvollisen maksettavaksi pantavien asianomaisen verolajin verojen määrään. Merkittävä veron määrään vaikuttava seikka oli verovelvollisen verokannan ja marginaaliveron suuruus. Esimerkiksi progressiivisessa tuloverotuksessa saman suuruista tuloa tai vähennystä koskeva väärä tieto aiheutti erimääräisen vahingon veronsaajalle muun muassa siitä riippuen, mikä oli verovelvollisen verotettavan tulon määrä. Oikeuskirjallisuudessa katsottiin, että 50.000 markkaa loi karkean mittapuun tavallisen ja törkeän veropetoksen välille.¹¹

Muina kvalifointiperusteina käytettiin teon suunnitelmallisuutta tai väärien asiakirjojen käyttöä (ns. immateriaalinen väärennys).

Vuonna 1973 antoi mietintönsä verorikostoimikunta. Toimikunnan laajaan mietintöön sisältyi ehdotus myös törkeää veropetosta koskevasta säännöksestä. Mietinnössä ehdotettiin törkeää veropetosta koskevaan säännökseen vain yhtä muutosta. Toimikunta ei pitänyt onnistuneena RL 38 luvun 11 §:n 2 momentissa mainittua ensimmäistä kvalifointiperustetta: veron pidättäminen tai sen yrittäminen on tapahtunut käyttäen sitä varten valmistettua virheellistä kirjanpitoa. Mietinnössä lausuttiin, että käytännössä saattaisi tuottaa vaikeuksia näyttää toteen, että virheellinen kirjanpito on varta vasten valmistettu veron välttämiseksi. Toimikunnan mielestä veropetoksen suunnitelmallisuus on eräs sellainen kriteeri, jonka perusteella veropetos saatetaan luonnehtia törkeäksi. Tämän vuoksi toimikunta ehdotti uudeksi kvalifointiperusteeksi seuraavaa: veron välttäminen tai sen yritysosoittaa laskelmoivaa harkintaa.¹² Verorikostoimikunnan mietinnöstä annetuissa lausunnoissa suhtauduttiin yleensä kriittisesti toimikunnan ehdottamaan uuteen kvalifointiperusteeseen.¹³ Toimikunnan ehdotus törkeää veropetosta koskevasta säännöksestä ei johtanut lainsäädäntötoimiin.

Rikosoikeuskomitean mietintöön sisältyi törkeää veropetosta vastaavaa "vakaavaa veropetosta" koskeva ehdotus. Kvalifointiperusteita oli kaksi: veropetoksen suorittamiseksi laadittu virheellistä kirjanpitoa käyttämällä suoritettu veropetos tai huomattavan suuren rahamäärän käsittänyt veropetos.¹⁴ Ehdotus ei johtanut lainsäädäntötoimenpiteisiin.

11 Lehtonen – Vesterbacka 1979, s. 19.

12 Verorikostoimikunnan mietintö. Komiteamietintö 1973:31, s. 98–99 ja 125.

13 Matti Lahti, Lausunnot verorikostoimikunnan mietinnöstä. Tiivistelmä. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisu 6/1974, s. 31–33.

14 Rikosoikeuskomitean mietintö KM 1976:72, s. 208.

Törkeää veropetosta koskevaa säännöstä on viimeksi muutettu rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen yhteydessä. Törkeää veropetosta koskeva säännös siirrettiin RL 38 luvun 11 §:n 2 momentista RL 29 luvun 2 §:ään. Hallituksen lakiesityksen perusteluissa todettiin eksplisiittisesti, että verorikoksia koskevat säännökset suojaavat julkisen talouden tulojen hankintaa ja että verorikossäännöksillä pyritään ennen kaikkea suojaamaan verotulojen lainmukaista kertymistä valtiolle ja muille veronsaajina oleville julkisyhteisöille. Lakiesityksen perusteluissa lausuttiin lisäksi, että verorikosten vaikutukset voivat ulottua välillisesti laajalle, sillä epärehellisellä menettelyllä verovelvollisuudesta vapautuvat pääsevät muita verovelvollisia edullisempaan asemaan. Tällä seikalla saattaa olla esimerkiksi yritysten välisessä kilpailutilanteessa ratkaiseva merkitys. Hallituksen esityksessä katsottiin, että verorikosten rangaistussäännökset osaltaan turvaavat myös verovelvollisten tasavertaisuutta.¹⁵ Nämä luonnehdinnat verorikossäännökset tarkoituksesta eivät poikkea siitä, mistä vuoden 1972 varallisuusrikosuudistuksen yhteydessä lausuttiin veropetossäännösten tarkoituksesta. Asiantila on tosiasiallisesti muuttumaton.

RL 29 luvun 2 §:ssä tarkoitettu törkeää veropetosta koskeva säännös vastaa rakenteeltaan törkeiden varallisuusrikosten tunnusmerkistöjä. Yhdenmukaisesti muiden törkeitä rikoksia koskevien säännösten kanssa törkeän veropetoksen tunnusmerkistö on sijoitettu erilleen veropetoksen perussäännöksestä.

RL 29 luvun 2 §:ssä on mainittu kaksi kvalifointiperustetta, joista jomman kumman täytyminen voi johtaa siihen, että rikos arvostellaan törkeäksi veropetokseksi. RL 29 luvun 2 §:n säännöksessä mainitaan ne tapaukset, jotka voivat tehdä veropetoksen törkeäksi. Säännökseen sisältyvä kahden kohdan luettelo kvalifointiperusteista on tyhjentävä toisin kuin entisessä RL 38 luvun 11 §:n 2 momentin säännöksessä. Muilla perusteilla veropetosta ei voida katsoa törkeäksi. Tässä tapahtui merkittävä muutos. Perusteena olivat oikeusturvasyyt: Laista on selvästi käytävä ilmi tapaukset, jolloin rikos voi tulla normaalia ankarammin rangaistavaksi. Näissä luetelluissa tapauksissa veropetoksen tulee lisäksi olla myös kokonaisarviointin perusteella törkeä.

Ensimmäinen uusi kvalifointiperuste on seuraava: ”veropetoksella tavoitellaan huomattavaa taloudellista hyötyä”. Tämä peruste on asiallisesti sama kuin entisessä RL 38 luvun 11 §:n 2 mainittu kvalifointiperuste ”veron tai maksun määrä, josta rikoksella on tarkoitus vapautua, on suuri”. Tällä muutoksella ei ollut tarkoitus nostaa vaadittavaa hyödyn määrää siitä, mitä RL 38 luvun 11 §:n 2 momentin säännöksessä tarkoitettiin. Muutos johtui pelkästään siitä, että rikoslain

15 HE 66/1988 vp eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsitteväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi, s. 52.

uudistuksessa pyrittiin yhtenäiseen kirjoitustapaan. Uusi ankaroittamisperuste on ilmaistu samalla tavoin kuin useissa muissakin samaan lakiesitykseen sisältyvissä törkeissä rikoksissa.¹⁶

”Taloudellisen hyödyn” määrää arvioitaessa otetaan huomioon paitsi 1) sen veron määrä, josta on a) vapauduttu tai b) yritetty vapautua, sekä myös muun muassa mahdollinen 2) (liikevaihtoveron) arvonlisäveron palautus. ”Hyödyn” määrää selvitettyä otetaan huomioon a) hankitun tai b) tavoitellun hyödyn (eli veron tai palautuksen) määrä. Hallituksen esityksen perustelujen nimenomaisen lausuman mukaisesti ratkaisevaa ei ole a) salatun tai virheellisesti ilmoitetun tulon määrä taikka b) vähennyksen tai muun sellaisen erän suuruus sinänsä vaan edelleenkin hankitun tai tavoitellun hyödyn eli veron tai palautuksen määrä.¹⁷

Toisena uutena ankaroittamisperusteena mainitaan RL 29 luvun 2 §:ssä ”rikos tehdään erityisen suunnitelmallisesti”. Tämä sama peruste esiintyy myös eräiden muiden lakiesitykseen sisältyvien rikosten törkeän tekemuodon tunnusmerkistöissä.

Virheellisen kirjanpidon käyttäminen ei sinänsä oikeuta soveltamaan uutta ankaroittamisperustetta ”rikos tehdään erityisen suunnitelmallisesti”, mikä oli lain tarkoitus jo aikaisemman RL 38 luvun 11 §:n 2 momentin säännöksen aikana. Virheellisen kirjanpidon käyttäminen voi toteuttaa tämän kvalifiointiperusteen, jos virheellistä kirjanpitoa käytetään niin laajamittaisesti ja järjestelmällisesti, että se osoittaa erityistä suunnitelmallisuutta.

Erityistä suunnitelmallisuutta osoittavina menettelytapoina voidaan pitää esimerkiksi sitä, 1) kun rikoksen toteuttamiseksi on tehty a) laajoja valmisteluja tai b) vaoikeustoimia taikka 2) kun rikoksen tekijä on ryhtynyt erityisiin toimiin verovalvonnan vaikeuttamiseksi.

Suunnitelmallisuutta osoittavissa rikoksissa on tavoitellun hyödyn määrä usein suuri. Näissä tilanteissa voivat molemmat ankaroittamisperusteet täytyä samanaikaisesti.

Veropetoksen on lisäksi oltava kokonaisuutena arvostellen törkeä. Laissa mainitun kvalifiointiperusteen toteutuminen yksinään ei ole riittävä edellytys ankararangaistuksen soveltamiselle. Kokonaisarvostelu voi johtaa siihen, ettei ankaroittamisperusteen toteutumisesta huolimatta rikosta kokonaisuudessaan arvostellen pidetä törkeänä.

Rangaistukseksi on säädetty vankeutta 4 kuukaudesta 4 vuoteen. Asteikon minimiä alennettiin 1.1.1991 lukien 6 kuukaudesta 4 kuukauteen.

16 Rikoslain kokonaisuudistus I. Rikoslakiprojektin ehdotus. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 5/1984, s.108.

17 HE 66/1988 vp, s. 64.

Yhteenvedona voidaan todeta, että entisen RL 38 luvun 11 §:n 2 momentissa tarkoitettuun törkeää veropetosta koskevaan säännökseen on tehty merkittäviä sanamuodollisia muutoksia RL 29 luvun 2 §:n rikossäännöksessä. Tosiasiallisesti entisen RL 38 luvun 11 §:n 2 momentin ja nykyisen RL 29 luvun 2 §:n säännökset törkeästä veropetoksesta vastaavat asiallisesti toisiaan. Merkittävin muodollinen muutos koskee RL 29 luvun 2 §:n luetteloa kvalifiointiperusteista. Tämä luettelo on tyhjentävä. Entisen RL 38 luvun 11 §:n 2 momentin nojalla rikos voitiin katsoa törkeäksi myös muilla perusteilla. Uudet ja vanhat kvalifiointiperusteet vastaavat sisällöllisesti toisiaan, koska rikoksen tekemistä erittäin suunnitelmallisesti käytettiin kvalifiointiperusteena entisen RL 38 luvun 11 §:n 2 momentin aikana. Virheellisen kirjanpidon käyttäminen voi toteuttaa tietyin edellytyksin RL 29 luvun 2 §:ssä tarkoitetun toisen kvalifiointiperusteen “rikos tehdään erityisen suunnitelmallisesti”.

2. Törkeä veropetos tilastojen valossa

Tilastoidussa rikollisuudessa voi ilmetä merkittäviä muutoksia, vaikka kokonaisrikollisuuden määrissä ei olisi tapahtunut vastaavia muutoksia. Tilastoidun rikollisuuden muutokset voivat johtua esimerkiksi siitä, että rikosten ilmoittamisaktiivisuudessa tapahtuu muutoksia. Tämä ilmiö tunnetaan myös verorikosten osalta. Tunnetuin merkittävä muutostilanne sijoittuu 1970-luvun loppupuolelle.

Verohallinnossa oli vanhastaan katsottu, että veroviranomaisilla oli ilmitulleiden verorikosten suhteen harkintavalta, saatetaanko verorikos syytteeseen. Tähän oikeustilaan tuli merkittävä muutos, kun oikeuskanslerin kirjeen johdosta verohallitus antoi 16.11.1978 uudet ohjeet verorikosten syytteeseen saattamisesta. Verohallinnon ohjeen mukaan veroviranomaisilla ei ollut silloin voimassa olleiden säännösten mukaan oikeutta olla ilmoittamatta poliisiviranomaisille verolakeja vastaan tehtyjä rikoksia. Laissa ei ollut silloin nimenomaisia säännöksiä veroviranomaisten harkintavallasta jättää ilmi tullut rikos ilmoittamatta poliisille. Seurauksena oli tilanne, jossa veroviranomaisten poliisille ilmoittamien verorikosten määrä moninkertaistui. Tämä ilmenee seuraavista taulukoista (taulukot 1 ja 2):

Taulukko 1. Verohallinnon vireille saattamat rikosasiat vuosina 1974–1982

1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982
385	429	265	338	911	2.988	5.201	2.359	1.999

Taulukko 2. Poliisin tietoon tulleet verorikokset vuosina 1974–1982

1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982
335	458	270	340	691	3.402	4.942	5.112	3.090

Taulukoista 1 ja 2 ilmenee valaisevasti, miten verohallinnon rikosilmoitukset ja poliisin tietoon tulleiden verorikosten määrät nousivat vuoden 1978 lopussa ja että verorikosten määrät olivat moninkertaisia seuraavina vuosina. Muutos johtui käytännössä oikeuskanslerin kantaan perustuneeseen verohallinnon ohjeeseen, jonka mukaan veroviranomaisten oli ilmoitettava kaikki ilmi tulleet verorikokset poliisille.¹⁸

Näiden asiaruuhkien purkamiseksi tarvittiin pikaisesti verolakeihin säännökset veroviranomaisten oikeudesta jättää ilmoittamatta vähäiset verorikokset poliisille. Hallitus antoi jo keväällä 1979 eduskunnalle lakiesityksen enakkoperintälain, työnantajan sosiaaliturvamaksusta annetun lain ja liikevaihtoverolain muuttamisesta. Näihin lakeihin lisättiin säännökset, joiden mukaan veroviranomaisilla on oikeus jättää vähäiset näiden lakien vastaiset rikkomukset syyteeseen saattamatta.¹⁹ Seuraavana vuonna annetulla hallituksen esityksellä laajennettiin veroviranomaisten oikeutta olla ryhtymättä toimenpiteisiin vähäisiksi katsottavien verorikoksiin syyllystyneiden saattamiseksi syyteeseen. Uusi lakiesitys koski tulo- ja varallisuusveroa, perintö- ja lahjaveroa sekä merimiesveroa.²⁰

Törkeän veropetoksen osalta merkittävä tilastollinen seikka on ollut veropetoksen perusrikosten ja törkeiden veropetosrikosten osuus veropetosten kokonaismäärästä. 1970- ja 1980-luvulla tilanne oli tavanomainen. Veropetoksen perusrikosten osuus oli paljon suurempi kuin törkeiden veropetosten määrä. Tilannetta

18 Talousrikollisen rikollisuuden selvittämistyöryhmän mietintö. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 6/1983, s. 102 ja Talousrikollisen rikollisuuden selvittämistyöryhmän mietinnön liiteosa. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 7/1983, s. 78, 91 ja 94.

19 HE 15/1979 vp eduskunnalle laeiksi enakkoperintälain 63 §:n, työnantajan sosiaaliturvamaksusta annetun lain 18 §:n ja liikevaihtoverolain 81 §:n muuttamisesta, s. 1–4.

20 HE 229/1980 vp eduskunnalle laeiksi verotuslain 121 ja 123 §:n, perintö- ja lahjaverolain 70 §:n ja merimiesverolain 28 §:n muuttamisesta, s. 1–3.

voidaan konkretisoida taloudellisen rikollisuuden selvitystyöryhmän selvityksellä (taulukko 3).²¹

Taulukko 3. Yleisissä alioikeuksissa veropetoksista tuomittujen määrät vuosina 1980–1981.

Vuosi	1980	1981
Veropetos	1378	1292
Törkeä veropetos	83	110
Yhteensä	1461	1402

Törkeiden veropetosten osuus on ollut alle 10 % veropetosten ja törkeiden veropetosten yhteismäärästä. Törkeiden veropetosten määrä oli vähäinen vielä 1990-luvun alkupuolella. Poliisin tietoon tulleiden törkeiden veropetosten määrät olivat vuosina 1991–1995 seuraavat:

Taulukko 4. Poliisin tietoon tulleet törkeät veropetokset vuosina 1991–1995.

Vuosi	1991	1992	1993	1994	1995
Törkeä veropetos	40	50	56	77	189

Poliisin tietoon tulleiden törkeiden veropetosten määrä oli vähäinen vielä vuosina 1991–1994. Vuodesta 1995 alkaa törkeiden veropetosten määrän nousi. Nämä tilastotiedot eivät välttämättä kuvaa vaihteluita rikollisuuden määrässä vaan veroviranomaisten valvontamenetelmien ja ilmoituskäytännön muutoksia.²²

Verohallinnon tekemien rikosilmoitusten määrissä tapahtui ratkaiseva muutos vuoden 2000 jälkeen. Vuosina 1996–2000 verohallinto teki vielä enemmän rikosilmoituksia veropetoksista kuin törkeistä veropetoksista.

Taulukko 5. Verohallinnon rikosilmoitukset veropetosrikoksista vuosina 1996–2000.

Vuosi	1996	1997	1998	1999	2000
Veropetos	245	218	215	288	199
Törkeä veropetos	140	137	153	180	176

21 Talousrikollisen rikollisuuden selvittämistyöryhmän mietintö. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 6/1983, s. 103.

22 Viranomaisyhteistyön kehittämisen selvityshankkeen väliraportti. Valtiovarainministeriön työryhmämuistioita 1999:5, s. 14–15.

Taulukosta 5 ilmenee, että verohallinnon tekemien tavallisia veropetoksia koskevien rikosilmoitusten määrä on suurempi kuin törkeitä veropetoksia koskevien rikosilmoitusten määrä. Tämän jälkeen tilanne muuttuu. Törkeitä veropetoksia koskevia rikosilmoituksia on enemmän kuin tavallisia veropetoksia koskevia rikosilmoituksia. Asiantilan muutos käy selville seuraavasta taulukosta (taulukko 6).

Taulukko 6. Verohallinnon rikosilmoitukset veropetosrikoksista vuosina 2001–2007.

Vuosi	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Veropetos	181	150	166	201	145	136	174
Törkeä veropetos	242	217	279	302	322	322	380

Taulukosta 6 ilmenee, että törkeiden veropetosten osuus verohallinnon veropetoksista tehdyistä rikosilmoituksista on selvästi ohittanut tavallisesta veropetoksesta tehdyt rikosilmoitukset. Trendi on voimistunut koko 2000-luvun. Törkeiden veropetosten osuus verohallinnon veropetoksista tekemistä rikosilmoituksista oli vuonna 1996 alle 40 % ja vuonna 2007 tämä osuus oli noin 70 %. Tuloveropetosten osuus on pysynyt vahvana ja se on ollut noin puolet ilmoitettujen veropetosten määrästä. Arvonlisäveropetosten osuus on ollut noin 30 % ja ennakkoperinnan veropetosten osuus noin 20 %. Tosin vuosittain on tapahtunut jonkin verran vaihtelua.

Törkeiden veropetosten osuuden kasvulle verohallinnon veropetoksista tekemien rikosilmoitusten yhteismäärästä on esitetty kolme erilaista syytä. Ensimmäkin on katsottu, että törkeän veropetoksen euromääräinen raja ei ole muuttunut samassa suhteessa kuin rahan arvo on kehittynyt viime aikoina – erityisesti euroaikaan siirryttäessä. Toisena syynä on mainittu, että tekojen yksiköinti on muuttunut siten, että usean eri verolajin veropetoksesta on siirrytty yhteen monen verolajin veropetokseen. Kolmanneksi on kiinnitetty huomiota siihen seikkaan, että vuonna 1998 tuli voimaan uusi passiivisen veropetoksen säännös, joka tosiasiallisesti toi rangaistavien tekojen piiriin sellaisia, jotka aikaisemmin jäivät rankaisematta ja jotka selvästi nostavat vältettyjen verojen määrää ja samalla kvalifiointiarviointia veropetosteissa.²³

23 Talousrikollisuuden tilannekuva 1/2008. Poliisin tietoon tulleet talousrikollisuus. Tilastokatsaus. Viranomaisyhteistyön kehittämisprojekti. Hanke VMO151, s.19–20. Poliisin tutkijain veropetosrikosten osalta veropetoksen ja törkeän veropetoksen välinen suhde ja määrät ovat muuttuneet samalla tavalla kuin verohallinnon tekemissä rikosilmoituksissa. Tämä on ymmärrettävää, koska suurin osa poliisin tietoon tulevista verorikoksista perustuu verohallinnon rikosilmoituksiin. Talousrikollisuuden tilannekuva 1/2008. Liite: Poliisin tutkimat talousrikokset, s. 1 ja Rikollisuustilanne 2006. Rikollisuus ja seuraamusjärjestelmä tilastojen valossa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 229, s. 129–130 sekä Rikollisuustilanne 2007. Rikollisuus ja seuraamusjärjestelmä tilastojen valossa. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 238, s. 134–135.

Törkeiden veropetoksien määrissä tapahtui romahdus verohallinnon rikosilmoituksissa vuosina 2010–2011. Tämä asiantilan muutos ilmenee erittäin hyvin seuraavasta taulukosta (taulukko 7).

Taulukko 7. Verohallinnon rikosilmoitukset veropetosrikoksista vuosina 2007–2011.

Vuosi	2007	2008	2009	2010	2011
Veropetos	174	135	153	92	67
Törkeä veropetos	380	400	412	275	290

Taulukosta 7 ilmenee, että sekä tavallisten veropetosten että törkeiden veropetosten määrä romahti verohallinnon tekemissä rikosilmoituksissa vuosina 2010–2011 verrattuna samojen rikosten määriin edellisinä vuosina. Verohallinnon vuonna 2011 kirjaamista veropetosrikoksista oli törkeitä veropetoksia 81,2 %. Syitä vuosien 2010–2011 muutoksiin on aprikoitu. Yhtenä muutokseen vaikuttava syynä on mainittu korkeimman oikeuden linjanvedot kaksoisrangaistavuuden (*ne bis in idem*) kiellon osalta.²⁴ Tämäkään tilastoitujen veropetosrikosten määrien muutos ei perustunut kokonaisrikollisuudessa tapahtuneisiin rikosten määrien alenemiseen. Kysymys on ollut lähinnä veroviranomaisten ilmoittamisaktiivisuuden muuttumisesta.

Tuomioistuintilastoissa ei ole tapahtunut yhtä merkittävää muutosta tavallisen veropetoksen ja törkeän veropetoksen välisessä osuudessa kuin verohallinnon rikosilmoitustilastoissa. Edellä on tosin todettu, että yleisissä alioikeuksissa veropetoksista tuomittujen törkeiden veropetosten osuus on vuosina 1980 ja 1981 ollut alle 10 % veropetosten ja törkeiden veropetosten yhteismäärästä. Veropetosten ja törkeiden veropetosten välinen suhde on tosin muuttunut. Tämä ilmenee seuraavasta taulukosta (taulukko 8).

24 Harmaan talouden tilannekuva II/2012. Harmaa talous – valvontatilastoja. Harmaan talouden selvitysyksikkö, s. 9 ja 32–33. Poliisin tietoon tullessa veropetosrikollisuudessa oli vastaava rikosten määrän aleneminen – erityisesti törkeän veropetoksen osalta vuosina 2009–2011. Kaksoisrangaistavuuden kiellosta verorikosasioissa ks. Asko Lehtonen. Veronkorotus EIS:n mukaisena rangaistuksena ja nykyiset ongelmat, s. 373–384 teoksessa Petteri Korhonen – Timo Saranpää (toim.), Isännän ääni. Juhlakirja Erkki Kustaa Rintala 1935 – 31/5 – 2015. Talentum Pro 2015, s. 374–379.

Taulukko 8. Käräjäoikeuksien tuomitsemat veropetosrikokset vuosina 2009–2017.²⁵

Vuosi	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Veropetos	239	122	147	86	69	107	118	117	110
Törkeä veropetos	212	92	86	113	92	83	93	77	130

Taulukosta 8 ilmenee, että käräjäoikeuksien ja hovioikeuksien ensimmäisenä oikeusasteena tuomitsemien veropetosrikosten määrä on myös vähentynyt vuoden 2009 jälkeen. Keskeinen havainto on se asiantila, että vuosien 2009–2017 aikana toisina vuosina on ollut enemmän tuomittuja tavallisia veropetoksia ja toisina vuosina enemmän törkeitä veropetoksia. Kuutena vuotena (vuodet 2009–2011 ja 2014–2016) on tuomittu enemmän rangaistuksia tavallisista veropetoksista kuin törkeistä veropetoksista. Sen sijaan kolmena vuotena (vuodet 2012–2013 ja 2017) törkeistä veropetoksista on tuomittu useammin rangaistuksia kuin tavallisista veropetoksista. Verohallinnon rikosilmoitustilastojen mukainen trendi törkeiden veropetosten olennaisesti suuremmasta määrästä ja osuudesta ei näytä vastaaavan tuomioistuintilastoista ilmenevää tilannetta vuosina 2009–2017. Tilastojen perusteella vaikuttaa siltä, että verohallinnon rikosilmoituksissa tavallisen ja törkeän veropetoksen välinen törkeysastearviointi on ollut selvästi ankarampaa kuin tuomioistuimissa.

3. Törkeän veropetoksen soveltamisedellytykset

Rikosoikeudellisesta legaliteettiperiaatteesta johtuen on aiheellista referoida RL 29 luvun 2 §:ssä tarkoitettu törkeää veropetosta koskeva säännös in extenso seuraavasti:

RL 29 luvun 2 § (24.8.1990/769). Törkeä veropetos.

”Jos veropetoksessa

- 1) tavoitellaan huomattavaa taloudellista hyötyä tai
- 2) rikos tehdään erityisen suunnitelmallisesti

ja veropetos on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä, rikosentekijä on tuomittava törkeästä veropetoksesta vankeuteen vähintään neljäksi kuukaudeksi ja enintään neljäksi vuodeksi.”

²⁵ Rangaistukset rikoksittain 2009–2017. Käräjäoikeudet ja hovioikeudet ensimmäisenä oikeusasteena. Tilastokeskus. Tilastokeskuksen PX-Web-tietokannat.

Siteeratusta RL 29 luvun 2 §:stä ilmenee, että säännöksessä on mainittu kaksi kvalifointiperustetta. Jommankumman ankaroitamisperusteen täyttyminen voi johtaa siihen, että veropetosrikos arvostellaan törkeäksi veropetokseksi. RL 29 luvun 2 §:n säännöksessä mainitaan ne tapaukset, jotka voivat tehdä veropetoksen törkeäksi. Säännökseen sisältyvä kahden kohdan luettelo kvalifointiperusteista on tyhjentävä toisin kuin entisessä RL 38 luvun 11 §:n 2 momentin säännöksessä. Muilla kuin RL 29 luvun 2 §:ssä mainituilla kvalifointiperusteilla veropetosta ei voida katsoa törkeäksi. Laissa mainitun kvalifointiperusteen toteutuminen on aina välttämätön edellytys törkeää tekemuotoa koskevan raskaamman säännöksen soveltamiselle. Tyhjentävän luettelon säätämisen perusteena olivat oikeusturvasyt. Laista on selvästi käytävä ilmi tapaukset, jolloin rikos voi tulla normaalia ankarammin rangaistavaksi.²⁶

RL 29 luvun 2 §:n säännöksessä luetelluissa tapauksissa veropetoksen tulee lisäksi olla myös kokonaisarviointin perusteella törkeä. Asia on nimenomaisesti mainittu RL 29 luvun 2 §:ssä: ”veropetos on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä”. Tavallisen ja törkeän veropetoksen erottaminen toisistaan tapahtuu viime kädessä kokonaisarvostelun perusteella. RL 29 luvun 2 §:ssä mainitun esimerkkitapauksen (kvalifointiperusteen) toteutuessa veropetosrikosta on yleensä pidettävä törkeänä veropetoksena, mutta ratkaisevaa on kuitenkin kokonaisarvostelu. Laissa olevan esimerkkitapauksen täyttyminen ei välttämättä johda kvalifioidun tunnusmerkistön soveltamiseen, jos kokonaisarviointin perusteella veropetosta ei pidetä törkeänä. Veropetoksen on lisäksi oltava kokonaisuutena arvostellen törkeä, jotta RL 29 luvun 2 §:ssä säädettyä rangaistusasteikkoa voitaisiin soveltaa. Laissa mainitun kvalifointiperusteen toteutuminen yksinään ei ole riittävä edellytys ankaramman rangaistusasteikon soveltamiselle. Kokonaisarvostelu voi johtaa siihen, ettei ankaroitamisperusteen toteutumisesta huolimatta rikosta kokonaisuudessaan arvostellen pidetä törkeänä. Rikoksen törkeyden kokonaisarviointi tapahtuu samojen periaatteiden mukaan kuin aikaisemminkin. Kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen uudistuksessa kirjoitettu lyhyempään muotoon kuin aikaisemmin.²⁷

Ensimmäinen RL 29 luvun 2 §:n mainittu kvalifointiperuste on seuraava: ”veropetoksella tavoitellaan huomattavaa taloudellista hyötyä”. Tämä peruste on asiallisesti sama kuin entisessä RL 38 luvun 11 §:n 2 mainittu kvalifointiperuste ”veron tai maksun määrä, josta rikoksella on tarkoitus vapautua, on suuri”. Tällä muutoksella ei ollut tarkoitus nostaa vaadittavaa hyödyn määrää siitä, mitä RL

26 HE 66/1988 vp, s. 19.

27 Rikoslain kokonaisuudistus I. Rikoslakiprojektin ehdotus. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 5/1984, s. 32.

38 luvun 11 §:n 2 momentin säännöksessä tarkoitettiin. Muutos johtui pelkästään siitä, että rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen uudistuksessa pyrittiin yhtenäiseen kirjoitustapaan. RL 29 luvun 2 §:n uusi ankaroittamisperuste on ilmaistu samalla tavoin kuin useissa muissakin RL:n kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittävään lakiesitykseen sisältyvissä törkeissä rikoksissa.²⁸

”Taloudellisen hyödyn” määrää arvioitaessa otetaan huomioon paitsi sen veron määrä, josta on vapauduttu tai yritetty vapautua, sekä myös muun muassa mahdollinen liian suuri arvonlisäveron (liikevaihtoveron) palautus. ”Hyödyn” määrää selvitetessä otetaan huomioon a) hankitun tai b) tavoitellun hyödyn (eli veron tai arvonlisäveron palautuksen) määrä. Hallituksen esityksen perustelujen nimenomaisen lausuman mukaisesti ratkaisevaa ei ole a) salatun tai virheellisesti ilmoitetun tulon määrä taikka b) vähennyksen tai muun sellaisen erän suuruus sinänsä vaan edelleenkin hankitun tai tavoitellun hyödyn eli veron tai arvonlisäveron palautuksen määrä.²⁹ Oikeuskirjallisuudessa on lausuttu, että oikeuskäytännössä rikosta pidetään pääsääntöisesti törkeänä veropetoksena, jos vältetyn veron määrä ylittää 20.000 euroa.³⁰ Tätä 20.000 euron rajaa on noudatettu yli kymmenen vuotta, joten perusteita olisi rajan tarkistamiseen pelkästään rahan arvon muutoksista johtuen.³¹

Korkein oikeus on harvoin antanut ennakkopäätöksiä törkeän veropetoksen kvalifiointiperusteen toteutumisesta. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2007:102 on otettu kantaa kysymykseen siitä, onko veropetos törkeä. Tapauksessa lääkäri (A) oli vuosilta 1997–2000 antamissaan ammatinharjoittajan veroilmoituksissa salannut saamiaan tuloja välttääkseen yhteensä 14.570,89 euron tuloverot. Syyttäjä, jolle oli myönnetty valituslupa KKO:ssa, vaati rangaistusta törkeästä veropetoksesta. Korkein oikeus katsoi, että A oli kerrotulla menettelyllään aiheuttanut tai yrittänyt aiheuttaa vuosien 1997–2000 verotuksessaan veron määräämisen yhteensä 14.570,89 euroa liian alhaiseksi. Törkeysastearvioinnin osalta korkein oikeus lausui, että A on tavoitellut rikoksella 14.570,89 euron hyötyä ja että tämän suuruista hyötyä ei kuitenkaan vielä voida pitää laissa tarkoitettuin tavoin huomattavana. Korkeimman oikeuden mukaan 14.570,89 euron veroa ei voida pitää RL 29 luvun 2 §:ssä tarkoitettuna huomattavana taloudellisena hyötynä.

28 HE 66/1988 vp, s. 64.

29 HE 66/1988 vp, s. 64.

30 Ari-Matti Nuutila – Kaarlo Hakamies. RL 29 luku. Rikokset julkista taloutta vastaan, s. 757–819 teoksessa Tapio Lappi-Seppälä ym., Rikosoikeus. WSOYPro 2009, s. 793. Jussi Tapani. Veropetos, s. 663–684 teoksessa Dan Frände ym., Keskeiset rikokset. Edita Publishing Oy 2018, s. 684 ja Väinö Teperi. Verorikkomus ja veropetos. Tilisanomat 2/2009.

31 Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2008:37 lausui yksi vähemmistöön jäänyt jäsen ja esittelijä mietinnössään törkeysarvostelusta (kvalifioinnista) seuraavaa: ”Vaikka vältetyn veron määräksi kertyi yli 30.000 euroa, veropetosta ei voida kokonaisuutena arvostellen pitää törkeänä.” Korkeimman oikeuden enemmistö katsoi, ettei syytettyjen syyksi voida lukea veropetosta.

Toisena ankaroittamisperusteena mainitaan RL 29 luvun 2 §:ssä seuraava esimerkkitapaus: ”rikos tehdään erityisen suunnitelmallisesti”. Tämä sama peruste esiintyy myös eräiden muiden RL:n kokonaisuudistuksen ensimmäistä vaihetta koskevaan lakiesitykseen sisältyvien rikosten törkeiden tekemuotojen tunnusmerkistöissä.

Virheellisen kirjanpidon käyttäminen ei sinänsä oikeuta soveltamaan RL 29 luvun 2 §:n ankaroittamisperustetta ”rikos tehdään erityisen suunnitelmallisesti”. Tämä oli lain tarkoitus jo aikaisemman RL 38 luvun 11 §:n 2 momentin säännöksen aikana, kuten edellä on todettu. Virheellisen kirjanpidon käyttäminen voi toteuttaa tämän kvalifiointiperusteen, jos virheellistä kirjanpitoa käytetään niin laajamittaisesti ja järjestelmällisesti, että se osoittaa erityistä suunnitelmallisuutta.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2007:102 on otettu kantaa kysymyksen siitä, onko veropetos törkeä eli onko rikos tehty erityisen suunnitelmallisesti. Tapauksessa syyttäjä vaati lääkärille (A) rangaistusta törkeästä veropetoksesta, koska A oli vuosilta 1997–2000 antamissaan ammatinharjoittajan veroilmoituksissa salannut saamia tuloja välttääkseen yhteensä 14.570,89 euron tuloverot. Törkeysastearvioinnin osalta korkein oikeus lausui, että se seikka, että A on viimeisinä vuosina jättänyt myös osan menoista ilmoittamatta rikoksen paljastumisen estämiseksi, osoittaa rikoksen teossa jossain määrin suunnitelmallisuutta. Korkein oikeus katsoi kuitenkin, että sanotulla perusteella ja muutoinkaan rikosta ei kuitenkaan voida katsoa tehdyn laissa tarkoitettui tavoin erityisen suunnitelmallisesti. Näin ollen Korkein oikeus katsoi, ettei veropetosta ole pidettävä törkeänä.

Erityistä suunnitelmallisuutta osoittavina menettelytapoina voidaan hallituksen lakiesityksen perustelujen mukaan pitää esimerkiksi sitä, 1) että rikoksen toteuttamiseksi on tehty a) laajoja valmisteluja tai b) valeoikeustoimia taikka 2) että rikoksen tekijä on ryhtynyt erityisiin toimiin verovalvonnan vaikeuttamiseksi.³²

Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että erityisen suunnitelmallisuuden kriteerit täyttää tilanne, jossa yhtiön johdossa käytetään bulvaaneja. Sitä vastoin erityistä suunnitelmallisuutta ei ole se seikka, että tuloverotuksessa teko tehdään useana verovuonna.³³ Tämän lisäksi on katsottu, että suunnitelmallisuutta osoittavat teot, joiden toteuttamistavasta ilmenee menettelyyn käytetyn ammattitaitoa ja varoja, kirjatun kirjanpitoon tosiasioita vastaamattomia tositteita tai ryhdytyn laajamittaisiin vale- ja näennäisoikeustoimiin.³⁴ Suunnitelmallisuus on usein pääteltävissä rikoksen tekotavasta. Erityisen pitkäaikaiset valmistelutoimet en-

32 HE 66/1988 vp, s. 64.

33 Nuutila – Hakamies 2009, s. 793–794.

34 Ritva Sahavirta. Verorikokset, s. 181–229 teoksessa Raimo Lahti – Pekka Koponen (toim.), Talousrikokset. Toinen tarkistettu painos. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007, s. 222.

nen rikoksen tekemistä voivat olla osoituksena suunnitelmallisuudesta. Edelleen suunnitelmallisuudesta voivat olla osoituksena toimet, joilla taataan rikoksen menestyksellinen suorittaminen, samoin kuin poikkeuksellisen laajamittaiseen toimintaan tähtäävät hankkeet.³⁵

Suunnitelmallisuutta osoittavissa rikoksissa on tavoitellun hyödyn määrä usein huomattava. Näissä tilanteissa voivat molemmat ankaroittamisperusteet täyttyä samanaikaisesti.³⁶

Korkeimman oikeuden ennakkopäätöksiä törkeän veropetoksen kvalifointiperusteista ja kokonaisarvioinnista on annettu harvoin. Edellä on käynyt ilmi, että verohallinnon rikosilmoituksista on katsottu jopa 80 % törkeiksi veropetoksiksi, mutta yleisissä tuomioistuimissa noin puolet tuomituista veropetosrikoksista on katsottu törkeiksi veropetoksiksi. Oikeustilan selventämiseksi olisi toivottavaa saada lisää korkeimman oikeuden ennakkopäätöksiä törkeän veropetoksen kvalifointiperusteista.

35 HE 44/2002 vp eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi, s. 191 ja Tapani 2018, s. 684. Ks. lisäksi KKO 2017:41, jossa avunantajan toiminnan ei katsottu täyttävän rikollisen toiminnan suunnitelmallisuutta koskevaa koventamisperustetta (perustelujen kohdat 26–31).

36 Rikoslain kokonaisuudistus I. Rikoslakiprojektin ehdotus. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 5/1984, s.108.

Pia Letto-Vanamo

Arviointia, luokittelua ja tasapainoilua –näkökulma oikeustieteellisen tiedekunnan arkeen

1. Ammattikoulutusta eliittiyliopistossa

Maamme oikeustieteellisissä tiedekunnissa suoritettu tutkinto pätevöittää kaikkiin oikeudellisiin ammatteihin. Niissä koulutetut juristit toimivat asianajajina, tuomareina, virkamiehinä, tutkijoina ja niin edelleen. Näin on ollut jo pitkään. Autonomian aikana Turusta Helsinkiin siirretty yliopisto noudatti venäläistä koulutusideaalia ja panosti ammatilliseen ja virkamiesten koulutukseen. Samalla yliopistokoulutuksesta tuli tärkeä kanava suomalaiseen yhteiskunnalliseen eliittiin. Vuodesta 1828 lähtien tuomareilta ja virkamiehiltä vaadittiin yliopistotutkintoa, ja oikeudellinen tutkinto takasi pääsyn kaikkiin valiollisiin tehtäviin. Noista päivistä lähtien Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta on ollut maan tärkein instituutio juridiikan ammattilaisten kouluttamisessa.

Kansainvälisessä vertailussa Suomen tilanne on melko poikkeuksellinen: ei tarvita valtioneuvoston tutkintoa, tuomarikoulua, virkamieskoulua tai vastaavaa. Maisteriopinnut yliopistossa riittävät. Itse asiassa tässä on yksi selitys sille, miksi oikeustieteellisiä tiedekuntien toimintaa koskevat keskustelut meillä niin usein näyttävät heijastavan ammatillisen koulutuksen (oletettujen) tarpeiden ja oikeustieteellisen tutkimuksen välistä jännitettä. Tämä tulee esille esimerkiksi silloin, kun puhutaan vähemmän käytännöllisten tai ”hyödyttömien” oikeustieteen alojen (esim. oikeusfilosofia tai oikeushistoria) asemasta oikeustieteellisessä koulutuksessa, professorien pätevyysvaatimuksista – tuleeko myös juridiikan alalla vaatia näyttöjä kansainvälisestä tutkimusyhteistyöstä ja / tai ansioista tutkimusrahoituksen hankkimisessa – taikka oikeustieteellisten tiedekuntien menestyksen arviointikriteereistä.

Jännite tuli esille myös 1970-luvulla, kun suomalaista koulutus- ja yliopistojärjestelmää uudistettiin. Tuolloin koulutuksen demokratisointi asetettiin etusijalle samalla, kun kritisoitiin muun muassa tuomarien liian kapeaa yhteiskunnallista rekrytointipohjaa. Keskustelujen tuloksena uudistettiin oikeustieteellisten opintojen sisältöä ja pyrittiin lähentämään oikeustiedettä muihin yhteiskuntatieteisiin. Silti opintojen ammatillinen ja käytännöllinen luonne säilytettiin.

Tuomarien rekrytointitausta sen sijaan muuttui radikaalimmin luovuttaessa sportteleihin perustuvasta kihlakunnantuomarijärjestelmästä, ja kun alettiin perustaa käräjätuomarin virkoja.¹ Tämä johti (ali)tuomareiden määrän huomattavaan kasvuun. Samalla lisääntyi naisten osuus. Vuonna 1950 Suomessa oli 557 tuomaria, joista 45 oli naisia. Vuonna 1970 vastaavat luvat olivat 669 ja 84, mutta vuonna 1990 jo 1981 ja 914.

Nykyään on melko vaikeaa puhua suomalaisen yhteiskunnan eliitistä, ainakaan taloudellisin termein, taikka yleisesti juristikunnan kohdalla. Silti uskallan edelleenkin pitää Helsingin yliopiston oikeustieteellistä tiedekuntaa eräänlaisena eliitin instituutiona ottaessaan vuosittain noin 250 opiskelijaa runsaan 3000 hakijan joukosta.² Myös professoriksi pääseminen on vaikeaa. Opiskelijat tulevat yleensä maan parhaista lukioista ja työllistyvät opintojen jälkeen lähes 100 prosenttisesti juridisiin ammatteihin. Sekä hakijoiden massiivinen karsiminen että valmiiden juristien helppo työllistyminen ovat kansainvälisiä poikkeuksia.

Poikkeuksellista on myös, että tämä eliittikoulutus on ilmaista. Yleisestikin ottaen suomalaisten symbolinen erottautuminen ei ole kiinni yhteiskuntaluokasta. Päinvastoin, protestanttinen etiikka ja eräänlainen pioneerihenki ovat olleet yleisesti hyväsytyttä arvoja, myös juristikunnan keskuudessa. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, etteikö suomalainen lakimieskunta olisi selvästi keskiluokkaista, jota luonnehtii koulutuksen kautta saavutettu asiantuntijuus ja arvostettu asema yhteiskunnassa. On myös tyypillistä, että ammatti ”peritään”, ja vain harvoin juristilla on työläistausta.

Myös tänään oikeustieteellinen tutkinto on hyödyllisin ja yksi arvostetuimmista yliopistotutkinnoista – vaikka oikeustieteen professorit eivät autonomian ajan edeltäjiensä tavoin enää osallistukaan laajamittaisesti poliittis-yhteiskunnalliseen toimintaan. Oikeustieteellä on kuitenkin keskeinen rooli yhteiskunnallisia uudistuksia suunniteltaessa ja toteutettaessa. Hyvä esimerkki tästä on eduskunnan perustuslakivaliokunnan asiantuntijajärjestelmä. Tosin juristikunnan merkitystä ei voi verrata esimerkiksi Yhdysvaltoihin, jossa historiallisista syistä korkeimman

1 Lisää aiheesta Pia Letto-Vanamo, *Finnish Judges between Tradition and Dynamism*, s. 157–167 teoksessa Sophie Turenne: *Fair Reflection of Society in Judicial Systems – A Comparative Study*, Cham: Springer 2015.

2 Lisää aiheesta Letto-Vanamo, *Legal Education as a Channel to the Social Elite*. Teoksessa *The Elite University – roles and models*, Kööpenhamina: The Royal Danish Academy of Science and Letters 2017, s. 85–100.

oikeuden vaikutusvalta ja yleisemminkin lakimiesten arvostus ovat poikkeuksellisen suuria.³

2. Tehokkuuden ja vaikuttavuuden arviointia

Oikeustiede akateemisena disiplina on kuitenkin muuttumassa. Oikeudellinen sääntely ei ole menettänyt merkitystään, ja juristeja tarvitaan monilla aloilla aikaisempaan enemmän. Sen sijaan oikeuden kansainvälistyminen on kyseenalaistanut kansallisen lähestymistavan ja muuttanut oikeuskäytäntöä. Juristien, jopa tuomarien työ on edellyttänyt muutakin kuin puhtaasti kansallisen oikeusjärjestyksen tuntemista. Tämä on heijastunut myös oikeustieteelliseen koulutukseen ja tutkimukseen.

Muutoinkin yliopistojen työ ja sen arvostus ovat olleet murroksessa. Yrityselämän malleja ja ihanteita sovelletaan yhä enenevässä määrin myös niissä. Yliopistollisen työn tehokkuutta ja vaikuttavuutta on alettu arvioida ja mitata; käytössä ovat sitaatti-indeksit ja vaikutusmittarit. Menestystä mitataan kiinnittämällä huomiota etenkin tuotettuihin julkaisuihin ja yliopiston ulkopuolelta saatuun rahoitukseen. Itse asiassa arviointia tapahtuu joka tasoilla. Oikeustieteellisiä tiedekuntia ja niiden tutkimustoiminnan laatua arvioidaan ennen muuta tutkimushenkilöstön yksilöllisten suoritusperusteella. Julkaisuja arvioidaan kustantajien ja julkaisijoiden toimesta, ja rahoitushakemuksia rahoittajien kutsumien asiantuntijoiden toimesta. Henkilöstöä rekrytoitaessa on käytössä omat arviointiprosessit. Opiskelijat arvioivat opettajia, ja opettajat opiskelijoita.

Nykyinen arviointikulttuuri on kansainvälistymisen lisäksi lisännyt englannin kielen valta-asemaa, mikä näkyy myös oikeustieteessä. Esimerkiksi valtaosa väitöskirjoista Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa kirjoitetaan englanniksi. Myös opiskelijat ovat aktiivisia kansainvälisessä vaihdossa ja suorittavat tutkintoja ulkomailla. – Joku voisikin kysyä, onko perinteinen kansallinen eliitti menettämässä asemiaan, vai osa siitä tulossa vieläkin merkittävämmäksi kansainvälisen toimintansa ansiosta.

Noin 80 prosenttia suomalaisten yliopistojen rahoituksesta tulee valtiolta. Se jaetaan niille kulloinkin päätettävän opetus- ja kulttuuriministeriön rahoitusmallin (ns. OKM:n malli) perusteella. Loppu on pääosin yksittäisten tutkijoiden tai tutkimusryhmien hankkimaa kansainvälistä tai kansallista tutkimusrahoitusta. Oikeustieteen opetusta ja tutkimusta on lisäksi rahoitettu yrityksiltä ja yksityishenkilöiltä saaduilla lahjoitusvaroilla. Tällä hetkellä Suomen Akatemian (ns. yli-

3 Tästä jo Alexis de Tocqueville, *De La Démocratie en Amérique* 1–4, Pariisi 1835–1840.

opistojen profilointi-) rahoituksella ja lahjoituksilla rahoitetaan runsas kolmasosa⁴ Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan professorin ja apulaisprofessorin tehtävistä.

Yliopistojen sisällä resursseja jaetaan joko OKM:n mallin mukaan tai siitä muunnellulla järjestelmällä. Molemmissa tapauksissa käytetään sekä koulutus- että tutkimusindikaattoreita. Edelliset suosivat oikeustieteellisiä tiedekuntia: käytännössä kaikki opiskelijat valmistuvat ja myös melko nopeasti. Jälkimmäiset, joissa kiinnitetään huomiota etenkin tutkimusjulkaisuihin ja ulkomaiseen tutkimusrahoitukseen, eivät ole niin suosiollisia.

Helsingin yliopisto korostaa muita suomalaisia yliopistoja enemmän rooliaan tutkimusyliopistona. Se on aktiivinen LERU-yliopisto⁵, 56. sijalla Shanghain listalla ja tavoittelee aktiivisesti paikkaa listan 50 parhaan joukossa. Tutkimuksen korostaminen näkyy yliopiston sisäisessä rahanjakomallissa samoin kuin yliopiston rekrytointijärjestelmässä ja sen omissa arviointikäytännöissä. Suuntaus koskee myös oikeustieteellistä tiedekuntaa; tämä vaatii entistä enemmän yleistutkinto-ideaalille perustuvan ammatillisen koulutuksen ja oikeustieteellisen tutkimuksen välistä tasapainoilua, samoin kuin tässä yhteydessä kansallisen ja kansainvälisen välille helposti syntyvän jännitteen huomioon ottamista.

Tutkimusyliopiston roolin korostaminen on myös osaltaan kasvattanut eroa Helsingin yliopiston ja muiden yliopistojen oikeustieteellisten tiedekuntien välillä. Valtaosa tutkimuksesta tehdään ja väitöskirjoista kirjoitetaan Helsingissä. Yliopiston sisällä tutkimuspainotteinen malli, muun muassa kansainvälisestä tutkimusrahoituksesta palkitseminen ja suoritettujen perustutkintojen todellista vähäisemmän määrän huomioonottaminen, on puolestaan ollut omiaan suosimaan luonnontieteitä humanistis-yhteiskuntatieteellisten alojen kustannuksella.

4 Yhteensä kokopäiväisiä tehtäviä (2019) on 37, joista 16 rahoitetaan yliopiston ulkopuolelta tulleella rahoituksella.

5 LERU on Euroopan tutkimusyliopistojen yhteenliittymä (League of European Research Universities).

3. Julkaisujen luokittelua ja hinnoittelua

Julkaisujen arvottamisessa tärkein toimija on vuodesta 2010 lähtien ollut Tieteellisten seurain valtuuskunnan toimesta perustettu julkaisufoorumi (JUFO)⁶. Norjan ja Tanskan mallien inspiroimana luotiin julkaisukanavien kolmiportainen luokittelu tukemaan tutkimustulosten arviointia. Luokittelunjärjestelmän avulla muun muassa pyritään ”rohkaisemaan suomalaisia tutkijoita julkaisemaan tutkimustuloksiaan korkeatasoisilla kotimaisilla ja kansainvälisillä julkaisufoorumeilla”. JUFO-luokitus koskee tieteellisiä (ei siis ammatillisia) aikakauslehtiä, kirjasarjoja, konferenssijulkaisuja ja kirjankustantajia. Kaikkien keskeisten tieteenalojen ulkomaiset ja kotimaiset julkaisukanavat on luokiteltu niin, että 1 on perustaso, 2 johtava taso ja 3 korkein taso.

Arviointia varten luotiin 23 tieteenalakohtaista paneelia, joissa on noin 200 suomalaista tai Suomessa toimivaa alallaan arvostettua tutkijaa. Oikeustiede kuuluu paneeliin 19 yhdessä kriminologian ja politiikan tutkimuksen kanssa.⁷ Paneelijärjestelmä luotiin, jotta voitaisiin ottaa huomioon tieteenalojen omat julkaisukäytännöt – vaihtoehtona (vain) sitaatti-indeksien ja vastaavien järjestelmien käytölle. Paneelien tehtävänä on varmistaa, että kukin JUFO-taso on tasapuolisesti edustettuna kullakin tieteenalalla, ja huolehtia siitä, että vain tietty (foorumin ohjausryhmän päättämä) osuus julkaisuista voi sijoittua tasoille 2 ja 3. Työssään panelistit käyttävät olemassa olevia arviointi-indeksejä samoin kuin Norjan ja Tanskan tasoj⁸, mutta heidät on myös ohjeistettu konsultoimaan oman alansa edustajia. Tämä tarkoittaa yleensä epämuodollisia keskusteluja paneelin jäsenten kesken ja satunnaista yhteydenpitoa alan edustajiin.

Oikeustieteellisillä julkaisuilla on mahdollista sijoittua kaikille tasoille, mutta kotimaiset julkaisukanavat eivät täytä tasolle 3 asetettuja vaatimuksia. Julkaisukanavien laatua arvioidessaan paneelin on otettava huomioon alalle tyypilliset julkaisukäytännöt (esimerkiksi kieli), mutta myös yksittäisen julkaisukanavan asema tiedeyhteisössä. Taso 1 on varattu kotimaisille ja kansainvälisille julkaisuille ja kustantajille, jotka JUFO:n ohjeiden mukaan ovat ”suomalaisen tutkimuksen näkökulmasta keskeisimmät”. Vaikka tämä kriteeri täytyisi, ei tasolle voi päästä, mikäli yli puolet julkaisukanavan arvioitsijoista ja kirjoittajista tulee samasta tutkimusorganisaatiosta (esimerkiksi yliopiston omat julkaisusarjat) ja /taiikka paneelin jäsenten mielestä sen ”tieteellinen taso tai relevanssi on kyseenalainen”.⁹

6 <http://www.julkaisufoorumi.fi/>.

7 Kirjoittaja oli paneelin 19 puheenjohtaja vuosina 2014–2017 ja sitä ennen paneelin jäsen. Kimmo Nuotio jäsen on JUFO:n ohjausryhmässä vuosina 2016–2019.

8 Tosin niissä on vain kaksi julkaisujen luokkaa.

9 <http://www.julkaisufoorumi.fi/fi/arvioinnit/luokitteluperusteet>.

Tällä hetkellä yhteensä 14 Suomessa julkaistua oikeustieteellistä aikakauslehteä tai sarjaa on luokiteltu tasolle 1.

Tasolla 2 on erilliset kriteerit kotimaisille ja kansainvälisille julkaisukanaville. Kansainvälisiltä julkaisuilta edellytetään, että lehden tai vastaavan toimittajat, kirjoittajat ja lukijat edustavat useita kansallisuuksia. Luokittelussaan panelistit joutuvat ottamaan huomioon muun muassa sen, kuinka vaativa referee-menettely on, ja kuinka kovaa kilpailua käydään potentiaalisten kirjoittajien välillä. Kaikki kriteerit täyttävät kanavat eivät kuitenkaan asetu tälle tasolle, mikä johtuu niin sanotusta quota-järjestelmästä.

Humanistis-yhteiskunnallisilla aloilla tasolla 2 voi olla myös johtavia kotimaisia julkaisukanavia, jotka ovat erikoistuneet suomalaisen yhteiskunnan, kulttuurin tai historian tutkimuksen tulosten julkaisemiseen. Edellytyksenä on, että niissä julkaiseminen voidaan katsoa yhtä arvokkaaksi kuin vastaavilla kansainvälisillä foorumeilla julkaiseminen. Samalla on noudatettava tiettyjä minimivaatimuksia: ”tieteellisten kirjoitusten laadunarvioinnin on oltava parhaiden käytäntöjen mukaista; julkaisusarjojen oltava oman tieteenalansa, ja kirjakustantajien päätiiteenalan, tutkimusta laaja-alaisimmin kattavia koko alan kansallisen tiedeyhteisön käyttämiä julkaisukanavia”. Lisäksi edellytetään, että kyseisen alan ”tutkimuskysymykset kontekstualisoituvat vahvasti suomalaisen yhteiskunnan tai suomen- ja ruotsinkielisen kulttuurin piiriin”. Kotimaisista oikeustieteen alan julkaisuista tällä hetkellä vain Lakimies ja Oikeus ovat tasolla 2. Yksikään kotimainen oikeustieteen alan teoksia julkaiseva kustantaja ei ole tällä tasolla. Tasolla 1 ovat Alma Talent, Edita ja Lakimiesliiton kustannus.

Tason 3 edellytyksenä, että julkaistava tutkimus edustaa alansa korkeinta tasoa ja sen (esim. viittausindikaattoreilla mitattu) vaikuttavuus on erittäin suuri; oleellista on myös, että julkaisukanava kattaa omaa tieteenalaansa laajasti, eivätkä siinä julkaistut kirjoitukset rajoitu kapean erikoistematikan käsittelyyn. Kirjoittaja- ja lukijakunnan on oltava kansainvälistä ja toimituskunnissa alan johtavia tutkijoita. Lisäksi panelistit joutuvat vakuuttumaan siitä, että kyseisessä lehdessä (/ kyseisellä kustantajalla) ja julkaisemista arvostetaan alan kansainvälisessä tutkijayhteisössä erittäin korkealle. American Journal of Comparative Law, American Journal of International Law, Common Market Law Review ja The European Law Review ovat esimerkkejä 3-tason oikeustieteen alan julkaisuista, joita tällä hetkellä on yhteensä 13. Kustantajien joukossa ovat Brill, Cambridge University Press, Oxford University Press ja Routledge,

Luokittelukriteerit ja quota-järjestelmä suosivat englanninkielisiä julkaisukanavia, joissa kirjoittajien välinen kilpailu on kovempaa, vertaisarviointimenettely vaativampaa ja julkaisuvolyymit sekä kirjoittaja- ja lukijamäärät suurempia kuin esimerkiksi saksankielisillä aikakauslehdillä. Quota-järjestelmä nimittäin määrit-

telee muodollisesti sen, kuinka monta julkaisukanavaa kukin paneeli voi sijoittaa tietylle tasolle. Vuodesta 2015 osuuskien laskeminen on tehty julkaisuvolyymien perusteella, mikä tarkoittaa sarja- tai konferenssijulkaisussa ilmestyneiden kotimaisten ja ulkomaisten tieteellisten artikkeleiden yhteenlaskettua kolmen vuoden keskiarvoa. Tämän vuoksi tasolle 3 sijoitettujen kanavien määrä vaihtelee paneelien kesken. Tasolle 2 luokiteltujen sarjojen yhteenlaskettu julkaisuvolyymi voi olla enintään 20 prosenttia ko. paneelille kuuluvien kaikkien sarjojen yhteenlasketusta julkaisuvolyymista (tasot 1–3 yhteensä). Tasolle 3 luokiteltujen sarjojen yhteenlaskettu julkaisuvolyymi voi olla enintään 25 prosenttia ko. paneelille kuuluvien tason 2 sarjojen yhteenlasketusta julkaisuvolyymista.

Myös opetus- ja kulttuuriministeriön tietojen keruujärjestelmässä yliopistojen henkilöstön julkaisut on luokiteltu – ja hinnoiteltu luokittelun perusteella. Julkaisufoorumin luokittelua käytetään apuna silloin, kun kyseessä on tieteelliset, vertaisarvioidut julkaisut. Vuodesta 2017 lähtien julkaisuja on hinnoiteltu oheisen taulukon mukaisesti.¹⁰

JULKAISUTYYPPI		PAINOKERROIN			
		TASO 3	TASO 2	TASO 1	TASO 0
VERTAISARVIOIDUT	Artikkelit (A1-A4)	4	3	1	0,1
	Monografiat (C1)	16	12	4	0,4
	Tieteellisen teoksen toimittaminen (C2)	4	3	1	0,1
VERTAIS-ARVIOIMATTOMAT (ei JUFO-luokkaa)	Artikkelit ja muut (B, D1-D4, D6, E1, E3)	0,1			
	Ammatilliset ja yleistajuiset kirjat (D5, E2)	0,4			

Taulukko 1: Painokertoimet eri julkaisuille vuodesta 2017 alkaen

¹⁰ <http://www.julkaisufoorumi.fi/fi/arvioinnit/tasoluokan-maarittaminen-yksittaisille-julkaisuille>.

4. Tasapainoilua

Julkaisufoorumi luotiin siis tarpeeseen arvioida yliopistojen ja tutkimuslaitosten tutkimustuloksia – ei vain määrällisesti vaan myös laadullisesti. Tavoitteena oli kuitenkin makrotason arviointi, joka koskisi tiettyä organisaatiota, alaa tai koko maata, ja muun maussa auttaisi niitä kehittämään toimintaansa. Vuodesta 2015 lähtien JUFO-luokka on ollut keskeinen laatuindikaattori OKM:n yliopistoja koskevassa rahanajakomallissa, ja tällä hetkellä julkaisujen perusteella yliopistoille jaetaan rahoituksesta 13 prosenttia.

Koska taso heijastaa vain kunkin julkaisukanavan julkaisujen keskimääräistä tasoa, ei yksittäisten kirjoituksen tieteellistä laatua, luotiin luokittelu ainoastaan suurempien julkaisumäärien arviointia varten. Sitä ei ollut tarkoitettu yksittäisen tutkijan meriittien arvioimiseen – eikä sillä voi korvata esimerkki rahoituksesta tai rekrytoinnista päätettäessä asiantuntijoiden suorittamaa arviointia. Toisin kuitenkin kävi. Foorumiin liittyvän kritiikin kärki kohdistuukin ennen muuta sen käyttöön alkuperäisen idean vastaisesti: yhä useammin yksittäisten tutkijoiden arvioimiseen, eräissä yliopistoissa jopa heidän taloudelliseen palkitsemiseen.

Itse asiassa suomalaisessa yliopistomaailmassa on menossa eräänlainen konvergenssi tieteenalojen välillä. Konvergenssi on kuitenkin yksipuolista. Arviointikulttuuri, jossa kansainvälinen julkaiseminen ja rahoitus ovat menestyksen keskeisiä kriteereitä, suosii lähes automaattisesti luonnontieteitä. Samalla niiden julkaisu- ja arviointikäytännöt ovat tulleet humanistis-yhteiskuntatieteellisille aloille: Artikkelien, vaikka vain lyhyiden ja suurella joukolla kirjoitettujen – julkaiseminen on yleensä hyödyllisempää kuin tieteellisten monografioiden saati oppikirjojen julkaiseminen, ja kirjoittaminen englanniksi on taloudellisesti ja tieteellisesti arvokkaampaa kuin kirjoittaa kotimaisilla kielillä taikka muilla kielillä. Lisäksi ranking-käytännöt perustavat yhä enemmän muodollisille kuin sisällöllisille perusteille. Onhan JUFO-luokittelussakin kyse vain yksittäisen kirjoituksen oletetusta laadusta.

On totta, että JUFO kannustaa tutkijoita kansainväliseen julkaisemiseen, mikä on myös oikeustieteen tutkimuksen kehityksen ja laadun kannalta välttämätöntä. Luokitus kuitenkin suosii ja aidosti kannustaa ennen muuta sellaisia tutkijoita, jotka työskentelevät oikeustieteen ”laajoilla” ei-kansallisilla aloilla, kuten oikeusvertailu, eurooppaoikeus, kansainvälinen oikeus tai oikeusteoria, ja joilla on suurilevikkisiä englanninkielisiä (tason 3) julkaisukanavia. Se näkyy myös menestyksessä tutkimusrahoitushauissa.

Luokittelu on lisännyt myös oikeustieteen alan tutkijoiden kiinnostusta julkaista artikkeleita monografioiden sijasta, mitä voidaan pitää positiivisena ainakin julkaisufrekvenssin ja tieteellisen keskustelun näkyvyyden ja ajankohtaisuuden

näkökulmasta. Se on lisäksi synnyttänyt terveellisen pohdinnan kotimaisen oikeustieteellisen kustannustoiminnan laadusta ja sen parantamisen välttämättömyydestä. Samalla vertaisarvioinnista on tullut normaali osa akateemista julkaisemisesta. Onhan se myös pääsykriteeri JUFO-tasolle. Tosin pienessä maassa kahden ulkopuolisen ja neutraalin arvioitsijan löytäminen on usein vaikeaa, ja melko harvoin kotimaisilla kielillä julkaistavien kirjoitusten arviointi on täysin ”sokeaa”.

Arvioitavien kanavien suuri määrä ja erilaisuus ovat omiaan tekemään JUFO-panelistien työn ylimalkaiseksi. Tällä hetkellä runsaat 800 oikeustieteellistä julkaisukanavaa on hyväksytty julkaisufoorumin tasolle 1–3. Luokittelu tarkistetaan joka neljäs vuosi, ja muulloin tehdään jatkuvaa täydennysarviointia. Esimerkiksi tammikuun ja huhtikuun 2017 välisenä aikana johtamani paneeli 19 arvioi 57¹¹ uutta julkaisukanavaa. Niistä 15 oli ehdotettu arvioitavaksi kyseisten alojen tutkijoiden toimesta. Loput paneeli sai OKM:n tietojenkeruun seurauksena (so. yliopistojen vuosiraporttien perusteella). Arviointia helpottaa kuitenkin, että tärkeimpänä kriteerinä 1 tasolle pidetään vertaisarviointijärjestelmän olemassaoloa. Se on helposti todettavissa, mutta vain muodollisesti. Quota-järjestelmä puolestaan voi johtaa väärään tasoon. Osuudet päätetään JUFO:n neuvottelukunnan kokouksessa neljäksi vuodeksi kerrallaan, ja voi olla, että kaikki parhaat julkaisut eivät pääse tasolle kolme. Ei ole myöskään mahdollista täysin sulkea pois sitä, että yksittäisten panelistien mielipiteet samoin kuin kulloisetkin tutkimustrendit vaikuttavat tasosta päätettäessä. Tämä koskee erityisesti humanistis-yhteiskunnallisia aloja, joissa arviointi on henkilökohtaisempaa ja sisällöllisempää kuin monilla luonnontieteen aloilla.

Silti julkaisemisen merkitys akateemisen aktiivisuuden mutta myös tutkimuksen laadun osoituksena on laajalti hyväksyttyä oikeustieteen harjoittajien keskuudessa. Vaikka julkaisufoorumia on kritisoitu sen väärän / liiallisen käytön vuoksi tai englannin kielen korostamisen johdosta, sitaatti-indeksien tai bibliometristen analyysin käyttö tuskin saa kannatusta oikeustieteen tutkijoilta tulevaisuudessaakaan. Yleisesti ottaen julkaisufoorumin nykyinen luokittelu ja samoin kuin käyttäminen OKM:n rahajakomallissa ovat olleet melko edullisia oikeustieteelle.

Kansainvälistymistäkään harvat pitävät ongelmana. Oikeustiede on aina ollut kansainvälistä: ideat ovat matkustaneet, ja myös meillä mallia ja inspiraatiota on otettu muista oikeusjärjestelmistä. Suomen kaltaisessa pienessä maassa, jossa puhutaan kahta harvinaista kieltä, avoimuus ulkopuolisille ideoille on välttämättömä korkeatasoisen tutkimuksen, jopa oikeuskäytännön takaamiseksi. Sen sijaan oikeudellista normistoa valmistellaan ja sovelletaan kansallisessa ympäristössä

11 Vain muutama näistä otettiin tasolle 1 (joka on ns. täydennysarvioinnin ainoa mahdollinen taso); muut eivät täyttäneet tasovaatimuksia.

ja kansallisilla kielillä. Myös juridinen koulutus kansallisilla kielillä on edelleen välttämätöntä. Käytössä olevat arviointi- ja luokittelujärjestelmät sekä niitä tukevat rahoituskäytännöt tekevät kuitenkin melko vaikeaksi etenkin nuorempien tutkijoiden motivoimisen suomen- tai ruotsinkieliseen julkaisemiseen. Pidemmällä tähtäimellä saattaa myös käydä niin, että liiallinen englanniksi julkaiseminen köyhdyttää sekä kielellisesti että sisällöllisesti oikeustiedettämme.

Helsingin yliopiston järjestelmä, jossa kansainvälisestä tutkimusrahoituksesta ja julkaisemisesta palkitaan suhteessa enemmän kuin tuotetuista tutkinnoista – ja jossa oikeustieteen tutkijoiden merkittävä panostus lainvalmistelussa ja muussa yhteiskunnallisessa vaikuttamisessa jäävät näkymättömäksi, panee yleistutkinto-ideaalin kovalle koetukselle. Sama koskee yliopistotyön perusajatusta siitä, että opetus on tutkimukseen perustuvaa. Hyvä menestys muun kuin rehtorin myöntämän rahoituksen hankkimisessa samoin kuin alaa laajasti hallitsevan tutkimus- ja opetushenkilöstön rekrytoinnissa on kuitenkin toistaiseksi mahdollistanut onnistuneen tasapainoilun.

Tuula Linna

Oikeudenmukaisen rankaisemisen ideaali ja reaali – tunnustaminen rangaistuksen lieventämisperusteena

1. Kaiken perusta on oikeudenmukainen rankaiseminen

Kriminaalipolitiikassa keskustallaan siitä, *miksi* rangaistaan, *mistä* rangaistaan ja *miten* rangaistaan. Etenkin viimeksi mainittu kysymys on ollut jossakin määrin epävakaa pohjalla. Esimerkkinä voidaan mainita edestakaiset muuntorangaistusta koskevat muutokset.¹ Tiettyä liikettä on nähtävissä myös rangaistuksen lieventämisperusteiden soveltamiskäytännössä, joka on irtautunut kuopistaan syyteneuvottelun² säätämisen myötä. Tällaiset liikkeet ovat luonnollisia, ja myös seuraamusjärjestelmä muuntuu ajassa. Tarkastelen tässä kirjoituksessa linkkiä rankaisemisen 'miksi' ja 'miten' -kysymysten välillä tunnustamiseen perustuvien lieventämisperusteiden näkökulmasta.

'Miksi'-kysymys liittyy seuraamusjärjestelmän fundamentaalisimpaan perustaan, *oikeudenmukaisen rangaistuksen periaatteeseen*. Tämä rikosoikeuden peruseriaate on pysynyt vakaana.³ Oikeudenmukaisuuden periaate ilmentyy

1 Ks. kootusti HE 178/2018 vp sakon muuntorangaistuksen määräämistä koskevan sääntelyn muuttamiseksi. Ks. kritiikistä Pekka Viljanen, Epäonnistunut sakkouudistus. Defensor Legis 2/2015, s. 662–679.

2 Syyteneuvottelulla tarkoitetaan oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (689/1997, ROL) 1:10 ja 10a:ssä sekä esitutkintalain (805/2011, ETL) 3:10a:ssä tarkoitettua syyttäjän ja epäillyn/vastaajan välisiä tunnustukseen perustuvia rangaistusvastuun huojentamista tarkoittavia neuvotteluja ja niiden tuloksena syntyvän tuomioesityksen käsittelemistä ROL 5 b luvun mukaisessa tunnustamisoikeudenkäynnissä. Tässä yhteydessä ei ole mahdollista lähemmin käsitellä syyteneuvottelua. Ks. aiheesta kootusti lähteineen Ritva Sahavirta, Syyteneuvottelu – kun käytäntö kohtaa teorian. Teoksessa Oikeustieteiden moniottelija – Matti Tolvanen 60 vuotta. Edita Publishing Oy 2016. Saatavilla myös: www.edilex.fi/artikkelit/16166. Ks. järjestelmän taustasta ja tavoitteista Jukka Oikarainen, Syyteneuvottelu ja tunnustamisoikeudenkäynti oikeuspoliittisena kysymyksenä – uhka vai mahdollisuus? Lakimies 5/2012, s. 742–763.

3 Ks. Petter Asp, Principen om rättvis bestraffning – alltings grundbult. JFT 5-6/2008, s. 530–543, 530–531.

rikoslain mittaamista koskevassa *yleisperiaatteesta* (rikoslain 6 luvun 4 §). Sen mukaan rangaistus on mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttimiin sekä rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen.⁴

Mainittu yleissäännös vahvistaa mittaamisen johtaviksi periaatteiksi *suhteellisuusperiaatteen ja yhdenvertaisuuden*.⁵ Kyse on yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden toteuttamisesta rikokseen perustuvassa moitearvostelussa. Tekijään kohdistettu moitearvostelu ja tiettyjen, epämiellyttäväksi koettujen seuraamusten aiheuttaminen kuuluvat rankaisemisen tarkoitukseen – tarkoitukseen, jota on Alf Rossin mukaan pohdittu jo aikojen alusta tai ainakin yli 2000 vuoden ajan.⁶

Oikeudenmukaisuusperiaatteen kaksi tärkeää alaprinsiippiä ovat siis *suhteellisuusperiaate ja yhdenvertaisuusperiaate*.⁷ *Kimmo Nuotion* sanoin suhteellisuusperiaate suojaa rikosentekijää ennakoimattoman kovalta rangaistukselta. ”Suhteellisuusperiaate on oikeusturvaperiaate.”⁸

Yhdenvertaisuusperiaate puolestaan saa ilmaisunsa lisäksi rikoslain 6 luvun 3 §:n 1 momentissa. Säännöksen mukaan rangaistusta määrättäessä on otettava huomioon kaikki lain mukaan rangaistuksen määrään ja lajiin vaikuttavat perusteet sekä *rangaistuskäytännön yhtenäisyys*. Yhdenvertaisuusperiaate yleisenä oikeusvaltioperiaatteena ilmenee luonnollisesti myös perustuslain 6 §:stä, jonka mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Keskeistä on, että olennaisilta piirteiltään samanlaisissa tapauksissa tuomitaan yhtä ankara rangaistus, toisin sanoen moitearvostelun tulee olla yhtä vahva.

Sakari Melanderin mukaan yhdenvertaisuus on arvona ja periaatteena rakentunut syvälle osaksi rikosoikeudellista järjestelmää. Myös rikosoikeudellisen lainsäätäjän tulisi hänen mukaansa perehtyä yhdenvertaisuudelle valtiosääntöoikeudessa annettuun merkityssisältöön, sillä kyse on ennen muuta perustuslaissa turvattun yhdenvertaisuuden vaikutuksesta rikosoikeuteen.⁹

4 Rikoslain yleisten oppien uudistuksessa säännökseen otettiin tekijän vaikuttamia koskeva lisäys. Ks. HE 44/2002 vp rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi, s. 23.

5 HE 44/2002 vp s. 168 ja 187.

6 Alf Ross, *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Stevens & Sons Limited. London 1975, s. 33 ja 39. Ks. analyysi rangaistusteorioista Tapio Lappi-Seppälä, *Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa*. SLY 1987, 166 ss. Ks. myös Matti Tolvanen, *Rangaistusteoriat – mitä ne ovat ja mihin niitä tarvitaan?* Oikeus 4/2009, s. 358–379, 361 ja 362.

7 Ks. Lappi-Seppälä 1987, s. 166 ss. ja Sakari Melander, *Yhdenvertaisuus rikosoikeudessa*. Oikeus 2/2011, s. 175–198, 188. Lisäksi voidaan mainita erilaiset kohtuusperusteet. Ne vaikuttavat Lappi-Seppälän (1987 s. 195) mukaan – ei niinkään rikoksen vaan – rangaistuksen arvottamiseen ja sitä kautta ovat tekijän henkilöön ja hänen poikkeuksellisiin oloihinsa liittyvät seikat merkityksellisiä.

8 Kuitenkin hän haastaa myös itse suhteellisuusperiaatteen, koska sekin tietyllä tapaa rajoittaa näkökulmaa. Ks. Kimmo Nuotio, *Mitä törkeämpi rikos, sen ankarampi rangaistus – suhteellisuusperiaatteesta rikosoikeudessa*. Oikeus 2/2005, s. 178–184, 181.

9 Melander 2011, s. 196.

Etenkin ehdottoman vapausrangaistuksen brutaliteetti, toisin sanoen valtiovalan rangaistusvaltansa turvin aiheuttaman institutionalisoidun vapaudenriiston seurauksena syntyvä moraalivaje vaatii jonkin legitimaation. Tässä kirjoituksessa ei syvennytä legitimaatioteorioihin (kuten sovitus- ja preventioteorioihin) – joita koskeva keskustelu on ”moniäänistä”¹⁰ moraalifilosofia kaikupohjanaan – mutta otetaan kuitenkin lähtökohdaksi se, että jokin riittävä legitimaatio on olemassa, koska rangaistusjärjestelmä on käytössä ja sitä pidetään hyväksyttävänä.

Meillä on siis jokin hyväksyttävä legitimaatio sille, että valtiolta käyttäen rangaistusvaltaansa silloin, kun joku on syyllistynyt rikokseen. Valtio määrittää tietyn toiminnan rikokseksi ja säättää oikeudenmukaisena pidetyn seuraamuksen rangaistukseksi. Rangaistus yksittäistapauksissa määrätään suhteellisuusperiaatetta ja yhdenvertaisuutta noudattaen.

Seuraava kysymys on, miten – sen jälkeen, kun syyllisyys (mukaan lukien oikeudenvastaisuus) ja tunnusmerkistön täytyminen on selvitetty – rangaistus määrätään. Miten toisin sanoen rangaistus määrätään, jotta suhteellisuusperiaate ja yhdenvertaisuus toteutuvat? Tällöin on otettava kantaa siihen, minkä rangaistuksen tekijä on ’ansainnut’ teostaan. Ansaitseminen edellyttää, että henkilö todella on syyllistynyt kyseiseen tekoon merkityksessä, että hän on vastuussa teosta, rangaistus on oikeutettu ja rangaistuksen taso perusteltu.¹¹

Mittaaminen tai muu rangaistuksen määrääminen ei perustu siihen, minkä suuruisen rangaistuksen arvioidaan parhaiten edistävän tekijän rehabilitaatiota tai erityispreventiota. Rikoksen tekijän yksilöllisyys vaikuttaa seuraamusjärjestelmässä vain yleisten lieventämis- ja ankaroittamisperusteiden kautta. Kyseessä on, kuten Kimmo Nuotio on huomauttanut, ’teko-suhteellisuus’ (tekosidonnaisuus), joka häivyttää ulkopuolelle yksilölliset tekijät.¹² Yhdenvertaisuusperiaate edellyttää, että myös näitä perusteita sovelletaan keskenään verrannollisissa tapauksissa samalla tavalla. Tämä puolestaan tarkoittaa, että reaalin oikeuskäytäntö velvoittaa tuomioistuinta.¹³

10 Näin Jussi Tapani – Matti Tolvanen, *Rikosoikeus. Rangaistuksen määrääminen ja täytäntöönpano*. 3., uud. painos. Talentum Media 2016, s. 13.

11 Asp 2008, s. 539–540.

12 Nuotio 2005, s. 179–180.

13 Nuotio 2005, s. 179.

2. Rangaistuksen lieventämisperusteet

Rikoslain 6 luvun terminologiassa yläkäsite rangaistuksen määrääminen kattaa sekä rangaistuksen *lajinvalinnan*että rangaistuksen *mittaamisen*. Rangaistuksen määräämisen osaratkaisut on tavattu jakaa seuraavasti: 1) asteikon vahvistaminen (RL 6:8 ja 6:8a, 2) lajinvalinta, 3) mittaaminen ja 4) vähennykset (RL 6:13).¹⁴

Seuraavassa keskitytään rangaistuksen mittaamiseen liittyviin rangaistusseuraamuksen helpotuksiin, toisin sanoen lieventämisperusteisiin. *Mittaamiseen* vaikuttavia rangaistuksen helpotuksia ovat ensinnäkin varsinaiset lieventämisperusteet (RL 6:6, kuten painostus, myötätunto, sovinto, rikoksen selvittäminen), kohtuullistamisperusteet (RL 6:7, kuten seurausten kumulaatio, tekijän ikä ja terveys, pitkä aika rikoksen tekemisestä) sekä rangaistusasteikon lieventäminen (RL 6:8, kuten nuoruus, yritysaste).¹⁵ Lisäksi rangaistusasteikon lieventäminen on mahdollista lieventämisperusteiden tai kohtuullistamisperusteiden johdosta tuomiossa mainittavilla erityisillä syillä. Lievennetty asteikon alaraja on yleinen kyseisen rangaistuslajin minimi, toisin sanoen vankeuden osalta 14 vrk. Yläraja on $\frac{3}{4}$ teosta säädetty vankeuden enimmäismäärä.

Mainitut kategoriat (RL 6:6–8) ovat osin päällekkäisiä ja myös joustavia. Esimerkiksi lieventämisperusteena voi olla se, että tekijä on pyrkinyt *edistämään rikoksen selvittämistä* (RL 6:6:n 3 kohta). Rikoksen selvittäminen voi ilmetä esimerkiksi *tunnustamisena*. Tunnustaminen voi toimia asteikon sisäisenä mittauksena koskevana lieventämisperusteena, mutta erityisestä syystä voi olla peruste asteikon lieventämiseen RL 6:8.1:n 5 kohdan nojalla. Lisäksi tunnustaminen voi johtaa siihen, että tuomioistuin jättää rangaistuksen tuomitsematta, jos rangaistusta on pidettävä kohtuuttomana tai tarkoituksettomana ottaen huomioon tekijän pyrkimys edistää rikoksensa selvittämistä (RL 6:12:n 4 kohta).

Tunnustaminen ja rikoksen selvittämisen edistäminen eivät ole samoja asioita. Tunnustus voi ensinnäkin ajoittua niin, ettei siitä enää ole hyötyä rikoksen selvittämisessä. Teoriassa on myös mahdollista, että rikoksen tekijä tunnustaa teon, mutta ei muutoin millään tavoin edistä rikoksen selvittämistä. Lievissä teoissa tunnustaminen usein katsotaan riittävän täydeksi näytöksi, mutta vakavissa rikoksissa näin ei ole. Monimutkaisissa talous- ja huumausainerikoksissa pelkkä yleisen tason tunnustaminen ilman faktojen selvittämistä ei välttämättä täytä

14 Tapio Lappi-Seppälä, Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus III. Lakimies 3/2004, s. 422–450, 436 ss. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2016, s. 15.

15 Rikoslain yleisten oppien uudistuksessa korostettiin sitä, että niin asteikosta poikkeamista koskevissa säännöksissä kuin asteikon rajoissa vaikuttavissa mittaamisperusteissa on kaikissa kyse nimenomaan rangaistuksen mittaamisperusteista. HE 44/2002 vp s. 184–185. Ks. mittaamisperusteista mm. Lappi-Seppälä 1987 eri osin, Tapio Lappi-Seppälä ym. Rikosoikeus. SanomaPro 2013 s. 134 ss. ja Dan Frände: Yleinen rikosoikeus. Edita 2012, s. 382–387.

rikoksen selvittämisen kriteeriä. Toisaalta on mahdollista edistää rikoksen selvittämistä ilman tunnustamista, jos epäilty esimerkiksi kiistää tunnusmerkistön mukaisen tahallisuuden.

Ratkaisussa KKO 2011:102 (ään.) pidettiin ilmeisen myönteisenä lapsen seksuaalisella hyväksikäyttör rikoksella loukatun toipumisen kannalta sitä, että tekijä oli ottanut vastuun teostaan tunnustamalla esitutkinnassa sekä myöntämällä ja maksamalla vahingonkorvaukset. Rangaistuksen mittaamisessa ei kuitenkaan sovellettu RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperustetta, sillä ennen kuin tekijää oli kuulusteltu esitutkinnassa, viranomaisten tiedossa oli epäily lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä ja epäiltyyn tekoon liittyneet yksityiskohdat. ”Vaikka A:n tunnustaminen onkin helpottanut sekä esitutkintaa että tuomioistuinkäsittelyä, hänen ei kuitenkaan voida katsoa pyrkineen edistämään rikoksensa selvittämistä siten, että rangaistuksen mittaamisessa tulisi tämän johdosta soveltaa rikoslain 6 luvun 6 §:n 3 kohdassa tarkoitettua lieventämisperustetta. Käräjäoikeuden tuomitseman vahingonkorvauksen suorittamista ei myöskään voida pitää sellaisena seikkana, joka tulisi ottaa huomioon rikoslain 6 luvun 6 §:n 3 kohdan nojalla rangaistusta lieventävänä tekijänä.” (ks. myös KKO 2012:9, KKO 2017:51 (ään.), KKO 2017:33 ja KKO 2015:69).

3. Vähentämisperusteet

Rangaistuksen mittaamisesta erillinen ryhmä ovat tuomittavasta määräaikaisesta vankeusrangaistuksesta tehtävät vähennykset (RL 6:13). Näihin kuuluu muun muassa vapaudenmenetystä vastaavan ajan vähentäminen vankeusrangaistuksesta tai vapaudenmenetyksen katsominen rangaistuksen täydeksi suoritukseksi. Kyse on tällöin siitä, että normaaliin tapaan ensin mitataan rangaistus (ottaen huomioon yllä todetut mittaamisperusteet) ja sen jälkeen, kun rangaistuksen määrä on selvillä, tästä määrästä tehdään tietty vähennys. Kyseessä ei ole lieventämisperuste vaan se, että tutkintavankeus rinnastetaan varsinaiseen rangaistukseen täyden vähennyksen oikeuttavana aikana. Tämä onkin varsin luontevaa, koska tutkintavankeus ja varsinainen vankeus ovat vapaudenmenetyksen näkökulmasta samanasteisia. Vastaavuussuhde on siten korkea.

Vuoden 2019 alusta tuli voimaan pakkokeinolain (806/2011, PKL) uusien keinojen, tutkinta-arestin (PKL 2:12a) ja tehostetun matkustuskiellon (PKL 5:1a) vähentäminen määräaikaisesta vankeusrangaistuksesta (RL 6:13.1). Tutkinta-aresti

ja tehostettu matkustuskielto eivät ole varsinaisia vapaudenmenetyksiä, mutta niissäkin voidaan asettaa merkittäviä rajoituksia henkilön liikkumisvapauteen. Kyse on vapauden *rajoituksen* johdosta tehtävästä vähennyksestä.¹⁶ Vastaavuussuhde ei kuitenkaan ole yhtä ilmeinen kuin tutkintavankeuden kohdalla. Niinpä lainsäätäjä on määrännyt muuntamissuhteeksi – vähintään kaksi vuorokautta kestäneen tutkinta-arestin tai tehostetun matkustuskiellon osalta – ‘kahden suhde yhteen’: kaksi tutkinta-aresti- tai matkustuskieltovuorokautta vastaa yhtä päivää vankeutta.

Sakkorangaistuksesta tehdään *kohtuullisen määräinen* vähennys, kuitenkin vähintään vapaudenmenetystä ja vapauden rajoitusta vastaavan ajan pituisena, tai katsotaan rangaistuksen täydeksi suoritukseksi. Nuorisorangaistuksen osalta pääsääntöisesti yksi vapauden *menetys*vuorokausi vastaa kahta nuorisorangaistuspäivää ja yksi vapauden *rajoitus*vuorokausi yhtä nuorisorangaistuspäivää. Rikesakon osalta vapaudenmenetys katsotaan rangaistuksen täydeksi suorittamiseksi.

Jos sen sijaan syytetty on ollut ‘kiinni’ rikosoikeudenkäynnissä ilman vapauden rajoituksia, kyseessä ei ole vähentäminen vaan lieventämisperuste. Oikeudenkäynnin viivästymisen hyvittämisestä annetun lain (362/2009, hyvityslaki) 6 §:n mukaan hyvityksen tarkoituksena on korvata oikeudenkäynnin viivästymisestä asianosaiselle aiheutunutta *huolta, epävarmuutta ja muuta niihin rinnastettavaa haittaa*.¹⁷ Hyvityksen määrä on 1 500–2 000 euroa vuodessa kultakin vuodelta, jona oikeudenkäynti on tuomioistuimen tai viranomaisen vastuulla olevasta syystä viivästynyt, enintään kuitenkin yleensä 10 000 euroa. Pykälän mukaan oikeutta hyvitykseen *ei ole siltä osin kuin rangaistusta alennetaan* viivästymisen perusteella. Perustelujen mukaan rikosasian viivästymisen *hyvitetään* vastaajalle ensisijaisesti rangaistusta lieventämällä tai alentamalla. Mahdollista on myös määrätä rahahyvitystä rangaistuksen alentamisen lisäksi siltä osin kuin viivästystä ei pystytä muutoin kokonaan hyvittämään.¹⁸

16 HE 252/2016 vp tutkintavankeuden vaihtoehtoja ja järjestämistä koskevaksi lainsäädännöksi, s. 49.

17 Ks. lähemmin Teemu Kastula, KKO 2010:31 – Oikeudenkäynnin kesto ja viivästymishyvitys. Lakimies 5/2010, s. 863–892.

18 HE 233/2008 vp laiksi oikeudenkäynnin viivästymisen hyvittämisestä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi s. 26. Ks. oikeustilasta ennen kyseisen lain voimaan tuloa sekä ihmisoikeuskäytännöstä Mia Mari Spolander, Menettelyn joutuisuus oikeudenmukaisen rikosoikeudenkäynnin osatekijänä, SLY 2007, erit. s. 236 ss.

Mainittu periaate rahalla lisäkorvaamisesta on linjassa ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) oikeuskäytännön kanssa. Ks. mm. Dimitrov and Hamanov v. Bulgaria, tuomio 10.5.2011.

On jossakin määrin epäselvää, mihin maininta hyvittämisestä viittaa. Ilmeisesti kyseessä on RL 6:7:ssä tarkoitettu kohtuullistamisperuste ("pitkä aika rikoksen tekemisestä"), jossa kyse ei ole vain rikosoikeudellisen vanhentumisen rajoilla olevasta teosta vaan myös pitkittyneestä prosessista. Perustelujen mukaan ylipitkäksi muodostunut prosessi ja siihen liittyvät "sielulliset kärsimykset" voidaan ottaa huomioon sanktiokumulaatiota koskevien periaatteiden mukaisesti.¹⁹

Edellä tässä jaksossa mainituissa tilanteissa rikosasian vastaajaa hyvitetään jostakin sellaisesta, jonka hän on jo 'kärsinyt' – toisin sanoen tutkintavankeus, tutkinta-aresti, tehostettu matkustuskielto ja pitkittynyt rikosprosessi. Kolme ensin mainittua hyvitystä toteutetaan vähennyksinä, koska muuntamissuhde on voitu vastaavuuden perusteella määrätä. Sen sijaan pitkittynyt prosessi otetaan huomioon ilman matemaattista muuntosuhdetta kohtuullistamisperusteena. Sille ei ole säädetty muuntosuhdetta, koska vastaavuutta on vaikea määritellä (tyyliin viivästys, joka johtuu valtion kontolle jäävästä syystä oikeuttaa ¼:n alennukseen vankeusrangaistuksesta per viivästynyt vuosi). Joka tapauksessa myös siinä on kysymys oikeudenkäynnistä aiheutuvan kärsimyksen hyvittämisestä. Oikeudenkäynti sanktiomekanismina on tietenkin erityisen ongelmallinen, koska se kohtelee samalla tavalla niin syytöntä kuin syyllistä syytteeseen joutunutta.²⁰

Oikeusjärjestys siis tuntee yllä kuvatut mekanismit kärsimyksen hyvittämisestä alennuksina rangaistukseen. Tämä istuukin edellä mainittuihin rankaisemisen maksiimeihin, toisin sanoen oikeudenmukaiseen rankaisemiseen sekä suhteellisuusperiaatteeseen – ja kun näitä lievennyksiä ja vähennyksiä tulee soveltaa kaikkiin samalla tavalla – myös yhdenvertaisuusperiaatteeseen. Sen sijaan hyvitysmekanismi, joka perustuu pyrkimykseen edesauttaa rikoksen selvittämistä, ei liity kärsimyksen hyvittämiseen.

19 HE 44/2002 vp, s. 201.

20 Ks. pulmista, jotka liittyvät oikeudenkäyntiin sanktiomekanismina Laura Ervo, Oikeudenkäynnin kohtuuttoman keston huomioon ottaminen asiaa ratkaistaessa – erityisesti pitkäkestoisuuden vaikutuksesta seuraamusharkinnassa. Teoksessa Rikos, rangaistus ja prosessi. Juhlajulkaisu Eero Backman 1945–14/5–2005, s. 1–18, 8–9.

4. Tunnustaminen lieventämisperusteena

4.1. Rikoksen selvittämisestä palkitaan eri tavoin

Rikoksen selvittämisen edistäminen voidaan ottaa rikoslain mukaan huomioon neljällä tavalla:

- lieventävä mittaamisperuste asteikon sisällä (RL 6:6:n 3 kohta);
- asteikon yleinen lieventäminen (RL 6:8.1:n 5 kohta; 14vrk – $\frac{3}{4}$ max.);
- asteikon syyteneuvotteluun liittyvä lieventäminen (RL 6:8a; 14 vrk – $\frac{2}{3}$ max.); ja
- rangaistuksen tuomitsematta jättäminen (RL 6:12:n 4 kohta).

Kyseessä ovat rikoksen selvittämisen osalta vaihtoehtoiset, eivät samanaikaiset lieventämisperusteet. Selvää on, ettei tarkoitus ole, että ensin esimerkiksi rikoksen selvittämisen edistämisen perusteella otetaan käyttöön alennettu asteikko, josta sitten *samalla* lieventämisperusteella mitataan rangaistus. Myöskään ei tule toimia niin, että selvittämisen edistäminen otetaan ensin huomioon RL 6:6:3 kohdan perusteena ja sitten lopputuloksesta vielä vähennetään kolmannes RL 6:8a:n mukaisesti (ks. myös KKO 2018:23). Muussa tapauksessahan sama lieventämisperuste tulisi otetuksi huomioon osin tai kokonaan kaksinkertaisesti.

Kaikissa muissa tapauksissa mikä tahansa rikoksen selvittämisen edistäminen voi vaikuttaa lieventävästi, mutta syyteneuvottelua koskevassa RL 6:8a:ssä lievennys on kytketty nimenomaan tunnustamiseen, ei sen sijaan mahdolliseen muuhun rikoksen selvittämiseen: rangaistus määrätään noudattaen lievennettyä rangaistusasteikkoa, jos tekijä on myötävaikuttanut rikoksensa selvittämiseen *sitten kuin* ROL 1:10 ja 10 a ja 5 b luvussa ja esitutkintalaissa säädetään. Viitatuissa pykälissä on kyse myötävaikutuksesta nimenomaan tunnustamisella.

Todettakoon selvyden vuoksi, että sinällään syyteneuvottelu on myös ihmisoikeustuomioistuimen hyväksymä, kunhan siihen annettu suostumus on vapaaehtoinen, eikä menettely perustu painostukseen tai väärin lupauksiin (ks. EIT mm. *Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, tuomio 29.4.2014).

Seuraavassa tarkastellaan tunnustamisella tapahtuvaa myötävaikuttamista rikoksen selvittämiseen. Kyseessä on silloin hyvitys siitä säästöstä, joka valtion esitutkinta-, syyte- ja tuomioistuintoimelle on tarjoutunut tunnustamisen myötä. Yhdessä edellä mainitussa lainkohdassa ei edellytetä tunnustajan 'kärsimystä', toisin sanoen esimerkiksi, että tultuaan tunnotuskiin ja tekoa kaduttuaan

tekijä on tunnustamalla tekonsa myötävaikuttanut rikoksen selvittämiseen. Motiivista riippumatta tunnustaminen riittää, kunhan se edistää rikoksen selvittämistä. Hyvitys on siten erkaantunut moraalisisistä lähtökohdista. Lisäksi on syytä kysyä, mikä suhde tällaisella rangaistuksen lieventämisellä on oikeudenmukaisuuden periaatteeseen ja sen alaisiin suhteellisuus- ja yhdenvertaisuusperiaatteisiin. Sitä ennen on aiheellista kuitenkin tarkastella oikeusdogmaattisesti, millä tavalla erilaiset tunnustamiseen perustuvat hyvitykset on koordinoitu keskenään.

4.2. Tunnustamiseen perustuvien lieventämisperusteiden synkronointi?

Rangaistuksen mittaamiseen vaikuttavia perusteita ovat RL 6:4–8:ssä mainitut perusteet (RL 6:3.2). Tämän viittaussäännöksen ulkopuolelle jää RL 6:8a:ssä säädetty rangaistusasteikon lieventäminen syyteneuvottelun yhteydessä annetun tunnustuksen perusteella. Kyseessä on kuitenkin tekninen viittaussäännös, josta ei voida tehdä *e contrario* -päätelmää etenkin, kun RL 6:3.2:ssa viitataan myös niihin mittaamisperusteisiin, joista säädetään muussa laissa.

Syyteneuvottelun ulkopuolella tunnustaminen otetaan huomioon yllä todetulla tavalla joko lieventämisperusteena normaaliasteikon sisällä tai asteikon lieventämisenä 14 vrk – $\frac{3}{4}$ max. *Eriytyisen painavasta syyistä* voidaan vaihtaa rangaistuslajia, toisin sanoen tuomita vankeuden sijasta sakkoo (RL 6:8.4). Rangaistus voidaan lisäksi jättää jopa kokonaan määräämättä tunnustamisen tilanteessa, jos rangaistusta on pidettävä kohtuuttomana tai tarkoituksettomana (RL 6:12:n 4 kohta).

Sen sijaan syyteneuvottelua seuraavassa tunnustamisoikeudenkäynnissä tunnustaminen otetaan huomioon – ei lieventämisperusteena asteikon sisällä – vaan soveltamalla lievennettyä rangaistusasteikkoa. Tunnustamisoikeudenkäynnissä asteikko on 14 vrk – $\frac{2}{3}$ max. Lisäksi on mahdollista määrätä rangaistukseksi vankeuden sijasta sakkoo, jos siihen on *erityisiä syitä* (RL 6:8a.2).

Kun siis asteikkoa lasketaan enemmän kuin perusoikeudenkäynnissä ja siirtyminen vankeudesta sakkoon on alemman kynnyksen takana, kohtelee lainsäätäjä syyteneuvottelun yhteydessä tunnustanutta lempeämmin kuin normaaliprosessissa tunnustanutta.

Toisaalta, epäjohdonmukaista kyllä, lainsäätäjä ei ole kohdellut syyteneuvottelutunnustusta lempeämmin kuin normaalitunnustusta suhteessa tuomitsematta jättämistä koskevaan RL 6:12:ään. Päinvastoin, mainitussa pykälässä ei ole viitasta tunnustamisoikeudenkäyntiä koskevaan RL 6:8a:ään. Kyseessä saattaa olla puhdas lapsus. Perusteluissa asiasta ei ole mainintaa.

Perustelujen mukaan RL 6:8a on erityissäännös suhteessa RL 6:8:ään.²¹ Asteikkojen ero ja helpompi rangaistuslajin vaihdos ovat lainsäätäjän tietoisia ratkaisuja. Syyteneuvottelutunnustamisen tuottamaa suurempaa alennusta verrattuna normaalitunnustamiseen on perusteltu sillä, että syyteneuvottelu ja tunnustamisoikeudenkäynti olisivat vastaajan kannalta varteen otettava vaihtoehto tavalliseen rikosprosessiin verrattuna ja ”kevennettyä menettelyä käytettäisiin sopivissa tapauksissa.”²²

Normaalitunnusta koskevaa lieventämisperustetta tai alennettua asteikkoa ei muutettu syyteneuvottelua koskevan lain yhteydessä. Päinvastoin eroa ’tavalliseen’ tunnustamiseen pidettiin syyteneuvottelun houkuttelevuuden takaamiseksi perusteltuna. Suuri houkuttelevuus pohjaa niihin prosessiekonomisiin etuihin, jotka syyteneuvotteluun on liitetty.

Lopputulos on, että tunnustamiselle syyteneuvottelun ja normaaliprosessin yhteydessä on tietoisesti annettu erivahvuinen vaikutus, syyteneuvottelutunnustajaa suosien. Tämä herättää kysymyksiä yhdenvertaisuuden näkökulmasta.

4.3. Syyteneuvottelutunnustaminen ja yhdenvertaisuus

Syyteneuvottelua koskevan esityksen eduskuntakäsittelyssä perustuslakivaliokunta ilmaisi huolensa syyteneuvotteluesityksestä yhdenvertaisuuden näkökulmasta. Valiokunta totesi, että syyteneuvotteluun liittyvällä tunnustamisella on rangaistuksen ankaruuteen merkittävästi suurempi vaikutus kuin tunnustamisella tavanomaisessa oikeudenkäynnissä. Perustuslakivaliokunta kiinnitti huomiota siihen, että asteikon lievennys on varsin huomattavana verrattuna RL 6:8:n mukaiseen neljänneksen asteikon lievennykseen. Syyteneuvottelu voi kohdentua rikoksesta epäiltyihin osin heistä riippumattomista syistä. Perustuslakivaliokunta katsoikin, että sääntelyä olisi ollut syytä täydentää syyteneuvottelun edellytyksiä ja neuvottelumenettelyä koskevilla säännöksillä. Lisäksi valiokunta totesi:

”Ehdotetussa sääntelyssä ja erityisesti esityksen perusteluissa korostuvat prosessiekonomiset tavoitteet tavalla, joka voi johtaa moitittavuudeltaan ja tekijän syyllisyyden kannalta samanlaisista rikoksista tuomittavien rangaistusten erilaisuuteen. Ongelmatonta ei ole myöskään se, että oman rikoksen selvittäminen teon tunnustamalla vaikuttaa kovin eri tavoin rangaistuksen ankaruuteen sen mukaan, käsitelläänkö asia tunnustamisoikeudenkäynnissä

21 HE 58/2013 vp syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi, s. 36.

22 HE 58/2013 vp, s. 37.

tai tavanomaisessa oikeudenkäynnissä. Perustuslakivaliokunta katsoo kuitenkin, ettei sääntely muodostu rikoksesta epäiltyjen tai rikosasian vastaajien kannalta mielivaltaiseksi eikä erottelu rangaistuksen lievennyksen suuruudesta huolimatta ole kohtuutonta. Ehdotettua sääntelyä on syytä edelleen kehittää sen varmistamiseksi, etteivät erot seuraamusten ankaruudessa käytännössä muodostu epäasiallisen suuriksi.” Valiokunta ehdotti harkittavaksi, tulisiko tunnustus rajata koskemaan vain asteikon enimmäisrangaistusta. Valiokunta piti tärkeänä, että sääntelyn vaikutuksia seurataan tarkoin.²³

Lakivaliokunta ei kuitenkaan ’lämmennyt’ perustuslakivaliokunnan huolille. Esimerkiksi syyttäjän suuri harkintavalta syyteneuvottelun aloittamiselle (ROL 1:10.1: syyttäjä voi ryhtyä) pidettiin ennallaan. Syyttäjän harkintaa ohjaavat vain hyvin väljät kriteerit: asian laatu, esitettävät vaatimukset, kustannukset, aika ja mahdolliset osallisuuskysymykset. Kyseessä on luettelo huomioon otettavista seikoista, mutta ei niiden vaikutuksesta.

Myöskään myöhemmin lisätarkennusta ei ole juuri saatu. Esimerkiksi Valtakunnansyyttäjänviraston (VKSV) ohjeissa ei ole konkretisoitu, milloin syyteneuvotteluun ryhdytään. VKSV:n ohjeen mukaan menettelyn käyttö tulee olla perusteltua, kun otetaan huomioon asian laatu, esitettävät vaatimukset, asian käsittelyn kesto normaalijärjestyksessä ja asiaan liittyvät osallisuuskysymykset. Ohjeissa viitatussa taustamuistiossa todetaan, että jos riittävä näyttö on jo saatu tai näyttö on helposti saatavissa, syyteneuvottelumenettelyyn ei ryhdytä ja että prosessiekonomia tulee yksittäistapauksissa pystyä määrittelemään.²⁴

Varsin yleiselle tasolle jääneet harkintakriteerit asettavat suuret vaatimukset syyttäjille. Antti Jokela onkin todennut, että syyteneuvottelumenettely asettaa syyttäjille aikaisempaa suurempia ammatillisia ja eettisiä vaatimuksia yksittäisissä tapauksissa.²⁵

Yhdenvertaisuus sallii sen, että lainsäädäntö kohtelee hyväksyttävän yhteiskunnallisen intressin vuoksi kansalaisia eri tavoin esimerkiksi tasa-arvon edistämiseksi.²⁶ Mutta onko prosessiekonomia hyväksyttävä yhteiskunnallinen intressi, joka oikeuttaa suosimaan juuri syyteneuvottelussa tunnustanutta rikoksentehtijää

23 PeVL 7/2014 vp s. 6.

24 VKSV Ohje syyteneuvottelua koskevan lainsäädännön soveltamisesta. Yleinen ohje VKS:2015:6 (s. 5) ja muistio (s. 1 ja 5) 28.12.2015, Dnro 26/31/14.

Ks. yhdenvertaisuuden problematiikasta syyteneuvottelun yhteydessä monipuolinen tarkastelu Sahavirta 2016.

25 Antti Jokela, Rikosprosessioikeus. Alma Talent 2018 s. 274.

26 Ks. tästä perustuslakivaliokunnan linjauksesta Melander 2011, s. 179.

ottaen vielä huomioon sen, että *'access to plea bargaining'* ei ole kaikkien ulottuvilla vaan perustuu syyttäjän väljään harkintaan?

Lakivaliokunta viittasi perustuslakivaliokunnan mainitsemaan asteikkojen eroon normaalissa menettelyssä tehdyn tunnustamisen ja syyteneuvottelussa annetun tunnustuksen välillä. Lakivaliokunta kuitenkin hyväksyi hallituksen esityksen perustelut ja totesi, että muutoin syyteneuvottelumenettelyn houkuttelevuus kärsisi ja sen käyttö vähentyisi "aiheuttaen siten esityksen tavoitteiden toteutumisen vaarantumisen". Lakivaliokunta piti mainituilla perusteilla hallituksen esityksen ratkaisua perusteltuna.²⁷

4.4. Syyteneuvottelussa prosessiekonomia tavoite yli kaiken

Syyteneuvottelua koskevan hallituksen esityksen perustelut suorastaan vilisevät viittauksia prosessiekonomiaan. Tosin prosessiekonomia tuotiin esiin jo rikoslain yleisten oppien uudistuksessa, mutta maltillisemmin. Silloin muun muassa RL 6:6:n 3 kohdan (rikoksen selvittämisen edistäminen) todettiin perustuvan "prosessiekonomisiin ja tutkinnallisiin intresseihin". Lisäksi todettiin, että rikoksen selvittämisen edistäminen nojaa ennen kaikkea tarkoituksenmukaisuussyihin, "vaikka rikoksentehtäjän antamaa tunnustusta voi pitää lievennysperusteena myös eettisin syin".²⁸ Lainsäätäjät on siis nähnyt lieventämisperusteiden säätämisen taustalla myös eettisiä syitä, joskaan ei tarkemmin selitä, mitä eettisillä syillä tarkoitetaan. Syyteneuvottelua koskevassa esityksessä ei puolestaan lausuta mitään syyteneuvottelujärjestelmän etiikasta.

Lakivaliokunta antoi syyteneuvottelun kohdalla prosessiekonomialle suuren painoarvon. Voidaan kysyä, tapahtuiko tämä keskeisten rikosoikeudellisten periaatteiden kustannuksella. Lopputulos on, että syyteneuvottelun piiriin kuuluvan teon tekijä pääsee tai on pääsemättä syyteneuvotteluun syyttäjän harkinnan perusteella. Jos syyteneuvotteluun pääsee, tuottaa siellä annettu tunnustus tuntuvasti suuremman helpotuksen kuin tunnustus normaalissa oikeudenkäynnissä. Lisäksi rangaistuslajin vaihtaminen vankeudesta sakkoon käy helpommin.²⁹

27 LaVM 5/2014 vp, s. 9.

28 HE 44/2002, s. 198 ja 199. Ks. myös Jussi Tapani – Matti Tolvanen, Syyteneuvottelun ongelmia. Defensor Legis 2/2015, s. 229–247, 233. Kirjoittajien mukaan voidaan hyvin perustein ottaa huomioon se, että tekijä ilmaisee valmiutensa rikosvastuun kantamiseen. Ymmärrän tämän viittauksen koskevan nimenomaan lainsäätäjän motiiveja, ei yksittäiselle tunnustajalle asetettavaa edellytystä.

29 Toisaalta, kuten edellä todettiin – ilmeisesti lapsuksen seurauksena – tunnustaminen syyteneuvottelussa ei lain sanamuodon mukaan johda rangaistuksen tuomitsematta jättämiseen.

Ero on harkittu ja perustuu yksin prosessiekonomisiin syihin. Taustalla eivät ole moraaliset tai eettiset seikat, eivätkä tekijään liittyvät syyt. Sekä normaalitunnustus että syyteneuvottelutunnustus ovat objektiivisia ja kytköksissä yksinomaan rikoksen selvittämiseen. Kummassakaan tapauksessa tunnustaminen ei edellytä rikoksen selvittämisen edistämisen lisäksi tekijältä esimerkiksi katumusta taikka kärsimyksen tai hyvityshalun tunnetta. Eri asia on, että lainsäätäjä on yleisellä tasolla perustellut rikoslain yleisten oppien uudistamisen yhteydessä lieventämisperusteiden säätämistä prosessiekonomian lisäksi eettisillä syillä.

Kun tunnustaminen ei edellytä tekijää koskevia eettisiä syitä tai tiettyä tunnustamisen motiivia, tällaisilla perusteilla ei voida perustella myöskään eroa kahden tunnustamisen muodon välillä, joiden kummankin edellytetään edesauttavan rikoksen selvittämistä. Ero perustuu siis siihen, että prosessiekonomisista syistä syyteneuvottelua on haluttu suosia ja sen vuoksi palkita juuri siinä annettavaa tunnustamista muuta tunnustamista anteliaammin.

Prosessiekonomia näkyy myös siinä ajatuksessa, että 'mitä enemmän ja/tai aikaisemmin autat valtion seuraamusjärjestelmäkoneistoa, sitä suurempi hyvitys on saatavilla'. Syyteneuvottelua koskevan esityksen perusteluissa nimittäin todetaan, että mitä aikaisemmassa vaiheessa tunnustaminen on annettu syyteneuvottelussa tai sitä edeltävässä esitutkinnassa, sitä enemmän tunnustamisella on painoarvoa rangaistusta alentavana seikkana.³⁰ Kuten *Timo Saranpää* on osoittanut, syyteneuvottelu vielä hovioikeusvaiheessakin on kuitenkin saanut ehkä yllättävänkin suuren jalansijan.³¹

Toisaalta, nurinkurista kyllä, tällaista varhaisen ajoituksen tuomaa tehostusta ei tunneta, jos tekijä tunnustaa teon *jo ennen esitutkintaa*. Kuten ratkaisussa KKO 2015:69 todetaan, RL 6:8a.2:n mukainen 2/3:n alennus koskee myötävaikuttamista asian esitutkinnassa tai tuomioistuinkäsittelyssä. Kun henkilö oli tunnustanut rikoksensa jo ennen kuin hän oli ollut rikoksesta epäillyn asemassa, kyseinen lainkohta ei koskenut tapausta. Lopputulos on se, että vaikka syyteneuvottelun logiikan mukaan alennus on sitä suurempi, mitä varhaisemmassa vaiheessa tunnustaminen saadaan, jää liian varhainen tunnustaja syyteneuvotteluhuojennuksen ulkopuolelle.

30 HE 58/2013 vp s. 37. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2015 s. 243.

31 Timo Saranpää, Syyteneuvottelusta hovioikeudessa. Teoksessa Juhlajulkaisu Tuula Linna. Alma Talent 2017, s. 306–329.

4.5. Saadun huojennuksen verifiointi tunnustamisoikeudenkäynnissä

Syyteneuvottelutunnustus eroaa normaalista tunnustuksesta myös siinä, että tunnustamisoikeudenkäynnissä tuomioissa on ilmoitettava tuomitun rangaistuksen lisäksi myös, millaisen rangaistuksen tuomioistuin olisi tuominut ilman epäillyn myötävaikutusta (RL 6:8a.3). Tämä vertailurangaistuksen verifiointivaatimus ei kuitenkaan koske jokaista tekoa erikseen (ks. KKO 2018:23).

Velvollisuudessa ilmaista vertailurangaistus ei ole kyse tuomion perustelemisesta, vaan siitä, että tunnustajan osoitetaan saaneen lain mukaisen huojennuksen. Sen osoittaminen ei vielä sinällään toimi määrätyn rangaistuksen perusteluna. Eri asia on, että tunnustamisoikeudenkäynnissä ROL 12:6:n mukaisesti laaditussa tuomioissa näyttökysymysten perustelut voidaan kirjoittaa suhteellisen suppeiksi. Hallituksen esityksen mukaan ”[m]yös oikeuskysymystä koskevat perustelut voisivat olla yleensä niukemmat kuin tavanomaisen oikeudenkäynnin päätteeksi laadittavassa tuomioissa, kun tuomioistuin ja asianosaiset olisivat yhtä mieltä rikosnimikkeestä ja mahdollisesti muistakin asiassa käsitellyistä kysymyksistä. Seuraamuksen perustelemisen osalta olisi huomattava - - lievennettyä rangaistusasteikkoa koskeva 6 luvun 8 a §.” Kun viimeksi mainitun säännöksen perusteluissa ei todeta mitään perustelemisesta, voidaan lähteä siitä, että lieventämisperusteen osalta riittää viittaus lain mukaiseen lievennykseen mutta muutoin mittaaminen tulee perustella tavanomaiseen tapaan.³²

Selvyyden vuoksi todettakoon, että vertailurangaistuksen ilmaiseminen ei tarkoita rangaistuksesta tehtävää vähennystä toisin kuin RL 6:13:ssä säädetyissä tapauksissa, joissa ensin määrätään rangaistus ja sen jälkeen tästä rangaistuksesta tavallaan ’täytäntöönpanollisesti’ vähennetään esimerkiksi tutkintavankeusaika. Jos siis tekijälle tuomitaan 2 vuotta 6 kuukautta vankeutta, se on määrä, jonka katsotaan olevan oikeudenmukaisessa suhteessa tekoon (RL 6:4). Kun kuitenkin osa tästä rangaistuksesta katsotaan jo etukäteen suoritetuksi, tehdään vähennys, ja loppurangaistus jää kärsittäväksi.

Tunnustamisoikeudenkäynnissä sen sijaan kysymys on alun perinkin rangaistuksen mittaamisesta alennetulta asteikolta. Se on lainsäätäjän myöntämä etuus tai palkinto, jota pidetään tarkoituksenmukaisena rangaistusvastuun huojennuksena. Se on ansaittu rikoksen selvittämistä edistäneellä tunnustamisella.

³² Ks. rangaistuksen mittaamisratkaisujen perustelemisesta erityisesti koventamisperusteiden osalta Matti Kuuliala, Tekijän aikaisempi rikollisuus rangaistuksen koventamisperusteena. Teoksessa Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon. Juhlajulkaisu Tuula Linna. Alma Talent 2017, s. 172–193, 189–192.

Tuomioistuimen tulee toisin sanoen mitata vertailurangaistus normaalilta asteikolta ikään kuin tunnustamista ei olisi annettu ja teko olisi selvitetty valtion esitutkintakoneiston toimin. Sen jälkeen tuomioistuin mittaa varsinaisen rangaistuksen alennetulta asteikolta. Näin kyetään ilmaisemaan, mikä on tunnustuksen konkreettinen vaikutus.

