

---

RIKOS-  
OIKEUDELLISIA  
KIRJOITUKSIA  
VII

PEKKA KOSKISELLE  
1.1.2003 OMISTETTU

RIKOSOIKEUDELLISIA KIRJOITUKSIA VII



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA

A-sarja N:o 237

---

# Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII

Pekka Koskiselle  
1.1.2003 omistettu

*Toimitusneuvosto*

Eero Backman

Dan Frände

Raimo Lahti

Tapio Lappi-Seppälä

Martti Majanen

Kimmo Nuotio

*Toimittajat*

Raimo Lahti

Tapio Lappi-Seppälä

*Julkaisija*

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 603 567, f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-554-7

© 2003 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-204-5

Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala 2003

---

# Sisällysluettelo

<i>Halonen, Tarja</i> : Pekka Koskisen merkkipäivänä 1.1.2003 .....	VII
<i>Lahti, Raimo &amp; Lappi-Seppälä, Tapio</i> : Pekka Koskinen 60 vuotta .....	IX
<i>Backman, Eero</i> : Onko luonnonoikeus tullut takaisin rikosoikeuteen, joskin toisella nimellä? .....	1
<i>Cornils, Karin</i> : Ein Nachruf auf die Vermögensstrafe .....	15
<i>Frände, Dan</i> : Om utpressning .....	31
<i>Greve, Vagn</i> : Om forældelse af strafansvar. Kriminalpolitiske strøtanker	45
<i>Heinonen, Olavi</i> : Tuomioistuimet ja kriminaalpolitiikan punainen lanka .....	63
<i>Hirvonen, Ari</i> : Uusi matka uuteen kriminologiaan. Eurooppalaisesta rikosoikeudesta ja kritiikin mahdollisuudesta .....	71
<i>Jareborg, Nils</i> : Kriminalisering som ultima ratio regis? Ett försök att reda ut begreppen .....	89
<i>Jonkka, Jaakko</i> : Laillisuusvalvoja syyttäjänä .....	103
<i>Kekkonen, Jukka</i> : ”Sosiaalipolitiikka on parasta kriminaalipolitiikkaa”	115
<i>Kiuru, Hannu</i> : Pakkolaitokseen eristämisen vuosikymmenet .....	127
<i>Lahti, Raimo</i> : Rikosoikeuden yleisten oppien uudistamisesityksen arviointia .....	137
<i>Lappi-Seppälä, Tapio</i> : Muuttuuko kriminaalipolitiikka — ja mihin suuntaan? .....	155
<i>Majanen, Martti</i> : Jälkikonkurrenssista .....	181
<i>Marttunen, Matti</i> : Nuorisorikosoikeuden uudet suuntaukset .....	193
<i>Matikkala, Jussi</i> : Näkökohtia rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi annetusta HE 44/2002:sta .....	215
<i>Nikula, Paavo</i> : Näkökohtia valtion virkojen täytöstä .....	231
<i>Nuotio, Kimmo</i> : Lainsäätäjän rikosoikeuden yleisten oppien parissa .....	243
<i>Nuutila, Ari-Matti</i> : Menettämisseuraamuksia (RL 10 luku) koskevia vanhoja ja uusia ongelmia .....	271
<i>Pajujoja, Jussi</i> : Reaalirangaistus vai ehdonalainen vapaus? .....	285
<i>Träskman, Per Ole</i> : Samma straff för lika brott – strävandena att uppnå en enhetlig rättsstillämpning inom Europa .....	303
<i>Utriainen, Terttu</i> : Rikosoikeus ja media .....	317
<i>Viljanen, Pekka</i> : Väärästä ilmiannosta .....	325
<i>Zila, Josef</i> : Uppsåt till brott: den senaste utvecklingen i svensk doktrin och rättspraxis .....	335
Kirjoittajaluettelo .....	349



Pekka Kinnunen

---

## *Pekka Koskisen merkkipäivänä*

### *1.1.2003*

Opiskeluaikoina solmitaan erilaisia ystävyssiteitä – toiset kestävät lyhyemmän ajan, toiset pidempään. 1960-luvulla solmittu ystävyuteni nyt 60 vuotta täyttävään professori Pekka Koskiseen on osoittautunut kestäväksi.

Pekka Koskinen on ollut poikkeuksellisen aktiivinen, taitava ja viisas kriminaalipolitiikan ja rikoslain uudistaja. Hän on ollut mukana useissa viime vuosikymmenten keskeisissä lainsäädäntöhankkeissa. Näistä mittavin on pitkään kestänyt ja nyt päätökseen saatettu rikoslain kokonaisuudistus. Tuon työn ku- luessa Pekka Koskinen on toiminut paitsi uudistuksesta vastanneen rikoslakiprojektin puheenjohtajana, myös useiden työryhmien vetäjänä. Hän on antanut merkittävän panoksen myös kriminaalihuollon ja vankeinhoidon kehittämiseen.

Pekka Koskisen vakaumuksellinen työ ja yhteiskunnallinen osallistuminen rauhan ja oikeudenmukaisuuden puolesta on ollut näkyvää. Osoituksena hänelle ominaisesta vastuunkannosta Pekka Koskinen otti 1990-luvun alussa hoitaakseen lukuisten muiden tehtäviensä lisäksi Suomen Rauhanpuolustajien puheenjohtajuuden 10 vuodeksi tilanteessa, jossa yhdistyksen johtaminen vaati poikkeuksellisen ponnekasta työpanosta.

Järkevän ja humaenin kriminaalipolitiikan puolustaminen ei ole kiitollinen tehtävä kovenevien arvojen maailmassa. Huomautukset rankaisemisen lähtökoh- taisesta ongelmallisuudesta, rikoksentehtäjäiden oikeusturvatakeiden puolustami- nen ja oikeusvaltioperiaatteiden noudattamisen vaatiminen saavat harvoin osak- seen julkista kiitosta.

Humaani ja ihmisarvoa korostava kriminaalipolitiikkamme tarvitsee julkisen puolustajansa. Pekka Koskinen on kantanut tämän raskaan tehtävän tavalla, joka ansaitsee kunnioituksemme ja kiitoksemme. Minulla on ilo olla mukana onnitte- lemässä Pekkaa hänen merkkipäivänsä johdosta.

*Tarja Halonen*



---

## *Pekka Koskinen*

### *60 vuotta*

1. Alkaneen vuoden 2003 1. päivänä täytti 60 vuotta Helsingin yliopiston rikosoikeuden professori Pekka Tapio Koskinen.

Helsingissä syntynyt Pekka Koskinen valmistui Helsingin yliopistosta oikeustieteen kandidaatiksi vuonna 1965 ja oikeustieteen lisensiaatiksi seuraavana vuonna sekä väitteli oikeustieteen tohtoriksi vuonna 1973. Helsingin yliopiston rikosoikeuden professoriksi hänet nimitettiin vuonna 1978. Professorin virkaa hän oli kuitenkin hoitanut jo vuodesta 1974 alkaen ja apulaisprofessorin virkaa jo vuodesta 1970. Pekka Koskisella on takanaan poikkeuksellisen pitkä ja monipuolinen professorin ura – yli 30 vuotta!

Toimiessaan Helsingin yliopiston rikosoikeuden laitoksen esimiehenä vuosina 1977–1983 Pekka Koskinen rakensi yhdessä laitoksen muun henkilökunnan kanssa aktiivisesti kansainvälistä yliopistoyhteistyötä. Vuonna 1976 aloitettu Helsinki–Upsala -yhteistyö on laajentunut Pohjoismaiden rikosoikeustutkijoiden vuosittaiseksi seminaariksi. Viimeksi elokuussa 2002 tällainen etenkin alan väitöskirjan tekijöille tarkoitettu 50 hengen kokous oli Helsingin yliopiston rikosoikeuden oppiaineen vastuulla. Pohjoismaiseen yhteistyöhön Koskinen osallistui jo nuoren tutkijan alkutaipaleella 1960-luvun lopulla Pohjoismaisen kesäakatemian kokouksissa ja Pohjoismaisen kriminologisen yhteistyöneuvoston seminaareissa. Koskisen esimieskaudella luotiin tähän päivään asti jatkuneita tutkimusyhteyksiä Unkariin ja Berliinin Humboldt-yliopistoon. Hänen kansainvälisten tutkijayhteyksiensä juuret ovat myös jo 1960-luvun lopulla alkaneissa osallistumisissa pohjoismaisiin kriminalistikokouksiin sekä rikosoikeuden alan johtavien kansainvälisten järjestöjen maailmankongresseihin.

Pekka Koskinen väitteli aiheesta ”Yksitekoisesta rikosten yhtymisestä” (1973) tohtoriksi keskellä vilkasta kriminaalipoliittista muutosvaihetta. Väitöskirjassaan (s. 20–21) hän ennakoiki tekeillä olevien rikosoikeuden suurten uudistusten kaipaavan toteuttajia, ja uudistusten toteuttajaksi ryhtyminen saattaisi tuntua rikoslainsäädännön kehittämävaiheessa hyödyllisemmältä ja kiinnostavam-

malta kuin oikeusdogmaattinen aherrus. Koskinen ryhtyi näiden uudistajien keskeiseksi toteuttajaksi, vaikka on samaan aikaan innostuneesti jatkanut yliopiston opettajan ja tutkijan uraansa. Koskisen tutkimustyön nauttima arvostusta kuvastaa hänen kutsumisensa Suomalaisen Tiedeakatemian jäseneksi vuonna 1987.

2. Sodan kovat vaikutukset kokeneen Suomen liittyttyä lopulta 1960-luvulla pohjoismaisten hyvinvointivaltioiden joukkoon myös sosiaali- ja kriminaalipoliittikkaa ryhdyttiin saattamaan hyvinvointivaltion arvoja ja voimavaroja vastaavalle tasolle. Rikoslain kokonaisuudistuksen perusteet valmisteltiin vuosina 1972–1976 työskennellessä rikosoikeuskomiteassa. Saman vuosikymmenen kuluessa uudistettiin myös keskeiset osat rikosoikeudellisesta seuraamusjärjestelmästä. Tämä mittava lainsäädäntötyö jatkui vuonna 1980 perustetussa oikeusministeriön hankeorganisaatiossa – rikoslakiprojektissa –, jonka johtoryhmään Pekka Koskinen kuului projektin alusta lukien. Projektin puheenjohtajaksi hänet nimitettiin oikeusneuvos Henrik Grönqvistin eläkkeelle siirtymisen jälkeen vuonna 1991. Tämän ohella Koskinen toimi rikoslakiprojektin lukuisten työryhmien puheenjohtajana tai jäsenenä hankkeen päättymiseen vuoteen 1999 saakka.

Pekka Koskisen panos nyt päätösvaiheessa olevassa rikoslain kokonaisuudistuksessa on ollut ratkaisevan tärkeä. Vaikka Koskinen kohteliaisuuttaan epäili, ettei täyttäisi rikoslakiprojektin johtoryhmän puheenjohtajana Henrik Grönqvistin ominaisuuksiksi luonnehtimiaan piirteitä: tunnollisuutta, järjestelmällisyyttä sekä rauhallista ja taitavaa työn organisointia ja johtamista (LM 1991 s. 1134), hän on kokemuksemme mukaan suuresti luotsannut hanketta karikat välttäen tavalla, joka Merisotakoulun laivastolinjojen priimukselle sopiikin. Viisikymmenvuotishaastattelussaan (HS 31.12.1992) Koskinen totesi rikoslakiprojektin etenemisen hitautta arvostelleille, että projektin valmistuttua sitä voi verrata Iisakin kirkkoon muutenkin kuin aikataulun osalta!

Omina rikoslainsäädännön valmistelua tukevina toimintalohkoinaan erottuvat Pekka Koskisen vuosikymmeniä kestänyt työ kriminaalihuollon ja vankeinhoidon kehittämiseksi sekä hänen osallistumisensa rikosoikeuden alan ja ihmisoikeuskysymysten järjestötoimintaan. Kriminaalihuoltoyhdistyksen johtokunnan jäsenenä Koskinen toimi vuodesta 1975 ja puheenjohtajana vuosina 1991–1996. Vankeinhoitoasiain neuvottelukunnan jäsen ja varapuheenjohtaja hän on ollut vuodesta 1980 alkaen. Koskinen oli YK:n yhteydessä toimivan Helsingin kriminaalipoliittisen instituutin (HEUNI) neuvottelukunnan jäsen vuosina 1982–1987 sekä on ollut pitkäaikainen jäsen Kansainvälisen rikosoikeusyhdistyksen (AIDP) Suomen osaston johtokunnassa ja Suomen Kriminologisti yhdistyksen hallituksessa.

Lakimiesmatrikelissa Pekka Koskisen harrastuksina mainitaan ”politiikka ja rauhantyö”. Mittavan ansioluettelon yksityiskohtana näkyy myös maininta Suomen Rauhanpuolustajien johtokunnan varapuheenjohtajuus vuodesta 1989 ja pu-

heenjohtajuus vuodesta 1992. Koskisen tuntevat tietävät, etteivät nämäkään maininnat viittaa ”paperijäsenyyksiin”, vaan vakaumukselliseen ja konkreettiseen työhön tuon yhdistyksen puheenjohtajana viimeisten kymmenen vuoden aikana.

3. Tämän merkkipäiväkirjoituksen laatijoina meillä on kummallakin pitkäaikainen työtoveruus ja ystävyys Pekka Koskisen kanssa. Allekirjoittanut Raimo Lahti on oppinut tuntemaan Koskisen rikosoikeuden nuorena tutkijana ja opettajana vuodesta 1967 lähtien, jolloin me molemmat luovimme hyvin erilaisten henkilöiden vaikutuspiirissä: toisaalta suomalaisen kriminaalipolitiikan varsinaisen uudistajan, monialaisen rikollisuuden tutkijan ja valloittavan persoonan, professori Inkeri Anttilan kollegoina sekä toisaalta perinteisen rikosoikeusdogmatiikan edustajan ja vanhan kansan kurinpitäjän, professori Reino Ellilän esimiehyyden alaisuudessa. Inkeri Anttilan ”yötyöryhmä” kokosi meidät laajaan rikosoikeuden uudistamisesta kiinnostuneiden henkilöiden joukkoon, ja hän innosti meidät osallistumaan alan kansainvälisiin kokouksiin ja muuhun tutkimusyhteistyöhön. Meidän molempien muistoissa on muun muassa yhteinen matkamme AIDP:n maailmankongressiin Roomaan vuonna 1969, jolloin lentomatalla suomalainen virkamies kyseli matkatoveriltaan: ”Ovatko nuo professori Anttilan pojat todella kaksosia?”

Allekirjoittaneen Tapio Lappi-Seppälän ohjasi aikoinaan Pekan peruskurssi- luennoille opiskelijoiden lahjomaton viidakkorumpu: tässä oli kerrankin professori, jonka luennoilta kannatti hakea muutakin kuin pelkkä alkumerkintä. Näiltä luennoilta alkoi myös oma kiinnostukseni rikosoikeutta ja kriminaalipolitiikkaa kohtaan. Tiedän, että meitä on muitakin. Rikosoikeuden laitos erosi tuolloin – ja eroaa edelleen – useista muista oikeustieteellisen tiedekunnan tutkimusyksiköistä tieteenalat rikkovalla ja muita laveammalla tutkimusotteellaan. Pekka Koskinen on aidon humanistin avarakatseisuudella kannustanut jatko-opiskelijoita toteuttamaan omaa näkemystään valitsemastaan aiheesta. Häneltä saamani kannustus ja tuki auttoivat ratkaisevasti omien jatko-opintojeni loppunsaattamista.

Rikosoikeuden suosiota opiskelijoiden keskuudessa kasvattivat myös 1970-luvun puolenvälissä käynnistetyt – nyt jo legandaksi kohonneet – rikosoikeuden Tvärminnen kurssit. Samassa sarjassa kilpailivat korkeintaan professori Kaarle Makkosen aikoinaan vetämät yleisen oikeustieteen Lammin kurssit. Vaikka uudet ja intensiiviset opetusmuodot saattoivat asettaa opiskelijoiden kestävyys- den aika-ajoin koetukselle, yksistään se, että kurseille on edelleen enemmän tulijoita kuin paikkoja jaossa, kertoo metodin onnistumisesta.

Se, että Pekka Koskinen kokee opettamisen aidosti kiinnostavaksi ja palkitsevaksi, ei ole voinut jäädä keneltäkään hänen luentojaan seuranneelta epäselväksi. Tvärminnen kurssilta palanneen Pekan omin sanoin: ”Väliin huomaa ajattelevansa – hei, tästä kaikesta maksetaan vielä palkkaakin!”

4. Pekka Koskinen, jos kuka, on yliopistoihminen sanan parhaassa merkityksessä. Hänen tutkijanotteensa on tinkimätön ja loppuun saakka harkittu. Pekka Koskinen on aina ottanut vakavasti opetuksen ja tutkimuksen sekä kantanut vastuunsa myös rikosoikeuden oppimateriaalin tuottamisessa. Hänen rikosoikeuden perusteita käsittelevät oppikirjansa ovat viimeksi ilmestyneet suomeksi ja ruotsiksi vuosina 2001 ja 2002. Hän on myös mukana oikeuden perusteosten Rikosoikeus-niteen (WSOY, 2. p. 2002) kirjoittajakunnassa.

Pekka Koskisen tuotantoa leimaavat pedagoginen osaaminen ja kadehdittava sanonnan tarkkuus. Rikosoikeuden yleisten oppien vaativalla alueella ilmestyy merkittäviä töitä vain harvoin. Pekka Koskisen tältä saralta julkaisemat kirjoitukset ovat merkittävä osa Suomen rikosoikeuden uudistuneita yleisiä oppeja. Hänen systemaattisen ajattelunsa jälki näkyy kirkkaana myös Suomen uudistuneessa rikoslaissa.

5. Pekka Koskinen on myös kantanut yliopistotutkijalle kuuluvan vastuun yhteiskunnallisesta osallistumisesta tavalla, johon meillä vain harvojen kyvyt ovat riittäneet.

Yliopistotutkijoita moititaan silloin tällöin, ja usein myös aiheesta, norsunluutorniin vetäytymisestä. Tuosta tornista voi tulla alas monin eri tavoin, ja monin eri motiivein. Pekka Koskisen tapa on ollut vastata myöntävästi silloin, kun hänen osaamistaan ja asiantuntemustaan on tarvittu rikoslain ja kriminaalipolitiikan kehittämisessä. Pekka Koskinen on antanut poikkeuksellisen painavan panoksen rikoslainsäädännön ja kriminaalipolitiikan kehittämiseen. Hänen kanssaan työskennelleet myös osaavat arvostaa Pekan hienovaraisuutta, osaamista ja erehtymätöntä tyylytaju.

Pekka Koskinen kirjoitti Inkeri Anttilalle omistetussa ystävien kirjassa vuonna 1996 tutkijan roolista: ”Meidän ... yhtenä tärkeänä tehtävänä on myös julkisuuteen, ja mahdollisuuksien mukaan myös erityisesti poliitikkoihin, päin kerta toisensa jälkeen tuoda esiin ja perustella niitä lähtökohtia ja perusarvoja, joiden varaan Suomen viime vuosikymmenien – monella arvolla menestyksellinen – kriminaalipolitiikka on rakentunut.”

Järkevän ja humanin kriminaalipolitiikan puolustaminen kovenevien arvojen maailmassa on kaikkea muuta kuin kiitollinen tehtävä. Julkisuus jakaa harvemmin suosiotaan niille, jotka asettuvat puolustamaan rikoksentekijöiden oikeusturvatakeita ja jotka edelleen ovat valmiita pitämään kiinni yhteisvastuulle rakentuvan hyvinvointivaltiollisen kriminaalipolitiikan peruslähtökohdista. Kuitenkin rationaali ja humani kriminaalipolitiikka tarvitsee puolustajansa.

Päättyessään Inkeri Anttilan kunniaksi vuonna 1997 pitämänsä puheenvuoronsa – Anttilan jättäessä silloin rikoslakiprojektin jäsenyyden – Pekka Koskinen lupasi, että ”me sinun oppilaasi ja lapsesi” tulimme omalta osaltamme tekemään voitavamme sen eteen, ettei Anttilan elämäntyön ydintä turmeltaisi. Pekka

Koskinen on tämän lupauksensa lunastanut tavalla, joka ansaitsee niin kiitoksemme kuin kunnioituksemmekin.

6. Seurallista ja sosiaalista Pekka Koskista on ollut vaikea saada mukaan tilaisuuksiin, jotka hän on mielessään varustanut leimalla ”pönö pönö”. Merkkipäivänsäkin Pekka vietti matkustaen. Tekstiviesti kertoi, että ”paella auringossa voittaa kinkun pakkasessa”. Epäilemättä. Kaikkia huomionosoituksia ei kuitenkaan voi välttää.

Toimittamamme Pekka Koskiselle omistettu juhlakirja ”Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII” sisältää 24 työtoverin, oppilaan ja ystävän kirjoitukset. Teos jatkaa vuonna 1949 aloitetun sarjan perinnettä, tosin otsikon kirjoitelma-sana on modernisoitu ’kirjoitukseksi’. Kaikki teoksen aikaansaamiseen vaikuttaneet, julkaisijayhteisö Suomalainen Lakimiesyhdistys mukaan lukien, yhtyvät syntymäpäiväonnitteluihin.

Menestyksellistä jatkoa tutkijan, opettajan ja yhteiskunnallisen vaikuttajan urallesi!

*Raimo Lahti      Tapio Lappi-Seppälä*

# Onko luonnonoikeus tullut takaisin rikosoikeuteen, joskin toisella nimellä?

## 1. RIKOSOIKEUS JA MODERNIN LUONNONOIKEUDEN VÄHIMMÄISSISÄLTÖ<sup>1</sup>

Oikeusajattelun kehityksen kiintoisimpia jännitteitä on ollut oikeudellisen positivismin ja luonnonoikeudellisen ajattelun välinen suhde. Kummassakin on lukuisia muunnelmia, mutta pääasialliset erot kiteytyvät käsityksiin oikeusjärjestyksen perustasta.

Oikeudellisen positivismin mukaan oikeusjärjestys on ihmisten päätöksenteon tuote eikä oikeutta muokkaava päätöksenteko-organisaatio ole sidottu oikeusjärjestyksen ulkopuolisiin auktoriteetteihin. Tällaisen käsityksen eräs muoto on lakipositivismi. Sen mukaan oikeus muodostuu laeista eli ylimpien valtioelinten sääntöjen muotoon laadituista päätöksistä. Oikeudellisen positivismin mukaan ”oikeus on tahdon asia”. Oikeuden auktoriteetti perustuu siihen, että oikeuden sisällöstä päätetään oikeusjärjestyksen itsensä (lähinnä valtiosäännön) sääntelemällä tavalla.

Luonnonoikeudellisten käsitysten mukaan oikeusjärjestyksen perusta on sen itsensä ulkopuolella. Oikeuteen kuuluu lainsäädäntöelinten määrittelemän niin sanotun positiivisen oikeuden lisäksi pysyvämpää ainesta, joka ei ole muuttamalla muutettavaa. Oikeuden auktoriteetti on voitu johtaa uskonnollisesta auktoriteetista (teokraattinen luonnonoikeus), ”ihmisen luonnosta” (valistuksen rationalistinen luonnonoikeus) tai ihmisten olemassa olon ehdoista yksilöinä ja yhteisöinä sekä moraali- ja oikeudenmukaisuuskäsityksistä (moderni luonnonoikeus). Yhteiskunnallisesta perustasta oikeuden rakenteen ja sisällön peruspiirteet johtava moderni luonnonoikeuskäsitys ei nähdäkseen suuresti eroa oikeustieteellisestä ajattelutavasta, jota voidaan kutsua esimerkiksi ”kriittiseksi oikeuspositivismiksi”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Yleisesti viitattakoon teoksen *H.L.A. Hart, The Concept of Law* (1961) erääseen pääteemaan. Siviilioikeuskaan ei ole välttynyt teeman pohdinnalta, kuten *Aulis Aarnio, Uusi varallisuusoikeus – vai vanha?*, LM 2002 s. 515–534, osoittaa.

<sup>2</sup> Teos *Kaarlo Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi* (2000) on muodostunut ajatustavan tunnetuimmaksi puheenvuoroksi Suomessa. Teosta häiritsee epäsystemaattisuus, joka on tyypillistä myös teoksen esikuville, etenkin Habermasille.

Oikeastaan on harhauttavaa puhua modernista luonnonoikeudesta, koska kyse ei ole luonnosta, ei edes ”ihmisen luonnosta”. Pikemminkin kyse on oikeusjärjestyksen sisällön ja yhteiskunnan välisistä suhteista. Oikeuden velvoittavuus ja säännösten noudattamisvaatimus edellyttävät, että oikeusjärjestyksen, yhteiskunnan rakenneperusteiden ja tarpeiden sekä ihmisten oikeudenmukaisuusvaatimusten kesken vallitsee riittävä vastaavuus. Modernissa luonnonoikeudessa on yksinkertaisesti kysymys voimassa olevan oikeuden yhteiskunnallisesta perustasta.

Moderni luonnonoikeus rikosoikeuden rajoja ja sisältöä muokkaavana on saanut ilmauksia Suomen sisäisessä oikeudessa ja Suomen omaksumissa ihmis-oikeussopimuksissa. Esimerkkeinä voidaan mainita valtion tehtävä ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeuksien turvaamisessa ja yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden edistämässä (Suomen perustuslain 1.2 §), yhdenvertaisuus, tasa-arvo ja syrjintäkielto (perustuslain 6 §), oikeus elämään, henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen, kielto tuomita kuolemaan, kiduttaa tai kohdella ihmisarvoa loukkaavasti yms. (perustuslain 7 §), syyttömyysolettama ja taannehtivan rikoslain kielto (perustuslain 8 §) ja oikeusturva (perustuslain 21 §). Rikosoikeuden arvoperustaa tai kriminalisointiperiaatteita on siis legalisoitu entistä täsmällisemmin, minkä on katsottu merkittävästi vaikuttaneen Suomen oikeuskulttuuriin.<sup>3</sup>

Rikosoikeuden arvoperusteilla tarkoitetaan tässä siis suurin piirtein samaa kuin viime vuosien rikoslainopissa käytetyllä ilmaisulla ”kriminalisointiperiaatteet”. Nuutilan mukaan kriminalisointiperiaatteiden ydinajatuksia ovat perusoikeuksien vahvistaminen, ihmisarvon loukkaamattomuus, oikeushyvien suojelu, hyöty–haitta-vertailu ja ultima ratio.<sup>4</sup> Ilmaisuihin ”kriminalisointiperiaatteet” on siinä mielessä harhauttava, että arvoperusta määrittellee rikosoikeudessa paljon muutakin kuin ihmisen käyttäytymisen määrittelyä rikokseksi, käytännössä koko rikosoikeuden alaa. Kyse on myös muun muassa siitä, miten rikosvastuun yleiset edellytykset muotoillaan, millaisia seuraamuksia ja pakkokeinoja käytetään ja millä tavoin rikosoikeudellisia seuraamuksia pannaan täytäntöön.

<sup>3</sup> Perusoikeuksien suhdetta kriminalisointiperiaatteisiin on käsitellyt *Ari-Matti Nuutila*, Rikosoikeudellinen huolimattomuus (1996) s. 62–95. Ks. myös *Raimo Lahti*, De grundläggande rättigheterna och straffrätten, NtFK 3–4/1998 s. 295–307 sekä *Kimmo Nuotio*, Perusoikeuksien merkityksestä rikosoikeudessa, teoksessa *Pekka Lämsineva – Veli-Pekka Viljanen* (toim. 1998), Perusoikeuspuheenvuoroja, s. 137–164, *Ari-Matti Nuutila*, Rangaistuksella uhkaaminen ja rangaistuksen tuomitseminen perusoikeuksien valossa, sama teos s. 165–178, *Veli-Pekka Viljanen*, Perusoikeudet ja rikoslainsäädäntö, sama teos s. 277–306.

<sup>4</sup> *Ari-Matti Nuutila*, Rikosoikeudellinen huolimattomuus s. 62–90. Myöhemmin teoksessa *Nuutila*, Rikoslain yleinen osa (1997) kriminalisointiperiaatteet on jäsennetty hieman toisin: 1) perus- ja ihmisoikeudet, 2) ehdottomat kiellot, 3) oikeushyvien suojelu, 4) hyötyjen ja haittojen vertailu, 5) ultima ratio. Ks. s. 38–45.

Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate voisi antaa aiheen olettaa, että rikosoikeus oikeusalana olisi perussävyltään korostuneen lakipositivistinen. Se on pinnallinen käsitys. Rikosoikeudellista lainsäädäntöä ohjaavat monet arvoperusteet, joista yhdessä voidaan käyttää ilmaisua ”modernin luonnonoikeuden vähimmäissisältö”.<sup>5</sup> Perusteet voidaan jäsentää ja muotoilla monella tavalla. Tässä omaksutaan eräs mahdollinen rikosoikeuden arvoperusteiden jäsentämisen tapa ryhtymättä laajemmin selvittämään sen perusteltavuutta tai kattavuutta. Rikosoikeuden arvoperusteita<sup>6</sup> ovat ainakin oikeusvaltiollisuus, rangaistusten ja muiden seuraamusten määrittelemisen syyllisyysperiaatteen mukaan, rikosoikeuden säännösten ja seuraamusten humanisuus ja rikossäännösten säästeliäs käyttö eli ultima ratio -prinsiippi.

## 2. OIKEUSVALTIOLLISUUS RIKOSOIKEUDESSA

Suomalaisissa käsityksissä oikeusvaltio määritellään tavallisesti kahden abstraktin periaatteen avulla. Ensinnäkin valtion tulee toiminnassaan olla sidottu lakiin. Valtiolla voi olla vain sellaista valtaa, joka on lainsäädännöllisesti tunnustettu. Toiseksi, ihmisillä on myös valtiollista vallankäyttöä vastaan suojattu vapauspiiri<sup>7</sup>. Rikosoikeuden kehityksessä oikeusvaltioajatuksen tärkein ilmaus on ollut laillisuusperiaate (”nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege poenali”). On kuitenkin syytä korostaa, että pelkinä abstrakteina ideoina oikeusvaltio on tehoton. Ideoiden toteutuminen todellisuudessa edellyttää konkretisointeja. Oikeusvaltion rikosoikeudella tulee olla abstrakteista ideoista johdettava käytännöllinen

<sup>5</sup> Ilmaisua on siis peräisin H.L.A. Hartilta. *H.L.A. Hart, The Concept of Law* (1961) s. 181–207 tarkastelee asiaa oikeuden ja moraalien välisenä suhteena. Hartin mukaan luonnonoikeuden vähimmäissisältöön kuuluvat mm. määrättyjen fyysisten, psyykkisten ja taloudellisten edellytysten olemassaolo, ihmisen haavoittuvuuden suojaaminen (”human vulnerability”) mm. käskyllä ”thou shalt not kill”, ihmisten likimääräinen yhdenvertaisuus (”approximate equality”), ihmisen ymmärtäminen hyvän ja pahan yhdistelmänä (”limited altruism”), yhteiskunnallisten resurssien riittämätömyys kaikkien tarpeiden tyydyttämiseen (”limited resources”) ja ihmisen ymmärryksen ja tahdonvoiman rajallisuuden ymmärtäminen (”limited understanding and strength of will”). Oikeus ei voi toimia puhtaasti valtasuhteena. Jokaisen nykyajan valtion oikeus saa sisältönsä yhteiskunnallisesta moraalista ja eettisistä ideoista yms.

<sup>6</sup> Yleisluonteinen johdatus kriminaalipolitiikan päämääriin ja arvoihin myös *Olavi Heinonen* ym., *Rikosoikeus* (2002) s. 65–84 (kirjoittaja Olavi Heinonen).

<sup>7</sup> Esimerkiksi 1970-luvun alussa valtiosääntökomitea muotoili asian seuraavasti (Valtiosääntökomitean välimietintö 1974, kom. miet. 1974:27, s. 9): ”Oikeusvaltiona pidetään tavallisesti valtiota, jossa valtiiovallan käyttö tapahtuu oikeusjärjestyksen mukaisesti. Yksilöllä on valtioltakin suojattu vapauspiiri, jonka perustuslaissa vahvistetut yksilön perusoikeudet turvaavat, sekä riittävää ja todellista oikeussuojaa sen varalta, että hänen oikeuksiinsa puututaan. Virkakoneiston toiminnan tulee muodollisesti ja asiallisesti olla lakiin sidottu.”



ohjelma.<sup>8</sup> Oikeusvaltion rikosoikeudessa täytyy siis olla vallankäytön lakisidonnaisuudesta ja ihmisten suojatusta vapauspiiristä johdettavia konkreettisemmän tason arvoperusteita. Tällaisten arvoperusteiden luonteeseen kuuluu, että niitä ei voi luetella tyhjentävästi.

Seuraavassa esitetään luonnosmainen luettelo asioista, joiden toteutumistavasta voidaan tehdä päätelmiä rikosoikeuden ja rikoslainkäytön oikeusvaltiollisuudesta.<sup>9</sup>

#### A. Yleiset oikeusvaltiotakeet:

##### A1. Yleiset rikosoikeudelliset vastuuperiaatteet:

Täsmällinen sitoutuminen perus- ja ihmisoikeuksiin, kansainvälisiin yleissopimuksiin, laillisuusperiaate, rikosoikeus ultima rationa, julmien ja nöyryyttävien rangaistusten ja pakkotoimien poissulkeminen, vallankäytön suhteellisuusperiaate, yhdenvertaisuusperiaate, mielipidevainon kieltäminen, syyllisyysperiaate ja sitä vastaavat yleiset oikeus- ja oikeudenmukaisuusperiaatteet.

##### A2. Tuomioistuinten ja viranomaisten organisaation perusteet:

Valtiollisuus, pysyväisluonteisuus, riippumattomuus, lakisidonnaisuus, pätevyysedellytykset, julkisuusperiaate, kansanvaltaiset nimitys-, toiminta- ja kontrollijärjestelyt johdannaisineen.

#### B. Rikosoikeudellisen vallankäytön konkreettiset oikeusvaltiotakeet:

##### B1. Rikostekojen ehkäisyn ja tutkinnan perusteet:

Valtuuksien lakisidonnaisuus, objektiivisuus, pitäytyminen välttämättömiin toimiin, julmien ja alentavien toimien käytön kieltäminen, fyysisen ja psyykkisen väkivallan ja sillä uhkaamisen kieltäminen, vapaudenriiston täsmällinen määrittely ajallisesti ja sisällöllisesti, tarpeettomien pakkotoimien kieltäminen, toimenpiteiden kohteen erehdyttämisen kieltäminen, kieltäminen pakottaa kehtään omien lainvastaisten tekojensa selvittämiseen, syyttömyysolettama, yksityiskohtainen eri osapuolten oikeuksien ja velvoitteiden sääntely esitutkinnassa jne.

##### B2. Oikeudenkäytön perusteet:

Aineellisen totuuden periaate, kontradiktorisuus, objektiivisuus, syyttömyysolettama, tuomioistuimen riippuvuus syytteestä esitetystä rikosteon kuvauksesta ja vaatimuksista, favor defensionis, suullisuus, välittömyys, julkisuus,

<sup>8</sup> Jo 1800-luvun klassisella rikosoikeudella oli verraten yhtenäinen rikosoikeudellinen "ohjelma": oikeusvaltiokonseptio ja legaliteettiperiaate, juridinen sovitussoppi rangaistusteorian, rikosoikeus tekorikosoikeutena, syyllisyys yksilöllisenä tekosyyllisyytenä, in dubio mitius ja in dubio pro reo, tahdonvapaus syyllisyysmoitteen edellytyksenä, "nullum crimen sine poena" ja vapausrangaistus seuraamusjärjestelmän ytimenä. Ks lähemmin *Eero Backman*, Rikoslaki ja yhteiskunta I (1976) s. 111–112.

<sup>9</sup> Luettelo on kehitelty aiemmin artikkelissa *Eero Backman*, Oikeusvaltio ja rikosoikeus, teoksessa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta (1991) s. 3–10, lähinnä s. 9–10.

oikeus puolustautumiseen ja avustajan käyttämiseen, todistustaakan asettaminen kantajaosapuolelle, vapaa ja perusteltu todistusharkinta, jura novit curia, täyden näytön vaatimus langettavan tuomion edellytyksenä, tuomioiden ja päätösten perusteluvollisuus, ne bis in idem yms. modernin lainkäytön pääperiaatteet.

### B3. Rangaistuksen täytäntöönpanon perusteet:

Rangaistustuomion lainvoima täytäntöönpanoperusteena, vapaudenmenetyksen kirjaamisjärjestelmä, vangittujen oikeudet yleisiä elinoloja vastaaviin oloihin laitoksissa, pakkotoimien lakisidonnaisuus laitoksissa, vangittujen oikeudet pitää yhteyksiä laitoksen ulkopuolelle, laitosten toiminnan tehokas viranomaiskontrolli jne.

### C. Jälkikäteiset oikeusturvakeinot:

#### C1. Muutoksenhakekeinot:

Yleiset oikeudet muutoksenhakekeinojen käyttöön, reformatio in peius -kielto, virheratkaisujen oikaiseminen ylimääräisillä muutoksenhakekeinoilla.

#### C2. Tuomioistuinten ja viranomaisten toiminnan laillisuusvalvonta:

Hallintoviranomaisten virkavastuu ylemmille viranomaisille, rikosoikeudellinen virkavastuu, kurinpidollinen virkavastuu, vahingonkorvausvelvollisuus virheellisistä toimista, ylimpien laillisuusvalvontaviranomaisten laajat toimivaltuudet, kansalaisten aloiteoikeus laillisuusvalvonnassa.

Rikosoikeuden ja rikoslainkäytön oikeusvaltiollisuudesta voidaan esittää joitakin lisänäkökohtia. Sellaisia ovat ennen kaikkea järjestelmän toiminnan ennustettavuus, yhdenvertaisuus, kontrolloitavuus, julkisuus ja suhteellisuusperiaate.

*Ennustettavuus* on oikeusturvan keskeisiä elementtejä. Rikosoikeuden on rakennuttava niin, että etukäteen on mahdollista tietää, millaisia käyttäytymistapoja pidetään rangaistuksen ansaitsevalla tavalla kielteisinä, millä tavoin ja millaisella ankaruustasolla oikeuskoneisto niihin reagoi. Rikosoikeudellisten säännösten tulee olla selkeitä ja havainnollisia, säännösten sisältö on saatettava tehokkaasti ihmisten tietoon ja säännösten soveltamisessa ja tulkinnassa on noudatettava yhdenmukaisia ja oikeudellisesti päteviä perusteita. Ennustettavuuden toteutumismuotoja oikeuden tasolla ovat esimerkiksi säännösten epämääräisyys- ja taannehtivuuskielto sekä säännösten soveltamisessa analogiakielto.

*Yhdenvertaisuus* asettaa rikosoikeusjärjestelmille useantasoisia vaatimuksia. Säännöstaytasolla yhdenvertaisuus tarkoittaa lähinnä sitä, että paheksuttavuus-, vahingollisuus- ja vaarallisuusasteeltaan toisiinsa rinnastettavat teot määrittellään rikoksiksi ja varustetaan samantasoisilla rangaistusuhilla. Lainkäytön tasolla yhdenvertaisuus on säännösten soveltamista samanlaisten perusteiden mukaan samanlaisissa tapauksissa riippumatta asiaan vaikuttamattomista seikoista. Yhdenvertaisuus on pyritty takaamaan muun muassa Suomen perustuslaissa ja muualakin laissa olevilla syrjintäkielloilla. Toisaalta on olemassa seikkoja, joiden pe-

rusteella erilaisia ihmisiä oikeutetusti asetetaan erilaiseen rikosoikeudessakin (esimerkiksi ikä, erityinen asema, henkiset ja fyysiset ominaisuudet). Mitä ovat ”samanlaiset perusteet” ja mitkä seikat ovat ”asiaan vaikuttamattomia”, ei ole ongelmista helpoimpia. Yhdenvertaisen ja perustellun erilaisen kohtelun välinen jännite rikosoikeudessa on laaja ja erittäin visainen kysymys, sillä aina ei ole selvää, millaisin perustein vertailujen asetelma määräytyy.

Rikosoikeusjärjestelmän *kontrolloitavuus* on niinkään useantoinen vaatimus. Ensinnäkin se ilmenee lainsäädäntöprosessissa. Kansalaisyhteiskunnan on voitava laajasti vaikuttaa säännösten sisältöön ja lainkäytön perusteisiin. Lainsäädäntöehdotukset on perusteltava muun muassa selvittämällä ehdotusten tiedossa olevia vaikutuksia ja ongelmia. Toiseksi, kontrolloitavuus edellyttää selkeää vallanjakoa sääntöjen asettajien ja niiden soveltajien välillä. Kontrolloitavuus on toteutunut parhaiten, kun lakien säätäminen, rikosten esitutkinta, syytteen saattaminen ja syyteharkinta, asianajopalvelut, tuomiovalta ja seuraamusten täytäntöön paneminen ovat toisistaan riippumattomien organisaatioiden tehtäviä. Kontrolloitavuus ilmenee vielä oikeudellisten ratkaisujen perusteluvollisuutena. Ellei ratkaisuja perustella, ulkopuolinen ei voi tietää, perustuvatko päätökset asiallisiin syihin vai satunnaisiin tai mielivaltaisiiin seikkoihin. Perustelupakkoon sisältyy se, että perustelut eivät ole pelkkä muotoseikka vaan että ratkaisut todellisuudessakin pohjautuvat julki lausuttuihin seikkoihin.

Kontrolloitavuuteen on läheisessä yhteydessä rikosoikeuden ja lainkäytön *julkisuus*. Säännösten julkisuutta pidetään itsestään selvänä, joskaan rikosoikeudellisten säännösten tiedottamista yleisön keskuuteen ei voi pitää tehokkaana tai onnistuneena. Julkisuuden rajoittamisen rikoslainkäytössä ja sen yhteydessä (mm. suljettu käsittely oikeudenkäynnissä, aineiston määrääminen salaiseksi, tuomioistuimen neuvottelu päätöstä harkittaessa, asianajajan ja päämiehen välinen viestintä) tulee olla painavista syistä johtuva poikkeus.

*Suhteellisuusperiaate* rikosoikeuden yleisenä arvoperusteena tarkoittaa, että rikosten ehkäisemiseen, tutkintaan ja rankaisemiseen liittyvien toimenpiteiden tulee laadultaan ja ankaruudeltaan olla rationaalisessa ja oikeudenmukaisessa suhteessa tekojen moitittavuuteen, vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen.<sup>10</sup> Suhteellisuusperiaate ilmenee rikosoikeudessa monella tavalla.

Määriteltäessä rangaistavan käyttäytymisen alaa ja rajoja otetaan huomioon säännösten noudattamisen valvontaan käytettävissä olevien mahdollisuuksien rajallisuus. Rikollisuutta ei voi pyrkiä ehkäisemään, selvittämään ja rankaise-

<sup>10</sup> Suhteellisuusperiaatetta hahmottavat näin esimerkiksi *Nils Jareborg*, Rättvisa och repressionsnivå, teoksessa *Kaarlo Tuori* (red.), Rättsdogmatikens alternativ (1988) s. 87–97, *Andrew von Hirsch*, Doing Justice (1976), etenkin s. 59–94, *von Hirsch*, Proportionalitet och straffbestämning (2001) laajasti ja *Tapio Lappi-Seppälä*, Rangaistuksen määräämisestä I (1987) s. 166–183. Erityisesti Andrew von Hirschin vuonna 2001 ilmestynyt teos antaa laajan kuvan rikosoikeusfilosofian suunnasta, joka antaa keskeisen merkityksen teon ja seuraamuksen arvosuhteelle.

maan ”millä hinnalla hyvänsä”, vaan siinä on tehtävä valintoja, priorisointeja. Todellista nollatoleranssia ei ole. Kriminaalipolitiikassa puhutaan usein hyötytietoisuudesta, kustannus–hyöty-analyysista ja tietoisesta hyötyjen ja haittojen vertailusta. Terminologia saattaa antaa liian ahtaan kuvan asiasta.

Suhteellisuusperiaatteessa ja rikosoikeuden hyöty–haitta-analyysissa on pikemmin kyse ns. distributiivisesta oikeudenmukaisuudesta kuin haittojen ja hyötyjen arvioimisesta ja jakautumisesta eri tahojen kesken liiketaloustieteestä omaksutulla tavalla. Rikollisuuden vastustamiseen ja rankaisemiseen suunnatut toimet sopeutetaan tavoitteisiin ja käytössä oleviin mahdollisuuksiin. Yksimielisiä varmasti ollaan siitä, että vakavaan väkivaltarikollisuuteen ja järjestäytyneeseen rikollisuuteen reagoiminen kuuluu rikosoikeuden ydintehtäviin ja ettei muita suoranaisesti vaarantamattomaan kiellettyyn käyttäytymiseen esimerkiksi liikenteessä ole aihetta reagoida samalla painolla. Suhteellisuusperiaate siis tarkoittaa, että tehdään jatkuvia arvovalintoja suojeltavien intressien, tekojen vahingollisuuden ja moitittavuuden sekä toimenpiteiden vaatimien yhteiskunnallisten ratkaisujen välillä.

Suhteellisuusperiaate yksittäisissä tapauksissa tarkoittaa rationaalista ja oikeudenmukaista moitittavan teon sekä sen johdosta tehtävien toimenpiteiden ja tuomittavan rangaistuksen välillä. Suhteellisuusperiaate tässä mielessä ilmenee myös säännöksissä ja niiden tulkinnassa. Esimerkkeinä mainittakoon hyökkäyksen ja sallitun puolustautumisen välinen suhde hätävarjelutilanteessa, viranomaisten valtuus voimakeinojen käyttöön virkatehtävissä, intressipunninta pakotilanteessa tehdyn teon rankaisemattomuuden määrittelyssä, rikosprosessuaalisten pakkokeinojen käytön edellytykset ja rangaistuksen mittaamista koskeva säännöstö.

### 3. SYYLLISYYSPERIAATE JA RANGAISTUKSEN KOHDENTUMINEN

Rikosoikeudellisena yleisenä periaatteena on jo kauan tunnettu: *ilman syyllisyyttä ei mitään rangaistusta*. Iskulauseen ydinkäsite ”syyllisyys” on oikeuskehityksen myötä vähitellen muuttuva yhteinen nimitys rangaistavaan tekoon kohdistuvan oikeudellisen moitteen edellytyksistä. Teon tekijän kannalta tarkastellen ”nulla poena sine culpa” sulkee pois satunnaisen rankaisemisen. Häntä saa rangaista vain siinä tapauksessa, että hän ulkonaisen käyttäytymisen ohella myös henkisessä suhtautumisessaan osoittaa toimivansa väärin.

Syyllisyys oikeudellisessa mielessä tarkoittaa sitä, että teon tekijän toiminoissa on rikostunnusmerkistön toteutumista vastaava henkinen prosessi. Tahallisisissa rikoksissa henkiseen prosessiin kuuluu havainto, että teosta todennäköisesti seuraa oikeudenloukkaus, ja teossa ilmenevä riskin hyväksyvä suhtautumi-

nen. Tekijä tietää tekevänsä rikoksen tunnusmerkit toteuttavan teon ja ymmärtää tekevänsä väärin. Tuottamuksellisissa rikoksissa henkinen prosessi ilmenee laiminlyöntinä ottaa riittävän huolellisesti selvää oman teon seurauksista tai teon tekemisenä siitä huolimatta, että rikoksen toteutumisen riski on havaittu. Tekijältä on voitu kohtuudella edellyttää, että hän havaitsee tekevänsä rikoksen tunnusmerkit toteuttavan teon ja ymmärtää tekevänsä väärin.

Syylisyyssperiaatteella on rikosoikeudessa useita funktioita. Ensinnäkin se rajoittaa syylisyydestä riippumattoman seurausvastuun ja objektiivisen rangaistusvastuun käyttöalaa. Seurausvastuuta voidaan pitää jäänteenä oikeuskäsitysten varhaisvaiheista, joissa syylisyydestä puhuttaessa ei nykyaikaiseen tapaan erotettu ulkonaista käyttäytymistä ja sen kausaalisia seurauksia käyttäytymisen moitittavuudesta. Objektiivinen rangaistusvastuu on ulkomailla saatettu omak-sua etenkin taloudellisessa lainsäädännössä säänneltyjen velvoitteiden tehosteena. Suomessa tarve sellaiseen on pääasiassa rakentunut operoimalla tuottamuskäsitteellä niin, että se kattaa esimerkiksi elinkeinotoiminnassa tapahtuvat turvallisuus- yms. määräysten laiminlyönnit. Oikeushenkilön rangaistusvastuuta ei myöskään ole syytä pitää syylisyyssperiaatteen vastaisena. Tosin se edellyttää syylisyyssperiaatteen käsittämistä yksilöllistä syylisyyssmoitetta laajemmassa mielessä.

Syylisyyssperiaate vaikuttaa rikoksesta tuomittavan seuraamuksen määräämisessä, niin sanktiolajin valinnassa kuin rangaistuksen mittaamisessa. Syylisyys tässä mielessä on ymmärrettävä kvantitatiiviseksi ja variaabeliksi (tuskin kuitenkaan numeroituvaksi) käsitteeksi, joka vaihtelee lievimmästä ankarimpaan. Syylisyyssperiaate näin ymmärrettynä on oikeastaan suhteellisuusperiaatteen osa. Rangaistuslaji on valittava ja rangaistus mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa muun ohella rikoksesta ilmenevään tekijän syylisyyteen.<sup>11</sup> Iskulause kuuluukin: *rangaistus syylisyyden määrän mukaan*.

Syylisyyssperiaate tarkoittaa vielä, että rangaistusta ei tule käyttää, ellei teossa ilmene vääryyttä. Lakiin perustuva rangaistusuhka ei yksin osoita teon vääryysominaisuutta, johon tekijän syylisyyttä voitaisiin suhteuttaa. Rikokseksi määritellään vain teko tai laiminlyönti, joka on ristiriidassa oikeusjärjestyksessä hyväksytyjen arvostusten kanssa. Vääryyttä ei tee esimerkiksi hätävarjeluun turvautuva tai henkilö, jolla ei ole rikostilanteessa mahdollisuutta toimia lain mukaan. Iskulause kuuluu: *ei rangaistusta ilman syylisyyttä osoittavaa vääryyttä*.

Syylisyyssperiaate on sidoksissa velvollisuuseettiseen moraalikäsitteeseen. Siitä ei ole syytä poiketa yhteiskuntahyödyn tms. utilitaristisen argumentin perusteella. Joissakin tapauksissa saattaisi vaikuttaa lyhyellä tähtämellä rauhoittavasti se, että rangaistaan henkilöä, jonka syylisyyttä ei voida vahvistaa, esimer-

<sup>11</sup> Syylisyyssperiaatteen tätä aspektia on eritelty laajasti *Tapio Lappi-Seppälä*, Rangaistuksen määräämisestä I (1987) s. 300–326 ja 381–425.

kiksi ihmisten mieliä kuohuttavassa henkirikoksessa. Tai joskus on mahdollista selvittää, että joku määrätystä joukosta on tehnyt rikoksen, mutta ei päästä selville, kuka. Sosiaalinen paine voi vaatia kaikkien joukkoon kuuluvien rankaisemista. Ihmisiä yhdistää syntipukin löytyminen. Mahdollisten syyttömien rankaiseminen olisi lyhytnäköistä. Syyttömän rankaiseminen on oikeusvaltiolle kohtalokkaampaa kuin syyllisen jääminen rikosvastuun ulkopuolelle.<sup>12</sup>

#### 4. HUMAANISUUS JA RIKOSOIKEUS

Humaanisuutta rikosoikeuden arvoperusteena voi pitää itsestäänselvyytensä. Ilman tarkennuksia se on kuitenkin mitänsanomaton. ”Humaanisuus” kuuluu vaikeisiin käsitteisiin kuten ”demokratia” ja ”vapaus”.

Ensinnäkin, humanisuudella tarkoitetaan kriminalisointien asettamisessa ja rikosvastuun perusteissa edellytettävää kohtuutta ja maltillisuutta. Rangaistavat teot ja vastuu rikoksista on määriteltävä siten, että lainmukaista käyttäytymistä voidaan perustellusti edellyttää kaikilta ihmisiltä. Rikosoikeuden standardit tulee asettaa niin sanottuja ”tavallisia” tai ”normaaleja” ihmisiä silmällä pitäen. Rikosoikeus ei voi edellyttää sankarillista toimintamallia. Esimerkiksi rikosvastuun uhalla ei voida edellyttää keneltäkään oman henkensä tai terveytensä asettamista suureen vaaraan onnettomuus- tms. tilanteessa. Humanisuusperiaate ei estä asettamista erityisissä tehtävissä oleville muista poikkeavia vaatimuksia, esimerkiksi väkivalta- ja onnettomuustilanteissa poliisille, pelastushenkilöstölle tai lääkäreille. He ovat saaneet koulutusta kyseisiä tehtäviä varten. Vaarallisissa tehtävissä heidänkin turvallisuuttaan on suojeltava.

Toiseksi, humanisuudella tarkoitetaan rikosoikeuden järjestämistä kaikessa siten, että rikosentekijät voivat rangaistuksen suorittuaan elää henkisesti ja fyysisesti täysipainoisesti ja selviytyä yhteiskunnassa muiden tavoin.<sup>13</sup>

Humaanisuusvaatimus tässä mielessä rajoittaa ennen kaikkea julmien ja epäinhimillisten seuraamusten ja pakkokeinojen käyttämistä. Sellaisia seuraamuksia ja pakkotoimenpiteitä ovat esimerkiksi kuolemanrangaistus, kidutus, ruumiinosien silpominen ja fyysinen väkivalta, pakolla toteutettavat kirurgiset toimet, kuten kastraatio ja hermojärjestelmän lamauttaminen, pitkäaikainen täydellinen eristäminen tai intimiteetin täydellinen riistäminen rangaistuslaitoksissa. Ihmisarvon mukaisia seuraamuksia tai toimenpiteitä eivät myöskään ole esimerkiksi tärkeimpien kansalaisyhteisöjen menettäminen, kansalaisen karkottami-

<sup>12</sup> Se on virheen tehneelle tunnolliselle lainkäyttäjällekin vaikea eettinen ongelma, kuten *Aulis Aarnio* romaanissaan *Johannes Richterin erehdys* (1998) kertoo.

<sup>13</sup> Tiivis esitys humanisuuden vaatimuksista seuraamusjärjestelmälle on Rikosoikeuskomitean mietinnössä, kom. miet. 1976:72 s. 67–71.

nen kotimaastaan tai koko omaisuuden konfiskoiminen. Ihmisarvon mukaisina ei voida pitää myöskään ajaltaan epämääräisiä seuraamuksia eikä seuraamuksia, joiden sisältö määräytyisi tuomioistuinten tai täytäntöönpanoviranomaisten rajoittamattoman harkinnan mukaan.

Humaanisuus määrittelee yleisesti käytettävää rangaistustasoa. Esimerkiksi pitkiä ehdottomia vankeusrangaistuksia vähäisistä rikoksista ei voida pitää humanisuusvaatimuksen mukaisina. Toisaalta sellainen kielto voidaan johtaa suhteellisuusperiaatteestakin. Nykyään pidetään humanisuussyistä kiellettävinä lisäksi rikosoikeuden historiassa aiemmin tunnettuja häpeärangaistuksia. Humanisuus edellyttää niinkään seuraamusten kasautumisen sääntelyä niin, ettei rikoksesta tuleva kokonaisuuraamus muodostu kohtuuttoman ankaraksi.

Esimerkeistä voi päätellä, että humanisuuskäsitykset muuttuvat ajan myötä. Useat nykyaikana ihmisarvon vastaisina pidettävät seuraamukset ovat maailman eräissä osissa edelleen käytössä eikä niiden poistamisesta Suomessakaan ole kaikissa tapauksissa kulunut satoja vuosia.

## 5. ULTIMA RATIO RIKOSOIKEUDESSA?

Ultima ratio saattaa eri systeemeissä tarkoittaa eri asioita. Esimerkiksi Saksan rikosoikeudessa se on tarkoittanut tavoitetta käyttää mahdollisimman rajoitetusti lyhytaikaisia, kuutta kuukautta lyhyempiä vankeusrangaistuksia. Niiden sijasta käytetään rangaistuksena yleensä sakkoa silloinkin, kun rangaistussäännös ei nimenomaan mainitse sakkoa rangaistusvaihtoehtona.<sup>14</sup>

Yleisemmin ultima ratiolla rikosoikeudessa tarkoitetaan pyrkimystä rajoittaa rangaistavan käyttäytymisen alaa. Rikosoikeus on oikeusalana fragmentaarinen ja sen pääasiallisena tehtävänä on reagoida konkreettisesti määriteltyjen oikeuksien loukkaamiseen. Ultima ratio merkitsee rikosoikeuden ainakin osittaista toissijaisuutta. Rikosoikeudellinen sääntely on korvattava toisenlaisella sääntelyllä, jos se on tarkoituksenmukaista ja tehokasta. Periaatteen toteuttamisen tapana on toisaalta tarpeettomien kriminalisointien poistaminen ja toisaalta painavien perusteiden edellyttäminen uusilta kriminalisoinneilta.

Voidaan perustellusti epäillä, onko ultima ratio tässä mielessä muuta kuin ideologinen harhakuva. Tunnemme rikosoikeuden inflaatioksi kutsutun ilmiön. Muodollisesti voimassa oleva rikosoikeus ("law in books") ja vähimmäistehokkuudella kontrolloitu rikosoikeus ("law in action") ovat olleet irtautumassa toisistaan. Voimassa olevaan rikosoikeuteen sisältyy säännöksiä, jotka pelkästään

<sup>14</sup> StGB 47 §. Ajatus pohjautuu sosiologisen rikosoikeuskoulun kritiikkiin klassista rikosoikeutta kohtaan. 1800-luvun lopulla Saksassa tuomittiin paljon lyhyitä ehdottomia vankeusrangaistuksia. Suomessa vastaava on harkinnanvaraista, ks. RL 3:5.2.

muodollisella voimassaolollaan saattavat täyttää joitakin latentteja funktioita ja rauhoittaa ihmisten tunteita ilman säännösten systemaattista soveltamistakin tai jotka ovat voimassa pelkästään menneisyyden jäänteinä.<sup>15</sup>

Oma merkityksensä rikosoikeuden irtautumiselle ultima ratio-periaatteesta on epäilemättä sillä, että kansalaiset ovat kriminaalipoliittisissa käsityksissään usein vallitsevaa rikosoikeutta konservatiivisempia ja rangaistusmielisempiä. Kielteisenä pidetyn käyttäytymisen rankaisemista edellytetään ”varmuuden vuoksi” selvittämättä muita ongelman ratkaisumahdollisuuksia. Samaan suuntaan vaikuttavat yleisön tunteja tavoitteleva julkinen tiedotusvälineistö ja valvontaresurssejaan laajentamaan pyrkivät viranomaistahot. Keskeisenä syynä lieyvät kuitenkin nykyaikaisesta rikosoikeudesta itsestään juontuvat tekijät.

Rikosoikeuden tutkimuksessa esiintyvien sangen yleisten ajatusten mukaan on syytä vahvasti epäillä, voiko moderni rikosoikeus rajautua kovaan ytimeensä, ”palautua juurilleen” konkreettisten oikeushyvien tietoisten loukkausten sääntelyksi. Tämä johtuu useista syistä.

Nykyaikaisesta oikeusjärjestyksestä on liudentunut aines, jota vielä 1800-luvulla kutsuttiin politiaoikeudeksi. Se oli lähinnä yleiseen turvallisuuteen ja järjestykseen kohdistuvaa hallinnollista sääntelyä, jossa kieltoja sanktioitiin myös sakkorangaistuksin. Oikeuskehitys on edellyttänyt kyseisen aineksen saattamista lakisidonnaiseksi, siis oikeusvaltion rikosoikeuden alaisuuteen. Politiaoikeuden historia, luonne ja laajuus on nykyään kadonnut muistista.<sup>16</sup>

Rikosoikeus on saanut yhteisölliseen moraliin nojaavan repressiivisen sääntelyn rinnalle ohjauksellisia luonteenpiirteitä. Oikeusnormeilla ei vain kodifioida yhteisössä vallitsevia oikeudenmukaisuuskäsityksiä, vaan pyritään vaikuttamaan niihin aktiivisesti. Suuri osa rikosoikeudellisesta sääntelystä kohdistuu erityislanteisiin ja erityisiin toimialoihin eikä sillä ole selkeätä tukea ihmisten arkikokemuksessa. Erityisillä toimintalohkoilla rikossäännökset saavat usein eräänlaisen ”soft law” -luonteen.<sup>17</sup> Valvontaviranomaiset eivät esimerkiksi työsuojelun, ympäristönsuojelun, taloudellisen kilpailun edistämisen tai kuluttajansuojan lohkoilla ryhdy syytetoimiin heti havaittuaan rangaistuksella uhattuja lainrikkomi-

<sup>15</sup> Mainittakoon esimerkkejä Suomen rikoslaista: jumalanpilkka ja siihen rinnastettava uskonrauhan rikkominen (RL 17:10), lapsipornografian hallussapito (RL 17:19), sukupuolisiveellisyyden julkinen loukkaaminen (RL 17:21), rikokset sukuoikeuksia vastaan (RL 18 luku) tai nuoren vietteleminen nauttimaan alkoholia (RL 43:7). Lähinnä yleisön rauhoittamiseen tähtääviä kriminalisointeja sisältyy varsin tuoreeseenkin 1.1.1999 voimaan tulleeseen rikoslainsäädäntöön. Sellaisista käydään myös julkista keskustelua, kuten seksuaalipalvelujen ostamisen kriminalisoimisesta koskemaan myös täysikäisten antamia palveluja. Sellaisten palvelujen ostaminen alle 18-vuotiailta kriminalisoitiin vuonna 1998 (RL 20:8).

<sup>16</sup> Hyvä muistutus on *Heikki Pihlajamäki, Ius polittiae* – havaintoja politiaoikeuden pirstaloitumisesta ja rikosoikeuden kehityksestä 1800-luvulla, LM 1999 s. 511–529.

<sup>17</sup> Tästä esimerkiksi *Kimmo Nuotio, Rikosoikeudesta riskien hallinnan välineenä – ajatuksellista taustaa*, LM 1991 s. 995–1022, lähinnä s. 998.



sia. Rikossäännökset toimivat potentiaalisina uhkina pyrittäessä muuttamaan käytäntöjä lainmukaisiksi. Sen sijaan murhaajien, ryöstäjien tai varkaiden kanssa ei yleensä neuvotella, millaisilla ehdoilla he pidättyvät kyseisistä teoista. Toisaalta voidaan sanoa, että ns. ”soft law” -alueella rikosoikeus todella toimii ultima rationa. Vasta sitten, kun muu ei johda tulokseen, turvaututaan pakkokeinoihin ja syytetoimiin.

Esimerkiksi Winfried Hassemer on eritellyt symbolista rikosoikeutta ja symbolisia aineksia modernissa rikosoikeudessa.<sup>18</sup> Häntä seuraten symbolinen – tai paremmin ilmaisten julistuksellinen – lainsäädäntö voidaan luokitella seuraavasti:

- lainsäädännössä on lausuttu kannanotto tiettyjen arvojen puolesta (esimerkiksi abortissa ovat vastakkain naisen itsemääräämisoikeus ja sikiön surmaamisen kielto);
- vetoavat lait (esimerkiksi ympäristörikosoikeus, jossa kielloilla kasvatetaan ihmisiä ottamaan ympäristö huomioon);
- lainsäätäjän korvikereaktiot (esimerkiksi terroristilait tarkoituksena tyyntelyllä yleistä pelkoa);
- kompromissilait (esimerkkinä rikosoikeudelliset yleislausekkeet, joilla tyydytetään tarvetta ”tehdä jotakin”).

Hassemerin tarkastelun ydin liittyy vastakkaisuuksiin ”todellinen” ja ”näennäinen”, ”manifesti” ja ”latentti”, ”todella tarkoitettu” ja ”muuten toteutunut”. Kyse on aina rikoslainsäädännön reaalista vaikutuksista. Rikosoikeudessa havaittavat näennäiset vaikutukset todellisten sijasta, latenttien vaikutusten merkittävyys suhteessa manifesteihin ja säännösten todellisten tarkoitusten jääminen toteutumatta ovat tavoite–keino–vaikutussuuntautuneen rikosoikeuden kriisin oireita. Havainnollisena esimerkkinä on oikeushyväkonseption liudentuminen. Sen sijaan, että oikeushyvät ymmärrettäisiin mahdollisimman kouriintuntuvasti (henki, terveys, vapaus, itsemääräämisoikeus, fyysinen koskemattomuus, varallisuus), niitä määritellään aiempaa laajemmin epämääräisesti (uskonnolliset ym. tunteet, yleinen järjestys, sukupuolisiveellisyys, rauha, julkinen luotettavuus, talouselämän tai vaihdannan intressi, liikenneturvallisuus, valtionhallinto). Rikosoikeus on saanut loukkausrikosoikeuden rinnalle piirteitä yhteisellä nimittäjällä ”rikosoikeus riskien hallinnan välineenä”.

<sup>18</sup> Artikkelin on ilmestynyt suomeksi, ks. *Winfried Hassemer, Symbolinen rikosoikeus ja oikeushyvien suojeleminen*, Oikeus 1989:5 s. 388–400.

## 6. LYHYT VASTAUS OTSIKON KYSYMYKSEEN

Luonnonoikeudella keskiajan teokraattisessa muodossa tai valistusajan rationaalisenä luonnonoikeutena ei tietenkään ole paluuta 2000-luvun oikeuteen. Luonnonoikeus on määriteltävä uudelleen, annettava sille nykyiseen maailmaan sopiva merkityssisältö. Modernin luonnonoikeuden sisältö ja rajat juontuvat nykykaisen yhteiskunnan asettamista vaatimuksista ihmisten oikeuksille ja velvollisuuksille. Sen ytimiin kuuluvat ihmis- ja perusoikeudet, yleiset oikeudelliset periaatteet ja kansalaisyhteiskunnan vaikutusmahdollisuudet oikeuskehitykseen. Mitä kaikkea siihen kuuluu, olkoon tulevan oikeudellisen perustutkimuksen haasteellinen tehtävä. Olennaista on kuitenkin sanoa, että se on jo olemassa.

# Ein Nachruf auf die Vermögensstrafe

## 1. EINLEITUNG

„Das geltende Sanktionensystem gibt den Gerichten zu wenig Gestaltungsmöglichkeiten, um ihren kriminalpräventiven Aufgaben gerecht werden zu können.“ – auf diese Feststellung gründet das deutsche Bundesministerium der Justiz seinen jüngsten Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts.<sup>1</sup> Vorgeschlagen wird eine Erweiterung der strafrechtlichen Reaktionsformen, um damit der Rechtsprechung ein differenzierteres Instrumentarium zur Verfügung zu stellen.<sup>2</sup>

Bevor jedoch dieses Reformvorhaben abschließend beraten werden konnte, ist das deutsche Sanktionensystem nunmehr – statt der angestrebten Bereicherung – um eine Straftat reduziert worden, indem das Bundesverfassungsgericht die Vermögensstrafe für verfassungswidrig erklärt hat.<sup>3</sup> Obwohl damit das Instrumentarium der Gerichte noch weiter eingeschränkt worden ist, kann dies nicht als Verlust, sondern unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten viel eher als ein Vorteil für unser Sanktionensystem gewertet werden. Deshalb verdient auch die Vermögensstrafe eigentlich keinen Nachruf. Doch zum einen war sie ein anschauliches Beispiel für bestimmte Entwicklungstendenzen im modernen Strafrecht, und zum anderen hinterläßt sie Verwandte: verschärfte Konfiskationsregeln in der eigenen wie auch in den nordischen Rechtsordnungen, so daß ein kritischer

---

<sup>1</sup> Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts, 8.12.2000; Begründung, S. 1.

<sup>2</sup> Siehe näher dazu *Cornils*, Zur Reform des Sanktionensystems in Schweden und Deutschland. In: Asp u.a. (Hrsg.), *Flores juris et legum*, Festschrift till Nils Jareborg, Uppsala 2002, S. 151–167 (165).

<sup>3</sup> Durch Urteil vom 20.3.2002, 2 BvR 794/95. Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Beschwerdeführer war 1994 wegen des Verkaufs von 30 kg Haschisch zu drei Jahren und sechs Monaten Freiheitsstrafe verurteilt worden. Der aus der Straftat erlangte Gewinn sowie ein im Zusammenhang mit der Tatbegehung benutztes Auto wurden konfisziert. Außerdem bestand das Vermögen des Täters in einem Einfamilienhaus, für dessen Errichtung er mindestens 600.000 DM aufgewendet hatte, und zwar zu einer Zeit, in der er nur Arbeitslosen- und Sozialhilfe bezog. Deshalb nahm das erstinstanzliche Gericht als höchst wahrscheinlich an, daß die Mittel für den Hausbau aus früheren illegalen Drogengeschäften herrührten, und verhängte zusätzlich zu der Freiheitsstrafe eine Vermögensstrafe in Höhe von DM 600.000 DM. Im Revisionsverfahren wurde dieses Urteil durch den Bundesgerichtshof bestätigt.

Rückblick durchaus aktuell ist. Dies gilt um so mehr, als sich Bestrebungen innerhalb der Europäischen Union abzeichnen, die eine gegenseitige Anerkennung von Verfallsanordnungen und eine Harmonisierung der entsprechenden nationalen Vorschriften zum Ziel haben.

## 2. DIE VERMÖGENSSTRAFE UND VERWANDTE RECHTSFOLGEN

Die Vermögensstrafe wurde – gleichzeitig mit dem erweiterten Verfall – 1992 in das Strafgesetzbuch eingeführt.<sup>4</sup> Es handelt sich um eine besondere Geldstrafe, die bei bestimmten Delikten neben einer längeren Freiheitsstrafe verhängt werden konnte. Ihre Anwendung war vor allem bei Drogenhandel und bandenmäßig begangenen Bereicherungsstraftaten gesetzlich vorgesehen. Im Gegensatz zur gewöhnlichen Geldstrafe war die Vermögensstrafe nicht nach einkommensabhängigen Tagessätzen zu bemessen, sondern sie wurde in einem bestimmten Betrag festgesetzt, der im Höchstmaß das gesamte Vermögen des Täters erfassen konnte.

### **§ 43 a Abs.1 StGB:**

(1) Verweist das Gesetz auf diese Vorschrift, so kann das Gericht neben einer lebenslangen oder einer zeitigen Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren auf Zahlung eines Geldbetrages erkennen, dessen Höhe durch den Wert des Vermögens des Täters begrenzt ist (Vermögensstrafe). Vermögensvorteile, deren Verfall angeordnet wird, bleiben bei der Bewertung des Vermögens außer Ansatz. Der Wert des Vermögens kann geschätzt werden.

[...]

Für Fälle, in denen bei dem Täter oder einem Tatbeteiligten Vermögensgegenstände vorgefunden werden, die mit großer Wahrscheinlichkeit, jedoch nicht konkret nachweisbar aus der Begehung von Straftaten herrühren, wurden gleichzeitig die Verfallsregeln erweitert. Danach können solche Gegenstände bzw. ihr Wert nicht nur bei erwiesenem Zusammenhang mit einer bestimmten Straftat, sondern bereits dann konfisziert werden, wenn ein krimineller Zusammenhang (mit einer nicht näher identifizierten Tat) lediglich zu vermuten ist.

### **§ 73 d StGB:**

(1) Ist eine rechtswidrige Tat nach einem Gesetz begangen worden, das auf diese Vorschrift verweist, so ordnet das Gericht den Verfall von Gegenständen

---

<sup>4</sup> Durch das „Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität“ (OrgKG) vom 15.7.1992 (BGBl. I, S. 1302), in Kraft ab 22.9.1992.

des Täters oder Teilnehmers auch dann an, wenn die Umstände die Annahme rechtfertigen, daß diese Gegenstände für rechtswidrige Taten oder aus ihnen erlangt worden sind. [...] [...]

Der Katalog der Straftatbestände, die eine entsprechende Verweisung enthalten, ist umfangreicher als bei der Vermögensstrafe und umfaßt auch gewerbsmäßig begangene Taten. Ein erweiterter Verfall kann auch dann angeordnet werden, wenn eine Vermögensstrafe gesetzlich nicht vorgesehen ist oder nicht schuldangemessen wäre.<sup>5</sup> Sofern die Voraussetzungen für beide Rechtsfolgen erfüllt sind, geht der erweiterte Verfall der Vermögensstrafe vor.<sup>6</sup>

Erklärtes Ziel des Gesetzgebers war es, mit der Vermögensstrafe und dem erweiterten Verfall Gewinne aus organisierter Kriminalität abzuschöpfen und dem Täter die Mittel zu entziehen, die er andernfalls künftig zur Finanzierung weiterer Straftaten einsetzen könnte. Dabei sollten zugleich Schwierigkeiten der Zuordnung bestimmter Vermögensgegenstände zu einer konkreten Straftat überwunden werden.<sup>7</sup>

Mit der gleichen Absicht wurden 1997 in Dänemark<sup>8</sup>, 1999 in Norwegen<sup>9</sup> und 2001 in Finnland<sup>10</sup> Konfiskationsbestimmungen eingeführt, die in mehrfacher Hinsicht den oben vorgestellten deutschen Vorschriften ähnlich sind.

**§ 76 a dän. Strafgesetz:**

(1) Der kan foretages hel eller delvis konfiskation af formuegoder, der tilhører en person, som findes skyldig i en strafbar handling, når

1) handlingen er af en sådan karakter, at den kan give betydeligt udbytte, og

2) den efter loven kan straffes med fængsel i 6 år eller derover [...].

(2) Under betingelser som nævnt i stk. 1 kan der foretages hel eller delvis konfiskation af formuegoder, som den pågældendes ægtefælle eller samlever har erhvervet [...].

[...]

(4) Konfiskationen [...] kan ikke ske, hvis den pågældende sandsynliggør, at et formuegode er erhvervet på lovlig måde eller for lovligt erhvervede midler.

[...]

**§ 34 a norw. Strafgesetz:**

(1) Utvidet inndragning kan foretas når lovovertrederen finnes skyldig i en straffbar handling av en slik art at den kan gi betydelig utbytte, og han har foretatt

<sup>5</sup> Insbesondere wenn die Tat nicht mit einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren zu ahnden ist.

<sup>6</sup> BGH StV 1995, 19, 633; BGH NStZ-RR 1997, 302.

<sup>7</sup> Vgl. BT-Drucks. 11/5461, S. 5; 12/989, S. 1, 22 f.

<sup>8</sup> Durch Gesetz Nr. 411 vom 10.6.1997, in Kraft seit 1.7.1997.

<sup>9</sup> Durch Gesetz Nr. 39 vom 11.6.1999, in Kraft seit 1.7.1999.

<sup>10</sup> Durch Gesetz Nr. 875 vom 26.10.2001, in Kraft seit 1.1.2002.

- a. en eller flere straffbare handlinger som samlet kan medføre straff av fengsel i 6 år eller mer, eller forsøk på en slik handling, eller
- b. minst én straffbar handling som kan medføre straff av fengsel i 2 år eller mer, eller forsøk på en slik handling, og lovovertrederen de siste 5 år før handlingen ble begått, er ilagt straff for en handling av en slik art at den kan gi betydelig utbytte.

[...]

(3) Ved utvidet inndragning kan alle formuesgoder som tilhører lovovertrederen, inndras hvis han ikke sannsynliggjør at formuesgodene er ervervet på lovlig måte. [...] Ved utvidet inndragning overfor lovovertrederen kan også verdien av alle formuesgoder som tilhører lovovertrederens nåværende eller tidligere ektefelle, inndras hvis ikke

[...]

- c. lovovertrederen sannsynliggjør at formuesgodene er ervervet på annen måte enn ved straffbare handlinger som han har begått.

Når to personer bor fast sammen under ekteskapslignende forhold, likestilles det med ekteskap.

### **Kap. 10 § 3 finn. Strafgesetz**

(1) Egendom kan dömas helt eller delvis förverkad till staten

- 1) hos den som konstateras ha gjort sig skyldig till ett brott som kan bestraffas med fängelse i minst fyra år eller som konstateras ha gjort sig skyldig till straffbart försök till ett sådant brott [...]

[...],

om brottet är av sådan art att det kan medföra avsevärd ekonomisk vinning och om det finns skäl att anta att egendomen helt eller delvis har sitt ursprung i brottslig verksamhet, som inte kan anses obetydelig.

(2) Egendom som avses i 1 mom. kan dömas helt eller delvis förverkad till staten också

- 1) hos den som står i ett sådant förhållande (närstående) som avses i 3 § 1 mom. lagen om återvinning till konkursbo (758/1991) till en person som avses i 1 mom. [...]

[...],

om det finns skäl att anta att egendomen har överförs till någon av de ovan nämnda i syfte att undgå förverkandepåföljd eller skadeståndsskyldighet.

In Schweden liegt seit 1999 ein Gesetzentwurf<sup>11</sup> zum erweiterten Verfall vor, in dem ebenfalls die Beweislast für eine kriminelle Herkunft der Konfiskationsgegenstände erheblich gelockert ist und die Gewinnabschöpfung das gesamte Vermögen des Angeklagten bzw. seiner Angehörigen erfassen kann.

### **Kap. 36 §§ 1a, 5a BrB (Entwurf 1999)**

§ 1a (1) Döms någon för grov oredlighet mot borgenärer, bokföringsbrott som är grovt eller brott som förutsätter att gärningen innebär skada för målsäganden och vinning för gärningsmannen och för vilket är föreskrivet fängelse

<sup>11</sup> SOU 1999:147, Effektivare förverkandelagstiftning. Betänkande av Förverkandeutredningen, Stockholm 1999.

i sex år eller mer, skall värdet av hans egendom på yrkande av åklagaren förklaras förverkat även när det inte följer av vad som annars är föreskrivet, om det är sannolikt att egendomen härrör från brottslig verksamhet eller att dess värde annars motsvarar utbyte av sådan verksamhet.

[...]

§ 5a (1) Har i fall som avses i 1a § [...] en närstående till den brottslige inom fem år före det att brottet begicks förvärvat egendom från denne, får, i den mån inte fullgott vederlag utgått vid förvärvet, förverkande ske hos den närstående avseende värdet av den förvärvade egendomen. [...]

[...]

Die nordischen Regelungen ermöglichen ebenso wie die deutschen – neben der Freiheitsstrafe und zusätzlich zur Konfiskation von nachweislich aus der Tat erlangten Gewinnen – einen Zugriff auf das gesamte übrige Tätervermögen, und zwar ohne Beweis seines unrechtmäßigen Erwerbs. Ein Unterschied besteht darin, daß der deutsche Gesetzgeber in zwei getrennten Schritten vorgegangen ist. Für den Gesamtvermögenszugriff hat er die Form einer Geldstrafe (§ 43 a StGB) gewählt und auf diese Weise das Problem, einen deliktischen Zusammenhang nachzuweisen, von vornherein umgangen; denn bei einer Geldstrafe spielt die Herkunft der zu ihrer Bezahlung verwendeten Mittel keine Rolle. Zugleich wurde für die konfiskatorische Gewinnabschöpfung durch Verfall die Beweislast erleichtert, indem hier der bloße Verdacht des rechtswidrigen Erwerbs bestimmter Vermögensgegenstände ausreicht (§ 73 d StGB). Eine eigentliche Beweislastumkehr enthalten nur die dänischen und norwegischen Bestimmungen; in Finnland war sie im Gesetzentwurf vorgesehen,<sup>12</sup> wurde aber zugunsten einer bloßen Lockerung der Beweisanforderungen entsprechend dem deutschen Recht und dem schwedischen Vorschlag verworfen. Die deutsche Verfallsvorschrift läßt im Gegensatz zu den nordischen Regelungen das Vermögen des Ehe- oder Lebenspartners unberührt, wobei allerdings dessen wirtschaftliche Situation durch einen umfassenden Vermögensentzug gegen den Täter ohnehin häufig mitbetroffen sein dürfte.

Zur tatsächlichen Anwendung der Vermögensstrafe in der deutschen Praxis sind aus ihrer zehnjährigen Geltungszeit insgesamt 15 Entscheidungen veröffentlicht worden, davon 11 Urteile des Bundesgerichtshofs. Bereits bei ihrer Einführung war diese Sanktion auf heftige Kritik gestoßen.<sup>13</sup> Unter anderem wurde sie als „historischer Rückfall“ bezeichnet.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Reg.prop. 80/2000, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till revidering av lagstiftningen om förverkandepåföljder, S. 37.

<sup>13</sup> Siehe die Zusammenstellung der seitens der Wissenschaft und Praxis vorgebrachten Bedenken bei Perron, Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall, JZ 1993, 918–925 (918, Fn. 12–14).

<sup>14</sup> Eser, Neue Wege der Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die organisierte Kriminalität? In: Küper/Welp (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, Heidelberg 1993, S. 833–853 (836).

### 3. HISTORISCHER HINTERGRUND DER VERMÖGENSSTRAFE

Mit der Abkehr von der Vermögenskonfiskation im 19. Jahrhundert war in Deutschland ein wesentlicher Durchbruch des modernen Schuldstrafrechts gelungen. Nachdem unter dem Einfluß der Aufklärung deutlich geworden war, welche Ungerechtigkeit und Gefahr des politischen Machtmißbrauchs diese Sanktion in sich barg, erschien sie mit dem Bild eines freiheitlichen Rechtsstaats nicht mehr vereinbar. In den Partikularrechten wurde sie abgeschafft und in das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 nicht mehr aufgenommen.<sup>15</sup> Es war der nationalsozialistische Gesetzgeber, der 1934 als Kampfmittel gegen „Urheber und Rädelsführer von hochverräterischen Unternehmen“ die Vermögenseinziehung wieder aufleben ließ,<sup>16</sup> bis sie nach Beendigung des Zweiten Weltkrieges durch den Alliierten Kontrollrat ersatzlos gestrichen wurde.<sup>17</sup> Entsprechend kritisch wurde es von westlicher Seite betrachtet, als die DDR sich nicht scheute, 1968 die Vermögenseinziehung bei Staatsschutzdelikten, Verbrechen gegen die sozialistische Volkswirtschaft und anderen gesellschaftsschädlichen Straftaten wieder einzuführen.<sup>18</sup>

In der Bundesrepublik hatte sich inzwischen die Überzeugung durchgesetzt, daß die Vermögenskonfiskation mit einem modernen Strafsystem unvereinbar sei. Während der Vorarbeiten zur großen Strafrechtsreform wurde sie bezeichnet als „ein im modernen Rechtsstaat in keiner Weise zu rechtfertigender, auf wirtschaftliche Vernichtung des Betroffenen und seiner Familie ausgerichteter staatlicher Willkürakt“.<sup>19</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es um so erstaunlicher, daß zu Beginn der 90er Jahre der – nunmehr gesamtdeutsche – Gesetzgeber mit der Vermögensstrafe eine Sanktion schuf, die nur allzusehr an die oben beschriebenen Vorgänger erinnerte.

Den Anlaß hierfür bildete die damals zunehmend als Bedrohung empfundene und in dramatischen Lagebildern<sup>20</sup> dargestellte organisierte Kriminalität. Zu de-

<sup>15</sup> Vgl. *Eser*, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, Tübingen 1969, S. 20 ff.

<sup>16</sup> § 86 a StGB a.F., eingeführt durch StÄG vom 24.4.1934 (RGBl. I, S. 566). Ziel dieser Bestimmung war es, die wirtschaftliche Existenz des Verurteilten zu vernichten; vgl. *Schäfer/v. Dohnanyi*, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935. Tübingen 1936, S. 143.

<sup>17</sup> Kontrollratsgesetz Nr. 11 vom 30.1.1946 (Kontrollratsamtsblatt S. 55).

<sup>18</sup> § 57 DDR-StGB vom 12.1.1968 (GBl. I, S. 1). § 57 Abs. 2 lautete: Die Vermögenseinziehung soll dem Verurteilten die Möglichkeit nehmen, sein Vermögen zur Schädigung der sozialistischen Gesellschaftsverhältnisse zu mißbrauchen, ihm die Schwere seines Verbrechens bewußt machen sowie ihn und andere Personen von der Begehung weiterer Verbrechen zurückhalten.

<sup>19</sup> *Frey*, Ausbau des Strafsystems?, ZStW 65 (1953), 3–25 (14).

<sup>20</sup> Vgl. BT-Drucks. 12/989, S. 1 („Die Organisierte Kriminalität ist zu einer Herausforderung für Staat und Gesellschaft geworden.“); 12/2720, S. 41 („... Bedrohung, die sich letztlich gegen die Aufrechterhaltung der freiheitlich demokratischen Grund- und Rechtsordnung richtet, ...“).



ren wirksamer Bekämpfung<sup>21</sup> sollten die illegal erzielten Gewinne abgeschöpft werden, und zwar besonders in Fällen, in denen die kriminelle Herkunft von Vermögensgegenständen naheliegend erscheint, ohne daß sich diese aber konkreten Straftaten zuordnen lassen.<sup>22</sup>

Schon im Vorfeld der Gesetzgebung waren schwerwiegende Einwände gegen die Vermögensstrafe – sowie teilweise auch gegen den erweiterten Verfall – vorgebracht worden.<sup>23</sup> Dabei konzentrierte sich die Kritik vor allem auf zwei Aspekte: den Vermögenszugriff auf Verdacht und den Zugriff auf das gesamte Vermögen. Beide Elemente sind auch in den nordischen Bestimmungen zum erweiterten Verfall enthalten.

#### 4. VERMÖGENSZUGRIFF AUF VERDACHT

Einen wichtigen Grundsatz des Strafverfahrens bildet das Prinzip der *Unschuldsvermutung*. Es ist ausdrücklich garantiert in Art. 6 II der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>24</sup> sowie in Art. 14 II des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte<sup>25</sup> und hat zum Inhalt, daß niemand zu einer Strafe oder strafähnlichen Sanktion ohne den gesetzlichen Nachweis seiner Schuld verurteilt werden darf. Die Beweislast trägt dabei der Ankläger.

Die Vermögensstrafe – ebenso wie der erweiterte Verfall – sollte nach der amtlichen Begründung des deutschen Gesetzentwurfs dazu beitragen, daß Gewinne aus Straftaten trotz bestehender Nachweisprobleme hinsichtlich ihrer rechtswidrigen Herkunft abgeschöpft werden können.<sup>26</sup> Die in der Praxis häufig auftretende Schwierigkeit, bestimmte beim Täter vorgefundene Vermögensgegenstände einer konkreten Straftat zuzuordnen, wurde überwunden, indem die entsprechende Beweislast des Anklägers beim erweiterten Verfall gelockert wurde und bei der Vermögensstrafe ganz wegfiel.

Gegen den Vorwurf eines Verstoßes gegen die Unschuldsvermutung wurde zugunsten der Vermögensstrafe argumentiert, daß es sich um eine Geldstrafe

<sup>21</sup> Auch in den nordischen Gesetzesmotiven zur jeweiligen Regelung des erweiterten Verfalls werden teilweise in diesem Zusammenhang die Begriffe „Kampf“ und „Bekämpfung“ verwendet; vgl. NOU 1996:21, Mer effektiv inndragning av vinning. Oslo 1996, S. 11 („bekjempelsen av profittmotivert kriminalitet“), S. 101 („kampen mot organisert kriminalitet“); SOU 1999:147 S. 65 („kampen mot økonomisk och annan grov organiserad brottslighet“).

<sup>22</sup> BT-Drucks. 12/989, S. 22 f.

<sup>23</sup> Siehe oben, Fußnote 13.

<sup>24</sup> Vom 4.11.1950 (BGBl. 1952 II, S. 686).

<sup>25</sup> Vom 19.12.1966 (BGBl. 1973 II, S. 1534).

<sup>26</sup> BT-Drucks. 11/5461, S. 5; 12/989, S. 22. Siehe weitere Nachweise anhand der Plenarprotokolle bei Park, Vermögensstrafe und „modernes“ Strafrecht, Berlin 1997, S. 31 f.

handele, die selbstverständlich nur dann verhängt werden dürfe, wenn dem Angeklagten die Begehung einer Straftat nachzuweisen sei, nämlich derjenigen Straftat, auf die sich die Anklage richtet. Daß sein Vermögen, an dem sich die Strafe orientiert, – wie vermutet – aus früheren Straftaten herrührt, brauche demgegenüber nicht bewiesen zu werden, weil jene Straftaten nicht Gegenstand der Anklage sind.<sup>27</sup> Mit der Vermögensstrafe werde dem Verurteilten wie bei jeder Geldstrafe auferlegt, einen bestimmten Geldbetrag zu bezahlen, ohne daß es auf die Herkunft des hierfür aufgewendeten Vermögens ankomme.<sup>28</sup> Wie sich aus den Gesetzgebungsmotiven ergibt, sollte die Vermögensstrafe jedoch vor allem der Abschöpfung von Gewinnen aus Straftaten dienen, so daß der Unrechtszusammenhang gerade von wesentlicher Bedeutung hätte sein müssen. Lediglich durch die Ausgestaltung der Sanktion als Geldstrafe ist es gelungen, den zur Widerlegung der Unschuldsvermutung eigentlich gebotenen Nachweis eines rechtswidrigen Vermögenserwerbs zu umgehen.<sup>29</sup>

Zugunsten des erweiterten Verfalls ist angeführt worden, daß er keine Strafe, sondern eine rein konfiskatorische Rechtsfolge darstelle und somit nicht den Anforderungen der Unschuldsvermutung unterliege.<sup>30</sup> Gegen dieses formale Argument spricht unter anderem, daß gleichzeitig mit der Erweiterung der Verfallsvorschriften in Deutschland das zuvor geltende Netto-Prinzip durch ein Brutto-Prinzip ersetzt wurde. Das heißt Aufwendungen des Täters zur Erlangung des Vermögensvorteils werden nicht mehr wie früher berücksichtigt und vom Konfiskationsbetrag abgezogen.<sup>31</sup> Dadurch erstreckt sich der Verfall auf sämtliche aus einer Straftat herrührenden Vermögensgegenstände ohne Rücksicht auf etwaige Kosten, die den Gewinn schmälern. Insoweit gehen die neuen Verfallsvorschriften über eine reine Gewinnabschöpfung hinaus<sup>32</sup> und weisen punitiven

<sup>27</sup> So das erstinstanzliche Gericht in der Strafsache, die später zu der oben (Fn. 3) erwähnten Entscheidung des BVerfG geführt hat; LG Hamburg, Urteil vom 11.4.1994, Az. 633 KLs 15/93, S. 70. So auch die Argumentation in den norwegischen Gesetzesvorarbeiten, NOU 1996:21, S. 102.

<sup>28</sup> So Horn, SK-StGB, § 43 a Rn. 8.

<sup>29</sup> Arzt, Geldwäscherei – Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung, NStZ 1990, 1–6 (6), bezeichnet deshalb die gesetzgeberische Lösung als „Etikettenschwindel“.

<sup>30</sup> BT-Drucks. 11/6623, S. 5; siehe auch den Bericht über Äußerungen der Regierung, des Bundesrats und der Koalitionsfraktionen im deutschen Gesetzgebungsverfahren von Möhrenschrager, Das OrgKG – eine Übersicht nach amtlichen Materialien, wistra 1992, 281–289 (285).

<sup>31</sup> So auch ausdrücklich die Begründung zur norwegischen Gesetzesvorlage Ot.prp.nr. 8 (1998–99), S. 24. Der schwedische Entwurf geht insoweit von einem Brutto-Prinzip aus, als er Schulden des Angeklagten grundsätzlich unberücksichtigt lassen will; SOU 1999:147, S. 130 ff.

<sup>32</sup> Denn dem Täter werden neben illegal erlangten auch legale Vermögensteile entzogen, etwa wenn bei einem Drogenhändler 100.000 Euro konfisziert werden, die er durch den Verkauf von Narkotika eingenommen hat, obwohl er zunächst eigenes Geld in Höhe von 20.000 Euro für den Ankauf der Drogen verwendet hatte; vgl. Perron, JZ 1993, 919.

Charakter auf.<sup>33</sup> Als strafähnliche Rechtsfolge ist der erweiterte Verfall jedoch am Schuldprinzip zu messen und seine Anordnung nicht ohne eine Widerlegung der Unschuldsvermutung zulässig.<sup>34</sup> Dabei kann die Unschuldsvermutung auch nicht allein auf die aktuell angeklagte Straftat beschränkt werden, sondern erfaßt zugleich die übrigen rechtswidrigen Taten, aus denen nach Annahme des Gerichts die zu konfiszierenden Vermögensgegenstände stammen. Eine Lockerung der Nachweispflicht für den konkreten Unrechtszusammenhang, wie sie die deutsche und die finnische Vorschrift zum erweiterten Verfall und der schwedische Entwurf vorsehen, ist deshalb unter dem Gesichtspunkt des Schuldprinzips bedenklich.<sup>35</sup> Dies gilt um so mehr für die völlige Umkehr der Beweislast im dänischen und norwegischen Recht.<sup>36</sup>

## 5. ZUGRIFF AUF DAS GESAMTE VERMÖGEN

Ebenso schwer mit dem Schuldprinzip vereinbar erscheint der Umstand, daß die Vermögensstrafe – wie auch die nordischen Formen des erweiterten Verfalls – im Höchstmaß das gesamte Vermögen des Betroffenen erfassen konnte.

Strafen und strafähnliche Sanktionen müssen in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zur Schuld des Täters verhängt werden. Orientiert sich eine Rechtsfolge demgegenüber nicht an der Tatschuld, sondern an vorhandenen Vermögenswerten des Angeklagten, so besteht die Gefahr, daß sie einerseits für schwerere und leichtere Taten nicht hinreichend abstufbar ist sowie daß andererseits für gleich schwere Taten arme und reiche Straftäter ungleich behandelt werden.

<sup>33</sup> In der amtlichen Begründung zum dänischen Gesetzentwurf, FT 1996–97 A, 2481 ff., 2499, heißt es: „Konfiskation sker dog ofte ud fra mere pønalt (strafmæssigt) prægede synspunkter, og der er i disse tilfælde en flydende overgang mellem anvendelse af udbyttekonfiskation og egentlig straf, f.eks. bøder.“

<sup>34</sup> Vgl. *Eser*, FS Stree/Wessels, S. 842 ff.; Stellungnahme des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins zum OrgKG, StV 1992, 29–27 (33). Siehe auch die norwegischen Gesetzesmotive Ot.prp.nr. 8, S. 33 („... synes det nærliggende å anta at inndragning er en reaksjon på en ‚criminal offence‘, og at uskyldspresumsjonen i artikkel 6 (2) kommer til anvendelse.“).

<sup>35</sup> Siehe demgegenüber jedoch die Argumentation im finnischen Gesetzentwurf Reg.prop. 80/2000, S. 74 f., die sich auf die dänische und die norwegische Regelung stützt.

<sup>36</sup> Siehe *Träskman*, NTfK 1998, 363, in bezug auf die dänische Regelung und unter Hinweis auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Welch gegen Großbritannien, 1/1994/448/527), in dem der sanktionsähnliche Charakter des Verfalls aufgrund seiner starken punitiven Elemente betont wird. In den dänischen Gesetzesmotiven, FT 1996–97 A, 2505, (ebenso wie in den norwegischen, Ot.prp.nr. 8, S. 34) war aus derselben Entscheidung hergeleitet worden, daß der erweiterte Verfall nicht gegen die Unschuldsvermutung verstoße. Kritisch auch *Greve*, Straffene, 2. udgave 2002, S. 218.

## 5.1. Schuldproportionalität

In bezug auf die Vermögensstrafe wurde hiergegen in Deutschland eingewandt, daß sie stets zusammen mit einer Freiheitsstrafe verhängt werde und diese dabei jeweils entsprechend zu mindern sei. Erst die Summe beider Strafen sei am Schuldgrundsatz zu messen.<sup>37</sup> Eine Ungleichbehandlung werde dadurch vermieden, daß die höhere Vermögensstrafe gegen den Wohlhabenden durch die höhere Freiheitsstrafe gegen den mittellosen Straftäter ausgeglichen werde.<sup>38</sup> Da das Gesetz jedoch keinen Umrechnungsschlüssel enthielt, dem das Gericht einen zuverlässigen Maßstab für die relative Reduzierung der Freiheitsstrafe entnehmen konnte, wurde eine schuldangemessene Straffestsetzung durch die Kumulation von Freiheits- und Vermögensstrafe eher noch erschwert als erleichtert. Ein reicher Angeklagter konnte gegenüber einem armen stark benachteiligt werden, wenn die Freiheitsstrafe nur relativ geringfügig herabgesetzt wurde. Umgekehrt konnte der Mittellose unverhältnismäßig schwerer bestraft werden, wenn das Gericht gegenüber dem Vermögenden einen großen Freiheitsstrafen-Rabatt gewährte. Gänzlich unmöglich war eine verhältnismäßige Berücksichtigung der Vermögensstrafe, wenn sie – wie im Gesetz vorgesehen – zusammen mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe zu verhängen war. In diesem Fall konnte eine Anrechnung auf den Freiheitsentzug erst viele Jahre nach der Straffestsetzung, nämlich bei der Entscheidung über eine vorzeitige Entlassung des Verurteilten, erfolgen. Das Problem einer schuldproportionalen Zumessung der Vermögensstrafe und damit die Gefahr einer übermäßigen Bestrafung war zusätzlich dadurch gesteigert, daß der Wert des Vermögens geschätzt werden konnte.

## 5.2. Individualität

Zweifelhaft unter dem Gesichtspunkt des Schuldprinzips war auch die Auswirkung der Vermögensstrafe auf unschuldige Angehörige des Verurteilten. Durch den Gesamtvermögenszugriff wurden sie wesentlich stärker mitbetroffen als durch andere Sanktionen gegen den Straftäter.<sup>39</sup> Unter Hinweis darauf, daß dies „als Sippenhaftung mißdeutet“ werden könne und mit dem modernen Verständnis von persönlicher Schuld unvereinbar sei, war nach dem Zweiten Weltkrieg die frühere Vermögenskonfiskation in der Bundesrepublik abgelehnt worden.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> BGHSt 41, 20 (25).

<sup>38</sup> So die Stellungnahme des Bundesministeriums der Justiz, wiedergegeben im Urteil des BVerfG vom 20.3.2002, Rn. 47.

<sup>39</sup> Vgl. Park, Vermögensstrafe und „modernes“ Strafrecht, S. 116 ff. Anders BGHSt 41, 20 (29).

<sup>40</sup> Siehe dazu die Nachweise bei Eser, Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, S. 105, der diese Einwände als „gewichtig genug“ ansah, „um jegliche Formen von unspezifischen und damit in ihren Auswirkungen letztlich nicht überschaubaren Vermögensentziehungen für alle Zukunft aus dem Strafrecht zu verbannen“.

Die gleichen Einwände, die bereits aus der Aufklärungsphilosophie stammen,<sup>41</sup> gewannen später gegen die Vermögensstrafe erneute Geltung. Entsprechende Bedenken dürften auch – und vielleicht um so mehr – in bezug auf die neuen Vorschriften zum erweiterten Verfall im dänischen, norwegischen und finnischen Recht sowie im schwedischen Entwurf begründet sein. Denn hier ist sogar die unmittelbare Konfiskation gegen Angehörige des Verurteilten bis zum Gesamtwert ihres Vermögens ausdrücklich vorgesehen, und zwar bei umgekehrter bzw. gelockerter Beweislast.<sup>42</sup>

### 5.3. Eigentumsgarantie

Gegen den Gesamtvermögenszugriff durch die Vermögensstrafe wurde auch die im deutschen Grundgesetz (Art. 14) sowie im 1. Zusatzprotokoll zur EMRK (Art. 1) verankerte Eigentumsgarantie geltend gemacht. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist deren Schutzbereich zwar von öffentlich-rechtlichen Geldleistungspflichten, insbesondere auch von einer schuldangemessenen Geldstrafe, in der Regel nicht berührt. Doch gilt dies nur, solange der Betroffene nicht durch die Zahlungspflicht in seinen Vermögensverhältnissen tiefgreifend beeinträchtigt wird („Erdrosselungswirkung“). Gerade dies war aber mit der Vermögensstrafe erklärtermaßen beabsichtigt. Sie sollte dem Straftäter alle Mittel entziehen, die er andernfalls in weitere Straftaten würde investieren können.<sup>43</sup> Der Entzug des gesamten Vermögens, wie ihn auch die nordischen Vorschriften zum erweiterten Verfall vorsehen, muß sich deshalb als schwerwiegender Grundrechtseingriff an der Eigentumsgarantie messen lassen und kann im Hinblick auf seine gezielte existenzbedrohende Wirkung dieser Prüfung nur schwerlich standhalten.<sup>44</sup>

Der erweiterte Verfall bezieht sich im übrigen auf konkrete Vermögensgegenstände, die jedenfalls dann, wenn sie rechtmäßig erworben sind, unmittelbar in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fallen. Bei der Konfiskation auf Verdacht werden auch solche Vermögensgegenstände, die mit rechtmäßig erlangten Mitteln erworben wurden, einem erhöhten Zugriffsrisiko ausgesetzt, so daß auch insoweit der grundrechtliche Eigentumsschutz beeinträchtigt ist.

<sup>41</sup> Vgl. v.Selle, Die Vermögensstrafe – eine strafrechtsdogmatische Annäherung, wistra 1993, 216–218 (217), mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>42</sup> Kritisch zum dänischen Recht *Träskman*, NTfK 1998, 364; *Greve*, Straffene, 2. udgave, København 2002, S. 218. Vgl. demgegenüber die amtliche Begründung des dänischen Gesetzentwurfs, FT 1996–97 A, 2505 („Justitsministeriet finder ikke, at den foreslåede regel giver anledning til retssikkerhedsmæssige betænkeligheder.“)

<sup>43</sup> BT-Drucks. 11/5461, S. 5; 12/989, S. 1, 22.

<sup>44</sup> Siehe jedoch die Argumentation im finnischen Gesetzentwurf Reg.prop. 80/2000, S. 77, sowie in den dänischen Gesetzesmotiven, FT 1996–97 A, 2505.

## 5.4. Resozialisierungsgebot

Im Falle eines umfassenden Vermögensentzugs stellt sich in diesem Zusammenhang auch die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Resozialisierungsgebot. Aus dem strafrechtlichen Präventionsgedanken ergibt sich, daß jede Bestrafung dem Verurteilten seine (Wieder-)Eingliederung in die Gesellschaft ermöglichen muß. Wird ihm jedoch zusätzlich zu einer empfindlich hohen Freiheitsstrafe das gesamte Vermögen entzogen, so wirkt dies seiner Resozialisierung entgegen. Mit dem Vermögen, das er eventuell in neue Kriminalität hätte investieren können, sind ihm zugleich die Mittel genommen, die er nach seiner Freilassung zum Aufbau einer legalen Existenz verwenden könnte. Ebenso wie bei der deutschen Vermögensstrafe sind bei den nordischen Regelungen zum erweiterten Verfall die Gesetzgeber davon ausgegangen, daß der Zugriff sich grundsätzlich bis auf den Gesamtwert des Vermögens erstrecken kann.<sup>45</sup> Soweit diese gesetzlich vorgesehene Möglichkeit voll ausgeschöpft wird, liegt ein Verstoß gegen das Resozialisierungsgebot nahe.<sup>46</sup>

## 5.5. Bestimmtheitsgrundsatz

Während die vorstehend genannten Gesichtspunkte in der Diskussion um die Vermögensstrafe sämtlich eine Rolle gespielt hatten, stützt sich das Bundesverfassungsgericht in seiner eingangs erwähnten Entscheidung<sup>47</sup> ausschließlich auf den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 II deutsches Grundgesetz), wobei jedoch die übrigen Aspekte teilweise inzident erwähnt werden.

Das Gericht führt aus, daß der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Sanktionsvorschriften das rechtsstaatliche Schuldprinzip hinreichend zu berücksichtigen habe und dem Richter grundsätzlich durch einen konkreten Strafrahmen die notwendigen Leitlinien für eine gerechte und verhältnismäßige Strafzumessung geben müsse. Bei der Vermögensstrafe, die in Verbindung mit einem zu verbüßenden Freiheitsentzug verhängt wird und das gesamte Vermögen des Verurteilten erfassen kann, handele es sich um einen intensiven Grundrechtseingriff, so daß hier erhöhte Anforderungen an die Gesetzesbestimmtheit zu stellen seien. Die Anwendung dieser Sanktion könne „leicht mit dem Schuldprinzip in Konflikt geraten“ und „konfiskatorisch wirken“. Deshalb sei es erforderlich, ein

<sup>45</sup> FT 1996–97 A, S. 2504; NOU 1996:21, S. 101; SOU 1999:147, S. 128, 132; Reg.prop. 80/2000, S. 32, 35.

