

SUOMALAISEN
LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA
C-SARJA N:o 9

Yhteiskirjapaino Oy, Helsinki 1972

ISBN — 951 — 26 — 0000 — 5

ISBN 978-951-855-877-7 (PDF)

ARS BONI ET AEQUI

JUHLAJULKAISU
Y. J. HAKULISEN
70-VUOTISPÄIVÄNÄ
21. 1. 1972

TUOMARIN HARKINNASTA RIKOSJUTUISSA

JUHA VIKATMAA

I

Yleensä on todettu, että tuomari on rikosjutussa mahdollisimman tiukasti sidottu lakiin. Tämä oikeusvarmuuden idean vaatima lakisidonnaisuus ei kuitenkaan kokonaisuudessaan poista rikos-tuomarin harkinnan mahdollisuutta ja merkitystä. Mainittu seikka ilmenee oikeusjärjestelmässämme sekä eksplisiittisesti että implisiittisesti.

Rikoslainsäädännöstä löytyy monia seikkoja, jotka edellyttävät tuomarin jatkavan lainsäätäjän työtä. Selvästi esiintyvää tuomarin harkintaroolin korostusta edustavat monet yleisten oppien säännökset. Esimerkkinä näistä mainittakoon rangaistusjärjestelmämme monesti sangen väljine asteikkoineen.

Oikeastaan rikosoikeudellinen laintulkinta edellyttää lähes kaikissa tapauksissa tuomarin harkintaa. Vain aivan selvissä isomorfia-tilanteissa voidaan puhua sidotusta, mekaanisesta soveltamisesta, jossa lainsäätäjä on suorittanut työn loppuun tuomion tasolle. Suurimmassa osassa tapauksia normin ja käytännön tilanteen välisen riittävän samuuden määrääminen kuitenkin jää riippuvaksi tuomarin harkinnasta.

Lainsäädännön ja sen soveltamistoiminnan hyväksyminen saman prosessin eri vaiheiksi avaa hedelmällisiä näkökulmia tuomarin asemaa ja harkintakapasiteetin käyttöä selvitellessä. Olennaista on, että lainsäätäjä voi ohjata tuomarin harkintaa. Lait määräävät tuon harkinnan kulloisenkin painopistesuunnan. Se voidaan sijoittaa lainsäädännössä itse soveltamisvaiheeseen tai toisaalta seuraamuksen valitsemisen sisältävään kohtaan tuomitsemisessa. Viimeksi mainitussa vaiheessa voidaan painotusta edelleen vaihdella.

Lain säätämisen ja soveltamisen mieltäminen samaksi prosessiksi johtaa siihen, että lainsäätäjän on syytä suorittaa edellä mainittu painotus tietoisesti. Lainsäätäjän tarkoittama painotus olisi mielestäni hyvä panna näkyviin sopivaan kohtaan lainvalmistelutyössä (esim. eduskunnan valiokunnan mietinnöt) ja tiedottaa laajasti soveltajille.

Ajatusmalli edellyttää myös painotusajatuksen toteutumisen seuraamista. Kaikkia sovellutusongelmia tuskin voidaan paikallistaa lainsäädäntötyön kuluessa. Virheellisen syötön sattuessa tämän

johdosta toiminnan jatkuva tarkkailu mahdollistaa riittävän nopean oikaisun.

Hyvän oikeuden syntyminen edellyttää tuomarilta oman aseman syvällistä ymmärtämistä edellä mainitun prosessin osana. Tuomarin pitää pystyä ymmärtämään lainsäätäjää. Jo tuomarinohjeissa on selkein sanakääntein todettu liiallisen lakiin tuijottamisen turmiollisuus, mikäli tämä tapahtuu lainsäätäjää väärin ymmärtäen.¹ Toisaalta on mielivaltaisesti omia näkemyksiään päätöksissään heijasteleva tuomari todellinen oikeusvaara.

Tuomarin vastuullisuus ja häneen kohdistuvat vaatimukset korostuvat erityisesti yhden juristin tuomioistuimissa. Meikäläinen kihlakunnanoikeushan on tällainen tuomioistuin. Muodollisesti mukana olevan lautakunnan merkitys tuskin on riittävän vahva kontrollitekijänä.