RL 6:8a.3:n sanamuoto ”ilman edellä tarkoitettua myötävaikutusta” merkitsee sitä, että vertailua ei tehdä normaalitunnustuksen tuottamaan asteikkoon (14 vrk – $\frac{3}{4}$ max.) taikka verrata siihen, että normaaliasteikkoa olisi sovellettu käyttäen tunnustamista lieventämisperusteena. Mainittu sanamuoto tarkoittaa sitä, että tunnustuksen vaikutus tulee kokonaan häivyttää ja tässä merkityksessä määritellä vertailurangaistus puhtaalta pöydältä. Kuitenkin jos mittaamiseen on vaikuttamassa jokin muu lieventämisperuste kuin tunnustus, tulee sen vaikutus ottaa luonnollisesti huomioon niin vertailurangaistuksessa kuin määrättävässä rangaistuksessa.

Herää kysymys, miksi juuri tunnustamisoikeudenkäynnissä tulee ilmaista vertailurangaistus. Miksi vertailurangaistusta ei tarvitse ilmaista lieventämisperusteen soveltamisessa tavanomaisessa rikosasian oikeudenkäynnissä?

Vertailurangaistuksen verifiointilla on *kontrollifunktio*: tarkoituksena on pystyä tarkistamaan, että tunnustus on asianmukaisesti otettu rangaistuksen mittaamisessa huomioon. Lisäksi nähdään etuja oikeuskäytännön yhtenäisyyden seuraamisen kannalta.³³

Jossakin määrin epäloogista on, että tuomioistuin voi normaalissa oikeudenkäynnissä ottaa tunnustuksen huomioon joko asteikon sisällä lievempänä mitaamisena tai soveltamalla lievennettyä asteikkoa ilman velvollisuutta ilmaista, mikä rangaistus muutoin olisi ollut. Etenkin siinä tapauksessa, että rangaistus on mitattu 14 vrk – $\frac{3}{4}$ max.-asteikolta, on vaikea löytää syytä tälle erolle. Todennäköisesti syy liittyy siihen, että kun tunnustusta vastaan rangaistuksen määrän alentaminen on nimenomaan ollut lakiin perustuva luvattu huojennus, josta syyttäjä on antanut *alennussitoumuksen*, lievennyksen saaminen sovitus mukaisesti tulee pystyä todentamaan ja kontrolloimaan. Tähän viittaa myös se, että perustelujen mukaan lähtökohtaisesti syyttäjän tulisi esittää näkemyksensä siitä, mikä rangaistus olisi ollut ilman tunnustamisen aiheuttamaa kevennystä prosessiin, joko täsmällisellä seuraamuslaskennalla tai oikeaksi katsomissaan rajoissa.³⁴

33 HE 58/2013 vp, s. 37.

34 HE 58/2013 vp, s. 30. Vrt. KKO 2018:23 (kohta 14), jossa virheellisesti todetaan, että esitöissä ei viitata siihen, että syyttäjän tulisi ottaa kantaa RL 6:8a.3:n mukaisesti rangaistukseen, joka tuomioesityksen kohteena olevista rikoksista tulisi tuomittavaksi ilman syyteneuvottelusta ja tunnustamisoikeudenkäynnistä johtuvaa alennusta.

Syyttäjän tulisi kyetä antamaan laskelma epäillylle esitutkinnan aikana tai syyteneuvottelussa ja tuomioistuimelle tunnustamisoikeudenkäynnissä. Ks. Sahavirta 2016, s. 393.

Nyt palaan kysymykseen siitä, miten edellä todetut erot näyttäytyvät yhdenvertaisuusperiaatteen näkökulmasta. Perustuslakivaliokunta näki ongelmia yhdenvertaisuuden suhteen, mutta huolet jäivät vaille vastakaikua lakivaliokunnassa. Näyttää kuitenkin siltä, että korkein oikeus pyrkii kuroma umpeen normaali-tunnustuksen ja syyteneuvottelutunnustuksen jokseenkin perusteettomalta vaikuttavaa eroa.

5. Korkeimman oikeuden oikeuskäytäntö yhdenvertaisuuden vaalijana

Ratkaisussaan KKO 2018:2 korkein oikeus on viitannut perustuslakivaliokunnan lausuntoon syyteneuvottelua koskevasta esityksestä ja valiokunnan toteamaan tarpeeseen varmistua siitä, että erot seuraamusten ankaruudessa eivät käytännössä muodostu epäasiallisen suuriksi. Korkein oikeus on siten ottanut tosissaan perustuslakivaliokunnan huolet ja suhteuttanut normaalitunnustuksen tuottaman lievennyksen syyteneuvottelutunnustuksen tuottamaan rangaistusvastuun huojenukseen. Ratkaisussa todetaan:

Korkein oikeus katsoo, että A:n syyksi luetuista rikoksista tuomittavaa vankeusrangaistusta on rikoslain 6 luvun 6 §:n 3 kohdan nojalla perusteltua lieventää kuudella kuukaudella. A:n myötävaikutuksen määrään ja laatuun nähden myöskään syyteneuvottelua koskeva lainsäädäntö ja yleinen yhdenvertaisuusperiaate eivät anna aihetta A:lle tuomittavan rangaistuksen enempään lieventämiseen.

Korkein oikeus on siten huolehtinut siitä, ettei ero eri menettelyissä annettujen tunnusten välillä repeä liiaksi. Samalla korkein oikeus on saanut oivan tilaisuuden laskea RL 6:6:n 3 kohdan lieventämiskynnystä. Syyteneuvottelua koskevan eduskuntakäsittelyn yhteydessä tuotiin esiin se, että käytännössä lieventämisperusteita on käytetty säästeliäästi ja tunnustuksen merkitys rangaistuksen lieventämisperusteena ja tuomitsemattajättämisperusteena oli ollut ilmeisen vähäinen.³⁵

Vaikka ratkaisu KKO 2018:2 on sinällään tervetullut tunnustusten vaikutusten tasaaja ja siten varmistanut yhdenvertaisuusperiaatteen toteutumista, liittyy ratkaisuun pulmallinen kannanotto. Ratkaisussa korkein oikeus on nimittäin asettanut *tekijää koskevat eettiset syyt* lievennyksen ehdoksi. Ratkaisun mukaan

35 HE 58/2013 vp, s. 5.

eettisillä syillä tarkoitetaan sitä, että ”tekijä osoittaa muuttunutta suhtautumista tekoonsa ja ottaa siitä vastuuta”.

Kuten edellä todettiin, RL 6 luvun säännökset, joiden perusteella rikoksen selvittämiseen johtaneesta tunnustamisesta seuraa lievennys, eivät arvota millään tavalla sitä, mikä on ollut tekijän motiivi tunnustaa. Tunnustaminen on yhtä arvokas, perustuupa se puhtaaseen laskelmointiin tai syvään katumukseen. Vain jos tekijä on sekä tunnustanut että pyrkinyt esimerkiksi estämään tekonsa haitallisia vaikutuksia, voidaan tekijän toiminta ottaa huomioon tunnustamisen lisäksi. Mutta pelkkä tunnontuskissa kärsiminen ja siitä johtuva tunnustaminen ei ole enempää kuin pelkkä tunnustaminen, kunhan vain se edesauttaa rikoksen selvittämistä.

Mistä kummasta korkein oikeus on sitten löytänyt tekijää koskevia eettisiä vaatimuksia? Puheena olevan ratkaisun KKO 2018:2 kohdassa 12 todetaan seuraavaa:

Rikoslain 6 luvun 6 §:n 3 kohdan mukaan rangaistuksen lieventämisperusteena on muun ohella tekijän pyrkimys edistää rikoksensa selvittämistä. *Tällä perusteella* tapahtuvan rangaistuksen lieventämisen taustalla ovat ennen kaikkea tarkoituksenmukaisuussyyt, kun rikoksen selvittäminen helpottuu ja siitä seuraavat kustannukset alenevat, *mutta myös eettiset syyt* (HE 44/2002 vp s. 198 - 199). Eettiset syyt liittyvät siihen, että tekijä osoittaa muuttunutta suhtautumista tekoonsa ja ottaa siitä vastuuta (esim. KKO 2011:102, kohta 31). (kursiv. tässä)

Viitatus aikaisemman ratkaisun KKO 2011:102 kohdassa 31 puolestaan todetaan:

Lapsen seksuaalisella hyväksikäyttör rikoksella loukatun toipumisen kannalta voidaan pitää ilmeisen myönteisenä sitä, että tekijä ottaa vastuun teostaan. Tätä vastuun ottamista tässä tapauksessa osoittavat *ensinnäkin* teon tunnustaminen esitutkinnassa ja *toiseksi* asianomistajan esittämän vahingonkorvausvaatimuksen myöntäminen ja korvausten maksaminen. Tämä A:n menettely puoltaa sitä, että rangaistuksen mittaamisessa sovellettaisiin rikoslain 6 luvun 6 §:n 3 kohdan mukaista lieventämisperustetta. (kursiv. tässä)

Näyttää siis siltä, että korkein oikeus on kehittänyt ’tyhjistä’ lieventämisperusteena käytettävän eettisyyden kriteerin. Rikoslain yleisten oppien uudistamisen yhteydessä lainsäätäjät on *yleisellä tasolla* ilmaissut sen, että tunnustamisen tuoma lievennys perustuu ennen kaikkea tarkoituksenmukaisuuteen mutta myös eettisiin syihin. Näyttää siltä, että tästä esityölausumasta korkein oikeus on napannut

eettisyyden vaatimuksen yksittäiseen asiaan koskemaan tekijää, vaikka tällaista vaatimusta ei laissa ilmaista.

Korkein oikeus totesi: "A:n menettely ei siten osoita hänen tosiasiallisesti muuttaneen suhtautumista tekoonsa eikä asiassa näin ollen ole edellä kohdassa 12 tarkoitettuja erityisiä eettisiä, syyllisyyden asteeseen liittyviä syitä rangaistuksen lieventämiseen, vaan *kysymys on pelkästään siitä, että A on menettelyllään helpottanut ja nopeuttanut asian esitutkintaa ja oikeudenkäyntiä.*" (kursiv. tässä)

Tällaiset korkeimman oikeuden lausumat eivät perustu lakiin. Sen toteaminen olisi riittänyt, että *niiltä osin* kuin syytetyn tunnustus on edesauttanut rikoksen selvittämistä, lievennys myönnetään. On eri asia, onko syytetty muulta osin esimerkiksi jatkanut rikollista toimintaa. Tekijää koskevien eettisten syiden edellyttäminen merkitsisi RL 6:6:n 3 kohdassa tarkoitettun lieventämisperusteiden *tiukentamista*. Tällaista lainsäätäjä ei ole tarkoittanut. Päinvastoin, lieventämisperusteiden *laajentava* tulkinta katsotaan sallituksi. RL 6:6:n perusteluissa todetaan ilmaisultaan väljien lieventämisperusteiden laajentavan tulkinnan olevan sallittua. Tähän on perustunut muun muassa se, että eräissä ratkaisuissa hoitoon hakeutumista on pidetty lieventämisperusteena (ks. KKO 2017:51 (ään.), KKO 2017:50 (ään.) ja KKO 2012:9).

Ratkaisu KKO 2018:2 edustaa korkeimman oikeuden ratkaisujen sarjaa 'yleiset opit' ja 'tässä asiassa'. Korkein oikeus on ottanut viime vuosina tavakseen hahmotella ensin asiaa koskevia yleisiä oppeja ja sitten soveltaa kehrittelemiään oppeja 'tässä asiassa'. Lopputulos ei aina ole onnistunut.

Onneksi harha-askele on tullut oikaistuksi ratkaisussa KKO 2018:60 (ään.). Siinä korkein oikeus totesi (kohta 29) puheena olevan RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperusteiden osalta, että sen soveltaminen ei edellytä oma-aloitteisuutta eikä tekijän rikoksensa selvittämiseen liittyvillä motiiveilla ole merkitystä säännöksen soveltamisedellytyksiä arvioitaessa. Avoin argumentaatio olisi edellyttänyt ratkaisun KKO 2018:2 kappaleeseen 12 viittaamista ja 'pesäeron' tekemistä siinä todettuun. Nyt vikaan mennyt oikeusohje oikaistiin siitä numeroa tekemättä.

Myös ratkaisussa KKO 2018:60 jatketaan yhdenvertaisuuden tiellä. Korkein oikeus toteaa, että sen vanhemmassa oikeuskäytännössään asettamat tiukat edellytykset tunnustuksen oma-aloitteisuudelle ja sen merkittävälle vaikutukselle asian selvittämiseen eivät ole enää rikosoikeudellisesti perusteltuja, kun syyteneuvottelumenettelyssä sovelletaan varsin huomattavaa, pääsääntöisesti noin yhden kolmasosan suuruista alennusta rangaistukseen. Syyteneuvottelun osalta soveltamiskäytäntö on korkeimman oikeuden mukaan jo laajentunut koskemaan myös hyvin myöhäisiä prosessin vaiheita, joissa on kysymys vain oikeudenkäynnissä, mahdollisesti vasta muutoksenhaussa, saatavista prosessuaalisista hyödyistä. Kyseisessä tapauksessa korkein oikeus piti syytetyn myötävaikutusta rikostensa sel-

vittämiseen tiettyjen syytekohtien osalta kokonaisuutena merkittävänä ja sovelsi RL 6:6:n 3 kohdan lieventämisperustetta.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2018:23, joka koskee syyteneuvottelua, on tehty seuraava linjaus (kohta 36): ”Asiassa on toisaalta otettava huomioon myös se, että tunnustamisoikeudenkäynnissä määrättyjen rangaistusten ei tule liiallisesti poiketa rangaistuksista, joita vastaavista rikoksista tuomittaisiin tavallisessa rikosprosessissa.”

Yllä mainitut esimerkit ovat osoitus siitä, että perustuslakivaliokunnan yhdenvertaisuutta koskevat huolet on kuultu korkeimmassa oikeudessa. Kun on myös palattu päiväjärjestykseen tekijään liittyvien eettisten syiden osalta, on havaittavissa yhdenvertaisuuden edistymistä tunnustukseen perustuvassa rangaistuksen lieventämisessä.

Mainittakoon vielä huumausainerikoksia koskeva ratkaisu KKO 2018:45. Siinä ei viitata syyteneuvottelua koskeviin säännöksiin, mutta myönnetty vähennys RL 6:6:n 3 kohdan nojalla on juuri kolmannes. Ratkaisussa viitataan ratkaisuun KKO 2015:69, joka sekin koski huumausainerikoksia. Kummassakin tapauksessa tekijä oli muun muassa osoittanut poliisille suuren määrän tai vaarallisen huumausainerän kätköpaikan. Rangaistuksen lievennysmäärään on lisäksi vaikuttanut se, että tekijä oli paitsi myötävaikuttanut rikoksensa selvittämiseen, myös estänyt sen, että huumausainetta olisi päätyntä levitykseen. Kovin suoraviivaista johtopäätöstä ei kuitenkaan voida ratkaisun KKO 2018:45 perusteella tehdä siitä, että 1/3 on vakiintunut myös RL 6:6:n 3 kohdassa tarkoitetuksi lieventämismääräksi. Yhdenmukaisuuskysymys tunnustamiseen perustuvassa lieventämisessä on kuitenkin selvästi korkeimman oikeuden tiedostama ja asia ilmeisessä ’valvonnassa’.

Itse pitäisin perusteltuna, että aina kun tunnustaminen on edistänyt rikoksen selvittämistä, siitä annettaisiin yhdenmukaisesti suunnilleen 1/3:n hyöty. Myös korkeimman oikeuden ratkaisulinja antaa viitteitä ja tukea tällaiselle kannanotolle.³⁶ Yhdenmukainen kolmanneksen ’tunnustuslennus’ tuskin syö syyteneuvottelun houkuttelevuutta, sillä syyteneuvotteluun sisältyy syyttäjän antama alennussitoumus ja tuomioistuimen velvollisuus mitata rangaistus alennetulta asteikolta vertailurangaistus ilmaisten. Tällaiset ennustettavuus- ja varmuustekijät riittänevät ylläpitämään syyteneuvottelun houkuttelevuutta (ks. tosin ratkaisu KKO 2017:82 osoittamat ongelmat silloin, kun syytetty ei olekaan tyytyväinen rangaistukseen).

36 Tapani ja Tolvanen totesivat mainiossa artikkelissaan Syyteneuvottelun ongelmia (DL 2015 s. 247), ettei heidän tarkoituksenaan ollut esittää, että RL 6:6:n 3 kohdan mukaista lieventämisperustetta pitäisi yleisesti tulkita niin, että se vaikuttaisi konkreettisesti rangaistukseen kolmannesta alentavasti. Ainakaan pelkästään lainkäytön voimaan kirjoittajat eivät uskoneet. – Korkeimman oikeuden oikeuskäytäntö näyttää kuitenkin ohjaavan tulkintaa juuri mainittuun suuntaan.

Kolmanneksen alennus tunnustusta vastaan lienee turvallisella puolella myös mahdollista painostusväitettä vastaan. Jos nimittäin esimerkiksi syyteneuvottelussa tarjottu määrä alittaa aivan olennaisesti normin mukaisen rangaistuksen, voi tunnustuksen antaja väittää tullessa painostetuksi tunnustuksen antamiseen.³⁷

6. Miten onkaan oikeudenmukaisuuden laita?

Korkeimman oikeuden yhdenmukaistava mittaamislinja hälventää ainakin josakin määrin huolia siitä, että normaalitunnustaja jää merkittävästi alakynteeseen lieventämisperusteen soveltamisessa syyteneuvottelutunnustajaan verrattuna. Voidaan kuitenkin kysyä, miten sitten on asianlaita oikeudenmukaisuuden ja suhteellisuusperiaatteen osalta. Rangaistushan tulisi mitata niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttimiin sekä rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen. Kuten edellä todettiin, tunnustaminen sellaisenaan oikeuttaa lieventämiseen, jos se on edistänyt rikoksen selvittämistä, olipa tunnustajan motiivi mikä tahansa. Vaikka myös tunnustaminen on mittaamiseen vaikuttava peruste, se ei kuitenkaan liity tekoon kohdistettavaan moitearvosteluun, vaan *teon jälkeiseen toimintaan*. Tässä merkityksessä tunnustaminen ja teon vaikutusten estäminen tai lievittäminen ovat samassa 'post delicti' -kategoriassa. Kyse ei ole itse tekoa koskevasta moitearvostelusta ja siinä mielessä oikeudenmukaisesta rankaisemisesta, vaan jälkikäteisten toimien vaikutuksesta mittaamisessa.

Tunnustamisen vaikutus näyttää näin ollen olevan irrallaan mittaamisen yleislausekkeessa ilmaistuista itse tekoon liittyvistä moite- ja moraaliarvostelmista. Voidaan kysyä, liittyykö tunnustamisesta seuraava lievennys lainkaan seuraamusjärjestelmän syväperustaan, oikeudenmukaisen rangaistuksen periaatteeseen. Kysymys on aiheellinen, kun edellä todetulla tavalla on käynyt ilmi, ettei tunnustamisen motiiveilla ole merkitystä. Itse asiassa yleisten lieventämisperusteiden osalta merkitystä ei ole itse tunnustamisellakaan vaan vain sillä, onko asianomainen edesauttanut rikoksen selvittämistä ja siten säästänyt yhteiskunnan resursseja. Jos rikoksen selvittämiseen on osallistuttu niin myöhäisessä vaiheessa, ettei resursseja ole säästynyt, tunnustaminen ja selvittäminen eivät enää tuota

37 Ks. EIT:n päätös asiassa *Klaus-Peter Kriegisch v. Saksa*, 23.11.2010, hak. 21698/06. Ks. problematiikasta myös Tuula Linna, Puntarissa plea bargaining – vastassa oikeusturva ja itsekriminointisuoja. *Oikeustiede – Jurisprudentia* 2010, s. 193–259 ja Tuula Linna, Rikosvastuun huojennus – suomalainen plea bargaining hakee muotoaan. Teoksessa *Rikoksesta rangaistukseen Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012*, s. 117–134.

lievennystä, vaikka ne olisivat ilmausta mitä syvimmästä katumuksesta, ojentautumisesta ja moraalisesta hädästä.

Nämä huomiot oikeuttavat sanomaan, että tunnustaminen lieventämisperusteena liittyy enemmänkin rankaisijaan kuin rangaistavaan. Valtiovalta käyttää poikkeavassa tarkoituksessa lieventämisperusteita silloinkin, kun lieventämisellä ei ole yhteyttä moitearvosteluun. Tällaista lieventämisperustetta ei voida oikein perustella muulla kuin sillä, että kyse on valtion vallankäytöstä³⁸ ja valtiovalta on pitänyt *tarkoituksenmukaisena* palkita rikoksen selvittämisen edistämisestä.

Syyteneuvottelua koskevassa uudistuksessa ei problematisoitu sitä, miksi valtiovalta katsoo voivansa palkita resurssien säästämistä. Perusteluissa vain todettiin melkoisen ykskantaan, että esitutkintaviranomaisille, syyttäjille ja tuomioistuimille seuraa prosessiekonomisia etuja, kun taas vastaaja saa lievemmän rangaistuksen. Voin vain hämmästellä sitä keveyttä, jolla prosessiekonomiaan perustuva reaaliolitiikka on saavuttanut jalansijaa rikosoikeudellisessa seuraamusjärjestelmässä.

Yhtiöpragmatismiin on kiinnitetty huomiota muuallakin oikeuskirjallisuudessa. Esimerkiksi Timo Saranpää on todennut, että syyteneuvottelujärjestelmä ilmentää ”mielenkiintoisella ja ikävälläkin tavalla sitä, miten keskeisinä pidetyistä oikeuspoliittisista tavoitteista ja johtavista rikosprosessuaalisista periaatteista on tingitty prosessiekonomisten syiden ja viranomaisten resurssien vuoksi”.³⁹

Jos voidaan välttää normaali rikosoikeudenkäynti ja toimittaa tunnustamisoi-
keudenkäynti, alennus on lain mukaan ¼ :n sijasta 1/3, ja alennus on sitä suurempi, mitä varhaisemmassa vaiheessa tunnustus on annettu. Olisi sievistelevää ja miltei tekopyhää selittää tunnustuksen vastineeksi luvattua alennusta eettisillä seikoilla. Kaupankäyntiähän tämä on: syyttäjä antaa alennussitoumuksen resurssisäästöä vastaan.

Valtakunnansyyttäjän viraston ohjeissa todetaan, että syyteneuvottelujärjestelmää sovellettaessa epäiltyä kiinnostaa, minkälaisia etuja hän voi saavuttaa tunnustamisella.⁴⁰ Puolin ja toisin siis laskelmoidaan. Mutta niin kauan kuin pelin henki ja säännöt ovat selvillä, mikäs siinä. Tosin kun rikoslain yleisten oppien yhtenä tavoitteena oli muodostaa johdonmukainen kokonaisuus rangaistuksen määrään ja laatuun vaikuttavista periaatteista ja perusteista,⁴¹ saattavat viime

38 Kuten Kimmo Nuotio on huomauttanut, rikosoikeudellisessa lainsäädännössä ja lainsoveltamisessa on mitä suurimmassa määrin kyse vallankäytöstä, joka toki tapahtuu huolellisesti harkituissa puitteissa. Lainsäätäjä päättää kriminalisoinneista. Kimmo Nuotio: Teko, vaara, seuraus. SLY 1998, s. 5 ja 522. – Voidaan todeta, että samalla tavalla lainsäätäjä myös päättää seuraamuksista ja niiden lieventämisestä.

39 Saranpää 2017, s. 328.

40 VKSV muistio 28.12.2015, s. 6.

41 HE 44/2002 vp, s. 11.

aikaiset painotukset aiheuttaa vähintäänkin systemaattista ja periaatteellisempaa hämmennystä. *Mikko Vuorenpää* totesi vuonna 2007 väitöskirjassaan, että – jos kerran syyttäjän tehtävä on objektiivisuusperiaatteen mukaisesti tavoitella oikeudenmukaista seuraamusta – ei voida pitää mitenkään onnistuneena, että syyttäjän pitäisi epäillyn kanssa tekemänsä sopimuksen perusteella luopua esittämästä oikeana pitämänsä rangaistusvaatimusta.⁴²

Yhdenvertaisuuden näkökulmasta toisaalta huojuksen sitominen yksin rikoksen selvittämiseen edustaa mitä suurimmassa määrin yhdenvertaisuutta verrattuna esimerkiksi rangaistusteorioihin. On mahdotonta sanoa, paljonko esimerkiksi yleisestäävyyttä tai erityisestäävyyttä tuottaa kahden vuoden rangaistus.⁴³ Samalla tavalla on mahdotonta sanoa, paljonko – jos yleensäkin – heikentää rangaistuksen preventiivistä tehoa 1/3:n alennus. Sen sijaan se kyllä melko tarkasti kyetään laskemaan, mikä on tunnustamisoikeudenkäynnin kustannus verrattuna keskimääräisen, vastaavaa asiaa koskevan jutun kustannuksiin normaaliprosessissa.

Toisaalta, jos resurssisäästöperustainen palkitseminen toteutuu yhdenvertaisesti, onko sillä väliä, että yhteyttä oikeudenmukaisen rankaisemisen periaatteeseen ei ole. Voidaanhan resurssien säästymistä ajatella palkittavan kriminaalipolitiikan ulkopuolelle jäävin syin: on yksinkertaisesti järkevää toimia niin, että yhteiskunnan resursseja ei käytetä turhaan. Yhteisten resurssien säästäminen on ylipäätään kannatettavaa toimintaa.

Jos epäilty tai syytetty päättää edesauttaa rikoksen selvittämistä tunnustamalla ja kertomalla, mitä on tapahtunut, hän on osin luopunut syyttömyysolettaman ja itsekriminointisuojan antamasta myötävaikuttamattomuuden lähtökohdasta. Tarkkaan ottaen ei kuitenkaan ole kyse siitä, että olisi palkittu näistä, epäillylle tai syytetylle ihmisoikeuksina kuuluvista oikeuksista luopumisesta, vaan on palkittu luopumisen aiheuttamasta resurssisäästöstä. Tämä näkyy siinä, että tunnustaminen ilman resurssisäästöä ei johda rangaistusvastuun huojukseen. Lisäksi vaikka teko olisi jo esitukinnassa tunnustettu, syyttömyysolettama ja itsekriminointisuoja ovat oikeudenkäynnissä silti voimassa ja näkyvät muun muassa siten, että näyttötaakka on syyttäjällä siltä osin kuin tunnustaminen ei riitä asiassa näytöksi.

Jos rangaistusteoriat jätetään sivuun, voidaan väittää, että on järkevää säästää yhteiskunnan resursseja ja käyttää esimerkiksi rikostutkinnasta säästyvät voimavarat vaikkapa rikosten torjuntaan ja liikennevalvontaan. Voidaan kysyä,

42 Mikko Vuorenpää, *Syyttäjän tehtävät*, erityisesti silmällä pitäen rikoslain yleisestävää vaikutusta. SLY 2007, s. 213. Kaksikymmentä vuotta aikaisemmin Lappi-Seppälä (1987, s. 493) on todennut, ettei seuraamuksen lieventämistä tule käyttää keinona ”ylimääräisten tunnustusten” hankkimiseen.

43 Ks. Lappi-Seppälä 1987, s. 171.

kaipaako tällainen rangaistusjärjestelmään sisältyvä kestävyysperiaate muuta legitimaatiota, kunhan se toteutetaan yhdenvertaisuuden pohjalta. Jos yhteiskunta parhaaksi katsoo, se voi säätää suhteellisuusperiaatetta noudattamatta lievennyksiä rankaisemiseen resurssien säästämiseksi. Tosin jossakin vaiheessa tulee vastaan raja, jossa seuraamusjärjestelmän yleisestäävyys kärsii. Näin voisi käydä esimerkiksi silloin, jos jokaisella rikoksenteijällä olisi subjektiivinen oikeus päästä syyteneuvotteluun, joka varmuudella tuottaisi tunnustamisen kautta rangaistuksen puolittamisen. Nykyiseen järjestelmään tällaisia haittapuolia ei liittyne: syyteneuvotteluun pääsemisestä kenelläkään ei ole takeita, eikä lievennys ole niin huomattava, että rangaistuksen teho siitä kärsisi merkittävässä määrin.

Vaikka seuraamusjärjestelmää koskevat teoriat ja periaatteet natisevat liitoksisistaan, realismia lienee todeta, että resurssien säästämiseksi annetaan lisääntyvässä määrin merkitystä seuraamusjärjestelmässä. Tämä tuskin heijastaa ylevää sustainability-näkökulmaa, vaan ilmentää hupenevien resurssien reaalipolitiikkaa. Kuitenkaan emme saa kokonaan antautua kustannus–tehokkuus-laskelmille, vaan oikeudenmukaisen rankaisemisen periaatteesta on oikeusvaltiossa syytä aika ajoin muistuttaa.

Mikael Lohse

Underrättelserätt

1. Underrättelsens betingelser och regleringsmiljö

Säkerhetsläget i våra närområden har hela tiden försämrats allt under det att de internationella politiska spänningarna fått återverkningar allt längre norrut. I stormakternas uppträdande och i relationerna mellan dem kan man skönja ett tillspetsat motsatsförhållande också i Östersjöområdet. I stället för konventionell krigföring strävar man efter att stärka sina positioner genom hybridpåverkan och olika informationsoperationer. Under den senaste tiden har många europeiska länder varit föremål för operationer av det här slaget som syftar till att framkalla osäkerhet, missämja och rädsla i målländernas politiska beslutssystem och bland allmänheten. Parallellt med att olika statliga hot, såsom spionage, har ökat har också läget i Finland i fråga om terrorism tagit en oroväckande vändning. Sådana förändringar på många områden kräver att myndigheterna effektivare förmår upptäcka olika former av hot och förmedlar informationen till beslutsfattarna som underlag för politiska beslut och till myndigheterna för att motverka hoten.¹

Underrättelselagstiftningen är en reaktion på att Finlands yttre betingelser har kraftigt försämrats inom många områden de senaste åren. Den nya lagstiftningen syftar framför allt till att få insyn i främmande militär verksamhet och i verksamhet som utgör ett allvarligt hot mot den nationella säkerheten, oavsett om det är fråga om ett brott eller inte, om verksamheten kan lokaliseras till Finland eller till utlandet, eller om den stat, grupp eller person som ligger bakom verksamheten är känd eller inte. Underrättelseregleringen har otvivelaktigt luckrat upp den nationella normmiljön i grunden, när man erinrar sig att godkännandet

1 Förvaltningsutskottets betänkande om regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om civil underrättelseinhämtning 36/2018 rd, s. 9 och försvarsutskottets betänkande om regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om militär underrättelseverksamhet och till vissa lagar som har samband med den 9/2018 rd, s. 5.

av underrättelselagarna i riksdagen förgicks av en ändring av 10 § i grundlagen i en något dramatisk behandling – överväldigande siffror i omröstningen, men också ingripande av republikens president genom ett uttalande.

Vad innebär då underrättelsekodifieringen i rättsordningen som helhet: är det fråga om en inre fragmentering av straffrätten, om ett rättsligt delområde som breder ut sig som en strukturell vävnad över de traditionella rättsområdena eller rentav om en utveckling mot ett självständigt rättsområde? Ett rättsområde sägs skilja sig från andra områden senast i det skedet då det kan sägas ha egna allmänna läror.²

2. Underrättelsens särdrag

En central del av rättsordningen utgörs av rättsnormerna, alltså av gällande regler och principer.³ Rättsordningen delas i sin tur in i olika rättsområden. Indelningen i rättsområden har syftat till att skapa en konsekvent rättsordning och ge struktur åt gällande rätt. Indelningen har traditionellt lutat sig mot ett koherent rättsideal och en tanke om att varje normuppsättning har sin egen plats i det i områden uppstrukturerade rättsfältet. Också forskningen och undervisningen har traditionellt följt, och följer i regel än i dag, indelningen i rättsområden. Dessutom har denna indelning utgjort en viktig del av den förståelse som rättsliga aktörer orienterar sig efter när de närmar sig, lokaliserar och definierar rättsliga problem.⁴

Förändringarna i samhället och omvärlden har dock lett till en fragmentering av rätten. I en fragmenterad rättsordning innebär lokalisering av ett angivet rättsligt problem till ett bestämt rättsområde allt mindre för lösningen av problemet, eftersom problem av det här slaget allt mera sällan låter sig isoleras från sin omvärld och definieras med redskapen från ett specifikt rättsområde. Medan problemfokuserade studier får allt större fotfäste ökar samtidigt mobiliteten hos rättsområdesövergripande rättsliga idéer, kombinerandet av olika normdelar och utformandet av modeller och lösningar av rättsliga problem med redskap från forskningen inom andra rättsområden.⁵

2 Kaarlo Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi. WSOY Lakitieto 2000, s. 187.

3 Se också regeringens proposition till riksdagen med förslag till bestämmelser om terrorism i strafflagen och tvångsmedelslagen 188/2002 rd, s. 60.

4 Kaarlo Tuori, Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivistä argumentaatiota. Lakimies 7–8/2004, s. 1196–1224 och Tini Peterzens, Kulttuurisineen suoja. Laittoman kulttuurisineen palauttaminen kansainvälisenä ongelmana. Helsingfors universitet 2018, s. 68.

5 Kimmo Nuotio, Onko oikeusjärjestyksen pirstoutuminen väistämätöntä?, s. 12–13 i verket Veli-Pekka Viljanen (red.), Oikeudenalojen rajat ja rajattomuus. Åbo universitet 2002.

Nya fenomen tvingar en ofta att fundera över hur gällande rätt och preciserande avgörandep Praxis går att tillämpa i den nya situationen. Nya fenomen innebär nya rättsliga problem som allt som oftast inte går att passa in i den gällande rättsområdesindelningens silor. Att behandla ett problem och hitta effektiva lösningar på det kan avsevärt försvåras, om problemet hålls inordnat i ett fack inom något gammalt rättsområde.⁶ Därför låter sig nya rättsområden inte längre inpassas i det traditionella systemet.⁷ Numera anses rättsområdesindelningen inte heller längre statisk. Det erkänns att en ökad rättslig reglering som tränger in på nya statliga och samhällliga delområden kan ge upphov till förändringar i rättsområdesindelningen och rentav till nya rättsområden som svar på de utmaningar de nya fenomenen för med sig.⁸

Målet för den aktuella diskussionen har skiftat över från strävan efter total koherens till strävan efter lokal koherens. De rättsområdesspecifika allmänna lärorna sägs utgöra nödvändigt byggvirke eller nödvändiga byggklossar för lokal koherens.⁹ Det enda sättet att påvisa lokal koherens är följaktligen att gå in för att visa vilka allmänna lärorna som är specifika för det tillämpningsområde de nya normerna bildar. De allmänna lärorna kännetecknar ett självständigt rättsområde och olika rättsområden skiljer sig från varandra just när det gäller dessa kännetecken. De allmänna lärorna omfattar de rättsområdesspecifika normerna och de för området karaktäristiska principerna, definitionerna och begreppen. Kännetecknande för varje rättsområde är alltså en särskild normuppsättning som preciseras av definitioner och begrepp samt principer som styr och begränsar tillämpningen av en sådan normuppsättning. Identiteten hos ett rättsområde kan utöver de allmänna lärorna även anses bygga på andra särdrag, såsom forskning och undervisning inom området.

2.1. Normer och principer

Normerna som gäller underrättelseverksamhet har många komponenter då de består av den nationella lagstiftningen, av de människorättsförpliktelser som är bindande för Finland och av sedvanerätten. Underrättelseverksamhetens viktigaste normbas bygger nu och framöver såväl i Finland som i andra medlemsstater

6 Päivi Korpisaari, Oikeudenalan tunnusmerkeistä ja oikeudenalajaotuksen tarpeellisuudesta. Lakimies 7–8/2015, s. 989.

7 Nuotio 2002, s. 3–4 och Kaarlo Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas. WSOYpro 2007, s. 120–122.

8 Peterzens 2018, s. 69.

9 Nuotio 2002, s. 3, Heikki Halila, Oikeudellistuva urheilu. Talentum 2006, s. 10, Tuori 2007, s. 126 och Taina Pihlajarinne, Immateriaalioikeuden yleiset opit ja digitalisoituminen – vertailussa tekijänoikeus ja tavaramerkkioikeus. Lakimies 3/2012, s. 385.

i EU på den nationella lagstiftningen. Detta kommer sig framför allt av EU-fördragen. Enligt artikel 4.2 i fördraget om Europeiska unionen ska den nationella säkerheten också i fortsättningen vara varje medlemsstats eget ansvar. Enligt artikel 276 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt är EU-domstolen inte behörig att pröva giltigheten eller proportionaliteten av insatser i en medlemsstat eller av medlemsstaternas utövning av sitt ansvar för att skydda den inre säkerheten. Dessa artiklar i fördragen avgränsar entydigt den sekundära lagstiftning som gäller den nationella säkerheten från EU:s kompetens att utfärda normer och myndighetsinsatser i anknytning till den inre säkerheten å sin sida från EU-domstolens materiella behörighet.

Vad gäller EU-domstolen är slutsatsen dock mera mångfacetterad: domstolen utövar övernationell domsrätt som uttolkare av EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, vilket obestriddligen binder de myndigheter som ansvarar för den nationella säkerheten, särskilt i de underrättelserelaterade frågor som är känsliga med avseende på de grundläggande rättigheterna. De internationella människorättsförpliktelserna förutsätter att var och en som tillämpar lagstiftningen om civil eller militär underrättelseverksamhet följer inte endast EU-domstolens, utan även Europadomstolens rättspraxis inom underrättelseområdet för att säkerställa att den nationella rättskipningen ständigt står i samklang med människorättsförpliktelserna som utvecklas i tiden. De ur underrättelsesynpunkt betydelsefulla bestämmelserna i Europakonventionen och i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, liksom även Europadomstolens och EU-domstolens avgöranden presenteras i förarbetena till underrättelselagarna.¹⁰ Sedan dessa propositioner lämnades har Europadomstolen meddelat åtminstone två betydande kammardomar som gäller skyddet av privatlivet: Centrum för Rättvisa mot Sverige, 19.6.2018 och Big Brother Watch and Others mot Förenade kungariket, 13.9.2018.

Sedvanerätten kan bland annat anses omfatta fyra metoder för underrättelseinhämtning: observation, underrättelse från öppna källor, bildunderrättelse och geospatial underrättelse. Det handlar alltså om okodifierade metoder. De nationella centrala normerna för underrättelseverksamhet är däremot kodifierade och denna kodifikation har följande beståndsdelar:

10 Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av 10 § i Finlands grundlag 198/2017 rd, s. 19–26, regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om övervakning av underrättelseverksamheten och lag om ändring av 7 § i statstjänstemannalagen 199/2017 rd, s. 28–31 och 32–35, regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om civil underrättelseinhämtning 202/2017 rd, s. 53–70 och regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om militär underrättelseverksamhet och till vissa lagar som har samband med den 203/2017 rd, s. 47–62.

- 1) polislagen, särskilt kap. 5 a om civil underrättelseinhämtning
- 2) lagen om civil underrättelseinhämtning avseende datatrafik
- 3) lagen om militär underrättelseverksamhet
- 4) lagen om övervakning av underrättelseverksamheten (121/2019)
- 5) riksdagens arbetsordning till den del som gäller underrättelsetillsynsutskottet (123/2019).

De två förstnämnda normuppsättningarna tillämpas inom den civila underrättelseinhämtningen, alltså i skyddspolisens underrättelseverksamhet, den tredje inom den militära underrättelseinhämtningen, alltså i Försvarmaktens underrättelseverksamhet, den fjärde i laglighetsövervakningen av den civila och den militära underrättelseverksamheten, alltså i underrättelsetillsynsombudsmannens arbete, och den femte i den parlamentariska övervakningen av den civila och den militära underrättelseverksamheten som i sin tur handhas av riksdagen och särskilt riksdagens underrättelsetillsynsutskott. Det är värt att notera att underrättelseverksamheten så gott som helt reder sig med sina egna centrala normer. Inom rätten som gäller underrättelseverksamhet är det alltså inte fråga om att kombinera olika rättsområden, så som inom idrottsrätten eller inom det rättsliga delområdet som gäller återlämnande av kulturföremål.¹¹ Följaktligen kan rätten som gäller underrättelseverksamhet inte sägas breda ut sig som en strukturell vävnad över de traditionella rättsområdena, utan snarare placera sig parallellt med dem.¹²

Finns det då de i de centrala normerna för underrättelseverksamhet stoff som lånats från annat håll? Ja, det finns det, bland annat baserar sig bestämmelserna i polislagens 5 a kap. och bestämmelserna om underrättelsemetoderna i lagen om militär underrättelseverksamhet när det gäller metodbeskrivning och beslutsfattande i stor utsträckning på polislagens 5 kap. om hemliga metoder för inhämtande av information.¹³ Det faktum att stoff som ursprungligen är polisrättsligt har lånats in i underrätteliselagarna visar ännu inte på någon inre splittring av polisrätten. Man kan tala om en fragmentering av polisrätten tidigast i ett läge där skyddspolisens ställning som polisiär enhet upphör. I en sådan situation måste alla bestämmelser om skyddspolisen, bland annat i polislagen och i polisförvalt-

11 Nuotio 2002, s. 4 och Peterzens 2018, s. 71–73.

12 Se också Peterzens 2018, s. 10–11.

13 RP 202/2017 rd, s. 1.

ningslagen, strykas och till behövliga delar, såsom polislagens 5 a kap., föras över till den nya normuppsättning som ska gälla den myndighet som efterträder skyddspolisen. Avgörande för vilken riktning utvecklingen kommer att ta är frågan om skyddspolisen ska få fortsätta i sin tredubbla roll, säkerhetspolis–säkerhetstjänst–underrättelsetjänst, eller om den ska ges en mera riktad uppgift som säkerhetstjänst med avseende på Finland och underrättelsetjänst med avseende på utlandet (Finnish Security and Intelligence Service).

Underrättelsenormerna består av bestämmelser, men också av principer. Rättsprinciperna sägs vara identifierbara utifrån innehåll, betydelse, värde, styrka eller rättvisa.¹⁴ Dessa identifieringsvillkor har mindre betydelse i samband med underrättelseverksamhet, eftersom de principer som styr och begränsar verksamheten åtnjuter institutionellt stöd. Av de sex principerna för underrättelseverksamhet framgår fem (5) – respekten för de grundläggande och mänskliga rättigheterna, proportionalitetsprincipen, principen om minsta olägenhet, principen om ändamålsbundenhet och förbudet mot diskriminering – av den nationella lagstiftningen och av de internationella människorättsförpliktelserna som är bindande för Finland. När det gäller dessa principer kan man tala om optimeringskrav som kan identifieras enligt formella kriterier. Principer ställer ju krav på att uppfylla ett värde eller ett mål till så hög grad som det under vissa förutsättningar är juridiskt och faktiskt möjligt.

Den sjätte principen för underrättelseverksamhet, tillitsprincipen vid informationsutbyte, framgår däremot inte av lagen, och veterligen inte heller av Europadomstolens eller EU-domstolens rättspraxis. Detta kommer sig av att tillitsprincipen vid informationsutbyte skyddar själva underrättelseverksamheten, inte den personens grundläggande och mänskliga rättigheter som är föremål för informationsinhämtningen, så som de andra underrättelseprinciperna. Det är dock fråga om en princip som det internationella underrättelsesamfundet iakttar av hävd, och dessutom har tillitsprincipen vid informationsutbyte erkänts i högsta förvaltningsdomstolens årsboksavgörande HFD:2010:31 utgiven den 12 maj 2010. I avsnittet om den rättsliga utvärderingen av detta avgörande anser högsta förvaltningsdomstolen det klarlagt att det nämnda informationsutbytet på grund av verksamhetens speciella karaktär har avsetts att vara konfidentiellt. Det förutsattes att en handling som erhållits genom konfidentiellt informationsutbyte användes endast för det ändamål det hade överlämnats för och att de uppgifter som ingick i handlingen inte var avsedda för offentligheten. Detta är självklart inom det internationella underrättelsesamfundet också utan att det sägs rakt ut,

14 Hannu Tolonen, Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: oikeuden ja politiikan suhteesta. Oikeustiede – Jurisprudentia XXII 1989, s. 348.

och även högsta förvaltningsdomstolen ansåg att skyddspolisen inte ens behövde fråga om sin samarbetspartners inställning till att lämna ut handlingen.

I 5–9 § i lagen om militär underrättelseverksamhet finns det bestämmelser om de principer som ska följas vid militär underrättelseinhämtning. Den civila underrättelseinhämtningen stöder sig däremot på de allmänna principerna för polisens verksamhet enligt 1 kap. 2–5 § i polislagen och 1 § 2 mom. i lagen om civil underrättelseinhämtning avseende datatrafik. Detta väcker frågan om man kan tala om "underrättelsemässiga principer" när det gäller skyddspolisens verksamhet?¹⁵ Det kan man, eftersom dessa principer har en annan funktion i samband med den allmänna polisverksamheten än den har i samband med den nationella säkerheten och den civila underrättelseinhämtningen. Beroende på tillämpningskontext kan funktionen vara en annan, även om man i sig inte ens rör bestämmelserna.¹⁶ Exempelvis vid sådant skingrande av folksamling som avses i 2 kap. 9 § i polislagen måste polisen avgränsa sina åtgärder till att gälla dem som äventyrar den allmänna ordningen. Vid underrättelseinhämtning ställs man naturligtvis inte inför sådana situationer, utan exempelvis för situationer där man mellan ifrågakommande underrättelsemetoder måste välja den som kan inriktas mest exakt. Det dessa situationer dock har gemensamt är att myndighetens verksamhet och beslutsfattande i bägge fallen styrs av proportionalitetsprincipen och principen om minsta olägenhet.

2.2. Definitioner och begrepp

Nya fenomen för med sig nya rättsliga problem som kan kräva ny lagstiftning för att kunna lösas. Nya bestämmelser kräver för sin del definitioner och begrepp som gestaltar och strukturerar fenomenen. Med hjälp av dessa specialtermer och kategoriseringar skapar man en rättslig verklighet och därmed en möjlighet att rättsligt lösa praktiska problem.¹⁷ Definitioner och begrepp handlar framför allt om betydelseinnehåll. Genom att använda specialtermer av det här slaget kan man för sin del säkerställa att de som talar om samma sak i stort sett förstår saken på samma sätt.¹⁸ Detta är en särdeles viktig synpunkt inom underrättelseverksamheten där parterna i en diskussion kan vara en tjänsteman inom underrättelsemyndigheten och en underrättelsemetodsdomare i domstolen. Det är inte fråga om vilket gränssnitt som helst, utan om ett område där kulturellt

15 Skyddspolisens årsbok 2017, s. 7.

16 Se även Nuotio 2002, s. 6.

17 Pia Letto-Vanamo, Hyvää oikeustiedettä – myös tulevaisuudessa. Lakimies 7–8/2017, s. 1142–1143.

18 Se också Tuori 2007, s. 136 och 139.

mycket olika säkerhets- och rättssamfund möts, som domaren behärskar och där underrättelsemyndighetens tjänsteman för att driva sin sak framgångsrikt måste kunna argumentera rättsligt korrekt.¹⁹

Någon definition av underrättelseverksamhet har den internationella diskursen inte nått enighet om, och när sannolikt heller aldrig. *James Der Derian* bedömer att underrättelseverksamheten är det minst förstådda området inom internationella förbindelser och det område som har det största teoriunderskottet.²⁰ Underrättelseforskaren *David Kahn* går ännu längre i sin kritik genom att konstatera att ingen av de definitioner han sett fungerar.²¹ Den tidigare underrättelsemannen *Michael Herman* definierar underrättelseverksamhet som särskilda organisationers utövande av statlig makt.²² Motsatt uppfattning företräds av historikern *John Ferris*, som inte ser underrättelseverksamheten som en form av maktutövning, utan som ett sätt att styra den, oavsett om det är fråga om att skaffa sig intellektuellt övertag i strid eller om att vidga känslan för situationen när det gäller omvärlden och där kartlägga åtgärdsalternativen.²³ I den klassiska definitionen av *Sherman Kent*, storheten inom underrättelse litteratur, kan underrättelseverksamheten monteras ned till tre element: information, den organisation som behandlar informationen och tillvägagångssätten inom denna organisation.²⁴

Legaldefinitionerna inom civil och militär underrättelseverksamhet följer i de finska underrättelselagarna den tredelade struktur som framfördes av Kent för 70 år sedan. Civil underrättelseinhämtning avser enligt 5 a kap. 1 § i polislagen skyddspolisens inhämtande och nyttjande av information för att den nationella säkerheten ska kunna skyddas och den högsta statsledningens beslutsfattande stödjas samt för att andra myndigheter ska kunna utföra sina lagstadgade uppgifter som hänför sig till den nationella säkerheten. Med militär underrättelseinhämtning avses inhämtande och behandlande av information om militär verksamhet som riktar sig mot Finland eller som är av betydelse med tanke på Finlands säkerhetsmiljö eller information om en främmande stats verksamhet eller någon annan sådan verksamhet som allvarligt hotar det finska försvaret eller som äventyrar samhällets vitala funktioner (3 § och 4 § 2 mom. i lagen om militär underrättelseverksamhet). Militär underrättelseinhämtning utförs till stöd för den

19 Se även Mikael Lohse, *Terrorismirikoksen valmistelu ja edistäminen*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2012, s. 255.

20 James Der Derian, *Antidiplomacy: Spies, Terror, Speed and War*. Blackwell Pub 1993.

21 David Kahn, *An Historical Theory of Intelligence*. *Intelligence and National Security*, Routledge 3/2001, s. 79.

22 Michael Herman, *Intelligence Power in Peace and War*. Cambridge University Press 1996, s. 1–2.

23 John Ferris, *Intelligence*, s. 308 in Robert Boyce and Joseph Maiolo (eds) *The Origins of World War Two: The Debate Continues*. Palgrave Macmillan 2003.

24 Kent Sherman, *Strategic Intelligence for American World Policy*. Princeton University Press 1949, s. ix.

högsta statsledningens beslutsfattande och genomförande av Försvarmaktens egna kärnuppgifter. Dessa legaldefinitioner utgör underrättelseverksamhetens grundvokabulär och bärande struktur i och med att de berättar vem som utövar underrättelseverksamhet och hur och – kanske framför allt – varför. Svaren på dessa frågor skiljer underrättelseverksamheten från straffrättens aktörer, straffrättsprocessen och straffrättens funktioner.

I 2 § i lagen om civil underrättelseinhämtning avseende datatrafik definieras med mera underrättelseinhämtning som avser datatrafik, kommunikationsnät, dataöverförare, sökbegrepp och kategori av sökbegrepp. I 10 § i lagen om militär underrättelseverksamhet definieras därutöver den som utför en koppling, lokaliseringssuppgift, teleföretag, datatrafikens teknisk data, identifieringssuppgifter och sammanslutningsabonnent. Vokabulären förtäljer indirekt:

- 1) att militär verksamhet och verksamhet som allvarligt hotar den nationella säkerheten förekommer allt oftare i nätverk,
- 2) om en uppgång för algoritmiska underrättelseinhämtningsmetoder²⁵ som riktar sig mot sådan verksamhet, såsom underrättelseinhämtning som avser datatrafik, och därigenom
- 3) om underrättelseverksamhetens ökade beroende av informationsteknik (IT) och företag inom data- och kommunikationsteknologin som erbjuder IT-produkter och IT-tjänster (IKT-industrin).

De nya grunderna i grundlagens 10 § 4 mom. om begränsningar i skyddet för hemligheten i fråga om förtroliga meddelanden – militär verksamhet och verksamhet som allvarligt hotar den nationella säkerheten – är underrättelseverksamhetens grundbegrepp. Militär verksamhet anses omfatta militärt organiserade trupperns statliga och icke-statliga verksamhet, verksamhet med anknytning till militära maktmedel, såsom beväpning och militärmateriel, eller annan med denna jämförbar verksamhet som bedrivs av trupper som använder militär makt.²⁶ Begreppet militär verksamhet fångar upp bland annat militärt organiserade, utrustade eller beväpnade trupper, vilkas statliga ursprung inte kan identifieras. Med verksamhet som allvarligt hotar den nationella säkerheten avses verksamhet som hotar den demokratiska stats- och samhällsordningen, grundläggande

25 Se även Mika Viljanen, *Algoritmien haaste – uuteen aineelliseen oikeuteen?* Lakimies 7–8/2017, s. 1070–1087.

26 RP 198/2017 rd, s. 35.

samhällsfunktioner, ett stort antal människors liv eller hälsa eller internationell fred och säkerhet. En förutsättning är dock att verksamheten har någon koppling till Finland och att den hotar uttryckligen Finlands nationella säkerhet, även om verksamheten geografiskt sett kan ske utanför Finlands gränser. Verksamheten kan till exempel hänföra sig till terrorism, utländska underrättelsetjänsters verksamhet eller hybridpåverkan.²⁷

I motsats till de tidigare nämnda legaldefinitionerna är begreppen militär verksamhet och nationellt säkerhetshot öppna och de utvecklas i tiden. Under olika tider bedöms olika fenomen som hot och inte heller det skyddsvärde som har fastställts för olika skyddsintressen hålls konstant över tid.²⁸

2.3. Forskning och undervisning

Sherman Kent konstaterade 1955 att underrättelsekåren i Förenta staterna saknade litteratur på området och uppmanade med eftertryck till att reparera bristen.²⁹ Om läget inom underrättelseforskningen (Intelligence Studies) i Storbritannien så sent som under början av 1980-talet berättar den av historiker *Sir Alexander Cadogans* ofta lånade beskrivningen av underrättelseinhämtning som den saknade dimensionen inom internationella förbindelser.³⁰ Underrättelseforskningen har dock under 2000-talet fått ett snabbt uppsving. Numera är underrättelselitteraturen omfattande och multivetenskaplig.³¹ Underrättelse som studieområde har gett upphov till flera undervisnings- och forskningsgrupper såväl i Europa som i Förenta staterna.³² Dessa grupper har i huvudsak etablerat sig inom institutionerna för politikforskning och historieforskning. Bland annat i Förenta staterna, Storbritannien, Spanien, Rumänien och Turkiet kan man se ett allt tätare forskningssamarbete mellan underrättelsemyndigheterna och forskningsinstitut.³³ Det är naturligt med samarbete också därför att – och i motsats till vad man i allmänhet föreställer sig – underrättelsemyndigheterna under fredstid till största delen inhämtar sin information från öppna källor.³⁴ I det avseendet är

27 RP 198/2017 rd, s. 37 och FvUU 7/2018 rd, s. 4.

28 Se även Säkerhetspolisens årsbok 2017, s. 6.

29 Kent Sherman, The Need for an Intelligence Literature. Studies in Intelligence, Spring 1955, s. 1–11.

30 Christopher Andrew – David Dilks (eds.), The Missing Dimension: Governments and Intelligence Communities in the Twentieth Century. University of Illinois Press 1984.

31 Martin Bang, Military Intelligence Analysis: Institutional Influence. National Defence University 2017, s. 8.

32 Len Scott – Peter Jackson, The Study of Intelligence in Theory and Practice. Intelligence and National Security, Routledge 2/2004, s. 140.

33 Stephen Marrin, Improving Intelligence Studies as an Academic Discipline. Intelligence and National Security, Routledge 2/2016, s. 267.

34 Scott – Jackson 2004, s. 148.

underrättelseorganisationerna informationssökningsinstitutioner på samma sätt som utlandsbeskickningarna och universiteten.³⁵

Inom underrättelseforskningen kan man särskilja tre huvudinriktningar. Den första har tyngdpunkten i strävan efter att bilda teori om underrättelseverksamhetens organisering, processer och kundinteraktion. Forskare inom denna inriktning är ofta historiker. Den andra inriktningen präglas av målsättningen att utforma modeller om underrättelseprocessens framgångar och misslyckanden. Denna statsvetenskapligt inriktade forskning fokuserar framför allt på underrättelseanalys och underrättelsebeslutsfattande och på de personrelaterade, politiska och institutionella faktorer som förvränger dessa. Den tredje inriktningen är koncentrerad på underrättelseinhämtning som ett medel för politisk och statlig maktutövning. Många forskare inom denna inriktning är samhällsvetare eller sociologer. De studier om begreppet övervakning (Surveillance) som bedrivs inom ramen för modern samhällsvetenskap är helt klart också till nytta för underrättelseforskningen.³⁶

Det har vuxit fram egna publiceringsplattformar och publiceringskanaler för den internationella underrättelseforskningen. Journalen *Intelligence and National Security* kan anses vara den ledande underrättelsepublikationen. En mera politikinriktad linje företräder publikationerna *International Journal of Intelligence and Counterintelligence* och den ofta citerade *CIA Journal Studies in Intelligence*. Alla för dessa underrättelsepublikationer godkända artiklar är referentgranskade. Även om underrättelselitteraturen mestadels är i artikelform har även bokförlagen funnit sin målgrupp. Bokserierna *Routledge's Studies in Intelligence* och *Georgetown University Press* har fokus på verk riktade till forskare. *Rowman and Littlefield's Professional Intelligence Education Series* tar för sin del fram handböcker för fackfolk i underrättelsebranschen. Litteraturen har ökat så mycket att underrättelseforskningens ställning i Förenta staterna år 2009 i *Chronicle of Higher Education* erkändes som ett växande akademiskt ämne.³⁷

I Finland har studier i underrättelse bedrivits så gott som enbart inom referensramen för politisk historia och krigshistoria. Professorn i politisk historia vid Helsingfors universitet *Kimmo Rentola* är kanske den mest kända underrättelseforskaren i Finland. Rentolas forskarprofil är såtillvida unik att han har tjänstgjort inom skyddspolisen åren 2004–2006 och 2007–2008. Under den senare perioden skrev Rentola avsnittet *Suojelupoliisi kylmässä sodassa 1949–1991* (Skyddspo-

35 René Nyberg, *Jokaisessa maassa on tiedustelu – ellei oma, niin vieras*. Kanava 5/2014, s. 12.

36 Scott – Jackson 2004, s. 143–144.

37 Peter Monaghan, *Intelligence Studies*. *The Chronicle of Higher Education*, 20 March 2009.

lisen i det kalla kriget 1949–1991) till verket Ratakatu 12 (Bangatan 12).³⁸ Liksom verket visar kan skyddspolisens minst 25 år gamla handlingar användas som källor för forskning under förutsättning att forskaren har fått forskningstillstånd. Forskningsarbetet ska då ske i skyddspolisens lokaler och med skyddspolisens redskap. Inom krigshistorien kan man nämna doktorsavhandlingen *Dilittanteja vai taitajia? (Dilettanter eller virtuoser?)* från 2018 av överstelöjtnant *Vladimir Pansch*in som har lång erfarenhet av militär underrättelseverksamhet.³⁹

Undervisning i underrättelseverksamhet ges i Finland i första hand av skyddspolisen och av underrättelseskolan vid Försvarsmakten. Den myndighetsledda undervisningen i underrättelseverksamhet är riktad till det civila och det militära underrättelsesamfundet och är alltså sluten undervisning. Öppen undervisning som gäller eller tangerar underrättelseverksamhet ges åtminstone i statsvetenskapliga fakulteten vid Helsingfors universitet (internationella relationer som en del av forskningen i världspolitik), i humanistiska fakulteten vid Helsingfors universitet (underrättelsehistoria som en del av forskningen i politisk historia) och i fakulteten för informationsteknologi vid Jyväskylä universitet (strategisk underrättelseinhämtning som en del av forskningen i cybersäkerhet).

3. Slutsats

Rätten som hänför sig till underrättelse bygger trots inlänet från polisrätten på en normuppsättning i sitt eget slag, på underrättelsemässiga principer anpassade till underrättelsens verksamhetsmiljö och på självständig begreppsbildning. Denna rätt kan följaktligen sägas ha sina egna allmänna läror. Om man tänker sig att underrättelserätten är ett eget rättsområde i vardande, kan dess område och placering i rättsordningen beskrivas som följer:

Underrättelserätt är till sin kärna en helhet som består av de normer, principer, definitioner och begrepp som reglerar underrättelsemyndigheternas uppgifter och befogenheter samt förhållandet mellan underrättelseparterna. Parter i underrättelse är skyddspolisen och de militära underrättelsemyndigheterna samt underrättelseverksamhetens kunder och partner. Underrättelserätten kan även anses omfatta den lagstiftning som styr och övervakar underrättelsemyndigheterna. Underrättelserätten ingår i den offentliga rätten.

38 Kimmo Rentola, *Suojelupoliisi kylmässä sodassa 1949–1991*, s. 9–192 i verket Matti Simola (red.), *Ratakatu 12. Suojelupoliisi 1949–2009*. WSOY 2009.

39 Vladimir Pansch, *Dilittanteja vai taitajia? Päämajan valvontaosaston johtama valvonta ja vastavakoilu talvi- ja jatkosodassa*. Försvarshögskolan 2018.

Ett rättsområdes identitet bygger inte endast på dess allmänna läror utan även på forskning och undervisning på området på universitetsnivå. I själva verket är det först den rättsvetenskap som systematiserar och tolkar rätten som skiljer rättsområdena från varandra.⁴⁰ Eftersom det inte bedrivs forskning eller undervisning i underrättelserätt på universiteten är det snarast fråga om ett spirande rättsområde. Underrättelserätten som rättsområde kommer också att förbli i denna spirande utvecklingsfas, om det inte bedrivs aktiv systematisering och tolkning av det tillhörande rättsliga substansen samt strävas efter teoribildning på området.

I motsats till exempelvis den etablerade straffrätten, ett rättsområde som systerställer tusentals lagskipare i Finland, är underrättelserätten en rättsområdeskandidat som berör högst något hundratal lagtillämpare. Därför måste underrättelserätten åtminstone i begynnelsekedet för att klara sig söka sig i skydd av andra rättsområden eller rättsgebit eller andra vetenskaper. Var kan då dessa skydd tänkas vara, i vilka forskningsmiljöer kan man alltså tänka sig att underrättelserätten kunde få näring och tillväxt?

Inom juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet kan man särskilja till och med två forskningsmiljöer som är lovande ur underrättelserättens synpunkt. Den första är kommunikations- och informationsrätten. Med beaktande av att informationsrättens område omfattar rättslig reglering och rättsligt beslutsfattande som hänför sig till information och behandling av information, finns det mycket likadant inom dess område som inom underrättelserätten. Den andra är Legal Tech Lab. Laboratoriet i fråga har identifierat fem områden inom rätt och digitalisering där det behövs mera forskning. De flesta av dessa områden, såsom att ta sig an information med ett juridiskt grepp och förändringarna i institutioner och juristyrket, är av betydelse också för underrättelserätten.

Studiet av internationella relationer som ingår i den allmänna statsläran i statsvetenskapliga fakulteten vid Helsingfors universitet representerar internationellt sådan forskning som underrättelsen har starka band till. Denna forskning kan sannolikt tillhandahålla de bästa verktygen för att stiga ut i antidiplomatins minfält av underrättelseinhämtning som avser utländska förhållanden. De mål som forskningsgruppen inom säkerhetsforskning i ledarskapshögskolan vid Tammerfors universitet har ställt sig om att forska bland annat i säkerhetsbegrepp och säkerhetsspråk, liksom även i säkerhetshot, är mål som också omfattas av underrättelserätten i dess strävan efter teoribildning på området.

Som sista och kanske mest lovande forskningsmiljö för underrättelserätten kan man nämna det militärjuridiska området inom Försvarshögskolans institution för ledarskap och militärpedagogik. En relevant underrättelseforskning är

40 Nuotio 2002, s. 3.

inte möjlig utan kontakt till de underrättelserättsliga problem som uppträder i det verkliga livet. Försvarshögskolan är i det här sammanhanget i en särställning med beaktande av att den hör till samma organisation – Försvarsmakten – som de militära underrättelsemyndigheterna. Konstellationen är ömsesidig: de rättsliga frågeställningar som uppkommer i de militära underrättelsemyndigheternas verksamhet kunde styra forskningen i underrättelserätt vid Försvarshögskolan och utfallet kunde genom återkoppling vara till nytta för de militära underrättelsemyndigheternas – och varför inte även skyddspolisens – rättsliga avgörande-verksamhet och den undervisning de erbjuder underrättelsesamfundet.

Jussi Matikkala

Näkökohtia erityisistä virkavastuusäännöksistä

1. Aluksi

Virkarikoksista säädetään rikoslain (39/1889) 40 luvussa.¹ Rikoslain 40 luku uudistettiin ja modernisoitiin kokonaisuudessaan vuonna 1989 (792/1989). Vuonna 2002 rikoslain 40 luku uudistettiin lähes kokonaisuudessaan (604/2002), jolloin säännökset saivat pitkälti nykyisen asunsa. Eräitä muutoksia on tehty myös tämän jälkeen. Tässä kirjoituksessa tarkastellaan etupäässä vuoden 2002 uudistuksessa säädettyä rikoslain 40 luvun 12 §:n 5 momentissa tarkoitettuja rikoslain ulkopuolella olevia erityisiä virkavastuusäännöksiä.²

Yhteiskunnassa on vuosikymmenten kuluessa tapahtunut merkittäviä virkavastuuseenkin heijastuvia muutoksia. Julkisyhteisön tehtäväkenttä on laajentunut ja monipuolistunut. Toisaalta julkisyhteisön tehtäväkenttään kuuluvia tehtäviä on enenevästi uskottu julkisyhteisöjen ulkopuolisten toimijoiden hoidettaviksi, kuten yksityistämällä niitä osakeyhtiömuodossa toimivien toimijoiden tai elinkeinonhar-

1 Ankarimmin rangaistavaa virkarikokosta, kidutusta, koskeva rangaistussäännös on rikoslain 40 luvun asemesta sijoitettu rikoslain sotarikoksia ja rikoksia ihmisyyttä vastaan koskevaan 11 lukuun, sen 9 a §:ksi. Ks. siitä lähemmin Kimmo Nuotio, Zur Kriminalisierung der Folter im finnischen Strafrecht. Nullum ius sine scientia. Festschrift für Jaan Sootak zum 60. Geburtstag am 16. Juli 2008. Juura, s. 193 ss. – Rikoslain 40 luvun sotilaskirikoksia koskevan 13 §:n mukaan sotilaskirikossäännösten alaisten virkamiesten virkarikoksia ovat myös ne rikokset, joista säädetään rangaistus rikoslain 45 luvussa.

2 Rikoslain 40 luvun molemmat laajat uudistukset osuivat rikoslain kokonaisuudistuksen aktiivisimpaan kauteen. Vuoden 1989 virkarikosuudistus oli kuitenkin kokonaisuudistuksesta erotettu uudistus; hallituksen esitys (HE) 58/1988 vp eduskunnalle virkarikoslainsäädännön uudistamisesta, s. 35. Se tuli voimaan 1.1.1990. Vuoden 2002 virkarikosuudistuksessa yhtenä tavoitteena oli saattaa virkarikossäännökset vastaamaan mahdollisimman hyvin kokonaisuudistuksen lakiteknisii tavoitteita; HE 77/2001 vp eduskunnalle lahjontaa koskevan Euroopan neuvoston rikosoikeudellisen yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä eräiden virkarikoksia ja niihin liittyviä rikoksia koskevien säännösten muuttamisesta, s. 15. Uudistus tuli voimaan 1.10.2002. Hallituksen esitykseen eduskunnalle siviilitedustelua koskevaksi lainsäädännöksi (HE 202/2017 vp) ja hallituksen esitykseen eduskunnalle laiksi sotilastiedustelusta sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 203/2017 vp) perustuvien lainsäädäntökokonaisuuksien tultua 11.3.2019 eduskunnassa hyväksytyiksi rikoslain 40 luvun 12 §:n 5 momentti tulee siirtymään pykälän 6 momentiksi ja kirjoituksessa niin ikään esiintyvä rikoslain 16 luvun 20 §:n 5 momentti pykälän 6 momentiksi; ks. HaVM 36/2018 vp.

joittajien suoritettavaksi. Merkittäviin trendeihin kuuluvat myös kansainvälistyminen ja eurooppalaistuminen. Suomalaiset virkamiehet saattavat toimia tietyissä tehtävissä ulkomailla ja ulkomaiset Suomessa, ja EU:lla ja eräillä kansainvälisillä järjestöillä on oma virkamiehistönsä.

Näillä muutoksilla on tietysti vastineensa oikeudellisessa maailmassa. Julkisyhteisöjen tehtävät sekä ulkoistaminen ja yksityistäminen edellytyksineen ja rajoineen ovat oikeudellisia kysymyksiä. Aineellisessa virkamiesoikeudessa on tapahtunut paljon erilaisia muutoksia. Julkisyhteisön palveluksessa ei enää toimita lähinnä virkasuhteessa, vaan huomattava osa julkisyhteisöjen palveluksessa olevista on nykyään työsuhteessa. Samalla pyritään siihen, että erityisesti julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä hoidetaan virkasuhteessa³. Virka- ja työsuhteen eroa kaventaa muun muassa virkamiestenkin pääsääntöinen irtisanottavuus. Monilla EU-lainsäädäntöinstrumenteilla ja kansainvälisillä sopimuksilla on merkitystä virkavastuukysymysten kannalta.⁴

Huomattavia oikeudellisia maamerkkejä ovat lisäksi olleet vuoden 1995 perusoikeusuudistus, jossa muun ohella kehitettiin kriteereitä blankotyyppisten rangaistussäännösten hyväksyttävyydelle, ja tietysti 1.3.2000 voimaan tullut perustuslaki (731/1999), jossa säädetään perustavat säännökset muun muassa julkisen vallan tehtävistä ja virkavastuusta.

Viime vaalikaudella eduskunnan käsiteltävänä oli valtava maakunta- sekä sosiaali- ja terveydenhuollon uudistusehdotuskokonaisuus, joka olisi toteutuessaan merkinnyt yhtäältä uuden hallinnollisen rakenteen, maakuntien, luomista valtion ja kuntien väliin ja tuonut mukanaan uuden maakuntien, virkamiesten henkilöryhmän sekä toisaalta julkisten palvelujen tuottamisen merkittävää siirtymistä yksityiselle sektorille.⁵

2. Virkarikossäntelyn vaiheista

Virkarikoksia koskevat säännökset otettiin vuoden 1889 rikoslain 40 lukuun. Luku sisälsi yli 20 rangaistussäännöstä. Rangaistusäännökset olivat melko kasuistisia. Eräissä virkarikoksissa viraltapano oli ainoa rangaistussäännöksessä säädetty

3 Esim. kuntalain (410/2015) 87.2 ja 88.2 §.

4 Tässä kirjoituksessa ei joitakin mainintoja lukuun ottamatta käsitellä niitä erityiskysymyksiä, jotka koskevat ulkomaisia virkamiehiä tai suomalaisten virkamiesten toimintaa ulkomailla. Tällaisia kysymyksiä liittyy esimerkiksi alaviitteessä 2 mainittuihin siviili- ja sotilastiedustelulainsäädäntöihin.

5 Ks. HE 16/2018 vp eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (valinnanvapauslain 75 §) ja HE 65/2018 vp eduskunnalle rikoslain muuttamisesta, joka koski maakunta- ja sosiaali- ja terveydenhuollon uudistuksen teknisiä muutoksia muun muassa rikoslain 40 luvun 11 §:ään.

rangaistus. Rikoslain 2 luvun 12 §:ssä oli virkamiehen määritelmä. Sen mukaan ”[v]irkamiehiksi sanotaan tässä laissa valtion virkamiehet, samoin ne, jotka ovat asetetut hoitamaan kaupunkien, kauppalain, maalaiskuntien, seurakuntien tai muiden yhteisöjen tahi esivallan vahvistamien yleisten laitosten tahi säätösten asioita, sekä ne virka- ja palvelusmiehet, jotka ovat sellaisten virka- tahi hallintokuntien käskynalaiset, ynnä muut, jotka ovat määrättyt tahi valitut julkiseen toimeen tai julkista asiata toimittamaan.”⁶

Sata vuotta myöhemmin toteutettiin virkarikossääntelyn kokonaisuudistus. Julkisyhteisön tehtävät olivat laajentuneet ja monipuolistuneet. Erityisesti julkisyhteisöön työsuhteessa olevien määrä oli kasvanut. Vuoden 1989 virkarikosuudistuksessa rikoslain 40 luvun sääntelyä supistettiin olennaisesti. Lähtökohtana oli, että lukuun otetaan rangaistussäännökset vain sellaisesta erityisen moitittavasta menettelystä virkatoiminnassa, jota yleiset rangaistussäännökset eivät kata.

Uudistuksessa pysyttiin siinä lähtökohdassa, että virkamies määritellään rikoslain 2 luvun 12 §:ssä. Virkamiehen määritelmä oli rikosoikeudellisesti edelleen laajempi kuin hallinto-oikeudellisesti.

Esitöissä todettiin, että vanhan virkamiesmääritelmän loppuosa ”muut, jotka ovat määrättyt tahi valitut julkiseen toimeen tai julkista asiata toimittamaan” oli tulkinnanvarainen. Sen pohjalta virkamiehinä oli voitu pitää muun muassa eräiden yksityisoikeudellisten yhteisöjen toimihenkilöitä sekä jopa yksityishenkilöitä, joille erityisellä säännöksellä oli uskottu jokin julkinen tehtävä ja usein myös siihen liittyvää julkista valtaa. Virkamiehinä oli tämän lainkohdan mukaan pidetty myös julkisyhteisöjen työntekijöitä silloin, kun he hoitivat julkista tehtävää tai toimittivat julkista asiaa.⁷

HE:ssä 58/1988 vp ehdotetun rikoslain 2 luvun 12 §:n 1 momentin 3 kohdan mukaan virkamiehellä tarkoitetaan tässä laissa ”henkilöä, joka lain, asetuksen tai niiden nojalla annetun määräyksen perusteella hoitaa julkista tehtävää julkisoikeudellisessa yhdistyksessä tai muussa kuin 1 kohdassa tarkoitettussa yhteisössä sekä henkilöä, joka muutoin kuin edellä tarkoitetuissa tapauksissa tai 2 momentissa tarkoitettuna julkisyhteisön työntekijänä edellä mainitulla perusteella hoitaa julkista tehtävää.” Lakivaliokunta totesi kuitenkin mietinnössään (LaVM 7/1989 vp, s. 6):

6 Ks. kokoavasti Brynolf Honkasalo, Suomen rikosoikeus. Erityinen osa III. Helsinki 1962, s. 234 ss. Hän toteaa mts. 235, että oikeuskäytäntö oli ulottanut virkavastuun varsin laajalle; virkamiehiksi oli katsottu muun muassa rautatien ylikäytävän tilapäinen veräjänvartija ja raitiovaunun rahastaja. – Esimerkkinä modernista virkavastuuproblematiikasta voidaan mainita tietokoneohjelmavolluksiin ja tekoälyyn liittyvät kysymykset; ks. Tomi Voutilainen, Chatbot-sovellus osana viranomaisten neuvontapalveluja. LM 7–8/2018, s. 913–917.

7 HE 58/1988 vp, s. 6–7.

Käsitettä ”hoitaa julkista tehtävää” ei ole lausunnoissa pidetty laaja-alaisuutensa takia riittävän tarkkarajaisena. Sen sijaan on ehdotettu suppeampaa tunnusmerkkiä ”käyttää julkista valtaa”. Julkisen vallan käyttämisellä tarkoitetaan lähinnä jollekin annettua valtuutusta päättää yksityisen edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta. Kun on selvää, että ainakin julkisen vallan käyttämisen pitää johtaa virkavastuuseen, valiokunta ehdottaa, että säännöksessä käytetään hallituksen esityksessä ehdotettua suppeampaa, mutta selkeämpää ilmaisua ”käyttää julkista valtaa”.⁸

Uudistuksessa arvioitiin myös, tulisiko julkisyhteisön työntekijätkin sisällyttää virkamiehen määritelmään. Tämän puolesta puhui se, että kaiken julkisen vallan käytön tulisi olla virkavastuun alaista. Lisäksi julkisyhteisöjen työntekijöidenkin piirissä oli ilmennyt väärinkäytöksiä, lähinnä lahjusten vastaanottoa. Tästä olikin jo otettu rangaistussäännökset rikoslain 40 lukuun vuonna 1984 (505/1984). Toisaalta työntekijöiden määrittely rikoslaissa virkamieheksi olisi ristiriidassa valitsevan oikeudellisen käsitteistön ja yleisen kielenkäytön kanssa. Voitiin myös lähteä siitä, että vaikka virkamiesten asema oli vuosien mittaan huomattavassa määrin lähentynyt työsuhteessa olevien asemaa, liittyi virkamiesten asemaan ja tehtäviin edelleen sellaisia erityispiirteitä, että heidät voitiin asettaa rikosoikeudellisesti erityisasemaan. Lisäksi oli pyrittävä siihen, että työsuhteessa olevat henkilöt eivät hoitaisi julkisyhteisön julkisia tehtäviä eivätkä käyttäisi päätösvaltaa. Sikäli kuin työntekijät osallistuisivat päätöksentekoon tai julkisen vallan käyttöön, heille voitaisiin säätää virkavastuu.⁹

Uudistuksessa julkisyhteisön työntekijöille säädettiin rikoslain 40 lukuun rangaistusvastuu lahjusrikoksista sekä salassapitorikoksesta ja tuottamuksellisesta salassapitorikoksesta sisällyttämällä julkisyhteisön työntekijä mainittuja rikoksia koskeviin rangaistussäännöksiin vastuusubjektiksi virkamiehen lisäksi. Luvun 9 §:n soveltamisalasäännöksen mukaisesti julkisyhteisön työntekijä saattoi olla vastuussa myös virka-aseman väärinkäyttämönsä osallistuessaan päätöksentekoon tai sen valmisteluun tai käyttäessään julkista valtaa. Julkisyhteisön työntekijää koskeva määritelmä otettiin rikoslain 2 luvun 12 §:n 2 momentiksi. Näin rikoslain 40 lukuun muodostui erityinen julkisyhteisön työntekijöiden vastuumalli. Rikoslain 40 luvun otsikoksi muutettiin ”virkarikoksista ja julkisyhteisön työntekijän rikoksista”. Kyseiset rikokset olivat siis julkisyhteisön työntekijän rikoksia, eivät virkarikoksia.

8 Ks. tästä myös Pekka Viljanen, Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1990, s. 30–36 ja 374–375.

9 Ks. HE 58/1988 vp, s. 21.

Vuoden 2002 virkarikosuudistuksessa rikosoikeudellisen virkavastuun sääntelyn rakennetta muutettiin. Lähtökohdaksi otettiin nyt, että rikosoikeudellisen virkamieskäsitteen sisällön tulisi vastata hallinto-oikeudellista virkamieskäsitettä. Se, mitkä muut henkilötahot ovat virkavastuussa ja kuinka laaja tämä vastuu kulloinkin on, säädetään omissa säännöksissään. Tämän rakenneratkaisun seurauksena rikoslain 40 luvun rikostunnusmerkistöissä ei virkamiehen ohella enää mainita julkisyhteisön työntekijää. Julkisyhteisön työntekijän vastuu on kuitenkin, kuten vuoden 1989 sääntelyssäkin, suppeampi kuin virkamiehen.

Rikoslain 40 luvun säännöksistä 1–10 § sisältävät rikostunnusmerkistöjä, 11 §:ssä on määritelmäsäännös ja 12 §:ssä soveltamisalasäännös, 13 § koskee sotilasvirkarikoksia, 13 a §:ssä on viittaussäännös ja 14 §:ssä on menettämisseuraamusta koskeva säännös.

Kansanedustajien lahjuksen ottamista koskevat rikokset on sijoitettu rikoslain 40 lukuun (4 ja 4 a §). Niissä tekijätunnusmerkkinä on ”kansanedustaja”. Muissa rikoslain 40 luvun rikostunnusmerkistöissä vastuusubjektina on ”virkamies”. Vastikään lukua on täydennetty Euroopan unionin varojen väärinkäyttöä kansanedustajana (8 a §) ja törkeää Euroopan unionin varojen väärinkäyttöä kansanedustajana (8 b §) koskevilla rangaistussäännöksillä (368/2019). Kun tunnusmerkistössä tekijäasema on tavanomaisesta tekijätunnusmerkistä ”joka” poiketen määritelty vain tietyksi tahoksi, rikoslain 40 luvun rikokset ovat nk. erikoisrikoksia, joissa muu taho kuin tunnusmerkistössä nimenomaisesti mainittu ei tule kysymykseen rikoksen tekijänä vaan ainoastaan varsinaisena osallisena.¹⁰

Rikoslain 40 luvun virkarikoksissa rangaistavan alueen määrittämisessä merkittäviä ovat rikostunnusmerkistöjen ohella luvun 11 §:n määritelmäsäännökset ja luvun 12 §:n soveltamisalasäännökset. Rikoslain 40 luvun 11 §:ssä määritellään, keitä on pidettävä ”virkamiehenä” (1 kohta), ”julkista luottamustehtävää hoitava henkilö” (2 kohta), ”julkisyhteisön työntekijänä” (3 kohta), ”ulkomaisena virkamiehenä” (4 kohta), ”julkista valtaa käyttävänä henkilö” (5 kohta) ja ”ulkomaisen parlamentin jäsenenä” (6 kohta).

Rikoslain 40 luvun 12 §:n soveltamisalasäännöksissä puolestaan määrätään, missä laajuudessa rikoslain 40 luvussa tarkoitettujen rikostunnusmerkistöt soveltuvat 11 §:ssä määriteltyihin eri henkilöryhmiin. Niinpä esimerkiksi luvun 12 §:n 1 momentin mukaan tämän luvun virkamiestä koskevia säännöksiä sovelletaan myös julkista luottamustehtävää hoitavaan henkilöön ja julkista valtaa käyttävään henkilöön, kun taas pykälän 2 momentin mukaan tämän luvun 1–3, 5 ja

¹⁰ Seuraavassa esityksessä kansanedustajia koskevat säännökset jätetään sivuun. Tässä kirjoituksessa ei voida käsitellä kiinnostavaa kysymystä erikoisrikosopin suhteesta erityisiin virkavastuusäännöksiin.

14 §:ää sovelletaan, viraltapanoseuraamusta lukuun ottamatta, myös julkisyhteisön työntekijään.

Tämä ilmentää kahta asiaa. Ensinnäkin virkarikosvastuu koskee muitakin henkilötahoja kuin virkamiehiä, esimerkiksi rikoslain 40 luvun 12 §:n 1 momentista ilmenevin tavoin myös julkista luottamustehtävää hoitavia henkilöitä ja julkista valtaa käyttäviä henkilöitä. Virkarikosten erikoisrikoksen asema koskee myös näitä henkilötahoja. Toiseksi rikoslain 40 luvun 12 §:n 1 ja 2 momentin säännökset osoittavat, että rikosoikeudellinen virkavastuu voi olla laajempaa tai suppeampaa. Pykälän 1 momentissa tarkoitettussa tapauksessa vastuu on laajaa ja kattaa kaikki rikoslain 40 luvun virkarikokset. Pykälän 2 momentissa tarkoitettussa tapauksessa virkarikosvastuu kattaa vain luvun 1–3 §:n lahjusrikokset ja 5 §:n virkasalaisuuden rikkomisrikokset mutta ei virka-aseman väärinkäyttämisrikoksia eikä virkavelvollisuuden rikkomisrikoksia. Suppean virkavastuun tilanteissa kysymykseen ei myöskään tule luvun 1, 2 ja 5 §:n 2 momentissa säädetty viraltapanoseuraamus.¹¹

Rikoslain 40 luvun mukainen laaja virkavastuu koskee siis 1) virkamiehiä, 2) julkista luottamustehtävää hoitavaa henkilöä ja 3) julkista valtaa käyttävää henkilöä. Lisäksi rikoslain 40 luvun 12 §:n 5 momentissa tarkoitettu erityisiin virkavastuusäännöksiin perustuva virkavastuu lienee yleensä ymmärretty laajaksi¹².

Laaja virkavastuu voi näin ollen kuulua tietyssä muodollisessa asemassa olevalle henkilölle, kuten virkamiehelle, tai perustua henkilön tehtävien laatuun, minkä keskeistapauksena on puolestaan julkisen vallan käyttäminen. Virkamiehen muodollinen asema ja julkisen vallan käyttämisen aineellinen peruste kietoutuvat toisiinsa ottaen huomioon, että lähtökohtaisesti julkista valtaa käyttävät nimenomaan virkamiehet. Jos näiden kriteerien alueet olisivat yhtenevät tai ainakin lähellä toisiaan, olisi virkarikossääntelyssä ehkä mahdollista hyödyntää vain toista näistä kriteereistä.

Virkamiehen toiminnan ja julkisen vallan käytön alat eivät kuitenkaan ole täysin yhtenevät. Kaikkien virkamiesten tehtäviin ei kuulu julkisen vallan käyttöä, ja niidenkin virkamiesten, joiden tehtäviin kuuluu julkisen vallan käyttöä, kaikki virkatoiminta ei ole sitä. Julkisyhteisön palvelussuhteissa suuntana on ollut työsuhteiden käyttö silloin, kun toimenkuvaan ei kuulu julkisen vallan käyttöä. Julkisyhteisön palvelussuhteissa työsuhteiden osuus onkin kasvanut. Virkavas-

11 Tässä esityksessä laajalla virkavastuulla viitataan rikoslain 40 luvun 12 §:n 1 momentissa tarkoitettuun vastuuseen ja suppealla virkavastuulla pykälän 2 momentin mukaiseen vastuuseen. Todellisuudessa tilanne on jo rikoslain 40 luvun 12 §:n ilmentämin tavoin nyansoidumpi. Laajaa ja suppeaa virkavastuuta ei toisaalta tule sekoittaa käsitteisiin suppeasisältöinen ja laajasisältöinen viraltapano (RL 2:7.1 verrattuna RL 2:7.2 ja 10).

12 Viljasen mukaan perusmuotoisen erityisen virkavastuusäännöksen muotoilu merkitsee, että asianomaisiin sovelletaan kyseisissä tehtävissä kaikkia virkarikossäännöksiä; Pekka Viljanen, Virkarikokset. Teoksessa Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg, Keskeiset rikokset. 4. p. Edita. Helsinki 2018, s. 876. Ks. myös KKO 1999:105.

tuun näkökulmasta tämä on merkinnyt suppeassa virkavastuussa olevien osuuden kasvua sekä virka-aseman ja julkisen vallan käytön alueiden lähentymistä. Toisaalta (muuta kuin merkittävää) julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä on voitu uskoa myös yksityisen sektorin toimijoille.

Kun julkisen vallan käyttäminen on virkavastuun mahdollisuuden keskeinen aineellinen peruste, on paikallaan, että laaja virkavastuu kytkeytyy siihen riippumatta siitä, käyttääkö sitä julkisyhteisössä virkamies vai muussa palvelussuhteessa oleva ja siitä, käytetäänkö julkista valtaa perinteisellä tavalla julkisyhteisössä vai onko sitä uskottu esimerkiksi yksityisen sektorin toimijoille. Tästä rikoslain 40 luvun järjestelmä luvun 11 §:n 5 kohdan ja 12 §:n 1 momentin ilmentävin tavoin lähteekin.

3. Virkarikosten jaotteluja

Virkarikoksia on jaoteltu erinäisin perustein. Yksi jaottelu on tehty varsinaisten ja epävarsinaisten virkarikosten välillä. Tällöin varsinaisia virkarikoksia ovat sellaiset, joissa kysymyksessä olevaa menettelyä ei ole säädetty rangaistavaksi muiden henkilöiden osalta, mistä esimerkkinä on virkavelvollisuuden rikkominen. Epävarsinaisissa virkarikoksissa tietty yleisesti rangaistavaksi säädetty menettely on rikoslain 40 luvussa säädetty virkarikoksena tavallista ankarammin rangaistavaksi. Niinpä virkasalaisuuden rikkominen on ankarammin rangaistava kuin yleinen rikoslain 38 luvun 1 §:n salassapitorikos.¹³

Virkarikoksia on jaoteltu myös sen mukaan, onko rangaistava menettely kuvattu täysin rikostunnusmerkistössä, vai saako se olennaisesti sisältönsä rangaistussäännöksen ulkopuolisesta aineellisoikeudellisesta sääntelystä. Esimerkkinä jälkimmäisistä, avoimista tai blankotyypisistä virkarikossäännöksistä on virkavelvollisuuden rikkominen (rikoslain 40 luvun 9 §:n 1 momentti). Rangaistussäännös on selvästi blankotyyppinen ottaen huomioon, että tunnusmerkistön mukaisuuden keskeinen edellytys, virkatoiminnassa noudatettavaan säännöksiin ja määräyksiin perustuvan virkavelvollisuuden rikkominen, perustuu rangaistussäännöksen ulkopuoliseen normiainekseen.

Lisäksi virkarikoksia voidaan jaotella rikosten yleisten jaotteluperusteiden mukaisesti esimerkiksi tahallisiin ja tuottamuksellisiin. Edellä on tuotu esiin ja-

13 Vuoden 1989 uudistuksessa pyrittiin eroon epävarsinaisista virkarikoksista. Ks. jaottelusta Pekka Viljanen, Virkarikoksista. Rikosoikeudellinen tutkimus rangaistavan teon virkarikosominaisuudesta ja sen merkityksestä. Suomalainen Lakimiesyhdistys. Helsinki 1984, s. 22–26 ja HE 58/1988 vp, s. 5–6.

ottelu kaikki virkarikokset kattavaan laajaan ja vain eräät virkarikokset kattavaan suppeaan virkavastuuseen.

4. Erityiset virkavastuusäännökset

Vuoden 1989 virkarikosuudistuksen esitöissä kiinnitettiin huomiota siihen, että rikoslain säätämisen jälkeen rikoslain ulkopuoliseen aineelliseen erityislainsäädäntöön oli eri aikoina otettu säännöksiä, jotka tavalla tai toisella täydensivät tai laajensivat rikoslain 40 luvun järjestelmän mukaista virkarikosvastuuta. Yhden ryhmän rikoslain ulkopuolisista virkamiesten rikoksia koskevista säännöksistä muodostivat ne säännökset, joissa virkamiehelle erityislain rikkomisesta tuomittavan rangaistuksen osalta oli vain viittaus rikoslain 40 lukuun. Eräissä säännöksissä oli puolestaan kysymys vain virkamiehille noiden säännösten rikkomisesta tuomittavasta viraltapanoseuraamuksesta. Kolmanneksi lainsäädäntöön oli vuosikymmenten kuluessa muodostunut suuri määrä salassapitovelvollisuutta koskevia säännöksiä, joiden rikkominen oli rangaistavaa virkamiehelle tai virkamiesten ohella muillekin tahoille. Neljänneksi lainsäädäntöön oli otettu säännöksiä, jotka laajensivat rikosoikeudellisen virkavastuun henkilöllistä ulottuvuutta. Ne olivat muotoilultaan erityyppisiä. Joidenkin mukaan tiettyä tehtävää hoitava toimi virkavastuulla taikka virkamiehen tai tuomarin vastuulla tai häneen sovellettiin rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä. Eräiden säännösten mukaan tiettyä tehtävää hoitavaa pidettiin rikoslain 2 luvun 12 §:ssä tarkoitettuna virkamiehenä.¹⁴

Vuoden 1989 virkarikosuudistuksessa joukko edellä tarkoitettuja salassapitovelvollisuuden rikkomista koskeva erityislainsäädännön säännöksiä muutettiin standardimuotoisiksi viittaussäännöksiksi rikoslain 40 luvun 5 §:n salassapitorikoksiin.

Vuoden 2002 virkarikosuudistuksessa muutettiin puolestaan sellaisia virkarikossäntelyn henkilöllistä ulottuvuutta koskevia säännöksiä, joissa viitattiin rikoslain 2 luvun 12 §:n virkamiesmääritelmään, koska vuoden 2002 virkarikosuudistuksessa tuo määritelmäsäännös kumottiin siirryttäessä nykyiseen sääntelymalliin, jossa määritelmät ovat rikoslain 40 luvun 11 §:ssä ja soveltamisalasäännökset luvun 12 §:ssä. Säännökset muutettiin erityisten virkavastuusäännösten nykyisen perusmuotoilun mukaisiksi.¹⁵

14 HE 58/1988 vp, s. 8–9 ja 15–16. Ks. myös Viljanen 1984, s. 140–154 ja HE 77/2001 vp, s. 39.

15 HE 77/2001 vp, s. 39 ja 56–57; perusteluissa todetun mukaan ko. henkilöihin sovellettaisiin ”edelleen” rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä.

Vuoden 1989 virkarikosuudistuksen esitöissä kiinnitettiin huomiota siihen, että osassa henkilöllistä ulottuutta koskevista erityissäännöksistä niissä tarkoitettu henkilö kuului jo rikoslain 2 luvun 12 §:n virkamiesmääritelmän piiriin, joissa tapauksissa henkilöllistä ulottuvuutta koskevan säännöksen funktio oli lähinnä virkavastuun toteava, kun taas toisissa tapauksissa tällainen säännös oli virkavastuuta perustava. Esityksessä tällaisia säännöksiä pidettiin tarpeellisinakin siinä suhteessa, että jos henkilön toimenkuvaan kuuluu sekä virkavastuun piiriin kuuluvia julkisia tehtäviä että muuntyyppisiä tehtäviä, tällaisilla säännöksillä pystytään määrittämään, mitkä tehtävät kuuluvat virkavastuun piiriin.¹⁶

Rikoslain 40 luvun 12 §:n soveltamisalasäännöksen erityisiä virkavastuusäännöksiä koskevan 5 momentin mukaan ”[r]ikosoikeudellista virkavastuuta koskevien säännösten soveltamisesta eräissä tapauksissa säädetään erikseen lailla.” HE:ssä 77/2001 vp s. 58 säännöksen erityisissä perusteluissa todettiin seuraava.

Pykälän 5 momenttiin ehdotetaan otettavaksi säännös, jonka mukaan rikosoikeudellista virkavastuuta koskevien säännösten soveltamisesta eräissä tapauksissa säädetään erikseen lailla. Säännöksessä viitataan sellaisiin rikoslain ulkopuolella oleviin säännöksiin, joissa rikosoikeudellinen virkavastuu ulotetaan säännöksissä tarkoitettuja tehtäviä suorittaviin henkilöihin. Vuoden 1989 virkarikosuudistuksen jälkeen virkarikosten soveltamisalaa on vähitellen laajennettu rikoslain 2 luvun 12 §:ssä säädettyä laajemmaksi. Ehdotettu 11 §:n 5 b kohdan säännös kattaa osan näissä säännöksissä mainituista henkilöryhmistä, mutta näyttää siltä, ettei rikoslaissa ole mahdollista säätää virkarikossäännösten soveltamisalasta tyhjentävästi.

Perusteluista käy ilmi, että säännöksellä on varaventiilin luonne. Rikoslaissa ei ollut mahdollista säätää virkarikossäännösten soveltamisesta tyhjentävästi, jolloin oli sallittava myös erityisten virkavastuusäännösten käyttö.

Rikoslain 40 luvun 12 §:n 5 momentin säännös ilmentää erityisten virkavastuusäännösten säätämisen sallittavuutta. Säännös ei ole valtuutusäännös, sillä se on tavallisen lain tasoinen kuten erityiset virkavastuusäännöksetkin. Erityisten virkavastuusäännösten sallittavuuden ilmaisemisen ohella säännös toteuttaa laillisuusperiaatetta ilmaistessaan sen, että virkavastuusta voi olla säädetty muuallakin kuin rikoslaissa.

Varaventiilisäännöstä on sittemmin hyödynnetty sängen runsaasti. Vuoden 2002 virkarikosuudistuksen voimaantulon jälkeen on säädetty noin 200 erityistä virkavastuusäännöstä. Erityisen virkavastuusäännöksen säätämisen taustalla on

16 HE 58/1988 vp, s. 8–9 ja 43.

usein ollut julkisen (hallinto-)tehtävän uskominen jollekin viranomaiskoneiston ulkopuoliselle taholle.

Erityiset virkavastuusäännökset on useimmiten muotoiltu seuraavasti: ”X:ään sovelletaan rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä hänen hoitaessaan tiettyjä/tässä laissa/pykälässä tarkoitettuja tehtäviä.”¹⁷ Esimerkiksi vihkimisoikeudesta annetun lain (571/2008) 5 §:n 2 momentin mukaan ”[v]ihkijään sovelletaan rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä hänen toimitaessaan vihkimisiä ja hoitaessaan niihin liittyviä tehtäviä.”

Erityistä virkavastuuta koskeva säännös voi olla muotoiltu yksilöidymmin kuin yllä mainittu perusmalli. Kysymyksessä olevaa tehtävää on usein yksilöity puhumalla tässä laissa/pykälässä tarkoitetun ”julkisen hallintotehtävän” hoitamisesta. Erityisen virkavastuusäännöksen henkilöllinen ulottuvuus voi koskea tehtävää suorittavaa yksittäistä henkilöä kuten asiantuntijaa tai tarkastajaa. Säännöksessä voidaan myös viitata useampiin oikeushenkilön piirissä toimiviin kuten sen hallituksen jäseniin tai sen palveluksessa oleviin henkilöihin. Esimerkiksi jätelain (646/2011) kunnan jätehuollon palvelutehtävien siirtämistä kuntien omistamalle yhtiölle koskevan 43 §:n 2 momentin ensimmäisen virkkeen mukaan ”[k]untien omistaman yhtiön henkilöstöön sovelletaan sen hoitaessa 1 momentissa tarkoitettuja julkisia hallintotehtäviä rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä.”¹⁸

Toisinaan erityisessä virkavastuusäännöksessä käytetään muuntotyypistä muotoilua kuin edellä mainitussa tyypillisessä perusmuotoilussa ja siihen pohjautuvissa muotoiluissa. Lukuisissa erityisissä virkavastuusäännöksissä on säädetty yksinkertaisesti, että tietty henkilötaho toimii tietyssä tehtävässä ”virkavastuulla”¹⁹. Toisinaan on käytetty ilmaisua ”rikosoikeudellisella virkavastuulla”²⁰. On voitu

17 Säännös jatkuu varsin usein virkkeellä ”[v]ahingonkorvauksesta säädetään vahingonkorvauslaissa (412/1974)”. Erityisestä virkavastuusääntelystä ilmenee näin tyypillisesti myös virkavastuun vahingonkorvausoikeudellinen ulottuvuus. Ks. siitä esim. Tanja Mansikka, Kuka kantaa virkavastuuta? Virkavastuusta kunnassa ja sen ulottumisesta ulkoistettuun toimintaan sekä epäasiallisesta vaikuttamisesta päätöksentekoon. Edilex 2014/11, s. 42 ss.

18 Ks. hieman erikoislaatuista Metsähallituksesta annetun lain (234/2016) 18 §:n 3 momenttia, jonka mukaan muun muassa rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä sovelletaan ”Metsähallituksen ja lupia myöntävän ulkopuolisen yhteisön toimintaan”. – Eräissä säännöksissä säädetään siitä, että rikosoikeudellista virkavastuuta ei sovelleta tiettyyn tehtävään; ks. laki arvo-osuusjärjestelmästä ja selvitystoiminnasta (348/2017) 2 luvun 8.3 § ja laki kaupankäynnistä rahoitusvälineillä (1070/2017) 3 luvun 1.4 §.

19 Ks. esim. hukkakauran torjunnasta annetun lain (185/2002) 11 §.

20 Ks. esim. Finanssivalvonnasta annetun lain (878/2008) 29.3 § ja 34.1 §.

myös käyttää lainsäädäntötekniikkaa, jonka mukaan tietyn tahon rikosoikeudellisesta virkavastuusta säädetään rikoslain 40 luvun 12 §:ssä^{21,22}

Erityisiin virkavastuusäännöksiin liittyy samoja tulkintakysymyksiä kuin rikoslain 40 luvun mukaiseen virkarikosääntelyynkin. Erityisissä virkavastuusäännöksissä on kysymys rikosoikeudellisen virkavastuun henkilöllisen ulottuvuuden laajentamisesta. Rikoslain 40 luvun 12 §:n 5 momentin sääntely on melko niukkaa ja yleisluontoista. Sama koskee tyypillisiä erityisten virkavastuusäännösten muotoiluja.

Tällöin herää muun muassa seuraavia kysymyksiä.

- Onko erityisten virkavastuusäännösten mukainen virkarikosvastuu laajaa vai suppeaa?
- Miten virkavelvollisuudet määräytyvät erityisten virkavastuusäännösten mukaisessa virkavastuussa?
- Miten yleiset rikosoikeudelliset periaatteet kuten blankotyyppisiä kriminalisointeja koskevat periaatteet soveltuvat erityisiin virkavastuusäännöksiin?
- Miten virkarikoksia koskevat erityiset rangaistukset soveltuvat erityisiä virkavastuusäännöksiä sovellettaessa?

Erityisiä virkavastuusäännöksiä koskevaa tuoreehkoa julkaistua oikeuskäytäntöä ei juuri ole, joten se ei juuri ole hyödynnettävissä arvioitaessa erityisiä virkavastuusäännöksiä koskevia erityisiä tulkintakysymyksiä. Esimerkkinä oikeuskäytännöstä voidaan kuitenkin mainita ajalta ennen vuoden 2002 virkarikosuudistusta oleva KKO 1999:105. Siinä Metsäkeskus Tapio oli antanut varoistaan useita kertoja huomattavan suuria luottoja metsänviljely- ja koristetaimien tuotantoa harjoittaneelle erilliselle yhtiölleen. Metsäkeskuksen osastopäällikön ja kahden johtajan katsottiin ylittäneen luotonannossa toimivaltansa. Heidän katsottiin keskusmetsälautakunnista ja metsälautakunnista annetun lain (139/1987) 9 §:ään ja tämän lain kumonneen metsäkeskuksista ja metsälautakunnista annetun lain (265/1991) 9 §:ään sisältyneisiin erityisiin virkavastuusäännöksiin nojautuen syyllistyneen virkavelvollisuuden rikkomisrikoksiin.

Tässä esityksessä erityisiä virkavastuusäännöksiä käsitellään ja tulkitaan paljolti ikään kuin yhtenäisenä ilmiönä, vaikka kunkin yksittäisen erityistä virka-

21 Lastensuojelulaki (47/2007) 61.2 §.

22 Ks. muotoilusuositusta Marietta Keravuori-Rusanen, Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle. Edita. Helsinki 2008, s. 380.

vastuuta koskevan säännöksen sisältö ja merkitys määräytyy luonnollisesti sitä koskevan oikeuslähdeaineiston perusteella.

5. Virkamiesaseman ja virkavastuun seurannaismerkityksiä

Rikoslaisissa on sen 40 luvun ulkopuolella erinäisiä säännöksiä, jotka liittyvät virkamiehiin, virkarikoksiin tai virkavastuuseen. Voidaan arvioida, koskevatko tällaiset säännökset myös erityisiä virkavastuusäännöksiä ja niissä mainittuja henkilötahoja.

Suomen rikoslain alueellista soveltamisalaa koskevan rikoslain 1 luvun virkarikosta ja sotilasrikosta koskevan 4 §:n vuoden 2002 virkarikosuudistuksessa muutetun 1 momentin mukaan ”[t]ämän lain 40 luvun 11 §:n 1, 2, 3 ja 5 kohdassa tarkoitettua henkilön Suomen ulkopuolella tekemään 40 luvussa mainittuun rikokseen sovelletaan Suomen lakia.” Rikoslain 1 luvun 4 §:n 1 momentissa siis yksilöidään kysymykseen tulevat henkilötahot viittaamalla rikoslain 40 luvun 11 §:n määritelmäsäännöksen tiettyihin henkilöryhmiin. Rikoslain 1 luvun 4 §:n 1 momentti voisi tulla sovellettavaksi sellaiseen erityiseen virkavastuusäännökseen, jonka mukaan henkilöä pidettäisiin rikoslain 40 luvun 11 §:n 1, 2, 3 tai 5 kohdassa tarkoitettuna henkilönä kuten virkamiehenä. Rikoslain 1 luvun ulkomaista tuomiota koskevan 13 §:n 2 momentin 2 kohdassa viitataan luvun 4 §:ssä tarkoitettuun virka- ja sotilasrikokseen.²³

Rikoslain rangaistuslajeja koskevan 6 luvun 1 §:n 3 momentin mukaan erityisiä rangaistuksia virkamiehiä varten ovat varoitus ja viraltapano. Viraltapano voidaan kuitenkin määrätä muillekin rikoslain 40 luvun mukaan laajassa virkavastuussa oleville (RL 40.12.1 verrattuna RL 40:12.2).²⁴ Viraltapanosta säädetään rikoslain 2 luvun 7 ja 10 §:ssä. Viraltapanosäätelyyn palataan jäljempänä.

Rikoslain syyteoikeuden vanhentumista koskevan 8 luvun 1 §:n 4 momentin ensimmäisen virkkeen mukaan virkarikosten vanhentumisaika on vähintään viisi vuotta. Säännös koskee myös julkisyhteisön työntekijän tekemiä virkarikoksia²⁵. Koska myös erityisten virkavastuusäätöjen tarkoittamassa vastuussa on kysymys

23 Ks. vielä RL 1:11.2 4 ja 11–12 kohdat.

24 Ennen vuoden 2003 rikoslain yleisten oppien uudistusta rikoslain 6 luvun 1 §:n 3 momenttia vastaava säännös oli rikoslain 2 luvun 1 §:n 3 momentissa. Ks. HE 44/2002 vp eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi, s. 28 ja 186.

25 Vuoden 1989 uudistuksen mukaan virkarikoksia koski 5 vuoden erityinen vähimmäisvanhentumisaika, kun taas julkisyhteisön työntekijän rikoslain 40 luvussa tarkoitettujen rikokset vanhenivat rikoslain 8 luvun 1 §:n yleisten vanhentumissääntöjen mukaan.

vastuusta rikoslain 40 luvun virkarikoksista (olipa vastuu laajaa tai suppeaa), koskenee rikoslain 8 luvun 1 §:n 4 momentin viimeinen virke myös erityisiin virkavastuusäännöksiin perustuvaa virkavastuuta.

Rikoslain rikoksia viranomaisia vastaan koskevan 16 luvun 1 §:ssä säädetään virkamiehen väkivaltaisesta vastustamisesta, 2 §:ssä virkamiehen vastustamisesta ja 3 §:ssä haitanteosta virkamiehelle. Luvun 9 §:ssä säädetään virkavallan anastuksesta, 13 §:ssä lahjuksen antamisesta ja 14 §:ssä törkeästä lahjuksen antamisesta. Luvun soveltamisalaa koskevan 20 §:n 5 momentin mukaan ”[j]os muualla kuin tässä laissa säädetään rikosoikeudellista virkavastuuta koskevien säännösten soveltamisesta muuhun kuin 1–4 momentissa tarkoitettuun henkilöön, hänet rinnastetaan rikollisen teon kohteena olevaan virkamieheen sovellettaessa tämän luvun 1–3, 9, 13 ja 14 §:ää.” Erityiset virkavastuusäännökset on siis tässä nimenomaisesti otettu huomioon²⁶.

Vastustamisrikoksissa vastustamisen tai haittaamisen muodostava menettely liittyy nimenomaan julkisen vallan käyttämistä sisältävään virkatoimeen. Näin ollen vaikka erityisissä virkavastuusäännöksissä mainitut vastuusubjektit voivat olla vastustamisrikoksen kohdehenkilöitä, edellyttää tunnusmerkkien toteutuminen näissäkin tapauksissa kysymyksen olevan julkisen vallan käyttämistä sisältävästä virkatoimesta.²⁷

6. Virkavastuun perustuslaillinen tausta

Jo perustuslaissa on perustavia säännöksiä virkamiesten velvollisuudesta noudattaa lakia ja virkavastuuta. Perustuslain kansanvaltaisuutta ja oikeusvaltioperiaatetta koskevan 2 §:n 3 momentin mukaan ”[j]ulkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia.”

Perustuslain 118 § koskee vastuuta virkatoimista. Pykälän 1 momentin mukaan ”[v]irkamies vastaa virkatoimiensa lainmukaisuudesta. Hän on myös vastuussa sellaisesta monijäsenen toimielimen päätöksestä, jota hän on toimielimen jäsenenä kannattanut.” Pykälän toisessa momentissa säädetään esittelijän vastuusta. Pykälän kolmannen momentin mukaan ”[j]okaisella, joka on kärsinyt oikeudenloukkauksen tai vahinkoa virkamiehen tai muun julkista tehtävää hoitavan henkilön lainvastaisen toimenpiteen tai laiminlyönnin vuoksi, on oikeus vaatia tämän tuomitsemista rangaistukseen sekä vahingonkorvausta julkisyhteisöltä

26 Sama koskee RL 21:18:n soveltamisalasäännöstä.

27 Siltä osin kun julkisen vallan käyttöä sisältävää virkatoimintaa koskeva edellytys ei täyty, on virkavastuu laajempaa kuin vastustamisrikosten tarjoama erityissuoja. Luvun 13 ja 14 §:ien lahjusrikoksissa ei aseteta julkisen vallan käyttöä koskevaa lisäedellytystä. Ks. myös Viljanen 2018, s. 77–78.

taikka virkamieheltä tai muulta julkista tehtävää hoitavalta sen mukaan kuin lailla säädetään. Tässä tarkoitettua syyteoikeutta ei kuitenkaan ole, jos syyte on perustuslain mukaan käsiteltävä valtakunnanoikeudessa.”

PL 118.3 § ei ole sellainen rangaistussäännös, johon rangaistusvaatimuksen voisi sellaisenaan itsenäisesti perustaa. Tämä ilmenee jo siitä, että säännökseen ei sisälly lausumaa siitä, kuinka ankaraan rangaistukseen virkamies olisi oikeudenloukkauksen vuoksi tuomittava. Voidaan kysyä, edellyttääkö säännös rangaistussäännösten laatimista tällaisten oikeudenloukkausten varalta. Näin voi olla ainakin merkittävien oikeudenloukkausten osalta. Säännöksen perusfunktio on kuitenkin rikosprosessuaalinen, syyteoikeutta koskeva.²⁸

Erityisen virkavastuusääntelyn tarpeellisuutta on lakeja säädettäessä tarkasteltu usein perustuslain hallintotehtävän antamista muulle kuin viranomaiselle koskevan 124 §:n näkökulmasta. Säännöksen mukaan ”[j]ulkisen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan kuitenkin antaa vain viranomaiselle.”

Säännöksen tavoitteena on rajoittaa julkisten hallintotehtävien antamista varsinaisen viranomaiskoneiston ulkopuolelle. Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan ylipäätään antaa vain viranomaiselle. Muilta osin julkisen hallintotehtävän antamista muulle kuin viranomaiselle koskevat PL 124 §:n ensimmäisen virkkeen edellytykset. Pykälässä ei puhuta nimenomaisesti virkavastuusta. Perustuslakiuudistuksen yhteydessä perustuslakivaliokunta totesi säännöksen yhteydestä virkavastuuseen seuraavaa: ”Siltä osin kuin tällainen hallintotehtävä saattaa pykälän rajoissa merkitä julkisen vallan käyttämistä on erityisesti varmistuttava siitä, että valtaa käyttävät ovat virkamiehiä rikoslain mielessä.”²⁹

Perustuslakivaliokunnan näkökulma sen käsitellessä lausunnoissaan PL 124 §:ää on ensisijaisesti valtiosääntöoikeudellinen eikä rikosoikeudellinen. Arviointi keskittyy siihen, sisältyykö lakiehdotukseen muulle kuin viranomaiselle annettaviin tehtäviin julkisena hallintotehtävänä pidettäviä tehtäviä tai onko tehtäväkokonaisuutta pidettävä sellaisena, täytyykö säännöksen tarkoituksenmukaisuusedellytys, ja onko sääntelyssä säännöksen edellyttämin tavoin huolehdittu siitä, ettei hallintotehtävän antaminen muulle kuin viranomaiselle vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai hyvän hallinnon vaatimuksia. Virkavastuun käsittely liittyy ennen kaikkea oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimusten toteutumiseen. Herää

28 Ks. HE 1/1998 vp eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi, s. 172–173 ja HE 60/2010 vp eduskunnalle Suomen perustuslain muuttamisesta, s. 30, 33 ja 46–47 sekä Antero Jyränki, Uusi perustuslakimme. Iura nova. Turku 2000, s. 255–256.

29 PeVM 10/1998 vp, s. 35.

kysymys siitä, milloin virkavastuuta valiokunnan mukaan edellytetään ja mitä lausuntojen perusteella voidaan sanoa virkavastuun sisällöstä.³⁰

Perustuslakivaliokunnan (rikosoikeudelliseen) virkavastuuseen liittyvät lausumat ovat yleensä melko kompakteja ja standardimuotoisia. Esimerkiksi hallituksen esityksestä laiksi Innovaatiokeskus Business Finlandista ja Business Finland –nimisestä osakeyhtiöstä (HE 158/2017 vp) antamassaan lausunnossa PeVL 50/2017 vp valiokunta totesi s. 3 seuraavan.

Perustuslakivaliokunnan käytännössä on katsottu, että oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimusten toteutumisen varmistaminen perustuslain 124 §:n tarkoittamassa merkityksessä edellyttää, että asian käsittelyssä noudatetaan hallinnon yleislakeja ja että asioita käsittelevät toimivat virkavastuulla (PeVL 33/2004 vp, s. 7/II, PeVL 46/2002 vp, s. 10). Perustuslakivaliokunnan mielestä lakiehdotukseen on perustuslain 124 §:stä johtuvista syistä tarpeen lisätä säännös siitä, että yhtiön palveluksessa olevaan henkilöön sovelletaan rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä hänen hoitaessaan yhtiölle kuuluvia julkisia hallintotehtäviä (PeVL 26/2017 vp, s. 49–50, PeVL 16/2016 vp, s. 2–3, PeVL 8/2014 vp, s. 5/1).

Perustuslakivaliokunnan lausunnoista voidaan päätellä, että perustuslain 124 §:n katsotaan lähtökohtaisesti edellyttävän, että pykälän tarkoittamissa tapauksissa julkista hallintotehtävää hoitava tai suorittava toimii virkavastuulla.³¹ Perustuslakivaliokunta näyttää siis lausuntokäytännössään edellyttävän virkavastuuta laajemmin kuin mitä se perustuslakiuudistuksen yhteydessä antamassaan edellä siteeratussa mietinnössään PeVM 10/1998 vp edellytti.