<sup>46</sup> Zur Vermögensstrafe siehe *Köhler/Beck*, Gerechte Strafe statt konfiskatorischer Vermögensstrafe, JZ 1991, 797–804 (799); Stellungnahme des Strafrechtausschusses des Deutschen Anwaltsvereins, StV 1992, 32.

<sup>47</sup> Siehe oben, Fußnote 3.

„solches grundrechtsgefährliches Instrument mit besonders präzisen, verlässlichen und kontrollierbaren Strafzumessungsregeln auszustatten“.

Demgegenüber sei bereits der Anwendungsbereich der Vermögensstrafe nicht ausreichend bestimmt. Im Gesetzgebungsverfahren dokumentierte Vorstellungen über ihren Einsatz zur Abschöpfung von Gewinnen aus „organisierter Kriminalität“ könnten schon angesichts dieses weichen, konturenlosen Begriffs nicht zur Konkretisierung des Anwendungsbereichs herangezogen werden. Außerdem fehle es bei der Vermögensstrafe an einer abstrakt bestimmten oder auch nur bestimmbareren Unter- und Obergrenze für die Sanktion. Ihre Höhe werde erst zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung im Einzelfall sichtbar, wenn nämlich ein individueller, durch den tatsächlichen Wert des Vermögens begrenzter Strafrahmen zu bilden sei. Ein solcher „abstrakt uferloser“, „wandernder“ Strafrahmen könne nicht mehr als Orientierung für eine schuldangemessene Strafe dienen. Schließlich sei der Wert des Vermögens eine unscharfe, notfalls sogar durch Schätzung zu ermittelnde Größe, so daß das Risiko eines übermäßigen und konfiskatorischen Zugriffs ohne gesetzliche Sicherungen nicht zu beherrschen sei. Da es dem Gesetzgeber nicht gelungen sei, das verfassungsrechtliche Minimum an gesetzlicher Vorausbestimmung zur Auswahl und Bemessung der Vermögensstrafe bereitzustellen, sei diese mit dem Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar.

## 6. KRIMINALPOLITISCHE ERWÄGUNGEN

Unerwähnt bleibt im Urteil des Bundesverfassungsgerichts die Frage, inwieweit die Vermögensstrafe überhaupt ein geeignetes Mittel zur Erreichung ihres gesetzgeberischen Zweckes sein konnte. Die gleiche Frage stellt sich auch in bezug auf den erweiterten Verfall, der nach ausdrücklichen Erklärungen im deutschen Gesetzentwurf<sup>48</sup> wie auch in den nordischen Reformvorarbeiten<sup>49</sup> einer effektiven Bekämpfung der organisierten Kriminalität dienen sollte.

Eine effektive Verbrechensbekämpfung kann zum einen in der wirksamen Abschreckung potentieller Straftäter bestehen.<sup>50</sup> Trotz vielfältiger Versuche ist es bisher freilich nicht gelungen, empirisch nachzuweisen, daß die Entdeckungsfahr und die Höhe der zu erwartenden Sanktion wirklich von ausschlaggebender

<sup>48</sup> BT-Drucks. 11/5461, S. 5; 12/989, S. 1, 20 ff.

<sup>49</sup> FT 1996–97 A, 2481 f., unter Bezugnahme auf „handlingsplanen om organiseret kriminalitet og rockerkriminalitet“; NOU 1996:21, S. 11, 101, 103 f.; SOU 1999:147, S. 121; Reg.prop. 80/2000, S. 17 ff.

<sup>50</sup> Die angestrebte Abschreckungswirkung wurde in den deutschen Gesetzesmotiven, BT-Drucks. 12/989, S. 1, 21, ausdrücklich hervorgehoben.

Bedeutung für oder gegen den Tatenschluß sind. Um so weniger kann erwartet werden, daß die Aussicht einer nachträglichen Abschöpfung von illegal erlangten Gewinnen aus früheren, unter Umständen viele Jahre zurückliegenden Straftaten stärker abschreckend wirken sollte als eine drohende Freiheitsstrafe.<sup>51</sup>

Zum anderen ging es unseren Gesetzgebern darum, organisiert agierenden Täter(gruppe)n die finanzielle Basis und damit das Investitionskapital für weitere Straftaten zu entziehen.<sup>52</sup> Auch insoweit bieten empirische Erfahrungen keinen Grund zu der optimistischen Annahme, daß es durch Gewinnabschöpfung gelingen könnte, kriminelle Organisationen „auszutrocknen“ oder auch nur in ihrer Aktivität nachhaltig zu schwächen. Der Vergleich mit anderen Ländern, in denen bereits Mitte der 80er Jahre zur Bekämpfung des illegalen Drogenhandels ähnliche Sanktionen wie Vermögensstrafe und erweiterter Verfall eingeführt wurden, zeigt, daß der kriminelle Drogenmarkt insgesamt von der Anwendung solcher Instrumente unbeeindruckt geblieben ist.<sup>53</sup> Konfiskatorische Vermögenszugriffe der hier untersuchten Art können allenfalls gegen einzelne Straftäter erfolgreich eingesetzt werden und diese spürbar treffen, während eine nennenswerte Auswirkung auf größere Verbrechernetzwerke kaum zu erwarten ist.

Es ist deshalb sehr zweifelhaft, ob die Gewinnabschöpfung auf Verdacht geeignet ist, die in sie gesetzten und zu ihrer Begründung angeführten Hoffnungen auf eine effiziente Bekämpfung der organisierten Kriminalität zu erfüllen. In bezug auf die Vermögensstrafe erübrigen sich inzwischen diese Zweifel; gegenüber dem erweiterten Verfall bleiben sie jedoch bestehen.

## 7. NACHSATZ

Dänemark hat im Rahmen seiner EU-Ratspräsidentschaft im August 2002 den Entwurf eines Rahmenbeschlusses über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von Verfallsanordnungen vorgelegt sowie über eine Vereinheitlichung der nationalen Konfiskationsregeln im Sinne der geltenden dänischen Vorschriften zum erweiterten Verfall.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Vgl. Perron, JZ 1993, 920 f. unter Hinweis auf Smettan, Kriminelle Bereicherung in Abhängigkeit von Gewinnen, Risiken, Strafen und Moral. Freiburg 1992, S. 200 ff.

<sup>52</sup> So ausdrücklich NOU 1996:21, S. 11; BT-Drucks. 12/989, S. 1, 20, 23.

<sup>53</sup> Vgl. die Landesberichte zu England (Huber) und USA (Walther) in Meyer/Dessecker/Smettan, Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Wiesbaden 1989, S. 181 ff., 413 ff.; siehe auch Perron, JZ 1993, 923.

<sup>54</sup> Council of the European Union, 2002/C 184/03 und 05, OJ 2.8.2002.



## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
a.F.	alter Fassung
Az.	Aktenzeichen
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DDR-StGB	Strafgesetzbuch der DDR
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Fn.	Fußnote
FT (A)	Folketingstidende (Tillæg A)
GBl.	Gesetzblatt der DDR
Hrsg.	Herausgeber
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
NOU	Norges offentlige utredninger
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NTfK	Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab
Ot.prp.	Odelstingsproposition ***
Rdn.	Randnummer
Reg.prop.	Regeringens proposition
RGBI.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
SOU	Statens offentliga utredningar
StÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StV	Strafverteidiger
u.a.	und andere
vgl.	vergleiche
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

# Om utpressning

## 1. INLEDNING

Utpressning hör till de brottstyper som de flesta har en klar uppfattning om. Inte minst i kriminalromaner är det inte helt ovanligt att gärningsmannens motiv hör samman med offrets utpressningsverksamhet. Även i affärslivet stöter man på påståenden om att en viss oförmånlig transaktion är ett resultat av utpressning. De finska bestämmelserna om utpressning reformerades 1991.<sup>1</sup> Sedan dess har rätt litet skrivits om bestämmelserna i SL 31:3–4.<sup>2</sup> Inte heller HD har visat något egentligt intresse för de reformerade bestämmelserna om utpressning. Detta betyder dock inte automatiskt att utpressning skulle utgöra ett ”enkelt” delikt. I föreliggande artikel försöker jag lyfta fram bestämmelsens centrala tolkningsfrågor. Någon heltäckande genomgång kan det dock inte bli fråga om redan på grund av de tillbudsstående sidorna.<sup>3</sup>

## 2. PROBLEMSTÄLLNING OCH RÄTTSLÄGET INNAN REFORMEN 1991

Bestämmelsen i SL 31:3 om utpressning lyder:

Den som med annat hot än som avses i 1 § tvingar någon att avstå från en ekonomisk förmån som gärningsmannen eller den för vilken han handlar inte har laglig rätt till, skall för *utpressning* dömas till böter eller fängelse i högst 2 år.

Försök är straffbart.

---

<sup>1</sup> L 769/1990 som trädde i kraft 1.1.1991. Reformen av bestämmelserna om utpressning ingick i det första skedet av totalrevideringen av den finska strafflagstiftningen. Om reformen, se t.ex. *Lahti, Raimo*: Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäinen vaihe. Varallisuus- ja talousrikossäännökset I–III. Lakimies 1991 s. 258–290, 873–901 och 1168–1201.

<sup>2</sup> Se t.ex. *Lappi-Seppälä, Tapio* i Rikosoikeus 2002 s. 1078–1081.

<sup>3</sup> Det kan observeras att den finska regleringen av utpressning internationellt sett är rätt unik. I t.ex. Tyskland (StGB 253 §) och Sverige (BrB 9:4) har bestämmelsen om utpressning ett betydligt snävare tillämpningsområde.

Den grova formen av utpressning regleras i SL 31:4. Här ges en uttömmande uppräknig av de omständigheter som tillsammans med en helhetsbedömning kan leda till att den fullbordade eller försökta gärningen bedöms som grov utpressning respektive försök till grov utpressning. I fortsättningen kommer tolkningsproblem, som hör samman med den grova formen av utpressning, inte att närmare behandlas.

Ordalydelsen i SL 31:3 visar direkt på några rätt uppenbara tolkningsfrågor. Den första frågan gäller innehållet i det hot som krävs vid utpressning. Nu ges endast en negativ definition. Hotet skall vara annat än det som krävs för tillämpningen av SL 31:1, dvs. rånhot. Till hotet hör närmast saklogiskt att det krävs ett verb som så att säga utpekar hur hotet används eller nyttjas. I lagtexten används verbet "att tvinga". Den andra frågan hänför sig till kausaliteten mellan hot och avstående från ekonomisk fördel. När kan man säga att ett hot har tvingat till en viss ekonomiskt ofördelaktig åtgärd? Den tredje tolkningsfrågan omfattar flera olika delmoment. Som redan framkommit skall gärningsmannen genom utpressningshot tvinga offret till något. Detta något anges i lagtexten med ett avstående från en sådan ekonomisk fördel, vartill gärningsmannen inte har någon laglig rätt. Detta betyder samtidigt att vi möter tre delfrågor: vad innebär en ekonomisk fördel, vad krävs för att offret skall kunna sägas ha avstått från fördelen och vad betyder kravet på avsaknaden av laglig rätt? Det fjärde och sista spørsmålet hänför sig till gränsdragningen gentemot andra bestämmelser.

Innan den egentliga sakbehandlingen tar vid är det skäl att säga något om rättskällestatus hos de rättsfall och de uttalanden i doktrinen som hänför sig till lagtexten före 1991 års reform. Ifall ändringen huvudsakligen var av språklig natur blir tolkningsunderlaget betydligt större än vad som vore fallet vid en radikalare omarbetning.

Före 1991 års reform hade inga ändringar gjorts i utpressningsbestämmelsen. Utpressningsdeliktet reglerades i SL 31:4 som således hade ursprunglig ordalydelse:

Den, som, för att bereda sig eller annan nytta, genom hot aftvingar någon gods eller penningar, eftergift af gäld, förskrifning, borgesförbindelse, eller annan fördel i egendom, hvartill han ej har laga rätt, straffes för utpressning med [tukthus] i högst fyra år eller fängelse ej under två månader.

Försök är straffbart.

Innebär hotet trängande fara för lif eller helsa, eller göres våld å person; vare straff såsom i 1 eller 2 § sägs.

En jämförelse mellan 1889 och 1991 års version ger prima facie vid handen att innehållet i den gamla och den nya bestämmelsen rätt långt överensstämmer med varandra. Dock finns även klara olikheter. Den första gäller begreppet "hot".

Fastän begreppet användes utan närmare precisering i första moment i 1889 års strafflag blir det entydigt genom bestämmelsens tredje moment att utpressning förutsätter annat än rånhot. Sistnämnda hottyp beskrivs som ”trängande fara för lif eller helsa”. I samband med 1991 års reform skrevs dock rånbestämmelserna om. I stället för trängande fara för liv eller hälsa definieras nu i SL 31:1 rånhotet som *överhängande hot om våld på person*. Den som använder sådant hot kan endera själv rent fysiskt tillägna sig lös egendom som finns i någon annans besittning eller tvinga annan att avstå från en ekonomisk förmån. Var nu avsikten med reformen att ge rånhotet i SL 31:1 ett nytt materiellt innehåll? Enligt förarbetena måste frågan besvaras jakande. I propositionen sägs explicit att överhängande hot om våld på person täcker in ett större antal fall än vad trängande fara för liv eller hälsa.<sup>4</sup> Detta betyder att förhållandet mellan rån och utpressning i 1991 års reform försköts något till förmån för rån. Dock torde förskjutningen vara så liten att användbarheten av äldre utpressningsfall inte påverkas i någon egentlig utsträckning.

Den andra ändringen hör samman med strävan efter ett mera syntetiskt skrivsätt. I stället för en kasuistisk uppräkningslista av de ekonomiska värden som gärningsmannen skall avtvinga målsäganden sägs i 1991 års lagtext att det skall vara fråga om en ekonomisk förmån. Ser man till uppräkningslistan i 1889 års lagtext torde här anges de vanligaste tyfallen av utpressning. Därtill kan gärningen även riktas mot annan ”fördel i egendom”, varvid skillnaden till nugällande ”ekonomisk förmån” torde vara rätt liten.

Den tredje ändringen gäller syftet med gärningen. Enligt 1889 års SL 31:4 skulle syftet med utpressning vara att bereda sig eller annan nytta. I den gällande bestämmelsen ingår inte detta krav, något som innebär en utvidgning av området för utpressning. Det är således möjligt i dag att genom hot tvinga någon att vidta en gärning respektive underlåta en gärning som ekonomiskt skadar offret eller någon annan men som inte kan säga gynna någon annan. Även denna ändring torde ha en mycket liten praktisk betydelse.

Den fjärde ändringen hör samman med frågan om vem som har laglig rätt till den aktuella ekonomiska förmånen. Enligt gamla SL 31:4 förutsattes att gärningsmannen inte hade laglig rätt till den eftersträfvade fördelen. Huruvida en annan, till vars förmån den påtvingade gärningen utfördes, hade denna lagliga rätt spelade enligt ordalydelsen ingen roll för straffbarheten. I nugällande SL 31:3 faller tillämpningen av utpressning bort, om den till vars förmån gärningen utfördes hade laglig rätt till fördelen i fråga. Således skedde här en inskränkning av det straffbara området.<sup>5</sup> Även denna ändring har en rätt marginell betydelse.

<sup>4</sup> RP 66/1988 rd s. 94.

<sup>5</sup> Enligt RP 66/1988 rd s. 96 skulle ändringen ha utvidgat bestämmelsens tillämpningsområde. Detta måste vara fråga om en felskrivning.

Slutsatserna av detta blir således att äldre praxis och doktrin bevarat en stor del av sin användbarhet.

### 3. INNEHÅLLET I UTPRESSNINGSHOTET

Ser man till systematiken i SL 31 kapitel är det rätt uppenbart att vi kan räkna med tre typer av hot; rånhot, utpressningshot och annat straffrättsligt relevant hot. Eftersom hotet i bestämmelsen om utpressning har kopplats till rånhotet måste sistnämnda form av hot också behandlas. Däremot finns det inget behov av en genomgång av övriga bestämmelser där hotet ingår som ett brottselement. Innan rånhotet och utpressningshotet behandlas är det skäl att kortfattat diskutera innehållet i begreppet *hot*. Som brottselement ingår hotet i en rad straffbestämmelser och man kan utgå från att det alltid har samma grundbetydelse.<sup>6</sup>

Att hota någon betyder att ställa i utsikt något ont eller negativt för den hotade.<sup>7</sup> Hotet måste även ha nått fram till adressatens kännedom. Allmänspråkligt kan man hota med mer eller mindre fantasifulle händelser, t.ex. att åstadkomma en allvarlig sjukdom genom besvärjelse. Dagens rationalistiska världssyn, som även präglar straffrätten, förutsätter att den som hotar i princip skall kunna åstadkomma det onda som anges i hotelsen.<sup>8</sup> Således hör till hotet ett slags objektivi element som kan kallas en möjlighetsrelation. Det onda som hotas med måste vara något som är möjligt att genomföra under rådande omständigheter. Det hotbegrepp som används i SL omfattar således inte övernaturliga kausalsammanhang. Detta gäller även för de situationer när den hotade själv tror på det övernaturliga. Om ett sådant övernaturligt hot leder till ekonomiska transaktioner som är oförmånliga för den "hotade" aktualiseras eventuellt bedrägeri (SL 36:1).

Men även fastän den som hotar inte skulle mena allvar, gör möjlighetsrelationen handlingen till ett hot i lagens mening. Åtgärden konstituerar ett hot om offret hade anledning att ta hotet på allvar. Bedömningen är typiserande i den meningen att man frågar sig hur det typiska offret reagerar i motsvarande situation.<sup>9</sup> En annan sak är sedan att bristande uppsåt avlägsnar det straffrättsliga ansvaret. Vet däremot den hotade om det faktiska sakläget saknas möjlighetsrelationen på grund av bristande förverkligandevilja hos den som hotar. Det sagda

<sup>6</sup> Hotet ingår som brottselement i en rad straffbestämmelser i SL. Här kan nämnas SL 14:1, 15:9, 16:1, 20:1, 25:3, 34:9 och 45:13.

<sup>7</sup> Det onda skiljer hotet från löftet som i princip ställer något gott eller minskning av ett existerande ont i utsikt. Se *Lakanen, Tapio: Virkamiehen väkivaltainen vastustaminen*, 1999 s. 27.

<sup>8</sup> En varning torde normalspråkligt innebära att den som varnar inget själv har att göra med det onda.

<sup>9</sup> Angående detta, se t.ex. *Lakanen* (1999) s. 29 och *Lappi-Seppälä* (2002) s. 1068.

blir klarare med ett exempel. En person som i en banklokal hotar att skjuta om inte bankpersonalen ger honom kontanter skämtar, dvs. menar inte allvar, om pistolen är en leksakspistol. Saknar bankpersonalen kunskap om detta föreligger ett hot eftersom en typisk rånsituation inte innehåller några leksaker. Men även när korrekt kunskap finns kan hotet vara för handen om situationen är sådan att gärningsmannen kan tänkas vidta andra åtgärder (t.ex. misshandla offret) om det första hotet inte leder till önskat resultat.

Den som hotar någon med ont avser i regel att själv förverkliga det onda. Men hot föreligger även när någon tredje person måste förverkliga det onda under förutsättning att den som hotar kan påverka ”verkställaren”. Likaså kan hotet innebära att det onda kommer att riktas mot någon annan än den som meddelas om hotet. Förutsättningen är härvid givetvis att den hotade lägger vikt vid att den utpekade inte drabbas av något negativt.

Hotet meddelas i regel muntligen eller skriftligen men inget hindrar att ett visst beteende innehåller sådana element, t.ex. handrörelser eller ansiktsuttryck, att det måste uppfattas som ett hot.<sup>10</sup> I sig torde en direkt passivitet inte kunna tolkas som ett hot. Däremot är det klart att någon verbalt eller på något annat begripligt sätt kan hota med att underlåta att förhindra uppkomsten av något ont. Här behöver den som hotar inte befinna sig i en garantställning.

Hotet kräver som nämnts en möjlighetsrelation. Ännu har inget sagts om graden av sannolikhet som krävs för att det ”utlovade” verkligen kan förverkligas. Som ovan även framkommit måste den som hotar enligt huvudregeln mena allvar. Dock är det inte alltid så att verkställigheten kontrolleras av gärningsmannen. Ibland kan sannolikheten vara förhållandevis låg, t.ex. vid hot om att publicera för offret ogynnsamma omständigheter. Det kan till och med vara troligt att ingen tidning är intresserad av uppgifterna i fråga. För att ett hot skall föreligga måste sannolikheten för hotets förverkligande vara så pass hög att det brukar tas på allvar. Med andra ord skall offret inte i normalfall våga lita på att hotet inte kan förverkligas. Det bör här påpekas att man i de situationer när offret inte efterkommer hotet ytterligare måste fråga sig om det föreligger ett straffbart försök. Denna fråga tas upp i avsnitt 6.

Vid *rånhot* måste hotet vara överhängande och gälla våld på person. Gärningsmannen måste ställa i utsikt att en person, som nödvändigtvis inte är den som berövas respektive avstår från en ekonomisk fördel, utsätts för någon form av våldshandling. Det avgörande blir således innehållet i begreppet våld på person. Helt allmänt kan sägas att denna form av hot om våld förutsätter ett ”löfte” om fysiskt angrepp mot någons kroppsliga integritet. I våldet måste ingå bruket av kroppskrafter, vilka används i syfte att övervinna offrets motstånd. De behövliga kroppskrafterna kan vara mycket ringa, t.ex. när en storvuxen person tar väskan

<sup>10</sup> Se *Westerlund, Gösta: Våld mot tjänsteman, 1990 s. 134.*

av en liten spröd åldring. Så är även fallet när gärningsmannen använder sig av en hund eller av något tekniskt hjälpmedel. Att avfira en tårgaspistol i riktning mot offret kräver ingen större fysisk ansträngning. För att styra en väldresserad hund behöver man närmast bara röstresurser. Om åtgärden (således inte hotet), som får till stånd att gärningsmannen kan beröva offret hans eller hennes egendom, inte innehåller bruket av kroppskrafter i syfte att övervinna eventuellt motstånd, föreligger inget våld på person.<sup>11</sup>

Vid hotet om våld på person, dvs. om att bruka kroppskrafter, måste utsikten att bli utsatt för en dylik behandling leda till underlåtenhet av allt motstånd. Försöker offret värja sig och motståndet bryts är det inte fråga om hot om våld utan om bruk av våld.

Fastän hotet gäller fysiskt våld på person räcker detta inte till för att grunda ansvar för rån. Det förutsätts enligt lagtexten att hotet är *överhängande*.<sup>12</sup> Det torde vara entydigt utifrån texten i förarbetena att man tänker sig en mycket kort tidsintervall mellan att hotet uttalas och att det verkställs.<sup>13</sup> Därtill skall det utlovade bruket av våld på person ske för att ur annans besittning tillägna sig annans lösa egendom. Bruket av våld och tillägnandet av egendom hör således intimt samman och offret måste uppfatta situationen som sådan att sätter hon eller han sig till motvärn följer åtgärderna åtminstone efter varandra och utan någon större tidsförskjutning. Våldet används ju för att möjliggöra tillgreppet, varvid tillgreppet så att säga måste följa inom våldets verkningsgrad.<sup>14</sup> Det är samtidigt klart att själva händelseförloppet kan dra ut på tiden men till hotet måste höra att våldet verkställs direkt och omedelbart ifall de ställda kraven inte efterlevs. En bekant situationstyp kan användas som exempel. En person utrustad med ett avsågat hagelgevär kommer in i ett apotek och uppmanar alla att lägga sig ned på golvet. Vid underlåtenhet att lyda avser han att skjuta. Efter detta tar rånaren de kontanta medel som finns i kassa-apparaten samt de narkotiska preparat han hittar och försvinner. Även fastän rånaren behöver mycket tid för att hitta allt han vill har vi ett överhängande hot om våld. Det är klart att han inte har använt något våld men däremot hotat med våld på person. Hade någon försökt

<sup>11</sup> Se HD 1994:10 där frågan gällde om bruket av sömnmedel kan ses som våld på person. HD besvarade frågan nekande. Det kan observeras att i bestämmelsen om misshandel (SL 21:5) används begreppet "begår fysiskt våld mot någon". Man kan här se en parallell till våld på person i SL 31:1.

<sup>12</sup> Den direkta översättningen från finskan vore "Den som ... genom att hota med att omedelbart använda sådant våld...". Det gäller således att beakta detta vid tolkningen av begreppet "överhängande". Språkligt torde det nämligen finnas en skillnad mellan att något händer omedelbart och att något är överhängande. I tiden kommer det omedelbara före det överhängande.

<sup>13</sup> I RP 66/1988 rd s. 93 används som synonym till överhängande begreppet "omedelbart förestående".

<sup>14</sup> Se *Lappi-Seppälä* (2002) s. 1067.

hindra tillgreppet skulle rånaren omedelbart ha gripit till våld. Det saknar mening att här fråga sig om hotet verkligen var överhängande. Som exempel på en situation när hotet om våld inte är överhängande kan nämnas det fall att någon hotar att vid ett lämpligt tillfälle köra på offrets barn om inte offret låter gärningsmannen ta en cykel som står på gårdsplanen. Legalitetsprincipen förhindrar här en tillämpning av rånstadgandet. Jag återkommer senare till hur situationen skall bedömas men det är klart att fråga inte är om något vanligt typfall.

SL 31:1,4 innehåller en begränsning av ansvaret för de situationer att våldet eller våldshotet eller omständigheterna i övrigt är att bedöma som ringa. Om så är fallet skall gärningsmannen dömas för de brott om ingår i gärningen, främst (lindrig) misshandel och stöld. Bestämmelsen torde för rånhotet innebära att det utlovade våldet inte får vara helt obetydligt.<sup>15</sup> Eftersom hotet skall fungera som ett skäl för offret att förhålla sig passiv hör det till sakens natur att det måste gälla ett förhållandevis allvarligt angrepp på den kroppsliga integriteten. Skulle allvarligheten i undantagsfall saknas<sup>16</sup> utesluts tillämpningen av SL 31:1. Jag återkommer senare till hur denna typsituation straffrättsligt skall behandlas.

Hotet om våld på person används inte bara för att passivera offret. Minst lika vanligt är att offret själv tvingas vidta den önskade åtgärden. Enligt SL 31:1 1 mom. 2 satsen kan detta ske genom våld eller hot om våld på person. När så är fallet bestraffas gärningen som rån. I doktrinen kallas detta rånartad utpressning.<sup>17</sup>

Sammanfattningsvis kan om rånhotet sägas att det förutsätter a) allvarlighet, dvs. det skall riktas mot den kroppsliga integriteten och b) ett omedelbart genomförande (vara överhängande) vid fall av olydnad från offrets sida. Ser man till ordalydelsen i SL 31:3 angående utpressningshotet ("med annat hot än som avses i 1 §") och jämför det med rånhotet är det klart att utpressningshotet kännetecknas av annat än allvarlighet och omedelbarhet.

Således kan hotet i princip gälla vad som helst under förutsättning att verkställandet innebär något negativt för hotoffret. Något krav på att hotets förverkligande skall utgöra ett brott eller annars innebära spridning av osanna eller vilseledande uppgifter om offret ställs således inte. Det är inget som hindrar att hotet innebär att gärningsmannen avser att utföra en helt laglig handling, t.ex. göra en brottsanmälan eller ta kontakt med skatte- eller sociala myndigheter. Här kan givetvis tolkningsproblem uppkomma. Offret finner kanske en i utsikt ställd åtgärd negativ trots att en typiserande bedömning ger vid handen att det gäller något helt neutralt. Enligt min uppfattning blir man här tvungen att rätt långt

<sup>15</sup> Se RP 66/1988 rd s. 94.

<sup>16</sup> Ägaren till en värdefull bil förhåller sig knappast passiv om en person hotar med en lätt örfil i syfte att få tillgång till fordonet i fråga.

<sup>17</sup> Se t.ex. *Lappi-Seppälä* (2002) s. 1069.



beakta gärningsmannens och offrets kunskap och avsikt samt bestämmelsens övriga element. Känner gärningsmannen till att en viss i sig neutral omständighet (t.ex. att offrets arbete förutsätter internationella kontakter) uppfattas negativt i offrets närmaste krets måste ett hot om att avslöja det riktiga sakförhållandet anses uppfylla kravet på utpressningshot. Denna till synes vida tillämpning begränsas av det faktum att hotet måste höra samman med avståendet från någon ekonomisk fördel. Mera om detta nedan i avsnitt 4.

Hotoffret kan givetvis få till stånd att någon annan gör den ekonomiska uppoffringen som utpressaren kräver. Saknar gärningsmannen kunskap om detta kan hotet inte sägas direkt ha riktats mot den som de facto betalar. Det är även möjligt att hotet riktas mot en annan person än den som skulle lida skada eller men av att hotet förverkligas. Här utgörs tyfallet av att en förälder krävs på pengar på grund av barnets brottsliga handlande. Inget hindrar heller att gärningsmannen riktar hotet både mot den som direkt lider skada av hotet och den som antas erlagga det krävda beloppet. En sådan åtgärd ökar kanske sannoliketen för att hotet leder till önskat resultat.

Till utpressningens natur hör ofta att tidpunkten för hotets verkställande lämnas mer eller mindre öppen. Den som t.ex. hotar med att avslöja brister i ett visst företags säkerhetssystem torde knappast avslöja när offentliggörandet kommer att ske. Således är det helt naturligt att SL 31:3 inte innehåller något krav på omedelbarhet vid verkställandet av hotet. Samtidigt är det klart att hotets förverkligande inte kan skjutas på hur långt in i framtiden som helst. Om så sker förlorar budskapet egenskapen att utgöra ett hot.

Så långt kan konstateras att utpressningshotet har en mycket omfattande och även delvis obestämd betydelse. De övriga villkoren i bestämmelsen blir således av avgörande betydelse vid avgränsningen av bestämmelsens tillämpningsområde.

#### 4. KAUSALSAMBANDET MELLAN HOT OCH AVSTÅENDE FRÅN EKONOMISK FÖRDEL

Enligt lagtexten skall gärningsmannen genom hotet avtvinga någon en ekonomisk fördel. Verbet "avtvinga" (fi: pakottaa) innebär prima facie att hotet kausalt skall åstadkomma avståendet från någon viss ekonomisk fördel. Vi har en typisk form av psykisk kausalitet. Hade inget hot förekommit hade inte heller den ekonomiska förlusten uppkommit.<sup>18</sup> Den grundläggande frågan lyder: Kan vilket hot som helst accepteras som förklaring till en viss ekonomiskt negativ åtgärd.

<sup>18</sup> Se t.ex. *Frände, Dan*: Allmän straffrätt, 2001 s. 99–101.

Samma sak kan uttryckas från en annan synvinkel: Hur skall man straffrättsligt bedöma de fall när den hotade utgående från allmän livserfarenhet allt för lätt går med på de ställda kraven? En möjlighet är att förneka kausalsammanhanget varvid även straffansvaret bortfaller. Offret har avstått från den ekonomiska fördelen av andra orsaker än hotet. Även fastän hotet skulle ha saknats hade åtgärden vidtagits. Trots att modellen har visst fog för sig kan den inte lösa de fall där kausalsambandet mellan hot och åtgärd inte gärna låter sig betvivlas. Enligt min uppfattning måste vi här ta fasta på en avvägning mellan hot och ekonomisk förlust. Om det sakläge, som hotet ställer i utsikt vid underlåtenhet att efterleva villkoren i hotet, inte står i någon rimlig proportion till den ekonomiska förlust som uppkommit på grund av hotet, föreligger inte utpressning. Här har hotet nog orsakat förlusten men hotet har inte haft en tvingande natur. För att bli tvingad i lagens mening måste hotet ha en sådan betydelse att det framstår som rimligt och begripligt att personer med offrets egenskaper efterkommer hotet. I denna rimlighetsbedömning spelar förhållandet mellan hot och ekonomisk förlust den avgörande rollen. Ett exempel förtydligar tankegången. X kräver 1 miljon euro som ersättning för att han inte till en dagstidning skall sända ett brev med ett påstående om att offrets företag inte till alla delar efterlever reglerna om övertidsarbete. Detta hot kan knappast anses ha en sådan vikt att det skulle tvinga företaget till utbetalning av 1 miljon euro. Går företaget med på arrangemanget är kanske avtalet ogiltigt med stöd av RättshandlingsL men någon utpressning föreligger inte.

## 5. EKONOMISK FÖRDEL

Vid utpressning skall offret tvingas att avstå från en ekonomisk fördel som gärningsmannen eller den för vilken han handlar inte har laglig rätt till. Med *ekonomisk fördel* avses i första hand pengar, endera som kontanter eller som kontoöverföring. Men även olika föremål kan avstås från som böcker, antikviteter, skivor etc. En annan typisk fördel är ingående av ofördelaktiga kontrakt. Här kan nämnas ett arbetskontrakt vari ersättningen klart överstiger gängse ersättning för motsvarande arbete och leveranskontrakt där offret endera betalar för mycket eller levererar för mycket. Även olika typer av skuldförbindelser (skuldebrev, borgensförbindelser etc.) hör till denna grupp. Dessa kan som en följd av hotet endera ingås eller avstås från.

I normalfall är det gärningsmannen som drar nytta av att offret avstår från en ekonomisk fördel. Så behöver dock inte vara fallet enligt lagtextens ordalydelse. Även helt utomstående kan få den ekonomiska fördel som offret avstår från. Så kan offret t.ex. tvingas betala en summa till någon välgörenhetsorganisation. Helt allmänt måste den ekonomiska förmånen kunna anges i euro och cent.

Tvingas någon avstå från att delta i ett maratonlopp kan man i regel inte tala om någon ekonomisk fördel. En annan sak är givetvis om offret hade en rimlig chans att vinna pris i tävlingen. Det är mer problematiskt att bedöma de situationer när hotet leder till att offret inte kan utnyttja en fördel som redan har betalats, t.ex. en resa, en konsert, en startavgift etc. Eftersom en underlåtelse att delta inte gärna kan sägas innebära ett avstående från en ekonomisk fördel kan SL 31:3 inte tillämpas på fallet. Under förutsättning att hotet är orättmätigt föreligger i stället olaga tvång.<sup>19</sup>

Vanligen är det helt entydigt när ett avstående från en ekonomisk fördel har skett. En viss summa har inbetalats på gärningsmannens konto eller ett visst föremål har överlämnats till honom. Särskilt vid kontrakt måste man fråga sig om brottet är fullbordat vid undertecknandet eller om det krävs att något redan har utförts eller erlagts. Med bl.a. hänsyn till gränsen mot försök håller jag det för mest ändamålsenligt att anse brottet fullbordat redan när kontraktet har undertecknats.

Det tredje spørsmålet i detta sammanhang hänför sig till *rätten till den aktuella ekonomiska fördelen*. Ett enkelt exempel kan vara på sin plats. A hotar att polisanmäla B:s son för ett allvarligt skattebrott om inte B omedelbart erlägger den förfallna skuld han har till A. B efterkommer A:s begäran. Enligt ordalydelsen i SL 31:3 måste fördelen vara sådan att varken gärningsmannen eller den för vilken han handlar har laglig rätt till förmånen. I fallet har A laglig rätt att få skulden betald. Alltså föreligger ingen utpressning. Slutresultatet blir detsamma fastän A skulle handla på uppdrag av någon annan, t.ex. en bank eller en indrivningsfirma. Problemen med denna begränsning av straffansvaret hör samman med de krav som måste ställas på laglig rätt. I fråga om olika typer av lån måste lånet vara förfallet till betalning för att laglig rätt att kräva betalning skall föreligga. Därtill måste rättsordningen godkänna den aktuella fordringen. Att genom hot t.ex.indriva en sexskuld som uppstått till en prostituerad kan således utgöra utpressning om övriga villkor är uppfyllda. Skadeståndskrav förutsätter att en domstol lagakraftigt fastställt betalningsskyldigheten. Beträffande olika typer av äganderättsanspråk torde man vara tvungen att genomföra en *ad hoc* bedömning från fall till fall. Givetvis spelar här registrerade ägoförhållanden en central betydelse vid bedömningen av om den som hotar har laglig rätt till föremålet i fråga.

<sup>19</sup> Se Nuutila, Ari-Matti i Rikosoikeus 2002 s. 946.

## 6. FÖRSÖK TILL UTPRESSNING

Den kanske svåraste frågan i samband med utpressning gäller försöket. Särskilt i affärslivet lägger kontrahenterna fram olika typer av krav, vilka inte ger upphov till något annat än motkrav och motpåståenden. När föreligger försök till utpressning och när är det fråga om något annat? Teorin kring försöket får i dagens Finland anses vara rätt entydig. Det krävs att försöksgärningen skall vara sådan att det förelåg konkret fara för brottets fullbordan. Trots att faran för fullbordan var utesluten föreligger försök om detta berodde på tillfälliga omständigheter.<sup>20</sup> Det är känt att försök och påtvingad psykisk kausalitet inte är helt lätt att förena. Det faktum att den som hotas inte går med på kraven tycks visa att konkret fara för fullbordan inte förelåg. Eftersom en persons psyke inte växlar från dag till dag ligger det också nära till hands att hävda att det inte var någon tillfällighet att fullbordan var utesluten. Följaktligen skulle försök till utpressning vara ett brott som ingen kan begå. Denna lösning kan inte prima facie accepteras eftersom den gör en del av SL 31:3 betydelslös. Andra alternativ måste således först prövas. Den tolkning som jag rekommenderar har följande struktur:<sup>21</sup> Utgångspunkten tas i den konkreta verkställighetshandlingen som redan föreligger, dvs. hotet.<sup>22</sup> Därtill måste det förutsättas att övriga villkor för utpressningen är uppfyllda, dock givetvis inte kravet på avstående från ekonomisk fördel.

Prima facie föreligger ett straffbart försök redan när hotet presenterats för offret. Något behov av att undersöka förekomsten av konkret fara för fullbordan respektive tillfälliga omständigheter finns inte. I stället bedöms situationen utgående från ett klasstänkande i enlighet med tillämpningen av ägnade att-delik.<sup>23</sup> Man frågar sig om det aktuella hotet hör till en sådan klass av hot som vanligen brukar leda till att offret efterkommer gärningsmannens begäran. Eftersom det i stort saknas konkreta fall för att konstruera klassen i fråga måste man använda allmän kunskap om hur personer av offrets typ förväntas reagera på dylika hot. Av central betydelse för klassens omfattning blir givetvis förhållandet mellan innehållet i hotet och det som eftersträvas genom hotet. Men eftersom framläggandet av ett hot (jämte övriga villkor) redan i sig skapar en presumtion för att försök föreligger bör klassen inte göras alltför snäv. Ett konkret exempel

<sup>20</sup> Se t.ex. *Heinonen, Olavi – Koskinen, Pekka* i Riksoikeus 2002 s. 116–119.

<sup>21</sup> Tolkningen är antydd i RP 66/1988 rd s. 96. Det har inte varit möjligt för mej att göra någon systematisk genomgång av hovrättsavgöranden beträffande denna fråga. Vissa spridda iakttagelser från hovrättspraxis förefaller stöda min åsikt.

<sup>22</sup> Det har hävdats att hotet måste komma fram till adressaten. Teoretiskt kan man fråga sig om försök till hot kan ha straffrättslig relevans (offret var t.ex. medvetlös när hotet uttalades). Mitt svar är nekande eftersom ett försök till hot inte gärna kan ses som en verkställighetshandling.

<sup>23</sup> Se t.ex. *Frände* (2001) s. 106–108.

belyser tankegången: Företaget A uppsöks av en person B som tidigare för företaget utfört projektarbeten. B visar på sin bärbara datamaskin ett elpostmeddelande. Enligt meddelandet hade flera av de projekt som A genomfört allvarliga säkerhetsproblem och man fick den bilden att en statlig forskningsanstalt hade kunnat fastställa bristerna. Om B erhöll en viss ersättning (som är förhandlingsbar) för meddelandet skulle han avstå från att sända iväg det till A:s kunder och konkurrenter. Efter mötet vänder sig A direkt till polisen. Här föreligger ett hot men knappast någon konkret kunskap om hur företag har reagerat i en motsvarande situation. Således krävs en fiktiv bedömning av hur företag i allmänhet kunde tänkas reagera. Av betydelse för bedömningen är säkert hur stora skador hotets förverkligande kunde åstadkomma och med vilken sannolikhet. Även storleken på den krävda summan måste beaktas. Om domstolen anser att det aktuella fallet hör till en klass av gärningar där företagen vanligen efterkommer hotet har vi att göra med ett straffbart försök.<sup>24</sup>

## 7. UTPRESSNINGENS FÖRHÅLLANDE TILL ANDRA BESTÄMMELSER

Det är skäl att börja med tillämpningskollisioner som redan har antytts i texten. Skall man tillämpa bestämmelsen om utpressning på de fall där hotet inte är avsett att förverkligas omedelbart? Trots bristande omedelbarhet efterlever offret hotet och gärningsmannen kan utan motstånd tillägna sig annans lösa egendom. I sig kunde SL 31:3 tillämpas eftersom det är ett annat hot än det som nämns i SL 31:1. Dock förutsätter utpressning att hotet skall leda till avstående från en ekonomisk förmån. Den som på grund av ett icke överhängande hot förblir passiv kan normalspråkligt inte sägas ha avstått från en ekonomisk fördel. Eftersom någon juridisk-teknisk betydelse hos verbet ”avstå” inte har stipulerats i förarbetena anser jag att typfallet skall bedömas som stöld (SL 28:1) och olaga tvång (SL 25: 8).<sup>25</sup> Skulle däremot bestämmelsen om råntad utpressning (SL 31:1,1 mom. 2 punkten) ha kommit till användning bara hotet hade varit överhängande torde det vara rätt uppenbart att bestämmelsen om utpressning är tillämplig.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Ett exempel på en bedömning som gav ett negativt resultat i detta avseende hittas i HD 1934 II 391.

<sup>25</sup> Enligt *Lappi-Seppälä* (2002) s. 1067 kan bestämmelsen om utpressning tillämpas på fallet. Jag ser inget direkt behov av en sådan utvidgande tolkning eftersom strafframarna blir högre för stöld och olaga tvång än för enbart utpressning.

<sup>26</sup> Se det svenska HD-fallet NJA 1977 s. 507 och kommentaren i *Brottsbalkskommentaren* 9:52.

Som redan har framkommit utesluts enligt SL 31:1,4 tillämpningen av rånbestämmelsen bl.a. om hotet om våld på person är att beteckna som ringa och gärningen bedömd som en helhet inte är allvarlig. I stället skall de bestämmelser som innefattas av gärningen tillämpas. Man frågar sig nu hur en gärning med ringa hot förhåller sig till SL 31:3? Det som här intresserar är de fall när offret trots det ringa hotet om våld på person har känt sig tvingad att avstå från en ekonomisk förmån. Även här ser jag det uteslutet att tillämpa utpressningsbestämmelsen.<sup>27</sup> Enligt ordalydelsen i SL 31:3 skall det vara fråga om annat hot än det som avses i SL 31:1. Fastän rånbestämmelsen inte tillämpas på fallet i fråga är det ändå fråga om hot som avses i SL 31:1. Även systematiskt bär det emot att låta hot om våld på person omfattas av utpressningsbestämmelsen. Men hur skall då situationen i fråga straffrättsligt bedömas? Rätt klart är att bestämmelsen om olaga tvång (SL 25:8) kan tillämpas på fallet. Gäller den ekonomiska fördelen lös egendom aktualiseras därtill bestämmelsen om olovligt brukande (SL 28:7). Någon rätt att bruka den överlämnade egendomen har gärningsmannen givetvis inte. Ifall det handlar om kontanta medel verkar ingen bestämmelse förutom olaga tvång vara tillämplig på fallet.

Vid sidan av utpressning torde gärningsmannen även kunna dömas för vissa andra brott. Närmast till hands ligger tagande av muta (SL 40:1). Om tjänstemannen för en viss åtgärd kräver t.ex. en utlandsresa i gåva betyder detta samtidigt att han hotar med att underlåta tjänsteåtgärden i fråga.<sup>28</sup>

I många situationer kunde förutom SL 31:3 även tillämpas bestämmelsen om olaga tvång. Eftersom SL 25:8 innehåller en subsidiaritetsklausul kommer dock enbart SL 31:3 till användning. Man frågar sig här i vilken omfattning olaga tvång kan användas i de situationer utpressning inte föreligger? I första hand aktualiseras en tillämpning av olaga tvång när hotet inte har lett till avstående från någon ekonomisk fördel. Även i de fall när gärningsmannen aldrig har avsett att offret skulle avstå från en ekonomisk fördel torde olaga tvång kunna tillämpas. Dock bör här observeras att olaga tvång förutsätter att hotet skall vara orättmätigt. Således föreligger inget olaga tvång om någon tvingas att betala en förfallen skuld genom hot om polisanmälan beträffande ett begånget brott.

<sup>27</sup> Samma åsikt framförs även i RP 66/1988 rd s. 94.

<sup>28</sup> Se *Honkasalo, Brynolf*: Suomen rikosoikeus. Erityinen osa I.2., 1964 s. 137.

# Om forældelse af strafansvar. Kriminalpolitiske strøtanker<sup>1</sup>

## 1. INDLEDNING

I 1960'erne blev reglerne om forældelse af strafansvar gennemset i de nordiske lande. Den nordiske strafferetskomité afgav en betænkning,<sup>2</sup> hvis principper blev lagt til grund for lovændringer de følgende år.<sup>3</sup> Forældelse er derfor et af de strafferetlige områder, som med føje kan fremhæves, når man taler om *den fællesnordiske retsenhed*. Harmonien blev imidlertid ikke fuldstændig. På en række punkter valgte de enkelte lande forskellige løsninger. Efter forløbet af en menneskealder siden den gennemgribende reform er det naturligt at rejse spørgsmålet, om reglerne fortsat er tidsvarende, herunder om de harmoniseringer, som ikke blev nået dengang, kan og bør gennemføres i dag. Dertil kommer, at der er foretaget lovændringer, som har ført systemerne længere fra hinanden, og at flere sådanne er på vej. Er de vildskud, som bør skæres af? Eller er de tværtimod udviklinger, som bør understøttes, og som fortjener at blive dele af det nordiske fællesskab? Hvilken betydning vil og bør det få for disse spørgsmål, at kernen i kriminalpolitikken i dag ikke længere bestemmes i samspillet mellem faglige eksperter og parlamentarikere i landene, men i samspillet mellem embedsmænd og ministre i Bryssel?

*Begrundelsen for forældelsesreglerne* må selvsagt søges i den almindelige ideologi bag straffesystemet. 1960'ernes strafferet var med hensyn til samfundssynet udtryk for en brydning mellem retsstatslige og socialstatslige samfundssyn, og med hensyn til synet på straffens formål for en brydning mellem det individualpræventive og det almenpræventive. Siden da er der foregået en række ændringer i straffesystemets grundlag. For det 1ste har menneskeretssynspunkter fået en klart øget vægt i den retspolitiske debat og i tolkningen af lovgivning

---

<sup>1</sup> En stor del af materialet, der ligger til grund for artiklen er produceret af sekretariatet for Justitsministeriets udvalg om økonomisk kriminalitet. Nogle af forslagene forventes fremsat af dette i en betænkning, der endnu ikke er færdig.

<sup>2</sup> NU 1967:15 Om forældelse i nordisk strafferet; trykt som bilag i Straffelovrådets betænkning om strafferetlig forældelse m.v., nr. 433, 1966.

<sup>3</sup> I Danmark efter en nærmere behandling i Straffelovrådet.

m.m. For det 2det betones offerets ”krav” på, at gerningspersonen bliver straffet, hyppigt. For det 3dje bruger politikerne ikke længere det strafferetlige system alene som et middel til at forebygge uønskede handlinger; det anvendes som et kommunikationsmiddel for markeringer af værdier og for markeringer af politisk handlekraft. Det er underordnet, om man kan lide disse tendenser, eller om man tager afstand fra dem. De er en del af det kriminalpolitiske klima, som man må tage i betragtning – som støtte eller som modstand – når man plæderer for ændringer.

## 2. ANSVARFORÆLDELSE ELLER PÅTALEFORÆLDELSE

Det er et klassisk spørgsmål, om forældelsesreglerne skal betragtes som processuelle eller som strafferetlige. Hvis man ser dem som processuelle, er det nærliggende at tale om påtaleforældelse, medens ansvarsforældelse er en bedre betegnelse, hvis de ses som strafferetlige. I *dansk* ret behandles de i den materielle strafferet. Eftersom denne angår strafansvaret, klassificeres forældelse som en strafophørsgrund. I modsætning hertil ses Verfolgungsverjährung i *tysk* retspraksis – i overensstemmelse med navnet – som et processuelt retsinstitut.<sup>4</sup> Heraf følger, at sagen afvises eller, hvis den er taget under pådømmelse, indstilles. Man accepterer dog, at en sag sluttes med en frifindelse, hvis det, før forældelsen er blevet konstateret, er fastslået, at den pågældende er uskyldig.<sup>5</sup> I *finnsk* ret tales ligeledes om preskription av åtalsrätten, men alligevel anses forældelse mærkeligt nok for et materielt strafferetligt institut.<sup>6</sup> I *svensk* ret bruges det tilsvarende udtryk, åtalspreskription, men udtrykket kritiseres: ”Termen åtalspreskription är såttillvida missvisande som bestämmelserna om sådan preskription inte innehåller något förbud mot att väcka åtal.”<sup>7</sup> Det er næppe en rammende kritik; anklagemyndigheden må ikke rejse tiltale, hvis den ved, at sagen ikke kan gennemføres til fældende dom. Positivt begrundes udformningen af de svenske bestemmelser med, ”att det ibland är först vid domstolsprövningen som det bliver klarlagt enligt vilket lagrum en gärning är straffbelagd ... och därför ... preskribe-

<sup>4</sup> Se f.eks. *Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996, s. 911 ff.*

<sup>5</sup> *Eduard Dreher & Herbert Tröndle: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 46. Auflage, München 1993, s. 689.*

<sup>6</sup> *Erkki Havansi & Pekka Koskinen: Finlands straff- och processrätt, 2. uppl., Helsingfors 2002, s. 110: ”Preskriptionen anses ha en materiellrättslig verkan, vilket innebär att den eliminerar brottets straffbarhet.”*

<sup>7</sup> *Ulf Berg et al.: Brottsbalken, En kommentar, Stockholm u.å., s. 35:2.*



rat [og at det i slige situationer] ... inte ansetts vara fullt tilfredsställande att domstolen skulle vara tvungen att förklara att åklagaren väckt åtal i strid mot åtalsförbud. Detta undviks genom att bestämmelserna fått formen av ett förbud mot att döma ... ” Man må altså ikke kalde en spade for en spade. Dommen lyder derfor heller ikke på afvisning, men domstolen ”skall i stället ogilla [åtalet] vilket lämpligen sker med den mjukare formuleringen att åtalet lämnas utan bifall. Domstolen anses sålunda pröva åtalet ... ”.<sup>8</sup> I norsk ret er ansvarsforældelse som i dansk ret en strafophørsgrund, der fører til frifindelse.<sup>9</sup>

Hvis man anskuer problemstillingen ud fra en praktisk synsvinkel og spørger, hvad forældelsesreglernes typiske funktion er, vil svaret utvivlsomt blive, at forældelsesreglerne giver politiet en ordentlig og tilstrækkelig grund til at undlade at begynde eller til at stoppe en påbegyndt efterforskning. Der er ikke det almindelige, at man først konstaterer et strafansvar og derpå tager stilling til, om strafansvaret efterfølgende er ophørt.

Man må også se på de retlige konsekvenser af det systematiske valg. Hvis man ser forældelse som en strafophørsgrund, bør den føre til frifindelse. Hvis man ser den som ophør af påtalemuligheden, bør den føre til afvisning. Hvis man gennem en straffesag uden nogen tvivl har konstateret, at alle strafbetingelserne er opfyldt, måske sågar støttet af en uforbeholden tilståelse, kan det kun skabe forvirring, hvis dommen kommer til at lyde på frifindelse. I den offentlige debat i Danmark har man da også set avisindlæg m.m. baseret på den misforståelse, at en frifindelse på grund af forældelse er lige så rensende som en frifindelse, hvor der har manglet (bevis for) elementer i gerningsindholdet eller tilregnelser. Det er næppe hensigtsmæssigt – hverken for forældelsesreglerne eller straffrihedsreglerne. ”Den tilltalade torde inte kunna kräva, att domstolen förklarar honom oskyldig till ett brott ... ”, der er forældet.<sup>10</sup>

Reglerne om afbrydelse af forældelse vedrører endvidere processen, ikke den pågældendes skyld. ”[E]s geht bei der Verjährung nicht um den Untergang der Schuld, sondern um den Verzicht auf die Strafbarkeit.”<sup>11</sup> Den nyeste udvikling i de nordiske systemer, hvorefter forældelsesfristen udskydes, til offeret har nået en vis alder, understøtter ligeledes opfattelsen af forældelsesreglerne som i det væsentlige udformet ud fra processuelle hensyn. Dette fører til, at de ikke længere burde formuleres som d.strl. § 93 (”En lovovertrædelse straffes ikke ... ”), men f.eks. som ”En lovovertrædelse kan ikke påtales ... ” og eventuelt overflyttes til retsplejeloven.

<sup>8</sup> *Ulf Berg* et al. s. 35: 2 og 3.

<sup>9</sup> *Magnus Matningsdal* i straffelovskommentaren ad § 66 (under trykning).

<sup>10</sup> *Ulf Berg* et al. s. 35:2.

<sup>11</sup> *Eduard Dreher & Herbert Tröndle* s. 689.

Mærkeligt nok anses reglerne om forældelse af privat påtale for processuelle, selv om man har antaget det modsatte for den offentlige påtale.<sup>12</sup>

At reglerne opfattes som processuelle og ikke som materielt strafferetlige, ændrer intet i, at anvendelse og ikkeanvendelse af straf naturligvis (også) skal kunne begrundes ud fra de hensyn, der bærer det strafferetlige system. Man må eksempelvis i lige høj respektere det strafferetlige/menneskeretlige forbud mod retroaktivitet, hvad enten reglerne ses som processuelle eller som materielt strafferetlige.<sup>13</sup>

### 3. FORÆLDELSESRISTENS PÅBEGYNDELSE

*Hovedreglen* er, at forældelsesfristen regnes fra den dag, da den strafbare virksomhed eller undladelse er ophørt, jfr. d.strl. § 94, stk. 1, eller når den forbryderiske handlingens virkninger indtræder, jfr. d.strl. § 94, stk. 2.

I praksis har denne regel især givet anledning til tvivl i forbindelse med borgerens *manglende opfyldelse af forvaltningsretlige pligter*. Skal forældelsen regnes fra den dag, hvor en oplysning skulle være indsendt eller et beløb være indbetalt til forvaltningsmyndigheden? Eller skal fristen først regnes fra den dag, hvor den forvaltningsretlige pligt bortfalder, f.eks. gennem en forsinket indbetaling. Er det kriminelle opførelsen af en bygning, eller er det benyttelsen af en bygning? I dansk ret har man i mangel af bedre taget udgangspunkt i den pågældende forvaltningsretlige regels ordlyd, selv om den antagelig sjældent er blevet formuleret med det for øje.<sup>14</sup> Hvis den forvaltningsretlige regel skaber en handlepligt, vil handlepligten ofte eksistere i mange år og dermed medføre, at forældelsesfristen først begynder at løbe efter de mange års forløb om nogensinde. På tilsvarende måde kan fortsatte forbrydelser blive meget langvarige. ”Det finns

<sup>12</sup> Således også finsk ret (*Havansi & Koskinen* s. 111).

<sup>13</sup> Af den grund er det langt fra givet, at man som i tysk ret (*Jescheck & Weigend* s. 911 ff.) bør tillade forlængelse af løbende forældelsesfrister og anvende domsstedets forældelsesregler i stedet for gerningsstedets. Begge dele strider mod de totalvurderinger, som f.eks. lægges til grund ved fortolkningen af d.strl. §§ 3, 7 og 10 (jfr. *Vagn Greve* et al.: *Kommenteret straffelov, Almindelig del*, 7. udgave, København 2001, s. 110 og 133). (Smh. også f.eks. RP 44/2002 rd: Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till revidering av lagstiftningen om straffrättens allmänna läror, s. 37). Dog har også Justitsministeriet og Folketinget lagt til grund, at man kan forlænge en løbende forældelse, jfr. bl.a. Justitsministeriets svar på Retsudvalgets spørgsmål nr. 11 vedr. L 281/1999–2000.

<sup>14</sup> Det forekommer dog. F.eks. blev miljøbeskyttelseslovens straffebestemmelse ændret, så kriminaliseringen ikke angik påbegyndelsen af virksomheden, men det at drive en forurenende virksomhed, Folketingstidende 1983–84 A.1537.

ingen anledning, varför den omständigheten, att han länge trotsat lagen innan åtal sker, skulle medföra att brottet inte skulle kunna beivras.”<sup>15</sup>

§ 94, stk. 1, løser problemet, om forældelsesfristen skal regnes fra en *tilstandsforbrydelses eller en fortsat forbrydelses påbegyndelse eller afslutning*. Reglen, hvorefter afslutningen er afgørende for strafansvaret, giver næppe anledning til rimelig tvivl. I hidtidig teori og dele af praksis har man imidlertid af denne regel udledt, at man kan inddrage hele forbrydelsen (fra dens påbegyndelse) under pådømmelsen. Det får ingen betydning for strafansvaret, men kan få meget stor betydning for strafudmålingen. Sådanne konsekvenser strider klart mod forældelsesinstituttets idé. I dansk praksis har man søgt at undgå alt for urimelige resultater gennem en snæver definition af ’fortsat forbrydelse’. I svensk ret har Högsta Domstolen i visse tilfælde anvendt ’successiv preskription’,<sup>16</sup> hvorefter de almindelige forældelsesfrister også bliver afgørende for, hvilke dele af tilstandsforbrydelsen eller af den fortsatte forbrydelse, som kan inddrages. Det kunne være naturligt at lovfæste en sådan almen regel.

Fra gammel tid har der været særregler for *skibe i udenrigsfart*. Eftersom forbrydelser begået om bord ikke eller kun vanskeligt kan efterforskes, før skibet kommer til dansk havn og dermed inden for dansk politis kompetenceområde, udskydes fristens begyndelse som udgangspunkt hertil, dog højst med ét år, jfr. d.strl. § 94, stk. 3.<sup>17</sup> Denne regel synes skrevet med henblik på skibe, der sejlede til Ostindien én eller to gange om året. I dag er mønsteret nok et ganske andet. Enten kommer de danske skibe jævnlige til Danmark, og så er der ikke brug for en særregel; eller også sejler de rundt i Stillehavet i årevis, og så nytter særreglen intet. Gad vide, om den overhovedet bliver brugt.

Vore eksisterende regler tager derimod ikke i øvrigt hensyn til, at efterforskning af *forbrydelser, der er begået uden for Danmark*, er langt vanskeligere og langt mere tidkrævende end efterforskning af forbrydelser begået her til lands. Man kunne overveje at indføre en regel, hvorefter sådanne forbrydelser tidligst forældes efter fem år.

Der er endvidere en særregel om *sædelighedsforbrydelser* i d.strl. § 94, stk. 4:

”For overtrædelse af denne lovs §§ 210 [incest], 216–220 [voldtægt m.m.], 222 [samleje med barn] og 223 [samleje med adoptivbarn m.fl.] regnes forældelsesfristen dog tidligst fra den dag, den forurettede fylder 18 år. Det samme gælder overtrædelse af denne lovs §§ 224 [anden kønslig omgængelse end samleje] og 225 [homoseksuelt forhold], jf. §§ 216–220, 222 og 223.”

<sup>15</sup> *Ulf Berg* et al. s. 35:19 f.

<sup>16</sup> *Ulf Berg* et al. s. 35:25.

<sup>17</sup> Reglen blev ønsket af Handelsministeriet med henblik på overtrædelser af sølovgivningen, jfr. betænkning nr. 433/1966 s. 22. Hertil må vel siges, at skibet aldrig vil komme til dansk havn, hvis ulykken har været meget alvorlig. I hvert fald burde det være sømandens hjemkomst, der var afgørende.

Børnerådet havde henvendt sig til justitsministeren og foreslået en regel, hvorefter forældelsesfristen først skulle begynde at løbe, når offeret fyldte 18 år. Forslaget blev begrundet således<sup>18</sup>:

”Det er ... Børnerådets konklusion, at børn, der bliver misbrugt af nærtstående, reelt ikke har nogen mulighed for at få oprejsning over for misbrugeren, medmindre andre voksne bliver opmærksomme på forholdet og griber ind. Børnerådet foreslår på den baggrund, at straffeloven ændres, således at forældelsesfristen i sager om misbrug af børn først regnes, fra barnet fylder 18 år.

Det er Børnerådets vurdering, at misbrugte børn derved som voksne får en chance for at gøre op med misbruget, og at en domstolsafgørelse og en eventuel erstatning fra gerningsmanden vil give offeret en bedre mulighed for at gennemføre en behandling.”

Begrundelsen er besynderlig. Det er for det 1ste ikke straffesystemets opgave at give ofre for forbrydelser ”oprejsning”. For det 2det er det ganske urealistisk at tro, at det ret tit er muligt at føre beviser, der er tilstrækkelige for domfældelse, 10–15–20 år efter, at det anmeldte forhold efter offerets oplysninger fandt sted. Resultatet må derfor forventes at blive, at de færreste misbrugte vil kunne finde den tilsigtede psykiske og økonomiske støtte i en fældende dom; tværtimod må det forventes, at de fleste yderligere vil skulle bearbejde, at anklagemyndigheden ikke fandt tilstrækkeligt grundlag for en tiltalerejsning i deres anmeldelser, eller at domstolen ikke fandt tilstrækkeligt grundlag for domfældelse.

Justitsministeriet følte det da også med særdeles god grund nødvendigt at understrege i motiverne til lovforslaget, at ændringen af forældelsesreglerne ikke indebar en ændring af de almindelige krav til bevisernes styrke.<sup>19</sup> Og, kunne det have tilføjet: ”Erfaringen siger, at vidnebevisets styrke normalt aftager med årene – et faktum, som forlængede forældelsesfrister ikke kan ændre.”<sup>20</sup>

Finland har så vidt ses ingen sådan regel, men Island har en tilsvarende 14-års regel, Norge og Tyskland en 18-års regel og Sverige en 15-års regel. Det er vanskeligt at forstå, at de fem nordiske lande skal have fire forskellige regler på dette område.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Folketingstidende 1999–2000 A.7789.

<sup>19</sup> Lovændringen har afstedkommet forskellige misforståelser, f.eks. at den også har betydning i injuriersager mellem datter og fader, jfr. *Charlotte Elholm*: Loven svigter incestofre, *Politiken* 5. august 2002.

<sup>20</sup> *J.O. Skov-Madsen*: Tiden som retfærdighedens fjende, *Orientering om norsk nyskabelse vedrørende strafferetlig forældelse i visse sædelighedssager*, *Fuldmægtigen* 1999 s. 140 f.

<sup>21</sup> Se om de tilsvarende civilretlige problemer og forholdet til menneskerettighederne *Elizabeth Palmer*: *Current Topic: Limitation Periods in Cases of Sexual Abuse: A Response Under The European Convention*, *European Human Rights Law Review* 1996 s. 111 ff. Eftersom det civilretlige forældelsesinstitut er begrundet i ganske andre hensyn end det strafferetlige, kan man næppe bruge Menneskeretsdomstolens afgørelser på det civilretlige område til noget på det strafferetlige.

#### 4. DE ALMINDELIGE FORÆLDELSFRISTERS LÆNGDE

Det er åbenbart, at argumenterne for en forældelse, evt. en hurtig forældelse, er tungere ved bagatelforbrydelser end ved grove overgreb. Landene har derfor nogle skalaer for fristernes længde, som primært er baseret på forbrydelsens grovhed. Udgangspunktet er efter min mening klart, at der ikke er grund til at ændre *de eksisterende niveauer*. ”Der bør ... ikke ske en generel forlængelse af forældelsesfristerne ... blot for at enkelte deltagere i den offentlige debat kan få stillet deres helt personlige blodtørst over for bestemte personer i nogle aktuelle enkeltsager.”<sup>22</sup> Derimod kan der være grund til at overveje, om den 4-årige forældelsesfrist, som EU anvender inden for forvaltningsstrafferetten,<sup>23</sup> bør smitte af på vore regler.

Det 1ste spørgsmål er, om det afgørende skal være *forbrydelseskategoriens grovhed* (målt ved strafferammens maksimum), eller om det skal være *den straf, som ville være forskyldt*, hvis der ikke statueres forældelse. Medens den konkrete forskyldte straf sikrer en individualiseret bedømmelse af gerningerne, fører et rent rammekriterium til den største administrative lettelse og den største beskyttelse af den mistænkte mod unødigt snagen. Finland (SL 8:1), Norge (strl. § 67) og Sverige (BrB 35:1) har valgt det rene rammekriterium, medens Danmark (strl. § 93) og Island (strl. § 81) anvender et blandingskriterium, idet konkret forskyldte bødestrafte forældes efter den korteste frist, selv om rammen ville føre til en længere frist.

Efter de mange år burde det være forholdsvis enkelt at konstatere fordele og ulemper ved de to sæt løsninger. For den finsk-norsk-svenske model taler, at den gør det muligt at træffe beslutning om at iværksætte, fortsætte eller opgive efterforskningen blot ud fra en sammenholdning af strafferammen og kalenderen. I Danmark-Island må politiet fremskaffe oplysninger om det konkrete forløb og om gerningspersonens forhold, for så vidt de ville kunne påvirke valget mellem bøde og frihedsstraf; dette gælder, selv om kriterierne for anvendelse af bøde/frihedsstraf i praksis er ganske takstmæssige. For den vestnordiske model taler, at det ikke bør være afgørende for en konkret forbrydelses forældelse, om der inden for samme kategori er meget grovere forbrydelser, således at strafferammen også skal rumme sådanne, eller der ingen grovere forbrydelser er end den konkrete, hvorfor strafferammens maksimum er meget lavere, evt. kun bøde.

<sup>22</sup> Erik Ninn-Hansen: Om forældelse af strafansvar, Politikens kronik 28. august 1984.

<sup>23</sup> Jfr. svigforordningens art. 3 (EFT 23.12.1995 L 312/1).

De senere års politiske oppustning af strafferammerne kan omvendt tages til indtægt for det uhensigtsmæssige i at lægge vægt på strafferammemaksima, som kun har en fjern sammenhæng med de aktuelle forbyrdsels grovhed. Den danske justitsminister har tidligere<sup>24</sup> givet udtryk for, at det af denne grund er uheldigt, at dokumentfalskbestemmelsens strafferamme (d.strl. § 172) ikke er trindelt. Det samme er et argument mod – som tidligere foreslået – at fjerne trindelingen i voldtægtsbestemmelsens strafferamme.

Det 2det spørgsmål er, om der er forbyrdsels, der er *så grove, at der ikke bør indtræde forældelse*. Det antages i Danmark (§ 93), Finland (8:1) og Island (§ 81), at forbyrdsels, hvor lovens strengeste straf – fængsel på livstid – kan anvendes,<sup>25</sup> ikke forældes. I Norge (§ 67) og Sverige (35:1) forældes forbyrdsels, hvor lovens strengeste straf er hjemlet, på 25 år.

Det må bemærkes, at ICC-konventionens art. 29 fastslår, at forbyrdsels, som er under denne rets jurisdiktion, ikke forældes.<sup>26</sup> Det kunne være et argument for, at Norge og Sverige ændrede deres nuværende regler, d.v.s. fjernede 25-års fristen for forbyrdsels med henholdsvis fængsel i 21 år og livstid i rammen. Det ville dog ikke være nok. Voldtægt og grov legemsbeskadigelse kan eksempelvis være omfattet af ICCs kompetence; og de forældes i alle de nordiske lande.<sup>27 28</sup> Det mest hensigtsmæssige er en særregel, hvorefter ICC-forbyrdsels og tilsvarende forbyrdsels ikke forældes.

Det 3dje spørgsmål drejer sig om *forældelsesfristernes længde og relation til strafferammerne (i det omfang de afhænger af strafferammerne)*. De kan fremstilles således:

<sup>24</sup> Svar på Retsudvalgets spørgsmål af 2. november 1995 (alm. del – bilag 143).

<sup>25</sup> Den mest kendte danske sag drejer sig om en SS-officer, Søren Kam – nu tysk statsborger og bosat i Tyskland – som Danmark op til for nylig har prøvet at få dømt for likvidering af en journalist. Sagen er f.eks. gennemgået i Berlingske Tidende 6. august 1998. Tyskland fandt ikke tilstrækkeligt grundlag herfor, Information 30. august 1999. I 1999, altså 54 år efter Befrielsen, satte justitsministeren politiet til at revurdere sagerne vedrørende 31 eftersøgte. *Gorm Toftegaard Nielsen* fandt det "etisk dybt betænkeligt at blive ved med at jage en mand så mange år efter", Politiken 9. august 1999. Tre år efter konstaterede anklagemyndigheden, at der kun var rimelig grund til at fortsætte Kam-sagen, idet det ifølge rigsadvokaten "ikke synes realistisk at antage, at yderligere undersøgelser ... vil føre til, at sagerne kan gennemføres"; dette tilsluttede justitsministeren sig; Politiken 7. august 2002.

<sup>26</sup> ICC er forkortelsen for Den Internationale Straffedomstol. Der er tilsvarende regler i andre konventioner, f.eks. om tortur.

<sup>27</sup> Norge har et generelt forbehold for kortere forældelsesfrister som følge af folkeretten i n.strl. § 1, men ikke for længere, jfr. *Magnus Matningsdal* i straffelovskommentaren ad § 66 (under trykning).

<sup>28</sup> Straffelovrådet anbefalede i sin tid uforældelighed af krigsforbyrdsels og forbyrdsels mod menneskeheden, jfr. betænkning nr. 433/1966 s. 16 f. Jfr. også NOU 2002:4 Ny straffelov § 15–8 med s. 271.

Fristen i år	Strafferammens maksimum i år				
	DK	FIN	IS	N	S
2	1	1	1	1	1
5	4	2	4	4	2
10	10	8	10	10	8
15	16		10	15	10
20		12			
25				21	livst.

Umiddelbart er billedet meget broget. Der er dog større ensartethed, end man umiddelbart ser. 2-års fristen er i alle landene knyttet til en højstestraf på 1 år. 5-års fristen er i Danmark, Island og Norge<sup>29</sup> knyttet til højstestrafte på 4 år, medens Finland og Sverige er betydeligt strengere med deres kriterium af 2 år. 10-års fristen knyttes til 8–10 års maksimum. 15-års fristen er knyttet til længste tidsbestemte straf, som til gengæld varierer meget; Finland anvender dog her 20-års frist i stedet for de andre landes 15-års frister. Hvor Norge og Sverige lader deres strengeste strafposition forælde, gælder dette ikke i Danmark, Finland og Island. I praksis har det relevante eksempel været drab. I fremtiden må man – både på grund af ICC og på grund af tidens interesse for terrorhandlinger – regne med, at kravet om uforældelighed vil sejre.<sup>30</sup>

Der er dog her tale om en i nogen grad formel lighed. Afgørende for den reelle lighed er naturligvis, hvordan strafferammerne er. Det ville sprænge alle rammer at foretage en sådan sammenligning. Nogle eksempler kan vise problematikken.

Vold mod vidner straffes i Danmark efter strl. § 123 med op til 6 års fængsel (10 års forældelse); i Finland efter SL 15:9 med op til 3 års fængsel (10 års forældelse); i Sverige er strafferammens maksimum i normaltildfældene (BrB 17:10) 2 år (5 års forældelse).

Grov spirituskørsel straffes i Danmark efter færdselslovens § 117 med fængsel indtil 1 år (2 års forældelse); i Finland efter SL 23:4 med fængsel indtil 2 år (5 års forældelse).

<sup>29</sup> Men med forslag om ændring til strafferamme på 3 år, jfr. NOU 2002:4 § 15–2.

<sup>30</sup> Medens det er naturligt at lade forældelsesfrister afhænge af strafferammerne, ville det modsatte være uantageligt. Tanken antydes dog i RP 66/1988 Regeringens proposition till Riksdagen med de första förslagen till ändringar i strafflagen och vissa andra lagar i syfte att genomföra en totalrevidering av strafflagstiftningen s. 17, NU 1984: 2 Straffutmåling s. 34, betänkning nr. 433/1966 s. 18 og Straffelovrådets betänkning om strafferammer og prøveløsladelse, nr. 1099, København 1987, s. 105.

## 5. ABSOLUTTE GRÆNSER

De nævnte frister kan afbrydes, og dermed opstår spørgsmålet, om der er en *absolut grænse for sagens længde*. Tysk ret anvender den dobbelte tid som absolut grænse.<sup>31</sup> Finsk ret har i SL 8:5 en sådan grænse på 30 år for forbrydelser, der ikke kan straffes med fængsel på livstid, dog på 15 år for forbrydelser med en ramme, der ikke overstiger 2 års fængsel. Svensk ret har i BrB 35:6 en absolut grænse på 5 år for bødedeliktter, 15 år for deliktter med ramme indtil 2 års fængsel og 30 år i øvrige tilfælde. De andre nordiske lande har ikke sådanne regler.<sup>32</sup>

På dette område kan nutidens betydeligt større respekt for (de europæiske) *menneskerettigheder* tænkes at føre til en vis nytænkning. EMRK art. 6, stk. 1, 1. pkt., om retten til en retfærdig rettergang lyder:

”Enhver har ret til en retfærdig og offentlig rettergang inden en rimelig frist ... ”

Tilsvarende Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder art. 47, stk. 2.<sup>33</sup> I de forklarende bemærkninger til dette siges, at ”garantierne i EMK [finder] anvendelse på lignende måde”.<sup>34</sup> De netop nævnte absolutte frister kunne være en sådan menneskeretlig garanti, men de er så lange, at de i hvert fald ikke altid er tilstrækkelige til at sikre mod konventionsstridige forsinkelser.

I dansk retspraksis har man i en række tilfælde taget stilling til betydningen af langsommelig sagsbehandling.

UfR 1997.1292 Ø (”Tolddatapladesagen”): Straffen for afgiftsunddragelse blev gjort betinget. Sagen havde varet 10 år. I hvert fald 5 år af efterforskningen og sagsforberedelsen skyldtes forhold hos det offentlige, som de tiltalte ikke havde haft indflydelse på. Domsforhandlingerne på 2½ år skyldtes ikke, at de enkelte forhold var komplicerede. Smh. også UfR 2000.2134 Ø.

UfR 1998.1752 Ø (”Nordisk Fjer”): Sagen havde varet mere end 7½ år fra sigtelse til endelig dom. På grund af sagens karakter ansås dette ikke for stridende mod menneskerettighederne med hensyn til de tiltalte, der blev dømt for groft bedrageri. Derimod blev sagens længde for de tre revisorer, der alene var tiltalt for groft uagtsomme forhold, anset for en overtrædelse af EMRK. Alle fik lavere straffe under hensyn til den belastning, som den langvarige sagsbehandling havde påført dem.

<sup>31</sup> Strafgesetzbuch § 78c, stk. 3, og Ordnungswidrigkeitengesetz § 33, stk. 3.

<sup>32</sup> I Norge har der været forslag herom, men Straffelovkommissjonen har taget afstand fra den, jfr. NOU 2002:4 s. 268 f.

<sup>33</sup> EFT 18.12.2000 C 364/20.

<sup>34</sup> Note fra præsidiets af 11. oktober 2000.



UfR 1998.1759 Ø: En bedragerisag havde verseret mere end 6 år. Efter en vurdering af de tiltaltes "egen skyld", sagens ringe omfang og dens manglende kompleksitet konstateredes det, at der forelå en krænkelse af EMRK. Domme-  
ne gjordes betingede.<sup>35</sup>

UfR 1999.337 Ø: En fiskerisag havde været 5 år. Det ansås ikke for en krænkelse af EMRK, idet en væsentlig del af forsinkelsen skyldtes, at de tiltalte flere gange havde anmodet om udsættelse. Smh. også UfR 2001.2345 H om momsunddragelse, der havde været mere end 10 år.

UfR 2001.1406 Ø: T kørte for hurtigt 6.1.1998. Tiltale blev rejst 24.7.1998. Byretten afsagde dom 17.2.2000 og landsretten 8.3.2001. Dette forløb fandtes ikke at være en krænkelse af EMRK.

De danske domstole har således valgt at imødegå krænkelse af EMRK art. 6 ved at udmåle mildere straffe. Tilsvarende gøres i andre lande.<sup>36</sup> Det må imidlertid fremhæves, at kompensationen gennem den lavere straf ikke ophæver krænkelsen af menneskerettighederne. Derimod kan den få betydning for udmålingen af den erstatning, som staten ellers kan blive pålagt.

I nogen grad forbunden med dette spørgsmål er spørgsmålet om vurderingen af sager, der kommer til *pådommelse meget sent, evt. kort før sagen ville være forældet*. I den svenske brottsbalk er det et strafudmålingshensyn, "om en i förhållande till brottets art ovanligt lång tid förflutit sedan brottet begicks".<sup>37</sup> I forslaget til en ny finsk straffelov findes en strafudmålingsregel, der gør "den anmärkningsvärt långa tid som har förflutit sedan brottet begicks" til en formildende omstændighed. Den begrundes i de samme hensyn, som ligger bag forældelsesreglerne. Det "förutsätts att det straff som hade mätts ut enligt vedertagen praxis skulle leda till ett oskäligt eller exceptionellt skadligt slutresultat. ... Det är inte motiverat att ändra inställningen till ekonomiska brott redan när preskriptionstiden på två år närmar sig sitt slut. Att domstolen däremot dömer ut fullt straff för ett obetydligt förmögenhetsbrott vid pass fem år efter ... kan vara oskäligt ..."<sup>38</sup>

I dansk retspraksis tages der også hensyn til *den forløbne tid* ved straffastsættelsen, selv om der ikke på nogen måde er tale om en menneskeretskrænkelse. Herunder lægges der vægt på, hvordan personen har opført sig i mellemtiden.

<sup>35</sup> I en noget lignende sag blev der givet strafbortfald, jfr. Meddelelser fra Landsforeningen af beskikkede advokater 2002 s. 155.

<sup>36</sup> Se f.eks. det engelske Privy Council's afgørelse i sagen *Mills v HM Advocate and Another*, *The Times Law Supplement* 23. juli 2002. For livsfarligt overfald på en politibetjent reduceredes straffen med 9 måneder til 8½ år.

<sup>37</sup> BrB 29 kap. 5 § punkt 7 med gennemgang af retspraksis i *Ulf Berg et al.* s. 29:49 f.

<sup>38</sup> RP 44/2002 rd, 6 kap. 7 §, komm. s. 204.

UfR 1978.225 V: Straffen for drab (der jo ikke forældes efter dansk ret) blev fastsat under hensyn til, at der var gået 13 år, siden drabet blev begået.

UfR 1982.396 H: Straffen for indbruds- og butikstyverier samt køb af hash blev fastsat under hensyntagen til længden af tidsrummet, siden retsforfølgningen blev indledt.

UfR 1985.611 H: Ved fastsættelsen af straf for tre års handel med hash blev der lagt vægt på, at tiltalte ikke havde handlet de seneste tre år, før undersøgelsen blev indledt.

*Retspolitisk* må det overvejes, om man ved at ændre reglerne kan opnå større sikkerhed for, at der ikke foregår en konventionsstridig, langtrukken sagsbehandling. Man kan f.eks. overveje at lade en ny, men absolut forældelsesfrist af samme længde begynde at løbe ved afbrydelsen af forældelsen. Man kunne også overveje at indføre absolutte forældelsesregler, der er de dobbelte af de nuværende (ikkeabsolutte). Flere muligheder findes. Den mest effektive er nok interne sagsbehandlingsregler i anklagemyndigheden.

## 6. SÆRLIGE FORÆLDELSESREGLER

Den danske straffelov indeholder særregler i § 93 med 5 års frist for visse forretnings- og bogføringsforbrydelser samt told- og afgiftsdelikter og med 10 års frist for visse sædelighedsforbrydelser og told-, skatte- og momsdelikter. Desuden findes der i en række særlove længere forældelsesfrister på 10 år (stærkstrømsloven), 5 år (lovene om skove, plantesygdomme, naturfredning, gas- og vandinstallationer, konkurrence, banker og sparekasser, museer, miljøbeskyttelse, miljø- og genteknologi, Tøndermarsken, kemiske produkter, realkredit, jagt, nikkelskadmiumbatterier, fondsmæglere, værdipapirer, betalingskort, råstoffer, arbejdsmiljø, bygningsfredning, skibsfinansiering, bogføring, fiskeri, EU-bemyndigelser, forurenede jord, stormflod, betalingsmidler, elektroniske signaturer, finansiel virksomhed og elektroniske penge) og 4 år (loven om gødning og plantedække). Listen er ikke fuldstændig.

I den finske strafferet er der særregler om 'tjänstebrott', forbrydelser i ægteskab og miljøkriminalitet.

Den islandske straffelov rummer en særregel om told, skat eller afgifter, samt den ovennævnte regel om forældelsesfristens begyndelse ved sædelighedsforbrydelser mod børn. Desuden findes der særregler i andre love, især i skattelovene.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Jónatan Thórmundsson: Vidurlög vid afbrotum, Reykjavík 1992, s. 309.

Den norske straffelov har den ovenfor nævnte særregel om fristens begyndelse for sædelighedsforbrydelser mod børn. Ligningsloven har en særregel på 10 år, og loven om betaling af skat en 3-års regel. Endvidere findes der en særregel i årsregnskabsloven på 5 år. Straffelovkommissionen har foreslået forlængede frister ved konkurs og gældsforhandling for regnskabs- og kreditorforbrydelser.<sup>40</sup>

Den svenske brottsbalk indeholder visse særregler vedrørende sædelighedsforbrydelser mod børn, bogføringsforbrydelser og skattedelikter. Det samme gælder skattebrottslagen, tryckfrihetsförordningen og yttrandefrihetsgrundlagen.

Det er uendelig meget lettere at skaffe sig et overblik over det egne lands lovgivning. Det er derfor særdeles muligt, at der faktisk er flere særregler end de nævnte i de andre lande. Jeg er dog rimeligt sikker på, at Danmark skiller sig ud gennem mængden af særregler. Om fristerne også faktisk er længere i Danmark afhænger selvsagt af, om de andre lande når samme resultat ved at anvende andre strafferammemaxima, eller fordi de ikke har den særlige regel om konkret forskyldte bødestrafte.

I Danmark antog man tidligere, at særlovskriminalitet slet ikke var undergivet obligatorisk forældelse. I forbindelsen med reformen anså man det for tvivlsomt, om de nye regler overalt ville føre til rimelige resultater. Straffelovrådet foreslog derfor i 1966,<sup>41</sup> at der kunne optages særregler i de love, der regulerede områder, hvor de generelle regler i straffeloven ville være uhensigtsmæssige. Straffelovrådet pegede især på

” ... områder, hvor lovovertrædelsens opdagelse er forbundet med særlige vanskeligheder, og hvor det derfor af hensyn til retshåndhævelsens effektivitet er påkrævet at kunne påtale og pådømme også overtrædelser, der først opdaget længere tid efter, at de er begået ... ”

Men Straffelovrådet advarede samtidig:

”Det er rådets hovedsynspunkt, at der bør udvises megen tilbageholdenhed med på nuværende tidspunkt at søge sådanne særregler gennemført. ... [P]rincipielle grunde taler for, at særlovsovertrædelser undergives samme forældelsesregler som straffelovsovertrædelser. ... [I] de andre nordiske lande ... forekommer særregler ... i speciallovgivningen praktisk taget ikke uden for den fiskale lovgivning. ... Særreglerne må herefter søges reserveret for områder, hvor et erfaringsmateriale har vist, at en betragtelig del af de straffesager, der har været rejst, har angået forhold, der ville have været forældet ... ”

<sup>40</sup> NOU 2002:4 s. 486 og 270 med § 15–7.

<sup>41</sup> Betænkning nr. 433/1966 s. 37.

Samtidig med den generelle lovændring i 60'erne indførtes der særregler i nogle få love, og dermed blev det i en halv snes år. Derefter startede flodbølgen af særregler. I motiverne til de første henviste man til en del af de kriterier, som Straffelovrådet havde anvendt, f.eks. at brud på reglerne om installation af gas "typisk vil optræde som skjulte fejl og først vil kunne konstateres længe efter",<sup>42</sup> at overtrædelser af monopolloven "er undergivet særlige opdagelsesvanskeligheder",<sup>43</sup> og at bank- og sparekassetilsynet kun inspicerer hvert tredje år.<sup>44</sup> Derimod glemte man sædvanligvis rådets krav om fordelingen af de eksisterende sager. Og snart blev det til, at begrundelsen blot var, at der var andre love med særregler, eller at der var andre love med en forlænget frist,<sup>45</sup> eller at man slet ikke gav nogen begrundelse,<sup>46</sup> eller at man blot henviste til manglende lyst til eftertanke ved lovkonciperingen.<sup>47</sup>

De særlige 10-års regler for skattedelikter m.m. i dansk ret lader sig ikke begrunde. Deres eksistens kan kun forstås i den historiske sammenhæng. Det er, som nævnt, ikke så længe siden, at de var uforældelige.

De mange 5-års regler er derimod naturlige. Typisk foretages der en gang om året en eller anden forvaltningskontrol af en række områder, jfr. f.eks. den årlige selvangivelse eller årsregnskaberne. Der kan derfor meget let være handlinger, som tidligst kommer til myndighedens kundskab op mod et år efter, at de er begået. Når oplysningerne derefter skal kontrolleres, bearbejdes og analyseres, før de sendes videre til anklagemyndigheden, bliver 2-års fristen urealistisk kort.<sup>48</sup>

## 7. FORÆLDELSESAFBRYDELSENS FORM

Dansk ret lægger i denne forbindelse vægt på, hvad sagens udfald skal være. Hvis det skal være en dom fra de almindelige domstole, afbrydes forældelsen "ved ethvert rettergangsskridt, hvorved den pågældende sigtes for overtrædel-

<sup>42</sup> Folketingstidende 1977-78 A.1909.

<sup>43</sup> Folketingstidende 1978-79 A.797.

<sup>44</sup> Folketingstidende 1979-80 A.3177.

<sup>45</sup> Museumsloven, Folketingstidende 1983-64 A.851, og realkreditloven, s.st. 1989-90 A.843.

<sup>46</sup> Loven om beskyttelse af de dyre koge i Tøndermarsken, jfr. Folketingstidende 1987-88 A.1879, fondsmæglerloven, s.st. 1995-96 A.1909 og loven om elektronisk signatur, s.st. 1999-2000 A.6346.

<sup>47</sup> Jagtloven; Folketingstidende 1992-93 A.577: "Af retstekniske grunde foreslås 5-års fristen at skulle gælde for samtlige de lovovertrædelser ..."

<sup>48</sup> Det gælder i udpræget grad ved det politiske systems kommissionsdomstole m.m. *Erik Ninn-Hansen* s.st. har da også kritiseret, at der er en 5-års frist for ministeransvar. Smh. betænkning nr. 433/1966 s. 15.

sen" (strl. § 94, stk. 5, 1. pkt.). Hvis sagen søges endt med vedtagelse af et bødeforelæg fra politiet, afbrydes forældelsen, "når sigtede gøres bekendt med forelægget" (2. pkt.). Hvis straf for overtrædelsen kan pålægges af en anden administrativ myndighed, afbrydes forældelsen, "når den pågældende gøres bekendt med, at han er sigtet for overtrædelsen" (3. pkt.).<sup>49</sup>

Disse regler er for det 1ste vanskelige at læse. "Rettergangsskridt" forstås i praksis på den måde, at det er de skridt, som anklagemyndigheden går til retten, f.eks. indgivelse af begæring om ransagning – ikke, som man kunne tro, rettens handlinger.<sup>50</sup> Det er yderst sjældent, at en administrativ myndighed efter dansk ret kan "pålægge" en straf; derimod er det ganske ofte muligt at forelægge en straf til vedtagelse. 3. pkt. opfattes derfor(?) som omfattende også disse tilfælde til trods for ordlyden. Straffelovrådet overvejede tredelingens berettigelse og fandt, at kravet om rettergangsskridt "indeholder en garanti imod, at afbrydelse sker ved skridt, der savner rimeligt grundlag".<sup>51</sup> Men rådet forklarede ikke, hvorfor dette ikke var så vigtigt ved de andre afbrydelsesformer. Begrundelsen var formentlig, at det her "kun" drejede sig om bøder; men disse bøder, f.eks. fra told- og skattevæsenet, kan være velfærdstruende. Endvidere er det vanskeligt at forstå og tro, at selve formen for afbrydelse skaber en sådan garanti.

For det 2det er det vanskeligt at se en begrundelse for, at der skal være forskel på de tre situationer. Det afgørende for den sigtede er ikke, hvilken form den sluttelige sanktion vil få, men at blive bekendt med sigtelsen, således at der kan etableres et forsvar, sikres beviser m.m.<sup>52</sup>

Ud fra denne synsvinkel er det – for det 3dje – uheldigt, at domstolene anser forældelsen for afbrudt, hvis den sigtede anmoder om at få en forsvarer beskikket.<sup>53</sup>

Retspolitisk taler meget for, at det afgørende bliver, at sigtede gøres bekendt med sigtelsen. Hvis dette ikke er muligt, bør det afgørende blive rettergangsskridtet – dog ikke rettergangsskridt, som foretages efter anmodning af den sigtede.

Det bør endvidere overvejes, om forældelsen skal kunne afbrydes af andre undersøgelsesorganer, f.eks. politisk udpegede kommissionsdomstole.

<sup>49</sup> Tilsvarende den islandske straffelovs § 82, stk. 4. N.strl. § 69 mangler den mellemste form (om politiets bødeforelæg).

<sup>50</sup> I norsk ret forstås 'rettergangsskridt' endnu videre som også omfattende "forføyninger som foretas av påtalemyndigheten ... bl.a. ... beslutning om pågripelse, beslag eller ransaking ... eller utferdiger tiltalebeslutning", jfr. *Magnus Matningsdal* i Straffelovskommentaren ad § 69 (under trykning).

<sup>51</sup> Betænkning nr. 433/1966 s. 22.

<sup>52</sup> Jfr. NOU 2002:4 § 15–5 med s. 270.

<sup>53</sup> UfR 1987.904 H. Hertil *Thomas Rørdam*: Højesteretskendelse om afbrydelse af strafferetlig forældelse ved forsvarerbeskikkelse, Advokaten 1987 s. 473 f. Dette gælder også i tysk ret.

## 8. FORÆLDELSESFRISTEN M.H.T. JURIDISKE PERSONERS ANSVAR

De almindelige forældelsesfrister gjaldt efter dansk ret indtil 2002 også for juridiske personer. Eftersom sanktionen altid er en bøde, ville forældelsesfristen altid være 2 år, medmindre der var en særregel på området, f.eks. m.h.t. skattemdelikter.<sup>54</sup> Straffelovrådet udtalte i 1995, at der ikke var behov for særregler for juridiske personer.<sup>55</sup>

I 2002 gik lovgivningsmagten i den modsatte grøft, idet den indsatte en regel i d.strl. § 93, stk. 1, nr. 1, hvorefter den særlige regel om 2-årig forældelse af strafansvar, der konkret ville medføre bøde, ikke finder anvendelse på juridiske personer.<sup>56</sup>

Meget taler dog for at have en regel, hvorefter juridiske personer også i relation til forældelse ligestilles fuldt ud med fysiske personer.<sup>57</sup> Smh. n.strl. § 67, stk. 5, hvorefter ”foreldelse af straffansvaret for foretak beregnes ut fra straffesammen for enkeltpersoner”.

## 9. AFBRYDELSE OVER FOR JURIDISKE PERSONER

De danske regler om juridiske personers strafansvar er stærkt inspireret af norsk ret. Det gælder også på dette punkt. Efter n.strl. § 67, stk. 5, afbrydes fristen over for virksomheden, når den afbrydes ”overfor noen som har handlet på vegne av” virksomheden. D.strl. § 94, stk. 5, 4. pkt., lyder:

”Afbrydes forældelsesfristen over for nogen, som har handlet på en juridisk persons vegne, har fristafbrydelsen også virkning i forhold til den pågældende person.”

Hvis man tager denne bestemmelse helt bogstaveligt – og det gør man både i Danmark og Norge – kan man afbryde forældelsen over for et selskab, som tiltales på grund af en handling foretaget af en helt underordnet medarbejder, f.eks. en rengøringsassistent, der er kommet til at røre ved en hane, så gift er strømmet ud i en nærliggende å, ved en meddelelse til den pågældende rengø-

<sup>54</sup> F.eks. UfR 1983.845 Ø og 1992.560 H.

<sup>55</sup> Straffelovrådets betænkning om juridiske personers bødeansvar, nr. 1289, 1995, s. 190; jfr. også Justitsministeriet i Folketingstidende 1995–96 A.4050.

<sup>56</sup> Lov nr. 378 af 6. juni 2002.

<sup>57</sup> Justitsministeriet har lovet *Gorm Toftegaard Nielsen*, at spørgsmålet vil blive forelagt Straffelovrådet.

ringsassistent. Og det gælder, selv om den pågældende i mellemtiden er blevet fyret på grund af denne handling. I Straffelovskommentaren antager Gorm Toftegaard Nielsen sågar, at det er tilstrækkeligt, at afbrydelsen ”sker over for den menige medarbejder, der formodes[!] at have foretaget handlingen”.<sup>58</sup> Disse regler er det meget vanskeligt at forene med princippet bag EMRK art. 6, stk. 3:

”Enhver, der er anklaget for en lovovertrædelse, skal mindst have ret til følgende:

- a) at blive underrettet snarest muligt ...
- b) at få tilstrækkelig tid og lejlighed til at forberede sit forsvar;
- c) at forsvare sig personligt ...

...”

Straffelovens bestemmelse bør derfor fortolkes indskrænkende (eller ændres), så reglen enten bliver, at forældelsen skal afbrydes over for selskabets ledelse, som kan træffe de nødvendige foranstaltninger, eller i det mindste over for en person, der i øvrigt kan modtage procesmeddelelser.<sup>59</sup> Efter dansk ret ville det i hvert fald betyde, at anklagemyndigheden ikke længere kan afbryde forældelsen over for en tidligere ansat.

Dette ville stemme med det almindelige princip, hvorefter forældelsen skal afbrydes over for hver enkelt ansvarlig fysisk person, også selv om de opfylder medvirkensbetingelserne (d.strl. § 23). Strafansvaret er individuelt og personligt – hvad enten det drejer sig om flere fysiske personer eller flere juridiske personer;<sup>60</sup> forældelsen må derfor også afbrydes over for hvert enkelt individ.<sup>61</sup> Det vil endvidere være i overensstemmelse med den reale begrundelse for reglerne om afbrydelse, hvorefter personen skal kunne sikre sig beviser, hyre forsvarer etc.<sup>62</sup>

## 10. EFTERSKRIFT

Det foranstående har efter min mening vist, at der er behov for på ny at få gennemset forældelsesreglerne med henblik på (gen)skabelsen af den nordiske retsenhed, som er sivet bort. Det er stor skade, at den nordiske strafferetskomité

<sup>58</sup> *Vagn Greve* et al. s. 417.

<sup>59</sup> Retsplejelovens § 157.

<sup>60</sup> Smh. rigsadvokatens meddelelse nr. 5/1999 om valg af ansvarssubjekt i sager om virksomhedsansvar.

<sup>61</sup> Den modsatte regel i EUs kartel- og transportstrafferet (RFO 2988/74 af 26. november 1974, EFT 1974 L 319/1 art. 2, stk. 2) er af de anførte grunde uacceptabel.

<sup>62</sup> Svensk ret stemmer hermed, jfr. NJA 1983.741, hvor stævning mod en direktør ikke afbrød forældelsen m.h.t. vite til selskabet.

er blevet nedlagt. Dens erstatning – en anonym, såkaldt ekspertgruppe af embedsmænd<sup>63</sup> – kan ikke løfte arven. I dag ligger opgaven og venter på, at de nordiske universiteter eller de nordiske kriminalistforeninger tager den op.

## FORKORTELSER

BrB	Den svenske brottsbalk
d.strl.	Den danske straffelov
EFT	De Europæiske Fællesskabers Tidende
EMRK	Den Europæiske Menneskeretskonvention
H	Højesterets dom
ICC	The International Criminal Court
n.strl.	Den norske straffelov
SL	Den finske strafflag
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
V	Vestre Landsrets dom
Ø	Østre Landsrets dom

---

<sup>63</sup> *Fredrik Wersäll*: Nordiskt straffrättsligt samarbete – praktiska erfarenheter, TemaNord 2000:614: Utvecklingen av det nordiska lagstiftningssamarbetet under inverkan av EU och EES, s. 69 ff.



## Tuomioistuimet ja kriminaalipolitiikan punainen lanka

I. Kriminaalipolitiikka ja kriminaalipoliittinen päätöksenteko on nykyään laaja kenttä, jolla on paljon toimijoita. Eri toimijoiden tehokas yhteistyö on tämän ajan avainasioita. Tästä huolimatta keskityn seuraavassa yhteen kriminaalipoliittisen kentän osa-alueeseen, tuomioistuinlaitokseen ja sen asemaan tämän päivän kriminaalipoliittisessa päätöksenteossa.

Jos kriminaalipolitiikalla tarkoitetaan päätöksentekoa, joka vaikuttaa Suomen rikosoikeudellisen oikeusjärjestyksen sisältöön, tuomioistuimet rikosoikeudellisella lainkäytöllä osallistuvat kriminaalipoliittiseen päätöksentekoon ja ovat kriminaalipoliittisia vaikuttajia. Jos kriminaalipolitiikalla tarkoitetaan määriteltyjä kriminaalipoliittisia tavoitteita kohti suunnitelmallisesti pyrkivää toimintaa ja päätöksentekoa, on jo kysymyksenalaista, kuuluvatko tuomioistuimet esimerkiksi oikeusministeriön, hallituksen ja eduskunnan kanssa kriminaalipoliittisiin toimijoihin.

Tuomioistuimilla ei ole varsinaisia kriminaalipoliittisia tavoitteita, joita ne johdonmukaisesti tavoittelisivat päätöksenteossaan. Ne ratkaisevat yksittäistapauksia eivätkä toteuta mitään erityistä kriminaalipoliittista ohjelmaa tai suunnitelmaa. Voidaan myös sanoa niin, ettei tuomioistuimilla ole edellytyksiä suunnitelmalliseen kriminaalipolitiikkaan, koska ne ovat päätöksenteossaan sidottuja niihin juttuihin, jotka niihin tuodaan ratkaistaviksi. Ne eivät tavallaan voi puuttua uusiin asioihin vaan ovat sidottuja menneessä ajassa tapahtuneisiin asioihin.

1. Kuitenkin tuomareitten asema kriminaalipoliittisina päätöksentekijöinä näyttää viime vuosikymmeninä vahvistuneen. Näin on käynyt ennen kaikkea sen takia, että lainkäyttäjät ovat viimeisten vuosikymmenten aikana saaneet olennaisesti lisää lopputulokseen, tuomioon vaikuttavaa kriminaalipoliittista harkintavaltaa. Onneksi tähän on kaiken aikaa liittynyt tämän harkintavallan oikeudenmukaista ja yhdenmukaista käyttöä tukevaa kehitystä.

Rikosoikeudellinen lainsäädäntö on uudistunut johdonmukaisella tavalla ja rikoslain kokonaisuudistus on vuosien työn jälkeen loppusuoralla – vihdoin saatiin eduskuntaan myös hallituksen esitys rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi (HE 44/2002 vp). Tavoitteena on saada asia valmiiksi vaalikauden viimeisten valtiopäivien aikana. Nykyinen lainsäädäntö tar-

joaa selkeästi paremman pohjan tuomioistuinten päätöksenteolle kuin takavuosi-kymmenien vanhentunut ja kriminaalipoliittisesti ristiriitainen lainsäädäntö. Tämän lisäksi tuomarikunnan omat valmiudet kriminaalipoliittisesti linjakkaaseen ja yhdenmukaiseen päätöksentekoon ovat parantuneet. Koulutuksella – niin yliopistollisella kuin ammattitoimintaan liittyvällä jatkokoulutuksella – on tässä ollut oma ratkaisevan tärkeä roolinsa. Myös tuomarin päätöksentekoa tukevaa tietoa on nyt saatavissa nopeammin ja helpommin kuin aikaisemmin. Korkeimman oikeuden prejudikaatit ovat saavutettavissa lähes reaaliaikaisesti. Myös muusta käytännöstä on saatavissa jatkuvasti uusiutuvaa tietoa esimerkiksi Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen vuosittaisesta Rikollisuustilanne – katsauksesta. Rikosoikeudellinen kirjallisuus eri muodoissaan on alkanut uusiutua ja pysyä myös ajan tasalla. Yleisistä opeista on saatu useampia teoksia (*Ari-Matti Nuutila*, Rikoslain yleinen osa. Kauppakaari Oy. Helsinki 1997 ja *Dan Frände*, Allmän straffrätt. Publikationer från juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet. Helsingfors 2001). Käytettävissä on myös laaja rikoslain kommentaari (Oikeuden perusteokset. Rikosoikeus. WSOY 2.p. Helsinki 2002).

II. Rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyä on myös pystytty kehittämään monella järkevällä uudistuksella. Vähäisempiä asioita on siirretty kokonaan pois tuomioistuinmenettelystä ratkaistavaksi syyttäjien toimesta tai hallinnollisessa menettelyssä. Käräjäoikeuksien päätöskokoonpanoja ja menettelyä on uudistettu kriminaalipoliittisesti hyväksyttävällä tavalla joustavaksi. Perinteiset ja muutkin yksinkertaiset jutut pystytään hoitamaan tuomioistuimissa nykyisin kohtuullisen hyvin. Mutta ongelmiakin on edelleen olemassa. Niitä kohdataan ennen kaikkea laajojen rikosjuttujen käsittelyssä.

1. Uskaltaisin väittää, että ongelmat laajojen rikosjuttujen käsittelyssä ovat vielä kärjistyneet, sen jälkeen kun oikeudenmukainen oikeudenkäynti sekä perus- että ihmisoikeutena on saanut merkittävän aseman laajoissa rikosjutuissa. Tämä sinänsä on myönteistä ja hyväksyttävää. Oikeudenmukainen oikeudenkäynti kaikine yksityiskohtineen kuuluu myös laajojen rikosjuttujen käsittelyyn. Varsinainen ongelma johtuu nähdäkseni siitä, että nimenomaan laajoissa rikosjutuissa aineellinen rikosoikeus ja rikosasian menettely (rikosprosessi) ovat yhä voimakkaammin kietoutuneet yhteen. Sen takia menettelypuolen ongelmat ovat merkityksellisiä myös aineellisen rikosoikeuden toteutumisessa. Ainakin minulle on syntynyt sellainen käsitys, että aineellinen rikosoikeus ei toteudu – eikä toimi – laajoissa talousrikos- ja huumejutuissa yhtä hyvin kuin esimerkiksi perinteisissä rikosjutuissa. Kun menettely ei toimi tyydyttävästi, ei sinänsä kunnossa oleva aineellinen oikeus pääse toteutumaan lainkaan tai sen toteutuminen ainakin vaatii aikaa selvästi enemmän kuin rikosasioissa yleensä

2. Laajojen rikosjuttujen käsittely vie aikaa menettelyn kaikissa vaiheissa. Poliisin esitutkinta kestää. Syyttäjän syyteharkintakin ottaa luonnollisista syistä aikaa. Käsittely käräjäoikeudessa useita päiviä tai viikkoja kestävine pääkäsittelyineen antaa odottaa ensimmäistä tuomiota. Mutta suurimmat ongelmat liittyvät tällä hetkellä muutoksenhakumenettelyyn. Sen vuoksi keskityn seuraavassa vain tähän vaiheeseen.

3. Muutoksenhausta käräjäoikeudesta hovioikeuteen on viime aikoina keskusteltu runsaasti varsinkin sen jälkeen, kun *muutoksenhakutoimikunnan* osamietintö (komiteanmietintö 2001:10) valmistui vuoden 2001 syksyllä. Asiaa koskeva *hallituksen esitys* (HE 91/2002 vp) annettiin eduskunnalle 28.6.2002 ja on tarkoitus käsitellä eduskunnassa vielä näiden valtiopäivien aikana.

Nykyisen hovioikeusmenettelyn perusongelmana muutoksenhakutoimikunnan mietinnössä pidetään sitä, että täysimittaisia suullisia pääkäsittelyjä joudutaan järjestämään myös asioissa, joissa se ei olisi tarpeen. Tämän ongelman poistamiseksi ehdotetaan muutoksenhakutoimikunnan osamietinnössä – ja nyt siis myös eduskunnalle annetussa hallituksen esityksessä – valitusten käsittelyn eriyttämistä eli ns. seulontamenettelyn käyttöönottoa hovioikeuksissa. Tämä sinänsä on merkittävä asia. Mutta se ei ole ongelmien ydin tässä yhteydessä.