Juuri rikostuomarin vastuu on poikkeuksellisen suuri. Hän vastaa tuomittavan tulevaisuudesta. Hän ei voi missään olosuhteissa siirtää vastuuta kokonaan lainsäätäjälle. Näin on siitä huolimatta, että esiintyy selviä sovellutustapauksia ja että lainsäätäjällä onkin suorittanut harkinnan peruspainotuksen. Tilanne kärjistyy vastuun kannalta niissä tapauksissa, joissa vanhentunut laki uhkaa kirjaimellisesti sovellettuna johtaa selviin kohtuuttomuuksiin.²

Kollegiotuomioistuimissa tuomarin vastuulla on ilmeinen taipumus hajaantua tai joissakin tapauksissa jopa hävitä. Kihlakunnanoikeudessa ei puheenjohtajan kohdalla näin tapahdu. Yksi tuomari on kovan paineen alla. Kun meikäläisissä tuomioistuimissa vallitsee jatkuva kiire, ei tuomarin tehtävä rikosasioissa suinkaan ole helppo. Tämän vuoksi pitäisi myös oikeustieteen ja koulutuksen pyrkiä auttamaan häntä mahdollisimman pitkälle.

Hyvästä tuomarista on lausuttu monia määritelmiä. Näistä huonoimpia ei liene *Otto Brusiinin* tuomarin aukkoharkintaa silmällä pitäen esittämä:

»hyvältä tuomarilta vaaditaan, että hän on *avarakatseinen aktiivinen persoonallisuus*, joka historiallisesta näkökulmasta käsin syvällisesti ymmärtää nykyisen yhteiskunnan realiteetit, ja tälle perustalle rakentaa kestävän tulevaisuuden.»³

II

Kun suomalainen oikeudenkäyntijärjestys ei tunne esivalmistelua rikosasioissa, joutuu tuomari rikosjutun kanssa ensi kertaa tekemisiin vasta sen tullessa varsinaiseen käsittelyyn. Tällöin muodos-

¹ Ks. tuomarinohjeet 8, 10 ja 12.

² Näin saattaa nykyisen lain mukaan olla esim. RL 28 luvun 2 §:n törkeän varkauksen kohdalla. Hyvinkin lievä tapaus voi muodollisesti toteuttaa tunnusmerkistön, josta minimirangaistuksena seuraisi 6 kk kuristushuonetta.

³ *Brusiin* s. 253.

taa prosessuaalisen harkinnan ensimmäisen vaiheen näyttökysymysten selvittely. Tämä vaihe ei ole pelkästään ulkonaisten tosiasioiden etsimistä. Niitä pyritään kaiken aikaa selvittämään nimenomaan mahdollisesti sovellettaviksi tulevien normien kannalta. Tästä huolimatta voidaan tosiasioiden etsiminen erottaa varsinaisesta sovel-lutusvaiheesta, joka alkaa vasta näytön tultua tarkistetuksi.

Nimenomaan todistelulainsäädäntömme peruslinja OK 17 lu-vussa tunnustaa sen, että näyttöongelmat ovat harkintakysymyksiä. Rikosjutuissa tällä linjalla on menty niin pitkälle, ettei vastaajan tunnustuskaan muodosta sitovaa näyttöä (OK 17: 4).

Rikosasiassa on esitutkinnalla ratkaiseva merkitys näytön hank-kimisessa. Tuomioistuinkäsittelyssä vain arvioidaan esitutkinnan tuloksia. Esitutkinta ei ole meillä tyydyttävästi järjestetty. Ensimmäkin esitutkintalainsäädäntö yhä puuttuu. Toiseksi ovat syyttäjä ja esitutkintaviranomainen usein samoja henkilöitä. Kolmanneksi ovat tutkintaviranomaisen voimavarat monissa tapauksissa riit-tämättömät. Viimeksi mainittu seikka koskee erityisesti moni-mutkaista rikollisuutta. Esimerkkinä voidaan mainita ympäristön saastuttamiseen liittyvä rikollisuus, jonka selvittäminen vaatisi tutkintaviranomaiselta erityistä asiantuntemusta tullakseen kun-nolla suoritetuksi.⁴

Edellä sanotusta johtuu, ettei tuomarilla aina suinkaan ole käy-tettävissä parasta mahdollista materiaalia näyttökysymysten har-kintapohjana. Aineisto tietenkin kasvaa ja joissakin tapauksissa paraneekin prosessin jatkuessa.

Näyttöharkinnan empiirinen tutkiminen olisi käsitykseni mu-kaan tärkeä tehtävä edettäessä oikeudenkäyntimenettelyn uudis-tamisen tiellä. Se ei nykyisin kuitenkaan ole kaikilta osin mah-dollista, koska näytön lopulliseen arviointiin johtanutta ajatus-kulkua ei päätökseen kirjata. Siinä vain yleensä todetaan, että »raastuvanoikeus on tutkinut jutun ja katsoo siinä selvitetynsi . . .». Syitä tähän katsomiseen ei ole tapana mainita. Perustelujen kirjoit-tamista näkyviin myös tältä osin on useissa yhteyksissä pidetty suotavana. Tässäkin kohdin olisi aika tulossa olevan prosessiuudis-tuksen myötä siirtyä sanoista tekoihin.