Perustuslakivaliokunnan virkavastuuta koskevissa lausumissa ei juuri käsitellä rikosoikeudellisen virkavastuun sisältöä tai sille asetettavia reunaehtoja. Niissä ei esimerkiksi todeta, että virkavastuun tulee olla laajaa tai että se saa tai ei saa olla suppeaa. Tämä rikoslain erottelu ei tule PL 124 §:ää koskevissa lausumissa esiin.³²

30 Virkavastuuta on vuodesta 2002 alkaen tarkasteltu tai sivuttu ainakin seuraavissa lausunnoissa: PeVL 46/2002 vp, s. 10, 16/2004 vp, s. 6–7, 33/2004 vp, s. 7, 42/2005 vp, s. 3, 11/2006 vp, s. 3, 20/2006 vp, s. 2, 18/2007 vp, s. 7, 1/2008 vp, s. 3, 3/2009 vp, s. 4–5, 17/2012 vp, s. 4–5, 5/2014 vp, s. 4, 8/2014 vp, s. 5–6, 27/2014 vp, s. 3, 16/2016 vp, s. 3, 26/2017 vp, s. 47, 49–50 ja 55–56, 50/2017 vp, s. 3, 14/2018 vp, s. 20, 15/2018 vp, s. 8, 15 ja 33, 28/2018 vp, s. 2, 35/2018 vp, s. 25 ja 28 sekä 36/2018 vp, s. 30 ja 32.

31 Ks. kuitenkin PL 124 §:n arvioinnin kannalta erityisiä sääntelytapauksia koskevia PeVL 55/2010 vp, s. 2–3 ja PeVL 17/2012 vp, s. 4–5.

32 Sitä vastoin eräissä valiokunnan lausunnoissa kiinnitetään huomiota siihen, että tiettyihin tehtäviin liittyy virkavastuu rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 kohdassa tarkoitetun julkisen vallan käyttämisen perusteella; ks. esim. PeVL 16/2004 vp, s. 7.

7. Julkinen tehtävä, julkinen hallintotehtävä, julkisen vallan käyttäminen

”Hallintotehtävän” antamista muulle kuin viranomaiselle koskevan PL 124 §:n ensimmäisessä virkkeessä säädetään edellytyksistä antaa ”julkinen hallintotehtävä” muulle kuin viranomaiselle. Säännöksen toisen virkkeen mukaan ”merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä” voidaan kuitenkin antaa vain viranomaiselle. Perustuslain 2 §:n 3 momentissa puhutaan ”julkisesta toiminnasta”. ”Julkinen tehtävän” hoitamisesta puhutaan puolestaan perustuslain oikeuskanslerin ja oikeusasiamiehen tehtäviä koskevissa 108, 109 ja 111 §:ssä sekä virkavastuun kannalta keskeisen perustuslain 118 §:n 3 momentissa.

Perustuslain terminologia herättää kysymyksen ”hallintotehtävän”, ”julkisen tehtävän”, ”julkisen hallintotehtävän”, ”julkisen toiminnan” ja ”julkisen vallan käytön” merkitysten mahdollisesta yhtenevyydestä ja eroavuudesta sekä siitä, miten ne laadullisesti ja merkittävyydeltään suhtautuvat toisiinsa. Onko esimerkiksi ”julkinen tehtävä” aina samalla (julkinen) ”hallintotehtävä”? Mikä tekee tehtävästä ”julkisen”, mikä taas ”hallintotehtävän”? Voiko hyvin merkittävä julkinen hallintotehtävä, johon ei kuitenkaan sisälly julkisen vallan käyttämistä, olla virkavastuun tarpeellisuuden näkökulmasta yhtä tärkeä kuin keskimääräistä vähäisempi julkisen vallan käyttö? Puhuuko toiminnan tapahtuminen julkisella rahoituksella sen puolesta, että kysymyksessä on julkinen toiminta, tehtävä tai hallintotehtävä?³³

”Julkisen vallan käyttämisellä” voi eri oikeudenoilla olla jossain määrin erilainen sisältö. Sillä vaikuttaa kuitenkin olevan ainakin ytimeltään melko vakiintunut ja kohtuullisesti määriteltävissä oleva perussisältö. Mäenpään luonnehdinnan mukaan julkisen vallan käyttämisenä voidaan hallinto-oikeudelliselta kannalta pitää viranomaisen yksipuolista puuttumista yksityisen vapauspiiriin. Viranomaisen käyttää julkista valtaa kolmella pääasiallisella tavalla: 1) tekemällä hallintopäätöksiä, 2) antamalla yleisiä normeja tai 3) käyttämällä välittömiä voimakeinoja.³⁴

Julkista valtaa käyttävä henkilö on myös nimenomaisesti, joskin tavanomaista laajemmin, määritelty rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 kohdassa. Rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 a kohdan mukaan julkista valtaa käyttävällä henkilöllä tarkoitetaan ”sitä, jon-

33 Ks. esim. Keravuori-Rusanen 2008, s. 166 ss. ja Pasi Pölönen, Sopimuksellisuus julkishallinnon järjestämisessä. LM 7–8/2012, s. 1153 ss.

34 Ks. Olli Mäenpää, Hallinto-oikeus. 2. uudistettu painos. Alma Talent. Helsinki 2018, s. 198–202 sekä Kaarlo Tuori, Julkisesta yksityiseen: rajoituksia ja edellytyksiä. Oikeustiede – Jurisprudentia XXXI 1998, s. 300 ss. ja Keravuori-Rusanen 2008, s. 116–118. – Julkisen vallan käsitettä voidaan käyttää toimintakäsitteenä eli kuvaamaan tietyn tyyppistä toimintaa, kun taas perustuslain 2 luvussa julkisen vallan käsitettä käytetään subjektiivisena osoittamaan niitä tahoja, joita perusoikeussäännökset velvoittavat. Ks. HE 1/1998 vp, s. 74 ja Tuori 1998, s. 300–301.

ka tehtäviin lain tai asetuksen nojalla kuuluu antaa toista velvoittava määräys tai päättää toisen edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta taikka joka lain tai asetuksen nojalla tehtävässään tosiasiallisesti puuttuu toisen etuun tai oikeuteen.” Rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 a kohdassa on pyritty kuvaamaan julkisen vallan käytön ydinalue. Määritelmäkohdan piiriin kuuluu myös niin kutsuttu tosiasiallinen julkisen vallan käyttö. Rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 b kohdan mukaan julkista valtaa käytävällä henkilöllä tarkoitetaan myös ”sitä, jonka lain tai asetuksen nojalla taikka viranomaiselta lain tai asetuksen nojalla saadun toimeksiannon perusteella kuuluu osallistua a kohdassa tarkoitetun päätöksen valmisteluun tekemällä päätösesitys tai -ehdotus, laatimalla selvitys tai suunnitelma, ottamalla näyte tai suorittamalla tarkastus taikka muulla vastaavalla tavalla.” Pykälän 5 b kohdan säännös koskee julkisen vallan käyttöä sisältävien päätösten tai toimien valmistelua.³⁵

PL 124 §:n erityisperusteluissa HE 1/1998 vp s. 179 ”julkista hallintotehtävää” luonnehditaan seuraavasti:

Julkisella hallintotehtävällä viitataan tässä yhteydessä verraten laajaan hallinnollisten tehtävien kokonaisuuteen, johon kuuluu esimerkiksi lakien toimeenpanoon sekä yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen oikeuksia, velvollisuuksia ja etuja koskevaan päätöksentekoon liittyviä tehtäviä. Lainsäädäntö- tai tuomiovallan käyttöä sen sijaan ei voitaisi pitää säännöksessä tarkoitettuna hallintotehtävänä. Ehdotettu pykälä kattaisi sekä viranomaisille nykyisin kuuluvien tehtävien siirtämisen että hallintoon luettavien uusien tehtävien antamisen muille kuin viranomaisille.

Luonnehdinta vaikuttaa paitsi huomattavasti laajemmalta, myös olennaisesti heterogeenisemmältä ja tulkinnanvaraisemmältä kuin julkisen vallan käytön käsite. Tässä ei voida arvioida, olisiko perustuslakivaliokunnan lausuntoja hyödyntäen

35 Rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 b kohdan soveltamisalaa arvioitaessa on otettava huomioon, että kyse on ”lain tai asetuksen nojalla taikka viranomaiselta lain tai asetuksen nojalla saadun toimeksiannon perusteella” tapahtuvasta valmistelusta; HE 77/2001 vp, s. 54 ja Mansikka 2014, s. 6, 30–32 ja 50–51. – Kun rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 kohdan julkista valtaa käyttävän henkilön määritelmä on 5 b kohdassa kuvatun julkisen vallan käyttämisen valmistelun osalta laajempi kuin julkisen vallan käytön perussisältö ja kun rikoslain 40 luvun 11 §:n määritelmät soveltuvat säännöksen mukaan ”tässä laissa”, voidaan kysyä, tuleeko julkisen vallan käyttämiselle antaa tällainen tavanomaista laajempi sisältö muiden julkisen vallan käyttöä koskevien rikoslain säännösten tulkinnassa. Rikoslain 16 luvun 20 §:ssä käytetään ilmaisua ”rikoslain 40 luvun 11 §:ssä tarkoitettu ... julkista valtaa käyttävä henkilö”, jolloin viittaus rikoslain 40 luvun 11 §:ään tekee selväksi sen, että kyseessä on tuon pykälän 5 kohdassa tarkoitettu tavallista laajempi julkisen vallan käyttäminen. Rikoslain oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevan 9 luvun 1 §:n 2 momentin (61/2003) mukaan tämän luvun säännöksiä ei sovelleta julkisen vallan käytössä tehtyyn rikokseen. On epävarmaa, tuleeko tämän säännöksen tulkinnassa hyödyntää rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 b kohtaa. Oma kysymyksensä on myös sen merkitys, että rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 a kohta sisältää julkisen vallan käyttämisen perustetta koskevan kriteerin, rikoslain 9 luvun 1 §:n 2 momentti ei. Oikeushenkilön rangaistusvastuu ei sovellu rikoslain 40 luvun rikoksiin. Ks. HE 95/1993 vp eduskunnalle oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevaksi lainsäädännöksi, s. 30 ja Mansikka 2014, s. 9–11 ja 52.

kenties mahdollista pyrkiä syntetisoimaan julkisen hallintotehtävän luonnehdintaa konkreettisempaan ja tarkkarajaisempaan suuntaan. Lausuman on joka tapauksessa katsottu viittaavan siihen, että julkisen hallintotehtävän käsite on tarkoitettu tulkittavan laajasti.³⁶

Rikosoikeudellisesta näkökulmasta julkisen hallintotehtävän yleisluontoinen ja heterogeeninen määritelmä on ongelmallinen, etenkin, jos sellaiseksi luonnehditaan laajoja tehtäväkokonaisuuksia, eikä yksilöidä tai kenties edes voida yksilöidä, mikä sen piirissä on julkista hallintotehtävää, mikä muuta tehtävää³⁷. PL 124 §:n soveltamisalaa säännökseen yleensä liitettävine virkavastuun edellytyksineen on myös saatettu tulkita laaventavasti. Hallituksen esityksestä laiksi valtion oikeusapu- ja edunvalvontapiireistä (HE 26/2016 vp) antamassaan lausunnossa PeVL 16/2016 vp s. 2 valiokunta totesi, että sen mielestä lakiehdotuksen mukaisessa tehtävässä on sen järjestämistapa huomioiden kyse ”julkisen hallintotehtävän piirteitä omaavasta tehtäväkokonaisuudesta”, vaikka siinä painottuivat myös yksityiseen etuun ja elinkeinotoimintaan liittyvät näkökohdat. Valiokunnan mielestä ehdotukseen oli PL 124 §:stä johtuvista syistä lisättävä säännös, jonka mukaan lakiehdotuksen 4 §:n 1 momentissa tarkoitettun yksityisen palveluntuottajan palveluksessa olevaan henkilöön sovelletaan virkavastuuta koskevia säännöksiä hänen hoitaessaan tässä laissa tarkoitettuja oikeusapu- ja edunvalvontatehtäviä.

Rikosoikeudellinen arviointi edellyttää vastuuperusteiden täsmällisyyttä ja yksilöitävyyttä. Esimerkiksi rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 kohdan julkisen vallan käytön tunnusmerkin tulkinnassa riittävää ei ole, että henkilön toimenkuvaan kuuluu julkisen vallan käyttöä, vaan arvioidaan, oliko juuri kysymyksessä oleva toiminta julkisen vallan käyttöä vai ei.³⁸

Se, että julkisen vallan käyttäminen on rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 b kohdan julkisen vallan käytön valmistelua koskevalta osalta laajempi kuin perinteinen julkisen vallan käyttämisen luonnehdinta, merkitsee sitä, että ”julkisen vallan käytön” ja ”julkisen hallintotehtävän hoitamisen” alueiden välinen ero jonkin verran pienenee. ”Julkisen hallintotehtävän hoitamisessa” liikutaan kuitenkin edelleen sekä laveammilla että sameammilla vesillä kuin rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 kohdan mukaisessa ”julkisen vallan käyttämisessä”.

36 Ks. Keravuori-Rusanen 2008, s. 160 ss., Matti Muukkonen, Ulkoistaminen ja perustuslainsäätäjän tahto. Edilex 2012/14, s. 7–9 ja Mäenpää 2018, s. 185 ja 237–240.

37 Ks. esim. HE 16/2018 vp, s. 218, 235 ja 301.

38 Ks. KKO 2002:21 ja, virkamiehen väkivaltaisen vastustamisen näkökulmasta, HE 6/1997 vp eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi, s. 60–61 ja KKO 2008:78.

Sekä vuoden 1989 että vuoden 2002 virkarikosuudistukset on säädetty perustuslakivaliokunnan myötävaikutuksella (PeVL 4/1988 vp ja PeVL 29/2001 vp). Perustuslakivaliokunta ei vuoden 2002 virkarikosuudistuksen yhteydessä tuonut esiin, että ehdotettu virkavastuujärjestelmä, jossa ei operoitu ”julkisen hallintotehtävän hoitamisen” käsitteellä, olisi ongelmallinen.

8. Julkisen hallintotehtävään perustuva virkavastuumuoto ja rikoslain 40 luvun järjestelmä

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä on siis lähdetty siitä, että kun PL 124 §:ssä tarkoitetulla tavalla julkinen hallintotehtävä uskotaan viranomaisjärjestelmän ulkopuolelle, tehtävää hoitavan tulee lähtökohtaisesti olla rikosoikeudellisessa virkavastuussa. Julkisen hallintotehtävän hoitaminen merkitsee uutta virkavastuun perustetta verrattuna rikoslain 40 lukuun, jossa muodollisen palvelussuhteen laatua koskevan kriteerin ohella operoidaan julkisen vallan käyttämistä koskevalla tehtävien laatua koskevalla aineellisella kriteerillä.

Julkisen hallintotehtävän hoitaminen on edellä todetuina tavoin laajempi kuin rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 kohdassa määritelty julkisen vallan käyttäminen, joka käsittää myös eräitä julkisen vallan käyttämisen valmistelua tarkoittavia tehtäviä (rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 b kohta).

Julkisen hallintotehtävän hoitamisen käsite on myös olennaisesti heterogeenisempi ja epämääräisempi käsite kuin julkisen vallan käyttäminen³⁹. Tätä lisää se, että julkisena hallintotehtävänä saatetaan PL 124 §:ää koskevissa yhteyksissä pitää ei ainoastaan yksittäisiä, konkreettisia tehtäviä vaan erilaisia tehtäväkokonaisuuksia, samoin kuin se, että virkavastuuta on saatettu edellyttää silloinkin, kun tehtävässä (tehtäväkokonaisuudessa) on ”piirteitä” julkisesta hallintotehtävästä.

Se, että erityisten virkavastuusäännösten perusteena käytetään muuta perustetta kuin rikoslain 40 luvun järjestelmässä, merkitsee näiden kahden vastuujärjestelmän yhteismitattomuutta ja siten virkavastuun kokonaisjärjestelmän epäkoherenssia, epäsymmetriaa.

Se, että julkisen hallintotehtävän käsite on laajempi kuin julkisen vallan käyttämisen käsite ja että perusmuotoisilla erityisillä virkavastuusäännöksillä ymmärretään yleensä laajaa virkavastuuta, merkitsee esimerkiksi sitä, että yksityisen sektorin työsuhteessa olevan henkilön rikosoikeudellinen virkavastuu julkisen hallintotehtävän suorittamisessa on lähtökohtaisesti laajempi kuin julkisyhteisön

39 Ks. myös HaVM 31/2002 vp, s. 4–5.

työntekijän.⁴⁰ Vastuun laajentamiseen tulisi rikosoikeudellisen vastuun viimeisjaisuutta koskevan ultima ratio –periaatteen näkökulmasta ylipäätään aina olla vahvat perusteet. Se, että yksityisen sektorin työntekijän virkavastuu on edellä todetuin tavoin lähtökohtaisesti laajempi kuin julkisen sektorin työntekijän vastuu, näyttää myös merkitsevän olennaisesti samanlaisten tapausten käsittelemistä eri tavalla ja siten ongelmaa yhdenvertaisuusperiaatteen kannalta (PL 6 §).⁴¹

Se, että julkisen hallintotehtävän käsite on epämääräinen, merkitsee puolestaan ongelmaa rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen näkökulmasta. Rikoslainsäättäjä ei voisi operoida sentapaisella luonnehdinnalla, jolla julkista hallintotehtävää tavataan kuvata. Epämääräisyys on ongelmallista myös kriminalisointiperiaatteiden kuten ultima ratio -periaatteen toteutumisen näkökulmasta.

Epäsymmetrian merkitys kasvaa erityisten virkavastuusäynnösten määrän lisääntyessä. Symmetriakysymys tuli voimallisesti esiin rauenneen maakunta- ja sosiaali- ja terveystieteiden yhteydessä, jossa olisi ollut kysymys suurien henkilöstömääriä koskevien tehtävien siirtymisestä tai avaamisesta myös yksityiselle sektorille⁴².

9. Virkavelvollisuuden rikkominen

Rikoslain virkavelvollisuuden rikkomista koskevan 40 luvun 9 §:n 1 momentin tunnusmerkistöön kuuluu se, että virkamies virkaansa toimittaessaan tahallaan muulla kuin rikoslain 40 luvun edeltävissä säännöksissä säädetyllä tavalla ”rikoo virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin tai määräyksiin perustuvan virkavelvollisuutensa”. Vastaava säännös oli vuoden 1989 virkarikosuudistuksen perusteella säädetyssä rikoslain 40 luvun 10 §:ssä. Tunnusmerkkiä käytetään nykyisessä rikoslain 40 luvussa myös virka-aseman väärinkäytön ja tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen tunnusmerkistöissä (rikoslain 40 luvun 7 §:n 1 momentin 1 kohta ja 10 §).

Rikoslain 40 luvun 9 §:n 1 momentin rikostunnusmerkistöllä ei perusteta ai-neellisia velvollisuuksia eikä säännöksestä myöskään käy ilmi, mitä sisällöllisesti ovat ne velvollisuudet, joiden rikkominen voi virkavelvollisuuden rikkomisena johtaa säännöksen mukaiseen rangaistusvastuuseen. Virkavelvollisuudet perus-

40 Eri henkilötahojen vastuun vertailemiseksi eri tehtävissä tulee ottaa huomioon rikoslain 40 luvun mukaan vastuun laajuuteen vaikuttavat eri tekijät. Vastuun laajuusvertailuihin julkisella ja yksityisellä sektorilla vaikuttaa myös jäljempänä rikosoikeudellisten virkavelvollisuuksien määrittämisestä sanottu.

41 Julkisen hallintotehtävän antaminen yksityisen sektorin toimijan hoidettavaksi saattaa edellyttää erityisiä oikeusturvatakeita. Julkisen ja yksityisen sektorin työsuhteisen henkilön rikosoikeudellisen vastuun erilainen laajuus ei kuitenkaan ole helposti perusteltavissa tällaisiin näkökohtiin vedoten.

42 Ks. lähemmin LaVL 12/2018 vp, s. 19–25.

tuvat rikoslain ulkopuolisiin säännöksiin ja määräyksiin. Esimerkiksi tuomarin tulee virkaansa ja tehtäviään hoitaessaan noudattaa laajaa joukkoa säännöksiä kuten valtion virkamieslainsäädäntöä, oikeudenkäymiskaarta ja muuta prosessi-oikeudellista normistoa, hallinnollista toimintaa koskevaa sääntelyä ja virastoaan koskevia normeja.⁴³

Noudatettavassa normiaineuksessa on normihierarkkisesti eritasoisia säännöksiä, ne poikkeavat toisistaan täsmällisyydeltään, ja tiettyä velvollisuutta voivat koskea monet säännökset ja määräykset. Virkarikoksia koskevassa kirjallisuudessa virkavelvollisuutta ja sen rikkomista on analysoitu ja tematisoitu lähtien yksityiskohtaisemmista kysymyksenasetteluista⁴⁴. Tuomioistuimet ovat puolestaan oikeustieteellistä keskustelua hyödyntäen arvioineet virkavelvollisuuden rikkomista koskevaa tunnusmerkkiä lainkäytössään.

Kun rikoslain ulkopuoliset säännökset ja määräykset täydentävät rikoslain 40 luvun 9 §:n 1 momentin tunnusmerkistöä, kyseinen rangaistussäännös on luonteeltaan avoin eli blankotyypinen rangaistussäännös. Vuoden 1995 perusoikeusuudistuksessa rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen yhteydessä arvioitiin blankorangaistussäännösten hyväksyttävän käytön edellytyksiä. Perustuslakivaliokunta totesi mietinnössään siitä seuraavan (PeVM 25/1994 vp s. 8).

Blankorangaistussäännösten osalta tavoitteena tulee olla, että niiden edellyttämät valtuutuksetjut ovat täsmällisiä, rangaistavuuden edellytykset ilmaisevat aineelliset säännökset ovat kirjoitetut rikossäännöksiltä vaaditulla tarkkuudella ja nämä säännökset käsittävästä normistosta käy ilmi myös niiden rikkomisen rangaistavuus sekä kriminalisoinnin sisältävässä säännöksessä on jonkinlainen asiallinen luonnehdinta kriminalisoitavaksi tarkoitettusta teosta.⁴⁵

43 Ks. virkamiehen velvollisuuksista yleisesti esim. Seppo Koskinen – Heikki Kulla, Virkamiesoikeuden perusteet. 7. uudistettu painos. Talentum Pro. Helsinki 2016, s. 188 ss. ja Mäenpää 2018, s. 1274 ss.

44 Voidaan muun muassa analysoida, mihin lähteisiin virkavelvollisuudet voivat perustua, minkälainen on hyvin väljästi muotoiltujen lakitasoisten velvollisuusunormien hyödynnettävyys virkavelvollisuuden määräytymisen ja sen rikkomisen arvioinnissa, mitä tarkoittaa virkavelvollisuuksien ”perustuminen” virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin ja määräyksiin sekä minkälaista ajallista, paikallista, asiallista ja toimivaltaa koskevaa yhteyttä edellyttää se, että kyse on ”virkatoiminnassa noudatettaviin” säännöksiin tai määräyksiin perustuvista ”virkavelvollisuuksista”. Ks. aihepiiristä esimerkiksi Timo Ojala, Laillisuusperiaatteeseen kuuluva epätasällisyyskielto ja rikoslain 45 luvun 1 §:n mukainen palvelusrikos. Teoksessa Rikosoikeuden uudistuneet yleiset opit (toim. Raimo Lahti – Timo Ojala). Helsinki 2004, s. 20 ss., Ilkka Rautio, RL 40 luku. Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset. Teoksessa Rikosoikeus (päätoimittaja Tapio Lappi-Seppälä). WSOY. Helsinki 2009, s. 1129 ss. ja Viljanen 2018, s. 916 ss. sekä yksityiskohtaisemman kysymyksenasettelun näkökulmasta Pekka Määttä, Tuomarin rikosoikeudellinen vastuu rikosasian käsittelyn viipymisestä erityisesti silmillä pitäen eräitä rikoslain 40 luvun 9 ja 10 §:ien tunnusmerkistökiteijöitä. DL 3/2008, s. 372 ss.

45 Perustuslakivaliokunta viittasi tähän lausumaansa lausunnossaan PeVL 10/2016 vp, s. 8.

KKO:n ratkaisukäytännössä näiden kriteerien toteutumista on arvioitu useissa ratkaisuisissa. Oikeustieteessä ratkaisuja on analysoitu ja niiden pohjalta pohdittu muun muassa sitä, ovatko kriteerit rangaistussäännöksen laillisuusperiaatteen mukaisuuden välttämättömiä edellytyksiä vai ovatko ne tai jotkin niistä vain jonkinlaisia näille rangaistussäännöksille asetettavia tavoitteita.⁴⁶

Jo ennen blankorangaistussäännöksiä koskevien kriteerien muotoilua virkavastuuta koskevia säännöksiä on tarkasteltu osin vastaaventyyppisten näkökohtien pohjalta arvioitaessa sitä, käykö rangaistavuus laillisuusperiaatteen edellyttämin tavoin sääntelystä riittävän selvästi ilmi. Perusoikeusuudistuksessa hahmotellut blankokriteerit lisäsivät arvioinnin analyttisyyttä. Vuoden 2003 rikosoikeuden yleisten oppien uudistuksessa säädetyin rikoslain 3 luvun 1 §:n 1 momentin mukaan rikokseen syylliseksi saa katsoa vain sellaisen teon perusteella, joka teko hetkellä on laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi. Määreen ”nimenomaan” voidaan ajatella korostavan rangaistussäännösten sisällön selvyydelle asetettavia vähimmäisvaatimuksia.

Kullakin laajassa virkavastuussa olevalla on omat, häntä koskevaan aineelliseen lainsäädäntöön perustuvat velvollisuutensa. Kun on saatu selville, mitkä ovat asianomaista henkilöä koskevat velvollisuudet ja miltä osin niitä voidaan pitää rikoslain 40 luvun 9 §:ssä tarkoitettuina virkavelvollisuuksina, voidaan ryhtyä arvioimaan, täyttääkö virkavastuusääntely myös blankokriteereissä asetetut edellytykset.

Koska erityisten virkavastuusäännösten on katsottu yleensä merkitsevän laajaa virkavastuuta, ja näin ollen myös rikoslain 40 luvun 9 §:ssä tarkoitettua vastuuta, tulee niidenkin mukaista rangaistusvastuuta määritettäessä selvitettäväksi, mitä rikoslain 40 luvun 9 §:n 1 momentin tunnusmerkistössä mainittu virkavelvollisuuden rikkominen näissä tapauksissa sisältää.

Myös erityisten virkavastuusäännösten osalta virkavelvollisuuden rikkomisen sisällön selvittämisessä voidaan hyödyntää oikeustieteen ja -käytännön yksityiskohtaisia analyysivälineitä ja -teemoja. Kun erityisten virkavastuusäännösten vastuusubjektit tulevat virkavelvollisuuksia koskevan normikentän ulkopuolelta, täytyy asiaa ennen yksityiskohtaisiin kysymyksenasetteluihin menevää analyysiä, jollaista ei tässä voida suorittaa, lähestyä karkeammin kysymällä, mitkä normikokonaisuudet näyttävät kulloinkin tulevan sovellettaviksi tässä vastuarviossa.

46 Ks. esim. Dan Frände, Yleinen rikosoikeus. 2. uudistettu painos. Edita. Helsinki 2012, s. 33–36 ja 38–41, Jussi Tapani – Matti Tolvanen, Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. 2. uudistettu painos. Talentum. Helsinki 2013, s. 130–135 ja Sakari Melander, Rikosvastuun yleiset edellytykset. Tietosanoma. Helsinki 2016, s. 52–59. Valtuutus- ja viittausketjun käsitteiden suhteesta ks. Jussi Päivärinne, Blankorangaistussääntely ja valtuutusketjun täsmällisyys – valtuutusketjun ulottuminen ylikansalliseen tekijänoikeusnormistoon. LM 6/2016, s. 58–69. – Virkarikoksia koskevilla ennakkoratkaisuissa esillä on ollut etenkin aineellisten käyttäytymisvelvollisuuksien tarkkarajaisuus; ks. KKO 2007:46, 2018:58 ja 2018:90.

Perusmuotoisessa erityistä virkavastuuta koskevassa säännöksessä tai sääntelyssä on yleensä jonkinlainen luonnehdinta niistä asianomaisen henkilön tehtävistä, joihin rikosoikeudellinen virkavastuu voi liittyä. Keskustella voidaan jo siitä, miten asianomaisen henkilön tähän sääntelyyn perustuvat velvollisuudet muodostuvat nimenomaan rikoslain 40 luvun 9 §:n 1 momentissa tarkoitetuiksi virkavelvollisuuksiksi.⁴⁷

Mielenkiintoista on myös, voivatko muuhun lainsäädäntöön sisältyvät velvollisuudet muodostua erityisessä virkavastuusäännöksessä mainitun henkilön virkavelvollisuuksiksi rikosoikeudellinen laillisuusperiaate huomioon ottaen. Esimerkiksi valtion virkamieslaki (750/1994) tai laki kunnallisesta viranhaltijasta (304/2003) velvollisuuksineen eivät tule sovellettavaksi erityisessä virkavastuusäännöksessä tarkoitettuun henkilöön perusmuotoisen erityisen virkavastuusäännöksen perusteella.

Virkavelvollisuuksien määräytymisessä erityisten virkavastuusäännösten yhteydessä oman kysymyksensä muodostavat hallinnon yleislait. Edellä todetuin tavoin perustuslakivaliokunnan käytännössä on katsottu, että oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimusten toteutumisen varmistaminen perustuslain 124 §:n tarkoittamassa merkityksessä edellyttää lähtökohtaisesti, että asian käsittelyssä noudatetaan hallinnon yleislakeja ja että asioita käsittelevät toimivat virkavastuulla.

Perustuslakivaliokunnan doktriinin mukaan lakiin ei kuitenkaan ole perustuslain 124 §:n takia yleensä välttämätöntä sisällyttää viittausta hallinnon yleislakeihin, sillä hallinnon yleislakeja sovelletaan niiden sisältämien soveltamisalaa, viranomaisten määritelmää tai yksityisen kielellistä palveluvelvollisuutta koskevien säännösten nojalla myös yksityisiin niiden hoitaessa julkisia hallintotehtäviä. Jos sellaista sääntelyn selkeyden vuoksi kuitenkin pidetään tarpeellisena, on viittauksen oltava vastakohtaispäätelmän vuoksi kattava.

Hallinnon yleislakien tai joidenkin niistä säännökset voivat näin tulla koskemaan erityisessä virkavastuusäännöksessä tarkoitettua henkilöä myös ilman, että asiasta säädetään erityisen virkavastuusäännöksen yhteydessä tai sellaisen sisältävässä laissa. Tästä ei kuitenkaan vielä välttämättä seuraa, että tällaisen velvollisuuden rikkominen olisi rikoslain 40 luvun 9 §:n 1 momentissa tarkoitettua rangaistavaa virkavelvollisuuden rikkomista. Kun kysymyksessä on blanko-

47 Tässä yhteydessä voidaan myös kiinnittää huomiota siihen Viljasen toteamukseen, että luottamustehtävää hoitavan henkilön virkavastuun arviointiin liittyy joukko näennäisongelmia, jotka liittyvät siihen, että virkarikossääntely rakentuu virkamiestä ja virkaa koskevien käsitteiden ympärille esimerkiksi puhuttaessa rikoslain 40 luvun 9 §:ssä "viran toimittamisesta" ja "virkavelvollisuuden" rikkomisesta; nämä tunnusmerkit tulee lukea luottamustehtävää hoitavan henkilön virkavastuun arvioinnissa luottamustehtävää koskevinä; Pekka Viljanen, Tjänsteansvar – finns det även i kommunerna? Festskrift till Dan Frände. JFT 1–3/2017, s. 731–732.

tyyppinen rangaistussäännös, on myös arvioitava, toteutuvatko blankokriteerit sääntelyssä siten, että hallinnon yleislakien sisältämät käyttäytymisvelvollisuudet tulevat sellaisten virkavelvollisuuden piiriin, joiden rikkominen voi olla rangaistava erityisessä virkavastuusäännöksessä mainitulle vastuuhenkilölle. Esimerkiksi blankokriteereihin sisältyvien viittaus- ja takaisinkytkentäedellytysten toteutumisesta ei voida pitää kuvatulaisessa tapauksessa ainakaan itsestään selvyytenä.⁴⁸

Erityisiä kysymyksiä liittyy siihen, voivatko yksityisoikeudellisiin lakeihin sisältyvät velvollisuudet muodostaa rikoslain 40 luvun 9 §:ssä tarkoitettuja ”virkavelvollisuuksia”, ja jos voivat, minkälaisin edellytyksin. Asiaa ei kuitenkaan voida lähemmin arvioida tässä.

Kun erityisissä virkavastuusäännöksissä rangaistavan menettelyn määrittelyyn voi liittyä monitahoinen normikokonaisuus, on lain soveltajan aihetta kiinnittää riittävää huomiota myös rikosoikeuden ajallista soveltamista koskeviin rikoslain 3 luvun 2 §:n kysymyksiin.

10. Erityiset virkavastuusäännökset ja viittaussäännökset

Virkavastuun henkilökohtaista soveltamisalaa koskevia perusmuotoisia virkavastuusäännöksiä on säädetty virkavastuusääntelyn kaikilla kolmella ajanjaksolla: rikoslain alkuperäisen ja sittemmin hieman täydennetyn 40 luvun voimassaoloaikana, vuoden 1989 virkarikosuudistuksen voimassaoloaikana ja vuoden 2002 virkarikosuudistukseen perustuvana aikana.

Vuoden 1989 virkarikosuudistuksessa noteerattiin, että erityiset virkavastuusäännökset voivat olla luonteeltaan jo rikoslain säännöksistä johtuvan vastuun toteavia tai virkavastuun perustavia. Erityisten virkavastuusäännösten todettiin voivan olla perusteltuja, jos niissä täsmennetään virkavastuulla hoidettavien tehtävien aluetta.

Vuoden 1989 ja 2002 virkarikosuudistuksissa erityisiä virkavastuusäännöksiä muutettiin lähinnä siltä osin kuin se muiden sääntelymuutosten vuoksi oli tarpeellista, edellisessä uudistuksessa yhtenäistettäessä salassapitoa koskevaa

48 Myöskään se, että erityisessä virkavastuusäännöksessä tarkoitettut tehtävät voivat kuulua ylimpien laillisuusvalvojen laillisuusvalvonnan alaisuuteen, ei sellaisenaan johda pitämään esimerkiksi hallinnon yleislakeihin perustuvia velvollisuuksia rikoslain 40 luvun 9 §:ssä tarkoitettuina virkavelvollisuuksina. – Hallinnon yleislakien noudattamisvelvollisuus käy myös rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen näkökulmasta asianmukaisesti ilmi esimerkiksi verkkoinfrastruktuurin yhteisrakentamisesta ja -käytöstä annetun lain (276/2016) 6 §:stä ja päästökaupasta johtuvien epäsuorien kustannusten kompensoimisesta annetun lain (138/2017) 16 §:stä.

vastuusääntelyä ja jälkimmäisessä siltä osin kuin erityisissä virkavastuusäännöksissä viitattiin uudistuksessa kumottuun rikoslain 2 luvun 12 §:n määritelmä-säännökseen. Muilta osin erityiset virkavastuusäännökset jäivät elämään omaa elämäänsä.

Vuoden 2002 virkarikosuudistuksessa todettiin selvästi se tavoite, että virkavastuusta tulisi mahdollisimman pitkälle säätää rikoslain 40 luvussa, mutta virkavastuun tyhjentävän määrittelyn suuren vaikeuden vuoksi oli rikoslain 40 luvun 12 §:n 5 momentin ilmentävin tavoin varaventiilinä hyväksyttävä mahdollisuus säätää erityisiä virkavastuusäännöksiä. Niitä onkin säädetty vuoden 2002 virkarikosuudistuksen aikakaudella eri muodoissaan jo pari sataa.

On periaatteessa tärkeää voida erityisissä virkavastuusäännöksissä erottaa toisistaan virkavastuun vain toteavat säännökset virkavastuun perustavista säännöksistä. Tämä johtuu jo siitä, että perusmuotoiset erityiset virkavastuusäännökset ymmärretään usein laajaa virkavastuuta tarkoittaviksi, jopa työntekijäasemassa olevien osalta. Erityinen virkavastuusäännös voi merkitä laajempaa virkavastuuta kuin mitä rikoslain 40 luvun järjestelmästä johtuu.⁴⁹

Huomioon on myös otettava ne vuoden 1995 perusoikeusuudistuksessa blankotyypisille rangaistussäännöksille muotoillut hyväksyttävyyden edellytykset, jotka koskevat valtuutusketjujen asianmukaisuutta ja takaisinkytkentävaatimusta. Nämä edellytykset saattavat merkitä sitä, että erillisellä virkavastuusäännöksellä voi olla puhtaan informatiivisen tai vastuuta konstituoivan merkityksen ohella tai asemesta myös kolmas, blankotyypisen rangaistussääntelyn asianmukaisuutta koskeva funktio.⁵⁰

11. Erityisen virkavastuun perusteella tuomittava rangaistus

Rikoslain 6 luvun 1 §:n 3 momentin mukaan erityisiä rangaistuksia virkamiehiä varten ovat viraltapano ja varoitus. Nämä rikoslain 40 luvun rangaistussäännöksissä esiintyvät seuraamukset ovat siis luonteeltaan rangaistuksia. Rankaisullisen tehtävän ohella viraltapanoseuraamuksella on nähty toinenkin funktio eli mahdollisuus vapauttaa tehtävästä siihen sopimaton henkilö. Se, miten nämä funktiot ovat kul-

49 Vastaavasta problematiikasta ajalta ennen vuoden 1989 uudistusta ks. Anja Hannuniemi, *Osittaisesta virkavastuusta*. DL 7–8/1987, s. 515.

50 HE:ssä 77/2001 vp, s. 54 sanotaan, että rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 b kohdan soveltaminen ei edellyttäisi, että laissa nimenomaan todetaan valmistelutehtävien hoitamisen tapahtuvan virkavastuulla. Tähän viittaa Viljanen 2018, s. 874.

loinkin painottuneet, on riippunut yhtäältä rikoslain 2 ja 40 lukujen säännöksistä ja toisaalta aineellisesta virkamiesoikeudesta. Alkuperäisessä rikoslain 40 luvussa viraltapano saattoi olla rangaistussäännöksen mukainen pääraangaistus, kun taas nykyään rikoslain 40 luvun rangaistussäännöksissä mainitaan sekä yleinen rangaistustyyppi (sakko ja/tai vankeus) että erityinen rangaistus. Aineellisen virkamieslainsäädännön monista muutoksista tässä yhteydessä merkittävä on muun muassa se, että nykyään virkamiehetkin ovat pääsääntöisesti irtisanottavissa.

Viraltapano on virkarikoksia koskevien rangaistussäännösten mukaan pakollinen rangaistus rikoslain 40 luvun 2 §:ssä tarkoitetusta törkeästä lahjuksen ottamisesta ja luvun 8 §:ssä tarkoitetusta törkeästä virka-aseman väärinkäytöstä. Virkamies voidaan tuomita viralta pantavaksi myös lahjuksen ottamisesta, tahallisuudesta virkasalaisuuden rikkomisesta, virka-aseman väärinkäytöstä ja virkavelvollisuuden rikkomisesta, jos rikos osoittaa hänet ilmeisen sopimattomaksi tehtävänsä. Lievimässä virkarikoksessa eli tuottamuksellisessa virkavelvollisuuden rikkomisessa virkamies voidaan tuomita varoitukseen.⁵¹

Kun erityisen virkavastuusäännöksen perusteella virkavastuussa olevan katsotaan syyllistyneen virkarikokseen, herää vastaavasti kysymys hänen tuomitsemisestaan virkamiehelle säädettyyn erityiseen rangaistukseen. Voiko esimerkiksi yksityisoikeudellisen osakeyhtiön hallituksen jäsen tai yhtiön työntekijä tulla viralta pantavaksi ja jos voi, mitä tämä käytännössä merkitsee?

Erityisiä virkavastuusäännöksiä koskevassa rikoslain 40 luvun 12 §:n 5 momentissa ei mainita siitä, mitä viraltapano näiden säännösten tarkoittamissa tilanteissa käsittää eikä siitä, että viraltapano ei tulisi kysymykseen tietyssä asemassa – esimerkiksi työsuhteessa osakeyhtiömuotoiseen työnantajaan – olevan virkarikoksen tekijän osalta. Tällaista seikoista ei mainintaa sisälly myöskään perusmuotoisiin erityisen virkavastuun säännöksiin.

Rikoslain 2 luvun 7 §:n 1 momentin (990/2009) mukaan ”[t]ämän lain 11 ja 40 luvun rangaistussäännöksissä tarkoitettu viraltapano käsittää sen viran tai julkisen tehtävän menettämisen, jossa rikos tehtiin. Jos virkamies on siirtynyt siitä virasta, jossa rikos on tehty, toiseen vastaavanlaiseen virkaan, viraltapano käsittää tuon viran menettämisen.”⁵² Vuoden 1989 virkarikosuudistuksen esitöi-

51 Rikoslain 40 luvun 9 §:n 2 momentissa asetetaan lisäedellytyksiä viraltapanolle virkavelvollisuuden rikkomisessa. – Tässä kirjoituksessa ei käsitellä viraltapanoon liittyviä prosessuaalisia kysymyksiä.

52 On epätodennäköistä, että perusmuotoisen erityisen virkavastuusäännöksen vastuusubjektia voitaisiin pitää momentin jälkimmäisessä virkkeessä tarkoitettuna ”virkamiehenä”, ottaen huomioon, että rikoslain 40 luvun 11 §:n 1 kohdassa määritellään, mitä virkamiehellä ”tässä laissa” tarkoitetaan. Sama koskee laajasisältöistä viraltapanoa koskevan rikoslain 2 luvun 10 §:n vastaavaa tunnusmerkkiä. – Rikoslain 2 luvun 7 §:n 1 momentin jälkimmäinen virke koskee vain virkoja, ei julkisia tehtäviä. HE 58/1988 vp, s. 37–38 ja Anja Hannuniemi, Osittaisesta virkavastuusta II. DL 3–4/1992, s. 293.

den mukaan ”julkisilla tehtävillä” tarkoitetaan tässä luottamustoimia ja muita julkisia tehtäviä⁵³.

Kun rikoslain 2 luvun 7 §:n 1 momentin ensimmäisessä virkkeessä puhutaan siitä, mitä ”viraltapano” käsittää, ja kun viraltapano sen mukaan voi käsittää sellaisen muunkin tehtävän, joka voi olla muulla kuin virkamiehellä, voidaan rikoslain 40 luvun 12 §:n 1 momentin ja 2 luvun 7 §:n 1 momentin perusteella katsoa, että rikoslain 40 luvun rangaistussäännöksissä mainittua viraltapanoseuraamusta voidaan soveltaa luvun 12 §:n 1 momentissa tarkoitettuihin henkilöihin. Näin on myös tarkoitettu. Kun viraltapanoseuraamusta sovelletaan myös julkista luottamustehtävää hoitavaan henkilöön ja julkista valtaa käyttävään henkilöön, koskee viraltapano heidän osaltaan rikoslain 2 luvun 7 §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen mukaista ”julkista tehtävää”. Sanottua ilmentää ratkaisu KKO 2008:95, jossa virkavelvollisuutensa rikkonut käräjäoikeuden lautamies määrättiin viralta pantavaksi vapauttamalla hänet lautamiehen tehtävästään.⁵⁴

On mahdollista, että julkisyhteisön työntekijän tehtäviin kuuluu myös julkisen vallan käyttöä. Rikoslain 40 luvun 12 §:n 1 momentin ilmentämin tavoin luvun järjestelmä lähtee siitä, että siltä osin kuin julkisyhteisön työntekijä tehtävissään käyttää julkista valtaa, hänen soveltuvat rikoslain 40 luvun säännökset. Hänelle voidaan siis tältä osin ainakin syyksilukea kaikki rikoslain 40 luvun virkamiestä koskevat rikokset.⁵⁵

Toinen asia on, voidaanko hänet tuon julkisen vallan käyttämisessä tehdyn virkarikoksen perusteella määrätä viralta pantavaksi. Tämä ei ole itsestään selvää ottaen huomioon, että vaikka julkista valtaa käyttävä henkilö ja julkista luottamustehtävää hoitava henkilö voidaan edellä todetuin tavoin panna viralta, julkisyhteisön työntekijää koskevan rikoslain 40 luvun 12 §:n 2 momentin mukaan julkisyhteisön työntekijään ei häntä koskevan, säännöksessä yksilöidyn, luvun 1–3 ja 5 §:ää koskevan rangaistusvastuun osalta sovelleta viraltapanoseuraamusta.

Kysymystä näyttää käsitellyn HE:ssä 77/2001 vp s. 36, jossa todetaan, että jos julkisen vallan käyttöä sisältyy kuitenkin vain osaan tehtävää, viraltapanoa tuomittaessa on huolehdittava siitä, ettei viraltapano kohdistu henkilön yksityisluonteisiin tehtäviin. Joissakin tapauksissa henkilön työtehtäviin sisältyvä oikeus julkisen vallan käyttöön on esityksen mukaan niin rajoitettua, ettei sitä voida pitää sellaisena erillisenä julkisena tehtävänä, johon voitaisiin kohdistaa viraltapano. Tämä viittaa siihen, että julkisyhteisön työntekijä voidaan tuomita viralta

53 HE 58/1988 vp, s. 37.

54 Ks. myös Viljanen 2017, s. 732.

55 Ks. myös Rautio 2009, s. 1149 ja Viljanen 2018, s. 871 ja 875.

pantavaksi työtehtäviinsä sisältyvän julkisen vallan käyttämisessä tehdyn virkarikoksen perusteella.⁵⁶

Joka tapauksessa viraltapano koskisi tällaisessakin tapauksessa rikoslain 2 luvun 7 §:n 1 momentin mukaisesti ”julkista tehtävää”. Hallituksen esityksessä HE 77/2001 vp s. 36 todetaan, että ”[j]ulkisyhteisön työntekijän työsuhdetta viraltapano ei voisi koskea, koska työsuhde ei ole virka eikä julkinen tehtävä.”

Mahdollisuus tuomita julkisyhteisöön työsuhhteessa olevalle viraltapanoseuraamus siltä osin kuin kyse on julkisen vallan käyttämisessä tehdystä rikoksesta edellyttää, että tällaisessa palvelussuhhteessa olevan toimenkuvasta voidaan osoittaa ja yksilöidä julkisen vallan käyttämistä merkitsevät tehtävät, jotka sitten voivat muodostaa rikoslain 2 luvun 7 §:n 1 momentissa tarkoitetun viraltapanokelpoisen ”julkisen tehtävän”.⁵⁷

Tässä yhteydessä voidaan kiinnittää huomiota siihen, että vuoden 1989 virkarikosuudistuksen perusteena olevassa hallituksen esityksessä ”julkinen tehtävä” oli sekä virkamiehen määritelmässä rikoslain 2 luvun 12 §:n 1 momentissa että rikoslain 2 luvun 7 §:n 1 momentin viraltapanon kohdetta koskevassa säännöksessä. Tällöin rikoslain 2 luvun 12 §:n ja 7 §:n 1 momentin välillä vallitsi tietynlainen vastaavuus. Lakivaliokuntakäsittelyn seurauksena ”julkisen tehtävän hoitaminen” korvautui kuitenkin, sinänsä asianmukaisesti, suppeammalla ja täsmällisemmällä käsitteellä ”julkisen vallan käyttäminen”. Tämä käsitteiden käyttö jatkui myös vuoden 2002 virkarikosuudistuksessa, joskin ”julkisen vallan käyttäminen” on nyt rikoslain 40 luvun 11 §:n 5 b kohdan osalta käsitteen tavanomaista merkitystä laajemmin määritelty.

Kun julkisyhteisön työntekijä hoitaa tai suorittaa julkista hallintotehtävää, joka ei kuitenkaan ole julkisen vallan käyttämistä eikä julkisen luottamustehtävän hoitamista, häntä ei voida tältä osin panna viralta tästä julkisesta hallintotehtävästä, vaikka sitä voitaisiin pitää tai vaikka siihen voitaisiin katsoa sisältyvän rikoslain 2 luvun 7 §:n 1 momentissa tarkoitettu (riittävästi yksilöitävissä oleva) viraltapanokelpoinen julkinen tehtävä.

Soveltuuko sama erityisessä virkavastuusäännöksessä mainittuun yksityisen palveluksessa olevaan työntekijään tai hallituksen jäseneseen, joka hoitaa vastaavaa tehtävää? Tämä riippuu siitä, mitä erityisille virkavastuusäännöksille tyypillisen ilmaisun ”sovelletaan rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä” tai ”virkavastuulla” voidaan katsoa sisältävän. Jos näitä ilmaisuja voidaan lukea niin, että niihin sisältyy tarkennus ”... siten kuin rikoslain 40 luvun 11 §:n 1 kohdassa tarkoitettuun virkamieheen”, virkavastuuseen voitaisiin, ellei estettä ole, soveltaa

56 Ks. myös Keravuori-Rusanan 2008, s. 380. Vrt. Koskinen – Kulla 2016, s. 281.

57 Ks. problematiikasta myös Viljanen 1984, s. 437–442 ja Viljanen 1990, s. 57–58.

myös rikoslain 2 luvun 7 §:n 1 momentin säännöksiä. On kuitenkin laillisuusperiaate huomioon ottaen epävarmaa, voitaisiinko sanotunlainen tarkennus ”lukea sisään” edellä mainitun tyyppiisiin erityisiin virkavastuusäännöksiin. Rikosoikeudellisesta virkavastuusta voidaan puhua sekä laajan että suppean virkavastuun yhteydessä, samoin kuin sekä silloin, kun viraltapano on mahdollista, että silloin, kun näin ei ole (julkisyhteisön työntekijän työsuhde, ulkomainen virkamies). Jos laillisuusperiaatteen ei katsottaisi olevan esteenä viraltapanolle, voisi kuitenkin yhdenvertaisuusnäkökohtien painottaminen merkitä sitä, että yksityisen palveluksessa työntekijäasemassa olevaan ei katsottaisi voitavan tältä osin soveltaa ankarampaa vastuuta kuin julkisyhteisön työntekijään, jolloin viraltapano ei tulisi kyseeseen, kun taas muussa asemassa olevan (hallituksen jäsen) osalta tilanne olisi avoimempi.

Keskustelun näkökulmasta mielenkiintoa on myös sillä, että rikoslain 40 luvun 12 § tuntee julkisyhteisön työntekijän (rikoslain 40 luvun 12 §:n 2 momentissa tarkoitetuissa tapauksissa) ohella toisenkin henkilöryhmän, johon ei sovelleta viraltapanoseuraamusta, nimittäin ulkomaisen virkamiehen (rikoslain 40 luvun 12 §:n 3 momentti). Laajennettaessa lahjusrikossääntelyn soveltamisalaa vuonna 1998 Euroopan unionin toisen jäsenvaltion virkamiehiin ja ulkomaisiin virkamiehiin (805/1998) katsottiin olevan ”selvää”, etteivät viraltapanosäännökset sovellu henkilöihin, jotka eivät ole suomalaisia virkamiehiä. Vuoden 2002 virkarikosuudistuksen esitöissä todettiin puolestaan, että viraltapano ”ei edelleenkään” voisi kohdistua ulkomaisen virkamiehen virkaan tai tehtävään.⁵⁸

Tämän lähtökohdan taustalla lienee ainakin se, että olisi ongelmallista puuttua vieraan valtion suvereniteettiin sisältyvään nimitysvaltaan. Rikoslain 40 luvun 12 §:n 3 momentin toisesta kohdasta ilmenevin tavoin viraltapanoseuraamusta ei sovelleta sellaiseenkaan ulkomaiseen virkamieheen, joka käyttää Suomessa säännöksessä yksilöityä julkista valtaa. Tältä osin ei siis ole omaksuttu sitä julkisyhteisön työntekijää koskevaa ratkaisua, että viraltapano on mahdollista julkisen vallan käyttämisessä tehdyn rikoksen osalta.

58 Ks. hallituksen esitys eduskunnalle Euroopan yhteisöjen taloudellisten etujen suojaamista koskevaan yleissopimukseen liittyvän pöytäkirjan eräiden määräysten hyväksymisestä ja sellaisen lahjonnan torjumisesta, jossa on osallisina Euroopan yhteisöjen virkamiehiä tai Euroopan unionin jäsenvaltioiden virkamiehiä, tehdyn yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä laiksi rikoslain muuttamisesta (HE 46/1998 vp), s. 17 ja 32 sekä HE 77/2001 vp, s. 36. – Ulkomaisen virkamiehen virkavastuuta koskevaa sääntelyä täydennettiin siviilitiedustelua ja sotilastiedustelua koskevissa uudistuksissa; LaVL 32/2018 vp, s. 24–27 ja LaVL 31/2018 vp, s. 26–28 sekä HaVM 30/2018 vp. Lailla 368/2019 rikoslain 40 luvun 12 §:n 3 momenttia täydennettiin ja sen rakenne muutettiin alakohtia käsittäväksi.

12. Lopuksi

Edellä on pyritty tarkastelemaan eräitä tulkintakysymyksiä, joita syntyy, kun muodolliseen asemaan ja julkisen vallan käyttämiseen perustuva, laajemman ja suppeamman virkavastuun tuntema rikoslain vastuumalli kohtaa kasvavan erityisen virkavastuusäntelyn, jossa virkavastuu yleensä ymmärrettäneen laajana ja jossa rikoslain mallista poiketen hyödynnetään keskeisesti julkisen hallinto- tehtävän hoitamisen käsitettä.

Mallien erot herättävät kysymyksiä virkavastuun asianmukaisista perusteista. Erityistä virkavastuuta koskevien säännösten nopea kasvu niiden varaventiili- luonteesta huolimatta herättää kysymyksiä kriminalisointiperiaatteiden kuten ultima ratio -periaatteen toteutumisesta.

Sakari Melander

Rangaistuskäytäntö ja sen muuttaminen rikosoikeudellisena erityiskysymyksenä

1. Aluksi

Rangaistuskäytäntöön liittyvät kysymykset ovat usein eniten keskustelua herättäviä rikosoikeudellisia kysymyksiä. Julkisuudessa käydään melko usein keskustelua suomalaisessa rikosoikeudellisessa järjestelmässä omaksutuista rangaistustasosta. Tässä keskustelussa usein katsotaan, että suomalainen rangaistustaso etenkin väkivalta- ja seksuaalirikoksissa on lievä. Keskustelussa myös melko usein katsotaan, että niin sanottu yleinen oikeustaju pikemmin puoltaisi nykyistä ankarampaa rangaistustasoa, vähintään vakavimpien rikosten suhteen.¹

Rangaistustasoa on perinteisesti arvioitu kahden keskeisen oikeudenmukaisuusperiaatteen, suhteellisuusperiaatteen ja yhdenvertaisuusperiaatteen kautta. Kuten jäljempänä havaitaan, molemmat periaatteet voidaan nykyisin ankkuroida rikosoikeuden käytön valtiosääntöisiksi rajoitusperiaatteiksi, jotka toisaalta myös osin perustelevat rikosoikeudellisen järjestelmän käyttöä. Suomessa on myös perinteisesti katsottu, että rangaistuskäytäntö määrittyy ja vakiintuu laajasti ymmärretysti oikeuskäytännössä, ennen muuta käräjä- ja hovioikeuskäytännössä. Tässä suhteessa on omaksuttu niin sanottua normaalirangaistusajattelua koskeva malli. Korkein oikeus on kuitenkin viime vuosina omaksunut aiempaa huomatta-

¹ Yleisen oikeustajun suhteesta rangaistuskäytäntöön ks. viimeksi Flemming Balvig – Helgi Gunnlaugsson – Kristina Jerre and Henrik Tham – Aarne Kinnunen, *The public sense of justice in Scandinavia: A study of attitudes towards punishments*. *European Journal of Criminology* 2015, s. 342–361 ja Juha Kääriäinen, *Seitsemän rikostapausta: käräjätuomareiden arvioima rangaistuskäytäntö ja väestön rangaistusvalinnat*. *Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutin katsauksia* 21/2017. Helsingin yliopisto 2017. Yleisellä oikeustajulla argumentoinnin ongelmallisuudesta mutta myös rikosoikeudellisen järjestelmän legitimiiksi kokemisen välttämättömyydestä ks. Kimmo Nuotio, *Kansan oikeustaju ja lain noudattaminen*. *Haaste* 1/2019, s. 32–33.

vasti aktiivisemmän roolin rangaistuksen mittaamiseen liittyvissä kysymyksissä, mikä on saattanut merkitä perinteisen normaalirangaistusajattelun murtumista ja korkeimman oikeuden ratkaisukäytännön korostumista myös rangaistusten mittaamiseen liittyvissä kysymyksissä.

Tässä kirjoituksessa tarkastellaan rangaistuskäytäntöä ja sen muuttamista rikosoikeudellisena erityiskysymyksenä ja sitä, millä tavalla ja minkä tahon toimesta rangaistuskäytännön muuttamista koskevaa pyrkimystä voidaan toteuttaa. Kirjoituksen tarkoituksena on myös hahmotella rangaistuskäytännön muuttamiseen kohdistuvia oikeudellisia rajoitteita ja pidäkkeitä niin valtiosääntöoikeudellisesta kuin rikosoikeudellisesta näkökulmasta. Kirjoituksessa niin ikään arvioidaan, missä määrin korkeimman oikeuden ennakkoratkaisujen asema on muuttanut rangaistuksen mittaamisen suhteen omaksuttua perinteistä normaali-rangaistusajattelua ilmentänyttä näkemystä.

2. Rangaistuskäytännön muuttaminen ja sen valtiosääntöoikeudelliset reunaehdot

Rangaistuksen mittaamiseen on perinteisesti liitetty kaksi keskeistä oikeudenmukaisuusperiaatetta, suhteellisuusperiaate ja yhdenvertaisuusperiaate.² Molemmat periaatteet voidaan nykyisin kytkeä rikosoikeudellisen järjestelmän käytettävyyttä rajaaviin valtiosääntöisiin näkökohtiin.

Suhteellisuusperiaate saa sisältänsä rikoslain (39/1889) 6 luvun 4 §:stä, jonka mukaan rangaistuksen on oltava oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, teon vaikuttamiin ja rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän vaarallisuuteen. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä on katsottu, että räikeästi epäsuhtaiset rangaistukset ovat Euroopan ihmisoikeussopimuksen 3 artiklassa tarkoitettuja epäinhimillisiä tai halventavia rangaistuksia.³ Myös EU:n perusoikeuskirjan 49(3) artikla sisältää suhteellisuusperiaatetta koskevan määräyksen, jonka mukaan rangaistuksen on oltava oikeudenmukaisessa suhteessa rikoksen vakavuuteen.⁴

2 Tapio Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1987, s. 166–188.

3 Ks. esim. EIT:n jaostoratkaisu Vinter v. Yhdistynyt kuningaskunta, 17.1.2012, 89 kohta ja samassa asiassa annettu suuren jaoston ratkaisu Vinter v. Yhdistynyt kuningaskunta, 9.7.2013, 102 kohta.

4 Tarkemmin ks. Sakari Melander, EU-rikosoikeus. 2. painos. Alma Talent 2015, s. 170–171.

Eduskunnan perustuslakivaliokunnan käytännössä rangaistusten oikeasuhtaisuuden periaate on kytketty perusoikeuksien rajoitusedellytyksiin sisältyvään suhteellisuusvaatimukseen.⁵ Rikosoikeudellisen lainsäädännön suhteen suhteellisuusvaatimus ensinnäkin merkitsee, että kriminalisoinnin on oltava välttämätön sen taustalla olevan oikeushyvän suojaamiseksi.⁶ Tämän välttämättömyyttä koskevan vaatimuksen itsenäinen merkitys on valiokunnan käytännössä ainakin toistaiseksi jäänyt vähäiseksi. Se kuitenkin tarkoittaa, että rikosoikeudellisen sääntelyn ankaroitamista koskevien muutosten on oltava välttämättömiä säännöksen hyväksyttävän suojelutarkoituksen toteuttamiseksi. Vaikka rikosoikeudellinen sääntely perustuisi hyväksyttävyyshaatimuksen mukaisesti painavaan yhteiskunnalliseen tarpeeseen ja perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävään perusteeseen, millainen tahansa rangaistusasteikon muutos ei kuitenkaan ole sinänsä hyväksyttävän tavoitteen toteuttamiseksi mahdollinen, vaan muutoksen on oltava välttämätön nimenomaan hyväksyttävän tarkoituksen toteuttamiseksi. Tästä ei toistaiseksi ole perustuslakivaliokunnan käytäntöä. Eduskunnan lakivaliokunta on käytännössään sen sijaan todennut, että rikosoikeuden yleisten oppien ja vakiintuneen lainsäädäntökäytännön mukaisesti rikosten rangaistusasteikot on määritettävä tekojen haitallisuuden ja paheksuttavuuden eli niiden rangaistusarvon mukaan⁷ ja että tämä on seurausta nimenomaan perusoikeuksien rajoitusedellytyksiin sisältyvästä suhteellisuusvaatimuksesta.⁸

Useimmin perustuslakivaliokunnan käytännössä tarkasteltu suhteellisuusvaatimuksen rikosoikeudellinen ulottuvuus edellyttää, että rangaistusseuraamuksen ankaruuden tulee olla oikeassa suhteessa teon moitittavuuteen ja rangaistusjärjestelmän kokonaisuudessaan tulee täyttää oikeasuhtaisuuden vaatimukset.⁹ Toisaalta valiokunta on kuitenkin katsonut, että lainsäätäjän harkintamarginaali rangaistusseuraamusten oikeasuhtaisuuden suhteen on melko väljä ja että perustuslaki ei aseta esimerkiksi tiukkoja rajoja sakkorangaistusten korottamiselle, jos muutokset vain kytketään hyväksyttäviin perusteisiin. Tästä näkökulmasta perustuslakivaliokunta piti ehdotettua päiväsakkojen rahamäärän kaksinkertaistamista koskevaa ehdotusta sinänsä lainsäätäjän oikeasuhtaisuutta koskevaan harkin-

5 Perustuslakivaliokunta muotoili perusoikeuksien rajoitusedellytykset alun perin perusoikeusuudistusta koskevaa hallituksen esitystä (HE 309/1993 vp) koskeneessa mietinnössään PeVM 25/1994 vp, s. 5.

6 PeVL 23/1997 vp, s. 2/II.

7 Esim. LaVM 3/1998 vp, s. 25/I.

8 LaVM 38/2014 vp, s. 3/II.

9 Esim. PeVL 16/2013 vp, s. 2/I, PeVL 6/2014 vp, s. 2/I, PeVL 56/2014 vp, s. 3/II, PeVL 9/2016 vp, s. 6 ja PeVL 56/2018 vp, s. 2.

tamarginaaliin kuuluvana, mutta muutokselle ei ollut kuitenkaan esitettävissä hyväksyttäviä perusteita.¹⁰

Eduskunnan perustuslakivaliokunnan käytännössä ei sinänsä ole ainakaan toistaiseksi katsottu, että tietyn rikossäännöksen sisältämän rangaistusasteikon muuttamista koskeva ehdotus olisi ollut suhteellisuusvaatimuksen vastainen. Nähdäkseni onkin sinänsä selvää, että yksittäiset rangaistusasteikkoa koskevat muutokset eivät lähtökohtaisesti ole valtiosääntöoikeudellisesti merkityksellisiä tai ongelmallisia kysymyksiä eikä perustuslaista seuraa tiukkoja rajoja lainsäätäjän oikeasuhtaista rangaistustasoa koskevalle arvioinnille.

Toisaalta valiokunnan käytännössä on arvioitu rangaistusasteikon ankaroittamisesta seuraavia kokonaisvaikutuksia tilanteessa, jossa säännöksen kattaman rangaistavan käyttäytymisen alaa on samalla ehdotettu laajennettavaksi. Arvioidessaan rikoslain 20 luvun 8 §:ssä tarkoitetun seksikaupan kohteena olevan henkilön hyväksikäyttöä koskevan säännöksen ehdotettua muutosta, jossa rangaistava käyttäytyminen olisi laajennettu koskemaan myös tuottamuksellisesta tekoa ja jossa säännöksen enimmäisrangaistus olisi korotettu kuudesta kuukaudesta yhteen vuoteen vankeutta, perustuslakivaliokunta katsoi, että enimmäisrangaistuksen nostaminen kuudesta kuukaudesta yhteen vuoteen on huomattava rangaistusarvon nostamista ja sääntelyn ankaroittamista koskeva toimenpide.¹¹ Valiokunta katsoi korottamisen kuitenkin kuuluvan suhteellisuusvaatimuksen salliman valtiosääntöoikeudellisen harkintamarginaalin piiriin, joskin se huomautti, että käsitykset ehdotetun sääntelyn tehokkuudesta ja vaikutuksista samoin kuin sen preventiivisestä tehosta saattavat merkittävästi vaihdella.¹²

Koska ehdotus olisi käytännössä merkittävästi laajentanut rangaistavan käyttäytymisen alaa ja koska ehdotetulla enimmäisrangaistuksen korottamisella olisi ollut merkittäviä rikosprosessuaalisia ja muita seurannaisvaikutuksia, valiokunnan mukaan ehdotettu sääntely olisi toteuttanut suhteellisuusvaatimusta

10 PeVL 9/2016 vp, s. 6. Lausunto on rikosoikeudellisen lainsäädännön valtiosääntöisten reunaehtoien suhteen erittäin merkittävä. HE:ssä 1/2016 vp (HE 1/2016 vp laeiksi rikoslain 2 a ja 9 luvun muuttamisesta sekä pysäköinninvalvonnasta annetun lain 3 §:n muuttamisesta) ehdotettiin päiväsakkojen rahamäärän korottamista kaksinkertaisiksi perustellen sitä hallitusohjelmaan (Ratkaisujen Suomi. Pääministeri Juha Sipilän hallituksen strateginen ohjelma 29.5.2015. Hallituksen julkaisusarja 10/2015, liitteet 1–7, s. 22 (liite 6)) sisällytetyllä kirjauksella kasvattaa sakoista valtiolle saatavia tuloja korottamalla rahamääräisten rikosoikeudellisten seuraamusten rahamääriä (HE 1/2016 vp, s. 12). Perustuslakivaliokunta katsoi, että yksinomaan valtiontalouden sopeuttamistoimia ei voida sellaisenaan pitää hyväksyttävänä perusteena rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän muutoksille (PeVL 9/2016 vp, s. 6). Viimeksi mainitussa lausunnossaan perustuslakivaliokunta tarkasteli laajasti hyväksyttäviä perusteita rikosoikeudelliselle lainsäädännölle ja se on yksi harvoja lausuntoja, joissa ehdotettu lainsäädäntö on nähty ongelmallisena hyväksyttävyyysvaatimuksen kannalta. Valiokunta kuitenkin katsoi, että eduskunnan lakivaliokunnan on vielä mahdollista esittää ehdotetulle muutokselle hyväksyttäviä perusteita. Toistaiseksi asian käsittely lakivaliokunnassa ei ole edennyt ja esitys rauennee vaalikauden 2015–2019 päätyttyä.

11 PeVL 56/2014 vp, s. 3/II.

12 PeVL 56/2014 vp, s. 3/II.

paremmin, jos rangaistavuuden ala olisi sidottu törkeään huolimattomuuteen ja jos ehdotettua enimmäisrangaistuksen muutosta ei olisi tehty.¹³ Eduskunnan lakivaliokunta päätyi olemaan nostamatta säännöksen enimmäisrangaistusta, mutta ei rajannut rangaistavan käyttäytymisen alaa vain törkeään huolimattomuuteen, koska ehdotettu rangaistavan käyttäytymisen alan laajentaminen koskemaan myös tuottamuksellisia tekoja yhdistettynä enimmäisrangaistuksen koroittamiseen olisi merkinnyt kokonaisuutena arvioiden suhteellisuusvaatimuksen kannalta arvioituna varsin pitkälle menevää sääntelyn ankaroittamista.¹⁴

Edellä todettu merkitsee, että suhteellisuusvaatimuksesta ei ole johdettavia erityisen täsmällisiä tai pitkälle meneviä lainsäätäjään kohdistuvia rajoitteita rangaistusasteikon muuttamiselle. Valtiosääntöoikeudellisesti arvioitu lainsäätäjän harkintamarginaali on näin melko laaja ja sallii merkittävässä määrin kriminaalipoliittista tarkoituksenmukaisuusharkintaa, jota toisaalta rajaavat suhteellisuusperiaatteesta seuraavat rikosoikeudellisen lainsäädännön johdonmukaisuutta ja teon moitittavuuteen liitettävää oikeasuhtaisuutta koskevat vaatimukset. Toisaalta on huomattava, että rangaistusasteikon ankaroittamista koskevia muutoksia on arvioitava laajemmin kuin vain teknisuonteisina muutoksina. Rangaistusasteikon muuttamisella saattaa usein olla seurannaisvaikutuksia esimerkiksi käytettävissä oleviin pakkokeinoihin, mitkä myös merkitsevät sääntelyn ankaroitumista. Lisäksi rangaistusasteikon ankaroittamisella on vähintään potentiaalisia vaikutuksia suhteessa muihin saman rangaistusasteikon sisältäviin rangaistavaksi säädettyihin tekoihin, koska rikoslaissa rikosten törkeyden arvioinnissa on pyritty käyttämään yhtenäisiin rangaistusasteikkoihin perustuvaa törkeysluokitusta ja eri rikosten moitittavuus on pyritty suhteuttamaan toisiinsa törkeys porrastusluokitusta ilmentävien rikoslaissa käytettyjen rangaistusasteikkojen kautta.¹⁵

13 PeVL 56/2014 vp, s. 3–4.

14 LaVM 38/2014 vp, s. 3–4.

15 Esim. HE 6/1997 vp, s. 11–12.

3. Rangaistuskäytännön muuttaminen prosessina

3.1. Lainsäädännössä tietoisesti toteutettu pyrkimys rangaistuskäytännön ankaroittamiseen

Rangaistusten ankaruus tai lievyys eli rangaistustaso on yksi eniten keskustelua herättävistä rikosoikeudellisen järjestelmän ulottuvuuksista. Koska vankeusrangaistus puuttuu perustuslaissa turvattuun yksilön vapauteen ja sakkorangaistus omaisuuteen¹⁶, ei ole lainkaan yhdentekevää, mihin rangaistuslajiin tuomioistuintuomiossa päädytään tai minkä kestoinen tai suuruinen rangaistus tekijälle langetaan. Rangaistuksen mittaamista koskevan päätöksen merkitys yksittäistapauksissa vastaajan samoin kuin laajemmin rangaistuskäytännön muodostumisen näkökulmasta asettaa vaatimuksia myös sen suhteen, mikä taho ensisijaisesti ja missä määrin voi ohjata rangaistuskäytännön muuttamista tilanteessa, jossa muutos esimerkiksi teon rangaistusarvoon kohdistuneiden muutosten vuoksi koetaan välttämättömäksi.

Selvää sinänsä on, että lainsäätäjä määrittää eri rikosten rangaistusasteikot ja näin ensisijaisesti kantaa vastuun rangaistuskäytäntöön tehtävistä mahdollisista muutoksista. Selkein tilanne on uskriminalisointia säädettäessä, jolloin lainsäätäjän tehtävänä on määrittää rikoksen rangaistusarvo rangaistusasteikon kautta ja asettaa uusi rangaistavaksi säädetty teko johdonmukaiseen suhteeseen ja oikeasuhtaiseksi rangaistavaksi jo säädettyihin tekoihin ja niissä säädettyihin rangaistusasteikkoihin nähden. Pulmallisemmaksi tilanne muodostuu, kun jo rangaistavaksi säädetyn teon rangaistusarvossa tapahtuu muutoksia, jotka antavat aiheen tarkastella säännöksen sisältämän rangaistusasteikon muuttamista.¹⁷ Tällaisessa tilanteessa on ensinnäkin otettava huomioon edellä selostetut rangaistuskäytännön muuttamista koskevat valtiosääntöoikeudelliset reunaehdot. Toiseksi lainsäätäjän on valtiosääntöoikeudellisten rajoitteiden muutokset lähtökohtaisesti salliessa pyrittävä maltillisiin muutoksiin, koska rangaistusjärjestelmän enna-

16 PeVL 23/1997 vp, s. 2/1.

17 Selvytyden vuoksi on todettava, että käytännössä aina tällaisessa tilanteessa kysymys on rangaistusasteikon ankaroittamista koskevasta ehdotuksesta. Hyvän esimerkin tarjoaa tuore törkeää lapsenraiskausta koskeva ehdotus, jossa oli kysymys nimenomaan törkeimpien lapsiin kohdistuvien seksuaalirikosten rangaistusasteikon ankaroittamisesta. Ks. HE 212/2018 vp eduskunnalle laiksi rikoslain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi ja sitä koskeva LaVM 24/2018 vp.

koitavuus ja yhdenvertaisuus muodostavat vahvat pidäkkeet äkillisten suurten rangaistuskäytäntöön vaikuttavien muutosten toteuttamiselle.¹⁸

Lainsäätäjän tarkoituksena voimassa olevien rikossäännösten rangaistusasteikkojen muutoksia tekemällä on nimenomaan antaa lainsoveltajalle – ja toki myös laajemmin – signaali teon aiempaa suuremmasta moitittavuudesta ja paheksuttavuudesta.¹⁹ Lainsoveltajaan kohdistuen rangaistusasteikon muuttaminen merkitsee myös vahvaa viestiä siitä, että kyseistä rikosta koskevan rangaistuskäytännön on hiljalleen oikeuskäytännössä muututtava.

3.1.1. Törkeää pahoinpitelyä koskevan vähimmäisrangaistuksen korottaminen

Selkein esimerkki rangaistusasteikon ankaroittamista koskevasta lainsäätäjän toteuttamasta muutoksesta, josta on myös kattavasti tutkimustietoa, on vuonna 2001 toteutettu rikoslain 20 luvun 5 §:ssä tarkoitetun törkeää pahoinpitelyä koskevan säännöksen vähimmäisrangaistuksen korottaminen. Törkeän pahoinpitelyn vähimmäisrangaistus korotettiin tuolloin kuudesta kuukaudesta yhteen vuoteen vankeutta (L 654/2001), mikä muun muassa tarkoitti, että yhdyskuntapalvelu ei ole ollut muutoksen jälkeen enää mahdollinen seuraamus törkeästä pahoinpitelystä. Muutosta perusteltiin ensinnäkin törkeää pahoinpitelyä koskevalla vallitsevalla rangaistuskäytännöllä, joka ei hallituksen esityksen mukaan enää heijastanut käsitystä törkeää pahoinpitelyä koskevan säännöksen soveltamisalaan kuuluvien tekojen moitittavuudesta eikä lähelle tuolloista minimirangaistusta sijoittuvia rangaistuksia pidetty oikeasuhtaisina.²⁰ Toiseksi ehdotettua muutosta perusteltiin nimenomaan tavoitteella osoittaa entistä paheksuvampaa suhtautumista törkeään väkivaltaan.²¹ Tämänkaltainen perustelu liittyy selkeästi käsitykseen teon muutuneesta rangaistusarvosta.

Toteutetulla vähimmäisrangaistuksen korottamisella on ollut selkeää vaikutusta törkeää pahoinpitelyä koskevaan rangaistuskäytäntöön. Ennen uudistuksen voimaantuloa vuonna 2000 törkeää pahoinpitelyä koskeva keskirangaistus oli

18 Ks. esim. HE 216/2013 vp eduskunnalle rikoslain 20 luvun muuttamisesta, s. 43. Ennakoitavuus ja yhdenvertaisuus ovat sinänsä varsin pitkään – 1970-luvulta lähtien – olleet rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän keskeisiä arvoja. Ks. tästä esim. Raimo Lahti, Rikosoikeuden kokonaisuudistus ja seuraamusjärjestelmän kehittäminen. LM 3/2004, s. 412–421, 414. Nyttemmin molemmat voidaan liittää perusoikeusjärjestelmään, ensin mainittu perustuslain 8 §:ssä tarkoitettuun rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen ja jälkimmäinen perustuslain 6 §:ssä tarkoitettuun yhdenvertaisuuteen.

19 Esim. HE 213/2000 vp eduskunnalle laeiksi rikoslain ja pakkokeinolain 5 luvun 11 §:n muuttamisesta, esim. s. 16/1 ja HE 216/2013 vp, s. 43/1.

20 HE 213/2000 vp, s. 14/11.

21 HE 213/2000 vp, s. 16/1.

13,8 kuukautta vankeutta, kun vuonna 2002 keskirangaistus oli 18, 1 kuukautta vankeutta ja vuonna 2017 21,7 kuukautta vankeutta.²² Toteutetulla vähimmäisrangaistuksen korottamisella on näin ollut selvää vaikutusta törkeää pahoinpitelyä koskevaan rangaistuskäytäntöön ja rangaistuskäytäntö on selvästi ankaroitunut. Tämä toisaalta oli lainsäätäjän nimenomaisena tarkoituksena. Huomattava on, että lainsäätäjän tietyn teon moitittavuuden korostamista koskevan toimenpiteen vaikutukset eivät näy oikeuskäytännössä välittömästi vaan teon rangaistusarvon ja siihen kiinnittyvän normaalirangaistusvyöhykkeen aseoituminen uudelleen kestää useita vuosia. Rangaistuskäytännön yhtenäisyys huomioon ottaen tämä on positiivista, koska vakiintuneesta rangaistuskäytännöstä ei voida puhua ilman riittävän pitkää rangaistuskäytännön kehittymistä.

3.1.2. Seksuaalirikoksia koskevan lainsäädännön ankaroittaminen

Toisena esimerkkinä lainsäätäjän tietoisesta pyrkimyksestä ankaroittaa tiettyjen rikosten rangaistuskäytäntöä voidaan mainita seksuaalirikokset. Seksuaalirikoksia koskevaa rikoslain 20 lukua on viimeisten noin 10 vuoden aikana muutettu useaan otteeseen. Seksuaalirikoksia koskeva rikoslain 20 luvun sääntely uudistettiin kokonaisuudessaan vuonna 1999 rikoslain kokonaisuudistuksen yhteydessä (L 563/1999).²³ Lukua on tämän jälkeen uudistettu useita kertoja pistemäisesti.

Vuonna 2004 lukuun tehtiin tiettyä EU:ssa annetun lasten seksuaalista hyväksikäyttöä ja lapsipornografiaa koskevan puitepäätöksen²⁴ kansallisesta voimaansaattamisesta aiheutuvia muutoksia.²⁵ Vuonna 2011 sen sijaan toteutettiin laajahko rikoslain 20 lukua koskeva uudistus, joka liittyi Euroopan neuvostossa hyväksytyyn lasten suojelemista seksuaalista riistoa ja seksuaalista hyväksikäyttöä koskevan yleissopimuksen (CETS N:o 201, SopS 87–88/2011) kansalliseen voimaansaattamiseen.²⁶ Tuossa yhteydessä rikoslain 20 luvun 6 §:ssä tarkoitettun

22 Luvut koskevat tilannetta, jossa vankeusrangaistus on määrätty yksittäisrikoksesta. Ks. Seuraamusjärjestelmä 2015. Kontrollijärjestelmä tilastojen ja tutkimusten valossa. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti. Katsauksia 11/2016, s. 79. Törkeää pahoinpitelyä koskevasta rangaistuskäytännöstä ks. myös Arviomuistio rikoslain viimeaikaisesta kehityksestä ja tulevista kehitystarpeista. Eräät seksuaali-, väkivalta-, rattijuopumus- ja talousrikokset. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 7/2018, s. 104–105.

23 Ks. HE 6/1997 vp eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi ja sitä koskeva LaVM 3/1997 vp.

24 Neuvoston puitepäätös 2004/68/YOS lasten seksuaalisen hyväksikäytön ja lapsipornografian torjunnasta, EUVL L 13, 20.1.2004, s. 44–48.

25 Ks. HE 32/2004 vp eduskunnalle laiksi rikoslain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, PeVL 13/2004 vp ja LaVM 4/2004 vp.

26 HE 282/2010 vp eduskunnalle lasten suojelemista seksuaalista riistoa ja seksuaalista hyväksikäyttöä vastaan koskevan Euroopan neuvoston yleissopimuksen hyväksymiseksi ja siihen liittyviksi laeiksi ja LaVM 43/2010 vp.

lapsen seksuaalisen hyväksikäytön vähimmäisrangaistus korotettiin 14 vuorokaudesta vankeutta neljään kuukauteen vankeutta. Muutos liittyi tavoitteeseen korostaa lapsiin kohdistuvien hyväksikäyttörikosten paheksuttavuutta ja vahingollisuutta.²⁷ Samassa yhteydessä sääntelyä muutettiin siten, että sukupuoliyhteys alle 16-vuotiaan kanssa arvioidaan lähtökohtaisesti rikoslain 20 luvun 7 §:ssä tarkoitettuna lapsen törkeänä seksuaalisena hyväksikäyttönä, jos teko on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä. Kysymys oli tältä osin merkittävästä sääntelyn ankaroittamisesta tavalla, joka siirsi aiemmin perustunnusmerkistön alla arvioituja tekoja lähtökohtaisesti törkeää tekemuotoa koskevan säännöksen nojalla arvioitavaksi.²⁸ Viimeksi mainittu muutos merkitsi rangaistuskäytännön näkökulmasta sitä, että sukupuoliyhteyden sisältävän teon vähimmäisrangaistus nousi 14 vuorokaudesta vankeutta yhteen vuoteen vankeutta.²⁹

Raiskausrikosta koskevaa sääntelyä on 2010-luvulla muutettu kaksi kertaa. Vuonna 2011 raiskausrikosta koskevan rikoslain 20 luvun 1 §:n soveltamisalaan siirrettiin teot, joissa tekijä on sukupuoliyhteydessä sellaisen henkilön kanssa, joka on avuttoman tilan vuoksi kykenemätön puolustamaan itseään tai muodostamaan tai ilmaisemaan tahtoaan (L 495/2011). Aikaisemmin raiskausrikosta koskevaa sääntelyä sovellettiin vain tilanteisiin, joissa tekijä oli saattanut uhrin avuttomaan tilaan, ja tilanteet, joissa tekijä käytti hyväkseen toisen avutonta tilaa, arvioitiin rikoslain 20 luvun 5 §:ssä tarkoitettuna seksuaalisena hyväksikäyttönä.³⁰ Rangaistuskäytännön näkökulmasta tämä tarkoitti, että mainitunkaltaisen teon vähimmäisrangaistus nousi 14 päivästä vankeutta vuoteen vankeutta ja että sakkorangaistus ei ollut tämänkaltaisesta teosta enää mahdollinen.³¹ Vuonna 2014 tuli voimaan viimeisin raiskausrikosta koskevan sääntelyn uudistus, jossa pakottamista sukupuoliyhteyteen koskenut rikoslain 20 luvun 3 §:n säännös kumottiin ja säännöksessä tarkoitettut teot siirrettiin raiskausrikosta koskevan luvun 1 §:n säännöksen 3 momentiksi.³² Rangaistuskäytännön näkökulmasta muutoksessa oli kysymys sääntelyä ankaroittavasta toimenpiteestä. Rikoslain 20 luvun 3 §:ssä tarkoitettuna pakottamista sukupuoliyhteyteen koskeneen säännöksen rangaistus-

27 HE 282/2010 vp, s. 104/II. Ks. myös LaVM 43/2010 vp, s. 4/II.

28 Tämän muutoksen perusteluista ks. HE 282/2010 vp, s. 104–105.

29 Ks. myös HE 212/2018 vp, s. 6.

30 Tarkemmin ks. HE 283/2010 vp eduskunnalle laiksi rikoslain 20 luvun muuttamisesta, s. 7–8 ja LaVM 37/2010 vp.

31 Ks. esim. LaVM 37/2010 vp, s. 2/I.

32 Osa aiemman rikoslain 20 luvun 3 §:n soveltamisalaan kuuluneista teoista siirrettiin raiskausrikosta koskevan rikoslain 20 luvun 1 §:n alaan kuuluviksi, kun voimassa oleva rikoslain 20 luvun 1 §:n 3 momentti ei koske enää tekoja, joissa käytetty väkivalta on ollut vähäistä. Kaikki raiskausteot, joissa käytetään väkivaltaa, tulevat näin nykyisin raiskausrikosta koskevan säännöksen 1 momentin nojalla arvioitavaksi. Muutoksen perusteluista ks. HE 216/2013 vp, s. 49/II, jonka mukaan tällä muutoksella oli tarkoitus korostaa väkivallan käytön ja seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkauksen moitittavuutta.

asteikko oli vankeutta enintään kolme vuotta. Uuden raiskausrikosta koskevan rikoslain 20 luvun 1 §:n 3 momentin rangaistusasteikko sen sijaan on vankeutta vähintään neljä kuukautta ja enintään neljä vuotta. Kysymys oli siis sekä vähimmäis- että enimmäisrangaistusta korottaneesta toimenpiteestä, jonka nimenomaisena tarkoituksena oli korottaa lievimmiksi arvioitujen raiskaustekojen rangaistuskäytäntöä.³³ Eduskunnan lakivaliokunta piti muutosta perusteltuna, mutta korosti, että vähimmäisrangaistuksen korottamiseen on perinteisesti suhtauduttu ja on jatkossakin suhtauduttava pidättyväisesti.³⁴

Lisäksi on huomattava, että rikoslain 20 luvun sääntelyä on aivan hiljattain jälleen ankaroitettu. Ensinnäkin lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevan rikoslain 20 luvun 6 §:n enimmäisrangaistus korotettiin neljästä vuodesta kuuteen vuoteen vankeutta. Muutoksella pyrittiin esityksen perustelujen mukaan siihen, että voitaisiin nykyistä ankarammin arvioida törkeimpiä lapsen seksuaalisen hyväksikäytön perustekomuodon alaan kuuluvia tekoja. Tavoitteena oli antaa nykyistä paremmat mahdollisuudet ottaa huomioon lapsen seksuaalisen hyväksikäytön tekemuotojen erilaisuus ja mahdollistaa näin nykyistä paremmin rangaistuksen suhteuttaminen tekojen vakavuuteen.³⁵ Lisäksi rikoslakiin lisättiin törkeää lapsenraiskausta koskeva säännös (rikoslain 20 luvun 7 b §), jonka tarkoituksena oli nimenomaan rangaistusten kiristäminen ja rangaistuskäytännön ankaroittaminen vakavimmissa lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa.³⁶

Rikoslain 20 luvun seksuaalirikoksia koskevaa sääntelyä on edellä esitetyn mukaisesti muutettu varsin usein. Eduskunnan lakivaliokunta onkin useassa yhteydessä kiinnittänyt huomiota tällaisen pistemäisen rikoslain tietyn kokonaisuuden uudistamisen ongelmallisuuteen.³⁷ Valiokunta on käytännössään korostanut tarvetta seksuaalirikossäännösten kokonaisuudistuksen toteuttamiseen.³⁸ Valiokunta on pitänyt rikoslain tietyn sääntelykokonaisuuden tiheätahtista uudistamista ongelmallisena ja katsonut sen aiheuttavan huomattavia haasteita muun muassa rikoslain ajallista soveltuvuutta koskevan sääntelyn vuoksi.³⁹ Edelleen valiokunta on korostanut sen tärkeyttä, että lainsäädäntö muodostaa selkeän ja mahdollisimman helposti hahmottuvan kokonaisuuden, jotta lain soveltamisen ennakoitavuus voidaan varmistaa ja jotta oikeudenkäynnissä voidaan varmistaa keskittyminen teon rangaistavuuden ja rangaistusarvon kannalta olennaisiin

33 HE 216/2013 vp, s. 44/II ja 49/II.

34 LaVM 4/2014 vp, s. 4/I.

35 HE 212/2018 vp, s. 26. Ks. myös LaVM 24/2018 vp, s. 16.

36 HE 212/2018 vp, s. 28.

37 LaVM 37/2010 vp, s. 2/II, LaVM 43/2010 vp, s. 2/I ja LaVM 4/2014 vp, s. 3.

38 LaVM 37/2010 vp, s. 2/II, LaVM 43/2010 vp, s. 2/I ja LaVM 4/2014 vp, s. 3/I.

39 LaVM 4/2014 vp, s. 3/I.

kysymyksiin.⁴⁰ Erikseen on huomattava, että lakivaliokunta on korostanut, että rikosten rangaistusasteikkojen muuttamistarpeet on perusteltua arvioida säännösten kokonaisvaltaisen tarkastelun yhteydessä.⁴¹ Valiokunta on lisäksi aivan hiljattain todennut, että rikoslain 20 lukuun liittyy vielä erityisesti raiskaus- ja hyväksikäyttörikoksia koskevia sääntelytekniikkaa sekä rangaistusasteikkoja koskevia muutostarpeita.⁴²

Edellä lyhyesti tarkastellut rikoslain 20 luvun muuttamista koskevat toimenpiteet ovat sinänsä johdonmukaisesti kaikki liittyneet tavoitteeseen ankaroittaa seksuaalirikoksia koskevaa rangaistuskäytäntöä. Lainsäätäjän ja lainsoveltajan välisen vuorovaikutussuhteen näkökulmasta kysymys on siitä, että lainsäätäjän rangaistusasteikon ankaroittamista koskevalla toimenpiteellä asetetaan lainsoveltajaan kohdistuva odotus tiettyjä rikoksia koskevien todellisten rangaistusten ankaroitumisesta.⁴³ Selvää sinänsä on, että tällainen ankaroituminen ei voi yhdenvertaisuuteen liittyvistä syistä toteutua välittömästi vaan kysymys on hiljalleen etenevästä prosessista. Lainsäätäjän toimenpiteillä on kuitenkin ollut vaikutusta seksuaalirikosten rangaistuskäytäntöön. Esimerkiksi törkeää lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskeneessa ratkaisussa KKO 2018:35 merkittävällä tavalla ankaroitettiin teosta tuomittavaa vankeusrangaistusta. Hovioikeus oli tuominnut teosta 1 vuoden 4 kuukauden ehdollisen vankeusrangaistuksen, mutta korkein oikeus päätyi tuomitsemaan tekijän kahden vuoden ehdottomaan vankeusrangaistukseen. Ratkaisua perusteltiin muun ohessa sillä, että lainsäätäjän toteuttamien muutosten tarkoituksena on ollut rangaistuskäytännön ankaroittaminen.⁴⁴ KKO:n ratkaisukäytännössä pyrkimys korostaa seksuaalirikosten moitittavuutta sekä ankaroittaa seksuaalirikosten rangaistuskäytäntöä on ollut havaittavissa myös laajemmin. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2018:60 viitattiin niin ikään lainsäätäjän ilmaisemaan tavoitteeseen ankaroittaa seksuaalirikosten rangaistuskäytäntöä.⁴⁵ Ratkaisussa KKO 2018:91 tekijä sen sijaan tuomittiin humalatilasta ja väsymyksestä johtunutta tiedotonta tilaa hyväksikäyttämällä toteutetusta raiskauksesta 1 vuoden 8 kuukauden ehdottomaan vankeuteen, vaikka tekijää ei ollut aikaisemmin rikoksista rekisteröity.

Toisaalta on tiettyjä viitteitä siitä, että lainsäädännössä toteutetut sääntelyä ankaroittaneet muutokset eivät ole johtaneet yksinomaan seksuaalirikoksia koskevan rangaistuskäytännön ankaroitumiseen. Vuonna 2011 toteutettiin muutos,

40 LaVM 4/2014 vp, s. 3.

41 LaVM 37/2010 vp, s. 2/II.

42 LaVM 24/2018 vp, s. 15–16.

43 HE 216/2013 vp, s. 44/II.

44 KKO 2018:35, 12 kohta.

45 KKO 2018:60, 14 kohta.

jonka mukaan sukupuoliyhteys alle 16-vuotiaan kanssa arvioidaan lähtökohtaisesti rikoslain 20 luvun 7 §:ssä tarkoitettuna törkeänä lapsen seksuaalisena hyväksikäyttönä.⁴⁶ Sukupuoliyhteyden käsittävä teko voidaan arvioida perustekomuodon nojalla vain, jos teko ei ole kokonaisuutena arvostellen törkeä. Tämä muutos näyttää selvästi lisänneen törkeää lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevan säännöksen soveltamista samalla kuin perustunnusmerkistön käyttö on huomattavasti vähentynyt.⁴⁷ Samalla muutos on kuitenkin merkinnyt ehdollisen vankeuden käytöalan huomattavaa laajenemista törkeää lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevaa säännöstä sovellettaessa. Kun ennen vuoden 2011 lainmuutosta ehdollisen vankeuden osuus törkeää lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevaa säännöstä sovellettaessa oli noin viidennes, vuonna 2017 ehdollisen vankeuden osuus oli noussut noin puoleen.⁴⁸ Lainmuutos on siis saattanut johtaa tilanteeseen, jossa törkeää tekomuotoa sovelletaan huomattavasti aikaisempaa enemmän, mutta samalla ehdollisen vankeuden osuus törkeän tekomuodon soveltamistilanteissa on merkittävästi kasvanut. Lainmuutoksella on näin ollut oikeuskäytännössä yhtäältä soveltamiskäytäntöä tunnusmerkistötasolla ankaroitavia vaikutuksia, jota vaikutusta toisaalta lajinvalintaan liittyvät oikeuskäytännössä tapahtuneet muutokset ovat lieventäneet.

3.2. Kansalaisaloite ja rangaistuskäytännön ankaroittaminen

Kansalaisaloiteinstituutio on ollut Suomessa voimassa maaliskuun 2012 alusta lukien. Perustuslain 52 §:n 3 momentin (1112/2012) mukaan vähintään viidelläkymmenellä tuhatta äänioikeutetulla Suomen kansalaisella on oikeus tehdä eduskunnalle aloite lain säätämiseksi sen mukaan kuin lailla säädetään. Kansalaisaloitteesta säädetään tarkemmin kansalaisaloitelaila (12/2012), joka sisältää säännöksiä muun muassa kansalaisaloitteen tekemisestä, muodosta sekä kansalaisaloitetta tukevien allekirjoitusten eli kannatusilmoitusten keräämisestä.

Perustuslain 53 §:n 3 momentin kansalaisaloite voidaan tehdä lain säätämiseksi. Sääntelyä täsmennetään tältä osin kansalaisaloitelain 4 §:ssä, jonka 1 momentin mukaan kansalaisaloitteen tulee sisältää lakiehdotus tai ehdotus lainvalmisteluun ryhtymisestä sekä ehdotuksen perustelut. Kansalaisaloitteen kansalaisaloitelain 4 §:ssä tarkoitettu muoto vaikuttaa siihen, miten kansalaisaloite käsitellään eduskunnassa. Käsittelyä ohjaavat perustuslain 41 ja 72 §:n säännökset lakiehdotusten

46 Muutoksen perusteluista HE 282/2010 vp, s. 14–15.

47 Seuraamusjärjestelmä 2017. Kontrollijärjestelmä tilastojen ja tutkimusten valossa. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutin katsauksia 32/2018. Helsingin yliopisto 2018, s. 98–99.

48 Seuraamusjärjestelmä 2017, s. 99.

ja muiden asioiden käsittelystä eduskunnassa, ja käsittelystä säädetään tarkemmin eduskunnan työjärjestyksessä (19.12.1999/40 v. 2000). Jos kansalaisaloite sisältää nimenomaisen lakiehdotuksen, se käsitellään eduskunnassa eduskunnan työjärjestyksen 53 §:n (895/2012) mukaisessa järjestyksessä. Jos taas kysymys on ehdotuksesta lainvalmisteluun ryhtymisestä, aloite käsitellään eduskunnassa eduskunnan työjärjestyksen 55 §:ssä tarkoitettuna ainoan käsittelyn asiana.⁴⁹

Kansalaisaloitejärjestelmän yleisenä tavoitteena on ollut luoda edustuksellista demokratiaa täydentävä vaikuttamiskeino, joka tarjoaa kansalaisille mahdollisuuden vaikuttaa suoraan poliittiseen päätöksentekoon ja saada tärkeäksi kokemiaan asioita eduskunnan käsiteltäväksi.⁵⁰ Edustukselliseen demokratiaan perustuva järjestelmä täydentävänä keinona kansalaisaloitejärjestelmän on katsottu voivan yleisesti ehkäistä poliittista vieraantumista.⁵¹ Rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän ja siihen liittyen myös vallitsevan rangaistuskäytännön legitimiiksi kokemisen kannalta kansalaisaloitejärjestelmällä on nähdäkseni varsin tärkeä asema. Perinteisenä lähtökohtana vähintään julkisessa ja poliittisessa keskustelussa usein pidetään sitä, että rangaistusten on vastattava niin sanottua yleistä oikeustajua. Kansalaisaloite tarjoaa myös rangaistuskäytännön suhteen keinon saada tärkeäksi koettuja asioita eduskunnan käsiteltäväksi ja rangaistuskäytäntöä koskeva kansalaisaloite osaltaan saattaa näin myös ilmentää vähintään tiettyä signaalia siitä, että tietyn rikoksen rangaistusarvossa tai moitittavuudessa suhteessa muihin rikoksiin on tapahtunut tai tapahtumassa muutoksia.⁵² Yleisemmällä tasolla arvioituna kansalaisaloite rikosoikeudellisen lainsäädännön näkökulmasta edistää tavoitetta ylläpitää mahdollisimman legitimiiksi koettua rikosoikeudellista järjestelmää. Kansalaisaloite toimii tässä tärkeänä toimintakanavana.⁵³

Eduskunnan käsiteltävänä on ollut joitakin rikosoikeudelliseen seuraamusjärjestelmään kohdistuneita kansalaisaloitteita. Lakivaliokunta antoi vuonna 2014 mietinnön rattijuopumusrikosten rangaistusten kiristämistä koskevasta kansalaisaloitteesta (M 5/2014 vp), jossa ehdotettiin muun ohella uusintarikoksesta seuraamukseksi pakkohoitoa ja ehdotonta vankeutta. Kansalaisaloitteen ehdotukset

49 Ks. HE 60/2010 vp eduskunnalle laiksi Suomen perustuslain muuttamisesta, s. 26 ja 41/I, HE 46/2011 vp eduskunnalle kansalaisaloiteliksi ja laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetun lain 24 §:n muuttamisesta, s. 19–20 ja 27/II ja PNE 1/2011 vp eduskunnan päätökseksi eduskunnan työjärjestyksen muuttamisesta, s. 2/I.

50 HE 60/2010 vp, s. 25/II.

51 PeVM 9/2010 vp, s. 9/II.

52 Ks. myös LaVM 31/2014 vp, s. 8–9, jossa korostetaan julkisen keskustelun tärkeyttä rangaistuskäytännön oikeudenmukaiseksi kokemisen näkökulmasta.

53 Samoin LaVM 31/2014 vp, s. 2/I.

eivät tältä osin olleet mahdollisia toteuttaa ja eduskunta päätyi lakivaliokunnan ehdotuksesta hylkäämään kansalaisaloitteen.⁵⁴

Lapsiin kohdistuvien seksuaalirikosten rangaistusten ankaroitamista koskeneessa kansalaisaloitteessa (KAA 3/2015 vp)⁵⁵ sen sijaan ehdotettiin usean lapsiin kohdistuvan seksuaalirikoksen vähimmäisrangaistuksen korottamista. Aloitetta perusteltiin lapsiin kohdistuvien seksuaalirikosten vakavuudella sekä näkemyksellä, jonka mukaan sitoutuminen ”tietynlaiseen lievään kriminaalipoliittikkaan” ei vastaa kansan oikeustajua.⁵⁶ Aloite on näin erinomainen esimerkki juuri sellaisesta rikosoikeudelliseen lainsäädäntöön kohdistuvasta kansalaisaloitteesta, jossa ehdotettuja muutoksia perustellaan rangaistusarvossa tapahtuneella muutoksella ja sillä, että voimassa oleva lainsäädäntö ja rangaistuskäytäntö ei riittävästi heijasta kansan oikeustajua. Eduskunnan lakivaliokunta arvioi aloitteesta antamassaan mietinnössä perusteellisesti vähimmäisrangaistuksen korottamista niin valtiosääntöoikeudellisesta kuin kriminaalipoliittisesta näkökulmasta ja päätyi ehdottamaan aloitteen hylkäämistä. Lakivaliokunta oli pyytänyt aloitteesta – sekä sen käsittelyyn yhdistetystä pitkälti samaa asiaa koskeneesta lakialoitteesta (LA) 21/2015 vp – perustuslakivaliokunnan lausuntoa, mutta perustuslakivaliokunta ei ehtinyt vaalikauden päättyessä keväällä 2019 käsitellä asiaa. Lakivaliokunta totesi kuulemiensa valtiosääntöoikeuden asiantuntijoiden näkemyksiin viitaten, että etenkin vähimmäisrangaistuksen korottamiseen tilanteessa, jossa jo aikaisemmin toteutettujen sääntelyä ankaroitaneiden muutosten vaikutuksia ei ole selvitetty ja koska kansalaisaloitteeseen ei sisälly tällaisessa tilanteessa vaikutusarviointia, on toimenpiteenä rangaistuskäytäntöä huomattavasti ankaroitava.⁵⁷ Koska vähimmäisrangaistuksen ankaroitamiseen liittyviä valtiosääntöisiä epävarmuuksia ei ehditty selvittää, lakivaliokunta päätyi hylkäämään lakialoitteen⁵⁸, mutta päätyi sen sijaan ehdottamaan useita lausumia, jotka kohdistuivat sekä rikoslain 20 luvun kokonaisuuttaisen uudistamisen tarpeeseen että erityisesti lapsiin kohdistuvia seksuaalirikoksia koskevan sääntelyn ankaroitamisen selvittämiseen.⁵⁹

Kansalaisaloite on edellä esitetyn perusteella tärkeä keino saattaa kansalaisten tärkeiksi kokemia myös rikosoikeuteen liittyviä asioita poliittisen päätöksenteon kohteeksi. Samalla kansalaisaloitteen käyttäminen rangaistusasteikkojen muuttamiseksi – edellä käsiteltyjen kansalaisaloitteiden perusteella rangaistuskäy-

54 Ks. EK 56/2014 vp ja LaVM 31/2014 vp, s. 6–7 ja 15. Tämän artikkelin kirjoittaja on ollut lakivaliokunnassa kuultavana mainittua kansalaisaloitetta koskien.

55 Tämän artikkelin kirjoittaja on ollut lakivaliokunnassa kuultavana KAA:ta 3/2015 vp koskien.

56 KAA 3/2015 vp, s. 1.

57 LaVM 24/2018 vp, s. 19–20.

58 LaVM 24/2018 vp, s. 20.

59 LaVM 24/2018 vp, s. 37–38.

tännön ankaroitamiseksi – sisältää tiettyjä ennen muuta muutoksen vaikutusarviointeihin ja säätämisyjärjestyskysymyksiin liittyviä ongelmia. Selvää sinänsä on, että rikosoikeudellista lainsäädäntöä koskevissa kansalaisaloitteissa ei voida edellyttää, että aloitteen tekijät laativat perusteelliset vaikutusarvioinnit ja ehdotetun muutoksen suhdetta perustuslakiin ja säätämisyjärjestystä koskevat perustelut. Rangaistusasteikon ankaroitamista yksinomaan sitä koskevan niukasti perustellun aloitteen perusteella ei kuitenkaan voida pitää yleisesti ottaen tarkoituksenmukaisena keinona ottaen huomioon myös eduskunnan perustuslakivaliokunnan edellä selostettu laaja rikosoikeudellista lainsäädäntöä koskeva käytäntö. Eduskunnan perustuslakivaliokunnan käytännössä on katsottu, että jos laajakantoiseen hallituksen esitykseen esitetään tehtäväksi hyvin merkittäviä ja esityksen perusratkaisuihin olennaisesti vaikuttavia muutoksia, asian valmistelu tulisi osoittaa valtioneuvoston tehtäväksi.⁶⁰ Valiokunta on pitänyt ongelmallisena ja epätyytyttävänä tilannetta, jossa hallituksen esitykseen sisältyviä lakiehdotuksia laajasti täydennetään ja korjataan eduskuntakäsittelyssä.⁶¹ Perustellumpana ratkaisuna valiokunta on tällaisessa tilanteessa pitänyt perustuslain 71 §:ssä ja eduskunnan työjärjestyksen 31 §:ssä tarkoitetun hallituksen esitystä täydentävän esityksen antamista.⁶²

Kansalaisaloitteen käsittelyssä ei sinänsä luonnollisesti ole kysymys tilanteesta, jossa ministeriö esittää vastineessaan merkittäviä muutoksia annettuun hallituksen esitykseen. Kysymys on sen sijaan siitä, että poliittiseen käsittelyyn nostetaan kansalaisten tärkeäksi kokema asia, joka ei välttämättä kuitenkaan sellaisenaan ole ilman vaikutusarviointeja, laajempia perusteluita sekä valtiosääntöoikeudellista arviointia välittömästi toteuttamiskelpoinen.⁶³

Edellä esitetyn perusteella voidaan näin todeta, että rangaistusasteikon muuttamista – etenkin jos kysymys on vähimmäisrangaistuksen korottamista koskevästä ehdotuksesta – koskevaa lakiehdotuksen muotoon laadittua kansalaisaloitetta ei ole erityisen yksinkertaista eduskunnassa sellaisenaan hyväksyä. Selkeämpää – joskin aloitteen tekijöiden ja allekirjoittaneiden kannalta pulmallista – on hylätä lakialoite ja sen sijaan hyväksyä toimenpide-edellytyksiä sisältäviä lausumia. Jos taas rangaistusasteikon muuttamista koskeva kansalaisaloite pitää sisällään ehdotuksen lainvalmisteluun ryhtymistä, sen hyväksyminen eduskunnassa on yksinkertaisempaa, koska tarvittavat vaikutusarvioinnit toteutettaisiin joka tapauksessa aloitteen hyväksymisen jälkeen käynnistettävässä valtioneuvoston lainval-

60 PeVL 75/2014 vp, s. 8/II ja PeVL 12/2016 vp, s. 3.

61 PeVL 12/2016 vp, s. 4.

62 PeVL 12/2016 vp, s. 3.

63 Ks. myös PeVL 75/2014 vp, s. 8/II ja PeVL 12/2016 vp, s. 3, joissa kiinnitettiin huomiota vaikutusarviointien puutteeseen tilanteessa, jossa ministeriön vastineessa esitetään merkittäviä muutoksia.

mistelussa. Myös tällaisissa tilanteissa eduskunta on tosin päätenyt hylkäämään lakialoitteen⁶⁴, mikä perustunee siihen, että aloitteen hyväksyminen sellaisenaan johtaisi tilanteeseen, jossa lainvalmistelussa arvioitavat vaihtoehdot ja toteuttamistavat olisivat rajatut.

4. Normaalirangaistusajattelu ja sen murtuminen KKO:n nykykäytännössä

4.1. Normaalirangaistusajattelu ja sen peruslähtökohdat

Rangaistuksen mittaamista koskeva lainsäädäntö on Suomessa rakentunut melko väljille periaateluonteisille säännöksille, mikä saattaa rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen rikoslainsäädännön täsmällisyydelle asettamat korostuneet vaatimukset huomioon ottaen vaikuttaa epäjohdonmukaiselta. Perinteisenä ajatuksena on kuitenkin ollut, että rangaistuksen mittaamista koskevista seikoista säätäminen tyhjentävästi ei ole mahdollista, minkä vuoksi mahdollinen asiallisesti puutteellinen lainsäädäntö johtaisi rangaistuskäytännön epäyhtenäisyyteen ja vioutumiseen, kun vain laissa säädetyt seikat otettaisiin mittaamisessa huomioon.⁶⁵ Tarkoituksenmukaisemmaksi lainsäädännölliseksi ratkaisuksi on rangaistuksen mittaamisen suhteen omaksuttu operoiminen periaatenormein.⁶⁶ Rikoslakiin otettiin vuonna 1976 yleiset rangaistuksen mittaamista koskevat periaateluonteiset säännökset ja samalla aikaisemmasta kaavamaisesta rikoslain 6 luvun uusimista koskevasta sääntelystä luovuttiin. Näiden periaateluonteisten rangaistuksen mittaamista koskevien normien sisältö on pääpiirteittäin sama myös voimassa olevassa rikoslaissa.⁶⁷

Rangaistuksen mittaamisessa keskeinen sija on ollut vakiintuneella oikeuskäytännöllä, joka rangaistuksen mittaamista koskevaa sääntelyä 1970-luvulla

64 Näin tapahtui KAA:ta 3/2015 vp koskien.

65 HE 125/1975 II vp eduskunnalle rikoslain 6 luvun ja siihen liittyvien säännösten muuttamisesta, s. 7/II ja Tapio Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määrittämisestä I. Teoria ja yleinen osa. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1987, s. 98.

66 Ilmaisua käyttää Lappi-Seppälä 1987, s. 99.

67 Ks. HE 44/2002 vp eduskunnalle rikoslain yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi, s. 184–185.

uudistettaessa nimettiin niin sanotuksi normaalirangaistusajatteluksi.⁶⁸ Normaalirangaistusajattelussa korostetaan vakiintuneen rangaistuskäytännön asemaa rangaistuksen mittaamisen lähtökohtana, mikä oli sinänsä rangaistuksen mittaamisen lähtökohtana – suhteellisuusperiaatteen ohella – jo ennen esitöissä toteutettua nimenomaista normaalirangaistusajatteluun sitoutumista 1970-luvulla.⁶⁹ 1970-luvulla toteutetussa rangaistuksen mittaamissääntelyä koskevassa uudistuksessa normaalirangaistusajattelulle kuitenkin annettiin institutionaalisesti vahvistettu merkityssisältö.⁷⁰ Nytemmin normaalirangaistusajattelun ydinsisältö muotoillaan seuraavasti: ”Tuomioistuimen tulee verrata tuomittavana olevaa tapusta rikoksen tavallisiin ilmenemismuotoihin ja tuomita sen jälkeen teosta rangaistus, joka vastaa joko teosta tyyppillisesti tuomittavia rangaistuksia tai poikkeaa näistä sen mukaan, miten tapaus poikkeaa keskimääräisrikoksesta törkeämpään tai lievempään suuntaan.”⁷¹

Keskeistä normaalirangaistusajattelussa nimenomaan on, että rangaistuskäytäntö vakiintuu oikeuskäytännössä. Tällä ei tarkoiteta yksinomaan KKO:n ratkaisukäytäntöä vaan oikeuskäytäntöä yleisesti. Keskeisessä asemassa tällöin luonnollisesti on alempien oikeuksien käytäntö, koska niissä ei tapahdu samankaltaista juttukannan valikoitumista kuin korkeimmassa oikeudessa. Normaalirangaistusajattelu perustuu ajatukseen laajasti ymmärretyssä oikeuskäytännössä hiljalleen vakiintuvasta ymmärryksestä tietyn rikoksen tyyppillisestä ilmenemismuodosta ja tästä seuraavasta keskimääräisrangaistuksesta, joka rakentuu ikään kuin rikoslainkäyttöön osallistuvien hiljaiseksi tiedoksi. Normaalirangaistusajattelun funktiot liittyvät vahvasti nimenomaan siihen, että ajattelun pohjana on rangaistuskäytännön ymmärtäminen rikosasioita koskevassa oikeuskäytännössä laajasti muodostuvaksi. Normaalirangaistusajattelun on ensinnäkin katsottu auttavan ratkaisuheuristiikassa tarjoamalla tuntuman oikeuskäytännössä ilmenevään konkreettiseen rangaistustasoon. Toiseksi normaalirangaistusajattelun on katsottu luovan vakautta oikeudenkäyttöön, lisäävän rikoslainkäytön ennakoitavuutta ja yhdenvertaisuutta. Kolmanneksi ajattelun on katsottu johtavan mittaamisperus-

68 Oikeuskirjallisuudessa on viime aikoina käytetty laajemmin ilmaisua ”tyyppirangaistusajattelu”, koska ilmaisun ”normaali” käyttäminen rikosoikeudessa pidetty haasteellisenä. On katsottu, että normaalirikosta tai normaalirangaistusta ei ole olemassa vaan niiden sijaan voidaan puhua erilaisista tyyppitilanteista ja niitä vastaavista tyyppirangaistusvyöhykkeistä. Ks. Tapio Lappi-Seppälä, Rikosten seuraamukset. Werner Söderström Lakitieto 2000, s. 318–319 ja Jussi Tapani – Matti Tolvanen, Rangaistuksen määrääminen ja täytäntöönpano. 3. uudistettu painos. Talentum Pro 2016, s. 22. Tässä kirjoituksessa käytetään kuitenkin ilmaisua ”normaalirangaistusajattelu” ilmaisun vakiintuneisuuden vuoksi. Ks. tästä terminologisesta valinnasta myös Sakari Melander, Yhdenvertaisuus rikosoikeudessa. Oikeus 2/2011, s. 175–198, 192.

69 Ks. tästä esim. HE 125/1975 II vp, s. 7/II, jossa todetaan, että ”Vakiintuneen rangaistuskäytännön ja normaalirangaistusvyöhykkeen on edelleenkin ohjattava rangaistuksen mittaamista” (kurs. tässä).

70 Ks. HE 125/1975 II, s. 9/I.

71 HE 44/2002 vp, s. 178/I.

teiden aikaisempaa rikkaampaan erittelyyn ja analyysiin.⁷² Samaa tarkoittaen voidaan puhua normaalirangaistusajattelusta traditiosidonnaista rikoslainkäyttöä ilmentävänä mallina. Koska normaalirangaistusvyöhykkeet muodostuvat laajasti ymmärretyssä oikeuskäytännössä, aiemman tuomioistuinkäytännön merkitys normaalirangaistusvyöhykkeiden muodostumisessa ja hiljalleen tapahtuvassa vakiintumisessa on huomattava. Tässä yhteydessä voidaan puhua traditiosidonnaisesta lainsoveltamisesta, jossa rangaistuksen mittaamista toteutetaan tradition välittämän käsitteellisen ja tulkinallisen kehityksen läpi ja jossa mittaamistoimintaa koskevalla oikeudellisella esiyymmärryksellä on keskeinen merkitys.⁷³ Oikeuskäytännössä muotoutuneet rikoslajikohtaiset normaalirangaistusvyöhykkeet ilmentävät traditiosidonnaista rikosoikeudellista itsesääntelymekanismia, joka toteutuu oikeuskäytännössä määrittyvien oikeasuhteiksi todettujen seuraamusten kautta ja jossa myös yksittäisissä rikosoikeudenkäynneissä toteutettu prosessiin osallisten kommunikaatio merkittävällä tavalla vaikuttaa yksittäistapauksellisen rangaistuksen ohjautumisessa normaalirangaistuksen suuntaan samoin kuin normaalirangaistusvyöhykkeiden kehitymisessä tekojen rangaistusarvoissa mahdollisesti tapahtuneiden muutosten mukaisesti.⁷⁴ Olennaisiksi avaintekijöiksi muodostuvat laajasti ymmärretty oikeuskäytäntö, tradition kehittyminen kuluksen ajan seurauksena, tähän traditioon sitoutuminen sekä kaikkiin prosessiin osallisten mahdollisuus mittaamista koskevaan kommunikaatioon.