Muutoksenhakutoimikunnalta edellytettiin eduskunnan lakivaliokunnan esittämän toivomuksen mukaisesti kokonaisvaltaista näkemystä hovioikeusmenettelyn uudistamisesta ja sellaista nähdäkseni todella tarvitaan. Sen vuoksi on syytä aloittaa hovioikeusmenettelyn perusteista. Silloin paljastuu lähtökohtaiseksi nykytilanteen ongelmaksi se, että pääkäsittelytilanteissa hovioikeusmenettely on monesti muodostunut käräjäoikeusmenettelyn toisinnoksi tai uusinnaksi. Erityisesti jos on kysymys esitetyn todistelun uskottavuuden arvioinnista ajatellaan ilmeisesti yleisesti niin, että jotta hovioikeus pääsisi todistelun arvioinnissa samaan asemaan kuin käräjäoikeus todistelu on sellaisenaan esitettävä uudelleen hovioikeudessa.

Käräjäoikeudessa lähdetään liikkeelle jutun nollapisteestä. Kaikki juttuun liittyvät asia- ja oikeuskysymykset on selvitettävä alusta alkaen. Kaikki ratkaisun osatekijät selvitetään käräjäoikeudessa. Hovioikeus ei aloita nollapisteestä. Hovioikeuden oikeudenkäynti koskee käräjäoikeuden ratkaisemaa asiaa siltä osalta kuin käräjäoikeuden ratkaisu on valituksessa riitautettu. Hovioikeusmenettelyn pitäisi kaikkien järkisyiden mukaan rakentua käräjäoikeusmenettelyn ja käräjäoikeuden ratkaisun varaan. Tämä edellyttää, että hovioikeudessa tiedetään mahdollisimman täydellisesti, mitä käräjäoikeudessa on tapahtunut ja tätä tietoa myös hyödynnetään hovioikeusmenettelyssä.

Nykyisin tieto käräjäoikeusmenettelystä välittyy hovioikeudelle lähinnä valituksen ja vastauksen sekä hovioikeudessa esitetyn todistelun kautta. Käräjäoikeusmenettely kyllä nauhoitetaan ja käräjäoikeuden on toimitettava äänitteet ho-

vioikeudelle. Tuomioistuimen määräyksestä äänite voidaan myös purkaa kirjalliseen muotoon. Mutta näin menetellään käytännössä ilmeisesti harvoin. Nauhojen purkaminen kirjalliseen muotoon on työlästä ja aikaa vievää työtä. Sen vuoksi se on pakosta myös kallista ja onnistuu yleensä vain nauhoituksen tehneessä tuomioistuimessa. Todistelutallenteiden käytöstä hovioikeudessa ei ole mitään säännöksiä ja se näyttäisi olevan tapauskohtaisen harkinnan varassa. Pääasiallisesti tallenteita hyödynnetään nähtävästi käräjäoikeudessa annetun lausuman sisällön selvittämiseksi silloin, kun hovioikeudessa on erimielisyyttä alioikeudessa annetun lausuman oikeasta sisällöstä.

Tietoa siitä, mitä käräjäoikeudessa on tapahtunut, tarvittaisiin hovioikeusmenettelyn valmistelussa. Tämän tiedon avulla valmistelusta vastaava jäsen voisi yhdessä asianosaisten kanssa tehokkaasti rajata hovioikeusmenettelyä. Nykytilanteen yksi ongelma on ilmeisesti se, ettei valmistelu hovioikeudessa toimi ainakaan yhtä tehokkaasti kuin valmistelu käräjäoikeuksissa. Eduskunnassa olevassa hallituksen esityksessä 83/2001 vp ehdotetaan säädettäväksi nykyistä tarkemmin hovioikeusmenettelyn valmistelussa selvitettävistä asioista. Muutosehdotuksilla korostetaan valmistelun merkitystä ja pyritään valmistelukäytäntöjen parantamiseen. Samaan suuntaan ollaan pyrkimässä hovioikeuksien sisäisissä kehityshankkeissa.

4. Valmistelun tehostaminen tulee varmuudella parantamaan hovioikeusmenettelyn rajaamista ja rakentumista käräjäoikeusmenettelyn pohjalle. Mutta pidän *kynnyskysymyksenä* tässä asiassa digitaalitekniikan käyttöönottoa äänen tallentamisessa ja siirrossa sekä tällä tekniikalla aikaansaadun materiaalin täysimääräistä hyödyntämistä hovioikeudessa. Tällainen tekniikka on jo käytössä Iisalmen käräjäoikeudessa ja myös äänen siirto Itä-Suomen hovioikeuteen toimii. Uusi tekniikka nostaa ratkaisevasti äänentoiston laatua. Äänitallenteelta voidaan helposti ja nopeasti löytää haluttu kohta. Äänityksen sisältö voidaan sähköisesti siirtää paitsi hovioikeuteen myös asianosaisille. Siten tieto tapahtumista käräjäoikeudessa on helposti kaikkien asianosaisten saatavissa. Näin esimerkiksi syyttäjät ja asianajajat voivat täysin keskittyä osallistumiseen oikeudenkäyntiin tarvitsematta tehdä omia muistiinpanoja tapahtumista. Toisaalta on täysin selvää, että jos hovioikeudessa on todella kysymys jonkun todistajan uskottavuuden arvioinnista, häntä on kuultava uudestaan hovioikeudessa.

Uuden äänitystekniikan hyödyntäminen hovioikeusmenettelyssä jäisi tietysti riippumaan jutun laadusta. Eniten sillä olisi merkitystä juuri laajojen juttujen hovioikeuskäsittelyn valmistelussa. Periaatteessa aina olisi käytettävissä autenttinen, täydellinen tieto siitä, mitä käräjäoikeuden pääkäsittelyssä on tapahtunut. Tähän asti käytössä olleen äänitystekniikan vähäksi jääneen hyödyntämisen takana on epäilemättä sen epäluotettavuus ja vaikea käytettävyys.

5. Nykytilanteen kriitikot ovat esittäneet parannukseksi palaamista ainakin osittain vanhaan kirjalliseen menettelyyn esimerkiksi siten, että oikeudenkäyntikijelmät hyväksyttäisiin oikeudenkäyntiaineistoksi aikaisemmassa laajuudessa ja todistajankertomukset pöytäkirjattaisiin entiseen tapaan. Tämän kritiikin perusteet ovat ymmärrettäviä. Kuitenkin pidän parempana vaihtoehtona menettelyn suullisuuden ja välittömyyden säilyttämistä käräjäoikeudessa ja niiden lisäämistä hovioikeusmenettelyssä. Ainakin tuomioistuimen toimesta kirjattu oikeudenkäyntiaineisto on aina epäluotettavampaa kuin autenttinen materiaali. Rikosoikeudenkäynnin kehittämisessä on syytä aina valita se vaihtoehto, joka parhaiten takaa aineellisen totuuden saavuttamisen.

III. Niin kuin edellä jo totesin, Suomen kriminaalipoliittinen tilanne 1960-luvulla oli myös tuomioistuinnäkökulmasta epätydyttävä. Tyytymättömyys vallitsevaan tilanteeseen purkautui 1960-luvun jälkipuoliskolla voimakkaaseen julkiseen kriminaalipoliittiseen keskusteluun. Ja harvinaisen nopeasti alkoi muodostua johdonmukainen kriminaalipoliittinen linja, joka löi itsensä nopeasti läpi rikosoikeudellisessa lainsäädännössä. Hoitoideologian torjumisessa ja uusklassisen ajattelun omaksumisessa Suomi nousi Pohjoismaiden kärkeen. Rikoslain kokonaisuudistus pantiin vireille. Suomen vankiluku lähti laskemaan kohti pohjoismaista tasoa.

Epäilemättä 1970-luvun kriminaalipoliittista ajattelua on jouduttu tarkistamaan. Esimerkiksi uusklassisesta ajattelusta on jouduttu osittain luopumaan. Sitten esimerkiksi perus- ja ihmisoikeusajattelu on viime aikoina tuonut rikosoikeuteen ja kriminaalipolitiikkaan uusia ulottuvuuksia. Mutta 1960-luvulta alkunsa saanutta valtavirtaa on jatkuvasti seurattu. Linjan vahvuus on ollut siinä, että sen taakse ovat omista lähtökohdistaan tulleet laajat viranomais- ja asiantuntijapiirit. Ajattelutavan johdonmukaisuus on tehnyt helpoksi saavuttaa kokonaisnäkemys siitä, mistä suomalaisessa kriminaalipolitiikassa on näinä vuosikymmeninä ollut kysymys. Tällaista taustaa vasten arvioin tuomioistuinten nykyistä roolia voimassaolevan suomalaisen rikosoikeudellisen järjestelmän toteuttamisessa.

1. Tuomioistuimen perustehtävänä rikosoikeudenkäynnissä on aineellisen totuuden selvittäminen ja rikosoikeudellisten seuraamusten määrääminen. Molemmat ovat edelleenkin tuomioistuinnäkökulmasta monessa rikosjutussa helposti ratkaistavissa. Mutta kehityksen suunta lienee se, että tuomistuin joutuu kohtaamaan nämä kysymykset yhä useammin vaikeasti ratkaistavina.

1.1. Syyllisyyskysymyksen ratkaiseminen vaikeissa tapauksissa on aina viime kädessä ainutkertainen ratkaisu. Tuomioistuimen oman kannan ottaminen siihen ja vastaavasti tuomioistuimen ratkaisun arviointi edellyttää tutustumista koko

oikeudenkäyntiaineistoon. Sen vuoksi tuomioistuimen ratkaisun arviointi tällaisessa tilanteessa on vähintään yhtä vaikea tehtävä kuin tuomioistuimen syyllisyyskysymystä koskeva ratkaisu. Monellakaan ulkopuolisella ei ole mahdollisuuksia tutustua riittävän täydellisesti oikeudenkäyntiaineistoon. Tuomioistuimen tehtävänä on tässäkin tilanteessa perustelujensa kautta luoda edellytykset näyttöharkinnan ymmärtämiselle ja sen arvioimiselle. Mutta syyllisyysratkaisun perustelujen avullakaan ei pystytä loppuun asti arvioimaan ratkaisun oikeellisuutta vaan se edellyttää vaikeissa tapauksissa koko oikeudenkäyntiaineistoon tutustumista.

Tuomioistuin ei vaikeissa tapauksissa voi saada tai löytää yksityiskohtaisia perusteita omalle ratkaisulleen mistään hyväksytyistä oikeuslähteistä. Ehkä kuitenkin esimerkiksi tahallisuuden määrittelemisen kirjoitetussa oikeudessa tulee jonkin verran helpottamaan syyllisyyskysymyksen ratkaisemista – säännösehdotukset sisältyvät edellä mainittuun hallituksen esitykseen 44/2002 vp. Oikeusturvan takeet on jatkossakin haettava suurista oikeusperiaatteista. Lähtökohtana syyllisyyskysymystä ratkaistaessa on syyttömyysolettama. Syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyydestään on esitetty täysi näyttö. Myös syyllisyyskysymyksen ratkaisemista edeltävän menettelyn on taattava syytetylle todelliset mahdollisuudet häneen kohdistettujen syyllisyyspäilyjen torjumiseen.

Tuomarin ammattitaitoon tässä yhteydessä kuuluu se, että hän ymmärtää väärän syyllisyysratkaisun olevan mahdollisen varsinkin jokaisessa vaikeasti ratkaistavissa olevassa jutussa. Sen vuoksi tuomarin asenteen vaikean syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseen täytyy olla varovainen. Tuomioistuimen ratkaisuun perustuva oikeusmurha on aina raskas tappio oikeusvaltiolle. Tuomarin vaihtoehdot syyllisyyskysymystä ratkaistaessa ovat aina vähäiset. Hänellä on aina ratkaisupakko. Ratkaisuvaihtoehtoja on vain kaksi. Syytetty on joko syytön tai syyllinen.

Tuomioistuimen ja tuomarin päätöksenteon helpottaminen ja oikeusvarmuuden lisääminen vaikeissa syyllisyyskysymyksissä ei ole helppoa. Lähinnä voi ajatella tuomareiden ammattitaidon edelleenkehittämistä. Joitakin keinoja tähän on vielä todennäköisesti löydettävissä. Myös voisi ajatella oikeusvarmuutta lisättävän kehittämällä muutoksenhakumenettelyä näyttökysymysten ratkaisemisessa entistä luotettavammaksi ja keskittämällä muutoksenhakuasteen resursseja niihin juttuihin, joissa ollaan tekemisissä vaikeasti ratkaistavien näyttökysymysten kanssa – tähän ollaan pyrkimässä ehdotuksilla hallituksen esityksessä 91/2002 vp.

Mielenkiintoista olisi selvittää tuomitsemiskynnystä eli täyden näytön vaatimuksen täyttymistä. Kysymyksiä olisi monia. Vaihtelee ko tuomitsemiskynnys eri rikosten kohdalla. Onko eri tuomioistuinten tuomitsemiskynnysten välillä eroja. Miten keskimääräinen tuomitsemiskynnys on viime vuosikymmeninä ke-

hittynyt. Miten rikosoikeudenkäyntimenettelyn uudistaminen on vaikuttanut tuomitsemiskynnykseen. Toistaiseksi kovin vähän ja vähäisiä vastauksia on saatavissa tämäntapaisiin kysymyksiin. Esimerkiksi näyttöratkaisujen vertailevan perusteluanalyysin kautta saattaisi olla saatavissa lisätietoa. Jos nykyistä enemmän ja parempia vastauksia näihin kysymyksiin ei saada, tuomioistuimet nousevat entistä voimakkaammin paljon haltijoiksi syyllisyyskysymysten ratkaisemisessa.

1.2. Rikosten seuraamusten määräämisessä keskeinen asema on aina ollut rangaistuksilla. Mutta nykyisin esimerkiksi tuomittaviin vahingonkorvauksiin voi liittyä varsin vaikeita ja hankalia kysymyksiä. Keskityn seuraavassa kuitenkin vain rangaistuksen määräämiseen eli rangaistuslajin valintaan ja rangaistuksen mittaamiseen.

Vanha ongelma on rangaistuskäytännön yhtenäisyys. Ja jatkuvasti siihen erimuotoisissa keskusteluissa palataan. Todennäköisesti se on myös ääsisyysongelma. Sitä ei koskaan pystytä ratkaisemaan lopullisesti. Mutta kehityksen suunta viime vuosikymmeninä näyttää myönteiseltä. Rangaistuskäytäntö on kaiken aikaa yhtenäistynyt ja tuomioistuinkohtaiset erot pienentyneet. Kehityksen takana on monia tekijöitä. Viittaa tässäkin yhteydessä tuomarikunnan hyvään kriminaalipoliittiseen kokonaisnäkemykseen ja rangaistuskäytännöstä käytettävissä olevan tiedon jatkuvaan lisääntymiseen. Tuomareiden jatkokoulutuksessa asia on myös jatkuvasti esillä. Esimerkiksi Rovaniemen hovioikeuspiirin viime vuosien lauluhankkeessa koko hovioikeuspiirin tuomarikunta on keskenään pohtinut monen tavallisen rikostyyppin rangaistuskäytäntöä ja siihen liittyen sen yhtenäistämistä – asiasta lähemmin *Esko Oikarinen*, Rovaniemen hovioikeuspiirin tuomioistuinten lauluhankkeista ja niiden vaikuttavuudesta. Pohjois-Suomen tuomarikoulun julkaisuja 1/2002 ss. 155–176.

Tuomioistuinten ”normaalirangaistuskäytäntö” on vähintäänkin tyydyttävässä tilassa. Jos tuomittavien rangaistusten yleisessä linjassa on ongelmia, voi lainsäätäjät aina puuttua asiaan – niin kuin on tapahtunutkin esimerkiksi raiskausrikosten kohdalla, jossa uudella lainsäädännöllä tietoisesti haluttiin koventaa törkeämpien raiskausten rangaistustasoa. Samaa ollaan nyt tavoittelemassa törkeiden pahoinpitelyrikosten kohdalla – törkeän pahoinpitelyn minimirangaistuksen korottaminen lailla 13.7.2001/654. Törkeimmistä rikoksista, kuten henkirikoksista tuomittavista rangaistuksista keskustellaan varsin isoin kirjaimin monen tuomion antamisen jälkeen. Keskustelun takana ei kuitenkaan yleensä näytä olevan jonkin rikostyyppin rangaistus vaan ensisijaisesti se, miksi rikokseksi syytetyn teko rubrisoidaan – onko se esimerkiksi murha vai tappo – mikä saattaa vaikuttaa merkittävästi tuomittavan rangaistuksen määrään.

Normaalirangaistuksesta poikkeaminen on käytettävän tunnusmerkistön ja rangaistusasteikon osoittamissa rajoissa tuomioistuimen harkinnassa. Tämän

harkintavallan käyttöön on saatavissa apua lainvalmisteluaineistosta, prejudikaateista ja varsin runsaasta oikeuskirjallisuudesta. Perusteluissaan tuomioistuin on velvollinen kertomaan perusteet normaalirangaistuksesta poikkeamiselle – erityisesti poikkeaminen ankarampaan suuntaan on perusteltava yksityiskohtaisesti. Perusteluvellisuus korostuu niissä tilanteissa, joissa tuomioistuin ”omilla” perusteillaan – siis sellaisilla, joille ei löydy tukea edellä mainituista oikeuslähteistä – päätyy normaalista poikkeavaan lopputulokseen.

IV. Maailmanlaajuisesti rikollisuustilanne ja kriminaalipoliittiset ongelmat ovat kaiken aikaa pahenemassa. Suomessakaan rikollisuusongelmia ei pystytä ratkaisemaan uudistamalla rikoslainsäädäntö parhaalla mahdollisella tavalla. Myöskään tuomioistuinlaitoksen hyvä rikosoikeudellinen toimivuus ei ole ratkaisun avain. Ajan tasalla pysyttelemineen niin lainsäädännön kuin tuomioistuinlaitoksen uudistamisessa antaa kyllä aiempaa paremman perustan kriminaalipoliittisesti onnistuneelle päätöksenteolle tuomioistuimissa.



# Uusi matka uuteen kriminologiaan. Eurooppalaisesta rikosoikeudesta ja kritiikin mahdollisuudesta

## 1. UUSI KRIMINOLOGIA: MARXIN LAPSET

”Rikollisuuden poistaminen on mahdollista määrättyjen yhteiskunnallisten järjestelyjen vallitessa.”<sup>1</sup> Näin vakuuttivat englantilaiset kriminologit *Ian Taylor*, *Paul Walton* ja *Jock Young* vuonna 1973 ilmestyneessä kriittisen (radikaalin, uuden tai uusmarxilaisen) kriminologian klassikossa *The New Criminology*.

Jos heitä on uskominen, niin rikollisuutta ei voiteta kontrollipolitiikan keinoin, olivatpa kontrollin muodot mitkä tahansa. Rikollisuus ei poistu tai vähene merkittävästi vaikka kuinka tehostettaisiin keskitetyn kontrollipolitiikan ja rikosoikeusjärjestelmän toimintaa (perinteisen oikeusvaltion juridis-poliittinen malli), tekemällä yhteiskunta ja sen jäsenet läpinäkyviksi ulottamalla informaatioteknologian keinoin valvonta, tarkkailu ja normista poikkeavien normaalistaminen kaikkialle (nykyisen informaatoriskyhteiskunnan kurinpidollinen malli) tai vaikuttamalla täsmäläkkein potentiaalisten ongelmatapausten keskushermostoon sekä hävittämällä rikollisuus lopulta kloonauksen ja geenitekniikan mahdollistamilla keinoilla (tulevan jälkihanumanistisen globaalin maailman geeniteknologian malli).

Itse asiassa uusi kriminologia on *vanhaa* siinä mielessä, että se kohtaa samat ongelmat kuin klassiset yhteiskuntateoreetikot.<sup>2</sup> *Marx* loi perustan uudelle kriminologialle teoksessa *Saksalainen idealismi*, jossa *Marx* dekonstruoii hegeliläisen oikeusfilosofian päätyen siihen, että niin oikeussuhteiden kuin valtiomuotojen juuret eivät ole niinkään niissä itsessään tai ihmismielen kehityksessä vaan elämän aineellisissa olosuhteissa eli kansalaisyhteiskunnassa, jonka anatomia löytyy poliittisesta taloustieteestä.

Neuvostoliittolainen oikeusteoreetikko *Jevgeni Pashukanis* katsoi teoksessaan *Yleinen oikeusteoria* ja marxismi porvarillisen yhteiskunnan pönkittävän rikosoikeudellaan ja tuomioistuinlaitoksellaan luokkaherruutta ja pitävän niiden avul-

---

<sup>1</sup> *Taylor, Walton & Young* 1973, s. 281.

<sup>2</sup> *Taylor, Walton & Young* 1973, s. 278.

la kurissa riistettyjä luokkia. Siksi rikosoikeusjärjestelmä on ainoastaan poliisi- ja etsintäkoneiston lisäke. ”Porvarillisen valtion rikosoikeudellinen tuomiovalta on organisoitua luokkaterroria, jonka ero kansalaissodan aikana käytettävistä niin sanotuista poikkeustoimenpiteistä on vain aste-eroa.”<sup>3</sup>

Hollantilainen kriminologi *William Bonger* taasen väitti vuonna 1916, että kapitalistinen talousjärjestelmä rohkaisi ihmisiä sellaiseen ahneuteen, itsekkyyteen ja omien etujen tavoitteluun, joka ei huomionnut toisten tarpeita ja hyvinvointia. Rikollisuus keskittyy alempiin yhteiskuntaluokkiin, koska rikosoikeusjärjestelmä kriminalisoi köyhien ahneuden samalla, kun se tarjoaa lailliset keinot rikkaiden halujen itsekkäälle tyydytykselle. Bongerin mukaan sosialistinen yhteiskunta eliminoisi rikollisuuden, koska se pitäisi huolta koko yhteiskunnan hyvinvoinnista ja poistaisi rikkaita suosivan laillisen eriarvoisuuden.<sup>4</sup>

Uuden kriminologian kirjoittajat julistivat rohkeasti, että rikollisuus ja kapitalistinen yhteiskuntajärjestys ovat täysin toisiinsa liittyviä ilmiöitä. Kapitalismi – kuten kaikki muutkin yhteiskuntamuodot, jotka perustuvat riistoon, syrjintään ja alistamiseen – on olemukseltaan kriminogeeninen. On kohdattava rikolliseksi luokiteltujen tekojen rakenteelliset syyt. Siksi rikoksen poliittinen taloustiede palauttaa rikollisuuden ilmiön vallan, hyvinvoinnin ja auktoriteetin eriarvoisen jakautumisen ympäristöön, josta yhtä hyvin klassinen rikosoikeus kuin kriminologiaakin on sen eristänyt.<sup>5</sup>

Rikollisuudesta ja sen aiheuttamista ongelmista tulee uuskriminologien mielestä lähes merkityksettömiä siinä vaiheessa, kun rikollisuutta synnyttävä kapitalismi väistyy sosialistisen moninaisuuden tieltä, johon uusi kriminologia on sitoutunut. Sosialismi merkitsee vallan, hyvinvoinnin, omaisuuden ja valittujen elämäntapojen toteuttamisen mahdollisuuksien eriarvoisen jakaantumisen poistamista sekä sitoutumista tasa-arvon toteuttamiseen. Tämä poistaa syyn omaisuusrikoksiin ja moniin muihin rikoksiin kapitalismissa. Moninaisuus sisältää taasen suvaitsevaisuuden, jolloin tehtäväksi tulee luoda sellainen yhteiskunta,

<sup>3</sup> *Pashukanis* 1985, s. 149.

<sup>4</sup> *Bonger* 1916.

<sup>5</sup> Poikkeavan käyttäytymisen sosiaalisen teorian on huomiotava uuden kriminologian kirjoittajien mukaan poikkeavan teon laajempien rakenteellisten syiden lisäksi teon välittömät syyt (kuinka tekijä partikulaarisella tavalla reagoi ja vastaa kohtaamiinsa rakenteellisiin ja kulttuurisiin vaatimuksiin ja ongelmiin), konkreettinen teko (mikä on tekijän partikulaarisen valinnan ja hänen mahdollisuuksiensa toteuttaa se välinen suhde), sosiaalisen reaktion välittömät syyt (kuinka tekijän ympäristö reagoi poikkeavaan tekoon) ja laajemmat syyt (mitkä ovat ne poliittiset, ideologiset ja taloudelliset tekijät, jotka ovat kriminalisointien taustalla) sekä sosiaalisen reaktion vaikutus tekijän identiteettiin ja tulevaan käyttäytymiseen (kuinka leimautuminen vaikuttaa poikkeavaan). Tähän viimeiseen tekijään kiinnittivät erityistä huomioita radikaalit interaktionistiset kriminologit kuten Laurie Taylor, David Downes ja Paul Rock. Tämän mikrososiologisen (verrattuna Taylorin, Waltonin ja Youngin sekä muiden uusmarxilaisten makrososiologiaan kuuluuviin strukturalistisiin ja historiallis-materialistisiin selitysmalleihin) suuntauksen klassikkona voidaan pitää *Stanley Cohenin* teosta *Folk Devils and Moral Panics* vuodelta 1972.

jossa inhimillinen erilaisuus ja moninaisuus eivät muodosta perustaa ja oikeutusta juridis-poliittiselle tai kurinpidolliselle vallalle kriminalisoida. Uuden kriminologian tulikin olla normatiivinen tiede, joka tarjosi mahdollisuuksia perustavien kysymysten ratkaisulle ja yhteiskunnallisia vaihtoehtoja.<sup>6</sup> Uusi kriminologia oli näin asettanut kriminologialle – ja yleisemmin kriminaalitieteille – normatiivisen imperatiivin, joka kiteytyy sosialistiseen moninaisuuteen.

## 2. MARXIN KUOLEMA

### 2.1. Kova kriminaalipolitiikka, pehmeä kritiikki

Moni hymyilee uuden kriminologian esittämälle ajatukselle rikollisuuden kuoleumisesta ivallisesti, kyynisesti tai vaivautuneesti, jollei sitten purskahda vahingoniloiseen nauruun. Niin itsestään selvää 1970-luvun alussa esitetyn normatiivisen imperatiivin hylkääminen, trivialisointi ja muuttuminen historialliseksi anekdootiksi kriminaalitieteiden historiassa on, ettei juurikaan ole ollut pohdittu syitä uuden kriminologian hiipumiseen. Näen nämä syyt kolmella suunnalla: kriminaalipoliittisen ilmaston muutoksessa, kriittisen kriminologian sisäisessä kriisissä ja oletetussa historian lopussa.

Uuden kriminologian imperatiivi törmäsi 1980- ja 1990-lukujen kriminaalipoliittiseen todellisuuteen: vankiluvut kasvoivat, rangaistuksia kovennettiin ja yhä uusia tekoja kriminalisoitiin, poliisille myönnettiin jatkuvasti uusia keinoja ja valtuuksia rikollisuuden vastaiseen taisteluun.

Rikosoikeus ja vankilat voivat tänään paremmin kuin aikoihin. Tällä on monia – keskenään ristiriitaisiakin – ilmenemismuotoja. Rangaistuksen voimaan uskotaan jälleen: rangaistusta pidetään rationaalisenä ja oikeutettuna keinona reagoida niin poikkeavuuksiin, riskeihin kuin erilaisiin sosiaalisiin, poliittisiin ja psyykkisiin ongelmiin. Rangaistuskoneistoa oikeutetaan yhtä hyvin retributivistis-absoluuttisten kuin preventiivis-utilitarististen rangaistusteorioiden avulla. *David Garlandin* mukaan USA:ssa ja Isossa Britanniassa on vallalla avoimen ja nimenomaisen retributiivisen rangaistusteorian renessanssi. Rangaistuksissa arvostetaan jälleen kerran julkista nöyryyttämistä ja häpäisemistä. On kuin olisi palattu *Michel Foucault'n* kuvaamaan *ancien régime*n rangaistuksiin. Taas kerran suvereenin vallan merkit kaiverretaan rikollisen ruumiiseen.<sup>7</sup> Toisaalta jäl-

<sup>6</sup> *Taylor, Walton & Young* 1973, s. 280.

<sup>7</sup> *Garland* 2001, s. 9–10; *Foucault* 2000. Immi Tallgren katsookin, etteivät rikosoikeuden ekspressiiviset ja seremonialliset puolet ole vain historiaa. Esimerkkinä Tallgren käyttää Oklahoman pommi-iskusta tuomitun Timothy McVeighin kuolemantuomiota, jonka täytäntöönpanoa seurasi suoraan tai monitorin välityksellä yli 200 uhrien sukulaista. Eikä mikään tässä vaikuttanut amerikkalaisten valtaosan mielestä oudolta tai säädyttömältä. *Tallgren* 2001, s. 5.

leen uskotaan rangaistuksen yleisestävään pelotevaikutukseen. Rangaistus ei vain kohdistu lainrikkojaan, vaan se on sellainen symboli, joka antaa muille pelottavan ja varoittavan esimerkin. Siksi vaaditaan ankarampia ja näkyvämpiä rangaistuksia. On myös alettu hakea hoitavia ”rangaistuksia”. Esimerkkinä mainittakoon kemiallinen kastraatio. Myös inkapasaatio on saanut runsaasti puolestapuhujia. Edelleen rikosoikeudesta on tullut osa hyvinvointivaltion yhteiskuntapolitiikkaa ja -teknologiaa, joka uusin kriminalisoinnein pyrkii hallitsemaan riskejä (esimerkiksi vaarantamisrikokset) sekä osoittamaan symbolista paheksuntaa sekä siten ohjaamaan auktoritatiivisesti ihmisten moraalikäsitteitä ja arvoja (esimerkiksi ympäristörikokset ja talousrikokset).

Nämä muutokset kriminaalipoliittisessa ilmastossa antavat aiheen katsoa, *Nils Jareborgia* seuraten, että on tapahtunut siirtymä oikeusvaltiollisesta legitimitetiä ja oikeusvarmuutta korostavasta defensiivisestä kriminaalipoliitikasta, joka on ollut erityisesti pohjoismainen malli, preventiota korostavaan offensiiviseen kriminaalipoliitikkaan, joka kritisoi ensin mainittua tehottomuudesta ja liian vähäisestä rationaalisuudesta.<sup>8</sup> Muutosta voidaan jäsentää myös Jock Youngin termin. Young pitää hallitsevana sellaista hallinnollista kriminologista ajattelutapaa, joka perustuu riskienhallintaan ja jossa laskelmoiva rikollinen kohtaa laskelmoivan julkisuuden. Rikollisuudesta tulee osa arkipäivää ja yhä kasvavan vankiloihin eristetyn väestönosan vaivaton hallinnointi tulee yhä tarpeellisemmaksi. Vanhat kontrolliteoriat uudelleen löytäneen kriminologin tehtävänä on suunnitella muureja ja esteitä, arvioida tarkkailun tehokkuutta ja laskelmoida häiriöiden aiheuttamia riskejä.<sup>9</sup> Elämme sellaisen kriminaalipoliitikan aikaa, jossa lakia, järjestystä, laskelmointia ja varmuutta arvostetaan, kun sen sijaan oikeus, oikeudenmukaisuus ja tasa-arvo työnnetään sivuun.

Samalla kun julkinen lain ja järjestyksen politiikka on koventunut ja tehostunut ympäri Eurooppaa, niin rankaisemista ja kontrollia on yksityistetty. Julkista pakkovaltaa on asteittain siirretty yksityisille järjestyksenvalvojille analysoimatta sen kummemmin mitä tämä suuntaus merkitsee demokraattiselle oikeusvaltiolle. Yksityiset vartijaliikkeet ja erilaisia turvavälineitä tuottava teollisuus ovat jo valtava liiketoimi. Vankilateollisuus seuraa perässä.

Lisäksi informaatioteknologia tarjoaa yhä uusia keinoja kontrollin verkkojen laajentamiseen ja tiivistämiseen. Rikosoikeudellinen kontrolli on osoittautunut liian juridiseksi, liian jäykäksi ja liian tehottomaksi, ja sen keskeisen aseman lain ja järjestyksen politiikassa ovat syrjäyttäneet teknologiset valvontamekanismit ja erilaiset kurinpidolliset mekanismit sekä poikkeavuuden lääketieteellistäminen. Geenitekniologia odottaa vielä tuloaan, mutta eräät uskovat sen olevan lopullinen ratkaisu rikollisuuden ongelmaan. Joka tapauksessa se työntää tieltään perinteis-

<sup>8</sup> *Jareborg* 1995, s. 24–25.

<sup>9</sup> *Young* 1997, s. 493–494.

tä oikeusvaltiollista rikosoikeutta tarjoten tehokkaampia ennalta ehkäiseviä poikkeavuuden kontrolloikeinoja. Ei liene yllätys, että biokriminologiaan sijoitetaan valtavia tutkimusmäärärahoja.

Uusi lain ja järjestyksen politiikka – olipa kyse sitten rikosoikeudellisesta, kurinpidollisesta, valvonnallisesta tai yksityisestä kontrollista – oikeuttaa itsensä rikollisuuden jatkuvalla kasvulla. Rikollisuuden pelko vaikuttaa olevan suurimpia ihmisten kokemia pelkoja. Rikollisuus on raaistunut, kadut eivät ole turvallisia, kaupungit ovat slummiutuneet lähes asuinkelvottomiksi, lähiöt ovat muuttaneet taistelukentiksi, järjestäytynyt rikollisuus ulottaa lonkeronsa kaikkialle, jne. Syyskuun 11. päivän terroristi-iskut antoivat lähestulkoon absoluuttisen justifiikaation kontrollin tiukentamiselle. Millä oikeutuksella kukaan kehtaa olla kriittinen näiden hirmutekojen jälkeen? Millä oikeudella kukaan kehtaa vaatia vankiloiden poistamista, epäillä rangaistusten oikeutusta ja toimivuutta, kritisoida poliisin uusia valtuuksia, julkisen vallankäytön yksityistämistä, kontrollin verkkojen tihentämistä samalla kun ihmiset todella kärsivät rikollisuuden aiheuttamista ongelmista tai ainakin rikollisuuden pelosta?

Kriittinen kriminologia on joutunut puolustuskannalle tämän edessä, mutta se muuttui myös itsekritiikin kautta. Rakenteellisista muutoksista on siirrytty korjaustalkoisiin. Eurooppalaisessa kriittisessä kriminologiassa vallalle on noussut realistinen ajattelu, jota etenkin brittiläisessä keskustelussa on kutsuttu vasemmistorealismiksi (*left realism*), koska se pyrkii tarjoamaan vaihtoehdon oikeistolaiselle ja konservatiiviselle lain ja järjestyksen politiikalle.

Yhtäältä uusmarxilaisten kriminologien historiallista materialismia alettiin pitää aivan liian deterministisenä: yhteiskunnan perustana olevat tuotantosuhteet eivät suinkaan yksiselitteisesti määrää oikeudellista päällysrakennetta. Uusmarxilaisia ja anarkistisia kriminologisia teorioita ryhdyttiinkin pitämään naiiveina. Ei rikollisuus mihinkään katoaisi vallankumouksen tai valtion kuoleutumisen myötä. Oli edesvastuutonta vastustaa rikosoikeusjärjestelmän ja vankiloiden reformia sillä perusteella, että niiden humanisointi vain johtaisi kapitalistisen järjestelmän tehostumiseen.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Esimerkiksi rangaistusjärjestelmän poistamista vaativan abolitionismin keskeisiä kehittäjiä, norjalainen oikeussosiologi *Thomas Mathiesen* katsoi vielä vuonna 1980 oikeusjärjestyksen olevan ilmentymä yhteiskunnassa vallitsevista tuotantotapaan pohjautuvista taloudellisista rakenteista, minkä vuoksi muutokset taloudellisessa perusrakenteessa aiheuttavat muutoksia oikeudellisissa rakenteissa. Koska lainsäädännön keinoin yhteiskunnan perusrakenteita ei voida muuttaa, niin reformipolitiikka tai lainsäädäntötyöhön osallistuminen ei riitä radikaalille kriminologialle. Sen on asetettava vastakkain vallitsevan järjestelmän perustavien arvojen ja intressien kanssa poliittisella tasolla ja pyrittävä lopulta ylittämään yhteiskunnan repressiiviset rakenteet. Kriminaalipoliittisen ilmapiirin koventumisen myötä *Mathiesen* katsoi, että abolitionisminkin olisi syytä olla vähemmän offensiivinen ja enemmän defensiivinen eli vaatia vankiloiden poistamisen sijaan uusien vankiloiden rakentamisen lopettamisesta ja vankilukujen vähentämistä tai ainakin jäädyttämisestä nykyiselle tasolle. *Mathiesen* 1980; *Mathiesen* 1987.

Toisaalta 1980-luvun suuret uhritutkimukset osoittivat, että rikollisuus kosketi erityisesti köyhiä ja syrjäytyneitä väestöryhmiä. Jos aiemmin omaisuusrikollisia oli pidetty robinhoodeina, niin nyt uhritutkimukset osoittivatkin, että erityisesti työväenluokkaan kuuluvat olivat alttiina joutua rikollisuuden uhriksi ja rikoksenteelijät useimmiten kuuluivat myös työväenluokkaan. Lisäksi tutkimukset osoittivat, että ihmiset todella pelkäävät rikollisuutta. Uhriksi joutumisen pelolle ei juurikaan ollut aiemmin annettu painoa, mutta nyt pelko itsessään huomioitiin elämänlaatua alentavana tekijänä.<sup>11</sup> Naisiin kohdistuvaan väkivaltaan alettiin kiinnittää aiempaa vakavampaa huomiota. *Carol Smart* vaati klassikoksi muodostuneessa teoksessaan *Women, Crime and Criminology*, että raiskaus, seksuaalinen ahdistelu, lasten hyväksikäyttö sekä perheväkivalta olivat todellisia ongelmia, jotka tuli ottaa vakavasti.<sup>12</sup>

## 2.2. Historian loppu

Vuonna 1989 Francis Fukuyama julisti historian päättyneen. Tätä ei pidä ymmärtää historiallisten tapahtumien päättymisenä. Ajatus historian lopusta on vahvasti hegeliläinen. *Alexandre Kojèven* mukaan Hegel katsoi historian tulleen loppuunsa Napoleonin kukistaessa preussilaiset Jenassa vuonna 1806. Tällöin Ranskan vallankumouksen liberaalis-porvarillis-demokraattiset arvot olivat lopullisesti voittaneet. Kilpailevien filosofioiden dialektiikka oli tullut päätökseensä. *Fukyamalle* se historiallinen prosessi, johon kuuluivat feodalismien, monarkismin, kommunismin, fasismin ja muiden ismien nousu ja tuho, on tänään tullut päätökseen. Ideologiset konfliktit loppuivat länsimaisten arvojen voittoon. Fukyamalle liberaali demokratia ja vapaa markkinatalous ovat ideologisen kehityksen kulminaatio. Niille ei ole olemassa vaihtoehtoja – ainakaan sellaisia, jotka eivät johtaisi barbariaan.<sup>13</sup>

Muutama kuukausi Fukuyaman julistaman historian päättymisen jälkeen Berliinin muuri murtui. Sitten romahti Neuvostoliitto. Kommunistinen yhteiskuntakokeilu oli osoittautunut tukahduttavaksi diktatuuriksi, joka ei suinkaan poistanut rikollisuutta vaan kriminalisoi perinteisen rikollisuuden ohessa toisinajattelun ja kehitti totaalisen kurinpito- ja valvontakoneiston. Jäljelle näytti jäävän Fukuyaman oppien mukaisesti vain yksi elinkelpoinen globaali järjestelmä ja yksi suurvalta.<sup>14</sup> Viimeistään nyt uuden kriminologian esittämä normatiivinen imperatiivi sosialistisesta moninaisuudesta kuoleutui.

<sup>11</sup> Uhritutkimuksista yleiskatsaus ks. *Koffman* 1996.

<sup>12</sup> *Smart* 1977.

<sup>13</sup> *Fukuyama* 1992.

<sup>14</sup> Mutta sitten tulivat Balkanin sota ja World Trade Centerin kaksoistornien tuho. Fukuyaman opettajan Samuel P. Huntingtonin teoria sivilisaatioiden (länsimais-kristillinen, itämais-ortodoksi-

### 3. EUROOPPALAINEN RIKOSOIKEUS

#### 3.1. Vapauden, turvallisuuden ja oikeuden Eurooppa

Väittäisin, että eurooppalainen kriminaalipolitiikka perustuu ajatukseen historian lopusta. Lähtökohtana on se, että jäljellä on ainoastaan yksi sellainen globaali ja moderni juridinen, poliittinen, ideologinen ja taloudellinen järjestelmä, joka on rationaalinen ja oikeudenmukainen. Tämä järjestelmä perustuu ”vapauden, kansanvallan, ihmisoikeuksien ja perusvapauksien kunnioittamisen ja oikeusvaltion periaatteisiin”, kuten Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 6 artikla toteaa. Jälkihistoriallinen ”kansalaisten Eurooppa” saattaa kehittyä sellaiseksi monikulttuuriseksi ja -etniseksi alueeksi, joka kunnioittaessaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja Euroopan unionin perusoikeuskirjan tunnustamia oikeuksia ja vapauksia, päättää ideologiset konfliktit alueellaan. Euroopan parlamentti katsookin, että ”demokraattisessa yhteiskunnassa kaikki poliittiset, sosiaaliset ja ekologiset konfliktit voidaan ja pitää ratkaista demokratian ja oikeusvaltion hyväksymillä keinoilla”.<sup>15</sup>

Unionisopimuksen 2 artikla julistaa Euroopan unionin tavoitteeksi ”pitää yllä ja kehittää unionia vapauteen, turvallisuuteen ja oikeuteen perustuvana alueena”. Tällä alueella kansalaisille on annettava ”korkeatasoinen suoja”. Toisin sanoen turvallisuus merkitsee ennen kaikkea suojautumista niitä yksilöitä ja ryhmittymiä vastaan, jotka eivät jaa eurooppalaisia perustavia arvoja ja periaatteita, koska eivät vielä ole tarpeeksi modernisoituneita, demokratisoituneita ja suvaitsevaisia. Keskeisiä turvallisuusuuhkia löytyy unionisopimuksen 29 artiklasta, jossa luetellaan yhteisen kriminaalipolitiikan kohteita: järjestäytynyt rikollisuus, terrorismi, ihmiskauppa, lapsiin kohdistuvat rikokset, laitton huumausainekauppa, laitton asekauppa, lahjonta ja petokset sekä lisäksi rasismi ja muukalaisviha. Etenkin terrorismi muodostaa sellaisen turvallisuusuhan, joka oikeuttaa, ei vain laajempaa ja syvenevää yhteistyötä oikeus- ja poliisitoimen alalla, vaan myös ihmis- ja perusoikeudetkin syrjäyttävien totaalisten kontrollimekanismien kehittämisen.

---

nen, kiinalainen, hindulainen, budhalainen, latinalais-amerikkalainen ja islamilainen) konfliktista vaikutti varteenotettavammalta. Fukuyama kuitenkin katsoi, ettei terroristi-iskuissa ollut kyse länsimaisen ja islamilaisen sivilisaation konfliktista. Ne olivat hänen mukaansa vain sellaista jälkijoukkojen toimintaa, joka ei pysäyttäisi globalisaation tavarajunan kulkua. Lentokonekaapparit eivät myöskään edustaneet hallitsevaa suuntausta islamilaisessa maailmassa. (Ks. *Achenbach* 2001; *Huntington* 1996.) *Le Monde* julisti iskujen jälkeen osuvasti: ”Nyt me ole kaikki amerikkalaisia.” Jos kommunismi oli liberaalin demokratian viimeinen, ei vain globaali, vaan myös moderni (Zygmunt Baumanin mukaan kommunismi oli modernia uudenaikaisimmillaan ja puhtaimmillaan) haastaja, niin näin saattaa olla. *Bauman* 1992, s. 167.

<sup>15</sup> EYVL C 72 E, 5.9.2001, s. 139.

Euroopan oikeusjärjestykseen kuuluukin olennaisesti eurooppalainen rikosoikeus. Juridis-poliittista mallia edustava rikosoikeudellinen kontrolli on kuitenkin liian tehoton ja jäykkä, joten sen tueksi on luotava tehokkaampia ja joustavampia valvonta- ja kontrollikäytäntöjä, joista ei ole pulaa informaatio- ja geeniteknologian huiman kehityksen ansiosta. Saattaa olla niin, että oikeusvaltiollisen rikosoikeuden keskeinen asema kriminaalipolitiikassa on ohi ja painopiste on siirtynyt tai siirtymässä juridiikasta biovaltaan, suvereenin säätämistä laeista turvaviranomaisten hallinnollisiin määräyksiin, lain rikkomisesta normista poikkeamiseen, jälkikäteisestä rankaisemisesta preventioon, syyllisyyden toteamisesta riskikartoitukseen.

Turvaeurooppa on kuitenkin vain välivaihe, sillä kun koko maailma on modernisoitunut ja omaksunut länsimaisen liberaalin demokratian arvot, niin Euroopan poikkeustila voidaan julistaa päättyneeksi. Tietenkin aina on sellaisia yksilöitä tai ryhmittymiä, jotka eivät ole omaksuneet liberaalin demokratian arvoja ja joiden hallitsemiseksi tarvitaan edelleen rikosoikeutta sekä muita valvonta-, kurinpito- ja oikaisumekanismeja (kunnes rikollisuus jonain päivänä kyetään hoitamaan farmakologian ja geeniteknologian keinoin), jotka takaavat turvallisuutta vapauden, demokratian, ihmisoikeuksien ja oikeuden alueella. Tämähän on tuttua jo *Platonin* Valtiota saakka.

### 3.2. Rikosoikeuden yksiulotteinen tila ja aika

Eurooppalainen rikosoikeus – ja yleisemmin kontrollikoneisto – tuleekin rakentaa oikeusvaltion, demokratian ja ihmisoikeuksien perustalle. Eurooppalaisen oikeusalueen fundamentaalit arvot ja periaatteet, joille normatiivinen tuki löytyy Euroopan ihmisoikeussopimuksesta, EY:n ja EU:n perustamissopimuksesta ja EU:n perusoikeuskirjasta, ovat mitä arvostettavimpia. Ongelma ei ole tässä.

Katson myös, että universaaleja ihmisoikeuksia kunnioittavan eurooppalaisen rikosoikeuden tuleekin olla globaali. Sen on tuomittava sellaiset rikosoikeusjärjestelmät sekä viralliset ja epäviralliset rangaistuskäytännöt ja -instituutiot niin Euroopassa kuin muuallakin maailmassa, jotka ovat ristiriidassa sen arvopohjan kanssa. Kuolemanrangaistus tai ihmisten silpomiset, sattumanvaraiset oikeudenkäynnit tai mielivaltaiset rangaistukset, kidutus tai syrjintä eivät ole hyväksyttävissä, vaikka ne perustuisivat muodollisesti päteviin lakeihin. Myöskään kulttuuriset erot tai traditiot eivät voi oikeuttaa loukkaamaan keskeisiä ihmisoikeuksia ja perusvapauksia. Ongelma ei ole tässä.

Ongelma on siinä, että eurooppalainen kriminaalipolitiikka elää historian lopun ehdoilla. Eurooppalaisessa kriminaalipolitiikassa kummittelee Hegelin aave: rikoksen ja rangaistuksen juridisten käytäntöjen oletetaan tulevan modernissa eurooppalaisessa rikosoikeudessa täyttymykseensä. Euroopan unioni on



Jenan voitto. Tämä johtaa kriminaalipolitiikkaan, joka perustuu oletettiin rikosoikeuden yksiuotteisesta tilallisuudesta ja ajallisuudesta.

Jos analysoimme eurooppalaista kriminaalipolitiikkaa pitäen mielessä *Fukuyaman* ajattelun, niin voimme todeta sen pitävän eurooppalaista (tai eurooppalais-amerikkalaista) rikosoikeutta ainoana jäljelle jäävänä vaihtoehtona. Muuta rationaalista ja oikeudenmukaista vaihtoehtoa ei ole. Näin se tarjoaa itsensä länsimaisen liberaalin ja demokraattisen oikeuden mallina koko maailmalle globaalina oikeutena. Muun maailman modernisoitumisen myötä tämä länsimais-moderni angloamerikkalais-germaanis-romaaninen rikosoikeus leviää maailmanlaajuisesti syrjäyttäen esimodernit rangaistusjärjestelmät. Sellaisia vaihtoehtoja, jotka eivät johtaisi mielivaltaan tai olisi brutaaleja, ei modernille rikosoikeudelle ole.

*Kaarlo Tuori* on korostanut sitä, että moderni oikeus on historiallinen oikeustyyppi, jonka syvärakennekin on ymmärrettävä historialliseksi, ajassa muuttuvaksi.<sup>16</sup> Tätä ajatusta ei välttämättä enää tunnusteta eurooppalaisessa kriminaalipolitiikassa. Kukaan ei kiistä sitä, etteivätkö oikeuden pintataso ja oikeuskulttuurin taso muuttuisi jatkuvasti. Mutta eurooppalaisen rikosoikeuden syvärakennetta tai peruseriaatteita ei enää tiedosteta ajallisina ja muuttuvina vaan lopputulemana oikeuden kehityksessä. Tällöin eurooppalainen rikosoikeus tarjotaan globaalina ja ajattomana oikeutena.

Rikosoikeuden tilallisuuden ja ajallisuuden päättymisen seurauksena on se, että eurooppalaista rikosoikeutta ja kriminaalipolitiikkaa ei voida kyseenalaistaa tai sen oikeutusta kiistää. Se on osa uutta vaihtoehdotonta Euroopan järjestystä. Siksi eurooppalaisessa rikosoikeudessa kummittelee myös *Marxin* aave. Jos Marx väitti kommunismin olevan päätepiste, johon edetään kapitalismin jälkeen sosialismin kautta, niin eurooppalaisessa kriminaalipolitiikassa Euroopan rikosoikeuden oletetaan olevan päätepiste, johon edetään kansallisten rikosoikeuksien jälkeen.

Eurooppalaisen kriminaalipolitiikan yksiuotteisuus ja vaihtoehdottomuus ei ole ainoastaan teoreettinen olettama. Se on kehittynyt tähän suuntaan viimeisten vuosikymmenten aikana, kuten kuvasin. Tänään vaihtoehdottomuus toteutuu oikeus- ja sisäasioita koskevan kolmannen pilarin alalla päivittäin. Esimerkkinä olkoon se, kuinka syyskuun 11. päivän jälkeen EU:n komissio äärimmäisen nopeassa ajassa valmisti ehdotuksensa terrorismin vastaisiksi toimenpiteiksi. Oikeusvaltion ja rikosoikeuden klassisten periaatteiden kannalta monilta osin erittäin ongelmalliset ehdotukset esitettiin itsestäänselvinä välttämättömyyksiä terrorismin vastaisessa taistelussa, jolla aina on ollut oikeutus. Niiden justifiointia ei käyty – eikä edes katsottu olleen tarvetta käydä – laajempaa keskustelua.

<sup>16</sup> *Tuori* 2000, s. 203.

## 4. UUDEN KRIMINOLOGIAN LUPAUS

### 4.1. Kritiikin haaste

Kriittinen kriminologiakin vaikuttaa ainakin osittain vakuuttuneen eurooppalaisen rikosoikeuden välttämättömyydestä, peräti sen vaihtoehdottomuudesta. Kriittiset realistit näyttävät löytäneet rikosoikeuden haluten kriminaalipolitiikan kakusta oman osansa. Rikosoikeuden radikaalin kritiikin sijaan vaaditaan rikosoikeuden painopisteiden muuttamista: on otettava vakavasti rikokset ihmisyyttä vastaan, ihmisoikeusloukkaukset, sotarikokset, ympäristörikokset, talousrikokset, seksuaalirikokset, perheväkivalta, rasismi, muukalaisviha, riisto, syrjintä, jne. Kritiikki on muuttunut realistiseksi reformipolitiikaksi ja kriminologia positiiviseksi tieteeksi.

Rikosoikeus tuleekin kohdentaa nimenomaan sellaisiin tekoihin, jotka loukkaavat ihmisoikeuksia ja perusvapauksia. Rikosoikeuden symbolinen merkitys on otettava vakavasti. Lain voimalla se kommunikoi oikean ja väärän rajoja ja vaikuttaa ihmisten moraalikäsitteisiin. Ihmisoikeuksien loukkauksiin syyllistyneet tuleekin tuomita tavalla tai toisella, sillä rangaistuksen ”aito oikeudenmukaisuusteoria [...] velvoittaa perustamaan sellaiset instituutiot, jotka toteuttavat retribution”.<sup>17</sup>

Mutta kriittisen kriminologian tarkempi analyysi herättää eräitä välttämättömiä kysymyksiä. Kykeneekö se aidosti haastamaan teknokraattis-hallinnollisen kriminaalipolitiikan ja vakuutusmatematiikkaan ja riskihallintaan perustuvan kriminologian? Riittävätkö sillä rahkeet kyseenalaistaa Euroopan rikosoikeuden legitimaatio, joka on ”räätelöity palvelemaan byrokraattisia hallinnollisia tarpeita”, joita sosiaalisen kontrollin tarpeet sekä instrumentaaliset laskelmat taloudellisesta hyödyllisyydestä muovaavat?<sup>18</sup> Vai johtaako liiallinen reformistisuus ja realismisuus siihen, että perustavammalla tasolla kriittinen rikosoikeusajattelu hyväksyy eurooppalaisen rikosoikeuden perustavan olemuksen, vaikkakin on eri mieltä sen saamista muodoista konservatiivisen ja vakuutusmatemaattis-hallinnollisen rikosoikeusajattelun kanssa? Pitääkö kriittinen kriminologia rikosoikeusjärjestelmää välttämättömänä, joskin väkivaltaisimpana, osana modernia länsimaista oikeusjärjestystä, jonka peruskäsitteisiin, -arvoihin ja -periaatteisiin se on sitoutunut? Sitoutuuko se tällöin ottamaan eurooppalaisen rikosoikeuden justifikaation aina jo ennalta annettuna?

Kriittinen kriminologia – ja laajemmin ottaen kriittinen rikosoikeus – kykenee välttämään sen, ettei siitä tule ainoastaan osa eurooppalaisen rikosoikeuden vaih-

<sup>17</sup> Moore 1997, s. 78–79.

<sup>18</sup> Albrecht & Braum 1999, s. 309.

toehdottomuuden justifikaatiota, kun se perustavalla tavalla arvioi omia filosofisia ja teoreettisia lähtökohtiaan, strategisia ratkaisujaan sekä kritiikin metodejaan. Siksi sen tulisi palauttaa mieliin se, mitä *Taylor, Walton ja Young* tekivät vuonna 1973: on kehitettävä uudempi kriminologia, joka kykenee kohtaamaan teoreettisesti vakuuttavalla tavalla eurooppalaisen rikosoikeuden. Sen tulisi myös rakentaa teoreettinen ja kriittinen synteesi (joka voi olla fragmentaarinen) nykyhetken Euroopalle ja sen kriminaalipolitiikalle. Tällainen kriminologia ei saa rajoittua omaksi tieteenalakseksi selittämään ja tutkimaan rikollisuuden syitä ja vaihtelua vaan sen on avauduttava eurooppalaisen rikosoikeuden kokonaisvaltaiseksi kritiikiksi.

*Walton ja Young* toimittivat vuonna 1997 kriminologista realismia luotaavan teoksen *The New Criminology Revisited*. Pyrin olemaan vuoden 1973 *The New Criminology*'lle uskollisempi kuin sen kirjoittajat. Siksi kutsun hahmotelmaani yksinkertaisesti uudeksi kriminologiaksi.<sup>19</sup>

Valotan seuraavaksi kahta puolta, joista käsin uuden kriminologian olisi analysoitava, dekonstruoitava ja kyseenalaistettava eurooppalaista rikosoikeutta ja modernin oikeuden globalisaatiota. Teen tämän jaon varhaisemmille uusille kriminologeille keskeiseen Frankfurtin koulukunnan kriittisen teorian historiaan tukeutuen. Kriittisen teorian voidaan sanoa jakautuvan kahteen vaiheeseen. 1930-luvun I-vaiheen kriittinen teoria kehitti poikkitieteellisen yhteiskuntateorian, jonka kriittisyys oli immanenttia. Immanentissa kritiikissä yhteiskuntaa verrattiin sen omiin normatiivisiin periaatteisiin. Fasismin ja kommunismin kamppailun aikana valistuksen ja liberalismien ideaalit, periaatteet ja ihmisoikeudet toimivat yhteiskuntakritiikin normeina, joiden perustalta valistumattomuus, totalitarismi ja suvaitsemattomuus kyseenalaistettiin.

II-vaiheessa 1940-luvulla *Theodore Adorno* ja *Max Horkheimer* hylkäsivät immanentin kritiikin ohjelmansa. Valistuksen dialektiikka -teoksessaan he katsoivat valistuksen kääntyneen vapautuksesta hallitsemiseksi. Valistus merkitsi heille nyt luonnon ja maailman kontrollin ja hallinnan projektia, jossa keskeinen osa oli järjellä, joka oli johtanut hirvittäviin seurauksiin Natsi-Saksan rationalisoidessa kuoleman keskitysleireillä. Kriittisen teorian oli nyt muututtava valistuksen dialektiikan, tieteellisen teknologian ja instrumentaalisen järjen radikaaliksi kritiikiksi. Tämä johti kriittisen teorian muuttumiseen modernin filosofiseksi kritiikiksi.

---

<sup>19</sup> Vuonna 2000 perustettu *European Society of Criminology* pyrkii toimimaan foorumina, jossa kriminologista tietoa voidaan levittää Euroopan tasolla. Uuden kriminologian tulisi pyrkiä asettamaan järjestön tavoitteeksi eurooppalaisen kriittisen rikosoikeusajattelun foorumina toimiminen.

## 4.2. Immanentti rikosoikeuskritiikki

Kriittinen rikosoikeusajattelu jatkaa kriittisen teorian I-vaihetta. Liberaali rikosoikeusajattelu arvioi rikosoikeudellisia normeja ja instituutioita modernin liberaalin oikeusvaltion periaatteet normatiivisina kriteereinä. Pohjoismaisen uusklassisen rikosoikeuden piirissä painotetaan valistuksen hengessä klassisen rikosoikeusajattelun esittämiä legaliteetti-, syyllisyys-, yhdenvertaisuus- ja suhteellisuusperiaatteita. Minimalistinen rikosoikeusajattelu pyrkii pitämään rikosoikeuden ulottuvuuden minimissään. Vasemmistorealistinen kriminologia vaatii rikosoikeuden ja kontrollikoneiston perustamista sellaiselle inhimilliselle ja realistisesti mahdolliselle yhteiskunnalliselle järjestykselle, joka palvelee aidosti enemmistön tarpeita. Hyvinvointivaltioperiaatteen mukaan monet vasemmistorealistit katsovat, että oikeudenmukaisen ja tasa-arvoisen valtion on taattava se, että ihmisten perustavat intressit ja tarpeet – kuten turvallisuus, terveys, asunto, työ ja kyky toteuttaa itseään – tulevat tyydytetyiksi.

Kritiikki on siten valtaosiltaan rikosoikeuden ja kriminaalipolitiikan immanenttia kritiikkiä. Tässä mielessä se vastaa sitä, mitä *Kaarlo Tuori* kutsuu kriittiseksi oikeuspositivismiksi, joka ”ammentaa normatiiviset kriteerinsä positiivisesta oikeudesta itsestään, sen pinnanalaisista kerrostumista”.<sup>20</sup> Kriminologian alueella oiva esimerkki kriittisestä oikeuspositivismista on *Alessandro Baratta*, joka asetti demokraattiset oikeusvaltioperiaatteet ja ihmisoikeudet sellaisiksi normatiivisiksi mittatikuiksi, joilla rikosoikeudellisia käytäntöjä ja instituutioita voitiin kritisoida ja asettaa rikosoikeudelle rajoja.<sup>21</sup> *Luigi Ferrajoli* on kutsunut ajattelutapaa rikosoikeudelliseksi oikeusturva-teoriaksi.<sup>22</sup> *Stanley Cohen* on puolestaan vaatinut kriminologialta metateoreettista näkökulmaa muodollisiin oikeuksiin ja legaalisuuteen: ”muodollisten universaalien [ihmisoikeus]standardien kieltä on puolustettava”.<sup>23</sup>

Demokraattisen oikeusvaltion periaatteet, ihmisoikeudet ja perusvapaudet muodostavat sellaisen normatiivisen perustan, johon myös uuden kriminologian tulee perustaa kritiikkinsä. Eurooppalaisen rikosoikeuden immanentti kritiikki

<sup>20</sup> *Tuori* 2000, s. 334. Vaikka käytän tässä kriittistä teoriaa taustana kritiikin muotojen jaottelussa, niin jaotteluni on paljosta velkaa Tuorin tekemille oikeuden kritiikin eri muotojen erotteluille. Ks. *Tuori* 2000, s. 325–345.

<sup>21</sup> *Baratta* 1988.

<sup>22</sup> *Ferrajoli* 1989. René van Swaaningen on kuvannut tätä italialaisessa kriittisessä kriminologiasa 1970–80 lukujen taitteessa vallalla ollutta oikeusvaltiollista rikosoikeuskritiikkiä, jonka taustana oli Punaisia brigaatteja vastaan suunnatut terrorimin vastaiset poikkeuslait ja oikeudenkäynnit. (*Swaaningen* 1997, s. 99–100.) Uuden kriminologian olisi erittäin hedelmällistä palauttaa mieliin tämä vaihe kriminologian traditiossa, sillä Italian 70-luvun lopun ja Euroopan syyskuun 11. päivän jälkeisen ajan tilanteista löytyy liiaksi yhtäläisyyksiä.

<sup>23</sup> *Cohen* 1994, s. 77.

merkitsee yksinkertaisesti sitä, että kriminalisoinnit, valvonta, kontrolli ja rangaikseminen on perustettava niihin arvoihin, joita Euroopan unioni perustamisasiakirjoissaan itse julistaa. Juridis-immanentti oikeuden kritiikki toimii usealla tasolla eurooppalaisessa kriminaalipoliittisessa keskustelussa: sen avulla voidaan paaluttaa rajoja hyvinvointivaltiollisen rikosoikeuden laajentumispyrkimyksille, kyseenalaistaa rikosoikeuden muuttuminen Euroopan unionin hallintoa palvelevaksi funktionaaliseksi instrumentiksi, estää oikeusvaltion periaatteita ja klassisen rikosoikeuden arvoja loukkaavat kriminaalipoliittiset uudistukset, vastustaa mahdollisia pakko- ja hätätilalakeja, asettaa oikeusvaltiollisia rajoja viranomaisten toimivaltuuksien lisäämiselle ja yhteistyön tehostamiselle oikeus- ja sisäasioissa, arvioida erilaisten informaatiojärjestelmien soveltuvuutta yksilön autonomiaa kunnioittavaan Eurooppaan, vastustaa vallitsevia kontrollin verkon laajentamis- ja tihentämispyrkimyksiä ja julkisen pakkovallankäytön yksityistämistä sekä viime kädessä pyrkiä minimoimaan kriminalisointien alaa.

### 4.3. Oikeuden tuolle puolen

Kriittisessä rikosoikeuspositivismissa on omat riskinsä. Jotteri uusi kriminologia muuttuisi eurooppalaisen rikosoikeuden kriittiseksi takaajaksi, niin sen on pidettävä mielessä kriittisen teorian II-vaihe. Kriittisessä rikosoikeusajattelussa valituksen dialektiikan kritiikki merkitsee oikeuden fundamentaalikritiikkiä. Tämä edellyttää modernin oikeusvaltiollisen rikosoikeuden ja sen perusrakenteen kyseenalaistamista, purkamista ja (mahdollisesti) vaihtoehtoista uudelleenrakentamista. Toisin sanoen vaatimuksena on eurooppalaisen rikosoikeuden dekonstruktio. Mainitsen kolme kriittistä traditiota, joista käsin tämä mahdollistuu: kriittinen oikeusoppi (*Critical Legal Studies* -liike), abolitionismi ja marxilainen teoria.

(1) *Duncan Kennedy* on osoittanut kuinka oikeusjärjestys on koherentin kokonaisuuden sijasta kilpailevien oikeusperiaatteiden jännitteiden ja vastakohtaisuuksien patteristo. Oikeusjärjestyksen läpäisevä ratkeamaton ristiriita vallitsee itsen ja toisen, individualismin ja altruismin välillä.<sup>24</sup> Esimerkiksi rikosoikeudessa se ilmenee yksilön autonomian ja toisten turvallisuuden välisenä ristiriitana. Siten eurooppalainen rikosoikeuskaan ei ole niinkään sääntöjen ja periaatteiden suljettu ja koherentti järjestelmä vaan eräs normatiivinen visio, joka on haastettavissa. Tämä perustava ristiriita ilmenee myös siinä, perustetaanko rikosoikeus oikeusvaltiolliselle vaiko hyvinvointivaltiolliselle ideologialle, vapausoikeuksia korostavaan individualistis-liberalistiseen autonomiaperiaateeseen vai sosiaalista ympäristöä, kollektiivisia päämääriä ja tarverationaalisuutta painottavalle yhteisöllisyysperiaatteelle, negatiiviselle vaiko positiiviselle vapaudelle.

<sup>24</sup> Ks. esim. *Kennedy* 1979.

Myös *Roberto Mangabeira Unger* lähtee liikkeelle modernin oikeuden risti-riidoista päätyen haastamaan vallitsevan oikeudellisen doktriinin väistämättömyyden laajennetun doktriinin ohjelmallaan, jossa hän ylittää liberaalin oikeuden ja olemassaolevan yhteiskunnan perusrakenteet eli formatiivisen kontekstin ja tarjoaa perusrakenteisiin ulottuvan vaihtoehdon modernille oikeudelle.<sup>25</sup> Ungerin laajennettua doktriinia seuraavalle uudelle kriminologille tulee tehtäväksi pyrkiä dekonstruoimaan eurooppalaisen rikosoikeuden perusrakenne sekä tarjoamaan sen aineksista vaihtoehtoinen tapa ajatella rikosoikeuden käsittelemiä kysymyksiä.

(2) Abolitionismi merkitsee rikosoikeuden fundamentaalikritiikkiä, joka asettaa kyseenalaiseksi rikosoikeuden oikeutuksen. Kriminaalipolitiikassa abolitionismilla on eriasteisia tavoitteita riippuen abolitionistisesta suuntauksesta. Se saattaa vaatia koko rikosoikeusjärjestelmän, rangaistusjärjestelmän tai ainoastaan vapausrangaistusten poistamista tai sitten rikosoikeuden minimointia radikaalien dekriminalisointien kautta.<sup>26</sup>

Niin tai näin, abolitionismi asettaa radikaalilla ja perustavalla tavalla kyseenalaiseksi moderniin oikeuteen olennaisesti kuuluvan rikosoikeuden. Siten se haastaa koko eurooppalaisen rikosoikeuden tulemisen pyrkien myös rakentamaan sille vaihtoehtoja. Seuraavassa kaksi esimerkkiä abolitionismin esittämistä vaihtoehdoista.

*Willem de Haan* on hakenut vaihtoehtoja rikosoikeusjärjestelmälle menneistä, nykyisistä ja tulevista yhteiskunnista yhdistämällä oikeushistorian ja antropologian esimerkit sosiologiseen mielikuvitukseen. Tämän lisäksi abolitionismin on oltava normatiivinen teoria, joka systemaattisen ja rationaalisen argumentoinnin kautta vahvistaa sellaista moraalista positiota, joka tekee rankaisemisen justifioidin mahdollisimman hankalaksi ja joka viimekädessä päättyy väitteeseen rangaistuksen justifioidin mahdottomuudesta oikeudenmukaisessa ja tasa-arvoisessa yhteiskunnassa. De Haanilla rikoksen ja rangaistuksen sijaan fundamentaaliksi avainkäsitteeksi abolitionistisessa perspektiivissä asettuu *redress*, hyvitys, epäkohdan tai väärinkäytöksen korjaaminen, tasapainon palauttaminen, vääryyden tai kärsimyksen poistaminen, oikaisu ja vahingon korvaaminen.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> *Unger*, 1986. Tuorin tulkinnan mukaan Ungerin laajennettu doktriini ei ylitä modernin oikeuden rajoja vaan sisältää ehdotuksen tämän oikeustyyppin rekonstruktioksi. *Tuori* 2000, s. 341–342.

<sup>26</sup> Esimerkiksi *Herman Bianchi* vastustaa sitä rankaisevaa ja repressiivistä tapaa, jolla rikosoikeusjärjestelmä käsittelee rikoksia. *Louk Hulsmán* osoittaa, että rikos ei ole ontologinen käsite vaan leima, jonka avulla määrätty sosiaaliset ongelmat luokitellaan rikollisuudeksi. *Mathiesen* puolestaan vaatii vankiloiden poistamista, joskin viime aikoina hän on keskittynyt kritisoiimaan eurooppalaisen poliisiyhteistyön ja informaatioverkostojen laajenemista. Kirjoittaja on puolestaan pyrkinyt asettamaan rikosoikeusjärjestelmän justifiokaation kyseenalaiseksi sen kaikilla tasoilla sekä ulottamaan abolitionismin osaksi rikoslainoppia.

<sup>27</sup> *De Haan* 1990, s. 158–160.

Abolitionistinen vaihtoehto eurooppalaiselle rikosoikeudelle löytyy myös eurooppalaisista kriminaalipoliittisista asiakirjoista. Vuonna 1980 valmistui Euroopan neuvoston Dekriminalisointi-raportti, joka erottelee toisistaan *de iure* (teko dekriminalisoidaan täysin) ja *de facto* (teko säilyy muodollisesti laittomana, mutta siihen syyllistyneitä ei syytetä) -dekriminalisoinnit. Raportissa *de jure*-dekriminalisoitavat teot jaotellaan kolmeen tyyppiin. Tyypissä A käyttäytymistä ei enää pidetä moitittavana ja sille annetaan täysi juridinen ja yhteiskunnallinen tunnustus. Tyypissä B katsotaan, ettei valtion tehtävänä ole kyseisissä tapauksissa määritellä oikean ja väärän eroja. Raportissa todetaan, että kansainväliset ihmisoikeudet ja kansalliset perusoikeudet saattavat edellyttää tämän tyyppisiä dekriminalisointeja. Tyypissä C käyttäytymistä pidetään edelleen moitittavana, ei-toivottavana, sosiaalisesti haitallisena, mutta rikosoikeuden sijaan käyttäytymisen kontrolloimiseksi käytetään muita sosiaalisen kontrollin muotoja, jotka ovat tehokkaampia ja vähemmän leimaavia kuin rikosoikeus.<sup>28</sup>

Uuden kriminologian tulisi arvioida tämä raportti (joka tunnutaan täysin unohtetun kriminaalipoliittisissa keskusteluissa) mittatikkuna eurooppalaista rikosoikeudellista kehitystä (immanenti kritiikki). Se voisi olla *Peter-Alexis Albrechtin* ja *Stefan Braumin* tarkoittama Euroopan tasolla toteutuva sellainen uusi alku rikosoikeudelle, joka lähtisi rikosoikeuden rajoittamisesta olennaisuuksiin sekä hahmottelisi käsikirjoituksen normatiivisten ja välttämättömien dekriminalisointien toteuttamiselle.<sup>29</sup>

(3) Alussa käsittelemäni marxilainen kriminologia tarjoaa yhteiskunnan perustaviin rakenteisiin ulottuvan näkökulman rikollisuuden ongelman selvittämiseen. Uuden kriminologian on siten kehitettävä rikoksen ja kontrollin poliittinen taloustiede, jonka kuitenkin on varottava juridis-poliittisten ilmiöiden liiallista palauttamista yhteiskunnan tuotantosuhteisiin ja taloudelliseen perusrakenteeseen. Mutta entistä ajankohtaisempaa on analysoida sitä, kuinka länsimainen globalisoituva markkinatalous yhdessä sen oikeusjärjestyksen kanssa tuottaa ei vain vaurautta vaan myös todellisuutta, kuinka globaali kapitalismi perustuu rajattoman halun tuottamiseen, jonka laillista tyydytystä rikosoikeus ohjaa kriminalisointien keinoin, kuinka globalisoituva liberalismi tuottaa syrjäytyneitä, jotka maailmanlaajuiset poliisivoimat ja rikosoikeus luokittelee rikollisuudeksi.<sup>30</sup>

Uudemman uuden kriminologian olisi ajankohtaistettava uudessa kriminologiassa kehkeytynyt ajatus sosialistisesta moninaisuudesta. Tämä on erityisen tär-

<sup>28</sup> Report on Decriminalisation 1980.

<sup>29</sup> *Albrecht & Braum* 1999, s. 297. Tältä pohjalta eurooppalainen rikosoikeus voisi myös kehittyä vaihtoehdoksi amerikkalaiselle rikosoikeusajattelulle.

<sup>30</sup> Siten marxilaisen kriminologian ohella uuden kriminologian tulisi palauttaa mieliin marxilainen oikeusteoria, jonka tietä pohjoismaissa avasi Lars D. Eriksson. Ks. *Eriksson* 1980.

keää aikana, jossa eurooppalaista rikosoikeus esittää itsensä vaihtoehdottomana vedoten viime kädessä historian loppuun kommunismin kuoltua.

Siihen missä hengessä Marx ja sosialistinen moninaisuus ovat entistä ajankoh-  
taisempia, haen vastausta *Jacques Derridan* Marxin aaveiden kautta, kun hän  
katsoo dekonstruktion olevan marxilaisuuden radikalisointi. Tärkeää on huoma-  
ta, että Derrida ei palauta marxilaisuutta kirjaimellisesti. Hän palauttaa pikem-  
minkin sen hengen. Kyse ei ole siten marxilaisuuden saamien historiallisten  
muotojen palauttamisesta tai sen uusista muotoiluista vaan marxilaisuudesta lu-  
pauksena. Marxilaisuuden henki on sen autenttinen messiaaninen lupaus eman-  
sipatorisesta vapautumisesta. Tätä lupausta ei Derridan mukaan voi sitoa mihin-  
kään yhteiskunnalliseen, poliittiseen, taloudelliseen tai oikeudelliseen järjestyk-  
seen ja muotoiluun. Pikemminkin se merkitsee suuntautumista tulevaisuuteen.  
Siksi Derridan mukaan kommunistinen (ja vastaavalla tavalla demokraattinen)  
lupaus ovat pelkkiä messiaanisia avauksia siihen, mikä on tulossa, mitä ei voi  
ennakoida tai edes tunnistaa etukäteen poliittisissa ohjelmissa tai utopioissa.  
Kommunismi (ja demokratia) ovat aina vasta tulossa olevia. Tässä mielessä  
kommunismi on aavemainen, kuten *Marx* itse kirjoitti *Kommunistisessa mani-  
festissaan* todetessaan aaveen kummittelevan Euroopassa, kommunismin aave-  
veen.

Globalisoituva kapitalismi voikin huokaista helpotuksesta: kommunismia ei  
itse asiassa koskaan ollutkaan, se oli vain kummitus. Mutta kummitus ei koskaan  
kuole vaan se säilyy tulevana ja palaavana. Näin ollen aave, joka kummittelee  
Euroopassa, on kommunismin lupaus, joka avaa uuden historian, vapautuksen,  
oikeudenmukaisuuden ja tasa-arvon historian.<sup>31</sup>

Siten uuden kriminologian marxilaisuus ei ole marxilaista ontologiaa, joka  
perustaisi uuden marxilaisen kriminologian tieteen ja kriminaalipoliittisen kritii-  
kin, vaan marxilaisuutta sosialistisen moninaisuuden lupauksen artikulaationa.  
Sosialistisen moninaisuuden lupaus avaa lupauksena – eli ei ohjelmana, politiik-  
kana tai periaatteena – eurooppalaiseen rikosoikeuteen toisen tulevaisuuden; se  
avaa vaateen globaalista vapaudesta ja oikeudenmukaisuudesta.

Tässä suunnassa uuden kriminologian on palattava yhä uudelleen kirjoitukse-  
ni alussa esitettyyn marxilaisuuden lupaukseen niin rikollisuuden häviämisestä  
ja rikosoikeuden kuoleutumisesta kuin sosialistisesta moninaisuudesta.<sup>32</sup>

*Antonio Negri* on kysynyt, onko tänään sellaisia intuitiivisia periaatteita, joi-  
den ympärillä meillä saattaisi olla merkityksellisiä keskusteluja vapauden ja  
oikeuksien, voimien ja vastavoimien uudelleen rakentamisesta.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> *Derrida* 1993.

<sup>32</sup> Mathiesenin päättymättömän politiikka, jossa abolitionismi on aina tulemisen tilassa, tarjoaa  
kriminaalipoliittisen sovellutuksen messiaanisesta lupauksesta. Ks. *Mathiesen* 1974.

<sup>33</sup> *Negri* 2001, s. 10.



Ehkäpä oikeuden perustava kritiikki avaa mahdollisuudet sellaiseen keskusteluun. Mutta lisäksi heti perään: jotta uusi kriminologia kykenee haastamaan käytännössä tehokkaalla, eettisesti oikeudenmukaisella ja filosofisesti perustellulla tavalla eurooppalaisen rikosoikeuden, sen ei tule jähmettyä kumpaankaan kritiikin muotoon. Sen on kyettävä liikkumaan frankfurtilaisten I- ja II-vaiheen, immanentin ja perustavan kritiikin välillä. Sen on oltava lupaus sosialistisesta moninaisuudesta, mutta samalla tarjottava realistista ja oikeusvaltiollista rikosoikeuskritiikkiä. Sillä ei ole paikkaa kritiikin kartastolla, vaan se liikkuu aaveen kaltaisesti eurooppalaisessa kriminaalipolitiikassa.

## KIRJALLISUUS

- Achenbach, Joel*, The Clash. Washington Post 16.12.2001.
- Albrecht, Peter-Alexis & Braum, Stefan*, Deficiencies in the Development of European Criminal Law. European Law Journal, Vol. 5, No. 3, 1999, s. 293–310.
- Baratta, Alessandro*, Prinzipien des minimalen Strafrechts: eine Theorie der Menschenrechte als Schutzobjekte und Grenze des Strafrechts. Teoksessa Kaiser, Günther (toim.), Kriminologische Forschung in den achtziger Jahren. Max Planck Institut, Freiburg 1988.
- Bauman, Zygmunt*, Intimations of Postmodernity. Routledge, London 1992.
- Bonger, William*, Criminality and Economic Conditions. Little, Brown, Boston 1916.
- Cohen, Stanley*, Social Control and the Politics of Reconstruction. Teoksessa Nelken, David (toim.), The Futures of Criminology. Sage, London 1994.
- Derrida, Jacques*, Spectres de Marx. Galiléé, Paris 1993.
- Ferrajoli, Luigi*, Diritto e ragione: teoria del garantismo penale. Laterza, Bari 1989.
- Foucault, Michel*, Tarkkailla ja rangaista. Otava, Helsinki 2000.
- Fukuyama, Francis*, The End of History and the Last Man. Free Press, New York 1992.
- Garland, David*, The Culture of Control. University of Chicago Press, Chicago 2001.
- Haan, Willem de*, The Politics of Redress: Crime, Punishment and Penal Abolition. Unwin Hyman, London 1990.
- Eriksson, Lars, D.*, Marxistisk teori och rättvetenskap. Helsingfors, Juridica 1980.
- Huntington, Samuel P.*, The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order. Simon & Schuster, New York 1996.
- Jareborg, Nils*, What Kind of Criminal Law Do We Want? Teoksessa Snare, Annika (toim.), Beware of Punishment: On the Utility and Futility of Criminal Law. Pax, Oslo 1995.
- Kennedy, Duncan*, The Structure of Blackstone's Commentaries. Buffalo Law Review, Vol. 29, 1979.
- Koffman, Laurence*, Crime Surveys and Victims of Crime. University of Wales Press, Cardiff 1996.
- Mathiesen, Thomas*, The Politics of Abolition. Universitetsforlaget, Oslo 1974.
- Mathiesen, Thomas*, Rätt, samhälle och politisk handling. Ett bidrag till en politisk strategi under senkapitalismen. Norsted, Stockholm 1980.
- Mathiesen, Thomas*, Kan fängsel försvares? Pax, Oslo 1987.
- Moore, Michael*, Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law. Clarendon Press, Oxford 1997.
- Negri, Antonio*, Postmodern Governance and the Critical Legal Project. Paper presented at the Critical Legal Conference, University of Kent, Canterbury 2001.

- Pashukanis, Jevgeni*, Yleinen oikeusteoria ja marxismi. Teoksessa Pashukanis, Valittuja teoksia yleisen oikeus- ja valtioteorian alalta. Progress, Moskova 1985.
- Report on Decriminalisation. Council of Europe, European Committee on Crime Problems, Strasbourg 1980.
- Smart, Carol*, Women, Crime and Criminology. Routledge & Kegan Paul, London 1977.
- Swaaningen, René van*, Critical Criminology. Visions from Europe. Sage, London 1997.
- Tallgren, Immi*, La Grande Illusion, Teoksessa Tallgren, I., A Study of the "International Criminal Justice System". What Everybody Knows? Väitöskirja, omakustanne, Helsinki 2001.
- Taylor, Ian, Walton, Paul & Young, Jock*, The New Criminology. For a Social Theory of Deviance. Routledge & Kegan Paul, London 1973.
- Tuori, Kaarlo*, Kriittinen oikeuspositivismi. WSLT, Helsinki 2000.
- Unger, Roberto Mangabeira*, The Critical Legal Studies Movement. Cambridge, Mass. & London, Harvard University Press 1986.
- Walton, Paul & Young, Jock*, The New Criminology Revisited. MacMillan, London 1997.
- Young, Jock*, Left Realist Criminology. Teoksessa Maguire, Mike, Morgan, Rod & Robert, Reiner (toim.), The Oxford Handbook of Criminology. Clarendon Press, Oxford 1997.

# Kriminalisering som ultima ratio regis? Ett försök att reda ut begreppen

Straffrätten är i många avseenden en tungrodd samhällelig regleringsmekanism med negativa biverkningar. På ett principiellt plan är det lätt att tala om straffrätten som en sista utväg (*ultima ratio*) som skall tillgripas endast när alla andra sätt har misslyckats. En blick i lagböckerna räcker för att övertyga oss om att vi i praktiken inte på långt när lever upp till denna princip.<sup>1</sup>

PEKKA KOSKINEN

## 1. PROBLEMET

### 1.1. Ortsbestämning

Nästan överallt under nästan all tid av mänsklig samlevnad har samhällelig bestraffning motiverats på en eller flera av följande grunder: (a) (ett prästerskaps bedömning att) Gud eller gudarna vill det, (b) hövdingen, härskaren, ledaren, kungen vill det, eller (c) folket (bestämt som en delmängd av befolkningen) vill det. Bakomliggande skäl – återopade eller hemlighållna – kan i detta sammanhang lämnas därhän. Med *Radbruch* kan vi konstatera att endast

so lange das Strafrecht im Namen göttlicher oder sittlicher Gesetze ausgeübt wurde, konnte man mit gutem Gewissen strafen.<sup>2</sup>

I den mån vi lever i en social/liberal/konservativ-demokratisk rättsstat får vi inte använda samhällelig bestraffning bara därför att vi vill det, därför att man brukar göra det eller därför att det verkar vara lämpligt att göra det för att uppnå ett visst syfte. Det grundläggande skälet härför är att bestraffning innefattar tillfogande av skada som ofta är allvarlig. Eftersom statsorganisationen är berättigad endast om den är till människors fördel, måste ett bestraffningssystem och dess konkre-

---

<sup>1</sup> Koskinen i *Erkki Havansi & Pekka Koskinen*, Finlands straff- och processrätt: En introduktion (2000) s. 13.

<sup>2</sup> *Gustav Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft. 9. Aufl. besorgt von Zweigert (1958) s. 132.

ta innehåll visas vara berättigat, dvs. straff får användas endast om det finns övertygande sakliga skäl. Detta låter vackert och klokt, men är det sant?

Saken gäller begränsning av demokratiskt valda lagstiftande församlingars makt att lagstifta om användning av straff. Juridiskt bindande begränsningar förutsätter konstitutionellt stöd (inklusive folkrättsliga åtaganden). Kontrollen av att lagstiftaren inte överskrider sin behörighet kan utövas av författningsdomstolar (principiellt) eller av allmänna domstolar (ad hoc), men även av internationella domstolar såsom Europadomstolen för mänskliga rättigheter i Strasbourg.

Det kan genast konstateras att juridiskt sett är en lagstiftare inte bunden i någon påtaglig utsträckning, även om förhållandena varierar mellan olika stater på grund av varierande innehåll i grundlagarna. Det starkaste skyddet torde ges genom förbud mot att tillåta analogisk rättstillämpning och mot strängare retroaktiv lagstiftning. Men det är t.ex. inte särskilt vanligt att det finns ett juridiskt bindande förbud mot att kriminalisera gärningar under strikt ansvar. Legalitetsprincipen (nulla poena sine lege) och skuldprincipen (nulla poena sine culpa) brukar nämnas som den moderna strafflagstiftningens grundprinciper, men det normala är att endast den förra ges juridiskt bindande status (i förhållande till lagstiftaren).

När man säger att lagstiftaren inte "får" göra något visst, menar man därför ofta egentligen att lagstiftaren inte "bör" göra det, och en sådan plikt är inte juridisk utan moralisk. I skuggan av konstitutioner och traktater finns en *strafflagstiftningsetik* som kan sägas utgöra en del av den rättsstatsideologi som förutsätts genomsyra demokratiskt styrda länder.<sup>3</sup> Moraliska principer, som gör anspråk på att vara rationella, kan emellertid närmast betecknas som sammanfattande generaliseringar av från moralisk synpunkt goda skäl. Detta innebär bland annat att de kan strida mot varandra och att de är provisoriska, i den meningen att de tillåter berättigade undantag. Mer preciserade moralregler är ständigt utsatta för krav på marginella förändringar. Rationell moralisk argumentation är inriktad på att uppnå balans mellan principer och tillämpning av principer – *John Rawls* talar träffande om "reflective equilibrium". Jämför man med juridisk argumentation påminner moralisk argumentation närmast om argumentation de lege ferenda, inte argumentation de lege lata.<sup>4</sup>

Syftet med den här uppsatsen är inte att närmare gå in på vare sig lagstiftarens juridiska bundenhet eller vad en strafflagstiftningsetik generellt kan innehålla. Min diskussion är tänkt att gälla ett litet hörn av en strafflagstiftningsetik. Det

<sup>3</sup> Se t.ex. *Lech Gardocki*, "Das Problem des Umfangs der Strafbarkeit in der polnischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Strafrechtslehre", *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*. Herausgegeben von Klaus Lüderssen & Cornelius Nestler-Tremel & Ewa Weigend (1990) s. 17–27 (s. 17).

<sup>4</sup> Om moraliska bedömningar, se närmare *Nils Jareborg*, *Allmän kriminalrätt* (2001) s. 72–95.

hävdas ofta att *kriminalisering är lagstiftarens ultima ratio*. Kriminalisering bör tillgripas ”som yttersta medel i yttersta fall”.<sup>5</sup> Bl.a. *Jescheck* understryker ultima ratio-principens roll för att åstadkomma avkriminalisering.<sup>6</sup> Ibland framhålls att principen inte bara gäller enskilda kriminaliseringar, utan straffrättsystemet som en helhet, dvs. även de allmänna lärorna om brotten.<sup>7</sup> *Frisch* har riktat uppmärksamheten på att lagstiftarens bedömningar inte alltid är förenliga med varandra.<sup>8</sup>

Samtidigt sägs inte sällan att i praktiken respekteras inte denna princip (ibland talas om ”tanke” i stället för princip). Kriminalisering tillgrips i första hand, regelmässigt (*sola ratio*), bland annat därför att den inte är förenad med några omedelbara kostnader som måste beaktas i någon myndighets budget. Resultatet är att vi måste leva med en ”straffrättsinflation”.<sup>9</sup>

Detta är inte platsen för att utreda vad som bör användas i stället för straff. Jag har inte påträffat någon samlad diskussion av vad som bör vara prima ratio, secunda ratio, osv. Utgångsläget bör väl vara att staten inte ingriper överhuvudta-

<sup>5</sup> Allmänt kan här hänvisas till *Ernst-Walter Hanack*, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag* (1968) s. 34–36, *Manfred Maiwald*, ”Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts”, *Festschrift für Reinhart Maurach* (1972) s. 9–23, *Heinz Müller-Dietz*, *Strafe und Staat* (1973), *Arthur Kaufmann*, ”Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht”, *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Heinrich Henkel* (1974) s. 89–107, *Claus Roxin*, *Einführung in die Grundprobleme des Strafrechts. Mit Anmerkungen von Seiji Saito* (1976) s. 2–7, *Jürgen Baumann*, ”Strafe als soziale Aufgabe”, *Gedächtnisschrift für Peter Noll* (1984) s. 27–36, *Klaus Lüderssen*, ”Neuere Tendenzen der deutschen Kriminalpolitik”, *Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik. Herausgegeben von Albin Eser & Karin Cornils* (1987) s. 161–207 (se särskilt s. 191–192), *Bernhard Häffke*, ”Symbolische Gesetzgebung? Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik”, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1991) s. 165–176 (särskilt s. 165–167), *Heike Jung*, *Sanktionensysteme und Menschenrechte* (1992), *Strafrecht – ultima ratio. Empfehlungen der Niedersächsischen Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts. Herausgegeben von Peter-Alexis Albrecht u.a.* (1992) s. 13–15, *Heinz Müller-Dietz*, ”Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung”, *Festschrift für Rudolf Schmitt* (1992) s. 95–116, *Wolfgang Frisch*, ”An den Grenzen des Strafrechts”, *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels* (1993) s. 69–106, *Winfried Hassemer*, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht* (1993), *Thomas Vormbaum*, ”Politisches’ Strafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1995) s. 734–760, *Hans-Heinrich Jescheck*, *Beiträge zum Strafrecht 1980–1998. Herausgegeben von Theo Vogler* (1998) s. 403–420 [”Grundsätze der Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht” (1995)], *Hans-Heinrich Jescheck & Thomas Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil. 5. Aufl.* (1996) s. 3, *Wolfgang Naucke*, *Strafrecht: Eine Einführung. 8. Aufl.* (1998) s. 39–40, *Winfried Hassemer*, ”Gründe und Grenzen des Strafers”, *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert: Festschrift für Dionysios Spinellis* (2001) s. 399–424 och *Young-Cheol Yoon*, *Strafrecht als ultima ratio und Bestrafung von Unternehmen* (2001), som torde innehålla den mest informativa analytiska genomgången av problematiken (s. 22–58).

<sup>6</sup> *Jescheck*, op. cit. s. 414, *Yoon*, op. cit. s. 43.

<sup>7</sup> *Gardocki*, op. cit. s. 17, *Yoon*, op. cit. s. 59–118.

<sup>8</sup> *Frisch*, op. cit. s. 88–90.

<sup>9</sup> *Havansi & Koskinen*, loc. cit.

get. Hjälp, stöd, vård, försäkrings- och licensarrangemang bör gå före tvångsinsgripande. Allt tvångsinsgripande består inte i sanktioner. Bland sanktioner har nog civilrättsliga sanktioner företräde framför förvaltningsrättsliga.

## 1.2. Precisering

Ultima ratio-tanken har rättsvetenskapligt diskuterats främst i den tyskspråkiga litteraturen.<sup>10</sup> Det är därför lämpligt att inleda med några citat därifrån. *Roxin* säger:

... ergibt sich, dass der Rechtgüterschutz nicht nur durch das Strafrecht verwirklicht wird, sondern dass das Instrumentarium der gesamten Rechtsordnung dazu beitragen muss. Das Strafrecht ist sogar nur die letzte unter allen in Betracht kommenden Schutzmassnahmen, d. h. es darf nur dann eingesetzt werden, wenn andere Mittel der sozialen Problemlösung – wie die zivilrechtliche Klage, polizei- oder gewerberechtliche Anordnungen, nicht-strafrechtliche Sanktion usw. – versagen. Man nennt deshalb die Strafe die "ultima ratio der Sozialpolitik" und definiert ihre Aufgabe als *subsidiären* Rechtsgüterschutz. Insofern, als das Strafrecht nur einen Teil der Rechtsgüter und auch diesen nicht immer generell, sondern oft (wie das Vermögen) nur gegen einzelne Angriffsarten schützt, spricht man auch von der "fragmentarischen" Natur des Strafrechts.<sup>11</sup>

*Stratenwerth* förklarar saken på följande sätt:

Die Strafe bedeutet jedoch, zumindest in der Regel, den denkbar härtesten Eingriff des Staates in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen. Sie sollte deshalb nur dort eingesetzt werden, wo andere Mittel, insbesondere Rechtsbehelfe des Zivil- oder Verwaltungsrechts, versagen. Dem entspricht es, wenn überwiegend die *fragmentarische* und *subsidiäre* Natur des Strafrechts betont wird.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Se dock *Andrew Ashworth*, *Principles of Criminal Law*. Third ed. (1999). Mot bakgrunden av en utförlig diskussion i kap. 2 av under vilka omständigheter kriminalisering är godtagbar uppställer han (s. 67–68) en nyanserad *principle of minimum criminalization*. Han säger bl.a.: "This principle ... is that the ambit of the criminal law should be kept to a minimum. ... the point is not so much to reduce criminal law to its absolute minimum, as to ensure that resort is only had to the criminalization in order to protect individual autonomy or to protect those social arrangements necessary to ensure that individuals have the capacity and facilities to exercise their autonomy. ... even if it appears to be justifiable in theory to criminalize certain conduct, the decision should not be taken without an assessment of the probable impact of criminalization, its efficacy, its side-effects, and the possibility of tackling the problem by other forms of regulation and control." Se även *A. P. Simester & G. R. Sullivan*, *Criminal Law: Theory and Doctrine* (2001) s. 6–11.

<sup>11</sup> *Claus Roxin*, *Strafrecht: Allgemeiner Teil I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 3. Aufl. (1997) s. 25.

<sup>12</sup> *Günther Stratenwerth*, *Strafrecht: Allgemeiner Teil I: Die Straftat*. 4. Aufl. (2000) s. 40.

Det mest auktoritativa uttrycket för en ultima ratio-princip finner man hos den tyska författningsdomstolen (Bundesverfassungsgericht) i det s.k. första abort-målet (den 25 februari 1975):

Aufgabe des Strafrechts war es seit jeher, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen. Dass das Leben jedes einzelnen Menschen zu den wichtigsten Rechtsgütern gehört, ist oben dargelegt worden. ... Indes kann Strafe niemals Selbstzweck sein. Ihr Einsatz unterliegt grundsätzlich der Entscheidung des Gesetzgebers. Er ist nicht gehindert, unter Beachtung der oben angegebenen Gesichtspunkte die grundsetzlich gebotene rechtliche Missbilligung des Schwangerschaftsabbruchs auch auf andere Weise zum Ausdruck zu bringen als mit dem Mittel der Strafdrohung. Entscheidend ist, ob die Gesamtheit der dem Schutz des ungeborenen Lebens dienenden Massnahmen, seien sie bürgerlich-rechtlicher, öffentlich-rechtlicher, insbesondere sozialrechtlicher der strafrechtlicher Natur, einen der Bedeutung des zu sichernden Rechtsgutes entsprechenden tatsächlichen Schutz gewährleistet. Im äussersten Falle, wenn nämlich der von der Verfassung gebotene Schutz auf keine andere Weise zu erreichen ist, kann der Gesetzgeber verpflichtet sein, zum Schutze des sich entwickelnden Lebens des Mittels des Strafrechts einzusetzen. Die Strafnorm stellt gewissermassen die "ultima ratio" im Instrumentarium des Gesetzgebers dar. Nach dem das ganze öffentliche Recht einschliesslich des Verfassungsrechts beherrschenden Verhältnismässigkeit darf er von diesem Mittel nur behutsam und zurückhaltend Gebrauch machen. Jedoch muss auch dieses letzte Mittel eingesetzt werden, wenn anders ein effektiver Lebensschutz nicht zu erreichen ist. Dies fordern der Wert und die Bedeutung des zu schützenden Rechtsgutes. Es handelt sich dann nicht um eine "absolute" Pflicht zu strafen, sondern um die aus der Einsicht in die Unzulänglichkeit aller anderen Mittel erwachsende "relative" Verpflichtung zur Benutzung der Strafdrohung.<sup>13</sup>

Domstolen pendlar oförmedlat mellan plikt att kriminalisera och plikt att inte kriminalisera, och den synes vara mest intresserad av den förra frågan – slutsatsen blev också att ifrågavarande kriminalisering var påkallad. Att det inte finns en plikt att inte kriminalisera innebär emellertid inte att det finns en plikt att kriminalisera. I det följande lämnas frågan, under vilka förutsättningar man kan tala om plikt att kriminalisera, utanför diskussionen.<sup>14</sup>

I citaten talas om ultima ratio, subsidiaritet och straffrättens fragmentariska karaktär. Att straffskyddet är fragmentariskt kan inte ha någon självständig nor-

<sup>13</sup> BVerfGE 39, 1 (s. 46–47). Se därtill Heinz Müller-Dietz, "Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote", § 218 StGB: Dimensionen einer Reform. Herausgegeben von Heike Jung & Heinz Müller-Dietz (1983) s. 77–100.

<sup>14</sup> Se X & Y v. The Netherlands (European Court of Human Rights, 26 March 1985, A/91), Jung, op. cit. s. 72–76 och exempelvis Stratenwerth, op. cit. s. 39.

mativ betydelse.<sup>15</sup> Det är en ren beskrivning av det förhållandet att inte alla skyddsvärda intressen åtnjuter straffrättsligt skydd. Att så är fallet behöver inte ens vara en följd av att det finns en ultima ratio-princip eller en subsidiaritetsprincip. Om t.ex. alla avtalsbrott som medför ekonomisk skada klassificeras som brottsliga, skulle rättssystemet sannolikt inte kunna fungera på grund av överbelastning.

Syftet med den följande framställningen är mycket begränsat. Även om alla straffrättsteoretiker talar om ultima ratio förblir begreppets innebörd tämligen oklar. Jag vill därför komma till klarhet om två saker. Den ena gäller förhållandet mellan ultima ratio och subsidiaritet – finns det en princip eller två (eller ännu flera) principer? Den andra är om en ultima ratio-princip eller subsidiaritetsprincip har någon självständig normativ betydelse eller om den endast är ett utflöde av andra principer. Jag kommer däremot inte att försöka tillämpa någon ultima ratio- eller subsidiaritetsprincip på gällande lagstiftning.

En förutsättning för resonemanget är att straff är statens mest ingripande maktmedel. Som *Naucke* säger: "Strafe gilt als schwerste staatliche Sanktion."<sup>16</sup> Vad gäller fängelse finns det ingen anledning att betvivla detta. Redan en frihetsförlust är påtagligt ingripande, och i bestraffningen ligger ett tydligt uttryck för kraftigt samhälleligt klander. Härtill kommer ett nästan oundvikligt inslag av stigmatisering och förnedring. Om man bortser från mycket korta straff, så kan fängelse ofta spoliera både familjeliv och arbetsliv på ett sätt som sätter prägel på resten av livet. Lagstiftaren försöker mildra denna bild genom mindre ingripande alternativa påföljder, men ur ett kriminaliseringsperspektiv avser straffhotet fängelse och det är kriminalisering vi talar om.

Om straffhotet däremot avser böter, så kan man inte generellt hävda att bestraffning är den strängaste statliga sanktionen. Sålunda är i Sverige förvaltningsrättsliga sanktionsavgifter ofta strängare (trots att rättssäkerhetsgarantierna är svagare). En bedömning försvåras emellertid av hur fängelse hanteras som förvårdningsstraff för böter och i vilken mån straffskalor konstrueras av processuella skäl (t.ex. för att möjliggöra användning av tvångsmedel). Liksom *Pekka* skulle jag vilja se ett system där man skiljer mellan brott och förseelser, varvid de senare "har gallrats bort från straffrätten".<sup>17</sup>

För att diskussionen skall bli meningsfull måste jag således förutsätta att med straff avses fängelse (eller någon ännu strängare straffform), men också naturligt-

<sup>15</sup> Uttrycket härrör från *Karl Binding*, som såg straffrättens fragmentariska karaktär som "einen grossen Mangel des Strafrechts" (citerat efter *Yoon*, op. cit. s. 84; se även s. 34–35). Enligt *Naucke*, op. cit. s. 62–63 är straffrättens fragmentariska karaktär en följd av legalitetsprincipens ställning.

<sup>16</sup> *Naucke*, op. cit. s. 39.

<sup>17</sup> *Havansi & Koskinen*, op. cit. s. 14. Se vidare *Josef Zila*, I stället för straff: Sanktionsavgifter som kriminalpolitiskt medel mot bagatellbrottslighet (1992).



vis att man låter straff förbli den mest ingripande statliga åtgärden (jämför t.ex. koncentrationsläger).

## 2. BAKGRUNDEN

### 2.1. Kriminaliseringsargument

Många typer av (rättsstatligt godtagbara) skäl kan anföras för och emot kriminalisering. Jag skall här nämna de sex typer av argument som för mig framstår som viktigast.<sup>18</sup>

*Klandervärdhet.* Måttet av en konkret gärnings klandervärdhet beror dels på vilka värden eller intressen som kränks eller hotas, dels på om gärningen innefattar en direkt kränkning eller påtaglig fara därför eller om relationen till en sådan kränkning är mer avlägsen. Men den beror också på den skuld som gärningsmannen har manifesterat genom gärningen. En uppsåtlig gärning är mer klandervärd än en oaktsam. Det har betydelse vilket motiv som styrt gärningen, och alla personer har inte samma ansvarsförmåga.

I svensk rätt skiljer man mellan konkreta gärningars straffvärde (konkret straffvärde) och gärningstypers straffvärde (abstrakt straffvärde).<sup>19</sup> Kriminalisering avser förstas gärningstyper, och den till en brottstyp knutna straffskalan är tänkt att spegla gärningstypens straffvärde. Det finns anledning att understryka att man vid bedömning av en gärningstyps klandervärdhet *inte* skall ta hänsyn till de aggregerade skadeverkningarna. Den skada, fara eller farlighet som är relevant är den som innefattas i de gärningar som täcks av beskrivningen av gärningstypen.

*Behov.* Ett behov av en viss åtgärd föreligger om ett avsett resultat inte kan uppnås genom en mindre ingripande eller kostsam åtgärd. Ett behov av en kriminalisering förutsätter således att man inte kan uppnå ett likvärdigt skydd av ifrågavarande värden och intressen genom andra lagstiftningsåtgärder än kriminalisering.

Att med någon säkerhet bedöma huruvida ett behov finns – dvs. att åtgärden är nödvändig för att uppnå målet – låter sig normalt endast göra i konkreta situationer. De mål som man tänker sig skall uppnås genom kriminalisering saknar

<sup>18</sup> Översikten bygger i viss mån på *Jareborg*, op. cit. s. 51–65. Se även *Raimo Lahti*, "Vad bör bestraffas och hur strängt bör straffet vara? – Den grundläggande frågeställningen vid en totalrevision av straffrätten", *Lov og frihet: Festskrift till Johs. Andenæs* (1982) s. 205–220.

<sup>19</sup> Se närmare *Nils Jareborg & Josef Zila*, *Straffrättens påföljdslära* (2000) kap. 12.

konkretion och är synnerligen obestämda.<sup>20</sup> Det rör sig om att försöka åstadkomma en generell minskning av en viss typ av beteende vars (utbredda) förekomst uppfattas som ett samhällsproblem. Men det finns ingen vetenskapligt pålitlig empirisk kunskap om vad som kan åstadkommas genom enskilda kriminaliseringar. Det kan också ta lång tid att utröna om bestraffning verkligen behövs. Mot detta står att man inte sällan med säkerhet kan föreställa sig att andra kontroll- och sanktionssystem skulle kunna vara mer effektiva. Exempelvis torde man kunna hävda att det saknas behov av kriminalisering vid gärningar där kretsen av möjliga lagöverträdare är överskådlig och känd i förväg, vilket ofta är fallet beträffande ekonomisk brottslighet.

I vart fall så länge det eftersträvade resultatet består i allmänpreventiva verkningar spelar därför behovsargumentet en underordnad roll. Det kan visserligen tänkas att alternativa åtgärder inte står till buds, men argumentet torde ha sin största betydelse när det låter sig sägas att det *inte* finns något behov av kriminalisering.