Näyttökysymysten selvittelyä seuraa soveltamisvaihe, jossa var-sinaisesti etsitään tapaukseen soveltuvaan tunnusmerkistöä laista. Tämän toiminnan laadusta rikosjutuissa on viime vuosina kirjal-lisuudessa lausuttu hieman aikaisemmasta ajattelusta poikkeavia käsityksiä. Koska itsekkin olen kosketellut tätä ongelmaa muussa yhteydessä, tyydyn vain viittaamaan siihen.⁵ Olennaista tämän kir-

⁴ Esim. laajaan vesistönlikaamisjuttuun perehtyminen nykyisen poliisi-organisaation ja sen voimavarojen puitteissa vaikuttaa melkoisen työläältä. Kun alan paraskin asiantuntemus on vaikeuksissa näiden kysymysten sel-vittämisen kanssa, on poliisi puutteellisine mahdollisuuksineen lähes yli-voimaisen tehtävän edessä.

⁵ Vikatmaa s. 5 ja siinä viitattu.

joitelman kannalta on se, että tässäkin vaiheessa ollaan tekemisissä harkinnan eikä puhtaasti logiikan sääntöjä seuraavan soveltamisen kanssa. Näin korostuu tuomarin vastuullisen harkinnan osuus soveltamisvaiheessa enemmän kuin ehkä aikaisemmin on nähty. Inhimillinen panos tuomitsemisessa tulee esiin.

Soveltamisvaiheen osalta on syytä viitata niihin pohdiskeluihin, joita lähinnä ulkomailla on suoritettu ATK:n soveltamismahdollisuuksista itse ratkaisemistoimintaan oikeuslaitoksen piirissä.⁶ Meillä ei tällaista pohdintaa tähän mennessä juuri ole harjoitettu. Varmaa kuitenkin on, että sitä tullaan harjoittamaan.

III

a) Jos teko sovellutusharkinnassa katsotaan rikokseksi, ryhdytään etsimään seuraamusta. Teoriassa tämä siis tapahtuu vasta tunnusmerkistön löytymisen jälkeen. Käytännössä vaikuttaa seuraamuksen järkevä suhteuttaminen tekoon epäilemättä useissa tapauksissa myös tunnusmerkistön etsimiseen. Vanhentuneiden normien kohdalla joudutaan jopa joskus tekemään niille väkivaltaa tulkinnallisesti kohtuulliseen lopputulokseen pääsemiseksi.

Rikoksen seuraamuksista saa rangaistus osakseen useimmissa tapauksissa suurimman mielenkiinnon harkinnassa. Rangaistuksen valinnassa voidaan erottaa kaksi vaihetta: 1) rangaistusasteikon etsiminen ja 2) konkreettisen rangaistuksen mittaaminen.

Muiden rikoksen seuraamusten kohdalla ei tällaista kaksivaiheisuutta voida havaita yhtä selvänä. Esim. konfiskaationkin määräämiseen sisältyy kuitenkin harkintaa, vaikka RL:n 2 luvun 16 §:n mukaan hyödyn konfiskoiminen itsessään on pakollinen.⁷ Vastaavasti on vahingonkorvauksen määrä mitä suurimmassa määrin tuomarin harkintaa edellyttävä asia.

b) Rangaistusasteikon löytyminen ei ole ongelmallinen asia silloin, kun on kysymys yhteen tekoon syylistyneestä, syyntakeisesta, täysi-ikäisestä ja ensikertalaisesta rikoksentekijästä. Asia selviää jo soveltamisvaiheessa, ellei lainkohdassa ole useita eri asteikkoja. Syyntakeisuuden vajavaisuuden tai puuttumisen sekä iän tässä suhteessa aiheuttamat ongelmat eivät nekään ole asteikon löytämisen kannalta erityisen vaikeita.

Ratkaisujen löytyminen alkaa sen sijaan heti vaikeutua, jos tekijällä on aikaisempaa rikollisuutta tai jos hän on syylistynyt moisiin samalla kertaa tuomittaviksi tuleviin tekoihin. Tämäntyyppisiä ongelmia on totuttu sekä käytännön sovellutuksissa että rikosoikeuden opetuksessa pitämään ensiarvoisen tärkeinä. Ne ovatkin huomattavan tärkeitä, mikäli tuijotetaan vain ongelmien ratkaisemisen vaikeuteen.