Edellä todetun mukaisesti normaalirangaistusajattelu mahdollistaa luontevasti oikeuskäytännössä toteutuvan rangaistuskäytännön muuttamisen – joko lievempään tai ankarampaan suuntaan. Koska normaalirangaistusajattelun puitteissa normaalirangaistusvyöhykkeet ainakin ideaalitasolla muodostuvat traditiosidonnaisesti yksittäisissä rikosoikeudenkäynneissä tapahtuneen kommunikaation perusteella, normaalirangaistusajattelu mahdollistaa normaalirangaistusvyöhykkeiden jatkuvan sopeutumisen rangaistusarvoissa mahdollisesti tapahtuviin muutoksiin siten, että vakiintunutta rangaistuskäytäntöä koskeva traditio muodostaa luontaisen pidäkkeen yhdenvertaisuuden ja ennakoitavuuden kannalta ongelmallisen suurille muutoksille.

72 Lappi-Seppälä 1987, s. 113.

73 Tämänkaltaisesta traditiosidonnaisuudesta ks. Kaarlo Tuori, Oikeuden traditiot. Niin & Näin 2/2005, s. 77–85, 78–80. Ks. myös Melander 2011, s. 194–195.

74 Ks. myös Melander 2011, s. 195.

4.2. KKO:n rangaistuksen mittaamista koskeva nykykäytäntö ja sen suhde normaalirangaistusajatteluun

Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä on viime vuosina mielenkiintoisella tavalla pyritty irtautumaan normaalirangaistusajattelusta sellaisena kuin se omaksuttiin 1970-luvulla ja kuin se on vakiintuneesti ymmärretty. Kuten edellä on todettu, normaalirangaistusajattelu perinteisessä merkityksessään on korostanut laajasti ymmärretyn oikeuskäytännön merkitystä rangaistuskäytännön ja rikoslajikohtaisten normaalirangaistusten vakiinnuttamisessa. Edellä todettu on liittynyt siihen, että Suomessa korkein oikeus ei perinteisesti ole toiminut rangaistuksen mittaamiseen liittyvissä asioissa ennakkoratkaisuja laajasti antavana tuomioistuimena. Sanottu ei tietystikään tarkoita, etteikö korkein oikeus olisi perinteisesti antanut myös rangaistuksen mittaamista koskevia ennakkoratkaisuja, mutta viimeisen noin kymmenen vuoden aikana niiden määrä on lisääntynyt sekä näissä ratkaisuissa omaksutut rangaistuksen mittaamista koskevat perustelut ovat huomattavasti laajentuneet.

Merkittävänä ratkaisuna tässä suhteessa voidaan pitää lapsen kohdistunutta seksuaalirikosta koskenutta ratkaisua KKO 2011:102. Ratkaisussa oli kysymys lapsen seksuaalisen hyväksikäytön törkeysarvostelusta, rangaistuksen mittaamisesta ja lajinvalinnasta ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välillä. Rangaistuksen mittaamiseen liittyen ratkaisu on noussut huomattavan keskeiseksi ja se on ollut KKO:n omassa ratkaisukäytännössä vuosina 2013–2017 eniten viitattu ratkaisu.⁷⁵ Rangaistuksen mittaamiseen liittyen ratkaisussa ensin mainitaan rangaistuksen mittaamisen lähtökohtien ankkuroituvan rikoslain 6 luvun 3 ja 4 §:ssä tarkoitettuihin periaatteisiin. Tämän jälkeen ratkaisuissa omaksutaan seuraava KKO:n rangaistuksen mittaamisen lähtökohtia koskeva nykyinen perusmuotoilu, joka on ollut KKO:n ratkaisukäytännössä eniten viitattu yksittäisen ratkaisun kohta.⁷⁶

19. Korkein oikeus toteaa, että rangaistuksen määrääminen perustuu edellä mainitut periaatteet huomioon ottamalla asianomaista rikosta koskevassa säännöksessä säädettyyn rangaistusasteikkoon. Sen pohjalta tapahtuvassa mittaamisharkinnassa ovat keskeisessä asemassa kysymyksessä olevaa rikosta koskevat rangaistuksen mittaamista ohjaavat Korkeimman oikeuden ennakkoratkaisut. Jos sellaisia ei ole, huomioon voidaan ottaa myös muut samaa rikosta koskevat Korkeimman oikeuden ratkaisut, joissa Korkeimmassa oikeudessa on ollut kysymys myös rangaistuksen mittaamisesta.

75 Heikki Kempainen – Jukka Siro, Oikeuskäytäntöön viittaaminen korkeimman oikeuden ennakkopäätöksissä. Lakimies 5/2018, s. 493–515, 501–502.

76 Kempainen – Siro 2018, s. 502.

Jos Korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä ei ole jonkin rikoksen osalta lainkaan tai jos se on niukkaa, huomiota voidaan kiinnittää myös rangaistuskäytäntöä kuvaaviin tilastollisiin tai muihin selvityksiin, mikäli niistä ilmenevää rangaistustasoa voidaan pitää edellä mainitut rangaistuksen mittaamisperusteet huomioon ottaen oikeudenmukaisena.

On huomattava, että edellä siteeratusta kohdassa KKO asettaa rangaistuksen mittaamisen lähtökohdaksi ensisijaisesti oman kysymyksessä olevaa rikosta koskevan rangaistuksen mittaamista ohjaavan ratkaisukäytäntönsä. Jos tällaista ei ole, toissijaisesti voidaan huomiota kiinnittää muihin KKO:n samaa rikosta koskeviin ratkaisuihin, joissa on KKO:ssa ollut myös kysymys rangaistuksen mittaamisesta. Jos sen sijaan KKO:n ratkaisukäytäntöä ei ole tai jos se on niukkaa, voidaan rangaistuksen mittaamisessa kiinnittää myös huomiota rangaistuskäytäntöä koskeviin tilastollisiin tai muihin selvityksiin. Tällöinkin edellytetään, että niistä ilmenevää rangaistustasoa on voitava pitää rangaistuskäytännön yhtenäisyys ja rikoslain 6 luvun 4 §:ssä tarkoitettu suhteellisuusperiaate huomioon ottaen oikeudenmukaisena.

Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että ratkaisussa KKO 2011:102 ei korkeimman oikeuden prejudikatuurin kannalta ollut kysymys varsinaisesti uudesta asiasta tai linjanmuutoksesta. Ratkaisun merkityksen on katsottu korostuneen pikemmin sen vuoksi, että korkein oikeus on viime vuosina antanut aikaisempia vuosia enemmän rangaistuksen mittaamista koskevia ratkaisuja.⁷⁷ Totta sinänsä on, että korkein oikeus on myös aikaisemmassa ratkaisukäytännössään korostanut omien ratkaisujensa merkitystä rangaistuksen mittaamisen lähtökohtana, mikä merkitsee, että KKO:n oman ratkaisukäytännön korostamista rangaistuksen mittaamisen lähtökohtana ei KKO:n ratkaisukäytännön kannalta arvioituna KKO:n asema ennakkopäätöstuomioistuimena myös huomioon ottaen ole pidettävänä uutuusarvoa sisältävänä toteamuksena.⁷⁸ Selvää kuitenkin on, että KKO:n rangaistuksen mittaamisen lähtökohtia koskevalla toteamuksella on vaikutusta myös alempien oikeusasteiden ratkaisutoiminnan kannalta. Korkein oikeus valvoo perustuslain 99 §:n 2 momentissa tarkoitettuin tavoin lainkäyttöä omalla toimialallaan ja antaa ennakkoratkaisuja oikeudenkäymiskaaren (4/1734) 30 luvun 3 §:n mukaisesti asioissa, joissa valitusluvan myöntäminen on ollut lain soveltamisen kannalta

77 Kempainen – Siro 2018, s. 502–503.

78 Ks. esim. KKO 1998:67, jossa syytteessä tarkoitettua tekoa verrattiin ratkaisussa KKO 1983 II 37 arvioitavana olleeseen tekoon, johon teosta ilmenevää tekijän syyllisyyttä verrattiin. Ks. tästä myös Kempainen – Siro 2018, s. 502. Myös esimerkiksi törkeää pahoinpitelyä koskevassa keskeisessä mittaamisratkaisussa KKO 2008:85 syytteessä tarkoitettua tekoa on verrattu KKO:n aiempaan törkeää pahoinpitelyä sekä myös tapon yritystä koskevaan käytäntöön.

muissa samanlaisissa tapauksissa tai oikeuskäytännön yhtenäisyyden vuoksi on tärkeää.⁷⁹ Edellä todetusta seuraa, että KKO:n ennakkoratkaisuilla on huomattava oikeuslähteopillinen merkitys alempien oikeuksien ratkaisutoiminnassa.⁸⁰ Kun KKO ratkaisussaan linjaa rangaistuksen mittaamiseen liittyvää oikeuslähteopillista lähtökohtaa vakiintuneesta normaalirangaistusajattelusta poikkeavasti – joskin sinänsä perustuslain ja oikeudenkäymiskaaren mukaisesti –, perustelulausumalla oletettavasti on huomattava merkitys alempien oikeuksien tapaan ymmärtää rangaistuksen mittaamista koskevat ajatukselliset ja oikeuslähteopilliset lähtökohdat. On lisäksi otettava huomioon, että ratkaisua KKO 2011:102 voidaan tulkita myös siten, että se sisältää KKO:n sitoumuksen antaa myös tulevaisuudessa riittävän määrän rangaistuksen mittaamista koskevia ratkaisuja.⁸¹ Selvää nähdäkseni on, että jos KKO on ratkaisutoiminnassaan asettanut oman rangaistuksen mittaamista koskevan ratkaisukäytäntönsä rangaistuksen mittaamisen ensisijaiseksi ohjenuoraksi, KKO on samalla sitoutunut tämänkaltaisen ratkaisukäytännön tuottamiseen – luonnollisesti sinne valikoituvien asioiden sekä niistä ilmenevän muutoksenhakuasetelman asettamissa rajoissa.

Suhteutettuna normaalirangaistusajattelun taustalla oleviin perustaviin näkökohtiin KKO:n tämänhetkisessä rangaistuksen mittaamista koskevassa ratkaisukäytännössä omaksutut lähtökohdat merkitsevät huomattavaa muutosta. Ennen muuta kysymys on KKO:n ratkaisukäytännön aseman korostumisesta rangaistuksen mittaamisessa ja näin myös rangaistuskäytännön mahdolliseen muuttamiseen liittyvissä kysymyksissä siten, että laajasti ymmärrettyä oikeuskäytännössä vakiintunut rangaistuskäytäntö saa aiempaa vähemmän merkitystä. KKO:n toteuttama rangaistuksen mittaamisen lähtökohtien uudelleenmäärittäminen ei käytännössä jätä juuri sijaa muulle rangaistuksen mittaamista koskevalle ratkaisukäytännölle. KKO:n omaksunan muotoilun mukaan ”rangaistuskäytäntöä kuvaaviin tilastollisiin tai muihin selvityksiin” voidaan kiinnittää huomiota, jos niistä ilmenevää rangaistustasoa voidaan pitää rikoslain 6 luvussa tarkoitettujen rangaistuksen mittaamisperusteet huomioon ottaen oikeudenmukaisena. Selvää nähdäkseni on,

79 Tämä niin sanottu prejudaattiperuste on yksi oikeudenkäymiskaaren 30 luvun 3 §:n 1 momentissa tarkoitettu valituslupan myöntämisperuste. Säännöksen mukaan valituslupa voidaan myöntää myös, jos siihen on erityistä aihetta asiassa tapahtuneen sellaisen oikeudenkäynti- tai muun virheen takia, jonka perusteella ratkaisu olisi purettava tai poistettava (ns. purkuperuste), taikka jos valituslupan myöntämiseen on muu painava syy (muun painavan syyn peruste). Tarkemmin ks. Jaakko Rautio, X.2. Valitus korkeimpaan oikeuteen, s. 1181–1204 teoksessa Dan Frände ym., *Prosessioikeus*. 5. uudistettu painos. Alma Talent 2017, s. 1186–1191 ja Tatu Leppänen – Asko Vällimaa, *Muutoksenhaun pääpiirteet*. 4. uudistettu painos. Helsinki 1998, s. 104–108.

80 Aulis Aarnion perinteisissä oikeuslähteopillisissa hahmotelmissa – joita voidaan kutsua peczekiniläis-aarniolaiseksi – tuomioistuinratkaisut – KKO:n ennakkoratkaisut mukaan luettuina – olivat sen sijaan heikosti velvoittavia oikeuslähteitä. Ks. Aulis Aarnio, *Laintulkinnan teoria*. Yleisen oikeustieteen oppikirja. WSOY 1989, s. 220–221.

81 Heikki Kemppinen, *Korkeimman oikeuden ennakkopäätökset rangaistuksen määräämisen oikeuslähteinä*. Defensor Legis 6/2018, s. 869–890, 883 ja 889.

että alempien oikeuksien ratkaisuja ei voida pitää rangaistuskäytäntöä kuvaavina tilastollisena tai muuna selvityksenä, mutta laajasti ymmärretyssä oikeuskäytännössä vakiintunutta rangaistuskäytäntöä koskevat selvitykset tällaisia sen sijaan oletettavasti ovat.⁸² Vaikuttaa kuitenkin siltä, että normaalirangaistusajattelun perustaville tausta-ajatuksille jää KKO:n nykykäytännössä varsin vähäinen sija.

5. Rangaistuskäytännön muuttaminen huumausainerikoksissa

5.1. Huumausainerikoksia koskeva rangaistuskäytäntö ja rangaistussuositusten vaikutus

Huumausainerikosten rangaistuskäytäntö on pitkään muodostanut poikkeuksen muita rikoksia koskevasta rangaistuskäytännöstä. Samoin yleisempi suhtautuminen huumausaineisiin ja rikosoikeudellisen järjestelmän käyttöön huumausaineiden käytön kontrollikeinona on poikennut yleisesti ja laajasti tunnustetuista vallitsevista kriminaalipoliittisista tavoitteenasetteluista. Rikoslain huumausainerikoksia koskeva 50 luku on sääntelyltään varsin kattava ja se perustuu pitkälti kansainvälisiin ja eurooppalaisiin asiaa koskeviin velvoitteisiin.⁸³ Huumausainerikoksia koskevan sääntelyn kattavuus näkyy myös siinä, että huumausainerikoksista määritellyt rangaistusasteikot ovat laajoja ja mahdollistavat varsin ankarat vankeusrangaistukset.

Huumausainerikosten voidaankin katsoa muodostavan poikkeuksen suhteessa vallitsevaan kriminaalipoliittiseen linjaan, jossa on korostettu rikosoikeudellisten keinojen käytön viimesijaisuutta *ultima ratio* -periaatteeseen sitoutumalla sekä laajemminkin muiden yhteiskuntapoliittisten ja sosiaalipoliittisten keinojen ensisijaisuutta tiettyihin ei-toivottaviin ilmiöihin puuttumisessa. Huumausainepoliitikka sen sijaan on pitkään perustunut täyskieltoon pohjautuvaan sääntelymalliin, jossa rikosoikeudellisella sääntelyllä ja ankarilla seuraamuksilla on ollut keskeinen sija. Huumausainepoliitikassa on näin varsin vahvasti korostettu rikosoike-

82 Ks. myös Kempainen 2018, s. 883.

83 Kansainvälisistä huumausainerikoksia koskevista velvoitteista ks. Ari-Matti Nuutila – Sakari Melander, RL 50 luku. Huumausainerikokset, s. 1363–1417 teoksessa Tapio Lappi-Seppälä ym., Rikosoikeus. 3. uud. p. Helsinki 2009, s. 1364–1365. Sääntelyn kytkennästä EU-rikosoikeuteen ks. Sakari Melander, EU-rikosoikeus. 2. p. Helsinki 2015, s. 467–474.

udellisten keinojen ensisijaisuutta sekä ankarien rangaistusten merkitystä, mitä voidaan pitää selvänä poikkeuksena vallitsevasta kriminaalipoliittisesta linjasta.⁸⁴

Tilannetta voidaan edellä esitetyltä kannalta pitää varsin ongelmallisena, koska huumausainerikoksia koskevassa rikosoikeudellisessa sääntelyssä ei ole asianmukaisesti sitouduttu keskeiseen rikosoikeudelliseen valtiosääntöoikeudellisia ulottuvuuksia saaneeseen kriminalisointiperiaatteeseen, joka edellyttää rikosoikeudellisten keinojen viimesijaista käyttöä.⁸⁵ Toiseksi tilanne on varsin ongelmallinen, koska huumausainerikosten rangaistustaso on ollut huomattavan korkea suhteessa muiden rikosten rangaistustasoon. Törkeistä huumausainerikoksista tuomittavien vankeusrangaistusten keskipituus on 3–4 vuotta vankeutta, mikä vastaa jotakuinkin tapon yrityksestä tuomittujen vankeusrangaistusten keskipituutta.⁸⁶ Rikoslain 50 luvun 2 §:ssä tarkoitetun törkeää huumausainerikosta koskevan säännöksen rangaistusasteikko on vankeutta 1–10 vuotta ja oikeuskäytännöstä löytyy lukuisia törkeää huumausainerikosta koskevia ratkaisuja, joissa tuomittu vankeusrangaistus on asteikon sallima maksimirangaistus tai varsin lähellä sitä.⁸⁷ Tämä ei ole niin tavallista muita rikoslajeja koskevassa rangaistuskäytännössä ja on pidetty myös tärkeänä, että rangaistusasteikon yläpään jään aitoa liikkumavaraa käsillä olevan rikoksen ehdottomasti törkeimpiä ilmenemismuotoja varten.⁸⁸

Huumausainerikosten rangaistuskäytäntö on pitkään pohjautunut niitä koskeviin rangaistussuosituksiin. Ensimmäinen huumausainerikoksia koskenut suositus laadittiin tiettävästi 1980-luvulla Helsingin käräjäoikeudessa. Tämän jälkeen suositus on uudistettu vuonna 1999 ja viimeksi vuonna 2006, jolloin huumausainerikoksia koskeva rangaistussuositus laadittiin osana Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke.⁸⁹ Kuten tunnettua, huumausainerikosten rangaistussuosituksessa määritellään huumausaineen lajin ja määrän perusteella rangaistustasoja, joita

84 Tarkemmin ks. esim. P.O. Träskman, *Drakens ägg – den narkotikarelaterade brottskontrollen*, s. 137–162 teoksessa Dag Victor (red.), *Varning för straff. Om vådan av den nyttiga strafflagen*. Stockholm 1995, s. 148 ja P.O. Träskman, *Drug Control and Drug Offences in the Nordic Countries: A Criminal Political Failure too often Interpreted as a Success*. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* 2005, s. 236–256, 236.

85 Ultima ratio -periaatteesta tästä näkökulmasta ks. Sakari Melander, *Kriminalisointiteoria: rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset*. Helsinki 2008, s. 389–391. Ks. myös Kaarlo Tuori, *Ultima Ratio as a Constitutional Principle*. *Oñati Socio-Legal Series* 2013, s. 6–20.

86 Ks. *Seuraamusjärjestelmä 2017*, s. 91–92 (tapon yritystä koskien) ja s. 116 (huumausainerikoksia koskien).

87 Ks. esim. Heini Kainulainen (toim.), *Rangaistuskäytäntö törkeissä huumausainerikoksissa*. Helsinki 2007, s. 57. Oikeuskäytännöstä esim. KKO 2017:23, KKO 2017:12 ja KKO 2017:9.

88 Ks. esim. Jussi Tapani – Matti Tolvanen, *Rangaistuksen määrääminen ja täytäntöönpano*. 2. uud. laitos. Helsinki 2011, s. 23.

89 Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke 2006. Huumausainerikosten rangaistussuositus 4.12.2006, saatavana osoitteessa https://oikeus.fi/hovioikeudet/helsinginhovioikeus/material/attachments/oikeus_hovioikeudet_helsinginhovioikeus/karajaoikeuspainotteistenlaatuhankeidenraportit/2006/a8b7kA29f/Huumausainerikosten_rangaistussuositus_Huum.....pdf (sivulla käyty 21.3.2019).

oikeuskäytännössä on varsin pitkälti noudatettu. Lisäksi suosituksessa asetetaan huumausainelajikohtaisia määriin perustuvia rajoja sille, milloin tietyn huumausainelajin suhteen tulisi soveltaa törkeää tekemuotoa.

Rangaistuskäytäntöä koskevien ohjeiden tai suositusten hyväksyttävyydestä käytiin 2000-luvun alkupuolella keskustelua, jossa niitä puollettiin yhtäältä rangaistuskäytännön yhtenäisyyteen ja yhdenvertaisuuteen liittyvillä perusteilla, mutta toisaalta kritisoitiin niihin liittyvien valtiosääntöoikeudellisten ongelmien vuoksi samoin kuin siksi, että ne ovat omiaan kaavamaisesti rangaistuksen mittaamista koskevaa arviointia sekä supistamaan rangaistuksen mittaamisessa käytännössä huomioon otettavien tekijöiden tosiasiallista vaikutusta.⁹⁰

Selvää nähdäkseni kuitenkin on, että etenkin huumausainerikoksiin liittyvät rangaistussuositukset ovat edelleen vahvistaneet sitä jo valmiiksi ongelmallista linjaa, jossa huumausainerikoksia koskeva rikosoikeudellinen lainsäädäntö on ilmentänyt vakiintuneista kriminaalipoliittisista ja rikosoikeudellisista näkemyksistä poikkeavaa näkökulmaa. Ensinnäkin huumausainerikoksia koskevat rangaistukset ovat muodostuneet suhteettoman ankariksi ja niitä koskevat rangaistukset ovat ilmentäneet pikemmin huumausainerikoksiin syyllistyneiden inkapasiitaatiota korostavaa tavoitetta kuin positiivisen yleisprevention ilmentämiä rangaistuksen tavoitteita. Toiseksi ei ole tarkkaa tietoa siitä, minkälaiseen tutkimustietoon pohjautuvaan perusteelliseen analyysiin Helsingin hovioikeuspiirin laatuhankkeen puitteissa laadittu rangaistussuositus sekä sen taustalla oleva laatuhankkeen huumetyöryhmän raportti⁹¹ perustuu.⁹² Kolmanneksi rangaistussuositukset ovat johtaneet tilanteeseen, jossa tuomioistuimet eivät ole riittävässä määrin huumausainerikoksia koskevassa rangaistuksen mittaamista koskevassa käytännössään ottaneet huomioon niitä rikoslain 6 luvussa tarkoitettuja rangaistuksen mittaamisessa huomioon otettavia perusteita, jotka voimassa olevan lainsäädännön mukaan muodostavat lähtökohdan rangaistuksen mittaamiselle.⁹³

90 Keskustelusta ks. esim. Kaarlo Tuori, Domstolsväsendets interna styrning i brottmål. JFT 2009, s. 101–113 ja Sakari Melander, Yhdenvertaisuus rikosoikeudessa. Oikeus 2/2011, s. 175–198, 191–195.

91 Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke. Huumetyöryhmä 2006. Rangaistuskäytännön yhtenäisyys koskien huumausaine-, lääke- ja dopingrikoksia 4.12.2006, saatavana osoitteessa https://oikeus.fi/hovioikeudet/helsinginhovioikeus/material/attachments/oikeus_hovioikeudet_helsinginhovioikeus/karajaoikeuspainotteistenlaatuhankkeidenraportit/2006/aEj1Jiakh/Huumausainetyoryhman_raportti_Rangaistuskaytannon_yhtenaisyys_koskien_huumausaine_laake_ ja_dopingrikoksia.pdf (sivulla käyty 21.3.2019).

92 Raportti on melko pintapuolinen ja paikoin siitä on havaittavissa jopa asenteellinen kriminaalipoliittinen suhtautuminen samoin kuin jossain määrin väheksyvä suhtautuminen rikosoikeudelliseen tutkimukseen.

93 Tämä siitäkin huolimatta, että Helsingin hovioikeuden laatuhankkeen puitteissa laaditussa huumausainetyöryhmän raportissa 2006 korostetaan tuomarin riippumattomuuden merkitystä ja samalla huomautetaan suosituksen mekaanisen käytön välttämisen tarpeesta. Ks. Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke. Huumetyöryhmä 2006. Rangaistuskäytännön yhtenäisyys koskien huumausaine-, lääke- ja dopingrikoksia 4.12.2006, s. 6.

Neljänneksi kaavamaiset huumausaineen lajiin ja määrään perustuvat rangaistus-suositukset ovat omiaan jäykistämään tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa välttämättä toteutettavaa hiljalleen tapahtuvaa rangaistuskäytännön suhteuttamista rangaistusarvoissa tapahtuviin muutoksiin sekä kysymyksessä olevaa rikostyyppiä koskevaan vallitsevaan yhteiskuntatodellisuuteen. Jos esimerkiksi huumausaineita koskeva yhteiskunnallinen mieliala muuttuu sallivammaksi, kaavamaiset rangaistussuositukset tosiasiassa estävät tai vähintään hidastavat tämänkaltaisten seikkojen huomioon ottamista tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa. Samoin kaavamaiset suositukset eivät kykene toimimaan tyydyttävällä tavalla tilanteessa, jossa esimerkiksi jonkin huumausaineen keskimääräiset maahantuontimäärät kasvavat tasolle, joka merkittävästi ylittää rangaistussuosituksissa mainitut suurimmat ainetta koskevat määrät, jolloin oikeuskäytännössä tulisi toteuttaa korjausliike, jossa huumausaineen määrän perusteella arvioitua teon moitittavuutta – RL 6:4:ssä tarkoitetut muut seikat toki myös huomioon ottaen – suhteutetaan uusiin maahantuontimääriin siten, että rangaistukset voidaan sovellettavan rangaistusasteikon puitteissa kohdentaa oikeasuhtaisesti.

Rangaistussuositukset – koskevat ne joko huumausainerikoksia tai muunlaista rikosoikeudellista sääntelyä – ovat tavoitteeltaan sinänsä hyväksyttäviä niiden pyrkiessä rangaistuskäytännön yhtenäisyyteen ja näin yhdenvertaisuuden toteuttamiseen. Toisaalta niillä on käytännössä kuitenkin lähes yksinomaan edellä kuvattuja negatiivisia vaikutuksia, minkä vuoksi niistä luopuminen olisi ehdottoman perusteltua. Rangaistussuosituksia merkittävästi paremman mallin asianmukaiselle ja oikeudenmukaisesti toimivalle rangaistuksen mittaamiselle tarjoaa normaalirangaistusajattelu, joka edellä esitetyn mukaisesti käytännössä toteutuu lainsoveltajan traditiosidonnaisen toiminnan kautta, jonka puitteissa tiedostetaan ja tulkitaan tradition välittämän käsitteellisen ja tulkinnallisen kehityksen kautta rangaistuksen mittaamista koskevaa sääntelyä sitä käsillä olevan tapauksen tosiseikkoihin suhteuttaen. Tässä traditiosidonnaisessa prosessissa yksittäisissä oikeudenkäynneissä toteutettu kommunikaatio on keskeisessä asemassa mahdollistaen vakiintuneen rangaistuskäytännön omaksumisen mittaamisen lähtökohdaksi, mutta myös muiden asiaan vaikuttavien seikkojen huomioon ottamisen esimerkiksi tilanteessa, jossa vallitseva yhteiskunnallinen näkemys tietyn teon moitittavuudesta ja rangaistusarvosta on muuttunut.⁹⁴ Nykytilanteessa KKO:n ennakkoratkaisujen merkitystä rangaistuksen mittaamisen oikeuslähteenä ja nähdäkseni myös normaalirangaistuskäytännön ensisijaisena määrittäjänä on myös syytä korostaa.

94 Tarkemmin ks. Melander 2011, s. 195–196.

5.2. Huumausainerikosten rangaistuskäytännön muuttaminen KKO:n käytännössä

Korkein oikeus on melko tuoreessa ratkaisukäytännössään kiinnittänyt huomiota huumausainerikoksia koskevan rangaistuskäytännön kaavamaisuuteen ja antanut tiettyjä ratkaisuja, joissa on pyritty irtautumaan huumausainerikoksia koskevien rangaistustaulukoiden kaavamaisesta soveltamisesta. Ratkaisujen tausta liittyy ennen muuta siihen, että huumausainerikosten rangaistuskäytäntö oli muodostunut yleisistä rangaistuksen mittaamista koskevista lähtökohdista poikkeavaksi, mikä taas oli osin johtanut tilanteeseen, jossa kaikkia rangaistuksen mittaamista koskevia lähtökohtia ei asianmukaisesti oikeuskäytännössä ollut otettu huomioon. Tämä taas oli johtanut varsin ankaraan huumausainerikoksia koskevaan rangaistuskäytäntöön.

Ruotsissa vastaavanlaista kehitystä tapahtui useita vuosia aikaisemmin. Ruotsin korkein oikeus (Högsta domstolen; HD) antoi vuosina 2011–2012 useita huumausainerikosten rangaistuskäytäntöä merkittävästi alentaneita ratkaisuja. Ratkaisujen tausta liittyy nimenomaan siihen, että myös Ruotsissa huumausainerikosten rangaistuskäytäntö oli muodostunut liian ankaraksi sekä myös Suomen tavoin liian kaavamaisesti huumausaineen lajiin ja määrään pohjautuvaksi. Ensimmäinen ratkaisu oli NJA 2011, s. 357, jonka jälkeen HD on antanut useita samansuuntaisia ratkaisuja.⁹⁵ Ruotsissa huumausainerikosten rangaistuskäytäntöä alentaneet ratkaisut johtivat siihen, että rikoslakiin lisättiin huumausainerikoksen erityisen törkeä tekemuoto (synnerligen grovt narkotikabrott, narkotikastrafflag 3 § 2 st.).

Ratkaisussa KKO 2017:9 korkein oikeus otti vahvennetussa jaostossa kantaa huumausainekuriirille tuomittuun rangaistukseen sitä merkittävästi alentaen. Asiassa A oli tuonut laittomasti maahan 7 884 grammaa 38–45-prosenttista amfetamiinia edelleen levittämistä varten. A oli toiminut kuriirina kuljettamalla saamiensa ohjeiden mukaan palkkiota vastaan huumausaine-erän sisältäneen henkilöauton Virossa Suomeen. Käräjäoikeus ja hovioikeus olivat tuominneet A:n 8 vuodeksi 6 kuukaudeksi vankeuteen. Korkein oikeus sen sijaan alensi A:lle tuomittua rangaistusta siten, että hänet tuomittiin 5 vuodeksi 6 kuukaudeksi vankeuteen. Ratkaisu on siitä merkittävä, että KKO pyrki ratkaisussa merkittävästi irtautumaan taulukoihin perustuvasta huumausainerikosten varsin kaavamaiseksi muodostu-

⁹⁵ Asiasta laajemmin ks. esim. Martin Borgeke, Påföljdsbestämning i narkotikamål. Svensk Juristtidning 1/2013, s. 1–70 ja Petter Asp, Högsta domstolen revolutionerar narkotikabrotten. Svensk Juristtidning 7/2011, s. 659–668. Ks. Myös SOU 2014:43. Synnerligen grova narkotikabrott, s. 59–105.

neesta rangaistuskäytännöstä, jossa ei ole asianmukaisesti otettu huomioon kaikki rikoslain 6 luvun mukaan rangaistuksen mittaamiseen vaikuttavia perusteita. KKO:n ratkaisun perustelut ovat yleisesti tältä osin varsin merkittävät, minkä vuoksi ratkaisun 11 kohta on syytä siteerata tässä kokonaisuudessaan.

11. Oikeuskäytännössä rangaistus huumausainerikoksesta määräytyy usein melko kaavamaisesti aineen määrän ja laadun perusteella. Tämä edistää rangaistusten mittaamisessa rangaistuskäytännön yhtenäisyyttä ja ennakoitavuutta. Toisaalta huumausainerikokset ovat kohdistuneet yhä suurempiin määriin huumausainetta ja niiden kohteeksi on tullut lukuisia uusia erittäin vaarallisina pidettäviä huumausaineita. Tämä on yhdessä edellä mainitun kaavamaisen mittaamistavan kanssa johtanut törkeistä huumausainerikoksista tuomittavien rangaistusten kohoamiseen lähelle enimmäisrangaistusta myös sellaisista teoista, jotka eivät tekotavoiltaan ole kaikkein vahingollisimpia, vaarallisimpia ja suurinta syyllisyyttä osoittavia. Ankarimmat rangaistukset eivät siten kohdistu vain kaikkein törkeimpiin huumausainerikoksiin eivätkä tekojen rangaistusarvot ole riittävästi erotettavissa toisistaan. Samalla törkeiden huumausainerikosten rangaistuskäytäntö on erkaantunut muun tyyppisistä rikoksista, joissa on sama rangaistusasteikko.

KKO tämän jälkeen perustellusti totesi, että huumausainerikoksesta tuomittavan rangaistuksen ei tule perustua yksin rikoksen kohteena olevan huumausaineen lajiin ja määrään vaan rangaistuksen mittaamisessa tulee ottaa huomioon kaikki rikoslain 6 luvun 4 §:ssä tarkoitettut seikat ja todennut, että etenkin törkeimmissä huumausainerikoksissa teon rangaistusarvoon vaikuttavat merkittävästi myös muut seikat kuin huumausaineen laatu ja määrä (ratkaisun KKO 2017:9 perustelujen 12 kohta). Nähdäkseni KKO:n perustelut ilmentävät selvästi sitä lähtökohtaa, että huumausainerikoksia koskevat rangaistussuosituksiset ja -taulukot ovat johtaneet ongelmalliseen tilanteeseen, jossa rangaistuksen mittaamisessa ei ole asianmukaisesti tukeuduttu kaikkiin voimassa olevan lainsäädännön sisältämiin rangaistuksen mittaamista koskeviin lähtökohtiin.⁹⁶

Ratkaisun KKO 2017:9 jälkeen korkein oikeus on antanut toisen merkittävän ratkaisun (KKO 2017:23), jossa niin ikään huumausainekuriirille tuomittua rangaistusta merkittävästi alennettiin samoin perustein kuin ratkaisussa KKO 2017:9. Ratkaisussa KKO 2018:45 sen sijaan otettiin kantaa huumausaineen kätäkijälle tuomittavan rangaistuksen mittaamiseen. Huomionarvoinen on myös dopingri-

96 Ratkaisun analyysistä ks. myös Kempainen 2018, s. 886–887 ja Jukka Siro, Huumausainerikokset. Edita 2017, s. 29–30, 148–149 ja 153–155.

kosta koskeva mittausratkaisu KKO 2017:88, jossa määritellään rangaistuksen mittaamisen perusteita dopingrikoksissa huumausainerikoksia koskeva KKO:n käytäntö soveltuvin osin huomioon ottaen tilanteessa, jossa KKO ei aikaisemmin ollut antanut dopingrikoksia koskevaa mittausratkaisua.

KKO:n huumausainerikosten rangaistuksen mittaamista koskeva ratkaisu-käytäntö osoittaa, että korkein oikeus on valmis antamaan rangaistuskäytännön muuttamista koskevia ratkaisuja, vaikka tämä tehtävä ensisijaisesti ja luontevimmin olisi lainsäätäjän toteutettavissa. KKO:n ratkaisuja voidaan pitää myös ensiarvoisen tärkeinä siinä, että ne osoittavat rangaistustaulukoiden ongelmallisuuden, koska taulukot ovat omiaan johtamaan rangaistuksen mittaamista koskevan käytännön kaavamaistumiseen.⁹⁷ Toiseksi ratkaisut ovat huomattavan tärkeitä, koska ne korjaavat sitä ongelmallista tilannetta, jossa huumausainerikoksia koskevassa rangaistuksen mittaamisesta koskevassa käytännössä ei ole kiinnitetty asianmukaisesti huomiota kaikkiin rikoslain 6 luvun mukaan rangaistuksen mittaamisessa huomioon otettaviin perusteisiin.

6. Lopuksi

Rangaistuskäytännön muuttamista voidaan pitää mielenkiintoisena rikosoikeudellisena erityiskysymyksenä, joka herättää mielenkiintoa niin oikeudellisesta kuin laajemmasta näkökulmasta. Selvää on, että äkilliset rangaistuskäytännössä toteutettavat muutokset ovat ongelmallisia ennen muuta perustuslain 6 §:ssä turvatun yhdenvertaisuuden näkökulmasta eivätkä sellaiset muutenkaan kuulu rationaaliseen ja hyväksyttävään rikosoikeuteen ja kriminaalipolitiikkaan. Yhtä lailla selvää kuitenkin myös on, että vallitsevassa rangaistuskäytännössä tulee sopeutua ja reagoida rangaistusarvoissa ja rangaistavaksi säädettyjen tekojen moitittavuudessa tapahtuviin muutoksiin.

Kuten edellä on todettu, ensisijainen toimija rangaistuskäytännön muuttamisessa on lainsäätäjä. Lainsäätäjä toteuttaa edellä kuvattujen valtiosääntöisten rajoitteiden asettamissa puitteissa toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on antaa viesti lainsoveltajalle tietyn teon rangaistusarvossa tapahtuneesta muutoksesta, jonka tulisi myös näkyä tuomioistuinten rangaistuskäytännössä. Selkeimmin tämä tapahtuu tietyn teon rangaistusasteikkoa muuttamalla. Rangaistuskäytännön muuttaminen on tällöin vaiheittainen prosessi, jonka vaikutukset näkyvät oikeuskäytännössä viiveellä. Ensisijaisesti rangaistuskäytännön muuttamisen tulisi toteutua perusteellisen lainvalmistelun kautta, jossa vallitseva tiettyä tekoa

⁹⁷ Samoin Kemppinen 2018, s. 887.

koskeva rangaistuskäytäntö huolellisesti selvitetään sekä suhteutetaan se teon moitittavuudessa ja rangaistusarvossa mahdollisesti tapahtuneeseen muutokseen samalla huolellinen ja laaja vaikutusarviointi sekä säätämisjärjestystä koskeva arviointi toteuttaen. Tällöin on pääsääntöisesti kysymys valtioneuvoston toteuttamasta lainvalmistelusta, mutta on tosin huomattava, että perustuslain 53 §:n 3 momentissa tarkoitettu kansalaisaloite, joka tarjoaa kansalaisille mahdollisuuden vaikuttaa suoraan poliittiseen päätöksentekoon ja saada tärkeäksi kokemiaan asioita eduskunnan käsiteltäväksi, tarjoaa myös rangaistuskäytännön muuttamisen suhteen tärkeän kanavan vähintään sille, että lainvalmistelussa voidaan arvioida tietyn teon mahdollisesti muuttuneen rangaistusarvon vaikutusta lainvalmistelun käynnistämiseen.

Korkeimman oikeuden rangaistuksen mittaamista koskeva ratkaisukäytäntö on vuodesta 2011 alkaen merkittävästi laajentunut ja muuttunut. Ensinnäkin KKO on nimenomaisesti pyrkinyt irtautumaan 1970-luvulta lähtien omaksutusta niin sanotusta normaalirangaistusajattelusta ja painottanut vahvasti oman rangaistuksen mittaamista koskevan ratkaisukäytäntönsä merkitystä vakiintuneen oikeuskäytännön (sisältäen luonnollisesti myös käräjä- ja hovioikeuskäytännön) kustannuksella. Toiseksi KKO on myös osoittanut olevansa valmis ilman lainsäätäjän myötävaikutusta antamaan rangaistuskäytännön muuttamiseen liittyviä ennakkoratkaisuja vähintään tilanteessa, jossa vallitseva rangaistuskäytäntö on perustunut vinoutuneisiin ja voimassa olevan lainsäädännön kannalta epätyytyttäviin lähtökohtiin. Korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä voidaan näin pitää lainsäädännön ohella merkittävänä rangaistuskäytännön muuttumiseen johtavana lähteenä, jolla todennäköisesti on nopeampi vaikutus laajasti ymmärrettyyn rangaistuskäytäntöön kuin lainsäädäntöteitse toteutetulla pyrkimyksellä muuttaa rangaistuskäytäntöä.

Samuli Miettinen

Euroopan unionin jäsenvaltioiden välinen luottamus ja tunnustaminen: vastavuoroista vai keskinäistä? Tarkastelussa erityisesti EU- tuomioistuimen pidätysmääräyksiä koskeva uusi oikeuskäytäntö

1. Aluksi

Yksi varhaisimmista EU-rikosoikeutta koskevista keskusteluista, joita muistan käyneeni Kimmo Nuotion kanssa, koski Euroopan unionin oikeudellisessa kehityksessä varsin keskeistä ja monitahoista teemaa. Olimme muistaakseni Helsinki-Vantaan lentokentällä sattumalta odottamassa eri lentoja, ja Kimmo avasi keskustelun siitä, mitä tarkoitetaan vastavuoroisella tunnustamisella. Keskustelu ei ehtinyt edetä kovinkaan syvälliseksi, mutta pohdimme yhdessä ääneen, miten käsite tulisi kääntää suomeksi. Pitäisikö Euroopan unionin rikosoikeudellisen yhteistyön asiayhteydessä pikemminkin keskustella keskinäisestä – tai jostain muusta tunnustamisesta? Oliko toisessa jäsenvaltiossa tehtyjen viranomaisten päätösten tunnustamisessa kyse vastavuoroisuudesta, vai jostain yhteistyötä pyytävän jäsenvaltion toiminnasta riippumattomasta velvollisuudesta? Keskustelu käytiin melko pian sen jälkeen, kun pääsin Kimmon ohjaukseen; sain opinto-oikeuden Helsingin yliopistoon oikeustieteen tohtorin tutkintoa suorittamaan syksyllä 2006.

Kimmon kysymys on edelleen ajankohtainen, ja vastaukseni ainakin monitahoisempi, joskaan ei välttämättä syvällisempi. Tästä oman ajatteluni kehityksestä on kiitettävä myös Kimmon kysymystä, joka näennäisessä yksinkertaisuudessaan osui moneen vaikeaan EU-oikeuden ja integraatiokehityksen ongelmakohtaan.

Vastavuoroinen tunnustaminen mainitaan tätä kirjoittaessa melkein 300 direktiivin ja 200 asetuksen tekstissä, joten käsitteen syvällinen ymmärtäminen on avain moneen integraation peruskysymykseen alasta riippumatta. Viime vuosikymmenen aikana vastavuoroinen tunnustaminen liitetään yleisesti keskinäisen luottamuksen käsitteeseen. Vaikka jäsenvaltioiden keskinäinen luottamus on ollut kovilla erinäisten kriisien yhteydessä, etenee toisaalta tuomioiden ja muiden virallistoimenpiteiden tunnustaminen laajalla rintamalla oikeudenalasta riippumatta. Käsitteen eri muodoissa piilee myös monia syvenevän yhteistyön johdosta esiin nousseita oikeudellisia ongelmia, joiden kautta lainsäätäjä ja tuomioistuinlaitos ovat tahoillaan joutuneet ottamaan kantaa sen moniin ulottuvuuksiin. Tässä artikkelissa pyrin esittelemään näitä ongelmia erityisesti sellaisina kuin ne ovat esiintyneet EU-tuomioistuimen eurooppalaisia pidätysmääräyksiä koskevassa oikeuskäytännössä. Painopiste on erityisesti ajankohtaisessa keskinäistä luottamusta käsittelevässä oikeuskäytännössä.

2. Onko vastavuoroinen tunnustaminen vastavuoroista?

Vastavuoroisuuden käsite on ongelmallinen siksi, että sen painolastina on – kuinka muutenkaan – ajatus vastavuoroisuudesta. Tätä ajatusta soveltaen tunnustamista ei tehdä siksi, että luotamme lähtökohtaisesti muiden kuin oman jäsenvaltiomme julkisvallan toimintaan. Tuomiot tai tavaroiden tai palvelujen sääntely tunnustetaan tämän ajatusmallin mukaan siksi, että jos teemme niin, toisetkin jäsenvaltiot tunnustavat meidän järjestelmämme siunaaman lopputuloksen. Vastavuoroista tunnustamista edeltävässä yhteistyömallissahan pyyntöihin suostuminen oli usein riippuvainen siitä, voitiinko yhden valtion viranomaisen tekemä päätös transformoida toisen kansallisen järjestelmän mukaiseksi päätökseksi. Iso-Britannian tehdessä sekasortoista lähtöään Euroopan unionista on myös makrotasolla selvää, että tietynlainen vastavuoroisuus on EU:n toiminnan perustana sen arvioidessa suhteitaan entiseen jäsenvaltioon. Neuvotteluja ja niissä esitettyjä vaatimuksia ohjaa jonkinlainen tasapaino jäsenvaltioiden ja niiden kansalaisten oikeuksien ja velvollisuuksien välillä. Kaikki vaihtoehdot eivät ole neuvoteltavissa.

Yksittäisessä tapauksessa vastavuoroisuus edellyttäisi yksityiskohtaista tarkastelua siitä, saavutettaisiinko samassa asiassa sama tulos myös tunnustamista pyytävässä valtiossa. Laajemmin arvioiden jäsenvaltion toimintaa tunnustamista koskevissa asioissa liittyisi myös arvio siitä, ovatko toiset jäsenvaltiot vastaavissa asioissa tunnustaneet meillä tehtyjä päätöksiä. Oikeusavun suhteen vastavuoroista

tunnustamista edeltävä käytäntö tarkoittikin myös poliittista harkintaa siitä, tulisiko pyyntöön suostua. Yhteistyömallissa varsinaisen päätöksen avun antamisesta teki valtio, joka on pyynnön kohteena.¹

Keskustellessani Kimmon kanssa pohdimme, olisiko vastavuoroisuuden vastine englanniksi 'reciprocity'. Käsitettä rasittaa yhteys kansainvälisessä oikeudessa tunnettuun vastavuoroisuusperiaatteeseen. Kuriositeettina mainittakoon, että tätä käsitettä käytettiin Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 220 artiklassa. Artiklassa kehoitettiin jäsenvaltioita neuvottelemaan sopimuksia, joilla tavoiteltiin yritysten ja yhteisöjen tunnustamista ('the mutual recognition of companies and firms') ja toisaalta tuomioiden ja välimiesratkaisujen tunnustamista koskevien muodollisuuksien vähentämistä (the simplification of formalities governing the reciprocal recognition of judgments of courts and arbitral awards).² 2000 Euroopan unionissa tehdystä oikeusapua koskevassa sopimuksessa puhutaan keskinäisestä oikeusavusta, jota puolestaan käytettiin myös aiemmissa kansainvälisistä sopimuksista.³

Yhden käännöksen merkitys on tietenkin vähäinen järjestelmässä, jossa tulkintaoppi edellyttää monikielistä ja sääntelyn tavoitteita ja kehitystä arvioivaa tulkintaa. Käännöksen nyansseista keskusteltaessa arvioinnissa on EU-yhteydessä lähdevä 1982 annetun CILFIT-tuomion⁴ opeista, joihin palataan edelleen uudessakin oikeuskäytännössä.⁵ EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä vakiintuneiden CILFIT-kriteereiden mukaan arvioitaessa, tulisiko unionin oikeuden tul-

-
- 1 Ks. vertailusta tiivistetysti Dan Frände – Dan Helenius, Suomalaisen rikosprosessioikeuden kansainvälisiä ulottuvuuksia, s. 921–960 teoksessa Dan Frände – Erkki Havansi – Dan Helenius – Risto Koulou – Juha Lappalainen – Heidi Lindfors – Johanna Niemi – Jaakko Rautio – Jyrki Virolainen, Prosessioikeus. 4. uudistettu painos. SanomaPro 2012, s. 929.
 - 2 Official Journal of the European Communities, C 224, 31 August 1992. Ks. Tuomas Pöysti, Eurooppalainen rikosoikeus ja Euroopan unionin rikosoikeuden Corpus Juris -hanke. Lakimies 1/1997, s. 132–159, 149. Toisaalta 1997 suomenkielinen konsolidoitu toisinto käytti molemmista jo vastavuoroisen tunnustamisen käsitettä: EUVL C 340, 10. marraskuuta 1997 s. 295.
 - 3 Laki keskinäisestä oikeusavusta rikosasioissa Euroopan unionin jäsenvaltioiden välillä tehdyn yleissopimuksen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta ja yleissopimuksen soveltamisesta 148/2004; ks. vuodelta 1959 peräisin oleva Euroopan neuvoston keskinäistä oikeusapua rikosasioissa koskeva eurooppalainen yleissopimus SopS 30/1981 ja sen toinen lisäpöytäkirja SopS 34/2014 sekä Keskinäisestä oikeusavusta Euroopan unionin jäsenvaltioiden välillä tehty yleissopimus SopS 56/2004 ja siihen vuonna 2001 tehty pöytäkirja SopS 43/2005. Katarina Jahkola, Rikosasioita koskeva keskinäinen oikeusapu Euroopan unionissa. Lakimies 4/2000, s. 506–536.
 - 4 C-283/81 CILFIT v Ministero della Sanità [1982] ECLI:EU:C:1982:335. ECR 1982, suomenkielinen erityispainos VI /00537.
 - 5 C-587/17 P Belgia v komissio [2019] ECLI:EU:C:2019:75, kohta 77: ”Toiseksi unionin tuomioistuimen vakiintuneesta oikeuskäytännöstä ilmenee, että jos Cour de cassationissa tulee esiin unionin oikeutta koskeva kysymys, sillä ei ole tämän tuomion 74 kohdassa mainittua velvollisuutta pyytää unionin tuomioistuimelta ennakkoratkaisua silloin, kun se toteaa, että esille tullut kysymys on vailla merkitystä, että unionin tuomioistuin on jo tulkinnut kyseessä olevaa unionin oikeuden säännöstä tai määräystä tai että se, miten unionin oikeutta on sovellettava, on niin ilmeistä, ettei tästä ole mitään perusteltua epäilystä, ja sen arvioinnissa, onko kyse tällaisesta tilanteesta, huomioon on otettava unionin oikeuden ominaispiirteet, sen tulkintaan liittyvät erityiset ongelmat sekä vaara oikeuskäytäntöjen eroavaisuuksien syntyisestä unionin alueella.”

kinnasta kysyä EU-tuomioistuimelta ennakkoratkaisua, tulee arvioinnissa ottaa huomioon unionin oikeuden ominaispiirteet ja sen tulkinnasta johtuvat erityiset vaikeudet sekä toteuttaa eri kieliversioiden vertailua, koska unionin oikeuden säädökset laaditaan usealla kielellä ja kaikki kieliversiot ovat todistusvoimaisia ja koska unionin oikeudessa käytetään sille ominaista terminologiaa, jolla voi olla eri merkitys kuin samalla kielellä kansallisessa asiayhteydessä käytetyllä ilmaisulla. Unionin oikeuden säännös tai määräys on sijoitettava asiayhteyteensä ja sitä on tulkittava siten, että huomioon otetaan unionin oikeus kokonaisuudessaan: sen tavoitteet sekä sen kehitysaste tulkittavana olevan säännöksen tai määräyksen soveltamisajankohtana.⁶ Jos nämä seikat huomioon ottaen voidaan katsoa, ettei jäsenvaltioiden tuomioistuimille jää vähäisintäkään epäilystä säännöksen tulkinnasta, ei viimesijaisenaan tuomioistuimen ole kysyttävä ennakkoratkaisua. Tätä kriteeristöä on alkuperäisten jäsenvaltioiden tuomioistuintenkin edelleen vaikeaa soveltaa oikein.⁷

Myös EU-kieli elää. Vaikka vastavuoroisen tunnustamisen käsite on tällä hetkellä vakiintunut, voidaan ajatella, että tulevaisuudessa vastavuoroisuus jää yhä enemmän taka-alalle niin, että ajan myötä saatammekin puhua vain tuomioiden, päätösten tai vaikkapa tutkintojen tunnustamisesta. EU-tuomioistuimessakin esiintyy, erityisesti ennen käsitteiden vakiintumista, erilaisia muotoja sisällöltään samankaltaisesta ajatuksesta. Sisämarkkinaoikeuden varhaisissa ratkaisuissa puhutaan vastavuoroisesta luottamuksesta tilanteessa, josta tänään käytettäisiin käsitettä vastavuoroinen tunnustaminen.⁸ Vastaavasti rikosoikeuden alalla viime aikoina esillä ollut keskinäisen luottamuksen käsite esiintyy toisinaan eri muodoissa.⁹

6 C-283/81 CILFIT, kohta 16–20.

7 Ks. erityisesti C-416/17 komissio v Ranska [2018] ECLI:EU:C:2018:811; vrt. selvitykseen, jonka Suomi antoi omaa järjestelmäänsä koskevassa tutkimuksessa 7890/15/SJUR.

8 Esim. julkisasiamies la Pergolan ratkaisuehdotus asiassa C-184/96 komissio v Ranska [1997] ECLI:EU:C:1997:495, kohta 28–31, koskien kuluttajan suojaan vetoamista tavaroiden sääntelyn yhteydessä, ts. Cassis de Dijon- ratkaisun perusajatusta myös samassa asiayhteydessä. Sisämarkkinoiden osalta esim. Juha Raitio, Euroopan unionin oikeus s. 369 TalentumPro 2016.

9 Ks. tältä osin esimerkiksi C-268/17 Ured za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta v AY [2018] ECLI:EU:C:2018:317. Julkisasiamies Szpunarin toteaa ratkaisuehdotuksessaan, alaviitteessä 9, keskinäisestä luottamuksesta käytettävään ilmaisuja 'mutual trust' ja 'mutual confidence'. Vrt. esim. asian C-399/11 Stefano Melloni v Ministerio Fiscal [2013] ECLI:EU:C:2013:107 kohdan 63 kieliversioita, joista joissakin käännöksissä puuttuu keskinäisen luottamuksen periaate, tai kohdassa 37 ilmenevää 'vankan luottamuksen' käsitettä.

3. Keskinäinen luottamus

Kuten Kimmo on itse omissa kirjoituksissaan todennut, prosessuaalisen 'raiteen' valinnan vaikutukset aineellisen lainsäädännön lähentämistarpeisiin rikosoikeuden alalla ovat ennakoimattomia. Viranomaispäätösten vastavuoroinen tunnustaminen on radikaalia, koska valtiolliset toimivaltarajat hälvenevät ilman, että lainsäädäntöä lähennetään.¹⁰ Vastavuoroisen tunnustamisen aisapariksi on muotoutunut käsite keskinäisestä luottamuksesta. Tunnustamme päätökset ja tuomiot, koska luotamme yleisellä tasolla toisten jäsenvaltioiden järjestelmien toimintaan. Teemme näin siitä huolimatta, että lainsäädäntöä ei ole yhtenäistetty. Mutta onko keskinäinen luottamus perusteltua, ja jollei ole, mitä siitä tulisi seurata rikosoikeudellisessa yhteistyössä? Pitkälle vietyä vastavuoroisella tunnustamisella tarkoitetaan tänään todellisuudessa järjestelmää, jossa vastaanottavalla jäsenvaltiolla ei ole juuri tosiasiallisia mahdollisuuksia kyseenalaistaa sille esitetyn määräyksen perusteita. Tämä on taas johtanut kasvavaan tarpeeseen yhtenäistää esimerkiksi rikoksesta syytettyjen oikeussuojaa.

Keskinäisestä luottamuksesta puhutaan jo 1990-luvun sisämarkkinaoikeutta koskevassa oikeuskäytännössä. Tutkintotodistusten tunnustamista koskevassa järjestelmässä otettiin varhain käyttöön tiettyjen tutkintojen, kuten lääkäreiden ammatin harjoittamiseen oikeuttavien tutkintojen, automaattinen tunnustaminen.¹¹ Tätä EU-sääntelyä koskevassa oikeuskäytännössä on todettu, että järjestelmästä poikkeaminen jo itsessään vaarantaa keskinäisen luottamuksen ja näin myös järjestelmän toiminnan. Vaikka pidätysmääräysten tunnustaminen ei ole samalla tavoin automaattista, jäsenvaltioiden keskinäinen luottamus on tässäkin yhteydessä vahva, miltei kumoamaton, olettama.

Keskinäisestä luottamuksesta rikosoikeudessa: esimerkkinä eurooppalainen pidätysmääräys

Aito keskinäinen luottamus rikosoikeudellisessa yhteistyössä on mahdollista vain, jos kaikissa jäsenvaltioissa on riittävä oikeussuoja paitsi menettelyjen aikana, myös tuomioiden täytäntöönpanoon liittyvissä olosuhteissa. Kun toistaiseksi parhaiten tunnettua unionin rikosoikeudellisen yhteistyön välinettä, eurooppalaista pidätysmääräystä, pantiin täytäntöön, jouduttiin useassa jäsenvaltiossa pohtimaan sitä, miten pidätysmääräyksestä tulisi voida kieltäytyä tilanteessa, jossa mää-

10 Kimmo Nuotio, Euroopan unioni kriminaalipolitiikan tekijänä – järkevän kriminaalipolitiikan pääteipiste? Lakimies 7–8/2003, s. 1213–1235, 1233.

11 Ks. nykyään Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2005/36/EY, annettu 7 päivänä syyskuuta 2005, ammattipätevyyden tunnustamisesta (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti) EUVL L 255, 30.9.2005, s. 22–142, sekä yleisemmin palveluista Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2006/123/EY, annettu 12 päivänä joulukuuta 2006, palveluista sisämarkkinoilla OJ L 376, 27.12.2006, s. 36–68. Aihe on edelleen ajankohtainen: C-675/17 Preindl [2018] ECLI:EU:C:2018:990.

räyksen antaneen jäsenvaltion takuut eivät vastanneet määräyksen toteuttavan jäsenvaltion vaatimaa suojan tasoa. Niinpä automaattisen tunnustamisen sijaan jäsenvaltiot joutuivat arvioimaan, milloin täytäntöönpaneva viranomainen olisi velvoitettu kieltäytymään tunnustamisesta, ja missä olosuhteissa viranomaiselle annettaisiin harkintaa tältä osin. Asia herätti keskustelua pohjoismaissa jo täytäntöönpanovaiheessa.¹² EU-tasolla keskusteltiin laajasti siitä, missä tilanteessa voitaisiin perusoikeussyistä kieltäytyä panemasta täytäntöön yksittäistä pidätysmääräystä.¹³ Puitepäätöshän viittasi ihmisoikeussopimukseen, mutta ei sisältänyt tähän liittyvää kieltäytymisperustetta.¹⁴ Sittenkin vastavuoroisen tunnustamisen vastapainoksi on tullut perussopimustasollakin mainittu lainsäädäntöohjelma, jolla kehitetään jäsenvaltioiden yhteisiä oikeussuojatakeita ja näin vahvistetaan keskinäistä luottamusta.¹⁵ Lisäksi unionille on perussopimusten tasolla asetettu tavoite liittyä Euroopan ihmisoikeussopimukseen.¹⁶ Mutta kuinka paljon keskinäistä luottamusta edellytetään jäsenvaltioilta ja milloin tämä luottamus horjuu? Olettama siitä, että jäsenvaltiot noudattavat yhteisiä minimivaatimuksia ja että nämä minimivaatimukset ovat riittäviä, on varsin vahva.

Yksi vastavuoroisen tunnustamisen virstanpylväs löytynee jo joitakin vuosia vanhasta EU-tuomioistuimen Melloni-ratkaisusta.¹⁷ Ratkaisu havainnollistaa kuvaavasti, kuinka oikeussääntöjen yhtenäistäminen vähentää jäsenvaltioiden liikkumavaraa. Melloni-tuomiossa pyydettiin ennakkoratkaisua siitä, voitiinko eurooppalaista pidätysmääräystä kieltäytyä täytäntöönpanemasta tilanteessa, jossa epäillyn oikeudet oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin olisivat voineet vaarantua siksi, että hän ei ollut läsnä oikeudenkäynnissä. Kun tästä nimenomaisesta kysymyksestä oli sääntelyä puitepäätöksessä ja tämän sääntelyn katsottiin täyttävän vähimmäisvaatimukset oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä, täytäntöönpaneva jäsenvaltio ei enää voinut oman oikeusjärjestyksensä nojalla asettaa lisäehtoja täytäntöönpanolle. Vaikka Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 34 artiklassa todettiin, ettei puitepäätöksestä itsestään voi johtaa välitöntä oikeusvaikutusta,

12 Ks. erityisesti Annika Suominen, *The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters. A Study of the Principle in four framework decisions and in the implementation legislation in the Nordic Member States*. Intersentia 2011.

13 Sakari Melander, *EU-Rikosoikeus*. Sanoma Pro 2010, s. 147–149; Annika Suominen, *Perus- ja ihmisoikeusnäkökohtia Suomen kansainvälisessä yhteistyössä rikosasioissa*. Defensor Legis 1/2011, s. 37–51.

14 2002/584/YOS Neuvoston puitepäätös, tehty 13 päivänä kesäkuuta 2002, eurooppalaisesta pidätysmääräyksestä ja jäsenvaltioiden välisistä luovuttamismenettelyistä. Tiettyjen jäsenvaltioiden lausumat puitepäätöksen tekemisestä EYVL L 190, 18.7.2002, s. 1–20, johdanto-osan kappaleet 12–13 sekä artiklan 1 kohta 3.

15 Ks. esim. Johanna Niemi, *Prosessioikeus ja eurooppalaistumisen haaste*. Lakimies 7–8/2014, s. 1058–1065, 1063.

16 Sonya Walkila, *Perusoikeuksien turvaaminen Euroopan unionissa – Tasapainoilua tavoitteiden ja keinojen ristiaallokossa*. Defensor Legis 4/2015, s. 792–807, 796.

17 C-399/11 Melloni.

EU-tuomioistuin painotti perusoikeuskirjan soveltamisessa unionin oikeuden yhtenäisyyttä ja etusijaa. Perusoikeuskirja muodosti soveltamisalallaan paitsi vähimmäisvaatimuksen, myös enimmäisvaatimuksen suojan tasosta.¹⁸ Keskinäinen luottamus on vahva oletusarvo tilanteessa, jossa unionin oikeutta on yhtenäistetty sitä huolimatta, ettei itse yhtenäistävä unionin sääntely voisi sellaisenaan tuottaa oikeusvaikutuksia. Sen sijaan tilanteessa, jossa puitepäätös ei säätänyt muutoksenhakumenettelystä ja tähän liittyvistä määräajoista, jäsenvaltio sai säätää näistä menettelyistä, kunhan muutoksenhaun lykkäävä vaikutus ei johtanut puitepäätöksessä annettujen määräaikojen ylittymiseen.¹⁹

Merkittävästi visaisempia ongelmia liittyy luottamuksen puutteeseen tilanteessa, jossa jäsenvaltion oikeusjärjestys ei pysty toteuttamaan perusoikeuksien vaatimaa suojan vähimmäistasoa. N.S.-tapauksessa EU-tuomioistuin joutui ottamaan kantaa tilanteeseen, jossa jäsenvaltion oikeusolojen väitettiin johtavan sellaiseen epäinhimilliseen kohteluun, jonka johdosta jäsenvaltioon ei saataisi palauttaa turvapaikanhakijoita.²⁰ Vaikka EU-sääntelyssä²¹ katsottiin, että turvapaikanhakijoita voitaisiin palauttaa toisiin jäsenvaltioihin, lainsäädännössä esiintynyt oletama toisten jäsenvaltioiden turvallisuudesta ei ollut kumoamaton. EU-tuomioistuimen mukaan oli oletettava, että toisten jäsenvaltioiden menettelyt noudattivat perusoikeuksia, eikä mikä tahansa loukkaus vaikuttaisi jäsenvaltioiden vastuuseen noudattaa EU-säädöksiä turvapaikanhakijoiden palauttamisesta. Vapauden, turvallisuuden ja oikeuden alue perustui keskinäiseen luottamukseen ja oletamaan siitä, että muut jäsenvaltiot noudattavat unionin oikeutta ja erityisesti perusoikeuksia.²² Jos taas kyseisen jäsenvaltion toiminnassa oli järjestelmällisiä puutteita, jotka johtivat siirrettyjen turvapaikanhakijoiden epäinhimilliseen tai halventavaan kohteluun, perusoikeuskirja oli esteenä asetuksessa määrätylle menettelylle.²³ Tämä periaate myöhemmin kodifioitiin uuteen asetukseen.²⁴

18 Ks. erityisesti Melloni-tuomion kohta 55–64.

19 C-168/13 PPU *Jeremy F. v Premier minister* [2013] ECLI:EU:C:2013:358, jonka kohdassa 50 myös vahvistetaan keskinäisen luottamuksen periaate.

20 Yhdistetyt asiat C-411/10 ja C-493/10 N. S. (C-411/10) v *Secretary of State for the Home Department* ja M. E. ym. (C-493/10) v *Refugee Applications Commissioner* ja *Minister for Justice, Equality and Law Reform*, [2011] ECLI:EU:C:2011:865.

21 Neuvoston asetus (EY) N:o 343/2003, annettu 18 päivänä helmikuuta 2003, niiden perusteiden ja menettelyjen vahvistamisesta, joiden mukaisesti määritetään kolmannen maan kansalaisen johonkin jäsenvaltioon jättämän turvapaikkahakemuksen käsittelystä vastuussa oleva jäsenvaltio. Euroopan unionin virallinen lehti L 050, 25/02/2003 s. 0001 – 0010.

22 Ks C-411/10 N. S. ym. tuomion kohta 80–83.

23 *Ibid.*, kohta 86.

24 Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EU) N:o 604/2013, annettu 26 päivänä kesäkuuta 2013, kolmannen maan kansalaisen tai kansalaisuudettoman henkilön johonkin jäsenvaltioon jättämän kansainvälistä suojelua koskevan hakemuksen käsittelystä vastuussa olevan jäsenvaltion määrittämisperusteiden ja -menettelyjen vahvistamisesta. Euroopan unionin virallinen lehti L 180, 29.6.2013, s. 31–59, artikla 3(2).

Vastaavaa kehitystä on nähtävissä EU-tuomioistuimen uudehkossa eurooppalaista pidätysmääräystä koskevassa oikeuskäytännössä. N.S.-asian jälkeen myös rikosoikeudellisen yhteistyön yhteydessä kysyttiin yhä useammin, oliko jäsenvaltion velvollisuus panna täytäntöön esimerkiksi pidätysmääräys todella puhtaasti puitepäätöksen mukaan säännelty kysymys. Tuomiossaan Aranyosi ja Căldăraru²⁵ EU-tuomioistuin sai lausuttavakseen ratkaisun N.S. ydinkysymystä muistuttavan tulkintakysymyksen, jossa se joutui arvioimaan epäinhimillisen kohtelun vaaran vaikutusta mahdollisen pidätysmääräyksen täytäntöönpanoon. Asiassa oli kyse Unkarin ja Romanian kansalaisten luovuttamisesta omiin jäsenvaltioihin syyttämistä ja tuomion täytäntöönpanoa varten. EU-tuomioistuimen mukaan jäsenvaltioiden keskinäinen luottamus perustuu siihen, että ne pystyvät toteuttamaan EU:n perusoikeuskirjan – eli EU:ssa yhtenäistetyn suojan vähimmäistason.²⁶ Pidätysmääräysten täytäntöönpano voidaan puitepäätöksen johdanto-osan 10 kappaleen mukaan keskeyttää, jos jäsenvaltio rikkoo SEU 2 artiklan arvoja ja sitä vastaan toimitaan SEU 7 jäsenvaltion oikeuksien rajoittamismenettelyn mukaisesti. Tämän lisäksi EU-tuomioistuin hyväksyy, että vastavuoroisen tunnustamisen ja keskinäisen luottamuksen periaatteita voidaan rajoittaa poikkeuksellisissa olosuhteissa.²⁷ Epäinhimillisen ja halventavan rangaistuksen kieltö on ehdoton.²⁸

EU-tuomioistuin asettaa kohtelun arvioinnille varsin tiukat, sisämarkkinaoikeuden suhteellisuusperiaatteen soveltamista muistuttavat reunaehdot. Sisämarkkinaoikeudessa jäsenvaltioilla, jotka haluavat rajoittaa pääoman palvelujen, tavaroiden tai työntekijöiden vapaata liikkuvuutta, on lähtökohtaisesti velvollisuus näyttää, että rajoitus on oikeasuhteinen.²⁹ EU-tuomioistuin taas siirtää rikosoikeudellisen yhteistyön alalla vangituille ja syytetyille näyttötaakkaa siitä, että jokin seikka todella johtaisi pidätysmääräyksen täytäntöönpanon esteisiin. Aranyosi ja Căldăraru -tuomiossa EU-tuomioistuin toisaalta hyväksyy, että poikkeukselliset olosuhteet voivat johtaa vastavuoroisen tunnustamisen rajoituksiin. Toisaalta se asettaa näyttökynnyksen varsin korkealle.

Jäsenvaltion täytäntöönpanosta vastaavalla oikeusviranomaisella on oltava tiedossaan seikkoja, jotka osoittavat todellisen vaaran pidätysmääräyksen antaneessa jäsenvaltiossa vangittujen henkilöiden epäinhimillisestä tai halventavasta kohtelusta, ja sen on arvioitava tämän vaaran olemassaoloa päättäessään luovutta-

25 Yhdistetyt asiat C-404/15 ja C-659/15 PPU Aranyosi ja Căldăraru [2016] ECLI:EU:C:2016:198.

26 Ibid., kohta 77–79.

27 Ibid., kohta 82.

28 Ibid., kohta 85.

29 Ks. esim. asia C-685/15 Online Games Handels GmbH ym. vastaan Landespolizeidirektion Oberösterreich [2017] ECLI:EU:C:2017:452, kohta 50.

misesta pidätysmääräyksen antaneen jäsenvaltion viranomaisille.³⁰ Näytön täytyy perustua ”objektiivisiin, luotettaviin, tarkkoihin ja asianmukaisesti päivitettyihin tietoihin pidätysmääräyksen antaneessa jäsenvaltiossa vallitsevista vankeusolosuhteista jotka osoittavat puutteiden – olivatpa ne rakenteellisia tai yleisiä ja koskivatpa ne tiettyjä henkilöryhmiä tai tiettyjä vankeuslaitoksia – todellisen tilan.”³¹ Esimerkkeinä objektiivisista tiedoista EU-tuomioistuin mainitsee kansainväliset tuomioistuinratkaisut, kyseisen pidätysmääräyksen antaneen jäsenvaltion tuomioistuinratkaisut, sekä Euroopan neuvoston ja YK:n elinten päätökset, kertomukset ja muut asiakirjat.

Asianmukaisesti toteennäytetty vaara epäinhimillisestä tai halventavasta kohtelusta ei kuitenkaan riitä. Täytäntöönpanosta vastaavan viranomaisen on arvioitava konkreettisesti ja tarkasti, onko olemassa painavia perusteita uskoa, että henkilö todella altistuisi tälle vaaralle.³² Tätä varten täytäntöönpanovaltion viranomaisen on vielä erikseen pyydettävä määräyksen antaneelta jäsenvaltiolta lisätietoja siinä maassa vallitsevista olosuhteista, joissa kyseistä henkilöä tultaisiin pitämään vangittuna.³³ Jos tiedot huomioituaan täytäntöönpanosta vastaava oikeusviranomainen katsoo, että henkilöä koskee todellinen vaara epäinhimillisestä tai halventavasta kohtelusta, se voi lykätä, muttei evätä, täytäntöönpanoa.³⁴ Vastaava yksityiskohtaista tarkastelua edeltävä linja jatkuu EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä.³⁵

Keskinäisen luottamuksen oletama on vahva, eikä vastavuoroista tunnustamista ole kovinkaan helppoa estää väittämällä, että luovuttaminen johtaisi tällaiseen konkreettiseen vaaraan. Tähän johtopäätökseen viittaa myös EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöä soveltava korkeimman oikeuden ennakkopäätös KKO 2017:11. Luovutusmääräyksessä mainittu Bulgarian kansalainen vastusti luovutustaan Bulgaariaan maan epäinhimillisiin vankilaolosuhteisiin vedoten. Tältä osin hän vetosi ihmisoikeustuomioistuimen Bulgariaa koskevaan tuomioon vuodelta 2015 sekä ”julkisuudessa olleisiin tietoihin vankien keskinäisestä fyysisestä ja seksuaalisesta väkivallasta Belenen vankilassa”, jossa hän tulisi suorittamaan rangaistuksen.³⁶ Syyttäjä oli kuitenkin pyytänyt lisäselvitystä Bulgarian viranomaisilta. Selvityksen katsottiin osoittaneen, että vankilan korjaustöiden johdosta ja viranomaisten toimenpitein, joilla pyrittiin vähentämään julkisuudessa esiintynyt-

30 C-404/15 Aranyosi ja Căldăraru, kohta 88.

31 Ibid., kohta 89.

32 Ibid., kohta 91–92.

33 Ibid., kohta 95.

34 Ibid., kohta 98.

35 C-220/18 PPU Generalstaatsanwaltschaft [2018] ECLI:EU:C:2018:589.

36 Tapaus KKO 2017:11, kohta 8.

tä väkivallan uhkaa, konkreettista vaaraa vangitun epäinhimillisestä tai halven-
tavasta kohtelusta ei ollut. Ihmisoikeustuomioistuimen tuomio ja julkisuudessa
esiintyneet tiedot epäinhimillisen kohtelun vaarasta eivät riittäneet lykkäämään
luovuttamista tilanteessa, jossa luovutusta pyytävä jäsenvaltio toimitti vastineen.

Keskinäisen luottamuksen on myös katsottu menevän pidätysmääräykses-
sä olevien muotoseikkojen edelle ainakin tilanteissa, joissa pidätysmääräyksestä
puuttuvat tiedot eivät olisi voineet johtaa kieltäytymisperusteen soveltamiseen.
Asiassa IK³⁷ määräyksen antaneet viranomaiset olivat maininneet täytäntöönpanoa
edellyttävän rikoksen, mutta eivät olleet maininneet tämän lisäksi sellaista
oheisseuraamusta, jonka luovutettu henkilö joutuisi kärsimään. EU-tuomioistuin
katsoi, että mikäli pidätysmääräys oli muuten pantava täytäntöön, ei se, ettei
pidätysmääräyksessä mainittu oheisseuraamusta vankeusrangaistuksen lisäksi,
ollut esteenä täytäntöönpanolle.³⁸ Erityissäntökään ei voinut olla esteenä ran-
gaistuksen täytäntöönpanolle, kun asiassa oli kyse samasta rikoksesta tuomitusta
oheisseuraamuksesta³⁹ siitä huolimatta, että oheisseuraamus olisi puitepäätöksen
mukaan tullut mainita pidätysmääräyksessä. EU-tuomioistuin painotti ratkaisus-
saan keskinäistä luottamusta sekä tästä johdettavaa periaatetta, jonka mukaan
tuomitun oikeuksien takaaminen kuului ensisijaisesti pidätysmääräyksen anta-
valle jäsenvaltiolle, jonka voidaan olettaa noudattavan unionin oikeutta.⁴⁰

Keskinäinen luottamus edellyttää jopa olettamaan, että unionista lähtevä jä-
senvaltio noudattaa myös tulevaisuudessa unionin oikeuden edellyttämää suojan
tasoa. Asiassa RO⁴¹ EU-tuomioistuin katsoi, että Iso-Britannian tekemä SEU 50
artiklan mukainen ilmoitus, jonka mukaan se eroaa Euroopan unionista, ei sel-
laisenaan vaikuta keskinäisen luottamuksen olettamaan. Itse ilmoitus ei, ennen
eron voimaantuloa aikaisintaan 2 vuotta ilmoituksen päivämäärästä, vaikutta-
nut Iso-Britannian jäsenyysvelvoitteisiin.⁴² Kun puitepäätöksessä SEU 2 arvojen
noudattamisesta lausuminen oli annettu Eurooppa-neuvostolle, ei jäsenvaltion
viranomaisen voinut kieltäytyä täytäntöönpanemasta pidätysmääräystä pelkän
eroilmoituksen johdosta.⁴³ Sen sijaan se voi arvioida konkreettisemmän vaaran
yksittäistapauksessa yllä mainitun Aranyosi ja Căldăraru -oikeuskäytännön pe-
rusteella. RO-asiassa EU-tuomioistuin katsoi, että muun muassa Iso-Britannian
velvoitteet ihmisoikeussopimuksen mukaan sekä erityisten perustelujen puute

37 C-551/18 PPU IK [2018] ECLI:EU:C:2018:991.

38 Ibid., kohta 53–55.

39 Ibid., kohta 58.

40 Ibid., kohdat 35 ja 68, sekä C-367/16 Piotrowski [2018] EU:C:2018:27, kohta 50.

41 C-327/18 Minister for Justice and Equality v RO [2018] ECLI:EU:C:2018:733.

42 Ibid., kohta 45–46.

43 Ibid., kohta 47–48.

siitä, miksi RO:n oikeuksia saatettaisiin loukata eron tullessa voimaan, viittasivat siihen, ettei luovutukselle ollut SEU 50 artiklan mukaisesta eroilmoituksesta johtuvaa estettä.

Entä jatkuuko keskinäinen luottamus silloinkin, kun komission mukaan pidätysmääräyksen antaneen jäsenvaltion tuomioistuinjärjestelmässä on vakavia puutteita? Asiassa LM⁴⁴ EU-tuomioistuimelta kysyttiin, tulisiko jäsenvaltion kieltäytyä luovuttamasta henkilöä Puolaan. Luovutettava henkilö oli vedonnut komission perusteltuun ehdotukseen oikeusvaltioperiaatteen noudattamisesta Puolassa ja siinä viitattuihin asiakirjoihin (COM(2017) 835 final). Komission mukaan perustuslain noudattamisen valvonta ei Puolassa ollut riippumatonta ja legitiimiä ja toisaalta yleisten tuomioistuinten riippumattomuuteen kohdistui muita uhkia. Perusteltu ehdotus viittasi myös useisiin muihin tahoihin, jotka olivat antaneet samansisältöisiä lausuntoja. Näihin kuuluivat muun muassa Euroopan neuvoston Demokratiaa oikeusteitse -komissio, Yhdistyneiden kansakuntien ihmisoikeuskomitea, Eurooppa-neuvosto, Euroopan parlamentti ja Euroopan tuomarineuvostojen verkosto ja kansallisella tasolla Puolan ylin tuomioistuin, perustuslakituomioistuin, kansallinen tuomarineuvosto, sekä tuomareiden ja lakimiesten yhdistykset. Ei siis voitu puhua yksittäisestä kannanotosta.⁴⁵

Myös huolenaiheet olivat moninaiset. Riippumattomuutta vaaransivat muutokset kansallisen tuomarineuvoston perustuslailliseen tehtävään turvata oikeuslaitoksen riippumattomuus, hallituksen tekemät laittomat nimitykset perustuslakituomioistuimeen, ja se, ettei ratkaisuja julkaistu. Oikeusministerin uusi rooli yleisenä syyttäjänä, aktiivinen osallistuminen syytetoimiin ja kurinpitovalta tuomioistuinten presidentteihin voisi vaikuttaa oikeudenkäyttöön. Ylimmän tuomioistuimen tuomarien pakollinen eläkkeelle siirtäminen ja kansallisen tuomarineuvoston poliittisin perustein tehdyt nimitykset niin ikään heikensivät tuomioistuinlaitoksen riippuvuutta. Perustuslakituomioistuimen heikentäminen taas vaikutti rikosoikeudelliseen järjestelmään, koska ei voitu enää taata, että Puolan lainsäädäntö oli Puolan perustuslain mukaista.⁴⁶

Mutta riittikö tämä kyseenalaistamaan keskinäisen luottamuksen ja näin keskeyttämään vastavuoroiseen tunnustamiseen perustuvan pidätysmääräyksen täytäntöönpanon? Kun täytäntöönpanosta vastuussa oleva viranomainen katsoi yllä mainitun perustein, että SEU 2 artiklan oikeusvaltioperiaate oli vaarantunut, pitäisikö tähänkin soveltaa Aranyosi ja Căldăraru -tuomiossa vaadittua yksityiskohtaista tarkastelua ja arviointia? Jos pitäisi, pitääkö määräyksen antaneen jä-

44 C-216/18 PPU LM [2018] ECLI:EU:C:2018:586.

45 Ibid., kohta 17–20

46 Ibid., kohta 21.

senvaltion viranomaisilta pyytää lisätietoa, ja minkälaiset takeet riittäisivät siihen, että pidätysmääräys saataisiin panna täytäntöön?

EU-tuomioistuimen ennakkoratkaisu painotti jälleen keskinäisen luottamuksen olettaa. Jäsenvaltioiden oli lähtökohtaisesti oletettava, että toiset jäsenvaltiot noudattivat SEU 2 artiklan arvoja. Keskinäisen luottamuksen periaate esti jäsenvaltioita vaatimasta EU-oikeudessa perusoikeuskirjan takaaman tason suojan ylittävää kansallista suojan tasoa, eivätkä ne saaneet kuin poikkeuksellisissa olosuhteissa tarkistaa, vastasiko tosiallinen suojan taso tätä vähimmäisvaatimusta.⁴⁷

Tuomareiden riippumattomuus on osa oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan perusoikeuden ydinsisältöä.⁴⁸ Unionin oikeuden noudattamisen varmistamiseen tarkoitettun tehokkaan tuomioistuINVALVONNAN olemassaolo kuuluu myös erottamattomasti oikeusvaltioon.⁴⁹ EU-tuomioistuimen mukaan tästä seuraa, että jokaisen jäsenvaltion on varmistettava, että elimet, jotka kuuluvat unionin oikeudessa tarkoitettuina "tuomioistuimina" sen oikeussuojakeinojen järjestelmään unionin oikeuteen kuuluvilla aloilla, täyttävät tehokkaan oikeussuojan vaatimukset. EU-tuomioistuin siis tunnustaa toisaalta oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin perusoikeuden ydinsisällön sekä tehokkaan oikeussuojan vaatimukset, mutta viittaa kyseisen jäsenvaltion omiin edellytyksiin varmistaa näiden toteutuminen.⁵⁰ Riippumattoman tuomioistuimen käsittelyssä varmistettavan tehokkaan oikeussuojan vaatimus on edellytys keskinäiselle luottamukselle.⁵¹ Jos on olemassa *todellinen vaara* siitä, että tämän perusoikeuden ydinsisältöön puututaan, jäsenvaltio voi poikkeuksellisesti jättää pidätysmääräyksen täytäntöönpanematta.⁵² Tämän osalta kuitenkin edellytetään Aranyosi ja Căldăraru -ratkaisun kaltaista yksityiskohtaista tarkastelua. Yleiset viittaukset eivät riitä, vaan täytäntöönpanoa harkitsevan tuomioistuimen on arvioitava, onko olemassa todellinen vaara siitä, että kyseessä olevan henkilön perusoikeutta loukataan⁵³ Tämä edellyttää vastaavasti objektiivisten, luotettavien, tarkkojen ja asianmukaisesti päivitettyjen tietojen perusteella tehtävää arviointia.

Ensin on arvioitava, missä määrin tuomioistuinten riippumattomuus todella on vaarantunut. Komission tekemä perusteltu ehdotus sisältää 'merkityksellisiä seikkoja', mutta ei ole ratkaiseva tekijä.⁵⁴ Tuomioistuimen on itse arvioitava, suh-

47 Ibid., kohta 36–37.

48 Ibid., kohta 48.

49 Ibid., kohta 51.

50 Ibid., kohta 52.

51 Ibid., kohta 58.

52 Ibid., kohta 59.

53 Ibid., kohta 60.

54 Ibid., kohta 61.

teessa perusoikeuskirjan takaamaan suojan (vähimmäis)tasoon, tuomioistuinten itsenäisyyttä ja sen jäsenten riippumattomuutta. Arvioinnissa on huomioitava tuomioistuimen jäsenten lähtökohtainen erottamattomuus sekä vaatimus erottamista ja eroa koskevien sääntöjen lailla säätämisestä, tuomareiden asianmukainen palkkaus, tuomioistuimen puolueettomuutta vahvistava yhtäläinen etäisyys riitojen osapuoliin, sekä säännöt, jotka takaavat, ettei tuomioistuimen kurinpito vaaranna puolueettomuutta.⁵⁵

Jos tämän arvioinnin perusteella täytäntöönpanosta päättävä tuomioistuin katsoo, että pidätysmääräyksen antaneessa jäsenvaltiossa on olemassa todellinen vaara siitä, että oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan perusoikeuden keskeiseen sisältöön puututaan, sen on vielä arvioitava, ”konkreettisesti ja tarkasti, onko käsiteltävän asian olosuhteissa painavia perusteita uskoa, että etsityn henkilön luovuttaminen pidätysmääräyksen antaneeseen jäsenvaltioon altistaisi hänet tälle vaaralle”.⁵⁶ Arviointi on tehtävä, vaikka komissio on antanut perustellun ehdotuksen ja täytäntöönpanosta päättävä jäsenvaltion tuomioistuin katsoisi, että sillä on tiedossaan seikkoja, jotka osoittavat rakenteellisia puutteita määräyksen antaneen jäsenvaltion lainkäytössä. Automaattinen kieltäytyminen voi seurata puitepäätöksenkin mukaan vasta sitten, kun Eurooppa-neuvosto on komission perustellun ehdotuksen johdosta todennut, että määräyksen antanut jäsenvaltio rikkoo vakavasti ja jatkuvasti SEU 2 artiklan periaatteita.⁵⁷ Tätä ennen yksittäisen pidätysmääräyksen täytäntöönpanosta voidaan kieltäytyä vain, jos täytäntöönpaneva viranomainen

”toteaa käsiteltävän tapauksen konkreettisen ja tarkan arvioinnin tuloksena, että on olemassa painavia perusteita uskoa, että kyseisen eurooppalaisen pidätysmääräyksen kohteena olevan henkilön luovuttaminen pidätysmääräyksen antaneelle oikeusviranomaiselle altistaisi hänet todelliselle vaaralle siitä, että hänen perusoikeuttaan riippumattomaan tuomioistuimeen loukataan ja näin ollen hänellä olevan oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan perusoikeuden keskeiseen sisältöön puututaan.”⁵⁸

Yleisten arvioiden sijaan on arvioitava nimenomaan pidätysmääräyksen antaneen jäsenvaltion kyseisessä asiassa toimivaltaisten viranomaisten tasolla, onko vaara todellinen. Jos se on, on vielä arvioitava, altistuuko henkilö todelliselle vaaralle

55 Ibid., kohta 62–67.

56 Ibid., kohta 68.

57 Ibid., kohta 70–72 sekä puitepäätöksen 2002/584 johdanto-osan 10. perustelukappale.

58 Ibid., kohta 73.

hänen ilmaisemiensa erityisten huolenaiheiden ja hänen mahdollisesti toimittamiensa tietojen valossa.⁵⁹ Aiemman oikeuskäytännön mukaisesti pidätysmääräyksen antaneen jäsenvaltion viranomaisilta on pyydettävä tarvittavia lisätietoja.⁶⁰ Vasta, kun tämän tarkastelunkin jälkeen täytäntöönpaneva viranomainen katsoo vaaran olevan todellinen, on sen pidättäydyttävä panemasta täytäntöön pidätysmääräystä.⁶¹ On siis lähtökohtaisesti pitkä tie julkisista tuomioistuinlaitoksen toimivuutta koskevista epäilyistä tilanteeseen, jossa pidätysmääräystä ei sovelleta tiettyssä yksittäistapauksessa.

Keskinäinen luottamus on vahva oletama, eikä siihen perustuva vastavuoroisen tunnustamisen velvoite väisty edes epäinhimillisen kohtelun tai epäoikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaaran uhatessa, jollei konkreettisen ja yksityiskohdallisen tarkastelun johdosta voida todeta, että vaara on todellinen myös kyseisessä yksittäistapauksessa. Koska SEU 7 artiklan menettely mainitaan puitepäätöksen johdanto-osissa ja yleisiä oletamia käsittävässä oikeuskäytännössä, on mahdollista, että keskinäinen luottamus osoittautuu tosiasiallisesti kumoamattomaksi olettamaksi. Komission Puolaa vastaan käynnistämä menettely ei ole edennyt tätä kirjoittaessa alkuvuodesta 2019. SEU 7(2) artikla edellyttää neuvoston yksimielisyyttä, ja näin vahvistaa menettelyn poliittista luonnetta.

Tätä vasten on mielenkiintoista seurata komission 2018 Puolaa vastaan nostamaa rikkomuskannetta.⁶² Onko mahdollista, että poliittisen tahdon puuttuessa SEU 7 artiklan mukaiselta päätökseltä EU-tuomioistuimen samankaltaisessa asiassa antama tuomioistuinratkaisu johtaisi yleiseen olettamaan siitä huolimatta, että tätä ei mainita puitepäätöksessä SEU 7 artiklan menettelyn tavoin?

Komission Puolaa vastaan käynnistämä rikkomuskanne perustuu väittämään siitä, että ylimmän tuomioistuimen eläkeiän äkillisellä muutoksella ja muilla tuomioistuimen toimintaan liittyvillä toimenpiteillä vaarannetaan SEU 19 artiklan 1 kohdan edellyttämät tehokkaat oikeussuojakeinot sekä näin myös Perusoikeuskirjan 47 artiklan oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Rikkomuskanteeseen liittyvässä menettelyssä jouduttaneen arvioimaan ainakin osin vastaavia oikeuskysymyksiä kuin pysähtyneessä SEU 7 artiklan menettelyssä. Asia on menettelynkäkin kannalta erityinen, sillä EU-tuomioistuin on ottanut asian käsiteltäväksi nopeutetussa menettelyssä⁶³ ja määrännyt välitoimena, että Puolan on keskeytettävä uudistuksen täytäntöönpano.⁶⁴

59 Ibid., kohta 74–75.

60 Ibid., kohta 76.

61 Ibid., kohta 78.

62 C-619/18 komissio v Puola [2018] Kanne 2.10.2018.

63 C-619/18 komissio v Puola [2018] ECLI:EU:C:2018:910, presidentin määräys 15.11.2018.

64 C-619/18 komissio v Puola [2018] ECLI:EU:C:2018:1021, määräys 17.12.2019

4. Lopuksi

Albert Einsteinin väitetään todenneen, että hän voi perustellusti kysyä peräkkäisinä vuosina samoja kysymyksiä opettamansa kurssin loppukokeessa siksi, että vastaukset ovat muuttuneet. Anekdotissa on merkittävän pedagogisen oivalluksen siemen. Tutkimisen arvoinen kysymys on usein ajankohtainen myös tulevaisuudessa. Unionista usein todetaan, myös vastavuoroiseen tunnustamiseen liittyvissä kirjoituksissa, että se elää kriisistä toiseen saavuttaen integraation merkittävämmät edistysaskeleet nimenomaan kriisien vauhdittamana.⁶⁵ Vastavuoroisen tunnustamisen yhteydessä tarvittavan keskinäisen luottamuksen kriisit ovat ajankohtaisia Euroopan unionissa. Tietyissä mielessä vastavuoroinen tunnustaminen voidaan itsessään nähdä yhtenä jatkuvana oikeusjärjestelmän kriisinä. Unioni on, erityisesti rikosoikeuden alalla, luonut järjestelmän, jonka jännitteitä purkaessa se kehittää yhä tiiviimmän ja vähemmän poikkeuksia sisältävän keskinäisen luottamuksen ideologian. Tätä kautta taas pureudutaan sellaisiin kansallisten järjestelmien erityispiirteisiin – jopa tuomioistuinlaitoksen kokoonpanoon – joista unioni ei voisi nykyisten perussopimusten puitteissa kovinkaan helposti säätää itse. Taustalla kummittelee kysymys vastavuoroisuudesta. Onko toisessa jäsenvaltiossa tehtyjen päätösten tunnustamisessa enää kyse vastavuoroisuudesta, vai olemmeko siirtyneet sellaiseen keskinäisen luottamuksen olettamaan, jonka kumoaminen on enää mahdollista vain teoriassa?

65 Esim. Pekka Aalto, Yksityisoikeuden alan yhteistyö EU:ssa. Lakimies 3/2000, s. 315–335, 335.

Johanna Niemi

Me vertaisarvioimme itsemme hengiltä

1. Johdanto

Vertaisarviointi kuuluu oleellisena osana tieteelliseen työhön, ja jokainen tutkija joutuu tutustumaan siihen varhaisessa vaiheessa uraansa. Vertaisarviointia tehdään kaikissa tutkimuksen vaiheissa ja kaikilla tutkimusyhteisön tasoilla¹. Tavallisin vertaisarviointi tehdään tieteellisissä lehdissä ennen kuin tutkimuksen tulokset saadaan julkaistua.² Sitä ennen tutkimushanke on voitu arvioida, kun sille on haettu rahoitusta. Monilla tieteenaloilla suoritetaan vertaisarviointi ennen kuin tutkija pääsee esittelemään tutkimustaan konferenssissa. Yliopistojen viranhauissa asiantuntijat suorittavat vertaisarvioinnin ennen kuin tehtävä täytetään. Viimeisinä vuosikymmeninä ovat alkaneet yleistyä kokonaisten laitosten, tiedekuntien, tieteenalojen ja yliopistojen vertaisarvioinnit, usein bibliometristen määrällisten arvioiden ohella.³ Nämä instituutioiden vertaisarvioinnit voivat painottaa joko opetukseen taikka tutkimukseen.

Erilaisten arviointien määrän ja merkityksen lisääntyminen liittyy korkeakoulutusta koskeviin laajempiin muutoksiin. Uusliberalistisessa hengessä korkeakoulukseen on tuotu uuden julkishallinnon ja julkisjohtamisen kulttuuria,⁴

1 Kiitän Kimmoa siitä, kuinka näkökulmani akateemiseen maailmaan laajeni vuosina 2010–2013, jolloin toimin opetusvaradekaanina ja Kimmon työparina. Kimmo oli myös ehdottamassa minua Akatemian kulttuurin ja yhteiskunnan toimikunnan jäseneksi vuosiksi 2016–2018, joiden aikana sain jälleen uuden näköalan akateemiseen tutkimukseen.

2 Ks. Kari Raivio, Vertaisarviointi tieteellisessä julkaisutoiminnassa. *Tieteessä Tapahtuu* 7 (24) 2006, s. 15–19, <https://journal.fi/tt/article/view/56722>.

3 Ks. Mika Nieminen – Otto Auranen, Arvioita suomalaisen yliopistotutkimuksen tuloksellisuudesta. *Tieteessä Tapahtuu* 3 (28) 2010, s. 14–22, <https://journal.fi/tt/article/view/2740>.

4 Iikka Niiniluoto – Ulla-Maija Forsberg – Aino-Maija Evers, Akateemisen johtamisen ydinkysymyksiä. Helsingin Yliopiston hallinnon julkaisuja 88; hakemistot, oppaat ja ohjeet. Unigrafia 2014.

jossa tulosohjaus,⁵ mittaaminen,⁶ arvioiminen ja kilpailuttaminen ovat keskeisiä ohjausvälineitä.⁷ Samalla kun yliopistojen perusrahoitusta on vähennetty, yliopistojen kilpaillun rahoituksen osuus on kasvanut. Osa rahoituksesta perustuu nyt yliopistojen strategioihin, joiden perustella yliopistot kilpailevat rahoituksesta keskenään.⁸

Tämä kirjoitus keskittyy tutkimushakemusten arviointiin. Olen kuluneiden kolmen vuoden ajan (2016–2018) ollut Suomen Akatemian yhteiskunnan ja kulttuurin tutkimuksen toimikunnan jäsen, ja aikaisemmin arvioinut hakemuksia kahdelle suomalaiselle rahoittajalle sekä yksittäisiä hakemuksia muutamalle ulkomaiselle rahoittajalle. Olen myös tullut moneen kertaan arvioiduksi viranhauissa, rahoitushauissa ja tieteellisissä lehdissä, erilaisin lopputuloksien.

Kirjoitus perustuu kokemuksiini rahoitushakujen arvioinnista ja painottuu Akatemian prosesseihin. Toimikunnan jäsenenä olin mukana tutkimushankkeiden, akatemiaturvaintien sekä tutkijatohtoreiden valinnassa. Kaudella 2016–18 toimikunta ei osallistunut yliopistojen hakemusten, kuten profilaation, kärkihankkeiden tai lippulaivojen, käsittelyyn, ei myöskään strategisen tutkimuksen rahoitukseen ja vain vähäisessä määrin huippuyksiköiden ja akatemiaprofessorien valintaprosessiin. Sen vuoksi kirjoitukseni ei koske niitä.

Viimeisten vuosien aikana olen paljonkin pohtinut arviointia. Kuvaan tässä kirjoituksessa Akatemian päätöksentekoprosessia, sillä sitä ei edes tiedemaailmassa tunneta kovin hyvin. Toimikuntien arviointiprosessit ovat muuttumassa vuoden 2018 syyskuun haussa, ja avaan seuraavassa muutoksen päälinjoja ja pohdin hiukan sen vaikutuksia.

5 Yliopistolain 6 luku. Sivistysvaliokunnan mietintö (SivVM 5/2009), s. 12. Thomas Wilhelmsson, "Johtaminen ja yliopistouudistus," teoksessa Ilkka Niiniluoto – Ulla-Maija Forsberg – Aino-Maija Evers (toim.), Akateemisen johtamisen ydinkysymyksiä. Helsingin yliopiston hallinnon julkaisuja 88; Hakemistot, oppaat ja ohjeet 2014, s. 9–23. Tulosohjauksesta yliopistoissa esim. Kirsi-Mari Kallio, Ketä kiinnostaa tuottaa tutkintoja ja julkaisuja liikkuhinnaperiaatteella...? Suoritusmittauksen vaikutukset tulosohjattujen yliopistojen tutkimus- ja opetushenkilökunnan työhön. Turun Kauppakorkeakoulun julkaisuja 1:2014. 68; Johanna Hakala, Yliopisto – Tieteen kehdestä projektimyllyksi? Yliopistollisen tutkimuksen muutos 1990-luvulla. Gaudeamus 2003, 40; Risto Rinne et al., Valta, uusi yliopistopolitiikka ja yliopistotyö Suomessa: managerialistinen hallintapolitiikka yliopistolaisten kokemana. Kasvatusalan tutkimuksia 58. Suomen kasvatus-tieteellinen seura (52) 2012; Jorma Sipilä, Valta yliopistossa. Vastapaino 2007.

6 Yliopistojen rahanjakomalli mittaa useita eri suoritteita, https://minedu.fi/artikkeli/-/asset_publisher/korkeakouluille-uusi-rahoitusmalli.

7 Carlos A Torres – Daniel Schugurensky, The Political Economy of Higher Education in the Era of Neoliberal Globalization: Latin America in Comparative Perspective. Higher Education 4 (43) 2002, s. 429–55, <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=ehh&AN=6997214&site=ehost-live&scope=site>.

8 <http://www.aka.fi/fi/tiedepoliittinen-toiminta/yliopistojen-profiloitumisen-vahvistaminen-kilpaillulla-rahoituksella/>.

Siihen nähden, miten tärkeä rooli vertaisarvioinnilla on tiedemaailmassa, siitä on käyty suhteellisen vähän keskusteluja ja tehty vähän tutkimusta. Jonkin verran tutkimustietoa on olemassa, ja se koskee pääosin tieteellisten lehtien vertaisarviointimenettelyjä.⁹ Tutkimusrahoituksen arviointia on tutkittu vain vähän. Rahoitusarvioinnilla ja tulosten arvioinnilla on yhtäläisyyksiä, mutta myös eroja.¹⁰ Nojaudun seuraavassa julkaisujen arvioinnista tehtyyn tutkimukseen ja käytyyn keskusteluun korostaen näiden arviointien eroja.

Kysymykset, joita kirjoituksessa pohdin, koskevat sitä, millaisia ovat ammattimaisen arvioinnin kriteerit, millainen on hyvä arvioitsija ja miten arvioiteja tulisi tehdä.

2. Prosessista

Sekä hakemusarvioinnissa että tieteellisten lehtien arviointikäytännöissä on normaalisti kaksiportainen menettely. Tieteellisen laadun arvioivat asiantuntijat eli vertaisarvioijat ja päätöksen tekee toimitus tai rahoituksen myöntäjä.

Tieteellisten lehtien käsikirjoitusten arvioinnissa käytetään yleensä kaksoissokko-arviointia (double blind), jossa kirjoitus anonymisoidaan ennen arvioitsijalle lähettämistä. Kirjoittaja ei saa tietää arvioitsijan henkilöllisyyttä, ja arvioitsija näkee kirjoittajan nimen vasta, jos ja kun teksti julkaistaan. On kuitenkin mahdollista ja tavallistakin, että arvioitsija arvaa kirjoittajan. Koska lehdet valitsevat kullekin kirjoitukselle yksilölliset arvioitsijat, asiantuntijat pyritään valitsemaan mahdollisimman läheltä kirjoituksen aihepiiriä. Ani harva lehti maksaa arvioitsijalle korvauksen työstä.

Rahoitushakemusten arvioinnin prosesseissa on enemmän vaihtelua. Jotkut rahoittajat pyytävät kullekin hakemukselle erikseen 1–3 arvioijaa. Päätöksen tekevä säätiön, yhdistyksen tai vastaavan hallitus voi käyttää myös omia jäseniään arvioitsijoina. Päätöksentekijä ei ole sidottu asiantuntija-arvioon, mutta usein niitä seurataan varsin tarkasti.

Varsinkin laajemmissa hauissa, kuten Akatemian tutkimushanke ja tutkijahauissa, käytetään paneelia. Toimikunta tekee lopullisen päätöksen hakemusten keskinäisestä järjestyksestä eli siitä, kenelle rahoitus myönnetään.

9 Esim. Patricia A. Curtin – John Russial – Alec Tefertiller, Reviewers' Perceptions of the Peer Review Process in Journalism and Mass Communication. *Journalism and Mass Communication Quarterly* 1 (95) 2018, s. 278–99. Richard Walker – Pascal Rocha da Silva, Emerging Trends in Peer Review: A Survey. *Frontiers in Neuroscience* 9 (169) 2015.

10 Dora-julistus (San Francisco Declaration on Research Assessment), <https://sfdora.org/read/fi/>.

Suomen akatemian toimikunnan kaudella 2016–2018 kansainväliset paneelit olivat vaihtelevan kokoisia, viidestä lähes 20 panelistia, arviotavaksi tulevien hakemusten määrästä riippuen. Paneelit olivat tieteenalapohjaisia, mutta siitä huolimatta kunkin paneelin arviotavaksi tuli hakemuksia varsin laajalta skaalalta sekä tutkimuskohteen että käytettyjen menetelmien suhteen. Akatemian virkailijat valitsevat panelistit. Toimikunnan jäsenet voivat antaa vinkkejä, mutta eivät suoraan vaikuta valintoihin. Panelistien löytäminen ei ole helppoa, sillä monet täystyöllistetyt tutkijat joutuvat kieltäytymään.

Vertaisarviointi (peer review) on hakemuservioinnissa mielestäni hieman harhaanjohtava termi, sillä arvioitsijat ovat vain harvoin vertaisia eli saman tasoisia kuin hakija.¹¹ Käytännössä arvioitsijat ovat vähintäänkin professoreita ja selvästi kokeneempia tutkijoita kuin valtaosa hakijoista.

Paneelit arvioivat hakemukset asteikolla 1–6. Kutakin hakemusta valmisteli kaksi panelistia, joiden työn pohjalta paneeli antoi arvosanan ja laati noin kahden sivun mittaisen lausunnon. Lausunto on paneelin yhteinen.

Hakemuservioinnissa arvioitsija näkee hakijan nimen. Akatemian prosesseissa panelistien nimet näkyvät lausunnosta, joka tulee hakijoiden tietoon päätöksen yhteydessä. Koska Akatemian on valtion viranomaisena noudatettava hallintoa koskevia lakeja, muunlainen käytäntö ei olisi mahdollinen. Muilla tiederahojilla on päinvastaisia käytäntöjä. Arvioitsija voi jäädä kokonaan anonyymiksi. Monille säätiölle on tärkeää pitää arvioitsijoiden nimet salaisina. Ne eivät myöskään yleensä edellytä asiantuntija-arvion perustelemista.

Uuden toimikunnan työprosessit vuodesta 2019 eteenpäin tulevat olemaan erilaisia. Paneelien kokoonpanossa ei olla luopumassa tieteenalapohjaisuudesta, mutta paneelit pyritään saamaan saman kokoisiksi. Tästä seuraa, että pienet tieteenalat, kuten oikeustiede eivät välttämättä saa omaa paneelia. Lisäksi poikkitieteellisissä teemoissa voidaan kokeilla ilmiöpohjaista paneelia.

3. Mitä arvioidaan?

Vastaaminen kysymykseen, mitä arvioidaan, on toisaalta itsestään selvää, toisaalta hyvin vaikeaa. Itsestään selvä vastaus on tutkimussuunnitelma. Mutta mitä tutkimussuunnitelmassa erityisesti arvostetaan ja missä määrin arvioidaan tutkijaa?

Akatemian prosesseissa kiteytyneet kriteerit tutkimuksen laatu, uudistaminen ja toteutettavuus (feasibility) eivät täysin kirkasta sitä, mitä ollaan hakemassa. Seuraavassa kuvaan hyvän hakemuksen ominaisuuksia siten kuin olen ne kolmen

11 Ks. Elizabeth Wager – Fiona Godlee – Tom Jefferson, *How to Survive Peer Review*. BMJ Books 2002, s. 3.

vuoden aikana sisäistänyt ja kuten olen pyrkinyt kuvaamaan niitä mahdollisille hakijoille. Kuvaukseni ei siis vastaa Akatemian korrekta virastokieltä,¹² mutta sen henki on varmasti sama.

Professori Suvi Salmenniemi on kuvannut tutkimussuunnitelmaa siten, että sen tulee olla kokonaisuus, narratiivi, jossa jokainen osa kertoo siitä, miten tutkimuskysymykseen vastataan.¹³

Tutkimuksen laatu ja uudistavuus kiteytyvät tutkimuskysymyksessä. Tutkimuskysymys tulee ilmaista selkeästi. Mitä tutkija haluaa selvittää? Tutkimuskysymys ei välttämättä ole konkreettinen, mutta sen ei tulisi olla liian yleinen.

Tutkimuskysymys tulee perustella hyvin. On kerrottava, mitä asiasta tiedetään aikaisemman tutkimuksen valossa. Kirjallisuuskatsausta varten ei Akatemiasta kannata hakea rahoitusta. On kerrottava, mitä uutta tietoa tutkimuskysymykseen vastaaminen tuottaa. Hankkeen uutuusarvo voi tarkoittaa myös tieteenalan teorian tai yleisten oppien edelleen kehittämistä. Kun arviointikriteereissä puhutaan tieteellisestä vaikuttavuudesta, tarkoitetaan sitä, mitä uutta tutkimuksen on tarkoitus tuottaa tieteenalalle.

Tutkimushankkeen toteutettavuus viittaa siihen, että tutkimuksen toteutus, metodit, aineistot ja resurssit tulee selostaa niin vakuuttavasti, että asiantunteva panelisti voi todeta suunnitelman olevan realistinen. Lisäksi hakijalla ja tutkimusryhmällä on oltava meriitit, jotka osoittavat heidän pystyvän toteuttamaan tutkimuksen.

Viime vuosina on korostettu myös tutkimuksen yhteiskunnallista vaikuttavuutta, mikä aiheuttaa monelle tutkijalle päänvaivaa. Vaikuttavuuden pohtimiseen kannattaa kuitenkin käyttää muutama hetki. Useilla tutkimuksilla on potentiaalia vaikuttavuuteen, vaikkapa välillisesti. Hakemuksen uskottavuutta parantaa, jos hakija on pysähtynyt hetkeksi miettimään sen vaikutuksia. Uudessa ohjeistuksessa on korostettu myös tutkimuseettisiä näkökohtia ja tutkimuksen vastuullisuutta.

Tutkijoiden liikkuvuus puhutti vuonna 2016. Menestyneissä hakemuksissa liikkuvuus kuten myös tutkimusyhteistyö ja tutkijan verkostoituneisuus oli hyvin perusteltu.

12 Arviointikriteereitä on selostettu Akatemian sivuilla, <https://www.aka.fi/fi/arviointi-ja-paatokset/hakemusarviointi/arviointikriteerit/> ja myös uudistetut arviointilomakkeet löytyvät sieltä. Tutkimussuunnitelman laatimisohteet löytyvä myös sivuilta, <https://www.aka.fi/fi/rahoitus/nain-haet/hakuohjeet/tutkimussuunnitelma/>.

13 Tiedotustilaisuus hakijoille, Turun yliopisto 9.6.2017.

4. Millainen on hyvä arvioija?

Michèle Lamont analysoi klassikkoteoksessaan *How Professors Think: Inside the Curious World of Academic Judgment* (2009) asiantuntija-arvioitsijoiden roolia Yhdysvaltojen keskeisillä tutkimusrahoittajilla.¹⁴ Hänen tutkimuksensa perustui panelistien haastatteluihin ja havainnointiin.

Lamontin tutkimus tuo esiin hyvän panelistin ominaisuuksia. Lamontin mukaan panelistit olivat omistautuneita ja työteliäitä. Keskeiseksi hyvän panelistin ominaisuudeksi nousi kollegiaalisuus eli valmius antautua keskusteluun muiden panelistien kanssa hakemusten ansioista ja heikkouksista sekä kunnioitus toisten panelistien osaamista ja ammattitaitoa kohtaan. Tähän tarvitaan tiettyä laaja-alaisuutta ja vähintäänkin halukkuutta ymmärtää toisten tieteenalojen kriteereitä ja traditioita.

Ennen muuta vaaditaan kykyä vuoropuheluun ja vastakkaisten näkökohtien punnitsemiseen. Samalla kuitenkin tulisi pystyä pitämään kiinni oman tieteenalan laatuvaatimuksista ja ymmärtämään muiden tieteenalojen kriteerejä. Arviointi on kontekstuaalista ja suhteellista, eivätkä eri tieteenalojen arviointikriteerit voi olla yhdenmukaisia. Lamontin mukaan tieteidenvälisyys ja tutkimuksen monimuotoisuus olivat panelistien mielestä laatukriteerejä, eivätkä vaihtoehtoisia arviointikriteereitä.

Oma kokemukseni Akatemian toimikunnan jäsenenä vastaa pitkälti Lamontin havaintoja. Paneelien tehtävä oli laatia yksimielinen lausunto. Sitä varten paneelit kokoontuivat Helsinkiin yhdeksi tai kahdeksi päiväksi ja laativat useita lausuntoja, jotka jokaisen kaksi jäsentä oli alustavasti luonnostellut. On oikeastaan ihme, että he suoriutuivat tehtävästä. Lausunnot ovat huolellisia ja yksityiskohtaisia.

Vastaavasti toimikunnan tehtävänä oli valmistella yksimielinen päätös siitä, kenelle rahoitus myönnetään. Hakijoita oli noin 300 kutakin rahoitusinstrumenttia kohden (hanke, tutkijatohtori, akatemiaturkija). Myös toimikunnan työskentelyssä tuntuivat löytyvän Lamontin kuvaamat piirteet. Kuten Lamont kuvaa, täytyy olla valmiutta tehdä paljon töitä.

Hakemusten taso on kova. Hyväksymisprosentti on vaihdellut 9–14 välillä. Edes arvosana kuusi ei ole taannut rahoitusta. Joskus jokin paneeli on voinut antaa useita kuutosia ja jokin toinen taas ei lainkaan. Toimikunnan tehtävä on ollut tasoittaa tilanne. Varsinainen karsinta on tehty arvosanan viisi kohdalla. Arvosanan viisi saaneet hakemukset ovat kaikki olleet erittäin korkeaa tasoa, ja niille olisi kernaasti suonut rahoituksen. Keskustelevassa prosessissa hakemusten

14 Ks. Michèle Lamont, *How Professors Think: Inside the Curious World of Academic Judgment*. Harvard University Press 2009.

ansiot ja heikkoudet tulivat perusteellisesti käsitellyiksi, ja myös paneelien lausuntoja arvioitiin huolellisesti. Rahoitettavat hakemukset löytyivät perusteellisten keskustelujen tuloksena siten, että toimikunnan jäsenet kokivat prosessin siivöivän parhaat hakemukset rahoitukseen. Samoin kuin Lamontin haastattelemat panelistit, me toimikunnan jäsenenä uskoimme prosessin oikeudenmukaisuuteen ja siihen, että keskustelun kautta parhaat hakemukset löytyvät.

Pientä asenne-eroa suhtautumisessa kansainvälisten paneelien arviointiin saattoi esiintyä. Osa toimikunnan jäsenistä halusi nojautua vahvasti paneelien arvioihin. Toiset taas korostivat toimikunnan omaan arviointia hieman enemmän. Tässä suhteessa vuonna 2019 aloittavalla toimikunnalla on erilainen tilanne. Paneelit tulevat asettamaan hakemukset paremmuusjärjestykseen. Toimikunnan näkökulmasta paneelien antamien arvioiden merkitys korostuu. Niistä poikkeaminen tulee olemaan harvinaista tai ainakin vaatimaan aivan erityisen hyviä perusteluita.

5. Arvioijien motivaatio

Hakemusten arvioitsijoiden motivaatiosta tiedetään hyvin vähän. Julkaisujen arvioitsijoille on tehty kyselyitä, joissa on tullut esiin, että arviointi koetaan velvollisuudeksi. Se on tavallaan vastavuoroista, sillä kaikki ovat vuorollaan arvioitavina. Arvioijat myös kokevat opastavansa nuorempia kirjoittajia. Jotkut kokevat arvioinnin auttavan alan kehityksen seuraamista.¹⁵ Harvat näkevät arvioijana toimimisessa meritoitumisarvoa.

6. Muutospaineita

Arviointiin kohdistuu muutospaineita. Hakemusten käsittely ja arviointi ei ole ilmaista, puhumattakaan siitä, että korkeakouluissa ja muissa tutkimusyksiköissä kuluu huomattava määrä työvuosia hakemusten laatimiseen. Hakemusten arvioinnin kriteereistä on käyty välistä kiivastakin keskustelua.¹⁶ Järjestelmän muuttaminen on kuitenkin vaikeaa.

15 Ks. Curtin – Russial – Tefertiller 2018. Marc Ware, Peer Review: Benefits, Perceptions and Alternatives. Publishing Research Consortium 2008, s. 9.

16 Atte Oksanen ja Pekka Räsänen, Suomen akatemian rahoittaman tutkimuksen tieteelliset tuotokset kulttuurijä yhteiskuntatieteissä. Tieteessä Tapahtuu 3/2016, s. 16–23, <https://journal.fi/tt/article/view/57082/19133?acceptCookies=1>; Sari Kivistö ja Sami Pihlström, Tutkimuksen vaikuttavuus, moninaisuus ja julkaisukäytännöt. Tieteessä Tapahtuu 5/2016, s. 3–10, <https://journal.fi/tt/article/view/59267/20519>.

Myös tiedejulkaisemiseen kohdistuu muutosvaatimuksia. Tutkimusrahoittajat kuten Suomen Akatemia ovat alkaneet edellyttää avointa julkaisemista. Taustalla ovat tiedejulkaisujen kustannukset, jotka lankeavat yliopistojen maksettavaksi ja rajoittavat pääsyä lukemaan julkaisuja. Arviointiprosesseja kritisoidaan siitä, että ne hidastavat tulosten julkaisemista. Kritiikki on johtanut monenlaisiin innovaatioihin kuten arviointiin julkaisemisen jälkeen ja arvioinnin joukkoistamiseen siten, että tutkijayhteisö osallistuu arviointiin.¹⁷

Rahoitushakemusten arvioinnissa vastaavanlaista kehitystä ei ole nähty. Jonkinlainen muutostrendi on, että tutkimustiedon käyttäjiä pyritään ottamaan mukaan joidenkin rahoitusinstrumenttien arviointiprosessiin. Vertaisarvioinnista esiintyy erilaisia muotoja, mutta perusajatus on pysynyt vakaana. Tässä yhteydessä on usein todettu Churchillillä mukaellen, että tiedossa olevista järjestelmistä vertaisarviointi on kuitenkin paras.