Vilka andra behov skulle kunna vara legitima? Det har blivit allt vanligare att motivera kriminaliseringar och uppkriminaliseringar med behovet att göra en "markering" av att vissa typer av beteende inte är godtagbara. *Hassemer* pekar på krav som går ut på att

das Strafrecht als Instrument der Volkspädagogik einzusetzen: um die Leute zu "sensibilisieren". Hier wird gar nicht mehr darauf abgestellt, ob der Einsatz strafrechtlicher Mittel "angemessen" oder gar "gerecht" sei – wenn nur das Ziel erreicht werden kann, die Bevölkerung werbend darauf aufmerksam zu machen, dass man [t.ex.] die Umwelt schonen ... [eller] Gewalt gegen Frauen ächten müsse.<sup>21</sup>

*Pekka* vet vad jag tycker om sådant.<sup>22</sup>

*Måttlighet*. Denna typ av argument anger endast skäl mot kriminalisering. Även om en gärningstyp bedöms som i någon mån klandervärd, kan bestraffning (på fängelsenivå) framstå som en överdriven, oförsvarligt ingripande åtgärd (i tysk doktrin talar man om "Übermassverbot").

Måttlighetsargumentet har emellertid två aspekter. Reaktionen kan framstå som överdriven i förhållande till gärningstypens mått av klandervärdhet. Vi talar

<sup>20</sup> *Günther Jakobs*, Strafrecht: Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Aufl. (1990) s. 49, pekar på att varje konflikt "lässt sich erledigen" om man ändrar målen och vältrar över kostnaderna (i vid mening) på andra.

<sup>21</sup> *Hassemer*, op. cit. (1993) s. 8.

<sup>22</sup> Litteraturen i denna fråga är redan oöverskådlig. Jag nöjer mig med att hänvisa till Varning för straff: Om vådan av den nyttiga straffrätten. Utg. av *Dag Victor* (1995) samt *Ashworth*, op. cit. s. 24–26, 67–68.

i så fall om en systemintern, *retrospektiv* inriktad, *proportionalitet*. Gärningstypen är då, vid en jämförelse med andra gärningstyper, inte värd att kriminalisera eller inte värd att kriminalisera på ifrågavarande straffskalenivå. Måttlighetsargumentationen sammanfaller här med argumentation rörande klandervärdhet. Argumentation rörande retrospektiv proportionalitet har emellertid sin största betydelse vid straffbestämning i konkreta fall.<sup>23</sup>

Reaktionen kan emellertid också framstå som överdriven med tanke på det syfte som skall uppnås. Man talar då om *prospektiv proportionalitet*. Denna proportionalitetsprincip bör i en rättsstat genomsyra all förvaltning och särskilt polisrätten.<sup>24</sup> Den är en grundläggande princip inom av EG-rätten.<sup>25</sup>

Om ett krav på måttlighet uppfattas som ett krav på prospektiv proportionalitet, går det knappast att skilja mellan argument rörande behov och argument rörande måttlighet. Och liksom beträffande behov är de mål, som skall beaktas vid en bedömning av om medlet (kriminalisering) är alltför ingripande, generella och mycket obestämda.

*Ineffektivitet.* Argumentstypen har formulerats negativt, dels därför att den knappast kan ha någon betydelse annat än som skäl mot kriminalisering, dels för att skilja den från behovsargumenten. Exempel på relevanta omständigheter är att upptäcktsrisken är mycket liten (och kanske blir ännu mindre vid en kriminalisering), att brottsbeskrivningen måste ske på ett sätt som gör den mycket svår att tillämpa eller att den hänför sig till företeelser vars förekomst är mycket svår att bevisa, och att en kriminalisering så påtagligt strider mot det s.k. allmänna rättssmedvetandet att den negligeras eller t.o.m. bidrar till allmänt undergräva tilltron till rättsväsendet.

*Kontrollkostnader.* För kriminalisering talar exempelvis att alternativa, i sig mindre ingripande, sanktioner eller andra åtgärder (exempelvis betalning för att inte företa vissa gärningar) är mycket resurskrävande. Omvänt kan man mot en kriminalisering invända att rättsväsendet varken har eller kan komma att få resurser för att klara av den belastning som kriminaliseringen kommer att medföra, om den skall tas på allvar. Även sekundära verkningar kan beaktas. Om man kriminaliserar innehav eller bruk av en viss eftertraktad vara, så höjs prisnivån på en illegal marknad, vilket kan leda till en ökning av mängden föröväde förmögensbrott och även till uppkomsten av företagsliknande organiserad brottslighet. En annan typ av kontrollkostnad är att knappa resurser används för bestraffning i stället för angelägen vårdverksamhet.

<sup>23</sup> Se *Jareborg & Zila*, op. cit. kap. 8.

<sup>24</sup> Se beträffande svensk polisrätt *Jareborg*, op. cit. s. 268.

<sup>25</sup> Se den utförliga analysen av de två proportionalitetsprinciperna i *Petter Asp*, EG:s sanktionsrätt: Ett straffrättsligt perspektiv (1998) kap. 4.

*Skadelidandes behov.* En konsekvens av att en gärning klassificeras som brott är att en skadelidande normalt har mycket större utsikter att få upprättelse och kompensation, eftersom hon inte själv behöver helt ta ansvar för utredning och lagföring. Men vid vissa typer av gärningar kan det ligga även i den skadelidandes intresse att en konflikt inte görs till en samhällselig angelägenhet. I det senare fallet torde argumentet dock ha klart större betydelse för utformningen av åtalsreglerna än för själva kriminaliseringsfrågan.

## 2.2. Kriminaliseringsprinciper

Den ovan företagna översiktliga presentationen av olika typer av kriminaliseringsargument kan göras ännu mer abstrakt genom att sammanfattas i tre kriminaliseringsprinciper:

(1) *Straffvärdeprincipen.* En gärningstyp som inte är påtagligt straffvärd bör inte kriminaliseras. Ju högre (abstrakt) straffvärde, desto starkare skäl för kriminalisering. Härunder faller argument rörande klandervärdhet och (systemintern) retrospektiv proportionalitet.

(2) *Nyttoprincipen.* Enligt denna princip bedömer man vikten av argument rörande behov, kontrollkostnader och ineffektivitet. Det finns all anledning att understryka att en sådan bedömning – huruvida man med en kriminalisering gör mer nytta än skada – måste bli synnerligen osäker.<sup>26</sup>

(3) *Humanitetsprincipen.* Hit hör argument rörande måttlighet (prospektiv proportionalitet), skadelidandes behov och vissa typer av kontrollkostnader.

Redan av genomgången av kriminaliseringsargument torde det ha framgått att åtminstone en del av argumenten inte är relevanta enbart för kriminaliseringsfrågan. De har även betydelse för hur sträng en kriminalisering bör vara. Detta framgår kanske ännu tydligare vid en formulering i principform. Frågor om godtagbara repressionsnivåer och relativa straffvärdebedömningar är minst lika viktiga som kriminaliseringsfrågan, men det är endast den sistnämnda som behandlas här.

Enligt *Hanack* borde det vara så att

<sup>26</sup> Svårigheterna uppmärksammas av bl.a. *Müller-Dietz*, op. cit. (1973) s. 35–36, *Gardocki*, op. cit. s. 18–19, *Peter Lewisch*, *Verfassung und Strafrecht: Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung* (1993) s. 227–228, och *Stratenwerth*, op. cit. s. 40, som nämner att förekomsten av en kriminalisering kan utgöra ett alibi för den lagstiftare som inte bryr sig om att utreda om det finns bättre alternativ.

Wie der Richter Strafe nicht verhängen darf ohne Beweis für die Schuld des Täters, so darf der Gesetzgeber Strafe nicht ohne Beweis für ihre Erforderlichkeit androhen.<sup>27</sup>

För domaren gäller principen *in pro dubio reo*. För lagstiftaren uppställs den parallella principen *in dubio pro libertate* (i motsats till *in dubio pro lege*).<sup>28</sup> Innebörden av en sådan princip är emellertid långt ifrån klar. Innebär den ett krav på ”bevisstyrka” vid sidan av ett krav på ”bevisbörda”?

I en handlingssituation väljer vi normalt det alternativ som framstår som det bästa efter det att alla skäl för och emot har beaktats. Endast om en felbedömning skulle innebära mycket stora risker är det rationellt att avstå från det bästa alternativet när man inte är helt säker på sin sak. Det är svårt att se att principen skulle innebära mer än att kriminalisering bör tillgripas endast om man är övertygad om att klart övervägande skäl talar för kriminalisering. Många tyskspråkiga straffrättsteoretiker talar om ”Erforderlichkeit” eller ”Strafbedürftigkeit”. Men dessa termer är relativa, och som påpekats ovan är de relevanta målen diffusa och synnerligen obestämda. Det går inte ens att i efterhand kontrollera om det var behövligt att kriminalisera en viss gärningstyp.

### 3. LÖSNINGEN?

#### 3.1. Proportionalitet och ultima ratio

I den ovan i avsnitt 1.2 citerade domen återoppar Bundesverfassungsgericht proportionalitetsprincipen – kravet på ”Verhältnismässigkeit”. I Tyskland har detta krav konstitutionell status.<sup>29</sup>

Som nämnts ovan i avsnitt 2.1 har man emellertid att skilja mellan en retrospektiv och en prospektiv proportionalitetsprincip. I det första fallet avses förhållandet mellan gärningens straffvärde och åtgärdens stränghet. I det andra fallet avses förhållandet mellan medel och mål. Vad en domstol eller rättsvetenskapsman avser med ”Verhältnismässigkeit” är inte alltid uppenbart. Jag avstår från närmare exegetik, men har ett intryck av att ibland avses båda principerna,<sup>30</sup> ibland den ena principen, och ibland den andra. (Någon gång verkar det som om

<sup>27</sup> Ernst-Walter Hanack, Zur Revision des Sexualstrafrechts in der Bundesrepublik (1969) s. 37.

<sup>28</sup> Se närmare exempelvis Müller-Dietz, op. cit. (1973) och Winfried Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre (1973) s. 194–220. Vormbaum, op. cit. s. 747, talar mer precist om *in dubio contra delictum*.

<sup>29</sup> BVerfGE 19, 348. Se närmare Hans D. Jarass & Bodo Pierroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. (1995) s. 436–437 (Jarass). Principens ställning är likartad i Österrike; se Lewisch, op. cit. s. 194–230.

<sup>30</sup> Så Lewisch, loc. cit.

talionsprincipen har tagits till heders, dvs. man jämför direkt den skada som orsakas genom brottet med den skada som orsakas genom straffet.)

Det som intresserar här är förhållandet mellan proportionalitet och ultima ratio. Om en ultima ratio-princip härleds från ett proportionalitetskrav, har den ingen självständig normativ funktion. Detta synes vara *Roxins* ståndpunkt. Roxin är för övrigt tydlig i det att han uttryckligen åberopar den prospektiva proportionalitetsprincipen.<sup>31</sup>

### 3.2. Subsidiaritet och ultima ratio

(A) Enligt *Vormbaum* skall straffrättens subsidiaritet inte förväxlas med ultima ratio-principen.

Strafrecht soll nicht irgendwelche Güter, sondern *Rechtsgüter* schützen. Es erfindet also Rechtsgüter nicht autonom, sondern findet sie als von der Rechtsordnung bereits anerkannte Güter vor. Strafrecht ist – anders ausgedrückt – seiner Natur nach *subsidiär*.<sup>32</sup>

I tyskspråkig doktrin spelar idéer och läror om *Rechtsgüter* en mycket stor roll i diskussionen om straffrättssystemets legitimitet och gränser.<sup>33</sup> Personligen ser jag die *Rechtsgüterlehre* som en återvändsgränd; nästan 200 års intensiv intellektuell verksamhet synes ha skapat mer förvirring än klarhet.<sup>34</sup>

*Vormbaums* subsidiaritetsbegrepp är inte meningsfullt. *Rechtsgüter* är abstrakta företeelser som kan konstrueras och manipuleras ganska fritt. Och varför skulle inte ett visst intresse eller värde kunna skyddas enbart genom strafflagstiftning?

(B) Även *Brandt* ser subsidiaritet som något annat än ultima ratio. Subsidiaritetsprincipen har inte konstitutionell status, men den är likväl en viktig "socialstatpolitisk" grundsats.<sup>35</sup>

Kann zunächst der Täter bzw. können sodann Täter und Opfer gemeinsam oder schliesslich kleinere soziale Einheiten, innerhalb deren Lebenskreis ein Verbrechen verübt wird, nach dessen Begehung autonom keine kriminalrechtliche zufriedenstellende Regulierung bewirken, müssen staatliche Organe tä-

<sup>31</sup> *Roxin*, op. cit. (1997) s. 25–26. Se även *Naucke*, op. cit. s. 83–84, *Stratenwerth*, op. cit. s. 40, *Yoon*, op. cit. s. 36–40.

<sup>32</sup> *Vormbaum*, op. cit. s. 757.

<sup>33</sup> Jag nöjer mig med att hänvisa till översikten i *Roxin*, op. cit. (1997) s. 11–30 samt till *Hassemer*, op. cit. (1973) och *Knut Amelung*, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage* (1972).

<sup>34</sup> *Jareborg*, op. cit. s. 51. Se även *Koskinen* i *Havansi & Koskinen*, op. cit. s. 12.

<sup>35</sup> *Ewald Brandt*, *Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzip für Entpoenalisierungen im Kriminalrecht* (1988) s. 135.

tig werden, und zwar in erster Linie durch soziale Hilfen und erst in letzter Konsequenz strafend.<sup>36</sup>

Jag går inte närmare in på hållbarheten av en sådan subsidiaritetsprincip. Den gäller ju frågan hur statlig makt bör utövas *inom* det kriminaliserade området, dvs. inte huruvida kriminalisering får ske. Likhet inför lagen synes emellertid inte stå i centrum för Brandts överväganden.<sup>37</sup> Detsamma gäller eventuella behov av att motverka ”den informella sociala kontrollens tyranni” och behov av att ta konflikter *från* människor för att förhindra att de förvärras.

I sammanhanget kan erinras om att *Jescheck* talar om en ultima ratio-princip ”in einem engeren Sinne”, som går ut på att ovillkorligt fängelse skall användas endast om något alternativ inte kan komma ifråga

wegen der Schwere von Unrecht und Schuld oder wegen wiederholten gleichartigen Rückfalls unvermeidlich ist, weil das Urteil sonst von den Rechtsgenossen nicht mehr verstanden werden würde (Gedanke der Entpönalisierung<sup>38</sup>).<sup>39</sup>

Denna princip har lagfästs i den svenska Brottsbalken kap. 30 § 4.<sup>40</sup>

(C) Bland andra *Roxin* och *Jakobs* synes sätta likhetstecken mellan subsidiaritetsprincipen och den prospektiva proportionalitetsprincipen.<sup>41</sup> I så fall gäller vad som har sagts ovan i avsnitt 3.1. En sådan subsidiaritetsprincip har ingen självständig normativ ställning.

(D) Detsamma gäller om subsidiaritetsprincipen anses följa av samtliga kriminaliseringsprinciper som redovisats ovan i avsnitt 2.2. Subsidiaritetsprincipen (och ultima ratio-principen om den ses som identisk därmed) sammanfaller med principen in dubio pro libertate.

(E) Man kan slutligen uppfatta en subsidiaritetsprincip (och därmed också en ultima ratio-princip) såsom uppställande ett krav på att kriminalisering får tillgripas endast om man *empiriskt* – genom ett samhälleligt experiment – har prövat andra lösningar och funnit att de inte är ”tillräckligt” effektiva. Man möter ju inte sällan formuleringen att kriminalisering får tillgripas ”när inget

<sup>36</sup> *Brandt*, op. cit. s. 152.

<sup>37</sup> Se även *Jakobs*, op. cit. 49, som vänder sig mot tanken att använda (relativt mindre ingripande, men allmänpreventivt mer effektiv) förmögenhetskonfiskation vid brott förövade av rika människor och fängelse vid brott förövade av andra.

<sup>38</sup> Att jämföras med Gedanke der Entkriminalisierung.

<sup>39</sup> *Jescheck*, op. cit. s. 414.

<sup>40</sup> Se *Jareborg & Zila*, op. cit. s.138–147.

<sup>41</sup> *Roxin*, op. cit. s. 25–26, *Jakobs*, op. cit. s. 48–49. Medan *Jakobs* inte alls använder uttrycket ”ultima ratio”, synes *Brandt*, op. cit. s. 142 och 144, liksom *Roxin*, likställa ultima ratio-principen och den prospektiva proportionalitetsprincipen.

annat hjälper".<sup>42</sup> Såsom *Gardocki* framhåller är det emellertid orealistiskt att uppställa ett krav på empirisk prövning.<sup>43</sup> Förvisso förekommer det rätt ofta att kriminalisering tillgrips därför att man misslyckats med att nå "tillräcklig" verkan med andra medel. Men i sådana fall torde man inte vara särskilt benägen att testa alternativa icke-straffrättsliga lösningar. Och man kan i vart fall inte rimligtvis hävda att den centrala straffrätten saknar legitimitet därför att man inte har prövat andra former för social kontroll.

Slutsatsen blir således att idéerna om straffrättens subsidiaritet antingen är irrelevanta för vårt problem eller saknar självständig normativ status.

### 3.3. Volte-face

Ultima ratio-principen – en överspänd version av principen in dubio pro libertate? Ultima ratio-principen – en princip utan självständig normativ funktion?

Inte sällan sägs ultima ratio-principen innebära att kriminalisering bör tillgripas *endast* som "yttersta medel i yttersta fall". Taget efter bokstaven är detta uppenbarligen ett orealistiskt krav. Men låt oss stryka "endast" och se på uttrycket "yttersta medel i yttersta fall" med öppet sinne! Vad är det som säger att vi måste ha att göra med en princip *mot* kriminalisering? (Dvs. ett nödvändigt villkor.) Det kan väl lika gärna vara fråga om en princip *för* kriminalisering? (Dvs. ett tillräckligt villkor.)

I så fall upphöjs den till en *metapprincip* rörande hanteringen av de tre kriminaliseringsprinciper som nämnts ovan i avsnitt 2.2. Dess innebörd blir att "i yttersta fall", dvs. vid höga straffvärden, tar straffvärdeprincipen över. Vid mord, grov våldtäkt, väpnat rån, grov misshandel, grovt spioneri, osv. lägger man nyttoprincipen åt sidan vid bedömningen av om gärningstypen skall kriminaliseras. Det samma gäller humanitetsprincipen. (Men humanitetsprincipen har naturligtvis kvar sin betydelse när det gäller hela systemets repressionsnivåer.) Principen in dubio pro libertate kortsluts vid de värsta gärningarna eftersom det inte finns utrymme för dubio.

En sådan ultima ratio-princip har en viss normativ funktion. Den framstår för mig som realistisk och normativt godtagbar (givet att vi bör ha ett straffsystem). Dess räckvidd bör naturligtvis vara tämligen begränsad. Det svåra är knappast att påvisa principens hållbarhet utan att tygla straffvärdeprincipens envælde, dvs. att ge humanitets- och nyttoprinciperna det utrymme som de förtjänar.

Misstro alltid en vetenskap, som fordrar fler instrument än ett glas vin!  
LARS GYLLENSTEN

<sup>42</sup> Se t.ex. *Baumann*, op. cit. s. 35, *Naucke*, op. cit. s. 39.

<sup>43</sup> *Gardocki*, op. cit. s. 18.



## Laillisuusvalvoja syyttäjänä

I. Suomen perustuslain mukaan eduskunnan oikeusasiamiehen ja valtioneuvoston oikeuskanslerin tulee valvoa, että tuomioistuimet ja muut viranomaiset sekä virkamiehet, julkisyhteisön työntekijät ja muutkin julkista tehtävää hoitaessaan noudattavat lakia ja täyttävät velvollisuutensa. Perustuslaki korostaa, että tehtävänsä hoitaessaan oikeusasiamies ja oikeuskansleri valvovat perus- ja ihmis-oikeuksien toteutumista.<sup>1</sup>

Näiden ylimpien laillisuusvalvojen toimenpidearsenaali on monipuolinen ja järeäkin. Äärimmillään he voivat määrätä nostettavaksi syytteen laillisuusvalvontaansa kuuluvassa asiassa.<sup>2</sup> Tuomarien virassaan tekemiksi epäiltyjen rikosten osalta heillä on syytemonopoli, muutoin syyteoikeus laillisuusvalvontasioissa on rinnakkainen yleisten syyttäjien kanssa.<sup>3</sup> Tämä syyteoikeus on vahva: laillisuusvalvojalla on katsottu olevan valvontaansa kuuluvassa asiassa oikeus syyteharkintaan, vaikka yleinen syyttäjä olisi tehnyt asiassa syyttämättä jättämispäätöksen.<sup>4</sup>

Jos laillisuusvalvojat arvioivat, että valvottava on menetellyt lainvastaisesti tai jättänyt velvollisuutensa täyttämättä, mutta syytteen nostaminen ei kuitenkaan ole tarpeen, he voivat antaa huomautuksen vastaisen varalle. Tämä toimenpide kattaa ensinnäkin ne tapaukset, joissa laillisuusvalvoja on suorittanut syyteharkinnan ja katsonut rikoksen sinänsä tapahtuneen mutta arvioinut huomautuksen riittävän; toimenpide on verrattavissa seuraamusluontoiseen syyttämättä jättämiseen. Toiseksi huomautus voidaan antaa lain- tai velvollisuuksien vastaisesta teosta, joka ei kuitenkaan ole rikos. Lievemmissä tapauksissa tai asian ollessa

---

<sup>1</sup> Perustuslaki 108 ja 109 §.

<sup>2</sup> Perustuslaki 110 § 1 mom. Perustuslakia säädettäessä pohdittiin nimenomaisesti sitä, pitäisikö laillisuusvalvojen syyteoikeus edelleen säilyttää. Tuolloin syyteoikeuden puolesta otettiin selkeä kanta (HE 1/1998 vp s. 166–167): ”Heidän laillisuusvalvontatehtävänsä kannalta on perusteltua, että heillä edelleen siihen liittyen säilyisi mahdollisuus päättää itsenäisesti syytteen nostamisesta.”

<sup>3</sup> Virkasyyteoikeudesta ks. myös perustuslaki 118 § 3 mom.

<sup>4</sup> Kysymys aktualisoitui oikeusasiamiehen ratkaiseman asian yhteydessä, ks. oikeusasiamiehen kertomus 1999 s. 198–204, erit. s. 200–201. Pidän ratkaisussa esitettyjä näkökohtia perusteltuina. Niin valtiosääntöoikeudelliset kuin käytännön rikosprosessuaaliset syyt puoltavat sitä, että viranomaistoiminnan ylin laillisuusvalvoja voi ottaa uudelleen harkittavakseen yleisen syyttäjän virkarikosasiassa tekemän syyttämättä jättämispäätöksen arvioidessaan esim. kantelun johdosta tämän menettelyn lainmukaisuutta. Muutoinhan laillisuusvalvojan valvontaan kuuluva yleinen syyttäjä voisi toiminnallaan ”anastaa” osan tämän toimivaltuuksista.

tulkinnanvarainen laillisuusvalvojat voivat lausua käsityksen oikeana pidettävästä menettelystä.<sup>5</sup> Lopuksi laillisuusvalvojilla on esitys- ja aloiteoikeus virheiden oikaisemiseksi (esim. tuomionpurun hakeminen) sekä säännöksissä ja määräyksissä havaitsemiensa puutteellisuuden poistamiseksi.<sup>6</sup>

Laillisuusvalvojat ovat erityissyöttäjiä ja tätä kautta heidät voidaan lukea myös osaksi rikosoikeudellista kontrollikoneistoa. Tämä puoli ei kuitenkaan nykyajan laillisuusvalvojan työssä juurikaan ole esillä. Laillisuusvalvojat nostavat vuosittain syytteitä enimmilläänkin vain muutamia, määrällisesti toimenpiteiden painopiste on käsityksissä.<sup>7</sup> Huomautuksetkin ovat suhteellisen harvinaisia. Laillisuusvalvonta pyrkii vaikuttamaan argumentoimalla, ei kovistelemalla. Se on eteenpäin suuntautunutta ja viranomaistoimintaa vastaisen varalle ohjaavaa, ei niinkään taaksepäin katsovaa ja rankaisevaa.<sup>8</sup>

II. Toisinaan on julkisuudessaakin vaadittu laillisuusvalvonnalta kovempia otteita ja näyttävämpää puuttumista epäkohtiin. On esimerkiksi saatettu valittaa, että laillisuusvalvojat käsittelevät virkamiehiä ”silkkihansikkailla”.

Ainakin osaksi kritiikin perusteena näkyisi olevan se, että laillisuusvalvojat eivät arvostelijoiden mielestä nosta syytteitä riittävästi. Tällainen arvostelu on toisinaan konkretisoitu niin, että laillisuusvalvojat käyttäisivät seuraamusluontoista syyttämättä jättämistä tapauksissa, joissa yleinen syyttäjä päätyisi syytteen nostamiseen. Onpa väitetty sellaistaikin, että laillisuusvalvojat soveltaisivat syyteharkinnassaan korkeampaa syytekyynnystä kuin yleiset syyttäjät.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Oikeuskanslerilaissa (6 §) ja oikeusasiamieslaissa (10 §) tämä toimenpide on ilmaistu hieman eri tavoin. Tällä erolla ei nähdäkseni ole käytännön merkitystä. Molemmat voivat yksittäistapauksessa lausua käsityksensä laintulkinnasta ja siitä, miten perus- ja ihmisoikeusnäkökulmasta virkamiehen tai viranomaisen olisi perusteltua menetellä.

<sup>6</sup> Oikeuskanslerilaki 6 § 3 momentti ja 7 § sekä oikeusasiamieslaki 11 §.

<sup>7</sup> Esim. vuonna 2001 oikeusasiamiehen kansliasta nostettiin syyte yhdessä tapauksessa, oikeuskanslerinvirastosta ei yhtään. Laillisuusvalvojien nostamat virkasyytteet ovat vuosien kuluessa vähentyneet. Kehitykseen vaikuttanut merkittävin tekijä on ilmeisestikin ollut vuoden 1990 alussa voimaan tullut rikoslain 40 luvun muutos; ks. *Koskinen, Pirkko K.*, Oikeusasiamies. Lakimiesliiton Kustannus 1997 s. 117–119 sekä *Pasanen, Jukka*, Apulaisoikeuskanslerin tehtävistä laillisuusvalvojana. Lakimies 2001 s. 1219.

<sup>8</sup> Lehtimaja puhuu laillisuusvalvojasta suostuttelijana ja oikeusturvan lobbarina. Hän toteaa, että oikeusasiamiehen rikosoikeudellisesti painottunut laillisuusvalvonta on liukunut ohjaavaan, neuvovaan ja suostuttelevaan suuntaan. *Lehtimaja, Lauri*, Eduskunnan oikeusasiamies perus- ja ihmisoikeuksien valvojana. Lakimies 1999 s. 901. Saman kehityskulun on todennut *Husa, Jaakko*, Oikeusasiamies käsittelyn joutuisuuden valvojana. Lakimies 2002 s. 352.

<sup>9</sup> Äskettäin tällaista kritiikkiä on esittänyt asianajaja *Markku Fredman*, Ei syytetä asianajajan ja asiakkaan viestintäsalaisuuden rikkomisesta. Advokaatti 7/2001 s. 18–19. Fredman vertailee laillisuusvalvojien ja yleisten syyttäjien käytäntöjä: ”Virkamiehen ollessa kyseessä laillisuusvalvojat vain huomauttavat vastaisen varalle, tai enintään antavat huomautuksen lainvastaisesta menettelystä.” Fredman ampuu kovilla: ”Erilainen syytekyynnys yleisten ja erityissyöttäjien (EOA ja OKA) välillä ei perustu lakiin ja on ristiriidassa perustuslain yhdenvertaisuussäännöksen kanssa. — — — vain virkamiehet pääsevät nauttimaan erityissyöttäjän hyvin korkeasta syytekyynnksestä — — —”

Laillisuusvalvojen ja yleisten syyttäjien vertailu tällä tavoin ei ole ongelmantonta – mielestäni esitetty kritiikki menee jopa osittain ohi maalin. Asiaa kannattaa katsoa tarkemmin ja eritellysti.

Lähtökohtaisesti on todettava, että laillisuusvalvonta on rikosoikeudellisessa(kin) mielessä vain täydentävä kontrollin muoto.<sup>10</sup> Poliisin ja syyttäjälaitoksen tehtävä on saattaa rikokset – myös virkarikokset – asianmukaiseen tutkintaan ja sitä kautta tekijät vastuuseen. Pääsääntöisesti epäillyt rikokset ohjautuvat tutkittaviksi tätä normaaliväylää pitkin. Jos laillisuusvalvojat joutuisivat nostamaan paljon syytteitä, olisi se merkki siitä, että normaali koneisto ei toimi asianmukaisesti.

On myös muistettava, että kaikki virheellinen viranomaismenettely ei ole rangaistavaa virkarikollisuutta. Lisäksi on pidettävä mielessä laillisuusvalvojan yleisiin syyttäjiin verrattuna monipuolisempi toimenpidearsenaali ja laajempi toimivalta. Tämä mahdollistaa virkamiehen menettelyn arvioimisen paitsi rikosoikeudelliselta kannalta myös virkamiesoikeudellisesti sekä perus- ja ihmis-oikeuksien näkökulmasta.<sup>11</sup>

Kun lähdetään tarkemmin vertailemaan laillisuusvalvojen ja yleisten syyttäjien syyttämiskäytäntöjä, on huomioon otettava kummankin käytettävissä olevan päätösaineiston erilaisuus ja päätöstilanne ylimalkaan. Yleiset syyttäjät tekevät ratkaisunsa rikosepäilyn perusteella laadittujen, poliisilta tulleiden valmiiden esitutkintapöytäkirjojen pohjalta. Heidän tehtävänsä on arvioida, onko perusteita nostaa syyte. Laillisuusvalvojen tutkinta puolestaan käynnistyy pääsääntöisesti kantelusta (tai omasta aloitteesta esimerkiksi lehtiartikkelista), jossa esitetään väite tai epäily lainvastaisesta menettelystä ylipäänsä. Tästä on pitkä matka syyteharkintavaiheeseen. Jos halutaan vertailla laillisuusvalvojen ratkaisukäytäntöjä yleisten syyttäjien käytäntöihin nimenomaan syyttäjäntoimen kannalta, on rajoitettava tarkastelemaan niitä tapauksia, joissa laillisuusvalvojat ovat olleet syyteharkintatilanteessa eli joissa heillä on ollut valmis esitutkintapöytäkirja päätösaineistonaan. Vasta tämän tarkennuksen jälkeen voidaan pohtia sitä, onko syyteharkinnassa eroavuutta; vain tällöin vertailu on yhteismitallista.

Tarkastelen tässä artikkelissa laillisuusvalvojen käytäntöä aluksi puhtaasti syyttäjäntoimen kannalta. Sen jälkeen laajennan näkökulmaa koskemaan myös esitutkinnan aloittamiseen liittyviä kysymyksiä. Vaikka näitä vaiheita ei voikaan pitää toisistaan erillään, kun tarkastellaan laillisuusvalvonnan toimesta tapahtu-

<sup>10</sup> Laillisuusvalvojen syytemonopoli tuomarien epäiltyjen virkarikosten osalta muodostaa tästä poikkeuksen.

<sup>11</sup> Vastatessaan Fredmanin kritiikkiin Lehtimaja kiinnittikin muun ohessa huomiota laillisuusvalvojan monipuolisempiin arviointimahdollisuuksiin; *Lehtimaja, Lauri*, Sopivatko laillisuusvalvojat myös syyttäjiksi? Advokaatti 8/2001 s. 28–29.

vaa rikosprosessin käynnistämistä<sup>12</sup>, pidän erittelevää tarkastelua kysymyksenasettelua selventävänä.

III. Varsin mielenkiintoinen on esitetty epäily, että laillisuusvalvojen ja yleisten syyttäjien syytekynnys olisi erilainen. Tämä tarkoittaisi sitä, että samanlaisessa tapauksessa laillisuusvalvoja arvioisi esitutkinta-aineiston pohjalta näytön tai teon rikosoikeudellisen luonteen syytteen nostamista silmällä pitäen eri kriteerien mukaan – tai ainakin niitä systemaattisesti eri tavoin painottaen – kuin yleinen syyttäjä.

Tällaista asiaa on vaikea tutkia luotettavasti, koska mm. näyttötilanteeltaan täysin samanlaisia juttuja tuskin voisi tutkimusaineistoon saada. Syytteiden hylkäysprosenttien ja syyttämättäjättämisprosenttien keskinäinen vertailukaan tuskin mm. tapausten vähäisen lukumäärän vuoksi antaisi tarkkaa kuvaa laillisuusvalvojen syytekynnyksen korkeudesta verrattuna yleisten syyttäjien syytekynnykseen.<sup>13</sup>

Yritän seuraavassa kuitenkin saada empiirisen tarkastelun avulla jotakin tietoa laillisuusvalvojen syyttämiskäytännöstä. Tutkimusekonimisista syistä rajoitun tarkastelemaan viimeistä kymmenvuotiskautta.

Vuosina 1992–2001 nostettiin oikeuskanslerinvirastosta syyte yhteensä 19 virkamiestä vastaan. Yksi syytteistä hylättiin. Samana ajanjaksona oikeusasiamies ja apulaisoikeusasiamiehet nostivat syytteen 34 virkamiestä vastaan. Kolmasosa syytteistä hylättiin.<sup>14</sup>

Oikeuskanslerin tai apulaisoikeuskanslerin nostamista syytteistä lähes kaikki koskivat tuottamuksellista virkavelvollisuuden rikkomista. Näiden lisäksi joukossa on pari lahjuksen ottamista ja yksi vääreennys. Puolet syytteistä on kohdistunut tuomareihin, syyttäjiin ja ulosottomiehiin. Lisäksi syytettyjen joukossa on ollut pari kunnallista virkamiestä ja pari kunnallista luottamusmiestä sekä Met-säkeskus Tapion johtoa (4) ja työhallinnon virkamiehiä (2).

Oikeusasiamiehen tai apulaisoikeusasiamiesten syytteistä kolmasosa on koskenut sotilasrikoksia, samoin kolmasosa tuottamuksellista virkavelvollisuuden

<sup>12</sup> Laillisuusvalvoja toimii tavallaan rikosprosessuaalisessa kaksoisroolissa: ennen kuin hän voi syyttäjänä ottaa kantaa asiaan, hänen on (yleensä) ensin ollut tehtävä päätös asian saattamisesta esitutkintaan.

<sup>13</sup> Syyteharkinnan empiirisestä tutkimisesta ks. *Jonkka, Jaakko*, Syytekynnys. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1991 s. 297 ss.

<sup>14</sup> Tiedot on poimittu oikeuskanslerin ja oikeusasiamiehen kertomuksista. Koska vain osassa tapauksia on tutkittu itse asiakirjoja, pientä epätarkkuutta luvuissa saattaa olla. On syytä huomauttaa, että luvut ovat syytettykohtaisia eivätkä tapauskohtaisia. Hylätty syyte tarkoittaa sitä, että ko. virkamiestä ei ole katsottu syyppääksi mihinkään rikokseen.

Oikeuskanslerin nostamat syytteet ovat virkasyytteitä eli katson ne nostetuiksi laillisuusvalvojana silloinkin kun oikeuskansleri vielä oli yleisten syyttäjien esimies (tällöin hän voi toimivaltansa puitteissa suorittaa syyteharkinnan kaikista rikoksista).

rikkomista. Lisäksi kahdeksan syytettä on nostettu lahjuksen ottamisesta (mukana yksi törkeä tekemuoto) tai lahjusrikkomuksesta, pari syytettä on koskenut virka-aseman väärinkäyttämistä, joukossa on lisäksi mm. väärennys ja kuolemantuottamuksia. Syytetyistä sotilaita on ollut kymmenen, kunnallisia virka- tai luottamusmiehiä seitsemän, tuomareita viisi ja vankeinhoitolaitoksen henkilökuntaan kuuluvia kolme. Syytteeseen on joutunut myös opetusministeriön ylijohtaja, vientitakuulaitoksen johtohenkilöitä (6) sekä merenkulkulaitoksen piiri-johtoa (2)

Tutkimusaineiston vähäisyyden vuoksi olisi uskaliaasta tehdä päätelmiä laillisuusvalvojen syyttämisherkkyyden keskinäisistä eroista, vaikka syytteiden hylkäysprosentteissa onkin eroa.<sup>15</sup> Se voidaan todeta, että tutkimusajanjaksona oikeusasiamiehen nostamien syytteiden joukossa on ollut jonkin verran enemmän vakaviksi luettavia virkarikoksia; rikosjuttujen rakenteessa näkyisi muutoinkin olevan hienoista eroavuutta.<sup>16</sup> Tämä seikka selittänee osaltaan myös syytteiden hylkäysprosenttien eroa.

Laillisuusvalvojen tarkastelujaksolla nostamien syytteiden hylkäysprosentti (noin 25) ei sellaisenaan anna tukea väitteelle, että syytekynnys heidän kohdallaan olisi poikkeuksellisen korkea yleisiin syyttäjiin verrattuna ja että laillisuusvalvojat nostaisivat syytteitä vain varmoissa tapauksissa.<sup>17</sup>

IV. Laillisuusvalvonnan syyttämiskäytäntöä koskevan kuvan täydentämiseksi tarkastelen vielä muutamaa oikeusasiamiehen (tai apulaisoikeusasiamiehen) syytemääräykseen johtanutta tapausta tarkemmin. Olen valinnut yhden ratkaisun tarkasteltavana olevan kymmenvuotisjakson ensimmäiseltä (1992) ja viimeiseltä (2001) vuodelta sekä kolme ratkaisua vuodelta 1995, jolloin syyteharkintoja oli poikkeuksellisen runsaasti (7 henkilöä ja 4 tapausta). Tapauksista ilmenee myös laillisuusvalvontalähtöisen rikostutkinnan erityispiirteitä.

<sup>15</sup> Ero tasoittuisi, jos tarkattaisiin syytejuuttuja eikä syytettyjä. Oikeusasiamiehen syytejuutuissa on varsin usein ollut useita syytettyjä; vaikka syyte jonkun tai joidenkin osalta on hylätty, on koko jutun totaalisia hylkäyspäätöksiä harvassa.

Erikseen on syytä todeta, että näistä tilastollisista syytteiden hylkäysluvuista ei ole tehtävissä laadullisia päätelmiä syyteharkinnoista.

<sup>16</sup> Se, että oikeusasiamiehen syyteistä huomattava osa on kohdistunut sotilaisiin, johtuu ylimpien laillisuusvalvojen tehtävienjakolaista: sotilaita kuuluvat oikeusasiamiehen valvottaviin. Jos nämä puhdistetaan tilastosta pois, ei nostettujen syytteiden lukumäärässä ole kovinkaan suurta eroa. Tämän jälkeen rakenteellinen ero jopa korostuu.

<sup>17</sup> Syytteiden hylkäysprosentteista yleisesti ks. *Jonkka* 1991 s. 304–312. – Rikosprosessin sisäiseen logiikkaan kuuluu, että jokin osa syyteistä tulee hylätyiksi. Tämä johtuu syytekynnyksen ja tuomitsemiskynnyksen erosta ja siitä, että teon rangaistavuuden arvioi viime kädessä tuomioistuin. Laillisuusvalvojen nostamien syytteiden hylkäämisissä näkyisi yleensä olleen kyse siitä, että laillisuusvalvoja ja tuomioistuin ovat tulkinneet eri tavoin teon rangaistavuuden. Erityisesti tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen ja lahjusrikkomuksen kohdalla rangaistavan menettelyn rajanveto yksittäistapauksessa on ollut tulkinnanvarainen.

Vientitakuiden myöntäminen.<sup>18</sup> Oikeusasiamiehen tutkittavaksi saatettiin neljä kantelua valtion edustajien menettelystä Wärtsilä Oy:n kriisin yhteydessä. Keskusrikospoliisi toimitti oikeusasiamiehen pyynnöstä esitutkinnan sen selvittämiseksi, olivatko jotkut valtion puolesta virkavastuulla toimineet henkilöt menetelleet asiaan liittyvissä virkatoimissa lainvastaisesti.

Esitutkinnan valmistuttua oikeusasiamies määräsi nostettavaksi syytteen kuutta entisen vientitakuulaitoksen johtokunnan jäsentä vastaan tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta. Helsingin hovioikeus hylkäsi syytteen. Oikeusasiamies valitti korkeimpaan oikeuteen kahden syytetyn eli vientitakuulaitoksen johtajan ja johtokunnan puheenjohtajan (kauppa- ja teollisuusministeriön entinen kansliapäällikkö) osalta. Korkein oikeus tuomitsi heidät tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta varoitukseen.

Tutkittavana olleen tapauksen yhteiskunnallista merkityksestä ja eri oikeusasteiden erilaisista ratkaisuista voidaan jo nähdä, että kysymys ei ole ollut ns. rutiinijutusta. Syyttäjäntoimen kannalta todettakoon, että oikeusasiamiehen kanslian edustaja oli hovioikeuskäsittelyssä syytetä ajavan kanneviskaalin avustajana ja sittemmin korkeimmassa oikeudessa jutussa syyttäjänä.

Ylijohtajan lahjustapaus.<sup>19</sup> Lehdessä kirjoitettiin opetusministeriön liikunta- ja nuoriso-osaston päällikkönä toimivan ylijohtajan osallistuneen Suomen Palloliiton kustannuksella jalkapallon MM-kisoihin Yhdysvaltoihin. Kirjoituksessa viitattiin siihen, että opetusministeriö avustaa vuosittain Palloliittoa usealla miljoonalla markalla.

Oikeusasiamies otti asian tutkittavakseen. Ylijohtajan menettelyn tutkimiseksi hankittiin aluksi normaalit kirjalliset selvitykset. Tämän alustavan selvittelyn perusteella oikeusasiamies arvioi esitutkintakynnyksen ylittyneen ja pyysi keskusrikospoliisia toimittamaan esitutkinnan. Esitutkinnassa ilmeni, että Palloliitto oli kustantanut ylijohtajalle kolme ulkomaanmatkaa: jalkapallon MM- ja EM-kisoihin sekä maaotteluun Ranskassa. Samoihin aikoihin ylijohtaja oli harkintavaltansa puitteissa myöntänyt Palloliitolle neljä yhteensä 210 000 mk:n suuruista avustusta ja vaikuttanut Palloliitolle myönnettävän avustuksen merkittävään lisäämiseen vuodelle 1994.

Oikeusasiamies määräsi nostettavaksi ylijohtajaa vastaan syytteen lahjuksen ottamisesta. Helsingin hovioikeus hylkäsi syytteen. Oikeusasiamiehen valituksesta korkein oikeus tuomitsi ylijohtajan lahjuksen ottamisesta ja lahjusrikkomuksesta sakkoon.

Tämän tapauksen erityispiirteenä on, että asia tuli vireille oikeusasiamiehen kanslian lehdistöseurannan tuloksena, joskin se olisi sittemmin tullut vireille muutoinkin, koska varsin pian asiasta tuli kaksi ns. kansalaiskantelua.

<sup>18</sup> OA 31.7.1992 dnro 287/2/92, oikeusasiamiehen kertomus 1992 s. 48–50.

<sup>19</sup> OA 30.1.1995 dnro 1476/2/94, 1489/4/94 ja 1552/4/94, oikeusasiamiehen kertomus 1995 s. 54–55.

Valtuuston puheenjohtajan konsultointi.<sup>20</sup> Kiinteistöalalla toimivan yhtiön asiamies pyysi oikeusasiamiestä tutkimaan eräiden Vantaan kaupungin luottamus- ja virkamiesten menettelyn lainmukaisuuden kaavoitusasian käsittelyssä. Koska kirjoituksessa viitattiin rikoksen mahdollisuuteen, oikeusasiamies lähetti kirjeen keskusrikopoliisille toimenpiteitä varten. Esitutkintapöytäkirjat toimitettiin niiden valmistuttua oikeusasiamiehelle syyteharkintaan.

Esitutkinnassa ilmeni, että kantelija oli hakenut Vantaan kaupungilta omistamansa tontin rakennusoikeuden rajoituksen poistamista. Vauhdittaakseen hanketta hän oli tehnyt konsultointisopimuksen valtuuston puheenjohtajan puoleksi omistaman konsulttiyrityksen kanssa. Voitiin osoittaa, että valtuuston puheenjohtaja oli eri tavoin koettanut suhteitaan ja vaikutusvaltaansa käyttäen vaikuttaa hankkeen etenemiseen.

Esitutkinnan aikana tuli esiin muitakin valtuuston puheenjohtajaa koskevia rikosepäilyjä, muun muassa toinen vastaavanlainen konsulttisopimus ja lahjuksen ottaminen asunto-osakeyhtiön myynnissä saadun ylihinnan muodossa.

Oikeusasiamies määräsi syytteen nostettavaksi valtuuston puheenjohtajaa vastaan kaikkiaan kolmesta törkeästä lahjuksen ottamisesta. Esitutkinnan perusteella oli lisäksi todennäköisiä syitä epäillä, että kaupunginhallituksen puheenjohtaja, maankäyttöjohtaja ja lainopillinen kaupunginsihteeri olivat syylistyneet lahjusrikkomukseen ottaessaan vastaan valtuuston puheenjohtajan yhdessä yhtiökumppaninsa kanssa maksaman Keski-Euroopan matkan. Oikeusasiamies katsoi, että valtuuston puheenjohtaja pyrki tälläkin tavoin vaikuttamaan konsulttisopimuksensa mukaisesti liikemiehen rakennusoikeuden rajoituksen poistamiseksi.

Käräjäoikeus hylkäsi lahjusrikkomussyytteet. Hovioikeus ei muuttanut käräjäoikeuden ratkaisua. Sen sijaan valtuuston puheenjohtaja tuomittiin käräjäoikeudessa kahdesta törkeästä ja yhdestä tavallisesta lahjuksen ottamisesta. Tuomio oli vuosi ja kahdeksan kuukautta vankeutta. Hovioikeus ei muuttanut tuomiota.

Tästä tapauksesta voi todeta, että juttu lähti liikkeelle valtuuston puheenjohtajan pettämäksi itsensä tunteneen liikemiehen kantelusta – kantelija varmaankin ajatteli jotakin muuta kuin lahjustutkinnan käynnistämistä; hän itsekin joutui sittemmin syytteeseen. Tutkinnan aloitusvaiheessa tapauksesta ei ollut näkyvissä vielä edes jäävuoren huippua. Esitutkinnan kuluessa tuli vaihe vaiheelta esiin uusia epäilyjä, kaikista näyttö ei lopulta riittänyt syytteeseen asti.

Kuolema vankilassa.<sup>21</sup> Vankilassa kuolleen vangin vaimo pyysi tutkimaan, menettelikö vankilan henkilökunta asiassa lainmukaisesti. Normaalin kirjallisen selvitysmenettelyn jälkeen apulaisoikeusasiamies pyysi poliisia toimittamaan esitutkinnan. Siinä ilmi käyneen perusteella hän katsoi, että ylivartija oli

<sup>20</sup> OA 13.2.1995 ja 8.12.1995, dnro 1745/4/94, oikeusasiamiehen kertomus 1995 s. 55–59.

<sup>21</sup> AOA 26.4.1995, dnro 2445/2/94, oikeusasiamiehen kertomus 1995 s. 61–62.

huolimattomuudesta ja varomattomuudesta jättänyt huolehtimatta siitä, että vankilaan äskettäin tuotu, äkillisesti sairastunut ja selvästi havaittavasti oireillut vanki olisi toimitettu asianmukaiseen tutkimukseen ja hoitoon. Ylivartija oli mm. vangin yöllisen metelöinnin vuoksi siirtänyt tämän eristysselliin. Seurantakäyneillä voitiin todeta vangin tilan olleen sekava ja harhainen.

Apulaisoikeusasiamies määräsi nostettavaksi ylivartijaa vastaan syytteen virkavelvollisuuden tuottamuksellisesta rikkomisesta. Käräjäoikeus hylkäsi syytteen, hovioikeus ei muuttanut tuomiota.

Tällä tapauksella oli jälkinäytös. Syytettä ajanut kaupunginviskaali ei ollut oikeudessa esittänyt syytteen tueksi sitä näyttöä, jolla apulaisoikeusasiamies oli perustellut ratkaisunsa lopputulosta ja jota tämä näin ollen oli pitänyt syytemääräyksen olennaisena perustana. Oikeusasiamies kiinnitti syytäjän huomiota siihen, että syyttäjän tulee hoitaa saamansa syytemääräykseen perustuva syyttämistehtävä hyvän syyttämistavan mukaisesti ja syytemääräyksen antajalle lojaalisti. Jos hän arvioi asian toisin, hänen tulee hyvissä ajoin neuvotella menettelytavoista syytemääräyksen antajan kanssa.<sup>22</sup>

Tapaus toi esiin niitä ongelmia, joita voi syntyä kun syyteharkinnan suorittaa toinen kuin syytettä ajava henkilö. Aikaisemmin on monesti saattanut käydä niin, että jutun syyttäjälle on vain lähetetty laillisuusvalvojan syytemääräys, sen pohjana oleva ratkaisu ja esitutkinta-aineisto. Nykyisin lienee tavallista – kokemukseni mukaan ainakin oikeusasiamiehen kanslian käytännössä – että esitutkintaa määrättäessä informoidaan samalla valtakunnansyyttäjänvirastoa, joka jo tässä vaiheessa ilmoittaa, kuka valtionsyyttäjä tulee juttua ajamaan, jos syyte päätetään nostaa.<sup>23</sup> Tämä mahdollistaa mm. sen, että laillisuusvalvoja ja valtionsyyttäjä voivat tarvittaessa olla yhteydessä jo esitutkinnan aikana. Varsinkin laajoissa ja monimutkaisissa jutuissa on aiheellista, että mahdollista syytettä ajava syyttäjä voi ennen esitutkinnan päättämistä tietää, minkälaisen näytön avulla hän joutuisi syytettä ajamaan. Nykyprosessi on siksi vaativaa, että esitutkintaa, syyteharkintavaihetta ja syytteen ajamista ei voida pitää täysin erillään; jonkinlaista vuoropuhelua näiden rikosprosessin kolmen vaiheen välillä kaivataan myös laillisuusvalvojan syytejutuissa. Koska asiasta ei ole olemassa säännöksiä, menettelytavat ovat käytännön varassa. Selvää tietysti on, että syyteharkinnan suorittaa itsenäisesti ja siitä vastaa laillisuusvalvoja.

Virkamiesten Istanbulin matka.<sup>24</sup> Oikeusasiamiehen kansliaan saapui kaksi kirjettä, joissa viitattiin eräässä paikallislehdessä olleeseen kirjoitukseen kau-

<sup>22</sup> Oikeusasiamiehen kertomus 1997 s. 148–150.

<sup>23</sup> Yleisistä syyttäjistä annetun lain 7 §:n 2 momentin mukaan oikeuskanslerin tai oikeusasiamiehen päättämää syytettä ajaa valtionsyyttäjä. Toki laillisuusvalvoja voi itsekin ajaa syytettä, perustuslaki 110 § 1 mom. Puhtaasti käytännönkin syistä syytettä ajaneen kuitenkin aina valtionsyyttäjä.

<sup>24</sup> AOA 11.4.2001, dnro 2629/4/97, oikeusasiamiehen kertomus 2001 s. 254–257. Olin juttua käsittelevänä apulaisoikeusasiamiehenä.



pungin virkamiesten ulkomaanmatkasta. Taaskaan ensimmäinen selvittelykierros ei paljastanut tapahtuman todellista luonnetta. Se kävi ilmi, että kaupungissa oli vastikään ollut messut, jossa myös kaupunki oli osallisena. Kirjoituksessa tarkoitettuna matkan oli selvitysten mukaan kustantanut ”messuorganisaatio” messujen järjestelyissä mukana olleille koulutustarkoituksessa. Kirjallisten lisäselvitysten lisäksi tarvittiin oikeusasiamiehen kanslian tarkastajan laaja kuulemismenettely asiakirjojen hankkimisineen ennen kuin pystyttiin arvioimaan, mistä asiassa saattaisi olla kysymys ja onko esitutkinnan aloittamiskynnys ylittynyt.<sup>25</sup> Näiden vaiheiden jälkeen katsoin olevan syytä epäillä rikosta (lähinnä lahjusrikkomus) ja pyysin keskusrikospoliisia toimitamaan esitutkinnan.

Vaikeasti selvitettäviä ja arvioitavia kysymyksiä oli mm. se, kuka matkan todellisuudessa oli maksanut sekä mikä oli ”messuorganisaation” rooli ja rikosoikeudellinen merkitys tässä suhteessa. Vaikea oli saada luotettavaa tietoa matkan toteutuksesta ja matkaohjelman todellisesta sisällöstä. Esitutkintaa jouduttiin vielä täydentämään ennen kuin asia oli päätöskypsä.

Kertyneen aineiston pohjalta katsoin olevan todennäköisiä syitä epäillä, että kaupunginjohtaja, elinkeinoasiamies ja kunnanrakennusmestari olivat osallistumalla paikallisen yrittäjähdistyksen maksamalle Istanbulin matkalle ottaneet vastaan yhdistykseltä edun, joka oli omiaan heikentämään luottamusta viranomaistoiminnan tasapuolisuuteen. Syylliseksi epäiltyinä kuullun kaupungin maanmittausteknikon sen sijaan jätin syyttämättä, koska hänen matkalle osallistumisensa ei nähdäkseni täyttänyt lahjusrikkomuksen tunnusmerkistöä. – Käräjäoikeus tuomitsi kaupunginjohtajan lahjusrikkomuksesta sakkoon. Myös muiden syytettyjen todettiin syyllistyneen lahjusrikkomukseen mutta heidät jätettiin rangaistukseen tuomitsematta. En valittanut hovioikeuteen.

Tämäkin tapaus osoittaa, että laillisuusvalvojalähtöiseen rikostutkintaan liittyvät normaalit syyteharkintavaikkeudet mutta siihen sisältyy myös sellaisia kysymyksiä ja toimenpiteitä, joita ei yleinen syyttäjä tavallisesti omassa työssään joudu miettimään. Tutkinnan lähtökohtana oli laillisuusvalvojalle puolen vuoden välein tulleet kaksi varsin yleisluontoista kirjoitusta, joista ensimmäisen liitteenä oli pieni kirjoitus paikallislehdessä. Tämä aineisto ei antanut mahdollisuuksia esitutkintakynnyksen arvioimiseen (”syytä epäillä rikosta”) – eikä se sellaisenaan esitutkintaan välttämättä edes viitannut. Tutkinta käynnistyykin normaalina kanteluselvittelyinä.

Voidaan verrata, että jos poliisi saisi vastaavanlaisen aineiston, se todennäköisesti suorittaisi alustavia tutkimuksia esitutkinnan edellytysten selvittämiseksi. Laillisuusvalvojalla ei tähän ole käytännössä samanlaisia mahdollisuuksia. Kirjallinen selvitysmenettely ei vastaa poliisin käytettävissä olevia keinoja: esim.

<sup>25</sup> Tarkastaja, jolla on poliisikoulutus ja rikostutkimuskokemusta, kuuli epäiltyjen virkamiesten ohella mm. eräitä muita matkalla olleita. On syytä mainita, että tarkastajalla ei ole poliisivaltuuksia eikä yksityishenkilöiden ole pakko alistua kuulemiseen.

sittemmin syyteeseen joutuneet virkamiehet vastailivat selvityspyyntöihin sanojaan säästellen ja tavalla, josta tapahtumien todellinen luonne ei selvinnyt. Kantelujen tutkimiseen kehitelty kirjallinen selvitysmenettely ei vähänkään mutkikkaimissa tapauksissa ole kovinkaan tehokas tapa tutkia rikosoikeudellisen vastuun mahdollisuutta, ei edes alustavasti.<sup>26</sup>

Tässä esitellyt virkasyytetapaukset osaltaan puhuvat sitä väitettä vastaan, että laillisuusvalvojat nostaisivat syytteitä vain tilanteissa, joissa syytteen läpimeno tuomioistuimessa on etukäteen arvioiden varma. Ne osoittavat myös sen, että laillisuusvalvojan syyteoikeuden sisältö on muutakin kuin pelkkä syytteen nostamisesta päättäminen.

V. Kokoavasti totean, että empiirinen tarkastelu ei viittaa siihen, että yleisten syyttäjien ja laillisuusvalvojen syytekynnyksessä olisi käytännössä eroja. Aina-kaan selvästi havaittavissa olevaa eroa ei voisi mielestäni ollakaan. Syytekynnyksenä on niin laillisuusvalvojalla kuin yleisellä syyttäjällä ”todennäköiset syyt”. Kun esitutkinta on päätetty käynnistää ja ollaan syyteharkintavaiheessa, näytön ja teon rikosoikeudellisen luonteen arviointi tapahtuu laillisuusvalvojan harkinnassa normaalien kriteerien mukaan. Mitään muita kriteereitä ei ole.

Eri asia on, että syytekynnyksen ylittymistä koskevissa rajatapauksissa jää luonnollisesti yksittäistapaukselliselle harkinnalle aina jonkin verran sijaa. On periaatteessa ajateltavissa, että laillisuusvalvojat roolinsa erilaisuuden vuoksi tällaisessa rajatapausharkinnassa noudattaisivat erilaista päätösstrategiaa kuin yleiset syyttäjät.<sup>27</sup> Tarkasteluaineiston perusteella en tällaista päätelmää kuitenkaan voi tehdä. Omatkaan syyttäjä- ja laillisuusvalvontakokemukseni eivät tue tällaista käsitystä.<sup>28</sup> Yksilökohtaisia painotuseroja eri päätöksentekijöiden kohdalla tietenkin voi olla.<sup>29</sup>

Sitä sen sijaan pidän mahdollisena, että laillisuusvalvojat toimenpidearsenalinsa monipuolisuuden ja roolinsa erilaisuudenkin vuoksi voisivat syyteharkintansa päätyä seuraamusluontoiseen syyttämättä jättämiseen herkemmin kuin yleiset syyttäjät. Perinteisesti on katsottu, että laillisuusvalvojat eivät olisi sidotut

<sup>26</sup> Itse olen pitänyt oikeusasiamiehen kanslian tarkastajien käyttöä alustavan selvityksen hankkimisessa esitutkinnan aloittamiskynnyksen arvioimiseksi tärkeänä.

<sup>27</sup> Syyttäjän päätöksenteosta syytekynnyksen ylittymistä koskevissa rajatapauksissa ks. *Jonkka* 1991 erit. s. 148–172 ja 248 ss. sekä oikeusasiamiehen päätös 19.6.1997, dnrot 521, 554 ja 898/4/97, oikeusasiamiehen kertomus 1997 s.151–155

<sup>28</sup> En pysty osoittamaan ainuttakaan tapausta, josta voisin sanoa, että yleisenä syyttäjänä olisin katsonut syytekynnyksen ylittyneen ja laillisuusvalvojana päätyneen arvioinnissa toisensuuntaiseen tulokseen. Tämän toteamuksena taustana on arviolta nelisenkymmentä syyteharkintatilannetta laillisuusvalvontaviroissa vuodesta 1993 ja runsaat viisi vuotta yleisenä syyttäjänä vuosikymmen sitä ennen.

<sup>29</sup> Lehtimaja lausuu omasta käytännöstään: ”Itse olen siten pyrkinyt pikemminkin madaltamaan kuin nostamaan oikeusasiamiehen syytekynnystä, silläkin uhalla, että kaikkien syytteiden hyväksymisestä ei voi etukäteen olla varmuutta.” *Lehtimaja*, Advokaatti 8/2001 s. 28.

yhä tiukasti rikosprosessuaaliseen legaliteettiperiaatteeseen kuin yleiset syyttäjät.<sup>30</sup> Tällainen käsitys on perua ajoilta, jolloin legaliteettiperiaate määritti nykyistä vahvemmin syyttäjien toimintaa. Sitten opportuneettiperiaate on voittanut alaa ja seuraamusluontoisen syyttämättä jättämisen mahdollisuuksia on huomattavasti lisätty, asiaa koskeva sääntely on lisäksi varsin tuore. Voitaisiinkin katsoa, että rikosasiain oikeudenkäyntilaki (ROL) säätäisi (nimenomaisesti lainsäädännössä mainittuja poikkeuksia lukuunottamatta) kattavasti ne tilanteet, joissa syyttämättä voidaan jättää. Toisaalta voidaan ajatella niinkin, että oikeuskanslerilain 6 §:n 1 momentti ja oikeusasiamieslain 10 § 1 momentti perinteen päälle rakentaessaan säätävät huomautusinstituutiolla laillisuusvalvojille laajemman mahdollisuuden luopua syytteen nostamisesta.

Omasta puolestani lähden siitä, että vaikka ROL:n seuraamusluontoista syyttämättä jättämistä koskevat säännökset eivät sellaisinaan velvoittaisikaan laillisuusvalvojaa, on niistä ilmenevillä periaatteilla laillisuusvalvojan syyteharkintaa vahvasti ohjaava vaikutus. Todennäköisenä pidänkin, että laillisuusvalvojat syyteharkintatilanteessa etsivät johtoa pääsääntöisesti ROL:n syyttämättäjättämissäännöksistä, tulkinta- ja painotuseroja tosin saattaa yleisiin syyttäjiin verrattuna olla.<sup>31</sup> Tälle otaksumalle minulla ei kuitenkaan ole esittää empiiristä tukea.

Esitutinnan aloittaminen laillisuusvalvojalle tehdyn kantelun perusteella on ilmeisesti tosiasiallisesti korkeamman kynnyksen takana kuin normaalissa tutkintaväylässä eli tehtäessä rikosilmoitus poliisille. Tähän on useita syitä.

Tyypillisen kantelukirjoituksen perusteella sellaisenaan ei esitutkintakynnyksen ylittymistä useinkaan ole mahdollista arvioida, ja alustavan selvityksen hankkiminen tätä silmällä pitäen on vaikeaa laillisuusvalvojan käytettävissä olevin keinoin. Normaali kirjallinen selvityskierros tuo harvoin lisänäyttöä rikoksesta. On myös otettava huomioon poliisien ja muiden esitutkintaviranomaisten erilainen tehtävä ja rooli verrattuna laillisuusvalvojiin. Edelliset tarkastelevat heille tullutta ilmoitusta rikosilmoituksena ja esitutkintalain nimenomaisen säännöksen velvoittamina arvioivat esitutinnan aloittamisedellytykset, jälkimmäiset tarkastelevat kirjoitusta kanteluna ja suuntaavat jatkotoimet tältä pohjalta.<sup>32</sup> Laillisuusvalvonnan monipuolisempi toimenpidevalikoimakin todenäköisesti vaikuttaa siihen, että tapahtuman rikosoikeudellinen puoli ja esitutinnan aloittaminen ei ensisijaisena tavallisesti nouse edes esille.

<sup>30</sup> Ks. tarkemmin *Hidén, Mikael*, Eduskunnan oikeusasiamies. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1970 s. 229–230.

<sup>31</sup> *Lehtimaja* toteaa ROL:n säännösten tulevan ”ainakin pääosin noudatettaviksi”, *Advokaatti* 8/2001 s. 28.

<sup>32</sup> Esitutkintalain 2 §:n säätämä velvollisuus aloittaa esitutkinta, jos on syytä epäillä rikosta, ei koske sellaisenaan laillisuusvalvojaa. Tosin siitä on nähdäkseni johdettavissa laillisuusvalvojaakin koskeva esitutkintakynnys; ei voitane ajatella, että tämä pyytäisi poliisia aloittamaan esitutinnan, vaikka tämä kynnyks ei olisi ylittynyt.

Näistä syistä rikosepäilyn aiheita ei ehkä aina laillisuusvalvojalle vireille tulleista jutuista tunnisteta. Jos laillisuusvalvojan roolissa painotetaan rikostutkinnallista puolta, tässä suhteessa olisi epäilemättä käytäntöjen arvioinnille varaa.<sup>33</sup>

VI. Lopuksi on syytä todeta, että laillisuusvalvonnan teho ja vaikuttavuus ei liene sen varassa, miten paljon laillisuusvalvojat käynnistävät esitutkintoja ja nostavat syytteitä. Painopiste on toisaalla: laillisuusvalvonnan virheitä ennakolta ehkäisevä vaikutus perustuu pääosin viranomaistoiminnan ohjaukseen laillisuusvalvojan kannanotoilla.<sup>34</sup> Nämä voivat sisältää huomautuksen lainvastaisen menettelyn johdosta tai käsityksen siitä, miten tulkinallisessa tilanteessa olisi oikeudellisesti perusteltua menetellä. Voidaan ottaa kantaa esim. siihen, miten virkamiehelle lainsäädännössä tarkoituksellisesti jätettyä harkintavaltaa tai säännösten avoimuuden vuoksi tosiasiallisesti jäänyttä harkinnanvaraa tulisi perus- ja ihmisoikeusnormisto huomioon ottaen käyttää. Monestihan juuri tulkinallisissa tilanteissa ja harkintavallan käytössä perus- ja ihmisoikeuksien todellinen merkitys testataan. Laillisuusvalvonta nykyisellään onkin pikemmin viranomaistoiminnan oikeudellista hienosäätöä kuin reagoimista selviin laittomuuksiin, niitä kun tulee vastaan varsin harvoin – rikoksista nyt puhumattakaan.

Virkamiehet ottavat yleensä laillisuusvalvojan käsitykset ja huomautukset vakavasti. Rikosprosessin käynnistämismahdollisuus on mielestäni tärkeä lähinnä laillisuusvalvonnan viimekätisenä tehosteena.<sup>35</sup> Tapauskohtaisesti merkitystä on silläkin, että oikeus saada käynnistetyksi esitutkinta ja jatketuksi tutkintaa tarvittaessa tuomioistuinvaiheeseen asti parantaa olennaisesti asian selvittelymahdollisuuksia verrattuna laillisuusvalvonnan käytettävissä oleviin (muihin) keinoihin. Yleisestä virkarikosvastuun tehokkaana pitämisestä – eli preventiivisestä vaikutuksesta – huolehtii tehtävänsä mukaisesti yleinen rikosoikeudellinen koneisto.

Kaiken kaikkiaan: syyteoikeudella on laillisuusvalvojan toimenpidevalikoimassa oma tehtävänsä. Sen merkitystä ei pidä liioitella, mutta ei sitä ole aihetta väheksyäkään.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Tähän liittyvänä mutta sitä merkittävästi yleisempänä ja tärkeämpänä kysymyksenä näen selvittelymenettelyn ja tiedon hankinnan olevan laillisuusvalvonnan pahimpia ongelmakohtia.

<sup>34</sup> Oma vaikutuksensa on tietenkin viranomaisorganisaatioiden ulkopuolisen valvontaelimen olemassaololla sellaisenaan. Laillisuusvalvonnan vaikuttavuudesta yleisemmin viitataan puheenvuorooni oikeusasiamiehen kertomuksessa vuodelta 2000 s. 29–32.

<sup>35</sup> Ks. esim. Valtioneuvoston oikeuskansleria koskevan sääntelyn tarkistaminen. Työryhmän mietintö. Oikeusministeriö 1999 s. 15: ” — laillisuusvalvonnan tehokkuutta on omiaan lisäämään se, että laillisuusvalvojalla on syytetoimivalta asian laadun sitä vaatiessa.” – Kansainvälisesti vertaillen laillisuusvalvojan syyteoikeus on kuitenkin harvinainen.

<sup>36</sup> Rikosoikeudellinen normisto määrittelee virkatoimienkin äärimmäiset rajat. Tästä näkökulmasta on paikallaan, että niiden ylin laillisuusvalvoja voi tarvittaessa saattaa tämän rajanvedon tuomioistuinten arvioitavaksi. Niillehän tämä rajanveto yksittäistapauksissa kuuluu. – Vrt. *Lehtimaja*, joka pohtii oikeusasiamiehen syyteoikeudesta luopumista, *Advokaatti* 8/2001 s. 29.

# ”Sosiaalipolitiikka on parasta kriminaalipolitiikkaa”

## 1. JOHDANTO: KRIMINAALIPOLITIIKAN MURROS

”Sosiaalipolitiikka on parasta kriminaalipolitiikkaa”, on lausuma, joka on perintu kaikille rikosoikeuden, kriminologian ja kriminaalipolitiikan harrastajille. Siitä tuli eräänlainen ”pakollinen” ja itsestään selvä uuden, 1960- ja 1970-lukujen taitteessa kehitellyn kriminaalipoliittisen doktriinin ja retoriikan osa.

Uudessa kriminaalipoliittisessa ajattelussa hylättiin aikaisemmin yleisesti itsestään selvänä pidetty näkemys kriminaalipolitiikasta suoraviivaisena taisteluna rikollisuutta vastaan. Myös aikaisemmalle katsantokannalle tyypillinen rikollisuuden totaalisen poisjuurimisen tavoite leimattiin yksioikoiseksi ja idealistiseksi ajatukseksi. Nyt kriminaalipolitiikan peruslähtökohdaksi asetettiin näkemys rikollisuuden ja sen kontrolloimisen aiheuttamien kustannusten ja kärsimysten sääntelystä ja oikeudenmukaisesta jakamisesta. Rationaalisen kriminaalipolitiikan tuli perustua – laajassa mielessä ymmärrettyjen – kustannusten ja rikollisuudesta eri osapuolille aiheutuvien kärsimysten yhteisvaikutusten kokonaisvaltaiseen analyysiin.<sup>1</sup> Tässä punninnassa pyrittiin löytämään kokonaisuuden näkökulmasta optimaalinen lopputulos.

Uuteen doktriiniin liittyi luontevasti uuden kriminologisen tutkimustiedon laajalla rintamalla vahvistama ajatus siitä, että rikollisuus on luonteeltaan monisyinen yhteiskunnallinen ilmiö, minkä vuoksi rikollisuutta torjuttaessa ahtaan kriminaalipoliittinen näkökulma oli liian kapea.<sup>2</sup> Kriminaalipoliittisin toiminhan ei voitu ainakaan ratkaisevasti vaikuttaa sellaisiin rikollisuuden muotoihin, joi-

---

<sup>1</sup> Ks. esim. *Raimo Lahti*: Rikollisuudesta johtuvien kustannusten vähentämisestä ja jakamisesta. *Oikeustiede–Jurisprudentia*, Suomalainen lakimiesyhdistys 1972, s. 221–313 ja *Patrik Törnudd*: Syytutkimus – kriminologian umpikuja. *Sosiologia* 1969/3, s. 119–129.

<sup>2</sup> Uusien kriminaalipoliittisten linjausten perustavat lähtökohdat ja ajatukset on dokumentoitu niin moneen otteeseen, että tyydyn tässä lyhyessä kirjoituksessa – jossa muutoinkin rajoitan lähdeviitteiden käytön minimiin – lähinnä ainoastaan viittaamaan keskeisimpien kriminaalipolitiikan vaikuttajien kirjoituksiin. Uusia doktriineja kehittivät ja esittelivät ennen kaikkea *Inkeri Anttila* ja *Patrik Törnudd* monissa kirjoituksissaan jo 1960-luvun lopulla ja 1970-luvulla. Myös *Olavi Heinosen*, *Pekka Koskisen*, *Raimo Lahden* ja *K.J. Långin* nimet on syytä tuoda esille, kun puhutaan uuden kriminaalipoliittisen ajattelun läpimurtoon ja vakiintumiseen keskeisesti vaikuttaneista

den juuret olivat selvästi yhteiskunnallisissa olosuhteissa.<sup>3</sup> Juuri tähän kontekstiin liittyy otsikon iskulause.

Pidän 1960–1970-lukujen murrosta kriminaalipolitiikassa, kuten suomalaisessa oikeuspolitiikassa yleensäkin, todella merkittävänä käännekohtana. Uuteen ajatteluun sisältynyt näkemys siitä, että rikollisuus ja sen kontrolli ovat yhteiskunnallisia ja historiallisia ilmiöitä, avasi huomattavasti kriminaali- ja kontrollipolitiikan kenttää. Minua on kuitenkin alkanut askarruttaa se, mitä oikeastaan on tarkoitettu, kun on väitetty sosiaalipolitiikan olevan parasta kriminaalipolitiikkaa. Miten kriminaalipolitiikan rooli ja sen yhteiskunnalliset yhteydet on oikeastaan mielletty? Vai onko sosiaalipolitiikan merkityksen korostaminen nähtävä vain juhlapuheen tasolle jäävänä, ”ajan hengen” mukaisena iskulauseena, jonka sisältöä ja merkitystä ei ehkä ole katsottu tarpeelliseksi lähemmin eritellä? Oli miten oli, on mielestäni erittäin kiinnostavaa hetkeksi pysähtyä pohtimaan, millaista sosiaalipolitiikkaa asiasta puhuneet ja kirjoittaneet ovat mahdollisesti pitäneet silmällä. Siis: millainen kuva sosiaalipolitiikasta voidaan heidän ajatustensa takaa ehkä löytää?

Tässä suppeassa kirjoituksessa en pyri – se olisi itse asiassa mahdotonta siksi, ettei sosiaalipolitiikalle annettavia sisältöjä juurikaan ole pohdittu eksplisiittisesti – tarkkaan tekstien analyysiin. Sen sijaan pyrin muutamin vedoin rekonstruimaan alan kirjoitusten takana olevia ajattelumalleja. En myöskään yritä detaljoitua aatehistoriallisen analyysin avulla selvittää, kuka on ollut ”sosiaalipolitiikka on parasta kriminaalipolitiikkaa” -ajatuksen ensimmäinen esittäjä ja ketkä muut lausumaa ovat viljelleet ja missä yhteyksissä. Tavoitteeni on suunnattu toisaalle: tarkastelen ajankohdan doktriineja yleisemmällä tasolla, eräänlaisena kokonaisuutena, ”totaliteettina”. Tiivistäen sanottuna koetan saada esille jotain olennaista (ja toivottavasti – niin uskon – uuttakin) tarkasteltavan ajanjakson kriminaalipoliittisen ideologian kantavista periaatteista ja rakennepiirteistä.<sup>4</sup>

Tätä tavoitetta silmällä pitäen aion tarkastella sitä, onko maassamme harjoitettu kriminaalipolitiikka käytännön tasolla ollut linjassa sosiaalipolitiikan merkitystä vahvasti korostavan ajatuksen kanssa. Onko iskulause ylipäättään otettu tosissaan? Arvelen, että tätäkin kautta voidaan saada valaisua siihen, millainen paikka sosiaalipolitiikalla on ollut viime vuosikymmenten vallitsevassa kriminaalipoliittisessa ideologiassa. Asetettuihin kysymyksiin vastaaminen johtaa

---

henkilöistä. Uuden ajattelutavan mukaisia linjauksia ja erittelyjä löytää myös ajanjakson monista lainvalmisteluasiakirjoista. Vain eränä esimerkkinä tällaisista virallisdokumenteista mainittakoon nuorisorikollisuustoimikunnan (1966) ja kriminaalihuoltokomitean (1972) mietinnöt.

<sup>3</sup> Samaa pätee tietysti niihin rikollisuuden lajeihin, joiden syiden nähtiin olevan esimerkiksi psykologisia tai biologisia (geneettisiä).

<sup>4</sup> *Tapio Lappi-Seppälältä* saamani vinkin mukaan Sosiaalipolitiikka on parasta kriminaalipolitiikkaa iskulauseen on ensinnä maassamme esittänyt *Inkeri Anttila* teoksessaan *Nuori lainrikkoja* (Suomalainen lakimiesyhdistys 1952).

väistämättä myös eräisiin yleisemmän tason havaintoihin maassamme harjoitetun oikeus- ja yhteiskuntapolitiikan periaatteista ja linjoista viimeisten vuosikymmenten aikana. Nämä linjaukset puolestaan eivät ole vailla yhteyksiä alan kansainvälisiin trendeihin; päinvastoin kaikista kansallisista erityispiirteistä huolimatta Suomen tilanne näyttäisi yllättävänkin suuressa mitassa seurailevan ja noudattavan muuallakin esiintyneitä virtauksia.<sup>5</sup>

## 2. SOSIAALIPOLITIIKAN JUURIA

Aluksi on kuitenkin syytä luoda pikainen katsaus sosiaalipolitiikan juuriin ja siihen, mitä sosiaalipolitiikka nykikäsitteen mukaan pitää sisällään.<sup>6</sup> Nykymuotoisen sosiaalipolitiikan synty liittyy makroluokan yhteiskunnallisiin muutoksiin 1800-luvun Euroopassa. Teollistuminen eteni kiihtyvällä tahdilla ja muutti maatalousyhteiskunnan sosiaalisia rakenteita. Teollisuustyöväestön määrä kasvoi räjähdysmäisen nopeasti ja kaupunkien väestömäärä lisääntyi rajun muuttoliikkeen seurauksena. Kasvu oli suurelta osin hallitsematonta. Kun agrariiyhteiskunnan perinteiset yhteisölliset, ammatilliset ja jopa perhesiteet murtuivat, syntyi ennen kokemattomia sosiaalisia ongelmia. Tätä huikkeen dramaattista prosessia ovat erilaisin värein ja painotuksin kuvailleet ja analysoineet kaikki yhteiskunta-ajattelun suuret nimet kuten muun muassa *Marx*, *Tönnies*, *Weber* ja *Durkheim*. Myös huomattava osa maailmankirjallisuuden klassikoista mainitulta aikakaudelta kuvaa teoksissaan aikakauden rajua yhteiskunnallista muutosta ja sen vaikutuksia yksilöiden ja perheiden elämään.

Vuosisadan suureksi ongelmaksi muodostui työväenkysymys tai laajemmin ottaen sosiaalinen kysymys.<sup>7</sup> Sekä maaseudulla että kaupungeissa syntyi valtavat mittasuhteet saaneita sosiaalisia ongelmia. Yhteiskunnallinen järjestys, joka oli vaivoin *Napoleonin* sotien aiheuttamien mullistusten jälkeen saatu palautettua restauraation kauden kovan kontrollin ja uusien hallinnan instituutioiden (mo-

<sup>5</sup> Ks. tarkemmin *Jukka Kekkonen*: Suomen oikeuskulttuurin suuri linja. Suomalainen lakimiesyhdistys 1898–1998, juhlaulkaisu (Suomalainen lakimiesyhdistys 1998), s. 1–179.

<sup>6</sup> Puhun jatkossa sosiaalipolitiikasta ensi sijassa yhteiskuntapolitiikan lohkona enkä niinkään tieteenalana. Tieteen ja käytännön politiikan kytkeä on sosiaalipolitiikan kohdalla poikkeuksellisen läheinen. Rajoitan tarkasteluni 1800-luvun loppupuolen jälkeiseen aikaan. Tätä aikaisemmistakin yhteiskunnista löytyy toimenpiteitä ja ratkaisuja, joiden tavoitteet ja funktiot ovat paralleelisia modernin sosiaalipolitiikan kanssa. Muun muassa köyhäinhoitoa ja irtolaisuutta koskeva sääntely voidaan nähdä modernin sosiaalipolitiikan eräänä juurena. Moderni sosiaalipolitiikka on kuitenkin vasta 1800-luvun loppupuolen yhteiskunnan luomus.

<sup>7</sup> Ks. esim. *Risto Eräsaari – Keijo Rahkonen* (toim.): Työväenkysymyksestä sosiaalipolitiikkaan, *Gaudeamus* 1979, s. 9–39, joka on toimittajien kirjoittamana johdantoartikkeli, jossa käydään läpi sosiaalipoliittisen yhdistyksen perustamisvaiheet Sakassa.

derni byrokraattinen valtiokoneisto, armeija, poliisi) avulla, järkkyy Euroopan eri puolilla 1800-luvun edetessä toistuvasti. Alemmat kansankerrokset vaativat sosiaalista oikeudenmukaisuutta, yhteiskunnallisia reformeja demokratian ja oikeusvaltion periaatteiden toteuttamisen suuntaan. Nämä vaatimukset vain radikalisoituivat vuosisadan mittaan ja muun muassa vuosina 1830 ja 1848 elettiin monissa Euroopan maissa suorastaan vallankumouksellisessa tilanteessa. Onkin varsin luonnollista, että yhteiskunnallisen järjestyksen ylläpitämisestä tuli vuosisadan polttavin yhteiskunnallinen ongelma.

Tämän ongelman ratkaisuun etsittiin lääkkeitä eri suunnilta. Rikosoikeudellisen ja muun kontrollin sekä kurinpidon tehostamisen ohella myös uuden teknologian tarjoamalla keinoilla ja yhteiskunnallisella ajattelulla oli sanansa sanottavana näihin perustaviin ongelmiin.<sup>8</sup> Uudet tieteenalat kuten sosiologia, kriminologia, psykologia, psykiatria samoin kuin sosiaalipolitiikka tarjosivat tieteen arvovallan tukemia ratkaisuja akuutteihin järjestyksen ylläpidon ja poikkeavan käyttäytymisen aiheuttamiin ongelmiin. Näitä ratkaisuja haettiin intensiivisesti monien tieteenalojen kansainvälisissä järjestöissä ja kokouksissa; 1800-luvun jälkimmäinen puolisko oli tieteellisten ”professoiden” vaikutusvallan kasvun aikaa.

Kärjistäen ja tiivistäen voidaan sanoa, että sosiaalipolitiikkaa syntyi reaktiona ja vastauksena niihin pelkoihin ja uhkakuihin, joita nopea yhteiskunnallinen muutos vallanpitäjien keskuudessa aiheutti. Niin sanottujen ”vaarallisten luokkien” integroinnista yhteiskuntaan tuli ykkösluokan kysymys.<sup>9</sup> Avainajatus Saksassa syntyneen varhaisen sosiaalipolitiikan taustalla oli juuri ”ongelmallisen” väestöaineksen yhteiskuntaan sopeuttaminen. Uutta tässä lähestymistavassa oli se, että sopeuttamisen ajateltiin tapahtuvan positiivisten toimenpiteiden, työväestön asemaa parantavien yhteiskunnallisten reformien, kautta. Klassisen esimerkin tästä tarjoaa ”rautakansleri” *Bismarckin* Saksan sosiaalivakuutuslainsäädäntö 1870- ja 1880-lukujen taitteesta. Työväestön taloudellista sosiaalista asemaa kohentamalla toivottiin samalla vietävän puhtia pois työväestön radikaalittumiselta ja jopa kumoukselliselta toiminnalta.

Sittemmin äänioikeusreformit siirsivät valtaa alaspäin sosiaalisessa asteikossa ja sosiaalipoliittisen lainsäädännön määrä ja merkitys kasvoivat niin Saksassa kuin muuallakin. Tämä tie tuli johtamaan – joskin lähinnä vasta toisen maail-

<sup>8</sup> Teknologian kehityksen, ihmistieteiden ja kontrollin tehostamisen välisistä yhteyksistä ks. esim. *Michel Foucault: Tarkkailla ja rangaista*, Otava 1979 sekä *Santeri Tuori: Vallan kuva. Valokuva kontrollipolitiikan välineenä*. Suomen valokuvataiteen museo 2001, eri kohdin, erityisesti s. 71–86.

<sup>9</sup> Myös periferisessä Suomessa kannettiin huolta samoin ilmiöistä kuin muuallakin Euroopassa. Erinomaisen havainnollisen esimerkin tästä tarjoaa *Jaakko Forsmanin* pamfletti ”Nykyajan erisuuntaiset käsitykset rangaistuksen tarkoituksesta” (1883).



mansodan jälkeen – siihen, että hyvinvointivaltiosta tuli hallitseva yhteiskunnallisen järjestyksen malli suuressa osassa Eurooppaa.

Sosiaalipolitiikka kytkeytyy siten kiinteästi modernin hyvinvointivaltion synyhistoriaan ja kehitykseen. Nykyisen katsomuksen mukaan sosiaalipolitiikan keskeisenä tehtävänä on toimia ennen muuta eräänlaisena yhteiskunnallisena suoja-verkkona; turvata se, että kaikki kansalaiset saavat tietyt – taloudelliset ja muut – perustarpeensa tyydytetyiksi ja että heidän asemansa turvataan erilaisten yhteiskunnallisten ja yksilöllisten riskien varalta.<sup>10</sup> Silti myöskään sosiaalipolitiikan perinteiset yhteiskunnalliseen sopeuttamiseen ja integraatioon, ja osin myös kontrolliin, liittyvät funktiot eivät ole menettäneet merkitystään. Lisäksi sosiaalipolitiikalla voidaan nähdä olevan yhteiskunnalliseen taloudelliseen kehitykseen ja kasvun edistämiseen liittyviä tehtäviä kuten Suomessakin 1960-luvun alussa esitettiin.<sup>11</sup>

### 3. SOSIAALIPOLITIIKAN ROOLI RIKOLLISUUDEN SÄÄNTELYSSÄ

Mitä siis kriminaalipolitiikan harjoittajat ovat ajaneet takaa puhuessaan kauniisti sosiaalipolitiikan merkityksestä kriminaalipolitiikan tehokkaimpana keinona? Usein sosiaalipolitiikan rooli on ilmaistu prologin tai epilogin tyypisesti lausumalla, että ”*kuitenkin on muistettava, että sosiaalipolitiikka on parasta kriminaalipolitiikkaa*”. Koetan seuraavassa vahvasti yleistäen pohtia, mitä sosiaalipolitiikalla kenties on tarkoitettu. Kiinnitän tarkasteluni 1960- ja 1970-luvun murrosvaiheeseen, jolloin sosiaalipolitiikan näkökulmat – palaan tähän vielä myöhemmin – olivat vahvimmin esillä. Kuten sanottu, sosiaalipolitiikan merkityksen korostaminen liittyi kriminaalipolitiikan tavoitteiden ja rikosoikeuden yhteiskunnallisen paikan merkittävään uudelleen arviointiin. Kriminaalipolitiikka nähtiin ajan yleisen suunnitteluideologian hengessä eräiden yleisempien yhteiskuntapolitiikan lohkojen osa-alueena. Kaikki liittyi tässä ajattelussa kaikkeen ja siksi oli luonnollista, että yhteiskuntapolitiikan yleisemmän tason politiikat vaikuttivat siihen, miten eri osalohkoilla toimittiin. Yleinen yhteiskuntapolitiikka määrittä peruslinjaukset, joita ”alemmman tason” politiikkojen oli myötäiltävä.

<sup>10</sup> Se, mikä kulloinkin on katsottu sosiaalisen turvan riittäväksi tasoksi, on vaihdellut. Hyvinvointivaltion ensi vuosikymmeninä taso nousi kaikkialla. Sitten taloudelliset kriisit ovat johtaneet paineisiin karsia hyvinvointivaltiollisia etuuksia.

<sup>11</sup> Ks. Pekka Kuusi: 60-luvun sosiaalipolitiikka. Tammi 1961, eri kohdin. Kuusen omana aikanaan visionäärisessä ajattelussa sosiaalipoliittisten toimenpiteiden eräänä keskeisenä ideana oli laajojen kansankerrosten ostovoiman kasvattaminen, minkä toivottiin aiheuttavan myönteisiä vaikutuksia kansantalouden kehitykseen. Näkökulma myötäilee John Maynard Keynesin kehittämiä talouspoliittisia oppeja.

Uudessa ajattelussa rikosoikeudellisten keinojen asema rikollisuuden vastustamisessa, tai paremminkin rikollisuuden ja kontrolloinnin sääntelyssä, asettui uuteen valoon. Näkökulma oli nyt aikaisempaa laveampi. Korostettiin rikosoikeudellisia sanktioita viimeisenä keinona ei-toivotun käyttäytymisen ehkäisemisessä ja tuotiin rikosoikeudellisten keinojen käyttömahdollisuuksien rajallisuus muutoinkin perustellun voimallisesti esille.<sup>12</sup> Humaanisen ja rationaalisen kriminaalipolitiikan kehittelyyn liittyen formuloitiin 1970-luvulla niin sanotun uusklassisen rikosoikeuden perusteet siitä, millaisten prinssiippien varaan rangaistusjärjestelmä tulisi rakentaa. Rangaistusten oikeudenmukainen suhde rikoksen vakavuuteen, ennustettavuus ja yhdenvertaisuusperiaatteen kunnioittamisen nostettiin järjestelmän peruspilareiksi. Viimeistään 1970-luvun lopulla vallitsi asiantuntijapiireissä – paljolti asiantuntijoiden poliittisista katsomuksista riippumatta – vahva konsensus uuden linjan ylivertaisuudesta.<sup>13</sup>

Vaikka onkin ilmeisen mahdotonta löytää julkilausuttuja näkemyksiä siitä, miten sosiaalipolitiikan rooli kriminaalipoliittisen ajattelun osana olisi mahdollisesti muuttunut, en malta olla esittämättä paria huomiota teemasta. Näen nimitäin eräitä hyvin kiinnostavia muutoksia tässä suhteessa. Samoin näen muutoksia siinä, miten sosiaalipolitiikan roolin hahmottaminen on muuttunut käytännön kriminaalipolitiikan tasolla.

Oikeuspolitiikan murrosvuosina niin yleistä yhteiskunta- kuin oikeuspolitiikkaakin kantavia prinssiippejä olivat muun muassa kansalaisten välisen tasa-arvon lisääminen ja sosiaalisen oikeudenmukaisuuden edistäminen. Tavallisen kansalaisen oikeudellisen aseman parantaminen oli jatkuvasti esillä. Tämä tuli esille erityisen selvästi retoriikan tasolla, mutta ei ainoastaan sillä tasolla. Ajan henki oli korostuneen sääntelyoptimistinen; rationaalisen sääntelyn ja yhteiskuntasuunnittelun mahdollisuuksiin todellisten yhteiskunnallisten muutosten aikaansaajina uskottiin yleisesti.<sup>14</sup>

Tästä kontekstista määräytyivät myös sosiaalipolitiikan tehtävät. Sosiaalipolitiikalla turvattiin huono-osaisten asemaa ja sitä kautta pyrittiin lisäämään yhteiskunnallista tasa-arvoa. Esimerkiksi taloudellisen puutteen poistaminen, huonon fyysisen elinympäristön parantaminen ja tasa-arvoisten elämän mahdollisuuksien luominen nähtiin keinoiksi vähentää rikollisuutta. Rikollisuuden taustasyitä hahmotettiin entistä monipuolisemmin uusinta kriminologista tutkimustietoa hyödyntäen. Kriminaalipolitiikan näkökulmasta sosiaalipolitiikka näyttäytyi en-

<sup>12</sup> Tällä suunnalla voidaan päätyä erilaisiin käytännöllisiin johtopäätöksiin koko rangaistusjärjestelmän poistamiseen tähtäävästä abolitionismista muunlaisiin vaihtoehtoihin. Eräs tällainen on esimerkiksi rangaistusten laajamittainen korvaaminen hoidollisilla toimenpiteillä.

<sup>13</sup> Kuten hyvin tiedetään ovat Suomessa kehitellyt kriminaalipoliittiset opit saaneet laajalti tunnustusta myös kansainvälisillä areenoilla Yhdistyneistä kansakunnista alkaen.

<sup>14</sup> Tässä suhteessa on 1980-luvulla tapahtunut suorastaan dramaattinen muutos; sääntelyoptimismi on vaihtunut syväksi sääntelyskeptiseksi. Ks. *Kekkonen* 1998, s. 156–157.

nen muuta taloudellisten resurssien jakomekanismina, tulonsiirtoina, joiden avulla huono-osaisten asemaa voitiin kohentaa.

Sittemmin ovat äänenpainot yhteiskunta- ja oikeuspolitiikassa muuttuneet olennaisesti. Oikeuspolitiikan retoriikka on muuttunut talousvetoiseksi; kilpailun, kilpailukyvyn, sääntelyn purkamisen, taloudellisen tehokkuuden ja vastaavien periaatteiden esiinmarssi osui 1970- ja 1980-lukujen taitteeseen. Aikaisemmin dominoinut ”tasa-arvopuhe” sai väistyä. Muutos liittyi ennen kaikkea talouden nopeaan kansainvälistymiseen ja läntisen Euroopan integraatiokehitykseen ja sen oikeusjärjestykselle tuottamiin akuutteihin muutospaineesiin.<sup>15</sup>

Tässä ilmapiirissä tapahtui nähdäkseni muutos niin sosiaalipolitiikka-ilmäisun käyttöfrekvenssissä kuin siinäkin, mikä rooli ja sisältö sosiaalipolitiikalle annetaan. Sosiaalipolitiikka on putkahtanut kriminaalipoliittisissäkin puheenvuoroissa esille entistä harvemmin – ja tekisi mieli sanoa – entistä kliseemäisemmin. Samalla sosiaalipolitiikkaa koskeva retoriikka sai uusia muotoja ja sävyjä. Tasa-arvoretoriikka häipyi taka-alalle. Sen sijaan sosiaalipolitiikan suuntaan viittasi ainakin jollain tavalla puhe rikollisuuden ennalta ehkäisystä, vaikkakaan rikollisuuden ennalta ehkäisy ei enää entisellä tavalla näytä liittyneen varsinaiseen sosiaalipolitiikkaan.

Nyt tulivat ennalta ehkäisyn teeman kautta esille asennekampanjat ja tilanne-lähestymistavan tyyppiset strategiat. Olennaista oli se, että uusilla keinoilla toivottiin ”konkreettisesti” ja nopeasti pystyttävän vaikuttamaan rikollisuuteen. ”Perinteinen” sosiaalipolitiikka jäi sen sijaan taka-alalle ilmeisesti siksi, ettei sen avulla katsottu voitavan saada aikaan riittävän nopeita ratkaisuja. Tämän ohella muutoksessa oli ilmeisesti kyse siitä, että sosiaalipolitiikan keinojen käyttäminen nähtiin selvien intressiristiriitojen vuoksi olevan poliittisesti erittäin hankalaa. Näin siksi, että sosiaalipoliittiset toimenpiteet saattavat koskea suuria väestöryhmiä ja tulla yhteiskunnalle erittäin kalliiksi.

Toinen perustelu ”perinteisen” sosiaalipoliittisen näkökulman sivuuttamiselle saattoi yksinkertaisesti olla työnjaollinen: varsinaisen sosiaalipoliittiset toimet yksinkertaisesti rajattiin kriminaalipolitiikan tehtäväkentän ulkopuolelle. Ajatus kulki siten, että huolehtikoon kukin sektori oman asiantuntemuksensa puitteissa alansa kehittämistä. Toisten reviirille ei sopinut astua.

Sanotusta huolimatta perinteisellä ja uudella sosiaalipolitiikan roolin hahmottamisen tavalla on myös yhteisiä piirteitä. Tällainen näyttäisi olevan sosiaalipolitiikan mieltäminen ennen muuta resurssien allokoinniksi huono-osaisille. Sosiaalipolitiikka on tästä näkökulmasta taloudellisten etujen jakamista eri väestöryhmille, erityisesti niin sanotuille huono-osaisille.

Mielenkiintoista on, että sosiaalipolitiikan erään klassinen funktion, yhteiskuntaan integroimisen näkökulman kautta tapahtuva kriminaalipoliittinen puhe

<sup>15</sup> Ks. *Kekkonen* 1998, s. 129–130.

on ollut paljon harvinaisempaa.<sup>16</sup> Kuitenkin juuri tätä kautta voitaisiin uskoakseni päästä tuoreesta ja relevantista näkökulmasta erittelemään uuden vuosituhanen suuria kriminaalipoliittisia haasteita. Mitä nämä haasteet ovat? Tarkastelun mittakaavaa on nyt väistämättä laajennettava, jotta viimeisten vuosikymmenten kriminaalipolitiikan suuriin linjoihin ja trendeihin voisi päästä käsiksi.

#### 4. KRIMINAALIPOLITIIKAN MUUTOKSET MAAILMALLA

Suomessakin tapahtuneet muutokset kriminaalipolitiikan saralla eivät ole irrallisia ilmiöitä ajassa. Euroopassa (ja Yhdysvalloissa) on viimeisten vuosikymmenten aikana tapahtunut syvälle käyviä yhteiskunnallisia muutoksia, joihin kriminaalipolitiikka on reagoinut monin eri tavoin. Miten? Nostan seuraavassa esille kaksi mielestäni fundamentaalisen tärkeää toisiinsa liittyvää muutostrendiä: kriminaalipolitiikan ankaroitumisen ja kriminaalipolitiikkaa koskevan asiantuntijadiskurssin muuttumisen.<sup>17</sup>

Kontrolli- ja kriminaalipolitiikan voidaan sanoa lieventyneen, ainakin jos tarkastelun aikajana on tarpeeksi pitkä.<sup>18</sup> Valistuksen kauden jälkeen vapausrangaistukset syrjäyttivät nopeasti hierarkkiselle sääty-yhteiskunnalle ominaiset kuoleman- ja ruumiinrangaistukset sanktiojärjestelmän runkona. Sittemmin vapausrangaistusten keskipituudet ovat pitkän aikavälin tarkastelussa olennaisesti

<sup>16</sup> Yhteiskuntaan integroitumisen ongelmia ja myös eriarvoisuuden kysymyksiä on sen sijaan käsitelty – joskin hyvin yleisellä tasolla – esiteltäessä erilaisia rikollisuutta selittäviä teorioita kriminologian ja rikosoikeuden oppikirjateksteissä.

<sup>17</sup> *David Garland* on analysoinut perusteellisesti tuoreessa teoksessaan *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press 2001) kontrollikulttuuriksi nimeämänsä ilmiökentän muutosta viimeisten kolmenkymmenen vuoden aikana (”jälkiodernina aikana”) Yhdysvalloissa ja Englannissa. Näissä maissa ovat hänen mukaansa ankaroituvan kontrollikulttuurin uudet ilmiöt kärjistyneimminkin tulleet esille. Kontrollikulttuurilla Garland tarkoittaa laajaa rikollisuuden vastustamisen nimissä versonutta reaktioiden ja toimenpiteiden spektriä.

<sup>18</sup> Käytän terminologiaa ”ankara-lievä” hyvin tietoisena siitä, että kriminaalipolitiikan muutoksia voidaan arvioida myös toisenlaisista näkökulmista käsin. Esimerkiksi *Nils Christie* (*Changes in Penal Values, Scandinavian Studies in Criminology* 1968, s. 161–172) on kehittänyt niin sanotun rangaistusarvoteorian, jonka perustavana lähtökohtana on ajatus, jonka mukaan kärsimyksen mitapuut muuttuvat ihmisten elinolojen muutoksen myötä. Esimerkiksi elintason kohoaminen johtaa siihen, että vapautta arvostetaan enemmän kuin aikaisemmin.

Tämän vuoksi emme hänen mukaansa välttämättä voi verrata ja mitata eri aikakausina käytettyjen seuraamusten aiheuttamia vaikutuksia, kuten kärsimyksiä. Sama pätee myös eri maiden välisen rangaistustason vertailuun; yhdessä maassa (sen kokemuksiin pohjautuen) ”lievempien” seuraamusten kärsimysarvo on sama, kun se on ankarampi toisaalla. Teorian kritiikistä ks. *Jukka Kekkonen – Heikki Ylikangas: Vapausrangaistusten valtakausi. Nykyisen seuraamusjärjestelmän historiallinen tausta. Oikeuden yleistieteiden laitoksen julkaisu 1982/1, s. 37–41.*

laskeneet. Muutos ei ole ollut suoraviivainen; erityiset sodat ja muut kriisit ovat olleet omiaan ankaroitamaan kontrollipoliittista järjestelmää.<sup>19</sup>

Kuvattu trendi näyttää kuitenkin tulleen tiensä päähän 1980- tai viimeistään 1990-luvulla niin Yhdysvalloissa kuin Euroopassakin. Tästä kertovat useat erillaiset, mutta samaan suuntaan viittaavat indikaattorit. Ehkä selvin indikaatio koventuneesta kriminaalipoliitikasta on vankiluvun nousu teollistuneissa maissa viimeisen kahdenkymmenen vuoden aikana.<sup>20</sup> Nousu on ollut huimaa Yhdysvalloissa ja eräissä muissa maissa ja jatkuvaa jokseenkin kaikissa Euroopan maissa. Vankiluku on nousussa myös itäisen Keski-Euroopan maissa ja Itä-Euroopassa, jossa sosialistisen järjestelmän romahdus ja siirtyminen demokraattisempaan järjestelmään alensi väliaikaisesti vankilukua. Viimeksi on Suomikin liittynyt kasvavan vankimäärän maiden joukkoon.

Vankiluvun nousutrendi liittyy paitsi tiettyjen rikollisuuden lajien kuten väkivalta- ja huumausainerikollisuuden kasvuun ennen muuta tuomioistuinten ankaroituneeseen rangaistuskäytäntöön. Juuri mainituissa ja muissa erityisen huolestuttaviksi koetuissa rikostyypeissä (esimerkiksi organisoitu valtioiden rajat ylittävä taloudellinen rikollisuus) rangaistukset ovat selvästi koventuneet useissa tai jopa useimmissa Euroopan maissa.

Myös lainsäädännöllinen kehitys on myötäillyt ankaroituvaa linjaa. Nimenomaan eniten esillä olleiden huumausaine- ja väkivaltarikosten rangaistusasteikkoja on ankaroitettu monissa maissa. Poliisi- ja muille viranomaisille on sekä kansallisella että Euroopan Unionin tasolla annettu lisävaltuuksia rikollisuuden vastaiseen taisteluun. Kehitykseen on myötävaikuttanut myös se taistelu kansainvälistä terrorismia vastaan, joka sai valtaisan sysäyksen vuoden 2001 syyskuun 11. päivän traagisista tapahtumista. Itse asiassa monet sellaiset kontrollia lisänneet hankkeet, jotka eivät olleet myötätuulessa ylikansallisella tai kansallisella tasolla, saivat ilmaa siipiensä alle syyskuun 11. päivän tapahtumien vuoksi. Syyskuun tragedian jälkeen on ollut entistäkin vaikeampaa puolustaa oikeusvaltiollisia periaatteita silloin, kun toisessa vaakakupissa on ollut kansalaisten ja yhteiskunnan suojaaminen terroristien hyökkäyksiä vastaan uusien kontrollipoliittisin keinoin.

Rikollisuuden kysymykset ovat nousseet kärkipäähän politiikan esityslistalla, mikä osaltaan on vaikuttanut kriminaalipoliitiikan suunnan muutokseen. Pinnallinenkin havainnointi osoittaa, että silloin kun kriminaalipoliitikka nousee korkealle poliittisen keskustelun asialistalle, haetaan helppoja ja nopeavaikuttaisia ratkaisuja rikollisuuden aiheuttamiin ongelmiin. Ja nämä ratkaisut ovat harvoin – jos koskaan – luonteeltaan muita kuin repressiivisiä.

<sup>19</sup> Ks. *Kekkonen–Ylikangas* 1982, s. 85–88: Vapausrangaistuksen valtakausi. Ks. myös *Jukka Kekkonen*: Kriisit, valta ja oikeus. Kauppakaari 1996, eri kohdin.

<sup>20</sup> Ks. esim. *Nils Christie*: Straffets geografi. Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1997, s. 89–102.

Varsinkin Euroopan Unionin tasolla eri politiikkalohkot ovat siten hajautuneet, että rikollisuuden aiheuttamien ongelmien kokonaisvaltainen hahmottaminen on jo organisatorisista syistä ilmeisen vaikeaa. Tuloksena on tilanne, jossa rikollisuusongelmiin vastataan kärjistäen sanottuna vain ja ainoastaan kontrollin keinoin. Toimenpiteet suunnataan ennen muuta yksittäisiin nopeaa ongelmanratkaisua kaipaaviin kohteisiin. On loogista, että tällä uralla tuloksena on lähinnä lisää tai uusia keinoja rikollisuuden vastustamiseen.

Rikollisuuden vastustamisen muuttuminen yksittäisten ongelmien kautta toteutettavaksi hallinnolliseksi ratkaisuksi on kyseenalaista erityisesti siksi, että ongelmien voittaminen kestäväällä tavalla edellyttäisi niiden taustasyiden tunnistamista, mikä voi tapahtua vain tutkimuksen keinoin. Vasta tämän jälkeen voidaan riittävän monipuolisesti pohtia keinoja, joilla ongelmia pyritään ratkaisemaan.

Kuvaillut muutokset näkyvät suorastaan dramaattisesti myös rikollisuutta ja kriminaalipolitiikkaa koskevan diskurssin (puhetavan) muutoksena.<sup>21</sup> Rikollisuus nähdään entistä useammin yksilön omien valintojen kautta syntyneenä ratkaisuna. Kasvuympäristön ja yhteiskunnan osuus on häivytetty taka-alalle. Psykologiset ja biologiset selitykset, joissa rikollisuuden syyt redusoidaan persoonallisuuden häiriöihin tai yksilön geneettisiin ominaisuuksiin, ovat voittaneet alaa.