⁶ Ks. esim. *Seipel*, SvJT 1970 s. 257 ss. ja s. 772 ss.

⁷ Tämän tarkoituksenmukaisuudesta *Saarni-Rytkölä*, LM 1966 s. 173 ss.

Edetäkseni rikoslain lukujen mukaisessa järjestyksessä aloitan kerän purkamisen uusimisesta. Meillä on uhrattu paljon aikaa ja paperia RL:n 6 luvun laatimiseen. Vielä enemmän on uhrattu sen tulkittamiseen. Kirjoitusten, oikeustapausten ja virkavirheiden pitkä jono osoittaa ainakin sen, että 6 luku on vaikea ja monimutkainen.

Vaikeus ja monimutkaisuus voidaan sallia, mikäli ne edistävät jotakin positiivista päämäärää. 1970-luvun rikosoikeudellisessa keskustelussa on syytä jälleen kerran vakavasti kysyä, mitä tällaisia tavoitteita nykyinen rikoslain 6 luku todella edistää.

Uusimissäännöstöhän heijastelee alun perin rikosoikeudellista sovitussajattelua siinä mielessä, että sen mukaan rikosten jatkuva tekeminen vaatii yhä kovemmat reaktiot yhteiskunnan taholta. Tämän säännösten yleisestävää vaikutusta lienee käytännössä hyvin vaikea mitata. Se tuskin kuitenkaan on kovin merkittävä, koska uusimissäännöstö kohdistaa kärkensä tottuneisiin rikollisiin. Näihin tällainen uhka vaikuttanee heikosti. Tutkimus on osoittanut, että uusintarikollisuuteen yleisesti ottaen voidaan vaikuttaa huomasti 6 luvun tapaisilla järjestelyillä.⁸

Tuomarin harkintakapasiteetin käytön kannalta on selvää, että huomattava osa hänen ajastaan ja henkisistä voimavaroistaan kuluu 6 luvun ongelmien ratkaisemiseen. Tämä koskee erityisesti auskultantteja ja vähäisessä määrin rikosjuttujen kanssa tekemisiin joutuvia tuomareita.

Tilanteen ollessa tällaisen on vakavasti harkittava 6 luvun muuttamista tai kumoamista kokonaan. Näin on sitäkin suuremmalla syyllä, kun muistetaan, että ajatus on heitetty esiin jo monesti aikaisemmin julkisuudessa.⁹ Kun omat kriminologiset ja lainlaadinnalliset voimavarat näyttävät tässäkin asiassa ohuilta, pätee 6 luvunkin kohdalla vanha hyvä sääntö ulkomaisen opin hyödyllisyydestä.

Asteikon valinnassa tuottavat seuraavaksi 7 luvun säätelemät konkurensсионgelmat huomattavia vaikeuksia. Tuomarin on selvitettävä, minkälaisen kokonaisuuden teot muodostavat. Kysymykseen tulevat lainkonkurenssi, ideaalikonkurenssi, jatkettu rikos, reaalkonkurenssi ja rikosten täydellinen erillisuus.

Tutustuttaessa oikeuskäytäntöön ja kirjallisuuteen käy ilmi, että nämä ongelmat eivät suinkaan ole helppoja ratkaistaviksi niiden yleisluontoisten säännösten pohjalta, joita RL:n 7 luku sisältää. Ongelmat ovat saaneet käytännön ja teorian hiomia ratkaisumalleja lähes jokaisen rikostyyppin kohdalla erikseen. Tällaisen käytännön tunteminen on näin ollen rikostuomarin toiminnan kannalta ratkaisevaa.¹⁰

Erityisen valaiseva käytännön kannalta on reaalkonkurenssin

⁸ Anttila-Törnudd s. 215 ss.

⁹ Esim. Heinonen, LM 1969 s. 314.

¹⁰ Nimenomaan erinäisiä rikoksia koskevat oppikirjat ja oikeuskäytäntö paljastavat konkurensсионgelmiin hajaantuneisuuden in casu.

ja RL:n 7 luvun 2 §:n säätelemän jatkettun 1. pitkitetyn rikoksen keskinäinen suhde käytännössä. Traditionaalisesti on 7 luvun 2 §:ää tulkittu hyvin suppeasti. Tällainen tulkinta on vieläkin vallitseva. *Honkasalo* esittää v. 1967 ilmestyneessä oppikirjassaan hyvin selväpiirteisesti tiukan tulkinnan soveltamista.¹¹ Samoin menettelee *Hiltunen* v. 1968 julkaisemassaan artikkelissa.¹² Hänen mukaansa jatkettun rikoksen käsitettä on käytettävä varoen ja tarkoin punniten, eikä reaalikonkurenssia soveltamalla useissa tapauksissa päästäisi rikospoliittisesti oikeampaan lopputulokseen.¹³