Akatemian toimikuntien työ on muuttumassa. On toivottavaa, että toimikunnalle jäisi enemmän aikaa pohtia ja keskustella tiedepoliittisista linjauksista. Toimikunnat olivat kaudella 2016–2018 sivussa strategisen tutkimuksen, profiloitien ja akatemiaprofessuurien hauista ja niiden rooli huippuyksikköhaussa oli vähäinen. Tämä ratkaisu on ollut toimikunnan jäsenten työmäärään nähden ymmärrettävä, mutta samalla toimikunta on ollut sivussa tärkeistä tiedepoliittisista linjauksista. Uusi menettely voi antaa lisää tilaa laajemmalle tiedepoliittiselle pohdinnalle.

Olen kuluneiden kolmen vuoden aikana nähnyt paljon erinomaisia hakemuksia, joita ei ole pystytty rahoittamaan. Mieleeni ovat monesti tulleet Uumajan yliopiston entisen rehtorin, Wallenbergin säätiöiden johtajan Göran Sandbergin sanat, että ”tärkeimmät tutkijalta vaadittavat ominaisuudet ovat kyky vuorovaikutukseen ja kyky kestää pettymyksiä”. Toivoisin, että tutkijanuralla ei tarvitsisi olla niin paljon pettymyksiä kuin nykyisin. Tarvitsemme enemmän tietoa arviointiprosesseista ja siitä, miten tutkimusrahoitus kanavoidaan.

17 Walker – Rocha da Silva 2015.

Kati Nieminen

Mitä raiskauksen määritelmä kertoo oikeuskulttuuristamme?

1. Johdanto

Kulttuurisesta taustasta ja sen vaikutuksesta yksilöihin puhutaan usein ikään kuin kulttuuri olisi jotakin, joka koskee vain ”niitä toisia”, niitä, jotka tulevat ”toisesta kulttuurista”. Rikosoikeuden yhteydessä on jo pitkään keskusteltu kulttuurisesta puolustuksesta, eli mahdollisuudesta ottaa oikeudellisesti merkityksellisellä tavalla huomioon kulttuurisen kontekstin vaikutus yksilöön, tämän tapaan olla, toimia ja havainnoida maailmaa.¹ Vaikka kulttuurinen puolustus sisältää ajatuksen siitä, että yksilö on osin myös kulttuurinsa tuote, se itsessään on vahvasti yksilökeskeinen: kulttuurisen puolustuksen ideana on mahdollistaa kulttuuritaustan huomioon ottaminen arvioitaessa yksilön rikosoikeudellista vastuuta. Ajatus siitä, että kulttuuritausta vaikuttaa ”niihin toisiin” on viimeksi noussut esiin keskustelussa maahanmuuttajien tekemistä seksuaalirikoksista: on pohdittu sitä, selittääkö tekijöiden kulttuuritausta seksuaalirikoksiin syyllistymistä.² Olemme kuitenkin

1 Kulttuurinen puolustus, ks. esim. Laura Ervo, Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin uudet haasteet – monikulttuurisuuden huomioon ottaminen oikeudenkäynnissä. Oikeus 4 2012, 572–578; Raimo Lahti, Poikien ympärileikkaus. Monikulttuurista rikosoikeutta, s. 51–60 teoksessa Janne Porttikivi – Jussi Tiihonen (toim.) Mies väärästä tiedekunnasta. Ari Hirvosen 50-vuotisjuhlakirja. Loki-kirjat 2010; Kimmo Nuotio, Between Denial and Recognition: Criminal Law and Cultural Diversity, s. 67–88 teoksessa Will Kymlicka – Claes Lernestedt – Matt Matravers (eds) Criminal Law and Cultural Diversity. Oxford University Press, 2014; Laura Ritakari-Rautio, Monikulttuurinen rikosoikeus ja kulttuurinen puolustus. Lakimies 3–4/2017, s. 409–430, 413.

2 Keskustelu on politisoitunut siinä määrin, että ratkaisuja seksuaalirikoksiin on etsitty maahanmuuttoa, erityisesti turvapaikkaa koskevan lainsäädännön kiristyksistä ja mahdollisuudesta tulkita Suomea sitovia kansainvälisiä sopimuksia nykyistä tiukemmin. On viitteitä siitä, että maahanmuuttokysymysten ja seksuaalirikoksia koskevan keskustelun sekoittuminen voi vaikuttaa perus- ja ihmisoikeuksien yhteensovittamista ja punnintaa koskevaan ajatteluun. Esimerkiksi Husa on esittänyt ajatuksen, että seksuaalirikokseen syyllistyneen turvapaikanhakijan oikeuksia tulisi punnita suhteessa rikoksen uhrin oikeuteen ruumiilliseen koskemattomuuteen ja turvallisuuteen. Iltalehti: Professori turvapaikanhakijoista: Suomessa on tulkittu liian tiukasti kansainvälisiä sopimuksia – ”Olisi naiivia kuvitella, ettei niin suuren joukon saapuminen aiheuttaisi ongelmia” <https://www.iltalehti.fi/politiikka/a/30cd4ado-dc16-4e3e-a9a9-cfec5d788395> (haettu 22.1.2019). Tällainen tulkinta vaikuttaa erikoiselta: perusoikeuksien punninnalla tarkoitetaan yleensä vastakkaiseen suuntaan vaikuttavien oikeuksien, kuten yksityisyydensuojan ja sananvapauden, yhteensovittamista. Turvapaikkaa tai maassa oleskelua koskevilla säännöksillä ei kuitenkaan ole tällaista suoraa yhteyttä seksuaaliseen itseensä määräämiseen.

kaikki paitsi perimämme, myös ympäristömme, mukaan lukien kulttuurimme, tuotteita. Tässä artikkelissa pohdin, mitä oma tapamme säännellä seksuaalirikoksia, erityisesti raiskausta, kertoo omasta (oikeus)kulttuuristamme. Kattavan analyysin sijaan pyrin osoittamaan oikeudellisen ajattelumme piirteitä, joita olisi syytä tarkemmin pohtia tästä näkökulmasta käsin.

Oikeusei ole muusta kulttuurista irrallinen ilmiö riippumatta siitä, ajatellaanko oikeusjärjestyksen heijastavan vai muovaavan yhteisön vallitsevia arvoja.³ Onkin tarpeellista laajentaa seksuaalirikoksista käytävää keskustelua lainopin ulkopuolelle ja kysyä, millaisia merkityskamppailuja lainsäädäntöömme ja sitä koskevaan oikeudenkäyttöön sisältyy.⁴ Tällöin huomaamme, että se, miten määrittelemme esimerkiksi raiskauksen, ei ”heijasta todellisuutta”, eli kuvaa jotakin tulkinnoistamme riippumatonta ilmiötä yksiselitteisellä tavalla, vaan myös tuottaa, määrittää ja rajaa omia käsityksiämme siitä, mitä raiskaus on. Tästä konstruktionistisesta lähtökohdasta seuraa Rossin mukaan, että ”sanoja (...) koskeva kysymys ei kuulukaan, miten hyvin tai huonosti ne onnistuvat heijastamaan itseään todempaa todellisuutta. Sen sijaan on kysyttävä, millaisin merkein ne tuottavat todellisuutta ympärillemme – ja millaista todellisuutta”.⁵ Tässä artikkelissa pohdin, mitä nykyinen sääntelytapamme kertoo tavastamme hahmottaa seksuaalisen väkivallan todellisuutta. Aloitan tarkastelemalla rikoslakimme konstruoimia seksuaalisen väkivallan hierarkioita. Sen jälkeen pohdin suostumuksen puuttumiselle perustuvan raiskauksen määritelmän mahdollisuuksia ja siihen liittyviä ongelmakohtia keskittyen erityisesti suostumusta koskevaan erehdykseen. Lopuksi pohdin, millä tavoin raiskausta koskevat lainsäädännölliset ratkaisut suhteutuvat seksuaalirikoksia koskevaan laajempaan yhteiskunnalliseen keskusteluun.

3 Ks. esim. Michail Buchhandler-Raphael, *The Failure of Consent: Re-Conceptualizing Rape as Sexual Abuse of Power*. *Michigan Journal of Gender and Law* 147 2011, s. 147–228, 176; Heini Kainulainen, *Raiskaus – Myyttejä ja todellisuutta*, s. 214–231 teoksessa Johanna Niemi – Heini Kainulainen – Päivi Honkatukia (toim.) *Sukupuolistunut väkivalta. Oikeudellinen ja sosiaalinen ongelma*. Vastapaino 2017, s. 220; Leena-Maija Rossi, *Esityksiä, edustamista ja eroja: Representaatio ja politiikka*, s. 261–275 teoksessa Tarja Knuuttila – Aki Petteri Lehtinen (toim.) *Representaatio: Tiedon kivijalasta tieteiden työkaluksi*. Gaudeamus 2010, s. 268.

4 Rossi 2010, s. 268.

5 *Ibid.* Ks myös Janne Seppänen, *Visuaalinen kulttuuri: Teoriaa ja metodeja kuvien tulkitsijalle*. Vastapaino, 2005, s. 82.

2. Seksuaalirikosten hierarkia

Seksuaalirikoksia koskevaan lainsäädäntöömme sisältyy monenlaisia hierarkioita, jotka heijastavat sitä, millaisia tekoja pidämme toisia vakavampina. Tämän hierarkkisen rakenteen perusteista käydään vain vähän keskustelua.⁶ Vuoden 2014 uudistuksella pyrittiin osittain purkamaan seksuaalirikosten hierarkiaa luopumalla niin sanotusta lievästä raiskauksesta (sukupuolilyhteyteen pakottaminen) sisällyttämällä uhrin tiedottomuutta tai muun tyyppistä avutonta tilaa hyväksi käyttäen toteutettu raiskaus osaksi raiskauksen tunnusmerkistöä (RL 20:1.2).⁷ Erilaisten seksuaalisten väkivallantekojen välille rakentuu kuitenkin edelleen hierarkkinen suhde. Voimassa olevan rikoslain 20 luvussa kriminalisoidaan muun muassa raiskaus (RL 20:1; sukupuoliyhteys⁸ väkivaltaa, sen uhkaa taikka uhrin tiedotonta tai avutonta tilaa hyväksi käyttäen), törkeä raiskaus (RL 20:2), pakottaminen seksuaaliseen tekoon (RL 20:4; muu seksuaalista itsemääräämisoikeutta olennaisesti loukkaava seksuaalinen teko, joka tehdään väkivaltaa, sen uhkaa taikka uhrin tiedotonta tai avutonta tilaa hyväksi käyttäen) sekä seksuaalinen hyväksikäyttö (RL 20:5; sukupuoliyhteyteen tai muuhun seksuaalista itsemääräämisoikeutta olennaisesti loukkaavaan seksuaaliseen tekoon taivuttaminen asemaa hyväksikäyttäen, kun teon kohteena on laissa tarkemmin määritellyllä tavalla havoittuvassa asemassa oleva henkilö). Ankarimmin arvioidaan törkeää raiskausta. Tällöin edellytetään, että raiskauksella aiheutetaan vaikea ruumiinvamma, vakava sairaus tai hengenvaarallinen tila, tai että tekijöitä on useita, teolla aiheutetaan erityisen tuntuva henkistä tai ruumiillista kärsimystä, teko kohdistuu alaikäiseen, se tehdään erityisen raa'alla, julmalla taikka nöyryyttävällä tavalla, tai siinä

6 Se, että teko nimetään oikeudellisesti nimenomaan raiskaukseksi, on nähty ennen kaikkea symbolisesti tärkeäksi. Ks. esim. Susan Leahy, 'No Means No', But Where's the Force? Addressing the Challenges of Formally Recognising Non-violent Sexual Coercion as a Serious Criminal Offence. *The Journal of Criminal Law* 78 2014, s. 309–325, 322–323.

7 Vuoden 2011 alussa voimaan tulleella lailla (495/2011) seksuaalirikoksia koskevan RL 20 luvun säännöksiä muutettiin muun muassa siten, että puolustuskyvyttömyyden hyväksikäyttö määriteltiin raiskaukseksi siitä riippumatta, mikä osuus tekijällä on uhrin puolustuskyvyttömyyden syntyyn. Tuoreessa ratkaisussaan 2018:91 korkein oikeus on ottanut kantaa siihen, millä tavoin väkivaltaa käyttäen toteutetun raiskauksen (RL 20:1.1) ja avutonta tilaa hyväksikäyttäen toteutetun raiskauksen (20:1.2) välistä suhdetta tulisi arvioida. KKO korosti itsemääräämisoikeuden toteutumista raiskausta koskevan lainkohdan tavoitteena ja arvioi, että seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkaus on molemmissa momenteissa samankaltainen. Nukkuvan henkilön raiskaamista ei siten voi KKO:n mukaan sellaisenaan arvioida lievemmin kuin tekoa, jossa on käytetty väkivaltaa tai sen uhkaa. Tilastokeskuksen tietojen perusteella näyttää kuitenkin siltä, että raiskaussäännösten soveltamisalaan vuonna 2011 siirtyneitä tekoja ei ole oikeuskäytännössä pidetty yhtä vakavina kuin säännöksen soveltamisalaan jo aiemmin kuuluneita tekoja. Ks. OM:n Mietintöjä ja lausuntoja 7/2018, s. 53–55, 69.

8 Seksuaalirikoksia koskevan määritelmän (RL 20:10) mukaan sukupuoliyhteydellä tarkoitetaan sukupuolielimellä tehtävää taikka sukupuolielimeen tai peräaukkoon kohdistuvaa seksuaalista tunkeutumista toisen kehoon taikka toisen sukupuolielimen ottamista omaan kehoon. *Seksuaalisella teolla* tarkoitetaan puolestaan sellaista tekoa, joka tekijä ja kohteena oleva henkilö sekä teko-olosuhteet huomioon ottaen on seksuaalisesti olennainen.

käytetään hengenvaarallista välinettä tai muuten uhataan vakavalla väkivallalla. Lisäksi edellytetään, että teko on kokonaisuutena arvostellen törkeä.⁹

Raiskauksen perustunnusmerkistöön puolestaan erilaisten raiskausten välille on luotu hierarkia RL 20:1.3:lla¹⁰, jonka mukaan lievempää rangaistusasteikkoa käytetään silloin, kun raiskauksessa käytetty uhka on vähäinen tai kun teko on kokonaisuutena arvostellen lievä (”vähemmän vakava”), tai kun raiskauksessa on käytetty muuta kuin henkilöön kohdistuvan väkivallan uhkaa. Lievemmän asteikon käytön edellytyksenä on lisäksi, ettei raiskauksessa ole käytetty väkivaltaa. Sukupuoliyhteyden ja muunlaisten seksuaalista itsemääräämisoikeutta loukkaavien tekojen välille on luotu hierarkia erottamalla teot eri pykäliin (RL 20:1 ja 20:4), joiden rangaistusasteikko on erilainen.

Rangaistuskäytännössä erilaisten seksuaalirikosten ”paheksunnan” aste näkyy kenties selkeimmin. Esimerkiksi Timo Ojalan mukaan rangaistusta mitattaessa tulee ottaa huomioon teon kokonaisuus ja arvioitava, kuinka vakavasti teko on loukannut uhrin seksuaalista itsemääräämisoikeutta. Arvioinnissa otetaan huomioon muun muassa, millä tavoin sukupuoliyhteys on toteutettu, tai onko tekijä esimerkiksi uhrin humalatilassa vuoksi ollen siinä uskossa, että tämä olisi halukas sukupuoliyhteyteen. Lisäksi huomioon tulee Ojalan mukaan ottaa se, kuinka nöyryyttävä ja suunnitelmallinen teko on ollut, ja onko samalla loukattu uhrin seksuaalisen itsemääräämisoikeuden lisäksi jotakin muuta oikeushyvä.¹¹

Lienee tarpeen, että rikoslaki sallii liikkumavaraa erilaisten seksuaalisten väkivallantekojen arvioimiseksi. On kuitenkin aika ajoin syytä pohtia, millaisiin oletuksiin lakiin kirjattu hierarkia perustuu ja kysyä esimerkiksi, miksi mittaamme seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkaamisen vakavuutta tekoon liittyvän pakottamisen tai väkivallan asteella taikka teon suunnitelmallisuudella. Suostu-

9 Törkeysarvostelusta, ks. Hallituksen esitys (HE) 216/2013 vp eduskunnalle laiksi rikoslain 20 luvun muuttamisesta, s. 7–8.

10 Ks. esim. Minna Kimpimäki, Sukupuoliyhteys lapsen kanssa – raiskaus vai ei? *Lakimies* 6/2018, s. 677–697. Raiskauksesta tuomittujen rangaistusten lukumäärä on yli kaksinkertaistunut vuosien 2010–2016 aikana. Törkeästä raiskauksesta annettiin vuosina 2010–2014 vuosittain 7–18 tuomiota, vuosina 2015–2017 22–46 tuomiota. Tuomittujen määrän nousemisen oletetaan liittyvän vuonna 2011 voimaan tulleeseen raiskaussäännösten soveltamisalan laajentamiseen ja vuonna 2014 voimaan tulleeseen muutokseen, jolla alle 18-vuotiaaseen kohdistuneita tekoja pidetään törkeinä raiskauksina edellyttäen, että teko on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä. Niinsanottua vähemmän vakavaa raiskausta koskevaa RL 20:1.3 sovellettiin vuosina 2015 ja 2016 vain yksittäisissä tapauksissa. Tapio Lappi-Seppälä – Hannu Niemi, *Seksuaalirikokset*, s. 81–104 teoksessa *Rikollisuustilanne 2016. Rikollisuuskehitys tilastojen ja tutkimusten valossa. Katsauksia 22/2017. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti; Tilastokeskus, Rangaistukset rikoksittain 2009–2017* (24.1.2019). Raiskauksesta tuomittujen rangaistusten pituuksiin lainmuutokset eivät ilmeisesti ole merkittävästi vaikuttaneet, joskin Liljan selvityksen mukaan vuoden 2014 uudistuksen jälkeen erityisesti lievimpien tekemuotojen osalta rangaistukset ovat ankaroituneet. Jenny Lilja, *Raiskausrikoksista tuomitut rangaistukset – uusinta hovioikeuskäytäntöä*, 307–328 teoksessa Raimo Lahti – Essi Kontinen-Di Nardo (toim.), *Kirjoituksia Modernista rikosoikeudesta. Helsingin hovioikeus 2017; Oikeusministeriön Mietintöjä ja lausuntoja 7/2018: Arviomuistio rikoslain viimeaikaisesta kehityksestä ja tulevista kehitystarpeista – Eräät seksuaali-, väkivalta-, rattijuopumus- ja talousrikokset*.

11 Timo Ojala, *Seksuaalirikokset*. Edita, 2014.

musperusteinen raiskauksen määritelmä osaltaan murtaisi seksuaalirikosten hierarkkista rakennetta sen osalta, että seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkaaminen (ymmärrettynä suostumuksen puuttumisena) olisi itsessään raiskauksen tunnusmerkistön toteutumisen riittävä edellytys. Tällöin olisi kuitenkin tarpeen pohtia myös sitä, millaisin kriteerein seksuaalisen itsemääräämisoikeuden loukkaamisen vakavuutta on asianmukaista arvioida.

Seuraavassa jaksossa tarkastelen, millaisia muita haasteita mahdollisuuksiensa ohella suostumusperusteiseen raiskauksen määritelmään liittyy. Myös nämä haasteet, erityisesti luvussa 4 käsitelty erehdys, kertovat siitä, millaiseksi rikokseksi raiskaus oikeuskulttuurissamme konstruoidaan.

3. Suostumuksen puuttuminen raiskausta määrittävänä tekijänä

Viime vuosina keskustelu raiskausrikoksen määrittelemisestä suostumuksen puuttumisen avulla on voimistunut Suomessa. Kun seksuaalirikoksia koskevaa sääntelyä viimeksi uudistettiin vuonna 2014, useissa asiantuntijalausunnoissa kannatettiin suostumusperusteista raiskauksen kriminalisointia, ja perustuslakivaliokunta suositteli, että tulevissa uudistuksissa arvioitaisiin mahdollisuudet kehittää raiskauksen määritelmää suostumuksen puuttumista korostavaan suuntaan.¹² Vielä tuolloin kuitenkin pitäydyttiin vanhassa sääntelymallissa.¹³ 15.1.2019 mennessä kansalaisaloite ”raiskauksen määritelmä suostumusperustaiseksi – Suostumus 2018”¹⁴ oli kerännyt jo yli 55 000 kannatusilmoitusta, ja parhaillaan oikeusministeriössä on tekeillä raiskausta koskevan lainsäädännön kokonaisuudistus.¹⁵ Onkin todennäköistä, että ennemmin tai myöhemmin Suo-

12 PeVL 6/2014 vp.

13 Ks. Minna Kimpimäki, Raiskauksen määrittelyn kipukohta: pakottamalla vai ilman suostumusta? Lakimies 6/2017, s. 789–812, 804–807.

14 VN/2718/2018 Raiskauksen määritelmä suostumusperustaiseksi – Suostumus 2018 <https://www.kansalaisaloite.fi/fi/aloite/3209> (haettu 15.1.2019).

15 Oikeusministeriön tiedote 15.1.2019: Ministeri Häkkänen: Oikeusministeriö käynnistää raiskauslainsäädännön kokonaisuudistuksen https://oikeusministerio.fi/artikkeli/-/asset_publisher/ministeri-hakkanen-oikeusministerio-kaynnistaa-raiskauslainsaadannon-kokonaisuudistuksen?fbclid=IwAR3kqNwFAFu_k649XG6mBGBZzRyTguUqJ-O8xwmosqUCgyZnQxLrttj__Go (haettu 15.1.2019).

messakin siirrytään suostumusperusteiseen raiskauksen oikeudelliseen määritelmään.¹⁶

Mihin ongelmaan suostumuksen puuttumiseen perustuva raiskauksen määritelmä sitten vastaisi? Nykyinen raiskauksen rikosoikeudellinen määritelmä edellyttää joko väkivallan käyttämistä tai sillä uhkaamista taikka henkilön tiedottomuuden tai muun avuttoman tilan hyväksikäyttämistä. Lain esitöiden mukaan puolustuskyvyttömyydellä tarkoitetaan, että henkilö ei henkisen tai ruumiillisen esteen vuoksi pysty lainkaan tai ainakaan merkittävästi estämään raiskausta. Puolustuskyvyttömyys voi johtua esimerkiksi lamauttavasta pelosta, päihteiden käytöstä tai siitä, että henkilö nukkuu.¹⁷

Nykyinen sääntelytapa ei riittävästi korosta seksuaalista itsemääräämisoikeutta kriminalisoinnin suojelukohteena. Väkivallan tai uhrin avuttoman tilan hyväksikäyttäminen ei myöskään riittävästi vastaa sitä kokemusten kirjoa, joka vastoin suostumustaan seksuaalisen teon kohteeksi joutuneilla on, sillä läheskään aina raiskaukseen ei liity eksplisiittistä väkivallan uhkaa tai tiedottoman taikka muulla tavoin avuttoman tilan hyväksikäyttämistä.¹⁸ Suostumuksen puuttumiseen perustuva raiskauksen määritelmä parantaisi tilannetta tässä suhteessa – ainakin periaatteellisella tasolla. Määrittelyongelmia liittyisi kuitenkin myös suostumukseen, sillä suostumus käsitteenä ei ole millään muotoa yksiselitteinen.¹⁹ Millainen suostuminen olisi vapaaehtoista? Katsottaisiinko esimerkiksi vastentahtoinen alistuminen sukupuolilyhteyteen suostumiseksi?

Lainsäädäntö ei kenties voi koskaan tavoittaa sitä vallankäytön moninaisuutta, jota seksuaalisen väkivallan yhteydessä esiintyy, eikä kaikkia niitä tapoja, joilla

16 Vaikka laki nykyisellään ei eksplisiittisesti perustu suostumuksen puuttumiseen raiskausta määrittävänä tekijänä, on suostumus implisiittisesti läsnä myös nykyisessä raiskauksen määritelmässä. Buchhandler-Raphael 2011, s. 196. Tekijän käyttämä pakko viittaa nimenomaan tahdonvastaisuuteen. Helena Jokila, Tahdonvastainen suostumus ja liiallisen luottamuksen hinta: Raiskauksen ja muiden seksuaalirikosten oikeudellisen tiedot konstruktioit. Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2010, s. 61. Lisäksi suostumukseen tai sen puuttumiseen liittyviä seikkoja käsitellään usein näytön yhteydessä. Ks. esim. Miia Ylikulju, Raiskauksen toteennäyttäminen oikeudenkäynnissä, s. 243 teoksessa Johanna Niemi – Heini Kainulainen – Päivi Honkatukia (toim.) Sukupuolistunut väkivalta. Oikeudellinen ja sosiaalinen ongelma. Vastapaino 2017, s. 232–249.

17 HE 216/2013 vp.

18 Ks. esim. Jacob Bucher – Michelle Manasse, When Screams are not Released: A Study of Communication and Consent in Acquaintance Rape Situations. *Women & Criminal Justice* 21:2 2011, s. 123–140; Buchhandler-Raphael 2011, s. 147–485. Alison Gash – Ryan Harding, #MeToo? Legal Discourse and Everyday Responses to Sexual Violence. *Laws* 7:2 2018, s. 21; Catharine A. MacKinnon, Reflections on Law in the Everyday Life of Women, 109–122 teoksessa Austin Sarat – Thomas R. Kearns (eds) *Law in Everyday Life*. University of Michigan Press, 1995; Catharine A. MacKinnon, *Women's Lives, Men's Laws*. Harvard University Press, 2005.

19 Ks. esim. Petter Asp, *Sex och Samtycke*. Iustus 2010; Buchhandler-Raphael 2011; Gash – Harding 2018; Jokila 2010.

toisen ihmisen seksuaalista itsemääräämisoikeutta voi loukata.²⁰ Kaplanin mukaan seksuaalirikosten kriminalisoinnit ovatkin väistämättä joko tehottomia tai epäoikeudenmukaisia.²¹ Suostumuksen ja raiskauksen määritelmän kattavuuden ohella suostumusperusteiseen(kin) määritelmään liittyy myös muita ongelmia. Suostumukseen perustuvaa sääntelytapaa on kritisoitu esimerkiksi siitä, että suostumuksen olemassa olon arvioiminen suuntaa huomion rikoksen uhrin käyttäytymiseen, mikä etenkin raiskausrikoksissa on tunnetusti ongelmallista.²²

Suostumusperusteinen raiskauksen oikeudellinen määritelmä toisi mukanaan myös suostumuksen puuttumisen todentamiseen liittyviä haasteita. On olemassa viitteitä siitä, että suostumusperusteisuus ei välttämättä poista teossa käytetyn väkivallan keskeistä asemaa teon oikeudellisessa arvioinnissa, sillä käytännössä suostumuksen puuttumista voi olla vaikea osoittaa ilman merkkejä väkivallan käytöstä.²³ Merkitsisikö suostumus siis sittenkin vain (välittömän) pakon puuttumista, jolloin oikeuskäytäntö ei välttämättä juuri muuttuisi nykyisestä?²⁴

Haasteita liittyy myös siihen, miten suostumuksen puuttuminen kirjattaisiin lakiin. Suostumusperustainen raiskauksen määritelmä olisi mahdollista toteuttaa joko kielteisen ilmaisun (no means no) tai myönteisen ilmaisun (yes means yes) avulla. Esimerkiksi Nuotio on ehdottanut muotoilua, joka edellyttäisi suostumuksen puuttumisen eksplisiittistä ilmaisemista:

Joka pakottaa toisen sukupuoliyhteyden käyttämällä henkilöön kohdistuvaa väkivaltaa tai uhkaamalla käyttää sellaista väkivaltaa, on tuomittava raiskauksesta vankeuteen vähintään yhdeksi ja enintään kuudeksi vuodeksi. Raiskauksesta tuomitaan myös se, joka on muutoin toisen kanssa sukupuoliyhteydessä, vaikka tämä on ilmaissut, ettei sitä tahdo.²⁵

20 Buchhandler-Raphael 2011; Jokila 2010; Margo Kaplan, Rape Beyond Crime. Duke Law Journal 66: 5 2017, 1045–1111.

21 Kaplan 2017, s. 1047

22 Toisaalta nykyiselläkin huomio kohdistuu oikeudenkäynneissä usein teon uhuriin ja hänen toimintaansa sekä ennen tekoa, sen aikana ja sen jälkeen. Ks. esim. Oikeusministeriön Selvityksiä ja ohjeita 25/2012 Raiskausrikosten lainsäädännölliset muutostarpeet, s. 63.

23 Ks. esim. Vanessa E. Munro, An Unholy Trinity? Non-Consent, Coercion and Exploitation in Contemporary Legal Responses to Sexual Violence in England and Wales Current Legal Problems 63 2010, s. 45–71.

24 ks. esim. Asp 2010, s. 85.

25 Kimmo Nuotio, Asiantuntijalausunto: Luonnos hallituksen esitykseksi lapsenraiskausta koskevaksi sääntelyksi. <https://www.lausuntopalvelu.fi/SV/Proposal/DownloadAttachmentQuestionAnswerFile?fileId=a225c211-7a52-4bd2-a93c-a95800ea9c14> (haettu 12.12.2019) Tunnetusti suurin osa seksuaalisesta kanssakäymisestä ei sisällä eksplisiittistä, verbaalista suostumuksen ilmaisua. Ks. Bucher – Manasse 2011, s. 124. Jotkut ovat nähneet tämän seikan ongelmallisena suostumusperusteisen raiskauksen määritelmän kannalta, ja esittäneet, että rikoksen tunnusmerkistössä määräävää olisi suostumuksen ilmaisemisen sijaan suostumuksen puuttumisen ilmaiseminen.

Kielteisen tahdonilmaisun edellyttäminen perustuisi ongelmalliselle suostumusolettamukselle.²⁶ Vaihtoehtoinen tapa toteuttaa suostumukseen perustuva raiskauksen oikeudellinen määritelmä olisi päinvastainen: raiskaus olisi yksinkertaisesti sukupuoliyhteys ”toisen henkilön kanssa ilman tämän suostumusta”.²⁷

Jos raiskauksen oikeudellisella määritelmällä tavoitellaan sitä, että tunnusmerkistö vastaisi mahdollisimman hyvin raiskauksen kohteeksi joutuneiden henkilöiden kokemuksia, suostumuksen puuttumisen nimenomaisen ilmaisemisen korostaminen tunnusmerkistössä olisi ongelmallista. Tutkimusten mukaan etenkin nuoret tai tuntemansa henkilön uhreiksi joutuneet naiset eivät läheskään aina ilmaise suostumuksen puuttumista eksplisiittisesti. Jos lainsäädäntöön on sisäänrakennettu suostumusolettama, jonka mukaan suostumus on olemassa ellei sitä nimenomaisesti kielletä, voi seurauksena olla, ettei lainsäädäntö tunnista tosiasiallisia raiskaustilanteita eikä tunnusta raiskauksen kohteeksi joutuneiden tosiasiallisia kokemuksia.²⁸ Raiskauksen määritelmä, joka ei riittävästi tunnista tahtonsa vastaisesti sukupuoliyhteyteen joutuneen kokemusta, voi pahimmassa tapauksessa mitätöidä uhrin kokemuksen ja vaientaa sen.²⁹

Ihmisten välinen seksuaalinen kanssakäyminen tapahtuu aina tietyssä kulttuurisessa, sosiaalisessa, taloudellisessa ja sukupuolittuneessa kontekstissa. Tämä konteksti vaikuttaa myös suostumuksen rakentumiseen.³⁰ Kuten edellä on tuotu esiin, kriitikkojen keskuudessa suostumusperusteinen raiskauksen oikeudellinen määritelmä on aiheuttanut huolta etenkin epäillyn oikeussuojan näkökulmasta. Raiskauksen määritelmän on arveltu laajenevan siinä määrin, että myös esimerkiksi sosiaalisen tai emotionaalisen paineen vuoksi seksiin alistuminen voitaisiin arvioida raiskauksena, mitä jotkut pitävät ongelmallisena. Lisäksi suostumusta koskevan erehdyksen mahdollisuutta on pidetty hankalana kysymyksenä.³¹ Suostumusta koskevat huolet on kuitenkin syytä asettaa kulttuuriseen kontekstiinsa ja kysyä, millaisia oletuksia naisten ja miesten seksuaalisuudesta ne heijastavat. Tarkastelen aihetta seuraavaksi pohtimalla, millaista lähestymistapaa seksuaaliseen väkivaltaan tahallisuutta ja erityisesti erehdyistä koskeva oikeudellinen keskustelu suosii.

26 Jokilan käyttämässä merkityksessä suostumusolettama liittyy ensisijaisesti todistus oikeudellisiin näkökohtiin. Jokila 2010. Suostumuksen puuttumisen ilmaiseminen raiskausta koskevassa lainkohdassa merkitsisi kuitenkin suostumusolettaman nimenomaista kirjaamista raiskauksen määritelmään.

27 Minni Leskinen, *Raiskaus 2010-luvulla*, s. 194–213 teoksessa Johanna Niemi – Heini Kainulainen – Päivi Honkatukia (toim.) *Sukupuolistunut väkivalta*. Vastapaino 2017, s. 209.

28 Bucher – Manasse 2011; Gash – Harding 2018, s. 15; Kainulainen 2017.

29 Buchhandler-Raphael 2011, s. 201; Gash – Harding 2018, s. 3, 9; Jokila 2010, s. 62; Kaplan 2017, s. 1047, 1063; MacKinnon 1995; 2005.

30 Jokila 2010, s. 84

31 Ks. Esim. Buchhandler-Raphael 2011 s. 163–164; George P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*. Oxford University Press, 1998.

4. Erehdyksessä tehty raiskaus?

Edellä sivuttiin lyhyesti sitä mahdollisuutta, että suostumuksen puuttumiseen perustuva raiskauksen määritelmä suuntaisi huomion uhrin toimintaan ja käyttäytymiseen nykyistä enemmän. Onkin mahdollista, että suostumusperusteiseen raiskauksen määritelmään siirtyminen korostaisi tahallisuuteen liittyviä laintulkinnallisia ongelmia, jolloin huomio todella voisi kiinnittyä nykyistä enemmän uhrin käyttäytymiseen, jos esimerkiksi suostumuksen olemassa oloa koskevan erehdyksen mahdollisuutta arvioitaisiin ulkoisten tekijöiden ja olosuhteiden avulla. Oikeusministeriön muistiossa, jossa suostumusperusteisen sääntelytavan mahdollisuuksia arvioitiin, pohdittiin tekijän tahallisuuden näyttämistä; muistion mukaan tekijän tahallisuus voi ilmetä esimerkiksi ”uhrin käyttäytymisestä tai olosuhteista muuten”, sillä tekijän tulisi ”tahallisuuden edellyttämällä tavalla tietää taikka ainakin ymmärtää tai mieltää, että uhri ei ole vapaaehtoisesti suostunut sukupuoliyhteyteen”, vaikkakaan ”rikoksenteijä [ei] voi suhtautua välinpitämättömästi niihin seikkoihin tai olosuhteisiin, joista suostumuksen puuttuminen voi ilmetä”.³² Yleisesti ottaen erehdystä koskevaa näyttöä on Hähdön mukaan arvioitava sen valossa, ”oliko uhrin käytös tai olivatko tapahtuman olosuhteet syytetyn näkökulmasta tarkasteltuna sellaiset, että tämä saattoi perustellusti luulla suostumuksen olevan olemassa.”³³ Erehdyksen perusteltavuutta arvioidaan vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevan erehdyksen (RL 4:3) tavoin. Erehdyksen mahdollisuus arvioidaan syytetyn eduksi silloin, kun ”näyttö riittää vakuuttamaan, että tekijän erehtyminen tilanteesta tai toisen osapuolen tarkoituksesta oli mahdollista ja ymmärrettävää yleisen elämäkokemuksen valossa”.³⁴ Hähdön mukaan erehdystä koskevan näyttökysymyksen ratkaiseminen muistuttaa common law -järjestelmän järkevän henkilön (reasonable person) standardia siinä mielessä, että tarkoituksena on määritellä, mitä yksilöltä on mahdollista ja kohtuullista vaatia.³⁵

Mitä sitten yleisen elämäkokemuksen valossa tekijältä tulee voida edellyttää? Syytetyn mahdollisesti uskomat ”miehiset stereotyyppit naisten seksuaalisuudesta” eivät arvioinnin mittariksi Hähdön mukaan kelpaa.³⁶ Voi kuitenkin kysyä, millaisia stereotyyppioita järkevän henkilön standardiin itseensä, tai yleiseen elämäkokemukseen pohjaaviin kokemussääntöihin, mahtaa sisältyä? Jos raiskaus määritel-

32 OM:n Mietintöjä ja lausuntoja 7/2018, s. 64.

33 Vilja Hahto, Uhrin myötävaikutus ja rikosenteijän vastuu. Rikos- ja vahingonkorvausoikeudellinen tutkimus tekoa edeltävästä uhrikäyttäytymisestä fyysistä koskemattomuutta loukkaavissa rikoksissa. Edita 2004, s. 473–478, 474.

34 Ibid. Ks. myös Hannu Tapani Klami, Naisen kunnia ja miehen oikeusturva. Näyttöongelmista väkisinmakaamisrikosten yhteydessä. Defensor legis 1990, s. 182–199.

35 Hahto 2004, s. 476–477.

36 Ibid.

taisiin laissa suostumuksen puuttumisen avulla mutta torjuen raiskauksen tunnusmerkistön täyttyminen suostumusta koskevissa erehdystilanteissa, millaisia kokemussääntöjä syntyisi sen arvioimiseksi, oliko vastaaja voinut vilpittömästi olettaa suostumuksen annetun? Miten nämä kokemussäännöt suhteutuisivat käsitteisiin esimerkiksi naisten ja miesten seksuaalisuudesta ja kommunikaatiotavoista? Jokilan tutkimuksen mukaan tuomioistuinten soveltamia kokemussääntöjä eksplikoidaan harvoin, mutta silloin kun hänen aineistossaan näin tehtiin, kokemussääntöjen taustalla voitiin havaita raiskausta ja seksuaalisuutta koskevia stereotyyppisiä uskomuksia.³⁷ Voitaneen olettaa, että suostumusperusteiseen raiskauksen määritelmään siirtyminen ei riittäisi ratkaisemaan tätä ongelmaa, vaan voisi jopa voimistaa sitä.

On aiheellista pohtia myös, miten käyttökelpoisia olosuhdetahallisuutta koskevat opit ovat seksuaalirikosten näkökulmasta ja kysyä, miltä tahallisuusoppi vaikuttaa seksuaalisen itsemääräämisoikeuden näkökulmasta tarkasteltuna. Lainopillisessa keskustelussa suostumusta koskeva erehdys merkitsee, että tekijä on virheellisesti luullut toisen henkilön suostuneen seksuaaliseen kanssakäymiseen kanssaan tai ainakin, ettei hän ole tiennyt toisen henkilön suostumuksen puuttuneen. Tahallisuutta koskevat kysymykset oletettavasti korostuisivat, jos raiskauksen oikeudellinen määritelmä perustuisi suostumuksen puuttumiseen. Mutta miten hyvin tahallinen tietämättömyys uhrin suostumuksen puuttumisesta, suostumuksen olemassaoloa koskeva todennäköisyysarviointi taikka välinpitämättömyys suostumuksen olemassaoloa kohtaan taipuisivat seksuaalisen itsemääräämisoikeuden tosiasialliseen suojaamiseen? Olisiko tahallisuuden alarajaa määrittävää ”varsin todennäköisenä pitämistä” todella mielekästä soveltaa suostumuksen puuttumisen arviointiin?³⁸

Nykyisen väkivaltaa korostavan raiskauksen oikeudellisen määritelmän osalta tahallisuus tarkoittaa sitä, että tekijä ymmärtää uhrin taipuneen ”hänen tahtoonsa väkivaltaisen menettelyn seurauksena”.³⁹ Ojalan mukaan erehdystä ei lähtö-

37 Jokila 2010, s. 236–268

38 Olosuhdetahallisuudesta ks. Dan Frände, Onko viimeinen sana sanottu olosuhdetahallisuudesta? Defensor Legis N:o 2/2010, s. 157–165; Tatu Hyttinen, Olosuhdetahallisuuden vakioitu alaraja – Oikeusturvaa vai Korkeimman oikeuden retoriikkaa? Defensor Legis N:o 6/2016, s. 917–933; Kimmo Nuotio, Todennäköisyystahallisuuden tilasta ja tarinasta, Lakimies 7–8/2017, s. 970–991; Jussi Tapani, Olisiko nyt sanottu viimeinen sana olosuhdetahallisuuden alarajasta? KKO 2012:66 ja seksuaalipalveluiden ostamisen rangaistavuus, Defensor Legis N:o 5/2012, s. 607–619; Seksuaalipalvelujen oston rangaistavuus – tuottamuvastuuta vai jotakin muuta? Defensor Legis N:o 4/2015, s. 680–694; Jussi Tapani, Mistä puhumme, kun puhumme olosuhdetahallisuudesta? Teoksessa Ari-Matti Nuutila – Elina Pirjatanniemi (toim.) Rikos, rangaistus ja prosessi. Juhlajulkaisu Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005, Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja 2005.

39 Miia Ylikulju, Syytön kunnes toisin todistetaan? Näytön arviointi ja näyttökynnys raiskausrikoksissa. Turun yliopisto, 2014, s. 22; Ilkka Rautio, RL 20 luku: Seksuaalirikokset, teoksessa Tapio Lappi-Seppälä – Kaarlo Hakamies – Pekka Koskinen – Martti Majanen – Sakari Melander – Kimmo Nuotio – Ari-Matti Nuutila – Timo Ojala – Ilkka Rautio, Rikosoikeus, WSOYPro 2009, s. 419–461, 428.

kohtaisesti tulee pitää ymmärrettävänä, jos teossa on käytetty väkivaltaa, tai jos uhri on nimenomaisesti ilmaissut suostumuksen puuttumisen.⁴⁰ Kun erehdyksen mahdollisuutta arvioidaan ulkoisten seikkojen perusteella, arvioidaan itse asiassa uhrin käyttäytymistä, jotta voidaan varmistua, ”onko uhri ilmaissut vastustuksensa riittävän selvästi niin, että sen saattoi kohtuudella ymmärtää”.⁴¹ Jokilan ja Niemen tavoin on aiheellista kysyä, miksi seksuaalirikoksissa suostumuksen puuttumisen ilmaiseminen jätetään uhrin tehtäväksi, vieläpä niin voimallisesti, että tekijä varmasti ymmärtää hänen olevan vakavissaan?⁴² Pohtimatta sen sijaan on jäänyt, ”miksi miehen (...) tulisi voida lähteä olettamuksesta, että nainen on vapaaehtoisesti mukana seksuaalisessa kanssakäymisessä”⁴³ ja miksi ”uhrin edellytetään puolustautuvan seksuaalista tekoa vastaan sen sijaan että tekijän edellytettäisiin selvittävän, haluaako toinen osapuoli hänen kanssaan seksuaalista kanssakäymistä”.⁴⁴ Tässä mielessä lainsäädäntömme heijastaa kulttuuriamme siinä, että miehen on hyväksyttävää suostutteleamalla ja taivuttelemalla pyrkiä painostamaan nainen seksiin vastusteluista tai haluttomuudesta huolimatta, ja että naisen vastuulle jää asettaa rajat miehen seksuaalisuudelle.⁴⁵

Suostumusta koskevaan erehdykseen liittyy kysymys siitä, millaista tulkinanvaraisuutta ja millaisia väärinkäsitysten mahdollisuuksia kommunikaatioon sisältyy tai ei sisälly. Esimerkiksi Hädon mukaan erehdyksen käsillä olon arvioimista hankaloittaa se, että seksuaaliseen kanssakäymiseen ei suinkaan aina sisälly eksplisiittisiä suostumuksen ilmaisuja.⁴⁶ Periaatteessa suostumus ja sen ilmaiseminen ovat toisaalta yksinkertaisia asioita: ei tarkoittaa ei, kyllä tarkoittaa kyllä. Kommunikaatiotutkijoiden mukaan kommunikaatio ei kuitenkaan ole näin suoraviivaista. Bucher ja Manasse muistuttavat esimerkiksi, että useiden tutkimusten mukaan miehet tulkitsevat käyttäytymisen useammin seksuaaliseksi kuin naiset ja olettavat suostumuksen olemassaolon usein silloinkin, kun naiset ilmaisevat kiinnostuksen puutetta tai jopa epämukavuutta.⁴⁷

Tämä ei silti suinkaan tarkoita, että suostumusperusteinen raiskauksen määritelmä olisi ongelmallinen sen vuoksi, että suostumuksen olemassa olosta tai sen puuttumisesta ei kommunikaatio-ongelmien ja väärinkäsitysten vuoksi voisi olla

40 Ojala 2014. Ks. myös Wendy Lacombe – Bianca Fileborn – Anastasia Powel – Natalia Hanley, ‘I Think It’s Rape and I Think He Would Be Found Not Guilty’: Focus Group Perceptions of (un)Reasonable Belief in Consent in Rape Law. *Social & Legal Studies* 25: 5 2016, s. 611–629.

41 Hahto 2004, s. 473–478; OM:n Selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 28.

42 Jokila 2010, s. 62.

43 Ibid.

44 Johanna Niemi-Kiesiläinen, Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. WSOY 2004, s. 98.

45 Kaplan 2017, s. 1064

46 Hahto 2004, s. 473–478; OM:n Selvityksiä ja ohjeita 25/2012, s. 28.

47 Bucher – Manasse 2011, s. 125

varmuutta. Empiiriset tutkimukset osoittavat, että raiskaustilanteissa ei nimittäin ole kyse siitä, ymmärtävätkö osapuolet toisiaan, vaan siitä, että toinen ei kunnioita toisen tahtoa. Kyse ei siis ole kommunikaatiossa tapahtuneista tulkintavirheistä, vaan kommunikaation puuttumisesta ja toisen henkilön tahdonilmaisten tietoisesta sivuuttamisesta. Sen sijaan kommunikaatio-ongelmiin vedotaan, kun halutaan peitellä sitä, ettei toisen tahdonilmaisuilla tosiasiaa ollut merkitystä.⁴⁸ Erehdystä koskeva lainopillinen keskustelu saa epäilemään oikeuden mahdollisuuksia ottaa kommunikaation tällaisia ulottuvuuksia huomioon raiskausrikosten tahallisuutta arvioitaessa.

Lienee väistämätöntä, että lainsäädäntöön jää katvealueita ja että rikoslain tunnistama raiskauksen määritelmä, edes yhdessä muiden seksuaalirikosten tunnusmerkistöjen kanssa, ei tavoita kaikkia seksuaalisen väkivallan ja hyväksikäytön muotoja. Puutteineenkin suostumuksen puuttumiseen perustuva raiskauksen tunnusmerkistö ratkaisisi joitakin keskeisiä nykymalliin sisältyviä ongelmia, ja edellä esitetystä haasteista huolimatta kannatan suostumusperusteiseen raiskauksen määritelmään siirtymistä. Kaikkein suurinta lainsäädäntöön yleisemminkin liittyvää ongelmaa suostumusperustaisuuskaan ei kuitenkaan ratkaise: seksuaaliseen väkivaltaan ja hyväksikäyttöön liittyvät rakenteelliset, kulttuuriset ja yhteisölliset ulottuvuudet jäävät sen tavoittamattomiin. Seuraavaksi nostankin esiin sellaisia seksuaaliseen väkivaltaan liittyviä ulottuvuuksia, joilla oikeudelliset keinot ovat rajallisia tai jopa haitallisia.

48 Kate Lockwood Harris, Yes Means Yes and No Means No, but Both These Mantras Need to Go: Communication Myths in Consent Education and Anti-rape Activism. *Journal of Applied Communication Research* 46:2 (2018): s. 155–178, 157–158, 162–164.

5. Seksuaalisen väkivallan yhteiskunnalliset ulottuvuudet oikeuden haasteena

Edellä esitetyn keskustelun perusteella on havaittavissa, miten yksilökeskeinen oikeudellinen lähestymistapa seksuaaliseen väkivaltaan tyypillisesti on. Kansainvälisessä rikosoikeudessa seksuaalirikoksia on jonkin verran tarkasteltu yksilötasoa laajemmassa kontekstissaan. Esimerkiksi Ruandan sotarikostuomioistuimien omaksui Akayesu-tuomiossaan 1998 suostumuksen sijaan pakottavien olosuhteiden standardin: pakottavissa olosuhteissa henkilöön kohdistuva seksuaaliluonteinen fyysinen loukkaus katsottiin raiskaukseksi, eikä tapahtumaolosuhteista irrotettua suostumusta katsottu mielekkääksi lähtökohdaksi teon arvioimiseksi. Pakottavat olosuhteet eivät myöskään edellyttäneet fyysisen voiman tai väkivallan käyttämistä, kun olosuhteet, tässä tapauksessa aseellinen konflikti, katsottiin itsessään pakottaviksi.⁴⁹ Akayesu-tapauksen olosuhteet olivat suomalaisesta näkökulmasta katsottuna kieltämättä poikkeukselliset. Seksuaalirikoksia tai niitä koskevia kriminalisointimalleja ei kuitenkaan voi missään maailman kolkassa irrottaa yhteiskunnallisesta kontekstistaan.

Suostumukseen perustuvat mallit toisintavat yksilökeskeistä liberaalia näkökulmaa, jossa empiirisen todellisuuden monimuotoiset pakottamisen, painostamisen ja alistamisen käytännöt eivät pääse näkyviin.⁵⁰ Kaplanin mukaan seksuaalista väkivaltaa ympäröi sosiaalinen normisto, joka sallii ja sietää miesten naisiin kohdistamaa seksiin painostamista siinä määrin, että nykyisen lainsäädännön tunnustama raiskaus on vain suostumuksen puuttumisen äärimmäinen muoto. Jotkut tutkijat kutsuvat tätä seksuaalirikoksia ympäröivää sosiaalista kontekstia raiskauskulttuuriksi (rape culture).⁵¹ Kontekstistaan irrotettu suostumuksen käsite jättää näkymättömiin sellaisia painostamisen ja pakottamisen muotoja, jotka eivät ehkä oikeudellisesti tarkasteltuna täytä raiskauksen määritelmää, mutta jotka eivät kuulu myöskään vapaaseen tahdonmuodostukseen ja yhteisymmärryksessä harjoitettuun seksuaaliseen kanssakäymiseen.⁵² Huomion arvoista onkin, että suostumus ei käsitteenä tarkoita samaa kuin seksin haluaminen. Buchhandler-Raphaelin mukaan tuomioistuimet samastavat suostumuksen luvan (permission)

49 Ks. Jokila 2010, s. 65–66; Kimpimäki 2017, s. 790–796.

50 Jokila 2010, s. 43–44, 76–77, 84; Marjut Jyrkinen – Elina Penttinen, Organisoitunut prostituutio ja seksikauppa, teoksessa Johanna Niemi – Heini Kainulainen – Päivi Honkatukia (toim.) Sukupuolistunut väkivalta. Oikeudellinen ja sosiaalinen ongelma. Vastapaino 2017, s. 250–268.

51 Kaplan 2017, s.1064

52 Esimerkiksi väkivaltaisessa parisuhteessa seksiin pakottamiseen voi riittää implisiittinen, alati läsnä oleva uhan ilmapiiri Ks. esim. Eithne Dowds, Conceptualizing the Role of Consent in the Definition of Rape At the International Criminal Court: A Norm Transfer Perspective. *International Feminist Journal of Politics* 20: 4 2018, s. 624–643; Leahy 2014, s. 312–313.

antamiseen. Tällöin ei vielä voida puhua vastavuoroisesta, molempien osapuolten haluun (willingness) perustuvasta seksuaalisesta kanssakäymisestä.⁵³ Buchhandler-Raphaelin mukaan ongelmana on tällöin, että laaja skaala tahdonvastaisia seksuaalisia tekoja jää edelleen lainsäädännön tasolla tunnistamatta.⁵⁴ Tästä syystä jotkut ovatkin hylänneet sekä pakottamiseen että suostumuksen puuttumiseen perustuvat raiskauksen kriminalisointitavat, ja pyrkineet luomaan vaihtoehtoja, joissa seksuaalisuhteissa korostuvat luottamuksen ja riippuvuuden ulottuvuudet tulisivat nykyistä paremmin esille.⁵⁵ Yksilökeskeinen lähestymistapa, jollaista nämäkin mallit suostumus-keskustelun ohella edustavat, häivyttää kuitenkin laajemman yhteiskunnallisen kontekstin ja rakenteelliset tekijät, jotka vaikuttavat esimerkiksi taloudellisen ja seksuaalisen hyväksikäytön yhteenkietoutumiseen, ja siihen, miten lainsäädäntömme tuottaa seksuaaliselle hyväksikäytölle altistavaa haavoittuvuutta.⁵⁶

Kaiken edellä esitetyn pohjalta päädyn toteamaan, että riippumatta siitä, miten raiskaus ja muut seksuaalirikokset laissa määritellään, yksilökeskeinen, kontekstistaan irrotettu lähestymistapa ei pysty pureutumaan seksuaaliseen väkivaltaan koko laajuudessaan. Tästä huolimatta seksuaalisesta väkivallasta keskustellaan usein oikeudellistuneesti: rikoslain tunnistamat seksuaalisen väkivallan muodot hallitsevat keskustelua silloinkin, kun sitä käydään yleisemmällä tasolla, niin sanotusti ”oikeuden ulkopuolella”. Gash ja Harding esittävät, että rikosoikeudellinen lähestymistapa suosii yhteiskunnallisesta ja kulttuurisesta kontekstistaan irrotettu keskustelua seksuaalisesta väkivallasta.⁵⁷ Lopuksi pohdinkin lyhyesti, millaisia vaikutuksia rikosoikeuden yksilökeskeisellä tarkastelutavalla saattaa olla siihen, millä tavoin seksuaalisesta väkivallasta keskustellaan.

53 Ei ole lainkaan tavatonta, että seksuaaliseen kanssakäymiseen ryhdytään tahdonvastaisesti mutta kuitenkin niin, että siihen on suostuttu. Bay Chengin ja Eliseo-Arrasin tutkimuksen aineistossa tällainen kokemus oli yleisempi naisten kuin miesten joukossa ja tavallisempaa pitkissä parisuhteissa. Vastentahtoisesti harjoitettu seksi ei aina ollut traumaattista, vaan kokemusten kirjo oli hyvin laaja. Tutkimus paljasti kuitenkin, että tahdonvastaiseen seksuaaliseen kanssakäymiseen liittyy voimakkaasti sukupuolittuneita odotuksia ja käsityksiä muun muassa sukupuolten erilaisesta seksuaalisuudesta. Lisäksi tutkimuksessa havaittiin, että seksiin suostuttelemineen, painostaminen ja manipulointi on varsin tavallista. Laina Y. Bay-Cheng – Rebecca K. Eliseo-Arras, *The Making of Unwanted Sex: Gendered and Neoliberal Norms in College Women’s Unwanted Sexual Experiences*. *Journal of Sex Research* 45: 4 2008, s. 386–397, 387, 392–391.

54 Ks. esim. Michelle J Anderson, *Negotiating Sex*, *Southern California Law Review* 78:2005, s. 1401–1573; Buchhandler-Raphael 2011, s. 173, 182–183, 198.

55 Ibid.

56 Esimerkiksi paperittomuus altistaa mm. seksuaaliselle hyväksikäytölle. Siksi esimerkiksi maahantuloa ja oleskelua koskevaa lainsäädäntöä tulee tarkastella osana sitä yhteiskunnallista kontekstia, jossa seksuaalista väkivaltaa esiintyy.

57 Gash – Harding 2018; ks. myös Kaplan, 2017.

6. Rikosoikeudellisen diskurssin vuotaminen yhteiskunnalliseen keskusteluun

Olen edellä todennut, että rikosoikeudelliset keinot raiskauksen ja muiden seksuaalisen väkivallan muotojen käsittelyyn ja ehkäisyyn ovat rajalliset. Tämä ei luonnollisestikaan tarkoita, etteikö seksuaalirikoslainsäädäntöä tulisi jatkuvasti kehittää ja keskustelua parhaasta mahdollisesta sääntelytavasta jatkaa – lainopillisen viitekehyksen lisäksi myös laajemmilla areenoilla. Kenties hieman yllättäen rikosoikeudellisilla ratkaisuilla – mitä tahansa ne ovatkaan – voi kuitenkin olla haitallisia vaikutuksia oikeudellista kenttää laajemmalle seksuaalista väkivaltaa koskevalle yhteiskunnalliselle keskustelulle. Kutsun tätä ongelmaa oikeudellisen diskurssin vuotamiseksi oikeudellisen kontekstin ulkopuolelle.⁵⁸

Olen toisaalla argumentoinut, että oikeus toimii myös virallisten oikeudellisten instituutioiden ulkopuolella.⁵⁹ Tämä ei tarkoita pelkästään sitä, että ”law in books” ja ”law in action” eroavat toisistaan, vaan myös sitä, että oikeudellista kieltä ja normistoa käytetään virallisten soveltamistilanteiden lisäksi myös epävirallisissa yhteyksissä, ja että oikeudella on myös tässä epävirallisessa kontekstissa konkreettisia sosiaalisia vaikutuksia. Esimerkiksi ihmisten käsitykset oikeuden sisällöstä, virheellisetkin, ohjaavat heidän toimintaansa.⁶⁰ Toinen, tämän artikkelin kannalta keskeisempi seuraus on se, että oikeudellinen ja moraalinen arviointitapa saattavat sekoittua niin, että oikeudesta tulee moraalin mittapuu: se, mikä on laillista, on myös (riittävän) moraalista ja se, mikä ei ole lainvastaista, ei myöskään ole moraalisesti tuomittavaa. Tällöin oikeudellinen keskustelu vaientaa aidon eettisen pohdinnan.

Oikeudellisen diskurssin vuotamisen vuoksi seksuaalisen väkivallan kohteeksi joutuneiden kokemuksia tarkastellaan usein oikeudellisessa viitekehyksessä silloinkin, kun keskustelu sijoittuu ”oikeuden ulkopuolelle”. Gash ja Harding käyttävät #MeToo-kampanjaa esimerkkinä siitä, miten vaikeaa on keskustella sukupuolittuneesta seksuaalisesta väkivallasta ilman, että keskustelu kehystetään oikeudellisesti: kokemuksensa esiin tuoneiden naisten kertomaa arvioidaan helposti ikään kuin oltaisiin oikeudenkäynnissä, soveltaen esimerkiksi todistus- taakkaa koskevia normeja. Tämän lähestymistavan seurauksena tärkeä yhteis-

58 Buchhandler-Raphael 2011; Gash – Harding 2018; Jokila 2010; Kainulainen 2017; Kaplan 2017; Satu Lindman, Pilattu nainen, teoksessa Johanna Niemi – Heini Kainulainen – Päivi Honkatukia (toim.) Sukupuolistunut väkivalta. Oikeudellinen ja sosiaalinen ongelma. Vastapaino 2017, s. 177–193.

59 Kati Nieminen, The Law, the Subject and Disobedience – Inquiries into Legal Meaning Making. Helsingin yliopisto 2017, s. 42.

60 Ks. esim. Gash – Harding 2018, s. 3.

kunnallinen keskustelu typestyy helposti tapauksen uskottavuuden ja kokemuksen vakavuuden arviointiin oikeudellisesta näkökulmasta.⁶¹

Seksuaalisen väkivallan yksityiskohtainen käsittely mediassa nostaa usein esiin huolen ”syytetyn” oikeusturvasta.⁶² Yhteiskunnallisesti merkittävistä ilmiöistä on silti voitava keskustella myös konkreettisella tasolla, toki pitäen mielessä esimerkiksi kunnianloukkausta koskevat säännökset. Julkisessa keskustelussa ei kuitenkaan ole kyse oikeudenkäynnistä – siihen ei sisälly rikosoikeudellista sanktiouhkaa eikä valtion väkivaltamonopolin muuta arsenaalia. Onkin harhaanjohtavaa puhua oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytyksistä muussa kuin oikeudenkäynnin kontekstissa. Gash ja Harding näkevät #MeToo-kampanjan erityisen arvon siinä, että se paljastaa oikeudellisen lähestymistavan ja oikeudellisten standardien vuotamisen oikeuden ulkopuolelle ja vastustaa niiden keskustelua typtävää vaikutusta. Heidän mukaansa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin standardien ulottaminen virallisten oikeudellisten instituutioiden ulkopuolelle vaientaa tehokkaasti seksuaalisen väkivallan kohteeksi joutuneiden kokemukset ja ehkäisee seksuaalisesta väkivallasta käytävää laajempaa yhteiskunnallista keskustelua.⁶³

Tämän vuoksi on tärkeää tarkastella kriittisesti seksuaalirikoksia koskeviin normeihin sisäänrakennettuja oletuksia siitä, mistä seksuaalisessa väkivallassa on kyse, ja millaisia ”kulttuurisen puolustuksen” mekanismeja on sisäänrakennettu esimerkiksi omaan tahallisuutta ja erehdystä koskevaan oppiimme.⁶⁴ Yksi kulttuurisen puolustuksen tyyppi on sellainen, jossa syytetyn esitetään omasta kulttuuritaustastaan johtuen tulkinneen tai kokeneen syytteessä esitetyn tilanteen toisin, kuin mitä todellisuudessa tapahtui, tai miten ko. tilannetta oikeudellisesti arvioidaan. Ajatuksena on, että syytetyllä oli hyvä ja ymmärrettävä syy kokea tilanne kulttuurinsa väritymänä, ja että hänen toimintaansa tulisi sen vuoksi arvioida lievemmin. Miltä omat stereotyyppiset ja sukupuolittuneet käsityksemme ja kokemussääntömme näyttäisivät tästä näkökulmasta tarkasteltuna?⁶⁵

Useat tutkijat ovat tarkastelleet raiskausta ja muuta seksuaalista väkivaltaa koskevaa lainsäädäntöä ja sen kehitystä historiallisessa jatkumossa, jossa naisen seksuaalinen itsemääräämisoikeus ei suinkaan aina ole ollut keskeinen suojattava oikeushyvä. Esimerkiksi esimoderneissa raiskausmääritelmässä seksuaalisen väkivallan kohteen subjektiivisella tahdolla ei ollut keskeistä merkitystä, eikä ri-

61 Gash – Harding 2018, s. 9–24.

62 Ks. esim. Dubravka Zarkov – Kathy Davis, Ambiguities and dilemmas around #MeToo: #ForHowLong and #WhereTo? Editorial. *European Journal of Women's Studies* 25:1 2018, s. 3–9.

63 Gash – Harding 2018, s. 11–24.

64 Claes Lernestedt, Criminal Law and “Culture”, teoksessa Will Kymlicka – Claes Lernestedt – Matt Matravers (eds) *Criminal Law and Cultural Diversity*. Oxford University Press, 2014, s. 15–46.

65 Ks. Nicola Lacey, Community, Culture and Criminalization, teoksessa Will Kymlicka – Claes Lernestedt – Matt Matravers (eds) *Criminal Law and Cultural Diversity*. Oxford University Press, 2014, s. 47–66, 48–50.

koksella ollut edes varsinaista uhria siinä mielessä, kuin nykyisin ajatellaan.⁶⁶ Lindmanin mukaan raiskausrikosten asennehistoria heijastaa pitkäkestoisia ja sukupuolittuneita käsityksiä, joita 1970-luvun feministisessä tutkimuksessa alettiin kuvata ”raiskauskulttuurin” käsitteellä, joka viittaa seksuaalisen väkivallan ja sitä koskevan oikeudellisen normiston rakentumista sellaisten oletusten varaan, jotka ylläpitävät raiskausta (epävirallisesti) oikeuttavaa asenneilmapiiriä ja oikeudellisia ja yhteiskunnallisia käytäntöjä.⁶⁷

Paitsi lainsäädäntöömme, kulttuuriimme pesiytyneet raiskausta koskevat asenteelliset käsitykset vaikuttavat lainsoveltamiskäyttöön.⁶⁸ Kainulainen on tutkinut raiskausmyyttien, eli ennakkoluuloisten, stereotyyppisten tai virheellisten käsitysten vaikutusta rikosprosessissa. Kainulaisen mukaan ”raiskausmyyttien ytimessä on huomion siirtäminen pois rikoksenteikijästä”.⁶⁹ Myytit vaikuttavat hänen mukaansa siihen, millaisia tekoja ylipäätään pidetään seksuaalisena väkivaltana ja siihen, miten seksuaalista väkivaltaa esitutkinnassa ja tuomioistuimissa käsitellään.⁷⁰ Lisäksi raiskausmyytit vaikuttavat raiskattujen naisten halukkuuteen nimetä heihin kohdistunut teko raiskaukseksi tai saavat hänet epäilemään, oliko teossa todella kyse raiskauksesta.⁷¹ Raiskausmyytit, joita hallitsee ajatus miehisestä seksuaalisesta aggressiosta, saattavat käytännössä tehdä seksuaalirikoksia koskevat lainsäädäntöuudistukset tyhjiksi nimenomaan siksi, että ne ovat niin syvään juurtuneita omaan kulttuuriimme.⁷²

Vaikka seksuaalirikoksia koskevien lainkohtien uudistamisella tavoitellaan niiden legitimiiden ja yleisen hyväksyttävyyden lisäämistä, on mahdollista, että uudistukset vaikuttavat rajoittavasti seksuaalisesta väkivallasta käytävään yhteiskunnalliseen keskusteluun, jota oikeudellinen lähestymistapa alkaa helposti hallita. Tällöin seksuaalisen väkivallan kohteeksi joutuneiden omat kokemukset jäävät sivuosaan ja oikeudelliset määritelmät ylittävä laajempi eettinen keskustelu käymättä. Oikeustieteessä olisi tärkeää käydä keskustelua esimerkiksi siitä,

66 Ks. esim. Lindman 2017, s.177–178; Johanna Niemi-Kiesiläinen, *The Reform of Sex Crime Law and the Gender Neutral Subject*, teoksessa Eva-Maria Svensson – Anu Pylkkänen – Johanna Niemi-Kiesiläinen (toim.) *Nordic Equality At a Crossroads: Feminist Legal Studies Coping With Difference*. Ashgate, 2004, s. 167–194

67 Buchhandler-Raphael 2011, s. 178, 188–189, 201–202; Lindman 2017, s. 190.

68 Jokilan tutkimus osoittaa, että seksuaalirikoksia koskevissa oikeudenkäynneissä vastaajat käyttävät asiallisten keinojen lisäksi epäasiallisia puolustusstrategioita, jotka eivät kuitenkaan ainakaan eksplisiittisesti toistu tuomioiden perusteluissa. On kuitenkin ongelmallista, että oikeudenkäynnissä niin sanotut ”hyvän naiseuden käsikirjoitusta uusintavat teemat” toistuvat todisteluteemoissa. Jokilan mukaan esiin nostetut todisteluteemat vahvistavat käsitystä, että asian ratkaisemisessa ei ollut keskeistä yksin se, mitä oli tapahtunut rikoksenteikohetkellä, vaan myös se, kuka oli väitetyt rikoksen tekijä ja uhri, ja millainen osapuolten suhde oli. Jokila 2010, s. 237.

69 Kainulainen 2017, s.216.

70 Kainulainen 2017, s. 215–219; 223–225

71 Ks. Kainulainen 2017; s. 217.

72 Kaplan 2017, s. 1062–1063.

millaisiin oletuksiin seksuaalirikosten välille oikeudellisesti luotu hierarkkinen järjestys perustuu, ja millaisiin sukupuolittuneisiin oletuksiin seksuaalista kanssakäymistä ja kommunikaatiota koskevat oppirakennelmamme ja kokemussääntömme perustuvat. Yleisemmin olisi tarpeen pohtia, onko suostumusta korostava seksuaalikasvatus sittenkään riittävä lähtökohta, vai tulisiko sen sijaan korostaa vastavuoroisuutta ja toisen henkilön tahdon aitoa kunnioittamista.

Annika Suominen

Att bli villkorligt frigiven vid en tidigare tidpunkt ingen mänsklig rättighet? – en kommentar till två beslut av Högsta Domstolen angående överförande av verkställighet av fängelsestraff*

1. Inledning

Under 2017 har Svenska Högsta Domstolen (HD) i två beslut, NJA 2017 s. 300 och NJA 2017 s. 784, kommit fram till att en möjlig anpassning av påföljden som i praktiken är en förlängning, som resulterar från överförande av fängelsestraff, inte är till hinder för att överföring ska ske.¹ Detta oavsett om den dömda personen inte samtycker till överföringen. Poängen bakom EU:s system som reglerar överförande av fängelsestraff är att främja social rehabilitering (återanpassning). Denna anses uppnås bäst i den dömdes hemland.

Dessa två fall är i huvudfokus i denna artikel. Det först beslutet, NJA 2017 s. 300 gällde överförande till Polen och i det andra, NJA 2017 s. 784, överförande till Lettland. Denna artikel kommer att fokusera på; redogörelse av HD:s beslut samt gällande rätt (kap. 2), regleringen om villkorlig frigivning (kap 3), art. 5 Europakonventionen samt tidigare rättspraxis från Europadomstolen (kap. 4) samt en kort sammanfattande diskussion (kap. 5).

* Författaren har ett förflutet från bland annat Helsingfors Universitet var Prof. Kimmo Nuotio har varit till inspiration bland annat gällande EU-straffrätt samt mer filosofiska aspekter som genomsyrar straffrätten.

1 NJA 2017 s. 300, Högsta domstolens beslut, Mål nr Ö 5747-16, meddelat 12.4.2017 samt NJA 2017 s. 784, Högsta domstolens beslut, Mål nr 1417-17, meddelat 7.11.2017.

2. Gällande rätt om överförande av fängelsestraff – fokus på HD:s beslut

2.1. HD:s beslut

NJA 2017 s. 300 gällde överförande av en polsk medborgare som 15.9.2015 av Malmö tingsrätt dömdes till fängelse i 5 år och 6 månader för grov narkotikasmuggling. I tillägg beslutades att den dömda skulle utvisas ur riket ända tills 15.9.2025. Den tidigaste dagen för villkorlig frigivning är 16.2.2019 och straffet till fullo verkställt 17.12.2020.

Som grund för att överföra den polska medborgaren till Polen för att avtjäna resten av sitt fängelsestraff anförde Kriminalvården att personen är polsk medborgare, som avtjänar sitt straff i Sverige, som ska utvisas efter straffet och att det inte har framkommit några hinder för utvisningen. Den sociala återanpassningen ansågs underlättas av att verkställigheten sker i Polen och bedömdes lämplig i övrigt. Tingsrätten samt hovrätten fastställde Kriminalvårdens beslut. HD tog ställning till om förutsättningarna för överförande var för handen.

HD tog speciellt ställning till social återanpassning samt lämpligheten av överförandet. Beträffande social återanpassning vid överförande ansåg HD att detta sammantaget var uppfyllt bland annat baserat på att den dömda är polsk medborgare, född och uppvuxen samt har sin hemvist i Polen och saknar anknytning till Sverige samt ska utvisas från Sverige enligt straffdomen. Angående lämpligheten att överföra verkställigheten konstaterade HD att Europakonventionen utgör en yttersta gräns för hur skillnaderna i verkställighetsreglerna ska tas hänsyn till. I fallet riskerade den dömda att avtjäna ett år och 10 månader längre tid på anstalten, jämfört med när han hade blivit villkorligt frigiven enligt svensk rätt. Här ansåg HD att överförande, mot bakgrund från Europadomstolens praxis, inte var i strid med art. 5 Europakonventionen, och således heller inte olämpligt.

NJA 2017 s. 784 gällde överförande av en lettisk medborgare som 12.7.2012 av Hovrätten för Västra Sverige dömdes bland annat för grovt narkotikabrott till fängelse i 10 år. I tillägg beslutades att den dömda skulle utvisas ur riket och förbjuds att återvända hit. Den tidigaste dagen för villkorlig frigivning är 9.9.2019 och fängelsestraffet till fullo verkställt 19.8.2023.

Som grund för att överföra den lettiska medborgaren till Lettland anförde Kriminalvården att personen är medborgare i Lettland och avtjänar fängelsestraff i Sverige, att han ska utvisas från Sverige och att det inte framkommit hinder mot utvisningen. Den sociala återanpassningen ansågs underlättas av att verkställigheten fortsättningsvis sker i Lettland och överförande bedömdes även lämpligt i öv-

rigt. Tingsrätten fastställde Kriminalvårdens beslut, men Hovrätten upphävde det baserat på att den faktiska fängelse tiden vid ett överförande till Lettland riskerar att bli 3 år, 11 månader och 10 dagar längre än i Sverige. Detta ansåg Hovrätten vara markant och således i strid med art. 5 i Europakonventionen.

HD konstaterade att förlängningen av den faktiska tiden inte kan anses stå i strid med art. 5 Europakonventionen och att fastän förlängningen var betydande, fanns det anledning till försiktighet. En absolut gräns hade lett till att vissa långa fängelsestraff aldrig ger möjlighet till överförande samt att detta inte skulle vara i linje med EUs system för överförande. HD ansåg att skillnaden i verkställighetstiden som skulle avtjänas i anstalt, fastän den var betydande, inte var olämplig. HD ansåg att utrymmet för att bedöma ett överförande som olämpligt, trots att det inte strider mot Europakonventionen, är begränsat. Således kom HD fram till att överförande inte var olämpligt baserat på de skillnaderna som finns mellan verkställighetsreglerna i Sverige och Lettland.

Det finns en skiljaktig mening till beslutet, som argumenterar enligt Hovrättens syn och anser att eftersom frihetsberövandet är så pass ingripande för den enskilde och det är upp till den dömande staten (Sverige) att bestämma om en dom ska översändas för verkställighet, att ett översändande i saken hade varit olämpligt.

Båda besluten gäller således tillämpningen av samma lagstiftning och faktum i sakerna är även liknande; det handlar om två medborgare från andra medlemsstater som ska utvisas efter verkställt straff och den springande punkten är om överförande av fängelsestraff är förenligt med dessas mänskliga rättigheter. Överförandet motiveras i båda fallen av social återanpassning samt av att personerna är utländska medborgare. I inget av fallen har den dömda samtyckt till överförandet.

2.2. Gällande rätt om överförande av fängelsestraff

Båda besluten baserar sig på europeiska verkställighetslagen från 2015² som i sin tur bygger på Rådets rambeslut om att tillämpa principen om ömsesidigt erkännande på överförande av fängelsestraff.³ Rambeslutet är ett led i samarbetet som

2 Lagen (2015:96) om erkännande och verkställighet av frihetsberövande påföljder inom Europeiska Unionen (europeiska verkställighetslagen).

3 Rådets rambeslut 2008/909/RIF av den 27 november 2008 om tillämpningen av principen av ömsesidigt erkännande på brottnömsdomar avseende fängelse eller andra frihetsberövande åtgärder i syfte att verkställa dessa inom Europeiska Unionen, OJ L 327, 5.12.2008, s. 27–46.

bygger på principen om ömsesidigt erkännande.⁴ Att inkludera även överförande för fängelsestraff och andra frihetsberövande åtgärder är en vidareutveckling av det straffrättsliga samarbetet inom EU. Överförande för verkställighet av påföljder är en del av utarbetandet och vidareutvecklingen av ett område av frihet, säkerhet och rättvisa. Detta område ska i princip täcka hela straffrättsliga samarbetsområdet (även hela EU-straffrättsområdet) samt även fungera utan att de nationella gränserna utgör hinder i detta samarbete.

Rambeslutets huvudidé är att förenkla överförandet av verkställighet av påföljder mellan medlemsstaterna och detta är motiverat med social återanpassning.⁵ Att straffverkställighet inom EU ska ske i det land som personen är medborgare i anses som utgångspunkt underlätta personens sociala återanpassning. Rambeslutet definierar dock inte vad som avses med social återanpassning. Detta kan dessutom anses variera mellan medlemsstaterna och dessutom är rambeslutet konstruerat så att social återanpassning inte är någon "rätt" för den enskilde, utan mer ett övergripande och principiellt ställningstagande.⁶

I den europeiska verkställighetslagen finns regler om överförande av verkställighet av domar avseende fängelse och andra frihetsberövande påföljder inom EU. För att en dom avseende en frihetsberövande påföljd får översändas till ett annat medlemsland måste de grundläggande kraven i europeiska verkställighetslagens 2 kap. 1 § vara uppfyllda. Dessa är: att den dömda befinner sig i Sverige (eller annan medlemsstat), kravet på medgivande från den verkställande staten samt samtycke från den dömda är uppfyllda, eller undantag är för handen, sociala återanpassningen underlättas av överförandet och överförande i övrigt är lämpligt.⁷

När det kommer till det andra kravet, det vill säga medgivande från den andra staten, krävs i utgångspunkt medgivande av den behöriga myndigheten i den andra medlemsstaten, alltså den stat som ska ta emot den dömda, detta stadgas i 2 kap. § 2. Samtidigt finns det undantag till detta, medgivande krävs inte i tillfällen där den dömda är: medborgare och bosatt i den andra medlemsstaten, medborgare i den andra medlemsstaten som efter verkställigheten ska utvisas dit, eller bosatt och har vistats lagligt i den andra medlemsstaten i minst 5 år.

4 Närmare om denna princip, se t.ex. Annika Suominen, *The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters, A Study of the Principle in Four Framework Decisions and in the Implementation Legislation in the Nordic Member States*. Intersentia 2011 och Leandro Mancano, *Mutual recognition in criminal matters, deprivation of liberty and the principle of proportionality*, MJ 2019 s. 1–15 (tillgänglig på <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1023263X18818654>).

5 Bland annat punkt 9 i förordet till rambeslutet samt art. 3 i rambeslutet.

6 Se t.ex. Gert Vermeulen och Eveline Dewree, *Offender reintegration and rehabilitation as a component of international criminal justice*, 2014 och UNODC *Handbook on the International Transfer of Sentenced Persons*, 2012 s. 9–11.

7 Samtidigt måste det återstå minst 6 månader av frihetsberövandet att avtjäna, om inte särskilda skäl talar för att verkställigheten kommer att överföras till den andra medlemsstaten.

När det gäller den dömdes samtycke, som även är en del av andra kravet, krävs i utgångspunkt att den dömda samtycker, enligt 2 kap § 3. Men även här finns det tre undantag, samtycke krävs inte, om den dömda: är medborgare och bosatt i den andra medlemsstaten, efter verkställigheten av påföljden kommer att utvisas till den andra medlemsstaten eller, har flytt eller på annat sätt återvänt till den andra medlemsstaten på grund av det straffrättsliga förfarandet mot hen i Sverige eller efter att domen meddelades.

Vi kan således se att båda besluten av HD gäller situationer där dessa grundläggande krav är uppfyllda. I båda situationer är den dömda utländsk medborgare, som befinner sig i Sverige, medgivande behövs inte eftersom de dömda var medborgare i Polen respektive Lettland och de skulle utvisas till sina respektive hemland efteråt. Samtycke var inte nödvändigt eftersom de dömda var medborgare i Polen respektive Lettland och bosatta där/de dömda efter verkställigheten skulle utvisas till Polen respektive Lettland. Vidare ansågs den sociala återanpassningen underlättas om de dömda överfördes samt att överföringen generellt i båda fallen ansågs vara lämplig i dessa två situationer.

2.3. Närmare om social återanpassning samt om överförandets lämplighet

Huvudpoängen med överförande av fängelsestraff enligt europeiska verkställighetslagen är att den dömdes *sociala återanpassning* ska underlättas. Social återanpassning är inte definierat i europeiska verkställighetslagen, och heller inte i rambeslutet. I de svenska förarbetena diskuterades det om faktorer relevanta för bedömningen av social återanpassning skulle intas i lagtexten, dock ansågs detta bestå av så många faktorer som var svåra att uttömmande reglera i lagtext, så istället är det Kriminalvården som i varje enskilt tillfälle ska bedöma detta.⁸

Relevant vid bedömningen av social återanpassning är samtliga relevanta omständigheter, det görs alltså en helhetsbedömning. Relevanta omständigheter är den dömdes anknytning till Sverige, till den andra medlemsstaten, medborgarskap, bosättningsstid i staterna samt rådande förhållanden angående bostad, familj och arbetsförhållanden ska ha särskild relevans.⁹ Även eventuella uppehållstillstånd eller om den dömda har uppehållsrätt ska beaktas, samt den dömdes språkliga, sociala och ekonomiska band till respektive stat är relevanta i bedömningen.¹⁰ Om den dömda är medborgare i och ska utvisas till den andra

8 Prop. 2014/15:29 s. 68–69.

9 NJA 2017 s. 300 punkt 15.

10 Prop. 2014/15: 29 s. 175.

medlemsstaten, anses det föreligga en stark presumtion för att den sociala återanpassningen då sker bäst i den andra medlemsstaten.¹¹ I tillägg ska även den dömdes inställning vara relevant. Vid de tillfällen den domde samtycker till överförandet anses detta utgöra en stark indikation på att återanpassningen underlättas.¹² Det betyder då att i tillfällen där den domde motsätter sig överförande, bör de andra omständigheterna i saken tala för att dennes sociala återanpassning underlättas av överförandet.¹³

När det kommer till att överförande generellt ska vara *lämpligt*, görs igen en helhetsbedömning. Skäl som kan medföra att ett överförande inte bör ske är förhållandena i den andra staten, att den andra staten avser att anpassa påföljden samt verkställighetsreglerna i den andra staten.¹⁴

Vid förhållanden i den andra medlemsstaten vid tiden för överförandet anses sådana som skulle utgöra hinder mot att verkställa ett beslut om avvísning eller utvisning enligt utlänningslagen, eller om överförandet inte skulle vara förenligt med svensk grundlag eller svenska internationella förpliktelser, varav främst Europakonventionen är av betydelse. Man kan tänka sig att anstaltförhållanden t.ex. är så pass dåliga att de rent av anses utgöra en kränkning av art. 3 i Europakonventionen. Fastän man poängterar i förarbeten att sådana situationer torde uppstå relativt sällan innanför EU, är det inte omöjligt att sådana situationer uppstår.¹⁵

När det kommer till att den andra medlemsstaten avser anpassa påföljden, är det anpassning av straffets längd och art som är relevanta. När det gäller anpassning av straffets längd, kan det innebära att längden sätts ned väsentligt med tanke på den andra statens bestämmelser om längsta straff för ett liknande brott, och detta kan i vissa fall anses vara olämpligt. En nedsättning till ungefär hälften av tiden för straffet har inte ansetts lämpligt, eftersom påföljden fortfarande bör utgöra en rimlig reaktion på det begångna brottet enligt svenska dimensioner.¹⁶

Samma utgångspunkt används när det gäller anpassandet av arten av straffet; även anpassat ska straffet vara en rimlig reaktion på det begångna brottet. Situationer där det kan bli relevant att ifrågasätta anpassandet är främst situationer där verkställigheten avser unga lagöverträdare.¹⁷

11 NJA 2017 s. 300 punkt 15 och Prop. 2014/15: 29 s. 175.

12 Prop. 2014/15:29 s. 68–69 och NJA 2017 s. 300 punkt 16.

13 Se också Prop. 2014/15:29 s. 175.

14 Prop. 2014/15:29 s. 70–75. Även förutsättningarna att erhålla adekvat rättspsykiatrisk vård är relevanta, men eftersom detta inte aktualiseras i de två HD-fallen tas detta inte vidare upp i denna artikel.

15 Prop. 2014/15:29 s. 72, även De Bondt & Suominen, State responsibility when transferring non-consenting prisoners to further their social rehabilitation – lessons learnt from the asylum case law, EuCLR 3/2015 s. 347–370, på s. 358–359.

16 Prop. 2014/15:29 s. 72.

17 Prop. 2014/15:29 s. 72.

Gällande skillnader i verkställighetsreglerna är utgångspunkten att den verkställande statens regler gäller, detta även för regler om förtida eller villkorlig frigivning. Detta är huvudregeln men det finns även en möjlighet för den verkställande staten att beakta utfärdande statens bestämmelser om villkorlig frigivning.¹⁸

Små skillnader, vare sig de avkortar eller förlänger straffet, bör inte påverka lämpligheten av överförande. Om straffet blir *kortare*, är riktlinjen att stater som tillämpar halvtidsfrigivning bör godtas, men tidigare frigivning än detta kan ifrågasättas. Här ska även skillnaden i den faktiska verkställighetstiden i år och månader beaktas, och således blir de mest markanta skillnaderna gälla speciellt vid långa fängelsestraff. Även hur lång tid personen redan avtjänat av sitt straff kan påverka denna bedömning.¹⁹

Om straffet blir *längre*, är utgångspunkten att mindre skillnader inte ska påverka överförandet. Men om den faktiska verkställighetstiden i år och månader förlängs väsentligt, kan överförande komma att stå i strid med Sveriges förpliktelser enligt art. 5 i Europakonventionen.²⁰ Samtidigt som det faktum att straffet blir längre inte har fokuserats på speciellt mycket mer i förarbeten kan vi se att de två prejudikaten från HD gäller detta och således kan anses i praktiken utgöra ett viktigt moment i lämplighetsbedömningen. Det ska påpekas att det anses finnas en yttersta gräns baserat på Europakonventionen, men att det även finns ett visst utrymme att bedöma ett överförande som olämpligt, fastän det inte i sig strider emot art. 5 Europakonventionen.²¹

Samtidigt påpekas det i förarbeten att det kan vara så att flera skäl talar för att ett överförande ska genomföras, men att det i enskilda fall likväl vid en slutlig helhetsbedömning kan anses olämpligt. Denna olämplighet kan uppstå bland annat av de faktorer som nyss har beskrivits, men tydligen även andra, även om det är oklart vad dessa andra möjliga skäl kan vara.²²

18 Prop. 2014/15:29 s. 73.

19 Prop. 2014/15:29 s. 73.

20 Prop. 2014/15:29 s. 73. Se även närmare kap. 5 nedan om art. 5 i Europakonventionen och relevant rättspraxis.

21 NJA 2017 s. 300 p. 31 och NJA 2017 s. 784 p. 8.

22 Prop. 2014/15:29 s. 75, denna tolkning är baserad på att det i förarbeten står "bland annat" bero på dessa faktorer, som synes indikera att även andra faktorer kan vara relevanta.

3. Reglering om villkorlig frigivning

3.1. Kort om de svenska reglerna om villkorlig frigivning

De svenska reglerna om villkorlig frigivning återfinns i Brottsbalkens (BrB)²³ kap. 26 som reglerar fängelse. Huvudregeln i BrB 26:6 är att när två tredjedelar av straffet är avtjänat, dock minst en månad, ska den dömde villkorligt frigives. Det finns två undantag från detta; om det finns synnerliga skäl kan villkorliga frigivningen skjutas upp enligt BrB 26:7 eller om fängelse har dömts ut enligt BrB 28:3 eller är ett förvandlingsstraff för böter, får villkorlig frigivning inte ske.

Villkorlig frigivning efter två tredjedelar är således en presumtion, som kan brytas. Vid bedömningen av synnerliga skäl för att villkorlig frigivning ska uppskjutas, beaktas om den dömde på ett allvarligt sätt har brutit mot de föreskrifter och villkor som gäller för verkställigheten av straffet. Föreskrifter omfattar här alla relevanta normer såsom lagar och förordningar men även Kriminalvårdens föreskrifter samt ordningsregler. Villkor igen omfattar annat sådant som är bindande för den dömde, dennes verkställighetsplan nämns som ett exempel.²⁴

Denna bedömning är likväl en helhetsbedömning var hänsyn kan tas till allt som har skett under verkställigheten.²⁵ Samtidigt verkar det ligga en tröskel i att den dömde på *ett allvarligt sätt* ska ha brutit mot föreskrifter eller villkor. Är det inte tillräckligt allvarligt, eller det är flera tillfällen, men dessa är inte tillräckligt allvarliga tillsammans, och att även positiv utveckling efter att eventuellt på ett allvarligt sätt ha brutit mot föreskrifter eller villkor kan beaktas, verkar det som att presumtionen om villkorlig frigivning efter två tredjedelar är relativt stark.

Det verkar även som att HD i fallen NJA 2017 s. 300 och NJA 2017 s. 784 har utgått ifrån att de dömde i dessa två situationer skulle bli villkorligt frigivna efter två tredjedelar.

23 Brottsbalken (BrB) 1962:700.

24 Zeteo lagkommentar till BrB 26:6. Se även SOU 2017:61.

25 Zeteo lagkommentar till BrB 26:6.

3.2. Kort jämförelse med andra medlemsstaters regler om villkorlig frigivning

I NJA 2017 s. 300 gällde det överförande för verkställighet till Polen. Enligt *polsk* rätt finns det en möjlighet till villkorlig frigivning, domstolen kan villkorligt frige en dömd person endast i de tillfällen där personens attityd, personlighetsdrag och situation, persons livssätt innan brottet samt omständigheterna vid brottet och den dömdes uppförande efteråt och under avtjänande av fängelsestraffet motiverar att den dömd vill respektera rättsordningen och speciellt att hen inte kommer återfalla i brottslighet.²⁶ I vissa, speciellt motiverade saker, kan domstolen vid fastställandet av straffet bestämma om mer rigorösa begränsningar för dem dömd. Detta görs då för att begränsa den dömdes möjligheter att bli villkorligt frigiven, och dessa går utöver de villkor stadgade i artikel 78 i polska strafflagen.²⁷

Enligt artikel 78 kan den dömd bli villkorlig frigivning efter att halva straffet är avtjänat, dock minst 6 månader.²⁸ Det ställs som vidare villkor att om det är en person som artikel 64 reglerar, återfallsförbrytare under vissa villkor, kan den dömd frigges efter två tredjedelar av straffet och för vissa andra återfallsförbrytare kan villkorlig frigivning bli aktuellt först efter tre fjärdedelar, dock minst 1 år i båda fallen. Och i tillfällen där den dömd avtjänar ett straff på 25 år kan hen bli villkorligt frigiven efter att ha 15 avtjänat år av straffet samt en livstidsdömd person kan bli villkorligt frigiven efter att ha avtjänat 25 år av straffet.²⁹

I polsk rätt har man dessutom vid implementeringen av rambeslutet intagit en bestämmelse i polska rättegångsbalken som fastställer att när Polen är den verkställande staten kommer de på begäran av den utfärdande staten att förse denna med information om villkorlig frigivning.³⁰

I NJA 2017 s. 300 anfördes att det fanns en risk att den dömd skulle få avtjäna hela fängelsestraffet om straffverkställigheten överfördes till Polen. I frånvaro av utredning som visar annat utgick HD från att så var fallet.³¹ Med tanke på hur polska lagtexten är utformad kan man i alla fall anse att villkoren för villkorlig frigivning enligt polsk rätt är strängare än i svensk rätt samt att det i motsättning till svensk rätt inte verkar finnas någon automatik för villkorlig frigivning (*kan frigges* i polska bestämmelsen jämfört med *ska frigges* i den svenska). Det framgår inte från domen om bestämmelsen om information från Polen om villkorlig frigivning i rättegångsbalken har utnyttjats.

26 Polska strafflagen, Polish Penal Code of 6.6.1997, artikel 77 § 1.

27 Polska strafflagen, Polish Penal Code of 6.6.1997, artikel 77 § 2.

28 Polska strafflagen, Polish Penal Code of 6.6.1997, artikel 78 § 1

29 Polska strafflagen, Polish Penal Code of 6.6.1997, artikel 78 § 2 och 3.

30 Polska rättegångsbalken, Criminal Procedure Code of Poland of 1997, artikel. 611tm, § 2.

31 NJA 2017 s. 300 punkt 29.

I NJA 2017 s. 784 var det fråga om överförande till Lettland. Enligt *lettisk* rätt kan villkorlig frigivning bli aktuellt om det finns anledning att tro att den dömde kan återanpassa sig till samhället efter frigivningen utan att begå brottslighet.³² Vid bedömningen om villkorlig frigivning tas hänsyn till den dömdes personlighetsdrag och uppförande och den kan bestämmas om: 1) den dömde har uppnått ett specifikt mål av resocialisering, 2) den dömde frivilligt har kompenserat för de skador som orsakats av hans brott i den mån det är möjligt, 3) den dömde har möjlighet för lagligt uppehälle efter frigivningen, 4) den i lag reglerade tiden för verkställande av straffet har utgått/ändrats efter att brottet begicks och det finns inga andra effektiva rättsmedel, eller 5) den dömde reder ut sina psykologiska problem som kan ha orsakat brottsligheten.³³

Villkorlig frigivning kan föreslås om den dömde har avtjänat 1) inte mindre än hälften av straffet för ett mindre allvarligt brott, 2) inte mindre än två tredjedelar av straffet för ett allvarligt brott eller om personen tidigare har begått brottslighet och straffregistret för detta inte har åsidosatts, 3) inte mindre än tre fjärdedelar om det har konstaterats ett speciellt allvarligt brott eller den dömde tidigare har villkorligen frigivits samt begått brott under denna villkorliga frigivning, eller 4) 25 år av ett livstidsstraff.³⁴

I NJA 2017 s. 784 utgick HD från att den dömde inte skulle bli villkorligt frigiven i Lettland vid ett överförande för straffverkställighet. Med tanke på hur lettiska lagtexten är utformad kan man i alla fall anse att villkoren för villkorlig frigivning enligt lettisk rätt är strängare än i svensk rätt samt att det i motsättning till svensk rätt inte verkar finnas någon automatik för villkorlig frigivning (*kan friges* i lettiska bestämmelsen jämfört med *ska friges* i den svenska).

När HD gjorde bedömningen av om överförande i dessa två situationer kunde ske, var fokus alltså lagt på skillnaderna i verkställighetsreglerna som möjligen påverkar och då utgör hinder för överförande. Det är både den relativa skillnaden i anstaltstid samt skillnaden räknat i år och månader som ska beaktas.³⁵ För att skillnader i verkställighetstiden i sig ska innebära att det är olämpligt att överända domen bör krävas att skillnaderna är avsevärda. Utgångspunkten för båda beräkningarna är densamma, eftersom HD i dessa två fall utgick ifrån att villkorlig frigivning inte var möjligt, vare sig enligt polsk eller lettisk rätt.

32 Lettlands Strafflag, The Latvian Criminal Law, (1260/1261), 08.07.1998, sec. 61(1).

33 Lettlands Strafflag, The Latvian Criminal Law, (1260/1261), 08.07.1998, sec. 61(2).

34 Lettlands Strafflag, The Latvian Criminal Law, (1260/1261), 08.07.1998, sec. 61(3).

35 NJA 2017 s. 300 p. 32 och NJA 2017 s. 784 p. 9.

Den relativa skillnaden i anstaltstiden betyder alltså den procentuella skillnaden i verkställighetstiden. Alltså hur många procent mer tid kommer den överförde att avtjäna i fängelse i den andra medlemsstaten jämfört med om den dömde avtjänat sitt straff i Sverige och blivit villkorligt frigiven enligt gällande regler i svensk rätt. I både NJA 2017 s. 300 och NJA 2017 s. 784 var det fråga om en förlängning på 50%.³⁶

Skillnaden räknat i år och månader var i NJA 2017 s. 300 ett år och tio månader och i NJA 2017 s. 784 tre år och elva månader. I första fallet ansåg HD att även om verkställigheten i Polen i sig kunde innebära en inte obetydlig förlängning av den tid som ska avtjänas i anstalt, var omständigheterna i fallet inte sådana att ett överförande var olämpligt. HD beaktade då även att beslutet om överförande fattades i början av straffverkställigheten och att det då återstår nästan två år till den tidigaste punkten för villkorlig frigivning.³⁷

I NJA 2017 s. 784 kommenterade HD att det finns anledning till försiktighet vid beaktandet av den tidsmässiga förlängningen vid överförande. Vid skillnader i verkställighet finns det ingen absolut gräns för vad som anses utgöra hinder för överförande, eftersom detta skulle harmonera dåligt med principen om ömsesidigt erkännande samt att vissa längre fängelsestraff då aldrig kunde överföras till länder var den dömde riskerar att avtjäna hela fängelsestraffet på anstalt. HD ansåg även att främjandet av den sociala återanpassningen talar för att överföring även bör ske i situationer där strafftiden är lång, eftersom den dömde kommer att vistas i det landet efter fullt avtjänat straff. Förlängningen som den dömde riskerade få ansågs betydande men med tanke på att det återstod en förhållandevis lång tid till den tidigaste tidpunkten för villkorlig frigivning, det vill säga knappt två år, ansåg HD inte att ett överförande var olämpligt.³⁸

Hur mycket kan verkställighetsreglerna då skilja sig åt, för att ett överförande fortfarande inte ska anses olämpligt? För att svara på den frågan ska vi se på Europakonventionens art. 5, som även HD använder som utgångspunkt för att bedöma dessa situationer.

36 NJA 2017 s. 300 p. 37 och NJA 2017 s. 784 p. 11.

37 NJA 2017 s. 300 p. 37.

38 NJA 2017 s. 784 p. 13.

4. Europakonventionen artikel 5

4.1. Innehållet av art. 5

Europakonventionens art. 5 handlar som bekant om rätten till frihet och säkerhet. Enligt artikelns första paragraf har var och en rätt till frihet och personlig säkerhet.

Ingen får berövas friheten utom i följande fall och i den ordning som lagen föreskriver; a) när någon är lagligen berövad friheten efter fällande dom av behörig domstol,..."

Alla former av frihetsberövande måste ha stöd i lag samt falla in under någon av kategorierna under artikel 5.1. Detta är inte problematiskt i sig här, fängelsestraffen som utgör frihetsberövanden är förenliga med både nationell lag och konventionen. Frågan är om överförande av straffverkställighet påverkar detta, det vill säga om den faktiska tiden den dömda sitter i fängelse förlängs väsentligt genom ett överförande, kan detta överförande då komma i strid med staternas förpliktelser enligt Europakonventionens artikel 5?

Det säger art. 5 inget om, denna artikel reglerar inte direkt straffrättsligt samarbete såsom överförande av straffverkställighet eller överlämning. I utgångspunkten är förutsättningarna för att straffverkställigheten fortfarande är konventionsenliga på plats; fängelsestraffet är förenligt med både lag och konventionen. Det är mest godtyckligheten som blir aktuell i dessa frågor om överförande för straffverkställighet. Europadomstolen har tagit ställning till frågan, om överförandet av straffverkställighet, och speciellt skillnaderna i reglerna om villkorlig frigivning påverkar konventionsenligheten under art. 5.³⁹

4.2. Hur har Europadomstolen tolkat detta

Ett av de första fallen där Europadomstolen diskuterade relevansen av art. 5 i förhållande till överförande av straffverkställighet var *Veermae mot Finland*. Här tog domstolen ställning till Estlands mindre generösa regler om villkorlig frigivning och ansåg inte att straffverkställigheten i Estland då kom att strida mot

39 Märk att frågan om villkorlig frigivning vid livstidsstraff är en annan fråga, som främst aktualiserar art. 3 Europakonventionen. Denna kommer inte behandlas vidare här, se t.ex. *Vinter and others v. The UK*, applications nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, dom 9/7/2013.

konventionen. Dock gjorde domstolen en liten reservation och konstaterade att det kan tänkas situationer var olikheterna mellan staterna leder till att förenligheten med art. 5.1 anses osäker.⁴⁰

Vidare har domstolen i *Csoszasinski mot Sverige* kommenterat överförande av straffverkställighet och konstaterat att Europakonventionen inte ger en dömd person rätt till att avtjäna sitt straff i en viss stat. Domstolen uttalade att möjligheten att den dömd är tvungen att avtjäna en längre tid i anstalt i den verkställande staten inte gör frihetsberövandet godtyckligt, så länge som själva fängelsestraffet i sig inte förlängs. Domstolen konstaterade vidare att en förlängning på ett år och fyra månader inte visserligen kunde anses obetydlig, men att den faktiska fängelsetiden samtidigt väl rymdes inom det utdömda straffet. Beaktat att det rörde sig om en förlängning av den faktiska fängelsetiden med ytterligare tjugo procent, ansåg domstolen inte att förlängningen var så oproportionerlig att den utgjorde ett brott mot artikel 5.1.⁴¹

Faktum är närapå identiskt med fallet *Szabo mot Sverige*. Domstolen konstaterade även här att fastän en förlängning på ett år och fyra månader inte visserligen kunde anses obetydlig, men att den faktiska fängelsetiden samtidigt väl rymdes inom det utdömda straffet. Beaktat att det rörde sig om en förlängning av den faktiska fängelsetiden med ytterligare tjugo procent, ansåg domstolen inte att förlängningen var så oproportionerlig att den utgjorde ett brott mot artikel 5.1⁴²

I båda dessa fall konstaterade Europadomstolen dock att det inte kan uteslutas att *en markant längre faktisk fängelsetid* i den verkställande staten skulle kunna komma i konflikt med artikel 5.

I *Plepi och Zeka mot Albanien och Grekland* konkluderade Europadomstolen att det inte baserat på grekisk rätt fanns någon rätt att bli överförd samt att oavsett om det finns internationella regler som reglerar överförande, kan den enskilde inte utleda någon rätt till överförande av sin straffverkställighet. Här fastställde domstolen igen att Europakonventionen inte ger en dömd person rätt till att avtjäna sitt straff i en viss stat.⁴³ Även i fallen *Ciok mot Polen och Giza mot Polen* uttalade Europadomstolen att Europakonventionen inte ger den dömd någon rätt till villkorlig frigivning.⁴⁴

Denna praxis från Europadomstolens gäller överförande av verkställighet baserat på traditionella samarbetsregler. Då överförande av verkställighet baserat på

40 Veermae v. Finland, 38704/03 Decision, 15/03/2005.

41 Csoszasinski v. Sweden, 22318/02, Decision (Final) 27/06/2006, s. 9 och 11.

42 Szabo v. Sweden, 28578/03, Decision (Final), 27/06/2006 s. 9.

43 Plepi and Zeka v. Albania and Greece, appl. nos. 11546/05, 33285/05 and 33288/05, Decision 4.5.2010 s. 9.

44 Ciok v. Poland, 498/10, Decision 23/10/2012 p. 27 och Giza v. Poland, 1997/11, Decision 23/10/2012 p. 24.

EU:s rambeslut utgör i princip ett mer effektivt samarbete, just för själva överförandet, kan denna rättspraxis användas även för dessa situationer.

Vi kan konstatera att det inte utgör någon *rätt* för den dömden att få bli överförd till sitt hemland, och heller ingen rätt att få stanna i den utdömande staten. Att den dömdes synpunkt påverkar hans attityd och möjligen sociala återanpassningen kan tänkas, men just det har inte Europadomstolen kommenterat.

Vi kan vidare konstatera att överförande för straffverkställighet inte i utgångspunkten strider mot art. 5.1 Europakonventionen. Överförande strider heller inte mot denna artikel om den dömden som ett resultat av överförande kommer att avtjäna hela fängelsestraffet i fängelse, oavsett om hen motsättningsvis blivit tidigare villkorlig frigiven om hen inte överförs. Detta gäller, förutsatt;

- Att *själva fängelsestraffet i sig inte får förlängas* (som heller inte varit relevant i NJA-fallen) och
- Att den faktiska verkställighetstiden inte förlängs *betydligt*. Var gränsen för detta *betydligt* går är inte helt klart.

5. Kort sammanfattande diskussion

Att alla EU:s medlemsstater har ratificerat Europakonventionen och är bundna av Europadomstolens praxis anses ofta från EU:s sida utgöra ett skydd för att samarbete mellan dessa inte kränker grundläggande mänskliga rättigheter. Påståendet är i sig själv paradoxalt, då kunde man likväl påstå att kränkningar av grundläggande mänskliga rättigheter aldrig uppstår i nationella situationer heller inom medlemsstaterna. Det vet vi att det gör. Utgångspunkten har då inom EU-straffrätten, speciellt från EU-domstolen, varit att skyddet för mänskliga rättigheter inte utgör ett hinder för samarbete baserat på ömsesidigt erkännande.⁴⁵ Dock har detta nyanserats i senare praxis från EU-domstolen, var detta har diskuterats i förhållande till asylrättsliga frågor.⁴⁶ Från Europadomstolens praxis har det uttryckligen även kommit fram att trots att medlemsstaterna är medlemmar även i Europakonventionen är inte det ett automatiskt skydd för att den enskildes mänskliga rättigheter respekteras.⁴⁷

45 Se t.ex. C-388/08 PPU Leymann och Pustovarov, dom 1.12.2008, speciellt avsnitt 51, C-261/09 Mantello, dom 16.11.2010 avsnitt 37, C-396/11 Radu, dom 29.1.2013, C-399/11 Melloni, dom 26.10.2013.

46 Förenade målen C-411/10 och C-493/10 N. S. och M. E. m.fl., dom 21.12.2011.

47 M.S.S. v. Belgium and Greece, appl. nr. 30696/09, dom 21.1.2011, som gällde asylmyndigheter och tortyr. Mer generellt om detta och relevansen för straffrättsligt samarbete inom EU, se Annika Suominen, Grundläggande rättigheter och straffrättsligt samarbete, JFT 1–2/2014 s. 1–33.

Grundförutsättningen är fortfarande att mänskliga rättigheter respekteras i alla medlemsstaterna och samarbete således kan pågå, utan att detta behöver speciellt kontrolleras. Men det finns en möjlighet att i vissa fall, baserat på information som finns tillgänglig, ifrågasätta vissa medlemsstaters respekt för grundläggande rättigheter.⁴⁸ I dessa situationer kan då heller inte samarbete upprätthållas under tidigare förutsättningar, utan den utfärdande medlemsstaten kan då undersöka situationen samt be om närmare information samt i vissa fall garantier.

Hur är detta då relevant för vårt tema? Jo, genom att Sverige som utfärdande stat när det kommer till överförande för verkställighet för straff faktiskt kan använda sig av detta vid bedömningen av lämpligheten av överförandet. Antingen så kan man tänka sig att man vid bedömningen av lämpligheten och speciellt då när straffet blir längre använder sig av detta som en sorts säkerhetsventil. Om den verkställande staten redan innan överförandet kan bekräfta hur mycket straffet blir förlängt, kan detta tas med i bedömningen av lämpligheten. Om den utfärdande staten då anser att det förlängda straffet är för mycket i relation till den återstående tiden som den dömda ska avtjäna, kunde man baserat på art. 5 Europakonventionen besluta att överförande inte är lämpligt.

Ett annat alternativ är att den utfärdande och verkställande staten blir eniga om delvis erkännande och verkställighet. Det är möjligt enligt art. 10 i rambeslutet, så länge denna överenskommelse inte leder till att påföljden blir strängare. I tillfällen där ett överförande hade ansetts olämpligt, finns en möjlighet för de involverade staterna att bli eniga om delvis verkställighet. Möjligen är detta inte lika praktiskt i situationer där den verkställande staten inte samtycker (men ändå är tvungen att verkställa), men denna möjlighet finns i alla fall och kan tänkas användbar vid vissa situationer.

Vi kan dock se att den avgörande frågan fortfarande återstår: hur mycket kan den faktiska verkställighetstiden förlängas, för att ett överförande blir olämpligt? Vi kan få vägledning både från Europadomstolens praxis samt HD:s prejudikat, men något exakt svar på denna fråga är svårt att ge.

48 Speciellt då rapporter från oberoende internationella mänskliga rättighetsaktörer anses utgöra en starkt vägande grund för att efterfråga mer information.

Jussi Tapani

Jatkokäsittelylupa ja ennakkoratkaisuperuste*

1. Johdanto

Rikosoikeuden professori Kimmo Nuotio ei tunneta siitä, että hän olisi tyytynyt kurinalaisesti tutkimaan vain muutamia valikoituja rikosoikeudellisia teemoja. Sen sijaan Nuotio tutkimusprofiilille on ominaista uteliaisuus, joka on johtanut hänet mitä erilaisimpien oikeudellisten teemojen äärelle: hän on yhtäältä pohtinut oikeusfilosofian – ja itse asiassa filosofian – perimmäisiä kysymyksiä ja toisaalta esittänyt vakuuttavasti perusteltuja tulkintakannanottoja lukuisista rikosoikeudellisista lainsoveltamisongelmista. Tuotannon laaja-alaisuutta kuvastaa se, että Nuotio on käsitellyt kirjoituksissaan myös rikosoikeuden ja prosessioikeuden keskinäisyyttä. Tästä on erinomaisena esimerkkinä artikkeli, jossa hän tarkastelee rikosoikeuden ja rikosprosessioikeuden keskinäisyhteyttä pohtien erityisesti syytteen tehtävää tuon keskinäisyhteyden konkretisoijana.¹

Käsitykseni mukaan Nuotio on aina ollut kiinnostunut siitä, miten lainkäyttäjä ratkaisee kiperiä oikeudellisia ongelmia ja miten oikeustieteellisessä tutkimuksessa pitäisi hahmottaa oikeudellisen ratkaisutoiminnan hermeneutiikka ja pedagogiikka.² Rikosoikeus on erityisen otollinen oikeudenala näiden kysymysten pohtimiseen. Ensinnäkin tutkijan pitää riittävällä tavalla perehtyä myös (rikos) prosessioikeuden periaatteisiin ja normiston sisältöön, koska rikosoikeudellisen vastuun edellytysten täyttyminen arvioidaan rikosprosessuaalisessa kontekstissa

* Kiitän Essi Kinnusta ja Timo Saranpäää oivallisista kommentteista, jotka ovat auttaneet parantamaan analyysini täsmällisyyttä ja argumentaationi sisältöä.

1 Kimmo Nuotio, Syyte rikosoikeutta ja rikosprosessioikeutta yhdistävänä tekijänä. *Lakimies* 4/2001, s. 679–697, erit. 681, jossa Nuotio korostaa, että "[s]yytteen tarkoittama rikosteko kuvataan yksilöllisesti käytävän oikeudenkäynnin pohjaksi ja rajaukseksi".

2 Ks. erityisesti Kimmo Nuotio, Oikeuslähteet, "supernormistot" ja ratkaisujen perustelu, teoksessa Jyrki Tala – Kauko Wikström (toim.), *Oikeus – kulttuuria ja teoriaa*, Juhlakirja Hannu Tolonen 2005, Turun yliopisto 2005, s. 127–152 ja Kimmo Nuotio, Oikeuslähteet ja yleiset opit. *Lakimies* 7–8/2004, s. 1267–1291.

eli rikosoikeudenkäynnissä. Toiseksi oikeuskäytäntö – ja erityisesti korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntö – tarjoaa runsaasti erinomaisia esimerkkejä oikeudellisen ratkaisutoiminnan ja perustelemisen analysointiin.³

Olen valinnut juhlakirja-artikkelini aiheeksi teeman, joka yhdistää toisiinsa useat Nuotion tutkimustoiminnan keskeisajatukset. Tarkastelen kirjoituksessani oikeudenkäymiskaaren (OK) 25 a luvun 5–19 §:n (650/2010, 386/2015) mukaista jatkokäsittelylupajärjestelmää ja erityisesti OK 25 a luvun 11 §:n 1 momentin 3 kohdassa säädettyä niin sanottua *ennakkoratkaisuperustetta*.⁴ Tavoitteeni on vastata seuraavaan kysymykseen: minkälaiden kriteerien avulla pitää arvioida ennakkoratkaisuperusteen soveltamisen edellytyksiä? Käsittelen kirjoituksen alussa jatkokäsittelylupanormiston systematiikkaa. Sen jälkeen analysoin korkeimman oikeuden ennakkoratkaisuperustetta koskevaa ratkaisukäytäntöä, ja kirjoituksen loppuksi esitän johtopäätökseni.

2. Jatkokäsittelylupajärjestelmä

2.1. Yleistä

Vuoden 2011 alussa voimaan tulleen jatkokäsittelylupajärjestelmän tarkoituksena on ensinnäkin varmistaa oikeusjärjestelmän käytettävissä olevien voimavarojen tarkoituksenmukainen kohdentaminen: hovioikeuksien pitää pystyä käyttämään voimavarojaan järkevästi ja siten, että käsittelyajat pysyvät kohtuullisina. Toiseksi tavoitteena on, että hovioikeudet voivat keskittyä perustehtäviinsä eli kärjäoikeuden ratkaisun lopputuloksen ja siellä noudatetun menettelyn kontrollointiin. Kolmanneksi uudistus mahdollistaa hovioikeuksille tuomiopiirinsä lainkäytön yhtenäisyyden valvonnan sekä sen ohjaamisen ja yhtenäistämisen. Neljänneksi asianosaisten oikeusturvan näkökulmasta on tärkeää, että virheelliset kärjäoikeu-

3 Ks. myös Mika Huovila, Oikeuslähdeoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perusteluissa, teoksessa Mika Huovila – Raimo Lahti – Timo Ojala, Rikostuomion perustelemisen. Helsingin hovioikeus 2005, s. 13–99.