Eräiden kriminologien mukaan 1960- ja 1970-lukujen murros oli poikkeuksellista aikaa kriminologisessa ja kriminaalipolitiikassa sikäli, että tuolloin keskustelu ja ajatukset etäännyivät vallanpitäjien näkökulmasta.<sup>22</sup> ”Kriittinen kriminologia” eri muodoissaan pyrki sellaisiin ratkaisuihin, joissa kontrollin perinteisten kohteiden asema ja intressit olisi otettu vakavasti huomioon. Toiselta puolen vaadittiin huomioon suuntaamista myös valkokaulus- ja muuhun ”valtaapitävien” rikollisuuteen. Radikaaleimmissa kaavailuissa emansipatorinen, köyhien ja sorrettujen aseman parantamiseen (tai jopa ”vapauttamiseen”) tähdännyt tiedonintressi nostettiin kriminologian johtotähdeksi.

Seuraavien vuosikymmenten ”realistinen” kriminologia ja kriminaalipolitiikka on taas merkinnyt paluuta vanhoille urille, jolloin asiantuntijat – tai ainakin huomattava osa heistä – tarjoavat ennen muuta tietoa ja argumentteja hallinnon tarpeisiin. Kriminologia sidottiin käytännön kriminaalipolitiikan tarpeisiin. Tämä muutos on johtanut sekä vaatimuksiin ankarammasta kontrollista että kriminaalipolitiikan muuttumiseen aikaisempaa ”teknisemmäksi” asioiden hallin-

<sup>21</sup> Tässä kohden on huomattava, että rikollisuuden syistä on kautta aikojen esitetty erilaisia selityksiä, tulkintoja ja teorioita. Olennaista viime vuosikymmenten kehityksessä on ollut niiden painotusten muuttumien siten, että rikollisuuden yhteiskunnalliset kytkennät ovat jääneet taka-alalle.

<sup>22</sup> Ks. *Robert Reiner: The First Cut is the Deepest: Criminological Texts and the Return of the Repressed*. Teoksessa Ian K. Mackenzie – Ray Bull (eds.): *Criminological Justice Research*. Ashgate, 2002, s. 3–26 ja erityisesti sivulla 25 viitattu kirjallisuus. Ks. myös *Garland* 2001, s. 182–187 ja eri kohdin.

noimiseksi samalla, kun rikollisuuden ja kontrollin yhteiskunnallinen tausta ja vaikutukset ovat jääneet sivuosaan.

Tosin on syytä muistaa, että kriminologia on muiden yhteiskuntatieteen alueiden tavoin pysyvästi ollut koulukuntainen tieteenala. Kriminologiasta löytää mitä erilaisimpia analyyseja rikollisuuden taustasyistä ja kriminaalipoliittisesti toivottavista toimenpiteistä ja ratkaisumalleista. Vielä selvempää on (koulukuntainen) mielipiteiden kirjo kriminaalipoliitikassa. Näen asian niin, että 1960- ja 1970-lukujen murroksessa uudet eri asteisesti ”kriittiset” opit – ainakin tietyiltä osin – vastasivat sosiaaliseen tilaukseen, jonka uusvasemmiston nousu ja sosialidemokratian vahvistuminen (mikä oli yleinen kansainvälinen trendi) olivat aiheuttaneet. Tähän näkökulmaan istuu mainiosti se, että suomalainen rationaalinen ja humanistinen kriminaalipoliittikka löi nopeasti itsensä läpi ja saavutti ”virallisen linjan” aseman. Pitkälle 1990-luvulle saakka vallitseva linja hallitsi suvereenisti suomalaisen kriminaalipoliitiikan kenttää, joskin sen jälkeen muutoksen tuulia on puhaltanut Suomeenkin.

Miksi kriminaalipoliitiikan kansainväliset trendit ovat muuttuneet; mihin ne perimmältään liittyvät? Muutokset kriminaalipoliittisessa diskurssissa eivät ole irrallaan viime vuosikymmenten suurista yhteiskunnallisista, kulttuurisista ja maailmankuvaan liittyneistä muutoksista, kuten muun muassa David Garland on osoittanut. Samaa tahtia rikollisuutta koskevan puheen muutoksen kanssa muuttui suhtautuminen sosiaalisiin ongelmiin laajemminkin. Yksilön oman vastuun, omien elämänvalintojen, korostaminen on noussut olennaiseksi ideologiseksi lähtökohdaksi. Jos ongelmia elämässä syntyy, ei yksilö voi niistä syyttää muita kuin itseään. Tosiasiallisten mahdollisuuksien rajallisuus tai puutteelliset aineelliset tai tiedolliset resurssit eivät poista tai edes vähennä hänen vastuutaan.

Viime kädessä muuttuneet painotukset ja uudet ajatukset liittyivät hyvinvointivaltiota vastaan suunnattuun kritiikkiin. Liian ”kallis”, ”raskas” ja jopa ”yksilöllisyyttä tukahduttava” hyvinvointivaltio joutui ankaran kritiikin maalitauluksi ensin Yhdysvalloissa ja sitten Englannissa. Arvostelu levisi nopeasti kaikkialle Eurooppaan. Viimeistään 1980-luvulla politiikan ja talouden suhde kääntyi ylösalaisin: politiikka menetti ylivaltansa ja taloudesta tuli politiikkaa viitoittava johtotähti. Deregulaation ja kilpailun vapauttamisen periaatteiden nousu yhteiskuntapolitiikan lähtökohdaksi kuvaa havainnollisesti tätä muutosta. Niin sanotut *uusliberalistiset talousopit* jyräsivät itsensä läntisen Euroopan maiden talous- mutta myös yhteiskuntapolitiikan perustaksi. Trendi on jatkunut voimakkaan globalisoitumiskehityksen myötä.

Kuvaillut muutokset yhteiskuntapolitiikassa johtivat sekä Euroopassa että Yhdysvalloissa tietyn asteiseen – eikä suinkaan aivan vähäiseen – vallan ja varallisuuden uusjakoon. Kärjistäen sanottuna rikkaat rikastuivat ennen näkemättömästi, kun samaan aikaan alempien yhteiskuntakerrosten elintaso heikkeni ja yhteiskunnasta syrjäytyneiden määrä kasvoi. Tämä polarisaatio tuli pian näky-

viin monien maiden vankiaineuksessa, jossa yhteiskunnasta syrjäytyneiden suhteellinen osuus on noussut. Tätä kuvastaa esimerkiksi se, että Yhdysvalloissa etnisiin vähemmistöihin kuuluneiden vankien määrä on kasvanut vielä monin verroin nopeammin kuin valkoiseen valtaväestöön kuuluvien vankien määrä. Vaara uudesta alaluokasta ja sen aiheuttamista uusista kontrollihaasteista ennakoiitiin jo 1970- ja 1980-lukujen taitteessa, mutta toimet trendin pysäyttämiseksi eivät ole ainakaan toistaiseksi onnistuneet.<sup>23</sup>

## 5. YHTEENVETO

Olen yrittänyt muutamin vedoin osoittaa, kuinka kriminaalipolitiikan asiantuntijoiden ymmärrys sosiaalipolitiikasta ja sen roolista on muuttunut viimeisten kolmenkymmenen vuoden aikana osana yleisempää kriminaalipoliittisen diskurssin muutosta – sitä unohtamatta, että sosiaalipolitiikkaa koskeva diskurssi ja ymmärrys on mielestäni koko ajan ollut suhteelliseen kapeaa. Sosiaalipolitiikka on mielletty ennen muuta taloudellisten etujen jakamisen politiikaksi.

Sen sijaan sosiaalipolitiikan funktio yhteiskunnallisen järjestyksen ja vakauden turvaajana on koko tarkastellut ajanjakson ollut taka-alalla. Tämän puolen tarkastelua kenties pidettiin radikaalin oikeuspolitiikan kaudella ”vanhanaikaisena”, ”konservatiivisena” tai toisarvoisena, kun yhteiskunta näytti muuttuvan rationaalisen sääntelyn kautta parempaan, ”edistyksellisempään” suuntaan. Taustalla on myös voinut olla työnjaollinen ajatus siitä, että kunkin tulee huolehtia vain ja ainoastaan omasta reviiristään eikä sooloilla naapurien tonteilla. Viimeisen vuosikymmenen aikana taas tiukentunut asenneilmapiiri ja vaatimukset nopeista ratkaisuista ovat sysänneet sosiaalipoliittiset näkökulmat yleensäkin taka-alalle.

Suomessa nähtävä muutos on kaikessa olennaisessa linjassa kansainvälisen kehityksen perustavien trendien kanssa. Yhdysvaltojen ja Englannin kautta maailmalle Eurooppaan levinnyt uusliberalistinen talouspolitiikka on heijastunut myös muille politiikan lohkoille, myös kriminaalipolitiikan alueelle. Samalla se on osaltaan johtanut – ja osaltaan legitimoitunut – yhteiskunnallisten valta- ja varallisuuserojen kasvua.

Juuri käynnissä olevien suurten yhteiskunnallisten muutosten valossa ovat kuitenkin sosiaalipolitiikan traditionaaliseen funktioon liittyvät näkökulmat erityisen ajankohtaisia. Hyvällä syyllä voidaan kysyä, miten kiinnittää syrjäytyneet ja syrjäytymisvaarassa olevat kansalaiset yhteiskuntaan etenkin, jos yhteiskunnallisten valta- ja varallisuuserojen kasvu edelleen jatkuu. Tämä kysymys on fundamentaalisen tärkeä myös tulevan kriminaalipolitiikan näkökulmasta.

<sup>23</sup> Ks. esim. *Ralf Dahrendorf: Law and Order*. Polity Press, 1986.



# Pakkolaitokseen eristämisen vuosikymmenet

## 1. RANGAISTUS- JA TURVAAMISTOIMENPITEET

Klassisen rikosoikeuskoulukunnan mukaan rikos on rangaistuksen oikeudellinen perusta. Rangaistuksen suorittamisen kautta rikoksentekijä joutuu kärsimään syyllisyytensä vuoksi. Näin palautetaan se oikeudellinen tasapaino, jota rikollinen on järkyttänyt.

Rikosta seuraa rangaistus. Rangaistuksen tulee olla tietyssä suhteessa rikoksen vakavuuteen ja ennalta arvattavissa tai ainakin rikokseen syyllisen ja suuren yleisön ennakoitavissa. Rikoksentekijän henkilökohtaisille ja taloudellisille olosuhteille ei rangaistusta määrättäessä ole annettava mitään merkitystä.

Positiivisen rikosoikeuskoulukunnan mukaan yhteiskunnan suojeleminen on perusteena rikosoikeudelliselle seuraamukselle. Rikollisen yksilöllinen rikollisuusaste määrää rangaistuksen lajin ja laajuuden. Rikoksensa perusteella tekijä on otettava rikollisuutensa vaatimaan asianmukaiseen käsittelyyn, ja käsittelyn tulee kestää niin kauan kun siihen on tarvetta.

Samoihin aikoihin vaikuttaneen toisen koulukunnan, modernin tai sosiologisen koulun, mukaan rangaistuksen tarkoituksena oli taistelu yhteiskunnallisena ilmiönä pidettävää rikollisuutta vastaan. Rikolliset jaettiin kolmeen ryhmään: ensinnä niihin, jotka eivät tarvitse hoitoa (tilapäisrikolliset), niihin, joihin hoito vaikuttaa (rikolliset), ja parantumattomiin (krooniset rikoksentekijät).

*Franz von Lisztin* tarkoituksenmukaisuusperiaatteen pohjalle rakentuvan kriminaalipoliittisen ohjelman lähtökohtana on parannettavissa olevien rikollisten parantaminen ja parantumattomien tekeminen vaarattomiksi. Yhteiskunnan käytettävissä tulee rikollisuutta vastaan käytävässä taistelussa olla tehokkaampia ja sopivampia suojauskeinoja kuin perinteinen rangaistus. Yhteiskuntaa on rangaistusten ohella tai niiden sijasta suojeltava kasvatus- ja turvaamistoimenpiteillä.

*Allan Serlachius* (1870–1935) piti yleisessä lakimieskokouksessa Helsingissä 1907 esitelmän turvaamistoimenpiteistä. Laatimassaan rikoslain yleisessä osassa Serlachius ehdotti turvasäilön perustamista parantumattomia rikoksenuusijoita varten. Periaatteellisista syistä on tehtävä ero rangaistuksen ja turvaamistoimenpiteen välillä. Tarvitaan asianmukaiset, rangaistuslaitoksista erillään olevat itenäiset laitokset parantumattomia rikoksenuusijoita varten. Tämä dualistinen, kaksiraiteinen lähtökohta (Zweispurigkeit) tarkoittaa vanhan koetun taktisen

marssijärjestyssäännön soveltamista rikosoikeudessa: vaikka marssitaankin erillään, on päämäärä yhteinen.

## 2. LAKI VAARALLISISTA RIKOKSENUUSIJOISTA 27.5.1932

Ensimmäinen laki vaarallisista rikoksenuusijoista annettiin 27.5.1932 ja se astui voimaan 1.6.1932.

Hallituksen esityksessä turvasäilölaiksi (HE 91/1931 vp) pidetään kroonisten rikoksenteijäin eristämistä rangaistusaikaa pitemmäksi ajaksi välttämättömänä. Eristäminen on tehokas keino suojella yhteiskuntaa näiden kroonikoiden rikoksilta ja turmiollisen vaikutuksen levittämislta ympäristöön. Täyttä ymmärrystä vailla olevien rikoksenteijöiden eristämisestä lakiehdotuksessa oli erillinen säännös. Esityksen mukaan tuli edellytysten eristämistä varten olla ankarammat, jos rikoksenteijä ei ollut täysin syntykeinen.

Eristämisvalta ehdotettiin jaettavaksi tuomioistuimen ja vankilaoikeuden välillä. Vankilaoikeuden tuli olla vapausrangaistusten täytäntöönpanoa ja vankien elämää läheltä seuraava, vankeinhoitoa erityisesti tunteva elin. Tuomioistuimen asiaksi jäi määrätä, että tuomittu on pantava turvasäilöön, jos myöhemmin todettavat edellytykset täytyvät. Vankilaoikeuden asiana oli lopullisesti päättää eristämisestä. Päätökseen ei enää saanut hakea muutosta. Varmimman takeen menettelyn yhdenmukaisuudesta antaa koko maata varten yhteinen elin, kokoonpanoltaan mahdollisimman pätevä vankilaoikeus.

Korkeimman oikeuden lausunnossa esitettiin, että vain paatuneet rikoksenteijät olisi suljettava turvasäilöön. Sielullisesti sairaat rikoksenteijät sitävastoin on pantava pakkohoitoaan. Heitä on pyrittävä parantamaan samankaltaisen hoidon avulla kuin mielisairaaloissa. Korkein oikeus ehdotti eri lakien säätämistä toisaalta turvasäilöstä ja toisaalta pakkohoitolasta. Lausunnon laatineessa jaostossa oli mukana *Allan Serlachius*.

Lakivaliokunta kuuli asiantuntijoina *Bruno Salmialaa* ja vankeinhoitopäällikkö *Armas Arveloa*. Suuri valiokunta muutti turvasäilön pakkolaitokseksi ja poisti lakiehdotuksesta vajaamielisiä rikollisia koskevat säännökset.

Pakkolaitokseen määrääminen tuli koskemaan sitä, joka kärsittyään kolmesta rikoksesta ehdotonta vapausrangaistusta, niistä ainakin yhdestä kuritushuonetta vähintään yhden vuoden, tai kärsittyään vapausrangaistusta yhteensä vähintään kymmenen vuotta, tekee uuden rikoksen, josta hänet tuomitaan kuritushuoneeseen vähintään kolmeksi vuodeksi. Edellytyksenä eristämislle oli rikoksenteijän vaarallisuus. Vain silloin, kun tuomittua oli pidettävä yleislle tai yksityislle terveydelle vaarallisena, tuomioistuimen oli määrättävä, että tuomittu voidaan määrätä eristettäväksi.

Vankilaoikeudessa tuli olla puheenjohtaja ja kolme jäsentä. Vankeinhoitolaitoksen päällikön lisäksi siihen kuului tuomarintoimessa kokemusta omaava jäsen ja mielisairaanhoidon perehtynyt lääkäri.

### 3. LAKI VAARALLISTEN RIKOKSENUUSIJAIN ERISTÄMISESTÄ 9.7.1953

Toinen eristämislaki annettiin 9.7.1953 ja se tuli voimaan 1.7.1954.

Tärkeänä syynä lainsäädännön uudistamiselle oli rangaistusasteikkoja koskeva lainmuutos 1939 (HE 101/1952 vp). Muutos oli tuntuvasti rajoittanut pakkolaitoslain soveltamisalaa. Yhteiskunta oli jäänyt sitä turvaa vaille, joka pakkolaitoslain olisi pitänyt sille taata. Vaarallisista rikoksenuusijoista oli huomattava osa niitä, jotka jatkuvasti syyllistyivät lukuisiin varkausrikoksiin, rikosten silti olematta törkeitä. Nämä rikolliset olivat enimmäkseen toimetonta elämää viettäviä väkijuomien väärinkäyttäjiä. Heidän eristämisenä yhteiskunnasta olisi paikallaan, kun heidän rikollinen entisyytensä on osoittanut, ettei rangaistus heihin tehoa. Yhteiskunnan suojelun kannalta olisi sen vuoksi tärkeitä, että eristämismahdollisuuksia tältä osin lisättäisiin.

Toinen tärkeä syy lainuudistukselle oli se, että voimassa olevan lain mukaan vaarallisten epänormaalien rikoksentekijöiden eristäminen ei ollut mahdollista. Sekä vajaamieliset että psykopaatit selviävät poikkeavuutensa vuoksi huonosti yhteiskunnassa. Pakkolaitoslain soveltamisalan laajentaminen käsittämään myös vaaralliset epänormaalit rikoksentekijät oli yhteiskunnan suojelun kannalta välttämätöntä, jotta laki voisi täyttää sille asetettavan tehtävän.

Hallituksen esityksen mukaan oikeusturva ei vaatinut eristämisvallan kahtiajakoa. Vankilaoikeusmenettelystä puuttuu oikeudenkäynnin ominaisin tunnus: asianosaikäsitteily. Tuomioistuinmenettely olisi ainoa vakuuttava tae siitä, että syytetyt edut tulevat huomioon otetuiksi. Tuomioistuinmenettelyä tulisi kuitenkin viivästyttämään puute vankilapsykiatreista. Sen vuoksi ei vielä voitu luopua vanhasta järjestelmästä. Vankilaoikeuden jäsenlukua oli lisättävä yhdellä. Uudella jäsenellä tuli olla kokemusta tuomarintoimessa. Ehdotettua vankilaoikeuden nimikkeen muuttamista vankilalautakunnaksi lakivaliokunta ei hyväksynyt.

Uusi laki koski sitä, joka kärsittyään vähintään kahdesta rikoksesta tuomittua vapausrangaistusta vähintään kolme vuotta, tekee uuden rikoksen, josta hänet tuomitaan rikoksenuusijana vähintään yhdeksi vuodeksi kuritushuoneeseen, tai sitä, joka kärsittyään vapausrangaistusta vähintään vuoden tekee uuden rikoksen, josta hänet tuomitaan täyttä ymmärrystä vailla olevana vähintään yhden vuoden vapausrangaistukseen rikoksenuusijana. Jos tuomittua aikaisemman elämänsä, rikoksensa vaikuttimien tai sen teossa ilmaantuneiden asianhaarain taikka mielentilansa perusteella on pidettävä yleiselle tai yksityiselle turvallisuudelle vaa-

rallisena, tuomioistuimen tuli rangaistuksen tuomitessaan samalla määrätä, että tuomittu voidaan määrätä eristettäväksi pakkolaitokseen.

Eristämisen edellytysten väljentämisestä 1953 seurasi tuomioistuinten antamien pakkolaitoslausumien samoin kuin vankilaoikeuden pakkolaitokseen eristettäväksi määräämien ja pakkolaitoksessa säilytettävien rikoksenuusijoiden määrän huomattava kasvu. Vuoden 1944 jälkeen eristettyjen määrä oli laskenut vuoteen 1950 mennessä alle sataan. Vuoden 1939 lopussa pakkolaitoksessa oli ollut 259 eristettyä.

#### 4. ERISTÄMISLAKIA VASTAAN KOHDISTETTU ARVOSTELU

Eristämisjärjestelmää arvostelivat varsinkin eräät viranomaiset. Eduskunnan oikeusasiamies kiinnitti 24.5.1967 oikeusministeriölle lähettämässään kirjeessä ministeriön huomiota siihen, että lakia sovelletaan tavalla, joka ei vastaa vaarallisuuden käsitettä siinä merkityksessä kuin se yleensä ymmärretään. Vankeinhoitolaitoksen vuosikertomuksessa 1965 viitataan eristettyjen määrän kasvuun ja todetaan, että monet eristetyt olivat syyllistyneet useihin sinänsä vähäisiin varallisuusrikoksiin.

Valtakunnallinen vankiliitto KRIM ja Marraskuun liike hyökkäsivät eristämislakia ja vankilaoikeuden käytäntöä vastaan. Pakkolaitoksen väitettiin olevan täynnä pikkuvarkaita. Lehtiartikkelissa, joka oli otsikoitu ”Vankilaoikeus – oikeuspoliittinen skandaali”, suunnattiin terävää kritiikkiä koko eristämisjärjestelmää ja -käytäntöä vastaan.

Artikkeleita pakkolaitokseen eristämisestä julkaistiin ja tutkimuksia tehtiin eristetyksi valikoitumisesta (*Heinonen-Perovuo*, Vaarallisten rikoksenuusijain valikoituminen, JFT 1969 s. 431–). Voitiin todeta, että hallituksen esityksessä 1952 asetetut tavoitteet olivat toteutuneet yli odotusten (*Lindholm*, Redogörelse för en undersökning rörande interneringsklientelet i Finland, Det nordiska kontaktseminariet 1970, s. 49–). Nimenomaisena tavoitteena oli eristämisen ulottaminen pikkuvarkaisiin, jotka lakiteknisistä syistä olivat seuloutuneet pakkolaitoksen ulkopuolelle. Tehty tutkimus osoitti, että vain 20 prosenttia pakkolaitoksessa 1.6.1969 olevista eristetyistä (328) oli tuomittu törkeistä väkivaltarikoksista. Jos krooniset omaisuusrikolliset olisi jätetty eristämisjärjestelmän ulkopuolelle, olisi jäljelle jääneiden määrä ollut niin vähäinen, että heidän osoittamansa vaarallisuus olisi ollut eliminoitavissa muilla keinoilla kuin eristämisellä.

Eristettyjä oli 1960-luvulla vuosittain yli 300, enimmillään vuoden 1967 lopussa 389.

## 5. LAINMUUTOKSEN VALMISTELU

Eristämislakikomitea (Kom.miet. 1969:B 72) antoi mietintönsä 30.6.1969. Komitea määritteli eristämisen ja valvonnan edellytykset niin, että nimenomaisesti mainittiin murha, tappo tai sen yritys tai osallisuus murhaan tai tappoon. Omaisuusrikosten osalta eristäminen tuli kysymykseen vain, jos rikollisuus oli ammattimaista ja tavanomaista.

Komitean ehdotuksen toteuttaminen tuskin olisi johtanut olennaisiin muutoksiin, koska suurin osa omaisuusrikoksista eristetyistä täytti vaatimuksen ammatimaisuudesta ja tavanomaisuudesta.

Lainvalmistelukunnan ehdotuksessa (julk. 6/1970) lähdettiin siitä, että yhteiskunnalle vaarallisina rikoksentehtäjinä ei voitu yleensä pitää varallisuusrikoksiin syyllistyneitä. Vain vakaviin väkivaltarikoksiin syyllistyneet tuli voida eristää pakkolaitokseen. Kriminaalipoliittisessa ilmastossa tapahtunut muutos teki mahdolliseksi lainvalmistelukunnan laatiman ehdotuksen mukaisen esityksen antamisen eduskunnalle.

Hallituksen esityksessä laiksi vaarallisten rikoksenuusijain eristämisestä annetun lain muuttamisesta viitattiin mahdollisuuteen luopua kokonaan erillisestä eristämisjärjestelmästä (HE 176/1970 vp). Erillisen järjestelmän poistaminen edellyttäisi syyntakeisuutta ja uusimista koskevien säännösten uudistamista. Lisäksi olisi selvitettävä vaarallisten psykopaattien hoitomahdollisuudet joko nykyisen sairaalajärjestelmän puitteissa tai perustamalla uusi psykopaattisairaala. Eristämisjärjestelmän poistaminen riippui olennaisesti myös muissa Pohjoismaissa tapahtuvasta kehityksestä.

Kun toisaalta nykyiseen järjestelmään sisältyvät pahimmat epäkohdat kaipasivat kiireellistä uudistusta, näytti perustellulta ryhtyä osittaisuudistukseen. Lakivaliokunnan mukaan olisi rikoslainsäädäntöä uudistettaessa erityistä huomiota kiinnitettävä sellaisiin säännöksiin, joiden vanhentuneisuus ainakin osittain estää eristämisjärjestelmästä luopumisen. Muutoinkin olisi ryhdyttävä sellaisiin toimiin, jotka tekisivät mahdolliseksi nykyisen eristämisjärjestelmän poistamisen.

## 6. LAINMUUTOS 1971

Laki vaarallisten rikoksenuusijain eristämisestä annetun lain muuttamisesta tuli voimaan 1.8.1971. Lain soveltamisala rajoitettiin koskemaan vain toistuvia väkivaltarikoksia. Eristäminen voi tulla kysymykseen, kun rikoksentehtäjä on tuomittu vähintään kahden vuoden vapausrangaistukseen murhasta, taposta tai törkeästä pahoinpitelystä, törkeää väkivaltaa käyttäen tehdystä ryöstöstä tai väkisinmaamisesta, hengenvaaran aiheuttavasta murhapoltosta tai erityistä vaarallisuutta

toisen hengelle tai terveydelle osoittavasta rikoksesta. Edellytyksenä pakkolaitokseen eristämislain on lisäksi, että tuomittu on rikosta edeltäneiden kymmenen vuoden aikana syyllistynyt vastaavanlaiseen rikokseen.

## 7. TOIMENPITEET LAINMUUTOKSEN JOHDOSTA

Muutamia vanhan lain mukaan eristettyjä, joiden kohdalla uuden lain mukaiset eristämisedellytykset täyttyivät, siirtyi uuteen pakkolaitokseen. Pakkolaitoksesta vapautuneille pyrittiin järjestämään tehostettua jälkihuoltoa. Heille hankittiin sosiaalivakuutuslainsäädännön mukaisia työ-, sairaus- ja invalidieläkkeitä, joihin he olivat oikeutettuja. Paikallisia sosiaaliviranomaisia kehoitettiin sosiaalihallituksen kiertokirjeellä myöntämään vapautuneille sosiaaliapua. Näillä toimilla näyttää olleen suotuisa vaikutus uusimisriskin välttämiseen. Vaikka vaikeiden ammattirikollisten huollon järjestämisen vaikutuksista ei ole riittävästi kriminologista tutkimusta, on kuitenkin saatu kerätyksi aineistoa, joka osoittaa, että keski-ikäiset, vaikeasti alkoholisoituneet rikoksenuusijat luopuvat rikoksen tekemisestä, jos heille turvataan minimitoimeentulo. Selvitysten mukaan pakkolaitoksesta vapautuneiden uusimisalttius oli pienempi kuin vankiloista keskimäärin viiden vuoden vankeustuomion jälkeen vapautuneiden. Yhtenä selityksenä tälle voivat olla ne vaatimattomat sosiaaliset toimenpiteet, joilla pakkolaitoksesta vapautuneita pyrittiin auttamaan. Itseasiassa kysymys oli vain siitä, että kaikkien vapautuneiden osalta selvitettiin, millaisiin sosiaalivakuutuksiin ja muihin sosiaalisiin etuuksiin he olivat oikeutettuja.

Lainmuutoksen jälkeen vain pieni joukko on voitu todeta vaaralliseksi. Vaikka lainmuutoksen seurauksena vapautui suuri määrä ammattirikollisia, ei uutta lakia ole kriminaalipoliittisessa keskustelussa kritisoitu. Päinvastoin vaikuttaa siltä, että eristämislain muutosta pidetään onnistuneena uudistuksena.

Vasta vuoden 1971 lainmuutoksen perusteella pakkolaitokseen eristäminen edellyttää, että virallinen syyttäjä on eristämistä vaatinut. Samalla otettiin lakiin säännökset, joiden mukaan vankilaoikeus voi myöntää maksuttoman oikeudenkäynnin ja määrätä oikeudenkäyntiavustajan.

Ennen 1.8.1971 voimaan tullutta lainmuutosta pidettiin eristettyjä säännönmukaisesti pitkiä aikoja, jopa 4–6 vuotta, tuomioistuimen määräämän rangaistusajan päätyttyä pakkolaitoksessa ennen ehdonalaiseen vapauteen päästämistä. Lainmuutoksen jälkeen on miltei kaikki päästetty ehdonalaiseen vapauteen heti koko rangaistusajan tultua suoritetuksi.

## 8. UUDISTUSEHDOTUKSIA

Rikosoikeuskomitea (Kom.miet. 1976:72) kiinnitti jo huomiota siihen, että elinkautisrangaistuksen säilyttäminen helpottaisi pakkolaitosseuraamuksesta luopumista, jos rikoslakia muutettaisiin niin, että vähentyneesti syyntakeinen voidaan tuomita enimmäisrangaistukseen. Komitea myös ehdotti lainmuutosta, joka mahdollistaisi elinkautisvankien ehdonalaiseen vapauteen päästämisen.

Rikoslakiprojektin johtoryhmä lähetti 3.3.1994 oikeusministeriölle ehdotuksen vankeutta ja ehdonalaista vapautta koskeviksi säännöksiksi (julk. 3/1994). Vaarallisten rikoksenuusijain eristämistä koskeva lainsäädäntö esitetään siinä kumottavaksi. Koska ehdotus eräiden asiaryhmien osalta hyväksyttiin johtoryhmässä melko tasaväkisten äänestysten jälkeen, puheenjohtaja *Pekka Koskinen* piti ministeriölle lähettämässään kirjeessä tärkeänä, että lausunnonantajilta pyydetäisiin kannanottoja myös esillä olleista vaihtoehdoista.

Ehdotuksen mukaan pakkolaitokseen määräämisen sijasta rikoksentekijä voitaisiin eräissä tapauksissa määrätä suorittamaan laissa mainitusta väkivaltarikoksesta tuomittu vankeus kokonaisuudessaan rangaistuslaitoksessa. Edellytykset olisivat lähes samat kuin pakkolaitokseen määräämisen edellytykset. Menettely olisi edelleen kaksijakoinen siten, että tuomioistuin antaisi määräyksen koko rangaistusajan suorittamisesta tuomitessaan rikoksesta rangaistuksen. Lopullisen päätöksen asiassa tekisi vankilaoikeus. Vankilaoikeus voisi ottaa asian uudelleen käsiteltäväkseen, jos koko rangaistusajan suorittamiseen johtaneet perusteet ovat muuttuneet.

Pakkolaitoseristämisestä luopumista harkittaessa on elinkautisella vankeudella nähty olevan oma tehtäväalue osana vaarallisten väkivaltarikollisten erillis-kohtelua. Rikoslakiprojektin ehdotuksessa esitetään elinkautisen vankeuden säilyttämistä. Elinkautiseen vankeuteen tuomittu päästettäisiin vankilaoikeuden päätöksellä ehdonalaiseen vapauteen aikaisintaan hänen suorittettuaan rangaistuksesta kymmenen vuotta. Tuomittu on päästettävä ehdonalaiseen vapauteen, jos häntä ei ole ilmeisesti pidettävä erittäin vaarallisena toisen hengelle tai terveydelle taikka vapauttamiselle ei ole muuta erityisen painavaa estettä. Jos tuomittua ei päästetä ehdonalaiseen vapauteen, asia olisi otettava vankilaoikeudessa uudelleen esille enintään vuoden väliajoin. Elinkautisesta vankeudesta ehdonalaiseen vapauteen päästetyn koeaika olisi kaksi vuotta.

Rikoslakiprojektin ehdotuksessa edellytetään, että vankilaoikeutta koskevia säännöksiä tarkistetaan niin, että vankilaoikeuden asema ja siinä noudatettava menettely vastaisivat Euroopan ihmisoikeussopimuksessa tuomioistuinmenettelylle asetettuja vaatimuksia.

Lainvalmistelukunnan ehdotus valmistui 8.5.1998. Monissa kohdin se oli samankaltainen kuin rikoslakiprojektin ehdotus. Elinkautisvankien ehdonalaiseen vapauteen päästämiseen ei kuitenkaan esitetty muutosta. Se jätettiin armah-

tamisen varaan. Rikoslain 3 luvun 4 §:n muutoksella olisi tehty mahdolliseksi tuomita vähentyneesti syyntakeinen täyteen rangaistukseen.

Vankeusrangaistuskomitea (Kom.miet. 2001:6) esitti, että pakkolaitokseen eristäminen korvattaisiin rangaistusajan suorittamisella kokonaan. Tästä päättäisi syyttäjän sitä vaadittua yleinen tuomioistuin rangaistuksen tuomitessaan. Sen varalta, että ratkaisun perusteena olevat olosuhteet muuttuvat, asia käsiteltäisiin uudelleen tuomioistuimessa. Toimivaltainen tuomioistuin olisi vankilapaikkakunnan käräjäoikeus, jossa on kolme lainoppinutta jäsentä. Vankilaoikeus esitettiin lakkautettavaksi.

Komiteanmietinnön mukaan elinkautisvanki voitaisiin korkeimman oikeuden päätöksellä päästää tietyin edellytyksin ehdonalaiseen vapauteen hänen suoritettuaan rangaistuksesta kaksitoista vuotta tai ainakin vähintään kymmenen vuotta.

Komiteanmietinnön pohjalta laadittava Hallituksen esitys annettaneen Eduskunnalle vuoden 2003 vaalien jälkeen. Mietinnön johdosta on hankittu lukuisia lausuntoja. Korkein oikeus on 27.3.2002 antanut oikeusministeriölle lausunnon rikoslain 2 c luvun muuttamishdotuksesta.

Koko rangaistuksen suorittamista rangaistuslaitoksessa ja elinkautisvangin ehdonalaiseen vapauteen päästämistä koskeviin säännöksiin on valmistelun aikana tehty koko joukko muutoksia.

Säännösluonnosten mukaan yleinen tuomioistuin päättäisi rangaistuksen kokonaan suorittamisesta ja Helsingin hovioikeus ottaisi asian uuteen käsittelyyn, jos ratkaisun perusteena olevat olosuhteet ovat muuttuneet. Jos hovioikeus ei määrää tuomittua päästettäväksi ehdonalaiseen vapauteen, asia on otettava uudelleen ratkaistavaksi enintään kahden vuoden väliajoin. Elinkautisvanki voi päästä ehdonalaiseen vapauteen aikaisintaan hänen suoritettuaan rangaistusta kaksitoista vuotta. Siitäkin päättäisi Helsingin hovioikeus. Hovioikeuden on otettava asia enintään kahden vuoden väliajoin uudelleen ratkaistavakseen, jos vapauttaminen evätään.

Korkein oikeus on lausunnossaan kiinnittänyt huomiota siihen, että vapauttamisasioissa asiantunteva ja johdonmukainen päätöksenteko edellyttää asioiden keskittämistä yhteen erityiskokoonpanolla varustettuun tuomioistuimeen. Helsingin hovioikeuden lisäksi kysymykseen voisi tulla pääkaupunkiseudun käräjäoikeus. Mallina voisi olla käräjäoikeuksien yhteydessä toimivien maa-oikeuksien järjestely. Asiantuntijoiden lainkäyttöön osallistumisen osalta lausunnossa on viitattu hallinto-oikeuslain 7 §:ään.

## 9. PÄÄTELMIÄ

Pakkolaitoksessa on tällä hetkellä 25 eristettyä. Elinkautisvankeja on vankiloissa 74. Vuoden 1984 alussa elinkautista vankeutta oli suorittamassa 24 henkeä ja



eristettyinä oli 12. Elinkautisvankien huomattava määrä selittynee mielentilatutkimuslausunnoissa tapahtuneilla muutoksilla ja myös armahduskäytännön muuttumisella. Terveystuon oikeusturvakeskus kiinnitti vuonna 1994 rikoslakiprojektin huomiota siihen, että jo pitkän aikaa oli tietoisesti rajoitettu täyttä ymmärrystä vailla -termin käyttöä. Oikeusturvakeskus ehdotti lain muuttamista niin, että tämän termin käyttämisestä luovuttaisiin kokonaan. Elinkautisvankien määrään on viime vuosina myös osaltaan vaikuttanut väkivaltarikollisten armahtamisessa noudatettu aiempaa tiukempi linja.

Suomen rangaistusjärjestelmässä elinkautinen vankeusrangaistus ja pakkolaitokseen eristäminen ovat ankarimmat seuraamukset. Eristäminen ei tosin ole rangaistus vaan turvaamistoimenpide. Pakkolaitokseen eristämisen on kauan sitten todettu olevan maamme kriminaalipoliittiselle ajattelulle vierasta. Eduskunnan lakivaliokunta kiinnitti jo 1971 huomiota siihen, että uudistamalla eräät rikosoikeuslainsäädännön vanhentuneet säännökset olisi ollut mahdollista kokonaan luopua eristämisympäristelmästä.

Vireillä olevat lainsäädäntöhankkeet tähtäävät pakkolaitoksen korvaamiseen rangaistusajan kokonaan suorittamista koskevilla säännöksillä. Nyt esitetyt rikoslakiprojektin ehdotukseen 1994 sisältyneen järjestelmän toimivuutta käytännössä ei ole syytä epäillä. Asian valmistelussa näyttää olleen vaikeuksia ratkaista, minkä tuomioistuimen olisi päätettävä koko rangaistusaikaa suorittamaan määrätyn ehdonalaisesta vapauttamisesta, kun ratkaisun perusteena ovat olosuhteet ovat muuttuneet. Kun yleisten tuomioistuinten tulisi voida keskittyä varsinaiseen tuomitsemistoimintaan, ei tämänkaltaisten asioiden määräämistä minäkään yleisen tuomioistuimen tehtäväksi voine pitää perusteltuna.

Lausunnolla olleessa lakiluonnoksessa on Helsingin hovioikeutta esitetty toimivaltaiseksi tuomioistuimeksi asian uudessa käsittelyssä. Tällä tavoin voitaisiin kyllä varmistaa yhdenmukainen oikeuskäytäntö. On kuitenkin syytä viitata Helsingin käräjäoikeuden komiteamietinnön johdosta antamaan lausuntoon, jossa pidetään vankilaoikeuden kehittämistä erityistuomioistuimeksi järkevänä vaihtoehtona. Vankilaoikeuteen voidaan keskittää lääketieteellistä asiantuntemusta ja luoda tarkoituksenmukainen menettely. Erityistuomioistuinten lakkauttaminen ei voi olla itsetarkoitus. Vastapainona tulisi arvioida myös toimivuutta, kustannuksia ja tehtävien luonnetta.

Muistakin vankien vapauttamista koskevista asioista päättäminen kuuluisi luontevammin alan asiantuntemusta omaavalle erityistuomioistuimelle kuin yleiselle tuomioistuimelle.

## LÄHTEET

- Heinonen, Olavi ja Paul Perovuo*, Vaarallisten rikoksenuusijain valikoituminen, JFT 1969 s. 431–  
*Lindholm, Per*, Redogörelse för en undersökning rörande interneringsklientelet i Finland, Det  
nordiska kontaktseminariet 1970, s. 49–
- Hallituksen esitys Eduskunnalle turvasäilölaiksi (HE 91/1931 vp)
- Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi vaarallisten rikoksenuusijain eristämisestä 1939 (HE 101/  
1952 vp)
- Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi vaarallisten rikoksenuusijain eristämisestä annetun lain  
muuttamisesta (HE 176/1970 vp)
- Eristämislakikomitean mietintö (Kom.miet. 1969:B 72)
- Lainvalmistelukunnan ehdotus (julk. 6/1970)
- Rikosoikeuskomitean mietintö (Kom.miet. 1976:72)
- Vankeus ja ehdonalainen vapaus. Rikoslakiprojektin ehdotus. (OM/LAVO:n julk. 3/1994)
- Vankeusrangaistuskomitean mietintö (Kom.miet. 2001:6)

# Rikosoikeuden yleisten oppien uudistamisesityksen arviointia

## 1. JOHDANTO

Otsikkoteema sopii virkatoverilleni *Pekka Koskiselle* omistettavan kirjoituksen aiheeksi, koska hänellä on ollut keskeisen asema rikosoikeuden yleisiä oppeja uudistettaessa ja yleensäkin rikoslain kokonaisuudistusta vuodesta 1980 lähtien valmisteltaessa. Koskinen oli koko hanketta johtaneen, oikeusministeriön asettaman rikoslakiprojektin johtoryhmän puheenjohtaja vuosina 1991–1999 ja toimi tuon johtoryhmän jäsenenä koko rikoslakiprojektin ajan 1980–1999. Edelleen Koskinen oli rikoslakiprojektin johtoryhmän asettaman yleisten oppien työryhmän jäsen koko sen toimintakauden ja oli huomattavan osan toimintakaudesta senkin työryhmän puheenjohtaja.

Kun arvioin seuraavassa hallituksen esitystä rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi (HE 44/2002 vp), on taustaksi todettava, että olen Koskisen tavoin ollut rikoslakiprojektin johtoryhmän ja yleisten oppien työryhmän jäsen niiden toimintakauden ajan. Siten olen voinut omakohtaisesti vaikuttaa rikosoikeuden yleisten oppien esityksen muotoutumiseen rikoslakiprojektin ehdotusta<sup>1</sup> valmisteltaessa. Olin myös pääasiallinen vastuuhenkilö, kun Helsingin yliopistossa järjestettiin syyskuussa 1990 kansainvälinen kollokvio ”Rikoslaki 100”, johon osallistui lukuisia koti- ja ulkomaisia rikosoikeustutkijoita arvioimaan kesällä 1990 valmistuneita alustavia ehdotuksia rikoslain yleisiksi vastuuoppillisiksi säännöksiksi.<sup>2</sup> Sanotun perusteella olen myös moraalisisessa osavastuussa HE:een 44/2002 vp johtaneesta lainvalmistelusta, joten perustelen erikseen arvostelun oikeutusta.

– Rikoslakiprojektin yleisten oppien työryhmässä ja myös johtoryhmässä oli useista kysymyksistä erimielisyyksiä, joita ei aina kirjattu pöytäkirjaan ja jois-

<sup>1</sup> Ks. Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevat säännökset. Rikoslakiprojektin ehdotus. Oikeusministeriö, Lainvalmisteluosaston julkaisu (OLJ) 5/2000.

<sup>2</sup> Kollokvion aineisto on julkaistu seuraavissa teoksissa *Raimo Lahti – Kimmo Nuotio* (Eds./Hrsgg.): *Criminal Law Theory in Transition – Strafrechtstheorie im Umbruch*. Helsinki 1992; *samat* (eds.): *Toward a Total Reform of Finnish Criminal Law*. Helsinki 1990; *Lahti – Nuotio – Panu Minkkinen* (eds.): *Criminal Policy and Sentencing in Transition – Kriminalpolitik und Strafzumessung im Umbruch*. Helsinki 1992. Eräät ensiksi mainitun teoksen artikkelit on julkaistu suomeksi *Lakimies-lehdessä* 7/1991.

sa olen saattanut jäädä vähemmistöön. Lisäksi HE:ssä 44/2002 vp on omak-suttu myös sellaisia ratkaisuja, jotka eivät ole rikoslakiprojektin ehdotuksen mukaisia.

– Yleisten oppien rikosvastuuta koskevat ehdotukset ovat olennaisilta osin muotoutuneet valmisteluryhmässä jo yli vuosikymmen sitten, joten esimer-kiksi viimeaikainen kansainvälinen tai eurooppalainen oikeuskehitys ei ole mielestäni riittävästi heijastunut esityksen sisältöön.<sup>3</sup> Rikoslain kokonaisuu-distuksen valmistelun pitkäaikaisuus nostaa yleisestikin kysymyksen, ovatko valmistelun tulokset ehtineet osittain vanhentua.<sup>4</sup>

– Yleisiä oppeja koskevan rikoslakiprojektin ehdotuksen perusteluja ei käsitel-ty projektin elimissä enkä silloin enkä myöhemminkään ollut kirjoittamassa niitä. HE:n 44/2002 vp perustelut ovat suureksi osaksi huomattavan laajat, mutta monissa kohdin niitä vastaan voidaan esittää kritiikkiä jopa ristiriidasta lakitekstin kanssa.

– Yleisten oppien valmistelun aikana on myös omissa käsityksissäni tapahtu-nut muutoksia mm. alustaviin säännösehdotuksiin kohdistetun arvostelun joh-dosta.

Kirjoitukseen käytettävissä olevan sivumäärän rajoissa siinä on mahdollista nos-taa esiin vain joitakin näkökulmia ja kysymyksiä. Seuraavassa tarkoitukseni on jaksossa 2 selvittää rikosoikeuden yleisten oppien lainsäädäntö- ja muuta teo-reettista taustaa ja kehityspiirteitä. Se on luettavissa sekä itsenäisenä tarkasteluna että teoreettisena perusteluna kritiikkiä jaksossa 3 konkretisoiville huomautuk-sille. Olin vuonna 2002 eduskunnan perustuslaki- ja lakivaliokunnan kuultavana sanotun hallituksen esityksen johdosta. Kirjallisista lausunnoistani tai muistiois-tani (jotka on päivätty 12.6., 12.9., 25.10. ja 27.11.2002) rajoitun jaksossa 3 tuomaan esiin lähinnä lakivaliokunnalle 12.9. ja 25.10.2002 sekä perustuslakiva-liokunnalle 12.6.2002 lausumaani kritiikkiä.

## 2. RIKOSOIKEUDEN YLEISTEN OPPIEN (LÄHINNÄ VASTUUOPIN) UUDISTUS OSANA RIKOSLAINSÄÄDÄNNÖN KOKONAISUUDISTUSTA

### 2.1. Yleisten oppien uudistuksen asema ja rajaehdot

Rikosoikeuden yleisten oppien (lähinnä rikosoikeudellisen vastuuopin) uudistus toteutetaan vasta rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen loppuvaiheessa.

<sup>3</sup> Vrt. yleisesti *Lahti*, Rikoslain kokonaisuudistusta 30 vuotta – entä nyt? *Lakimies* 2001 s. 718–725.

<sup>4</sup> Vrt. vastaavasti vuoden 1889 rikoslaista *Jaakko Forsman*, Sveitsin uusi rikoslainehdotus. *JFT* 1898 s. 177–192 (177).

Tämä uudistamisjärjestys ilmaisee lainsäädäntöhankkeen painopisteen olleen varsinkin uuden rikoslain erityisen osan uudistamisessa. Pari vuotta yleisten oppien työryhmän aloittamisen jälkeen arvioin sanotusta lainsäädäntöjärjestyksestä aiheutuvan eräitä ongelmia: Rikoslakiuudistuksen alkuvaiheessa valmistelun pohjana ei ollut perusteellisesti mietittyä, johdonmukaista käsitystä vastuuopin peruskäsitteille ja oikeusperiaatteille annettavasta sisällöstä. Edelleen se, että rikoslakiuudistuksen alkuvaiheet jouduttiin toteuttamaan vastuuopista olleen ennakkollisen käsityksen varassa, olisi omiaan johtamaan vastuuopin varovaiseen uudelleen muotoiluun.<sup>5</sup> Myös eduskunnan lakivaliokunta on rikoslakiuudistuksen ensimmäistä ja toista vaihetta koskevia esityksiä käsitellessään arvostellut rikosoikeuden yleisten oppien uudistuksen jättämistä viime vaiheeseen. Siten on syntynyt epätietoisuutta muun muassa syyksiluettavuutta ja rikokseen osallisuutta koskevista säännöksistä.<sup>6</sup>

Tarkastellessani nyt kaksitoista vuotta myöhemmin HE:tä 44/2002 vp Suomen rikosoikeuden tila on olennaisesti muuttunut. Rikosoikeusteoreettinen ja rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva tieteellinen keskustelu voimistui ratkaisevasti 1990-luvulla, koska silloin valmistui kaksi merkittävää väitöskirjaa – *Ari-Matti Nuutilan* ”Rikosoikeudellinen huolimattomuus” (Helsinki 1996) ja *Kimmo Nuotion* ”Teko, vaara, seuraus” (Helsinki 1998) – sekä kaksi yleisten oppien oppikirjaa eli *Dan Fränden* ”Allmän straffrätt” (Helsingfors 1994, 2.p. 2001) ja *Ari-Matti Nuutilan* ”Rikoslain yleinen osa” (Helsinki 1997). Toinen asia on, että uuden rikoslain yleisen osan ensimmäiset säännösehdotukset ovat 1980-luvun lopulta – niistä kesän 1990 versio julkistettuna edellä mainittua Rikoslaki 100 -kollokviota varten – eivätkä ne olennaisesti muuttuneet 1990-luvun aikaisessa valmistelussa. Uusi rikosoikeudellinen kirjallisuus näyttää rikastuttaneen lähinnä HE:n 44/2002 vp perusteluja.

Eräs näkökulma on pohtia rikosoikeuskomitean mietinnön (Komiteamietintö, KM, 1976:72) vaikutusta myöhempään rikosoikeuden yleisten oppien valmisteluun. *Jussi Matikkala* on kiinnostavassa analyysissään osoittanut monissa kohdin tällaista vaikutusta, joskin hän on samalla kiinnittänyt huomiota siihen, että rikosoikeuskomitea suuntautui yleisiin kriminaalipoliittisiin ja rangaistus-teoreettisiin kysymyksiin sekä rikoslain erityisen osan uudistamisen perusteisiin.<sup>7</sup> Rikosoikeuskomitean niukka yleisten oppien esitystä luonnehtii käytännöllinen lähestymistapa. Mietinnön pohjalta ei ole selvästi pääteltävissä, mikä on komitean rikoslainopillinen tai suppeammin rikos- tai vastuuopillinen koko-

<sup>5</sup> Ks. *Lahti*, Mitä uutta rikosoikeustieteessä ja rikosoikeuden yleisissä opeissa? DL 1990 s. 200–220 (208).

<sup>6</sup> LaVM 6/1990 vp HE:n 66/1988 vp johdosta, s. 3; LaVM 22/1994 vp HE:n 94/1993 vp johdosta, s. 5.

<sup>7</sup> *Matikkala*, Rikosoikeuskomitea ja rikosoikeuden kehitys. LM 1998 s. 1325–1340 (erit. s. 1329–1331).

naisnäkemys, tai sitten sellaisen kokonaisnäkemysten muodostamista ei pidetty tarpeellisena. Mietinnön ilmestymistä välittömästi seuranneessa keskustelussa sitä arvosteltiin muun muassa rikosopillisen teoreettisen systeemin muodostamatta jättämisestä ja yleisten oppien dogmaattisten kysymyksenasettelujen si-  
vuuttamisesta.<sup>8</sup>

Rikosoikeuskomitean edustama välineellinen<sup>9</sup> lähestymistapa on tunnusomai-  
nen myös HE:lle 44/2002 vp. Esityksen yleisperustelut ovat niukat, vaikka mo-  
nia yksittäisiä vastuuopin kysymyksiä siinä käsitellään huomattavan laajasti. Ri-  
kosoikeuden yleisiä oppeja kodifioitaisiin olennaisesti laajemmin kuin vuoden  
1889 rikoslaissa. Tätä perustellaan ennen kaikkea laillisuusperiaatteen ja oikeus-  
turvan asettamalla vaatimuksilla (HE s. 8/II).<sup>10</sup> Edelleen yleisten oppien säännös-  
ten tulee rakentua johdonmukaisen peruskäsitteistön varaan, mutta samalla ”on  
välttävä turhaa sitoutumista rikosoikeusteorian muuttuviin ja jatkuvan keskus-  
telun kohteena oleviin konstruktioihin. On siis pyrittävä selkeään, mutta kuiten-  
kin mahdollisimman systeeminutraaliin lopputulokseen. ... ehdotus ei nimen-  
omaisesti sitoudu mihinkään tunnettuun rikosopilliseen teoriaan”. (HE s. 9/I.)  
Saksalaiseen rikoslainoppiin palautuva rikoksen rakennekaavio, jossa erotetaan  
tunnusmerkistön mukaisuus, teon oikeudenvastaisuus ja tekijän syyllisyys, mai-  
nitaan vastuuopin kategorioiden ja käsitteiden jäsentämisen apuvälineenä, mutta  
tämä rakenneratkaisu ei ole välttämätön säännösten ymmärtämiseksi ja tulkitse-  
miseksi. Sanottua jaottelua tärkeämpänä esityksessä pidetään erottelua vastuun  
edellytysten ja vastuuvapausperusteiden välillä. (HE s. 9/II.)

## 2.2. Yleisten oppien uudistuksen arviointia niiden funktioista käsin

Selostetut hallituksen esityksen lausumat ilmentävät voimakasta pyrkimystä  
*käytännöllisyyteen ja valikoivaan teorian (doktriinin) hyödyntämiseen*. Se, ettei  
esityksessä haluta sitoutua johonkin tiettyyn rikosopilliseen teoriaan, ei tarkoita  
rikosoikeusteoriassa eli oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä muotoutu-  
neen doktriinin merkityksen poissulkemista. Esityksessä näyttää pyrityn entistä  
yksityiskohtaisemmin kirjaamaan ennen kaikkea korkeimman oikeuden ennak-  
kopäätösten myötä muotoutuneita oppirakennelmia ja käsitelmäritelyjä. Esityk-  
sellä ei kuitenkaan tavoitella yleisten oppien tyhjentävää määrittelyä rikoslaissa.  
Tarkoitus on myös välttää pelkkien linjanmääritysten kirjaamista laissa, joten

<sup>8</sup> Ks. etenkin *Martti Majanen – Harri Palmén*, Rikosoikeuskomitea ja yleiset opit. Oikeus 2/1977 s. 93–100; *Pekka Koskinen*, Oletettu tahallisuus unohdettu todellisuus? Oikeus 2/1977 s. 100–104.

<sup>9</sup> Tämä termi on *Patrik Törnuddin* vastinekirjoituksesta Rikoslakiuudistus ja periaatemietintö. Oikeus 3/1977 s. 160–166 (162).

<sup>10</sup> Vastaavasti rikosoikeuskomitea; ks. KM 1976:72 s. 95.

rikoslakiin otettavilla säännöksillä on oltava merkitystä myös käytännön lain soveltamisessa (HE s. 9/I).

Miten hallituksen esityksen lähestymistapaa on arvioitava? Yhtäältä rikoslain kokonaisuudistuksen painopistealueiksi on oikeuspoliittisesti ja -ideologisesti nähty muut kysymykset kuin uuden rikoslain vastuuopin sääntely: kriminaali- ja rikosoikeuspolitiikan yleiset perusteet, uuden rikoslain erityinen osa ja seuraamusjärjestelmän uudistamislinjat. Toisaalta rikosoikeudellisen vastuuopin asemaa tai ainakaan teoreettisesti yhtenäisen tai johdonmukaisen systeemin rakentamista ei pidetty tärkeänä uudistustyössä. Tuon työn alkuaikana myös ajantasainen kotimainen rikosoikeusteoreettinen kirjallisuus oli niukkaa, mikä olisi vaikeuttanut sellaiseen systeemiajatteluun pohjautuvaa lainvalmistelua.

Asiaa on mielestäni pohdittava siltä kannalta, mitkä ovat rikosoikeuden yleisten oppien (vastuuopin) funktiot. *Pekka Koskinen* on tähän liittyen huomauttanut osuvasti kirjassaan ”Johdatus rikosoikeuteen” (Helsinki 2001), että ”[p]edagogisesti selkeän, sisäisesti mahdollisimman ristiriidattoman ja kriminaalipoliittisesti tarkoituksenmukaisen yksityiskohtaisen järjestelmän rakentaminen rikosoikeuden yleisistä opeista on pysyvä haaste rikosoikeuden tutkijoille” (s. 42). Rikosoikeudellisen vastuun yleisten edellytysten jäsentäminen selkeäksi ja tarkoituksenmukaiseksi rikoksen rakennemalliksi on rikoslainopin keskeisiä tehtäviä. Sellainen rikoksen yleistä tunnusmerkistöä koskeva rakennemalli on *Brynolf Honkasalon* oppikirjojen jälkeen uudelleen muotoutumassa, joskaan mikään uusi rakennemalli ei ole vielä saavuttanut vakiintunutta asemaa. (Ks. *sama*, s. 43.)

Suomen rikosoikeustieteelle merkityksellisessä, viime vuosikymmenten saksalaisessa rikosoikeuskeskustelussa on muun muassa korostettu rikosopin tehtävää rationaalisen, yhdenvertaisen ja oikeusturvan takaavan oikeudenhoidon mahdollistajana.<sup>11</sup> Niin sanotussa tavoiterationaalisessa tai funktionaalisessa suuntauksessa on pidetty tärkeänä, että rikosoikeuden käsitteen- ja systeeminmuodostus perustuu kriminaalipoliittiseen harkintaan; kriminaalipoliitikalla, preventiolla ja rangaistusteorioilla on siten myös rikoslainopissa eräänlaisina johtoajatuksina huomattava argumenttiarvo.<sup>12</sup> Olen kuvatun suuntauksen mukaisia lähtökohtia puoltaessani puhunut yhtäläisesti tavoite- ja arvorationaalisuuden

<sup>11</sup> Laajasta kirjallisuudesta ks. erit. *Hans-Heinrich Jescheck*, Uusi rikosoppi ja sen käytännön merkitys Saksan liittotasavallassa. LM 1986 s. 468–483 (470). Laajemmin ks. esim. *Björn Burkhardt*, Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik. Teoksessa Albin Eser et al. (Hrsg.): Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. C.H. Beck, München 2000, s. 111–157 (erit. s. 117–120).

<sup>12</sup> Ks. etenkin suuntauksen johtavan edustajan käsityksiä: *Claus Roxin*, Rikoslainopin kriminaalipoliittisesta merkityksestä. LM 1989 s. 319–340; *sama*, Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems. Teoksessa Festschrift für Günther Kaiser, II. Duncker & Humblot, Berlin 1998, s. 887–896. Ks. myös esim. *Bernd Schünemann*, Kriminaalipoliitikka ja rikosoikeussysteemi. LM 1991 s. 1043–1066.

puolesta: rikosoikeuden yleisten oppien sisältöä määritettäessä on otettava huomioon niiden soveltamisen oikeudelliset seuraukset samoin kuin rationaalista kriminaalipolitiikkaa yleensä ohjaavat tavoitteet (ja intressit) sekä arvot (ja periaatteet).<sup>13</sup>

Rikoslainoppi määrittää oikeudenalan yleisten oppien välityksellä monin tavoin sitä, miten rikosoikeutta sovelletaan tai uudistetaan. Rikoslainopin tämän vaikutuksen ymmärtämiseksi on vielä aiheellista erottaa rikosoikeusjärjestelmä rikosoikeuden käsittävästä oikeusjärjestyksestä. Oikeusjärjestelmä tarkoittaa tällöin lainopissa kehitettyä normi- ja oppirakennelmien kokonaisuutta, jonka avulla oikeussäännöt jäsennetään rationaaliseksi kokonaisuudeksi. Jäsennyksessä käytetään hyväksi oikeusperiaatteita, teorioita ja käsitteitä samoin kuin oikeuslähteoppia ja juridisia metodeja. Nämä yhdessä muodostavat asianomaisen oikeudenalan yleiset opit, lainopin keskeisen osan.<sup>14</sup> – Rikosoikeudellisen järjestelmän käsitettä käytetään myös sosiologisessa mielessä tarkoittamaan rikos- ja rikosprosessioikeuden sekä niitä toteuttavan virallisen kontrollikoneiston muodostamaa kokonaisuutta.

Yllä tarkastellun perusteella on ilmeistä, että rikosoikeuden yleisillä opeilla (rikosvastuun yleisillä edellytyksillä ja vastuuvapausperusteilla) on olennainen tehtävä tavoiteltaessa *johdonmukaista ja yhtenäistä rikoslain soveltamista*. Tosin rikoslakiin otettavin määritelmien ei ole mahdollista eikä toivottavaakaan pyrkiä ratkaisemaan rikosoikeusteoreettisia kiistakysymyksiä likikään tyhjentävästi. Silti on vakuuttavat perusteet sellaisten rikosoikeudellisen vastuun yleisten edellytysten ja vastuuvapausperusteiden sääntelemiselle laissa, joihin nähden laillisuusperiaatteella ja sen tausta-arvoilla – ennalta-arvattavan ja yhdenvertaisen lainsoveltamisen ja yksilön oikeusturvan takaamisella – on erityisen tärkeä vaikutus. Tällöin on korostettava nimenomaan niiden rikosvastuun edellytysten sääntelyn tarpeellisuutta, jotka ovat merkityksellisiä ihmisille rangaistukseen tehostettujen käyttäytymisnormien eli heille suunnattujen kieltojen ja käskyjen osoittajina, koska jonkin teon kiellettyisyydestä erehtymiseen suhtaudutaan myös HE:n 44/2002 vp mukaan melko ankarasti (ks. ehdotettu RL 4 luvun 2 §).<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Lahti, DL 1990 s. 213.

<sup>14</sup> Ks. Lahti, Rikosoikeus. Teoksessa *Encyclopaedia Iuridica Fennica IV*. Rikos- ja prosessioikeus. Helsinki 1995, erit. palstat 571–575. Laajemmin teemasta ks. Nuutila, Rikoslain yleinen osa s. 17–19; Frände, Allmän straffrätt (2001) s. 16–26; Nils Jareborg, Allmän kriminalrätt. Lustus Förlag, Uppsala 2001, s. 19–20, 33–39.

<sup>15</sup> Rikoslain yleisen osan vastuunmääritysnormeja on tosin vaikeaa luokitella sen mukaan, mitkä niistä ovat lähinnä kansalaisiin kohdistuvia käyttäytymisnormeja ja mitkä lähinnä tuomioistuimiin kohdistuvia reaktiotapanormeja. Ks. tästä keskustelusta esim. Peter Alldridge, Making Criminal Law Known. Teoksessa Stephen Shute – A.P. Simester (eds.): *Criminal Law Theory. Doctrines of the General Part*. Oxford University Press, Oxford 2002, s. 103–120.



Todetut oikeusvarmuuspainotteiset arvot eivät merkittävydestään huolimatta ole ainuita huomioon otettavia rikosoikeudellisessa käsitteen- ja systeeminmuodostuksessa. Olen aiemmin lausunut ensinnäkin, että rikosvastuun kategorioita määritettäessä tulisi oikeusvarmuuden ja vastaaville arvoille antaa prima facie -etusija, mutta yksittäisten vastuukategorioiden määrittämisen tietyissä rajatapauksissa etusijan voisivat saada preventionäkökohdat. Toiseksi rikosvastuun edellytyksistä olisi rakennettava sellainen kokonaisuus, ettei henkilöiden saattaminen vastuuseen johda epäoikeudenmukaisiksi koettuihin lopputuloksiin, että vastuuseen saattamiselle on preventiivistä tarvetta ja että vastuun toteuttamisessa jää sijaa kohtuusratkaisuille ja humanisuuden osoittamiselle (ihmisoikeuksien kunnioittaminen mukaan lukien).<sup>16</sup>

Sittemmin 1990-luvun alusta lähtien perus- ja ihmisoikeusajattelun vahvistuminen on entisestään korostanut rikosoikeudellista vastuuta positiivisesti tai negatiivisesti määrittävien käsitteiden ja oikeusperiaatteiden oikeusvaltiollista tehtävää rangaistavuuden rajaamisessa. Suomen rikoslain kokonaisuudistuksessa pyritään vahvistamaan ihmis- ja perusoikeuksiin palautettavia laillisuus- ja syyllisyysperiaatetta.<sup>17</sup> Vastaavasti saksalaisessa keskustelussa rikosoikeusdogmatikan onnistuneisuuden mittapuuna on nojaututtu muun muassa valtiosäännön ihmiskuvaan, ihmisarvon loukkaamattomuuteen, perusoikeuksiin ja suhteellisuusperiaatteen.<sup>18</sup> Toisaalta hyvinvointivaltiollinen kehitys on voimistanut yhteiskunnan turvallisuusintressejä (jopa uuden perustuslain, 1999/731, 7 §:ssä oikeus turvallisuuteen mainitaan henkilökohtaisen vapauden ja koskemattomuuden suojan rinnalla)<sup>19</sup> ja yleensäkin lisännyt kriminaalipoliittisten tavoitteiden (kuten tehokkaan ja vaikuttavan rikoksentorjunnan) merkitystä. Tämä on luonut poliittisille päätöksentekijöille paineita rangaistavuuden laajentamiseen ja nostanut julkisessa keskustelussa esiin vaatimuksia rikosoikeudellisen järjestelmän toiminnan tehostamisesta.

### 2.3. Yleisten oppien systeemiajatuksen ja yleisyytensä heikentyminen

Edellä eritellyt, osin vastakkaisiin suuntiin vaikuttavat kehityspiirteet aiheuttavat näin sisäistä *jännitettä ja ristiriitoja kriminaalipoliittiseen päätöksente-*

<sup>16</sup> Lahti, DL 1990 s. 215 ja 217 (laajemmin s. 211–217).

<sup>17</sup> Ks. KM 1976:72 s. 95–98 ja 109–111 sekä HE 44/2002 vp s. 13 ja 15.

<sup>18</sup> Ks. Wolfgang Frisch, *Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik (Kommentar)*. Teoksessa *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, s. 159–198 (erit. s. 163 ja av. 13).

<sup>19</sup> Ks. tästä Kaarlo Tuorin kriittistä artikkelia, *Yleinen järjestys ja turvallisuus – perusoikeusko?* LM 1999 s. 920–931.

*koon.*<sup>20</sup> Ne myös pakottavat lainsäätäjän ja lain soveltajan entistä useammin punnitsemaan erisuuntaisia ja painoarvoltaan vaihtelevia argumentteja rikosoikeuden yleisten oppien ratkaisutilanteissa. Tällöin on ongelmallista väittää noudataettavan laaja-alaisille yleisille opeille pohjautuvaa koherentin, rationaalisen ja periaatekeskeisen rikosoikeussysteemin mallia. Kriittisen oikeustutkimuksen (Critical Legal Studies) suuntaus on ylipäänsäkin suhtautunut epäillen sellaisen mallin perusteltavuuteen.<sup>21</sup>

On tunnistettavissa muitakin rikosoikeuteen ja sen yleisiin oppeihin vaikuttavia kehityskulkuja, jotka ovat vähitellen muuttaneet niiden asemaa ja sisältöä. Kriminaalipolitiikan ja rikosoikeuden voimistuva kansainvälistyminen ja eurooppalaistuminen<sup>22</sup> ovat jo velvoittaneet lähentämään ei ainoastaan (kansainvälisten tai valtioiden rajat ylittävien) rikosten tunnusmerkistöjä vaan myös eräissä tapauksissa niitä koskevia yleisiä oppeja – lähinnä rikosvastuun tiettyjä edellytyksiä ja rangaistusuhkia. Brysseliläinen rikosoikeudenhoito on jo Euroopan unionin (EU) muurien sisällä, kuten esimerkiksi *Bernd Schünemann* kirjoittaa tästä Eurooppaa ympäröivästä ”kummajaisesta” ja vaatii samalla saksalaista kriittistä rikosoikeustiedettä panostamaan Englannin rikosoikeudelle ja Ranskan prosessioikeudelle ominaisen instrumentaalisen rikosoikeusajattelun torjumiseen.<sup>23</sup>

Kuvatunlainen kehitys on omiaan *heikentämään yleisten oppia edustamaa systeemiajattelua ja niiden yleisyytasoa*: kun kansainvälisissä organisaatioissa valmistellaan yleissopimuksia tai muita kansallisten rikoslakien lähentämiseen tähtäviä toimenpiteitä, eri oikeuskulttuureita edustavat neuvottelijat hakevat yhteisymmärrystä asiakysymysten ratkaisemiseen eivätkä hyväksytyt ratkaisut ole välttämättä omaksuttavissa kansallisiin oikeusjärjestyksiin ilman jonkinasteista ristiriitaa niiden maiden yleisen rikosoikeussysteemin kanssa.<sup>24</sup> Tämän seikan

<sup>20</sup> Liberalistisen ja hyvinvointivaltiollisen oikeuskehityksen synnyttämistä ristiriidoista rikosoikeudessa ks. yleisesti *Nuotion* väitöskirjaa Teko, vaara, seuraus, s. 12 ja eri kohdin.

<sup>21</sup> Ks. sanotun johdosta esim. kokoomateosta *Antony Duff* (ed.), *Philosophy and the Criminal Law. Principle and Critique*. Cambridge University Press, Cambridge 1998, eri kohdin, erit. Duffin johdanto s. 1–8.

<sup>22</sup> Tästä kehityksestä yleisesti ks. esim. *Lahti*, Kohti kansainvälistä ja eurooppalaista kriminaalipolitiikkaa? LM 1999 s. 1123–1133; *sama*, Straffrättsligt samarbete i EU:s tredje pelare – något att sträva efter? Teoksessa *Förhandlingarna vid det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors 15–17 augusti 2002*. Jyväskylä 2002, s. 431–444 (myös internetin välityksellä: [www.congrex.fi/njm2002/referat/431lahti.pdf](http://www.congrex.fi/njm2002/referat/431lahti.pdf)); *Nuotio*, Eurooppalaistuva rikosoikeus – rikosoikeudellistuva Eurooppa. DL 2001 s. 686–699.

<sup>23</sup> *Schünemann*, Ein Gespenst geht um in Europa? Brüsseler ”Strafrechtspflege” intra muros? *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* (GA) 2002, s. 501–516 (514–516).

<sup>24</sup> Ks. yleisesti esim. *Joachim Vogel*, Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik. GA 2002, s. 517–534.

pitäisi johtaa pyrkimykseen kehittää eurooppalaistuvaa ja kansainvälistyvää kriminaalipolitiikkaa ja rikosoikeutta ohjaavia ja etenkin rikosoikeuden käyttöä rajoittavia periaatteita,<sup>25</sup> mutta keinoista vallitsee tutkijoidenkin kesken erimielisyyttä.<sup>26</sup>

Jonkin kansallisen oikeusjärjestyksen – kuten Suomen – rikosoikeusjärjestelmä ei siten ole täysin yhtenäinen, vaan siinä on tapahtunut ja tapahtuu jonkinasteista *eriytymistä* uusien oikeudellisten ilmiöiden ja niiden sääntelyn myötä. Voidaan myös puhua *oikeudellisen pluralismin kasvusta ja tarpeesta kehittää dynaamista systeemiajattelua* rinnakkaisten oikeussääntelyiden ja oikeudellisten toimintaympäristöjen moninaistumisen hallitsemiseksi.<sup>27</sup> Talousrikosoikeus, johon tavallista enemmän vaikuttaa EU:n oikeus, soveltuu esimerkiksi tällaisesta eriytymiskehityksestä.<sup>28</sup>

Kaikkiaan lopputulema on, että rikosoikeuden yleisten oppien perinteinen asema ja tehtävät ovat muuttumassa.<sup>29</sup> *Yleisten oppien dynaaminen kehitys* on mielestäni pyrittävä turvaamaan ja hakemaan tätä tarkoitusta varten *uudenlaisia teoreettisia malleja*. Tällöin rikosoikeusvertailun merkitys korostuu entisestään.<sup>30</sup> Muun muassa se, millainen kriminaalipoliittinen kokonaisnäkemys rikoslakiuudistuksessa on omaksuttu ja mitkä ovat sen kantavia (ihmis- ja perusoikeuksiin palautuvia) oikeusperiaatteita sekä millaisiin periaate- ja intressipunninnoin lainsäädäntö- ja lainsoveltamisratkaisuja tehdään, vaikuttaa myös yleisten oppien konstruointiin.

<sup>25</sup> Ks. sellaisesta pyrkimyksestä hyvänä esimerkkinä *Thomas Elholm*, Den Europæiske Unions harmonisering af strafferetten. Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 2002 s. 77–105.

<sup>26</sup> Eurooppalaisen rikosoikeuden ”fundamentaalkritiikkiä” edustaa tähän teokseen sisältyvä *Ari Hirvosen* kirjoitus.

<sup>27</sup> Ks. tarkemmin esim. *Tuomas Pöysti*, Tehokkuus, informaatio ja eurooppalainen oikeusalue. Helsinki 1999, 1. osan 3. luku sekä *Mireille Delmas-Marty*, Towards a Truly Common Law. Europe as a Laboratory for Legal Pluralism. Cambridge University Press, Cambridge 2002 (ranskank. alkuteos 1994), eri kohdin.

<sup>28</sup> Ks. tarkemmin *Kaisa Mäkelä*, Talouselämän rikokset, rikosoikeus ja kriminaalipolitiikka. Helsinki 2001, eri kohdin.

<sup>29</sup> Em. Rikoslaki 100 -kollokvion pääjulkaisun otsikko *Lahti – Nuotio*, Criminal Law Theory in Transition – Strafrechtstheorie im Umbruch (1992) ilmaisee tällaisen murrosvaiheen olemassaolon.

<sup>30</sup> Ks. tästä myös *Vilja Hahto*, Rikosoikeustiede ja oikeusvertailu. LM 2001 s. 1290–1308 (erit. s. 1297–1299).

### 3. KRIITTISEN TARKASTELUN KONKRETISOINTIA HE:TÄ 44/2002 VP ARVIOIMALLA<sup>31</sup>

#### 3.1. Yleisten oppien uudistus sekä perus- ja ihmisoikeudet<sup>32</sup>

On selvää, että rikoslain kokonaisuudistuksen osana on uudistettava myös rikosoikeudellisen vastuuopin säännökset koko uudistukselle asetettavien tavoitteiden saavuttamiseksi. Muun muassa noiden säännösten vanhentuneisuus sekä rikosoikeudellisessa samoin kuin ihmis- ja perusoikeusajattelussa tapahtuneet muutokset puoltavat niiden tarkistamista. Erityisen tärkeää on rikosoikeudellisen laillisuus- ja syyllisyysperiaatteen merkityksen vahvistaminen uudessa rikoslaissa.

Huomiota kuitenkin kiinnittää, etteivät suomalaisessa ihmis- ja perusoikeusajattelussa 1990-luvun alusta lukien tapahtuneet huomattavat muutokset ole rikoslakiuudistuksen pitkän valmisteluaikataulun vuoksi juurikaan vaikuttaneet uudistuksen toteuttamistapaan eikä perusteluihin – ainakaan siinä määrin kuin olisi tänä päivänä suotavaa. Esimerkiksi Suomea sitoo vuodesta 1990 Euroopan ihmisoikeussopimus ja sen soveltamiskäytäntö, ja vuoden 1995 perusoikeus uudistus (uuteen perustuslakiin vuonna 1999 uudelleen kirjattuna) vaikuttaa kaikkiin oikeudenaloihin. Kuitenkin HE:n 44/2002 vp säännösehdotusten sisältö on säilynyt lainvalmistelussa kutakuinkin ennallaan jo vuoden 1990 alustavasta ehdotuksesta lähtien.

Perus- ja ihmisoikeusnäkökohtiin ja niitä koskeviin oikeuslähteisiin HE:n 44/2002 vp perusteluissa on siis viitattu poikkeuksellisen niukasti. Esimerkiksi eduskunnan perustuslakivaliokunnan kannanottoihin, jotka on ilmaistu sen lukuissa mietinnöissä ja lausunnoissa, olisi ollut mahdollista ja syytä nojautua huomattavasti useammin sekä ennen kaikkea käsitellä niissä esiin nostettuja kysymyksiä. Viimeisen vuoden-puolentoista aikana ovat etenkin useat EU:n piirissä laaditut puitepätös- ja muut säädösehdotukset ja eräät Suomessa voimaan saatettavat kansainväliset sopimukset antaneet aiheen muun muassa perustuslaki- ja lakivaliokunnalle kiinnittää vakavaa huomiota noissa asiakirjoissa sivuutettuihin tai vähäisen painoarvon saaneisiin ihmis- ja perusoikeusnäkökohtiin.<sup>33</sup>

Perustuslakivaliokunnan merkittäviä yleisluonteisia linjauksia rikosoikeuden käyttöä rajoittavista perusoikeusnäkökohdista sisältyy perusoikeusuudistuksen

<sup>31</sup> Tämän 3. jakson esityksessä on suurelta osin säilytetty alkuperäisten asiantuntijalausuntojen ilmaisutapa, mikä aiheuttaa jonkin verran toistoa ja tyylillistä eroavuutta edeltäneeseen jaksoon 2 verrattuna.

<sup>32</sup> Perustuslakivaliokunta antoi HE:n 44/2000 vp johdosta lausuntonsa 17.9.2002; ks. PeVL 31/2002 vp.

<sup>33</sup> Ks. esim. PeVL 26 U 7/2002 vp:n johdosta; LaVM 14 HE:n 43/2002 vp johdosta sekä PeVL 7 ja LaVM 24 HE:n 188/2002 vp johdosta.

yleisperusteluihin<sup>34</sup> ja uuden rikoslain erityistä osaa koskevan osittaisuudistus-esityksen johdosta annettuun lausuntoon<sup>35</sup>. Säädettyä rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta perusoikeusuudistuksen yhteydessä perustuslakivaliokunta lausui siitä periaatteellisia näkökohtia, ja myöhemmin valiokunta on monessa yhteydessä korostanut laillisuusperiaatteesta johdettavia vaatimuksia rikoslainsäädännölle, etenkin rikostunnusmerkistöjen täsmällisyysvaatimuksen merkitystä.

Perus- ja ihmisoikeusnäkökohdat vaikuttavat siis vahvasti rikos- ja rikosprosessioikeuteen, joskin on huomattava, ettei tämä tarkoita vain rikoksesta epäillyn tai syytetyn oikeuksien huomioon ottamista valtiollisen rikosoikeudenhoidon tehokkuuden rajoittajana. Rikosoikeuden normein annetaan myös keskeisesti suojaa toisten yksilöiden harjoittamia oikeudenloukkauksia vastaan sekä turvataan siten yksilöille ja yhteiskunnalle tärkeiden perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista – kunhan samalla noudatetaan kriminalisoineille asetettavia rajoitusehdoja. Kuten PeVL:ssa 23/1997 vp todetaan, perusoikeussäännöksillä on sellainen kokonaisvaikutus, että ne merkitsevät rikoslain säätäjälle toimivallan rajoituksia ja asettavat tälle samalla toimintavelvoitteita. Se, ettei HE:n 44/2002 vp perusteluissa ole riittävästi eritelty perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien sisältöä ja painoarvoa tai niiden keskinäisen punninnan kriteereitä, ei saa johtaa niiden sivuuttamiseen esityksen sisältämiä säädöksiä aikanaan tulkitsevassa oikeuskäytännössä ja -tieteessä.

HE:ssä 44/2002 vp (s. 248) arvioidaan lyhyesti, mihinkä siinä tarkoitettuihin säännöstöihin liittyy perustuslaillisia eli lähinnä lain säätämisyjärjestystä koskevia kysymyksiä. Tällöin mainitaan rikosoikeudellinen laillisuusperiaate (verrattuna perustuslain, PeL, 8 §:ään) ja yksityisen henkilön voimakeinojen käyttöoikeus (verrattuna PeL 124 §:ään).

*Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate*<sup>36</sup> ehdotetaan kirjoitettavaksi myös uuden rikoslain yleiseen osaan, kuitenkin hiukan eri tavoin muotoiltuna kuin mitä se on PeL 8 §:ssä. Asiallisesti merkittävä ero olisi se, että asianomaisen teon täytyisi olla tekohetkellä *nimenomaan* rangaistavaksi säädetty. Lisäyksellä halutaan oikeusturvasyistä korostaa laillisuusperiaatteen sisältämän täsmällisyysvaatimuksen merkitystä (HE 44/2002 vp s. 32/II). Tällaista lisäystä ehdotti lakivaliokunta jo vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen yhteydessä, mutta perustuslakivaliokunta piti sitä ongelmallisena, koska perusoikeussäännösten lakivarauksiin sisältyy yleisesti tällainen täsmällisyys- ja tarkkuusvaatimus.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Ks. PeVM 25/1994 vp HE:n 309/1993 vp johdosta s. 5.

<sup>35</sup> Ks. PeVL 23/1997 vp HE:n 6/1997 vp johdosta.

<sup>36</sup> Ks. laajemmin tämän periaatteen sääntelystä HE:ssä 44/2002 vp kriittiseltä kannalta *Jussi Matikkalan* tähän teokseen sisältyvää kirjoitusta.

<sup>37</sup> Ks. PeVM 25/1994 vp s. 8/I.

Vastustan tätä nimenomaan-sanana lisäämistä laillisuusperiaatteen määrittelyyn. Valtiosäännön kannalta on kysymys siitä, ettei ole asianmukaista edes oikeusturvaväyistä kirjoittaa perusoikeusnormia tarkentavaa säännöstä tavallisen lain tasoiseen rikoslakiin, jottei voisi nousta kysymystä näiden normien mahdollisesta ristiriidasta, varsinkin kun täsmällisyysvaatimuksen arvioidaan kohdistuvan ennen kaikkea lainsäätäjään.<sup>38</sup> Edelleen nimenomaan-sanana perusteltavuutta on harkittava uuden rikoslain kokonaisuutta vasten: siinä on kauttaaltaan entistä yleisluonteisemmin kirjoitettuja rikostunnusmerkistöjä muun muassa talousrikkosten entistä tehokkaammaksi torjumiseksi. Sellaisten tunnusmerkistöjen yhtäläinen soveltaminen on oltava mahdollista verrattuna perinteisiin, vaivatta tarkkarajaisesti säädettyihin rikossäännöksiin niin, että normaalit, muun muassa säännösten tarkoituksen huomioon ottavat tulkintaperiaatteet tulevat rikoslainkäytössä kauttaaltaan huomioon otetuiksi.<sup>39</sup>

Korostettu täsmällisyysvaatimus ei kovin hyvin päde esillä olevan HE:nkään säännösehdotuksiin. Esimerkiksi laillisuusperiaatteen määrittelyssä puhutaan teosta ja silti ehdotetussa 3 luvun 3 §:ssä säädetään laiminlyönti määrätyn edellytyksin rangaistavaksi niin, että erityinen toimintavelvollisuus voisi perustua muun muassa ”muuhun niihin rinnastettavaan syyhyn”. Erityisen toimintavelvollisuuden osalta jätetään lakitekstissä sanomatta, että kysymyksen on oltava *oikeudellisesta* velvollisuudesta, vaikka perustelujen mukaan niin on tarkoitettu (HE 44/2002 vp s. 43/I).

Rikoslain yleisen osan säännökset suuntautuvat monessa tapauksessa ensisijaisesti lainsoveltajaan eräänlaisina reaktiotapanormeina, jolloin laillisuusperiaatteen näkökulmasta niiden sisällön tarkka ennakoiminen kansalaisille ei ole yhtä tärkeää kuin kysymyksen ollessa varsinaisista, lähinnä rikoslain erityisen osan säännöksistä luettavista käyttäytymisnormeista. Se, että rikosvastuun edellytyksiä ja vastuuvapausperusteita määrittäviä yleisen osan säännöksiä otetaan rikoslakiin aiempaa enemmän, sinänsä vahvistaa laillisuusperiaatteen ja sen sisältämän täsmällisyysvaatimuksen toteutumista rikoslainkäytössä.

*Julkisen vallan käytön rajoitukset* ovat toinen keskeinen perustuslaillinen kysymys. Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan antaa vain viranomaiselle (PeL 124 §). Tästä näkökulmasta ovat hätävarjelua, pakkotilaa, voimakeinojen käyttöä ja itseapua koskevat rikoslain yleisen osan säännösehdotukset huomion arvoisia. Kaikkien näiden oikeuttamisperusteiden soveltamisalaa ehdotetaan jonkin verran laajennettavaksi, osittain aiempaa yleisluonteisempia ja epämääräisempiä käsitteitä käyttäen. Esimerkiksi hätävarjelu- ja pak-

<sup>38</sup> Ks. myös PeVL 31/2002 vp: ”[t]avallisella lailla ei ole perustuslaille ominaisia lainsäätäjää sitovia vaikutuksia”.

<sup>39</sup> Ks. myös *Lahti*, LM 2001 s. 723.

kotilaoikeudella sekä itsevuin suojeltavien etujen piiriä laajennettaisiin uusilla säännöksillä. Entistä useammin voisi nousta kysymys, kuuluuko sellaisen oikeuden puolustaminen tarvittaessa voimakeinoin toista yksityistä vastaan yksityiselle henkilölle vain onko pikemminkin edellytettävä turvautumista viranomaisiin. Joka tapauksessa näitä säännöksiä sovellettaessa olisi entistä enemmän korostettava toisten yksilöiden perusoikeuksien rajoittamiselle asetettavia vaatimuksia.<sup>40</sup> Mainittujen oikeuttamisperusteiden ja niiden yhteydessä sallittavien voimakeinojen arvioinnissa on lisäksi huomattava Euroopan ihmisoikeussopimuksen 2 artiklaan sisältyvä nimenomainen rajoitus sallittaville voimakeinoille: toisen elämän riistäminen sallittuna voimakeinona tulee kysymykseen vain ehdottoman välttämättömissä, artiklassa erikseen määritellyissä tilanteissa.

*Rikosoikeudellisen syyllisyyden* eli henkilökohtaisen moitittavuuden asettamisen yksilön rankaisemisen edellytykseksi johdetaan keskeisesti perustuslakimme turvaaman *ihmisarvon loukkaamattomuuden* periaatteesta (ks. PeL 1 §:n 2 momentti ja 7 §:n 2 momentti).<sup>41</sup> Syyllisyysperiaatteeseen liittyy läheisesti *suhteellisuusperiaate*, joka niin ikään rajoittaa valtion rankaisuvaltaa. Syyllisyysperiaatteen merkitystä on pyritty HE:n 44/2002 vp useammalla säännösehdotuksella vahvistamaan. Varsinkin vastuuvapausperusteissa tunnustetaan entistä selkeämmin syyllisyyden poistavien eli anteeksiantoperusteiden asema, joskin erehdyksen sääntelyssä (4 luvun 2-3 §) asetettaisiin teon oikeudenvastaisuudesta erehtymisen vastuusta vapauttamiselle tiukat kriteerit. Toisaalta alentuneen syyntakeisuuden tapauksissa (3 luvun 4 §:n 3 momentti) voitaisiin nykyisestä poiketen syytetty tuomita myös täyteen rangaistukseen, mikä murhan tapauksessa tarkoittaa elinkautista vankeutta. Syyllisyysperiaatteen kannalta ongelmallinen, päihtymyksen ja muun itseaiheutetun tilapäisen tajunnan häiriön vaikutus rangaistavuuteen muuttuisi jonkin verran nykyisestä, koska erityisen painavista syistä sellainen häiriö lieventäisi syyntakeisuusarviointia (4 §:n 4 momentti).

Ihmisarvon loukkaamattomuuden ja suhteellisuuden periaatteet ovat siis merkityksellisiä selostettuja säännösehdotuksia arvioitaessa ja hyväksytyjä säännöksiä sovellettaessa. Rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän kokonaisuutta olisi kriittisesti arvioitava myös seuraavassa suhteessa: Voidaanko ankarimpiin rikosseuraamuksiimme (elinkautiseen vankeuteen ja pakkolaitokseen eristämiseen) liittyvää sanktion keston epämääräisyyttä pitävästi perustella ihmis- ja perusoikeusajattelun vahvistuessa? Eikö noihin periaatteisiin palautettavissa oleva *humanisuuden* vaatimus johda sanottujen seuraamusmuotojen uudelleen arviointiin?

<sup>40</sup> PeVL:ssa 31/2002 vp korostetaan tarpeellisuus- ja suhteellisuusvaatimusten huomioon ottamisen tärkeyttä voimankäyttötilanteissa ja niiden rikosoikeudellisessa arvioinnissa.

<sup>41</sup> Ks. suomalaisesta keskustelusta perustavasti *Nuutila*, Rikosoikeudellinen huolimattomuus s. 76–79.

### 3.2. Yleisten oppien uudistus ja rikosoikeudellinen seuraamusjärjestelmä

Rikosoikeuden yleisiin oppeihin lukeutuvat HE:ssä 44/2002 vp eräät keskeiset rikosoikeudellista seuraamusjärjestelmää eli rangaistuksen mittaamista ja rangaistuslajin valintaa koskevat säännökset. Viimeksi mainittuja on kuitenkin osauudistuksin tarkistettu viime vuosikymmeninä useaan otteeseen, ja tältä osin esitys olennaisissa kohdin vain kirjaa näiden osauudistusten sisällön. Uudistuksen tavoitteet on HE:ssä 44/2002 vp ilmaistu niukasti ja niiden perusteltavuutta on vaikea arvioida.

Olen esittänyt rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän kehittämislinjasta kriittisiä huomautuksia.<sup>42</sup> Ennen kaikkea olen peräänkuuluttanut tärkeyttä yhtenäisesti arvioida niin hyvin rangaistuksen mittaamisen kuin eri seuraamuslajien valinnan perusteita ja niiden sääntelyn keskinäistä suhdetta. Tuon kehittämislinjan arvostellussani olen pitänyt ongelmallisena, ettei esityksen pohjana ole uudelleen arvioitua, mahdollisimman johdonmukaista ja yhtenäistä ajatusrakennelmaa, sen jälkeen Suomessa on otettu käyttöön yhdyskuntapalvelu ja (rajoitetussa määrin) sovittelujärjestelmä sekä kokeiluluonteisesti nuorisorangaistus ja ehdolla on sopimushoitoseuraamuksen käyttöönotto.

Vastaukseksi kritiikkiin ei riitä toteamus rikoslain käyttöä ohjaavien arvojen ja tavoitteiden erisuuntaisuudesta, vaan niiden keskinäisestä suhteesta ja punninnasta on nimenomaan kokonaisuudistuksen yhteydessä voitava lausua tarkemmin. Missä määrin seuraamusjärjestelmämme halutaan edelleen rakentaa asteittain ankaroituvaksi, toisaalta rikoksen vakavuusasteen ja toisaalta rikoksenteikijän uusimisen mukaan, ja missä määrin asteittaisuudesta poiketaan lievempään suuntaan henkilöön liittyvistä kohtuussyistä tai tuomitun yhteiskuntaan takaisin sijoittumisen ja sopeuttamisen helpottamiseksi? Miten vahvasti tässä harkinnassa edellytetään nojaututtavan tekosyällisyys- ja suhteellisuusperiaatteisiin ns. uusklassisen rikosoikeussuuntauksen mukaisesti? Missä rajoissa tällaista sääntelyä ohjaavat seuraamusten vaikutuksiin (yleis- tai erityisestäävään vaikutukseen) liittyvät näkökohdat? Onko varmistettu riittävän yhdenvertaisuuden toteutumisen rikosseuraamuksia määrättäessä vai voiko esimerkiksi muuten samanlaisissa tapauksissa toinen rikoksenteikijä tulla tuomituksi yhdyskuntapalveluun ja toinen ehdottomaan vankeuteen vain palvelutehtävään sopeutumisessa olevan eron vuoksi? Missä määrin tässä arvioinnissa annetaan oikeudenhoitoelimille, ennen

<sup>42</sup> Ks. *Lahti*, Rikoslain kokonaisuudistus ja seuraamusjärjestelmän kehittämislinja. Inkeri Anttilalle omistetussa teoksessa *Kohti rationaalista ja humaania kriminaalipolitiikkaa*. Helsinki 1996, s. 134–143; *sama*, Rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän kehittämislinjasta. Harri Montoselle 31.1.2001 omistetussa sähköisessä julkaisussa ([www.saunalahti.fi/~toke/juhlakirja/raimo\\_lahti.htm](http://www.saunalahti.fi/~toke/juhlakirja/raimo_lahti.htm)).



kaikkea tuomioistuimelle mutta myös viralliselle syyttäjälle, harkintavaltaa? Näitä kysymyksiä ei esityksen perusteluissa juurikaan käsitellä.

Edelleen katson HE:ssä 44/2002 vp olevan epäsuhtaa siinä, että tuomioistuimella olevaa rikosoikeudellisen seuraamuksen määräämisharkintaa ennen kaikkea seuraamuslajin valinnassa rajataan nykyiseen tapaan hyvinkin tarkoin, kun taas rikosoikeudellisten vastuuvapausperusteiden säännöksillä ja niihin läheisesti liittyvillä rangaistusvastuun lievennyssäännöksillä (ehdotetut RL 4:7 ja 6:8) olennaisesti lisätään tuomioistuimen harkintavaltaa nykyisestä. Erityisen huomattava tuomioistuimen harkintavallan laajennus on alentuneesta syyntakeisuudesta säädetyn rangaistusasteikon alennuksen muuttaminen harkinnanvaraiseksi ilman että harkinnan kriteereitä ilmaistaan lainsäädännöksessä (ehdotuksen 6:8). Esimerkiksi voidaananko pitävästi perustella alentuneesti syyntakeisen murhateon elinkautisrangaistus, kun hänen moitittavuutensa on olennaisesti alentunut ja rangaistuksen määräämisessä saavat vaikuttaa vain tekosyyllisyys- ja suhteellisuusperiaatteiden mukaiset seikat eikä vaikkapa henkilön vaarallisuus muille (vrt. HE s. 204)?

### 3.2. Eräitä rikosoikeudellisen vastuuopin sääntelyn ongelmia

Rikosoikeudellisen vastuuopin säännösehdoituksissa (ehdotetut 3, 4 ja 5 luku) näkyy niiden rakentuminen varsin vahvasti perinteisille rikosopillisille lähtökohdille. Tosin moderninkin rikosoikeuden ilmenemismuotoja on sääntelyssä otettu huomioon etenkin laiminlyönnin ja tuottamuksen määrittelyinä sekä oikeushenkilön puolesta toimimista koskevana säännöksenä. Toisaalta HE:n 44/2002 vp perusteluissa ei ole pohdittu, missä määrin vastuuopin säännöstö kokonaisuutena vastaa esimerkiksi kansainvälistyvän ja eurooppalaistuvan rikosoikeuden asettamiin haasteisiin. EU:n ja muiden kansainvälisten säädösten tai sopimusten vaikuttaessa entistä enemmän kansalliseen rikoslainsäädäntöön olisi myös yhtenäisesti ja kokonaisvaltaisesti harkittava perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien sovittamista niihin ja rikosoikeuden arvopäämääriin sekä siten myös rikoslain yleisen osan sisältöön.

Muun muassa seuraavat kysymykset voidaan asettaa. Soveltuvatko ehdotetut säännökset asianmukaisesti myös talousrikosoikeuteen, ympäristö- ja työrikoksiin taikka lisääntyvästi käyttöön otettujen valmistelutyyppeiden tekojen tai rikollisryhmien sääntelyn ongelmiin? Otetaanko sääntelyssä mitenkään huomioon, ettei tulevaisuuden rikos ole vain tai niinkään yksittäiseen tekoon syyllistyvän yksinään tekemä rikos vaan myös ”organisaatorikos” eli organisaation puolesta tai hyväksi tehty rikos samoin kuin rikollisorganisaation yhdessä tekemä tai joissain tapauksessa vain sellaisen ryhmän suunnittelema rikos?

Rikoslain kokonaisuudistuksen keskeisimpiä tavoitteita on ollut uudistaa sen erityisen osan säännöstöä vastaamaan etenkin juuri kuvattujen modernien

rikosten (tyypillisimmillään taloudellinen rikollisuus) asettamia vaatimuksia. Sen vuoksi on lähdeittävä siitä, että rikoslain uusi yleinen osa ei saa muodostaa esteitä niitä rikostyyppijä koskevalle dynaamiselle oikeuskehitykselle, jotka ovat uudessa rikoslaisissa keskeisessä asemassa. Vastaavasti HE:n 44/2002 vp perusteluissa (s. 9/I) lausutaan, että ”[s]ääntelyn tulee olla sillä tavoin kattavaa, ettei siihen jää oikeusturvaa vaarantavia aukkoja. Samalla sen tulee olla joustava ja jättää tilaa tulevalle oikeuskehitykselle”.

Rikosoikeudellisen vastuuopin säännöksille ei ole yleensä asetettu samanlaisia laillisuusperiaatteen mukaista täsmällisyysvaatimusta kuin erityisen osan rikostunnusmerkistöille. Nuo yleisen osan ja varsinkin sen vastuuvapausperusteita koskevat säännökset ovatkin esityksessä yleensä huomattavan väljästi kirjoitettuja (joten oikeuskäytännön kehittymiselle on runsaasti sijaa), ja osaa niistä voidaan kritisoida jopa liiallisen epämääräisyyden vuoksi. Nyt esittämälläni näkökohdalla – modernien rikosten keskeisyydellä rikosoikeusuudistuksessa – on silti merkitystä ehdottaessani muutoksia muun muassa 3 luvun 1 ja 6 §:n säännöksiin.

*Organisaatorikoksia ja rikollisorganisaatiota* koskevan sääntelytarpeen harkinta on HE:n 44/2002 vp valmistelussa jäänyt liian vähälle huomiolle. Näin siitäkin huolimatta, että jo vuonna 1995 on otettu käyttöön oikeushenkilön rangaistusvastuu ja että oikeushenkilön piirissä tehtyjen rikosten ongelmaa käsitellään esityksen perusteluissa (ks. s. 40–41). Esityksen linjauksesta poiketen kannatan rikosvastuun kohdentamisesta oikeushenkilössä annettavaa uutta yleisluonteista säännöstä, joka olisi ehdotetussa 5 luvun 8 §:ssä säädettyä kattavampi ja joka ainakin pääsääntöisesti korvaisi nykyiset erillissäännökset rikosvastuun kohdentamisesta.<sup>43</sup>

Erityisesti terrorismirikoksia koskevia äskettäisiä lainsäädäntöesityksiä arvioitaessa on ollut ongelmallista, ettei rikollisorganisaatiota koskeviin sääntelykysymyksiin ole paneuduttu myös rikoslain yleisen valmistelu- ja osallisuus-säännöksiä uudistettaessa. Tähän sääntelyproblematiikkaan on puututtu perustuslaki- ja lakivaliokunnan terrorismilakiehdotuksia käsittelevissä mietinnöissä.<sup>44</sup> Miten perinteisistä rikosoikeudellisista valmistelu- ja osallisuusopeista poikkeavat säännösehdotukset ovat sovitettavissa suomalaiseseen rikosoikeusjärjestelmään?

*Tahallisuuden määrittely* oli rikoslakiprojektin yleisten oppien työryhmässä ehkä eniten keskustelua ja erimielisyyttä aiheuttanut kysymys. Rikoslakiprojek-

<sup>43</sup> Ks. tarkemmin kirjoituksiani *Lahti*, Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä ja sen sääntelystä. LM 1998 s. 1271–1284; *sama*, Om fördelning av straffansvar i samfund och regleringen av den. Teoksessa Flores juris et legum festskrift till Nils Jareborg. Iustus Förlag, Uppsala 2002, s. 385–399.

<sup>44</sup> Ks. LaVM 14 HE:n 43/2002 vp johdosta sekä PeVL 7 ja LaVM 24 HE:n 188/2002 vp johdosta.

tin (äänestysratkaisuun perustunut) ehdotus<sup>45</sup> tahallisuuden alimman asteen määrittämisestä kahta vaihtoehtoista tapaa käyttäen (eli todennäköisyystahallisuuden ja tahtomisteorioita edustavan niin sanotun dolus eventualis -käsitteen mukaisesti) on HE:ssä hylätty ja omaksuttu tässä rajanvedossa vain todennäköisyystahallisuuden mukainen luonnehdinta. Itse kuului rikoslakiprojektissa niihin, joiden mielestä rikollisuusilmiöiden moninaisuuden ja varsinkin talousrikosoikeudessa ilmenneet tarpeet huomioon ottaen olisi tarpeen säilyttää myös tahdon suunnan merkitystä korostava vaihtoehtomäärittely.<sup>46</sup> Tosin sen muotoilu osoittautui vaikeaksi eikä lopputulos ollut täysin tyydyttävä ("... pitänyt varteenotettava mahdollisuutena, milloin menettelyn on katsottava osoittavan hänen hyväksyneen tunnusmerkistön toteutumisen").

HE:n 44/2002 vp perusteluissa (lähinnä s. 83/II) annetaan ymmärtää, että tahallisuuden alarajan määrittely muulla kuin todennäköisyysteorian mukaisella tavalla merkitsisi oikeuskäytännössä omaksutusta linjasta poikkeamista, jolle – uutta lakiakin säädettäessä! – olisi oltava poikkeuksellisen vahvoja perusteita. *Pekka Koposen* tuore laaja artikkeli aihepiiristä kuitenkin vakuuttavasti osoittaa oikeuskäytännön erisuuntaisuutta ja talousrikosoikeuden erityistarpeita. Hän torjuu vakuuttavin perustein pelkkään todennäköisyystahallisuuteen perustuvan tahallisuuden alarajan määrittelyn ja esittää vaihtoehtoisia malleja torjumansa lainsäädäntöratkaisun toteuttamiselle.<sup>47</sup> Niistä lienee varteenotettavin tai ainakin realistisin kompromissiratkaisu sellainen, joka rajaa tahallisuuden positiivisen määrittelyn niin sanotun *seuraustahallisuuden* osa-alueeseen ja jättää "olosuhdetahallisuuden" tunnusmerkistöerehdystä koskevan säännöksen varaan. Näin meneteltäessä lainuudistuksen perusteluihin on selväsanaisesti kirjattava muutoksen tausta ja tavoite: olosuhdetahallisuutta ei määritettäisi yksinomaan eikä pääasiallisestikaan tahallisuuden määrittelysäännöksen vaan myös erehdys-, erityisesti tunnusmerkistöerehdysäännökset huomioon ottaen. Oikeustieteelle ja -käytännölle jäisi määrittelyyn harkinnanvaraa ja esimerkiksi mahdollisuus asettaa rikostyyppin mukaan tekijälle selvilläolo- ja jopa selonottovelvollisuus tietyistä olosuhteista.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Ks. OLJ 5/2000 s. 82–102.

<sup>46</sup> Ks. *Lahti*, LM 2001 s. 723–724. Perustava kirjoitus tahallisuudesta ja kriittisestä suhtautumisesta todennäköisyysteoriaan on *Matikkala*, Tahallisuuden alimmasta asteesta. LM 1991 s. 962–980.

<sup>47</sup> *Koponen*, Tahallisuudesta talousrikoksissa. *Oikeustiede–Jurisprudentia XXXV* (2002), s. 235–342, erit. s. 328–332.

<sup>48</sup> Esimerkiksi Tanskassa, jota pidetään todennäköisyystahallisuuden käsitteen omaksuneena esikuvamaana, katsotaan tietoisien tietämättömänä pysymisen voivan joissain tapauksissa perustaa tahallisuusvastuun. Ks. *Gorm Toftegaard Nielsen*, *Strafferet I*. Christian Ejlers' Forlag, København 2001, s. 76.

# Muuttuuko kriminaalipolitiikka – ja mihin suuntaan?

## 1. 1960-LUVUN SUUNNANMUUTOS

### 1.1. Johdannoksi

Mualla maailmassa suomalainen kriminaalipolitiikka tunnetaan alenevista vankiluvuista: matka läntisen Euroopan korkeimmista vankiluvuista EU-maiden häntäpäähän kesti runsaat 20 vuotta. Nyt luvut ovat kääntyneet nousuun. Kolmen vuoden aikana vankimäärämme on kasvanut yli kolmanneksella.

Aikana, jolloin Suomen vankiluvut kulkivat alaspäin, kehitys muualla oli päinvastainen. Yhdysvalloista 1970-luvun puolivälissä alkanut vankilukujen kasvu veti pian muita maita mukanaan. Suomen poikkeavasta kehityksestä tuli 1990-luvun lopulla kasvavan kansainvälisen mielenkiinnon kohde. Samalla kun suomalainen kriminaalipolitiikka sai laajenevaa tunnustusta kansainvälisillä foorumeilla, sen kotimainen kritiikki tiivistyi. Jos iskulause ”hyvä sosiaalipolitiikka on parasta kriminaalipolitiikkaa” oli yksi 1970-luvun kriminaalipolitiikan tunnuksia, vuosituhannen vaihteen puhetta edusti yhä useammin linjaus ”1970-luvun kriminaalipolitiikka on kerta kaikkiaan tullut tiensä päähän”.

Mitä siis on tapahtumassa? Ovatko aiemmat ratkaisut osoittautuneet virheelliseksi ja/tai aikansa eläneiksi, ja jos, niin miksi? Entä miten kriminaalipolitiikkamme on 1960-luvun murroksen jälkeen kehittynyt? Ja mihin suuntaan sitä jatkossa tulisi kuljettaa; kenestä mallia ottaen ja millä perusteella?