Käytännössä on KKO ollut melkoisen tiukasti suppean tulkinnan kannalla, joskin kannanotot eräissä kysymyksissä ovat vuosien varrella lieventyneet.¹⁴ Sen sijaan alioikeuksissa ja eräissä hovioikeuksissa on ainakin aika ajoin sovellettu varsin laajaa tulkintaa. Tällöin ei ole tiukasti pidetty kiinni perustunnusmerkistön samuuden, kohdeoikeushyvän samanlaisuuden, ajallisen sidonnaisuuden tai paikallisen läheisyyden vaatimuksista. Koska KKO kuitenkin näyttää pysyneen tiukalla kannalla, on oikeuskäytäntö jossakin määrin epämääräisessä tilassa.

Vallitsevasta poikkeava ali- ja hovioikeuskäytäntö on lähtenyt liikkeelle ilmeisesti siitä tarpeesta, jonka pitkien rikossarjojen joustava käsittely aiheuttaa käytännössä. Pitää päästä eroon hankalasta reaalikonkurenssista ja yhdistämisestä. Nähtäväksi jää, mikä linja vakiintuu käytäntöön. Ennustaisin pikemminkin laajemman tulkinnan menestyvän tulevaisuudessa aina lainsäädäntötasolle asti.

Jo nyt päästään pitkitetyn rikoksen käsitteen laajan sovellutuksen omaksuvassa tulkinnassa meikäläisen rikoslainsäädännön sisältämien väljien asteikkojen vuoksi kriminaalipoliittisesti tyydyttävään lopputulokseen, jos vain käytetään kaikkia asteikon tarjoamia mahdollisuuksia. Tietysti tällainen käytäntö ainakin teoreettisesti näyttää lisäävän tuomarin harkintavaltaa. Yhdistämis määräykset tuntee henkilö kuitenkin tietää, että myös reaalikonkurenssia käytettäessä harkintavalta jää laajaksi.

Modernissa rikoslainsäädännössä näyttää esiintyvän pyrkimys mahdollistaa tuomarille kokonaisharkinta rangaistuspuolella, kun on kysymyksessä monien rikosten samanaikainen käsitteleminen. Tällöin ei asteikon valinta tuottaisi periaatteessa suurempia ongelmia kuin yhden rikoksen ollessa kysymyksessä. Tämäntapaiset järjestelyt on omaksuttu esim. Ruotsin ja DDR:n uusissa rikoslakikoonnoksissa.

¹¹ *Honkasalo*, Yleiset opit II s. 265 ss.

¹² *Hiltunen*, LM 1968 s. 346 ss.

¹³ *Hiltunen*, LM 1968 s. 359.

¹⁴ Käytännön kehittymisestä *Hiltunen*, LM 1968 s. 348 s. Kuvaava tässä suhteessa on tuore ratkaisu KKO 1970 II 58. Tässä tapauksessa KKO ei katsonut voivansa tuomita syytettyä jatkettusta rattijuoppoudesta, koska tekojen välillä oli kulunut liian pitkä aika. Teot oli suoritettu samana vuonna helmikuun 3 päivänä ja maaliskuun 17 päivänä. Vaasan HO oli tuominnut syytetyn jatkettusta rikoksesta.

Ruotsin BrB:ssa on perussäännös tältä osin 1 luvun 6 §:ssä. Sen 1 momentissa sanotaan: »Skall någon dömas för flera brott, ådömes gemensam påföljd för brotten, om ej annat är stadgat.» Tämä säännös, jota teknisesti täydennetään lain rangaistuksia koskevassa osassa, ratkaisee itse asiassa konkurensсионgelmat käytännössä varsin pitkälle. Asteikon valinta ei enää muodostakaan niin vaikeaa ongelmaa kuin meidän lakimme mukaan on laita.¹⁵

DDR:n StGB:n 63 ja 64 §§:ssä löytyy vastaavat säännökset. Useiden oikeudenloukkausten tapauksissa tuomitaan vain yksi päärajaistus. Sen alarajan määrää ankarimman minimin sisältävä asteikko ja ylärajan vastaavasti ankarin maksimi. Erityistapauksissa tuomioistuimien voi ylittää tämän maksimin (64^a).