4 Ennakkoratkaisuperustetta ei pidä sekoittaa käsitteellisesti ennakkopäätös- tai prejudikaattiperusteeseen. Oikeudenkäymiskaarissa ei käytetä termiä ennakkoratkaisuperuste, mutta kyseinen termi löytyy lain esitöistä (Hallituksen esitys 105/2009 vp eduskunnalle muutoksenhakua kärjäoikeudesta koskevaksi lainsäädännöksi, s. 60). Jatkokäsittelylupaa koskevissa korkeimman oikeuden ratkaisussa käytetään melko vakiintuneesti hakusanana ennakkoratkaisuperustetta, vaikka muutamissa ratkaisuisa puhutaan ennakkopäätösperusteesta (ks. KKO 2014:31 ja KKO 2017:54). Lisäksi ratkaisuisa KKO 2012:25, KKO 2012:28 (ään.) ja KKO 2014:63 käytetään molempia termejä.

den ratkaisut voidaan korjata tai vastaavasti oikeat ratkaisut saadaan lainvoimaiksi mahdollisimman vähäisin kustannuksin ja mahdollisimman nopeasti.⁵

Jatkokäsittelylupajärjestelmän nykyinen soveltamisala perustuu 1.10.2015 voimaan tulleeseen OK 25a:5.1:n muutokseen (386/2015), jolla laajennettiin alkuperäistä 1.1.2011 voimaan tullutta soveltamisalaa (650/2010).⁶ Jatkokäsittelylupa edellytetään kaikissa riita- ja hakemusasioissa (OK 25a:5.1), mutta rikosasioissa yli kahdeksan kuukauden vankeusrangaistukseen tuomitun vastaajan ei tarvitse hakea jatkokäsittelylupaa. Edellytyksenä on tällöin, että valitus koskee hänen syykseen luettua rikosta tai hänelle tuomittua rangaistusta (OK 25a:5.2).⁷

Jatkokäsittelyluvan myöntämisen perusteista säädetään OK 25 a luvun 11 §:ssä, jossa luetellaan neljä perustetta: muutos-, tarkistus- ja ennakkoratkaisuperuste sekä muu painava syy. Kyseinen säännös voidaan ymmärtää *ratkaisuntekonormina*, koska se sääntelee sitä, millä edellytyksillä jatkokäsittelylupa *pitää* myöntää. Oikeudenkäymiskaaren 25 a luvun 13–19 §:t sisältävät puolestaan hovioikeuskäsittelyn menettelytapanormit ja muutoksenhakusääntelyn. Menettelytapanormeista on syytä mainita ensinnäkin OK 25 a luvun 14 §, jonka mukaan hovioikeus ratkaisee jatkokäsittelyluvan myöntämistä koskevan kysymyksen kirjallisessa menettelyssä. Päätös perustuu käräjäoikeuden ratkaisuun, valitukseen, mahdolliseen vastaukseen ja tarvittaessa myös muuhun oikeudenkäyntiaineistoon. Lain esitöiden mukaan säännöksessä tarkoitettuna muuna oikeudenkäyntiaineistona voidaan pitää esimerkiksi todistajien ja asianosaisten kertomuksista tehtyjä ääni- ja kuvataallenteita.⁸

Toinen keskeinen menettelytapanormi koskee hovioikeuden velvollisuutta tutkia viran puolesta kaikki jatkokäsittelylupaperusteet.⁹ Hovioikeus ei ole toisin sanoen sidottu lupaharkinnassa valittajan esittämiin perusteisiin. Hovioikeuden tutkimusvelvollisuus ei näyttäisi ilmenevän yksiselitteisesti OK 25a:11:n sanamuodosta,¹⁰ vaan tutkimusvelvollisuutta koskeva normi täsmentyy luettavassa OK 25 a luvun 11 §:ää yhdessä OK 25 a luvun 17 §:n 1 momentin 1 kohdan kanssa.¹¹ Jälkimmäisen säännöksen mukaan hovioikeuden kielteisestä jatkokä-

5 HE 105/2009 vp, s. 23–24. Ks. myös Riikka Koulu, Muutoksenhaun uusi järjestys – jatkokäsittelylupa KKO:n ratkaisukäytännössä. Lakimies 2/2017, s. 236–247, 236–238.

6 Ks. tarkemmin Hallituksen esitys 246/2015 vp eduskunnalle laeiksi oikeudenkäymiskaaren 25 ja 25 a luvun sekä sotilasoikeudenkäyntilain 3 §:n muuttamisesta. Alkuperäistä soveltamisalan laajuutta on perusteltu seikkaperäisesti jatkokäsittelylupajärjestelmään siirtymistä käsittelevässä hallituksen esityksessä (ks. tarkemmin HE 105/2009 vp, s. 27–33).

7 Myöskään syyttäjä tai asianomistaja ei tarvitse tällaisessa tilanteessa jatkokäsittelylupaa (OK 25a:5.3).

8 HE 105/2009 vp, s. 64.

9 HE 105/2009 vp, s. 36.

10 Vrt. HE 105/2009 vp, s. 60.

11 Ratkaisussa KKO 2015:91 (perustelukappale 15) tutkimusvelvollisuus ankkuroidaan myös OK 25a luvun 14 §:n menettelytapanormiin.

sittelylupapäätöksestä pitää käydä ilmi, että ”1) *kaikki* 11 §:ssä säädetyt perusteet jatkokäsittelyluvan myöntämiselle on tutkittu [kursivointi J.T.]”.¹²

2.2 Ennakkoratkaisuperuste

Lain esitöissä käsitellään eri lupaperusteiden eli muutos-, tarkistus- ja ennakkoratkaisuperusteen sekä muun painavan syyn tyyppitilanteita ja eri perusteiden edellyttämää lupakynnystä. Esitöissä ennakoidaan, että ratkaisukäytännön painopiste kohdistuu muutos- ja tarkistusperusteen soveltamiseen, ja tärkeimmäksi lupaperusteeksi on arvioitu muutosperustetta.¹³ Tämä arvio on sittemmin osoittautunut oikeaksi.

Ennakkoratkaisuperusteen on ajateltu hallituksen esityksen mukaan soveltuvan tilanteisiin, joissa laki ei anna selvää vastausta käsiteltävänä olevaan ongelmaan. Lupaperusteen soveltaminen ei edellytä sitä, että asiassa ilmeneisi muutosperusteen vaatimalla tavalla *aihetta epäillä* käräjäoikeuden ratkaisun oikeellisuutta. Sen sijaan olennaista on, että hovioikeuden tehtävänä on valvoa myös lainkäytön yhtenäisyyttä ja ohjata laintulkintaa.¹⁴

Jatkokäsittelylupaperusteiden soveltamisalat menevät kuitenkin lainkäytössä päällekkäin, ja esimerkiksi KKO:n ratkaisukäytännön perusteella ennakkoratkaisuperuste esiintyy samassa yhteydessä muutosperusteen kanssa.¹⁵ Riikka Koulun toteaa osuvasti, että ”[n]äiden kahden perusteen yhteisvaikutus ei sinällään ole yllättävää, sillä aukkotilanne tosiasiallisesti vaikuttaa myös lopputuloksen oikeellisuusarviointiin”.¹⁶ Muutos- ja ennakkoratkaisuperusteen rinnakkaiselle arvioinnille löytyy luonteva selitys. Oikeudellisen kysymyksenasettelun tulkinnanvaraisuus johtaa tyypillisesti siihen, että käräjäoikeuden ratkaisun oikeellisuudesta ei voida olla riittävän varmoja, vaikka käräjäoikeus olisi perustellut ratkaisunsa seikkaperäisesti. Tällaisessa tilanteessa näyttäisi olevan kyse siitä, että jatkokäsittelylupa olisi perusteltuna myöntää myös tarkistusperusteella: käräjäoikeuden ratkaisua ei ole mahdollista arvioida aukkotilanteessa OK 25 a luvun 11 §:n 1 momentin 2 kohdan edellyttämällä tavalla lupaa myöntämättä.

Jatkokäsittelylupaperusteiden soveltamisedellytysten päällekkäisyyttä havainnollistaa myös korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntö: suurimmassa osassa korkeimman oikeuden ennakkopäätöksistä on sovellettu kahta lupaperustetta

12 Ks. viran puolesta tutkimisvelvollisuudesta erityisesti KKO 2012:28 [ään.], perustelukappale 12, KKO 2014:89, perustelukappale 7, KKO 2015:91, perustelukappale 15 ja KKO 2018:85, perustelukappale 10.

13 Ks. HE 105/2009 vp, s. 33–35 ja 59–62.

14 HE 105/2009 vp, s. 33.

15 Ks. analyysistä Koulun 2017, s. 245. Ks. myös HE 246/2015 vp, s. 6–7.

16 Koulun 2017, s. 245.

– löytyypä aineistosta myös ratkaisu, jossa on sovellettu kolme lupaperustetta (KKO 2012:28 [ään.]).¹⁷

3. Korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntö

3.1. Yleistä

Korkein oikeus on antanut vuoden 2018 loppuun mennessä yhteensä 38 julkaistua ennakkopäätöstä, joissa hakusanana on jatkokäsittelylupa. Näistä yhdessätoista on käsitelty ennakkoratkaisuperusteen soveltamisen edellytyksiä joku itsenäisesti tai yhdessä muiden perusteiden kanssa (KKO 2012:25, 2012:28 [ään.], KKO 2013:42, KKO 2014:4, KKO 2014:63, KKO 2014:89, KKO 2015:27, KKO 2016:17 [ään.], KKO 2016:57, KKO 2017:76 ja KKO 2018:85 [ään.]). Jatkokäsittelylupaa koskevia julkaisemattomia ratkaisuja on annettu 30 kappaletta, joista ainoastaan kahdesta löytyy hakusana ennakkoratkaisuperuste (KKO 1025/2015 ja KKO 1795/2016). Jatkokäsittelylupajärjestelmää koskevasta normistosta on odotettavissa edelleen ennakkopäätöksiä, sillä korkein oikein on myöntänyt vuonna 2018 yhteensä 10 valituslupaa jatkokäsittelyluvan myöntämisen edellytyksistä.

Olen ryhmitellyt ennakkoratkaisuperustetta koskevan ratkaisukäytännön siten, että osa ratkaisusta koskee rikosoikeudellisen vastuun yleisiä edellytyksiä (kaksi ratkaisua) ja osa käsittelee rangaistuksen määräämistä sekä seuraamusjärjestelmää (neljä ratkaisua). Loput ratkaisut liittyvät väljästi määriteltynä velvoitteiden sisältöön ja vahingonkorvauksen määräämiseen (kolme ratkaisua) sekä oikeudenkäyntimenettelyyn ja todisteluun (kaksi ratkaisua).

3.2. Rikosoikeudellisen vastuun yleiset edellytykset

Ratkaisu KKO 2012:28 (ään.) koskee rikosvastuun yleisten edellytysten täyttymistä ja vastuuopillisen systematiikan hahmottamista. Kyse oli siitä, että A:ta oli käräjäoikeudessa syytetty vammantuottamuksesta. Syytteen mukaan A oli suljetulla piha-alueella jättänyt pitämättä kahta koiraansa valvonnassaan siten, etteivät koirat päässeet pois piha-alueelta. Toinen koirista oli purrut A:n asuintalon kohdalla tiellä kävellyttä asianomistajaa aiheuttaen tälle vammoja. Käräjäoikeuden perustelujen mukaan koirat olivat olleet sisällä A:n asunnossa, jossa

¹⁷ Ks. myös ratkaisu KKO 2015:91, jossa on sovellettu kolme lupaperustetta. Näiden joukossa ei ole tosin ennakkoratkaisuperustetta.

olivat olleet myös A ja tämän tuttava. Koirat olivat päässeet ulos asunnosta, kun tuttava ei ollut ulos mennessään sulkenut ulko-ovea kunnolla. Käräjäoikeus oli katsonut A:n huolimattomuudellaan aiheuttaneen asianomistajan vammat, koska hän ei ollut ollut paikalla tuttavan poistuessa asunnosta, eikä ollut siten riittävän huolellisesti varmistautunut siitä, että vahinkoa ei päässyt tapahtumaan. A:n katsottiin myös laiminlyöneen velvollisuuden ohjeistaa vieraitaan riittävästi asunnon ulko-oven sulkemisesta.

A oli valittanut hovioikeuteen ja pyytänyt asiassa jatkokäsittelylupaa, koska hänen mukaansa oli aihetta epäillä käräjäoikeuden ratkaisun oikeellisuutta. A katsoi, että hänen menettelyään ei ollut arvioitu normaalien tuottamussääntöjen mukaisesti, vastuun perusteeksi viitattu järjestyslain säännös ei soveltunut asiaan, asiassa ei ollut näytetty vastuun perustavaa A:n tekoa tai laiminlyöntiä, eikä asiassa ollut lainkaan otettu kantaa siihen, mikä merkitys A:n tuttavan (K:n) menettelylle oli annettava arvioitaessa A:n vastuuta. Lisäksi A vetosi siihen, että syytteen teonkuvaus ei ollut koskenut sitä menettelyä, jonka käräjäoikeus oli lukenut A:n syyksi.

Korkein oikeus keskittyi arvioimaan erityisesti tarkistusperusteen (perustelukappaleet 13–14) ja muutosperusteen (perustelukappaleet 15–23) soveltamisen edellytyksiä. Ennakkoratkaisuperustetta on käsitelty perusteluissa kohtuullisen niukasti (perustelukappale 24), mikä selittyy ennen kaikkea sillä, että muutosperusteen yhteydessä on analysoitu niin huolellisuusvelvollisuutta määrittävää lainsäädäntöä kuin korkeimman oikeuden vanhempaa ratkaisukäytäntöä. Näin ollen korkein oikeus on tyytynyt toteamaan lyhyesti, että laki ei anna selvää vastausta siihen, mikä on koiran omistajan huolellisuusvelvollisuuden täsmällinen sisältö. Asiasta ei ole myöskään vakiintunutta korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä. Kysymyksenasetteluun liittyy siten yleistä oikeudellista merkitystä, vaikka vastuun täsmällinen sisältö määrittyy tapauskohtaisten seikkojen perusteella. Näin ollen jatkokäsittelylupa olisi pitänyt myöntää *myös* ennakkoratkaisuperusteella.

Rikosoikeudellisen vastuun yleisten edellytysten tulkintaa – ja laajemmin rikosoikeuden yleisiä oppeja – koskee myös ratkaisu KKO 2015:27, jossa kyse on osallisuusvastuusta eli avunannon rangaistavuuden alasta huumausainerikoksessa. Käräjäoikeus oli lukenut A:n syyksi avunannon huumausainerikokseen, koska A oli sallinut avopuolisonsa käyttää heidän yhteisesti omistamaansa ja asumaansa kiinteistöä kannabiksen kasvattamiseen.

A valitti hovioikeuteen ja pyysi, että hänelle myönnetään jatkokäsittelylupa muutos- ja ennakkoratkaisuperusteella. A:n mukaan käräjäoikeuden tuomio oli virheellinen, koska hänellä ei ollut velvollisuutta puuttua B:n harjoittamaan kannabiksen viljelyyn. A oli yhdessä B:n kanssa omistanut tekopaikkana olleen kiinteistön, jolla he olivat myös asuneet. A katsoi, että häneltä ei voitu edellyttää

rangaistusvastuusta vapautumiseksi avopuolisonsa ja lapsensa isän ilmiantamista, eikä hänen passiivisuuttaan voitu rinnastaa avunannon rangaistavuudelta edellytettävään aktiiviseen myötävaikuttamiseen.

Korkein oikeus katsoi, että hovioikeuden olisi pitänyt myöntää jatkokäsittelylupa sekä muutosperusteella että ennakkoratkaisuperusteella.¹⁸ Perustelujen mukaan avunantovastuun perustuminen laiminlyöntiin tai passiiviseen sallimiseen on lain sanamuodon, esitöiden ja myös KKO:n oman ratkaisukäytännön valossa tulkinnanvarainen kysymys (perustelukappale 15). Kysymyksenasettelun tulkinnanvaraisuus korostuu entisestään, kun arvioidaan kiinteistön omistajan tai haltijan sallimisperustaisen toiminnan rikosoikeudellista merkitystä.

Avunantovastuun teoreettiseen perustaan liittyy lukuisia oikeudellisia tulkintaongelmia, jotka heijastuvat myös rikosprosessuaalisiin kysymyksiin.¹⁹ Ratkaisussa KKO 2015:27 esillä ollut kysymyksenasettelua on mahdollista pitää ennakkoratkaisuperustetta koskevan jatkokäsittelylupaharkinnan näkökulmasta tyyppitilanteena. Kysymyksenasettelun eli avunantovastuun edellytysten oikeudellista tulkinnanvaraisuutta²⁰ havainnollistaa ensinnäkin törkeää pahoinpitelyä koskeva ratkaisu KKO 2014:22 (ään.), jossa asunnon haltija (A) ei ollut puuttunut asunnossaan toteutettuun pitkäkestoiseen törkeään pahoinpitelyyn. Korkein oikeus hylkäsi syytteen avunannosta törkeään pahoinpitelyyn, ja ratkaisu havainnollistaa rikosoikeudellisen vastuun korkeaa kynnystä sallimisperustaisissa tilanteissa.²¹

Toisena esimerkkinä oikeudellisesta tulkinnanvaraisuudesta voidaan käyttää ratkaisua KKO 2017:88, jossa C oli tuomittu alemmissa oikeusasteissa huumausainerikoksesta. Hänen oli katsottu pitäneen yhdessä avopuolisonsa kanssa laittomasti hallussaan vajaa 500 grammaa marihuanaa. Alempien oikeusasteiden mukaan C:n vastuu perustui rikoskumppanuuteen,²² sillä huumausainetta oli säilytetty pitkän aikaa avopuolisoiden yhteisessä asunnossa. Tämän takia C:n

18 Vaasan hovioikeus hylkäsi myöhemmin A:n syytteen avunannosta huumausainerikokseen ja vapautti hänet tuomitusta rangaistuksesta (ks. tarkemmin VaaHO 2016:2). Hovioikeuden perusteluissa käydään läpi avunannon rangaistavuudelle asetettavia edellytyksiä ja korostetaan hylkäävän tuomion perusteena erityisesti A:n itsekriminointisuoja ja läheiskriminointisuoja.

19 Ks. avunantovastuusta laajemmin Lauri Luoto, Avunannon rangaistavuuden edellytykset. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2018.

20 Jäljempänä mainittavat ratkaisut KKO 2014:22 (ään.) ja KKO 2017:88 osoittavat ennen kaikkea sen, että avunantovastuun edellytysten täyttymiseen liittyy runsaasti oikeudellista tulkinnanvaraisuutta. Niinpä on syytä korostaa, että hovioikeudella ei ollut ratkaisun KKO 2015:27 kohteena olleessa jatkokäsittelylupaharkinnassaan tiedossa näitä korkeimman oikeuden ennakkopäätöksiä.

21 Ks. ratkaisusta tarkemmin Lauri Luoto, Laiminlyönti avunantona. Lakimies 3–4/2015, s. 459–481 ja Niko Tikka, Onko ihmisarvoa alentavan törkeän pahoinpitelyn passiivinen seuraaminen rangaistava teko? – Teoreettisia ja käytännöllisiä pohdintoja ennakkoratkaisun KKO:2014:22 (ään.) johdosta. Defensor Legis 1/2015, s. 38–58.

22 Ratkaisussa puhutaan tekijäkumppanuudesta, vaikka käsitteellisesti tekijävastuu perustuu yhdessä tekemistä koskevissa tilanteissa RL 5 luvun 3 §:n mukaiseen *rikoskumppanuuteen*.

oli täytynyt tietää huumausaineesta ja hyväksyä huumausaineen säilyttäminen kodissaan.

Korkein oikeus hylkäsi kuitenkin syytteen sillä perusteella, että huumausaineen hallussapitämistä ei tarkoita pelkästään se, että henkilö sallii avopuolisonsa säilyttävän yhteisessä kodissa huumausainetta. Kyse ei ole tällöin myöskään RL 5 luvun 3 §:n mukaisesta osallistumisesta rikoksen tekemiseen. Perusteluissa painotetaan (perustelukappale 43), että ”[v]aikka rikoskumppanuuden edellyttämä yhteisymmärrys voi syntyä teon aikanaikin, ei huumausaineen säilyttämisen salliminen yhteisessä kodissa merkitse sitä, että asunnossa asuvien avopuolisoiden kesken vallitsisi tai syntyisi yhteisymmärrys niistä rangaistavista teoista, joihin toinen heistä yhteisessä kodissa mahdollisesti syyllistyy”.

3.3. Rangaistuksen määrääminen ja seuraamusjärjestelmä

Ratkaisu KKO 2012:25 koskee rangaistuksen määräämistä ja erityisesti rangaistuksen lajinvalintaa törkeässä rattijuopumuksessa. A oli käräjäoikeudessa tuomittu aikaisemman ehdollisen vankeusrangaistuksen koeaikana tehdystä törkeästä rattijuopumuksesta 60 päivän ehdottomaan vankeusrangaistukseen, jonka sijasta oli määrätty yhdyskuntapalvelua. A valitti hovioikeuteen ja vaati rangaistuksen määräämistä ehdolliseksi. A:n mukaan käräjäoikeuden tuomitsema rangaistus oli tekoon ja rangaistuskäytäntöön nähden liian ankara. Hän korosti valituksessaan ajaneensa hiljaisella nopeudella hiljaisen liikenteen aikaan, ja ajomatka oli ollut lyhyt. Menettelystä ei ollut aiheutunut mitään vahinkoa. Lisäksi A vetosi eräseen hovioikeuden ratkaisuun,²³ jossa törkeästä rattijuopumuksesta oli tuomittu ehdollinen vankeusrangaistus ja oheissakkoa.

Korkein oikeus päätyi siihen, että jatkokäsittelyluvan myöntämiselle ei ollut tarvetta muutosperusteella eikä ennakkoratkaisuperusteella.²⁴ Perusteluissa keskitytään ennen kaikkea muutosperusteen edellytysten arviointiin. Ensinnäkin toiseikastoa pidettiin selvänä, eikä esille noussut mitään sellaisia A:han henkilöä liittyviä seikkoja, jotka olisivat voineet olla seuraamusharkinnan näkökulmasta merkityksellisiä. Toiseksi korkein oikeus korostaa, että törkeän rattijuopumuksen lajinvalinnasta on olemassa oikeuskäytäntöä, ja kyse on rikostyyppistä, jossa

23 RHO 2004:1.

24 Myöskään ratkaisussa KKO 2014:63 ei katsottu muutosperusteen edellytysten täyttyvän arvioitaessa rangaistuksen mittaamisesta (perustelukappaleet 7–9). Hovioikeuden olisi kuitenkin pitänyt myöntää jatkokäsittelylupa muutos- ja ennakkoratkaisuperusteella pahoinpitelystä aiheutuneiden leikkauskulujen korvausvelvollisuudesta (perustelukappaleet 14–18). Ks. tarkemmin jakso 3.4.

muodostuu tuomioistuinkäytännössä tiettyjä vakiintuneita ratkaisulinjoja.²⁵ Kolmanneksi lajinvalinta on tyypillisesti rangaistuksen ehdottomuutta puoltavien ja sitä vastaan puhuvien seikkojen punnintaa,²⁶ eikä yksittäisestä hovioikeusratkaisusta voida tehdä sitä johtopäätöstä, että käräjäoikeus olisi poikennut yleisestä oikeuskäytännöstä.

Kun muistetaan jatkokäsittelylupaperusteiden lomittuvan toisiinsa, ei ole yllättävää, että korkein oikeus ei katsonut myöskään ennakkoratkaisuperusteen edellytysten täyttyvän. Perusteluissa painotetaan (perustelukappale 25), että jatkokäsittelyluvan myöntäminen voi olla tarpeellista ”myös rangaistuskäytännön yhtenäisyyden valvomista silmällä pitäen taikka käytännön ohjaamiseksi tai muuttamiseksi”. Korkeimman oikeuden mukaan käräjäoikeuden ratkaisun tai valituksen pitää kuitenkin sisältää selviä viitteitä siitä, että rangaistuskäytännön yhtenäisyydessä on sellaisia ongelmia tai puutteita, joihin on tarpeellista puuttua ohjaavilla ratkaisuilla. Lisäksi edellytetään, että valituksen kohteena oleva tapaus soveltuu kyseistä tarvetta palvelevan ohjaavan ratkaisun antamiseen. Korkein oikeus muistuttaa, että jatkokäsittelyluvan myöntäminen tällaisella ennakkoratkaisuperusteella on harkinnanvaraista, kun muiden jatkokäsittelylupaperusteiden edellytykset eivät täyty.²⁷

Korkeimman oikeuden ratkaisu koskee jatkokäsittelyluvan myöntämisen edellytyksiä sellaisesta rikostyyppistä, josta on muodostunut vakiintunut rangaistuskäytäntö.²⁸ Hovioikeus joutuu kuitenkin toisinaan arvioimaan rangaistuksen määräämistä tilanteessa, jossa kyse on täysin uudesta rikostyyppistä. Samankaltainen tilanne voi syntyä myös silloin, kun rikoslainsäädäntöä muutetaan, ja rangaistavuuden alan muutos heijastuu rangaistusasteikosta ilmenevään tekojen abstraktiin moitittavuuteen. Jatkokäsittelylupa voi olla perusteltua myöntää, jos tapauksen katsotaan soveltuvan rangaistuskäytännön yhtenäisyyttä palvelevaan ohjaavaan tarkoitukseen. Arvioinnissa voidaan hyödyntää jäljempänä käsiteltäviin ratkaisuihin KKO 2013:42 ja KKO 2018:85 (ään.) sisältyvää kriteeristöä.

25 Törkeä rattijuopumus on esimerkki rikostyyppistä, jossa alemmissa oikeusasteissa muodostuu varsin vakiintunut rangaistuskäytäntö. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että rikostyyppistä olisi olemassa laajasti KKO:n ratkaisukäytäntöä. Niinpä esimerkiksi lajinvalintaa koskevassa tuoreessa ratkaisussa KKO 2018:92 (ään.) (perustelukappale 18) todetaan, että törkeästä rattijuopumuksesta on hyvin niukasti KKO:n ratkaisukäytäntöä.

26 Ks. erityisesti KKO 2018:92 (ään.) ja KKO 2018:91 (ään.).

27 Perustelut näyttäisivät olevan laadittusiten, että ennakkoratkaisuperusteen täytyminen olisi harkinnanvarainen eli arvioinnissa otettaisiin huomioon myös se, täytyvätkö asiassa jonkun muun lupaperusteen edellytykset. On syytä korostaa, että ratkaisussa KKO 2018:85 (ään.) on terävöitetty arviointia tältä osin korostamalla jokaisen lupaperusteen itsenäistä harkintaa.

28 Ks. laajemmin rangaistuksen määräämisestä jäsenserustelemisesta korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä Heikki Kemppinen, Korkeimman oikeuden enakkopäätöksen rangaistuksen määräämisen oikeuslähteinä. Defensor Legis 6/2018, s. 869–890 ja Heikki Kemppinen – Jukka Siro, Oikeuskäytäntöön viittaaminen korkeimman oikeuden enakkopäätöksissä. Lakimies 5/2018, s. 493–515.

Ratkaisussa KKO 2013:42 oli puolestaan kyse siitä, että käräjäoikeus oli muuntanut A:lle tuomitun yhdyskuntapalvelun suorittamatta olevan osan vankeudeksi. Perusteena oli, että A oli syyttäjän esittämällä tavalla ilman hyväksyttävää syytä ollut poissa palvelusta ja poissaolon johdosta järjestetyistä kuulemistilaisuuksista. Hän oli siten rikkonut törkeästi yhdyskuntapalvelun ehtoja. A vaati valituksessaan hovioikeudelle, että yhdyskuntapalvelu muunnetaan ehdottoman vankeuden sijasta valvontarangaistukseksi. A vetosi siihen, että hänet oli käräjäoikeuden tuomion antamisen jälkeen eräässä toisessa rikosasiassa tuomittu valvontarangaistukseen.

Asiassa oli keskeistä, että valvontarangaistusta koskeva RL 6 luvun 11 a § (329/2011) oli ollut voimassa vain hetken eli 1.11.2011 alkaen, kun käräjäoikeus oli 2.2.2012 antamallaan tuomiolla muuntanut A:lle tuomitun yhdyskuntapalvelun suorittamatta olevan osan vankeudeksi. Lainsäädännössä ei kuitenkaan nimenomaisesti mainita sitä, voidaanko valvontarangaistus tuomita myös silloin, kun yhdyskuntapalvelua muunnetaan vankeudeksi. Lain esitöiden mukaan valvontarangaistus olisi mahdollinen silloin, kun yhdyskuntapalvelu jouduttaisiin muuntamaan vankeudeksi palvelun ehtojen rikkomisen takia.²⁹

Korkein oikeus katsoi, että hovioikeuden olisi pitänyt myöntää tällaisessa tilanteessa jatkokäsittelylupaa niin muutosperusteella kuin ennakkoratkaisuperusteella. Asiassa oli ensinnäkin epäselvää säännösten sanamuodon ja A:lle myöhemmin toisessa jutussa tuomitun valvontarangaistuksen perusteella, olisiko valvontarangaistus ollut A:lle käytettävissä oleva seuraamusvaihtoehto (perustelukappaleet 10–11). Toiseksi kysymys oli korkeimman oikeuden näkemyksen mukaan siitä, että rangaistusjärjestelmään äskettäin tehdystä uudistuksesta ei ollut lainkäyttöä ohjaavaa ratkaisukäytäntöä. Merkitystä annettiin myös sille, että tällainen rangaistuksen määräämistä koskeva arviointitilanne toistuu käytännössä suhteellisen usein (perustelukappaleet 15–16).

Myös ratkaisu KKO 2018:85 (ään.) käsittelee yhdyskuntapalvelun muuntamista vankeudeksi. Kyse oli siitä, että A oli tuomittu yhdyskuntapalveluun. Hän oli kuitenkin ennen yhdyskuntapalvelun täytäntöönpanon päättymistä syyllistynyt uusiin rikoksiin, joista hänet oli tuomittu ehdottomaan vankeusrangaistukseen. Vankeustuomion antamisen jälkeen käräjäoikeus muunsi syyttäjän hakemuksesta yhdyskuntapalvelusta suorittamatta olevan osan vankeudeksi uusista rikoksista tuomitun ehdottoman vankeusrangaistuksen perusteella. A valitti hovioikeuteen ja vaati yhdyskuntapalvelun muuntamista ehdottoman vankeuden sijasta valvontarangaistukseksi.

²⁹ Hallituksen esitys 17/2010 vp eduskunnalle valvontarangaistusta ja sähköistä valvontaa avolaitoksissa koskevaksi lainsäädännöksi, s. 31.

Ratkaisu on merkittävä ennen kaikkea sen takia, että korkeimman oikeuden ratkaisussa käsitellään varsin seikkaperäisesti ennakkoratkaisuperusteen soveltamisen *periaatteellisia lähtökohtia* (perustelukappaleet 12–13). Korkein oikeus korostaa, että jatkokäsittelyluvan myöntämistä koskevan kynnyksen pitää olla verraten matala. Perustelujen mukaan ”[j]os asiassa sovellettavaan sääntelyyn liittyy objektiivisesti arvioiden jokin huomionarvoinen tulkintaongelma, hovioikeuden on myönnettävä jatkokäsittelylupa siinäkin tapauksessa, että se pitää käräjäoikeuden kannanottoa tulkintakysymykseen ja käräjäoikeuden ratkaisun lopputulosta muutenkin oikeana”. Jos esimerkiksi muutoksenhakemuksessa nostetaan perustellusti esiin jokin ongelmakysymys, joka koskee uuden lainsäädännön tulkintaa tai suhdetta muualla laissa olevaan sääntelyyn ja johon annettavalla vastauksella on siten yleisempääkin merkitystä, jatkokäsittelyluvan myöntäminen ennakkoratkaisuperusteella on perusteltua. Tällöin hovioikeus pääsee antamaan asiaratkaisun tulkinnanvaraisesta kysymyksestä ja se ohjaa omalta osaltaan käräjäoikeuksien lainkäyttöä samankaltaisissa asioissa.³⁰

Sen lisäksi korkein oikeus painottaa jatkokäsittelylupajärjestelmän merkitystä koko muutoksenhakujärjestelmän toimivuuden kannalta. Perusteluissa painotetaan, että ”[k]orkeimman oikeuden mahdollisuudet antaa ennakkopäätöksiä esimerkiksi uuden lainsäädännön soveltamisen yhteydessä esille tulevista tulkintaongelmista vaikeutuvat huomattavasti, jos hovioikeudet eivät myönnä jatkokäsittelylupia asioissa, joissa näihin tulkintaongelmiin voidaan ottaa kantaa”. Myös tämä näkökohta puoltaa, että hovioikeus soveltaa ennakkoratkaisuperustetta verraten laajasti ja riippumatta siitä, katsooko se jatkokäsittelylupaan olevan aihetta muulla perusteella.

Kyseisessä ratkaisussa ennakkoratkaisuperusteen soveltamista koskeva analyysi liittyy yhdyskuntaseuraamusten täytäntöönpanosta annetun lain (yhdyskuntaseuraamuslaki, 400/2015) 82 §:n 2 momentin tulkintaan.³¹ Korkein oikeus käsittelee kyseisen säännöksen sanamuodon sisältöä ja säännöksen systematiikkaa (perustelukappaleet 18–20) päätyen siihen, että yhdyskuntaseuraamuslain 82 §:n 2 momentissa tarkoitettussa tilanteessa yhdyskuntapalvelun muuntaminen valvontarangaistukseksi ei käräjäoikeuden toteamin tavoin ole edes periaatteessa mahdollista.

30 Tähän lausumaan näyttäisi liittyvän ajatus siitä, että myös hovioikeuden yksittäisellä ratkaisulla voi olla laajemmalle ulottuvaa painoarvoa. Tämä vaikutus ei välttämättä rajoittuisi pelkästään hovioikeuden oman tuomiopiirin käräjäoikeuksien ohjaamiseen, vaan sillä saattaisi olla myös valtakunnallista merkitystä. Tällainen painoarvo voinee liittyä lähinnä Finlexissä ns. kortteina julkaistaviin HO-ratkaisuihin.

31 Ks. tarkemmin Hallituksen esitys 215/2014 vp eduskunnalle yhdyskuntaseuraamusten täytäntöönpanoa koskevaksi lainsäädännöksi, s. 86.

Asiaan liittyy kuitenkin tiettyä tulkinnanvaraisuutta, kun otetaan huomioon edellä käsitelty ratkaisu KKO 2013:42. Lisäksi korkein oikeus on antanut merkitystä sille, että syyttäjä oli esittänyt korkeimmalle oikeudelle antamassaan vastauksessaan näkemyksen asian epäselvyydestä; korkeimman oikeuden mukaan on perusteltua otaksua, että säännöksen tulkintakäytäntö voi olla epäyhtenäinen, vaikka säännöksen sanamuoto on yksiselitteinen. Jatkokäsittelyluvan myöntämistä perustelivat myös kysymyksen yleisyys lainkäytössä ja se, että kysymystä ei ole käsitelty yhdyskuntaseuraamuslain esitöissä eikä myöskään lain säätämisen jälkeen annetuissa KKO:n ratkaisuissa. Tulkintakysymyksestä ei ole myöskään olemassa julkaistua hovioikeusratkaisua.

Korkein oikeus päätyi siihen, että hovioikeuden olisi pitänyt myöntää jatkokäsittelylupa myös muutos- ja ennakkoratkaisuperusteella seuraavasta kysymyksestä (perustelukappaleet 24–27). Onko yhdyskuntaseuraamuslain 82 §:n 2 momenttiin perustuva vaatimus yhdyskuntapalvelun muuntamisesta ehdottomaksi vankeudeksi voitu tutkia erillisessä oikeudenkäynnissä sen jälkeen, kun lainkohdassa tarkoitetuista uusista rikoksista oli jo tuomittu vankeusrangaistus? Säännöksen sanamuoto on siinä määrin tulkinnanvarainen, että hovioikeus ei voinut pitää selvänä erillisen muuntovaatimuksen tutkimista. Asialla katsottiin olevan myös laajempaa lainkäytöllistä merkitystä.

Eri mieltä olleen oikeusneuvos Huovilan mukaan hovioikeuden ei olisi tarvinnut myöntää jatkokäsittelylupaa ennakkoratkaisuperusteella yhdyskuntapalvelun muuntamisesta valvontarangaistukseksi. Huovila oli enemmistön kanssa samaa mieltä siitä, että hovioikeuden olisi pitänyt myöntää menettelykysymyksestä jatkokäsittelylupa sekä muutosperusteella että ennakkoratkaisuperusteella. Erimielisyys kiteytyy kahteen seikkaan. Huovila painottaa ensinnäkin, että ennakkoratkaisuperusteen soveltamiskynnystä arvioitaessa on otettava huomioon lupajärjestelmän tarkoitus eli hovioikeuksien voimavarojen kohdentaminen sellaisiin asioihin, joiden tutkiminen uudelleen on tarpeen. Hän korostaa, että muutoksenhakujärjestelmän toimivuuden näkökulmasta on tärkeää, mutta myös riittävää, että kynnys jatkokäsittelyluvan myöntämiseen ennakkoratkaisuperusteella on matalampi kuin valitusluvan kynnys korkeimmassa oikeudessa.

Toiseksi oikeusneuvos Huovila korostaa, että ennakkoratkaisuperusteen olemassaolo pitää arvioida objektiivisesti huomioon ottaen oikeuslähteet ja niiden yleiset tulkintaperiaatteet. Hänen mukaansa ”pelkästään sillä, että muutoksenhakemuksessa nostetaan esiin jokin ongelmakysymys, joka koskee uuden lain-säädännön tulkintaa tai suhdetta muuhun sääntelyyn, ei siten ole vaikutusta jatkokäsittelylupakynnyksen ylittymiseen, ellei kysymystä voida pitää objektiivisin perustein epäselvänä tai tulkinnanvaraisena taikka oikeuskäytäntö ole sen osalta epäyhtenäistä”. Lain sanamuoto oli Huovilan mukaan selvä arvioitavana olevas-

sa tapauksessa, eikä tulkintakäytännönkään väitetty olleen epäyhtenäistä. Näin ollen asiassa ei olisi ollut tarvetta myöntää jatkokäsittelylupaa ennakkoratkaisuperusteella.

Ratkaisu KKO 2014:89 ei koske varsinaisesti rangaistuksen määräämistä, mutta siinä käsitellään rikosperusteista seuraamusta eli sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä annetun lain mukaista verkkoviestin poistamista. Kyse oli siitä, että A:n internet-sivustoillaan julkaisema laaja aineisto oli sisältänyt X:n ja Y:n kunniaa loukkaavia väitteitä. Käräjäoikeus tuomitsi A:n kahdesta kunnianloukkauksesta ja määräsi sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä annetun lain 22 §:n 3 momentin nojalla A:n poistamaan ylläpitämiltään internet-sivustoilta kaikki sellaiset verkkoviestit, joissa mainittiin X:n tai Y:n nimi tai muutoin esitettiin viittauksia heihin tai heitä koskevaan asiaan. A valitti hovioikeuteen vaatien, että syyte ja siihen perustuvat vaatimukset hylätään tai että hänet veloitetaan hävittämään enintään ne internet-viestit, jotka käräjäoikeus oli todennut sisältönsä lainvastaisiksi. Korkein oikeus myönsi A:lle valitusluvan *rajoitettuna* siltä osin kuin asiassa on kysymys verkkoviestien poistamismääräyksestä.

Vaikka A oli vaatinut jatkokäsittelylupaa vain ennakkoratkaisuperusteella, hovioikeuden pitää jaksossa 2.1. käsitellyllä tavalla tutkia myös muiden jatkokäsittelylupaperusteiden edellytykset. Korkein oikeus päätyi siihen, että hovioikeuden olisi pitänyt myöntää jatkokäsittelylupa myös muutosperusteella. Perustelujen mukaan sananvapauden käyttöä koskevan normatiivisen sääntelyn ja punnintatilanteiden perusteella ei ollut selvää, että käräjäoikeuden antama verkkoviestien hävittämismääräys tai sen laajuus oli oikea (perustelukappaleet 8–14).

Korkeimman oikeuden mukaan hovioikeuden olisi pitänyt myöntää jatkokäsittelylupa myös A:n vaatimalla ennakkoratkaisuperusteella, koska kyse oli lupaperusteiden soveltamisalueelle tyypillisesti sijoittuvasta tilanteesta. Perustelujen mukaan säännöksen sanamuodosta eli sananvapauslain 22 §:n 3 momentissa, lain esitöissä³² tai korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä ei anneta selvää vastausta siihen, miten laajana määräys verkkoviestin poistamisesta yleisön saatavilta on annettava arvioitavana olevassa tapauksessa.

Asiassa annettiin merkitystä ennen kaikkea sille, että korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä ei ollut tämänkaltaisesta tilanteesta, vaan ratkaisuissa oli otettu kantaa toisentyypisiin verkkoviestin poistamista koskeviin tilanteisiin. Näitä ratkaisuja ovat KKO 2010:39 (yksityiselämää loukkaava tiedon levittäminen), KKO 2010:88 (törkeä kunnianloukkaus) ja KKO 2012:58 (uskonrauhan rikkominen ja kiihottaminen kansanryhmää vastaan). Korkein oikeus painotti (perustelukap-

32 Ks. Hallituksen esitys 54/2002 vp eduskunnalle laiksi sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

pale 17), että näissä ratkaisuisa oli määrätty poistettavaksi tekstistä yksittäinen, selvästi eroteltavissa oleva lause tai kappale. Nyt arvioitavana ollut tapaus erosi kuitenkin olennaisesti edellä mainituista tapauksista, koska valheellinen tieto tai vihjaus oli julkaistu useissa kirjoituksissa A:n ylläpitämällä verkkosivuilla.

3.4. Velvoitteiden sisältö ja vahingonkorvaus

Ratkaisussa KKO 2014:4 oli kyse siitä, että liikehuoneiston vuokrasopimuksen ehdon mukaan sopimus oli voimassa kolme vuotta, minkä jälkeen vuokrasopimus jatkuisi toistaiseksi voimassa olevana sopimuksena, jonka irtisanomisaika oli kuusi kuukautta. Vuokranantaja vaati kanteessaan, että vuokralainen veloitetaan suorittamaan vuokrat määräaikaisen vuokrasopimuksen jälkeiseltä irtisanomisajalta. Vuokralainen vastusti kannetta sillä perusteella, että se oli ennen määräaikaisen sopimuksen päättymistä ilmoittanut vuokranantajalle päättävänsä vuokrasopimuksen sen määräajan mukaisesti.

Käräjäoikeus katsoi, että kysymys oli yhdestä sopimuksesta, eikä sopimus rauennut itsestään määräajan päättyessä, vaan se vaati irtisanomisen. Käräjäoikeus velvoitti vuokralaisen maksamaan vuokrat irtisanomisajalta. Vuokralainen valitti hovioikeuteen vaatien käräjäoikeuden tuomion kumoamista ja kanteen hylkäämistä.

Myös tässä ratkaisussa muutosperuste ja ennakkoratkaisuperuste näyttävät kietoutuvan erottamattomasti yhteen perustelujen tasolla (ks. perustelukappale 12). Olennaista on, että lainsäädäntö eli liikehuoneiston vuokrauksesta annettu laki (482/1995) ja lain esityöt³³ eivät tarjoa vastausta siihen, miten pitäisi arvioida sellaisen sopimuksen kestoa ja päättymistä, jossa on sovittu alkuun määräaikaisesta jaksosta, ja joka sen jälkeen jatkuu toistaiseksi voimassa olevana.

Oikeuskäytännöstä ei myöskään löytynyt yksiselitteistä vastausta, sillä perusteluissa viitattu ratkaisu KKO 2004:34 erosi tosiseikastoltaan arvioitavana olleesta tapauksesta. Ratkaisussa KKO 2004:34 määräaikainen vuokrasopimus oli jatkunut määräajan jälkeen toistaiseksi voimassa olevana, ja korkeimman oikeuden mukaan sopimus voitiin irtisanoa päättymään sovittua irtisanomisaikaa noudattaen jo ennen määräajan päättymistä, kunhan kysymys ei ole vuokrasopimuksen päättämisestä ennen vuokrasuhteessa sovittua määräaikaa. Tapauksen relevantti ero liittyy siihen, että ratkaisussa KKO 2004:34 molemmat osapuolet halusivat jatkaa sopimusta vielä määräajan päättymisen jälkeen. Sen sijaan ratkaisussa KKO 2014:4 vuokralainen oli halunnut päättää vuokrasuhteen määräajan umpeutuessa.

33 Hallituksen esitys 304/1994 vp eduskunnalle uusiksi huoneenvuokralaeiksi ja niihin liittyvien lakien muuttamisesta.

Ratkaisu KKO 2014:63 käsittelee puolestaan rikokseen perustuvaa vahingonkorvausvelvollisuutta. A:n katsottiin syyllystyneen kahteen pahoinpitelyyn, ja hänet velvoitettiin suorittamaan B:lle vahingonkorvausta kivusta, särystä ja muusta tilapäisestä haitasta sekä B:n pahoinpitelyssä saamien vammojen leikkaushoidosta myöhemmin aiheutuvista kustannuksista. A valitti hovioikeuteen ja vaati, että rangaistusta alennetaan ja hänet vapautetaan leikkauskuluja koskevasta korvausvelvollisuudesta sillä perusteella, että korvausvaatimus oli ennenaikainen. A:n mukaan korvausvelvollisuutta piti vaihtoehtoisesti ainakin alentaa julkisen terveydenhuollon kustannustasoa vastaavaksi. Lisäksi hän vaati, että kivusta, särystä ja muusta tilapäisestä haitasta tuomittua korvausta alennetaan.

Korkein oikeus päätyi siihen, että hovioikeuden olisi pitänyt myöntää A:lle jatkokäsittelylupa muutos- ja ennakkoratkaisuperusteella siltä osin kuin kysymys oli B:lle maksettaviksi tuomittujen leikkauskulujen määrästä. Muilta osin perusteita luvan myöntämiselle ei ollut. Korvauksen ennenaikaisuuteen liittyvään väitteeseen ei katsottu sisältyvän ennakkoratkaisuperusteen edellyttämää oikeudellista epäselvyyttä, eikä käräjäoikeuden ratkaisun lopputulosta ollut tältä osin aihetta epäillä muutosperusteen vaatimalla tavalla. Korkein oikeus painotti (perustelukappale 13), että ” – B:lle aiheutunutta vahinkoa ei ole perusteltua pitää ennenaikaisena pelkästään siitä syystä, että välttämättömäksi katsottua leikkausta ei ole vielä tehty”.

Korvattaviin leikkauskulujen määrään liittyi kuitenkin siinä määrin epäselvyyttä, että jatkokäsittelylupa olisi pitänyt myöntää muutos- ja ennakkoratkaisuperusteella. Merkitystä annettiin jälleen sille, että kyse on usein toistuvasta soveltamistilanteesta. Perustelujen mukaan (perustelukappaleet 15–16) vahingonkorvauslain 5 luvun 2 §:n 1 momenttia koskevat lain esityöt³⁴ viittaavat siihen, että sairaanhoitokustannuksista aiheutuva korvausvelvollisuus pitäisi lähtökohtaisesti määrittää julkisen terveydenhuollon kustannustason mukaisesti. Säännös jättää kuitenkin sijaa tapauskohtaiselle harkinnalle ja erilaisille tulkinnoille, eikä asiasta ole vakiintunutta korkeimman oikeuden oikeuskäytäntöä.

Tässä tapauksessa käräjäoikeus oli velvoittanut A:n suorittamaan vahingonkorvaukseksi leikkauskustannuksista määrän, joka oli arvoltaan miltei yksityiseltä palvelun tarjoajalta saadun arvion suuruinen. Käräjäoikeuden mukaan julkisen terveydenhuollon piirissä aiheutuvista kustannuksista ei ollut esitetty selvitystä, mutta käräjäoikeus ei ollut perusteluissaan tuonut esiin sellaisia syitä, joiden takia vahingonkorvauksen olisi pitänyt tässä tapauksessa käsittää yksityisen tervey-

34 Hallituksen esitys 167/2003 vp eduskunnalle laiksi vahingonkorvauslain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 31.

denhuoltopalvelun käyttämisestä aiheutuvat lisäkustannukset. B oli myöhemmin pyrkinyt esittämään tällaisia näkökohtia korkeimmassa oikeudessa.

Ratkaisu KKO 2016:57 koskee puolestaan tilannetta, jossa korkein oikeus oli ratkaisussa KKO 2014:58³⁵ katsonut, että kotietsintä oli toimitettu A:n asunnossa syyskuussa ja lokakuussa 2011 vastoin pakkokeinolain säännöksiä. Asia oli palautettu käräjäoikeuteen, jossa oli tutkittava A:n vahingonkorvausvaatimus. Käräjäoikeus velvoitti valtion suorittamaan A:lle korvaukseksi kotirauhan ja yksityisyyden rikkomisesta aiheutuneesta kärsimyksestä 2 000 euroa.

Tapauksen keskiössä on kysymys siitä, millaisia tulkintaongelmia liittyy valtion vahingonkorvausvastuuseen arvioitaessa perus- ja ihmisoikeuksien loukkaamisesta aiheutunutta aineetonta vahinkoa. Korkein oikeus painottaa, että oikeuskäytännössä on suhtauduttu pidättyvästi kärsimyksen korvaamiseen muun kuin lain nimenomaisen säännöksen nojalla.³⁶ Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä on kuitenkin korostettu, että aineettoman vahingon korvaaminen on periaatteessa mahdollista perus- ja ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan avulla myös ilman nimenomaisen säännöksen tukea, jos vahingonkorvausvastuulla on riittävä oikeudellinen peruste (perustelukappale 14 ja siinä viitatus KKO:n ratkaisut³⁷).

Perusteluista on löydettävissä kuusi argumenttia, jotka puoltavat korkeimman oikeuden mukaan sitä, että hovioikeuden olisi pitänyt myöntää jatkokäsittelylupa ennakkoratkaisuperusteella.³⁸ Ensinnäkin laissa ei ole säädetty siitä, miten arvioidaan kärsimyskorvausta tilanteessa, jossa kotietsinnälle ei ole ollut laillisia perusteita. Tästä ei ole myöskään korkeimman oikeuden oikeuskäytäntöä tai hovioikeuksien julkaistua oikeuskäytäntöä. Toiseksi oikeuskäytäntöä on vain niukasti siitä, millainen korvausvastuu valtiolle syntyy aineettomista vahingoista perus- ja ihmisoikeuksien loukkaamista koskevissa tilanteissa; oikeuskäytäntöä on erityisesti niukasti Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan ja perustuslain 10 §:n sääntelemistä tilanteista.

Kolmanneksi tulkinnanvaraisuutta liittyy siihen, millaista vakavuutta perus- ja ihmisoikeuksien loukkaukselta edellytetään, jotka korvausvastuun edellytykset täyttävät. Perusteluissa viitataan ratkaisuun KKO 2012:81 (kohta 16), jonka mukaan vakava perus- ja ihmisoikeusloukkauksen vastainen menettely voi perustaa

35 Hovioikeus oli jättänyt tutkimatta A:n valtioon kohdistaman vahingonkorvausvaatimuksen. Korkein oikeus katsoi ratkaisussaan KKO 2014:58, että 21.9.2011 toteutetun kotietsinnän toimittaminen oli ollut pakkokeinolain sisältämän suhteellisuusperiaatteen vastaista, eikä 9.10.2011 toteutetun kotietsinnän toimittamiselle ollut laissa säädettyjä edellytyksiä.

36 Perusteluissa viitataan ratkaisuun KKO 1998:80, jonka on tulkittu ilmaisevan tällaisen rajattuun soveltamisalaan johtavan tulkintasäännön.

37 Tällaisia ratkaisuja ovat muun muassa KKO 2008:10, KKO 2011:38, KKO 2012:81 ja KKO 2016:20, kohta 22.

38 Tässä tapauksessa katsottiin, että ei ollut tarpeellista erikseen arvioida muutos- tai tarkistusperusteen soveltamisen edellytyksiä.

korvausvastuun myös silloin, kun menettely on tuottamuksellista. Kyseisessä ratkaisussa ei kuitenkaan käsitellä seikkaperäisesti sitä, millaisten kriteerien avulla loukkauksen vakavuutta pitäisi arvioida. Neljäntenä luvan myöntämistä puoltamista perusteena pidettiin sitä, että tulkinnanvaraisuutta liittyy loukkauksesta mahdollisesti tuomittavan korvauksen määrään ja sen arvioinnissa huomioon otettaviin seikkoihin.

Viidenneksi korkein oikeus korostaa arvioitavana olleessa tapauksessa relevantteja oikeussuojakeinoja ja niiden uutuutta: kotietsinnän saattaminen tuomioistuimen tutkittavaksi ja mahdollisuus tässä yhteydessä esittää siihen liittyviä korvausvaatimuksia ovat oikeussuojakeinoina varsin uusia.³⁹ Kuudenneksi arvioitavana olleella kysymyksenasettelulla on yleisempää merkitystä, koska kotietsintöjen vuosittainen lukumäärä on huomattava. Tilastojen mukaan vuonna 2018 tehtiin takavarikkoja ja niiden yhteydessä mahdollisesti suoritettuja kotietsintöjä 38 600 kappaletta.⁴⁰

3.5. Oikeudenkäyntimenettely ja todistelu

Korkein oikeus on antanut kaksi jatkokäsittelyluparatkaisua, jotka käsittelevät ennen kaikkea prosessioikeudellisia kysymyksiä. Ratkaisu KKO 2017:76 koskee riita-asiaa ja asian ratkaisemista valmistelussa. Kysymys oli siitä, että käräjäoikeus oli riitaisessa asiassa hylännyt kanteen kirjallisessa valmistelussa annetulla tuomiolla sen jälkeen, kun kantaja ei ollut antanut häneltä pyydettyä kirjallista lausumaa, ja vastaaja oli pyytänyt asian ratkaisemista tuomiolla.

Asian taustalla oli vuokra-asunnossa tehty remontti, jonka perusteella vuokralainen (A) oli vaatinut vuokrantajaltaan 2,5 kuukauden vuokran palauttamista ja remontin aiheuttaman pöly- ja hajuhaitan korvaamista sekä asian hoitamisesta aiheutuneiden matkakustannusten korvaamista. Vuokranantaja kiisti kanteen, koska A:lle aiheutunut asumishaitta oli korvattu 60 päivältä 30 prosentin haitta-asteen perusteella. Lisäksi A:lle oli korvattu huoneiston sähkönkulutus kokonaisuudessaan remontin ajalta. Käräjäoikeus hylkäsi A:n kanteen ilmeisen perusteettomana ja jätti A:n asiassa esittämään toiseen lainvoimaiseen ratkaisuun liittyneet vaatimukset tutkimatta sekä velvoitti A:n maksamaan oikeudenkäyntikulujen korvausta vuokranantajalle.

39 Ks. myös KKO 2018:80, joka ei ole koske korvausvelvollisuutta, mutta havainnollistaa pakkokeinoihin liittyvien oikeussuojakeinojen tulkintaongelmia. Ratkaisu KKO 2018:77 koskee puolestaan PKL 4 luvun 1 §:n tulkintaongelmia.

40 Suomen virallinen tilasto (SVT): Rikos- ja pakkokeinotilasto [verkkojulkaisu].ISSN=2342-1951.14 2018. Helsinki. Tilastokeskus [viitattu 29.3.2019]. Saantitapa: http://www.stat.fi/til/rpk/2018/14/rpk_2018_14_2019-02-28_tie_001_fi.html

Korkein oikeus analysoi muutospäätöksen soveltamisen edellytyksiä vaatimuksen selvän perusteettomuuden (OK 5:6.2) ja pääkäsittelyn toimittamatta jättämisen näkökulmasta (OK 5:27a ja OK 12:11). Perustelujen mukaan kärjää-oikeuden ratkaisun lopputuloksen aiheellisuutta oli aihetta epäillä kahdesta syystä (perustelukappaleet 13–21). A oli ensinnäkin esittänyt riittävän konkreettisia perusteita vaatimuksensa tueksi, eikä vaatimusta voitu pitää selvästi perusteettomana sen takia, että hän ei ollut antanut kärjääoikeudelle sen pyytämää lausumaa vuokranantajan vastauksen johdosta. Toiseksi asiassa esitetystä selvityksestä ei ilmennyt, oliko A:lta nimenomaisesti tiedusteltu, suostuuko hän asian ratkaisuun kirjallisessa menettelyssä ilman pääkäsittelyn toimittamista. Nämä oikeudenkäymiskaaren 5 luvun 27 a §:n ja 12 luvun 11 §:n tulkintaan liittyvät seikat perustelivat myös jatkokäsittelyluvan myöntämistä ennakkoratkaisuperusteella (perustelukappale 21).⁴¹

Ratkaisu KKO 2016:17 liittyy telepakkokeinoihin ja niiden käytön avulla syntyneiden todisteiden hyödyntämiseen. Kyse oli siitä, että A:ta epäiltiin osallisuudesta törkeään huumausainerikokseen, ja kärjääoikeus myönsi poliisilaitokselle telekuunteluluvan A:n liittymien kuuntelemiseen 3.10.2012–17.1.2013. Syyttäjä vaati A:lle rangaistusta 19.12.2012–3.1.2013 tehdystä yllytyksestä salassapitorikokseen ja B:lle salassapitorikoksesta. Syyttäjä vetosi näyttönä telekuuntelussa syntyneisiin tallenteisiin. Kärjääoikeus teki käsittelyratkaisun päättäen 1.1.2014 voimaan tulleen pakkokeinolain perusteella, että tallenteita ei voitu käyttää todisteina, koska tallennetiedoissa oli kysymys ylimääräisestä tiedosta. Sen lisäksi salassapitorikos ei ollut sellainen rikos, johon telekuuntelu voitiin kohdentaa. Näin ollen kärjääoikeus hylkäsi syytteet.

Korkein oikeus tarkasteli jatkokäsittelyluvan myöntämisen edellytyksiä ennakkoratkaisuperusteiden näkökulmasta, ja kohdisti arvioinnin hyödyntämiskieltoa koskevaan jatkokäsittelylupaharkintaan. Kysymys jaetaan kahteen osaan: a) onko kyse ollut ylimääräisestä tiedosta ja mikä on ollut sovellettava laki sekä b) onko todisteita voitu hyödyntää? Ensimmäinen kysymys koskee ennen kaikkea sitä, oliko tapauksessa sovellettava telekuuntelun päättymishetkellä voimassa olevaa normistoa (PKL 5a:13, 646/2003) vai oikeudenkäynnin hetkellä voimassa ollutta uutta sääntelyä (PKL 10:56, 1146/2013). Perustelujen mukaan pakkokeinolain 11 luvun 6 §:n siirtymäsäännöksessä ei säädetä siitä, minkä lain nojalla on arvioitava aikaisemman lain aikana voimassa olleella pakkokeinolla saadun tiedon käyttämistä todisteena oikeudenkäynnissä. Korkein oikeus totesi, että tällaista oikeudenkäyntimenettelyyn liittyvää kysymystä on arvioitava sitä ratkaistaessa voimassa olevan lain pohjalta (perustelukappale 13). Näin ollen kärjääoikeuden

41 Ks. myös KKO 2017:77, joka koskee OK 5 luvun 27 a §:n tulkintaa.

tulkintaa oli pidettävä oikeana, eikä jatkokäsittelyluvan myöntämiselle ollut tältä osin perustetta.

Korkeimman oikeuden mukaan hovioikeuden olisi kuitenkin pitänyt myöntää jatkokäsittelylupa sillä perusteella, että ylimääräisen tiedon käyttöön näyttönä eli pakkokeinolain 10 luvun 56 §:ään liittyy tulkinnanvaraisuutta. Laki ja sen esityöt⁴² eivät anna selvää vastausta tähän kysymykseen, eikä säännöksen soveltamisajalta ollut korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä. Korkein oikeus painotti (perustelukappale 19) esitöiden viittaavan siihen, että PKL 10 luvun 56 § oli tiukentanut ylimääräisen tiedon käyttöä näyttönä aikaisempaan vapaan todistelun periaatteeseen verrattuna. Esityöt näyttivät myös viittaavat siihen, että kyseisen säännöksen 1 ja 2 momentissa säädetyt esitutkinnan edellytykset soveltuisivat myös, kun tuomioistuin päättää ylimääräisen tiedon käyttämisestä näyttönä.

4. Johtopäätökset

Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännöstä on mahdollista tehdä seuraavat johtopäätökset. Ensinnäkin ennakkoratkaisuperustetta koskevissa ratkaisuissa on kyse pääasiassa rikos- ja prosessioikeudellisista tulkintaongelmista. Tämä johtuu todennäköisesti osittain siitä, että rikosjutut muodostavat merkittävän asiaryhmän yleisissä tuomioistuimissa käsiteltävistä jutuista. Sen lisäksi merkitystä on sillä, että jatkokäsittelylupajärjestelmä on normatiiviselta olemukseltaan prosessioikeudellinen systeemi: tällöin on luonnollista, että normiston kautta arvioitavat kysymykset saavat prosessioikeudellisen värityksen.

Toiseksi voidaan havaita, että jatkokäsittelylupaperusteiden soveltamisalat ovat väistämättä päällekkäiset. Tämä ilmenee myös siten, että korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä eri perusteet lomittuvat toisiinsa: ennakkoratkaisuperustetta on arvioitu säännönmukaisesti yhdessä muutosperusteen kanssa, ja useassa ratkaisussa jatkokäsittelyluvan myöntämistä puoltava argumentaatio kirjoitetaan sisälle muutosperustetta koskevaan analyysiin. Perusteiden lomittuminen toisiinsa korostaa hovioikeuden velvollisuutta tutkia viran puolesta kaikki jatkokäsittelylupaperusteet.

Kolmanneksi on syytä korostaa korkeimman oikeuden perustelujen rakennetta ja niihin sisältyvää arviointikriteeristöä. Korkein oikeus on hyödyntänyt seuraavia seikkoja arvioidessaan ennakkoratkaisuperusteen edellytysten täyttymistä: a) lainsäädännön epäselvyys, b) esitöiden tulkinnanvaraisuus, c) oikeuskäytännön

42 Hallituksen esitys 14/2013 vp eduskunnalle laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain muuttamisesta sekä eräksi niihin liittyviksi laeiksi, s. 46

puute tai ristiriitaisuus, d) asian yleinen merkitys (soveltamistilanteiden yleisyys). Nämä kriteerit sisältyvät hieman eri sanamuodoin jokaiseen ennakkoratkaisuperustetta koskevaan KKO:n ratkaisuun.

Neljänneksi jatkokäsittelylupajärjestelmän toimintaan kohdistuu eri suunnista erilaisia odotuksia; yhteistä niille on ajatus käytettävissä olevien voimavarojen tarkoituksenmukaisesta kohdentamisesta. Hovioikeuksien näkökulmasta voimavarat pitäisi pystyä kohdentamaan sellaisiin asioihin, joissa oikeusturvan tarve on painavin. Korkeimman oikeuden näkökulmasta lupakynnyksen ei pitäisi kuitenkaan muodostua liian korkeaksi sovellettaessa ennakkoratkaisuperustetta. Tämä tuodaan selkeäsanaisesti esille tuoreessa ratkaisussa KKO 2018:85 (ään.). Perustelujen mukaan jatkokäsittelylupakynnyksen pitää olla suhteellisen matala, mikä merkitsee käytännössä sitä, että sen pitää olla alhaisempi kuin valitusluvan myöntämiskynnys korkeimmassa oikeudessa. Jatkokäsittelylupajärjestelmän myötä ei ole ollut tarkoitus muodostaa ”kaksinkertaista prejudikaattiharkintaa”. Näin ollen on perusteltua, että erityisesti ennakkoratkaisuperusteen soveltamiselle ei aseta liian korkeaa kynnystä; tällöin voidaan taata, että *koko oikeusjärjestelmän näkökulmasta* merkityksellinen juttumassa voi tulla korkeimman oikeuden arvioitavaksi.

Viidenneksi ennakkoratkaisuperusteen edellytysten täyttymistä arvioidaan normaaleilla laintulkinnan menetelmillä. Painopiste on objektiivisessä arvioinnissa, ja keskeistä on antaa perusteltu vastaus seuraavaan kysymykseen: liittyykö käsillä olevaan tulkintatilanteeseen relevanttien oikeuslähteiden ja niitä koskevien tulkintamenetelmien näkökulmasta riittävää tulkinnanvaraisuutta tai onko asiaa koskeva oikeuskäytäntö sillä tavoin epäyhtenäistä, että se ilmentää objektiivisin perustein riittävää tulkinnanvaraisuutta? Kaikkien jatkokäsittelylupaperusteiden edellytykset on tutkittava viran puolesta huolellisesti, jolloin myös oikeudenkäynnin asianosaisten on syytä nähdä vaivaa sen eteen, että he perustelevat riittävän seikkaperäisesti, miksi jatkokäsittelylupa pitäisi myöntää ennakkoratkaisuperusteella.

Matti Tolvanen

Rikosvastuu tieliikenteen automaatiossa

1. Aluksi

Automaatio on päivän sana myös tieliikenteen kehityksessä, jolla on yhteys yleiseen digitalisaation etenemiseen yhteiskunnissa. Tietotekniikan kehitys mahdollistaa entistä kehittyneemmän vuoropuhelun liikennejärjestelmän eri osien välillä. Automaatiolla pyritään muun muassa liikenteen riskien minimointiin, koska merkittävä osa liikenneonnettomuuksista johtuu tienkäyttäjien inhimillisistä virheistä.¹ Olettamana on, että liikennesääntöjen mukaan liikkuvaksi ohjelmoitu automaattinen ajoneuvo liikkuu ihmisen kuljettamaa ajoneuvoa virheettömämmin. Liikenteen automatisoinnilla on muitakin tavoitteita, sillä pyritään esimerkiksi kannustamaan ihmisiä käyttämään yhteisiä kulkuneuvoja sen sijaan, että liki jokainen hankkii omistukseensa yhden tai useamman auton. Automatisoitu auto voi tulevaisuudessa olla tilattavissa vaikkapa kotipihaan tiettyinä hetkenä, tarpeen mukaan. Omistukseen perustumaton auton käyttö olisi myös omiaan vähentämään liikenteen haitallisia päästöjä. Auto on mahdollista ohjelmoida kulkemaan niin, että auto tuottaa vähemmän päästöjä verrattuna siihen, että autoa kuljettaa ihminen. Ideana on, että ohjelmoitu auto liikkuu tasaisemmalla nopeudella, jolloin erityisesti äkkijarrutuksista ja kiihdytyksistä johtuvat päästöt vähenevät. Automaation mukanaan tuomat muutokset liikenteeseen ja yhdyskuntaan ovat sinänsä myönteisiä, eikä oikeustieteilijöilläkään ole mitään syytä vastustaa kehitystä.²

1 Günther M. Sander – Jörg Höllering, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit automatisiertem Fahren*. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 4/2017, s. 193, 193–206.

2 Ks. lähemmin Eric Hilgendorf, *Dilemma-Probleme beim Automatisiertem Fahren*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 3/2018, s. 676, 674–703.

Automaatioon liittyy kuitenkin merkittäviä oikeudellisia ongelmia. Erityisen suuria pulmia aiheuttaa yksilön toimintaan tai laiminlyöntiin perustuvan rikosvastuun sovittaminen automatisoituun toimintaan. Miten järjestetään konkreettisesti ihmisen ja koneen välinen yhteistyö ja vastuunjako? Miten säännellään koneen ja ihmisen vuorovaikutusta? Pitääkö tekoälyä käsitellä oikeussubjektina?³ Tähän asti ihminen ja hänen toimintansa on ollut oikeuden keskiössä.⁴ Oikeus ja oikeustiede ovat leimallisesti kieleen sidottuja, kielelliseen tulkintaan, inhimillisen toiminnan arvottamiseen, syy-yhteyksiin ja toimimismahdollisuuksien punnintaan painottuvia. Kysymys on sanalla sanoen inhimillisestä toiminnasta. Onko tekniikkaan perustuva digitaalinen informaatio ylipäättään käännettävissä oikeustieteen kielelle? Tämä yhteensovittaminen ei välttämättä merkitse oikeuden revoluitiota, mutta evolutiivinen, oikeuden kehittymiseen tarpeen tunnustava asenne on kuitenkin välttämättä omaksuttava. Vanhentuneet käsityskannat pitää olla valmis hylkäämään, mutta samalla on kuitenkin pidettävä huolta, ettei hyviksi havaituista rikosoikeudellisen järjestelmän peruspilareista luovuta, vaikkakin niitä ehkä joudutaan osittain uudelleen muotoilemaan.⁵ Kysymys on myös siitä, miten oikeudellinen digitalisaatio muuttaa oikeuden itseymmärrystä.⁶

Tämä artikkeli on jäsennelty niin, että ensiksi hahmottelen liikenteen automaation tasoja. Toiseksi pohdin sitä, pitääkö ajoneuvossa olla Suomen voimassa olevan tieliikennelain mukaan ihminen kuljettajana. Kolmanneksi arvioin sitä, missä määrin 1.6.2020 voimaan tulevassa uudessa tieliikennelaissa on otettu huomioon ennakoitavissa oleva automaation eteneminen. Neljänneksi hahmottelen tyyppitilanteita siitä, mitä pulmia automatisoituva liikenne tuottaa rikosvastuun näkökulmasta katsottuna.

2. Liikenteen automaation tasot

Tieliikenteen automaation eri tasot laajasti käytetyn SAE Internationalin luokituksen mukaan on kuvattu Trafín tietokortissa.⁷ Hallituksen esityksessä eduskunnalle

3 Tästä kysymyksestä lähemmin Visa Kurki, Voiko tekoäly olla oikeussubjekti? Lakimies 7–8/2018, s. 820–839. Ks. myös Mika Viljanen, Oikeutta kyborgeille. Lakimies 1/2017, s. 25–50.

4 Hilgendorf käyttää sattuvasti termiä oikeudellinen humanismi kuvatessaan oikeuden ihmiskeskeisyyttä, Hilgendorf 2018, s. 675–676.

5 Hilgendorf 2018, s. 681. Ks. myös Matti Tolvanen, Tieliikennelainsäädännön kokonaisuudistus ja rikosoikeuden yleiset opit. Teoksessa Juhana Riekkinen (toim.), Oikeutta oikeudenkäynnistä täytöntöönpanoon, Juhlajulkaisu Tuula Linna. Alma Talent 2017, s. 410–424.

6 Riikka Koulu, Digitalisaatio ja algoritmit – oikeustiede hukassa? Lakimies 7–8/2018, s. 847, 840–867.

7 https://www.trafi.fi/filebank/a/1424379177/a8d819248b49d8ebbbfb7ef7cd6966d/16901-Trafi_Tietokortti_Automaatio_tieliikenteessa.pdf. Ks. myös Sander–Höllering 2017, s. 194.

uudeksi tieliikennelaiksi (HE 180/2017 vp) on käytetty tätä luokitusta kuvaamaan automaation tasoja.

Perustilanteessa (0-taso) ihminen vastaa kaikista dynaamisen ajotehtävän osa-alueista. Ajamista voidaan tukea varoitusjärjestelmillä tai ajamiseen puuttuvilla järjestelmillä. Tasolla 1 ihminen on edelleen kuljettaja, vaikka automaatio kattaa joitakin ajotilanteita. Ajoneuvossa on ajotilannekohtaisia tukijärjestelmiä, jotka tukevat kiihdyttämistä, jarruttamista tai ohjaamista, käyttäen hyväksi tietoa ajoympäristön tilasta (esimerkiksi kelistä tai muusta liikenteestä). Liikenneympäristön havainnointi on kuitenkin kuljettajan vastuulla. Tason 1 järjestelmiä ovat esimerkiksi ohjausliikkeet automaattisesti tekevä pysäköintiavustin ja automaattisesti ajolinjaa korjaava kaistavahti.

Tasolla 2 on vallalla osittainen automaatio, vaikka tälläkin tasolla automaatio koskee vain tiettyjä ajotilanteita. Ajoneuvon ohjaus, kiihdyttäminen ja jarrutus on automatisoitu, mutta liikenneympäristön tarkkailu on kuljettajan vastuulla. Ajoneuvossa on yksi tai useampi kuljettajaa tukeva järjestelmä, joka kattaa ohjaamisen, kiihdyttämisen ja jarruttamisen hyödyntämällä tietoa ajoympäristön tilasta. Kaikista muista ajosuorituksista vastaa edelleen kuljettaja. Tason 2 järjestelmiä ovat esimerkiksi täysin automaattinen pysäköintiavustin ja samanaikaisesti ajonopeutta, kaistalla pysymistä ja edellä ajavan etäisyyttä säätelevä ruuhka-avustin. Ensimmäisen ja toisen tason järjestelmiä on jo saatavissa joihinkin uusiin autoihin.

Kolmannella tasolla on omaksuttu ehdollinen automaatio. Ajoneuvossa on edelleen kuljettaja, mutta liikenneympäristön tarkkailu on järjestelmän vastuulla. Kuljettajalla on kuitenkin tarvittaessa tilaisuus puuttua järjestelmän toimintaan. Kuljettajan tulee ottaa auto hallintaansa, jos järjestelmä sitä pyytää. Tälläkin tasolla ohjaaminen, kiihdytys ja jarruttaminen ovat kokonaan järjestelmän hoidettavana. Kolmannen tason järjestelmät ajavat automaattisesti tietyissä rajatuissa olosuhteissa, esimerkiksi moottoritiellä, kuljettajan kytkiessä järjestelmän päälle. Järjestelmä pyytää kuljettajaa ottamaan ajoneuvon haltuunsa, jos automaatio päättelee tilanteen sitä vaativan.

Tasolla 4 ollaan jo tekemisissä korkean tason automaation kanssa. Suurin osa ajotilanteista on järjestelmän vastuulla. Järjestelmä hoitaa ajotehtävän kaikki osa-alueet, vaikka kuljettaja ei ottaisi autoa hallintaansa edes järjestelmän sitä pyytäessä. Ellei kuljettaja ota ajoneuvoa hallintaansa, järjestelmä ohjaa ajoneuvon hallitusti tien sivuun ja pysäyttää sen. Tason 5 täysi automaatio kattaa kaikki ajotilanteet. Tällä tasolla ei ole enää kuljettajaa. Esimerkiksi tilattu taksi tulisi tällä tasolla ilman kuljettajaa haluttuun osoitteeseen.

3. Pitääkö moottorikäyttöisessä ajoneuvossa olla kuljettaja?

Viime aikoina on Suomessakin herännyt tiedotusvälineissä⁸ keskustelua siitä, voiko tieliikenteessä liikkua laillisesti ajoneuvo, jota ohjataan tietotekniikalla ajoneuvon ulkopuolelta ja vieläpä niin, ettei ajoneuvossa ole lainkaan kuljettajaa. Joissain kommentteissa tällaiselle ei ole nähty estettä, koska tieliikennelain (67/1981) 2a §:ssä säädettyssä ajoneuvon määritelmässä ei ole mainittu kuljettajaa. Ajoneuvo on määritelmän mukaan maalla kulkemaan tarkoitettu laite, joka ei kulje kiskoilla.

Käsitys, jonka mukaan kysymys kuljettajaa koskevasta vaatimuksesta ratkeaisi ajoneuvon määritelmää tarkastelemalla, on liian yksioikoinen. Huomioon pitää ottaa tieliikennelaki ja tieliikennesäätöjä sääntelevät rikoslain normit kokonaisuudessaan. Tieliikennelain 2a §:ssä on ajoneuvon *tekninen* määritelmä, johon ei pidäkään kuulua kuljettajan mainitsemista. Autoa ei varusteta autotehtaalla kuljettajalla emmekä saa kuljettajaa mukaan autoa ostaessamme tai vuokratesamme. Kuljettaja ei ole ajoneuvon varuste eikä sisälly ajoneuvon käsitteeseen. Toiselta puolen tarkasteltuna liikenne on *ihmisten* välistä vuorovaikutusta ja liikennesääntöjen viesti on suunnattu ihmisille.

Tieliikennelain määritelmistä olennaisin on *tienkäyttäjän* määritelmä. Tieliikennelain 2 §:n 9) kohdan mukaan tienkäyttäjällä tarkoitetaan jokaista, joka on tiellä taikka *sillä olevassa ajoneuvossa* tai raitiovaunussa. Tieliikennelain 3 §:ssä on säädetty tienkäyttäjän yleisistä velvollisuuksista. Liikennesäännöt on kirjoitettu tienkäyttäjille. Monissa liikennesäännöissä velvollisuuksia asetetaan *kuljettajalle*. Tieliikennelain 14 §:n 1 momentin mukaan risteystä lähestyessään kuljettajan on noudatettava erityistä varovaisuutta. Säännöksessä risteystä ei siis lähesty ajoneuvo vaan nimenomaan kuljettaja. Säännös ei sovellu tapaukseen, jossa ajoneuvo lähestyisi risteystä ilman kuljettajaa. Saman pykälän 3 momentin mukaan kuljettajan on väistettävä muuta liikennettä, jos *hän* on tulossa tielle lainkohdassa määritellyistä paikoista.

Rikoslain 23 luvun vaarantamisrikokset koskevat tienkäyttäjää. *Törkeään* liikenneturvallisuuden vaarantamiseen (RL 23:2) voi syyllistyä vain moottorikäyttöisen ajoneuvon tai raitiovaunun kuljettaja. Liikennejuopumusrikoksen tunnusmerkistö (RL 23:3) täyttyy vain, jos henkilö kuljettaa moottorikäyttöistä ajoneuvoa. Korkeimman oikeuden vakiintuneen kannan mukaan kuljettaja on se, joka käyttää auton hallintalaitteita tai on sellaisessa asemassa, että hänen tulisi niitä käyttää. Kuljettamisella on tarkoitettu ajoneuvon ohjaamista *hallintalaitteista*. Hallintalaitteisiin luetaan ohjauspyörän tai ohjaustangon lisäksi kytkin,

8 Ks. keskustelusta Matti Tolvanen, Pitääkö ajoneuvossa olla kuljettaja? Liikenne 3/2015, s. 30–31.

vaihdetanko, jarrulaitteet ja kaasupoljin. Jos juopunut matkustaja on tarttunut ajoneuvon hallintalaitteeseen ajoneuvon kulkuun vaikuttavalla tavalla, hänen on katsottu syyllistyneen rattijuopumukseen. Rattijuopumuksen tunnusmerkistö toteutuu vain, jos ajoon puuttuminen vaikuttaa *faktisesti* ajoneuvon kulkuun. Teko voi toteutua siten, että matkustaja tarttuu auton ohjauspyörään niin, että auto suistuu tieltä (KKO 1954 II 59). Rattijuopumukseen on katsottu syyllistyneen myös matkustajan, joka painoi jalallaan kuljettajan kaasupolkimella ollutta jalkaa ja käänsi ohjauspyörästä niin, että auto suistui ajoradalta (KKO 1979 II 94). Tapauksessa KKO 1989:15 juopunut matkustaja oli auton ollessa liikkeessä vetänyt käsijarrun päälle, jolloin auton kuljettaja oli menettänyt osittain auton hallinnan auton pysyessä kuitenkin tiellä. Matkustajan katsottiin käyttämällä auton hallintalaitetta osallistuneen auton kuljettamiseen, ja matkustaja tuomittiin rangaistukseen törkeästä rattijuopumuksesta.

Matkustaja voisi syyllistyä liikenne rikkomukseen tai jopa liikenneturvallisuuden vaarantamiseen, vaikka ajoneuvon kulku ei muuttuisikaan. Näiden rikosten tunnusmerkistö toteutuu, jos matkustajan teko on abstraktisesti vaarallinen. Käytännössä saattaa tosin olla vaikeaa näyttää matkustajan ajoon puuttumista vaaralliseksi, jos kuljettaja on kyennyt hallitsemaan tilanteen täysin. Matkustajan ei ole katsottu syyllistyneen rattijuopumukseen, jos hän tarttuu *kuljettajaan*. Tapauksessa KKO 1995:112 juopunut matkustaja oli ajon aikana repinyt auton kuljettajaa puseron hihasta, jolloin kuljettaja oli menettänyt hetkeksi auton hallinnan ja auto oli kulkeutunut ajoradan reunaviivan ylitse. Koska matkustaja ei ollut näin menettelemällä osallistunut auton kuljettamiseen, syyte törkeästä rattijuopumuksesta ja ajo-oikeudetta ajosta hylättiin. Matkustaja on näissä tapauksissa tuomittu liikenneturvallisuuden vaarantamisesta (KKO 1963 II 57).⁹

Tähän vakiintuneeseen linjaan ei luontevasti ja rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta loukkaamatta sovi se, että kuljettaja olisikin ajoneuvon ulkopuolella, vailla mahdollisuutta tilannekohtaisesti puuttua ajoneuvon kulkuun. Korkein oikeus linjasi ennakkoratkaisussa KKO 2003:138, ettei auton ohjaaminen sen ulkopuolella kävellen ollut auton kuljettamista. Jos joku saattaisi ajoneuvon yleiseen liikenteeseen ilman ajoneuvossa olevaa kuljettajaa, poliisi tulisi varmasti pysäyttämään tällaisen ajoneuvon ja estämään ajoneuvoa jatkamasta matkaa. Voimassa olevan oikeuden kanta on siten yksiselitteinen: ajoneuvolla tulee olla kuljettaja. Laissa ei kuitenkaan ole tarkkaan ottaen edellytetty, että kuljettaja olisi ajoneuvon sisällä (tai kaksipyöräisen ajoneuvon istuimella). Näin ollen on mahdollista kehittää tekniikkaa voimassa olevankin lain puitteissa niin, että au-

9 Ks. lähemmin Matti Tolvanen, teoksessa Dan Frände ym., Keskeiset rikokset. Edita 2018, s. 308–310 ja s. 354–356.

tomatisoidulla pysäköintiteknikalla varustettu ajoneuvo pysäköi omatoimisesti itsensä paikoitusruutuun, kuljettajan seurattessa pysäköintiä ajoneuvon ulkopuolelta. Lisäedellytykseksi on kuitenkin asetettava se, että kuljettaja voi tällöinkin tarvittaessa puuttua ajoneuvon kulkuaan, esimerkiksi sen kulun teknistä laitetta käyttäen pysäyttämällä.

4. Ajoneuvon kuljettaja uudessa tieliikennelaissa

4.1. Automaation ehdot ja reaaliset vaikutukset

Käynnissä olevassa tieliikennelain kokonaisuudistuksessa kuljettajaa koskevaa vaatimusta on pohdittu, mutta kuljettajan määritelmää ei ole lakiin kirjoitettu. Automaatiota on pohdittu hallituksen esityksessä (HE 180/2017 vp) kohdassa 1.4. Hallituksen esityksessä on tunnistettu automaatioon liittyvä kehityspotentiaali. Automaation on arvioitu vaikuttavan myönteisesti liikenteen turvallisuuteen, päästöihin ja sujuvuuteen, jopa enemmän kuin minkään muun liikenteeseen vaikuttavan toimenpiteen. Hallituksen esityksessä on tosin tunnustettu, ettei automaation hyödyistä ole saatavissa kattavaa tutkimustietoa.

Hallituksen esityksessä on tukeuduttu Teknologian tutkimuskeskus VTT Oy:n laatimaan selvitykseen. Sen mukaan ensimmäisen tason automaatio voisi koskea vain hyvin rajattua liikenneverkkoa ja vaikutukset turvallisuuteen olisivat vähäisiä, vaikka ajonopeudet alenisivat. Järjestelmä asettaa turvallisuusvälit varsin pitkäksi, mikä saattaa lisätä ruuhkia. Tarvittavan infrastruktuurin rakentaminen aiheuttaa mittavia kustannuksia jo tällä tasolla. Toisella tasolla turvallisuuden arvioidaan paranevan 1-tasoa tuntuvammin, mutta ruuhkat voivat edelleen olla ongelmana. Selvityksessä arvioidaan kuitenkin optimistisesti, että turvallisuuden parantuessa liikenteestä tulee ennakoitavampaa, mukavampaa ja ympäristöä säästävämpää. Automaatio edellyttää entistä parempaa teiden talvikunnossapitoa ja sitä kautta tienpidon kustannukset kasvavat.

Kolmannen ja neljännen tason automaatiassa ajoneuvot liikkuvat samalla nopeudella lyhyin etäisyyksin, mistä syystä ruuhkat eivät enää olisi ongelmana samassa määrin kuin edellisillä tasoilla. Vakavien liikenneonnettomuuksien on oletettu vähenevän jopa 40–80 prosentilla nykytilaan verrattuna. Selvityksessä on kuitenkin tunnistettu, että automatiikka voi aiheuttaa uudenlaisia onnettomuuksia. Kysymys on siitä, miten luotettavasti tekniikka saadaan toimimaan. Tiedonvälitys ja tietoturvan puutteet voivat johtaa vakaviin pulmiin, jos pulmia ei osata riittävästi ennakoita. Järjestelmien ongelmat voivat johtaa vakaviin onnet-

tomuuksiin, koska automaation edetessä ajoneuvot muuttunevat kevytrakenteisemmiksi ja ajoneuvot liikkuvat nopeasti, lähellä toisiaan. Selvityksessä nostetaan esiin myös vaara siitä, että tuntiessaan olonsa turvalliseksi automatisoidussa ajoneuvossa matkustajat voivat lyödä laimin turvavöiden käyttöä. Väyläinvestoinnit ja teiden kunnossapito voivat nostaa tienkäyttäjien kuluja, esimerkiksi kiristyvän verotuksen muodossa.

Hallituksen esityksen mukaan automaation käyttöönottoa rajoittavat ajoneuvojen ja ympäristön puutteet kommunikaatiossa sekä karttojen ja väyläinfrastruktuurin puutteet. Esimerkiksi kaistavahdin käyttäminen edellyttää, että ajoneuvo tunnistaa sen käyttämän ajokaistan. Erityinen pulma ovat hiekkatiet, joissa ei ole ajoratamaalauksia. Suomen oloissa lumi, sumu ja jää ovat automaatiolle hankalia olosuhteita. Jotkin muut järjestelmät, kuten ylinopeusvaroitin ja -rajoitin edellyttävät liikennemerkkien tunnistamista. Tieto liikennevalojen vaiheesta edellyttää saumatonta kommunikointia ajoneuvon ja ohjauslaitteen välillä.

Automaatio edellyttää tienpitäjiltä, että liikenteenohjauslaitteet ovat hyvässä kunnossa ja kansainvälisesti yhdenmukaisia. Samoin tieverkon digitaalisen kuvauksen tulee olla niin tarkka, että ajoneuvo voi seurata tielinjaa myös silloin, kun tien pinta on lumen ja jään peittämä.

Automaattisten ajoneuvojen teknologiassa suurin pulma on ympäristönhavainnoinnin kehittyminen. Tämä pulma on sekä tekninen että taloudellinen. Teknisesti vaativa tehtävä on kehittää auton tilannetietoisuus sille tasolle, että voidaan olla varmoja sen kyvystä sekä havaita että reagoida oikein liikennenympäristössä esiintyviin tilanteisiin. Luotettava kyky pitäisi voida saavuttaa niin kustannustehokkaasti, että se on kannattavaa valmistajille autoilijoiden maksuhalukkuuden puitteissa. Ihmisten ja koneiden välinen sekaliikenne, jossa muuttujia on erittäin paljon, on vaikea kokonaisuus hallita.

Suuri ongelma on se, että teillä liikkuu automaation edetessäkin vielä varsin kauan ajoneuvoja, jotka ovat edellä määritellyllä 1-tasolla tai jopa sitä edeltävällä perustasolla. Suomessa henkilöautot romutetaan keskimäärin noin 20 vuoden iässä. Siksi menossa on väistämättä pitkä siirtymävaihe, jossa liikenteessä on hyvin eritasoisesti automatisoituja ajoneuvoja.

Liikennejärjestelmä kehittyy ja uudistuu nopeassa tahdissa ja vauhdin voi olettaa yhä kiihtyvän. Kuten uuden tieliikennelain esitöissä on korostettu, älykkään ja modernin liikennejärjestelmän toiminta perustuu digitaalisessa muodossa olevan tiedon hyödyntämiseen. Ilman toimintoja ohjaavaa luotettavaa tietoa toiminnot eivät voi toteutua. Tieto koostuu pääasiassa toimintaa ohjaavista tiedosta, liikennenympäristöstä ja olosuhdeominaisuuksista välitetystä tiedosta.

Älykkäissä liikennejärjestelmässä tarvittavien tietojen määrä ja välitysnopeus kasvavat tulevaisuudessa, kun automaattisesti ohjautuvat liikennevälineet yleistyvät ja kytkeytyvät verkon välityksellä toisiinsa. Ne kytkeytyvät myös liikenteen ohjausjärjestelmiin, digitaalisten palvelujen tarjoajiin sekä muuhun tie- ja liikkumisympäristöön. Verkottuneiden ajoneuvojen toisilleen välittämien ajoneuvon hallintaan automaattisesti vaikuttavien tietojen hyödyntäminen edustaa osaltaan IOT:tä (*internet of things*, esineiden internet). Lisääntyvä digitaalisen tiedon hyödyntäminen edellyttää tiedon nopeuden, tiedon välitysmäärän ja paikkatiedon kehittymistä uudelle tasolle ja tietoverkoissa siirtymistä tehokkaampaan 5G-teknologiaan.

Hallituksen esityksessä on aiheellisesti korostettu, että liikenteeseen liittyvien automaattitoimintojen tarvitsema monimuotoinen tieto, tiedon riittävä määrä ja tiedon luotettavuus sekä tietoyhteyksien turvallisuus ovat avainasemassa varmistettaessa älykkäiden liikennejärjestelmien ja automaattisesti ohjautuvien liikennevälineiden turvallisuutta.

Automaattisesti ohjautuvat ajoneuvot ovat osa älykkäiden liikennejärjestelmien toteutumista. Älykkäissä liikennejärjestelmissä ajoneuvot käyttävät liikkumiseensa itse tuottamaansa tietoa, jota ne keräävät ympäristöstä omilla sensoreillaan, tutkillaan ja kameroillaan. Sen lisäksi ne käyttävät sitä laajapohjaista tietoa, mitä ajoneuvoihin välittyy verkon kautta muusta liikenneympäristöstä, muista liikkuvista ajoneuvoista, tieympäristöstä, liikenteen ohjausjärjestelmistä ja kaupallisista palveluista. Toisiinsa ja ympäristöönsä verkottuneiden autojen on arvioitu tulevan markkinoille noin vuoden 2025 paikkeilla.¹⁰

Yhtenäisesti toimivien älykkäiden liikennejärjestelmien sisäänrakennettuna tavoitteena on edistää liikenneturvallisuutta ja automaation sekä digitalisaation hyödyntämistä liikenteessä. Älykkäillä ja yhteen toimivilla liikennejärjestelmillä on mahdollista saada aikaan liikenteessä ja liikkumisessa toiminnan tehostumista, turvallisuuden lisäämistä ja päästöjen vähentymistä. Merkittävä älyliikenteen tuoma parannus liikenteen turvallisuuden edistämiseksi on uusiin tyyppihyväksyttäviin henkilö- ja pakettiautoihin vuonna 2018 pakollisena edellytettävä automaattinen hälytysjärjestelmä (*eCall*).

Osana niin sanotun ITS-direktiivin (2010/40/EU) käynnissä olevaa uudistamista EU:n komissio toteutti vuonna 2016 julkisen kuulemisen. Suomi totesi kuulemiseen antamassaan vastauksessa, että älykkäiden liikennejärjestelmien ja palveluiden yhteen toimivuus on keskeisessä asemassa mahdollistettaessa uusia palveluja ja liikkumisen matkaketjuja. Lisäksi pidettiin kannatettavana EU:n yh-

10 HE 180/2017 vp eduskunnalle tieliikennelaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 21.

teisen strategian laatimista ohjaamaan ja nopeuttamaan liikenteen älykkäiden palveluiden ja järjestelmien kehittämistä sekä toimeenpanoa.

Hallituksen esityksessä todetun mukaisesti myös tavoitteet Euroopan laajuisen palvelumarkkinan saavuttamiseksi älykkään liikenteen alueella ja toimet yhteistyön lisäämiseksi EU-tasolla ovat kannatettavia. Liikenteestä ja liikkumisesta syntyvän tiedon avoimuutta ja hyödyntämistä liikennepalveluiden tarjonnassa on tarpeellista edistää sekä luoda pelisääntöjä tiedon käytettävyyteen. Palveluiden käyttäjällä tulisi olla mahdollisimman pitkälle oikeus määritellä itseään koskevien tietojen käyttöä. Toimintaa ja rahoitusta tulisi Suomen näkemyksen mukaan kohdentaa erityisesti liikenteen älykkäiden palveluiden yhteen toimivuutta, ympäristöystävällisyyttä ja turvallisuutta parantaviin hankkeisiin sekä automaatiokehitystä tukeviin hankkeisiin. Älykkäitä ja yhteen toimivia liikennejärjestelmiä koskevan sääntelyn tarve tulee arvioida aina huolellisesti.

Komissio otti saamiaan kannanottoja ja näkemyksiä huomioon 30. marraskuuta 2016 antamassaan tiedonannossa älykkäiden ja yhteen toimivien liikennejärjestelmien (C-ITS) tulevaisuuden strategiaksi (COM(2016)766 final). Strategia on tarkoitettu perustaksi linjaamaan kehitystä kohti yhteen toimivaa, verkottunutta ja automaatioon perustuvaa liikkumista. Pitkällä tähtäimellä strategia linjaa toimintaa mahdollistamaan toisiinsa verkottuneiden ja automaattisesti ohjautuvien ajoneuvojen käytön.

Strategian ensimmäinen vaihe, joka ulottuu vuoteen 2019, edellyttää tele- ja viestintäalan, auto- ja laitevalmistajasektorin, liikenneinfrastruktuurista vastaavien toimijoiden, viranomaisten sekä palvelutuottajien koordinaatioita. Strategian mukaan näin toimien varmistetaan älykkäille liikennepalveluille ja yhteen toimiville järjestelmille tarvittava teknologinen toteutus pohja ja yhtenäiset toimintaperiaatteet. Strategian ensimmäinen vaihe mahdollistaa muun muassa seuraavat liikenteen ongelmista kuljettajaa varoittavat ja reittiopastusta antavat älyliikennepalvelut:

- 1) Järjestelmät varoittavat kuljettajaa edessä olevasta hitaasta tai pysähtyneestä liikenteestä, tietöistä, sääolosuhteista, hälytysajoneuvon lähestymisestä, edellä kulkevasta hätäjarrutuksesta ja muista vaaroista;
- 2) Järjestelmät antavat ajoneuvoon tietoa liikennemerkeistä ja reittiopastuksesta, nopeusrajoituksista, liikennesääntöjä vastaan ajamisesta, hälytysajoneuvojen liikennevaloetuudesta, vihreään liikennevaloaltoon sovitetusta ajonopeudesta, toisten ajoneuvojen lähettämästä jarrutus- ja muusta liiketilän muutoksesta sekä nopeuden sovittamisesta jonoissa jonon etenemisnopeuden äkkivaihtelujen välttämiseksi.¹¹

11 Ks. myös Sander – Hollering, 2017, s. 195.

4.2. Hallituksen esityksessä tunnistetut oikeudelliset ongelmat

Automaatioon liittyvät oikeudelliset ongelmat on hallituksen esityksessä tiedostettu¹², vaikka samalla on todettu, että kuljettajan rooli tulee varmasti muuttamaan. Automaation asteiden luokittelussa on viitattu edellä kohdassa 2. esitettyyn tyypittelyyn. Hallituksen esityksen mukaan erityistä huomiota tulee kiinnittää siirryttäessä tason 2 automaatiosta tasolle 3, jolloin ajotapahtuma ja ympäristön havainnointi siirtyvät ajoneuvon järjestelmille, ihmiskuljettaja on tällöin varalla ajoneuvon automaatiolle. Näin siksi, että tasolla kolme ihmiskuljettajan passiivituuminen on selkeästi tunnistettu turvallisuusriski tilanteissa, joissa ajoneuvon automaatio olosuhteiden monimutkaisuuden tai vikatilanteen vuoksi palauttaa ohjaus- ja havainnointivastuun kuljettajalle.

Tieliikenteen uudistuksessa on otettu vakavasti Suomea velvoittavat kansainväliset sopimukset. Suomen tieliikennelainsäädäntö perustuu kansainväliseen (SopS 30/1986) Wienin tieliikennettä koskevaan sopimukseen. Sen 8 artiklan mukaan liikkuvalla ajoneuvolla tai ajoneuvoyhdistelmällä tulee olla kuljettaja. Sopimuksessa määrätään myös, että kuljettajan on joka hetki kyettävä hallitsemaan ajoneuvonsa. Tästä kansainvälisestä sääntelystä Suomi ei voi poiketa. Suomen liikenteessä ei siten voi olla ajoneuvoa, joka ei olisi koko ajan kuljettajan välittömässä tilannekohtaisessa hallinnassa. Kuten hallituksen esityksessä on todettu¹³, sopimus (vuonna 2016 voimaan tullessa muutetussa muodossaan) ei rajoita kuljettajaa avustavien teknisten järjestelmien käyttöä, jos järjestelmä on pois kytkettävissä. Sopimus myös mahdollistaa sellaiset tekniset järjestelmät, joihin kuljettaja ei voi vaikuttaa, jos järjestelmä on hyväksytty sopimuksen piirissä. Tällainen on esimerkiksi automaattinen hätäjarrutehostin. Tältä pohjalta on 1.6.2020 voimaan tuleva uusi tieliikennelaki säädetty.

Hallituksen esitykseen on kirjattu myös lukuisia *teknisiä* esteitä automaation etenemiselle.¹⁴ Automaation käyttöönottoa rajoittavat ajoneuvojen ja ympäristön puutteet kommunikaatiossa sekä karttojen ja väyläinfrastruktuurin puutteet. Esimerkiksi kaistavahdin käyttäminen edellyttää, että ajoneuvo tunnistaa sen käyttämän ajokaistan. Jotkin muut järjestelmät, kuten ylinopeusvaroitin ja -rajoitin edellyttävät liikennemerkkien tunnistamista. Tieto liikennevalojen vaiheesta edellyttää saumatonta kommunikointia ajoneuvon ja ohjauslaitteen välillä. Suomen oloissa lumi ja jää ovat merkittävä pulma, mutta puutteita on toki myös tieverkon digitaalisessa kuvauksessa, joka on edellytyksenä sille, että auto voi seurata tarkasti tielinjaa. Erittäin merkittävä pulma, myös oikeudellisesta näkökulmasta

12 HE 180/2017 vp, s. 18.

13 HE 180/2017 vp, s. 19.

14 HE 180/2017 vp, s. 19–20.

katsottuna, on automatisoidun liikenteen ja inhimillisen käyttäytymisen yhteen sovittaminen. Automaatio ei ole yhtäkkinen toimi, vaan liikenteessä tulee varsin kauan olemaan mukana ajoneuvoja, joiden automaation taso vaihtelee huomattavasti. Samoin liikenteessä on pyöräilijöitä, jalankulkijoita ja eläimiä. Automatisoitu ajoneuvo voi toimia virheettömästi, mutta miten se reagoi epäohdonmukaisesti ja sääntöjenvastaisesti liikkuvaan automatisoimattomaan ajoneuvoon, eläimeen tai vaikkapa lapseen, jonka käyttäytyminen voi olla hyvinkin yllättävää. Kaiken kaikkiaan on tärkeä muistaa, että liikenne on eri osapuolten vuorovaikutusta, johon automatisoitu toiminta sopii ainakin toistaiseksi aika huonosti.

Kuljettaja vastaa uudenkin tieliikennelain mukaan siitä, että ajoneuvo on liikennekelpoisessa kunnossa ja kuljettaja vastaa myös siitä, että ajoneuvoa kuljetetaan liikennesääntöjen mukaisesti. Uudessa tieliikennelaissa (729/2018) käytetään toistuvasti termiä ”ajoneuvoa on ajettava” (3. luku: Liikennesäännöt). Tämä jättää tietyllä tavalla tilaa kehitykselle automaation suuntaan. Ajoneuvolla ajaminen on väljempi termi kuin nykyisessä tieliikennelaissa käytetyt kuljettamisen ja kuljettajan käsitteet. Laissa paljon käytetty termi ”tienkäyttäjä” mahdollistaa myös laajan tulkinnan. Tienkäyttäjä on määritelty uuden tieliikennelain 1 luvun 2 §:ssä seuraavasti: *tienkäyttäjällä tarkoitetaan* jokaista, joka on tiellä taikka kuljettaa sillä olevaa ajoneuvoa tai raitiovaunua. Moottorikäyttöisen ajoneuvon kuljettamiseen tarvitaan edellä kuvatuilla automaation tasoilla 1–4 tutkintoon perustuva ajo-oikeus. Tekniikalla ei voida uudenkaan tieliikennelain tultua voimaan häivyttää tienkäyttäjän vastuuta liikenteessä. Kuljettajalla tulee olla tekniikasta riippumaton mahdollisuus puuttua tarpeen vaatiessa ajoneuvon kulkuun. Tällöin ollaan aika lähellä sitä tilannetta, joka vallitsee rautatie- ja lentoliikenteessä.

5. Rikosvastuun kohdentuminen automatisoituvassa tieliikenteessä

Rikosvastuun kohdentumiseen vaikuttaa ratkaisevasti se, millä automaation tasolla liikutaan. Tasolla 1, jolla ajoneuvossa on kuljettajaa avustavia toimintoja, vastuu liikennesääntöjen noudattamisesta on kuljettajalla. Kuljettaja vastaa luonnollisesti myös siitä, että kuljettajaa avustavat järjestelmät ovat toimintakunnossa. Sama pätee myös tasolla 2.

Kuljettajan rikosvastuu perustuu aina aktuaaliseen liikennetilanteeseen ja liikennesääntöjen vastaisen ajamiseen. Laissa ei ole säännöstä siitä, että kuljettajan pitäisi hyödyntää ajoneuvossa olevaa automatiikkaa. Rikoslain 23 luvun säännökset liikenneturvallisuuden vaarantamisesta säätävät nimenomaisesti, että rangaistavaa on liikennesääntöjen rikkominen. Mitä tämä merkitsee kuljettajan rikosvastuun näkökulmasta? Automaation hyödyntämättä jättäminen tulee kuljettajalle rangaistavaksi tavallaan "kiertotietä". Tutkinnassa todetaan kuljettajan laiminlyöneen esimerkiksi nopeusrajoituksen noudattamisen. Oletetaan, että toiminnassa ollut automaattinen järjestelmä olisi tunnistanut nopeusrajoituksen ja säätänyt ajoneuvon nopeuden rajoituksen mukaiseksi. Tässä tapauksessa kuljettajaa ei rangaista suoraan siitä, että hän laiminlöi hyödyntää käytettävissä ollutta automatiikkaa. Kuljettajaa rangaistaan siksi, että hän ylitti ajaessaan liikennemerkillä osoitetun suurimman sallitun ajonopeuden. Voi olla, että tulevaisuudessa teiden varsilla ei ole liikennemerkkejä lainkaan vaan ajoneuvot lukevat nopeusrajoitukset etänä jostain tietojärjestelmästä. Tällöin automaatio on ainoa keino noudattaa nopeusrajoitusta.

Otan toisen esimerkin. Yhtenä automaation tavoitteena on lyhentää kuljettajan reaktioaikaa uhkaavassa vaaratilanteessa. Oletetaan, että jarrutusautomaatiikan poiskytkeminen on kiistatta ollut osasyynä siihen, ettei kuljettaja ole saanut ajoneuvoa pysäytettyä ajoissa ja tästä on johtunut toisen tienkäyttäjän kuolema. Tässäkään tapauksessa kuljettajaa ei moitita järjestelmän pois kytkemisestä vaan siitä, että hän laiminlöi pitää riittävää etäisyyttä edellä ajavaan (TLL 10 §).¹⁵ Teon törkeysastetta määriteltäessä ja moitittavuutta rangaistusta mitattaessa voi lisätä se, että kuljettajalla olisi ollut käytettävissään tehokas järjestelmä perään ajon estämiseen, mutta hän on laiminlyönyt käyttää sitä. Rikoslain 3 luvun 7 §:n 2 momentin mukaan riskinoton tietoisuus on yksi kriteeri teon törkeyttä arvioitaessa. Järjestelmän pois kytkeminen voi olla osoitus tietoisesta riskinotosta.

Kuljettajan pitää myös valvoa automatiikan toimintaa. Kuljettajan on reagoitava automatiikan antamiin varoituksiin mahdollisista toimintahäiriöistä. Kul-

15 Samoin Saksan oikeuden osalta Sander – Hollering 2017, s. 200.

jettaja ei voi vedota saaneensa luottaa autopilotin virheettömään toimintaan, jos hän on laiminlyönyt valvoa sen toimintaa ja häneltä on tämän laiminlyönnin seurauksena jäänyt järjestelmän antama varoitus mahdollisesta häiriöstä huomaamatta. Kyseessä on ryhtymistuottamuksen tyyppitapaus, jossa omiin ajatuksiin vaipuminen on vienyt kuljettajalta kyvyn reagoida tilanteeseen liikennesääntöjen edellyttämällä tavalla.¹⁶ Omistajan ohella myös kuljettaja vastaa siitä, että ajoneuvo on liikennekelpoisessa kunnossa. Puutteellisessa kunnossa olevan ajoneuvon kuljettaminen on rangaistavaa ajoneuvolain 9 §:n ja RL 23:1:n tai 23:2:n perusteella. Onnettomuustapauksissa kuljettaja voi tulla rangaistuksi myös vammantuottamuksesta tai kuolemantuottamuksesta.¹⁷ Viidennellä automaation tasolla rikosvastuun piiristä putoaa ainakin yksi rikostyyppi, rattijuopumus. Kun täysin automatisoidussa ajoneuvossa ei ole kuljettajaa, kukaan ei voi syyllistyä rattijuopumukseenkaan. Tämä kehityspolku on toki pitkä, koska liikenteessä on vielä vuosikymmeniä ajoneuvoja, joissa on kuljettaja.

Kolmannesta tasosta lähtien vastuunjako liikenneturvallisuudesta on nykylainsäädännön valossa jokseenkin jäsentymätön. Ensinnäkin on selvää, että potentiaalisten vastuuvollisten piiri laajenee kuljettajasta. Toiseksi on todennäköistä, että rikosvastuu painottuu aiempaa enemmän tuottamukseen. Ei liene ajateltavissa, että ajoneuvojen suunnittelijat, valmistajat tai ohjelmoijat taikka infrastruktuurista vastaavat laiminlöisivät turvallisuudesta huolehtimisen *tahallaan*. Mahdotonta ei tosin ole se, että suunnitteluvaiheessa otetaan tietoisia riskejä, mutta tällöinkin vastuu on (tietoista) tuottamusvastuuta.¹⁸

Tuottamusvastuussa olennaisia kriteerejä ovat huolellisuusvelvollisuuden rikkomisen ohella ennakoitavuus ja seurauksen syntymisen vältettävyyttä sekä syyhyteys huolimattomuuden ja seurauksen välillä.¹⁹ Oikeuskirjallisuuden perusteella vaikuttaa siltä, että automatisoidussa liikenteessä keskeistä tulisi olemaan vastuu *seurauksesta*, mikä tarkoittaisi merkittävää muutosta vaarantamisvastuuta korostavaan rikosoikeuteen, joka Suomessakin on ollut vallitsevana liki 50 viimeksi kulunutta vuotta. Lainsäädäntöä on toki mahdollista muuttaa niin, että muukin kuin ajoneuvon kuljettaja voitaisiin asettaa rikosvastuuseen vaarantamisen perusteella. Rikoslain 21 luvun 13 § (vaaran aiheuttaminen) soveltuu myös toisen vaarantamiseen liikenteessä niissä tapauksissa, joissa rikoslain 23 luvun säännökset eivät syrjäytä RL 21 luvun 13 §:n soveltamista. Tieliikennelaissa

16 Ryhtymistuottamuksesta tieliikenteessä ks. Matti Tolvanen, Tieliikennenerikokset ja kriminaalipolitiikka. Kauppakaari 1999, s. 413–418.

17 Ks. myös Sander – Hollering 2017, s. 201.

18 Sander – Hollering 2017, s. 196.

19 Sander – Hollering 2017, s. 196.

säädetty ennakointivelvollisuus koskee vain tienkäyttäjää, mutta ennakoitavuus on johdettavissa myös tuottamusvastuuta yleisesti sääntelevästä RL 3 luvun 7 §:stä.

Ajoneuvon omistaja voi automatisoidussa liikenteessä päätyä riksvastuuseen lähinnä kolmella perusteella. Ensinnäkin vastuu voi perustua siihen, ettei omistaja informoi autoaan kuljetettavaksi luovuttaessaan kuljettajaa auton ominaisuuksista. Omistajan riksvastuu voi toteutua esimerkiksi, jos kuljettaja ei puutteellisen informaation takia kykene hallitsemaan autoa vaaratilanteessa ja siitä aiheutuu ihmisen kuolema tai vammautuminen. Sama pätee tilanteisiin, jossa omistajan olisi autoa luovuttaessaan tullut käsittää, ettei kuljettaja hallitse auton automaatiikkaa.²⁰ Tässä on tosin kysymyksessä vaikea yhteensovittaminen toisaalta omistajan informaatiovelvollisuuden ja kuljettajan selonottovelvollisuuden välillä. Kuljettajaan sovelletaan ryhtymistuottamuksen sääntöä, jonka mukaan rangaistavaa tuottamusta on ryhtyä toimeen, johon ryhtyjällä ei ole edellytyksiä tai valmiuksia.²¹

Ajoneuvon omistaja vastaa myös siitä, että ajoneuvo on kuljetettavaksi luovutettaessa liikenneturvallisessa kunnossa. Tämä vastuu perustuu suoraan ajoneuvolain (1090/2002) 9 §:ään. Sen mukaan ajoneuvon omistaja tai hänen sijastaan rekisteriin ilmoitettu haltija sekä ajoneuvon kuljettaja ovat vastuussa siitä, että liikenteeseen käytettävä ajoneuvo on liikennekelpoinen ja, jos sitä edellytetään, rekisteröity ja asianmukaisesti katsastettu. Tämä vastuu koskee myös ajoneuvon automaatiotoimintoja. Omistajan vastuu on tuottamusvastuuta. Hänen voidaan katsoa laiminlyöneen huolellisuusvelvollisuutensa, jos hän on laiminlyönyt ajoneuvon säännöllisen huollon tai hän on jatkanut ajoneuvon käyttöä liikenteessä, vaikka ajoneuvon järjestelmä on varoittanut mahdollisesta viasta, niin kuin jo nykyiset tietojärjestelmällä varustetut autot tekevät.

Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa²² omistajan vastuu on viety vielä pidemmälle. Omistajalle on asetettu velvollisuus *ennakoida* siitä, että järjestelmä voi joissain olosuhteissa toimia virheellisesti, vaikka se sinänsä olisi kunnossa. Tässä kohdin oikeuskirjallisuudessa säilytetään tosin vastuuta myös kuljettajalle. Kyseessä olisivat tapaukset, joissa juuri kuljettaja on kuollut tai vammautunut. Kirjallisuudessa tapausta on lähestytty itsensä vaarantamisen kautta, joka saattaa vähentää omistajan vastuuta tai sen kokonaan poistaakin. Tällainen pohdinta on suomalaiselle rikosoikeudelle aika vierasta.

Automaatio korostaa *valmistajan* vastuuta. Valmistaja on kuitenkin poikkeuksetta oikeushenkilö. Tällöin herää kysymys siitä, kohdennetaanko riksvastuu oikeushenkilöön vai valmistajan palveluksessa oleviin. Suomessa oikeushenki-

20 Sander – Hollering 2017, s. 196.

21 Tolvanen 1999, s. 413–418.

22 Sander – Hollering 2017, s. 196–197.

lön rikosvastuu ei ulotu kuolemantuottamukseen tai vammantuottamukseen. Valmistajan vastuu on siten ensi sijassa vahingonkorvausvastuuta tuotevastuun muodossa. Aivan poissuljettua ei valmistajan palveluksessa olevien joutuminen rikosvastuuseen kuitenkaan ole. Kysymys voi aktualisoitua tilanteissa, joissa markkinoille tuodaan autoja, joihin rakennetun automaation toimivuutta ei ole riittävästi testattu. Tällöin kysytään, kuinka suuria riskejä on sallittua ottaa ajoneuvoja automatisoitaessa. Kysymys voi olla hyvin monenlaisista ajotietokoneeseen, ajokameroihin tai sensoreihin liittyvistä riskeistä. Rikosvastuun kohdentaminen niistä organisaation sisällä tulee varmasti aiheuttamaan ongelmia. Miten pitkälle organisaatiossa vastuu viedään? Kohdennetaanko vastuuta organisaation ylätasolle vai suunnittelutason työntekijöihin? Joissain tapauksissa voisi tulla kyseeseen myös tietokoneohjelman ohjelmoijan vastuu. Vastuu tarkoittaa kaikissa tapauksissa seurausvastuuta liikennekuolemasta tai vammasta taikka vaarantamisvastuuta RL 21 luvun 13 §:n mukaisesti. Edellä kirjoitettu on tarkoittanut lähinnä tilanteita, joissa ajoneuvoissa on systemaattinen virhe. Liikenneonnettomuus voi kuitenkin johtua myös siitä, että muutoin virheettömään tuotantosarjaan on sattunut ajoneuvo, jossa on tuotantosarjan muista ajoneuvoista poikkeava valmistusvirhe. Entisaikaan tällaisia ajoneuvoja nimitettiin ”maanantaikappaleiksi”. Valmistajaa kohtaa luonnollisesti vahingonkorvausvastuu tuotevastuun muodossa. Rikosoikeudellisen vastuun toteutuminen on epätodennäköistä, koska voi olla mahdotonta näyttää toteen, että valmistusvirhe olisi ollut ennakoitavissa ja vältettävissä. Rikosvastuun alarajana on huolellisuusvelvollisuuden rikkominen, kun taas tuotevastuu voi olla tuottamuksesta riippumatonta.²³

Vastuuvollisten piiriin voivat kuulua myös liikenneinfrastruktuurista vastaavat. Automaattinen liikenne tulee entistä enemmän perustumaan liikenneympäristöön sijoitettuihin sensoreihin, digitaalisessa muodossa oleviin karttapalveluihin ja satelliittijärjestelmiin. Näitä järjestelmiä suunnittelevien, tarjoavien ja ylläpitävien tahojen vastuun perusteiden määrittely on toistaiseksi vasta kehityksen asteella. Poissuljettua ei kuitenkaan ole, että vastuu (kuoleman tai vammantuottamisesta) realisoituisi tapauksessa, jossa voidaan osoittaa tällaisen järjestelmän puutteen olleen ainakin osasyynä vakavaan liikenneonnettomuuteen.²⁴ Tietojärjestelmiin tukeutuva liikenne on haavoittuva. Se on altis muun muassa tietomurroille ja järjestelmän manipulointi voi johtaa hyvin vakaviin onnettomuuksiin. Voi olla, että nykyisin jokseenkin käyttöä vaille jäänyt liikennetuhotyön tunnusmerkistö (RL 34:2) tulee ajankohtaiseksi. Liikennetuhotyönä tulee rangaistavaksi muun muassa liikenteen laitteiston tuhoaminen, vahingoittaminen

23 Ks. yksityiskohtaisemmin Sander – Hollering 2017, s. 198.

24 Sander – Hollering 2017, s. 199.

ja muuntaminen. Samoin tietotekniikkarikosten (RL 38:5–8) ja datavahingontekorikosten (RL 35:3a–3c) tunnusmerkistöt voivat tulla tieliikenteenkin alueella sovellettaviksi.

Oikeuskirjallisuudessa on vakiintuneesti katsottu, että ajoneuvon omistaja voi luottaa *katsastuksen* asianmukaisuuteen.²⁵ Tämä luottamus koskee yhtä hyvin tyyppihyväksyntää kuin määräaikaikatsastusta. Huolimaton katsastaja voi joutua rikosvastuuseen ensinnäkin rikoslain virkarikossäännösten perusteella (RL 40:9 ja 10, laki ajoneuvojen katsastustoiminnasta, 957/2013, 52 §). Onnettomuustapauksissa voi tulla harkittavaksi vastuu seurauksesta (kuolema tai vamma), jos voidaan osoittaa syy-yhteys katsastajan huolellisuusvelvollisuuden rikkomisen ja onnettomuuden välillä.