Kriminaalipolitiikan rooli yhteiskuntapoliittisessa keskustelussa on kasvanut.<sup>1</sup> Myös kriminaalipolitiikan toimintaympäristö on laajentunut: kriminaalipolitiikkaa tehdään yhä enemmän myös hallitusten välisenä horisontaalisena yhteistyönä. EU:n piirissä ollaan myös ottamassa askeleita oman ylikansallisen ”eurooppalaisen rikosoikeuden” luomiseksi. Näiden muutospainneiden edessä kasvaa myös tarve kriminaalipolitiikan muutosten ja kriminaalipolitiikan perusteiden kattavaan ja analyttiseen erittelyyn. Siihen tässä ei ole mahdollisuuksia. On tyydyttävä irrallisiin havaintoihin eräistä varhaisemmista – ja uudemmistakin

---

<sup>1</sup> Tästä on konkreettisenä esimerkkinä mm. erillisen kriminaalipoliittisen osaston perustaminen oikeusministeriön yhteyteen vuonna 2001.

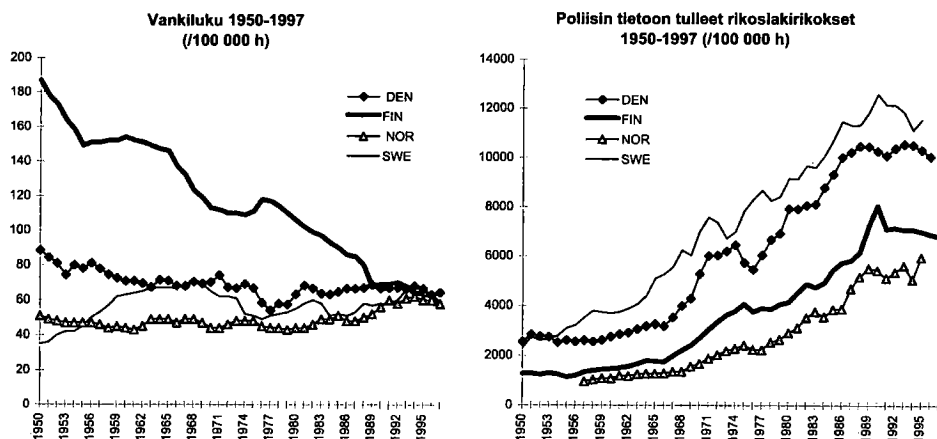
– muutostrendeistä ja niiden taustoista. Tarkastelut on hyvä aloittaa kunniakkaalta 60-luvulta: mitä oikeastaan tapahtui?

## 1.2. Vankiluvun lasku

Vankilukumme oli 1950-luvun alussa lähes neljä kertaa muita Pohjoismaita korkeampi. Vuonna 1950 väkilukuun suhteutettu (/100 000 as.) vankimäärämme oli lähes 200, kun muissa Pohjoismaissa lukemat liikkuivat 40–80:n välillä. Vielä 1960 ja 1970 Suomen vankiluku oli läntisen Euroopan korkein ja yli kaksinkertainen muihin Pohjoismaihin verrattuna. 1990-luvun alussa olimme saavuttaneet muut Pohjoismaat. Tämän jälkeenkin vankiluku jatkoi laskuaan siten, että vuosikymmenen loppupuolella vankeja oli enää runsaat 50/100 000 as. Nämä muutokset näkyvät oheisesta kuviosta. Kuvioon on merkitty paitsi asukasluvuun suhteutetut tiedot vankiluvusta neljässä Pohjoismaassa vuosina 1950–1997, myös vertailutieto tilastoidusta rikoslakirikollisuudesta samoissa maissa.

Vankilukujen ohella huomio kiinnittyy ennen kaikkea tilastosarjojen keskinäisiin suhteisiin. Suomen muista Pohjoismaista jyrkästi poikkeavista vankiluvuista huolimatta rikoslakirikosten kehitys on näissä kaikissa ollut lähes identtinen. Epäilyt siitä, että olisimme joutuneet maksamaan ”kalliin hinnan” vankiluvun laskusta nousseena rikollisuutena, eivät vaikuta perustelluilta. Toki muutos on jotenkin vaikuttanut rikollisuuteen, mutta tuon muutoksen suuruus lienee laskettavissa korkeintaan muutamissa prosenteissa (ks. lähemmin *Lappi-Seppälä 1998a*).

Kuvio. Väestöön suhteutettu vankiluku sekä poliisin tietoon tulleet rikoslakirikokset neljässä pohjoismaassa vuosina 1950–1997



Päinvastaisista väitteistä huolimatta 1960-luvun vankilapolitiikan muutos ei siis ole kääntänyt rikollisuuslukuja nousuun. Rikollisuus on kyllä kasvanut, mutta tässä muutoksessa ovat meillä vaikuttaneet samat rakennesyyt kuin muissakin Pohjoismaissa. Näissä rikollisuus kääntyi samaan nousuun, vaikka vankiluvut pysyivät ennallaan. Pohjoismaiden rikollisuuskehitykset taas vastaavat toisiaan profiililtaan, koska rikollisuuden määrään vaikuttavat sosiaaliset ja taloudelliset rakennetekijät vastaavat näissä maissa paljolti toisiaan. Näiden tekijöiden merkitys on painoarvoltaan niin voimakas, että ne peittävät alleen jokseenkin täysin vankilukujen muutosten mahdollisesti aikaansaamat vähäiset rikollisuusvaihtelut.<sup>2</sup>

### 1.3. Muutoksen taustasyitä

Puoli vuosisataa kestäneen vankiluvun alenemisen syyt ovat monet, ja vaihtelevat eri aikoina. 1950-luvun muutoksia selittää selvimmän tuomioistuinkäytännön lieveneminen. Lainsäätäjän vielä kiristäessä sotien jälkeisen kovan kriminaalipolitiikan ilmapiirissä rikoslakeja tuomioistuimet lievensivät kaikista keskeisistä rikoksista tuomitsemiaan rangaistuksia kautta 1950-luvun (ks. *Lappi-Seppälä* 1998b s.12 ss).<sup>3</sup> Systemaattiset lainsäädäntötoimet vankiluvun alentamiseksi alkoivat vasta 1960-luvun lopulla. Avainasemassa tässä lainsäädäntötyössä oli Suomen hakeutuminen pohjoismaisen yhteistyön piiriin vuosikymmenen alussa.<sup>4</sup> Kuten *Heinonen* kirjoittaa, vuosikymmenen loppupuolen lainsäädäntötyön

<sup>2</sup> Rikollisuuskehitys on II maailmansodan jälkeen ollut jokseenkin samanlainen myös muissa teollistuneissa länsimaissa, siihen katsomatta, kuinka vankiluvut ovat kehittyneet (ks. *Radzinowitz – King* 1977, *van Dijk* 1997 ja *Garland* 2001, s. 90). Vankilukujen ja rikoksen uhriksi joutumista kuvaavien kansainvälisen uhritutkimusten tietojen vertailu taas kertoo, ettei uhriksi joutumisella ja vankiluvuilla ole systemaattista yhteyttä. Suomessa ja Sveitsissä molemmat luvut ovat tavanomaista alempia. Englannissa ja Puolassa molemmat taas tavanomaista korkeampia (ks. *Aromaa* 2002).

<sup>3</sup> Pohdinnat vankilukujen laskun syistä tulisi luonnollisesti aloittaa kysymällä, miksi vankilukumme alun alkaen olivat muita korkeammalla tasolla. Annetut vastaukset vaihtelevat huomattavasti sen mukaan, edetäänkö tarkastelussa vuositason vai useamman vuoden keskiarvoin, ja etenkin, luetaanko mukaan sotavuosien lyhyet vankipiikit ja poikkeavat vankiryhmät (valtiorikosvangit kansalaissodan jälkeen ja sotilasrikoksista tuomitut vuosina 1941–1943), vai tarkastellaanko lukuja näistä puhdistettuina. Ensin mainitussa tapauksessa vankilukuhuiput osuvat sotavuosiin ja selityksissä painottuvat poliittisiin kriiseihin liittyvät perusteet (*Christie* 1968, *Lenke* 1980 ja *Kekkonen* 1998 ja 2001). Jälkimmäisessä tapauksessa huiput sijoittuvat vuosiin 1925–1935 ja sotavuotia seuranneen 1940- ja 1950-luvun taitteen molemmin puolin. Tällöin myös selitykset keskittyvät perinteisen varkaus- ja väkivaltarikosten kasvuun vaikuttaneisiin syihin (ml. kieltolaki-kauden loppuvaiheet, talouslama ja sota-ajan jälkeiset poikkeusolot, ks. esim. *Aho* 1981 s. 239 ss; rikollisuusmuutoksista näinä kautina ks. *Jaakkola* 1987 ja *Lehti* 2001). Niin tai näin, kehitys vuodesta 1950-alkaen merkitsi asteittaista normalisoitumista edeltäneistä poikkeusoloista.

<sup>4</sup> Pohjoismaiseen yhteistyösopimukseen (Helsingin sopimus) vuodelta 1962 otettiin erityinen kriminaalipolitiikkaa koskeva 5 artikla, jonka mukaan "[s]opijapuolten olisi pyrittävä yhdenmukaistamaan rikosta ja rikoksen seuraamuksia koskevat säännöksensä".

”yhteiseksi nimittäjäksi voidaan riidattomasti nostaa jatkuva vetoaminen Helsingin sopimuksen 5 artiklaan ja lainsäädännön kehittäminen pohjoismaiseen suuntaan” (Heinonen 1974, s. 111–112). Yksittäisistä lainmuutoksista mainittakoon vuoden 1969 sakkouudistukset ja juopumuksen dekriminialisointi, vuoden 1971 pakkolaitosuudistus, vuoden 1972 varallisuusrikosuudistus, vuoden 1977 liikennejuopumusuudistus, eri aikoina tehdyt muutokset ehdonalaisen vapauden järjestelmään sekä viimeisenä muutoksena yhdyskuntapalvelun käyttöönotto 1990-luvulla.<sup>5</sup>

Lainmuutokset ovat kuitenkin vain väline, jolla muutokset toteutettiin. Mutta mikä sai valitsemaan tämän linjan, ja miten muutoksille saatiin poliittinen hyväksyntä? Edellä on jo viitattu pohjoismaiseen yhteistyöhön ja muiden Pohjoismaiden esimerkkiin.<sup>6</sup> On myös korostettu poliittista yli puoluerajojen ulottuvaa yksimielisyyttä ja kriminaalipolitiikan asiantuntijoiden vahvaa roolia suunnittelussa ja päätöksenteossa (Törnudd 1993 ja Christie 1993). Yksi seuraus (tai ilmentymä) tästä kaikesta on, ettei kriminaalipolitiikkaa ole Suomessa käytetty yleispolitiikan tekemiseen samaan tapaan kuin useissa muissa maissa. Yleisen mielipiteen tyynnyttelyyn ja kansansuosion tavoitteluun tähtäävät rankaisuhenkiset populistiset ohjelmat ovat jääneet Suomessa verraten tuntemattomiksi. Myös media on kertonut rikollisuudesta melko kiihkottomasti, mikä on osaltaan edesauttanut asioiden maltillista käsittelyä politiikan tasolla. Näiden seikkojen ohella on viitattu erilaisiin rakenneselittäjiin. Selvää onkin, että myös ikärakenteen muutokset ovat vauhdittaneet muutosta (Aho 1991). Vankilukujen alentumisen on katsottu kertovan myös suomalaisen yhteiskunnan demokratisoitumisesta ja eheytyemisestä sotien poikkeusolojen jälkeen (Kekkonen 2001).<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Vankiluvun alenemiseen myötävaikuttaneita lainuudistuksia on esitelty yksityiskohtaisemmin mm. kirjoituksissa Lappi-Seppälä 1998b ja 2000, s. 139–140, Lång 1989 ja Törnudd 1993.

<sup>6</sup> Kriminaalipoliittisen linjamme poikkeuksellisuus ja vankilukujen erot tulivat laajempaan tietoisuuteen vasta 1960-luvun lopulla Nils Christien kirjoituksen ”Changes of Penal Values” (Christie 1968) myötä. Toinen suomalaisen kriminaalipolitiikkaan merkittävästi vaikuttanut tutkimus oli Olavi Heinosen mukaan (Heinonen 1974, s. 109–110) Bengt Börjesonin tutkimus eri seuraamusten erityisistä vaikutuksista (Börjeson 1966). Tutkimus osoitti vapaudessa täytöntöönpantavat seuraamukset uusimyrskyn kannalta systemaattisesti laitosseuraamuksia edullisemmiksi.

<sup>7</sup> Kekkonen mukaan vankiluvun alenemisen voidaan tulkita merkitsevän ”vuosisadan alun luokkayhteiskunnan käytäntöjen, jota vuoden 1918 sisällissodan kokemukset uusivat ja vahvistivat, purkautumista” (Kekkonen 2001 s. 134, ks. myös edellä alav. 3). Kriminaalipolitiikan yleiselle muutokselle on tarjottu myös poliittisia selityksiä aina marxismi-leninismistä myöten (näin Hakola 2002, s. 340). Yksinkertaiset poliittiset yleistykset tuskin johtavat oikeille jäljille: linja oli hyväksytty yli puoluerajojen. Hakolan tarjoama viimekätinen selitys – katkeruutta herättäneen Pariisin rauhansopimuksen synnyttämä ”pragmaattinen uusmoralismi”, joka johti kansakunnan asettumaan kaikissa vahvemman (siis rikoksentekijän) puolelle (Hakola 2002, s. 347) – ei sekään vaikuta erityisen uskottavalta. Sodilla lienee kyllä hyvinkin vaikutus yhteiskunnan asenne- ja arvoilmaapiiriin (ks. Takala – Tham 1987). ”Pariisin rauhansopimuksesta sikiävän pragmaattisen uusmoralismin” sijaan sota-ajan ja sotakorvausten maksamisen kovat kokemukset voitaneen nähdä pikemminkin perustana 1960-luvun sosiaalipoliittiselle universalismille ja vertaisuuden tunteille:

1960-luvun kriminaalipolitiikan muutoksissa ei ollut kyse vain vankiluvuista, laitosrangaistusten kestosta tai niiden lukumääristä. Suunnanmuutoksella oli myös sisällöllinen, kriminaalipolitiikan arvoja, tavoitteita ja menettelytapoja koskeva puolensa. Määrätty päätöksentekotapa sen enempää kuin väestörakenteen muutoksetkaan eivät itsessään selitä sitä tapaa, jolla kriminaalipolitiikan tavoitteet ja keinot määriteltiin uudelleen. Nämä sisällölliset muutokset olivat osa aikansa yhteiskunta- ja sosiaalipoliittisia linjauksia, ja ne heijastivat samalla näiden linjausten taustalla olevia yhteiskunta- ja talousrakenteiden muutoksia.<sup>8</sup>

#### 1.4. Hyvinvointivaltion kriminaalipolitiikkaa

On jäänyt turhan vähälle huomiolle, ettei Suomessa 1960-luvulla muotoiltu liberaali, sosiaalisia arvoja ja asiantuntemusta korostava kriminaalipolitiikka ollut noina aikoina mikään kansainvälinen harvinaisuus – päinvastoin. Itse asiassa, muita Pohjoismaita myöhemmin vaurastuneessa Suomessa ryhdyttiin vasta 1960-luvun lopulla toteuttamaan sitä hyvinvointivaltiollisen kriminaalipolitiikan ohjelmaa jota oli muualla Euroopassa ja pohjoismaissa toteutettu jo toisen maailmansodan jälkeen. Tässä suunnanmuutoksessa oli kyse ennen kaikkea vaurastuvan hyvinvointiyhteiskunnan kriminaalipolitiikasta, jossa koheneva talous antoi mahdollisuuden uusien etuuksien jakamiseen ja jossa vaurastuvalla keskiluokalla riitti solidaarisuutta ja yhteisvastuun tunnetta myös yhteiskunnan vähäosaisille.<sup>9</sup> Tässäkin muutokset koskettivat Suomea muuta Eurooppaa myöhemmin,

---

”Yhtäläisesti tässä olemme kaikki sodassa olleet, samanlaisina on nyt rauhaakin eletävä” (ks. *Julkunen* 2001, s. 260 ja siinä mainitut viittaukset). Hieman samaan tapaan kuin Yhdysvaltojen New Deal -politiikan perusta oli pula-ajan koettelemusten synnyttämässä yhteisyyden tunteessa (ks. tästä *Garland* 2001), voidaan myös suomalaisen hyvinvointivaltion rakentamisen ja 1960-luvun solidaarisuusarvojen takaa löytää kansaa aiemmin yhteen sitoneet kovat kokemukset.

<sup>8</sup> Olisikin melko rohkeata olettaa, että suppea asiantuntijajoukko olisi kyennyt kampeamaan kriminaalipolitiikan kokonaan uudelle raiteelle, jolleivät rakenteelliset edellytykset tuolle muutoksella olisi olleet käsillä (ks. aiheesta myös *Jukka Kekkonen* kirjoitus toisaalla tässä teoksessa). Tämä ei tietenkään tarkoita, että sosiaaliset tai taloudelliset muutokset siirtyisivät sellaisenaan oikeudellisiin käytäntöihin. Ilmiöiden väliset yhteydet ovat vain välillisiä ja rakenteelliset tekijät vaikuttavat – silloin kun vaikuttavat – vain päätösten kautta. Tullakseen vaikuttaviksi, niiden tulee, *Garlandin* sanoin, ”sisäistyä osaksi alan ajattelu- ja toimintatapoja” (”folkways”). Vaikka muutoksia voidaan selittää ja joskus ehkä ennustaa, eivät ne ole väistämättömiä, vaan aina myös poliittisten päätösten tulosta. Tämä ei sinänsä edellytä politiikan perustuvan hyvin mietittyyn, systemaattiseen ja koherenttiin suunnitelmaan: Usein valitaan vaan ratkaisuja jotka ”näyttävät toimivan”, istuvat aiempiin rutiineihin ja senhetkiseen työmäärään ja tyydyttävät esimiesten toiveet. Valituiksi tulevat ohjelmat ja strategiat ovat vallitseviin rakenteisiin ja kulttuureihin sopivia – ja niitä tukevia. Tämä ”rakenne- ja kulttuuriyhteensopivuus” on valinnan viimekätinen syy, ei tieto ohjelmien toimivuudesta (*Garland* 2001, s. 26).

<sup>9</sup> Yksi *David Garlandin* teoksen ”The Culture of Control” keskeisiä otaksimia on vaurauden ja taloudellisen turvallisuuden antamasta moraalaisesta liikkumavarasta: Yhteiskunnat, jotka rakentuvat vastavuoroiselle luottamukselle ja taloudelliselle turvallisuudelle, voivat helpommin luopua



mutta tullessaan ne olivat sitäkin vahvempia.<sup>10</sup> Ero aikaisempaan kriminaalipolitiikkaan näytti niin dramaattisena vain, koska Suomi oli siihen saakka ollut eräänlainen ”kriminaalipolitiikan takapajula”.

Vahvistuvan hyvinvointivaltion perustehtävät – hyvinvoinnin ja elämisen laadun kohottaminen ja etujen ja rasiusten sosiaalisesti oikeudenmukainen jakaminen – kirjattiin suoraan kriminaalipolitiikan tavoitteenasetteluun: ”Rikollisuudesta ja sen kontrolloinnista aiheutuvien haittojen minimoiminen sekä näiden haittojen oikeudenmukainen jakaminen eri osapuolten, tekijän, uhrin ja yhteiskunnan kesken”. Aikansa sääntely- ja suunnitteluoptimismia henkivät vuorostaan hahmotelmat, joissa yhteiskuntapolitiikan eri sektorit tahdottiin nähdä johdonmukaisena hierarkkisena kokonaisuutensa, jonka osaset palvelevat saumattomasti samoja yhteisiä päämääriä, ja jossa alemman tason tavoitteet asettuivat kauniisti keinoiksi ylempien tavoitteiden saavuttamisessa. Suunnittelutieteiden vahva asema näkyi myös sieltä lainattujen kustannus-hyöty -analyysien käytössä (ks. erityisesti *Lahti* 1972 ja 1974).

Hyvinvointivaltion yhteisvastuuarvot, sosiaalisen tasa-arvon ja oikeudenmukaisuuden ideaalit heijastuivat myös tapaan tarkastella rikollisuusongelmaa ja sen korjauskeinoja. Rikollisuus nähtiin muiden yhteiskunnallisten ongelmien tavoin perusteiltaan sosiaalisena kysymyksenä, johon korjaus oli saatavissa sosiaalisin reformein sekä hyvinvoinnin ja tasa-arvon lisäämisen kautta. Hyvä sosiaalipolitiikka on parasta kriminaalipolitiikkaa, ajateltiin anglosaksisessa maailmassa 1950-luvulla – ja meillä 1970-luvulla.

Hyvinvointivaltiollisella kriminaalipolitiikalla oli oma kriminologiansa (ks. lähemmin *Garland* 2001, s. 40 ss). Sen rikollisuusselityksissä korostuivat sosiaalisia syitä ja ympäristövaikutuksia korostavat mallit sekä, hieman myöhemmin, leimautumisteorian kontrollikriittinen näkökulma. Pohjoismaissa järjestelmän itsesäätelyyn ja rikollisuuden sosiaaliin funktioihin keskittynyt kriminologinen funktionalismi jätti vähemmälle huomiolle keinot, joilla rikosten määrään voitai-

---

rankaisuvaateistaan ja käsitellä loukkauksia moraalisesti neutraalein menetelmin. Sotien jälkeisessä taloudellisen kasvun maailmassa täystyöllisyys, tasa-arvoistuminen ja sosiaaliturvaverkkojen laajentuminen antoi mahdollisuuden kohdella rikoksentehtäjiä, ei niinkään turvallisuushkana vaan pikemminkin aikaisemmin vaikuttaneen deprivatiokehityksen viimeisinä jäänteinä (ks. *Garland* 2001, s. 47–48).

<sup>10</sup> Eurooppalaisessa keskustelussa taloudellisen vakauden, täystyöllisyyden, elintason nousun ja hyvinvointivaltion rakentamisen ”kulta-aika” määritetään usein toisen maailmansodan lopusta ensimmäiseen öljykriisiin 1973. Suomi Euroopan periferiana on kuitenkin kulkenut omaa tietään. Meille on ominaista aikataulujen viivästyneisyys ja kehitysvaiheiden päällekkäisyys. Suomessa ”hyvinvointivaltion kulta-ajan” voi kuitenkin laskea sijoittuvan 1960-luvulta aina 1990-luvun laman alkuun (ks. esim. *Julkunen* 2001, s. 57 ss), siis vaiheeseen, jota voidaan pitää myös ns. ”liberaalin kriminaalipolitiikan valtakautena”. Myöhemmin selostettavat kriminaalipolitiikan muutokset sijoittuvat pääosin 1990-luvun jälkipuoliskolle.

siin vaikuttaa. Samaan suuntaan vaikuttivat myös 1960-luvulta alkaen yhä näkyvämmiin raportoidut kriittiset tulokset seuraamusten vaikutuksista – tai pareminkin vaikutusten puuttumisesta. Tämä kaikki myötävaikutti osaltaan siihen, ettei rikollisuuden ehkäisy sellaisenaan noussut kovinkaan näkyvään asemaan kriminaalipolitiikan tavoitteiden joukossa. Rikollisuuden poistaminen oli vaihtunut rikollisuudesta ja sen kontrolloinnista aiheutuvien haittojen (kustannusten ja kärsimysten) minimoimiseksi. Tämäkin toki edelleen piti sisällään ajatuksen myös rikollisuuteen vaikuttamisesta ja rikosten ehkäisystä.<sup>11</sup>

### 1.5. Miten muualla – eroja ja yhtäläisyyksiä?

1960- ja 1970-luku merkitsivät siis kriminaalipolitiikan suunnanmuutosta useimmissa teollistuneissa länsimaissa. Yleensä kriminaalipolitiikan lähtökoh-tien uudelleenarvioinnin katsotaan alkaneen hoitoideologian murtumisesta. Ajankohta sijoittuu anglosaksisissa maissa 1970-luvun alkuun, pohjoismaissa 1960-luvun loppuun. Suomalaisen kriminaalipolitiikan murros oli olennaisesti osa tätä liikettä, mutta murrosten samanaikaisuus johtaa helposti pitämään niitä lähtökohdiltaan, sisällöltään ja vaikutuksiltaan samoina. On muistettava, että Suomi tuli tähän muutokseen eri lähtötilanteesta ja eri suunnasta kuin monet muut maat, eikä sen kehitys jatkossakaan noudattanut ”yhtenäistä yleiseuroop-palaista” linjaa – sikäli kuin tällaisesta voi edes järkevästi puhua.<sup>12</sup>

Ensinnäkään hoitoideologian kritiikki ei meillä sen kummemmin ravisuttanut *hoidollisen järjestelmän* perusrakenteita. Muita pohjoismaita köyhemässä Suomessa ei 1960-luvulla ollut tarjolla juuri muuta hoitoa kuin ”koppihoitoa”. Meiltä puuttui myös jokseenkin tyystin sosiaalityöpainotteisesti toimiva yhdys-kuntaseuraamusten verkosto. Suomessa hoitoideologian kritiikki olikin lähinnä

<sup>11</sup> ”Rikollisuudesta johtuvia kustannuksia vähennetään parhaiten rikollista käyttäytymistä ja siten myös rikosvahinkoja *ennalta estämällä*. Rikollista käyttäytymistä voidaan ... pyrkiä estämään ennalta toisaalta rikoksentelekomahdollisuuksiin ja toisaalta potentiaalisen rikoksenteleijän motivaatioon vaikuttavin keinoin. Edellisiin vaikutetaan mm. rikostilanteita vähentämällä ja jälkimmäisiin mm. rankaisemalla” (*Lahti* 1974 s. 45). Sitaatissa kiinnittyy huomio myös tilanneprevention (ri-kostilanteiden sääntely) vahvaan asemaan keinojen joukossa. Tämän kansainvälisessä rikoksentele-juntatyössä 1980- ja 1990-luvuilla itsensä läpi lyöneen strategian peruspiirteet hahmoteltiin Suo-messa jo 1960-luvun lopulla (ks. *Törnudd* 1969).

<sup>12</sup> Kriminaalipolitiikan muutokset eri maissa tahdotaan usein nähdä sisällöltään, motiveiltaan ja taustoiltaan kovin samansuuntaisina, oli kyse sitten ”hoitoideologian alasajosta” tai uudemmas-ta käänteestä kohden kasvavaa repressiota. Kuitenkin hoitoideologian murtuminen on tarkoittanut eri asioita eri maissa, eivätkä repressioon kasvun syyt välttämättä ole samoja niissä maissa, joissa tämä ilmiö on havaittavissa (ks. erityisesti *Tonry* 2001). Usein muutokset nähdään myös liian ”totaalisi-na”; todellisuudessa ne ovat aina moniulotteisia ja eriytyneitä: jokin järjestelmässä muuttuu, mutta muu säilyy ennallaan. Asiat eivät myöskään aina etene samaan suuntaan, ilmenee myös vastareaktioita (ks. tästä *Garland* 2001, s. 25 ss).

kritiikkiä Ruotsin (ja Tanskan) järjestelmiä kohtaan. Rangaistusjärjestelmän osalta 1960-luvun reformipolitiikka oli Suomessa ennen kaikkea reaktiota yliankaraa ja jäykkää rikoslakia ja pitkiä laitosrangaistuksia vastaan. Hoidon kritiikki oli taas nimenomaan pakkohoidon kritiikkiä (ks. *Anttila* 1967). Tämä ei tietenkään estänyt sisällyttämästä hoitoideologiakritiikin oikeusturvavaatimuksia rangaistusjärjestelmän liberalisointiin tähtäävän reformipolitiikan osaksi.

Suomessa 1970-luvulla toteutetut periaatelinjaukset osoittautuivat myös pysyvämmiksi kuin useissa muissa maissa. Yhdysvalloissa ja myöhemmin Englannissa 1970-luvun alun rikosoikeuden sosiaaliliberaali kritiikki koki myöhempinä vuosina täyskäännöksen: kun alkuvaiheessa kannettiin näissäkkin maissa vielä huolta vankien oikeusturvatakeista ja kritisoiitiin hoidon varjolla tapahtuvasta piilorankaisemisesta, poistettiin myöhemmässä vaiheessa vankiloista kaikki hoidolliset ohjelmat ja otettiin käyttöön rangaistukset, joiden julkilausuttuna tavoitteena oli toisten pelottaminen ja tekijän pysyvä eristäminen. Suomessa ns. humanin uusklassismin seuraamusperiaatteet ovat sen sijaan säilyttäneet asemansa aina näihin päiviin saakka. Kuten *Olavi Heinonen* kirjoitti vuonna 1996: ”Suomessa viime vuosikymmeninä harjoitetun kriminaalipolitiikan vakaus ja johdonmukaisuus on jollakin tavalla jo pieni ihme, kun kuulee tietoja muualta maailmalta ja siitä, mitä esimerkiksi Englannissa ja Ruotsissa saati sitten Yhdysvalloissa ja Venäjällä on viime vuosina tapahtunut” (*Heinonen* 1996, s. 119). – Olisiko tämä ”ihmeiden aika” nyt siis lopultakin ohi; onko kriminaalipolitiikan kurssi kääntymässä – ja jos, niin mihin suuntaan? Näkyvimpinä muutoksen merkkeinä ovat jälleen vankiluvut.

## 2. KOHOAVAT VANKILUVUT

### 2.1. Muutoksia muissa maissa

Vankilukujen nousu alkoi Yhdysvalloista 1970-luvun puolivälissä. Nyt vankeja on siellä lähtötilanteeseen verrattuna viisin-kuusinkertainen määrä (700 vankia/100 000 as). Samantyyppinen kehitys on nähtävissä useissa muissakin Euroopan maissa. Taulukosta 1 (seur. sivu) näkyy vankiluvun prosentuaalinen muutos läntisessä Euroopassa sekä Keski- ja Itä-Euroopassa 1990-luvulla (pääosin vuosina 1990–1999). Taulukkoon on myös merkitty väestöön suhteutettu vankiluku tilanteen 1.9.2001 mukaan.

Läntisen Euroopan maista nousu on ollut jyrkin Hollannissa, Italiassa, Kreikassa ja Portugalissa. Itä-Euroopan maista nousu oli jyrkin Tšekin tasavallassa (282 %). Läntisen Euroopan listassa Suomi oli ainoa maa, jonka vankiluku aleni 1990-luvun kuluessa (–17 %). Kuten seuraavassa näemme, tämä kehitys on kuitenkin katkennut. Vankilukumme on kolmessa vuodessa noussut lähes yhtä pal-

Taulukko 1. Vankilukutietoja Euroopasta 1990-luvulla ja 1.9.2001.

<b>Läntinen Eurooppa</b>		<b>Keski- ja Itä-Eurooppa</b>			
	Kasvu -90 luvulla %	Vankeja 1.9.2001 (/100 000 as)		Kasvu -90 luvulla %	Vankeja 1.9.2001 (/100 000 as)
Hollanti	89 %	95	Tsekki	282 %	207
Italia	53 %	95	Romania	100 %	225
Kreikka	47 %	79	Ukraina	81 %	406
Portugalia	46 %	132	Bulgaria	62 %	114
Saksa	40 %	96	Liettua	61 %	291
Turkki	40 %	93	Venäjä	44 %	671
Englanti ja Wales	40 %	126	Slovakia	44 %	139
Espanja	34 %	117	Kroatia	32 %	60
Belgia	27 %	85	Unkari	23 %	171
Sveitsi	24 %	72	Puola	13 %	207
Norja	19 %	59	Latvia	9 %	364
Ranska	13 %	77	Viro	3 %	350
Itävalta	12 %	85	Moldova	- 17 %	250
Tanska	8 %	59	Slovenia	- 23 %	58
Ruotsi	0 %	69			
Suomi	-17 %	59			

Koottu lähteistä: World Prison Population List ja World Prison Brief (<http://www.prisonstudies.org>) sekä Council of Europe, Penological Information Bulletin 23&24/2002.

jon kuin muualla läntisessä Euroopassa viimeisen 10 vuoden aikana (ks. seuraava jakso).

Prosentuaalisten muutosten ohella on syytä silmätä myös asukaslukuun suhteutettuja vankimääriä. Prosentuaalinen muutos on sitä vaikuttavampi, mitä korkeampaan vankimäärään se yhdistyy. Toisaalta alhainen kasvuprosentti ei vielä kerro tilanteen olevan kunnossa, mikäli vankimäärät ovat edelleen korkeat. Tältä kannalta tilanne on vaikein Itä-Euroopassa. Tavallaan omassa luokassaan ovat Venäjä (671) sekä Baltian maista Latvia (364) ja Viro (350). Läntisen Euroopan maista tilanne on ongelmallisimman Englannissa ja Portugalissa. Molempien vankiluku on maanosan korkeimpia ja myös kasvuprosentti vuosina 1990–1999 korkea. Portugalin luvut kuitenkin laskivat vuosina 1996–2001. Sen sijaan Englannin vankiluku jatkoi nousuaan myös 2000-luvulla. Marraskuussa 2002 vankeja oli 138 (/100 000 as), mikä viittaa siihen, että Länsi-Euroopan maista vankimäärä kasvaa tällä hetkellä nopeimmin Englannissa – ja Suomessa (viimeisimmät vankilukutiedot löytyvät osoitteesta <http://www.prisonstudies.org>).

Vankilukujen kasvu ei rajoitu Yhdysvaltoihin ja Eurooppaan. Sama trendi on havaittavissa myös useissa Aasian, Afrikan ja Etelä-Amerikan maissa, ei kuiten-

kaan kaikissa. Ilmiö on maailmanlaajuinen, mutta ei poikkeukseton. Myös muutosten syyt vaihtelevat. Vankiluvun kasvu Karibian alueella 1990-luvun lopulla, Yhdysvalloissa 1970-luvulla tai Itä-Euroopassa 1990-luvulla ei välttämättä johdu samoista tekijöistä. Ainoa mikä näitä maita varmuudella yhdistää on, että tuomittujen vankeusrangaistusten lukumäärä on kasvanut ja/tai laitoksessa vietettävä aika on pidentynyt.<sup>13</sup>

## 2.2. ... ja Suomessa

Uudemmat vankilukutiedot kertovat vankimäärien kääntyneen nousuun myös Suomessa. Vankilukumme on kolmessa vuodessa kasvanut kolmanneksella. Lokakuun 1. päivänä 2002 vankiloissa oli poliisin säilytystiloissa säilytetyt tutkintavangit mukaan lukien 3 721 vankia. Vuonna 1999 vastaava luku oli 2 753, ks. taulukko 2 (seur. sivu). Kasvua on kolmessa vuodessa 35 %, kahdessa vuodessa 19 % ja viimeisen vuoden kuluessa 14 %.

Vankilukumme kasvaa nyt konsanaan nopeammin kuin mitä se aikoinaan laskee. Yksittäisistä rikosryhmistä vankilukuamme ovat kasvattaneet eniten väkivalta ja huumausainerikoksista tuomitut tai tutkittavina olevat (kasvua 38–39 %; taulukon rikosryhmätiedot sisältävät myös tutkintavangit). Omaisuusrikosten ryhmässä kasvua on 23 %. Eri vankiryhmistä eniten lisääntyivät kolmivuotiskaudella sakkovangit, joiden lukumäärä lähes kolminkertaistui. Ulkomaalaisten vankien määrä kaksinkertaistui (tutkintavankeina tai tuomittuina) ja sama tapahtui tutkintavangeille (joista suuri osa oli samalla ulkomaalaisia). Naisvankien määrä kasvoi 68 % ja nuorten alle 21-vuotiaiden vankien määrä 28 % (ks. tarkemmin Aho 2002).

Eri vankiryhmien kokoon vaikuttavat eri toimet, joista osa on helpommin, osa vaikeammin toteuttavissa. Jälkimmäiseen ryhmään kuuluu etenkin ulkomaalaisten ja huumausainerikoksista tuomittujen kasvu: lähinnä olisi mahdollista pyrkiä järjestelyihin, joiden avulla muiden maiden kansalaisten tekemät rikokset käsiteltäisiin heidän kotimaassaan. Toinen, ihmisoikeusnäkökulmasta pulmallisempi, tie olisivat täytäntöönpanosiirrot. Sakkovankien kasvu on seurausta ennen kaikkea minimipäiväsakon kohoamisesta. Kasvun pysäyttämiseksi ja suunnan kääntämiseksi olisi mahdollista miettiä keinoja, joilla vähentää itse muuntorangaistusten määräämistä ja tehostaa sakkojen perintää. Tutkintavankien määrän kasvu liittyy mm. prosessiuidistuksiin sekä ulkomaalaisten rikoksesta epäiltyjen lukumäärän kasvuun. Korjauskeinojen miettiminen edel-

<sup>13</sup> Toisaalta yhteisiäkkin piirteitä löytyy oikeuskulttuuriltaan ja yhteiskuntajärjestykseltään toisiaan lähellä olevista maista. Näistä silmiinpistävin on etenkin anglosaksisen kielialueen trendien samansuuntaisuus. Yhdysvallat näyttää vetäneen mukaansa, paitsi Englannin, myös Australian ja Uuden Seelannin.

Taulukko 2. Vankilukutietoja vuosina 1999 ja 2002

Vankiryhmä	1.10.1999	1.10.2002	ero %
	N	N	
Kaikki vangit	2753	3721	+35
– joista poliisilla	122	245	+101
Ulkomaalaisia	151	310	+105
Naisvankeja	131	220	+68
Alle 21v. vankeja(*)	100	128	+28
Sakkovankeja	71	205	+189
Tutkintavankeja	513	760	+48
– joista poliisilla	122	245	+101
Elinkautisvangit	60	74	+23

Päärikos(*)	1.5.1999	1.5.2002	ero %
	N	N	
Huumerikos	444	611	+38
Väkivaltarikos	1161	1617	+39
Omaisuusrikos	605	744	+23
Rattijuopumus	317	316	+0

\*) pl. sakkovangit

Lähde: Rikosseuraamusvirasto

lyttäisi tässä tapauksessa tapahtuneiden muutosten tarkempaa analyysia (uusiempien tietojen mukaan tutkintavankien kasvu on myös nyttemmin (1.1.2003) pysähtynyt).

Muutokset ovat seurausta myös rangaistuskäytäntöjen kovenemisestä. Yksittäisistä muutoksista näkyvin on yhdyskuntapalvelun käytön vähentyminen. Kun vuonna 2001 langetettiin 3 388 yhdyskuntapalvelurangaistusta, määrä vuonna 1998 oli vielä 3 957. Käyttöintensiteetin muutoksin mitaten (= kuinka suuri osa muuntokelpoisia vankeusrangaistuksista on muunnettu yhdyskuntapalveluksi) yhdyskuntapalvelun käyttö on alentunut vuosina 1997–2001 neljänneksen (vuonna 1997 46,4 % ja vuonna 2001 34,9 %). Tähän on vaikuttanut useampikin seikka: Vuoden 1999 lainmuutoksella seuraamuksen käyttöä rajoitettiin uusimistapauksissa. On myös luultavaa, että yhdyskuntapalvelun oltua käytössä jo useamman vuoden osa rikoksiin toistuvasti syyllistyvistä on jo tavallaan ”käyttänyt hyväkseen” sen tuoman lisäportaan. Kolmantena seikkana voidaan soveltuvuusselvitysten lukumäärän aleneminen. Vuonna 1998 selvityksiä pyydettiin lähes 11 000, mutta vuonna 2002 enää 8 400. Selvityspyyntöjen ja tuomittujen yhdyskuntapalvelurangaistusten suhde on sen sijaan pysynyt jokseenkin vakiona. Mitä harvempia pyyntöjä syyttäjät esittävät, sitä vähäisemmäksi siis käy seuraamuksen käyttö. Soveltuvuuspyyntöjen määrän laskun takana voivat olla jo edellä viitatu syyt, mutta yhtä lailla pyyntöjen väheneminen saattaa kertoa syyttäjien muuttuneesta asenteesta yhdyskuntapalvelua kohtaan.

Vankilukujen kasvu on myös yksittäisistä rikoksista tuomittujen rangaistusten ankaroitumisen seurausta. Tämä koskee sekä väkivaltarikoksia että omaisuusrikoksia. Tavallisesta pahoinpitelystä tuomittavien sakkujen osuus on 1990-luvun kuluessa pudonnut yli 80 %:sta runsaaseen kahteen kolmannekseen. Törkeästä pahoinpitelystä langetut ehdottomat vankeusrangaistukset ovat kohonneet noin kahdella kuukaudella. Viime vuosikymmenen jälkipuoliskolla myös varkaudesta tuomittujen vankilarangaistusten osuus on kasvanut. Törkeistä huumausainerikoksista tuomitut rangaistukset ovat nekin pidentyneet. Tämä liittyyneen kuitenkin ennen kaikkea huumausainemäärien kasvuun. Tässä rikoksessa myös tapausmäärien selvä kasvu selittää tapahtuneita muutoksia. Jyrkimmin ovat kuitenkin nousseet raiskausrikosten rangaistukset. Niissä ehdottomien vankeusrangaistusten keskipituus on kohonnut keskimäärin puolestatoista vuodesta runsaaseen kahteen vuoteen vankeutta.<sup>14</sup>

Edellä kuvatuissa muutoksissa on kyse ollut ennen kaikkea oikeuskäytännön omista linjauksista. Lisäksi rangaistuksia on kovennettu myös lainmuutoksin. Talousrikoksista tuomittuja rangaistuksia ankaroitettiin useampaankin kertaan 1990-luvun kuluessa. Tapausten vähälukuisuuden johdosta muutoksilla ei kuitenkaan ole ollut näkyvää vaikutusta vankilukuun. Vuosikymmenen loppupuolella toteutettiin sen sijaan joukko rikoslakien kovennuksia, joiden vaikutus vankilukuihin antaa vielä odottaa itseään. Edellä todettu raiskausrangaistusten ankaroituminen oli jo osaksi seurausta vuonna 1999 voimaan tulleesta lainmuutoksesta (käytäntö oli tosin muuttunut jo ennen uusien säännösten voimaantuloa). Vuonna 2001 tuli voimaan törkeän pahoinpitelyn asteikkomuutos, jolla rikoksen vähimmäisrangaistus nostettiin vuoteen vankeutta. Muutoksen vaikutukset oikeuskäytäntöön ja vankilukuun näkyvät vasta tulevien vuosien tilastoissa. Sama koskee vuoden 2002 loppupuolella voimaan tullutta moottoriajoneuvon käyttövarkautta koskevaa uudistusta. Vaikkei tuon lainuudistuksen julkilausuttuna tarkoituksena ollut rangaistuskäytäntöön vaikuttaminen, uudistus korotti rikoksen asteikkoja, ja olisi peräti yllättävää, jollei lainmuutos vaikuttaisi myös tuomittavien rangaistusten tasoon.

### 3. SUUNNANMUUTOSTA VAI SOPEUTUMISTA?

Vankiluvuissa tapahtuneen suunnanmuutoksen seurauksena Suomi on lopulta liittynyt kasvavien vankilukujen valtioiden joukkoon. Se, tulisiko tästä vankilukujen kasvusta olla huolissaan vai olisiko nousua syytä tervehtiä ilolla, on tietysti

<sup>14</sup> Rangaistustietoja on tarkemmin esitelty julkaisussa Rikollisuustilanne 2000 s. 215 ss.

kriminaalipoliittinen arvostuskysymys. Ehkä olisi ajateltavissa, että me tässäkin vain seuraamme vuorollamme ajan vaatimia kansainvälisiä trendejä.

En olisi tätä näkemystä valmis allekirjoittamaan – en ainakaan ennen kuin olemme selvittäneet, mistä nämä trendit johtuvat ja kertovat, mitä niillä saavutetaan ja olisiko samat tulokset mahdollista saavuttaa vähemmän kustannuksia ja haittoja tuottavilla menetelmillä. Suomalaista kriminaalipolitiikkaa on leimannut vahva sitoutuminen pohjoismaisen hyvinvointivaltion arvoihin. Jos kriminaalipolitiikkamme seurailee kehnoimpia kansainvälisiä malleja, on pahimmillaan odotettavissa, että tutkimustietoon pohjaavat punnitut tavoite-keino-analyysit muuntuvat korvikereaktion kaltaisiksi symbolisiksi linjauksiksi, joilla lähinnä osoitetaan, että asiassa on ryhdytty päättäväisiin toimiin. – Näin ei kuitenkaan välttämättä tarvitse käydä.

### **3.1. Tulkintoja kovan kriminaalipolitiikan taustatekijöistä Yhdysvalloissa ja Englannissa**

Ensinnäkin Suomessa tällaiselta muutokselta puuttuisi suuri osa järjestelmien ankaroitamista muissa maissa ajaneista taloudellis-sosiaalisista taustatekijöistä.

Uuden rankaisumentaliteetin synty ajoittui muualla vaiheeseen, jossa hyvinvointivaltion kriisin lasketaan tavanmukaisesti alkaneen. Kriminaalipolitiikan muutokset olivat myös rajuimmat siellä, missä hyvinvointivaltion alasajo täydellisimmin toteutettiin – eli Yhdysvalloissa ja Englannissa. Liberaalin hyvinvointivaltiollisen kriminaalipolitiikan kritiikkiä voikin katsoa nimenoman osana laajempaa hyvinvointivaltiollisen yhteiskunta- ja sosiaalipolitiikan muutosta. Se oli osa hyvinvointivaltiota kritisoivaa uusliberalistista, markkinoiden vapauteen ja marginaaliryhmien kontrolliin perustuvaa yhteiskuntapolitiikkaa. Samalla kriminaalipolitiikan ankaroitumista voidaan pitää yhtenä solidaarisen hyvinvointivaltiopolitiikan ja sen sosiaalisten ja taloudellisten taustaehto- jien katoamisen oheistuotteena.

Uusliberalistinen yksilövastuun korostuminen sekä solidaarisuusarvojen työntyminen taka-alalle näkyivät myös muuttuneina rikollisuuskäsityksinä. Rikollisuuden yhteiskunnalliset ja ympäristölliset kytkennät katkaistiin ja kiinnos- tus rikollisuuden syihin laimentui. Nyt rikollisuuden syyt olivat yksinkertaisesti joko rikoksente- kijöissä itsessään sekä puutteellisessa tai väärin suunnatussa kontrollissa. Yhteiskunnassa, jossa jokainen vastaa itsestään, myös rikoksente- kijät ovat omin vapain valinnoin päättäneet kohtalostaan ja saavat niin muodoin myös kantaa valintojensa seuraukset: ”We should understand less and condemn more” (ks. *Garland* 2001, s. 9).<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Myös uusliberalistisella punitiivisella kriminaalipolitiikalla on oma kriminologiansa. Se ottaa etäisyyttä ”akateemiseksi” kutsumaansa kriminologiaan, korostaa yhteneväisyyttä terveen järjen



Myös poliittinen kulttuuri ja politiikan tekemisen tapa muuttuivat. Kriminaalipoliitikasta tuli 1970- ja 1980-lukujen kuluessa on yhä näkyvämpi yleispolitiikan välikappale. Uudet ohjelmat olivat myös riittävän yksinkertaisia tiivistettäväksi kahteen kolmeen sanaan, tyyliin ”three strikes”, ”prison works”, ”truth in sentencing” ja ”zero-tolerance”. Politisoituessaan kriminaalipoliitikka sai yhä populistisempia piirteitä. Yhteistä oli asiantuntijatiedon ja ”eliittien” halveksiminen sekä vaatimukset kuulla myös ”tavallisen kansan ääntä” ja ”palaamista perusasioihin”.

Samaan aikoi kasvoi yleisön peloista ja turhautumista voimansa ammentavien nationalististen ja muukalaisvihamielisten poliittisten ääriliikkeiden vaikutusvalta kriminaalipoliitikassa. Näiden liikkeiden listoilta löytyivät paitsi rikolliset ja etniset vähemmistöt myös muut yhteiskunnan sosiaalipalveluja ”tarpeettomasti rasittavat” väestöryhmät. Rikoksenteikijät jäivät tässä asetelmassa muita ääriliikkeiden kohteekseen valitsemia vähemmistöryhmiä selvästi heikompaan asemaan. Poliittisten valtapuolueiden on ollut olennaisesti helpompi sanoutua irti protestiryhmien rasistisista kannanotoista kuin riitauttaa vaatimukset rikoksenteikijöiden ankarammasta rankaisemisesta. Oli viisasta tulla jonkin matkaa vastaan – ja harva tohti olla ”soft on crime”.

Kontrollin kiristymisen taustalla ovat myös rikollisuuden kasvu, lisääntynyt rikoksen pelko sekä yleisemmät sosiaalisen turvattomuuden tunteet. Sotien jälkeen rikollisuus on kaikissa teollistuneissa länsimaissa kasvanut jyrkästi. Muutosta ovat hallinneet rikoskohteiden ja tilaisuuksien lisääntymisen myötä moninkertaistunut omaisuusrikosten määrä. Fyysinen turvattomuus ei sen sijaan ole välttämättä heikentynyt, mikä kuitenkin on eri asia kuin yleisön tätä koskeva subjektiivinen kokemus.<sup>16</sup> Rikollisuudesta on tullut ihmisten jokapäiväistä elä-

---

kanssa ja tahtoo korvata mutkikkaat teoriat yksinkertaisemmilla totuuksilla. Rikoksenteikijät piirretään siinä usein kulttuuriltaan, ihonväritään ja elämäntavoiltaan ”meistä” poikkeaviksi (ammattirikolliset, päihdeongelmaiset, pedofiilit, väkivaltaiset nuorisirikolliset). He kuuluvat toiseen lajiin, ja he myös näyttävät toisenlaisilta – kuten presidentti Ronald Reagan nämä kasvot kuvasi: ”stark, staring face – a face that belongs to a frightening reality of our time: the face of a human predator ... nothing in nature is more cruel or more dangerous” (*Garland* 2001, s. 136 viitteinen). Sen tuottamat kriminaalipoliittiset ohjeet ovat yhtäläisen selkeitä: ”Wicked people exist. Nothing avails except to set them apart from innocent people” (*Wilson* 1975, s. 209).

<sup>16</sup> *Garland* antaa suuren merkityksen rikoksen ”arkipäiväistymiselle” ja sille, kuinka vaurastuneen keskiluokan rikoskokemukset olisivat 1960-luvulta lähtien voimakkaasti tihentyneet. Tämä olisi lisännyt rikosten pelkoja ja luonut samalla perustaa kovempia rangaistuksia ajaville poliittisille ohjelmille. Tilastoja hallitsevan omaisuusrikollisuuden osalta päätelmä on hyvin perustelu. Pelkojen ja turvattomuuden kannalta keskeisen väkivaltarikollisuuden kannalta asia ei ole yhtä selvä. Esim. *Pat O’Malley* kysyy, onko todellakin niin, että tämän päivän naisten rikoskokemukset ovat ahdistavampia kuin heidän 1960-luvulla eläneiden kanssasarten, joiden perheväkivaltaa koskeviin rikosilmoituksiin viitattiin kintaalla, ja kokeeko keskiluokka todellakin kaupungilla kulkemisen tänään turvattommaksi kuin 1970-luvulla (*O’Malley* 2002). Historialliset analyysit väkivaltarikollisuuden tasomuutoksista eivät tue väitettä väkivallan yleistymisestä. Henkirikollisuuden

mää koskettava ilmiö. Poliitiikka on myös reagoimista tähän huoleen. Kriittinen kysymys koskeekin valittuja välineitä ja niiden soveltuvuutta ongelmien ratkaisuun.

### 3.2. ... ja niiden soveltuvuudesta Suomen oloihin

Suomeen siirrettyinä monet näistä taustatekijöitä asettuvat toiseen valoon. Tiedot hyvinvointivaltion kuolemasta lienevät Suomen näkökulmasta ennenaikaisia. Uusliberalistiset talousopit eivät meillä ole saaneet läheskään samanlaista kaikupohjaa kuin maissa, jotka lähtivät kriminaali- ja sosiaalipolitiikassaan markkinoiden vietäviksi.<sup>17</sup> Ero kovan kriminaalipolitiikan Yhdysvaltoihin ja Englantiin on selvä. Toimeentuloerot ovat täällä pienemmät, eriarvoisuus vähäisempää, veropolitiikka solidaarisempaa.<sup>18</sup> Suomalaiset myös haluavat uudelleen-

---

taso on useissa maissa ollut historiallisesti olennaisesti nykyistä korkeammalla ja fyysinen turvallisuus on menneinä vuosikymmeninä (ja vuosisatoina) ollut merkittäväksi vakavammin uhattuna kuin tänään (von Hofer 2000). Myös Suomessa tapoja tehtiin 1920-luvulla kymmenkertainen määrä tähän päivään verrattuna (Lehti 2001). – Toisaalta juuri se, että elämä on nyt helpompaa ja (fyysisesti) turvatumppaa kuin ennen, voi osaltaan olla osasyynä kasvaneeseen turvattomuuden tunteeseen ja sosiologien erittelemään ”pelon kulttuurin nousuun”. Kasvanut materiaallinen vauraus yhdistyneenä ihmisen omista valinnoista irrottautuneisiin ”suurriskeihin” (ydinvoima, ympäristö, geeniteknologia, ruoan puhtaus jne) on yhtäältä alentanut uhkien sietokynnystä ja toisaalta johtanut lisääntyviin ja alati läsnäoleviin subjektiivisiin riskikokemuksiin. Hanns von Hofer kirjoittaa: ”Arkielämä on tullut ennustettavammaksi ja poikkeavuudet harvinaisemmaksi ja vähäisemmiksi... Tämä pitkän aikavälin kehitys – ympäristön lisääntyvä kontrolli – on johtanut vähenevään häiriökäyttäytymisen sietämiseen. ... Laskeva kyky sietää poikkeamia normaalista elämästä on luonut hedelmällisen maaperän sille, että väkivaltaa pidetään kasvavana sosiaalisena ongelmana siitakin huolimatta, että aiemmin historiassa väkivalta oli paljon yleisempää kuin nykyään” (von Hofer 2000 s. 66–67 sekä keskustelua aiheesta *Kivivuori* 2002, s. 1 ss).

<sup>17</sup> Siitä, onko Suomi edelleen hyvinvointivaltio, esitetään eri tulkintoja. Tuoreen väitöskirjan mukaan pohjoismainen hyvinvointivaltio säilyi 1990-luvun laman yli, kuitenkin toiminnoiltaan riisuttuna. Samalla muut Euroopan maat ottivat pohjoismaita kiinni eräillä alueilla (Kautto 2001). Tästä huolimatta pohjoismaat muodostavat edelleen oman ryhmänsä. Julkunen katsookin, että 1990-luvun kriisi itse asiassa pelasti hyvinvointivaltion kasvot: kansalaismielipide ja julkisuus ovat kääntyneet hyvinvointivaltion puolelle ja radikaalien yksityistämisen- ja markkinareformien momentum meni ohi (Julkunen 2001 s. 282–283). Toisaalta esim. sosiaali- ja terveydenhuoltomenot ovat eurooppalaisen keskitason alapuolella, tuloerot kasvavat ja köyhyys yleistyy. Hänen päätelmänsä on, että Suomi kyllä seuraa pohjoismaista hyvinvointivaltiota, mutta muita vaatimattomalla tasolla (mts. 283). Toisin kuin 1970- ja 1980-lukujen anglosaksisessa maailmassa, näitä ideaaleja ei myöskään ole poliittisesti hylätty. Päinvastoin, tuloerojen kasvusta ja ”kansan kahtiajakautumisesta” on tullut moraalinen ja poliittinen pulma, josta lähes kaikki puolueet tuntuvat kantavan huolta. – Tämä ei välttämättä lupaa ongelmaan helpotusta, mutta kertoo jotakin hyvinvointivaltion ja taloudellisen tasa-arvon vaatimusten silttenkin verraten vahvasta asemasta Suomessa.

<sup>18</sup> Köyhyysaste on yksi tapa mitat eroja. Julkusen ilmoittamien tietojen mukaan anglosaksisen sosiaalipolitiikan maissa köyhyysaste on 10–18 % ja Pohjoismaissa 3–4 % (Julkunen 2001, s. 268 viitteineen). Myös veropolitiikat eroavat. Anglosaksisista maista poiketen Suomessa ei ole ryhdytty mittaviin tulonsiirtoihin köyhiltä rikkaille esim. marginaaliveroprosentteja puolittamalla. Vero-

jakaa tuloja useammin kuin muut, olkoonkin, että todellisten tuloerojen kehitys-suunta on huolestuttava.<sup>19</sup> Myös sosiaalinen ja taloudellinen tasa-arvo on Suomessa useita maita paremmalla tolalla ja eri yhteiskuntaryhmien väliset jännitteet pienempiä kuin muualla. Meillä rikoksenteelijät (ja etniset vähemmistöt) eivät – ainakaan toistaiseksi – ole joutuneet samanlaiseen syntipukin rooliin.

Kovin radikaalin muutoksen esteenä – tai ainakin hidasteena – olisi luultavasti myös se, ettei yleisön rankaisuhaluja käytetä meillä politiikan tekemisen välineinä samalla tavoin kuin useissa muissa maissa. Vaikka rikollisuus ja rikosten torjunta on Suomessakin noussut aiempaa selvästi näkyvämmäksi poliittiseksi teemaksi, ei poliittisessa retoriikassa olla sorruttu anglosaksista kriminaalipoliittikkaa leimaaviin yksinkertaisuuksiin.

Nämä hyvinvointivaltiollisen kriminaalipolitiikan taustatekijät osoittavat kuitenkin samalla uhkakuvien suunnan: taloudellinen eriarvoistuminen ja kasvavat väestöryhmien väliset jännitteet murentavat yhteisvastuun edellytyksiä ja keskinäistä luottamusta. Tämä muutos on ollut nähtävissä myös 1990-luvun Suomessa. Pohjoismaisen hyvinvointivaltion peruspiirteistä solidaarisuutta ja vertaisuuden mentaliteettia ylläpitävä ”universalismi” – kaikki maksavat kaikki saavat – on ollut koetuksella. Kun maksajaan ja saajan roolit eroavat, alkaa vahvistua myös jako meihin ja heihin. Yksilövastuun korostukset näkyvät myös kansalaisten oman vastuusuuden kasvuna.<sup>20</sup> Selvästi havaittava tuloerojen kasvu kasvat-  
taa myös sosiaalista etäisyyttä, ja mitä suurempi sosiaalinen etäisyys, sitä vähemmän samastumista ja vastuuta toisista. Kaikki nämä muutokset luovat edellytyksiä myös ajattelutavoille, joissa rikollisuusongelma palautetaan vaarallisten yksilöiden (tai ryhmien) luomaksi ongelmaksi, jonka ratkaisu löytyy näitä yksilöitä tai ryhmiä kontrolloimalla.

Ja mikä yhtä lailla tärkeätä: samat sosiaaliset muutokset kasvattavat yhteiskunnasta uloslyötyjen ihmisten ja rikosten määrää. Useissa teollistuneissa maissa ihmisen arkea koskettavan rikollisuusongelman ydin rakentuu slummialuei-

---

asteet kertovat julkisen sektorin laajuudesta. Vuonna 1997 Ison-Britannian bruttoveroaste oli 34 %, USA:n 31 % ja Suomen 47 % (ks. *Julkunen* 2001, s. 284).

<sup>19</sup> Ns. GIN-indeksillä mitatut suomalaisten tuloerot vähenivät 1960-luvun lopulta vuoteen 1994. Sen jälkeen ne kääntyivät selvään kasvuun ja ovat nyt palanneet 1970-luvun alkupuolen tasolle. Pääsyyinä on ns. ylimmän desiilin (osingot ja myyntivoitot) tulojen kasvu sekä toisaalta sosiaaliturvan uudelleenjakovaikutuksen heikkeneminen (sosiaaliturvan leikkaukset ja sosiaalietuuksien jäd-  
dyttäminen, ks. *Julkunen* 2001, s. 263–264 viitteinen).

<sup>20</sup> Yhteiset edut synnyttävät yhteenkuuluvuuden tunteen, ”vertaisuuden mentaliteetin” (*Julkunen* 2001, s. 260 viitteinen). Sen kautta olemme valmiita uhrauksiin toisten puolesta. Maksajan ja saajan rooleja ei tarkkaan eroteta. Tuon mentaliteetin heiketessä jako heihin ja meihin vahvistuu. Julkusen mukaan tämä muutos on nähtävissä 2000-luvun vaihteen Suomessa. Toisena muutoksen erottuu julkisen vastuun kaventuminen ja kansalaisten oman vastuusuuden kasvu (vastuu esim. terveydenhuollosta ja erilaisten palvelujen rahoituksesta) 1990-luvun säästöpolitiikan seurauksena.

den, vähemmistöjen ja syrjäytyneiden väestönsosan rikoskäyttäytymisen ympärille. Suomalaista yhteiskuntaa uhkaavalla sosiaalisella kahtiajakautumisella on siten myös rikollisuuteen liittyvät seurausvaikutuksensa. Pitkällä aikavälillä ylivertaisesti vaikuttavin – ja myös halvin – rikosentorjunnan ohjelma Suomessa on se ohjelma, jolla huolehditaan siitä, ettei tänne muodostu pysyvää, yhteiskunnan marginaaleista ulostyönnettyä rikollista alaluokkaa. – Muun muassa tätä tarkoittaa iskulause ”hyvä sosiaalipolitiikkaa on parasta kriminaalipolitiikkaa”.

### 3.3. Viestimistä ja median roolista

Kriminaalipolitiikan politisoituessa median rooli kriminaalipolitiikan muovaajana on tullut yhä keskeisemmäksi. Rikosjulkisuus ja tapa jolla rikollisuutta käsitellään tiedotusvälineissä vaikuttavat sekä rikospelkoihin että näihin pelkoihin reagoivaan kriminaalipolitiikkaan. Suomen tilannetta on totuttu pitämään hyvänä siinä, etteivät tiedotusvälineemme ole – samassa mitassa kuin muualla – sortuneet halpaan populismiin. Media on meillä toiminut varsin vastuullisesti ja kertonut tosiasioita, sen sijaan että se olisi keskittynyt rahastamaan sensaatioilla ja ihmisten peloilla. Meillä harvoin näkee julkaistavan samanlaisia kirjoituksia kuin Englannin bulevardilehdissä, eivätkä henkirikokset ole uutislähetysten vakio-osa, kuten Yhdysvalloissa ja Englannissa.

Tästä huolimatta rikollisuus, erityisesti väkivaltarikollisuus, on saanut yhä suuremman sijan myös Suomen mediassa. Suomen Kuvalehti kirjasi yhden päivän väkivallanteot televisiossa vuonna 1981 ja 2001. Ohjelma-ajan kasvu oli nelinkertainen mutta väkivallan kasvu oli 13-kertainen (Suomen Kuvalehti 16.11.2001). Oikeuspoliittisella tutkimuslaitoksella on analysoitu iltapäivälehtien etusivujen väkivaltaotsikoiden kehitys vuodesta 1980. Väkivallasta kertovien otsikoiden määrä on kasvanut kaksinkertaiseksi ja rikospelot lisääntyneet kolmanneksen. Kuitenkin väkivallan uhriksi joutuminen on samana aikana vähentynyt (ks. *Kivivuori* ym. 2002).<sup>21</sup>

Rikospelkojen ja väkivaltaututisten samanaikainen lisääntyminen ei välttämättä todista ilmiöiden välisestä kausaalisuhteesta. Muu mediatutkimus kuitenkin antaa vankat perusteet olettaa, että median tavalla käsitellä rikoksia ja rikollisuutta on myös vaikutuksensa yleisön mielikuviin ja rikospelkoihin (ks. *Kivivuori* 2002, s. 12–16 ja *Reiner* 1997, s. 217 ss). Tiedotusvälineiden toimituksissa tehtävillä valinnoilla on vaikutuksensa myös kriminaalipoliittisten ongelmien

<sup>21</sup> Tutkimuksen kohteena olivat siis iltapäivälehdet. Onkin syytä korostaa, etteivät kaikki tiedotusvälineet ole toistensa näköisiä, eikä mediaa tule käsitellä monoliittisenä kokonaisuutena (ks. *Arolainen* 2002, s. 278.) Jatkohankkeessa tarkasteltavina ovatkin Helsingin Sanomien pääkirjoitukset sekä TV:n uutistoimitus.

määrittelyyn ja siihen ilmapiiriin, jossa kriminaalipolitiikkaa tehdään.<sup>22</sup> Näin rikosjulkisuus saattaa osoittautua kriminaalipolitiikkaa hyvinkin vahvasti ohjauvaksi välineeksi – sitä vahvemmaksi, mitä suuremmin kriminaalipoliittinen päätöksenteko pyrkii toteuttamaan ns. yleisen mielipiteen sisältöä ja vaatimuksia.

Se, että julkisten viestimien toimintatavat vaikuttavat kriminaalipolitiikkaan, ei tietenkään tarkoita tai edellytä, että toimituksellisia valintoja ohjaisivat tietoiset kriminaalipoliittiset tavoitteet (saatikka, että tuomarit ”taipuisivat” median odotusten edessä). Kyse on vain siitä, että julkiset viestimet ovat näissä kysymyksissä ihmisten pääasiallinen tietolähde. Kuva, joka niistä välittyy, vaikuttaa ihmisten ajattelutapoihin, käsityksiin ja pelkoihin. Poliitiikka vuorostaan on aina myös näihin käsityksiin reagoimista. Tältä kannalta jää väistämättä ongelmaksi se, että median kautta välittyvä kuva eri rikosten yleisyydestä ja niiden edustamasta uhasta on vääristynyt, kun vertailukohteena pidetään tilastoitua tai tutkimuksin kartoitettua rikollisuutta. Rikollisuus mielletään tuntemattoman taholta uhkaavaksi väkivaltarikollisuudeksi ja sen koetaan olevan jatkuvassa kasvussa – silloinkin kun suunta olisi alaspäin.<sup>23</sup> Vastaavasti rikospelot ja punitiivisuus ovat voimakkaimmat sen väestöosan keskuudessa, jonka tiedot rikollisuuden tasosta

<sup>22</sup> Alan klassikko on *Stanley Cohenin* teos ”Folk Devils and Moral Panics”, jossa kuvataan nuorisojengejä (Mods and Rockers) koskevan moraalipaniikin syntyä Englannissa (*Cohen* 1972). *Felipe Estrada* osoittaa, kuinka media suurelta osin määritteli ja konstruoi nuorten väkivallan sosiaaliseksi ongelmaksi Ruotsissa 1980-luvulla, ilman yhteyttä todellisiin rikollisuusmuutoksiin (*Estrada* 1999). Mediapsykologinen tutkimus varoittaa kuitenkin liian yksioikoisista ja yleistävistä kausaalisuusoletuksista. Rikosjulkisuuden vaikutukset väestön pelkoihin ovat kontekstistisidonnaisia ja ne vaihtelevat eri väestöryhmillä, myös mediasta, mediakentästä ja uutisoinnin tavasta riippuen (ks. *Kivivuori* 2002 ym. s. 5 ss ja s. 16 lähteineen). Vaikka tulokset ovat monin tavoin erisuuntaiset, rikosuutisten ei juuri ole todettu vaikuttavan pelkoja vähentävästi. Kun vaikutuksia ilmenee, ovat ne pääsääntöisesti pelkoja kasvattavia (ja ankaria mielipiteitä tukevia). Ylipääntään median ja rikospelkojen väliset suhteita koskeva tutkimus on edennyt kausaalisuhteita etsivästä kvantitatiivisesta tutkimuksesta laadullisiin analyyseihin. Samalla on sivuutettu se vaihe, jossa kysytään, onko mediajulkisuudella vaikutusta rikospelkoihin: ”Hardly anyone would deny this. The agenda is the unravelling of the complex interrelationship of media content and other dimensions of social structure and experience in shaping offending behaviour and the fear of it” (*Reiner* 1997 s. 219).

<sup>23</sup> Eri maissa laadittujen tutkimusten kuva tilastoidun rikollisuuden ja lehdistön antaman rikollisuuskuvauksen suhteista (väkivallan voimakkaasta painottumisesta) on tässä hyvin samansuuntainen (ks. *Reiner* 1997, s. 199 ss. lähteineen). Yleisön rikollisuuskuvan ja tilastoidun rikollisuuden välisiä suhteita on kartoitettu mm. Englannin Home Officen tutkimuksessa (*Hough – Roberts* 1998). Tilanteessa, jossa tietoon tullut rikollisuus oli ollut jo muutaman vuoden laskussa, kolme neljästä vastaajasta oli sitä mieltä, että rikollisuus on kasvussa. Neljä viidestä vastaajasta oli sillä kannalla, että rikollisuudesta vähintään 30 % on väkivaltarikollisuutta, kun tietoon tulleesta rikollisuudesta tähän ryhmään kuuluu noin 6 %. Ilman erillisselvityksiä ei lukuja tietenkään sellaisenaan voi ulottaa Suomea koskeviksi (mutta ne vastaavat muista läntisistä maista saatuja tuloksia, ks. *Hough – Roberts* 1998, s. 8 mainitut lähteet).

ja kehityssuunnasta ovat kaikkein puutteellisimmat (ks. *Hough – Roberts* 1998).<sup>24</sup>

### 3.4. Välipäätelmä

Jakson pääotsikon kysymys jäänee vaille lopullista vastausta. Yksi tulkinta on, että mm. *David Garlandin* analysoima monitasoinen kontrollikulttuurin muutos on Suomessakin jo hyvässä vauhdissa ja kriminaalipolitiikassa nyt nähtävät muutokset kertovat aidosta arvojen muutoksesta ja kovenevasta suhtautumisesta. Kriminaalipoliittisesta keskustelusta olisi verraten helppo poimia tätä päätelmää tukevia yksittäisiä lausumia. Toinen tulkinta olisi, että kyse sittenkin on järjestelmän sopeutumisesta uuteen tilanteeseen, perusperiaatteista ja lähtökohdista kuitenkin luopumatta. Rangaistustason nostaminen olisi ollut vain keino poistaa eräitä ”järjestelmässä olleita vääristymiä” ja vankimäärän kasvu on ollut seurausta vain uudenaikaisista ongelmasta, lisääntyneestä huumausainerikollisuudesta, rajojen avautumisesta ja kasvaneesta ulkomaalaisten määrästä.

Johonkin näiden kahden tulkinnan väliin jää oletus, että käynnissä on aito muutos, mutta se tapahtuu ilman näkyviä julistuksia ja dramaattisia suunnanmuutoksia. Ehkei radikaali muutos edes tarvitse radikaaleja toimenpiteitä. Sosaalipolitiikan tutkimus puhuu ”hiipivästä muutoksesta”. Sama saattaa päteä myös kriminaalipolitiikkaan. Ehkäpä senkin rakenteita muutetaan ”kuin kissantassuin”, pienten askelten ja hiipivien prosessien tuloksena, ”ilman fanfaareja, tiukkoja eduskuntaäänestyksiä tai puoluepoliittisia vastakkainasetteluja”. Eivätkä tarkkailijat edes havaitse mitä on tapahtumassa, koska muutosten ”vähäpätöisyys, tuttuus ja monesti myös toivottavuus kätkevät näkyvistä niiden yhteiskuntaa muuttavan perinpohjaisuuden” (*Beck* 1995 s.14).

Pienistä muutoksista koostuu jo pitkä lista. Se sisältää viimeisen kymmenen vuoden ajalta ehdotuksia ja toimia, joilla on mm.

- korotettu vuorotellen yksittäisten talousrikosten, väkivaltarikosten, seksuaalirikosten ja omaisuusrikosten rangaistustasoa

<sup>24</sup> Silloin tällöin asetelmaan liittyvät ongelmat tiedostetaan myös median taholla. Kun äärioikeistolainen Le Pen pudotti sosialistien ehdokkaan *Lionel Jospinin* presidentinvaalien toiselta kierrokselta Ranskan kevään 2002 sokkivaaleissa, pelkoja lisäävillä rikosuutisilla äärioikeiston kannatusta kasvattanut Ranskan media teki voimakkaan korjausliikkeen ja vähensi väkivallan ja rikosten uutisointia 67 prosentilla televisiossa ja puolella muissa tiedotusvälineissä (uutinen Helsingin Sanomissa 4.7.2002). Tähän tuskin olisi ryhdytty ilman jonkinasteista vakaumusta siitä, että rikosuutisoinnin tapa vaikuttaa ihmisten pelkoihin ja poliittisiin ratkaisuihin. Englannissa Home Office asetti vuonna 1980 riippumattoman komitean (puheenjohtaja ja suuri osa jäsenistä olivat keskeisiä mediavaikuttajia) tutkimaan median roolia rikospelkojen kasvussa. Komitean toimenpidesuosituksat toivat lyhytkestoisen muutoksen tabloid-lehdistön rikosjournalistisiin käytäntöihin (ks. *Hough – Roberts* 2001).

- lisätty poliisin valtuuksia ”vastaamaan rikollisuuden ammattimaistumisen, kansainvälistymisen, raaistumisen ja organisoitumisen tuomia vaatimuksia”
- korjattu rikoslain tunnusmerkistöjä ja rangaistusasteikkoja ”kansainvälisten velvoitteiden edellyttämään suuntaan”
- tahdottu tiukentaa syyttämättäjättämiskäytäntöä ja laskea syyttämiskynnystä
- tahdottu rajoittaa yhdyskuntapalvelun ja sovittelun käyttöä ”yhdenvertaisuuteen” vedoten
- tiukennettu vankiloiden sisäistä kontrollia
- vaadittu ehdonalaisen vapauden poistamista tai ehtojen tiukentamista
- kiristetty syyntakeisuusarviointeja vetoamalla ”oikeuspsykiatrisen tiedon karttumiseen”
- nostettu elinkautisvankien määrä yli kaksinkertaiseksi
- perusteltu huumausaineiden käyttäjien säännönmukaista sakottamista ”yhdenvertaisuuden nimissä”
- alennettu puuttumiskynnystä nuorten häiriökäyttäytymisen eri muotoihin
- alennettu törkeään rattijuopumuksen rajaa ja esitetty myös rattijuopumuksen alarajan kiristämistä
- otettu käyttöön huumeiden nollatoleranssi liikenteen puolella
- otettu käyttöön kansainvälisesti poikkeuksellisen kattava kansalaisten videovalvonta
- ehdotettu maahan perustettavaksi Yhdysvaltain ja Ranskan mallin mukainen ”turvallisuusministeriö”.

Luettelo ei ota kantaa yksittäisten toimenpiteiden perusteltavuuteen: Osa niistä on paremmin – osa kehnommin – puolustettavissa. Lista havainnollistaa yhdeltä suunnalta tämän hetken kriminaalipoliittisen keskustelun sisältöä. Osaltaan se myös kertoo, ettei vankiluku yksin kerro kriminaalipolitiikan sisällöstä ja suunnasta. Kokonaiskuvan antaminen kriminaalipolitiikan sisältömuutoksista edellyttäisikin tarkastelun laventamista kriminaalipolitiikan muihin osa-alueisiin. Käytössä oleva tila tarjoaa mahdollisuuden vain lyhyisiin loppukommentteihin.

#### 4. EPILOGI: KANSAINVÄLISET MALLIT JA KOTIMAISEN KRIMINAALIPOLITIIKAN VALINNAT

Suomella on yhteiskuntakehityksessään ollut omat aikataulunsa. Olemme yleensä tulleet jälkijunassa, mutta tapahtuessaan muutokset ovat olleet usein poikkeuksellisen rajuja ja nopeita (ks. *Julkunen* 2001). Myös kriminaalipolitiikan uutuudet ovat kulkeutuneet tänne sen verran hitaasti, että meillä on ollut mahdollisuus tarkastella niitä jo ennakolta, ikään kuin matkan päästä. Anglosaksisen kriminaalipolitiikan osalta tämä mahdollisuus kannattaa käyttää tarkkaan hyväksi.

*David Garlandin* analyysi paikantaa uuden rankaisumentaliteetin synnyn lopultakin poliittisen tason ratkaisuiksi, olkoonkin että talous- ja sosiaalirakentees-

sa tapahtuvat muutokset tekivät nuo ratkaisut helpommin ymmärrettäväksi ja eräässä mielessä jopa todennäköisiksi. Kuitenkaan ne eivät olleet välttämättömiä. Toisenlainenkin toimintamalli olisi ollut löydettävissä – ja sellainen löytyikin. Valtiollisessa kriminaalipolitiikassa tosin peri voiton turvautuminen kovaan kuriin, kontrolliin ja ankariin rangaistuksiin. Tästä vastasivat politiikan tekijät, jotka kasvaneen rikollisuuden edessä ryhtyivät yhä useammin turvautumaan näyttäviin symbolisiin eleisiin, eräänlaisiin korvikereaktioihin ja lyhyen aikavälin poliittisiin ratkaisuihin, joiden pääasiallisena tehtävänä oli yleisön rauhoittaminen. Toisen lähestymistavan rakensivat käytännön toimijat. Siinä painottuivat kansalaisyhteiskunnan puolella ja paikallistasolla tehtävät arkipäivän ratkaisut rikosten torjumiseksi sekä uusien yhteistyö- ja toimintamuotojen kehittäminen.

Molempia yhdistää sama tausta: havainto siitä, ettei valtio yksin kykene torjumaan rikollisuutta eikä takaamaan ihmisen turvallisuutta. Käytännön toimijoiden valitsemaa tietä leimasi valtion mahdollisuuksien rajojen tunnustaminen sekä toimintojen muuttaminen tavalla, joka takaisi paremman onnistumisen. Poliitiikan tekijöiden tietä taas leimasi ”toistuva lankeaminen ongelman todellisen luonteen kieltämiseen sekä turvautuminen lähes hysteerisenomaisesti sijaistointeihin ja korvikereaktioiden esittelyyn” (*Garland* 2001, s. 132). Sen sijaan, että olisivat myöntäneet valtiollisen rikosoikeusjärjestelmän toimintamahdollisuuksien rajat ja mahdollisuudet ja sopeuttaneet toimintansa näiden rajojen mukaisiksi, poliittiset toimijat valitsivat korkean profiilin politiikan tavoitteenaan säilyttää yleisön luottamus valtiolliseen rikosoikeusjärjestelmään (ja heihin itseensä). Tämä tapahtui alleviivaamalla moraalisen järjestyksen, yksilöllisen vastuun, auktoriteettien kunnioituksen ja kovan kurin tärkeyttä.

Kaikissa yhteiskunnissa tunnustetaan turvallisuuden ja kontrollin tarve.<sup>25</sup> Kysymys on vain siitä, kuinka pitkälle näiden arvojen tavoittelu viedään. Molempia voidaan painottaa myös liikaa tavalla, joka johtaa vähemmän suvaitsevaiseen, luottavaiseen, viihtyisään ja aiempaa eriarvoisempaan yhteiskuntaan. Yhdysvaltojen ja Englannin kehitys on varoittava esimerkki siitä, kuinka talous- ja sosiaalipolitiikalle sivustatukea antanut uusliberalistinen kriminaalipolitiikka on ollut mukana työntämässä suurta osaa väestöstä pysyvästi yhteiskunnan ulkopuolelle. Ikävällä tavalla se kertoo myös kaksinaismoralismista, politiikan valheellisuudesta ja ihmisen itsekkyydestä.<sup>26</sup> Kaikenkattavan kontrollin haitat eivät pysähdy

<sup>25</sup> Näin myös ”1970-luvun kriminaalipolitiikassa”: ”Ihmisten turvallisuus on ... kriminaalipolitiikassa nähtävä perustavana arvona, joka on ehdottomasti otettava suunnittelussa huomioon” (*Anttila* 1974, s. 143).

<sup>26</sup> Kontrolli kiristyi, mutta vain valikoiden, kuten *Garland* toteaa. Sosiaalisen kontrollin ulottaminen kaikille elämänalueille tuntee ainoana poikkeuksena talouden, jonka sääntelyn purkaminen on tuottanut suuren osaa tämän päivän riskeistä. Lisääntynyt kontrolli myös kohdistui siihen väestöosaan, jota tapahtuneet sosiaaliset ja taloudelliset muutokset ovat eniten koetelleet, ja koitui niiden



korkeisiin vankilukuihin ja niiden vaatimiin kustannuksiin, vaan laajenevat tällaisen kriminaalipolitiikan yhteiskuntaa jakavina ja hajottavina vaikutuksina: se edistää taloudellista ja sosiaalista marginalisaatiota, koventaa sosiaalisia eroja, vahvistaa kriminogeenisia prosesseja ja johtaa laajojen sosiaalisten ryhmien vieraannuttamiseen ja yhteiskunnallisen toleranssin kaventumiseen. Se sisältää yleisen tendenssin kohden autoritääristä yhteiskuntaa.<sup>27</sup>

Vaikka Pohjoismaidenkin välillä on selviä painotuseroja, tarjoavat nämä maat edelleen meille luontevimman viitekehyksen oman kriminaalipolitiikkamme muotoamiselle. Pohjoismaista lähestymistapaa leimaavia piirteitä ovat olleet moralismia vieroksuva pragmaattisuus, useiden yhteistyökumppaneiden mukanaan tuoma ja edellyttämä joustavuus, hyvinvointivaltiollinen yhteisvastuu myös marginaaliryhmistä sekä oikeusvarmuuden ja suhteellisuusperiaatteen vaatimuk- sia kunnioittava poliisi ja oikeuslaitos. Rikoksentorjunnan taas nähdään rakentu- van yhä korostetummin – ei yksin valtion vastuulle – vaan myös yhteiskunnan eri sektoreiden ja toimijoiden väliselle ”kumppanuus-yhteistyölle”. Kolmannen sektorin, kansalaistoiminnan ja vapaaehtoisjärjestöjen sekä myös elinkeinoelä- män osuus on tullut yhä keskeisemmäksi.<sup>28</sup> Nämä näyttäisivät hyvältä lähtökoh- dilta myös jatkossa.

Ylipäätään kriminaalipoliittisen keskustelun kaksinapaistaminen – ”70-luvun kriminaalipolitiikkaa” vaiko ”jotakin aivan muuta” – on omiaan synnyttämään harhan, ettei kriminaalipolitiikassa olisi mikään muuttunut 30 vuoteen. Keskei- siin muutostrendeihin kuuluu jo todettu monimuotoisen yhteistyön varaan raken- tuvan rikoksentorjuntanäkökulman läpilyönti: syksyyn 2002 mennessä yli 300 kunnassa oli laadittu oman paikallistason yhteistyöhön rakentuva turvallisuusoh- jelma. Tärkeänä innoituksen lähteenä on toiminut kansallinen rikoksentorjunta-

---

hyväksi, joiden etuja vapautetut markkinat parhaiten palvelivat: ”Vakuuttuneena järjestyksen pa- lauttamisen tarpeesta, mutta haluttomana rajoittaa kuluttajan vapautta tai luopua omista persoonal- lisista vapauksistaan; päättäväisenä kohentaa omaa turvallisuutta, mutta haluttomana maksaa lisää veroja tai rahoittaa muiden turvallisuutta; kauhistuneena rajattomasta egoismista ja antisosiaalisista asenteista, mutta sitoutuneena markkinajärjestelmään, joka tuottaa juuri samaa kulttuuria, huo- lestunut keskiluokka pyrkii innokkaasti kontrolloimaan köyhiä ja syrjäyttämään marginaaliväes- tön” (*Garland* 2001, s. 195).

<sup>27</sup> *Garland* 2001, s. 204: ”A government that routinely sustains social order by means of mass exclusion begins to look like an apartheid state”. Kriminaalipolitiikan tulee vastata yhteiskuntake- hityksen tasoa. Tässä mielessä ”ajat ovat todellakin muuttuneet”. Monimutkaisessa ja moniarvoi- sessa kansalaisyhteiskunnassa yksipuolisiin käskyihin perustuva autoritääriäinen kriminaalipolitiik- ka on todellakin tullut ”tiensä päähän”: ”Effective government in complex societies cannot rely upon centralized command and coercion.... We are discovering – and not before time – that this is true of crime control as well” (mts. 205).

<sup>28</sup> Tämä usean toimijan paikallistason yhteistyöhön perustuva pohjoismainen malli on saanut myös yhä laajempaa kansainvälistä kannatusta. Sama paikallistason tilannetorjunnan näkökulma on vahvasti edustettuna myös vuonna 1999 vahvistetussa kansallisessa rikoksentorjuntaohjelmassa (*Turvallisuustalkoot* 1999).

ohjelma (Turvallisuustalkoot 1999). Myös seuraamusjärjestelmä on monipuolistunut ja järjestelmään on sisällytetty uusia kuntouttavia elementtejä sisältäviä yhdyskuntaseuraamuksia (yhdyskuntapalvelu, nuorisorangaistus sekä suunnitelluvaiheessa oleva sopimushoito). Uusin kriminologinen vaikutustutkimus on kansainvälisiä malleja seuraten suodattunut myös osaksi suomalaista vankeinhoitoa erilaisten vankien sosiaalista toimintakykyä tukevien vankeinhoidon menetelmien muodossa. Tiukka reviirijako oikeus- ja sosiaaliviranomaisten välillä on murentunut ja vaihtumassa uudenlaisiksi yhteistyön muodoiksi. Keskustelu uhrin asemasta konkretisoitui 1990-luvulla toimiksi, joissa keskityttiin erityisesti heikossa ja haavoittuvassa asemassa olevien uhrien aseman parantamiseen, vahingonkorvausoikeuden laajentamiseen ja tukijärjestelmien kohentamiseen. Tavoite uhrin oikeusturvan parantamisesta kirjattiin Lipposen II hallituksen ohjelmaan. Tavoitetta edistämään asetetun uhritoimikunnan (Komiteanmietintö 2001:5) toimenpide-ehdotuksia ollaan par’ aikaa voimaansaattamassa eri tahoilla. Kansainvälisessä keskustelussa nopeasti laajenevan korjaavan (restoratiivisen) oikeuden ohjelmasta Suomessa on jo pitkään ja menestyksellisesti sovellettu tekijän ja uhrin välistä sovittelua. Toimet sovittelun valtakunnallistamiseksi ovat nekin jo pitkällä. Oikeusjärjestelmä ja viranomaistoiminnot ovat myös vastanneet rikollisuuden ja kriminaalipolitiikan kansainvälistymisen tuomiin haasteisiin mm. tehostamalla rikostutkintaa ja tiivistämällä oikeus- ja poliisiviranomaisten välistä kansainvälistä yhteistyötä. Lista kertoo kriminaalipoliittisen järjestelmän monitasoisuudesta ja uudistumiskyvystä – olkoonkin, että näiden sisältömuutosten lähempi esittely täytyy jättää toiseen yhteyteen.

Viime vuosikymmenten pohjoismaista kriminaalipolitiikkaa on leimannut myös asiantuntijatiedon hyväksikäyttö ja reformien perustaminen tutkittuun tietoon. Toki ”evidence-led criminal policy” on ainakin virallisasiakirjoissa vahvistettu yleisesti tavoiteltava ideaali muuallakin (myös esim. Englannissa). Kansainvälisissä yhteyksissä laajasti arvostettu suomalainen kriminaalipolitiikka on tässä kuitenkin onnistunut useita muita maita paremmin.<sup>29</sup> Tutkijan perustehtävänä on tuoda kriminaalipoliittiseen päätöksentekoon oma asiantuntemuksensa ja omat tietonsa. Tämä vaatii usein etäisyyden ottamista yleisön ennakkoluuloja ja pelkoja hyödyntävään populismiin – mikä ei tietenkään merkitse yleisen mielipiteen halveksimista.<sup>30</sup> Sen sijaan se merkitsee itsensä likoon panemista tavalla,

<sup>29</sup> Sanottu pätee pohjoismaiseen kriminaalipolitiikkaan laajemminkin. EU-yhteistyö ja paineet rangaistusjärjestelmien harmonisoimiseksi – käytännössä pohjoismaisen rangaistustason korottamiseksi – ovat tämän linjan vakavin uhka. Aihetta on käsitelty lähemmin teokseen sisältyvässä *Per Ole Träskmanin* kirjoituksessa.

<sup>30</sup> Asiantuntijoiden osallistuminen kriminaalipolitiikan tekemiseen on saanut osakseen myös kritiikkiä. Kriminaalipolitiikkaa on moitittu pienen eliitin harjoittamaksi vallankäytöksi, jossa muunlaista keskustelua ei sallita: ”Suomessa pieni juristien ja kriminologien joukko on vuosia sitten

johon yhä harvemmillä tuntuu enää olevan rohkeutta. On niin paljon helpompaa vaatia yhdenvertaisuuden nimissä ”oikeita rangaistuksia oikeille rikollisille”.

*Pekka Koskinen* kirjoitti *Inkeri Anttilalle* vuonna 1996 omistetussa juhlakirjassa ”Kohti rationaalista ja humaania kriminaalipolitiikkaa” tutkijan roolista: ”Meidän ... yhtenä tärkeänä tehtävänä on myös julkisuuteen, ja mahdollisuuksien mukaan myös erityisesti poliitikkoihin, päin kerta toisensa jälkeen tuoda esiin ja perustella niitä lähtökohtia ja perusarvoja, joiden varaan Suomen viime vuosikymmenien – monella arvolla menestyksellinen – kriminaalipolitiikka on rakentunut (*Koskinen* 1996, s. 133).” – Tasavallan presidentti *Tarja Halosen* tervehdyssanoja lainaten, *Pekka Koskinen* on tämän tehtävän kantanut tavalla, joka ansaitsee kunnioituksemme ja kiitoksemme.

## LÄHTEET

- Aho, Timo* 1981: Vankiluvun kehitykseen vuosina 1881–1998 vaikuttaneista tekijöistä. Teoksessa Suomen vankeinhoidon historiaa I (toim. Suominen, Elina). Oikeusministeriö. Vankeinhoito-osasto. Helsinki.
- Aho, Timo* 1991: Vankina vankilassa ja vapaudessa. Oikeusministeriön vankeinhoito-osaston selitteitä 5/1991. Helsinki.
- Aho, Timo* 2002: Vankien määrä kasvaa yhä. Haaste 4/2002.
- Anttila, Inkeri* 1967: Konservative och radikal kriminalpolitik i Norden. Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab 1967, s. 237–251.
- Anttila, Inkeri* 1974: Kuinka kriminaalipolitiikkaa olisi kehitettävä. Teoksessa Anttila, Inkeri – Heinonen, Olavi – Koskinen, Pekka – Lahti, Raimo 1974: Rikollisuus ongelmana. Helsinki.
- Anttila, Inkeri – Heinonen, Olavi – Koskinen, Pekka – Lahti, Raimo* 1974: Rikollisuus ongelmana. Helsinki.
- Arolainen, Teuvo* 2002: Oikeustoimittaja – tuomittu ilman näyttöä. Oikeus 2002:3.
- Aromaa, Kauko* 2002: Euroopassakin vankiluvut nousevat. Haaste 4/2002.
- Beck, Ulrich* 1995: Poliitiikan uudelleen keksiminen: kohti refleksiivisen modernisaation teoriaa. Teoksessa Beck, Ulrich – Giddens, Anthony – Lash, Scott: Nykyajan jäljillä. Vastapaino. Tampere.
- Christie, Nils* 1968: Changes in Penal Values. Scandinavian Studies in Criminology, vol 2., s. 161 ss. Oslo.
- Christie, Nils* 1993: Kohti vankileirien saaristoa. Rikollisuuden kontrolli teollistuneissa länsimaissa. Hanki ja jää. Helsinki.

---

varannut yksinoikeuden puhua rikoksista ja rikosten seurauksista. Toisinajattelijat on leimattu populistieiksi tai muuten väääröppineiksi”, ”(a)joittain keskustelu on tyrehtynyt, kun vastaan väittäjät on jyrätty sivuun ’väärrien mielipiteiden’ vuoksi”, kirjoittaa Helsingin Sanomat (28.10.2002). – Ajatus, että muutama asiantuntija kontrolloisi yhteiskunnallista keskustelua, vaikuttaa kyllä kovin pessimistiseltä – etenkin monopoliasemassa olevan päivälehdien toimituksellisena kommentina.

- Cohen, Stan* 1972: *Folk Devils and Moral Panics. The Creation of Mods and Rockers*. Basil Blackwell. Oxford.
- Dijk, Jan van* 1997: Towards research-based crime reduction policy; crime prevention as a cost-effective policy option. Esitelmä: EU-Conference on crime prevention. Towards a European Level. 11–14 May 1997. Noordwijk. The Netherlands.
- Börjeson, Bengt* 1966: *Om påföljders verkningar*. Stockholm.
- Estrada, Felipe* 1999: Ungdomsbrottslighet som samhällsproblem. Utveckling, uppmärksamhet och reaktion. Kriminologiska institutionen. Stockholms Universitet.
- Garland, David* 2001: *The Culture of Control*. Oxford.
- Hakola, Panu* 2002: Täyskäännös tarpeen kriminaalipolitiikassa! Kanava 6/2002.
- Heinonen, Olavi* 1974: Suomen kriminaalipoliittisen päätöksenteon kehitys. Teoksessa Anttila, Inkeri – Heinonen, Olavi – Koskinen, Pekka – Lahti, Raimo 1974: *Rikollisuus ongelmana*. Helsinki.
- Heinonen, Olavi* 1996: Kriminaalipoliittinen kokonaisnäkemys. Teoksessa Kohti rationaalista ja humaania kriminaalipolitiikkaa. Omistettu Inkeri Anttilalle 29.11.1996. Helsingin yliopisto (toim. Lahti, Raimo). Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos. Helsinki.
- Hofer, Hanns von* 2000: Criminal Violence and Youth in Sweden: a Long-term perspective. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* Vol 1 Nr 1/2000.
- Hough Mike & Roberts Julian* 1998: *Attitudes to Punishment: findings from the British Crime Survey*, Home Office Research Study 179. London: Home Office.
- Hough Mike & Roberts Julian* 2001: Penal Populism and Public Attitudes to Sentencing. Paper presented at European Society of Criminology Conference, Lausanne, 8 September 2001.
- Jaakkola, Risto* 1987: *Brottsligheten i Finland 1935–1949*. Teoksessa *Takala, Hannu – Tham, Henrik* (toim) 1987. *Krig of moral*. Universitetforlaget. Oslo.
- Julkunen, Raija* 2001: *Suunnanmuutos. 1990-luvun sosiaalipoliittinen reformi Suomessa*. Vastapaino. Tampere.
- Kautila, Mikko* 2001. *Diversity among Welfare States – Comparative Studies on Welfare State Adjustment in Nordic Countries*. Stakes, Research Report 118. Helsinki.
- Kekkonen, Jukka* 1998: Suomen oikeuskulttuurin suuri linja 1898–1998. Teoksessa Suomen oikeuskulttuurin suuri linja. Suomalainen lakimiesyhdistys 100 vuotta. Helsinki.
- Kekkonen, Jukka* 2001: Suomalaisen kriminaalipolitiikan menestystarina – tarua vai totta? Teoksessa *Velka, vakuus ja prosessi. Juhlajulkaisu Erkki Havansi 1941–11/7–2201*. Kauppakaari. Helsinki.
- Kivivuori, Janne* 2002: Etusivujen väkivalta. Väkivalta iltapäivälehtien etusivuilla, todellisuudessa ja ihmisten peloissa 1980–2000. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos. Julkaisuja 196/2002.
- Komiteanmietintö 2001:5. Rikosuhritoimikunnan mietintö. Helsinki.
- Koskinen, Pekka* 1996: Ajatuksia rikosoikeudesta julkisena oikeutena. Teoksessa Kohti rationaalista ja humaania kriminaalipolitiikkaa. Omistettu Inkeri Anttilalle 29.11.1996 (toim. Lahti, Raimo). Helsingin yliopisto. Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos. Helsinki.
- Lahti, Raimo* 1972: Rikollisuudesta johtuvien kustannusten vähentämisestä ja jakamisesta. *Oikeustiede II* 1972:1, s. 221–313. Vammala..
- Lahti, Raimo* 1974: Kriminaalipolitiikan rajaaminen. Teoksessa Anttila, Inkeri – Heinonen, Olavi – Koskinen, Pekka – Lahti, Raimo 1974: *Rikollisuus ongelmana*. Helsinki.
- Lappi-Seppälä, Tapio* 1998a: Kriminaalipolitiikka – rikosoikeuspolitiikka. *Lakimies* 1998, s. 1285–1308.
- Lappi-Seppälä, Tapio* 1998b: *Regulating the Prison Population. Experiences from a Long Term*

- Policy in Finland. National Research Institute of Legal Policy. Research communications 38/1998. Helsinki.
- Lappi-Seppälä, Tapio* 2000: Rikosten seuraamukset. WSLT.
- Lehti, Martti* 2001: Väkivallan hyökyaalto. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos. Julkaisuja 183/2001.
- Lenke, Leif* 1980: Criminal Policy and Repression in Capitalist Societies – The Scandinavian Case. Scandinavian Studies in Criminology, vol 7., s. 5 ss. Oslo.
- Lång, K. J.* 1989: Vankiluku: kriminaalipolitiikan tulostmittari. Teoksessa Rikosoikeuden juhla-vuonna 1989. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI (toim. Lahti, Raimo). Vammala.
- O'Malley, Pat* 2002: Arvostelu teokasesta Garland, David: The Culture of Control. Punishment & Society. Volume. 4 Nr. 2/2002.
- Radzinowicz, Leon – King, Joan* 1977. The Growth of Crime: The International Experience. Basic Books. New York.
- Reiner, Robert* 1997: Media Made Criminality: The Representation of Crime in the Mass Media. Teoksessa The Oxford Handbook of Criminology (toim. Maguire, Mike – Morgan, Rod – Reiner, Robert). 2 p. Oxford.
- Rikollisuustilanne 2000. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos. Julkaisuja 183/2001.
- Roberts, Julian* 1998: Public Opinion, Crime and Criminal Justice. Crime and Justice. A Review of Research vol. 16 (toim. Tonry, Michael). Chicago.
- Takala, Hannu – Tham, Henrik* (toim) 1987. Krig of moral. Universitetforlaget. Oslo.
- Tonry, Michael* 2001: Symbol, substance, and severity in western penal policies. Punishment & Society. Volume. 3 Nr. 4/2001
- Turvallisuustalkoot 1999: Kansallinen rikosentorjuntaohjelma. Oikeusministeriö. Yleisen osaston julkaisuja 2/1999.
- Törnudd, Patrik* 1969: Om allmän prevention. Det 5. nordiske kontaktseminar 1969, s. 63–95. Nordiska samarbetsrådet för kriminologi. Kobenhavn 1970 (julkaistu myös teoksessa Törnudd 1996).
- Törnudd, Patrik* 1993: Fifteen Years of Decreasing Prisoner Rates in Finland. National Research Institute of Legal Policy. Research Communication 8/1993.
- Törnudd, Patrik* 1996: Facts, Values and Visions. Essays in Criminology and Criminal Policy. National Research Institute of Legal Policy. Research reports 138/1996. Helsinki.
- Wilson, James* 1975: Thinking About Crime. Basic Books. New York.

## Jälkikonkurrenssista

Pekka Koskinen kartoitti väitöskirjassaan ”Yksitekoisesta rikosten yhtymisestä erityisesti silmällä pitäen ideaali- ja reaalikonkurrenssin erottelua” vuodelta 1973 monipuolisesti konkurrenssijärjestelmään liittyviä kysymyksiä. Vaikka konkurrenssimuotojen erottelusta luovuttiin Suomessa siirryttäessä vuonna 1992 ns. yhtenäisrangaistusjärjestelmään, ei vanha erottelu kuitenkaan täysin menettänyt merkitystään. Nykyisin keskeinen merkitys on rajanvedolla yhden ja usean rikoksen välillä. Se oli myös tärkeä esikysymys aikaisemmassa konkurrenssimuotojen erottelulle perustuvassa järjestelmässä.<sup>1</sup>

Mitattaessa yhteistä rangaistusta tulee RL 7:5:n mukaan kiinnittää huomiota siihen, että yhteinen rangaistus on ”oikeudenmukaisessa suhteessa myös rikosten lukumäärään, vakavuuteen ja keskinäiseen yhteyteen”. Hallituksen esityksen perusteluissa viitattiin juuri aikaisemman lain mukaisiin eri konkurrenssimuotojen erotteluihin ja todettiin, että eri tilanteissa keskinäinen yhteys voi olla rangaistuksen mittaamisessa koventava tai lieventävä peruste.<sup>2</sup>

### 1. KONKURRENSSIJÄRJESTELMÄN ONGELMISTA

Konkurrenssijärjestelmän yhtenä keskeisenä ongelmana on ollut ja on edelleenkin sen monimutkaisuus ja vaikeaselkoisuus. Määrättäessä rangaistusta usean rikoksen tapauksessa joudutaan sovittamaan yhteen eri suuntiin meneviä tavoitteita. Ihmis- ja perusoikeuksien toteuttaminen edellyttää järjestelmän olevan yhdenvertainen ja oikeudenmukainen. Toisaalta sen tulisi olla samalla myös riittävän yksinkertainen ja selkeä.

Juuri yhdenvertaisuuden toteuttamiseksi on kehitetty erilaisia järjestelmiä, joilla pyritään jopa jälkikäteen varmistamaan se, etteivät satunnaiset rikosten ilmituloon ja oikeuskäsittelyn ajankohtaan liittyvät seikat aseta ihmisiä eriarvoiseen asemaan rangaistuksen mittaamisessa.

Teknisesti selkeä ja yksinkertainen ratkaisu olisi päättää, että jokainen tuomitsemiskerta muodostaa itsenäisen kokonaisuuden ja vain siinä tuomitsemistilanteissa käsiteltävät rikokset vaikuttavat rangaistuksen määrään. Näin on menetel-

---

<sup>1</sup> Koskinen 1973, 313.

<sup>2</sup> Ks. HE 40/1990, 32–33.

ty melko lievien ja vähäisten rikosten tapauksissa esimerkiksi rikesakkomenetelyssä ja päiväsakkoja rangaistusmääräyksiin määrättäessä. Erityisesti vankeusrangaistuksia tuomittaessa on kuitenkin rikosten ilmitulon ja oikeuskäsittelyn ajankohdan sattumanvaraisuuden aiheuttamat ongelmat pyritty ottamaan jälkikäteen huomioon. Tällaisia ns. jälkikonkurrenssitilanteita varten on kehitelty hyvin monenlaisia ratkaisumalleja.<sup>3</sup> Pyrkiminen rikosten ilmitulosta ja käsittelyajankohdasta riippumattomaan yhdenvertaiseen kohteluun on synnyttänyt varsin mutkikkaita säännöstöjä. Peruslähtökohtana on ollut se, että ennen tiettyä ajankohtaa tehdyt rikokset ja niistä tuomittavat rangaistukset niputetaan yhteen. Toisin heti ensimmäinen ongelma on se, miten määritellään tämä konkurrenssin katkaiseva ajankohta. Tähän on löydettävissä eri ajoilta ja eri lainsäädännöistä lukuisia määriä vaihtoehtoja. Rikoslakimme alkuperäisen järjestelmän mukaan konkurrenssin rajaamisen osalta ratkaisevia ajankohtia olivat rangaistuksen tuomitseminen ja rangaistuksen loppuun suorittaminen.<sup>4</sup> Myöhemmin konkurrenssin katkaiseva vaikutus on ollut vain vankeusrangaistustuomiolla.

## 2. SIIRTYMINEN YHTENÄISRANGAISTUSJÄRJESTELMÄÄN

Kun 1990-luvun alkupuolella siirryttiin yhtenäisrangaistusjärjestelmään, korostettiin hallituksen esityksessä sitä, että ”rikoksenteikijä on pyrittävä saattamaan kokonaisrangaistuksen määräämisen suhteen samaan asemaan riippumatta siitä, käsitelläänkö kaikki yhteiseen rangaistukseen johtaneet rikokset yhdessä tai useammassa oikeudenkäynnissä”.<sup>5</sup>

Edellä sanotun vuoksi otettiin RL 7:6:ään (L. 19.4.1991/697) nimenomainen maininta, että ”(j)os yhdestä tai useammasta rikoksesta ehdottomaan vankeusrangaistukseen tuomittua syytetään hänen ennen tämän rangaistuksen tuomitsemista tekemästään muusta rikoksesta, rangaistus on määrättävä niin kuin kaikki nämä rikokset olisi saatettu samalla kertaa tuomioistuimen käsiteltäväksi”. Lisäksi RL 7:7:ään otettiin erityissäännös yhteisen vankeusrangaistuksen määräämisestä täytäntöönpanoa varten.

Jälkikonkurrenssijärjestelmän tavoitteiden toteuttamiseksi tuli kuitenkin luoda systeemi, joka osoittautui eräissä tapauksissa varsin mutkikkaaksi ja vaikeaselkoiseksi. Tämä järjestelmä merkitsi myös puuttumista jo lainvoimaiseen tuomioon. Lisäksi järjestelmä aiheutti virheitä, jotka liittyivät puutteelliseen tie-

<sup>3</sup> Ks. Koskinen 1973, 14–18.

<sup>4</sup> Koskinen 1973, 63.