Selostettujen järjestelyjen pyrkimys kokonaisuuteen käsittelyssä on ilmeisen yhdensuuntainen sen tulkintapyrkimyksen kanssa, jota olen edellä selostanut pitkätyn rikoksen osalta. Kummassakin teknisessä järjestelyssä tähdätään siihen, että tuomari voisi monimutkaisesta rangaistusmatematiikasta vapaana harkita lopputulosta rikollisuuden kokonaiskuvan taustaa vasten.

Näyttää siltä, että suomalainen järjestelmä sisältää suuren määrän näennäispuhdintaa, joka on vaikeaa mutta joka tuskin edistää mitään positiivisia päämääriä sen paremmin rikosten ehkäisemisen kuin syytetyn oikeusturvankaan kannalta. Tuomarin harkintakapasiteetista kuluu suuri osa sovellutusongelmien ratkaisemisen jälkeen asteikon etsimiseen. Jos lähitulevaisuuden lainsäädäntöuudistusten puitteissa pystyttäisiin toteuttamaan esim. ohjelma, jonka *Olavi E. Heinonen* on tältä osin esittänyt v. 1969, voitaisiin tuomarin kapasiteettia vapauttaa ilmeisesti todellisempien ja merkitsevämpien ongelmien ratkaisemiseen.¹⁶

Vielä on huomattava, etteivät edellä lyhyesti luonnehditut pääongelmat ole suinkaan ainoita vaikeuksia asteikon etsimisessä. Kokonaiskuva sisältää mainittujen lisäksi joukon yksityiskohtia, jotka saattavat monissa tapauksissa olla hyvinkin hankalia.

Vasta asteikon löydyttyä alkaa tekijän kannalta oleellinen harkinta, kun tuomarin on valittava asteikolta rangaistus. Asteikon löytyminen sinänsä ei siis ratkaise lopputulosta kovinkaan paljon. Tämä johtuu ensi sijassa asteikkojen väljyydestä.

c) Rikoslaisamme ei ole määräystä rangaistuksen mittaamisesta. Myös käytännön kartoittaminen on jäänyt puutteelliseksi huolimatta *Nousiaisen* 1950-luvun lopulla tekemistä tutkimuksista.

¹⁵ Lähemmät määräykset käytännön tilanteista löytyvät BrB:n 34 luvusta. Ks. 1 luvun 6 §:n tulkinnasta tarkemmin *Beckman — Holmberg — Hult Strahl* I s. 46 ss.

¹⁶ Ohjelma sisältää pääosina: 1) Konkurenssitilanteiden jako ideaaliseen ja reaaliseen poistetaan, 2) Kaikissa konkurenssitilanteissa siirrytään yhtenäisrangaistuksen käyttöön ja 3) RL:n 6 luku kumotaan. Ks. *Heinonen*, LM 1969 s. 314.

Mainituille tutkimuksille olisi syytä saada mitä pikimmin jatkoa koko rikoskentän leveydeltä, jotta päästäisiin luomaan pohjaa suuremmalle yhtenäisyydelle ja samalla entistä tasavertaisemmalle oikeuskäytännölle.¹⁷

Mittaamisessa on säännösten puuttuessa mahdollisuus tuomarin henkilökohtaisten arvostusten ja näkemysten laajaan heijastamiseen. Huolimatta siitä, että juristien ajattelumaailma yhtenäisen koulutuksen vuoksi lienee melkoisen homogeeninen, löytyy rangaistusarvostuksissa huomattavaa variaatiota. Tämä puolestaan johtaa käytäntöön sovellettuna oikeutettuihin moitteisiin tuomitsemisen epätasaisuudesta. Vaikka monet lausumat tässä suhteessa ovat tuomitun kannalta peräti subjektiivisia, lienee osassa niitä vahva pohja. Hajontaa on. Sen laajuus pitäisi selvittää tutkimuksin.

Mittaamisen hajonnasta johtuen on useissa yhteyksissä esitetty erilaisia järjestelmiä tämän haitan poistamiseksi. Historian kuluessa on sovellettu myös kiinteän rangaistuksen järjestelmää. Yhdenmukaisuuden edistämiseksi tehtyjen ehdotusten päälinja on tietysti ollut mittaamisen kytkeminen joihinkin ainakin osittain matemaattisesti todettavissa oleviin tekijöihin.