6. Ajoneuvon ohjelmointi liikenteen poikkeavia tilanteita varten

Automaatiota on edellä 4.1 kerrotuin tavoin perusteltu sillä, että automatisoitu liikenne on kuljettajakeskeistä liikennettä turvallisempi. Tämä pitää paikkansa ainakin tapauksissa, joissa liikenne toimii niin kuin sen pitäisi toimia. Liikenteeseen kuuluvat kuitenkin myös yllätykset. Tienkäyttäjät eivät välttämättä käyttäydy ennakoitavasti, liikennesääntöjen mukaan. Myös muut olosuhteet saattavat olla sellaiset, ettei niitä ole osattu ottaa ajoneuvon ohjelmoinnissa huomioon. Oikeuskirjallisuudessa on hahmoteltu tyyppitilanteita ja sääntöjä niiden ratkaisemiseen.²⁶ Kysymys on siitä, että ajoneuvot ohjelmoitaisiin toimimaan tietyllä tavalla yllättävissä kiperissä liikennetilanteissa. Ennen kaikkea kysymys on siitä, missä määrin sallimme koneiden päättää ihmisten elämästä ja kuolemasta. Tätä ongelmaa kutsutaan rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa sattuvasti *dilemmaksi*.²⁷ Valintoja on tehtävä utilitaristisen ja humanistisen katsantokannan välillä. Hyötynäkökohta pitäisi puhtaimmillaan silmällä vain eri vaihtoehdoista koituvia kustannuksia kun taas humanistinen näkökanta korostaa eettisiä näkökohtia.²⁸

25 Tolvanen 1999, s. 342.

26 Sander – Hollering 2017, s. 203–205, Hilgendorf 2018, s. 690–703 ja Tatjana Hörnle – Wolfgang Wohlers, The Trolley Problem Reloaded. Wie sind atonome Fahrzeuge für Leben-gegen-Leben-Dilemmata zu programmieren? *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 1/2018, s. 12–34.

27 Hilgendorf 2018, s. 682.

28 Saksassa eettisiä pulmia on pohtinut sikaläisen liikenneministeriön asettama eettinen komitea, jonka loppuraportti on luettavissa internetissä: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Publikationen/DG/bericht-der-ethikkommission.html?nn=12830>.

Ensimmäisessä tyyppitilanteessa polkupyöräilijä ajaa yksisuuntaisella ajoradalla vastoin kiellettyä ajosuuntaa osoittavaa liikennemerkkiä. Häntä vastaan ajaa liikennesääntöjen mukaisesti bussi, jossa on matkustajia. Polkupyöräilijään törmääminen (joka hyvin todennäköisesti johtaa pyöräilijän kuolemaan) on mahdollista estää vain niin, että bussi ohjataan ajamaan ulos ajoradalta sillä riskillä, että bussi syöksyy alas jyrkänteeltä, todennäköisenä seurauksena usean matkustajan kuolema. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty ratkaisuvaihtoehdoksi sitä, että järjestelmä ohjelmoidaan suojelemaan syyttömiä matkustajia sillä riskillä, että ohjelmointi johtaa liikennesääntöjä rikkovan pyöräilijän kuolemaan. Dilemma siis ratkaistaisiin liikennesääntöjä rikkovan vahingoksi.²⁹

Toisessa tyyppitilanteessa kysymys on tapauksesta, jossa joku aiheuttaa vaaratilanteen muulla moitittavalla tavalla kuin liikennesääntöjen vastaisella käyttäytymisellään. Henkilö (O) ”sukeltaa” bussin eteen. O on hetkeä aiemmin tyrkännyt tahallaan P:n ajoradalle. Törmäys O:n kanssa on vältettävissä vain ajamalla ajoradalla makaavan P:n yli. On hyviä perusteita katsoa, että ajoneuvo ohjelmoitaisiin tällaisissa tapauksissa suojelemaan kaltoin kohdeltua P:tä. Kyseessä ei kuitenkaan ole sellainen liikennetilanne, jota silmällä pitäen liikennesääntöihin pohjautuva ohjelmointi olisi mahdollista. Järjestelmä ei kykene tunnistamaan uhkaavaa liikennetilannetta välittömästi edeltänyttä O:n moitittavaa menettelyä. Automaatio ei kykene sellaiseen normatiiviseen punnintaan, jota tilanteen ratkaiseminen edellyttäisi. Dilemma jää ratkaisematta.³⁰

Kolmannessa tyyppitapauksessa kuorma-auton kuljettaja ajaa kohti täysin automatisoitua bussia, jossa on yksi matkustaja. Kuorma-auton kuljettaja ei reagoi törmäyksestä varoittavaan signaaliin tai varoitusjärjestelmä ei toimi. Bussi voi välttää yhteentörmäyksen ainoastaan peruuttamalla takana olevan pienen henkilöauton päälle. Peruuttamalla bussi saattaa henkilöautossa olevan ihmisen hengenvaaraan. Onko oikein uhrata henkilöautossa oleva ihminen bussin matkustajien suojaamiseksi? Jos bussissa olisi kuljettaja, hänen toimintaansa (peruuttamista matkustajien pelastamiseksi) arvioitaisiin pakkotilaoikeuden perusteella ja hän voisi olla rikosoikeudellisesta vastuusta vapaa sillä perusteella, ettei häneltä voitu edellyttää muunlaista käyttäytymistä (RL 4:5.2). Teko on oikeudenvastainen, mutta kuljettaja vapautetaan anteeksiantoperusteella. Ajoneuvon ohjelmoinnissa ei vastaava arviointi voi tulla kysymykseen. Tapausta on yritetty ratkaista säännöllä, jonka mukaan ohjelmoinnilla pitää suojata ensisijaisesti ajoneuvossa olevia ihmisiä. Sääntö vaikuttaa kuitenkin moraalisesti arveluttavalta. Eikö jokaisen ”syyttömän” ihmishenki ole samanarvoinen? Tosiasia kuitenkin on, että ajoneu-

29 Hörnle – Wohlers 2018, s. 24–25.

30 Hörnle – Wohlers 2018, s. 25.

von valmistaja pyrkii automaatiolla ja muutoinkin ajoneuvon suojelemaan ensi sijassa ajoneuvossa olevia. Esimerkiksi auton sisällä olevia suojaava vahva kori voi olla yhteentörmäyksessä kohtalokas jalankulkijoille.³¹ Voimme todeta, ettei tämäkään dilemma ohjelmoinnilla taida ratketa.³²

Neljäs tyyppitapaus on muutoin kolmannen kaltainen, mutta neljännessä tapauksessa bussin peruuttaminen johtaisi siihen, että bussi törmäisi sen takana jalkakäytävällä seisoviin tai käveleviin ihmisiin. Suojataanko ajoneuvon ulkopuolella olevia ihmisiä toisin kuin ajoneuvossa olevia? Oletuksena on, että jalankulkijoiden sijainti on liikennesääntöjen mukainen. Jos jalankulkijat käyttäytyisivät tilanteessa liikennesääntöjen vastaisesti, kyseessä olisi tyyppitapaus numero 1 ja ratkaisuehdotus sen mukainen. Oikeuskirjallisuudessa on asetettu sille kannalle, että suojaa on annettava ensi sijassa niille, jotka eivät nauti automatisoidun liikenteen eduista eli juuri jalankulkijoille.³³ Eri asia on, missä määrin ajoneuvo on mahdollista ohjelmoida tällaisia tapauksia varten, siis peruuttamisen sijasta valitsemaan päin kuorma-autoa ajamisen. Dilemma vaikuttaa erittäin vaikeasti ratkaistavissa olevalta.

Viidennessä tyyppitilanteessa pohditaan sitä, pitääkö ohjelmoinnissa antaa etusija lasten suojelemiselle liikennevahingoilta. Suomenkin lainsäädännössä on kuljettajalla korostettu huolellisuusvelvollisuus lapsia kohtaan (TLL 30.2 §). Lapsilta ei voida edellyttää samassa määrin sääntöjen mukaista toimintaa kuin aikuisilta. Ajatelkaamme seuraavaa tapauskuvausta: pieni lapsi ryntää yllättäen bussin eteen ja häneen törmääminen on vältettävissä vain ohjaamalla bussi päin vastaan tulevaa moottoripyöräilijää. Jos bussissa olisi kuljettaja, tapaus ratkeaisi pakkotilanormia anteeksiantoperusteena soveltamalla, kuten tyyppitapauksessa 3. Tästä anteeksiantoperusteesta ei voi johtaa suoraan ohjelmointisääntöä. Kuljettajan vastuusta vapauttaminen perustuu siihen, ettei häneltä voida erittäin nopeaa reagointia vaativassa tapauksessa kohtuudella edellyttää rationaalista harkintaa.³⁴ Lasten suojaamisen puolesta puhuvat monet moraaliargumentit (erityisesti heikomman suoja), mutta toisaalta voidaan kysyä, millä perusteella aikuisen ihmisen elämä on lapsen elämää arvokkaampi. Yksi painava argumentti etusijan antamiselle lapsille voisi olla, että aikuiset pystyvät suojautumaan itse liikenteen riskeihin lapsia paremmin. Hyvä kysymys on, soveltuuko lapsia koskeva sääntö

31 Hilgendorf 2018, s. 698–699.

32 Samoin Hörnle – Wohlers 2018, s. 27.

33 Hörnle – Wohlers 2018, s. 27. Toisin Hilgendorf 2018, s. 698.

34 Pakkotilasta anteeksiantoperusteena ks. Jussi Tapani – Matti Tolvanen, Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. Talentum 2013, s. 344–346.

vanhuksiin ja vammaisiin, joiden suhteen kuljettajalla on myös korostettu ennakointivelvollisuus. Dilemma jää tässä kirjoituksessa ratkaisua vaille.³⁵

Kuudennessa tyyppitilanteessa on kysymys siitä, mikä merkitys on eri toimintamalleilla vaarannettavien ihmisten määrillä. Käsillä on tapaus, jossa bussi ajaa kohti ajoradalla käveleviä ihmisiä. Jarrutus on liian myöhäistä. Valinta on tehtävä ohjaamisesta joko vasemmalle (jolloin bussi törmää yhteen ihmiseen) tai oikealle (jolloin bussi törmää useaan ihmiseen). Onko määrä ratkaiseva vai onko lähtökohtana se, että jokainen elämä on yhtä arvokas? Oikeuskirjallisuudessa on asetettu varovaisesti sille kannalle, ettei ajoneuvon ohjelmointi siten, että pyritään pelastamaan mahdollisimman monta ihmishenkeä, olisi ainakaan oikeudenvastaista.³⁶

Seitsemäs tapaus koskee liikenneonnettomuuden jälkeistä tilannetta, jossa ajoradalla makaa useita vammautuneita ihmisiä. Paikalle ajava bussi pystyy välttämään heidän päälle ajamisen ainoastaan ohjaamalla vastakkaiselle ajokaistalle, törmäen samalla vastaan tulevaan moottoripyöräilijään. Kuljettaja vapautettaisiin tässäkin tapauksessa pakkotilaoikeuden perusteella. Ratkaisu pulmaan voisi noudattaa edellisessä tyyppitapauksessa hahmoteltua.³⁷

Suomen oloissa on varauduttava myös siihen, että tielle voi tulla yllättäen suurikokoisia eläimiä. Ohjelmoidaanko auto ajamaan päin hirveä, väistämään tien oheen tai ajamaan päin vastaan tulevaa ajoneuvoa? Viimeinen vaihtoehto lienee poissuljettu, mutta riskinsä on myös hirveä päin ajamisessa ja ohjaamisessa tien oheen, missä saattaa vastassa olla kallio tai suurikokoinen puu.

Pulmia voi tulla myös liikenteen valvonnassa. Tieliikennelain 93 §:n 1 momentin mukaan ajoneuvo on poliisimiehen antamasta merkistä pysäytettävä. Voidaanko ajoneuvo ohjelmoida tunnistamaan poliisimiehen merkki muista vastaavista merkeistä? Miten kulkuneuvon liikennekelpoisuuden tai kuormauksen tarkastaminen onnistuu, jos ei ole kuljettajaa, joka on velvollinen noudattamaan poliisimiehen ajoneuvon kunnon, varusteiden ja kuormituksen tarkastamiseksi antamia määräyksiä?

35 Niin se jää saksalaisessakin tutkimuksessa, ks. Hörnle – Wohlers 2018, s. 30.

36 Hörnle – Wohlers 2018, s. 31. Samoin Hilgendorf 2018, s. 698.

37 Näin Hörnle – Wohlers 2018, s. 33.

7. Yhteenveto

Tieliikenteen automaatio etenee siitä riippumatta, mitä mieltä rikosoikeuden tutkijat ovat kehityksestä. Tästäkin kirjoituksesta on havaittavissa, että kyseessä on rikosoikeuden näkökulmasta monitahoinen ongelmakenttä. Rikosoikeudellisia vastuuehtoja on väistämättä muotoiltava uudelleen. Moni perustavanlaatuinen kysymys jää nyt vastausta vaille. Tilanne haastaa rikosoikeudentutkijat evoluutiiviseen pohdintaan, pitäytyminen totunnaisissa ajatusmalleissa ei välttämättä ole toimiva vaihtoehto väistämättömältä näyttävässä automaation kehityksessä.

Rikosoikeuden kehittämisen lähtökohdiksi sopivat hyvin seuraavat Eric Hilgendorfin muotoilemat teesit.³⁸ Automaatio tuottaa rikosoikeudelliseen sääntelyn lukuisia pulmia. Muutoksen johtotähtinä tulee olla oikeuseettiset periaatteet ja perustuslain rikosvastuulle asettamat ehdot. Rikosoikeus on yksin kykenemätön ratkaisemaan liikenteen automaation liittyviä eettisiä ongelmia. Sääntelyn ja automaation suunnittelun perusideana edellä kuvatuissa dilemmapaauksissa tulee olla vähimmän haitan periaate ja vahinkojen minimoiminen. Toisen ihmisen kuoleman aiheuttaminen on automaattisessakin liikenteessä oikeudenvastaista mutta tietyissä tilanteissa anteeksiannettavaa. Keneltäkään ei voida kuitenkaan vaatia oman hengen uhraamista toisten pelastamiseksi. Tässä arvioinnissa ei kvalitatiivisilla tai kvantitatiivisilla tekijöillä ole merkitystä. Yhden ihmisen henki on tässä tarkastelussa yhtä arvokas kuin kymmenen ihmisen (iästä, sukupuolesta ja tienkäyttäjryhmästä riippumatta). Sama pätee myös pohdintaan siitä, pitäisikö ajoneuvon ulkopuolisilla ihmisillä olla suurempi suoja kuin ajoneuvon sisällä olevilla. Lähtökohtana on, että kuljettaja ja muut auton sisällä olevat eivät ole velvollisia uhraamaan omaa elämäänsä ulkopuolella olevien suojaamiseksi. Määrällisellä arvioinnilla voi olla paikkansa tapauksissa, joissa kaikki osapuolet ovat jokseenkin saman asteisen vaaran piirissä. Jos tilanne johtaa väistämättä syyttömien kuolemaan tai vaikeaan vammautumiseen, on perusteltua pyrkiä pitämään uhriluku mahdollisimman pienenä. Saksassa on katsottu tällaisen linjanvedon olevan myös perustuslain kanssa sopusoinnussa. Ajoneuvon valmistajan vastuuta lähestytään sallitun riskin kautta. Tuotevastuun tulee olla dynaamista, järjestelmien toimintaa on arvioitava jatkuvasti ja esiin tuleviin ongelmiin on puututtava. Hilgendorfin näkemyksen mukaan näin hahmotetut teesit on mahdollista sovittaa rikosoikeusteoreettiseen rakenteeseen, ne ovat sopusoinnussa oikeuseettisten periaatteiden kanssa ja myös rikosvastuun soveltamisessa käytännössä käytökelpoisia. Omasta puolestani pidän Hilgendorfin muotoilemia teesejä käyttökelpoisena keskustelunavauksena myös pohdittaessa automaation ja rikosoikeuden yhteensovittamista Suomen oikeusjärjestelmässä.

38 Hilgendorf 2018, s. 702–703.

Per Ole Träskman

Aktsamhetsnormen vid oaktsamhetsbrott

1. Brottsbalkens bestämmelser om sexualbrott (6 kap.) reviderades år 2018 (SFS 2018:618). Vid revisionen infördes två nya oaktsamhetsbrott, *oaktsam våldtäkt* (1 a §) och *oaktsamt sexuellt övergrepp* (3 §). Bestämmelsen om oaktsam våldtäkt lyder: ”Den som begår en gärning som avses i 1 § och är grovt oaktsam beträffande omständigheten att den andra personen inte deltar frivilligt, döms för oaktsam våldtäkt till fängelse i högst fyra år. Om gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig, ska det inte dömas till ansvar”.

Hänvisningen till 1 § avser grundbestämmelsen om våldtäkt. Motsvarande hänvisning finns i bestämmelsen om oaktsamt sexuellt övergrepp, men den leder till den uppsåtliga kriminaliseringen i bestämmelsen om sexuellt övergrepp i Brottsbalken 6 kap. 2 §. Enligt den straffas den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför en annan sexuell handling än [våldtäkt enligt BrB 6 kap. 1 §] för sexuellt övergrepp. Avsikten med detta bidrag är inte att granska de nya bestämmelserna om sexualbrott, och då särskilt våldtäkt, mer generellt, utan att diskutera bedömningen av *oaktsamhetsbegreppet*. Hur ska den oaktsamhetsbedömning göras som förutsätts vid oaktsamhetsbrott i allmänhet och då också vid tillämpningen av brottet oaktsam våldtäkt? Var finner vi den aktsamhetsnorm som ska tillämpas och vilket innehåll har den?

2. I den finska strafflagen finns en bestämmelse (SL 3 kap. 7 §) som anger vad som ska förstås med oaktsamhet. Enligt denna är en gärningsmans förfarande oaktsamt, om denne åsidosätter den aktsamhetsplikt som han eller hon har under de rådande omständigheterna, trots att han eller hon hade kunnat rätta sig efter den. I lagen anges också hur man ska värdera om oaktsamheten är grov: Frågan om oaktsamheten skall anses vara grov (*grov oaktsamhet*) avgörs utifrån en helhetsbedömning. Vid bedömningen ska beaktas hur betydande den åsidosatta aktsamhetsplikten är, hur viktiga de äventyrade intressena och hur sannolik kränkning är, hur medveten gärningsmannen är om att han eller hon tar en risk samt övriga omständigheter som har samband med gärningen och gärningsmannen.

En liknande definition av oaktsamhet finns i den norska strafflagen (§ 23 stk. 1). Kärnan i den bestämmelsen är en bedömning av om gärningsmannen "handlar i strid med kravet på ett försvarligt uppträdande". Man kan med instämmande med Gorm Toftegaard Nielsen påstå att allmänna bestämmelser av detta slag ger svag vägledning åt rättstillämparen.¹

I Danmark och i Sverige saknas motsvarande explicita bestämmelser om vad som förstås med oaktsamhet. Avgörande blir ställningstaganden i den straffrättsliga doktrinen och domstolsavgöranden, särskilt vägledande avgöranden av de högsta domstolarna.

3. I doktrinen gör man en skillnad mellan *medveten och omedveten oaktsamhet*. Nils Jareborg har beskrivit dessa två oaktsamhetsformer och skillnaden mellan dem på följande sätt:² Medveten oaktsamhet (*luxuria*) är identisk med misstanke, tveksamhet, och skiljer sig således från uppsåt endast däri att uppsåtprövningen (idag likgiltighetsbedömningen) utfaller negativt. Den som är medvetet oaktsam har tillfälle att rätta sig efter lagen. Stöd för ansvar ges av konformitetsprincipen ("det är orättfärdigt att straffa den som inter har kunnat rätta sig efter lagen"). Men gärningsmannen är mindre klandervärd än den som handlar uppsåtligt, eftersom hans (hennes) likgiltighet är av mindre förkastligt slag: gärningsmannen är blott likgiltig inför risken att något händer eller föreligger.

Omedveten oaktsamhet (*negligentia*) utgör sådana fall då "gärningsmannen hade en skälig anledning att anta, eller borde ha förstått att en följd skulle inträffa eller att en viss omständighet förelåg". Uttrycket "borde ha förstått" är egentligen en förkortning av "skulle ha förstått, om han (hon) hade gjort vad han (hon) borde ha gjort". Omedveten oaktsamhet är alltså detsamma som att gärningsmannen skulle ha på relevant sätt förstått att han orsakade något visst eller att någon viss omständighet förelåg, om han (hon) hade gjort något som han (hon) hade förmåga och tillfälle att göra och som han (hon) borde ha gjort. Den relevanta förståelsen är visshet, tro eller misstanke, vilket betyder att konformitetsprincipen upprätthålls.

4. Med avseende på den bedömning som ska göras då det gäller att avgöra om en gärningsman i en viss situation har handlat oaktsamt kan något mer konkret följande sägas. Då det gäller medveten oaktsamhet görs bedömningen – på samma sätt som vid bedömningen av likgiltighetsuppsåt – i två steg. Det gäller först

1 Gorm Toftegaard Nielsen: *Strafferet I. Ansvar*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2013, s. 101.

2 Nils Jareborg: *Straffrättens ansvarslära*. Skrifter från Juridiska fakulteten i Uppsala 46. Justus Förlag 1994, s. 211–213.

att fastställa gärningsmannens uppsåt. Vilken var gärningsmannens subjektiva bedömning i gärningsögonblicket i fråga om sannolikheten (risken) för att en viss omständighet föreligger (uppsåt i förhållande till gärningsomständighet), respektive hans (hennes) insikt om sannolikheten (risken) för att en viss följd ska realiseras på grund av handlingen? Denna bedömning gäller alltså gärningsmannens individuella bedömning och inte den sannolikhet eller risk som kan bestämmas med stöd av en objektiv bedömning. Det krävs att gärningsmannen verkligen har gjort sig en viss föreställning om sannolikheten (risken). Detta kan också uttryckas med att han (hon) minst har handlat medvetet oaktsamt.³ I handlingsögonblicket insåg gärningsmannen att en relevant risk eller sannolikhet fanns.

Det andra ledet gäller frågan om hur gärningsmannen förhöll sig till det som han eller hon insåg, och utgången av denna bedömning avgör om fråga är om likgiltighetsuppsåt eller medveten oaktsamhet. Om gärningsmannen i gärningsögonblicket var likgiltig i förhållande till den omständighet som han insåg vara möjlig, eller var likgiltig inför möjligheten att den följd av handlingen som han hade insikt om förverkligades, handlar det om likgiltighetsuppsåt. Möjligheten att omständigheten förelåg eller att följden inträffade var inte ett relevant skäl för honom (henne) att avstå från att utföra gärningen. I rättsfallet *NJA 2004 s. 176* formulerade HD tre avgörande kriterier för en sådan likgiltighetsbedömning: kan gärningsmannens handlande betecknas som hänsynslöst, var gärningsmannen i handlingsögonblicket i en mycket upprörd sinnesstämning eller hade gärningsmannen ett personligt intresse av gärningens utfall.⁴

Om gärningsmannen inte kan visas ha varit likgiltig till omständighetens existens eller följdens inträffande har han eller hon inte handlat med uppsåt, men varit oaktsam i förhållande till omständigheten eller den relevanta följden.

5. *Omedveten oaktsamhet* karaktäriseras som ovan angetts av att gärningsmannen hade skälig anledning att anta, eller borde ha förstått att en viss följd skulle inträffa eller att en viss omständighet förelåg. Han saknade sådan relevant insikt som han (hon) hade förmåga och tillfälle att få genom att handla på ett annat sätt. Också i detta fall görs bedömningen i två led. Det första ledet består i att man utreder vad gärningsmannen skulle ha gjort för att komma till relevant tro eller misstanke. "Ofta är det något tämligen enkelt som skulle leda därtill, nämligen ett utnyttjande av tankeförmåga och förstånd. Detta kan ske på många sätt: genom att tänka (efter), vara uppmärksam, skaffa information, skaffa hjälp för att få information, utöva självkontroll, sätta sig i stånd att ha information tillgänglig (t.ex. genom

3 Per Ole Tråskman: Narkotikastraffrätten. Norstedts Juridik 2012, s. 114–115.

4 Tråskman, i fotnot 3 a.a., s. 113.

att föra anteckningar, bokföring), osv.”⁵ Vid denna bedömning ska man alltid beakta gärningsmannens personliga förmåga vid tillfället ifråga. Bedömningen är alltså situationsspecifik och subjektiv. ”Han kanske råkade i panik och förlorade förmågan att tänka sig för”.⁶

Det andra ledet är sedan en klandervärdhetsbedömning. Den går vanligen ut på att motivera att något som gärningsmannen hade förmåga och tillfälle att göra och som skulle ha lett till relevant tro eller misstanke (insikt) också är något som han (hon) borde ha gjort. Han (hon) borde ha tagit tillbudstående tillfälle i akt för att få relevant insikt.

Bedömningen *av omedveten oaktsamhet är individinriktad och situations-specifik*. Men den innehåller särskilt i praktiken också mer objektiva överväganden. Detta sker vanligen genom att ty sig till standarder: finns det ett sedvanligt handlingssätt i den typ av situationer som det handlar om, finns det särskilda standarder för hur man ska bete sig i denna typ av fall eller finns det särskilda explicita eller implicita preventiva regler som ska följas?⁷ I den introducerande läroboken *Straffansvar* beskrivs culpabedömningen på följande sätt:⁸

Oaktsamhet är en s.k. *standard*, dvs. ett rättsligt begrepp som får sin innebörd av utomrättsliga regler stadd i kontinuerlig förändring. Klart är dock att oaktsamhet i straffrättslig mening alltid innebär en avvikelse från önskvärt handlande – från önskvärd aktsamhet. Vidare är klart att det krävs ett visst minimum av oaktsamhet för att grunda straffansvar. Obetydliga avvikelser från det aktsamma handlandet räcker inte.

[...] Hur konstaterar då domstolen om en avvikelse, dvs. aktsamhet/culpa, föreligger. Domstolarnas culpabedömning kan indelas i två led. Enligt *det första ledet* har domstolen att fastställa vilka anspråk på aktsamhet som kan ställas på området ifråga. [...] Först söker man formulera den önskvärda aktsamheten. Riktlinjer för denna culpabedömning kan ibland hämtas från förhållningsregler i lag eller annan författning eller i föreskrift som myndighet meddelat. [...] Finns ingen ordnings-, säkerhets- eller skydds-föreskrift, får culpabedömningen ytterst baseras på den aktsamhet som en normalt försiktig person, en ”bonus pater familias”, eller kanske domaren själv har.

5 Nils Jareborg: Allmän kriminalrätt. Iustus Förlag 2001, s. 321.

6 Jareborg, fotnot 5 a.a., s. 321.

7 Toftgaard Nielsen, fotnot 1 a.a., s. 102–104.

8 Madeleine Leijonhufvud & Suzanne Wennberg: *Straffansvar*. Sjunde upplagan. Norstedts Juridik 2004, s. 61–63.

[...] Enligt *det andra ledet i bedömningen* har domstolen att motivera att *det kunnat begäras just av den individuella gärningsmannen* att han i den aktuella situationen iakttog erforderlig aktsamhet.

Denna framställning av oaktsamhetsbedömningen kan kritiseras bl.a. på grund av att den i många fall är alltför förenklad. Det är inte rationellt att först fastställa den aktsamhetsnorm som ska tillämpas och först därefter bedöma om gärningsmannen hade haft möjlighet och förmåga att följa den. Oaktsamhetsbedömningen är i grunden individuell och situationsspecifik och det är därför grundläggande att börja med den individuella bedömningen av tillfälle och förmåga. Vad som är mer väsentligt är frågan om de möjliga standardernas betydelse.

6. Det finns grundläggande två slags *standarder som har relevans*. Det är som nämnts ovan normer som grundas på vad som är *sedvanligt handlingssätt* i den typ av situationer som det handlar om, alltså beteenderegler som bygger på uppfattningen om vad som är normalt i en viss typ av situationer och relationer och sedan det finns särskilda *explicita eller implicita preventiva regler* i annan lag eller i annan författning eller i ordnings-, säkerhets- eller skyddsföreskrift som myndighet har meddelat.

Det finns inget tvivel om att preventiva regler ofta i praktiken har en avgörande betydelse vid bedömningen av om en person har varit oaktam. Det är fallet när det gäller brott och förseelser i trafiken, miljöbrott, arbetsmiljöbrott och brott i andra sammanhang som regleras med tekniska säkerhets- och skyddsföreskrifter. Men frågan är om de utgör den enda utslagsgivande normen vid aktsamhetsbedömningen? Frågan är omtvistad och t.ex. Alf Ross besvarar den kategoriskt nekande: "Politiforeskrifter er altså uden betydning for handlingens objektive retsstridighed (uforsvarlighed) i forhold til en vis skade. [...] Præventive love og foreskrifter kan næppe engang siges at være vejledende for uforsvarlighedsskønnet". Många andra rättsvetare har en annan eller en helt annan uppfattning.⁹

I *rättspraxis* finner man talrika fall då bedömningen av oaktamhet har skett närapå uteslutande eller till övervägande del med hänvisning till att gärningsmannen inte har följt fastställda föreskrifter, vanligen säkerhets- eller skydds-föreskrifter. Som exempel ska några fall nämnas.

Rättsfallet *NJA 1993 s. 86* handlade om ansvar för vållande till annans död och allmänfarlig vårdslöshet. Den anklagade var en lokförare som under färd inte hade varit uppmärksam på ljussignaler längs banan och som en följd av detta inte

9 Se Toftegaard Nielsen, fotnot 1 a.a., s. 103–104, inbegripet hänvisningen till Alf Ross.

sänkt tågets hastighet i enlighet med gällande säkerhetsföreskrifter. Detta ledde till en olycka med dödlig utgång. I domskälen anförs bl.a. följande:

SJ:s säkerhetsordning innehåller säkerhetsföreskrifter som anger bl a vilka åtgärder som lokföraren skall vidta när ett balisfel inträffar.¹⁰ Varje lokförare tilldelas ett personligt exemplar av säkerhetsordningen och den skall av honom medföras på tåget under färd. Ändringar i säkerhetsordningen tillkännages i ändringstryck, som delas ut till lokförarna, och anslås på deras ordertavlor. Viktigare ändringar behandlas även i SJ:s Meddelanden som också distribueras till lokförarna. En lokförare har att kontinuerligt ta del av en mycket stor mängd handlingar. Den information som rör för honom aktuella säkerhetsfrågor är emellertid av begränsad omfattning.

Av den anklagades egna uppgifter får anses framgå att han underlåtit att sätta sig in i de aktuella ändringarna i säkerhetsordningen. Det innebär att han under tre och ett kvarts år framfört tåg utan att känna till vilka åtgärder det enligt gällande säkerhetsföreskrifter ålåg honom att vidta vid balisfel. Med hänsyn till att det varit fråga om föreskrifter av stor vikt för trafiksäkerheten måste hans underlåtenhet att ta del av dem bedömas som en allvarlig försummelse.

Vid en samlad bedömning av de omständigheter som sålunda är att beakta finner HD att den anklagades förfarande är så klandervärt att det innefattar straffbar oaktsamhet. Av särskild betydelse vid denna bedömning är den anklagades underlåtenhet att iaktta gällande säkerhetsföreskrifter vid balisfel. På grund av det anförda kan han inte undgå ansvar för vållande till annans död och allmänfarlig vårdslöshet.

Underlåtenhet att följande gällande föreskrifter är ofta den väsentliga grunden för bedömning av oaktsamhet vid medicinska ingrepp. Flera exempel på detta från dansk rättspraxis refereras i en artikel skriven av Søren Birkeland.¹¹

Ett omdiskuterat svenskt fall gällande vållande till annans död, som också aktualiserade gällande säkerhets- och skydds-föreskrifter, är *RH 1998:51*. Fråga var om rorsmännens ansvar för att åtta personer omkommit i samband med forsfärd i en älv. De anklagade rorsmännen var båda utbildade forsrännare och de hade

10 Balis är en del av en telekommunikationsutrustning och placerad mitt i ett järnvägsspår. Balisen sänder information om kommande bansträcka till ett passerande tåg.

11 Søren Birkeland: Sundhedspersoners strafansvar for grovere eller gentagen forsømmelse eller skodesløshed. NTFK 2018, s. 334–356.

envar fört befäl i en 4,3 meter lång gummibåt av forstyp. I var och en av de två båtarna, som framförts som paddelbåtar fanns sammanlagt sju personer ombord. Samtliga ombord utom en deltog som paddlare. Några kilometer nedströms älven har båtarna kapsejsat under passage genom en fors, varvid sammanlagt åtta personer omkommit genom drunkning.

Vid fastställandet av rorsmännens ansvar tillämpades dels gällande bestämmelser i Sjölagen och dels säkerhetsföreskrifter som den kommersiellt verksamma branschorganisation, Forsföretagens Riksorganisation i Sverige utfärdat tillsammans med Sjöfartsverket. Domstolen fastslog att de två rorsmännen handlade med det ansvar som befälhavaren på ett fartyg har och detta betyder bland annat att han ska se till att fartyget framförs och handhas på ett sätt som är förenligt med gott sjömansskap. Han ska känna till de påbud och föreskrifter om sjöfarten som gäller för de farvatten som fartyget ska trafikera och på de orter som det skall anlöpa. Säkerhetsföreskrifterna som utfärdats av Forsföretagens Riksorganisation i Sverige innehåller bl.a. föreskrifter om vilken utrustning passagerarna ska ha. Samtliga ska vid forsfärd bära flytvästar av ett visst kvalificerat slag och när risk för köldchock föreligger ska samtliga passagerare bära våtdräkt eller motsvarande. Föreskrifter innehåller också ett relativt omfattande avsnitt om turregler. I dessa anges i första punkten att aktuella fakta om väder och vattenstånd ska inhämtas och beaktas.

Hovrätten fann att de två anklagade i flera avseenden hade underlåtit att följa föreskrifterna och kravet på gott sjömanskap. De borde för det första ha sett till att alla i båtarna hade burit våtdräkter. Det förhållandet att det inte fanns våtdräkter att tillgå förändrar inte denna bedömning eftersom någon forsfärd i så fall inte borde ha ägt rum. De hade också i övrigt gjort sig skyldiga till oaktsamhet genom att inte anpassa turens svårighetsgrad efter rådande förhållanden samt genom att inte under resan med erforderlig noggrannhet iaktta vattenföringen i fors. De borde inledningsvis ha undersökt vattenståndet och inte förlitat sig till sina tidigare mycket begränsade erfarenheter från forsfärder i samband med vårflod. De har inte heller kontrollerat vattentemperaturen. Därtill borde de – som säkerhetsföreskrifterna anger – ha landrekognoscerat fors. Rorsmännen borde i vart fall ha iakttagit vattenföringen vid den högklassade fors för att göra en bedömning av storleken på den vals som fanns där. Vid en sådan rekognoscering skulle de ha kunnat iaktta att valse skulle ha varit omöjlig att passera och att de i stället borde ha valt annan färdväg eller ha ställt in den planerade forsfärden. – De var därför ansvariga till vållande till annans död.

7. Gällande skydds- och säkerhetsföreskrifter har alltså en klar betydelse för fastställande av möjlig oaktsamhet och är därför i sig viktiga explicita aktsamhetsnor-

mer. Men de har inte alltid den avgörande betydelsen. En person kan också dömas för oaktsamhet i fall då han eller hon har iakttagit de gällande föreskrifterna. Ett exempel från Sverige får illustrera detta.

Rättsfallet avgjordes genom *Svea hovrätts dom 2015-01-21*. Den anklagade dömdes med stöd av 3 kap 9 § brottsbalken för framkallande av fara för annan. Stockholms tingsrätt hade på motsvarande sätt dömt honom för samma brott i dom meddelad 2014-04-30. Den gärning som domen avser beskrivs i åklagarens ansvarsyrkande på följande sätt:

Den anklagade har den 31 augusti 2009 på Gärdet i Stockholm av grov oaktsamhet utsatt annan för livsfara eller fara för svår kroppsskada och därigenom framkallat fara för annan genom att företa en landning med helikopter trots att ett stort antal personer varav många barn funnits i omedelbar närhet till den plats i Gärdet där landningen företogs. Såväl barn som vuxna fick springa undan från den plats där landningen företogs.

Vid utredningen i målet fann domstolen det bevisat att det kan vara förenat med livsfara eller fara för allvarlig kroppsskada om någon människa kommer i kontakt med en helikopters stjärtrotor som är i gång. Det var också utrett att den aktuella stjärtrotorn vid helikopterlandningen var i gång efter landningen och att den var placerad på sådan höjd att såväl vuxna som barn hade kunnat nå den. Med tanke på de risker som därför är förknippade med en helikopterlandning har vissa säkerhetsföreskrifter utfärdats genom den offentligt rättsliga regleringen. Utredningen i målet gav inte belägg för att den anklagade vid den aktuella landningen hade försummat att iaktta den specifika regleringen för säker landning som framgick av föreskrifterna. Han hade således inte brutit mot föreskrifterna om säker landning. Vad han anklagades och dömdes för var att platsen för landningen i sig var olämplig för landningen vid den tidpunkt då den gjordes. Sammantaget bedömde domstolarna att det genom den utredning som åklagaren hade lagt fram var utrett att det inte hade varit lämpligt att landa på platsen vid det aktuella tillfället på grund av att människor inte hade hållit nödvändigt säkerhetsavstånd till helikoptern, människor hade befunnit sig i triangeln där helikoptern skulle landa och att människor fanns i närheten av stjärtrotorn som var i gång också efter landningen.

Den anklagade hade på grund av detta genom landningen av grov oaktsamhet framkallat fara för annan. Den konkreta faran har särskilt bestått i att en pojke (som var 6 år) stoppats från att springa fram till helikoptern ”inte långt från stjärtrotorn” och att en vuxen kvinna och hennes dotter (som var 4 år) fått springa från den plats där helikoptern skulle landa. Enligt rätten var ”faran eller

riskan för att någon av dem skulle drabbas av livsfara eller svår kroppsskada inte försumbar". När det gäller pojken som sprang mot helikoptern var faran eller risken för att han vid kontakt med stjärtrotorn skulle ha drabbats av livsfara eller i vart fall svår kroppsskada enligt tingsrättens bedömning beaktansvärd om han inte hade stoppats av sin far.

8. Då beteendenormer som anger vad som är eller ska vara "sedvanligt handlingsätt" används vid oaktsamhetsbedömningen blir problemet att de alltid är mer vaga och osäkra än de skrivna föreskrifterna. På motsvarande sätt ska man räkna med att deras betydelse som aktsamhetsnormer är mindre vid oaktsamhetsbedömningar än föreskrifternas. Men det finns exempel på att sedvanligt och därigenom förväntat handlingsätt också får betydelse vid fastställande av personlig oaktsamhetsskuld. Också ett par sådana fall från svensk rättspraxis ska refereras.

Göta hovrätts dom (2018-03-21, b 2303-17) handlar om vapenbrott enligt 9 kap. 1 § andra stycket vapenlagen. Enligt åtalet hade den anklagade innehaft en fungerande pistol utan att ha rätt till det. Pistolen var en startpistol som ändrats genom att piploppet öppnats så att det blev möjligt att skjuta skarp ammunition. Pistolen hade tillhört den anklagades döda far och ingick efter hans död i arvet efter honom. Den anklagade trodde inte att vapnet var licenspliktigt på grund av att det var en startpistol. Han hade därför inte uppsåt att inneha ett vapen utan rätt därtill.

Men enligt vapenlagen är innehav av vapen utan giltig licens straffbart också då det begås av oaktsamhet. Och detta menade hovrätten vara fallet. Till denna del hade domskälen följande innehåll:

Det kan förväntas att en normalt aktsam person vidtar vissa åtgärder för att säkerställa att innehav av vapen är lagenligt. En viss undersökningsplikt krävs alltså. Detta gäller oavsett om vapnet kan misstänkas vara modifierat eller inte, eftersom även startpistoler kan vara tillståndspliktiga. Den anklagade har inte tagit kontakt med polisen eller på något annat sätt försökt skaffa sig tillräcklig kunskap för att försäkra sig om huruvida det varit fråga om ett tillståndspliktigt vapen eller inte. Det får anses särskilt viktigt att vidta nödvändiga undersökningsåtgärder när någon tillgänglig dokumentation om vapnet inte finns. Hovrätten anser att den anklagade inte har fullgjort den undersökningsplikt som får anses ha ålegat honom i hans egenskap av innehavare av vapnet.

Göta hovrätts dom (1 februari 2018, B 2220-17) handlar om vållande till kroppsskada enligt Brottsbalken 3 kap. 8 §. Bakgrunden till brottmålet var följande: Den anklagade hade en 20 månader gammal son. Den aktuella dagen var de två på tumanhand. Den anklagade hade bestämt sig för att duscha medan sonen satt i vardagsrummet där han såg barnprogram på TV. Mellan badrummet och vardagsrummet finns bara en tunn gipsvägg. Den anklagade kunde därför höra sonen genom väggen. Han var 15–20 minuter i badrummet medan sonen var utan uppsikt i vardagsrummet. Ett fönster stod öppet i sovrummet, men endast med en glipa. Fönsterspärren var trasig men fönstret var trögt att öppna. Framför fönstret stod en cirka 50 centimeter hög säng och den anklagade menade att den var så hög att sonen inte kunde klättra upp på den och inte heller öppna fönstret. Men sonen hade medan fadern duschade lyckats med allt detta. Han hade därefter fallit ut genom fönstret på landat på gräsmattan omkring 8 meter nedanför. Han fick bland annat frakturer på höftben/bäcken och armbåge, slitskador på levern och njure samt stötskador på lungorna. På grund av detta ställdes fadern till ansvar.

Då det gäller ansvarat för oaktsamhet konstaterade hovrätten att vissa omständigheter talade emot att den anklagade hade handlat oaktsamt. Den anklagade hade varit av uppfattningen att sonen inte haft förmåga att klättra upp på sängen och att han av detta skäl ansett sig kunna ställa sängen som ett hinder framför fönstret. Han menade också att han kunde höra sonen genom den tunna gipsväggen till badrummet. Han hade också bedömt att fönstret inte gick att öppna vidare utan en viss kraft.

Men trots detta hade den anklagade brustit i sin aktsamhetsplikt. Sonens mor hade påtalat för den anklagade att sonen klättrade mycket och att man måste hålla uppsikt över honom. Enligt henne kunde man därför inte lämna sonen ensam, t.ex. när man var på toaletten. Trots detta hade den anklagade uppehållit sig i badrummet under i vart fall femton minuters tid med stängd dörr och utan att hålla sonen under uppsikt. Detta hade skett då fönstret var på glänt och saknat vädringsspärr. Detta är ett så stort avsteg från det normalt aktsamma att det måste anses så klart klandervärt att det innefattar straffbar oaktsamhet. Den anklagade ansvarade därför för vållande till kroppsskada. – Men det ska noteras att ett av hovrättsråden och en av nämndemännen bedömde att fråga inte var om straffbar oaktsamhet.

9. Beteendenormer som anger vad som är eller ska vara "*sedvanligt handlingsätt*" är alltid mer *vaga och osäkra*. Man kan med goda skäl påstå att en oaktsamhetsbedömning som grundas på sedvanligt handlingsätt leder till rättsosäkerhet. Domstolarna har för det första vad som har kallats "*censurbefogenhet*": alltså en möjlighet och rätt att bedöma att gärningsmannen har handlat oaktsamt till trots

för att han bara har handlat på det sätt som är normalt och brukligt. För det andra har en domstol ofta svårt att finna fram till vad som är ett normalt sätt att bete sig. ”Det må [...] understreges, at det er vanskeligt for en dommer at foretage en uagtsomhedsbedømmelse, hvis han ikke ved, hvad der er kutyme eller lignende indenfor det pågældende område”.¹² Om det handlar om ett visst specialområde kan hjälp alltid sökas genom att bygga bevisningen på den specialkunskap som finns inom området. Men då man inför oaktsamhetsansvar på områden där sådan specialkunskap inte finns blir avgörandet mycket osäkert – domens utfall blir mer eller mindre villkorlig.

Gorm Toftegaard Nielsen har i sin straffrättslärobok konstaterat att denna rättsosäkerhet kan vara så stor att man ska avstå från en kriminalisering.¹³

Dette er f.eks. nærliggende i forhold til drøftelse af et uagtsomhedsansvar for voldtægt. Hvordan burde tiltalte have opfattet kvindens signaler? Vi er her på et område, hvor der ikke er nogen særlig ekspertise at spørge til råds, ligesom det langt fra er sikkert, at dommeren har et virkeligt bredt spekter af erfaringer. Er det ønskeligt, at forholdet skal afgøres efter dommerens egne normer? Er det nogen grund til at tro, at det er de samme normer, som tiltalte eller ofret opererer med?

10. Detta leder oss tillbaka till den svenska kriminaliseringen av *oaktsam våldtäkt* och oaktsamt sexuellt övergrepp. Bestämmelserna infördes 2018 i samband med den reform som då gjordes av sexualbrottsbestämmelserna. Kärnan i gärningsbeskrivningen för oaktsam våldtäkt är att en person som har samlag etc. med en annan person och som är ”grovt oaktsam beträffande omständigheten att den andra personen inte deltar frivilligt” begår en oaktsam våldtäkt. I förarbetena till bestämmelsen anfördes att straffansvaret ska förutsätta grov oaktsamhet, och att detta i första hand omfattar *medveten oaktsamhet*, dvs. fall där gärningsmannen faktiskt har insett att det kan vara så att deltagandet i den sexuella handlingen inte är frivilligt, men ändå har valt att genomföra handlingen. Men man tillade att i begreppet grov oaktsamhet också ingår de mer klandervärda fallen av *omedveten oaktsamhet*.¹⁴

Det betyder att också fall då gärningsmannen inte insåg att samlaget inte var helt frivilligt för den andra partnern, men kunde ha gjort något för att komma till denna insikt *och detta är något som denne verkligen borde ha gjort*, ska träffas

12 Toftegaard Nielsen, fotnot 1 a.a., s. 103.

13 Toftegaard Nielsen, fotnot 1 a.a., s. 103.

14 Prop. 2017/18:177, s. 45–49.

av ansvaret. Bestämmelsen innebär alltså att såväl medveten oaktsamhet som grövre former av omedveten oaktsamhet kommer att omfattas. – Den springande punkten är när en person i en samlagssituation "verkligen borde ha gjort" något, och i så fall vad, för att komma till insikt som han (hon) saknade för att finna ut av att hans (hennes) sexualpartner inte frivilligt ville genomföra ett samlag. Hur ser denna aktsamhetsnorm ut?

I förarbetena formuleras följande riktlinjer:¹⁵

Även mer påtagliga fall när gärningsmannen inte misstänker, alltså inte inser risken för, att deltagandet är ofrivilligt, men borde ha gjort det omfattas av straffansvar. I dessa fall krävs för ansvar att det finns något som personen kunde ha gjort för att komma till insikt och att det också är något som denne verkligen borde ha gjort. Ofta är det som personen kan göra för att komma till insikt något ganska enkelt, som att fråga eller tänka efter. Vad som bör göras beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Skyldigheten att vidta någon åtgärd ökar ju tydligare tecken det finns hos den andra personen på att deltagandet inte är frivilligt. Om en person t.ex. beter sig på ett sätt som indikerar att denne är mycket berusad är det en omständighet som talar för att gärningsmannen borde inse att personen befinner sig i en särskilt utsatt situation och därmed inte kan anses delta frivilligt. Omedveten oaktsamhet skulle alltså kunna bedömas som grov om gärningsmannen inte har bemödat sig om att t.ex. kontrollera de närmare förhållandena, trots att det funnits starka skäl att göra det. Regleringen avser inte att träffa varje fall där det i efterhand går att säga att det kan ha funnits anledning att vidta ytterligare åtgärder för att komma till insikt. Det fordras att oaktsamheten i det enskilda fallet framstår som klart klandervärd.

11. *Stockholms tingsrätt* gav i oktober 2018 den första domen för oaktsam våldtäkt. Den anklagade mannen hade inte uppsåt att våldta den kvinna som han hade haft samlag med, men varit "grovt oaktsam" inför risken att hon inte deltog frivilligt.¹⁶ Av handlingarna i målet framgår att kvinnan – som tingsrätten anför – "gav dubbeltydiga signaler". Kvinnan berättade själv bland annat att hon själv tog av sig tröjan, klamrade sig fast runt den anklagades kropp när han bar henne till sängen, pratade om att de skulle använda kondom, och att hon sade nej först

15 Prop. 2017/18:177, s. 85.

16 <http://www.dagensjuridik.se/2018/10/doms-forsta-fallet-av-oaktsam-valdtakt-borde-ha-fragat-kvinnan-efter-tvetydiga-signaler>.

i ett sent skede. Hon medger också att den anklagade slutade när hon slutade göra motstånd.

Bland annat detta gjorde att tingsrätten inte ansåg att gärningsmannen hade uppsåt till våldtäkt: "Mot bakgrund av detta och vad som framkommit av parternas konversation på Tinder direkt efter händelsen är det enligt tingsrätten inte visat att den anklagade vid tidpunkten för händelsen uppfattade att det förelåg en hög risk för att målsäganden inte deltog frivilligt eller att han var likgiltig inför det förhållande att hon inte deltog frivilligt."

På vissa punkter avvek de två involverade personernas berättelser betydligt från varandra – så som fallet ofta är i fall som gäller våldtäkt. Kvinnan uppgav att hon varit rädd. Hon blev chockad när mannen "mitt i en konversation" kysste henne och i princip omedelbart började ta på hennes kropp varvid det uppkom en fysisk kamp där kvinnan upplevde att mannen uppfattade hennes motstånd som "en utmaning". Sitt beteende förklarade hon med att hon försökte få kontroll över situationen genom att få kontakt med den tilltalade istället för att drabbas av panik. Det fanns inga flyktvägar utan hon var hemma hos en man som var dubbelt så stor som hon i en stad hon inte kände till. "För att kunna ta sig ut ur lägenheten levande ville hon inte göra den anklagade upprörd."

Samtidigt försökte hon skydda sig. I domskälen sägs att hon försökte skydda sitt underliv med sina händer vid flera tillfällen men den anklagade tog bort dem varje gång samtidigt som han försökte påbörja en penetration. Det var då hon sade, "vänta, ska vi inte ha kondom"? Till slut fick hon panik när mannen tog ett hårt strypgrepp på henne och då bestämde sig för att sluta göra motstånd under samlaget. Detta fick mannen att sluta frivilligt och hon lämnade därefter lägenheten.

Mannes berättelse avvek betydligt på vissa punkter. Han nekade till brott och uppgav att han och kvinnan hade haft ett frivilligt och "passionerat" samlag. Han förklarade att han trodde att de "lekte och att det var ett förspel" när han brottades med kvinnan och att hon under händelseförloppet aldrig sade nej utan tvärt om gav ifrån sig "ljud av njutning". Då kvinnan slutade göra motstånd såg han en sådan förändring i kvinnans beteende att han avslutade samlaget. Efter en stund reste kvinnan sig från sängen och nämnde något om att han var känslomässigt frånvarande. Han tyckte det var ironiskt då han hela tiden hade försökt göra det bra för henne. Han kände sig frustrerad och stängde av.

I sin dom understryker tingsrätten att den som vill ha sex med någon som förhåller sig passiv eller ger "dubbelydiga signaler" har en skyldighet att verkligen ta reda på om att den andra personen vill delta. "Eftersom tingsrätten har funnit det bevisat att X insåg risken för att MÅ inte deltog i samlaget och de andra sexuella handlingarna frivilligt, dvs. att han var medvetet oaktsam, finner tingsrätten det

bevisat att han varit grovt oaktsam beträffande omständigheten att MÅ inte deltog frivilligt.” Den anklagade dömdes till 1 år fängelse. Han överklagade inte domen.

12. Uppfyller tingsrättens dom *kravet på rättssäkerhet* eller ger den belägg för att oaktsamhetskriminaliseringar av gärningar som sker på områden där det inte finns specifika säkerhets- och skyddsföreskrifter eller andra tydliga preventiva regler leder till tvivelaktiga domar?

Bestämmelsen om våldtäkt är straffrättsligt sett en besvärlig bestämmelse och den senaste rättsutvecklingen har inte ändrat på detta.¹⁷ Detta smittar också av på tillämpningen av bestämmelsen om oaktsam våldtäkt. Här ska bara ett problem beröras.

Avgörande för gärningens straffbarhet är om sexualpartnern deltagit i samlaget etc. frivilligt eller inte. Frivilligheten testas då den sexuella handlingen företas. Bestämmelsen har blivit mycket situationsspecifik. Ett uttalande i förväg av en person att han eller hon vill delta i en sexuell handling innebär inte att en senare genomförd sexuell handling ska anses vara frivillig. Det frivilliga deltagandet måste även föreligga under hela det sexuella förloppet. En person kan när som helst ångra sitt besluta att delta i en sexuell handling – eller att delta i ett nytt moment av den.¹⁸

Våldtäktsbestämmelsen ger utrymme för flera relevanta delmoment i ett förlopp som innehåller sexuella handlingar. Detta följer av att den straffbara gärningen kan vara av olika slag: ett klassiskt vaginalt samlag, ett analt samlag, ett oralt samlag, ett samlag som består i att en kvinna penetreras med fingrar eller med ett föremål etc.

Det betyder att ett frivilligt samlag kan förvandlas till en våldtäkt under det sexuella förloppet, t.ex. när den ena sexualpartnern under det vaginala samlaget sticker in ett finger i sexpartners anus om den ursprungliga frivilligheten inte omfattar också detta. – Också en sådan sexuell situation kan föranleda en bedömning av om fråga är om en oaktsam våldtäkt. Borde och kunde personen ha insett att hans (hennes) sexualpartner inte önskade denna form av sex?

13. Straffbarheten för oaktsam våldtäkt (och oaktsamt sexuellt övergrepp) är begränsat till fall då gärningsmannen har varit *grovt oaktsam*. Uppdelningen av oaktsamheten mellan oaktsamhet (av normalgraden) och grov oaktsamhet sammanfaller inte med uppdelningen i omedveten och medveten oaktsamhet,

17 Per Ole Träskman: Vad är en våldtäkt. Festskrift till Karsten Åström. Juristförlaget i Lund 2016, s. 507–519.

18 Per Ole Träskman & Suzanne Wennberg: Brottsbalken. En kommentar. Kap. 1–12. Norstedts Juridik. Blå Biblioteket. Supplement 13. Juli 2018, s. BrB 6:1 s. 4.

utan anger skilda grader av klandervärdhet. I allmänhet är en handling som begås medvetet oaktsamt mer klandervärd än en handling som begås omedvetet oaktsamt. Men alla handlingar som är medvetet oaktsamma behöver inte uppfattas vara grovt oaktsamma. Man kan bara räkna med att medveten oaktsamhet *ofta* ska klassificeras som grov oaktsamhet.¹⁹ Avgörande för klandervärdhetsbedömningen blir framför allt betydelsen av att iaktta aktsamhet i samband med ifrågavarande aktivitet eller aktuell handling och bedömningen av hur betydande och uppenbar avvikelser från den förutsatta aktsamhetsnormen har varit. Som en enkel tumregel kan man anföra att glömska, förbiseende eller misstag, samt bristande koncentration vid uppgifter som inte kan kallas svåra och krävande, inte anses vara grov oaktsamhet.²⁰

I det rättsfall som refererats ovan fann domstolen att den anklagade hade varit medvetet oaktsam och bedömde oaktsamheten som grov. Man kan med fog ifrågasätta om detta verkligen var fallet med stöd av den individuella och gärnings-specifika oaktsamhetsbedömning som ska göras med beaktande av helheten av alla relevanta omständigheter. I förarbetena betonas ju att bedömningen av om någon har varit grovt oaktsam ska ta sin utgångspunkt i vad som är styrkt om gärningen och omständigheterna runt densamma. Avsikten är att ansvaret endast ska träffa sådana gärningar där gärningsmannens handlande, trots frånvaron av uppsåt, är påtagligt straffvärt. Det fordras alltså att oaktsamheten i det enskilda fallet verkligen är klandervärd.²¹

14. De nya bestämmelserna om oaktsam våldtäkt och oaktsamt sexuellt övergrepp innehåller också en *ansvarsfrihetsregel* (BrB 6 kap. 1 § stycke 2 respektive 6 kap. 3 § stycke 2). "Om gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig, ska det inte dömas till ansvar." Enligt förarbetena ska ansvarsfrihetsregeln framför allt tillämpas i fall då förfarandet, om gärningsmannen hade haft uppsåt i förhållande till att partnern inte deltar frivilligt i samlaget, skulle ha blivit bedömt enligt den lindrigaste graden av våldtäktsbrottet.²²

Här hänvisas till den del av våldtäktsbestämmelsen som anger att en lägre straffskala ska tillämpas då "brottet med hänsyn till omständigheterna är att anse som mindre grovt". Vid bedömningen av detta ska beaktas vilken kränkning den sexuella handlingen har medfört målsäganden och vilken typ av beroendeställning som möjligen har utnyttjats vid brottets begående. Från tidigare rättspraxis

19 Jareborg, fotnot 2 a.a., s. 325.

20 Per Ole Tråskman: Miljöstraffrätten. Miljökontroll, miljöbrott och brottspåföljder. Norstedts Juridik 2010, s. 98.

21 Prop. 2017/18:177, s. 45.

22 Tråskman & Wennberg, fotnot 18 a.a., s. BrB 6:2 a s. 2.

kan nämnas *NJA 2008 s. 482*. Den anklagade hade stuckit in sina fingrar i kvinnans underliv medan hon sov. Händelseförloppet hade varit kortvarigt och gärningsmannen hade dragit ut fingrarna omedelbart när kvinnan vaknat och sagt att hon inte var intresserad av sexuell samvaro. Varken våld eller hot förekom och inga heller några förödmjukande eller förnedrande inslag utom den fysiska beröringen.²³

15. Man kan säga att tillämpningen av oaktsamhetsbrotten alltid förutsätter *försiktighet*. Detta gäller särskilt i alla de fall då den åberopade aktsamhetsnormen inte är klart utformad som en explicit regel. Från rättspraxis kan nämnas avgörandet i *NJA 1991 s. 163* som också innehåller ett gott resonemang mellan bedömningen av oaktsamhet i skadeståndsrätten respektive straffrätten.

Fallet handlade om ansvar för ordföranden i en bostadsrättsförening för vållande till annans död för att han av oaktsamhet hade underlåtit att stänga av en skadad hiss. En pojke hade sedan klämts ihjäl när han använde hissen och stuckit ut sitt huvud genom det hål som hissen hade till följd av skadan:

I den juridiska litteraturen har behandlats förhållandet mellan den straffrättsliga bedömningen av vållandefrågor och den skadeståndsrättsliga (se t ex Strahl, Allmän straffrätt i vad avser brotten s 191 och 193, Hellner, Skadeståndsrätt, 4 uppl, s 54 ff med hänvisningar och Erenius i Svensk rätt i omvandling, s 143 ff). Den skadeståndsrättsliga bedömningen av vållandefrågor måste influeras av att skadeståndet bl a har ett reparativt syfte. Skadeståndet har komplicerade ekonomiska funktioner som står i samband bl a med möjligheterna att erbjuda skydd genom försäkring. Det kan också framhållas att den allmänna samhällsutvecklingen med uppkomst av nya skaderisker har lett till att domstolarna i vissa situationer tillämpat ett allt strängare aktsamhetskrav; i litteraturen har t o m hävdats att utvecklingen gått så långt att domstolarna i själva verket fingerar att oaktsamhet förelegat. När det gäller straffrättsligt ansvar gör sig andra synpunkter i första hand gällande. Straffet kan ses som en reaktion mot ett handlingssätt som medför eller kan medföra skada. Om det finns andra verk samma sanktioner än den straffrättsliga, saknas normalt anledning att ge en straffrättslig regel om oaktsamhet samma vidsträckta tillämpning som inom skadeståndsrätten. Överhuvudtaget kan sägas att principiella skäl talar för att man iakttar en viss försiktighet när det gäller tillämpningen av oaktsamhetsrequisitet i 3 kap 7 § BrB.

23 Träskman & Wennberg, fotnot 18.a.a., s. BrB 6:1. s. 12.

Den anklagade frikändes:

Såvitt framkommit kan J.A:s underlåtenhet att stänga av hissen inte tillskrivas ligkiltighet eller nonchalans, och det har inte ens påståtts att fråga var om ett medvetet risktagande från hans sida. Vad som ligger honom till last är att det tydligen inte föll honom in att det kunde vara förenat med risk för olycka att låta hissen kvarstå i drift. Anledning saknas till annat antagande än att han – eventuellt efter närmare undersökning – skulle ha stängt av hissen eller vidtagit annan lämplig åtgärd, om han hade föreställt sig möjligheten att någon olycksrisk kunde föreligga. Att J.A. inte räknat med möjligheten att någon kunde komma att sticka ut huvudet eller annan kroppsdel genom hålet i hisskorgen och inte heller tänkt på den fara som särskilt motvikten utgjorde om hissen kom i rörelse vid ett sådant beteende har visserligen utgjort en felbedömning. Hans bedömning av skadan och den därav föranledda underlåtenheten att stänga av hissen kan emellertid, med hänsyn till det tidigare anförda och omständigheterna i övrigt, inte anses innefatta en sådan klandervärd försummelse som skall föranleda straffansvar. På grund härav skall åtalet ogillas.

Också uttalanden i förarbetena till den lagändring som kriminaliserade oaktsam våldtäkt och oaktsamt sexuellt övergrepp betonar kravet på försiktighet: "Regleringen avser inte att träffa varje fall där det i efterhand går att säga att det kan ha funnits anledning att vidta ytterligare åtgärder för att komma till insikt. Det fordras att oaktsamheten i det enskilda fallet framstår som klart klandervärd. [...] Med denna nivå på oaktsamheten kommer ansvaret att träffa påtagligt straffvärda handlingar som de allra flesta uppfattar som klandervärda, samtidigt som viss återhållsamhet iakttas vid kriminaliseringen."²⁴

Vad man till sist kan konstatera är att en oaktsamhetskriminalisering som leder till rättsosäkerhet måste betecknas som oaktsam – till och med grovt oaktsam. Och detta kan också leda till önskad oaktsamhet vid tillämpningen.

24 Se närmare ovan punkt 10.

Kaarlo Tuori

Kriminalisoinnin ja dekriminalisoinnin perustuslaillisia reunaehdoja

1. Aluksi

Hallitus antoi vuoden 2017 valtiopäiville esityksen uudeksi tieliikenneläksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 180/2017 vp). Perustuslakivaliokunta arvioi esitystä lausunnossaan 8/2018 vp. Eduskunnan kesällä 2018 hyväksymä uusi tieliikennelaki (729/2018) tulee voimaan kesäkuun 1 päivänä 2020. Uusi tieliikennelaki korvaa nykyisen rikosoikeudellisen rikesakkojärjestelmän liikennevirhemaksulla, joka on luonteeltaan hallinnollinen seuraamus ja joka määrätään hallintolain (434/2003) mukaisessa järjestyksessä.

Tieliikennelakia koskeva hallituksen esitys ja perustuslakivaliokunnan siitä antama lausunto antavat oivan tilaisuuden keskustella kriminalisoinnin ja dekriminalisoinnin perustuslaillisista reunaehdoista sekä lainsäätäjän harkintavallasta seuraamusjärjestelmän valinnassa. Hallituksen esitys koskettaa myös yleisiä kysymyksiä perusoikeuksien merkityksestä lainsäädäntötyössä ja lainsäädännön tulkittamisesta joko perusoikeuksien toteuttamiseksi ja turvaamiseksi tai niiden rajoittamiseksi. Onko suomalainen perusoikeusdoktriini ajautunut äärimmäisyydestä toiseen, perusoikeuksien vähättelystä niiden ylikorostamiseen? Onko puhe perusoikeusimperialismista oikeutettua?

2. Perusoikeusimperialismia?

Suomalaisessakin keskustelussa varoitetaan toisinaan perusoikeusimperialismin vaaroista. Varoituksen sanoja on esitetty sekä yleisessä julkisessa että juristikunnan sisäisessä ammatillisessa keskustelussa. Yleinen julkinen keskustelu on usein

ollut sävyiltään demagogista. Siinä vallitsevan perusoikeustulkinnan on katsottu asettavan perustelemattomia rajoituksia lainsäätäjän työlle ja estävän esimerkiksi yleisen turvallisuuden lisäämiseen tähtääviä uudistuksia. Arvostelu on kohdistettu perusoikeuksien liialliseen suojavaikutukseen julkisen vallan – esimerkiksi yleisestä järjestyksestä ja turvallisuudesta huolehtivien viranomaisten – ja yksityishenkilöiden välisessä niin sanotussa vertikaalisuhteessa. Institutionaalisella ja henkilötasolla kritiikin kärki on kohdistunut perustuslakivaliokuntaan ja erityisesti sen asiantuntijoihin. Lakimieskunnan sisäisessä ammatillisessa keskustelussa on puolestaan kannettu huolta siitä, että perusoikeusnäkökohdat syrjäyttävät muiden oikeudenalojen, kuten siviilioikeuden tai rikosoikeuden, perinteisiä yleisiä oppeja ja samalla oikeuden vuosisataista kerrostunutta viisautta.¹

Pidän perusoikeuksien perinteisen vertikaalisen suojavaikutuksen korostumista pääosin myönteisenä kehityskulkuna. Viimeksi kuluneena 30 vuotena vertikaalista suojaa tarjoavat perusoikeudet – muutkin kuin vanhastaan vaalittu omaisuudensuoja – ovat saaneet Suomessa aivan uuden painoarvon, ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset, sittemmin myös EU:n perusoikeuskirja, ovat vaikuttaneet myös kansallisten perusoikeussäännösten tulkintaan. Perusoikeuskulttuurin murroksessa Suomeen kuitenkin kulkeutui erityisesti saksalaisesta doktriinista myös oppirakennelmia, joiden omaksumisesta voi todella seurata eräänlaisen perusoikeusimperialismin riski. Riski ei kuitenkaan liity niinkään perusoikeuksien suojavaikutukseen julkisen vallan ja yksityisten välisessä vertikaalisissa kuin yksityisten välisissä horisontaalisissa suhteissa. Tarkoittamalleni perusoikeusimperialismille avattiin portti perusoikeusuudistuksen toteuttaneessa hallituksen esityksessä, jossa esiteltiin saksalaisesta keskustelusta tutut opit perusoikeuksien horisontaalivaikutuksesta (*Drittwirkung*) ja julkisen vallan turvaamisvelvollisuudesta.²

Hallitus perusteli perusoikeusnormien horisontaalivaikutusta tai ”säteilyvaikutusta” seuraavasti: ”Kun perusoikeudet ilmaisevat yhteiskunnan yleisesti hyväksytyjä perusarvoja, ei voida pitää riittävänä, että niiden vaikutus koskee vain yksilön ja valtion välisiä suhteita, vaan perusoikeuksien vaikutuksen tulee säteillä koko yhteiskuntaan” (HE 309/1993 vp, s. 29). Perustuslakivaliokunnan käytännössä on sittemmin toistuvasti viitattu hallituksen perustuslakiesityksen lausumiin perusoikeuksien horisontaalivaikutuksesta.

1 Ks. edustavana esimerkkinä Markku Helin, Perusoikeuksilla argumentoinnista, Perusoikeuksilla argumentoinnista, teoksessa Tero Iire (toim.), Varallisuus, vakuudet ja velkojat. Juhlajulkaisu Jarmo Tuomisto 1952 – 9/6 – 2012. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2012.

2 Ks. niiden kriittisenä esittelynä Ernst-Wolfgang Böckenförde: Grundrechte als Grundsatznormen. Teoksessa Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie. Suhrkamp 1991, s. 159–199.

Julkisen vallan velvollisuudesta turvata perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen on erikseen säädetty perustuslain 22 §:ssä. Turvaamisvelvollisuuteen on kirjallisuudessa luettu huolehtiminen perusoikeuksien toteutumisen tosiasiallisista edellytyksistä ja saksalaisen doktriinin mukainen suojaamisvelvollisuus (*Schutzpflicht*) eli velvollisuus suojata perusoikeuksia myös muiden tahojen kuin julkisen vallan puuttumisilta ja loukkauksilta.³

Perusoikeusuudistuksen esitöissä korostettiin, että turvaamisvelvollisuus ulottuu perusoikeuksien toteuttamiseen yksityisten välisissä horisontaalisissa suhteissa:

Julkiselle vallalle asetettu perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutumisen turvaamisvelvollisuus koskee myös oikeuksien toteutumista yksityisten keskinäisissä suhteissa. Käytännössä velvoite kohdistuu lähinnä lainsäätäjään, jonka tehtävänä on täsmentää yleisellä tasolla ilmaistua perusoikeutta niin, että sen vaikutus ulottuu myös yksityisiin suhteisiin. Esimerkiksi säätäessään rangaistaviksi perusoikeussäännösten turvaamiin oikeushyviin, kuten henkeen, henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja vapauteen, omaisuuteen, yksityiselämään, kunniaan ja kotirauhaan kohdistuvat loukkaukset lainsäätäjä täyttää tätä turvaamisvelvollisuuttaan. (HE 309/1993 vp, s. 75.)

Hallituksen esityksissä lakiehdotuksia arvioidaan nykyisin lähes rutiininomaisesti perusoikeuksien kannalta. Vuonna 1995 voimaan tulleen perusoikeusuudistuksen ja vuonna 2000 voimaan tulleen perustuslain kokonaisuudistuksen jälkeen hallituksen esitykset ovat näiltäkin osin paisuneet. Esitysten laajuus alkaa jo olla demokratiaongelma. Laajuus, jota vielä usein täydentää koukeromainen kieli, vaikeuttaa esityksiin perehtymistä ja niistä käytävää keskustelua yhtä hyvin eduskunnassa kuin sitä ympäröivässä julkisuudessa. Tieliikennelakia koskevassa esityksessä sivuja oli 411, ja myös sen säätämisympäristöön sisältyi pohdintaa perusoikeuksien merkityksestä kuten julkiselle vallalle kuuluvasta perusoikeuksien turvaamisvelvollisuudesta eli velvollisuudesta suojata yksilöä muiden yksilöiden taholta uhkaavilta perusoikeusloukkauksilta. Tämä velvollisuus kattaa hallituksen mukaan perusoikeuksien tosiasiallisen toteutumisen turvaamisen aktiivisin toimin. Perusteluissa katsottiin, että tällainen turvaamis- ja toteuttamisvelvollisuus "merkitsee esimerkiksi julkisen vallan velvollisuutta tieliikennelainsäädännön uudistamiseen perusoikeuksia mahdollisimman täysimääräisesti toteuttavalla tavalla". Hallituksen mukaan lainsäätäjä toteuttaa turvaamisvelvollisuuttaan

3 Ks. esim. Pekka Lämsinen, *Perusoikeudet ja varallisuussuhteet*, Suomalainen Lakimiesyhdistys 2002, s. 99–100

käyttäytymisnormeja sisältävän lainsäädännön ohella säätämällä rangaistuksia perusoikeussäännösten turvaamiin oikeushyviin kohdistuvista loukkauksista. Tästä on hallituksen mukaan kyse myös tieliikennelain mukaisissa seuraamuksissa samoin kuin rikoslain 23 luvun kriminalisoinneissa. Lisäksi hallitus liitti turvaamisveloitteeseen perusoikeuksien suojaamisen liikennesuunnittelulla ja turvallisella liikenneympäristöllä.

Hallituksen esityksen säätämjärjestysperusteluissa tarkasteltiin turvaamisvelvollisuuden yhteydessä myös perusoikeuksien välisiä ristiriitoja. Perustelujen mukaan "kahden yksityisen henkilön välinen suhde poikkeaa yksilön ja julkisen vallan välisestä suhteesta niin, että yksityisten henkilöiden välisessä suhteessa kumpikin voi olla samanaikaisesti perusoikeuksien haltijana". Tämä "voi johtaa perusoikeuksien ristiriitaan, jolloin joudutaan ratkaisemaan, miten perusoikeuksien toteutuminen pyritään turvaamaan". Ristiriita voi vallita esimerkiksi tienkäyttäjän liikkumisvapauden ja toisen tienkäyttäjän hengen, terveyden ja turvallisuuden suojan välillä. Perusteluissa todettiin, että "tieliikenteessä olisi mahdotonta toteuttaa täydellistä ja täysin rajoittamatonta liikkumisvapautta ja samanaikaisesti ylläpitää täydellistä liikenneturvallisuutta" ja että "tieliikennelainsäädännön tehtävänä on löytää tasapaino näiden perusoikeuksien täysimääräiseksi toteuttamiseksi".

Hallituksen esityksen säätämjärjestysperusteluissa yleisistä perusoikeuspohdinnoista ei tehty yksittäisiä säännösehdotuksia koskevia johtopäätöksiä. Pidän kuitenkin tämän kaltaisia pohdintoja ongelmallisina. Ne ilmentävät tendenssiä nähdä lähes tulkoon kaikki lainsäädäntö perustuslain perusoikeussäännösten lainsäätäjälle asettamien turvaamis- ja toteuttamisvelvollisuuksien täytäntöönpanona. Ne myös nostavat perusoikeuksien vaikutustavoissa etualalle yksityisten välisiä suhteita koskevan horisontaalivaikutuksen. Tämä voi johtaa perusoikeuksien ensisijaisen, julkisen vallan ja yksityisten välisiä suhteita koskevan suojavaikutuksen vähättelyyn, vaikkapa siten, että horisontaalisuhteita koskevalla turvaamisvelvollisuudella perustellaan pitkälle meneviä perusoikeusrajoituksia julkisen vallan ja yksityisten välisissä vertikaalisuhteissa.

Perusoikeuksien vertikaalivaikutusta koskevassa keskustelussa vierastan tieliikennelainsäädännön arvioimista rajoituksena perustuslain takaamaan liikkumisvapautteen. Perusoikeusimperialismi, perusoikeusnäkökulman liiallinen laajentaminen, vaanii kahdella suunnalla: yhtäältä siinä, että kaikkea lainsäädäntöä luonnehditaan perusoikeuksien toteutumisen turvaamiseksi, toisaalta siinä, että kaikkea yksityistä käyttäytymistä sääntelevää lainsäädäntöä tarkastellaan perusoikeuksien takaamien vapauksien rajoittamisena, jota on arvioitava perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten kannalta. On tietysti niin, että yksilöiden käyttäytymistä koskevassa lainsäädännössä voidaan aina nähdä liittymä perusoikeuksiin,

vähintäänkin yksilöiden itsemääräämisoikeuteen. On kuitenkin syytä korostaa eroa perusoikeuksien käyttämisen sääntelyn ja oikeuksien rajoittamisen välillä. Tämä erottelu on vähintäänkin implisiittisesti omaksuttu myös perustuslakivaliokunnan käytännössä, joskaan ei ehkä aina riittävän selkeästi. Lakiehdotusten perusoikeusarvioinnin tulisi olla kaksivaiheinen prosessi. Ensimmäisessä vaiheessa arvioidaan, onko kyseessä ylipäätään perusoikeuden rajoitus vai pelkästään perusoikeuden käyttämisen sääntely. Usein sääntelyn kohdistuminen ainoastaan perusoikeuden käyttämiseen voi olla niin riidatonta, että asian pohtimisella ei ole syytä lihottaa säätämisyjärjestysperusteluja. Toinen vaihe ajankohtaistuu vasta silloin, jos ensimmäisessä vaiheessa todetaan, että ehdotetut säännökset rajoittavat perusoikeutta. Tällöin on arvioitava, onko rajoitus sillä tavoin valtiosääntöoikeudellisesti hyväksyttävä, että siitä voidaan säätää tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä. Kriteereinä käytetään perusoikeuksien yleisiä rajoitusedellytyksiä, joita joissakin perusoikeussäännöksissä on vielä täydennetty niin sanotulla kvalifioidulla lakivarauksella. Perusoikeusimperialismia on tulkita esimerkiksi nopeusrajoitukset tai oikeanpuoleinen liikenne perustuslain takaaman liikkumisvapauden rajoituksiksi, ikään kuin liikkumisvapauteen kuuluisi huristella Suomen teillä niin kovaa kuin sielu sietää ja kummalla puolella tietä mieli halajaa.

Omaisuuksien suojan kohdalla saattaa olla käynyt niin, että doktriini onkin, vastoin yleistä käsitystä, perusoikeusuudistuksen jälkeen eräässä mielessä tiukentunut. Tiukentumisesta voi puhua silloin, jos kaksipuolaisen perusoikeusarvioinnin ensimmäinen vaihe sivuutetaan ja ehdotettua sääntelyä ryhdytään suoraan arvioimaan perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten kannalta. Omaisuussuojan rajoituksina saatetaan käsitellä sellaista sääntelyä, joka ennen perusoikeusuudistusta noudatetun doktriinin mukaan olisi ollut omaisuuden käyttämisen ”normaalina, kohtuullista ja järkevää” sääntelyä.

3. Kriminalisointi, dekriminalisointi ja perustuslaki

Uuden tieliikennelain keskeinen uudistus on aikaisemmin rikosoikeudellisen rikoskokojärjestelmän piiriin kuuluneiden liikenne rikkomusten sanktioiminen hallinnollisella liikennevirhemaksulla, joka voidaan määrätä myös ajoneuvo kohtaisena liikennevirhemaksuna. Hallituksen esityksen mukaan kyse oli yhteiskunnallisesti merkittävästä dekriminalisoinnista, jossa luovutaan rikosoikeudesta tieliikenteen vähäisten rikkomusten kontrollissa.

Perustuslain asettamia rajoja rikosoikeudelliselle sääntelylle on yleensä tarkasteltu kriminalisoinnin eikä dekriminalisoinnin näkökulmasta. Rikosoikeudessa on vanhastaan keskusteltu *ultima ratio*-periaatteesta, jonka mukaan rikosoikeu-

delliseen sanktiointiin tulisi turvautua vasta viimeisenä hätävarana, silloin, kun lievemmat keinot eivät riitä. Rikosoikeudellisessa keskustelussa esimerkiksi Nils Jareborg on katsonut, että *ultima ratio* on pikemminkin lainsäädäntöeettinen kuin valtiosääntöoikeudellinen periaate.⁴ Olen toista mieltä: *ultima ratio* ilmentää rikosoikeudellisessa sääntelyssä perusoikeusrajoituksia koskevaa suhteellisuusperiaatetta. Rikosoikeudelliset rangaistukset rajoittavat perusoikeuksia – ennen kaikkea henkilökohtaista vapauden ja omaisuuden suojaa – minkä lisäksi yksittäiset kriminalisoinnit voivat olla merkityksellisiä myös muiden perusoikeuksien rajoituksina. Siksi kriminalisointien on täytettävä perusoikeuksien yleisiin rajoitusedellytyksiin kuuluvat suhteellisuuden ja välttämättömyyden vaatimukset.⁵

Perustuslakivaliokunnan lausunnossa 23/1997 vp selvitetiin kriminalisointien arvioimista perusoikeuksien kannalta ja samalla kiinnitettiin *ultima ratio* -periaate perusoikeusjärjestelmään, vaikka lausunnossa tätä periaatetta ei erikseen mainittukaan. Lainaan lausunnosta *ultima ration* kannalta keskeisen kohdan:

Perusoikeusrajoituksen hyväksyttävyyshaatimuksen nojalla kriminalisoinnille on oltava esitettävissä painava yhteiskunnallinen tarve ja perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä peruste. Suhteellisuusvaatimus puolestaan edellyttää sen arvioimista, onko kriminalisointi välttämätön sen taustalla olevan oikeushyvän suojaamiseksi. Tältä osin tulee arvioida, onko vastaava tavoite saavutettavissa muulla perusoikeuteenvähemmän puuttuvalla tavalla kuin kriminalisoinnilla. Myös rangaistusseuraamuksen ankaruus on yhteydessä suhteellisuusvaatimukseen.

Edustaako *ultima ration* liittäminen perusoikeusjärjestelmään vaarallista perusoikeusimperialismia, perusoikeusarvioinnin ongelmallista tunkeutumista vieraalle oikeudenalalle ja sen perinteisten yleisten oppien syrjäyttämistä? Vastaukseni on ei. Perusoikeusimperialismia ei ole se, että eri oikeudenalojen yleisille periaatteille osoitetaan tukea perusoikeusjärjestelmästä: oikeudenalojen perinteisiä yleisiä oppeja ei syrjäytetä vaan vahvistetaan.

Perusoikeusimperialismia saatetaan sen sijaan lähestyä silloin, kun perusoikeusjärjestelmän katsotaan ei vain rajoittavan kriminalisointeja vaan suorastaan edellyttävän niitä. Kyse on jälleen vetoamisesta perusoikeuksien yksityisten välisiä suhteita koskevaan horisontaalivaikutukseen ja julkisen vallan myös näitä

4 Nils Jareborg, Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio), *Ohio State Journal of Criminal Law* 2 (2) 2015, s. 521–534.

5 Välttämättömyys voidaan ymmärtää myös suhteellisuuden ainesosaksi. – Olen esittänyt käsitykseni *ultima ratiosta* valtiosääntöoikeudellisena periaatteena ja sen mahdollisista vastaperiaateista artikkelissani *Ultima Ratio as Constitutional Principle*, *Oñati Socio-Legal Series* 3 (1) 2013, s. 1–14.

suhteita koskevaan turvaamisvelvollisuuteen, jonka katsotaan edellyttävän perusoikeuksien suojaamista kriminalisoinneilla. Tässä on malliesimerkki siitä, miten horisontaalivaikutuksella ja sitä koskevalla turvaamisvelvollisuudella saatetaan perustella perusoikeuksien rajoittamista julkisen vallan ja yksityisten välisissä suhteissa. Tällainen kriminalisointien perustelu on pujahtanut myös tieliikennelakia koskevaan hallituksen esitykseen. Sääätämisyjärjestysperustelujen mukaanhan lainsäätaja toteuttaa turvaamisvelvollisuuttaan muun ohella säätämällä rangaistuksia perusoikeussäännösten turvaamiin oikeushyviin kohdistuvista loukkauksista.⁶

Voiko lainsäätaja sitten vapaasti päättää dekriminalisoinnista ja siirtymisestä rikosoikeudellisesta hallinnolliseen sääntelyjärjestelmään? Perustuslakivaliokunta totesi lausunnossaan 9/2018 vp, että sen käsiteltävänä ei aikaisemmin ollut ollut ehdotusta, jossa olisi yhtä laajasti siirretty rikosoikeudellisen järjestelmän soveltamisalaan kuuluvia tekoja hallinnolliseen sanktiojärjestelmään piiriin. Valiokunta myös totesi lähtökohtanaan seuraamusjärjestelmän muuttamisen yleiselle arviolle, että rikosoikeudellinen rangaistus ilmentää teon suurempaa moitittavuutta. Tähän on syytä yhtyä ja lisätä, että kriminalisoinnin korvaamisen hallinnollisella sanktioinnilla viestii moitittavuusarvioinnin muuttumisesta. Tästä näkökulmasta voidaankin kysyä, oliko dekriminalisointi esimerkiksi liikenneturvallisuutta vaarantavien ja toisten tienkäyttäjien turvallisuudesta piittaamattomuutta osoittavien ylinopeuksien kohdalla todella perusteltua. Moitittavan käyttäytymisen yleisyyden ei tulisi olla peruste sen dekriminalisoinnille, eikä ylinopeuksia voi nähdäkseni rinnastaa esimerkiksi pysäköintivirheisiin, joita koskeva pysäköintivirhemaksu otettiin käyttöön jo 1960- ja 1970-lukujen vaihteessa. Perustuslakivaliokunta katsoi kuitenkin lausunnossaan 9/2018 vp, että ehdotetulle järjestelmätason muutokselle oli hyväksyttävät perusteet. Valiokunta totesi, että ”rikosoikeudellista järjestelmää ei tulisi rasittaa sisällyttämällä sen piiriin kaikkein lievimpiä yhteiskunnalle vain vähän haittaa aiheuttavia tekoja”. Lisäksi valiokunta viittasi ehdotuksen menettelyn keventämiseen liittyviin tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin ja tehokkaan liikenneerikkomusten seuraamusjärjestelmän vaikutukseen liikenneturvallisuuteen. Dekriminalisointi ulottui kuitenkin myös muihin kuin ”kaikkein lievimpiin yhteiskunnalle vain vähän haittaa aiheuttaviin tekoihin”.

Toinen ja ehkä vielä olennaisempi kysymys perustuslakivaliokunnan lausunnon kriittisessä tarkastelussa on, onko dekriminalisoinnin arviointi käyttäytymisen moitittavuuden kannalta valtiosääntöoikeudellinen kysymys. Minusta näin ei

6 Mahdollisina kriminalisointia edellyttävinä *ultima ration* vastaperiaatteina voi tarkastella myös EU-oikeudellista varautumisperiaatetta (*precautionary principle*) ja samoin EU-oikeudellista tehokkuuden (*effet utile*) periaatetta. Ks. Tuori 2013.

asia ole. Onkin lähellä katsoa, että valiokunta ylitti kannanotossaan oikeudellisen perustuslakikontrollin rajan.

4. Hallinnollinen sanktiojärjestelmä ja perustuslain oikeusturvatakeet

Oikeudellinen perustuslakikontrolli on sen sijaan välttämätöntä sen varmistamiseksi, että dekriminalisointi ja siirtyminen rikosoikeudellisesta järjestelmästä hallinnolliseen sanktiointiin eivät heikennä perustuslain edellyttämien oikeusturvatakeiden sovellettavuutta. Kysymys on ennen muuta rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta (PL 8 §) ja oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä (PL 21 §).

Perustuslakivaliokunta noudatti tieliikennelakia koskevassa lausunnossaan jo vakiintuneena pidettävää tulkintakäytäntöään. Valiokunta on katsonut, että vaikka perustuslain 8 §:ssä vahvistettu rikosoikeudellinen laillisuusperiaate ei välittömästi sovellu hallinnollisiin seuraamuksiin, perustuslaki edellyttää näistäkin seuraamuksista säädettäväksi täsmällisillä lain tasoisilla säännöksillä. Valiokunnan lausunnossa 9/2018 vp toistettiin aikaisemmissa lausunnoissa jo kiteytyt lähtökohdat:

Perustuslakivaliokunnan käytännössä liikennevirhemaksun kaltaisia maksuja ei ole pidetty perustuslain 81 §:n mielessä sen paremmin veroina kuin maksuinakaan vaan lainvastaisesta teosta määrättävinä sanktioluonteisina hallinnollisina seuraamuksina. Perustuslakivaliokunta on asiallisesti rinnastanut rangaistusluonteisen taloudellisen seuraamuksen rikosoikeudelliseen seuraamukseen (ks. esim. PeVL 2/2017 vp, s. 4–5, PeVL 14/2013 vp ja PeVL 17/2012 vp). Hallinnollisen seuraamuksen yleisistä perusteista on säädettävä perustuslain 2 §:n 3 momentin edellyttämällä tavalla lailla, koska sen määrittämiseen sisältyy julkisen vallan käyttöä. Valiokunta on myös katsonut, että hallinnollisen seuraamuksen määrittämisessä on kyse merkittävästä julkisen vallan käytöstä. Näistä syistä laissa on täsmällisesti ja selkeästi säädettävä maksuvelvollisuuden ja maksun suuruuden perusteista sekä maksuvelvollisen oikeusturvasta samoin kuin lain täytäntöönpanon perusteista (ks. esim. PeVL 17/2012 vp, PeVL 9/2012 vp, s. 2/I, PeVL 57/2010 vp, s. 2/II).

Vaikka perustuslain 8 §:n rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen täsmällisyysvaatimus ei sellaisenaan kohdistu hallinnollisten seuraamusten sääntelyyn, ei sääntelyn tarkkuuden yleistä vaatimusta kuitenkaan voida tällaisen

sääntelyn yhteydessä sivuuttaa (ks. esim. PeVL 14/2013 vp, PeVL 17/2012 vp, PeVL 9/2012 vp, s. 2/II, PeVL 57/2010 vp, s. 2/II). Lisäksi säännösten tulee täyttää sanktioiden oikeasuhtaisuuteen liittyvät vaatimukset (ks. esim. PeVL 28/2014 vp, PeVL 15/2014 vp).

Sanktioiden oikeasuhtaisuuden vaatimus viittaa siihen, että myös maksuluonteisia hallinnollisia seuraamuksia on perustuslakivaliokunnan mielestä tarkasteltava perusoikeusrajoituksina, joiden on täytettävä suhteellisuuden ja välttämättömyyden vaatimukset. Tämän mukaan siirtyminen rikosoikeudellisesta järjestelmästä hallinnollisiin seuraamuksiin ei tee *ultima ratio*-periaatetta merkityksettömäksi.

Perustuslakivaliokunnan noudattama tulkintalinja antaa aiheen eräisiin reu-nahuomautuksiin. Hallinnollisten seuraamusten lailla säätämistä koskevat vaatimukset on mukailtu perustuslain 81.1 §:n säännöksestä, jossa määritellään verolaeille asetettavat vaatimukset. Perustuslakivaliokunta ei ole kuitenkaan oikeastaan perustellut näiden vaatimusten siirtämistä hallinnollisten sanktioiden sääntelyyn. Valiokunta ei ole myöskään yksilöinyt, mikä merkitys hallinnollisten sanktioiden määräämisen luonnehtimisella merkittäväksi julkisen vallan käytöksi on perustuslain 2.3 §:stä johdettavien lailla säätämisen vaatimusten täsmentämisessä. Ilmeistä on, että perustuslakivaliokunta on katsonut, että merkittävää julkisen vallan käytöstä on säädettävä kattavammin lain tasolla kuin muusta julkisen vallan käytöstä. Ilmausta ”merkittävä julkisen vallan käyttö” käytetään perustuslaissa vain 124 §:n viimeisessä virkkeessä, jossa sen avulla rajoitetaan julkisten hallintotohtävien uskomista muille kuin viranomaisille. Tämän säännöksen soveltamisessa perustuslakivaliokunta on katsonut, että hallinnollisten sanktioiden määräämistä ei, merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältävänä, voida siirtää viranomaispiirin ulkopuolelle. Tällaisesta toimivallan siirrosta ei kuitenkaan ollut kyse esimerkiksi tieliikennelakia koskevassa hallituksen esityksessä.

Laillisuusperiaatteen ohella perustuslaillista arviointia edellyttää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja sen osatekijöiden, kuten syyttömyysolettaman, sovellettavuus. Liikennevirhemaksu on määritelty hallinnolliseksi seuraamukseksi, joka määrätään hallintomenettelyssä hallintolakia noudattaen. Tämän vuoksi liikennevirhemaksun määrääminen näyttäisi perustuslain 21 §:n systematiikassa kuuluvan hyvän hallinnon eikä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin soveltamisalaan. Asetelmaa kuitenkin mutkistaa se, että oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä on määrätty myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklassa ja että perustuslain vakiintuneen tulkintakäytännön mukaan kansallisia perusoikeussäännöksiä on tulkittava Suomea velvoittavia ihmisoikeussopimuksia ja niiden soveltamiskäytäntöä vastaavasti. Ihmisoikeustuomioistuimen noudattamat niin sanotut Engel-kriteerit ulottavat 6 artiklan soveltamisen Suomessa hallinnollisiksi

luokiteltuihin, rangaistusluonteisiin sanktiomenettelyihin. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset saattavat siten tulla kansallisessakin perustuslakiarvioinnissa sovellettaviksi hallinnolliseen seuraamusmenettelyyn Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan tulkintakäytännön välityksellä.

Perustuslakivaliokunta hahmottikin lausunnossaan 9/2018 vp oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten sovellettavuutta esittelemäni lähtökohdan mukaisesti:

Perustuslakivaliokunnan mielestä lakiehdotuksen valtiosääntöisen tarkastelun lähtökohdaksi voidaan hallituksen esityksen perustelut huomioiden ottaa se, että liikennevirhemaksussa on kyse rangaistusluonteisesta seuraamusmaksusta, jonka määrääminen lukeutuu ihmisoikeussopimuksen 6 artiklaan sisältyvien rikossyytettä koskevien määräysten alaan, ja ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 2 kappaleen määräykset mm. syyttömyysolettamasta ja itsekriminointikiellosta koskevat myös ehdotettua hallinnollista seuraamusjärjestelmää. Kyseiset periaatteet sisältyvät myös perustuslain 21 §:n oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeisiin (ks. esim. PeVL 39/2014 vp, s. 4 ja PeVL 7/2014 vp, s. 7).

Perustuslakivaliokunnan johtopäätöksenä oli, että vaikka ”ehdotetun liikennevirhemaksun määräämisessä sovelletaan hallintolakia, – – menettelyn valtiosääntöisessä arvioissa on kiinnitettävä erityistä huomiota myös rikosprosessuaalista oikeusturvaa koskeviin perustuslaillisiin vaatimuksiin”.

* * *

Dekriminalisointi siten, että rikosoikeudelliset seuraamukset korvataan hallinnollisilla sanktioilla, merkitsee, että perustuslain 8 §:ssä vahvistettu rikosoikeudellinen laillisuusperiaate ja perustuslain 21 §:ssä vahvistetut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset eivät enää ole välittömästi sovellettavina. Kuitenkin perustuslakivaliokunta on vakiintuneessa lausuntokäytännössään johtanut perustuslaista hallinnollisten seuraamusten täsmällistä laintasoista sääntelyä koskevia vaatimuksia, jotka vastaavat pitkälti rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen tulkintaa. Perustuslain 21 §:n mukaiset oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellytykset saattavat puolestaan tulla sovellettaviksi hallinnollisiin seuraamuksiin Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja sen tulkintakäytännön välityksellä. Lisäksi, kuten perustuslakivaliokunnan lausunto 9/2018 vp myös osoittaa, perustuslain 21 §:n edellyttämään hyvään hallintoon sisältyy niin ikään oikeusturvatekijä,

jotka vastaavat oikeudenmukaista oikeudenkäynnin syyttömyysolettamaa ja todistustaakka koskevia vaatimuksia.

Johtopäätökseni onkin, että perustuslain mukaisten oikeusturvatakeiden heikentyminen ei pääsäännön mukaan rajoita lainsäätäjän harkintavaltaa silloin, kun tämä päättää dekriminalisoinnista ja siirtymisestä rikosoikeudellisesta järjestelmästä hallinnollisiin seuraamuksiin. Sanktioitavien tekojen moitittavuusarvio ei puolestaan kuulu perustuslakikontrollin piiriin.

Terttu Utriainen

Haureuden harjoittamisesta suostumuksen puuttumiseen – seksuaalirikosten lyhyt historia

1. Nykypäivän kaikuja vuoden 1889 rikoslaissa

Kun Helsingin yliopiston rikosoikeuden professori Kimmo Nuotio syntyi vuonna 1959, Suomessa oli voimassa vuonna 1889 säädetty rikoslaki, jonka monet säännökset olivat tosin jo vanhentuneet: rikoslain 23 luvun kaksintaisteluja sekundanteineen tuskin enää käytiin.¹ 1800-luvun lopun rikoslaista löytyy kuitenkin monta lainkohtaa, joiden kuviteltiin 1900-luvun toisella puoliskolla jo painuneen historian hämärään kuten ihmisryöstö (RL 25:1), lapsen ryöstö (RL 25:2), naisen ryöstö (RL 25:7), enleveeraus (RL 25:8) ja valkoinen orjakauppa (RL 25:1a).² Näin ei kuitenkaan käynyt. Yhä edelleenkin maailmassa 2000-luvulla ihmisiä saatetaan katteettomilla lupauksilla orjuuden olosuhteisiin työelämässä ja seksikaupassa.³

Sen sijaan kieliasultaan alkuperäinen rikoslain 20 luku ”Luvattomasta sekaannuksesta ja muusta haureudesta” ei oikein ole kantanut nykypäivään. Tämän ajan seksin kyllästävässä ilmapiirissä sen ajan seksuaalisanasto tuntuu häveliäältä ja melkein pä raamatulliselta. Sukupuoliyhteyttä ei harjoitettu varsinkaan sukulaisten kesken vaan heihin ”sekaannuttiin” (RL 20:1–7). Mielipuoli nainen sen sijaan jo ”maattiin”. ”Sekaantumisen” ohella oli myös ”muuta haureutta”. Sitä saattoivat harjoittaa myös samaa sukupuolta olevat (RL 20:12). Se, mitä muu haureus konkreettisesti oli, jäi oikeustieteen opiskelijoillekin lähinnä mielikuvituksen varaan.

1 Kimmo Nuotion tähänastiselle elämäntaipaleelle ovat osuneet seksuaalirikoslainsäädännön osalta paitsi vuoden 1889 rikoslain alkuperäiset säännökset myös vuoden 1971 ja 1998 rikoslain 20 luvun kokonaisuudistukset.

2 Brynolf Honkasalo, Suomen rikosoikeus. Erityinen osa. I1. Henkilöön kohdistuvat rikokset. Helsinki 1970, s. 108–120.

3 Vähemmistövaltuutettu. Kansallinen ihmiskaupparaportointi. Kertomus 2010. Ihmiskauppa ja siihen liittyvät ilmiöt sekä ihmiskaupan uhrien oikeuksien toteutuminen Suomessa. Helsinki 2010, s. 6–11.

Honkasalon oppikirjassakin vain tyydyttiin sanomaan, että ratkaisevaa oli käsitys, joka tavallista siveellistä katsantokantaa edustavalla näkijällä oli.⁴

Myöskään alaikäisten joutumisesta seksuaalirikosten uhreiksi ei vielä soti-en jälkeen oltu kovin huolissaan. Yhä edelleen olivat voimassa varsin alhaiset ikäraajat. Absoluuttisena suojaikärajana oli 12-vuotta (RL 20:7), minkä jälkeen rangaistusasteikot alenivat kohteen ollessa 12–14-vuotias tai 15–16-vuotias. Ja ainahan saattoi välttyä rangaistukselta menemällä viettelemänsä lapsen kanssa naimisiin (RL 20:14a).⁵

Sen sijaan raiskaus- eli väkisinmakaamissäännöksen sijoittelussa oltiin jo aika lähellä nykyaikaa. Väkisinmakaamissäännöstä (4 §) ei nimittäin vuonna 1889 sijoitettu rikoslain 20 lukuun kaikenlaisten luvattomien sekaannusten ja haureuksien joukkoon, vaan rikoslain 25 lukuun, jossa säädettiin rikoksista toisen vapautta vastaan. Myös vuoden 1734 lain naisrauhaluvun raiskaussäännös saattaa tuoda mieleen suostumuksen puuttumisen. Sanotaanhan lainkohdassa miehen ottavan naisen väkivalloin ja vastoin tämän tahtoa (Cap. XXII § 1).

Suostumuksen puuttumisen ohella väkivalta kuitenkin dominoi 1700-luvun ja 1800-luvun raiskaussäännöksissä. Vaikka vuoden 1889 raiskaussäännös sanamuodoltaan pysyi samana, pakottamisen määrä kuitenkin väheni vuosien saatossa vis absolutasta vis compulsivaan. Jälkimmäinen merkitsi kuitenkin yhä sitä, että naisen tuli toden teolla fyysisesti vastustaa raiskausta.⁶ Hänen tuli käyttää niitä keinoja, joita ”hänen voidaan odottaa sukupuolisen vapautensa puolustamiseksi käyttävän”, niin kuin asian Honkasalo ilmaisi.⁷

Lähtökohtana oli ajatus, jonka mukaan fyysinen vastustaminen on luonnollinen reaktio tilanteessa, jossa nainen ei hyväksy sukupuoliyhteyttä. Tällä hetkellä tiedämme, että näin ei suinkaan aina ole: sotatilanteissa vastustaminen voi olla hengenvaarallista ja uhkaavassa tilanteessa ihminen voi lamaantua toimintakyvyttömäksi.⁸

4 Brynolf Honkasalo, Suomen rikosoikeus. Erityinen osa. II. Helsinki 1960, s. 47.

5 2010-luvulla on oltu kovasti huolissaan nuorten joutumisesta seksuaalirikosten uhreiksi. Sosiaalinen media ja vieraista kulttuureista saapuneet maahanmuuttajat ovat lisänneet tätä huolta. On pelätty alaikäisten pakkoavioliittoja, kun tyttöjä on lähetetty lähtömaihin avioitumistarkoituksessa. Maahanmuuttajamiehet puolestaan ovat olleet yliedustettuina seksuaalirikoksissa tekijöinä. On kuitenkin huomattava, että raiskauksessa myös uhrina ovat usein olleet maahanmuuttajanaiset. – Rikollisuustilanne 2014. Rikollisuus tilastojen ja tutkimusten valossa. Katsauksia 4/2015. Helsingin yliopisto. valtiotieteellinen tiedekunta. Kriminologian ja oikeuspolitiikan instituutti 2015, s. 238–250.

6 Terttu Utriainen, Raiskaus rikosoikeudellisena ongelmana. Rovaniemi 2013, s. 87–89.

7 Honkasalo 1970, s. 100.

8 Kuten eläimet myös ihmiset voivat äärimmäisen uhan kohdatessa jäädä liikkumattomiksi ja olla kykenemättömiä vastarintaa. Puhutaan jäätymisreaktiosta. Tukholman Karoliinisen instituutin vuonna 2017 julkaisemassa tutkimuksessa todettiin 70 prosentilla raiskatuista tällainen reaktio. – A. Möller A – HP Söndergaard – L. Helström, Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression. – Acta Obstet Scan. 2017 Aug; 96 (8): 932–938.doi:10.1111/aos.13174. Epub 2017 Jun 22.

2. Vuoden 1971 rikoslain 20 luvun uudistus ja raiskaus avioliitossa

Maailma oli kuitenkin muuttumassa sotien jälkeen ja 1960-luvun radikalismi ulotti uudistusvaatimuksensa myös seksuaalilainsäädännön alueelle. Absoluuttinen sukupuoli-moraali oli väistymässä ja yksilön itsemääräämisoikeutta korostettiin.

Vanhalla ylioppilastalolla pidettiin tilaisuuksia, joissa uudistusten puoltajat ja vastustajat kohtasivat. Yhtenä isona kiistanaiheena oli homoseksuaalisten tekojen dekriminointi. Keskustelutilaisuuksiin osallistunut professori Inkeri Anttila korosti tässäkin kysymyksessä itsemääräämisoikeuden merkitystä. Perhearvojen puolustajat eivät aina kuitenkaan nähneet homoseksuaalien asemaa siitä nousseen kohun arvoisena. Eräässäkin seminaarissa keskusteluun osallistunut pastori totesi sellaisilla miehillä, jotka haluavat olla vain miesten seurassa, olevan ihan laillisia-kin mahdollisuuksia. Hehän voivat liittyä vaikka metsästysseuraan. 2000-luvulla tilanne on jo toinen, kun metsästysseuroissakin on naisia.

1970-luvun alussa tulivat voimaan paitsi uusi rikoslain 20 luku, myös uudet lait abortista, steriloinnista ja kastraatiosta. Varsinkin uusi aborttilaki oli suuri uudistus. Se muutti yhteiskunnallista todellisuutta ja erityisesti naisten asemaa.⁹

Vanhjoja asenteita ei kuitenkaan niin vaan muutettu. Varsinainen suuri periaatteellinen kiista koski raiskaussäännöksen ulottamista avioliittoon, jota seksuaalirikoskomitea oli esittänyt.¹⁰ Kyseinen lainmuutos oli jo toteutettu Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa jo 1960-luvulla, mutta Suomessa näin ei käynyt vuoden 1971 rikoslain 20 luvun uudistuksessa vaan vasta vuonna 1994. Siihen saakka oli myös voimassa säännös, jonka mukaan rangaistusta ei tuomittu, jos tekijä oli mennyt naimisiin uhrin kanssa (RL 20:10.2). Syytetyllä oli siis mahdollisuus valita avioliiton tai vankilan välillä, niin kuin eräs raastuvanoikeuden puheenjohtaja asian totesi. Avioliitto raiskauksen seurauksena esiintyi aikanaan jo antiikissa, mutta se vilahtaa ratkaisuvaihtoehtona myös vuodelta 2003 olevasta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen M.C. v. Bulgaria -tapauksessa.¹¹

Perheen piirissä tapahtuneet seksuaalirikokset suljettiin asianomistajasäännöksillä muutenkin yksityisyyden piiriin. Lähes kaikki rikokset raiskauksista lasten seksuaalisiin hyväksikäyttöihin olivat asianomistajarikoksia. Vain erittäin tärkeä yleinen etu saattoi sen murtaa (RL 10:11). Virallisen syytteen alaisia olivat ainoastaan sukurutsa, paritus, ekshibitionismi ja kehottaminen homoseksuaalisiin tekoihin. Seksuaalirikoskomitea kyllä korosti mietinnössään vuonna 1967 yksilön

9 Laittomien aborttien vuosittaiseksi määräksi arvioitiin ennen vuoden 1970 aborttilakia noin 20.000.

10 Seksuaalirikoskomitea 1967:A12 s. 15.

11 M.C. v. Bulgaria (4.12.2003).

oikeusturvaa ja seksuaalista itsemääräämisoikeutta¹², mutta nämä periaatteet eivät juuri realisoituneet kriminalisointien tunnusmerkistöissä.

3. Rikoslain kokonaisuudistus ja vuoden 1998 rikoslain 20 luku

Rikoslain kokonaisuudistuksen yhteydessä uudistetut seksuaalirikossäännökset syntyivät ajallisesti onnettomien tähtien alla. Kun lukua valmisteltiin 1990-luvun alkupuolella, tietotekniikka oli vielä alkutaipaleellaan, eikä Suomi ollut jäsenenä EU:ssa. Tietoa mahdollisista uudistushankkeista kuitenkin jonkin verran haettiin ulkomailta kuten Ruotsista, Saksasta, Itävallasta ja Hollannista. Niinpä lähetettiin kirjeitse tiedusteluja uudistussuunnitelmista vastaaville ministeriöille. Jos joku valmistelijoista matkusti ulkomaille, tietoa saatettiin saada vaikka postikortilla.

Rikoslakiprojektin johtoryhmän pöytäkirjoja selaillessa ei voi kuitenkaan välttyä sellaiselta ajatukselta, ettei projektissa paljon vertailutietoa muista maista kaivattukaan. Jopa Ruotsia Patrik Törnudd piti varoittavana esimerkkinä raiskaussäännöstä laadittaessa. Professori Raimo Lahti oli rikoslakiprojektissa ilmeisesti ainoa, jolla oli jonkinlainen käsitys siitä, että Suomessa oltiin menossa seksuaalirikosten uudistamisessa eri suuntaan kuin maailmalla yleensä.¹³

Niinpä vuoden 1998 rikoslain 20 luvun uudistuksen tulokset jäivät yksityiskohdientien modernisointiin. Terminologiaa uudistettiin ja raiskauspykälään sisällytettiin avuttomassa tilassa olevan makaaminen (RL 20:1.2). Aikaisempi erillinen säännös tunnottoman naisen makaamisesta laajeni käsitteellisesti ja muuttui sukupuoli-neutraaliksi, kuten koko raiskaussäännös. Sukupuoliyhteyden määritelmää myös laajennettiin (RL 20:10.1).

Kokonaisuudistuksen periaatteiden mukaisesti rikokset jaettiin kolmeen törkeysasteeseen. Niinpä raiskauksetkin jaettiin tavalliseen, törkeään ja lievään tekomuotoon. Viimeksi mainittua ei kuitenkaan tohdittu lakitekstissä kutsua lieväksi raiskaukseksi, joten se sai nimekseen pakottaminen sukupuoliyhteyteen (RL 20:3).¹⁴ Lainkohta herätti koko olemassaolonsa ajan kritiikkiä, vaikka se muodoltaan oli hyvin samanlainen kuin väkisinmakaamissäännöksessä jo aikaisemmin ollut lausuma omine rangaistusasteikkoineen "lieventävistä asianhaaroista".

12 Seksuaalirikoskomitea 1967:A12, s. 12–13.

13 Rikoslakiprojekti. Johtoryhmä. Pöytäkirja 16.5.1993.

14 Vastaavasti henkirikokset jaettiin tappoon, murhaan ja surmaan. Lievä tappo olisi kuulostanut niinhimishenkeä vähättelevältä, että siihen löydettiin kalevalainen sana "surma".

Vuonna 2014 palattiinkin sitten takaisin vanhaan ratkaisuun: ”lievä raiskaus” poistui rikoslain 20 luvusta erillisenä pykälänä ja raiskaussäännökseen sisällytettiin lievempi asteikko (4 kk–4 v) vähemmän vakavia raiskauksia varten.

Törkeät tekemuodot sekä raiskauksessa että lapsen seksuaalisessa hyväksikäytössä formuloitiin pahoinpitelysäännösten tapaan siten, että ne erittäin harvoin toteutuivat. Sen sijaan asianomistajarikosten alaa supistettiin, mutta tilalle ilmestyi toimenpiteistä luopumissäännöksenä niin sanottu vakaan tahdon pykälä (RL 20:12), jonka mukaan asianomistaja saattoi pyytää, ettei syytettä nostettaisi raiskauksesta, avuttomassa tilassa olevan seksuaalisesta hyväksikäytöstä (RL 20:5.2) tai lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä (RL 20:6). Varsinkin viimeksi mainitun rikoksen sisällyttäminen vakaan tahdon pykälään herätti ihmetystä. Elettiinhan jo viime vuosituhannen lopulla kansainvälisen sopimusverkoston laajenemisen aikaa.

4. Osittaisuudistukset 2000-luvulla muuttivat rikoslain 20 luvun tilkkutäkiksi

Painomuste ei kauan ehtinyt kuivua vuoden 1998 rikoslain kokonaisuudistuksen jälkeen, kun vuonna 2010 ilmestyi oikeusministeriön mietintö ”Lasten suojeleminen seksuaaliselta riistolta ja hyväksikäytöltä (OM 34/2010) sekä hallituksen esitys rikoslain 20 luvun muuttamiseksi (HE 283/2010). Lasten osalta ongelma oli ikivanha, jota jo Jaakko Forsman oli sata vuotta aikaisemmin miettinyt, eli kuka voi olla raiskauksen kohde silloin, kun raiskaussäännös perustuu pakottamiselle.¹⁵

Muutospaineita aiheuttivat myös kansainväliset sopimukset kuten Euroopan neuvoston yleissopimus lasten suojelemiseksi seksuaalista riistoa ja seksuaalista hyväksikäyttöä vastaan, joka tuli Suomessa voimaan 1.10.2011. Rangaistusasteikkoja korotettiin ja uusiakin säännöksiä otettiin 20 lukuun. Ruotsin mallin mukaisesti myös raiskaussäännöstä jälleen uusittiin siten, että sukupuoliyhteys puolustuskyvyttömän kanssa tuli kriminalisoiduksi raiskauksena.¹⁶

Kun vielä vakaan tahdon pykälä (RL20:12) kumottiin, oikeushenkilön rangaistusvastuu säädettiin (RL 20:13) ja asianomistajarikokset rajattiin vuonna 2014 säädettyyn seksuaaliseen ahdisteluun (RL 20:5a), eduskunnan lakivaliokunta

15 Forsman, Jaakko, Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver de särskilda brotten enligt strafflagen af den 19 december 1889. Första afdelningen: Brotten mot individens rättsgebit. Fjärde upplagan. Helsingfors 1924, s. 121–124.

16 Madeleine Lejonhufvud, Samtyckesutredningen. Lagskydd för den sexuella integriteten. Tomson för lag 2008, s. 9–22.

saattoi vuonna 2014 todeta, että lainsäädäntö on tältä osin kokonaisuudessaan uusittu, eikä näköpiirissä ole merkittäviä uudistustarpeita.¹⁷ Tässä lakivaliokunta kuitenkin erehtyi. Keskustelu rikoslain 20 uudistamisesta ei suinkaan loppunut vuoteen 2014, vaan päinvastoin kiihtyi maahanmuuttajien ilmestyessä rikostilastoihin yhä suuremmin joukoin. Oman lisänsä seksuaalirikoksista käytävään keskusteluun toi myös sosiaalinen media seuralaispalveluineen ja salaa kuvattuine seksikohtauksineen.

Lakivaliokunta kyllä itsekkin jo totesi, että lain uudistaminen pistemäisesti lisäämällä sana sinne ja momentti tänne ei ole paras mahdollinen tapa uudistaa lainsäädäntöä.¹⁸ Aukkoja paikattaessa samalla helposti syntyy uusia, kuten nähtiin Turun hovioikeuden päätöksessä (21.11.2017), jossa kysymyksessä oli sukupuoliyhteys 10-vuotiaan kanssa. Hovioikeus pysytti Pirkanmaan käräjäoikeuden päätöksen, jossa tekijä tuomittiin törkeästä lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä eikä törkeästä raiskauksesta. Hovioikeus sovelsi sanamuotonsa mukaisesti RL 20:1:n raiskaustunnusmerkistöä. Osa kansanedustajista varmaan luuli, että kohteen ollessa alle 18-vuotias, kysymyksessä on aina törkeä raiskaus, koska RL 1:2:n 3-kohdassa se mainitaan yhtenä törkeän raiskauksen tunnusmerkkinä.

Tapaus osoitti, että rikoslaki ei ole vain lukuja toinen toistensa perässä ja pykälää rivissä. Rikoslaki on parin viime vuosisadan kuluessa kehittynyt varsin korkeatasoiseksi käsitejärjestelmäksi, jossa ylä- ja alakäsitteet muodostavat systeemin, jossa ratkaisuja tehdään tiettyjen loogisten sääntöjen mukaisesti.¹⁹ Eri lainkohdat ovat kytköksissä toinen toisiinsa. Sen vuoksi lakeja ei voi loputtomiin korjailla särkemättä systematiikkaa.

5. Mitä nyt pitäisi tehdä?

Rikoslain 20 luku tulee kirjoittaa kokonaan uudelleen. Rikoslain 20 luvussa perussäännös on 1 § eli raiskaus, johon nähden muiden pykälien tulee saada sisältönsä ja asettua omille paikoilleen. Raiskaussäännöksessä oleellista on suostumuksen puute. Seksuaalisen kanssakäymisen täytyy nykypäivänä perustua osapuolten väliseen yhteisymmärrykseen. Suostumus ei siten ole vain raiskauksen tunnusmerkki, vaan se asettaa koko seksuaalirikoslainsäädännölle uuden arvopohjan.

17 LaVM 4/2014 vp, s. 3.

18 Ibid., s. 3.

19 Kansainvälinen rikosoikeudella ja EU-rikosoikeudella ihmisoikeuksineen ollut viime vuosikymmeninä valtaisa vaikutus Suomen rikosoikeuteen. Oikeudenaloina ne kuitenkin elävät vielä kansallisiin rikoslakeihin verrattuna lukuisine sopimuksineen kasuistista vaihetta.

Kuten nykyisinkin, rikoslain 20 luvussa joudutaan edelleen ottamaan kantaa suojaikärajoihin eli lapsiin, jotka eivät voi antaa suostumusta ja henkilöihin, jotka syystä tai toisesta eivät pysty ilmaisemaan tahtoaan. Käsitteitä joudutaan määrittelemään ja eri tekojen moitittavuutta ja rangaistusasteikkoja arvioimaan.