<sup>5</sup> HE 40/1990, 33.

donkulkuihin.<sup>6</sup> Kaiken huipuksi otettiin vielä RL 7 lukuun säännös (RL 7:8) yhteisen vankeusrangaistuksen poikkeuksellisesta määräämisestä, jonka mukaan eräissä tapauksissa sittemmin virheelliseksi osoittautunut yhteisen vankeusrangaistuksen määrääminen korjattiin uudella konkurrensijärjestelmän kannalta pääsäännöstä poikkeavalla tavalla.

### 3. VUODEN 1997 UUDISTUS

RL 7 lukua muutettiin käytännössä esiintyneiden soveltamisongelmien johdosta vuonna 1997. Keskeisenä asiana oli luopuminen aikaisemmasta jälkikonkurrensia koskevasta järjestelmästä, jonka mukaan tuomioistuimen tuli jälkikäteen määrätä yhteinen vankeusrangaistus aikaisemmin tuomituista rikoksista ja ennen tämän aikaisemman tuomion antamista tehdyistä muista rikoksista. Samalla luovuttiin myös jälkikäteisestä yhteisen vankeusrangaistuksen määräämisestä täytäntöönpanoa varten.<sup>7</sup>

Vaikka kehitys Suomessa on selkeästi kulkenut kohti luopumista jälkikonkurrensijärjestelmästä, se ei ole ainakaan vielä toteutunut täydessä laajuudessaan. Järjestelmästä on jäljellä joukko jäänteitä. Seuraavassa tulen tarkastelemaan yksityiskohtaisemmin RL 7:6:ssä säädettyä aikaisemmin tuomitun vankeusrangaistuksen huomioon ottamista tuomittaessa ennen tämän tuomion antamista tehdyistä muista rikoksista, ehdollisen vankeusrangaistuksen määräämistä täytäntöönpantavaksi uuden koeaikana tehdyn rikoksen johdosta sekä seuraamusluonteiseen toimenpiteistä luopumiseen, yhdyskuntapalveluun ja nuorisorangaistukseen liittyviä jälkikonkurrensiakysymyksiä.

RL 7:6:n mukaan ”(jos) ehdottomaan vankeusrangaistukseen tuomittua syytetään hänen ennen tämän rangaistuksen tuomitsemista tekemästään muusta rikoksesta, voidaan aikaisempi ehdoton vankeusrangaistus ottaa uutta rangaistusta määrättäessä kohtuuden mukaan huomioon rangaistusta alentavana tai lieventävänä seikkana”. Lainvalmistelusiakirjoista käy ilmi, että tarkoituksena on tällä sinänsä harkinnanvaraisella kohtuullistamismahdollisuudella turvata se, että rikoksentekijän kokonaisrangaistus ei rikosten ilmitulojärjestyksestä johtuen ankaroituisi.<sup>8</sup> Tällainen kohtuullistamisjärjestelmä on kuitenkin tarkoituksenmukaista pitää harkinnanvaraisena, koska käytännön elämässä tapausten kirjo on hyvin moninainen.

<sup>6</sup> HE 48/1997,4.

<sup>7</sup> HE 48/1997, 1.

<sup>8</sup> HE 48/1997, 5 ja 7, LaVM 8/1997, 2. Ks. myös *Pekka Viljanen: Yhtenäisrangaistusjärjestelmän muutokset 1998*, 15–17.



Eräissä yksinkertaisissa tapauksissa voidaan selvästi havaita, että jos ei noudatettaisi mitään kohtuullistamista, järjestelmä johtaisi selvästi eriarvoiseen kohteluun. Tyypiesimerkki on yksinkertainen perustilanne. Henkilö on tuomittu yhdestä rikoksesta kahden vuoden ehdottomaan vankeusrangaistukseen. Sen jälkeen havaitaan, että hän on ennen tätä tuomiota tehnyt toisen samankaltaisen rikoksen. Jos tästä tuomittaisiin erikseen, siitäkin tulisi kaksi vuotta vankeutta. Samalla kertaa molemmista tuomittaessa kokonaisrangaistus olisi varmuudella ollut merkittävästi lievempi. Toisaalta mitä enemmän tuomitulla on aikaisempia rikoksia ja mitä useammin hänet on tuomittu samalla kertaa useasta eri rikoksesta ehdottomaan vankeusrangaistukseen, sitä vähemmän on useimmiten paineita kohtuullistaa uusia rangaistuksia aikaisempien tuomioiden johdosta, koska rangaistuksia on yhteistä vankeusrangaistusta mitattaessa jo tosiasiallisesti kohtuullistettu mekaaniseen yhteenlaskuperiaatteeseen verrattuna. Itse asiassa on helposti osoitettavissa esimerkkejä, joissa painetta olisi pikemmin ankaroittaa kuin lieventää uusista rikoksista tuomittavaa rangaistusta. Ongelmia aiheuttavat nimenomaan sellaiset tapaukset, joissa uusimmat syytteeseen johtaneet rikokset ajoittuvat eri puolille konkurrenssin katkaisevia tuomioita.

#### 4. AIKAISEMPIEN TUOMIOIDEN HUOMIOON OTTAMINEN

RL 7:6:n nojalla rangaistusta mitattaessa on otettava huomioon kaksi seikkaa. Ensinnäkin on selvitettävä, mitkä aikaisemmat tuomiot tulee ottaa huomioon, ja toiseksi on suoritettava itse konkreettisen rangaistuksen mittaaminen, jolloin rangaistusta ”voidaan” kohtuullistaa.

Konkurrenssin katkeamisesta ei voida enää puhua aivan samalla tavalla kuin aikaisemmin. Hallituksen esityksessä RL 7:6:n muuttamisesta vuonna 1997 todettiin hieman epätarkasti, että ”(a)ikaisemmalla ehdottomalla vankeusrangaistustuomiolla ei enää olisi niin sanottua konkurrenssin katkaisevaa vaikutusta”.<sup>9</sup> Lausuttu pitää siinä suhteessa paikkansa, että samassa tuomitsemistilanteessa ei määrätä useita vankeustuomioita sen mukaan, kuinka konkurrenssi on eri tuomioilla rikosten välillä katkennut, vaan kussakin tuomitsemistilanteessa määrätään vain yksi yhteinen vankeusrangaistus kaikista tuomittavina olevista rikoksista. Tietenkin osasta rikoksia voidaan tuomita yhteinen sakkorangaistus (RL 7:1), mutta niitäkin vain yksi. Konkurrenssin katkeamisella on kuitenkin vanhan lain tarkoittamassa mielessä merkitystä, kun määritetään ne aikaisemmat tuomiot, jotka tulee ottaa huomioon kohtuullistamisharkinnassa. Tässä suhteessa

<sup>9</sup> HE 48/1997, 5.

hyötyä on aikaisemman oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden kannanotoista.<sup>10</sup>

RL 7:6:n nojalla voidaan ottaa huomioon vain tuomiot, joissa on tuomittu ehdotonta vankeutta. Yhdyskuntapalvelusta annetun lain 3 §:n 2 momentin mukaan aikaisempi yhdyskuntapalvelurangaistus voidaan ottaa uutta rangaistusta tuomittaessa huomioon vastaavalla tavalla kuin aikaisempi ehdoton vankeusrangaistus RL 7:6:n mukaan.<sup>11</sup> Tilanne oli aikaisemmin täysin selvä ja johdonmukainen. Yhdyskuntapalvelun tuomitseminen edellytti aina ensin ehdottoman enintään kahdeksan kuukauden vankeusrangaistuksen tuomitsemista. Vasta tämän jälkeen oli arvioitavissa yhdyskuntapalvelurangaistuksen käyttömahdollisuus. Yhdyskuntapalvelu oli samalla ikään kuin yksi ehdottoman vankeuden täytäntöönpanomuodoista. Nyt tilanne on kuitenkin muuttunut.

Vuonna 2001 uusittiin ehdollista vankeutta koskevat säännökset. RL 2b:2:n mukaan yhtä vuotta pidemmän ehdollisen vankeuden oheisseuraamuksena voidaan tuomita vähintään 20 ja enintään 90 tuntia yhdyskuntapalvelua. Pykälässä todetaan lisäksi, että yhdyskuntapalvelusta on voimassa, mitä siitä erikseen säädetään ja että yhdyskuntapalvelu voidaan muuntaa vähintään neljän ja enintään 90 päivän vankeudeksi.

Kuinka RL 7:6:n näkökulmasta on suhtauduttava tuomioon, jossa ehdollisen vankeuden tehosteena on tuomittu yhdyskuntapalvelua, jää epäselväksi. Näkökohtia sekä tällaisen tuomion huomioon ottamisen puolesta että sitä vastaan voidaan esittää. Riippuen siitä kumpaa yhdistelmä-rangaistuksen osaa – vankeusrangaistuksen ehdollisuutta vai yhdyskuntapalvelua – halutaan korostaa, voidaan päätyä erilaiseen lopputulokseen. Mielestäni keskeisintä on se, että RL 7:6:ssä nimenomaan tarkoitetaan ehdottoman vankeusrangaistuksen huomioon ottamista. Nyt kyseessä on ehdollinen vankeus, jota tehostetaan yhdyskuntapalvelurangaistuksella, joka tosin tietyin edellytyksin voidaan muuntaa vankeudeksi. Tilanne on itse asiassa päinvastainen alkuperäisen mallin mukaiseen yhdyskuntapalveluun tuomitsemiseen verrattuna, jossa ehdoton vankeus muunnetaan yhdyskuntapalveluksi. Tuomittaessa yhdyskuntapalvelua ehdollisen vankeuden oheisseuraamuksena ei ole tuomittu vielä lainkaan ehdotonta vankeutta. On vain uhka tulevasta täytäntöönpanomahdollisuudesta. Tämän vuoksi RL 7:6:ää sovellettaessa en ottaisi lukuun ehdollisen vankeuden oheisseuraamuksena tuomittua yhdyskuntapalvelua.

<sup>10</sup> Ks. konkurrenssin katkeamiseen liittyvistä ongelmista esim. *Pekka Viljanen: Uusi yhtenäisrangaistusjärjestelmä 1992, 27–48* ja *Yhtenäisrangaistusjärjestelmän muutokset 1998, 15–41*.

<sup>11</sup> Rikoslain yleisten oppien uudistamista koskevassa hallituksen esityksessä säännös ehdotetaan pienin muutoksin siirrettäväksi yhdyskuntapalvelulaista rikoslakiin uudeksi 7 luvun 7 §:ksi. Ks. HE 44/2002, 216 ja 257.

On ongelmallista, miten tulisi suhtautua tuomioon, jossa tehosteena tuomittu yhdyskuntapalvelu muunnetaan vankeudeksi määräämättä aikaisempaa ehdollista vankeutta täytäntöön. Lähtökohtaisesti en pitäisi tällaista muuntorangaistusta, yhtä vähän kuin sakon muuntorangaistuksena tuomittua vankeutta, RL 7:6:n tarkoittamana tuomiona, mutta selvintä olisi, jos lainsäätäjät ottaisi tähän kysymykseen nimenomaisesti kantaa.

RL 7:6 ei edellytä aikaisemmalta huomioon otettavalta tuomiolta lainvoimaisuutta. Ratkaiseva on jo käräjäoikeuden tuomio, jos siinä on tuomittu ehdotonta vankeutta. Jos käräjäoikeuden tuomioon on haettu muutosta, mutta asia on edelleen vireillä, otetaan kohtuullistamisessa huomioon käräjäoikeuden tuomio sellaisenaan. Jos hovioikeus on asian jo ratkaissut, tulee arvioida hovioikeuden tuomion merkitystä asiassa. Jos myös hovioikeuden tuomio on ehdotonta vankeutta, niin kohtuullistamisessa otetaan huomioon vain ennen käräjäoikeuden tuomiota tehdyt rikokset, mutta itse kohtuullistamisen määrällisessä arvioinnissa on ratkaiseva hovioikeuden tuomiossa annettu rangaistus. Jos hovioikeus muuttaa käräjäoikeuden tuomitseman ehdottoman vankeuden ehdolliseksi (tai tuomitsee sakkoa tai hylkää syytteen), ei aikaisempia tuomioita oteta RL 7:6:ää sovellettaessa huomioon. Toisaalta jos alioikeudessa on tuomittu ehdollista vankeutta ja hovioikeus muuttaa sen ehdottomaksi, otetaan kohtuullistamisessa huomioon kaikki ennen hovioikeuden tuomiota tehdyt rikokset. Jos käräjäoikeus on tuominut ehdotonta vankeutta, hovioikeus ehdollista vankeutta ja korkein oikeus taasen ehdotonta, on kohtuullistamisarvion kannalta ratkaiseva ajankohta vasta korkeimman oikeuden ratkaisun antopäivä.

Koska huomioon voidaan ottaa lainvoimaa vailla oleva tuomio, on oikeudenkäymiskaarissa (OK 31:9a) säädetty mahdollisuudesta purkaa lainvoiman saanut tuomio, jos siinä rangaistusta määrättäessä on RL 7:6:ssä säädetyin tavoin otettu huomioon rangaistus, joka on sittemmin poistettu tai sen perustana ollut syyte on kokonaan tai osittain hylätty tai rangaistus on muuten olennaisesti muuttunut.<sup>12</sup>

Vanhan lainsäädännön aikana kehitetyt pelisäännöt konkurrenssin katkeamiselle ovat melko mutkikkaat, ja on jossakin määrin ongelmallista, kuinka niitä on tarkoituksenmukaista soveltaa uusitun lainsäädännön aikana muuttuneissa olosuhteissa. Lähtökohtana voidaan edelleen pitää sitä, että huomioon otetaan se ehdotonta vankeutta sisältävä tuomio, jota ennen nyt tuomittavaksi tuleva uusi rikos on tehty. Kyseessä on siis tuomio, jonka yhteydessä molemmat (kaikki) rikokset olisi voitu käsitellä samalla kertaa. Jos uusi rikos (uudet rikokset) on tehty tällaisen tuomion jälkeen, ei aikaisempaa tuomiota oteta huomioon.

<sup>12</sup> Ks. KKO 2001:127 ja *Jaakko Raution* kommentit siitä teoksessa KKO:n ratkaisut kommentein 2001 II, 425–428.

Omat ongelmansa aiheuttaa se, että rikoksentekijällä on useita aikaisempia tuomioita ja toisaalta useita uusia samalla kertaa tuomittavia rikoksia. Yhteen tällaiseen ongelmaan korkein oikeus otti kantaa vanhan yhdistämisyjärjestelmän aikana ratkaisussa KKO 1972 II 5. Siinä katsottiin, että ”yhdistettäessä rikosten teon välisenä aikana annettu päätös, jolla tuomittu rangaistus on yhdistetty aikaisemmin tuomittuun vankeusrangaistukseen, ei katkaise konkurrensia”. Tämä kanta sovellettuina nykytilanteeseen tarkoittaa sitä, että jos henkilö, joka on tuomittu ehdottomaan vankeusrangaistukseen, tulee tuomittavaksi uudesta rikoksesta, joka on tehty ennen hänen tuomitsemistaan ehdottomaan vankeusrangaistukseen, otetaan rangaistuksen mittaamisessa huomioon hänen aikaisempi tuomionsa ja kohtuullistetaan RL 7:6:n nojalla hänen uutta tuomiotaan. Kun tämän jälkeen tulee ilmi rikoksia, jotka on tehty ensimmäisen tuomion jälkeen, mutta ennen toista (kohtuullistettua) tuomiota, ei jälkimmäistä tuomiota oteta huomioon sovellettaessa RL 7:6:ää. Konkurrensin katkeamisen näkökulmasta vain ensimmäisellä tuomiolla on katkaiseva vaikutus. Samansuuntaisesti perustelee korkein oikeus ratkaisussaan KKO 2001:45.<sup>13</sup> Valitettavasti korkein oikeus ei ole maininnut tätä perusteluissaan ottamaansa kantaa prejudikaatin otsikossa.

## 5. UUDEN RANGAISTUKSEN KOHTUULLISTAMINEN

Rangaistuksen mittaaminen RL 7:6:ää sovellettaessa on jossakin määrin ongelmallista. Säännös on muotoiltu harkinnanvaraiseksi: ”voidaan aikaisempi ehdoton vankeusrangaistus ottaa uutta rangaistusta määrättäessä kohtuuden mukaan huomioon rangaistusta alentavana tai lieventävänä seikkana. Uudesta rikoksesta voidaan myös tuomita laissa sille säädettyä vähimmäisaikaa lyhyempään vankeusrangaistukseen tai katsoa aikaisempi rangaistus riittäväksi seuraamukseksi myös myöhemmin käsiteltäväksi tulleesta rikoksesta”.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> KKO lausuu perusteluissaan mm.: ”Hovioikeus on A:n rangaistusta määrätessään ottanut rikoslain 7 luvun 6 §:n nojalla huomioon Tampereen käräjäoikeuden 13.8.1998 tuomitseman vankeusrangaistuksen. Mainitussa tuomiossa A:n syyksi luetut rikokset oli kuitenkin tehty 5.–6.12.1997 ja siten ennen Tampereen käräjäoikeuden tuomiota 11.2.1998, jolla tuomittu vankeusrangaistus oli puolestaan jo otettu kohtuullistamisperusteena huomioon tuomiossa 13.8.1998. Kun viimeksi mainitussa tuomiossa A:n syyksi luetut rikokset oli tehty ennen tuomiota 11.2.1998, ei se seikka, että ne ovat tulleet tuomittavaksi vasta nyt muutoksenhaun kohteena olevassa tuomiossa syyksiluettujen rikosten tekemisten jälkeen, voi vaikuttaa nyt tuomittavaa rangaistusta määrättäessä.” Uudet rikokset oli tehty 28.5.1998.

<sup>14</sup> Ks. esim. *Lappi-Seppälä* teoksessa Heinonen ym. Rikosoikeus 2002, 430–432 ja *Pekka Viljanen* 1998, 43–59.

RL 7:6:n soveltamistilanteet ovat siinä määrin moninaiset, että säännöksen harkinnanvaraisuus on perusteltavissa. Yksinkertaisimmissa tapauksissa, joissa on kyse yhdestä aikaisemmin tuomitusta rikoksesta, josta on tuomittu ehdotonta vankeutta ja toisesta rikoksesta, joka on tehty ennen tätä tuomiota, on löydettävissä kohtuullinen kokonaisrangaistus käyttämällä apuna aikaisemman lainsäädännön aikana vakiintunutta käytäntöä, jonka mukaan lisättiin rangaistuksista ankarampaan noin 1/3 lievemmästä rikoksesta tulevasta rangaistuksesta, jos myös uudesta olisi tuomittava vankeutta. Uudeksi tuomioksi tulee tämän laskennallisen kokonaisrangaistuksen ja aikaisemman tuomion erotus.

Ongelmat lisääntyvät, jos on useita uusia rikoksia ja ne ajoittuvat eri puolille aikaisempaa tuomiota tai jos on useita aikaisempia tuomiota, eri ajankohtiin konkurrenssin katkaisevien tuomioiden väliin. Tällöin kohtuullistaminen ei olekaan enää selvä asia. Kun syytteessä olevalla henkilöllä on useita aikaisempia ehdottomia yhteisiä vankeusrangaistuksia, saattavat jo näihin liittyvät yhteisen vankeusrangaistuksen määräämiseen liittyvät kohtuullistamiset merkitä sitä, että uudessa tuomioissa ei enää ole aikaisemmista tuomiosta aiheutuvaa kohtuullistamisen tarvetta. Itse asiassa joskus saattaisi olla paineita jopa ankaroitaa rangaistusta. Tähän ei pelkkä RL 7:6 kuitenkaan anna mahdollisuutta. Toinen asia on, jos uusiminen muodostaa RL 6:2:n tarkoittaman koventamisperusteen.

Kohtuullistaminen tulee ensisijaisesti käytettäväksi silloin, kun myös uudesta rikoksesta tulisi tuomita vankeutta, vaikka esteitä säännöksen soveltamiselle sakkorikosten yhteydessä ei ole.

Kohtuullistamisessa on otettava huomioon myös mahdollisuus tuomita uudesta rikoksesta laissa säädetyn asteikon alittava rangaistus. Vankeuden yleinen vähimmäismäärä 14 päivää koskee myös näitä tapauksia. Vankeutta ei rangaistusta RL 7:6:n nojalla kohtuullistaessa saa tuomita alle 14 päivän.<sup>15</sup> Tuomioistuimien voi myös katsoa aikaisemman rangaistuksen riittäväksi seuraamukseksi myöhemmin käsiteltäväksi tulleesta ennen aikaisempaa tuomiota tehdystä rikoksesta.

ROL 1:8:n mukaan voi virallinen syyttäjä jättää syytteen nostamatta, jollei tärkeä yleinen tai yksityinen etu muuta vaadi, milloin rikos ei yhteisen rangaistuksen määräämistä tai aikaisemmin tuomitun rangaistuksen huomioon ottamista koskevien säännösten johdosta olennaisesti vaikuttaisi rangaistuksen määrään.<sup>16</sup> Tuomitsematta jättämistä koskevassa RL 3:5:ssä viitataan vain yleisemmin tuomioistuimen mahdollisuuteen jättää rangaistus tuomitsematta, milloin rikos ei yhteisen rangaistuksen määräämistä koskevien säännösten johdosta

<sup>15</sup> Näin KKO 2000:10. Samoin HE 48/1997, 5.

<sup>16</sup> Konkurrenssiperusteesta syyttämättäjättämisen yhteydessä laajemmin *Lappi-Seppälä*, Rikosten seuraamukset 2000, 293–295 ja *Lappi-Seppälä* teoksessa Heinonen ym.: Rikosoikeus 2002, 350–351.

<sup>17</sup> HE 44/2002, 213 ja 255–256 (ehdotettu RL 6:12).

olennaisesti vaikuttaisi kokonaisrangaistuksen määrään. Rikoslain säännös on vuodelta 1996 eli ennen RL 7:6:n nykymuodon säätämistä vuonna 1997. Hallituksen esityksessä rikoslain yleisten oppien uudistamiseksi ehdotetaan konkurssiperusteista tuomitsematta jättämistä koskeva säännös säilytettäväksi edelleen samansisältöisenä.<sup>17</sup> Pykälästä puuttuu ROL:ssa oleva viittaus aikaisemmin tuomitun rangaistuksen huomioon ottamista koskevien säännösten soveltamiseen eli RL 7:6:n tarkoittamiin tilanteisiin. Vaikka RL 7:6:n ja RL 3:5:n keskinäinen suhde ei vaikuta kovin selkeältä, voisi lain sanamuodosta kuitenkin tehdä sellaisen johtopäätöksen, että aikaisemman tuomion huomioon ottamistapauksissa tuomioistuimissa tulisi ensisijassa soveltaa RL 7:6:ää, kun katsotaan, että aikaisempi tuomio on riittävä seuraamus myös myöhemmin käsiteltäväksi tulevasta rikoksesta. Nyt vireillä olevan uudistuksen yhteydessä olisi ollut suotavaa määritellä tarkemmin näiden säännösten keskinäinen suhde.

## 6. EHDOLLISEN VANKEUDEN TÄYTÄNTÖÖNPANTAVAKSI MÄÄRÄÄMINEN

RL 2b:5:n mukaan ehdollinen vankeus voidaan määrätä täytäntöönpantavaksi, jos tuomittu tekee koeaikana rikoksen, josta hänet olisi tuomioistuimen harkinnan mukaan tuomittava ehdottomaan vankeuteen ja josta syyte on nostettu viimeistään vuoden kuluessa koeajan päättymisestä. Tällöin täytäntöönpantavasta rangaistuksesta ja koeajalla tehdystä rikoksesta tuomittavasta rangaistuksesta määrätään yhteinen ehdoton vankeusrangaistus muista rikoksista samalla kertaa tuomittavien vankeusrangaistusten kanssa noudattamalla mitä RL 7 luvussa säädetään.

Ehdollisen vankeusrangaistuksen täytäntöönpano on tuomioistuimen harkinnassa oleva asia. Lainsäädännöstä on vuosien kuluessa poistettu säännökset, jotka ovat edellyttäneet aikaisemman ehdollisen rangaistuksen pakollista täytäntöönpanoa.<sup>18</sup> Ehdollisen vankeuden täytäntöönpano voi koskea myös vain osaa aikaisemmasta ehdollisesta vankeusrangaistuksesta. Siitä riippumatta määrätäänkö aikaisempi ehdollinen vankeus kokonaan tai osittain täytäntöön, määrätään täytäntöönpannusta vankeusrangaistuksesta ja koeaikana tehdystä rikoksesta tai tehdyistä rikoksista yksi yhteinen ehdoton vankeusrangaistus. Samalla kertaa on mahdollista määrätä myös useampi aikaisempi ehdollinen vankeus

<sup>18</sup> Vuonna 1992 siirryttäessä yhtenäisrangaistusjärjestelmään poistettiin ehdollisesta rangaistuksesta annetun lain 4 §:stä se osa, jossa oli säädetty, että aikaisempi ehdollinen rangaistus on pantava täytäntöön, jos koetusaikana tehdystä uudesta rikoksesta tuomitaan vuotta pitempään ehdottomaan vankeusrangaistukseen. Ks. HE 40/1990, 44 ja L. 19.4.1991/700.

täytäntöön pantavaksi. Tällöinkin kaikista määrätään vain yksi yhteinen ehdoton vankeusrangaistus. Täytäntöönpanon ehtona on kuitenkin aina, että uusi rikos tai uudet rikokset on tehty koeaikana ja syyte on nostettu vuoden kuluessa koeajan päättymisestä ja uudesta rikoksesta (tai uusista rikoksista) tulee rangaistukseksi ehdotonta vankeutta.<sup>19</sup>

Ehdonalaisen vapauden määräämisessä menetetyksi on omaksuttu toisenlainen ratkaisu kuin määrättäessä ehdollinen vankeus täytäntöön pantavaksi. Ehdonalainen vapaus voidaan menettää koeaikana tehdyn rikoksen tai käyttörikkomuksen perusteella (RTL 2:14a ja 2:15). Uusista rikoksista tai rikkomuksista ja jäännösrangaistuksesta ei saa määrätä yhteistä rangaistusta. RTL:n säännösten mukaan normaalitapauksessa ehdonalaisen vapauden menettäminen merkitsee käytännössä kaavamaisesti yhtä kuukautta vankeutta, ellei jäännösrangaistus ole tätä lyhyempi (RTL 2:16). Ehdollista vankeutta täytäntöön pantaessa tuomioistuimilla on enemmän harkintavaltaa arvioida tilannetta laajemmin. Monissa tapauksissa aikaisempaa ehdollista vankeutta ei ole syytä panna lainkaan täytäntöön. Riittää, että uudesta rikoksesta tai uusista rikoksista tuomitaan ehdotonta vankeutta. Silloin kun aikaisempi ehdollinen vankeus voidaan määrätä pantavaksi täytäntöön, on hyvä, että tuomioistuimella on mahdollisuus vielä kerran harkita sitä rangaistuskokonaisuutta, joka nyt tulee tuomittavaksi ehdottomana vankeutena. Kieltämättä monissa tapauksissa voisi riittää se, että tuomioistuin vain määräisi erikseen tietyn osan aikaisemmasta ehdollisesta vankeudesta täytäntöön. Nykyjärjestelmä ei kuitenkaan mahdollista tätä, vaan tuomioistuimen on määrättävä yksi yhteinen ehdoton vankeusrangaistus. Sen mittaamisessa noudatetaan samoja periaatteita kuin yleensäkin RL 7 luvun säännöksiä sovellettaessa.

Korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 2001:37 mukaan yhtenäisrangaistusjärjestelmällä on merkitystä myös rangaistuksen ehdollisuutta harkittaessa. Kyseisen tapauksen mukaan A oli pahoinpitelystä tuomitun ehdollisen rangaistuksen koetusajana syyllystynyt 28.1. ja 23.3.1999 välisenä aikana 13 varallisuusrikokseen. Näiden rikosten käsittely hajaantui kuuteen eri alioikeusoikeuskäsittelyyn. A tuomittiin 4.5.1999 ja sen jälkeen yhteensä kuudella eri tuomiolla viiteen ehdolliseen ja yhteen ehdottomaan vankeusrangaistukseen. A vaati viimeksi mainitun rangaistuksen muuttamista ehdolliseksi. KKO katsoi, että koska kaikki rikokset olisi voitu käsitellä samalla kertaa ja määrätä niistä yhteinen rangaistus, asia oli ratkaistava siltä pohjalta, olisiko kaikista rikoksista määrättävä yhteinen vankeusrangaistus ollut ehdollinen vai ehdoton. Tässä tapauksessa KKO:n enemmistö katsoi, että yleisen lainkuuliaisuuden ylläpitäminen ei olisi kaikkia 13 varallisuusrikosta koskevassa keskitetyssä käsittelyssäkään vaatinut niistä

<sup>19</sup> Ks. ehdollisen vankeusrangaistuksen täytäntöönpanosta *Dan Frände: Allmän straffrätt 2001, 379–382.*

seuraavan yhteisen rangaistuksen tuomitsemista ehdottomana, minkä vuoksi KKO muutti tuomitun kolmen kuukauden vankeusrangaistuksen ehdolliseksi ja määräsi lisäksi 40 päiväsakon suuruisen oheissakon.<sup>20</sup>

## 7. NUORISORANGAISTUKSESTA

Nuorisorangaistuksen kokeilemisesta annetussa laissa on jälkikonkurrenssiin liittyviä erityissäännöksiä. Pääsääntö on lain 12 §:n mukaan se, että eri aikoina tuomituista nuorisorangaistuksista ei saa jälkikätehen määrätä yhteistä nuorisorangaistusta. Samassa pykälässä säädetään lisäksi, että jos nuorisorangaistukseen tuomittu olisi tuomittava ehdottomaan vankeusrangaistukseen ennen nuorisorangaistuksen tuomitsemista tehdystä rikoksesta taikka nuorisorangaistuksen tuomitsemisen jälkeen, mutta ennen valvonta-ajan päättymistä tehdystä uudesta rikoksesta, voidaan hänet tuomita tästä rikoksesta ja nuorisorangaistukseen johtaneesta rikoksesta yhteiseen vankeusrangaistukseen. Yhteisestä vankeusrangaistuksesta on tällöin vähennettävä jo täytäntöönpantua nuorisorangaistusta vastaava kohtuullinen määrä.<sup>21</sup>

Kysymyksessä on harkinnanvarainen säännös, joka yleensä tulee sovellettavaksi sellaisissa tapauksissa, joissa nuorisorangaistuksen suorittaminen osoittautuu tosiasiallisesti mahdottomaksi. Monissa tapauksissa silloinkin, kun henkilölle tuomitaan ehdotonta vankeutta, hän ehtii suorittaa nuorisorangaistuksen loppuun ennen kuin uusi vankeusrangaistus tulee täytäntöönpanokelpoiseksi. Tuomioistuimet joutuvat käytännössä arvioimaan suorittamisen onnistumismahdollisuutta. Toisaalta varsinkin uusien rikosten tekeminen nuorisorangaistuksen valvonta-aikana on saattanut johtaa siihen, että tosiasiallisesti nuorisorangaistuksen suorittaminen on jo häiriintynyt tai keskeytynyt. Lain yhteisen vankeusrangaistuksen määräämistä koskeva säännös on siinä suhteessa vanhanaikainen, että siinä määrätään yhteinen vankeusrangaistus aikaisemmasta nuorisorangaistukseen johtaneesta rikoksesta ja uudesta rikoksesta (uusista rikoksista), ja näin saadusta rangaistuksesta vähennetään jo täytäntöönpantua nuorisorangaistusta vastaava kohtuullinen määrä. Jos tämäntyyppinen säännös halutaan jatkossa säilyttää, olisi luontevampaa määrätä suoraan yhteinen ehdoton vankeusrangaistus uusista rikoksista ja nuorisorangaistuksesta suorittamatta jääneestä osasta.

<sup>20</sup> Ks. *Pekka Viljasen* kommentteja teoksessa KKO:n ratkaisut kommenttein 2001 I, 253–258.

<sup>21</sup> Ks. *Lappi-Seppälä* teoksessa Heinonen ym. Rikosoikeus 2002, 420–422 ja *Pekka Viljanen* 1998, 96–102.



# Nuorisorikosoikeuden uudet suuntaukset

## 1. NUORTEN ERITYISKOHTELU

Suuri osa nuorten tekemistä rikoksista johtuu ymmärtämättömydestä ja ajattelemattomuudesta. Useimmissa tapauksissa nuorten rikollisuus on ohimenevä ilmiö ja on vain osa nuoruuteen liittyvää rajojen kokeilua.<sup>1</sup> Nuorille kohdistettujen rikosoikeudellisten seuraamusten tulisi poiketa täysi-ikäisten kohtelusta, koska nuoret ovat aikuisia vastaanottavaisempia kasvatuksellisille toimenpiteille. Ehdottomien vankeusrangaistusten käyttämisestä nuorille pyritään välttämään viimeiseen saakka. Vankila on nuorille kaikkein haitallisin kasvuympäristö.

Alle 15-vuotiaita lapsia ei voida lainkaan rangaista (RL 3:1). Nuoria rikosten tekijöitä, so. ikäryhmiä 15–17-vuotiaat (nuoret henkilöt) ja 18–20-vuotiaat, koskevat lukuisat rikos-, prosessi- ja sosiaaioikeudelliset erityisjärjestelyt.

Nuorten ja täysi-ikäisten rangaistukset poikkeavat toisistaan ainoastaan siten, että nuorisorangaistukseen voidaan tuomita vain rikoksen alle 18-vuotiaan tehnyt ja ehdollisen vankeusrangaistuksen valvontaan voidaan määrätä vain rikoksen alle 21-vuotiaana tehnyt. Prosessi- ja sosiaaioikeudellisten erityissäännösten käsittelyyn ei ole tässä mahdollisuutta.

Erityiskohtelu ei ole jäänyt ainoastaan pykälien tasolle vaan ilmenee selvästi myös rikosoikeudellisen järjestelmän käytäntöä tarkasteltaessa. Syyttämättä jättäminen on ikäluokassa 15–17-vuotiaat noin kaksi kertaa tavallisempaa kuin täysi-ikäisten osalta. Myös tuomitsematta jättäminen on alle 18-vuotiaiden ryhmässä selvästi tavallisempaa kuin muissa ikäryhmissä. Nuorille määrätään oikeudenkäynnissä lievempiä rangaistuksia kuin aikuisille. Sakon käyttö on nuorten ryhmässä selvästi yleisempää kuin keskimäärin. Huomattavin ero eri ikäryhmien kohtelussa koskee kuitenkin ehdottoman vankeuden käyttöä. Esimerkiksi vuonna 2000 alle 18-vuotiaista ehdottomaan vankeuteen tuomittiin 1,2 % – ryhmässä 18–20-vuotiaat ehdottoman vankeuden osuus oli 9 % ja ryhmässä yli 21-vuotiaat 15 %. Myös yhdyskuntapalvelun käyttö on nuorimmassa ikäluokassa harvinaista. Lisäksi nuorille määrättyjen rangaistusten keskipituus on jonkin verran aikuisryhmää alempi.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Janne Kivivuoren tekemän arvion mukaan noin 90 prosenttia varastaneista ja väkivaltaa harjoittaneista nuorista ei tilastoidu rikostilastoon. Ks. *Kivivuori* 2002 s. 4.

<sup>2</sup> Ks. tarkemmin nuorille määrättyistä seuraamuksista *Lappi-Seppälä* 2001 s. 242–245.

Eräs kiinnostavimmista vertailumittareista, jolla eri maiden nuorisorikosoikeusjärjestelmiä voidaan vertailla, on ikärajasääntely. Useimmiten eri maiden lainsäädännössä on kolme rikosvastuuseen ja sen toteuttamiseen liittyvää ikäkattegoriaa: (1) rangaistusvastuun alkamisikärajaa nuoremmat (*lapset*), (2) ikäryhmä, johon kuuluvien rikosvastuu on täysi-ikäisiä vähäisempi ja johon sovelletaan valtaosaa nuoria koskevista erityissäännöksistä (*nuoret*) sekä (3) ikäryhmä, johon nuoria koskevat erityissäännökset eivät pääsääntöisesti enää ole sovellettavissa, mutta johon kuitenkin ulottuu eräitä erityissäännöksiä (*nuoret aikuiset*, engl. young adults). Ikäryhmien ala- ja ylärajat ovat kriittisiä nuorten rikosoikeudellisen aseman määrittelyssä – esimerkiksi rangaistusvastuun alkaminen ja nuoria koskevien erityisseuraamusten käyttö ratkeaa niiden perusteella.

Rikosoikeudellisen vastuun alkamisikäraja on useimmissa maissa säädetty ehdottomaksi. Ikäraajat vaihtelevat 7 vuodesta 18 vuoteen. Vastuukä on Sveitsissä 7 vuotta, Skotlannissa 8 vuotta, Englannissa 10 vuotta, Hollannissa 12 vuotta, Puolassa 13 vuotta, Saksassa, Itävallassa, Espanjassa ja Italiassa 14 vuotta, kaikissa pohjoismaissa, Virossa ja Tšekin tasavallassa 15 vuotta, Latviassa, Liettuassa ja Venäjällä 16 vuotta ja Belgiassa 18 vuotta.<sup>3</sup> Osassa mainituista maissa vastuukä voidaan poikkeuksellisesti – lähinnä vakavien rikosten kohdalla – alentaa ja rangaista myös vastuukä nuorempia lapsia. Ehdotonta vastuukärajaa perustellaan useimmiten viittaamalla YK:n lapsen oikeuksia koskevaan yleissopimukseen (SopS 60/1991).<sup>4</sup>

Ikärajasääntelyn erojen taustalla on seuraamusjärjestelmän erilainen sisältö. Ikärajasääntely on kiinteästi sidoksissa seuraamusjärjestelmän sisältöön, eikä keskustelu rikosoikeudellisesta ikärajasääntelystä ole mielekästä ilman seuraamusjärjestelmän sisällön tarkastelua. Eri maiden nuorisorikosoikeusjärjestelmiä vertailemalla voidaan päätyä seuraavaan havaintoon. Maissa, joissa vastuukärajaa on hyvin matala (esim. Skotlanti 8 vuotta), lasten ja nuorten seuraamusjärjestelmä sisältää puhtaan rankaisemisen sijasta enemmän sosiaalistavia ja koulutuksellisia elementtejä. Vastuukärajan ollessa korkea seuraamusjärjestelmä on sen sijaan heti rangaistuksen tullessa kysymykseen rangaistuspainotteinen.<sup>5</sup>

## 2. ERILAISIA NUORISORIKOSOIKEUDEN MALLEJA

*Nuorisorikosoikeus* (engl. juvenile criminal justice) voidaan määritellä kaikkien niiden säännösten ja käytäntöjen muodostamaksi kokonaisuudeksi, jotka koske-

<sup>3</sup> Ks. *Walgrave & Mehlbye* 1998 s. 24–27 ja Heuni 1999.

<sup>4</sup> *Bala & Bromwich* 2002 s. 8–13.

<sup>5</sup> Ks. myös *Walgrave & Mehlbye* 1998 s. 24–39.

vat rikoksia tehneitä lapsia, nuoria tai nuoria aikuisia.<sup>6</sup> *Nuoriso-oikeus* (engl. juvenile justice) on myös laajalti käytetty käsite. Se voidaan ymmärtää yläkäsitteenä, joka koostuu kaikesta lapsia, nuoria ja nuoria aikuisia koskevasta muustakin kuin rikosoikeudellisesta sääntelystä.<sup>7</sup> Seuraavassa esitellään eräitä luokitteluja ja luonnehdintoja erilaisista nuorisorikosoikeuden malleista.

*Lode Walgraven* ja *Jill Melbyen* mukaan nuorisorikosoikeus on Euroopan unioniin kuuluvissa maissa järjestetty seuraavien lähtökohtien varaan. Ensinnäkin kaikissa maissa on käytössä lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen edellyttämä, biologiseen ikään perustuva vastuukäräjä. Tämän yksimielisyyden jälkeen löytyy laajaa kirjoa. On mahdollista, että vastuukäräjän saavuttamisen jälkeen nuorta voitaisiin rangaista, mutta rankaisemisen sijaan nuori siirretäänkin lastensuojelun alaisuuteen. Näissä tapauksissa jokin nuorten asioihin erikoistunut elin (erilaiset nuorisolautakunnat, poliisi, syyttäjä) päättävät siitä, rangaistaanko nuorta rikosoikeudellisin sanktioin vai joutuuko nuori sosiaaliviranomaisten seuraamusten kohteeksi. Jos katsotaan, että nuoren asia tulee käsitellä tuomioistuimessa, useissa maissa on käytössä kaksi tuomioistuinlinjaa: nuoriso-tuomioistuimet ja tavanomaiset aikuisten tuomioistuimet. Erottavana piirteenä on seuraamusten sisältö: toisaalta ne ovat korostetusti rankaisullisia, toisaalta ne rakentuvat koulutuksellisten toimenpiteiden varaan.<sup>8</sup>

Walgrave ja Mehlbye osoittavat, että erilaisia nuorisorikosoikeusjärjestelmiä leimaavana piirteenä on kahden erilaisen lähtökohdan yhdistyminen nuorten kohtelussa ("struggling with the justice and welfare balance"). Seuraavassa esitetään näiden kahden eri lähtökohdan kriminaalipoliittiset tausta-ajatukset:

"*Justice approach*" eli oikeusmalli. Rangaistuksen tehtävänä on palauttaa juri-dis-moraalinen järjestys, jota rikos häiritsi, pidättää potentiaalisia rikoksenteiki-joitä tekemästä rikoksia ja mahdollisuuksien mukaan parantaa rikoksenteiki-joitä. Lakiin perustuvat säännöt takaavat interventioiden lainmukaisuuden, oikeuden-käynnin oikeusturvatakeet ja rangaistusten suhteellisuuden.<sup>9</sup>

"*Welfare approach*" eli hyvinvointimalli. Alaikäinen ei ole vielä kykenevä täyteen vastuuseen ja hän on vielä keskellä sosiaalistumisprosessia. Rangaistuk-sen pelotusvaikutus ei päde yksiselitteisesti lapseen tai nuoreen. Päinvastoin, rangaistuksilla voi olla jopa negatiivisia, kontra-produktiivisia vaikutuksia. Näis-tä syistä reagoiminen nuoren tekemään rikokseen ei voi perustua samoille lähtö-

<sup>6</sup> Nuorisorikosoikeutta ei useinkaan katsota tarpeelliseksi määritellä tarkkarajaisesti. Esittämäni määritelmä on nähdäkseni implisiittisesti taustalla useimmissa nuorisorikosoikeutta käsittelevissä kirjoituksissa, ks. esim. *Lappi-Seppälä* 2000 s. 212–242, *Walgrave & Mehlbye* 1998 s. 21–52, *Klein* 2001 s. 273–281 ja *Weigend* 1992 s. 731–743.

<sup>7</sup> *Muncie & Hughes* 2001 s. 1.

<sup>8</sup> *Walgrave & Mehlbye* 1998 s. 23–36.

<sup>9</sup> *Walgrave & Mehlbye* 1998 s. 36.

kohdille kuin aikuisilla vaan sillä on oltava ennen muuta sosiaalivat ja koulutukselliset tavoitteet.<sup>10</sup>

Oikeusmallia ja hyvinvointimallia on mahdotonta sovittaa täysin yhteen. Rangaistus viittaa menneeseen aikaan, tehtyyn rikokseen. Rikos on interventioreaktion syy sekä mittapuu sen intensiivisyydelle. Näin taataan sanktioiden lainmukaisuus ja suhteellisuus. Sosiaalivat ja koulutukselliset toimenpiteet sen sijaan katsovat tulevaisuuteen, eikä niiden määräämisessä olennaista ole nuoren tekemä rikos vaan hänen yksilölliset tarpeensa. Tämä tekee niiden lakiin perustavan käytön kovin vaikeaksi, koska tällöin suhteellisuutta rikoksen ja siitä seuraavan reaktion välillä on mahdotonta taata.<sup>11</sup>

Esimerkiksi Belgiassa kaikki ”rangaistukset” alaikäisille on periaatteessa poistettu ja kaikkia toimenpiteitä kutsutaan ”koulutuksellisiksi” seuraamuksiksi. Käytännössä koulutuksellisilla toimenpiteillä saattaa kuitenkin olla moitteiden varaan rakentuva luonne. Seurauksena tästä on se, että oikeudenkäyttö on olemassa ilman rangaistuksia ja rangaistukset ovat olemassa ilman lakiin perustuvia takeita niiden käytöstä.<sup>12</sup>

Useassa Euroopan maassa on nuorille käytössä ns. koulutuksellinen rangaistusjärjestelmä. Tähän liittyy kuitenkin monia ristiriitaisuuksia. Rikosoikeudellinen rangaistus ei voi olla samassa mielessä koulutuksellinen kuin epäviralliset sanktiot esimerkiksi perheen sisällä. Koulutuksellisen sanktion tehokkuus on pitkälti kontekstisidonnaista. Näin ollen nuorisotuomioistuinten määräämät koulutukselliset toimenpiteet ovat kaukana siitä todellisuudesta, jossa koulutuksellisia sanktioita muutoin käytetään.<sup>13</sup>

*Thomas Weigend* on erottanut kolme erilaista nuorisorikosoikeuden mallia: klassis-retributiivisen, rehabilitatiivisen sekä sekajärjestelmän. Kahdessa ensin mainitussa on kysymys rajanvedosta rikosoikeuden retributiivisen eli sovittavan ja rehabilitatiivisen eli kuntouttavan suuntautumisen välillä. Kolmas malli rakentuu puolestaan osin molempien lähtökohtien varaan.<sup>14</sup> Weigend luonnehtii erilaisia järjestelmiä seuraavasti:

*Klassis-retributiivisen järjestelmän* ideologinen perusta on rikosoikeuden sovituskäytännön funktio. Tämä merkitsee sitä, että sovituksen perusta on nuorilla sama kuin aikuisilla: yleinen rikoslaki on aikuisille ja nuorille sama ja käytössä ovat samat rangaistukset. Nuoria koskee tosin eräät poikkeussäännöt. Nuorille määrätty rangaistukset ovat aikuisia lievempiä, ehdollisen rangaistuksen käyttömahdollisuus

<sup>10</sup> *Walgrave & Mehlbye* 1998 s. 37.

<sup>11</sup> *Walgrave & Mehlbye* 1998 s. 37–39.

<sup>12</sup> Ks. *Walgrave & Mehlbye* 1998 s. 37 sekä *Walgrave & Berx & Poels & Vettenburg* 1998 s. 70–72.

<sup>13</sup> *Walgrave & Mehlbye* 1998 s. 37.

<sup>14</sup> *Weigend* 1992 s. 731–733.

on nuorilla laajempaa kuin aikuisilla ja käytössä ovat erityiset nuorisovankilat. Rangaistusta käytetään kuitenkin sovituksen vuoksi, eikä nuorta pyritä sen avulla parantamaan. Yleisestäävyys on keskeisessä asemassa klassis-retributiivisessa järjestelmässä ja sen oletetaan vaikuttavan myös nuoriin.<sup>15</sup>

*Rehabilitatiivisen järjestelmän* tavoitteena on nuoren käyttäytymisen oikaiseminen. Suuntausta voidaan kutsua myös paternalistiseksi. Taustalla on oletta-  
mus, että rikoksenteijä on mahdollista parantaa. Käytännössä ajattelutapa on nuorisorikosoikeudessa merkinnyt erityisen nuorisotuomioistuininstitiution rakentamista. Ideana on asiantuntemuksen takaaminen nuorten asioiden käsittelyssä; nuorisotuomari tuntee nuorisorikollisuuteen vaikuttavat seikat ja kykenee näin ollen määräämään seuraamuksen, jonka avulla nuoren käytös voidaan oikaista. Tuomari ”tietää”, mikä on nuorelle eduksi. Nuorisotuomioistuinten käytössä olevat seuraamuslajit ovat tosin vaihdelleet maittain (nuhteluista kasvatuslaitokseen määräämiseen), mutta olennaista on, että nuorisotuomioistuimen käytössä oleva rangaistusarsenaali on normaalia tuomioistuimen rangaistusvalikoomaa laajempi. Nuorisotuomioistuinprosessi on erilainen kuin normaali rikosprosessi. Myös itse prosessilla oletetaan olevan vaikutuksia nuoreen. Prosessin tavoitteena on kasvattaa nuorta. Prosessi on epämuodollinen ja joustava. Rehabilitatiivista mallia ilmentää selkeimmin Pohjois-Amerikassa käytössä ollut järjestelmä.<sup>16</sup>

Rehabilitatiivisen mallin arvostelussa on nostettu esiin se, että nuoria on itse asiassa saatettu kohdella ankarammin kuin aikuisia. Monet ovat olleet sitä mieltä, että nuorisorikosoikeuden perusidea, kasvatus, on ollut todellisuutta vastaamatonta ohjelmajulistusta, jolle on helppo saada poliittisessa keskustelussa tuki taakseen. Kriitikoiden mukaan kasvatuksesta rangaistuksen yhteydessä ei voida laisinkaan puhua. Rangaistusjärjestelmä ei voi tarjota niitä puitteita, joissa kasvatuksesta aidossa merkityksessä voitaisiin puhua. Nuoren luonteenpiirteillä on saattanut tosiasiasa olla vain minimaalinen rooli seuraamusta määrättäessä. Rehabilitatiivista mallia on kritisoitu myös sen prosessuaalista piirteistään, koska usko paternalismiin on ollut niin voimakas, ettei rikosprosessin oikeusturvatekkeitä ole pidetty välttämättömänä nuorisorikosoikeudessa.<sup>17</sup>

*Sekajärjestelmä* on kahden selostetun mallin välillä tehty kompromissi. Eri ikäryhmiä koskee sama rikoslaki, rikosprosessi on samankaltainen lapsilla ja aikuisilla, mutta käytössä olevat seuraamukset saattavat olla sisällöltään ja tavoitteiltaan rehabilitatiivisia. Nuorten rikosjuttu käsitellään nuorisotuomioistuimessa, mutta prosessin muistuttaa pitkälle normaalia rikosprosessia. Weigendin mukaan saksalainen järjestelmä on tyypillinen esimerkki sekamallista. Siellä

<sup>15</sup> Weigend 1992 s. 731–733.

<sup>16</sup> Weigend 1992 s. 732–734.

<sup>17</sup> Weigend 1992 s. 733–736.

– kuten monissa muissakin maissa – nuorille määrättävä seuraamus on periaatteessa itsenäinen suhteessa tehtyyn rikokseen. Näin ei tosin käytännössä yleensä ole.<sup>18</sup>

*Robert D. Hoge* (2001) puolestaan esittelee hieman tarkemman ja yksityiskohtaisen jaottelun erilaisista nuorisirikosoikeuden malleista. Jaottelu perustuu kahteen seikkaan: (1) tavoitteeseen, jonka varaan järjestelmä perustuu sekä (2) olettamukseen parhaasta tavasta saavuttaa tämä tavoite.<sup>19</sup>

*Lastensuojelumallissa* (Child Welfare Model) päähuomio kohdistetaan nuoren henkilökohtaisiin ominaisuuksiin ja elämäntilanteessa oleviin puutteisiin ja niiden korjaamiseen. Palveluita tarjotaan joko rikosoikeusjärjestelmän puitteissa tai erillisen sosiaali- tai mielenterveyspalveluihin erikoistuneen järjestelmän piirissä. Huomio kohdistuu primaari- ja sekundaaripreventioon eikä tertiaariprevention mahdollisuuksiin juurikaan luoteta.

*Korporatiivisessa mallissa* (Corporatist Model) preventioon ja rehabilitaatioon suhtaudutaan kuten lastensuojelumallissa, mutta rikoksentekijälle suunnattujen palveluiden tarjonnasta vastaavat integroituneesti oikeusjärjestys, hyvinvointipalvelut, lääketieteelliset palvelut ja mielenterveyteen liittyvät palvelusysteemit. Jos suinkin mahdollista, nuori pyritään ohjaamaan ulos oikeusjärjestelmän toiminnasta epämuodollisten tuki- ja auttamisjärjestelmien piiriin.

*Modifioitu oikeusmalli* (Modified Justice Model) jakaa edellisten tavoin huolen lapsen ja nuoren hyvinvoinnista sekä kiinnittää huomion tämän puutteisiin ja elämänoloihin rehabilitatiivisten ohjelmien kautta. Palvelut kuitenkin ”jaetaan” oikeusjärjestelmän puitteissa ja resurssit suunnataan oikeusjärjestelmän toimintaan muiden palvelujärjestelmien sijasta. Rehabilitaatiolle annettu painoarvo tosin vaihtelee yleisessä tavoitteenasettelussa sekä sille rangaistuksen määräämisessä annettavassa merkityksessä.

*Oikeusmallissa* (Justice Model) painopiste on suojella yksilön oikeuksia rangaistusjärjestelmän puuttumiselta ja taata yksilölle lainmukainen kohtelu rikosprosessissa. Rehabilitaatiolle saatetaan antaa jossain määrin painoarvoa, mutta yleisesti painopiste on yksilön vastuullisuuden korostamisessa rangaistuksin. Osallistuminen hoito-ohjelmiin on yleensä vapaaehtoista.

*Rikoskontrollimalli* (Crime Control Model) korostaa, että rangaistusten avulla ylläpidetään yhteiskunnan turvallisuutta. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin turvaaminen ja lain mukaisesti tapahtuva prosessointi kiinnittää huomion yksilöön vielä vähemmän kuin oikeusmalli. Puhdas rangaistuksellinen (punitive correctional sanctions) suuntautuminen on mallille ominaista ja rangaistuksen oikeutus perustuu retributiiviselle ajattelulle ja oikeudenmukaiselle sovitukselle (just desert).

<sup>18</sup> Weigend 1992 s. 731–736.

<sup>19</sup> Hoge 2001 s. 93–94.

### 3. NUORISORIKOSOIKEUS JA KRIMINAALIPOLITIikka

Nuorisorikollisuutta koskeva keskustelu on ollut Suomessa vilkasta viimeisten vuosikymmenten aikana. Nuorisorikollisuutta koskevia linjauksia on otettu myös hallitusohjelmaan. *Paavo Lipposen* II hallituksen hallitusohjelmassa (15.4.1999) todetaan: ”Nuorten henkilöiden tekemien rikosten sovittelua, tutkimista, tuomioistuinkäsittelyä ja nuorisolle soveltuvien seuraamusten täytäntöönpanoa nopeutetaan. Jatketaan vaihtoehtoisten seuraamusten kehittämistä. Osana lastensuojelullisia toimenpiteitä alle 15-vuotiaiden rikoksen tehneiden lasten ja nuorten osalta kehitetään sovittelujärjestelmiä.”

Nuorisorikollisuus on myös poliittisesti herkkä aihe. Yksittäinen vakava lapsen tai nuoren tekemä rikos voi johtaa laajaan mediakeskusteluun.<sup>20</sup> Esimerkiksi vuonna 2001 laaja-alainen keskustelu sai alkunsa muutamista yksittäisistä nuorten tekemistä henkirikoksista (Keravan ja Imatran tapaukset). Osittain näiden tapahtumien seurauksena rikosvastuukärajasta sekä nuorille soveltuvista seuraamuksista on käyty paljon keskustelua. Viimeisin rikosvastuukärajan muuttamisaloite tehtiin vuoden 2001 syksyllä, jolloin kansanedustaja *Jouni Lehtimäki* teki lakialoitteen rikosoikeudellista vastuuta koskevan ikärajan poistamiseksi.<sup>21</sup> Myös nuorille soveltuvista seuraamuksista on julkisuudessa keskusteltu vilkkaasti.

Maassamme 1900-luvun viimeisten vuosikymmenien aikana harjoitettua kriminaalipolitiikkaa on luonnehdittu usklassiseksi kriminaalipolitiikaksi. Sen perusajatusten mukaan rangaistusjärjestelmän tulisi rakentua suhteellisuusperiaatteen, yhdenvertaisuuden sekä yleisestäävyyden varaan.<sup>22</sup> Puhdasoppisen usklassismin mukaan rangaistuksen piti määräytyä vain teon moitittavuudesta ja tekijän syyllisyydestä eikä arviolla tekijän muista yksilöllisistä piirteistä saanut olla merkitystä rangaistuksen määrittämisessä. Usklassinen ajattelu korostaa hoidollisten toimenpiteiden ja rikosoikeuden pitämistä erillään eikä rangaistusta ei tule perustella hoidollisilla näkökohdilla. Hoitonäkökulmasta ei saa tulla tekijää, jolla rangaistusta tosiasiallisesti ankaroitetaan.

Rikosoikeuden ja sosiaalioikeuden roolijako onkin ollut Suomessa selkeä. Hoitoa ei ole tuomittu rangaistuksena, rangaistuksen osana tai rangaistuksen asemesta. Hoitotoimenpiteet perustuvat vapaaehtoisuuteen ja ovat periaatteessa

<sup>20</sup> Esimerkki sanotusta on Englannissa vuonna 1993 tapahtunut, maailmanlaajuisesti huomiota saanut ja alkuvaiheiltaan turvakameran nauhalle tallentunut tapaus, jossa kaksi 10-vuotiaasta lasta tappoi 2-vuotiaan James Bulgerin. Tapaus johti Englannissa lasten ja nuorten rikosvastuuta ja erilaisia seuraamuksia koskevaan pitkään käymistilaan.

<sup>21</sup> LA 160/2001 vp / *Jouni Lehtimäki*. Sama kansanedustaja teki runsas vuosi aiemmin suurin piirtein samansisältöisen toimenpidealoitteen (ks. TPA 124/2000 vp).

<sup>22</sup> *Lappi-Seppälä* 1998 s. 1293.

erillään itse rangaistuksen suorittamisesta. Tahdosta riippumaton hoito tapahtuu mielenterveyslain tai muiden terveydenhoidon ja sosiaalihuollon lakien nojalla, periaatteessa rikosoikeuden ja rangaistusjärjestelmän ulkopuolella.

Uusklassinen ajattelu kritisoi aina 1960-luvulle asti vaikuttanutta hoitoidologiaa, joka karkeasti luonnehtien häivytti hoidon ja rangaistuksen eroa. Hoitoidologisen ajattelun mukaan rikoksesta koituvaa seuraamusta oli riippuvainen rikoksentehtäjän henkilökohtaisista ominaisuuksista – jopa sanaa rangaistus toisinaan kaihdettiin. Rikoksentehtäjä pyrittiin seuraamuksen avulla parantamaan. Tällaisten toimien tehoa ei kuitenkaan pystytty tutkimuksin riittävästi vahvistamaan.<sup>23</sup>

#### 4. NUORISORIKOSOIKEUDEN KEHITTÄMINEN

Nuoria rikoksentehtäjiä koskevan seuraamusjärjestelmän uudistamista on pohdittu vuosikymmenten mittaan lukuisissa komiteoissa ja työryhmissä. Viimeisin merkki lisääntyneestä kiinnostuksesta nuorisokysymykseen on vuoden 2001 lopussa tapahtunut nuorisorikostoimikunnan asettaminen.

Kolmessa eri komiteamietinnössä tarkasteltiin 1960- ja 1970-luvun taitteessa hyvin yksityiskohtaisesti nuorisorikollisuutta ja nuorten seuraamusjärjestelmää. Mietinnöissä otettiin periaatteellisella tasolla kantaa nuorten rikosoikeudelliseen erityiskohteluun sekä tehtiin ehdotuksia nuoria koskevan rikoslainsäädännön parantamiseksi. Komiteat olivat nuorisorikollisuustoimikunta (1966), nuorisorikoskomitea (1970) ja kriminaalihuoltokomitea (1972). Viimeksi mainitussa komiteamietinnössä tarkasteltiin laajemmin kriminaalihuollon työmuotojen ja organisaation kehittämistä. Rikoslain kokonaisuudistuksen periaatelinjaukset tehneen rikosoikeuskomitean (1976) mietinnössä hahmoteltiin seuraamusjärjestelmän kehittämisen periaatteelliset linjat, jolloin myös nuoria koskeviin erityisjärjestelyihin otettiin kantaa. Edellä mainittujen mietintöjen kannanotot on jaettava kahtia sen suhteen, miten ne suhtautuivat hoidon ja rangaistuksen väliseen suhteeseen.<sup>24</sup>

*Nuorisorikollisuustoimikunta* ja *nuorisorikoskomitea* ehdottivat erityispreventiivisiä piirteitä sisältävien erityisrangaistusten käyttöönottoa. Ensin mainitun komitean ehdotuksena oli nuorisovalvonta<sup>25</sup> ja jälkimmäisen puolestaan suojelu-

<sup>23</sup> KM 1976:72 s. 63. Suomessa hoitoidologia ei vaikuttanutkaan rangaistusten määräämisen siinä määrin kuin monessa muussa maassa. Täällä ei esimerkiksi luovuttu määräaikaista vankeusrangaistuksista tuomitun ”parantumiseen” sidotun vapauttamisen hyväksi. Enemmän vaikutusta hoitoidologialla lienee ollut sosiaali- ja terveyslainsäädännössä, jossa se legitimoit pitkiäkin vapaudenriistoja sisältäviä huolto- ja hoitopäätöksiä.

<sup>24</sup> *Lappi-Seppälä* 2000 s. 214–215.

<sup>25</sup> KM 1966: A 2 s. 57.



kasvatus.<sup>26</sup> Erityispreventiiviset näkökohdat ehdotetuissa seuraamuksissa olivat ilmeiset. Kriminaalihuoltokomitean ja rikosoikeuskomitean mietinnöissä painopiste oli siirtynyt tukevasta ja hoidollisesta suhtautumisesta rankaisullisten elementtien korostamiseen.<sup>27</sup> Kriminaalihuoltokomitea ehdotti uudeksi seuraamukseksi rangaistuksellisia funktioita korostavaa rangaistusvalvontaa.<sup>28</sup> Rikosoikeuskomitea niin ikään korosti, että sosiaaliset palvelut oli erotettava rikosoikeudellisista rangaistuksista. Niiden turvaaminen tuli järjestää ”yleisen sosiaalipalvelun puitteissa tai täytäntöönpanojärjestelmään liittymättömin erityisjärjestelyin”.<sup>29</sup>

Yhtenä rikosoikeuskomitean rangaistusjärjestelmälle asettamista perustavoitteista oli myös se, etteivät tietyille henkilöryhmille – esimerkiksi juuri nuorille – tarkoitetut erityisrangaistukset ole suotavia. Suosituksena oli suhteellisen harvalukuisille rangaistuslajeille rakentuva järjestelmä.<sup>30</sup> Samalla rikosoikeuskomitea kuitenkin suositti vaihtoehtoisten avoseuraamusten lisäämistä seuraamusjärjestelmään ehdottomien vankeusrangaistusten korvaamiseksi.<sup>31</sup> Periaatelinjausten taustalla oli ajatus, että mitä syvällisemmin rangaistus puuttuu rikoksentekijään ja muuttaa hänen tavallista elämäänsä, sitä todennäköisempää on rikoksen uusiminen. Yksilökeskeisten toimenpiteitten tehtäväksi tuli jäädä vain seuraamusmuotojen vahingollisten vaikutusten vähentäminen.<sup>32</sup>

Rikosoikeuskomitean mietinnössä ennakoitiin nuorisorangaistuksen tapaisen seuraamuksen luomista. Eräänä rangaistusehdotuksena rikosoikeuskomitealla oli ilmoittautumispakko. Rikosoikeuskomitea pohti nuorten kohdalla ilmoittautumispakon oheen liitettävää työvelvoitetta, jolla ilmoittautumispakolle saataisiin mielekäs sisältö. Ongelmaksi nähtiin kuitenkin yhdenvertaisuuden vaarantuminen. Työvelvoitteen harkitsemisessa on nähtävissä nykyisen nuorisorangais- tuksen toisen osan, nuorisopalvelun, piirteitä. Nykyiseen nuorisopalveluun sisältyviä sosiaalista toimintakykyä edistämään tarkoitettuja tehtäviä ja valvontaan sisältyviä sosiaalistavia piirteitä kuitenkin vieroksuttiin.

Mainitut uudistusehdotukset eivät johtaneet lainsäädäntöuudistuksiin. *Tapio Lappi-Seppälä* kuvaa nuorisorikosoikeuden uudistusyristysten epäonnistumisia osuvasti: ”Onkin ilmeistä, ettei nuorille suunnatun rangaistuksen hahmottaminen onnistu puhtaista usklassisista lähtökohdista: pelkästään moitittavuuden osoituksen varaan rakentuva nuorelle tarkoitettu uusi seuraamus tuntui jotenkin sisällöttömältä, mutta samalla kuitenkin yritykset antaa seuraamukselle uusi, mielek-

<sup>26</sup> KM 1970: A 9 s. 47.

<sup>27</sup> *Lappi-Seppälä* 2000 s. 214–215.

<sup>28</sup> KM 1972: A 1 s. 163.

<sup>29</sup> KM 1976:72 s. 81.

<sup>30</sup> KM 1976:72 s. 68.

<sup>31</sup> KM 1976:72 s. 74.

<sup>32</sup> KM 1976:72 s. 62–64.

käämpi aineellinen sisältö kilpistyivät vaatimukseen pitää sosiaalityö etäällä rikosoikeudesta.”<sup>33</sup> Vaikka nuorisorikosoikeuden uudistamisen tarpeesta oltiin siis jo 1960- ja 1970-luvuilla yksimielisiä, uudistuksen toteuttamistavat herättivät kiistaa.

1980-luvulla uudistukset harppasivat askeleen eteenpäin. 1980-luvun loppupuoliskolla suunniteltiin yhdyskuntapalvelun käyttöönottoa, ja se toteutettiin vuonna 1991. Yhdyskuntapalvelu otettiin käyttöön kokeiluna, kuten nuorisorangaistus myöhemmin. Yhdyskuntapalvelusta saadut myönteiset kokemukset vaikuttivat nuorisorangaistuksen läpimurtoon.<sup>34</sup> Vuonna 1993 rikoslakiprojekti esitti nuorisorangaistuksen käyttöönottoa.<sup>35</sup> Ehdotus johti hallituksen esitykseen<sup>36</sup>, joka kuitenkin raukesi eduskuntavaalien johdosta. Tämän jälkeen oikeusministeriön päätöksellä asetettiin *nuorisorangaistusryhmä* valmistelemaan uusi ehdotus nuorisorangaistukseksi rauenneen hallituksen esityksen pohjalta. Nuorisorangaistusryhmä luovutti mietintönsä oikeusministeriölle kesäkuussa 1996. Rauenneeseen hallituksen esitykseen tehtiin muutamia muutoksia. Nuorisorangaistus päätettiin ottaa käyttöön kokeiluna ja ehdolliseen vankeusrangaistukseen tuomitujen valvonta päätettiin säilyttää.<sup>37</sup> Nuorisorangaistusryhmän ehdotuksen pohjalta laadittiin uusi hallituksen esitys<sup>38</sup>, joka johti nuorisorangaistuksen tulemiseen osaksi rikosoikeudellista seuraamusjärjestelmää. Laki nuorisorangaistuksen kokeilemisesta (L 1058/1996) tuli voimaan 1.2.1997.

Tultaessa 1990-luvulle kriminaalipoliittisten ja sosiaalipoliittisten toimenpiteiden jännite lieventyi. Eri puolilla maata toteutettiin lukuisia nuoria rikoksen tekijöitä koskevia paikkakuntakohtaisia projekteja. Paikkakuntakohtaisista projekteista saadut positiiviset kokemukset ja niiden saama myönteinen julkisuus vaikuttivat nuorisorangaistuksen käyttöönottoon.<sup>39</sup>

## 5. MAHDOLLISUUDESTA VAIKUTTAA RANGAISTUSTEN AVULLA UUSINTARIKOLLISUUTEEN

Viimeaikaisissa kokeiluissa ja tutkimuksissa on saatu tuloksia, joiden mukaan jotkin hoito-ohjelmat vähentävät joissakin tapauksissa rikoksesta tuomitujen uusintarikollisuutta tilastollisesti merkitsevästi, mutta mikään toimenpide ei te-

<sup>33</sup> *Lappi-Seppälä* 2000 s. 214–215.

<sup>34</sup> HE 109/1996 vp s. 9.

<sup>35</sup> OM:n lainvalmisteluosasto 27.8.1993 s. 1.

<sup>36</sup> HE 251/1994 vp.

<sup>37</sup> HE 109/1996 vp s. 9.

<sup>38</sup> HE 109/1996 vp.

<sup>39</sup> *Violainen* 1999 s. 3

hoa kovin hyvin mihinkään suureen ryhmään. Laajaan tutkimusaineistoon perustuvat meta-analyysit ovat vahvistaneet, että uusimiseen olisi sittenkin mahdollista jossain määrin vaikuttaa, tosin tiukkojen ehtojen vallitessa.<sup>40</sup> Vaikutuksen suuruutta koskevat tulokset sen sijaan vaihtelevat.

*Don Andrews*n ja eräiden muiden tutkijoiden yhteistyössä tehdyssä meta-analyysissä päädyttiin tulokseen, jonka mukaan asianmukaisen kuntoutuksen kriteerit täyttävä kuntoutus vähensi uusimista keskimäärin peräti 53 prosenttia.<sup>41</sup> Tässä meta-analyysissä kuntoutusmuodot kategorisoitiin ”asianmukaisiksi” ja ”ei-asianmukaisiksi” käyttäen hyväksi kolmea keskeistä periaatetta: riskiperiaate (risk principle), tarveperiaate (need principle) ja vastavuoroisuusperiaate (responsivity).

*Mark Lipsey*n tekemässä tutkimuksessa päädyttiin taas tulokseen, jonka mukaan parhaimmiksi osoittautuneet kuntoutusmuodot alensivat uusimista standardoidusta 50 prosentin lähtötasosta 10–20 prosenttia. Korostettuun kuriin ja rikoksenteleijöiden varotteluun perustuneet ohjelmat puolestaan nostivat uusimista lähtötasosta 12 prosenttia.<sup>42</sup> Lipsey'n tutkimus kattoi yli 400 tutkimusta ja sitä on pidetty metodologisesti varsin korkeatasoisena ja puolueettomana.<sup>43</sup>

Varovaisinkin arvion mukaan voidaan katsoa osoitetuksi, että kuntoutus alentaa uusimista keskimäärin 10–12 prosenttia<sup>44</sup>. Andrews'n tutkijaryhmän tuloksista tosin ilmenee, että kuntoutuksen sisällöllisten kriteerien täyttyminen on ehtona, jotta tämä vaikutus voidaan saada aikaan.<sup>45</sup>

Onnistuneissa kokeiluissa käytetyt menetelmät on yleensä sovitettu hyvin tarkkaan kunkin hoito-ohjelmassa mukana olevan rikoksenteleijän henkilökohtaisten ominaisuuksien mukaan. Seuraavassa esiteltävistä toimivan kuntoutuksen ehdoista vallitsee varsin laaja yksimielisyys.

*Rikoksenteleijöiden uusimisriskiä koskeva arvio* (risk classification). Toimivien kuntoutusohjelmien tunnusmerkkinä on oikeasuhtainen yhteys rikoksenteleijän uusimisriskin ja kuntoutuksen intensiivisyyden välillä. Rikoksenteleijän uusimisriskin tarkka ja huolellinen, tutkimukseen perustuva arviointi on laajalti todettu toimivan kuntoutusohjelman keskeiseksi ehdoksi (ns. risk assessment). Intensiivisten kuntoutusohjelmien on todettu toimivan paremmin korkean uusimisriskin rikoksenteleijöiden ryhmässä, kun taas alemman uusimisriskin rikoksenteleijöiden ryhmässä vähemmän intensiivinen interventio

<sup>40</sup> *Lappi-Seppälä* 2000 s. 73, *Andrews & al.* 1990 sekä *Andrews* 1995.

<sup>41</sup> *Andrews & al.* 1990 s. 183.

<sup>42</sup> *Lipsey* 1992 erityisesti s. 121–126. Lipsey'n tutkimus rajoittui koskemaan ainoastaan nuoria rikoksenteleijöitä.

<sup>43</sup> Ks. *Lösel* 1995 s. 89.

<sup>44</sup> Ks. *McGuire & Priestley* 1995 s. 9 sekä *Lösel* 1995 s. 81–87 ja 89.

<sup>45</sup> Ks. aiheesta esim. *McGuire* 2001 s. 19–20, *McGuire & Priestley* 1995 s. 14–16 ja *Lipsey* 1995 s. 77–78.

on riittävä. Intensiiviset ohjelmat voivat alhaisen uusimisriskin rikoksenteiki-  
jöiden kohdalla johtaa jopa negatiivisiin tuloksiin.<sup>46</sup>

*Rikoksenteikijän kriminogeeniset tarpeet* (criminogenic needs). Lukuisissa tut-  
kimuksissa on pystytty osoittamaan tiettyjen yksilöllisten tekijöiden korreloi-  
van rikosten tekemisen kanssa. Näitä tekijöitä kutsutaan kriminogeenisiksi  
riskitekijöiksi. Osa näistä riskitekijöistä on staattisia, joita ei voi muuttaa (esi-  
merkkinä aikaisempi rikoshistoria, ikä ensimmäisen rikoksen tekemisen ai-  
kaan ja sukupuoli). Osa riskitekijöistä on puolestaan dynaamisia, joihin on  
mahdollista tarkoin suunnitelluin interventioin vaikuttaa (esimerkkeinä päih-  
teiden väärinkäyttö, puutteet ongelmanratkaisu- ja sosiaalisissa taidoissa).  
Erottelu staattisiin ja dynaamisiin riskitekijöihin on tärkeä, sillä dynaamiset  
riskitekijät ovat muutettavissa olevia yksilön ominaisuuksia, joihin vaikutta-  
malla voidaan samalla alentaa henkilön riskiä syyllistyä rikoksiin (kri-  
minogeeniset tarpeet).<sup>47</sup>

*Kuntoutuksen mukauttaminen rikoksenteikijän ominaisuuksiin* (responsivity).  
Kuntoutuksessa käytetyt keinot tulisi valita yksittäisen rikoksenteikijän oppi-  
mistapojen ja ominaisuuksien mukaan. Toimivimmiksi on todettu aktiivisen ja  
osallistuvan oppimisen varaan rakentuvat ohjelmat.<sup>48</sup>

*Kuntoutusmallit* (treatment modality). Positiivisten tulosten saavuttaminen  
näyttää todennäköisimmältä kuntoutusohjelmissa, joissa on yhdistelty useam-  
pia eri kuntoutusmuotoja ja -menetelmiä (multimodal). Näissä ohjelmissa ri-  
koksenteikijää pyritään tukemaan kokonaisvaltaisesti, tarjoamaan apua mah-  
dollisimman moniin hänen ongelmistaan. Parhaita tuloksia tuottavat kuntou-  
tusohjelmat, joissa on käytetty kognitiivis-behavioraalista, tuomitun kognitiiv-  
isten taitojen ja ongelmanratkaisukyvyyn kehittämiseen tähtävää, lähesty-  
mistapaa.<sup>49</sup>

*Kuntoutusohjelmien eheys* (programme integrity). Toimivissa kuntoutusohjel-  
missä asetetut tavoitteet ovat sopusoinnussa käytettyjen keinojen kanssa. Kuntou-  
tusohjelma tulee toteuttaa suunnitellusti ja systemaattisesti, siihen tulee  
varata riittävästi resursseja ja toteutuksesta tulee vastata asianmukaisesti kou-  
lutettu henkilöstö. Puutteellisesti toteutetuilla ohjelmilla ei nimittäin hyvistä  
tavoitteista huolimatta saavuteta positiivisia tuloksia rikoksenteikijöiden uusi-  
misriskin suhteen. Myös tulosten seurannan katsotaan olevan kiinteä osa itse  
kuntoutusta ja ohjelmia on muutettava, jos seurannan tulokset antavat siihen  
aihetta.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> McGuire & Priestley 1995 s. 14, Andrews & al. 1990 s. 369 ja 384–387 sekä Andrews 1995 s. 41 ja 48–54.

<sup>47</sup> Hoge 2001 s. 49–51, Andrews & al. 1990 s. 374–375, Andrews 1995 *passim* ja Bonta 2000 s. 16–17.

<sup>48</sup> McGuire & Priestley 1995 s. 15, Hoge 2001 s. 50–51 sekä Andrews 1995 s. 41 ja 56–57.

<sup>49</sup> McGuire & Priestley 1995 s. 15–19, Lipsey 1992 s. 121–125 ja Lipsey 1995 s. 73–76.

<sup>50</sup> McGuire & Priestley 1995 s. 15 ja 22–24 sekä Lipsey 1995 s. 78.

*Avoseuraamusten ensisijaisuus.* Avoseuraamusten puitteissa toteutetut ohjelmat tuottavat parempia tuloksia kuin laitosoiloissa toteutettu kuntoutus. Kuntoutuksen toteuttaminen yhteisössä antaa rikoksentekeijöille paremmat edellytykset kohdata ja selvittää ne heidän päivittäisessä elämässään esiintyvät ongelmat, jotka johtivat heidät tekemään rikoksia. Sisällöltään puutteelliset kuntoutustoimet eivät kuitenkaan vähennä rikoksentekeijöiden uusimisriskiä, toteutettiinpa kuntoutus laitoksessa tai avoseuraamuksen puitteissa.<sup>51</sup>

## 6. NUORISORANGAISTUS

Helmikuusta 1997 lähtien maamme seitsemässä käräjäoikeudessa (Espoon, Helsingin, Joensuun, Tampereen, Turun, Vaasan ja Vantaan käräjäoikeudet) on ollut kokeiltavana niin sanottu nuorisorangaistus. Kokeilualueeseen kuuluu siis maan viisi suurinta kaupunkia sekä kaksi keskisuurta kaupunkia. Alueella asuu noin kolmannes maan väestöstä.

Nuorisorangaistukseen voidaan tuomita nuori, joka on rikoksen tehdessään 15–17-vuotias. Nuorisorangaistus on tarkoitettu sakkoa ankarammaksi ja ehdottoman vankeutta lievemmäksi seuraamukseksi, siis ankaruudeltaan ehdolliseen vankeuteen rinnastuvaksi. Nuorisorangaistukseen kuuluu kaksi osaa, nuorisopalvelu ja valvonta. *Nuorisopalvelua* tuomitaan vähintään 10 ja enintään 60 tuntia. Nuorisopalvelu käsittää kahdenlaisia elementtejä: valvonnan alaisena tehtävää säännöllistä, palkatonta työtä sekä ohjauksen alaisena suoritettavia tehtäviä, joiden tarkoitus on edistää sosiaalista toimintakykyä. *Valvontaan* tuomitaan vähintään neljäksi kuukaudeksi ja enintään vuodeksi.

Kokeilun keskeisenä motiivina oli pyrkimys saada käyttöön seuraamus, joka välttäisi ehdottoman vankeuden haitat mutta osoittaisi nuorelle rikoksentekeijälle ehdollista rangaistusta selvemmin, että hänen on suoritettava konkreettinen rangaistus. Siten nuorisorangaistuskokeilu on yritys löytää mielekkäämpi rangaistus niille 15–17-vuotiaille rikoksentekeijöille, jotka eivät ota opikseen ehdollisista vankeusrangaistuksista mutta joiden vankilaan lähettämistä yritetään välttää. Alle 18-vuotiasta ei saa tuomita ehdottomaan vankeuteen elleivät ”painavat syyt sitä vaadi”. Päivittäisessä vankiluvussa alle 18-vuotiaita on 1990-luvulla ollut yleensä alle kymmenen.

### 6.1. Valikoituminen nuorisorangaistukseen

Nuorisorangaistukseen tuomitsemista edeltää tavallisesti yhdyskuntapalvelun soveltuvuus selvitystä jossain määrin muistuttava selvitys nuorisorangaistuksen

<sup>51</sup> McGuire & Priestley 1995 s. 15, Andrews 1995 s. 48 ja Lösel 1995 s. 94–96.

tuomitsemisen tarkoituksenmukaisuudesta. Selvityksen säädösperustana ovat noin kuusikymmentä vuotta vanhat henkilötutkintaa koskevat kohdat nuorista rikoksentekeijöistä annetussa asetuksessa (NuorRikA) sekä oikeusministeriön nuorista rikoksentekeijöistä antamassa päätöksessä (OikMp nuorista rikoksentekeijöistä). Nuorisorangaistusta koskevassa hallituksen esityksessä katsottiin, että kriminaalihuollon tulisi esittää tuomioistuimelle alustava toimeenpanosuunnitelma ennen rangaistuksen määräämistä, jotta tuomioistuin tietäisi, mikä rangaistuksen sisältö on. Esityksen mukaan alustava toimeenpanosuunnitelma voisi olla osa henkilötutkintaa tai henkilötutkinnan liite.<sup>52</sup> Nuorten henkilötutkinnan valmisteluun liittyvällä toiminnalla on tärkeä tosiasiallinen rooli nuorisorangaistukseen valikoitumisessa.

Ennen rikoksen tuomioistuinkäsittelyä nuori joutuu tekemisiin monen eri viranomaistahon kanssa. Toisaalta myös nuorisorangaistuksen toimeenpanossa on paljon sosiaalityötä muistuttavia elementtejä, ja kriminaalihuolto toimii rinnakkain kunnan sosiaalilautakunnan kanssa. Näistä syistä nuorisorangaistuksen käytön kannalta on erittäin tärkeää, että eri viranomaisten välinen yhteistyö sujuu mallikkaasti.

Eräänä mahdollisena ongelmana nuorten rikosoikeudellisessa seuraamusjärjestelmässä on eri *viranomaistahojen yhteistyön puute*. Nuorisorangaistuksen esitöissä todettiin, että viranomaisten välisen yhteistyön kehittäminen on tärkeä osa nuorisorangaistuskokeilua sekä edellytys nuorisorangaistusten tarkoituksenmukaiselle kohdistamiselle.<sup>53</sup>

Nuorisorangaistuksen kokeilemisesta annetun lain (12.12.1996/1058, NRL) valmisteluvaiheessa viranomaisyhteistyön tarvetta korostettiin voimakkaasti. Uuden seuraamuksen käyttöönottoa kokeiluna perusteltiin paikallisten viranomaisyhteistyön verkostojen luomisella.<sup>54</sup> Käytännössä viranomaisyhteistyön vaatimus liittyy lukuisiin seikkoihin, joita kaikkia ei lain esitöissä lausuttu julki. Ensinnäkin toimiva viranomaisyhteistyö liittyy nuorisorangaistuksen kohderyhmän valikoitumiseen eli potentiaalisten nuorisorangaistusnuorten tunnistamiseen.<sup>55</sup> Tähän on puolestaan kytköksissä nuoresta tehtävien asiakirjojen (henkilötutkinta sekä alustava toimeenpanosuunnitelma) laatiminen.<sup>56</sup> Viranomaisyhteistyöltä voidaan vaatia myös sujuvaa tiedonkulkua eri viranomaisten välillä. Niin ikään nuorisorangaistuksen toimeenpanoon liittyy monenlaisia eri viran-

<sup>52</sup> HE 109/1996 vp s. 13.

<sup>53</sup> Nuorisorangaistusryhmä 1996 s. 1.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Jo kaksikymmentä vuotta sitten havaittiin, että ”suurin osa 15–16-vuotiaina ensirikoksensa tehneistä rikoksenuusijoista on joutunut kosketuksiin lastensuojeluviranomaisten kanssa ennen ensimmäistä tuomiotaan”. Grönfors & Lounela & Vanhala 1982 s. 18.

<sup>56</sup> Ks. Virolainen 1999 s. 14, Lindfors 1993 s. 4–5 sekä Montonen 1994 s. 3.

omaisten välisiä yhteyksiä, joiden sujuvuus on yksittäisen nuorisorangaistuksen onnistuminen kannalta tärkeitä.<sup>57</sup>

NuorRikA 1 §:n mukaan alustavaa tutkintaa suorittavan viranomaisen on toimitettava alle 21-vuotiaasta rikoksesta epäillystä henkilötutkinta. OikMp nuoris-rikoksentehtävistä 1 §:n mukaan henkilötutkinta on laadittava määrämuotoisena silloin, kun rikoksesta on odotettavissa sakkoa ankarampi rangaistus. Näin ollen tapauksissa, joissa nuorisorangaistus tulee kyseeseen, tehdään määrämuotoinen henkilötutkinta. Näiden säännösten mukaan on henkilötutkinnassa annettava selvitys ”epäillyn henkilöllisyydestä, hänen aikaisemmista elämänvaiheistaan ja niistä oloista, joissa hän on elänyt”. NuorRikA 2 §:n mukaan henkilötutkinnassa on kiinnitettävä huomiota ”tutkittavan ruumiilliseen, älylliseen ja siiveelliseen kehitykseen ja erityisesti niihin luonteenominaisuuksiin, jotka ehkä ovat johtaneet hänet rikokseen... Tutkittavan ulkonaisiin elämänoloihin kohdistettavalla tutkinnalla on pyrittävä selvittämään, missä määrin tutkittava ehkä on tehnyt rikoksensa epäedullisen ympäristön vaikutuksesta.”

Henkilötutkinnan tarkoituksena on siis välittää tuomioistuimelle tietoa nuoresta ja nuoren elämäntilanteesta. Henkilötutkinnassa otetaan kantaa myös nuorelle soveltuvaan rangaistusseuraamukseen sekä arvioidaan eri seuraamusvaihtoehtojen mahdollista vaikutusta nuoren elämäntilanteeseen. Henkilötutkinta luotavallaan edellytykset erityisestävien näkökohtien huomioimiselle rangaistuksen tuomitsemisessa sekä lastensuojelun ja rangaistusjärjestelmän yhteistyölle. Henkilötutkinnan funktiota kuvaa hyvin siitä käytetty termi sosiaaliselvitys.<sup>58</sup>

Nuorisorangaistuksen tarkemman sisällön räätälöivän alustavan toimeenpanosuunnitelman sisällöstä ei ole edes asetuksen tasoisia määräyksiä. Sen funktio on osittain yhtäläinen henkilötutkinnan kanssa: molemmissa otetaan kantaa tuomitettavaan rangaistuslajiin. Alustavassa toimeenpanosuunnitelmassa kuitenkin otetaan kantaa siihen, minkä sisältöinen nuorisorangaistus tietylle nuorelle tulisi tuomita.<sup>59</sup> Sen välityksellä tuomioistuimelle annetaan tietoa siitä, minkälaisia toimenpiteitä nuorisorangaistuksen eri osat, nuorisopalvelu ja valvonta, tulisivat sisältämään.<sup>60</sup>

Säädökset, jotka koskevat nuorten rikoksentehtävien henkilökohtaisen tilanteen selvittämistä ennen tuomioistuinkäsittelyä, tarvitsevat kokonaisuudistusta. Ennen nuorisorangaistuksen tuomitsemista tehtävät selvitykset nuoren tilantees-

<sup>57</sup> Ks. esim. *Kuru* 1993 s. 41.

<sup>58</sup> Ks. esim. *Grönfors & Lounela & Vanhala* 1982 s. 8.

<sup>59</sup> Alustavan toimeenpanosuunnitelman laatimista varten on KHL:ssä laadittu valmis asiakirjamalli, jonka otsikot ovat seuraavat: (1) Rangaistusseuraamuksen valintaan vaikuttavat tekijät. (2) Nuorisorangaistuksen toimeenpano. Nuorisorangaistuksen osat, jotka voitaisiin ottaa toimeenpanon osiksi, jos seuraamuksena olisi nuorisorangaistus.

<sup>60</sup> HE 109/1996 vp s. 13.

ta perustuvat suurelta osin yli puoli vuosisataa vanhoihin säädöksiin. Niiden sisältö on monin osin tulkinnanvarainen ja eräin osin suoranaisesti vanhentunut. Jos nuorisorangaistuksen tapainen rangaistus säilytetään, sen vaatimista esivalmisteluista voisi säätää samassa yhteydessä.

## 6.2. Nuorisorangaistuksen tuomitseminen

NRL 3 §:ssä säädettiin alunperin nuorisorangaistuksen tuomitsemiselle vain rangaistuksen ankaruusarviota koskeva edellytys, josta säädetään nykyisin NRL 3.1 §:n 1 kohdassa. Alle 18-vuotiaana tehdystä rikoksesta voidaan tuomita nuorisorangaistukseen, jos ”sakkoa on rikoksen vakavuus ja tekoon liittyvät olosuhteet huomioon ottaen pidettävä riittämättömänä rangaistuksena eivätkä painavat syyt vaadi ehdottoman vankeusrangaistuksen tuomitsemista”. Lainkohta kytkee nuorisorangaistuksen käytön tapahtuneeseen rikokseen ja tekijän menneisyyteen.<sup>61</sup> Se paikantaa nuorisorangaistuksen aseman seuraamusten ankaruusportaalilla ehdollisen vankeusrangaistuksen tasolle.<sup>62</sup> Nuorisorangaistuksen tuomitsemisen rajat suhteessa sakkoon ja ehdottomaan vankeuteen määräytyvät näin olen lähtökohtaisesti samoin kuin ehdollisen vankeusrangaistuksen kohdalla.<sup>63</sup>

Vuoden 1999 huhtikuussa (1.4.1999) tuli voimaan NRL:n 3.1 §:ään lisätty 2 kohta (L 307/1999), joka ohjaa tuomioistuinta rangaistuslajin valinnassa nuorisorangaistuksen ja ehdollisen vankeusrangaistuksen välillä. Nuorisorangaistukseen tuomitseminen edellyttää sen mukaan, että nuorisorangaistukseen tuomitsemista ”on pidettävä perusteltuna uusien rikosten ehkäisemiseksi ja tekijän sosiaalisen selviytymisen edistämiseksi”. Vastaavat seikat mainittiin jo alkuperäisen kokeilulain perusteluissa: ”Nuorisorangaistusta tulisi käyttää silloin, kun tuomitun uusimisriski on korkea ja voidaan olettaa, että hän on nuorisorangaistukseen sisältyvien sosiaalipalvelujen tarpeessa.”<sup>64</sup> Nyt näkökohdat tulivat osaksi itse lakia. Käytännön kannalta suurin muutos lienee kuitenkin ollut se, että uudistuksen perustelujen mukaan nuorisorangaistuksen tuomitseminen ei enää edellyttänyt aikaisempaa ehdollista rangaistusta. Alkuperäisen lain perustelujen mukaanhan nuorisorangaistus oli pääsääntöisesti tarkoitettu käytettäväksi silloin, kun tekijälle on jo aikaisemmin tuomittu vähintään yksi ehdollinen rangaistus.

<sup>61</sup> *Lappi-Seppälä* 1999 s. 25–27.

<sup>62</sup> Seuraamusjärjestelmämme rakennetta on luonnehdittu asteittain ankaroituvan porrasmallin avulla. Oletuksena mallissa on, että rangaistuslajit olisivat ankaruutensa perusteella asetettavissa järjestykseen siten, että alin porras edustaa lievintä rangaistuslajia (eli tuomitsematta jättämistä) ja ylin porras ankarinta rangaistuslajia (eli ehdotonta vankeusrangaistusta). Muut rangaistuslajit sijoittuvat kukin omalle portaalleen näiden kahden ääripään väliin. Nuorisorangaistus sijoittuu porrasmallissa samalle portaalalle kuin ehdollinen vankeusrangaistus. Ks. esim. *Lappi-Seppälä* 2000 s. 5.

<sup>63</sup> HE 109/1996 vp s. 11.

<sup>64</sup> HE 109/1996 vp s.12.



Uudistuksen tarkoituksena oli ”aikaistaa nuorisorangaistuksen käyttöä ja pyrkiä katkaisemaan alkanut rikoskierre mahdollisimman varhaisessa vaiheessa. Nuorisorangaistusta voitaisiin tällaisissa tilanteissa käyttää myös silloin, kun tekijälle ei ole aikaisemmin tuomittu ehdollisia rangaistuksia.”<sup>65</sup> NRL 3.1 §:n 2 kohta kiinnittää rangaistusseuraamusta harkittaessa huomion rikoksenteikijän tulevaisuuteen ja rangaistuksella odotettavissa oleviin (erityis)preventiivisiin vaikutuksiin.<sup>66</sup> Kriminaalipoliittisesta näkökulmasta lainkohta on merkittävä, koska siinä rangaistuksen oletusta erityisestävistä vaikutuksesta on tehty selkeästi julki-  
lausuttu osa nuorisorangaistuksen käyttösääntöjä.

Nuorisorangaistuksen sijoittaminen rangaistuslajien ankaruusportaikolle on osoittautunut mutkikkaaksi. Lain sanamuodon perusteella se on lähinnä samalla yleisellä tasolla kuin ehdollinen vankeus. Lakivaliokunta taas hahmotti sen alustavasti ehdollista vankeutta ankarammaksi mutta oheissakoin tehostettua ehdollista lievemmäksi. Eräät tuomioistuimet ovat nuorisorangaistuksen tuomitsemista perustellessaan todenneet, että ehdollinen vankeus ei ole ”riittävä” eli ovat käytännössä katsoen nuorisorangaistuksen ainakin noissa tapauksissa jossakin mielessä ehdollista ankarammaksi.

Kuvaa mutkistaa kuitenkin se, että kahta vuotta lähentelevää ehdollista vankeusrangaistusta pidetään perinteisesti varsin ankarana rangaistuksena, ja nuorisorangaistuksen esitöissä ja muissakin virallislähteissä suositetaan vakavista rikoksista ensikertalaiselle symboliarvoltaan ankaraa, pitkää ehdollista vankeusrangaistusta nuorisorangaistuksen sijasta. Koettuun ankaruuteen vaikuttaa se, mitä käsityksiä tuomitulla – ja muilla – on siitä, mitä seurauksia nuorisorangaistuksen laiminlyömisestä on käytössä. Siten kysymystä nuorisorangaistuksen asemasta ankaruusportaikolla ei voi kovin pitkälle ratkaista ilman keskustelua sen laiminlyönnin sanktioinnista.

Nuorisorangaistuksella haluttiin luoda seuraamusmuoto, jonka nuori kokisi konkreettisemmaksi rangaistukseksi kuin ehdollisen vankeusrangaistuksen. Selvää onkin, että nuorisorangaistus puuttuu varsin paljon nuoren elämään – ainakin verrattuna sellaiseen ehdolliseen rangaistukseen, jota ei panna täytäntöön. Tämän on toivottu pysäyttävän myös rikoskierteen alussa olevan nuoren. Eikä nuorisorangaistukselta odoteta vain sellaista konkreettisuutta, jonka tuomittu kokee ehdollista tuntuvampana tai ankarampana rangaistuksena, vaan myös sitä, että nuori saisi sen avulla käyttöönsä uusia keinoja elämän hallitsemiseen ilman rikoksia.

<sup>65</sup> HE 188/1998 vp s. 1.

<sup>66</sup> *Lappi-Septälä* 1999 s. 25–27.

### 6.3. Nuorisorangaistuksen toimeenpano

Nuorisorangaistus koostuu lain mukaan kahdesta osasta, nuorisopalvelusta (10–60 tuntia) ja valvonnasta (4–12 kuukautta). Tuomioistuimien määrää eri osuuksien määrän ja pituuden, mutta kriminaalihuoltolaitoksen (KHL) aluetoimisto puolestaan määrää käytännössä toimeenpanosuunnitelman vahvistaessaan eri osien tarkemman sisällön.

*Nuorisopalvelu* jakautuu kahteen osaan. Se käsittää lain mukaan valvonnan alaisena tehtävää säännöllistä, *palkatonta työtä* sekä ohjauksen alaisena *suoritettavia sosiaalista toimintakykyä edistäviä tehtäviä*. KHL:ssä on valmistettu kaksi nuoren sosiaalista toimintakykyä edistämään tarkoitettua työskentelyohjelmaa, ”Nuori ja yhteiskunta” sekä ”Nuori ja päihteet”. Käytännössä nuorisopalvelutunnit ovat jakautuneet melko tasaisesti palkattoman työn ja muiden sosiaalista toimintakykyä edistävien tehtävien välille. Muulla tavalla kuin palkattomana työnä suoritettujen nuorisopalvelutunnit on lähes yksinomaan käytetty valmiiksi laadittujen työskentelyohjelmien läpikäymiseen.

*Valvonnan* keskeisenä sisältönä ovat nuoren kanssa käytävät keskustelut rikollisesta käyttäytymisestä sekä nuoren tekemistä rikoksista. Valvonnan sisältöä kehitettäessä KHL:ssä on valmisteltu työskentelyohjelma, ”Nuori ja rikos”. Valvontakäynneistä on noin kolmannes käytetty ”Nuori ja rikos” työskentelyohjelman läpikäymiseen. Valvontatapaamiset ovat kuitenkin muiltakin osiltaan varsin suunniteltuja. Niihin kuuluu usein verkostotapaamisia, joissa läsnä ovat nuoren huoltaja(t) ja esimerkiksi lastensuojelun edustaja. Osa valvontatapaamisista pyrkii tukemaan nuoren harrastustoimintaa. Keskimäärin valvontakäynnit näyttävät kuitenkin olleen vapaamuotoisempia kuin esimerkiksi nuorisopalvelutunnit. Lähes 2/3 valvontakäynneistä ovat koostuneet muusta ohjelmasta ja keskustelusta kuin valmiiden työskentelyohjelmien läpikäymisestä.

Kriminaalihuollon piirissä on koettu, että nuorisorangaistuksen jakautuminen kahteen eri osaan, nuorisopalveluun ja valvontaan, saattaa sekoittaa sen luonnetta. Monet kriminaalihuollon työntekijät pitävät parempana nuorisorangaistusta, jossa olisi vain yksi elementti ja tämä elementti olisi nuorisopalvelu.

Nuorisorangaistuksen tuomitsemiseen ei vaadita epäilyä suostumusta, toisin kuin ehdottoman vankeuden asemesta tuomittavan yhdyskuntapalvelun on tai ehdotetun sopimushoidon kohdalla olisi laita. Silloin kun nuorisorangaistusta ei tuomita muun rangaistuksen asemesta, tämä lienee oikea ratkaisu. Se ei kuitenkaan kumoa sitä, että käytännössä nuoren etukäteen ilmaisemalla halukkuudella suorittaa nuorisorangaistus voi olla tärkeä merkitys. Tähän viittaavat nuorisorangaistuksen korkeat keskeyttämisluvut. Kaikista vuoden 2001 loppuun mennessä loppuun käsitellyistä nuorisorangaistuksista keskeytettiin 42 %. Nuorisorangaistuksen keskeyttäminen ja muuntaminen toiseksi rangaistuksi on siis valitettavan yleistä.

Suuri osa nuorisorangaistuksen toimeenpanijoista pitää nykyisin käytössä olevia mahdollisuuksia puuttua nuorisorangaistuksen laiminlyönteihin riittämättöminä. Nuorisorangaistuksen kohderyhmää ajatellen ne ovat hampaattomia. Uusia keinoja kaivataan sekä silloin, kun puututaan ensimmäisiin vähäisempiin laiminlyönteihin, että silloin, kun nuorisorangaistus on todettava keskeytetyksi ja määrätään toinen rangaistus sen sijaan.

Nuorisorangaistuksen laiminlyönnin viimekätinen sanktio, nuorisorangaistuksen muuntorangaistuksen määrääminen on toinen pulma. Vaikka nykyäädökset eivät nimenomaan rajaa muuntorangaistuksen laajivalikoimaa, esitöiden perusteella ehdoton vankeusrangaistus on käytännössä lähes kokonaan suljettu pois. Kun nuorisorangaistuksen muuntotilanteissa on pääosin kysymys vain toimeenpanosuunnitelman ehtojen rikkomisesta, on esitetty, että rangaistuksen ehtojen rikkomista ei voida sanktioida ankarammalla seuraamuksella, siis ehdottomalla vankeusrangaistuksella. Periaatteessa ja useissa tapauksissa linjaus on varmasti oikeasuuntainen.

Vuoden 2002 alussa rikosoikeudelliseen seuraamusjärjestelmään ehdotettiin uudeksi seuraamukseksi sopimushoitoa, joka olisi sopimushoitotoimikunnan mukaan tarkoitettu periaatteessa kaiken ikäisille rikoksenteijöille. Seuraamusta valmisteltaessa sopimushoitotoimikunta totesi, että sopimushoito sopisi nuorille periaatteessa hyvin. Ehdotetun seuraamuksen ei kuitenkaan oleteta tulevan useinkaan kysymykseen alle 18-vuotiaana rikoksensa tehneiden rikoksenteijöiden kohdalla, sillä heidän tuomitsemisensa ehdottomaan vankeuteen edellyttää painavia syitä.<sup>67</sup> Sopimushoitotoimikunnan argumentaatio sopimushoidon suhteesta alle 18-vuotiaisiin on ristiriitaista. Sopimushoidon todetaan siis soveltuvan hyvin myös nuorille<sup>68</sup>, mutta muodollisten seikkojen vuoksi sopimushoitoa tuskin sovelletaan kovinkaan usein nuoriin.<sup>69</sup> On kiistatonta, että alle 18-vuotiaiden rikoksenteijöiden tuomitseminen ehdottomaan vankeuteen edellyttää painavia syitä ja että sopimushoidon ollessa nimenomaan ehdottoman vankeuden vaihtoehto muodollinen este tuomitsemiselle on juridisesti käsillä. On valitettavaa, jos nuorille sisällöllisesti tarkoituksenmukainen seuraamus jää heille soveltumattomaksi puhtaasti muodollisten seikkojen perusteella.

Kari Vanhala on todennut osuvasti, että mikäli halutaan pitäytyä periaatteessa, että alle 18-vuotiaille ei voida tuomita sellaisia vapaudessa täytäntöön pantavia seuraamuksia, joiden ehtojen rikkomisesta voi seurata ehdotonta vankeutta, ovat vaihtoehdot varsin vähissä. Tästä ei tulisi tehdä johtopäätöstä, että nuorille ei voitaisi tuomita ehdottoman vankeuden vaihtoehtorangaistuksia.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> KM 2002:3 s. 26.

<sup>68</sup> KM 2002:3 s. 8 ja 26.

<sup>69</sup> Ks. KM 2002:3 s. 26.

<sup>70</sup> Ks. *Vanhala* 2002.

## 6.4. Uusintarikollisuus

Nuorisorangaistuskokeilun käynnistämisen keskeisiä tavoitteita oli pyrkimys vaikuttaa nuoriin, jotka ovat rikoskierteessä tai vaarassa joutua sellaiseen. Sen vuoksi nuorisorangaistukseen tuomittujen uusintarikollisuuden seuraaminen on tärkeä osa kokeilun arviointia.

Kriminologisen tiedon perusteella rikosoikeudellisten seuraamusvaihtoehtojen vaikutuksessa uusintarikollisuuteen on harvoin suuria eroja. Tavallisesti rikosten uusimiseen tai niistä pidättymiseen vaikuttavat eniten sellaiset rikosentekijän ympäristön, elämänolojen ja persoonallisuuden tekijät, joihin seuraamuksella ei (mahdollisen eristämisaikutuksen ohella) ole paljonkaan vaikutusta. Parhaimmillaan tutkimuksilla voidaan kuitenkin havaita kohtuullisen pieniä eroja erilaisten seuraamusten ja muiden toimien vaikutuksessa rikosten uusimiseen. Tällaisissa tutkimuksissa on havaittu, että tietynlaiset keinot vähentävät jossakin määrin tietynlaisten rikosentekijöiden uusintarikollisuutta. Menetelmien tehon ehdoksi on kuitenkin yleensä havaittu se, että puuttumishjelmat vastaavat niihin osallistuvien rikosentekijöiden tarpeita ja ominaisuuksia. K kaikille sopivia yleismenetelmiä ei juurikaan ole löytynyt.

Suuri osa nuorisorangaistukseen tuomituista nuorista jää nopeasti kiinni uusista rikoksista, joista he myös saavat rikosrekisteriin merkityn tuomion. Ainakin 57 prosenttia ehti vuoden kuluessa ensimmäisestä nuorisorangaistustuomiosta tehdä uuden rikosrekisterirangaistukseen johtavan rikoksen, ja 44 prosenttia ehti samassa ajassa saada uuden tuomionkin. Korkea uusiminen oli odotettua, koska rangaistus tarkoitettiin suurelta osin juuri nuorille, joilla katsottiin olevan korkea uusimisriski, eikä ole perusteita olettaa, että nuorisorangaistuksenkaan kaltainen puuttuminen pystyisi uusimista kovin radikaalisti vähentämään. Kriminologisen tutkimuksen perusteella jo parinkymmenen prosenttiyksikön väheneminen uusintarikollisuudessa olisi erittäin hyvä tulos.

Tiedot uusintarikollisuudesta kuitenkin vahvistavat paradoksaalisesti sen, että sellainen nuorten rikosentekijöiden joukko, jolle nuorisorangaistus tarkoitettiin, on olemassa ja että tätä joukkoa on merkittävässä määrin valikoitunut nuorisorangaistukseen tuomittujen joukkoon. Samalla ovat vahvistuneet käsitykset siitä, että tietyt tekijät ennustavat jossain määrin uusintarikollisuutta. Ehkä keskeisin näistä on aikaisempi rikollisuus.