Meillä näyttää taksatiivirangaistussysteemi saaneen viime aikoina kannatusta osakseen. Erityisesti suosittavat *Anttila-Törnudd* uudessa kriminologian oppikirjassaan takseerausjärjestelmän soveltamista eräin muunnelmin ja lisäyksin. Heidän mukaansa järjestelmän avulla voidaan turvata sekä yhtenäinen linjakkuus että tarpeellinen yksilöllisyys.¹⁸

Takseerausjärjestelmän soveltaminen käytäntöön ei suinkaan merkitsisi tuomarin harkinnan rajaamista pois rangaistuksen mittaamisesta. Järjestelmä antaisi harkinnalle vain toivottavaa kiinteyyttä. Tuomari voisi täysin yksilöllistä ja avointa systeemiä paremmin ottaa huomioon kunkin tapauksen erikoislaadun, kun hänellä olisi selvä kuva kunkin rikostyyppin rangaistuksen yleistraditiosta. Tässä suhteessa näyttää takseerausjärjestelmän peruslinja hyväksyttävältä.

Erittäin mielenkiintoinen on *Karl Haagin* äskettäin julkaisema yritys rakentaa rationaalinen rangaistusten mittaamisjärjestelmä. Tutkimuksessaan vuodelta 1970 Haag lähtee siitä, että on luotavissa loogisiin mittaamisperusteisiin perustuva mittaamismalli, joka perustuu erityisesti taloustieteen piirissä laadittuihin operaatiomalleihin (Operation Research).¹⁹ Tällaisen mallin kehittelyn tarvetta Haag perustelee jo monissa aikaisemmissa yhteyksissä esitetyillä mittaamisjärjestelmän virheillä.

Selvitelyään monipuolisesti rangaistuksen eri tarkoituksiperiä ja

¹⁷ Joitakin yksityiskohtia on toki selvitelty tässä suhteessa sitten *Nousiainen* tutkimusten. Ks. lähemmin *Anttila — Törnudd* s. 235.

Ks. *Nousiainen* s. 150 ss.

¹⁸ *Anttila — Törnudd* s. 233 ss.

¹⁹ *Haag* s. 15.

mittaamiseen liittyviä tekijöitä Haag onkin saanut syntymään tällaisen kokonaiskuvan. Hänen mukaansa rationaalinen mittaaminen on mahdollista huolimatta siitä, että empiirinen tieto ratkaisun perusasioista toistaiseksi on riittämätöntä. Hän on esittänyt mallit myös toistaiseksi puuttuvan tiedon hankkimiseksi.²⁰

Vaikka Haagin yritys näyttää mielenkiintoiselta, lienee siitä vielä melkoinen matka käytännön jokapäiväisiin sovellutuksiin. Tarvitaan toisaalta enemmän tietoa monista mittaamiseen liittyvistä asioista ja toisaalta pitää harkita mittaamisen suorittajan koulutus-pohjaa. Nykypäivän juristi tuskin pystyy Haagin mallia sovelta-maan, vaikka sitä pystyttäisiin paljonkin yksinkertaistamaan. Tietokoneen tunkeutuessa tuomitsemistoimintaan saattaa nyt mainittu ratkaisumalli kuitenkin tulla meilläkin vakavan pohdinnan koh-teeksi.

Inhimillisen harkinnan poistaminen mittaamisharkinnasta tuskin on kokonaisuudessaan mahdollista, vaikka tapahtumalle pystyttäi-siinkin antamaan tiukat muodolliset raamit. Saattaa hyvinkin olla, että mittaamisesta aikanaan tulee kaksijakoinen tapahtuma: 1) matemaattisempi vaihe, jonka kuluessa rajoitetaan perusasteik-koa (vrt. jo nykyiset alatunnusmerkistöt ja tyypit) ja 2) varsinainen rangaistuksen valinta mainitulla tavalla rajoitetulta asteikolta. Toi-nen vaihe voitaisiin näin suorittaa vain melkoisen suppeissa puit-teissa.

IV

a) Rikostuomarin harkinta kohdistuu tapaukseen kokonaisuudes-saan. Tuskin edes voidaan perustellusti vaatia harkinnan jakamista moneen vaiheeseen tiukkoja rajoja vetäen. Tästä huolimatta on pai-notusta tarkasteltaessa erotettavissa erilaisia vaiheita esim. edellä kaavaillulla tavalla.

Vaikka tutkimusten puuttuessa tällä hetkellä ei voidakaan lausua tarkkoja käsityksiä harkinnan nykyisistä painotuksista, näyttää kuitenkin selvältä, että kaikki asiat eivät ole kunnossa. Jos sovel-lutusharkinnassa hyväksytään ajatus aikaisempaa avoimemmasta argumentoinnista, ei sillä puolen ole mielestäni syytä antaa muutos-suosituksia.