Tietoa seksuaalirikoksista ja lainsäädännöstä on kuitenkin tällä hetkellä valtavasti enemmän kuin parikymmentä vuotta sitten. Tietoa ovat tuottaneet paitsi tutkijat ja viranomaiset myös erilaiset järjestöt. Suomessa erityisen aktiivinen viime vuosikymmeninä on ollut Amnesty Internationalin Suomen osasto, joka on välittänyt tietoa Suomesta ulkomaille ja päinvastoin.²⁰

Seksuaalirikoslainsäädäntöä on uusittu monissa maissa. Saksa ja Ruotsi eivät suinkaan ole olleet ensimmäisiä, mutta Suomen kannalta ne ovat perinteisesti olleet seuratuimpia maita rikosoikeudessa yleisten oppien ja erinäisten rikosten osalta. Saksassa StGB § 177:n raiskaussäännös uusittiin vuonna 2016²¹ ja Ruotsissa (BrB 6:1) vuonna 2018.

Uudistuksia edelsi näissäkin maissa parikymmenen vuoden paikoin kiihkeä keskustelu. Saksassa tehtiin vertailevia tutkimuksia jo 1900-luvun loppupuolella²² ja järjestettiin seminaareja, joissa todettiin jälkeenjäneisyys suhteessa anglosaksiseen maailmaan. Ruotsissa puolestaan Tukholman yliopiston rikosoikeuden professori Madeleine Lejonhufvud ajoi sitkeästi uutta raiskaussäännöstä Brottsbalkeniin ja sai nähdä tavoitteensa toteutuvan juuri ennen kuolemaansa vuonna 2018.

Kaikkia keskusteluja, mitä muissa maissa on seksuaalirikosten uudistamisen tiimoilla viime vuosikymmeninä käyty, ei tarvitse Suomessa käydä uudelleen. Joitakin ratkaisuja voi myös suoraan käyttää hyväkseen.

* * *

Kimmo Nuotio syntyi vielä vanhan vuoden 1889 rikoslain säännöksiin, mutta hän vielä voi 60-vuotiaana vuonna 2019 hyvin ehtiä uusimaan rikoslain 20 lukua.

20 Amnesty Internationalin Suomen osasto on vuosia kampanjoinut seksuaalista väkivaltaa vastaan.

21 Kimpimäki, Minna, Raiskauksen määrittelyn kipukohta: pakottamalla vai ilman suostumusta. Lakimies 6/2017, s. 808–812.

22 Esim. Barbara Paetow, Vergewaltigung in der Ehe: Eine Strafrechtsvergleichende Untersuchung unter besondere Berücksichtigung des Rechts der Vereinigten Staaten von Amerika. Breiburg Br. 1987 ja Brigitte Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff Ein Beitrag zur gegenwärtigen Discussion einer Neufassung des 177 StGB unter Berücksichtigung der Strafrecht de lege lata und empirischer Gesichtspunkte. Berlin 1993.

Pekka Viljanen

”Valtuusto on poliisivapaa-alue” – vai onko sittenkään?

1. Taustaksi

”Olen kouluttautunut juristiksi aikana, jolloin hallintoasiat ja rikosasiat olivat vielä erillään”, sanoi eräs varatuomari ja entinen kunnanvaltuutettu vastaajana rikosasiassa, jossa hänelle ja 26 muulle valtuutetulle ja varavaltuutetulle vaaditaan rangaistusta törkeästä virka-aseman väärinkäytämisestä. ”Valtuuston toiminta on poliittista päätöksentekoa, joka on poliisivapaa-alue”, sanoi eräs avustaja päämiestensä puolesta samassa oikeudenkäynnissä. Vastaajia on kaikkiaan 28, koska lisäksi yhdelle, joka ei ole luottamushenkilö, vaaditaan rangaistusta avunannosta törkeään virka-aseman väärinkäyttämiseen. Useille vastaajista vaaditaan lisäksi rangaistusta muista virkarikoksista, osalle myös työrikoksista. Kysymys on tietenkin Kittilä-oikeudenkäynnistä, jonka pääkäsitely on ollut käynnissä Lapin käräjäoikeudessa syyskuusta 2018 alkaen.¹

Oikeutta käydään Rovaniemellä, ainakin osaksi siksi, että Kittilän käräjäsalin on liian pieni tällaiselle joukolla avustajineen. Osasyynä voi hyvin olla myös se, että erityisesti tässä jutussa oikeutta on hyvä käydä ”puolueettomalla maaperällä”, niin tulehtuneet ihmissuhteet ovat asian takia Kittilässä. Niin kuin eräs vastaajista – silloin vasta epäilty – jo kolmisen vuotta sitten lehtihaastattelussa totesi, ”tuntuu, etteivät asiat riitele, vaan henkilöt”. ”Jos olet sen toisen puolella, sähkömies voi jättää tulematta ja lehti jakamatta”, kuvasi puolestaan Lapin Kansa asetelmia jutussaan 22.12.2018.

Kittilä-oikeudenkäynnissä on kysymys muun muassa kunnanjohtajan irtisanomisesta, josta kunnanvaltuusto päätti marraskuussa 2014. Pohjois-Suomen hallinto-oikeus kumosi valtuuston päätöksen helmikuussa 2016. Yhteenvetonaan hallinto-oikeus totesi, että ”[kunnanjohtajalle] ei ole ennen hänen irtisanomistaan

¹ Kirjoittaja on syksyn 2018 aikana seurannut Kittilä-oikeudenkäyntiä Rovaniemellä.

varattu tilaisuutta tulla kuulluksi kuntalain (365/1995) 25 §:n 2 momentissa ja hallintolain 34 §:n 1 momentissa säädetyllä tavalla. Valtuusto ei myöskään ole huolehtinut asian riittävästä ja asianmukaisesta selvittämisestä. Kun kunnanvaltuuston päätös kumotaan edellä todettujen kuulemisessa ja asian valmistelussa tapahtuneiden virheellisyyksien ja puutteellisuuksien johdosta, lausuminen muista päätöksen lainvastaisuutta koskevista valitusperusteista raukeaa.” Kunta valitti päätöksestä, mutta KHO pysytti hallinto-oikeuden päätöksen kesäkuussa 2016 antamallaan päätöksellä.

Hallinto-oikeudet ottivat siis kantaa yksinomaan valtuuston tekemän irtisanomispäätöksen menettelyvirheisiin, eivät suuntaan tai toiseen siihen, oliko irtisanomiselle laillisia perusteita. Rikosoikeudenkäynnissä vastaajapuolelta esitettiin väitteitä, ettei käräjäoikeudella ole ylipäänsä toimivaltaa tutkia kysymystä irtisanomisperusteiden asiallisuudesta tai riittävydestä, vaan että se kuuluisi hallinto-oikeuden toimivaltaan. Jos tälle kannalle asetuttaisiin, tässä nimenomaisessa tapauksessa kysymys irtisanomisperusteiden laillisuudesta jäisi lopullisesti vaille vastausta, koska asia kävi jo kertaalleen hallinto-oikeuslinjan läpi, mutta tuomioistuimet eivät valittajien vaatimuksista huolimatta ottaneet kantaa kysymykseen. Tällainen käytäntö, että hallinto-oikeuden katsoessa päätökseen liittyvän niin vakavia menettelyvirheitä, että jo ne riittävät päätöksen kumoamiseen, se jättää kokonaan ottamatta kantaa mahdollisiin päätöksen asiavirheisiin, on epätyydyttävä. Näin tehtäessä pyrittäneen säästämään aikaa ja vaivaa, mutta on kyseenalaista, onko se kuitenkin kokonaisuuden kannalta onnistunut menettelytapa. Tässäkin tapauksessa olisi todennäköisesti säästyttävä paljolta riitelyltä, jos myös irtisanomisen perusteista olisi saatu KHO:n ratkaisu.

En ryhdy tässä yhteydessä käymään rajaa hallinto- ja rikosasioiden välillä yleisellä tasolla, vaan rajoitun tarkastelemaan erityisesti kunnanjohtajan irtisanomista. Ensin kuitenkin muutama sana kunnanvaltuutettujen ja muidenkin kunnallisten luottamushenkilöiden rikosoikeudellisesta asemasta.

2. Luottamushenkilöiden rikosoikeudellisen virkavastuun lähtökohdat

Kuntalain (410/2015, KunL) 85 §:n (L:ssa 1484/2016), jonka otsikkona on ”Virheellinen menettely luottamustoimessa”, 1 momentissa säädetään: ”Luottamushenkilö hoitaa tointaan virkavastuulla, ja häneen sovelletaan rikoslain (39/1889) virkarikoksia koskevia säännöksiä.” Säännös on puhtaasti informatiivinen; asiantilaa olisi näin ilman sitäkin. Aiemman kuntalain (365/1995, VKunL) aikana

tilanne oli sama, vaikka vastaavassa aiemmassa säännöksessä, VKunL 40 §:ssä, ei ollut tuollaista rikoslakiin viittaavaa mainintaa. RL 40 luvussa on nimittäin asiasta selvät säännökset. Luvun soveltamisalasäännökset sisältävän 12 §:n (L:ssa 604/2002) 1 momentissa säädetään: "Tämän luvun virkamiestä koskevia säännöksiä sovelletaan myös julkista luottamustehtävää hoitavaan henkilöön ja julkista valtaa käyttävään henkilöön." Julkista luottamustehtävää hoitavalla henkilöllä taas tarkoitetaan rikoslaissa 40 luvun 11 §:n (L:ssa 604/2002) 2 kohdan mukaan "kunnanvaltuutettua ja muuta yleisillä vaaleilla valittua 1 kohdassa mainitun julkisyhteisön edustajiston jäsentä kuin kansanedustajaa edustajatoimissaan sekä 1 kohdassa mainitun julkisyhteisön tai laitoksen toimielimen, kuten valtioneuvoston, kunnanhallituksen, lautakunnan, johtokunnan, komitean, toimikunnan ja neuvottelukunnan, jäsentä sekä muuta mainitun julkisyhteisön tai laitoksen luottamushenkilöä."

Se, että esimerkiksi kunnanvaltuutetut ja kunnanhallituksen jäsenet voivat syyllistyä mihin tahansa RL 40 luvussa tarkoitettuun virkarikokseen, kuten virka-aseman väärinkäyttämiseen, on siis täysin selvää. Se ei kuitenkaan estänyt erästä useiden vastaajina olevien kunnanvaltuutettujen avustajaa Kittilä-oikeudenkäynnissä julistamasta vakaumuksen rintaäänellä, että valtuuston toiminta on poliittista harkintaa, se on poliisivapaa alue. Kunnalliseen itsehallintoon vedoten hän katsoi valtuutettujen olevan vastuussa vain äänestäjille, hänen mukaansa valtuutettujen ei tarvitse pelätä poliisia.

Mainitsematta edellä siteerattuja rikoslain säännöksiä lainkaan avustaja nojasi näkemyksensä perustuslain 30 §:n analogiseen soveltamiseen. Pykälässä säädetään *kansanedustajan* koskemattomuudesta, muun muassa, että kansanedustajaa ei saa estää hoitamasta edustajantointaan ja ettei kansanedustajaa saa asettaa syytteeseen hänen asian käsittelyssä noudattamansa menettelyn johdosta, ellei eduskunta ole siihen suostunut päätöksellä, jota vähintään viisi kuudesosaa anetuista äänistä on kannattanut. Eihän tuolla säännöksellä ole mitään tekemistä kunnanvaltuutettujen kanssa. Miten edes voidaan väittää muuta? On perusteltua aiheita kysyä: Osaamattomuutta, huolimattomuutta vai röyhkeää yritystä harhauttaa tuomioistuinta? Jäljempänä jaksossa "4. Muutamia prosessuaalisia kysymyksiä" tarkastelenkin tätä ja erästä siihen läheisesti rinnastuvaa oikeudenkäyntiavustajien menettelyä Kittilä-oikeudenkäynnissä hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden kannalta.

Palatkaamme ensin kuitenkin alussa siteerattuun ex-valtuutettu X:n kitkerään kommenttiin. Ovatko hallinto- ja rikosasiat niin tyystin erillään toisistaan, että kunnanjohtajan lainvastaiseen irtisanomiseen ei liittyisi lainkaan rikosoikeudellista virkavastuuta?

Kunnanjohtajan irtisanomisesta tai siirtämisestä muihin tehtäviin säädetään nykyisin KunL 43 §:ssä. Sen 1 momentin mukaan "valtuusto voi irtisanoa kunnanjohtajan tai siirtää hänet muihin tehtäviin, jos hän on menettänyt valtuuston luottamuksen." Pykälän 2 momentin mukaan "asia tulee vireille kunnanhallituksen esityksestä tai vähintään neljäsoosan valtuutetuista tehtyä sitä koskevan aloitteen. Asiaa valmisteltaessa kunnanjohtajalle on ilmoitettava, mihin luottamuksen menetys perustuu, ja varattava hänelle tilaisuus tulla kuulluksi." Pykälän 3 momentissa säädetään vielä: "Edellä 1 momentissa tarkoitetun päätöksen tekemiseen vaaditaan, että sitä kannattaa kaksi kolmasosaa kaikista valtuutetuista. Päätös voidaan panna heti täytäntöön. Samalla kunnanjohtaja voidaan vapauttaa tehtäviensä hoidosta." VKunL 25 § oli täsmälleen saman sisältöinen.

Kunnanvaltuuston tekemästä kunnanjohtajan irtisanomispäätöksestä, niin kuin muistakin valtuuston päätöksistä, voidaan valittaa hallinto-oikeuteen. Sikäli voidaan sanoa, että kyseessä on hallintoasia. Ketä KunL 43 § sitten velvoittaa? Irtisanomisesta päättäviä kunnanvaltuutettuja, sillä säännöksestä ilmenee, että kunnanjohtajan irtisanomisesta päättää nimenomaan valtuusto. Velvoittaa se silti eräitä muitakin. KunL 35 §:n (L:ssa 1484/2016) 1 momentissa nimittäin säädetään muun muassa, että kun 43 §:ssä tarkoitettu kunnanjohtajan irtisanomista tai muihin tehtäviin siirtämistä koskeva asia on tullut vireille, valtuusto voi asettaa tilapäisen valiokunnan, jonka on valmisteltava asia. Valiokunnan jäsenten on oltava valtuutettuja tai varavaltuutettuja. VKunL 22 §:ssä säädettiin muutoin vastaavasti, mutta sen mukaan tilapäinen valiokunta oli tällaisessa tapauksessa *asetettava*.

Asetetun tilapäisen valiokunnan on siis valmisteltava asia, ja asiaa valmisteltaessa kunnanjohtajalle on ilmoitettava luottamuksen menettämisen syy ja varattava hänelle tilaisuus tulla kuulluksi. Nämä ovat tilapäisen valiokunnan jäsenten velvollisuuksia.

Velvoittaa KunL 43 § silti vielä muitakin. KunL 35.3 §:n mukaan tilapäisen valiokunnan on hankittava sen valmisteltaviin kuuluvissa asioissa kunnanhallituksen lausunto. Vastaavasti säädettiin VKunL 53.2 §:ssa. Asian luonteesta seuraa, että kunnanhallituksen tulee lausunnossaan tarvittaessa kiinnittää tilapäisen valiokunnan huomiota kohtiin, joissa valiokunta on toiminut vastoin KunL 43 §:ssä säädettyä. Lisäksi KunL 43 § velvoittaa kunnanhallitusta myös sitä kautta, että kunnanhallituksen tehtävänä on KunL 96 §:n mukaan kunnanvaltuuston päätösten laillisuuden valvonta: "Jos kunnanhallitus katsoo, että valtuuston päätös on syntynyt virheellisessä järjestyksessä taikka että valtuusto on ylittänyt toimivaltansa tai että päätös on muuten lainvastainen, kunnanhallituksen on jätettävä päätös täytäntöön panematta. Asia on viipymättä saatettava valtuuston uudelleen käsiteltäväksi." Vastaavasti säädettiin VKunL 56.1 §:ssa.

Mistä ilmenee, että edellä mainittuihin KunL:n tai VKunL:n säännöksiin perustuvien velvollisuuksien tahallinen tai tuottamuksellinen rikkominen ei voisi johtaa rikosoikeudelliseen virkavastuuseen vaan vain päätöksen kumoamiseen hallinto-oikeudessa? Ei mistään. Esimerkiksi *Harjula ja Prättälä* toteavat KunL 96 §:ää selvitellessään, että lainvastaisen päätöksen täytäntöönpaneminen on virkavelvollisuuden vastaista toimintaa.² Mistään ei ilmene, että kunnanjohtajan lainvastaista irtisanomista koskevan päätöksen täytäntöönpaneminen olisi tässä suhteessa poikkeus. Mistään ei myöskään ilmene, että lainvastaisen irtisanomispäätöksen valmisteleminen ja tekeminen jäisivät virkavastuun ulkopuolelle, vaikka sellaisen päätöksen täytäntöönpano on juuri edellä sanotun mukaan virkavastuun alaista toimintaa.

Hallinto-oikeus ei voi tuomita kenellekään rangaistusta, vaikka se toteaisi valtuuston tekemän irtisanomispäätöksen lainvastaiseksi. Rangaistuksen voi sen sijaan tuomita käräjäoikeus, sekä muodollisesti että asiallisesti lainvastaisesta irtisanomisesta niin kuin muidenkin virkavelvollisuuksien rikkomisesta. Käräjäoikeus ei sen sijaan voi kumota valtuuston lainvastaista kunnanjohtajan irtisanomispäätöstä, koska se taas kuuluu hallinto-oikeuden toimivaltaan. Siinä mielessä hallinto- ja rikosasiat ovat erillään, että tietyiltä osin ne voivat kuulua hallinto-oikeuden toimivaltaan, mutta se ei estä sitä, että samat asiat voivat muilta osin kuulua käräjäoikeuden toimivaltaan.

Kittilän tapaus lienee ensimmäinen, jossa kunnanjohtajan lainvastaisesta irtisanomisesta on nostettu virkarikossyyte päätöksen tehneitä luottamushenkilöitä vastaan. Tosin Ylivieska-Raahen käräjäoikeus ratkaisi 16.3.2018 tunnustamis-oikeudenkäynnissä antamallaan tuomiolla 18/111792 (R17/4) jossakin määrin vastaavanlaisen tapauksen. Kaupunginjohtaja R oli kaupunginhallitukselle osoittamassaan kirjoituksessa ilmoittanut irtisanoutuvansa. Asiaa kaupunginhallituksessa käsiteltäessä R oli peruuttanut irtisanoutumisensa, jonka jälkeen asiaa oli käsitelty virkavapausanomuksena. Kaupunginhallitus oli 6.6.2012 myöntänyt R:lle virkavapautta enintään 5.8.2013 saakka. Kaupunginvaltuusto oli kuitenkin päätöksellään 25.2.2013 katsonut R:n virkasuhteen päättyneeksi. Oulun hallinto-oikeus oli 17.4.2013 antamallaan välipäätöksellä kieltänyt valtuuston päätöksen täytäntöönpanon, ja 5.12.2013 antamallaan päätöksellä hallinto-oikeus kumosi valtuuston päätöksen.

T oli kuitenkin yhtenä kaupunginhallituksen jäsenenä ollut 22.7.2013 tekemässä päätöstä, jolla kaupunginjohtajan virkaa oli asetettu hoitamaan muu henkilö

2 Ks. Heikki Harjula – Kari Prättälä, *Kuntalaki – Tausta ja tulkinnat*. 9., uudistettu painos. Talentum 2015, s. 653. Kirjoittajat huomauttavat kuitenkin, että syytetoimiin sellaisen menettelyn johdosta on ryhdytty vain harvoin.

kuin R. Päätöksellä oli tahallaan ja lainvastaisesti syrjäytetty R kaupunginjohtajan tehtävän hoitamisesta, ja se oli tehty vastoin Oulun hallinto-oikeuden asettamaa täytäntöönpanokieltoa. Lisäksi T oli, muun ohessa, toimillaan ja virka-asemaansa hyväksi käyttäen estänyt R:ää palaamasta virkapaikalleen kaupunginjohtajaksi hänen virkavapautensa päätyttyä 5.8.2013. R:ltä oli T:n toimesta otettu pois muun muassa tietokone ja työpaikan avaimet. T tuomittiin virka-aseman väärinkäyttämistä 50 päiväsakkoon. Muita kaupunginhallituksen jäseniä vastaan nostamansa syytteet syyttäjät peruutti, minkä vuoksi käräjäoikeus jätti asian heidän osaltaan sillensä.

Tapauksen lopputulos ei ole millään tavoin esimerkiksi kelpaava. Teonkuvaukseen nähden vastaajat pääsivät todella vähällä. Tapaukseen liittyikin apulaisoikeuskanslerin sijaisen 18.12.2018 antama ratkaisu (OKV/669/1/2018, OKV/742/1/2018). Kihlakunnansyyttäjä oli esittänyt tuomioesityksessään, että käräjäoikeus jättäisi asian virka-aseman väärinkäyttämistä syytteessä olleiden seitsemän vastaajan osalta sillensä ja että se tuomitsisi sakkorangaistukseen virka-aseman väärinkäyttämistä vastaajan, jolle hän oli haastehakemuksessaan vaatinut rangaistusta törkeästä virka-aseman väärinkäyttämistä. Käräjäoikeuden tuomion mukaan syyttäjä oli myöhemmin tarkentanut, että hänen esityksensä oli mainittujen seitsemän vastaajan osalta tarkoittanut syytteiden peruuttamista.

Selvityksessään syyttäjä perusteli menettelyään asiassa muun ohella asian vastaajien ja asianomistajan keskenään vahingonkorvauksista saavuttamalla sovinnolla, jonka vuoksi hän oli ilmoittamansa mukaan ollut valmis suostumaan sovintoesitykseen rangaistuksen osalta.

Apulaisoikeuskanslerin sijainen kiinnitti päätöksessään kihlakunnansyyttäjän huomiota vastaisen varalle siihen, ettei syyteneuvottelumenettelyyn liittyvässä tuomioesityksessä ole mahdollista luopua kaikista vastaajaan kohdistetuista rangaistusvaatimuksista, ettei syyteneuvottelumenettelyssä ole mahdollista sopia rikostunnusmerkistön valinnasta ja ettei asianosaisten yksityisoikeudellisista vaatimuksista oikeudenkäynnin aikana saavuttama sovinto ole teon rikostunnusmerkistön mukaisuuden arvioinnissa huomioon otettava seikka. Hän saattoi lisäksi kihlakunnansyyttäjän tietoon näkemyksensä, että syyttäjän tulee syyteneuvottelussa ja toimenpiteistä luopumista harkitessaan ottaa huomioon yleisen edun vaatimus, jolla virkarikosasioissa on niiden luonteen vuoksi lähtökohtaisesti korostettu merkitys.

Kuntien luottamushenkilöt ovat pääsääntöisesti juridista koulutusta vailla olevia, ja muutenkin on tosiasia, että virheitä sattuu kenelle tahansa. Siten ei olisi missään nimessä paikallaan nostaa syyte päättäjiä vastaan aina, kun hallinto-oikeus on kumonnut kunnanjohtajan irtisanomisen lainvastaisena. Syytteen nostamista puoltavaa poikkeuksellisuutta Kittilä-tapauksessa on muun muassa se, että

valtuutettuja varoitettiin lukuisia kertoja etukäteen irtisanomista valmistelleen tilapäisen valiokunnan raportissa olevista virheistä ja siitä, ettei kunnanjohtajaa ollut kuultu asianmukaisesti. Lisäksi keskusrikospoliisi tiedotti runsaan viikon kuluttua valtuuston tekemästä irtisanomispäätöksestä, että Levin hissihankintaa ja sen jälkeisiä tapahtumia koskevaan tutkintaan on nyt liitetty myös Kittilän kunnanjohtajan erottaminen.

Olisi luullut, että päättäjät olisivat tämän jälkeen suhtautuneet asiaan erityisellä huolella ja selvittäneet, mitä vikaa irtisanomispäätöksessä oli. Mutta ei Kittilässä. Vt. kunnanjohtaja toi irtisanomispäätöksen laillisuusvalvonta-asiana kunnanhallitukseen ja esitti, ettei sitä panna täytäntöön raportissa olleiden virheiden ja kunnanjohtajan asianmukaisen kuulemisen laiminlyönnin vuoksi. Varoitukset kaikuivat kuitenkin kuuroille korville myös kunnanhallituksessa. Se jätti vt. kunnanjohtajan laillisuusvalvontaesityksen toistuvasti käsittelemättä katsottuaan tämän esteelliseksi kiistanalaisin perustein. Kunnanhallituksen puheenjohtajan olisi pitänyt hoitaa esteetön esittelijä jääviksi katsotun tilalle, mutta sitä hän ei tehnyt.

Miksi varoituksista ei piitattu? Varmaa vastausta tietävät tuskin muut kuin vastaajat itse – jos hekään. Yksi mahdollinen selitys on siinä, että kuntapäättäjiä ei ole juuri koskaan saatettu henkilökohtaiseen rangaistus- eikä vahingonkorvausvastuuseen käytännöllisesti katsoen mistään virheistään. Etenkin kuntavaalien alla on ollut tapana houkutella ihmisiä ehdokkaiksi maalailamalla, miten loistavia mahdollisuuksia valtuustossa on edistää tärkeinä pitämiään asioita. ”Eikä mitään erityistä koulutus pohjaakaan edellytetä, on vain hyvä, että päättäjinä on ihmisiä, joilla on erilainen tausta.” On ehkä syntynyt harha, että perustuslain turvaama kunnallinen itsehallinto sallii päättäjien tehdä lähes millaisia päätöksiä tahansa. On ehkä kuviteltu, että pahinta, mitä voi tapahtua, on päätöksen kumoutuminen hallinto-oikeuteen tehdyn valituksen seurauksena, mutta silloinkin kunta vastaa mahdollisista korvauksista. Kuvaava onkin erään keskeisessä asemassa olleen luottamushenkilön vastaus esitutkinnassa kysymykseen, kuka tai ketkä ovat vastuussa, jos kunnanjohtaja on sanottu irti virheellisessä menettelyssä tai virheelliseksi todetuilla väitteillä. ”Kittilän kunta”, kuului vastaus.

Samalla linjalla vastaaja jatkoi oikeudenkäynnissä syyttäjän kysytyä, onko hän ymmärtänyt perustuslain 118 §:n mukaisen virkavastuunsa päätöksentekijänä. ”Kun kunnanvaltuuston jäsenenä tehdään päätöksiä, niin siellä on isännänvastuu olemassa, kyllä siinä on se kunnan vastuu”, kuntapäättäjä vastasi ja lisäsi, ettei ole perustuslakiasiantuntija. Ei tarvitsekaan olla. Kunnissa on virkamiehiä, joiden tehtävänä on selvittää päätöksenteossa esille tulevat laillisuus kysymykset. Mutta jos heidät sivuutetaan ja toimitaan jääräpäisesti omien uskomusten perusteella asiantuntijoiden vastaväitteistä piittaamatta, voi käydä niin kuin Kittilässä.

Kunnat ovat julkisia viranomaisia, joilla on verotusoikeus. Julkisesta taloudesta noin puolet on kuntien hoidossa. Ei voi eikä saa olla niin, että sitä hoidetaan täysin vailla vastuuta. RL 40:7:n mukaan rangaistavaa virka-aseman väärinkäyttämistä on muun muassa se, että virkamies (johon luottamushenkilö siis rinnastetaan) hankkiakseen itselleen tai toiselle hyötyä taikka aiheuttaakseen toiselle haittaa tai vahinkoa rikkoo virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin perustuvan virkavelvollisuutensa osallistuessaan päätöksentekoon tai sen valmisteluun. Kunnanvaltuutettujen virkavelvollisuutena on noudattaa tässä tehtävässään muun muassa KunL 43 §:ää, kun he päättävät kunnanjohtajan irtisanomisesta. Tilapäisen valiokunnan jäsenet taas osallistuvat irtisanomispäätöksen valmisteluun. Päätöstä vastaan äänestänyt tai eriävän mielipiteen ilmoittanut ei KunL 106.2 §:n mukaan kuitenkaan ole vastuussa päätöksestä. Toisin sanoen, päätöstä kannattaneet ovat vastuussa. Perustuslain 118.1 §:ssä asia ilmaistaankin näin päin: ”Virkamies vastaa virkatoimiensa lainmukaisuudesta. Hän on myös vastuussa sellaisesta monijäsenen toimielimen päätöksestä, jota hän on toimielimen jäsenenä kannattanut.”

KunL 136 §:n mukaan päätöksestä, joka koskee vain valmistelua tai täytäntöönpanoa, ei saa tehdä oikaisuvaatimusta eikä kunnallisvalitusta. Samoin säädettiin VKunL 91 §:ssä. Valmistelua koskeva päätös tulee myöhemmin lopullisesti ratkaistavaksi, joten muutoksenhaun sallimista ennen sitä ei ole katsottu tarpeelliseksi. Haettaessa muutosta lopulliseen päätökseen voidaan vedota myös valmisteluvaiheessa tapahtuneisiin virheisiin. Pelkkää valmistelua koskevalla muutoksenhaku-kiellolla ei ole rikosoikeudellista virkavastuuta rajoittavaa merkitystä.

Virkavastuu kattaa samalla tavalla menettely- kuin asiavirheetkin. Ei ole suinkaan niin, että menettelyvirhe olisi aina vähämerkityksinen, ”pelkkä muotovirhe”. KunL 143 §:n mukaan kunnan viranomaisen päätös voidaan pääsääntöisesti panna täytäntöön ennen kuin se on saanut lainvoiman. Tämä koskee myös valtuuston päätöstä kunnanjohtajan irtisanomisesta, mikä on nimenomaisesti todettu KunL 43.3 §:ssa/VKunL 25.3 §:ssa vielä erikseen. Vaikka irtisanomisen perusteet olisivat hyväksyttävät, mutta välittömästi täytäntöönpantua päätöstä rasittaa menettelyvirhe, koska kunnanjohtajalle ei esimerkiksi ole asianmukaisesti varattu tilaisuutta tulla kuulluksi, kunnanjohtaja menettää virkansa ja siihen kuuluvat palkka- ja muut edut eli kärsii vahinkoa. Se, että hän mahdollisesti saa muutoksenhaun kautta virkansa takaisin ja että hänelle korvataan virheellisestä päätöksestä johduneet menetykset, ei tee tehtyä tekemättömäksi. Ei varkausrikoskaan mitätöidy sillä, että anastettu esine saadaan palautetuksi takaisin oikealle omistajalleen.

Menettelyllisesti virheellinenkin päätös voidaan tehdä täysin tahallisesti. Jonkinasteisen houkutus sellaiseen aikaansaa juuri mahdollisuus panna päätös täytäntöön muutoksenhausta huolimatta yhdistettynä siihen tosiasiaan, että päätöksen saaminen hallinto-oikeuteen tehtyyn valitukseen kestää useinkin yli

vuoden. Näin kunnanjohtajastakin päästään niin haluttaessa eroon ainakin väliaikaisesti pitkäköksi aikaa.

3. Millä perusteella kunnanjohtaja voidaan irtisanoa?

KunL 43.1 §:n mukaan valtuusto voi irtisanoa kunnanjohtajan, jos hän on menettänyt valtuuston luottamuksen. Sekö riittää? Niin väittivät Kittilä-oikeudenkäynnissä useat vastaajien avustajat. Vedottiin VKunL:n pohjana olleen hallituksen esityksen perustelujen sivulla 30 sanottuun osoituksena lainsäätäjän tahdosta: ”Kunnanjohtajan erottamisesta ei ollut laissa säännöksiä. Kunnanjohtaja voitiin irtisanoa, kuten muutkin viranhaltijat, ainoastaan virkasäännössä mainituilla perusteilla. Kunnalliskomitean ehdotuksen pohjalta kunnallislakia on vuoden 1993 alusta lukien muutettu siten, että kunnanjohtaja voidaan virkasäännön määräysten estämättä irtisanoa valtuuston päätöksellä, jota kannattaa kaksi kolmasosaa saapuvilla olevista valtuutetuista. *Päätöksen perusteeksi ei edellytetä erityisiä syitä, vaan määräenemmistön katsotaan sellaisenaan riittävästi ilmaisevan irtisanomiseen johtaneen luottamuspulan.*”³ Avustajat painottivat erityisesti tätä siteeraamastaan tekstistä kursivoimaani loppuosaa.

Asiassa on vain yksi vakava mutta: Avustajat nimittäin jättivät kertomatta sen aivan ratkaisevan tärkeän seikan, että tuo perustelukohda on HE:ssä otsikon ”3.5.1 Nykytilan arviointia” alla! Siis silloisen, ennen kyseisen esityksen pohjalta säädettyä VKunL:ia vallinneen tilanteen arviointia. Edellä siteerattu perustelukohda ei koske lainkaan vuonna 1995 säädetyn ja voimaan tulleen VKunL:n tulkintaa. Otsikko ”Nykytilan arviointia” on HE:ssä siteerattua kohtaa edeltävällä sivulla 29. Jälleenkö osaamattomuutta, huolimattomuutta vai röyhkeää yritystä harhauttaa tuomioistuinta? Ja mistä mahtoi olla kysymys, kun eräs asianajaja halusi estää todistajana kuultua Kuntaliiton asiantuntijalakimiestä vastaamasta syyttäjän kysymykseen, riittääkö kunnanjohtajan irtisanomiseen VKunL 25 §:n mukaan pelkkä luottamuksen menettäminen? Asianajajan mielestä asia on notorinen. Kumpaan kohan suuntaan? Puheenjohtaja salli todistajan vastata, ja tämä kertoi asian niin kuin se tässäkin artikkelissa esittämäni mukaan on: pelkkä luottamuksen menettäminen ei riitä.

Yksi tarkoitustani oikeudenkäyntiavustajista siteerasi PowerPoint-esityksessään heti edellä mainitun HE:n perustelujen kohdan perään myös seuraavaa kohtaa HE:n sivulta 31: ”Samalla määräenemmistöllä toistaiseksi valittu kunnanjohtaja voitaisiin myös irtisanoa. Irtisanomisen perusteena olisi poliittisten

3 Ks. HE 192/1994 vp kuntalaiksi, s. 30.

päätöksentekijöiden ja kunnan hallintoa, taloudenhoitoa ja toimintaa johtavan kunnanjohtajan välinen luottamuspuola. Luottamuspuolaan johtaneiden syiden esittämällä voidaan välttää turhaa spekulointia.” Hän jätti tuomatta esille, että tämä kohta puolestaan on HE:ssä sivulla 30 olevan otsikon ”3.5.2. Kunnan johtamista koskevat tavoitteet ja keskeiset ehdotukset” alla. Kun jätetään mainitsematta, että viimeksi siteerattu tekstiosa kuvaa HE:ssä ehdotettua uudistusta, se luettuna yhdessä ensimmäisen siteeratun perustelukappaleen kanssa luo vaikutelman, että luottamuspuolaan johtaneiden syiden esittäminen olisi vain jonkinlainen suositus turhan spekuloinnin välttämiseksi, ei ehdoton vaatimus.

Se, miten VKunL 25 §:ää (ja samansisältöistä KunL 43 §:ää⁴) on *oikeasti* tarkoitettu tulkittavan, ilmenee mainitusta HE:stä ja muista lainvalmistelutöistä, kun niitä luetaan asianmukaisesti. KunL 43 §:ää/VKunL 25 §:ää ei todellakaan pidä lukea ikään kuin siinä ei olisi mitään muuta kuin 1 momentti. Vuonna 1995 toteutetun muutoksen aiempaan osoittaa nimenomaan 2 momentti. Irtisanomisharkinta luottamuspuolan perusteella ei ole yksinomaan poliittista vaan myös oikeudellista. Tämä tosiasia ilmenee selvästi mainitusta HE:stä, jossa todettiin, että kunnanjohtajan oikeusturva vaatii syiden ilmoittamista ja kuulemistilaisuuden varaamista.⁵ VKunL 25.2 §:ssä/KunL 43.2 §:ssä säädetään velvollisuudesta ilmoittaa irtisanomiasian valmistelussa luottamuksen menettämisen syy(t) ja velvollisuudesta varata kunnanjohtajalle tilaisuus tulla kuulluksi. Kysymys on virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin perustuvasta virkavelvollisuudesta sillä tavalla kuin virka-aseman väärinkäyttämistä koskevassa RL 40:7:ssä edellytetään.⁶

VKunL:n säätämiseen johtaneesta HE:stä 192/1994 vp antamassaan mietinnössä eduskunnan hallintovaliokunta korosti, että ”(k)unnanjohtajan irtisanomista – – koskevassa päätöksenteossa tulee noudattaa yleisiä hallintoharkinnan periaatteita. On selvää, että irtisanomista – – koskeva päätös on perusteltava siten, että päätös ei loukkaa esimerkiksi tarkoitussidonnaisuus-, suhteellisuus- tai objektiviteettiperiaatetta.”⁷ Näiden hallinnon oikeusperiaatteiden noudattamisvelvollisuus ei ole yksinomaan edellä sanotun varassa, vaan niistä säädetään nimenomaisesti hallintolain (434/2003) 6 §:ssä. Hallintolakia sovelletaan sen 2.2 §:n mukaan muun muassa kunnallisissa viranomaisissa. Lain 6 §:ssä veloitetaan viranomaista kohtelemaan hallinnossa asioivia tasapuolisesti sekä käyttämään

4 Kunnanjohtajan irtisanomista koskevaa sääntelyä ei muutettu nykyistä KunL:ia säädettäessä. Ks. HE 268/2014 vp kuntalaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 102 ja 170.

5 Ks. HE 192/1994 vp kuntalaiksi, s. 88.

6 Ks. RL 40:7:n tunnusmerkistöstä tarkemmin Viljanen teoksessa Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg, *Keskeiset rikokset*. 4., uudistettu ja laajennettu laitos. Edita Publishing Oy 2018, s. 914 – 929.

7 Ks. HaVM 18/1994 vp HE:stä 192/1994 vp kuntalaiksi, s. 7.

toimivaltaansa yksinomaan lain mukaan hyväksyttäviin tarkoituksiin. Tästä ilmenee siis muun ohessa tarkoitussidonnaisuuden periaate. Esimerkkinä HE:ssä on mainittu, että viran lakkautuspäätöstä ei voida pitää tarkoitussidonnaisuuden periaatteen mukaisena, jos tarkoituksena on ainoastaan päästä eroon tietystä virkamiehestä.⁸ Sama koskee johdonmukaisesti virkamiehen irtisanomista.

Hallintolain 6 §:n mukaan viranomaisen toimien on myös oltava puolueettomia ja oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden. Puolueettomuusvaatimus ilmentää hallinto-oikeudellista objektiviteettiperiaatetta. Sen tarkoittaa HE:n mukaan, että hallintotoiminta ei saa perustua epäasiallisiin tai hallinnolle muuten vieraisiin perusteisiin. Tällaisia perusteita voivat olla esimerkiksi ystävien suosinta ja henkilökohtaisen hyödyn tavoittelu.⁹ Pykälästä niin ikään ilmenevä suhteellisuusperiaate puolestaan tarkoittaa muun muassa, että viranomaisen toimien piteen on oltava asianmukainen, tarpeellinen ja oikein mitoitettu. Viranomaisen on mitoitettava toimintansa alimmalle sellaiselle tasolle, jolla saadaan aikaan tarvittava vaikutus. Merkitystä tällä on erityisesti tapauksissa, joissa viranomaisen harkitsee hallinnon asiakkaan kannalta epäedullisia oikeudellisia toimia, kuten virasta vapauttamista.¹⁰

Se, millaisia luottamuspuolan taustalla olevat irtisanomisen hyväksyttävät syyt voivat olla, ilmenee parhaiten VKunL 25 §:n muuttamista koskeneista, *mutta toteuttamatta jääneistä* valmistelutöistä. Vuonna 1995 annetun HE:n mukaan kunnanjohtaja olisi voitu irtisanoa, kun siihen on syytä. Ehdotetun sanamuodon perusteella voitaisiin päätellä, että tarkoituksena oli helpottaa irtisanomista. Tarkoitus oli kuitenkin päinvastoin parantaa kunnanjohtajan irtisanomissuojaa. HE:n perusteluissa todettiin Suomen saattaneen voimaan palvelussuhteen päättymistä koskevan Kansainvälisen työjärjestön (ILO:n) yleissopimuksen (SopS 114/1992), joka koskee sekä yksityisen että julkisen sektorin palvelussuhdetta. Sen 4 artiklan mukaan työnantaja ei saa päättää palvelussuhdetta, jos siihen ei ole pätevää perustetta, joka liittyy työntekijän taitoon tai käytökseen tai joka perustuu yrityksen, laitoksen tai toimipaikan toimintaedellytyksiin. HE:n mukaan lakiin perustuvana syynä erottaa työstä ei enää olisi mainittu luottamuksen menettämistä, vaan uudella sanamuodolla tarkoitettiin korostaa, että palvelussuhdetta ei saa päättää, ellei siihen ole sellaista syytä, joka kunnanjohtajan asema huomioon ottaen on rinnastettavissa ILO:n yleissopimuksessa tarkoitettuun pätevään perusteeseen.

8 Ks. HE 72/2002 vp hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamiseksi, s. 55.

9 Ks. HE 72/2002 vp hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamiseksi, s. 55.

10 Ks. HE 72/2002 vp hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamiseksi, s. 55.

Epäluottamuksen ilmoittaminen sinänsä todettiin HE:ssä riittämättömäksi irtisanomisen perusteeksi.¹¹

HE:stä antamassaan mietinnössä hallintovaliokunta, joka esittämän mukaisesti HE tuli *hylätyksi*, totesi, että VKunL 25 §:ää on tulkittava sanotun sopimuksen 4 artikla huomioon ottaen. ”Nykyisellään edellytetään irtisanomisen johtuvan aina luottamuksen menettämisestä, johon luottamuksen menettämiseen tulee aina myös liittyä kunnanjohtajalle ilmoitettava asiallinen ja riittävä syy.”¹² Luottamuspuolan syyt on voitava objektiivisesti osoittaa sellaisiksi, että irtisanomista voidaan pitää oikeutettuna.¹³ Tällaisia syitä voivat olla muiden muassa puutteet johtamisessa sekä valtuusto- ja hallitusasioiden valmistelussa ja puutteet kunnan etujen valvonnassa.¹⁴

VKunL 25 §:ää ei siis tuolloin muutettu, ja vuonna 2017 voimaan tullut KunL 43 § on saman sisältöinen. Kun kunnanjohtajalle on irtisanomista valmisteltaessa ilmoitettava luottamuksen menettämiseen johtaneet syyt, on itsestään selvää, että syiden on oltava todellisia. Tätä ilmentää myös ratkaisu KHO 3.12.2002 T 3189, jossa KHO totesi muun muassa, että ilmenneen luottamuspuolan syyt olivat olleet todellisia ja päteviä. Asiassa ei ollut käynyt ilmi, että irtisanominen olisi perustunut epäasiallisiin syihin tai että tarkoitussidonnaisuuden periaate tai muut hallinto-oikeudelliset periaatteet olisi syrjäytetty.

Jos syy irtisanomiseen on tosiasiasa jokin muu kuin kunnanjohtajalle ilmoitettu, hänelle ei silloin ole ilmoitettu syytä KunL 43 §:ssä vaaditulla tavalla. Samoin on asianlaita, jos todellisen syyn lisäksi on ilmoitettu ikään kuin lisäperusteluksi totuutta vastaamattomia syitä. Jos todellinen syy jätetään ilmoittamatta, ei myöskään pykälässä edellytetty kuulemistilaisuuden varaaminen ole tapahtunut laillisesti, koska kuulemisessa on keskeisesti kyse juuri ilmoitetusta syystä kuulemisesta.

Kuulemisvelvoitteen sisältö ei kuitenkaan tyhjenny KunL 43.2 §:ään. Sen kanssa rinnakkain on sovellettava myös hallintolain 34 §:ää. Säännökset siis täydentävät toisiaan. Hallintolain 34.1 §:n mukaan ”asianosaiselle on ennen asian ratkaisemista varattava tilaisuus lausua mielipiteensä asiasta sekä antaa selityksensä sellaisista vaatimuksista ja selvityksistä, jotka *saattavat vaikuttaa* asian ratkaisuun.” Tarkoitettunlaisia vaatimuksia ovat lähinnä KunL 43.2 §:ssä tarkoitettu kunnanhallituksen esitys tai valtuutettujen aloite kunnanjohtajan irtisanomisesta. Asiaan vaikuttavaa selvitystä, josta pitää saada lausua, on lähinnä tilapäisen va-

11 Ks. HE 208/1995 vp laiksi kuntalain 25 §:n muuttamisesta, s. 2 – 3.

12 Ks. HaVM 8/1996 vp HE:stä 208/1995 vp laiksi kuntalain 25 §:n muuttamisesta, s. 2.

13 Ks. Harjula – Prättälä 2015, s. 358 – 359 ja KHO 21.8.1998 T 1453.

14 Ks. Harjula – Prättälä 2015, s. 358.

liokunnan kokoama aineisto.¹⁵ Hallintolain 34.1 §:n perusteella selvää on myös, että jos kunnanhallitus nostaa tilapäisen valiokunnan raportista antamassaan lausunnossa esille uusia luottamuksen menettämisperusteita, kunnanjohtajalle on ennen päätöksentekoa varattava tilaisuus tulla kuulluksi niistä. Kittilän tapauksessa kunnanhallitus kirjasi lausuntoonsa uusia perusteita, mutta kunnanjohtajalla ei varattu tilaisuutta tulla niistä kuulluksi.

4. Muutamia prosessuaalisia kysymyksiä

Edellä esille nostamani havainnot Kittilä-oikeudenkäynnistä antavat aiheen tarkastella myös joitakin prosessuaalisia kysymyksiä. Niitä olisi enemmänkin, mutta rajoitun tässä kahteen.

Vastaajalla ei ole rikosasiassa totuudessapysymisvelvollisuutta. Entäpä hänen avustajallaan tai asiamiehellään? Luvan saaneiden oikeudenkäyntiavustajien eli niin sanottujen lupalakimiesten velvollisuuksia koskeva perussäännös¹⁶ on luvan saaneista oikeudenkäyntiavustajista annetun lain (715/2011) 8.1 §:ssä: ”Luvan saaneen oikeudenkäyntiavustajan tulee rehellisesti ja tunnollisesti täyttää hänelle uskotut oikeudenkäyntiasiamiehen ja -avustajan tehtävät.” Lainvalmistelutöiden mukaan rehellisyyden ja tunnollisuuden vaatimus sisältäisi myös sen, että luvan saanut oikeudenkäyntiavustaja olisi oikeudenkäyntiasiamiehen ja -avustajan tehtävissään velvollinen noudattamaan lakia.¹⁷ Sitä, mitä erityisesti ajan takaa, koskee suoranaisesti lain 8.1 §:n 17 kohta: ”Mainituissa tehtävissä oikeudenkäyntiavustajan tulee erityisesti: – – 17) olla antamatta tuomioistuimelle tai muulle viranomaiselle lausumia, jotka hän tietää paikkansapitämättömiksi, sekä kiistämättä, minkä tietää todeksi.”

Mainittu lupalakimieslain 8.1 § ei ole tyhjentävä luettelo luvan saaneen oikeudenkäyntiavustajan velvollisuuksista. Siihen on pyritty ottamaan luvan saaneen oikeudenkäyntiavustajan keskeisimmät velvollisuudet, pyrkien asiallisesti samaan lopputulokseen kuin hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet. Johtoa muista kuin luettelossa nimenomaisesti mainituista velvollisuuksista ja velvollisuuksien tarkemmasta sisällöstä on tarkoitettu voitavan hakea asianajajia velvoittavasta hyvästä asianajajatavasta sekä sitä koskevasta soveltamiskäytännöstä.¹⁸ Lupalakimiehen

15 Ks. Harjula – Prättälä 2015, s. 362.

16 Ks. HE 318/2010 vp laiksi luvan saaneista oikeudenkäyntiavustajista ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 30.

17 Ks. HE 318/2010 vp laiksi luvan saaneista oikeudenkäyntiavustajista ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 31.

18 Ks. HE 318/2010 vp laiksi luvan saaneista oikeudenkäyntiavustajista ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi, s. 31.

velvollisuuksista oikeudellisen argumentoinnin suhteen ei lain valmistelutöissä ole mainittu erikseen mitään.

Hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden 8.2 kohdan mukaan ”asianajaja ei saa antaa tuomioistuimelle lausumia, jotka hän tietää paikkansa pitämättömiksi, eikä kiistää, minkä tietää todeksi.” Kysymys on negatiivisesta totuusvelvollisuudesta. Selvää on, että kyseinen tapaohjeiden kohta koskee ainakin tosiseikkoja. Kaikki – myös lupalakimiehet ja asianajajat – tietävät kuitenkin, että rikosasian vastaaja lähes aina valehtelee omaksi edukseen, enemmän tai vähemmän. Mikä osa päämiehen tarinasta on totta ja mikä valhetta, se on monesti avustajallekin epäselvää. Tosiseikkojen osalta asianajajan totuusvelvollisuuden todellista merkitystä vähentääkin olennaisesti tapaohjeiden samassa kohdassa myös sanottu: ”Asianajaja ei ole ilman erityistä syytä velvollinen tarkistamaan asiakkaansa antamia tietoja.” *Ylönen* on tapaohjetta kommentoidessaan todennut, että ”näiden tietojen käyttämisen mittatikkuna ei ole se, mitä asianajajan olisi tullut tietää, vaan se, mitä hän todella tiesi.”¹⁹ Sitä, mitä hän todella tiesi, ryhdytään selvittämään vain harvoin.

Fredman on todennut joidenkin tuomareiden ihmetelleen, miten asianajaja voi jatkaa jutun ajamista sen jälkeen, kun esitetty näyttö osoittaa selvästi päämiehen olevan väärässä ja häviävän jutun. Fredmanin mielestä pohdiskelu perustuu sille väärälle käsitykselle, että asianajaja suorittaisi objektiivista näytön arviointia kesken prosessin ja analysoisi tilannetta koko ajan puolueettomasti kuin tuomari. Niin asianajaja ei Fredmanin mukaan tee, aikaa analysointiin ei jää.²⁰

Mutta koskeeko asianajajan ja lupalakimiehen totuusvelvollisuus myös oikeudellista argumentointia? Oikeudenkäyntiavustajan ja -asiamiehen totuusvelvollisuutta käsiteltäessä kysymys on usein sivuutettu kokonaan tai sitä on käsitelty hyvin niukasti. Esimerkiksi asianajajatutkinnon tutkintovaatimukseen kuuluvassa hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden kommentaarissa ei ole otettu kysymyksen nimenomaisesti kantaa. Ohjetta koskeva seuraava kommentti sopisi kuitenkin myös siihen: ”Tapaohjeiden kohdassa 8.2 todetaan se itsestään selvä lähtökohta, että asianajaja ei saa missään olosuhteissa valehdella tuomioistuimelle, toisin sanoen antaa aktiivisesti tuomioistuimelle totuudenvastaiseksi tietämäänsä lausumaa tai kiistää todeksi tietämäänsä asiointilaa.”²¹

Tarkastellessaan asianajajan totuusvelvollisuutta oikeudellisessa argumentoinnissa *Peltonen* on todennut olevan ”selvää, että argumentoinnin tueksi viitattavat lähteet ja siteeraukset, ’lainsoveltamisfaktat’, tulee esittää todenmukaisi-

19 Ks. Markku Ylönen, *Asianajajaoikeus. Laki, säännöt ja tapaohjeet*. Alma Talent Oy 2018, s. 473.

20 Ks. Markku Fredman, *Rikosasianajajan käsikirja*. Talentum Media Oy 2013, s. 142–143.

21 <https://www.asianajajaliitto.fi/asianajajaliitto/asianajajatutkinto/tutkintovaatimukset>.

na eikä oikeussäännöksen sanallisesta sisällöstäkään saa esittää tietensä väriä kuvauksia.”²² Tämä ei vielä tarjoa selvää vastausta edellä kuvattuun tilanteeseen, jossa on jätetty mainitsematta kunnanvaltuutettujen vastuuta koskevat rikoslain säännökset ja jossa on siteerattu lainvalmistelutöiden tiettyä kohtaa sinänsä virheettömästi, mutta jätetty mainitsematta sen relevantti asiayhteys.

Peltonen on kuitenkin todennut oikeudellista argumentointia koskevan to- tuusvelvollisuuden olevan samansuuntainen kuin silloisten tapaohjeiden 37 §:n sääntö, jonka mukaan ”asianajaja ei saa johtaa vastapuolta harhaan antamalla tälle (tosiseikoista tai) oikeussäännöksistä tietoja, jotka hän tietää vääriksi.”²³ Ny- kysisissä, vuonna 2009 vahvistetuissa tapaohjeissa tämä sanotaan kohdassa 7.4. Sääntö koskenee nimenomaan yhteydenpitoa vastapuolen kanssa tuomioistuimen tai muun viranomaisen ulkopuolella.

Ylönen on vastaavasti todennut säännön olevan yksiselitteinen oikeussääntö- jen sisältöjen suhteen. ”Väärää tietoa oikeussäännöksen sisällöstä ei saa antaa.”²⁴ Kun tässä tapaohjeiden kohdassa kielletään nimenomaan johtamasta harhaan, on helppoa katsoa siihen sisältyvän myös muun muassa kielto jättää mainitsemat- ta relevantit lain säännökset, jotka johtavat aivan eri lopputulokseen kuin mitä asianajaja esiin tuomillaan argumenteilla väittää. Tätä näkemystä tukee osaltaan myös nykyisten tapaohjeiden kommentaarissa kohdasta 7.4 esitetty tulkinta, jonka mukaan asianajajan antamien voimassa olevaa oikeutta koskevien tietojen tulee perustua asian vaatimiin tutkimuksiin.²⁵ Fredman on lisäksi esittänyt varauksel- lisenä kantanaan voitavan myös katsoa, että jos asianajaja jälkikäteen havaitsee jonkin vastapuolelle ilmaisemansa seikan osoittautuneen virheelliseksi, hänen tulee oma-aloitteisesti korjata tieto.²⁶

Lupalakimieslaissa ei ole hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden 7.4 kohtaa vastaavaa nimenomaista säännöstä. Sellainen voidaan kuitenkin johtaa lain 8.1 §:n perussäännöksen sisältämästä rehellisyysvaatimuksesta ottaen myös huomi- oon edellä mainittu lainvalmistelutöiden perustelulausuma hyvää asianajajatapaa koskevien käyttämisestä tulkinta-apuna.

Asianajaja ja lupalakimies eivät siis saa johtaa vastapuolta harhaan oikeussääntöjen(kään) suhteen, mutta saavatko he harhauttaa tuomioistuinta? Paikkansa pitämättömien tietojen antaminen oikeussäännöistä on edellä sanotun

22 Ks. Jukka Peltonen, *Asianajajan ammatillinen bona fides* (2004), s. 471 teoksessa Timo Esko – Jukka Peltonen – Olli Tarkka – Mikko Tulokas (toim.), *Näkökulmia asianajajaoikeuteen*. Asianajajaliiton julkaisuja 3/2004. Edita Publishing Oy 2004.

23 Ks. Peltonen 2004, s. 471.

24 Ks. Ylönen 2018, s. 465.

25 <https://www.asianajajaliitto.fi/asianajajaliitto/asianajajatutkinto/tutkintovaatimukset>. Samoin Fredman 2013, s. 136.

26 Ks. Fredman 2013, s. 137.

mukaan kiellettyä, mutta entä puutteellisten ja sellaisina harhaanjohtavien? On vaikeaa nähdä, miksi sen pitäisi olla sallittua. Jura novit curia, oikeus tuntee lain, ei ole riittävä peruste. Jos asianajaja vaikkapa siteeraa tiettyä rikoslain säännöstä tuomioistuimessa virheellisesti, tuomioistuimen on helppoa havaita se. Silti asianajajan tällainen menettely on kiellettyä. Huomattavasti todennäköisemmin asianajaja onnistuu harhauttamisessaan siteeraamalla lainvalmistelutöitä valikoivasti niin, että jättää olennaisia kohtia pois. Johdonmukaisuuden nimessä senkin täytyy olla kiellettyä.

Hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden 8.2 kohdan mukaan asianajaja ei myöskään saa myötävaikuttaa todisteiden hävittämiseen tai vääristeleemiseen. Tätäkään vastaavaa säännöstä ei ole lupalakimieslaissa, mutta edellä sanotun mukaan vastaavan kiellon voidaan katsoa koskevan myös lupalakimiehiä. Onko kyse tuon kiellon rikkomisesta, kun avustaja oikeudenkäynnissä siteeraa todisteeksi nimeämäänsä kohtaa tietystä asiakirjasta ja tekee siitä oman johtopäätöksensä, joka on ristiriidassa sen kanssa, mitä sanotaan saman asiakirjan toisessa kohdassa, jonka avustaja jättää tuomatta esille? Tällaista Kittilä-oikeudenkäynnissä saatiin nähdä. Vähintäänkin outoa on sitä paitsi jo se, että todisteeksi nimetään asiakirjasta vain osa. Pitäisikö tuomioistuimen edes hyväksyä sellaista?

Joka tapauksessa avustaja siteerasi useaan kertaan erään käräjäoikeuden lainvoimaa vailla olevan tuomion sivulta 14 perustelujen kohtaa, jossa käräjäoikeus totesi: "Yhtiön hallituksen jäsenellä A:lla ja hallituksen puheenjohtaja K:lla ja sen myötä yhtiön hallituksella on ollut MK:n P:lle 28.10. lähettämän sähköpostin tosiasiallista sisältöä vastaava tieto jo ennen kokousta 28.10." Johtopäätöksensä tästä avustaja esitti käräjäoikeuden katsoneen, ettei P ollut salannut sähköpostin sisältämää tietoa yhtiön hallitukselta, toisin kuin yhtiön hallituksen tekemässä tutkintapyynnössä ja syytteessä oli väitetty. Tulkintaansa nojautuen avustaja esitti asianomistajalle ja useille todistajille kysymyksen tyyliin "tiesittekö, että tutkintapyynnössä esitetty väite P:n syyllistymisestä tiedon salaamiseen oli valhe?" Kysymys aiheutti kuulusteltavissa hämmennystä, koska he eivät tieneet, mitä käräjäoikeus oli mainitussa tuomiossaan todellisuudessa lausunut tuosta salaamisväitteestä. Avustaja jatkoi tämän tyyppisten kysymystensä esittämistä senkin jälkeen, kun syyttäjää oli huomauttanut, mikä oli käräjäoikeuden näkemys asiasta. Se löytyi käräjäoikeuden tuomion väliotsikon "Johtopäätökset" alta sivulta 17: "P:n on tullut kertoa hallituksen kokouksessa 28.10. samana aamuna saamastaan sähköpostista. P ei ole kertonut sähköpostista, joten hänen voidaan katsoa salanneen sen."

Tuomionsa sivulle 14 kirjaamaansa näkemykseen nojautuen käräjäoikeus totesi oikeudellisena arvionaan, että "P ei ole voinut rikosoikeudellisesti merkityksellisellä tavalla salata hallitukselta sellaista tietoa, jonka hallitus on muutoinkin

jo tosiasiallisesti tiennyt. Tämän vuoksi P:n toiminta eli sähköpostista kertomatta jättäminen ei täytä luottamusaseman väärinkäyttörikoksen tunnusmerkistöä.” Käräjäoikeus siis katsoi P:n kyllä salanneen kyseisen tiedon, mutta katsoi sen rikosoikeudellisesti merkityksettömäksi teoksi. Oli siis kiistattomasti väärin väittää käräjäoikeuden katsoneen salaamisväitteen valheeksi. On kokonaan eri asia, että käräjäoikeus ei katsonut salaamista rikosoikeudellisesti relevantiksi.

Peltosen mukaan ”todisteiden esittämisessä ja niihin vetoamisessa tulee tarkoin noudattaa niiden aitoina ja rehellisinä esittämisen velvollisuutta.”²⁷ *Ylöstalo* ja *Tarkka* ovat silloisten tapaohjeiden 37 §:ää eli vastapuolen harhauttamiskieltoa käsitellessään selostaneet kurinpitolautakunnan 16.5.1997 antamaa päätöstä: Pesänselvittäjäksi määrätty asianajaja oli pyytänyt Metsänhoitoyhdistykseltä lausuntoa eräästä maapalstasta. Lausunnon saatuaan asianajaja leikkasi sen lopusta osan tekstiä pois ja antoi palstan ostamisesta kiinnostuneelle henkilölle jäljelle jääneestä lausunnosta valokopion. Asianajajalle annettiin sen vuoksi julkinen varoitus.²⁸ Nykyiset tapaohjeet tuskin antavat aihetta arvioida kyseisen tyyppistä tapausta periaatteellisesti toisin.

Toisena prosessuaalisena kysymyksenä nostan esille erityisesti laajoissa oikeudenkäynneissä konkretisoituvan ongelman – ja sellainenhan useita kuukausia jatkunut Kittilä-oikeudenkäynti mitä suurimmassa määrin on. Oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (689/1997, ROL) 6 luvun 6.1 §:n mukaan ”pääkäsittely on suullinen. Asianosainen ei saa lukea eikä antaa tuomioistuimelle kirjallista lausumaa taikka muutoinkaan esittää asiaa kirjallisesti.” Tämä koskee siten myös luvun 7.1 §:n 6 kohdassa tarkoitettuja, pääkäsittelyn lopuksi esitettäviä asianosaisien loppulausuntoja. Loppulausunnon suullisuusvaatimus, tarkemmin sanottuna kielto lukea kirjallista lausumaa, on täydellisen epäonnistunut. Asiaan olisi ehdottomasti saatava muutos. Tätä puoltaa sekin kovin yleiseksi muodostunut käytäntö, että tuomiota ei julisteta heti pääkäsittelyn päätteeksi, vaan se annetaan vasta ehkä pitkänkin ajan kuluttua kansliatuomiona. Muutaman päivän varaaminen asianosaisille kirjallisen loppulausunnon laatimista varten ei silloin, huomioon ottaen siitä koituvat hyödyt, viivyttäisi ratkaisua ehkä lainkaan.

On tietysti yksilökohtaisia eroja siinä, pystyykö asianosainen ilmaisemaan itseään paremmin kirjallisesti vai suullisesti. Loppulausunnon kirjallista muotoa ei siten olisi syytä säätää pakolliseksi. Silloin, kun asianosaisella, käytännössä hänen asianajajallaan tai luvan saaneella oikeudenkäyntiavustajallaan, on vähintään normaali kyky kirjalliseen ilmaisuun – ja näinhän täytyy olettaa olevan

27 Ks. Peltonen 2004, s. 469.

28 Ks. Matti Ylöstalo – Olli Tarkka, Asianajajan käsikirja. Kuudes laitos. Werner Söderström Lakitieto Oy 2001, s. 232.

– kirjallinen muoto on säännönmukaisesti täsmällisempi kuin suullinen. Asia-kirjasta myös tuomari pystyisi helposti tarkistamaan, mitä asianosainen todella esitti näkemyksensä. Laissa säädettyä ehdotonta suullisuusvaatimusta kiertäenkin käytännössä useasti sallimalla asianosaisen tukea suullista loppulausuntoaan PowerPoint-esityksellä ja jopa niin, että tuomioistuin ottaa vastaan tuon esityksen paperille tulostettuna. Hyvä niin, mutta sallimalla kirjallinen esitys vielä laajemmin vältettäisiin suurelta osin myös unohtamisesta johtuvat loppulausunnon puutteellisuudet. Jotta oikeudenkäynnin julkisuus toteutuisi välittömästi oikeuden istunnossa, olisi tietysti kirjallinenkin loppulausunto aina luettava ääneen.

5. Lopuksi

Kittilä-oikeudenkäynnissä on keskeisesti kysymys kunnanjohtajan irtisanomisesta, mutta myös paljon muusta. Osa vastaajista on syytteessä myös virka-aseman väärinkäytännistä, koska he olivat kunnanhallituksen jäseninä päättäneet peruuttaa kunnanjohtajan P:stä tekemän tutkintapyynnön ja antaneet kunnan konserniyhtiölle omistajaohjausta P:n palauttamiseksi yhtiön toimitusjohtajaksi. Näin toimiessaan he olivat syytteen mukaan vastoin kunnan etua pyrkineet tuottamaan hyötyä P:lle. Osa päättäjistä syytetään myös kunnanjohtajaan kohdistuneesta työturvallisuusrikoksesta (työpaikkakiusaamisesta), työsyrynnästä ja virka-aseman väärinkäytännistä.

Eri oikeudenkäynnissä tullaan lisäksi käsittelemään kolmea kuntapäätäjää vastaan nostettu syyte törkeän petoksen yrityksestä ja virkavelvollisuuden rikkomisesta. Syytteen mukaan he olivat yrittäneet erehdyttää kunnan henkilökuntaa maksamaan laskun E:itä hankkimistaan lakipalveluista, vaikka asianmukaista päätöstä hankinnasta ei ollut tehty eivätkä vastaajat olleet toimittaneet laskun perusteena olleita asiakirjoja kunnalle lainkaan eivätkä edes kaikille kunnanhallituksen jäsenille. Lisäksi useita, kymmeniin Kittilän kuntapäätäjiin kohdistuvia rikosepäilyjä on poliisilla edelleen tutkinnassa. Näemme siis todennäköisesti tulevaisuudessa lisää Kittilä-oikeudenkäyntejä.

Miten ihmeessä tämä kaikki on mahdollista? Jotakin on mennyt pahasti pieleen. Kittilä ei ole edes ainoa tapaus, sillä monesta kunnasta on tullut viestejä, joissa on kuvattu vakavia vallan väärinkäyttötapauksia. Jotakin on – syytteiden nostamisen lisäksi – jo tehty asiointilan korjaamiseksi. Kittilän sotkujen vuoksi on säädetty Lex Kittilänä tunnettu, sinänsä kaikkia kuntia koskeva KunL:n muutos (1484/2016) poikkeuksellisissa hallinnollisissa vaikeuksissa olevaa kuntaa koskevasta selvitysmenettelystä (KunL 12 a luku). Sen järeimpänä osana on valtiovarainministeriölle säädetty tietyin edellytyksin oikeus pidättää luottamus-

henkilö toimessaan tekemäkseen epäiltyä virkarikosta koskevan esitutkinnan tai oikeudenkäynnin ajaksi, jollei valtuusto ole näin menetellyt, jos luottamustoimesta pidättäminen on välttämätöntä kunnan päätöksenteon saattamiseksi lain mukaisesti sekä kunnan päätöksenteon uskottavuuden ja luotettavuuden turvaamiseksi. Kesäkuussa 2018 valtiovarainministeriö pidätti päätöksellään 20 virka- ja muista rikoksista syytteessä olevaa Kittilän kuntapäättäjää kaikista kunnallisista luottamustoimistaan ja määräsi päätöksen pantavaksi täytäntöön välittömästi.

Tulivatko Kittilän asiat sillä kuntoon? Eivät tulleet. Osa vuoden 2017 kunta-vaaleissa valituista uusista valtuutetuista on jatkanut entisten linjoilla, samoin monet muissa luottamustehtävissä toimivat. Suuri osa heistä on epäiltyinä rikostutkinnassa, kuten myös kolme vuonna 2014 irtisanotun kunnanjohtajan jälkeen kunnanjohtajan sijaisena toiminutta henkilöä, ei kuitenkaan nykyinen, 1.1.2019 tehtävässä aloittanut sijainen eikä sijaisena lyhyen aikaan suoraan kunnan hallintosäännön nojalla toiminut hallintojohtaja. Tämänhetkisen tiedon mukaan hyllytetyistä ja virkarikoksista syytteessä olevista Kittilän luottamushenkilöistä kaksi on ehdolla kevään 2019 eduskuntavaaleissa.

Jollakin tavalla pitäisi saada taotuksi ihmisten päähän, että kunnallinen itsehallinto ei tarkoita lupaa tehdä mitä tahansa ilman minkäänlaista vastuuta. Onko niin, että valta turmelee, vai hakeutuuko kunnallisiin luottamustehtäviin erityisesti sellaisia henkilöitä, jotka ovat sopimattomia hoitamaan yhteisiä asioita? Tämän synkistelyn jälkeen on pakko todeta, että kuitenkin suuri osa kuntien luottamushenkilöistä on tehtäviensä tasalla ja hoitaa niitä asiallisesti. Niin Kittilässäkin.

Mikko Vuorenpää

Eräitä huomioita asianajajasalaisuuteen perustuvista todistamiskielloista

1. Aiheesta

Oikeudenkäymiskaaren (OK) todistelua säätelevän 17 luvun kokonaisuudistus tuli voimaan 1.1.2016 (732/2015). Vaikka kyseessä oli kokonaisuudistus, monet todistelua koskevat asiat pysyivät uudistuksen yhteydessä ennallaan. Uudistus ei esimerkiksi vaikuttanut millään tavalla käytettävissä oleviin todistuskeinoihin,¹ kuulustelumenettelyn rakenteeseen² tai näyttökynnysten korkeuteen.³ Keskeisiä uudistuksia aiempaan todistelumenettelyyn verraten voidaan katsoa olevan neljä:

- 1) muutokset asiantuntijatodistelussa;
- 2) muutokset todistamis- ja todisteiden hyödyntämiskieltoisäytäntelyssä;
- 3) muutokset asianomistajan kuulemisessa todistelutarkoituksessa; ja
- 4) anonyymin todistelun omaksuminen Suomeen.

Tässä artikkelissa käsitellään näistä erästä luettelon 2. kohtaan liittyvää uudistusta eli asianajajasalaisuuteen perustuvia todistamiskieltoja.

1 Edelleen käytössä ovat asianosaisten kuuleminen todistelutarkoituksessa, todistajan kuuleminen, asiantuntijatodistelu, katselmus sekä kirjalliset todisteet.

2 Todistajan kuuleminen jakaantuu edelleen pääkuulusteluun, vastakuulusteluun ja täydentäviin kysymyksiin (OK 17:48).

3 Näyttökynnysten sanallisia määritelmiä tosin muutettiin: uskottava näyttö siviiliasioissa (OK 17:2.2) ja ei saa jäädä ”varteenotettava epäilystä” syytetyn syyllisyydestä rikosasioissa (OK 17:3.2). Esitöissä kuitenkin todettiin tältä osin, että uudistuksen tarkoituksena ei ollut muuttaa näyttökynnysten korkeutta. Ks. tarkemmin HE 46/2014 vp oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi, s. 46–49.

Todistamiskielto­sääntelyä oikeudenkäymiskaaressa oli tosin jo ennen todistusoikeusuudistusta ja varsinaiset muutokset tässä suhteessa liittyivät todisteiden hyödyntämiskieltoihin. Tästä huolimatta todistusoikeusuudistus toki vaikutti myös todistamiskielto­sääntelyyn, sillä useita jo vanhassa menettelyssä voimassa olleita todistamiskieltoja täsmennettiin uudistuksen yhteydessä. Ja yksi tällaisista täsmennetyistä todistamiskielto­säännöksistä oli juuri tämän kirjoituksen aiheena oleva asianajajan vaitiolovelvollisuuteen perustuvaa todistamiskieltoa sääntelevä oikeusohje.

2. Asianajosalaisuuteen perustuvat todistamiskiellot

2.1. Perussäännöksenä OK 17:13.1

Oikeudenkäymiskaaren 17:13.1:ssä säädetään oikeudenkäyntiavustajan, -asiamiehen sekä tulkin velvollisuudesta kieltäytyä todistamasta. Saman lainkohdan 3 momentissa on lisäksi tiettyjä vain asianajajia ja lupalakimiehiä velvoittavia todistamiskielto­säännöksiä, jotka eivät siis koske lainkaan tulkkeja. Tämän artikkelin sisältöön tällä ei ole vaikutusta, sillä tulkkeja koskevia todistamiskieltoja kirjoituksessa ei muutenkaan käsitellä.⁴

Sen sijaan tämän kirjoituksen otsikon mukaista terminologiaa ”asianajosalaisuuteen perustuvat todistamiskiellot” kirjoitettu lainsäädäntömme ei tunne, vaan nyt sanottu terminologia on omaksuttu pelkästään esitysteknisistä syistä.⁵ Tässä kirjoituksessa asianajajilla viitataan siten myös oikeudenkäyntiavustajiin, -asiamiehiin ja lupalakimiehiin ellei asiayhteydessä toisin mainita.

OK 17:13.1:n mukaan oikeudenkäyntiasiamies tai -avustaja (taikka tulkki) ei saa luvattomasti todistaa siitä, mitä hän on saanut tietää:

- 1) hoitaessaan oikeudenkäyntiin liittyvää tehtävää;
- 2) antaessaan oikeudellista neuvontaa päämiehen oikeudellisesta asemasta esitutkinnassa tai muussa oikeudenkäyntiä edeltävässä käsittelyvaiheessa;

4 Toinen asia on, että asianajajien todistamiskielloista tässä artikkelissa kirjoitettua voidaan analogisesti soveltaa myös tulkkeja koskevia todistamiskieltoja arvioitaessa.

5 Terminologinen ratkaisu on siten omaksuttu esityksestä Pasi Pölonen – Antti Tapanila, Todistelu oikeudenkäynnissä. Tallinna 2015, s. 293.

3) antaessaan oikeudellista neuvontaa oikeudenkäynnin käynnistämiseksi tai sen välttämiseksi.

Vanhassa menettelyssä asianajajia koskevasta todistamiskiellosta säädettiin ”vanhan” oikeudenkäymiskaaren (VOK) 17:23.1:n 4 kohdassa. Sen mukaan asiamies tai oikeudenkäyntiavustaja ei saanut todistaa siitä, mitä päämies on hänelle asian ajamista varten uskonut, ellei päämies todistamiseen suostu.

Asianajajien vaitiolovelvollisuuteen perustuvaa todistamiskieltoa ei voi käsitellä ilman asianajajalain (AAL) 5c:n tarkastelua. Sanotussa oikeusohjeessa säädetään asianajajien vaitiolovelvollisuudesta siten, että asianajaja tai hänen apulaisensa ei saa luvattomasti ilmaista sellaista yksityisen tai perheen salaisuutta taikka liike- tai ammattisalaisuutta, josta hän tehtävässään on saanut tiedon.

Vanhassa menettelyssä AAL 5c:n vaitiolovelvollisuus oli erittäin vaikeasti sovitettavissa yhteen VOK 17:23.1:n 4 kohdan todistamiskielto­säännöksen kanssa. Tämä johtui siitä, että vanhassa menettelyssä yleisen oikeudellisen neuvonnan ei katsottu kuuluvan asianajajia koskevan todistamiskielton piiriin, vaan todistamiskielto rajoittui lähinnä vireillä olevaan tai odotettavissa oleviin olevaan oikeudenkäyntiin liittyviin seikkoihin.⁶

Yllä sanottu ilmenee ratkaisuista KKO 2003:119 ja KKO 2003:137, joilla pyrittiin täsmentämään asianajosalaisuuteen perustuvan todistamiskielton ulottuvuutta vanhassa menettelyssä.

KKO 2003:119. Törkeästä velallisen petoksesta epäillyn hallusta oli esitutkinnaissa takavarikoitu asiakirjoja, jotka liittyivät hänen ja hänen espanjalaisen asianajajansa aikaisempaan toimeksiantoon ja koskivat erilaisia varallisuusjärjestelyjä kuten varojen siirtämistä Suomesta Espanjaan. Kysymys siitä, voitiinko asiakirjat pakkokeinolain 4 luvun 2 §:n 2 momentin säännökset huomioon ottaen takavarikoida käytettäviksi todisteina rikosasiassa. (Ään.)

Perusteluissa muun muassa: Samoin ilmaisun ”asian ajamista varten uskonut” sanamuoto ja asiayhteys näyttäisivät viittaavan vain tilanteeseen, jossa päämies on jo antanut käyttämälleen asiamiehelle tehtäväksi ajaa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa vireillä olevaa tai vireille tulevaa asiaa (kurs. M.V.). Tätä voidaan pitää ”asian ajamisen” ydinalueena. Asian ajamisesta voi olla kysy-

6 Ks. Pekka Viljanen, Todistelutoimikunnan mietinnön arviointia. DL 2013, s. 152 ja Pölönen – Tapanila 2015, s. 295 s.

mys myös silloin, kun toimeksiannon tarkoituksena on pyrkimys sovinnolliseen ratkaisuun vastapuolen kanssa oikeudenkäynnin välttämiseksi.

Lain sanamuodosta huolimatta on kuitenkin tulkinnanvaraista, tarkoittaako lainkohta myös muunlaisia kuin vireillä tai odotettavissa olevaan oikeudenkäyntiin liittyviä toimeksiantoja, kuten pelkästään päämiehen asioiden hoitamiseksi annettavaa yleistä oikeudellista tai taloudellista neuvontaa (kurs. M.V.).

Yleisessä oikeudellisessa ja taloudellisessa neuvonnassa, jolla ei siis ole yhteyttä vireillä tai odotettavissa olevaan oikeudenkäyntiin tai muuhun viranomaiskäsitteeseen, ei ole samalla tavoin kysymys perustuslain 21 §:ssä tarkoitettuun, lainkäyttöä ja viranomaismenettelyä koskevaan oikeusturvaan liittyvistä oikeussuojatakeista. *Tästä syystä ei sellaisessa neuvontatoiminnassa saatujen tietojen osalta myöskään tarvita samanasteista luottamussuojaa, joka puolestaan voisi syrjäyttää yleiseen todistamisvelvollisuuteen liittyvän tarpeen aineellisen totuuden selvittämiseen (kurs. M.V.).*

KKO 2003:137. Kysymys asianajajan oikeudesta kieltäytyä esitutkinnassa todistamasta siitä, oliko hänen päämiehensä kanssa samasta rikoksesta epäilty henkilö esittänyt uhkauksia päämiestä vastaan.

Perusteluissa muun muassa: Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 23 §:n 1 momentin 4 kohdan mukaan asiamies tai oikeudenkäyntiavustaja ei saa todistaa siitä, mitä päämies on hänelle asian ajamista varten uskonut, ellei päämies todistamiseen suostu. Korkein oikeus on ratkaisussaan KKO 2003:119 ottanut kantaa tuon lainkohdan tulkintaan. Kuten ratkaisussa on katsottu, monet syyt puoltavat lainkohdan tulkintemista sen sanamuodon mukaisesti. *Todistamiskiellon voidaan siten katsoa ainakin lähtökohtaisesti koskevan vain sellaisia seikkoja, jotka päämies on uskonut avustajalleen tai asiamiehelleen tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa vireillä olevan tai odotettavissa olevan asian ajamista varten.*

Vanhaa ja uutta menettelyä verrattaessa voi sanoa, että OK 17:13.1 vastaa varsin pitkälti laajuudeltaan VOK 17:23.1:n 4 kohtaa, jonka korkeimman oikeuden yllä sanotussa käytännössä (KKO 2003:119 ja KKO 2003:137) katsottiin siis ulottavan vaikutuksensa vain vireillä tai odotettavissa olevaan oikeudenkäyntiin liittyviin seikkoihin. Tulkinnanvaraisuutta OK 17:13.1 jättää kuitenkin sen suhteen, mitä

momentissa tarkoitetaan oikeudenkäynnillä eli sanotun momentin soveltuminen on varsin pitkälti sidottu oikeudenkäynnin käsitteeseen.

2.2. Mitä OK 17:13.1:ssa tarkoitetaan oikeudenkäynnillä?

Perustilanteissa oikeudenkäynnin määrittelemisen ei juurikaan voi tuottaa pulmia. Täysin selvänä voidaan tietenkin pitää, että oikeudenkäynnillä viitataan sekä rikos- että riitaoikeudenkäynteihin, kuten myös menettelyyn hallintotuomioistuimissa sekä välimiesmenettelyssä.⁷ Vastaavankaltaista tulkintaa voidaan epäilemättä puoltaa myös muiden tuomioistuinlaissa tarkoitettujen tuomioistuinten oikeudenkäyntien kohdalla. Näin ollen OK 17:13.1:n 1 kohdan oikeudenkäynnillä viitataan yleisten tuomioistuinten ja välimiesmenettelyn lisäksi myös oikeudenkäynteihin erityistuomioistuimissa eli työtuomioistuimessa, markkinaoikeudessa sekä vakuutus oikeudessa. Ja sama pätee toki myös valtakunnanoikeuteen, vaikka siitä ei olekaan säännöksiä tuomioistuinlaissa, vaan valtakunnanoikeudesta on säännökset omassa laissaan.

Yllä sanottua pulmallisemmaksi OK 17:13.1:ssä oleva viittaus oikeudenkäynteihin muodostuu silloin, jos käsitteen määrittelyssä pitäisi ottaa huomioon lisäksi EIT:n omassa käytännössään korostama tosiasiallisen tuomiovallan merkitys määritettäessä sitä, onko jotakin elintä pidettävä tuomioistuimena vai ei. EIT:n vakiintuneen tulkinnan mukaan tuomioistuimen aseman saaminen ei ole niinkään riippuvainen siitä, kutsutaanko jotakin elintä tuomioistuimeksi, vaan siitä, käyttääkö kyseinen elin tosiasiallisesti tuomiovaltaa.⁸

OK 17:13.1:n tulkinnassa sanottu EIT:n omaksuma tosiasiallisen tuomiovallan käyttämiseen perustuva tuomioistuin käsite aiheuttaa ongelmia näin ollen silloin, jos asianajajan vaitiolovelvollisuuden ulottuvuuden määrittelemisessä oikeudenkäynneiksi pitää luokitella myös sellaiset virallisen tuomioistuinten ulkopuolella tapahtuvat menettelyt, joissa kysymys tosiasiallisen tuomiovallan käyttämisestä. Tällöin jouduttaisiin ottamaan kantaa esimerkiksi kantaa siihen, pitäisikö päätösvaltaa käyttävien lautakuntien menettelyä kutsua oikeudenkäynniksi.

7 Ks. myös Jaakko Rautio – Dan Frände, Todistelu. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaari. Keuruu 2016, s. 124.

8 Ks. EIT:n omaksumasta tuomioistuin käsitteestä tarkemmin Matti Pellonpää – Monica Gullans – Pasi Pölonen – Antti Tapanila, Euroopan ihmisoikeussopimus, 5. uudistettu painos. Alma Talent, 2012, s. 490 ss., Antti Tapanila, Tuomarin esteellisyys. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2007, s. 7 ss. sekä muun muassa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut Le Compte ym. v. Belgia (1981), Baturin ym. v. Ranska (1998) ja H. A. L. v. Suomi (2004).

Lappalainen ja Vuorenpää⁹ jakavat lautakunnat kahteen päätyyppiin: tuomiovaltaa käyttäviin lautakuntiin ja ratkaisusuosituksia antaviin lautakuntiin. Tässä jaottelussa tuomiovaltaa käyttäviin lautakuntiin lukeutuvat muun muassa tapaturma-asioiden muutoksenhakulautakunta, eläkelautakunnat, työneuvosta, työehtosopimuksen yleissitovuuden vahvistamislautakunta ja merivahingonlaskija. Ratkaisusuosituksia antaviin lautakuntiin lukeutuvat muun muassa kuluttajariitalautakunta, liikennevahinkolautakunta, potilasvahinkolautakunta, tekijänoikeusneuvosto ja työsuhdekeksintölautakunta.

Mikäli OK 17:13.1:n mukaisen asianajajalaisuuteen perustuvan todistamiskiellon tulkinnassa omaksutaan yllä sanottu EIT:n soveltama tosiasialliseen tuomiovallan käyttöön perustuva tuomioistuinkäsite, olisi näin ollen hyvin lähellä, että sanotun lainkohdan mukainen todistamiskielto pitäisi sisällään myös sellaiset tiedot, joita asianajaja on saanut selville hoitaessaan toimeksiantoa tuomiovaltaa käyttävässä lautakunnassa. Vastaavalla tavalla vähintäänkin jonkinlaista tulkinnanvaraisuutta asianajajan vaitiolovelvollisuuden perustuva OK 17:13.1:n 1 kohdan todistamiskielto aiheuttaa myös silloin, kun henkilö on turvautunut asianajajan apuun ratkaisusuosituksia antavassa lautakunnassa.

Puhtaasti OK 17:13.1:n sanamuodon nojalla asianajajalaisuuteen perustuvan todistamiskiellon voidaan katsoa ulottavan vaikutuksensa kuitenkin vain Suomen lainsäädännössä tuomioistuimiksi säädettyihin viranomaisiin eli yleisiin tuomioistuimiin ja erityistuomioistuimiin sekä välimiesmenettelyyn. Sen sijaan todistamiskiellon ulottuminen muiden tosiasiallista tuomiovaltaa käyttävien elimien kuten yllä sanottujen lautakuntien menettelyyn jää lain esitöidenkin valossa epäselväksi. Asianajajalaisuuden keskeinen merkitys puoltaisi tässä suhteessa OK 17:13.1:n laajaa soveltamista eli sitä, että asianajaja ei saisi todistaa sellaisistaakaan tiedoista, joita hän on saanut selville hoitaessaan toimeksiantoa muussa tosiasiallissa tuomiovaltaa käyttävässä elimessä kuin varsinaisessa tuomioistuimessa.¹⁰ Toisaalta todistusoikeuden lähtökohtana oleva vapaa todistelu ja aineellisen totuuden tavoite puoltaa todistamiskieltojen mahdollisimman tiukkaa ja sanamuodon mukaista tulkintaa.

Yllä sanotussa tulkintaongelman ratkaisussa pitää edelleen ottaa huomioon jäljempänä tarkemmin käsiteltävä OK 17:3.3, jonka mukaan asianajaja voi olla vaitiolovelvollisuuden perustuvan todistamiskiellon sitoma myös tiettyjen sel-

9 Ks. Juha Lappalainen – Mikko Vuorenpää, Tuomioistuimet. Teoksessa Dan Frände ym. (toim.), Prosessioikeus. Viides, uudistettu painos, Liettua 2017, s. 260 ss.

10 Ks. myös Pölonen – Tapanila 2015, s. 297, jossa toisen kysymyksen kohdalla korostetaan asianajajalaisuuden merkitystä siten, että tuomioistuinten pitäisi tulkinnanvaraisissa tilanteissa omaksua asianajopalveluiden luottamuksellisuutta tukeva näkemys asianajajalaisuuteen perustuvien todistamiskieltojen tulkinnassa.

laisten tietojen osalta, joista hän on saanut tietää muuta kuin oikeudenkäyntiin liittyvää tehtävää hoitaessaan. Näin ollen OK 17:3.1:ssa tarkoitettua oikeudenkäyntikäsitteen laajentavaa tulkintaa ei voida puoltaa sillä, että ilman tällaista tulkintaa asianajosalaisuuteen perustuvien todistamiskieltojen soveltamisala jäisi todistusoikeusudistuksen jälkeenkin hyvin suppeaksi verrattuna asianajajan vaitiolovelvollisuutta koskevan AAL 5c:n soveltamisalaan. Näin on siitäkin huolimatta, että OK 17:3.3:ssa säädetyn todistamiskiellon ala on rajoitetumpi kuin OK 17:3.1:n mukaisen todistamiskiellon.

Ottaen huomioon mainittu OK 17:3.3 pidän perustelluimpana vaihtoehtona sitä, että OK 17:3.1:ssa tarkoitettua oikeudenkäynnin käsitettä ei tulkinnalla laajennettaisi EIT:n omaksumaan tosiasiallista tuomiovallan käyttämistä tarkoitavaan suuntaan. Näin ollen OK 17:3.1 tarkoitettu todistamiskielto ei vielä ulota vaikutustaan esimerkiksi sellaisiin lautakuntamenettelyihin, joissa käytetään joko tosiasiallista tuomiovaltaa tai annetaan ratkaisusuosituksia. Kokonaan toinen asia on, että jäljempänä käsiteltävä OK 17:3.3 kyllä ulottaa vaikutuksensa myös lautakuntamenettelyihin, kuten myös muihin viranomaismenettelyihin. OK 17:13.1:ssa tarkoitetuiksi oikeudenkäynneiksi voidaan näin ollen katsoa kuuluvan oikeudenkäynnit yleisissä tuomioistuimissa, erityistuomioistuimissa sekä välimiesmenettely. Vastaavasti myös oikeudenkäynnit ulkomaisissa tuomioistuimissa epäilemättä lukeutuvat OK 17:3.1:ssa tarkoitettuihin oikeudenkäynteihin.¹¹

2.3. OK 17:13.1:n 2 ja 3 kohtiin liittyviä huomioita

OK 17:13.1:n 2 kohdan mukaan asianajaja ei saa luvattomasti todistaa siitä, mitä hän on saanut tietää antaessaan oikeudellista neuvontaa päämiehen oikeudellisesta asemasta esitutkinnassa tai muussa oikeudenkäyntiä edeltävässä käsittelyvaiheessa. Nyt siteeratulla lainkohdalla voidaan ajatella olevan merkitystä erityisesti rikosjutuissa ja juuri näissä lainkohdassa mainituissa tilanteissa, joissa asianajaja on neuvonut päämiestään rikosasian esitutkinnassa.¹²

Sen sijaan muita soveltamistilanteita kuin rikosjutun esitutkinta OK 17:3.1:n 2 kohdalle on vaikeata ainakaan suomalaisissa oikeudenkäynneissä kehittää. Näin on siitä syystä, että esitutkinnan lisäksi Suomesta ei löydy lainkohdassa tarkoitettuja muita oikeudenkäyntiä edeltäviä käsittelyvaiheita. Esimerkiksi siviiliprosessissa käytössä oleva valmistelu ei ole oikeudenkäyntiä edeltävä käsittelyvaihe vaan kuuluu itse oikeudenkäyntiin.

¹¹ Ks. myös Rautio – Frände 2016, s. 125.

¹² Ks. Rautio – Frände 2016, s. 126.

OK 17:13.1:n 3 kohdassa asianajosalaisuuteen perustuva todistamiskiello on ulotettu myös sellaisiin tietoihin, joita asianajaja on saanut antaessaan oikeudellista neuvontaa oikeudenkäynnin käynnistämiseksi tai sen välttämiseksi. Sanotun kohdan muotoilu on koko lailla avoin, mistä syystä se voi pitää sisällään monenlaista juridista neuvontaa, kunhan neuvonnalla vain on liittynyt odotettavissa olevaan oikeudenkäyntiin. Mikäli puolestaan on kysymys sellaisesta juridisesta neuvonnasta, jolla ei ole mitään yhteyttä oikeudenkäyntiin, määräytyy asianajosalaisuuteen perustuvan todistamiskiellon ala tuonnempana käsiteltävän OK 17:13.3:n perusteella.

Siviiliasioiden puolella OK 17:13.1:n 3 kohdan soveltamisalaan kuuluvat ensinnäkin sellaiset neuvottelut asiakkaan kanssa, joiden päämääränä on haastehakemuksen laatiminen. Tällöin on siten kysymys oikeudenkäynnin aloittamiseen tähtäävästä oikeudellisesta neuvonnasta. Vastaavasti esimerkkinä oikeudenkäynnin välttämiseen tähtäävästä juridisesta neuvonnasta voidaan mainita asianajajan tapaohjeissa (kohta 7.1) edellytetty yhteydenotto vastapuoleen ennen haasteen nostamista, pyrkimyksin saada asialle sovinnollinen ratkaisu ilman oikeudenkäyntiä.¹³

Rikosasioiden puolella OK 17:13.1:n 3 kohta pitää sisällään esimerkiksi asianomistajalle annetut neuvot syyttämispyyntöön tekemisestä tai asianomistajan avustamisen tämän laatiessa omaa syytekirjelmäänsä toissijaisen syyteoikeutensa nojalla. Ja vastaavasti esimerkkinä oikeudenkäyntien välttämiseen liittyvänä oikeudellisena neuvontana voidaan pitää jutun asianosaisen neuvomista tuomioistuimen ulkopuolisessa rikossovittelussa.

2.4. Asianajosalaisuuteen perustuvan todistamiskiellon murtaminen niin sanotuissa ylitörkeissä rikoksissa

2.4.1. Lähtökohta

OK 17:13.2:n mukaan tuomioistuin voi velvoittaa muun 1 momentissa tarkoitetun henkilön kuin rikosasian vastaajan oikeudenkäyntiasiamiehen tai -avustajan tai tulkin todistamaan, jos syyttäjä ajaa syytettä rikoksesta, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kuusi vuotta vankeutta.¹⁴ Lainkohdan nojalla asianajaja voidaan tällaisissa ylitörkeissä teoissa velvoittaa siten todistamaan myös aiempaa

13 Ks. myös Rautio – Frände 2016, s. 126.

14 Säännös vastaa VOK 17:23.3:a.

päämiestä vastaan, kunhan aiempi toimeksianto ei ole ollut sanotun päämiehen avustaminen rikosjutun vastaajana.

Ainoa kriteeri, jonka perusteella asianajaja voidaan velvoittaa todistamaan oikeudenkäyntiavustajana tai -asiamiehenä saamistaan tiedoista on, että syyttäjän syytteessä tarkoitettusta teosta voi seurata vähintään kuuden vuoden vankeusrangaistus. Ratkaisevaa on siis nimenomaan syyttäjän esittämä rangaistusvaatimus, ja asianomistajan mahdollisesti esittämällä rangaistusvaatimuksella ei ole tässä arvioinnissa merkitystä.¹⁵ Samaten syyttäjän esittämän rangaistusvaatimuksen ratkaisevasta luonteesta seuraa, että asianajaja on velvollinen todistamaan hovi-oikeudessa silloinkin, kun käräjäoikeus on tuominnut rangaistuksen teosta, jonka rangaistusasteikko ei ulotu kuuteen vuoteen, jos syyttäjä vain hakee muutosta ylitörkeästä teosta. Jos syyttäjä sen sijaan ei hae muutosta ylitörkeästä rikoksesta tai jos hän ei hae muutosta ollenkaan, tilanne on tulkinnanvaraisempi ja tähän problematiikkaan palataan jäljempänä jaksossa 2.4.3.

Tässä lienee syytä mainita myös siitä, että jatkossa esitetyt tulkinnat vaiti-olovelvollisuuden tai -oikeuden murtamisesta ylitörkeissä rikoksissa pätevät kaikissa tapauksissa, joissa oikeudenkäymiskaaren mukaan vaiti-olovelvollisuus tai -oikeus on murrettavissa, mikäli syyte koskee ylitörkeää rikosta. Tällaisia säännöksiä on OK 17:12.3:n 1 kohdassa (syyttäjien sekä tiettyjen rikostorjunnasta vastaavien henkilöiden kuuleminen todistajana), 17:14.2:ssa (lääkärien kuuleminen todistajana) sekä 17:20.2 (lähdesuojaan vetoavan tahon kuuleminen todistajana).

Kuten helposti voidaan havaita, syyttäjän käyttämän rikosnimikkeen rangaistusmaksimiin perustuva asianajajan vaitiolo-oikeuden murtaminen vaatii syyttäjiltä erittäin korkeaa ammattietiikkaa. Esimerkkinä voidaan ajatella vaikkapa tapusta, jossa keskeisenä näyttönä on asianajajan antama todistajankertomus, jota ilman edes syytekynnys ei ylittyisi. Kuvatussa tilanteessa kiusaus niin sanottuun ylisyyttämiseen ja sitä kautta asianajajan todistajankertomuksen hyödyntämiseen lieneekin ilmeinen. Ja sanottua kiusausta lisää erityisesti myös, että tuomioistuim voi, jatkossa tarkemmin perusteltavin tavoin, hyödyntää asianajajan antamaa todistajanlausuntoa myös silloin, kun se syytteestä poiketen katsoo vastaajan syyllistyneen vain tavalliseen (ei siis ylitörkeään) tekoon.

¹⁵ Eli jos syyttäjä on vaatinut rangaistusta teosta, josta ei voida tuomita kuuden vuoden rangaistusta, asianajajan vaiti-olovelvollisuuteen perustuvaa todistamiskieltoa ei voida murtaa, vaikka asianomistaja vaatisikin toissijaisen syyteoikeutensa nojalla rangaistusta ylitörkeästä teosta.

2.4.2. Vaitiolo-oikeuden murtaminen esitutkinnassa

OK 17:13.2:n tulkinnassa ei pidä unohtaa myöskään rikosten esitutkintavaihetta. Tältä osin kysymys siis kuuluu, voiko asianajaja olla OK 17:13.2:ssa säädetyn edellytyksin velvollinen todistamaan jo jutun esitutkinnassa sellaisista tiedoista, joita hän on saanut aiempaa toimeksiantoa hoitaessaan. Lähtökohdan esitutkinnassa vaikuttavien todistamiskieltojen arvioinnille asettaa ETL 7:8.1, jonka mukaan todistajan on totuudenmukaisesti ja mitään salaamatta ilmaistava, mitä hän tietää tutkittavasta asiasta. Jos hän kuitenkin olisi tutkittavaa rikosta koskevassa oikeudenkäynnissä oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 10–14 §:n, 16–21 §:n taikka 22 §:n 1 ja 2 momentin nojalla oikeutettu tai velvollinen kieltäytymään todistamasta, hän on vastaavasti oikeutettu tai velvollinen siihen myös esitutkinnassa. Näin ollen myös asianajaja on muissa kuin ylitörkeissä rikoksissa velvollinen kieltäytymään aiemmasta toimeksiannosta saamista tiedoista.

Asianajajan todistamisvelvollisuutta ylitörkeiden rikosten esitutkinnassa säätelee puolestaan ETL 7:8:n 2 momentin 2 kohta. Sanotussa lainkohdan mukaan ETL 7:8.1:n estämättä todistaja on kuitenkin velvollinen todistamaan muun muassa silloin, kun tutkittavana on rikos, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kuusi vuotta vankeutta, taikka tällaisen rikoksen yritys tai osallisuus siihen, ja tuomioistuimien voisi tutkittavaa rikosta koskevassa oikeudenkäynnissä velvoittaa todistamaan oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 12 §:n 3 momentin, 13 §:n 2 tai 3 momentin, 14 §:n 2 momentin taikka 20 §:n 2 momentin nojalla.

Yllä kuvattu OK 17:13:n ja ETL 7:8:n välinen suhde nostaa esiin varsin hankalan kysymyksen siitä, riittääkö poliisin esitutkinnassa käyttämä ylitörkeä rikosnimike asianajajan vaitiolon murtamiseen vai tarvitaanko myös esimerkiksi syyttäjän tai tuomioistuimen näkemys esitutkinnassa tutkittavan jutun törkeydestä. *Markku Fredman* on väitöskirjassaan katsonut, että missään nimessä asianajajan vaitiolovelvollisuutta ei saa esitutkinnassa murtaa pelkästään poliisin päättämän rikosnimikkeen perusteella, vaan kysymys vaitiolovelvollisuuden murtamisesta on Fredmanin mukaan jätettävä tuomioistuimen ratkaistavaksi. Sanotun tulkinnan Fredman perustaa ETL 7:9.1:iin, jonka mukaan tuomioistuin voi tutkia kysymyksen todistajana esitutkinnassa kuultavan henkilön kieltäytymisen perusteesta, mikäli tutkinnanjohtaja tätä tuomioistuimelta pyytää.¹⁶ Pidän Fredmanin näkemystä perusteltuna siitä huolimatta, että tapauksesta riippuen tuomioistuinprosessi sanotun todistamiskiellon murtamiseksi saattaa olla siinä mielessä erikoinen, että tuomioistuin voi joutua tekemään arvionsa epäillyn ri-

16 Ks. Markku Fredman, Puolustajan rooli. Rikoksesta epäillyn ja syytetyllä avustajan roolin kehitys Suomessa 1980-luvulta nykypäivään. Alma Talent 2018, s. 432.

koksen törkeydestä ilman kunnollista, tai jos asianajajan kertomus olisi ainoa todiste, ilman mitään todistelua.

2.4.3. Rikosnimikkeen muutokset ja vaitiolo-oikeuden murtaminen

Edelleen OK 17:13.2:n tulkinnassa pitää ottaa huomioon mahdolliset rikosnimikkeen muutokset. Variaatioita tältä osin on olemassa useita:

- 1) esitutkinnassa ollut ylitörkeä rikos, mutta syyte koskee rikosta, josta rangaistusmaksimi alle 6 vuotta, tai päinvastoin;
- 2) Esitutkinnassa ja alioikeudessa ylitörkeä rikos, muutoksenhaussa syyte koskee rikosta, josta rangaistusmaksimi alle 6 vuotta

Rikosnimikkeen muutoksista johtuvat pulmat asianajajan vaitiolovelvollisuuteen liittyvissä todistamiskielloissa ovat erittäin vaikeita ratkaista. Suoraviivaisin, ja ehkäpä myös lain sanamuodon mukainen, ratkaisu pulmaan olisi, että asianajajan todistamisvelvollisuus ratkeaisi aina käsiteltävän rikosnimikkeen mukaan. Tämä esimerkiksi tarkoittaisi, että tutkittaessa esitutkinnassa tuomioistuimenkin ETL 7:9:n tarkoitetun harkinnan mukaan ylitörkeää rikosta, asianajajalla olisi todistamisvelvollisuus, mutta mikäli syyttäjä tämän jälkeen päättäisi nostaa syytteen vain tavallisesta tekemuodosta, asianajajan esitutkinnassa antama kertomus olisi hyödyntämiskiellossa käräjäoikeudessa. Ja vastaavasti tällainen tulkintapa johtaisi siihen, että mikäli käräjäoikeudessa on syytetty ylitörkeästä rikoksesta, asianajajan on todistettava, mutta jos muutosta haetaan vain tavallisesta tekemuodosta, asianajajan alioikeudessa antama todistajanlausunto olisi hyödyntämiskiellossa. Ja sama pätee edelleen niihinkin tilanteisiin, joissa syyttäjä olisi tyytynyt käräjäoikeuden tuomioon ja vain asianomistaja tai vastaaja olisi hakenut siihen muutosta, eli tällöinkin asianajajan käräjäoikeudessa antama todistajanlausunto olisi hovioikeudessa hyödyntämiskiellossa. Näin olisi siksi, että asianajajan vaitiolovelvollisuuteen perustuvan todistamiskiellon murtaminen edellyttää yllä sanotuin tavoin sitä, että virallinen syyttäjä ajaa syytettä.¹⁷

¹⁷ Tosin määritelmä virallisen syyttäjän ajama asia on muutoksenhaussa varsin pulmallinen. Ks. tarkemmin Mikko Vuorenpää, Asianomistajan oikeudet rikosprosessissa. 2., uudistettu painos. Viro 2014, s. 106 ss., jossa olen käsitellyt tätä ongelmaa ROL 2:1a:n tulkinnassa.

Kuten helposti voidaan havaita, yllä sanottu tulkinta johtaisi vaikeisiin pulmiin. Etenkin hankalia tilanteita syntyisi niissä tapauksissa, joissa syyte ylitörkeästä rikoksesta on luettu syyksi kärjääoikeudessa, minkä jälkeen syyttäjää on tyytynyt kärjääoikeuden ratkaisuun ja vain asianomistaja tai vastaaja ovat hakeneet muutosta. Mikäli tällaisissa tilanteissa asianajajan vaitiolo-velvollisuuteen perustuva todistamiskielto ei voitaisi murtaa hovioikeudessa, olisi syyttäjän pakko hakea muutosta vain siitä syystä, että syyksi lukemisen kannalta keskeinen asianajajan todistajankertomus olisi näyttönä hyödynnettävissä vielä muutoksenhaussakin.

Nähdäkseni perustelluin tapa reagoida rikosnimikkeiden muutoksiin on, että lähtökohdaksi otetaan näkemys, jonka mukaan päämiehen ja asianajajan välistä luottamusta suojeleva asianajosalaisuus on menettänyt huomattavan osan merkityksestään sen jälkeen, kun asianajaja on velvoitettu kärjääoikeudessa todistamaan ylitörkeää rikosta koskevassa asiassa. Tämä lähtökohta tarkoittaisi, että mikäli syyttäjää ei ole peruuttanut eikä rajoittanut ylitörkeää rikosta koskevaa syytettään alioikeuskäsittelyn aikana, asianajajan vaitiolo-velvollisuuteen perustuva todistamiskielto on murrettavissa myös hovioikeudessa siitä riippumatta, onko syyttäjää hakenut muutosta kärjääoikeuden ratkaisuun vai ei.

Sen sijaan jo OK 17:13.2:n sanamuodosta seuraa, että asianajajaa ei voi kuulla oikeudenkäynnissä todistajana silloin, kun syyttäjää ei syytä ylitörkeästä tekemuodosta, vaikka esitutkinnassa tällaista olisikin tutkittu ja asianajaja olisi tästä syystä velvoitettu esitutkinnassa todistamaan. Ja vielä vähemmän sanotussa tilanteessa olisi sallittua se, että asianajajan esitutkinnassa antama kertomus luettaisiin jutun tuomioistuinkäsittelyssä.

Helpointa tätä tulkintatapaa on perustella niissä tapauksissa, joissa kärjääoikeus on syyttäjän näkemykseen yhtyen tuominnut vastaajan ylitörkeästä rikoksesta. Sen sijaan pulmallisemmaksi tulkintasuosituksen puolustaminen menee niissä tapauksissa, joissa kärjääoikeus on lukenut syyksi teon, jonka rangaistusmaksimi on alle kuusi vuotta vankeutta. Mikäli syyttäjää nyt sanotussa tapauksessa ei hae muutosta, olisi sinänsä mahdollista katsoa, että syyttäjää on hyväksynyt kärjääoikeuden näkemyksen siitä, että kyseessä ei olisi ylitörkeä rikos, minkä vuoksi hovioikeudessa ei enää olisi mahdollista käyttää näyttönä kärjääoikeudessa todistaneen asianajajan kertomusta. Omasta puolestani en kuitenkaan olisi valmis tekemään sellaista johtopäätöstä, että syyttäjän tyytymisestä kärjääoikeuden ratkaisuun suoraan seuraisi, että syyttäjää pitää kärjääoikeuden ratkaisua oikeana osuneena. Tästä syystä asianajosalaisuuteen perustuva todistamiskielto voidaan myös muutoksenhakuasteessa murtaa niissäkin tapauksissa, joissa kärjääoikeus on ylitörkeää syytettä tutkittuaan tuominnut vain tavallisesta tekemuodosta ja

syyttäjä on tyytynyt tähän ratkaisuun. Ja tämän tulkinnan, jos kohta hieman epäröiden, ulottaisin myös niihin tilanteisiin, joissa käräjäoikeus on hylännyt ylitörkeää rikosta koskeneen syytteen kokonaan eikä siten ole tuominnut syytettyä edes tavallisesta tekemuodosta, ja muutosta ratkaisuun on hakenut vain asianomistaja.

Yllä sanottua voidaan perustella etenkin sillä, että tuomitessaan vain tavallisesta tekemuodosta tuomioistuin on kuitenkin saanut hyödyntää näyttönä asianajajan todistajanlausuntoa, jonka antamiseen asianajaja on ollut pakotettu siitä syystä, että syyte on koskenut ylitörkeää rikosta.¹⁸ Johdonmukaisuuden voidaan tässä suhteessa ajatella siis edellyttävän, että myös hovioikeus on voitava turvautua muutoksenhaussa samaan todistusaineistoon kuin käräjäoikeus. Jos näin ei olisi, riskinä olisi jälleen, että syyttäjän pitäisi hakea muutosta vain siitä syystä, että hovioikeus pystyisi ratkaisussaan hyödyntämään samaa todistusaineistoa kuin käräjäoikeus.

Sen sijaan, mikäli syyttäjä yllä sanotuissa tilanteissa hakee muutosta ja vaatii muutoksenhaussa rangaistusta vain tavallisesta tekemuodosta, lienee tilannetta mahdollista tulkita siten, että asianajajan alioikeudessa antamaa lausuntoa ei voida käyttää näyttönä hovioikeudessa. Tällaisessa tilanteessa voidaan nimittäin nyt aidosti sanoa, että syyttäjän mukaan hovioikeudessa ei enää ole kysymys ylitörkeästä rikoksesta, jolloin myöskään OK 17:13.2:ssa säädetyt edellytykset asianajajan vaitiolovelvollisuuteen perustuvan todistamiskiellon murtamiseksi eivät enää täyty.¹⁹

Kuten jo edellä viitattiin, rikosnimikkeiden muuttuminen aiheuttaa ongelmia myös silloin, kun syyttäjä syyttää ylitörkeästä rikoksesta, mutta tuomioistuin päätyy tuomiosaan siihen, että tällaisen rikoksen tunnusmerkistö ei täyty. Tältä osin ongelmana on siis, voiko tuomioistuin hyödyntää näyttöä asianajajan antamaa kertomusta, jonka antamiseen hän on ollut velvollinen siitä syystä, että syyttäjä on vaatinut rangaistusta ylitörkeästä rikoksesta. Lain esitoissa ei ole otettu kantaa esitettyyn kysymykseen, mutta nytkin johtoa vastaukseen voidaan mielestäni hakea anonyymiä todistelua koskevista kannanotoista. Näin on siitä syystä, että anonyymissä todistelussa analoginen ongelmatilanne syntyy silloin, kun käräjäoikeudessa on kuultu anonyymiä todistajaa, minkä jälkeen syyksi luetaan rikos, jonka vakavuus ei riittäisi anonyymiin todisteluun turvautumiseen.

18 Tähän palataan heti jäljempänä tässä jaksossa.

19 Analogista tukea nyt tekstissä sanotulle on saatavissa myös anonyymiä todistelua koskevista esitoista, joissa todetaan, että mikäli syyttäjä muuttaa rangaistusvaatimustaan koskemaan sellaista rikosta, jota koskevaa syyteasiaa varten anonyymiteettiä ei voida myöntää, anonyymi todistelu ei enää muutoksenhaussa tule kysymykseen. Ks. tarkemmin HE 46/2014 vp, s. 98.

Anonyymiä todistelua koskevissa hallituksen esityksen yksityiskohtaisissa perusteluissa lausutaan tältä osin siten, että ratkaisevaa anonyymien todistajan käyttämiselle on syyttäjän rangaistusvaatimus, eikä anonymiteetin kannalta ole merkitystä, vaikka tuomioistuin todistelun vastaanotettuaan tuomitsisi sellaisesta lievemmästä teosta, jota varten anonymiteettiä ei olisi myönnetty.²⁰ Ja vastavasti myös oikeuskirjallisuudessa on tässä suhteessa katsottu, että anonyymien todistajanlausunnon hyödynnettävyyteen ei jälkikäteisesti vaikuta se, että vastaaja tuomitaan teosta, joka ei olisi mahdollistanut todistajan anonymiteettiä.²¹ Eli samoin kuin anonyymien todistelun osalta on katsottu, olisin myös asianajajan antaman todistajanlausunnon hyödynnettävyyden suhteen valmis lausumaan, että kunhan syyttäjä on syyttänyt ylitörkeästä rikoksesta, asianajajan antamaa todistajankertomusta voidaan hyödyntää näyttönä silloinkin, kun käräjäoikeus lukee syyksi muun kuin ylitörkeän teon.

2.4.4. Lopuksi: Asianajajalain 5c §:n ja asianajosalaisuuteen perustuvan todistamiskiellon soveltamisalojen yhdenmukaistaminen

Kuten jaksossa 2.1 tarkemmin esitettiin, vanhassa menettelyssä AAL 5c §:ssä säädetty vaitiolovelvollisuus ja asianajosalaisuuteen perustuva todistamiskielto ei ulottuvuudeltaan vastanneet toisiaan. Todistusoikeusuudistuksen yhteydessä tavoitteena oli tämän ongelmallisen ristiriidan poistaminen ja ratkaisuksi tähän nähtiin vanhaan menettelyyn verrattuna uuden OK 17:13.3:n säätäminen. Sen mukaan:

Asianajaja, luvan saaneista oikeudenkäyntiavustajista annetussa laissa tarkoitettu oikeudenkäyntiavustaja ja julkinen oikeusavustaja ei saa luvattomasti todistaa yksityisen tai perheen salaisuudesta tai liikesalaisuudesta, josta hän on muussa kuin 1 momentissa tarkoitettussa tehtävässään saanut tiedon. Tuomioistuin voi kuitenkin velvoittaa henkilön todistamaan, jos syyttäjä ajaa syytettä rikoksesta, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kuusi vuotta vankeutta, tai jos erittäin tärkeät syyt ottaen huomioon asian laatu, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja seuraukset sen esittämisestä sekä muut olosuhteet sitä vaativat.

20 Ks. HE 46/2014 vp, s. 98.

21 Ks. Rautio – Frände 2016, s. 220.

Ensimmäinen huomio nyt siteeratun lainkohdan suhteen on, että sitä sovelletaan niissä tilanteissa, joissa asianajajaa halutaan kuulla tiedoista, joita hän on saanut hoitaessaan toimeksiantoa, joka ei liity OK 17:13.1:ssa tarkoitettuun oikeudenkäyntiasian hoitamiseen.²² Toisin sanoa nyt käsiteltävän 3 momentin soveltamisala määräytyy luvussa 2.2. tarkastellun 1 momentin kautta. Sanotussa jaksossa OK 17:3.1:n soveltamisalan piiriin puolestaan luettiin oikeudenkäynnit yleisissä tuomioistuimissa, erityistuomioistuimissa sekä välimiesmenettely. Vastaavasti myös ulkomaisissa tuomioistuimissa pidettävien oikeudenkäyntien katsottiin kuuluvan OK 17:3.1:ssa tarkoitettuihin oikeudenkäynteihin.²³

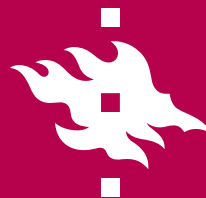
Sitä vastoin nyt käsiteltävästä OK 17:3.3:sta johtuen OK 17:3.1:ssa tarkoitettua oikeudenkäyntikäsitettä ei ole tulkinnallisesti tarvetta laajentaa EIT:n omaksumaan tosiasiallista tuomiovallan käyttämistä tarkoittavaan suuntaan. OK 17:3.1 tarkoitettu todistamiskielto ei siten ulota vaikutustaan esimerkiksi sellaisiin lautakuntamenettelyihin, joissa käytetään joko tosiasiallista tuomiovaltaa tai annetaan ratkaisusuosituksia, vaan kysymys esimerkiksi kaikissa lautakuntamenettelyissä asianajajalle uskottujen tietojen hyödyntämisestä ratkeaa näkemykseni mukaan OK 17:13.3:n perusteella. Ja ilman muuta selvää on, että OK 17:3.3:n soveltamisalan piiriin kuuluu kaikenlainen juridinen neuvonta, jota asianajaja päämiehelleen oikeudenkäynteihin liittymättömissä asioissa antaa. Uudistuksen tavoitteena onkin tältä osin ollut, että uudessa menettelyssä asianajajaa koskeva todistamiskielto vastaisi ulottuvuudeltaan AAL 5 c §:ssä säädettyä asianajajan vaitiolovelvollisuuden laajuutta. Ja tämän tavoitteen täyttämisessä on myös onnistuttu.

22 Ks. OK 17:13.1:ssa tarkoitettua oikeudenkäyntiasian käsitteestä tarkemmin jaksossa 2.2. esitetty.

23 Ks. tarkemmin edellä luvussa 2.2. esitetty.



ISBN 978-951-51-5170-4 (nid.)
ISSN 1456-842X



HELSINGIN YLIOPISTO
OIKEUSTIETEELLINEN TIEDEKUNTA