Sen sijaan seuraamuksen valinnassa erityisesti rangaistuksen kohdalla on painopiste eittämättä väärin kohdistettu. Monimutkai-sen asteikon valinnan suhteeton painottaminen ei mielestäni anna oikeaa kuvaa rangaistuksen valitsemisen todellisesta painotus-tarpeesta. Monessa tapauksessa monimutkaisten kysymysten rat-kaisuun uhrattu harkinta on turhaa työtä. Tämä seikka on ylei-sesti oivallettu sekä ulkomaisessa lainsäädännössä että myös koti-

maisessa rikosoikeuskentässä. Perustavanlaatuiset uudistukset la-
hinnä rikoslain 6 ja 7 lukujen kohdalla olisi mitä nopeimmin saa-
tava toimeen.

b) Tuomarin harkinnan painopistettä voidaan rangaistuksen valin-
nassa siirtää lainmuutoksilla oikeampaan suuntaan. Yhtä ratkaiseva
on kuitenkin tuomarien koulutus. Rikosoikeuden tentissä oikeus-
tieteen opiskelijoiden ratkaistavaksi traditionaalisesti esitetty ns.
yhdistämistapa ohjaa harkintaa aivan väärään suuntaan. Samaa
suuntaa heijastelee *Honkasalon* asianomaisen oppikirjan epäsuhtai-
nen painotus.²¹ Tyydytyksellä on todettava, että Helsingin
Yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tenteissä on viime vuo-
sina siirrytty käyttämään myös mittaamisongelmia mainitussa
oikeustapauksessa. Turussa sen sijaan ajetaan edelleen vanhaa
latua.

Yliopistoissa annettavan juristikoulutuksen ollessa parhaillaan
valinkauhassa olisi nyt hyvä tilaisuus ottaa huomioon rikostuoma-
rin harkintaongelmiin liittyviä asioita. Hyvällä teoreettisella koulu-
tuksella on näissä asioissa varmasti suuri merkitys. Rikostuomarin
harkinnan tarkoituksenmukaisella painottamisella puolestaan on
huomattava merkitys rikollisuuden käytännöllisten haittojen mini-
moimiseksi käytävässä yhteiskunnallisessa taistelussa.

Keväällä 1971 pantiin alulle selvittely juristien auskultoinnin
uudistamiseksi. Myös tässä työssä on syytä ottaa huomioon hyvän
rikostuomarin harkintaan liittyvät ongelmat. Ellei näin tapahdu,
ei tuomioistuinlaitos saa käyttöönsä hyviä rikostuomareita. Ellei
se niitä saa, on jätetty käyttämättä eräs tehokas ase suomalaisessa
kriminaalipolitiikassa.

Kirjallisuus:

- Anttila, Inkeri* — *Törnudd, Patrik*: Kriminologia. Porvoo 1970.
Beckman, Nils — *Holmberg, Carl* — *Hult, Bengt* — *Strahl, Ivar*: Brots-
balken jämte förklaringar. Band I. Andra upplagan. Stockholm 1968.
Brusiin, Otto: Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938.
Haag, Karl: Rationale Strafzumessung. Saarbrücken 1970.
Heinonen, Olavi E.: Tuomitsemisen ja tekemisen ajankohta RL 7 luv.
8 §:ää sovellettaessa. LM 1969 s. 277—316.
Hiltunen, Paavo: Pitkitetty rikos oikeuskäytännössä. LM 1968 s. 346—359.
Honkasalo, Brynolf: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Toinen osa. Toi-
nen painos. Oppikirjana käyttämistä varten tarkastanut Reino Ellilä. Hel-
sinki 1967.
Kolmas osa. Toinen painos. (Sama tark.) Helsinki 1969.
Nousiainen, Tapio: Rangaistuksen tuomitsemisesta. 2. painos. Helsinki
1965.

²¹ Voidaan todeta, että *Honkasalo*, Yleiset opit III jakaantuu tässä suhtei-
teissa niin, että asteikon etsintää koskee 94 sivua ja mittaamista 7 sivua.
Edelliseen on laskettu mukaan 60—65 §§ ja jälkimmäisestä asiasta puhutaan
66 §:ssa.

Juha Vikatmaa

Saarni-Rytkölä, Maarit: Vielä rikoslain 2 luvun 16 §:n 1 momentin tulkinnasta. LM 1966 s. 173—178.

Seipel, Peter: Om användning av automatisk databehandlingsteknik inom juridiken. I: Tillämpning och analys av rättsregler. SvJT 1970 s. 257—292.

Vikatmaa, Juha: Erehdyksestä. Rikosoikeudellinen tutkimus. Turku 1970.