## 7. LOPUKSI

Nuorisorangaistuksen tapainen seuraamus vaikuttaa käyttökelpoiselta ja tarpeelliselta lisäykseltä nuorten rikosentekijöiden seuraamusjärjestelmään. Suppea rangaistuslajivalikoima ei havainnollisuudestaan ja yhdenvertaisuudesta hu-

limatta ole välttämättä paras mahdollinen varsinkaan nuorten rikoksenteijöiden kohdalla. Vaikka ehdollinen rangaistus toimii hyvin monien ja vähintään kohtuullisesti useimpien nuorten seuraamuksena, osa nuorista ei ota vakavasti siihen sisältyvää uhkaa tulevaisuudessa täytäntöön pantavasta rangaistuksesta. Jotakin käsitettävämpää ja konkreettisempaa rangaistusta kaivataan ehdollisen rangaistuksen ja ehdottoman vankeuden väliin.

## LÄHTEET

- Andrews, D. A. & Zinger, Ivan & Hoge, Robert D. & Bonta, James & Gendreau, Paul & Cullen, Francis:* Does Correctional Treatment Work? A Clinically Relevant and Psychologically Informed Meta-Analysis. Teoksessa "Offender Rehabilitation" (toim. Cullen, Francis T. & Applegate, Brandon K.) s. 167–202. Norfolk 1997. Alunperin julkaistu: *Criminology* (1990), 28, s. 369–404.
- Andrews, Don:* The Psychology of Criminal Conduct and Effective Treatment. Teoksessa "What Works: Reducing Reoffending. Guidelines from Research and Practice" (toim. McGuire, James) s. 35–62. Chichester 1995.
- Bala, Nicholas & Bromwich, Jaremkó:* Introduction: An International Perspective on Youth Justice. Teoksessa "Juvenile Justice Systems, An International Comparison of Problems and Solutions" (toim. Bala, Nicholas & Hornick, Joseph & Snyder, Howard & Paetsch, Joanne) s. 1–18. Toronto 2002.
- Bonta, James:* Offender Assessment: General issues and Considerations. Forum on Corrections Research. Vol 12, No:2 (2000).
- Grönfors, Martti & Lounela, Paavo & Vanhala Kari:* Nuoret rikoksenteijät ja lastensuojelu. Taustaa ja ehdotuksia toimenpiteiksi. Lastensuojelun keskusliitto. Julkaisu 68. Mikkeli 1982.
- HE 251/1994 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi nuorisorangaistuksesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi. Helsinki 1994.
- HE 109/1996 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi nuorisorangaistuksen ja eräksi siihen liittyviksi laiksi. Helsinki 1996.
- HE 188/1998 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle nuorisorangaistuksen kokeilemisesta annetun lain 3 ja 10 §:n muuttamisesta. Helsinki 1999.
- Heuni 1999: Profiles of Criminal Justice Systems in Europe and North America 1990–1994 (toim. Kangaspunta, Kristiina & Joutsen, Matti & Ollus, Natalia & Nevala, Sami) European Institute for Crime Prevention and Control, Affiliated with the United Nations. Helsinki 1999.
- Hoge, Robert:* The Juvenile Offender: Theory, Research and Applications. Boston / Dordrecht / London 2001.
- Kivivuori, Janne* (toim.): Nuoret rikosten tekijöinä ja uhreina. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 188. Helsinki 2002.
- Klein, Malcolm:* Thoughts on Juvenile Justice Systems and Research. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 9(3), s. 273–281, 2001.
- KM 1966:A 2: Nuorisorikollisuustoimikunnan mietintö. Komiteanmietintö 1966:A 2. Helsinki 1966.
- KM 1970:A 9: Nuorisorikoskomitean mietintö 1970:A 9. Helsinki 1970.
- KM 1972:A 1: Kriminaalihuoltokomitean mietintö 1972:A 1. Helsinki 1972.
- KM 1976:72: Rikosoikeuskomitean mietintö 1976:72. Helsinki 1976.

- KM 2002:3. Laki sopimushoidon kokeilemisesta. Sopimushoitotoimikunnan mietintö. Helsinki 2002.
- Kuru, Pekka:* Kommentteja ehdotusluonnokseen uudeksi nuorisorangaistukseksi. Uusi Kriminaali-  
huolto 3/1993 s. 41
- Lappi-Seppälä, Tapio:* Kriminaalipolitiikka – rikosoikeuspolitiikka. Lakimies 1998 s. 1285–1308.
- Lappi-Seppälä, Tapio:* Ehdollisen rangaistuksen käyttökerrat ja kasamat. Oikeuspoliittisen tutki-  
muslaitoksen tutkimustiedonantoja 42. Helsinki 1999.
- Lappi-Seppälä, Tapio:* Rikosten seuraamukset. Porvoo 2000.
- Lappi-Seppälä, Tapio:* Nuorten seuraamusjärjestelmän pääpiirteet. Teoksessa ”Rikollisuustilanne  
2000. Rikollisuus ja seuraamusjärjestelmä tilastojen valossa” s. 241–247. Oikeuspoliittisen  
tutkimuslaitoksen julkaisuja 182. Helsinki 2001.
- Lindfors, Sanna:* Nuorisorangaistus. Uusi kriminaalihuolto 4/1993 s. 4–5.
- Lipsey, Mark:* Juvenile Delinquency Treatment: A Meta-Analytic Inquiry into the Variability of  
Effects. Teoksessa ”Offender Rehabilitation” (toim. Cullen, Francis & Applegate, Brandon)  
s. 119–165. Norfolk 1997. Alun perin julkaistu teoksessa Meta-Analysis for Explanation:  
A Casebook (toim. Cook Thomas D. & al.) s. 83–127, 343–344. New York 1992.
- Lipsey, Mark:* What do We Learn from 400 Research Studies on the Effectiveness of Treatment  
with Juvenile Delinquents? Teoksessa ”What Works: Reducing Reoffending. Guidelines from  
Research and Practice” (toim. McGuire, James) s. 63–78. Chichester 1995.
- Lösel, Friedrich:* The Efficacy of Correctional Treatment: A Review and Synthesis of Meta-  
evaluations. Teoksessa ”What Works: Reducing Reoffending. Guidelines from Research and  
Practice” (toim. McGuire, James) s. 79–111. Chichester 1995.
- McGuire, James & Priestley, Philip:* Reviewing “What Works”: Past, Present and Future. Teoksessa  
”What Works: Reducing Reoffending. Guidelines from Research and Practice” (toim.  
McGuire, James) s. 3–34. Chichester 1995.
- McGuire, James:* Methods to Reduce the Risk of Re-offending: International Perspectives. Tiede-  
keskus Heureka 24.–25.10.2001 pidetyssä What Works -seminaarissa pidetty alustus. Löy-  
töy internetosoitteesta [www.vhkk.fi/McGuire.pdf](http://www.vhkk.fi/McGuire.pdf).
- Mehlbye, Jill & Walgrave, Lode:* An Overview: Comparative Comments on Juvenile Offending  
and its Treatment in Europe. Teoksessa ”Contfronting Youth in Europe, Juvenile Crime and  
Juvenile Justice” (toim. Mehlbye, Jill & Walgrave, Lode) s. 21–53. Copenhagen 1998.
- Montonen, Harri:* Nuorisorangaistus. Uusi Kriminaalihuolto 4/1994 s. 3.
- Muncie, John & Hughes, Gordon:* Modes of Youth Governance, Political Rationalities, Criminali-  
zation and Resistance. Teoksessa ”Youth Justice, Critical Readings” (toim. Muncie, John &  
Hughes, Gordon & McLaughlin, Eugene) s. 1–19. Trowbridge 2002.
- Nuorisorangaistusryhmä: Nuorisorangaistuksen käynnistäminen alueellisena kokeiluna. Oikeus-  
ministeriön asettaman nuorisorangaistusryhmän ehdotus 4.6.1996. Helsinki 1996.
- OM:n lainvalmisteluosasto: Nuorisorangaistus. Rikoslakiprojektin ehdotus 27.8.1993. Helsinki  
1993.
- Walgrave, Lode & Berx, Eric & Poels, Veerle & Vettenburg, Nicole:* Belgium. Teoksessa ”Cont-  
fronting Youth in Europe, Juvenile Crime and Juvenile Justice” (toim. Mehlbye, Jill & Wal-  
grave, Lode) s. 55–137. Copenhagen 1998.
- Vanhala, Kari:* Päihdehoito vaihtoheito vankeusrangaistukselle. Helsingin Sanomat 30.3.2002.
- Weigend, Thomas:* Uusklassismi vai rehabilitaatio? Uusia suuntauksia nuorisorikosoikeudessa.  
Lakimies 1992 s. 731–743.
- Virolainen, Sanna:* Nuorisorangaistus. Kiinnipitämällä muutoksen alkuun? Raportti nuorisoran-  
gaistuskokeilusta 1.2.1997-1.6.1999. Kriminaalihoitoyhdistys. Helsinki 1999.

# Näkökohtia rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi annetusta HE 44/2002:sta

## 1. JOHDANTOA

Hallitus antoi 5. huhtikuuta 2002 eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi esityksensä 44/2002. Esityksen käsittely jatkuu lakivaliokunnassa nyt syksyllä 2002. Esitys pohjautuu rikoslakiprojektin ehdotukseen toukokuulta 2000.<sup>1</sup>

Rikoslakiprojekti asetettiin vuonna 1980 ja purettiin keväällä 1999, jolloin *Pekka Koskinen* toimi sen johtoryhmän puheenjohtajana ja *Tapio Lappi-Seppälä* projektin yleisten oppien työryhmän puheenjohtajana. Rikoslakiprojektin johtoryhmä hyväksyi keväällä 1999 yleisten oppien pykälät. Perustelut viimeisteltiin tämän jälkeen asiantuntija- ja virkatyönä oikeusministeriössä. Samalla pykäläin tehtiin vähäisiä tarkistuksia. Toukokuussa 2000 valmiiksi saatu rikoslakiprojektin ehdotus lähetettiin lausuntokierrokselle, ja saadun palautteen perusteella laadittiin luonnos HE:ksi. KKO antoi 5.3.2001 luonnoksesta lausunnon, minkä jälkeen HE sai lopullisen muotonsa. Esitys kuuluu osana rikoslain kokonaisuudistukseen, joka erityisen osan tunnusmerkistöjen osalta onkin jo jotakuinkin valmis.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevat säännökset. Rikoslakiprojektin ehdotus. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 5/2000 (OLJ 5/2000).

<sup>2</sup> Yleisten oppien valmistelun osalta mainittakoon myös se, että 24–27.9.1990 Helsingin yliopistossa järjestettiin kansainvälinen tutkimuskollokvio Centenary of the Finnish Penal Code, jossa yleisten oppien kodifointi oli vahvasti esillä. Kollokviota varten käännettiin yleisten oppien työryhmän samalta vuodelta oleva yleisten oppien pykäläien versio (ei sisällä esim. yritystä ja osallisuutta koskevia pykäläiä) englanniksi ja saksaksi. Mainittu suomenkielinen versio ei ole ollut käytettävissäni. Kollokvion materiaalia sisältävässä teoksessa *Lahti, Raimo – Nuotio, Kimmo* (eds.), *Criminal Law Theory in Transition*, Helsinki 1992 on *Lappi-Seppälän* yleisten oppien hanketta käsittelevä artikkeli *The Doctrine of Criminal Liability and the Draft Criminal Code for Finland*, s. 214 ss. Käännökset ovat teoksen liitteinä ja pykäläiä kommentoidaan mm. teoksessa olevissa *Claus Roxinin*, *Otto Trifftererin* ja *Hans-Heinrich Jescheckin* artikkeleissa. – KKO:n oikeusministeriölle 5.3.2001 antama lausunto luonnoksesta hallituksen esitykseksi rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeviksi säännöksiksi on julkaisussa Korkeimman oikeuden ratkaisuja 2001 tammi-kesäkuu 1–69 s. 393–439. KKO:ssa asian käsittelyyn osallistuvat presidentti *Heinonen* ja oikeusneuvokset *Tulenheimo-Takki*, *Arponen*, *Mansikkamäki* ja *Tulokas*, joka osin eri kannalla olleena sisällytti lausuntoon eriyvän mielipiteen (s. 407–415). Esittelijänä oli *Jarmo Hirvonen*. – *Jussi Ohisalo* on

Saattaa olla, että HE 44/2002:n käsittely saadaan päätökseen ja lain sisältö on selvillä jo ennen kuin tämä kirjoitus tulee painosta. HE 44/2002 on kuitenkin rikosoikeudellisesti erittäin keskeinen asiakirja, josta on joka tapauksessa mielekästä kirjoittaa.<sup>3</sup>

HE 44/2002 koskee siis ”yleisiä oppeja”. Ehdotus sisältää ensinnäkin rikosoikeudellisen vastuun yleisten edellytysten (vastuuopin) sääntelyä ja toiseksi rangaistuksen määräämistä koskevat säännökset. Muutoksia tulisi 26 lakiin (mukaan lukien rikoslain voimaannapemisesta annettu asetus, RVA). Esitykseni painottuu vastuuopin puolelle.<sup>4</sup>

Myös vuoden 1889 rikoslain valmistelun yhteydessä yleisten oppien asioiden kodifiointi oli esillä. Vuoden 1875 rikoslakiehdotuksessa oli melko paljon yleisten kysymysten sääntelyä. Valmistelun myöhemmässä vaiheessa kuitenkin katsottiin, että yleiset opit kuuluvat pikemmin oikeustieteen kuin lainsäätäjän työkenttään. Yleisiä määräyksiä otettiin lakiin lopulta melko niukalti.<sup>5</sup>

## 2. YLEISTEN OPPIEN UUDISTUKSEN SÄÄNTELYPROJEKTI

Rikoslain kokonaisuudistuksessa on vallinnut toinen lähtökohta. Rikosvastuun yleiset edellytykset muotoavat rangaistavan ja ei-rangaistavan rajoja siinä kuin erityisen osan tunnusmerkistötkin. Laillisuusperiaatteen näkökulmasta myös rikosoikeudellisen vastuun yleisten edellytysten tulee olla luettavissa laista. Yleisten oppien uudistuksen keskeisenä projektina onkin saattaa etenkin rikosvastuun yleiset edellytykset täysimääräisesti rikoslakiin.<sup>6</sup> Tämä lähtökohta on perusteltu.

---

laatinut OLJ 5/2000:sta saatujen lausuntojen ja HE-luonnoksesta saadun KKO:n lausunnon pohjalta julkaisun Rikoslain yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistaminen. Tiivistelmä lausunnoista. Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä 2002:7.

<sup>3</sup> HE 44/2002 on esillä tässä teoksessa myös ainakin *Raimo Lahden* ja *Kimmo Nuotion* kirjoituksissa.

<sup>4</sup> Terminologian osalta todettakoon, että HE käyttää nimitystä rikosoikeudellisen vastuun yleiset edellytykset lähinnä yleisistä positiivisista vastuun edellytyksistä (luku 3). Vastuuvapausperusteet olisivat luvussa 4, ja yritys ja osallisuus säänneltäisiin luvussa 5.

<sup>5</sup> Ks. KB 1875:9 s. 157–158, Keisarillisen Majesteetin armollinen esitys N:o 1 vuoden 1888 valtiopäiville s. 3 ja tarkastuskomitean mietintö (KM 1884:12), jossa sanotaan s. 164: ”Poiketen 1875 vuoden rikoslakiehdotuksesta, komitea on jättänyt ehdotukseensa ottamatta yleisiä perusteita rikollisuutta ja rangaistusmäärää määrättäessä, sillä komitea katsoo sellaiset määräykset tieteen alalle kuuluviksi eivätkä säätönäiseen lakiin sopiviksi, mikä nykyään lieneekin kaikkialla tunnustettu”.

<sup>6</sup> Ks. rikosoikeuskomitean esitystä KM 1976:72 s. 95: ”Rikoslain yleiset säännökset vaikuttavat ratkaisevasti rangaistavan käyttäytymisen alaan. Tästä seuraa, että samat näkökohdat jotka voidaan esittää mahdollisimman yksityiskohtaisten tunnusmerkistöjen ja ylipäänsä tuomioistuimia mahdollisimman sitovasti ohjaavan sääntelyn puolesta, puoltavat periaatteessa myös yleisen osan



Kyse ei ole siitä, että oikeustiede olisi sopivasti yleisten oppien uudistuksen aattona onnistunut pääsemään melko lopullisiin ratkaisuihin vastuuopin ”tieteellisissä kysymyksissä”, ja nyt oltaisiin vain ikään kuin kirjaamassa valmiita tuloksia lakiin. Pikemminkin vastuuopin kysymysten tieteellisyys ja jonkin kysymyksen ratkeaminen oikeustieteessä eivät ole sellaisia seikkoja, joiden vuoksi legaliteettiperiaatteen vaatimusten toteuttamisessa voitaisiin tinkiä. Ehkä lainsäätäjältä on tullut myös aiempaa pragmaattisempi.

Esityksen s. 8–9 esitellään eräitä vastuuopin sääntelyn lähtökohtia. Rikoslain säännösten kohteena kerrotaan ensi sijassa olevan kansalaisten ja toiseksi lakia soveltavien viranomaisten. Kaikilla säännöksillä on ajateltu olevan merkitystä myös lain soveltamisessa – pelkkiä ”linjanmäärityksiä” ei säännösehdotuksiin ole otettu. Rikoslain kielen tulee ehdotuksen mukaan olla kaikille ymmärrettävää, mutta samalla riittävän tarkkaa ja teoreettisesti korrektaa.<sup>7</sup> Sääntelyn täytyy rakentua johdonmukaisen käsitejärjestelmän varaan, joskin samalla on vältettävä tarpeetonta sitoutumista rikosoikeustieteen teoreettisiin malleihin. Tällaiset parametrit ovat mielestäni hyvät.<sup>8</sup>

Vastuuopin kodifointi voi merkitä: 1) uutta sääntelyä, 2) sääntelyn muuttamista, 3) sääntelyn täsmentämistä ja/tai 4) sen pelkkää kielellistä modernisointia, mutta uudistaminen voi merkitä myös 5) sääntelyn purkamista. Lokerointi on tulkinnanvaraista, ja sääntely voi ilmentää useampaa sanotuista piirteistä. Selkeästi uutta olisi esimerkiksi laiminlyönnin rangaistavuutta (RL 3:3), tahallisuutta (RL 3:6) ja tuottamusta (RL 3:7), erehdystilanteita (RL 4:1–3) ja välillistä tekemistä (RL 5:4) koskevien säännösten tai määritelmien ottaminen rikoslakiin.

Esimerkiksi hätävarjelun (RL 4:4) sääntelyssä tapahtuisi muutoksia liittyen mm. siihen, että hätävarjelu muuttuisi relativisempaan suuntaan. Sääntelyn eräänlaisesta purkamisesta olisi hätävarjelun osalta kyse siinä, että pykälässä ei enää kerrotaisi, mitä oikeushyviä hätävarjellulla puolustetaan. Täsmentämisestä voidaan sanoa olevan kyse esimerkiksi ehdotetussa syyntakeisuuspykälässä (RL 3:4). Kielellistä modernisointia edustaa tietysti ehdotus kokonaisuudessaan.

Kysymys siitä, mitä tulee säännellä ja miten yksityiskohtaisesti, ei ole yksinkertainen. Legaliteettiperiaate edellyttää joka tapauksessa, että kaikkea rikosvastuun edellytyksiin kuuluvaa on laissa säänneltävä johonkin määrään asti. Kun on säädetty, että ”tekijä on syyntakeeton, jos hän ei tekohetkellä kykene ... ymmär-

---

normien mahdollisimman täydellistä ja täsmällistä kirjoittamista lakiin. Yleisten periaatteiden ottaminen lakiin on eduskunnan ja tuomioistuinten päätösvaltaa sekä ennustettavuutta ja oikeusturvaa koskeva kysymys”. Ks. vastaavasti HE 44/2002 esim. s. 8.

<sup>7</sup> S. 29 todetaan, että täsmällisyysvaatimus merkitsee sellaista tarkkuustasoa, että ”ainakin oikeustieteellisen koulutuksen saaneet henkilöt”, ja ”mieluiten muutkin”, voivat ennakkolta tietää, mikä on rangaistavaa ja kuinka ankarasti.

<sup>8</sup> Poikkeuksena teoria- tai systeeminutraalisuuden periaatteesta on se, että oikeudenvastaisuutta koskevaa erehdystä ei haluta pitää tahallisuus- vaan syyllisyyskysymyksenä. Ks. HE 44/2002 s. 9.

tämään tekonsa tosiasiallista luonnetta ...” (RL 3:4), voidaan siirtyä kysymään, mitä tarkoittavat esimerkiksi ”tekohetki” ja ”tosiasiallinen”. Kielen luonteesta johtuukin, että sääntelyä voitaisiin jatkaa periaatteessa loputtomiin. Eri kysymyksiä pitäisi ehkä yrittää säännellä ”yhtä pitkälle”, mutta on vaikea sanoa, milloin näin olisi asia.

Joka tapauksessa voidaan esittää eräitä näkökohtia, jotka voivat puhua sääntelyn puolesta. Aukkotilanteita ei siis ensinnäkään voida sallia. Normatiivinen epäselvyys, joka voi ilmetä esimerkiksi epäyhtenäisenä oikeuskäytäntönä, puhuu kysymyksen sääntelyn puolesta. Mitä merkittävämmästä asiasta on kyse, sitä suuremmalla syyllä asia on syytä säännellä. Merkittävyys voi ilmetä esimerkiksi siinä, että tilanne aktualisoituu käytännössä usein, tai siinä, että asiaan liittyy merkittäviä oikeudellisia seuraamuksia. Sääntelyn puolesta puhuu myös se, että halutaan muuttaa oikeustilaa. Erityisesti määritelmien osalta sääntelyä puolustaa se, että asialla on rikosoikeudessa erityinen tekninen merkitys tai että sitä koskeva oikeudellinen kielenkäyttö on muuten etäännytynyt yleiskielestä.

Sanottua vasten on kiinnostavaa myös se, mistä ei ehdoteta säännöksiä otettavaksi rikoslakiin ja miksi. Esityksessä ei ehdoteta säännöksiä esimerkiksi seuraavista asioista: aiheuttaminen, juopuneisuuden tai huumautuneisuuden suhde syyksiluettavuuteen (erityisesti tahallisuuteen), kokonaistörkeyden määräytyminen törkeissä tekomuodoissa, lainkonkurrensi, rikoksen käsite, suostumuksen merkitys, (tahdonvaltainen, vapaaehtoinen, kontrolloitu) teko ja yleisten säännösten soveltamisala (ks. kuitenkin ehdotettu RL 3:5.3). Sekä näiden asioiden sääntelyn tarpeellisuus että ne syyt, joiden vuoksi yleisten oppien kodifointi ei sisältäisi niitä koskevia pykäläiä, voivat vaihdella.<sup>9</sup>

### 3. ESITYÖT

Esityöt on löyhähkö yleiskäsite. Tässä puhe on HE:een sisältyvistä perusteluista. Asiallisesti perustelut voidaan, ainakin teoriassa, jakaa niihin perusteisiin, joiden vuoksi ehdotettu uusi sääntely olisi omaksuttava (kutsuttakoon niitä tässä vakuuttamisperusteluiksi) ja tuon uuden sääntelyn välityksellä syntyvän uuden

<sup>9</sup> Ks. aihepiiristä mm. *Lappi-Seppälä*, Humalan vaikutuksesta rangaistusvastuuseen teoksessa Lahti, Raimo (toim.) Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI. Rikosoikeuden juhluvuonna 1989, Helsinki 1989 s. 231–246, erityisesti s. 243–245 ja *Lappi-Seppälä* 1992 s. 227–228 ja 242–243 sekä KKO:n lausunto s. 393–394 ja 409 (Tulokas). *Koskinen* suhtautui vuodelta 1973 olevassa väitöskirjassaan Yksitekoisesta rikosten yhtymisestä erityisesti silmällä pitäen ideaali- ja reaalikonkurrensin erottelua s. 314–315 epäilevästi lainkonkurrensia koskevan yleissäännöksen hyödyllisyyteen. Ks. lisäksi yleisesti *Nuotio, Kimmo*, The Difficult Task of Drafting Law on Principles, Acta Juridica Hungarica 1995/96 s. 287–301.

oikeustilan kuvaukseen (sisältöperustelut). Lainsäädäntöratkaisut tekevän eduskunnan näkökulmasta molemmat ovat merkittäviä, kun taas uutta lakia sittemmin soveltavan tuomioistuimen näkökulmasta kiinnostus kohdistuu etenkin jälkimmäisiin.

Vakuuttamisperusteluissa päätöksentekijä pyritään vakuuttamaan siitä, että sen on syytä hyväksyä ehdotettu sääntely. Kyseessä on eräänlainen ”myyntiesite”. Näissä perusteluissa kuvataan ensinnäkin jokin ongelma, ja katsotaan, että voimassaoleva oikeusjärjestys ei tarjoa siihen adekvaattia ratkaisua. Sitten esitellään tarjolla olevat ratkaisuvaihtoehdot (sääntelymallit). Vaihtoehtojen edut ja haitat tuodaan esiin ja vaihtoehtoja verrataan keskenään. Lopuksi päädytään ehdottamaan jonkin tietyn vaihtoehdon valintaa. Mitä monipuolisemman, avoimemman ja rationaalisen argumentaation lähtökohtia noudattavamman esityksen päätöksentekijä saa, sitä aidommin ja täydemmin se voi omaa päätäntävaltaansa käyttää. HE:n sivulla 1 sanotun mukaan ”(s)iltä osin kuin ehdotetut säännökset ovat kokonaan uusia, ne perustuvat oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa vakiintuneisiin periaatteisiin”.

Mielestäni sitaatti esittää oikeustilan melko seesteisenä. En kuitenkaan aio pysähtyä arvioimaan esityksen vakuuttamisargumentaation luonnetta yksityiskohtaisesti. Asia on monitahoinen ja siihen liittyy mm. kysymys siitä, miten kodifiointitehtävä on haluttu ymmärtää (tuleeko esimerkiksi rajoittua ”vakiintuneiden periaatteiden” kirjaamiseen vai tehdäänkö myös latua umpihankeen, jos legaliteettiperiaatteen toteuttaminen sitä edellyttää?). Eri käsityksiä voi vallita myös esimerkiksi siitä, mitkä ovat oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa vakiintuneita periaatteita ja missä määrin ehdotettu sääntely kuvastaa niitä.<sup>10</sup>

Sisältöperusteluissa selostetaan siis sitä, mikä ehdotetun säännöksen sisältö ja soveltamisala olisi. Tämä tapahtuu ensinnäkin analysoimalla säännöstä selvittämällä siinä käytettyjen ilmausten ja termien sisältöä. Toisekseen soveltamisalaa selostetaan esittämällä esimerkkejä säännöksen soveltamistilanteista – sekä tilanteista, joihin säännös soveltuu että tilanteista, joihin se ei sovellu. Mainituin keinoin ei yleensä voida tyhjentävästi käsitellä säännöksen soveltamisalaa. Kuvaa täydennetään, kolmanneksi, tuomalla esiin säännöksen tavoitteita. Esitöiden tai perustelujen hyvyys ja hyöty on nyt tarkastellusta näkökulmasta siinä, miten paljon ja kuinka adekvaattia informaatiota säännöksen soveltamiseen ne tarjoavat.

<sup>10</sup> Seesteinen kuva piirtyy myös esimerkiksi tahallisuuden määrittelymisen perusteista, kun s. 15 todetaan mm., että ”(y)ksityiskohtia koskevista erimielisyyksistä huolimatta tahallisuusarvioinnin pääsäännöistä on kuitenkin päästy jo verraten suureen yksimielisyyteen”. Hiukan toiselta kuulostaa s. 83 toteama, jonka mukaan ”(p)ääasiallisena pulmana on edelleen jatkuva erimielisyys tahallisuuden alarajan määrittelystä”.

Oikeuslähdeopissa esitöille annetaan usein ns. heikosti velvoittavan oikeuslähteen asema. Rikosoikeudessa on kuitenkin otettava huomioon legaliteettiperiaate. Legaliteettiperiaate merkitsee sitä, että vain sellaista menettelyä voidaan pitää rikoksena, joka vielä mahtuu lain kriminalisoinnin ja muun rikosoikeudellisen vastuun edellytyksiä määrittävän legaalisaäntelyn sanamuodon piiriin (sanarajasääntö). Muiden oikeuslähteiden ja tulkintaperusteiden avulla rangaistavan alaa voidaan täsmentää sanarajan sisällä. Lainkäyttäjää ei siis saa ylittää sanarajaa syytetyn vahingoksi edes uusiin ja nimenomaisiin esitöihin tukeutuen. Tätä ei muuta se, että käytännössä voi usein olla vaikea sanoa, missä tuo sanaraja kulkee. Rangaistavaksi säättämisen tulee tapahtua laissa, ei esitöissä.

#### 4. YLEISTEN OPPIEN ERITYISLUONNE LAINSAÄDÄNTÖHANKKEEN KOHTEENA

Erityisen osan puolella pykäläkohtaisetkaan muutokset eivät tunnetusti ole harvinaisia, eikä esimerkiksi erityisen osan uudistaminen isoina, useita lukuja käsittävinä paketteina ole estänyt täydentämästä tuorettakaan kokonaisuutta tarpeen tullen.

Sitä vastoin rikosoikeudellinen vastuuoppi kuuluu suhteellisen harvoin uudistettaviin oikeudellisiin lohkoihin. Rikosoikeudellisen vastuun yleiset edellytykset muodostavat koherentin rakennelman, jota ei ole helppoa lähteä sääntelemään pala kerrallaan. Tällä on seurauksia. Moniin yleisten oppien asioihin pätee se, että jos ajateltu uudistus jää yleisten oppien kokonaisuudistuksessa toteuttamatta, ei ole kovin luultavaa, että sen toteuttamista ryhdyttäisiin lähitulevaisuudessa yrittämään uudestaan erillishankkeena. Toisaalta voi olla hankalaa päästä eroon huonoiksi osoittautuvista yleisten oppien säännöksistä. On siten järkevää harkita tarkkaan kutakin sääntelykysymystä eri näkökulmista.

Monetkaan yleisten oppien asiat eivät ole sillä tavalla yleismielenkiintoisia kuten esimerkiksi seksuaalirikokset tai henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset taikka poliittisesti mielenkiintoisia kuten esimerkiksi työ- ja ympäristörikokset tai kansanedustajien lahjomiseen liittyvät kriminalisointikysymykset. Poikkeuksiakin tosin löytyy, ja sekä kansanedustajien että yleisempääkin kiinnostusta ovat herättäneet esimerkiksi kysymykset vastuukärajasta, hätävarjelusta, jomkamiehen kiinniotto-oikeudesta ja itseavusta.

Yleisten oppien asiat ovat monesti aika ”teoreettisia”, jopa ”tieteellisiä”. Niitä koskevien pykälien muotoileminen voi olla vaikeaa. Kuitenkin juuri yleisiä oppeja koskevien säännösten onnistumisella tai epäonnistumisella on sellaista laajaa heijastusvaikutusta rikosoikeudellisessa järjestelmässä, jota esimerkiksi yksittäisillä erityisen osan tunnusmerkistöillä ei yleensä ole (esimerkiksi rikos-

kumppanuuden sääntelyn onnistuneisuus heijastuu kaikkiin tilanteisiin, joissa rikoskumppanuus on mahdollista).<sup>11</sup>

Rikosoikeuden yleisten oppien kodifioinnin esiintuodut erityisominaisuudet ovat nähdäkseni omiaan korostamaan valmistelun merkitystä tämän tärkeän lainsäädäntöhankkeen onnistumisen kannalta. Eduskuntavaiheessa voi olla enää vaikea ryhtyä merkittäviin muutoksiin. Kysymys ei lisäksi ole yksinomaan pykälistä. Myös perusteluilla tulee olemaan käytännössä suuri merkitys. Suuria odotuksia ei voida asettaa perustelujen mahdollisten ongelmien korjaantumiseen hankkeen ollessa jo eduskunnassa.

En voi tässä käydä esitystä läpi yksityiskohtaisesti. Silti rohkenen esittää sitä koskevan yleisvaikutelmani. Mielestäni ehdotetut pykälät muodostavat kohtuullisen kokonaisuuden. Silti on tietysti edelleen syytä mahdollisuuksien mukaan pohtia kunkin säännöksen sisältöä ja muotoilua. Samaan yleisarvosanaan eivät yllä perustelut, vaikka ne ovatkin monin kohdin korkeatasoiset. Niissä on epätaisaisuutta ja mm. joitakin kohtia, joissa rikosoikeudellista vastuuta tuntuisi ulotettavan pykälätekstin sanamuotoa ulommaksi.<sup>12</sup>

Näiden yleisten näkökohtien jälkeen siirryn vielä tarkastelemaan yhtä ehdotettua säännöstä, laillisuusperiaatetta koskevaa RL 3:1:ää.

## 5. EHDOTETTU RL 3:1 – LAILLISUUSPERIAATE

Laillisuusperiaate, joka sanoo, että ”ei rikosta eikä rangaistusta ilman lakia” (nullum crimen, nulla poena sine lege), on eräs rikosoikeuden kulmakivistä. Laillisuusperiaatetta koskevaa säännöstä ei kuitenkaan otettu vuoden 1889 rikoslakiin. Ajallista ulottuvuutta koskeva RVA 3 § paransi jossain määrin tilannetta. Laillisuusperiaatteen asema vankistui olennaisesti ihmisoikeussopimusten ansiosta, jotka sisältävät säännöksen myös siitä; vuonna 1976 voimaan tulleen YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen (SopS 7–8/1976) 15 artikla ja vuonna 1990 voimaan tulleen Euroo-

<sup>11</sup> Tiettyä kritiikkiä herätti se rikoslain kokonaisuudistuksen marssijärjestystä koskeva asia, että yleisiin oppeihin liittyvät kysymykset tultaisiin käsittelemään vasta uudistuksen myöhemmässä vaiheessa, jolloin laajoja erityisten tunnusmerkistöjen uudistuksia tuli tehtäväksi epätietoisena esimerkiksi syyksiluettavuutta ja osallisuutta koskevien tulevien säännösten sisällöstä; ks. LaVM 6/1990 s. 3 ja LaVM 22/1994 s. 5.

<sup>12</sup> Tässä yhteydessä voidaan lyhyesti tarkastella dolus directusta. Terroristi asettaa pommin lentokoneeseen tappaakseen matkustajana olevan valtionpäämiehen. Hän mieltää pommin räjähtävän 20 % todennäköisyydellä. Terroristi ymmärtää, että räjähtämisestä seuraa varmasti (= 100 % todennäköisyydellä) myös muiden matkustajien kuolema. Valtionpäämiehen hengenmenon osalta kyse on tarkoitustahallisuudesta. Muiden matkustajien kuoleman osalta kyseessä olisi perustelujen valossa varmuustahallisuus, vaikka heidän kuolemansa todennäköisyys on tekijän käsityksen mukaan vain 20 % (ks. 86–87).

pan ihmisoikeussopimuksen (SopS 18–19/1990) 7 artikla. Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen yhteydessä uudistettiin RVA 3 § (770/1990). Laillisuusperiaatteella (erityisesti taannehtivuuskiellolla) oli myös vahva tavanomaisoikeudellinen asema.

Perusoikeusuudistuksen yhteydessä Hallitusmuodon 6a §:ksi (969/1995) otettiin säännös legaliteettiperiaatteesta. Uudistus tuli voimaan 1.8.1995. Säännös otettiin nimikkeellä varustettuna uuteen 1.3.2000 voimaan tulleeseen perustuslakiin (731/1999), sen 8 §:ksi:

*Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate.* Ketään ei saa pitää syyllisenä rikokseen eikä tuomita rangaistukseen sellaisen teon perusteella, jota ei tekohetkellä ole laissa säädetty rangaistavaksi. Rikoksesta ei saa tuomita ankarampaa rangaistusta kuin tekohetkellä on laissa säädetty.

HE:ssä ehdotetaan, että myös rikosoikeudellisen vastuun yleisiä edellytyksiä koskevaan RL 3 lukuun otettaisiin laillisuusperiaatetta koskeva pykälä. Ehdotettu RL 3:1 kuuluisi näin.

*Laillisuusperiaate.* Rikokseen syylliseksi saa katsoa vain sellaisen teon perusteella, joka tekohetkellä on laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi.

Rangaistuksen ja muun rikosoikeudellisen seuraamuksen on perustuttava lakiin.

Laillisuusperiaatteen tavataan sanoa sisältävän neljä osaperiaatetta, joista osa suuntautuu lainkäyttäjälle, osa lainsäätäjälle: praeter legem-kielto, analogiakielto, epätäsmällisyyskielto ja taannehtivuuskielto. Toisaalta tulee tietää, mitä kaikkea rikosoikeudellinen laillisuusperiaate koskee. Siteerattu latinankielinen peruslause puhui rikoksesta ja rangaistuksesta. Laillisuusperiaatetta koskeva pykälä voi olla eri tavoin muotoiltu, ja eri muotoiluilla tavoitetaan ja painotetaan asioita eri tavoin.<sup>13</sup>

PL 8 § ja ehdotettu RL 3:1 eroavat toisistaan eräissä suhteissa. Ehdotetussa RL 3:1:ssä esimerkiksi puhutaan, toisin kuin PL 8 §:ssä, rangaistuksen ohella myös ”muusta rikosoikeudellisesta seuraamuksesta”. Kun PL 8 § käyttää kautta linjan ilmaisua ”laissa säädetty”, ehdotetaan RL 3:1:n 1 momentissa käytettäväksi astetta vahvempaa ilmaisua ”laissa nimenomaan säädetty”. Ehdotetussa

<sup>13</sup> Rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta kokoavasti ks. esim. *Frände*, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, Ekenäs 1989 ja *sama* Allmän straffrätt, Helsingfors 2001 s. 42–72, *Heinonen*, Kriminaalipolitiikan päämäärät ja arvot, teoksessa Heinonen, Olavi (päätoim.), Rikosoikeus, Helsinki 2002 s. 74–79, *Koskinen*, Johdatus rikosoikeuteen, Helsinki 2001 s. 25–27, *Lahti*, The Rule of Law and Finnish Criminal Law Reform, Acta Juridica Hungarica 1995/96 s. 251–258, *Nuutila*, Rikoslain yleinen osa, Helsinki 1997 s. 47–67 ja *Pellonpää*, Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate (PL 8 §) teoksessa Hallberg, Pekka (päätoim.), Perusoikeudet, Helsinki 1999 s. 283–294. Ks. myös *Lahti*, Perusoikeusuudistus ja rikosoikeus, LM 1996 s. 930–939.

2 momentissa taas operoitaisiin PL 8 §:ään verrattuna astetta heikommalla ilmaisuulla ”on perustettava lakiin”.

Eroavuus ei vielä sellaisenaan ole ongelma, sillä laillisuusperiaatteen ottaminen myös rikoslakiin ei merkitse velvollisuutta toistaa rikoslaissa sana sanalta perustuslain säännös. Tästä ei toisaalta seuraa, että laillisuusperiaate voitaisiin muotoilla rikoslaissa melko vapaasti.<sup>14</sup> Merkittävät eroavuudet saattaisivat edellyttää kvalifioitua lainsäätämisyjärjestystä. Lisäksi ihmisoikeussopimukset asettavat rajoja muotoilemisen mahdollisuuksille.

Perustuslaissa asioita ei välttämättä kyetä ilmaisemaan yhtä yksityiskohtaisesti kuin lain tasolla. ”Muun rikosoikeudellisen seuraamuksen” mainitseminen rangaistuksen rinnalla rikoslakiin otettavassa laillisuusperiaatetta koskevassa säännöksessä voikin olla perusteltua, sillä rangaistus ei ole ainoa merkittävä rikosoikeudellinen seuraamus.<sup>15</sup> Myös rikoslain ajallista soveltuvuutta koskeva säännös (ehdotettu RL 3:2) täsmentää osaltaan perustuslain säännöstä. En keskity lähemmin näiden asioiden käsittelyyn. Sen sijaan yritän arvioida sen edellä mainitun seikan perusteltavuutta, että verrattuna PL 8 §:n ”laisa säädetty”-ilmaisuun ehdotetussa RL 3:1.1:ssä käytetään vahvempaa vaatimusta ”laisa nimenomaan säädetty”, ehdotetussa RL 3:1.2:ssa taas heikompaa ”on perustettava lakiin”-ilmaisu.<sup>16</sup>

Asiaan on osin saatavissa auktoritatiivista valaisua. Vaikka hallituksen käsityksen mukaan tarkasteltavana oleva esitys voidaan käsitellä tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä, ehdotti se kuitenkin perustuslakivaliokunnan lausunnon pyytämistä esityksestä (s. 248). Eduskunta määräsiikin, lähettäessään esityksen lakivaliokuntaan, että perustuslakivaliokunnan tulee antaa asiasta lausunto lakivaliokunnalle. Perustuslakivaliokunta antoi 17.9.2002 lakivaliokunnalle lausunnon PeVL 31/2002.

Lausunnossa todetaan, että ehdotetut 3 luvun 1 §:n säännökset eivät vaikuta lakiehdotuksen käsittelyjärjestykseen. Lausunnossa s. 2 olevan luonnehdinnan mukaan ”(a)sialliselta sisällöltään ehdotus vastaa perustuslain 8 §:n säännöstä rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta, vaikka ehdotettu sanamuoto osittain poikkeaa perustuslaissa käytetystä”.

Mitä tämä tarkoittaa? Selvää on, että valiokunta ei nähnyt ehdotetussa 3:1:ssä ainakaan sellaista poikkeamista perustuslain 8 §:stä, että ehdotettua 3:1:ää ei voitaisi hyväksyä tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä. Ehdotetun 3:1:n katsottiin asialliselta sisällöltään jopa ”vastaavan” perustuslain 8 §:n säännöstä.

<sup>14</sup> Ks. tematiikasta esim. KKO:n lausunto s. 394 ja 409–410 (Tulokas), *Frände* 2001 s. 44–45 ja PeVL 31/2002 s. 2.

<sup>15</sup> Ks. kuitenkin myös *Fränden* huomautuksia, 2001 s. 47–48.

<sup>16</sup> Mielestäni laillisuusperiaatetta koskevasta sääntelystä tulisi käydä ilmi myös laiminlyönnin asema. Tähänkään kysymykseen en voi tässä lähemmin paneutua. – Ks. myös alaviitteessä 2 mainitun, Ohisalon laatiman lausuntotiivistelmän s. 5–7.

Kun kuitenkin on selvää, että esimerkiksi ”laissa säädetty” ei ole sama asia kuin ”laissa nimenomaan säädetty” – ilmaisu ”nimenomaan” ei ole merkityksetön vaan luonteeltaan vahventava, yksilöivä – on käsitykseni mukaan kohtuullista tulkita perustuslakivaliokunnan lausumaa sensuuntaisesti, ettävaliokunta piti ehdotettua 3:1:ää siinä määrin samankaltaisena kuin PL 8 §, ettei ehdotus perustuslain näkökulmasta antanut aihetta huomautuksiin. Riittävästä samankaltaisuudesta PL 8 §:n kanssa ei toki vielä seuraa paljoakaan sen suhteen, onko syytä hyväksyä 3:1 ehdotetussa muodossaan.<sup>17</sup>

Saattaa olla, että perustuslakivaliokunta ei näe eroa ilmaisujen ”laissa säädetty” ja ”on perustettava lakiin” (ehdotettu RL 3:1.2) välillä, sillä sen mukaan ehdotettu RL 3:1 sisältäisi ”perustuslain 8 §:n tavoin vaatimuksen rikoksesta seuraavien rangaistusten määrittelemisestä laissa” (PeVL 31/2002 s. 2). Myös HE:tä lukiessa voi syntyä sellainen vaikutelma, että siinä pidetään ”laissa säädettyä” ja ”lakiin perustuvaa” jotakuinkin synonyymeinä. Pysyn kuitenkin näkemyksessäni, jonka mukaan myös näiden ilmaisujen välillä on merkittävä ero. Valaisen asiaa hyödyntäen erästä perustuslakivaliokunnan lausunnossaan esiin nostamaa kysymystä. Se koskee rikesakkorikkomuksia. RL 2a:9.4:n mukaan pykälän 2 ja 3 momentin tarkoittamista rikesakkorikkomuksista säädetään tarkemmin asetuksella. RL 2a:8.2:n ja 9.4:n nojalla on annettu asetus rikesakkorikkomuksista (610/1999). Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen kanssa olisi valiokunnan mielestä paremmin sopusoinnussa, että ”laista käy suoraan ilmi mahdollisuus määrätä rikesakko rangaistukseksi siinä tarkoitetuista rikkomuksista kuin että rikesakko säädetään konkreettisesti rangaistukseksi vasta asetuksella” (PeVL 31/2002 s. 2).

Sikäli kuin sellainen konkreettinen rangaistus ei ole ”laissa säädetty”, on nähdäkseni kuitenkin ilmeistä, että se ”perustuu lakiin” (ellei asetuksessa ole ylitetty lain valtuutusta, mitä ei liene väitetty). Vastaavasti, jos rikoslaissamme voisi olla säännös, jonka mukaan ”rangaistuksista säädetään asetuksella”, asetuksessa säännellyt rangaistukset ”perustuisivat lakiin” samalla kun ne eivät toki olisi ”laissa säädettyjä”.

Se, tuleeko laillisuusperiaate ottaa rikoslakiin ehdotetun RL 3:1:n mukaisena riippuu nähdäkseni nyt tarkasteltavilta osin siitä, mitä voidaan vastata seuraaviin kysymyksiin.

1) Miksi 1 momentissa tulee operoida perustuslain 8 §:n ”laissa säädettyyn” verrattuna vahvemmallalla vaatimuksella ”laissa nimenomaan säädetty”?

2) Miksi 2 momentissa tulee operoida perustuslain 8 §:n kautta linjan käyttä-

<sup>17</sup> Perustuslakivaliokunnan lausunnossa tarkastellaan yksilöidysti ylipäätään vain muutamaa ehdotettua pykälää. Ei tietenkään ole niin, että HE olisi ”siis” muilta osin sellaisessa kunnossa, että se olisi syytä hyväksyä sellaisenaan. Rikosoikeudellinen arviointi on oma kysymyksensä.



mään ”laissa säädettyyn” verrattuna heikommalla kriteerillä ”on perustuttava lakiin”?

3) Miksi 1 ja 2 momentissa tulee käyttää erivahvuisia kriteerejä?

Nimenomaan-kriteerillä on historiansa. Rikoslakiprojektin yleisten oppien työryhmässä oli jo helmikuussa 1991 esillä laillisuusperiaatemuotoilu, jonka mukaan ”(r)angaistukseen tai muuhun rikosoikeudelliseen seuraamukseen saa tuomita vain teosta, joka oli nimenomaan säädetty rangaistavaksi kun se tehtiin”. Nimenomaan-kriteeri oli siis mukana muotoilussa, mutta siinä ei sanottu, että tuo nimenomaan rangaistavaksi säätäminen tapahtuisi ”laissa”.<sup>18</sup> ”Laissa nimenomaan säädetty” oli esillä perusoikeusuudistuksessa. HE 309/1993 perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta käytti laillisuusperiaatetta koskevasa pykäläehdotuksessaan (HM 6a §) ilmaisua ”laissa säädetty”. Lakivaliokunta ehdotti – Pekka Koskisen muistiossaan 8.4.1994 valiokunnalle suositamin tavoin – nimenomaan-kriteerin ottamista HM 6a §:n ensimmäiseen virkkeeseen. Valiokunnan perustelut olivat seuraavat.

Analogiakieltoa ja täsmällisyysvaatimusta, jotka perustelujen mukaan on tarkoitettu sisällytettäväksi säännöksiin, korostaisi pykälän sanamuodon vahvennaminen yhdellä sanalla seuraavasti: ”laissa *nimenomaan* säädetty”.<sup>19</sup>

Perustuslakivaliokunta torjui ehdotuksen seuraavin perustein.

Perustuslakivaliokunnan käsityksen mukaan ”nimenomaan”-sanan lisääminen pykälän ensimmäisen virkkeen loppuosaan olisi kuitenkin ongelmallista, koska perusoikeussäännöksiin sisältyviin lakivarauxiin on ajateltu yleisesti sisältyvän täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimus. Tämän yleisvaatimuksen merkitys saattaisi tulkinnallisesti heiketä tarkoitettua lisäyksestä. Sinänsä on syytä korostaa, että lakivaliokunnan tarkoittama täsmällisyysvaatimus on rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen oleellinen osa.<sup>20</sup>

Perusoikeusuudistus näyttää vaikuttaneen rikoslakiprojektin työhön laillisuusperiaatteen muotoilussa. Jo 24.8.1994 projektissa oli uusi laillisuusperiaatteen muotoilu (15.5.1995 päivätty projektin pykäläkooste). Sana ”laissa” otettiin uuteen versioon; 1 momentin mukaan ”(r)ikokseen syylliseksi saa katsoa vain sel-

<sup>18</sup> Sama muotoilu on vielä työryhmän pykäläkoosteessa 10.4.1994. Sama tai ainakin hyvin samankaltainen muotoilu näyttää olleen jo syyskuun 1990 kollokvion pykäläkäännösten pohjana (ks. alaviite 2), eikä *Lappi-Seppälä* kollokviokirjoituksessaan 1992 s. 221 nähnyt tällaisessa muotoilussa periaatteellisia ongelmia. Laillisuusperiaatetta koskevan pykälän 2 momentiksi oli esillä muotoilu ”(r)ikossäännökselle ei saa antaa sen sanamuotoa laajempaa merkitystä”. Tämä 2 momentti on kuitenkin ainakin pykäläkoosteissa 14.10.1992 ja 10.4.1994 ollut hakasulkeissa, ja on sittemmin jätetty pois.

<sup>19</sup> LaVL 5/1994 PeVM 25/1994:ssä s. 27. Kursivointi on lausunnon. Lakivaliokunnan ehdottaman pykälän sanamuoto on Koskisen muistiossaan esittämän mukainen.

<sup>20</sup> PeVM 25/1994 s. 8.

laisen teon perusteella, joka (tekohetkellä) on laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi”. Myös ”on perustuttava lakiin” tuli käyttöön, sillä 2 momentin mukaan ”(r)angaistuksen ja muun rikosoikeudellisen seuraamuksen on perustuttava lakiin”. Pykäläversio on samasanainen projektin lopullisen vuoden 2000 ehdotuksen kanssa (paitsi että 1 momentin sana ”tekohetkellä” on 24.8.1994 -versiossa vielä sulkeissa). Projektin vuoden 2000 ehdotuksessa oleva muotoilu otettiin HE 44/2002:een.

Siltä osin kuin ehdotettu RL 3:1 eroaa PL 8 §:n 1 virkkeestä HE ilmoittaa korostettavan analogiakieltoa sekä lain ja tunnusmerkistön täsmällisyysvaatimusta (s. 32). Sitten selostetaan nimenomaan-kvalifikaation äsken läpikäytyä roolia perusoikeusuudistuksessa. Perusteluissa todetaan asiasta vielä seuraava s. 32: ”(k)oska täsmällisyysvaatimusta kuitenkin juuri rikosoikeudessa on oikeusturvasyistä korostettu, on katsottu asianmukaiseksi sisällyttää tuota ulottuvuutta ilmaiseva lisämääre rikoslakiin otettavaan säännökseen”.<sup>21</sup>

Entä sitten kysymykset 2 ja 3 – riittääkö siis 2 momentissa analogiakiellon, täsmällisyysvaatimuksen ja oikeusturvan näkökulmasta löyhempikin kriteeri? Nähdäkseni kysymyksiin 2 ja 3 ei perusteluissa juuri vastata. Seuraavasta 2 momentin perustelulausumasta s. 35 tuntuisi välittyvän ajatus samanhahvuisten kriteerien perustelluisuudesta samoin kuin siitä, että (ei vain ”laissa säädetty”, vaan jopa) ”laissa nimenomaan säädetty” olisi jokseenkin samaa kuin ”lakiin perustuva”.

Ei riitä, että rikoksen määrittelyn tulee perustua lakiin, vaan vaaditaan myös, että teosta määrättävät rikosoikeudelliset seuraamukset perustuvat kirjoitettuun lakiin (nulla poena sine lege poenali). Tuomioistuimet eivät siis saa oman harkintansa mukaan määrittää sen enempää kielletyn ja sallitun rajaa kuin kieltojen rikkomisesta seuraavia sanktioitakaan.

Teen vielä lyhyen ekskursioiden 1 momentin perusteluihin, sillä analogiakiellon käsittelyn yhteydessä sen sisältöä tarkastellaan aiheen kannalta merkittävällä tavalla. Perustelujen s. 34 mukaan ensinnäkin lain soveltaminen, joka perustuu termeille annettuun normaalikielen mukaiseen merkitykseen, on sallittua tulkintaa. Esitys jatkuu (s. 34): ”Myös lain soveltaminen, joka perustuu termeille oikeustieteessä, lakien esitöissä taikka mieluummin itse laissa vahvistettuun juridis-tekniseen merkityssisältöön, on sallittua tulkintaa”. Olisi siis ilmeisesti sallit-

<sup>21</sup> Tämän perusteen merkityksellisyys arvioinnin osalta saan vielä kiinnittää huomiota siihen, että laillisuusperiaatetta käsitellessään perustuslakivaliokunta totesi, että ”(t)avallisella lailla ei ole perustuslaille ominaisia lainsäätäjää sitovia vaikutuksia”; PeVL 31/2002 s. 2. Asiaan kiinnittää huomiota myös *Frände*, 2001 s. 44–45. Voidaan kysyä, miksi ”nimenomaan lainkäyttäjälle suunnattavassa rikoslaisissa” (ks. 32) tarvittaisiin nimenomaan-kvalifikaatiota korostamaan lainsäätäjään (s. 29) kohdistuvaa täsmällisyysvaatimusta.

tua antaa lain termille y (normaalikielisen merkityksen ulkopuolellekin menevä) esitöissä tai jopa oikeustieteessä ”vahvistettu” juridis-tekninen merkitysisältö. Mahtaako näissä oloissa olla syytä puhua laillisuusperiaatteesta edes kvalifioimattomassa ”laissa säädetty” -merkityksessä, puhumattakaan ilmaisusta ”laissa nimenomaan säädetty” rangaistavaksi? Siteerattu luonnehdinta tuo mieleen tällaisen kysymyksen, vaikka esityksen s. 34 mukaan rajatapauksia ratkaistaessa lähtökohtana ovat laillisuusperiaatteen tausta-arvot ja tavoitteet eli oikeusturvan ja ennakoitavuuden takaaminen. Ohitan tämän perustelulausuman näillä huomautuksilla ja siirryn arvioimaan ehdotettua RL 3:1.1:ää rikoslainsäädäntömme kannalta.<sup>22</sup>

Ehdotettu 1 momentti edellyttäisi siis, että ”rikokseen syylliseksi saa katsoa vain sellaisen teon perusteella, joka tekohetkellä on laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi”. Rikokseen syylliseksi katsominen perustuu aina yksittäiseen teokoon (tai laiminlyöntiin). Sitä vastoin kriminalisoinneissa ei operoida konkreettisilla singulaarisilla teoilla.<sup>23</sup> Tällöin yksittäinen teko ei siis ole ”laissa nimenomaan säädetty” rangaistavaksi, tuskin edes ”laissa säädetty” rangaistavaksi. Kun 1 momentti puhuu ”sellaisesta” teosta (eikä esim. ”siitä” teosta tai pelkästään teosta), voimme kuitenkin hyväksyä sen, että 1 momentin kannalta on riittävää, että tekotyyppi on laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi.

Laissa ”nimenomaan” rangaistavaksi säädetty voisi tällöin edellyttää, että kriminalisoinnissa on melko yksilöity kuvaus rangaistavaksi tarkoitettusta tekotyyppistä. Tarkasteltavalla teolla (tekotyyppillä) ja kriminalisoinnilla tulee olla hyvin ilmeinen yhteys. Mitä tämä tarkoittaa, ei ehkä ole yksiselitteisesti sanottavissa. Asiaa voitaneen kuitenkin lähestyä esimerkiksi seuraavien kysymysten avulla.

- Onko sellainen teko kuin x §:ssä y nimenomaan säädetty rangaistavaksi?
- Minkälaiset teot on §:ssä y nimenomaan säädetty rangaistaviksi?

Kysymys on siitä, ovatko tekotyyppit niin yksityiskohtaisesti määriteltyjä, että on oikein puhua ”laissa nimenomaan” rangaistavaksi säädettyisyydestä. Tällöin on ensinnäkin huomattava, että vaikka lainsäätävä pyrkii täsmällisyyteen, se hyödyntää aiempaa jossain määrin yleisluontoisempaa, synteettistä kriminalisointitekniikkaa. Taustalla on mm. rikoslain kokonaisuudistuksessa sovellettu keskitämisperiaate ja pyrkimys pidentää säännösten elinikää nykyisessä aiempaa monimutkaisemmassa ja dynaamisemmassa yhteiskunnassa; jos operoitaisiin kovin kasuistisella tai konkreettisella tunnusmerkistöjen kirjoittamistavalla, saataisiin

<sup>22</sup> Ks. tässä kappaleessa esitetyn kannalta myös alaviitettä 12 (tahallisuus suhteessa muiden matkustajien kuin valtionpäämiehen kuolemaan) sekä *Lahti*, Rikoslain kokonaisuudistusta 30 vuotta – entä nyt?, LM 2001 s. 723, jossa hän on huolissaan siitä, että ehdotus tuntuu viittaavan vahvaan in dubio mitius-tulkinta-asenteeseen ja teleologisten tulkintaperusteiden torjumiseen.

<sup>23</sup> Poikkeuksena yksittäisten tunnusmerkkien osalta saatetaan pitää ainakin tunnusmerkkiä ”Suomi” (RL 12:1). Voi myös olla sellaisia tunnusmerkkejä, joiden edellytykset vain yksi olio voi (tietynä hetkenä) toteuttaa; esim. ”tasavallan presidentin” (RL 13:1).

tunnusmerkistöjä olla tämän tästä muuttamassa, mikä vaatisi myös paljon voimavaroja.<sup>24</sup>

Synteettisellä kriminalisointitekniikalla on mm. se etu, että kriminalisoinnit ovat etukäteen varautuneet ottamaan huomioon sellaisiakin tilanteita, joita lainsäätäjä ei erityisesti tullut pohtineeksi ja tilanteita, joita ei vielä olisi edes osattu ennakoida. Mahtaako olla kohtuullista sanoa, että kriminalisoinnissa on tällaisetkin tekotyypit ”nimenomaan” säädetty rangaistaviksi?

Tunnusmerkistöjen ja tunnusmerkkien abstraktiotaso voi vaihdella. Toisinaan lainsäätäjä käyttää hyvinkin abstrakteja, avoimia ja/tai arvostuksenvaraisia ilmaisuja; ajateltakoon vaikkapa sellaisia ilmaisuja kuin ”siihen rinnastettavalla tavalla” (RL 13:1), ”rikos on poikkeuksellisten olojen vuoksi erityisen vaarallinen” (RL 13:2), ”muuhun ankaraan seuraamukseen” (RL 15:3), ”erityisen merkityksellistä seikkaa” (RL 15:3), ”seksuaaliseen tekoon” (esim. RL 20:4 ja määritelmä RL 20:10:ssä), ”erityisen raa’alla tai julmalla tavalla” (RL 21:2), ”luonnontilan muun mullistuksen” (RL 34:1), ”yhteiskunnan tärkeälle toiminnolle” (RL 34:1), ”suuronnettomuudesta” (RL 34:10) tai ”historiallisesti tai sivistyksellisesti erityisen arvokkaalle omaisuudelle huomattavaa vahinkoa” (RL 35:2). Rikoslaki hyödyntää myös sellaisia termejä kuin ”oikeudettomasti” (esim. RL 14:6), ja kokonaistörkeysvaatimus ilmaistaan usein sanoilla ”ja rikos on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä”.<sup>25</sup>

Blancokriminalisoinnit muodostavat laillisuusperiaatteen yhteydessä perinteisesti oman lukunsa. Blancokriminalisoinnit koostuvat laissa olevasta rangaistuksen ja -asteikon sisältävästä normista (= blancorangaistussäännös) sekä täydentävistä normeista, jotka voivat olla peräisin esim. lakia alemman tason säädöksistä tai jopa EY-asetuksista. Täydentävät säännökset ovat osa rikoksen tunnusmerkistöä. Esimerkiksi TLL 103 §:n (267/1981) tarkoittama liikennerikkomus on perinteinen blancokriminalisointi. Perusoikeusuudistuksen yhteydessä *Pekka Koskinen* muotoili aiemmin mainitussa, lakivaliokunnalle laatimassaan muistiossa neljä sääntöä blancokriminalisointien edellytyksiksi. Säännöt otettiin sekä laki- että perustuslakivaliokunnan mietintöön jälkimmäisen lausussa seuraavaa.

Blankorangaistussäännösten osalta tavoitteena tulee olla, että niiden edellyttämät valtuutusketjut ovat täsmällisiä, rangaistavuuden edellytykset ilmaisevat aineelliset säännökset ovat kirjoitetut rikossäännöksiltä vaaditulla tarkkuudella ja nämä säännökset käsittävästä normistosta käy ilmi myös niiden rikkomis-

<sup>24</sup> Ks. myös KM 1976:72 s. 157–159, LaVM 6/1990 s. 4, *Koskinen* 2001 s. 148–149 ja *Koskinen*, Rikosvastuun perusteet teoksessa Heinonen, Olavi (päätoim.), Rikosoikeus, Helsinki 2002 s. 98–99.

<sup>25</sup> Ks. myös *Jareborgin* instruktiivista taulukkoa tunnusmerkeissä esiintyvän epämääräisyyden lajeista ja tarkennustoimenpiteistä tulkinnassa; Broten. Första häftet, Stockholm 1984 s. 88–89.

sen rangaistavuus sekä kriminalisoinnin sisältävässä säännöksessä on jonkinlainen asiallinen luonnehdinta kriminalisoitavaksi tarkoitetusta teosta.<sup>26</sup>

Laissa olevan blancorangaistussäännöksen tulee siis sisältää ”jonkinlainen asiallinen luonnehdinta” kriminalisoitavaksi tarkoitetusta teosta. Sitä tarkkuutta, jota rikossäännöksiltä tulee edellyttää, vaaditaan vain täydentäviltä säännöksiltä (lisäksi valtuutusketjujen tulee olla täsmällisiä). On vaikea nähdä, kuinka ”jonkinlainen asiallinen luonnehdinta” voisi yltyä ”laissa nimenomaan säädettyyn”. Uudet ehdot täyttävien blancokriminalisointien osalta voidaan kuitenkin, erityisesti koska laissa olevassa blancorangaistussäännöksessä tulee nyt olla tuo ”jonkinlainen asiallinen luonnehdinta” kriminalisoitavaksi tarkoitetusta teosta, juuri ja juuri puhua siitä, että menettely on ”laissa säädetty” rangaistavaksi.<sup>27</sup> Se, että ”lakiin sisältyvä rikossäännös” voi saada ”täsmällisen sisältönsä” muualtakin kuin laissa olevista käyttäytymissäännöistä, on myös nimenomaan otettu huomioon ajallista soveltuvuutta ja avoimia rangaistussäännöksiä koskevassa ehdotetussa RL 3:2.5:ssä.<sup>28</sup>

Ei ole aiheen kannalta riittävää tarkastella vain erityisen osan tunnusmerkistöjä, sillä rangaistavaksi säädettyisyys edellyttää huomion kiinnittämistä myös rikosoikeudellisen vastuun yleisiin edellytyksiin. Teen sen käsittelemällä vielä lyhyesti muutamaa HE:ssä ehdotettua säännöstä. Vastikään mainitsin ensinnäkin ehdotetun RL 3:2.5:n, joka osoittaa, että rikossäännöksen ”täsmällinen sisältö” ei suinkaan aina ilmene laista.

Toisena voidaan huomiota kiinnittää ehdotettuun hätävarjelupykälään (RL 4:4). RL 4:4.1:n mukaan ”(a)loitetun 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”. Säännös ei siis, toisin kuin voimassa olevat hätävarjelusäännökset, enää asettaisi rajoituksia sen suh-

<sup>26</sup> PeVL 25/1994 s. 8. Perustuslakivaliokunta puhui vain ”tavoitteesta”, kun taas lakivaliokunta piti mainittuja kriteerejä blancokriminalisoinneille asetettavina ”vähimmäisvaatimuksina”; ne tuli saattaa lainvalmistelijoiden tietoon; LaVL 5/1994 PeVM 25/1994:ssä s. 28–29. Ks. myös KM 1976:72 s. 168 ja 175. HE 44/2002:ssa viitataan s. 33 näihin kriteereihin käyttäen sanaa ”vaatimukset”.

<sup>27</sup> Jossain määrin epäselvältä tuntuu se, miten tulee suhtautua perusoikeusuudistusta aikaisemmalta ajalta oleviin blancoihin. Monet niistä edustavat korkeintaan tasoa ”lakiin perustuva”. Ks. lisäksi PeVL 31/2002 s. 2–3. Uusista blancosäännöistä kiinni pitäminen näyttää olevan vaikeaa erityisesti EY-sääntelyn yhteydessä; ks. *Pellonpää* 1999 s. 288–293 ja *Frände* 2001 s. 59. Ks. myös *Eerola*, Eurooppalaistuva rikosoikeus teoksessa Kumpulainen, Anne (toim.), *Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938 – 30/8 – 1998*, Turku 1998 s. 31–46.

<sup>28</sup> RL 3:2.5 on tarpeellinen säännös, joskaan sen muotoilu ei vielä ole tyydyttävä. PeVL 31/2002 s. 2–3 esitti sanamuodosta huomautuksen blancoille asetettavien vaatimusten näkökulmasta. Ks. myös *Elina Pirjatanniemen* artikkeliä Lievemman lain periaatteen soveltamisalasta teoksessa Ahonen, Timo (toim.), *Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 40 vuotta*, Turku 2001 s. 181–194.

teen, mitä oikeushyviä hätävarjelulla saadaan puolustaa. Perustelujen mukaan sellaisista kävisivät mitkä hyvänsä oikeudellisesti merkittävät edut, mm. valtion ulkoinen ja sisäinen turvallisuus sekä kulttuuriarvot (s. 114). Tarpeellisena pidettävät rajaukset ”voidaan perustaa hyökkäyksen käsitteen tulkintaan ja säännöksen edellyttämään puolustettavuusarviointiin” (s. 18). ”Hyökkäyksestä” käy in casu myös laiminlyönti (s. 115). Oma kysymyksensä on sekin, miten nimenomaisuus-kriteeri suhtautuu käytettyihin liudennuksiin; esimerkiksi hätävarjelupykälässä puhutaan teosta, joka ei ”ilmeisesti” ylitä sitä, mitä ”on pidettävä” puolustettavana.<sup>29</sup>

Kolmantena esimerkkinä mainittakoon vielä ehdotettu kieltoerehdysäänös (RL 4:2). Tekijän kieltoerehdys johtaa vapauteen rangaistusvastausta, jos erehtymistä oli pidettävä ilmeisen anteeksiannettavana mm. ”lain sisällön erityisen vaikeaselkoisuuden” vuoksi. Jos lain sisältö oli ”erityisen vaikeaselkoinen”, ei tunnu kovin luontevalta sanoa, että kyseinen tekotyyppe oli siinä silti ”nimenomaan säädetty rangaistavaksi”. Tällaisesta asetelmasta pitäisi kuitenkin lähteä, sillä lain sisällön erityinen vaikeaselkoisuus merkitsisi vain potentiaalista anteeksiantoperustetta.

Mielestäni olen voinut kohtuullisesti perustella sen, että rikosoikeudellisen vastuun sääntelymme ei yllä sellaisen yksityiskohtaisuuden tasolle, että olisi oikein väittää, että meillä tuomitaan rangaistukseen vain sellaisista teoista, jotka olivat tekohetkellä laissa ”nimenomaan” säädetty rangaistaviksi. Se, että tästä huolimatta omaksuttaisiin ilmaisu ”laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi”, olisi omiaan herättämään kysymyksen siitä, onko rikoslaissamme mahdollisesti muitakin säännöksiä, joita ei ehkä tarvitse ottaa ihan kirjaimellisesti.

Ehdotetussa 2 momentissa käytetty ilmaisu ”on perustuttava lakiin” taas kattaa sellaisiakin asioita, jotka eivät ole ”laissa säädetty”. Syytä siihen, miksi 2 momentissa olisi syytä käyttää heikompaa ilmaisua kuin PL 8 §:nkin kautta linjan käyttämä ”laissa säädetty” en ole huomannut esitetyn.

Minusta näyttää siltä, että ehdotettua RL 3:1:ää voitaisiin tässä kirjoituksessa esillä olleen kysymyksenasettelun osalta parantaa poistamalla nimenomaan-kvalifikaatio 1 momentista ja käyttämällä ilmaisua ”laissa säädetty” myös 2 momentissa (2 momentin muodostava virke voitaisiin siirtää 1 momentin toiseksi virkkeeksi). ”Laissa säädetty” ilmaisee yksinkertaisesti ja luontevasti sen, mistä lailisuusperiaatteessa on kyse. Se ei nimenomaan-kvalifikaation tavoin lupaa sel-laista, mitä se ei kykene pitämään, muttei myöskään suostu lipsumaan laissa säädetystä pelkkään lakiin perustuvaan.

<sup>29</sup> Ks. myös *Majasen* arviota HE:n hätävarjelusäänöksen pohjana toimineesta rikoslakiprojektin samankaltaisesta säännöksestä artikkelissa *Om nödvärn teoksessa Asp, Petter – Herlitz, Carl Erik – Holmqvist, Lena (toim.), Flores juris et legum. Festskrift till Nils Jareborg, Uppsala 2002 s. 453–463.*

## Näkökohtia valtion virkojen täytöstä

### 1. LÄHTÖASETELMIA

Nimittäminen virkaan, niin kuin muukin työhön valinta on ennustamista, joka kuitenkin voidaan perustaa varsin konkreettisiin tietoihin valittavien joukosta ja täytettävästä virasta tai muusta työstä. Ennustaminen nimitysharkinnassa tarkoittaa sitä, että on selvitettävä, kenen hakijoista tai ilmoittautuneista voidaan arvioida tulevan parhaiten suoriutumaan viran työtehtävistä ja muista velvollisuuksista. Seuraavassa pyrin esittämään, miten tätä harkintaa käytännössä punnitaan valtioneuvoston nimitysratkaisuissa. Puitteet ja suuntaviivat harkinnalle saadaan lainsäädännöstä ja siihen perustuvista muista virallisiasiakirjoista, mutta käytännössä on myös vakiintunut menettelytapoja, joilla pyritään varmistumaan, että nimitysennustus osuisi mahdollisimman oikeaan.

Uudella perustuslailla muutettiin ylimpien valtioelinten nimitystoimivaltaa vahvasti valtioneuvoston valtuuksia – ja vastuuta lisäävästi (perustuslain 126 §, ks. myös HE 1/1998 vp, s. 180 s.). Valtioneuvostolla on (edelleen) yleistoimivalta, mutta tasavallan presidentin nimitysvaltaan jäivät kuulumaan enää kansliapäälliköt sekä ne muut virkamiehet, joiden nimittäminen tai tehtävään määrääminen säädetään muualla perustuslaissa taikka laissa presidentin tehtäväksi. Siltä osin kuin nimitystoimivalta on tasavallan presidentillä, hän tekee pääsääntöisesti nimitykset valtioneuvostossa. Presidentille tehtävästä nimitysesityksestä päättää tällöin valtioneuvoston yleisistunto ja sille nimitysehdotuksen valmistee ja esittelee ministeriö, jonka toimialaan ko. virka kuuluu.

Tasavallan peresidentti määrää tehtävään edustustojen päälliköt sekä oman kansliansa päällikön ja esittelijät. Muun lainsäädännön perusteella suurimmat presidentin nimitettävien virkamiesten ryhmät ovat tuomarit ja upseerit. Tasavallan presidentiltä valtioneuvostolle siirtyneestä nimitystoimivallasta huomionarvoisimmat ovat valtioneuvoston ylimmän sekä asemaltaan että tehtäviltään hyvin keskeisen esittelijäkunnan, mm. ministeriöiden osastojen päälliköiden, hallitusneuvosten ja hallitussihteereiden sekä neuvottelevien virkamiesten virat. Varsin suuri tasavallan presidentin nimitettävien virkamiesten ryhmä oli siirtynyt presidentiltä jo ennen perustuslain voimaantuloa, kun yliopistojen professoreiden nimitysmenettely uudistettiin.

Nimitysmenettelyssä varteen otettavat säännökset ja määräykset kattavat koko säädöspyramidin. Nimitystoimivallan jaon perusteiden ohella perustuslaissa on

yleissäännös kelpoisuusehdoista ja nimitysperusteista (125 §). Yksityiskohtaisempia, mutta vielä yleisesti sovellettavia säännöksiä on valtion virkamieslaissa ja -asetuksessa sekä tasa-arvolaisissa. Näiden ohella on eri hallinnonaloja koskevissa erityislaeissa ja -asetuksissa säännöksiä nimittävistä viranomaisesta, hakumenettelystä (tai sen puuttumisesta) sekä kelpoisuusehdoista. Nimityksiin vaikuttavia säännöksiä on myös ministeriöiden asetuksilla annetuissa ministeriöiden työjärjestyksissä sekä vielä alemmanasteisilla päätöksillä annetuissa muiden viranomaisten työjärjestyksissä ja vastaavissa.

Varsin huomionarvoinen ja jatkuvasti esille tuleva on vuodelta 2000 oleva valtiovarainministeriön suositus virkojen hakumenettelyssä ja virkanimitysten valmistelussa noudatettavista periaatteista (VM:n julkaisu 14/2000). Siihen liittyy valtion ylimpiä virkamiehiä koskeva ilmoituslomake sidonnaisuuksista. Kaikkeen edellä lueteltuun liittyy vielä joukko laillisuusvalvojien päätöksiä sekä hallinto-oikeudellinen käytäntö, erityisesti korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut. Kokonaisuus on muodostunut ja kehittyy edelleen siten, että yksittäiset laillisuusvalvonta- ja lainkäyttöatkaisut saattavat johtaa oikeussäännösten uudistamiseen ja uusista säännöksistä puolestaan syntyy uutta tulkintakäytäntöä.

## 2. JULKISESTI ARVIOITAVIKSI

Vanhastaan ylimmät virat on täytetty ilman hakumenettelyä, ilmoittautumisen perusteella. Hakumenettely puolestaan on verraten säännelty. Aikaisemmin vain hakumenettelyllä täytettävät virat julistettiin haettaviksi ja ilmoittumisviroista ei aina kerrottu julkisuuteen mitään, joten käytännössä nimitettävä saatettiin tosiasiallisesti pyytää virkaan. Pyrkimys lisätä julkisuutta ja avoimuutta ilmoittautumisen perusteella tehtäviin nimityksiin johti säännösten kiristämiseen ("poimintamahdollisuus" jäi yliopistomaalimaan, jossa professorinviran täyttämiseen kutsusta turvaudutaan varsin hanakasti). Haku- ja ilmoittautumismenettelyä koskevat muutokset virkamiesasetukseen (7 ja 7 a sekä 13 §) tehtiin vuonna 1997. Muutokset perustuvat valtiovarainministeriössä suoritettuun selvitystyöhön, jonka yhtenä ensivaiheena oli valtioneuvoston periaatepäätös valtion ylimpien virkamiesten valintaperusteiden ja -menettelyn uudistamisesta 2.6.1997. Nimitysmenettely ilmoittautumisen perusteella täytettävissä viroissa tuli viranomaiselle toimitettavaa asiakirjaa lukuunottamatta samaksi kuin hakumenettelyssä (ks. myös *Seppo Koskinen – Heikki Kulla: Virkamiesoikeuden perusteet*, Helsinki 2001, s. 65).

Oman ryhmänsä muodostavat ulkoasiainministeriön sekä rajavartiolaitoksen ja puolustusvoimien virat, joissa ei ole edes julkista ilmoittautumista asianomaisten erityissäännösten mukaan. Näistä sekä eräistä muista menettelyltään



erityisasemassa olevista viroista on säännös virkamiesasetuksen 7 a §:n 2 momentissa. Seuraavassa en niihin enemmälti puutu.

Valtioneuvoston periaatepäätöksessä lausuttiin (s. 5): ”Ylimpien virkamiesten valintaan tulee luoda ja vakiinnuttaa entistä ammattimaisempi valintamenettely, johon kuuluvat tehtävänälyysi, haku- ja ilmoittautumismenettely, vapaamuotoinen hakemus, henkilölomake, hakemusten käsittely ja haastateltavien valinta, jäsenelty haastattelu, tarvittaessa soveltuvuusarviointi, nimitettäväksi esitettävän valinta, ilmoitus sidonnaisuuksista, tarvittaessa selvitys terveydentilasta, nimitys ja ilmoitus hakijoille. Tämä valintamenettely soveltuu käytettäväksi sidonnaisuuksien ilmoittamisvelvollisuutta lukuunottamatta kaikkia valtion virkoja täytettäessä.”

Periaatepäätös ja sitä seuranneet virkamiesasetuksen muutokset ryhdistivät käytännössä nimitysmenettelyjä. Periaatepäätöksessä luetelluista asioista mainitaan nimitysmuistioissa, jotka nekin säännönmukaisesti laaditaan ainakin valtioneuvoston yleisistunnon nimitysasioissa (siinä tapauksessa, että jotain toimenpidettä ei ole nimityksen valmistelussa suoritettu, esim. haastatteluja tai soveltuvuusarviointi, tästä ei yleensä ole muistiossa mainintaa).

Edellä viitattujen periaatepäätöksen ja suosituksen ohella myös nimitysratkaisujen valmistelussa keskeinen apuväline on valtioneuvoston kanslian julkaisema Valtioneuvoston esittelijän opas (se sisältää käytännön ohjeet kaikkeen olennaiseen valtioneuvoston yleisistunnon toimintaan esityslistojen mallit mukaanlukien; toinen tärkeä käytännön opas on niin ikään valtioneuvoston kanslian julkaisema Ministerin käsikirja). Esittelijän oppaassa lausutaan, että nimitysmuistiossa on muodollisten kelpoisuusehtojen lisäksi selostettava mm. virkaan kuuluvat tehtävät, sekä arvioitava virantäytössä kysymykseen tulevia: ”Ansoituneiman hakijan osoittamiseksi muistiossa vertaillaan hakijoiden ansiot. Vertailu tehdään yleisten nimitysperusteiden, kelpoisuusvaatimusten ja virkaan kuuluvien tehtävien asettamien muiden vaatimusten perusteella tarkastelemalla hakijoiden kuolutusta, työ- ja muuta kokemusta sekä muita ansioita.” Oppaassa viitataan oikeuskanslerin vuonna 1990 tekemään esitykseen, jossa *Jorma S. Aalto* yksityiskohtaisin huomautuksin osoitti, mistä seikoista nimitysmuistioissa on lausuttava sekä mitä virheitä ja puutteita muistioissa on havaittu ja tähdensi nimitysasian valmistelussa noudatettavaa huolellisuutta ja tarkkuutta (18/5/90).

Silloin kun hakijoissa tai ilmoittautuneissa on useita kymmeniä muodolliset kelpoisuusehdot täyttävää, heitä jokaista on käytännössä hankala tarkastella muistiossa. Tällöin yleinen menettely on, että hakuasiakirjojen perusteella osoitetaan hakijoiden tai ilmoittautuneiden kärkiryhmä, johon sijoittuneiden kesken suoritetaan yksityiskohtaisempi ansiovertailu.

Käytännössä ongelmia on aiheuttanut se, että ilmoittautumismenettely on säännelty nimenomaan valtion virkamiesasetuksessa. Kansaneläkelaitoksessa ja Suomen Pankissa on virkamiehiä koskevat erityissäännökset ja näiden tulkin-

sa on kysytty, tuleeko johtajien nimityksissä tehtävät ilmoittaa julkisesti haettaviksi ja onko ilmoittautuneiden kesken suoritettava ansiovertailu. Oikeuskanslerinvirastossa tulkintalinja alkoi muotoutua jo 1993 kun apulaisoikeuskansleri *Jukka Pasanen* lausui, että kansaneläkelaitoksen pääjohtajan viran avoinna olemisesta oli ”virkanimityksissä noudatetun käytännön mukaisesti” ilmoitettava asianmukaisella tavalla ainakin Virallisessa lehdessä (OKV:n Dnro 6/21/93).

Oikeuskansleri *Jorma S. Aalto* puolestaan tarkasteli ratkaisussaan vuonna 1997 tasa-arvonäkökohtien huomioon ottamista ja päätösten perustelemista virkanimitysasioissa varsinkin tuolloin kansaneläkelaitosta koskeneen poikkeuksellisen väljässä normikehyksessä (Dnro 167/1/97 – oikeuskanslerit ovat toistuvasti joutuneet käsittelemään nimitysasioiden lainmukaisuutta sekä kanteluratkaisuissaan että valtioneuvoston esittelyjen listatarkastuksessa niin kuin ilmenee kertomuksista vuosikymmenten mittaan).

Kysymys määrämuotoisen ilmoittautumismenettelyn noudattamisesta nousi esiin Suomen Pankin johtokunnan jäsenten nimitysasiassa vuonna 2000. Esityksen viran täyttämistä tekee Suomen Pankista annetun lain 11 §:n mukaan pankkivaltuusto. Oikeuskanslerinviraston aiemman linjan mukaisesti olin ilmoittanut, että avoimista johtokunnan jäsenen viroista oli ilmoitettava julkisesti, niin kuin myös meneteltiin. Pankista tiedusteltiin sitten, onko mahdollista nimittää johtokunnan jäseneksi henkilö, joka ilmoittautumisajan umpeenkuluttua antaa suostumuksen nimittämislle. Oikeuskanslerinviraston osastopäällikkö *Olli Salorannan* muistion 14.8.2000 mukaan ”Suomen Pankin johtokunnan jäsenen viran avoinna olosta ilmoittaminen on yhtä perusteltua kuin kansaneläkelaitoksen pääjohtajan viran kohdalla.” Saloranta päätyi myös siihen, että virkaan voidaan nimittää vain siihen määrääjässä ilmoittautunut, muussa tapauksessa ”ilmoittautumismenettely olisi vain näennäistä”.

Oikeuskanslerinvirastossa noudatetaan kiireellisissä asioissa menettelyä, jossa esittelijä omalta osaltaan harkitsee mielestään perustellun tulkinnan ja esittää sen muistiossaan, minkä jälkeen viraston päätöksentekijä perehtyy asiaan ja muistioon ja mikäli voi yhtyä muistiossa esitettyyn, niin kuin yleensä on asian laita, muistio lähetetään vastaanottajalle saatekirjeellä. Siinä esitetään muistioon yhtyvä kannanotto mahdollisesti lyhyin täsmennyksin tai täydennyksin. Tässä tapauksessa viittasin myös siihen mahdollisuuteen, että ilmoittautumisajan sitovuudesta luopumisen laillisuuden lopullinen ratkaisuvalta jää korkeimmalle hallinto-oikeudelle, mikäli kysymys sinne ylimääräistä muutoksenhakutietä saatettiin.

Haku- tai ilmoittautumisajan vähimmäis- tai enimmäispituudesta ei ole säädetty, kuten todetaan valtiovarainministeriön suosituksessa 14/2000. Siinä ajan pituuden kriteeriksi esitetään, että virasta ”kiinnostuneilla henkilöillä on tosiasiallinen mahdollisuus hakea sitä”. Käsittääkseni tällöin on otettava huomioon aika, joka kiinnostuneilla menee mahdollisten lisätietojen sekä tietenkin haku- tai

ilmoittautumisasiakirjojen hankkimiseen. Käytännössä on noin kahta viikkoa pidetty miniminä, mutta suositeltavinta olisi päästä neljäänkin viikkoon.

Haku- tai ilmoittautumisilmoituksen julkaisemisesta valtiovarainministeriön suosituksessa esitetään sisäisten kanavien, viraston ilmoitustaulu ja lehti, ohella julkiset ilmoitusvälineet, jotka valitaan ”sen mukaan, miten laajalti ilmoituksen halutaan leviävän”. Kysymykseen tulevat Virallinen lehti ja paikalliset sanomalehdet, työvoimatoimistot, ammattilehdet sekä Internet.

Haku- ja ilmoittautumismenettely on siis melko intensiivinen, siinä kandidaattien on lyhyehkössä ajassa esitettävä kirjallisesti kaikki ne ansionsa, joilla he katsovat olevan merkitystä nimityspäätöstä harkittaessa. Hakuasiakirjojen määrä vaihtelee käytännössä melkoisesti, mutta pääsääntönä näyttäisi olevan nimi-kirjan otteella esitettävät ansiot. Vanhastaan on knoppina ollut toisen kotimaisen kielen taidon osoittaminen, varsinkin kun oikeusvirkaan se on näytettävä lainop-pineen tentaattorin virallisella todistuksella. Jo vuosia sitten tehtiin säännösmuutoksella mahdolliseksi esittää kielitodistus hakuajan jälkeenkin.

Hakemuksissa ja ilmoittautumisissa näkee toistuvasti merkinnän ”Ei julkisuuteen” ja nämä mainitaan asianomaisten kohdalla nimitysmuistioissa. Oikeusvai-kutusta tällä ei ole, vaan hakemuksen tai ilmoittautumisen jättäneen nimi on julkinen, kun se tullut viranomaisen diaariin. Tiedotusvälineet tosin hyvin pitkäl-le kunnioittavat näitä ei-julkisuuteen -toivomuksia.

### 3. VALMISTELUA

Vastaavaa kiirettä ei näyttäisi olevan nimitysmenettelyyn osallistuvilla, koska nimitysasian valmistelu yleensä vie ainakin parisen kuukautta. Poikkeuksia mo-lempiin suuntiin toki käytännössä on. Selvää on, että nimitysratkaisu on valmis-teltava viivytyksettä. Asia on ollut esillä myös laillisuusvalvonnassa. Oikeus-kansleri *Jorma S. Aalto* antoi valtioneuvoston iltakoulussa 9.11.1994 lausunnon ministeriön kansliapäällikön viran täyttämistä. Virka oli tullut avoimeksi 1.2.1994, siis runsaat puoli vuotta aikaisemmin ja nimitysasian esittelylista oli jaettu 23.6.1994, ilmoittautuneita oli 15. Oikeuskansleri lausui, että säännösten puuttuessaakin ”viran täyttö tulee ratkaista samalla tavalla viivytyksettä kuin vi-ran auki paneminenkin”. Viran täyttö oli esillä valtioneuvostossa runsaan viikon kuluttua lausunnon antamisesta ja parin keskeytyksen jälkeen virkanimitys suoritettiin 8.12.1994 (Kertomus 1994, s. 23).

Toisaalta ylimpien virkojen täytössä on otettava huomioon myös hallituksen parlamentaarinen vastuunalaisuus. Erään toisen ministeriön kansliapäällikön vi-ran täyttömenettely oli ollut valtioneuvoston yleisistunnossa esillä syksyllä 1994 useaan kertaan. Se oli tulossa esittelyyn taas vuoden 1995 vaalien jälkeen. Oikeuskansleri oli tuolloin ilmoittanut pääministerille, että valtiollisen käytän-

nön mukaisesti valtioneuvoston jätettyä eronpyyntönsä tasavallan presidentti on pyytänyt valtioneuvostoa jatkamaan toimitusministeristönä siksi, kunnes eduskunnan luottamusta nauttima valtioneuvosto on muodostettu. Toimitusministeriö pidättäytyy laajakantoisista poliittisista aloitteista. Oikeuskansleri esitti edelleen: ”Huomioon ottaen, että ympäristöministeriön korkein virka on ollut edellä kerrotusta ajasta lähtien auki ja täytettävissä ja että sitä hoitamaan on määräämällä nimitetty virkamies, viran täyttämistä valtioneuvoston eronpyynnön jälkeen ei voida pitää sellaisena juoksevana asiana tai välttämättä hoidettavana hallintoasiaina, että hallitus voisi, ilman että tasavallan presidentti on määrännyt asian esiteltäväksi itselleen, enää esittää virkaa täytettäväksi.” Tällä kertaa lausunto ei saavuttanut kuuliaisuutta, vaan valtioneuvosto esitti virkanimityksen tehtäväksi, niin kuin tapahtuikin (kertomus 1995, s. 22 s). – Valtioneuvostolle on sittemmin samalla toimitusministeristöperusteella jätetty esittelemättä poliittisesti merkittävänä pidettävä talouspoliittinen asia.

Niin kuin ylempänä ohimennen totesin, täytettävänä olevasta virasta voi kysellä lisätietoja. Tästä sekä niiden antajasta mainitaan haku- tai ilmoittautumisilmoituksessa. Tietojen antajan on oltava tarkkana, että kaikki kysyjät saavat saman informaation. Myös virasto voi olla aktiivinen rekrytoinnissaan, koska valtionhallinnossakin pidetään mahdollisena, että virasto itse tai sen toimeksiannosta esim. konsultti selvittää kysymykseen tulevia hakijoita tai ottaa suoraan yhteyttä heihin. Tällainen suorahaku on kuitenkin sallittua, kuten valtiovarainministeriön suosituksissakin todetaan, vain haku- tai ilmoittautumismenettelyn rinnalla (mutta ei sen sijasta). Suorahaulla ”löydettyjen” henkilöiden on siten haettava virkaa tai ilmoittauduttava siihen määrämuotoisesti. Tähän menettelyyn saattaa sisältyä se riski, että suorahaun tehnyt tai teettänyt nimittävä viranomaisen menettää herkkyytensä arvioida tasapuolisesti kaikkia kysymykseen tulevia hakijoita. Riski on vältettävissä nimitysmuistion ja nimityksen muun valmistelun huolellisella laatisella ja suorittamisella. – Ainakaan oikeuskanslerinvirastossa säännöllisesti tarkastetuissa nimitysasioissa ei esittelyasiakirjoissa ole näkynyt mainintoja mahdollisesti suoritetuista suorahauista.

#### 4. NIMITYSHARKINTA

Pääätöksentekoa siitä, kuka virkaan kelpoisista on valittava, on vanhastaan pidetty osittain tarkoituksenmukaisuus- ja osittain oikeusharkintaisena (uusimmasta kirjallisuudesta *Koskinen–Kulla*, s. 54, vrt. myös KHO 1983 I 1, oikeuskanslerin purkuhakemusten perustelut). Näyttäisi, että suuntaus on ollut oikeusharkintaisen elementtien painoarvon lisääntymiseen. Lähes parinkymmenen vuoden takaisessa KHO:n selostuksena julkaistussa em. ratkaisussa purkuhakemus hylättiin mm. sillä perusteella, että nimittämättä jäänyttä kilpahakijaa ”ei voitu pitää

niin selvästi” nimitettyä ansiokkaampana, että nimityspäätös olisi ylimääräistä muutoksenhakua koskevan säännöksen mukaan purettava. Valtiovarainministeriön pari vuotta vanhassa suosituksessa esitetään, että nimitysmuistiossa tulisi käydä ilmi, millä perusteella virkaan nimitettäväksi ehdotettu ”on siihen ansiokkain”. Suosituksen tarkoituksena on tuoda esiin nimitysasioiden valmistelussa huomioon otettavia näkökohtia ”erityisesti nitysmenettelyn lainmukaisuuden ja viran hakijoiden oikeusturvan kannalta”. Ansioituneimman hakijan osoittaminen todetaan myös esittelijän oppaassa.

Ajattelun täsmentymisen siihen suuntaan, että viranhakijoiden ansioiden vertailulla voidaan osoittaa keskinäiset erot ja heistä ansioitunein sekä että nimityksen on osuttava tähän, voitaneen osoittaa perustuvan useaan eri tyyppiseen perusteeseen. Vanhoista, jo oikeastaan vuoden 1789 Yhdistys- ja vakuuskirjaan peräytyvistä virkaylennysperusteista edelleen noudatettavana ovat taito ja koeteltu kansalaiskunto. Kaksi muuta YVK:n perustetta ”ansio, kokemus” pudotettiin pois melko kiivaan käsittelyn sekä äänestysten jälkeen vuoden 1919 hallitusmuodosta perustuslakivaliokunnan mietinnössä 1919. Perusteluina esitettiin, että valtion edun kannalta olisi kiinnitettävä enemmän huomiota asianomaisen työkykyyn eikä vain virkavuosiin (ks. *Esko Hakkila: Suomen tasavallan perustuslait, Porvoo 1939, s. 326*). Samansuuntaisia ajatuksia esitetään valtioneuvoston periaatepäätöksessä lähes 80 vuotta myöhemmin. Lisäargumenttina on nyt myös integraatio ja muu kansainvälistyminen yhtäältä sekä tulosohejaus ja organisaatiouudistukset toisaalta.

Kärjistäen voinee sanoa, että aiempina vuosikymmeninä vallalla oli näkemys, jonka mukaan ratkaiseva erottelu oli sen välillä, täyttikö hakija muodolliset kelpoisuusehdot vai ei. Ne ”ylittäneiden” kesken valinta oli verraten vapaa, mutta ei kuitenkaan mielivaltaisen, ja päätöksentekijät saattoivat toisinaan tuntuvastikin painottaa esim. virkavuosia.

Tasa-arvolain voimaantulon myötä syntyi eräänlainen kaksijakoinen tilanne käytännön nimitysasioissa. Jos hakijoina oli naisia ja miehiä, oli otettava varteen tasa-arvolain 8 §:n 1 momentin säännös, jonka mukaan ansioituneempaa toista sukupuolta olevaa hakijaa ei nimitysratkaisussa saa syrjäyttää ilman säännöksessä tarkoitettua painavaa ja hyväksyttävää syytä. Siinä tapauksessa, että kaikki hakijat olivat joko miehiä tai naisia, ansioituneemman syrjintäkielto ei ollut voimassa. Näihinkin tilanteisiin kiellolle yritettiin, erityisesti tasa-arvoviranomaisten toimesta, antaa vaikutusta sillä perustelulla, että tasa-arvolain 8 §:n 1 momentti ilmaisee yleisen oikeusperiaatteen tilanteessa, jossa hakijoina on naisia ja miehiä. Tukea tälle tulkinnalle voitiin osoittaa KHO:n em. selostusratkaisusta.

Oma merkityksensä epäilemättä on myös nitysmenettelyn määrämuotoistumisella sekä lisääntyneellä avoimuudella ja julkisuudella. Tämä on erityisesti valtion virkojen kohdalla ohjannut käytäntöä sekä sen valvontaa ansiovertailua ja

sen lopputulosta tukevaan suuntaan. Tärkeä tekijä on myös se, että hallituksissa näyttäisi noudatetun jo 1980-luvun lopulta lähtien suurta pidättyvyyttä niin kutsuttuja nimityspaketteja kohtaan; virkanimitykset on tehty yksittäin sekä mahdollisimman perusteellisen virkamiesvalmistelun ja esittelyn pohjalta – ja mukaisesti. Saattaa olla, että julkisissa viroissa käytännöt valtiolla ja kunnilla koko ajan erkaantuvat tosisitaan (ainakin suuressa osassa maan kuntia näyttäisi esim. tapana olevan, että kunnanjohtajat sekä kaupungin- ja apulaiskaupunginjohtajat käyvät säännöllisesti niiden poliittisten valtuustoryhmien kokouksissa, joiden ensisijaisella tuella heidät on valittu virkaansa, vaikka heitäkin koskee esittelijävirkamiehinä hallintomenettelylain puolueettomuuden vaarantumisjäävi).

Nimitysperusteet valtion virkoihin on ollut tapana jakaa kahteen pääryhmään: sopivuuteen ja muodolliseen kelpoisuuteen (vanha vitsi siitä, että epätietoisessa tapauksessa sopivuus on asetettava pätevyuden edelle, on ohiampuva, koska sopivuus on osa pätevyyttä). Erottelu näkyy jo yleisissä nimitysperusteissa perustuslain 125 §:n 2 momentissa (aiemmin hallitusmuodon 86 §:n mukaisen yleiset virkaylennysperusteet). Taidolla ymmärretään koulutusta ja kokemusta, kyvyllä puolestaan luontaista lahjakkuutta ja etevyyttä, mikä – muun ohella – viittaa sopivuuteen, samoin kuin koeteltu kansalaiskunto, vaikkakin sitä on vaikea määritellä tyhjentävästi (*Hakkilalla*, emt.s. 328 on tunnettu, lähes runollinen ja tietyllä tavalla identifioitavissa oleva määrittely, jossa hän ensinnäkin korostaa sanaa koeteltu, ja jatkaa: ”Kansalaiskunto voi olla isänmaan puolustuksessa koeteltu, mutta se voi ilmetä yhtä hyvin rauhan töissä: tuomarinpöydän takana järkkymättömässä lain ja oikeuden puoltamisessa, yhteiskunnallisen toimihenkilön epäitsekässä, uhrautuvassa työssä kanssaihmistensä hyväksi, siinä tavassa, jolla kansalainen täyttää tehtävänsä ja paikkansa yhteiskunnan ja valtion jäsenenä.”).

Nimitysharkintaa voidaan kuvata portaittain. Ensimmäinen vaihe on kaikkein yksinkertaisin, erotellaan määrääjassa ja sen jälkeen myöhästyneinä tulleet hakemukset ja ilmoittautumiset. Seuraava vaihe on jo vaativampi, kun on eroteltava jatkotarkastelun ulkopuolelle ne, joilta puuttuu muodollinen kelpoisuus. Jos hakijoiden tai ilmoittautuneiden määrä on suuri, kolmantena vaiheena on osoittaa kärkiryhmä, johon jatkossa keskitytään. Yleensä tähän asti on edetty haku- tai ilmoittautumisasiakirjojen perusteella ja jatkokin voidaan tehdä samoin, mutta usein tässä vaiheessa käytetään lisäinformaation saamiseksi nimitysharkinnan tueksi haastatteluja sekä mahdollisesti myös soveltuvuusarvioita.

## 5. HAASTATTELUT JA SOVELTUVUUSARVIOT

Haastatteluja on käytetty varsin kauan, mutta kenties 1980-luvulta lähtien on haastattelujen jäsenyntyisyyteen kiinnitetty enemmän huomiota. Lähtökohtana

on, että kaikille haastateltaville tilaisuus olisi samankaltainen, joten kysymysten ja haastattelijoiden on oltava samoja. Haastattelussa mukansa tulee olla tietenkin nimitysasian valmistelijan ja esittelijän, mutta ainakin myös tulevan esimiehen. Valtiovarainministeriön suosituksessa esitetään, että haastatteliijoissa tulisi olla molemmat sukupuolet. Kunkin haastattelijan on syytä tehdä muistiinpanot ja säilyttää ne ainakin niin kauan kun tasa-arvolain mukainen kanneaika on auki.

Soveltuvuustestit ovat melko myöhäinen, mutta yleistyvää tapa hankkia tietoja nimitysratkaisun perusteeksi. Vaikka sekä haastatteluista että soveltuvuusarvioinnista on nimitysmuistioissa vain lyhyet maininnat, ei voi välttyä käsitykseltä, että näistä varsinkin jälkimmäisellä saataa useinkin olla ratkaiseva merkitys nimitysharkinnan lopputulokselle. Soveltuvuusarviointeja käytetään valtionhallinnon ylimpien virkamiesten nimitysten valmistelussa, ja myös tuomarivalintalautakunta turvautuu niihin päällikkötuomareiden nimitysesityksiä laatiessaan.

Valtioneuvoston listatarkastuksessa oikeuskanslerinvirastossa soveltuvuusarvioinneista saadaan varsin vähän tietoja. Niistä on – yleensä varsin ohimennen – maininta nimitysmuistiossa, mutta arvioinnin tekijää tai tarkempia tuloksia ei mainita. Samoin on tosin laita haastatteluista, mutta näiden osalta menettely on yleisemmin tunnettu kuin konsulttien suorittamissa soveltuvuusarvioinneissa. Ei ole aivan tavatonta, että oikeuskanslerille kannellaan nimitysasiasta jo ennen esittelyä. Tällöin kantelu pyritään ratkaisemaan ennen nimitysratkaisun tekemistä. Tällaisissa tapauksissa on voitu havaita, että soveltuvuusarvointi saattaa jäädä sen kohteellekin arvoitukselliseksi. Valtiovarainministeriön suosituksen mukaan: ”tutkimuksen tekijä laatii tutkimuksen tuloksesta tavallisesti kirjallisen soveltuvuusarvion”. Havaintojeni mukaan käytäntö ei varsinkaan aluksi eikä ainakaan täysin vastannut tätä.

Nytemmin tilanteeseen on saatu muutos – ja parannus – vuonna 2001 säädetyllä lailla yksityisyyden suojasta työelämässä (477/2001). Sen 5 §:n mukaan työnantajan on ensinnäkin varmistettava, että soveltuvuusarvioinnin testejä tehtäessä käytetään luotettavia testausmenetelmiä, niiden suorittajat ovat asiantuntivia ja testauksella saatavat tiedot virheettömiä. Työntekijällä on oikeus pyynnöstään saada arvioinnissa annettu kirjallinen lausunto, ja jos lausunto on suullinen, työntekijällä on oikeus saada selvitys lausunnon sisällöstä. Lakiesityksen perusteluissa (HE 75/2000 vp, s. 19 s.) on varsin tarkoin selvitetty, mitä säännös käytännössä työnantajalta mm. työnhakuvaiheessa edellyttää. Perusteluissa viitataan ILO:n ohjeisiin, joiden mukaan grafologiset, astrologiset ja muut näihin verrattavat testit tulee olla poissuljettuja. Testin luotettavuutta voidaan varmistaa selvittämällä etukäteen, ”miten, missä ja kuka on kehittänyt ja tutkinut testin sekä mitä testeillä tosiasiallisesti pystytään milläkin todennäköisyydellä saamaan selville. Samaan asiaan kiinnitti huomiota myös perustuslakivaliokunta (PeVL 27/2000 vp): ”Valiokunta tähdentää sen tärkeyttä, että työnantaja on vastuussa käytettävien testausmenetelmien luotettavuudesta ja niiden suorittajan

asiantuntevuudesta. Ministeriön tulee yhdessä työmarkkinaosapuolten kanssa riittävässä määrin seurata tarjolla olevien arviointitestiä käyttökelpoisuutta työelämän tarpeisiin, muun muassa lainsäädäntötoimien aiheellisuuden harkitsemiseksi.”

Voidaan ennakoida, että yksityisyyden suojaa työelämässä koskevan lain po. säännös tulee aikaansaamaan tuntevia muutoksia soveltuvuusarviointien dokumentaatioon sekä työnhakijoiden että nimitysratkaisun tekijän suuntaan. Selvästi tietenkin on, että kullakin hakijalla on oikeus saada vain itseään koskevat tiedot.

## 6. ERI KELPOISUUSEHTOJA

Yksittäisten kelpoisuusehtojen täyttymisessä saatetaan toisinaan joutua hankaliin harkintatilanteisiin. Helpommasta päästä on tutkintoa koskeva arvio, koska yleensä ylempi korkeakoulututkinto on kyseeseen tuleva, poikkeuksena tietenkin oikeusvirat, joissa oikeustieteellinen tutkinto on ainoa kelpuuttava. Myöskään säädetty kielitaito ei tuota käytännössä vaikeuksia, koska se osoitetaan asianmukaisilla todistuksilla. Mitään varsinaista taetta käytännön kielitaidosta todistus ei tunnetusti edusta, vaan tämä, kuten vieraiden kielten taito, mikä yhä enenevässä määrin on tosiasiallinen edellytys menestykselliseen toimintaan virassa, on selvitettävä haastattelemalla.

Kielitaitovaatimukset valtion viroissa ovat selvästi nousseet EU-jäsenyyden aikana. Näistä tosin harvemmin lausutaan säädetyissä kelpoisuusehdoissa, mutta haku- tai ilmoittautumiskuulutuksissa tällaisia lisäpätevyysperusteita voidaan osoittaa. Niiden lisäksi voidaan todeta, mitä muita tietoja ja taitoja viran menestyksellinen hoitaminen edellyttää. Toisinaan näkee varsin hämäriäkin edellytyksiä, kuten ”verkostoitumiskyky, sidosryhmäyhteydet, vuorovaikutustaidot”. Näiden osoittaminen ja mittaaminen on käytännössä vaikeaa. Nimitysargumentoinnissa on syytä olla varovainen viitattaessa sellaiseen lisäpätevyysperusteeseen, josta ei ole haku- tai ilmoittautumiskuulutuksessa mainintaa.

Tasavallan presidentti antoi 28.6.2002 eduskunnalle esityksen uudeksi kieli- laiksi siihen liittyväksi lainsäädännöksi. Esitys edellyttää toisen kotimaisen kielen, käytännössä ruotsin, taidon tuntuva kohentamista virkamieskunnassa. Perusteluissa lausutaan mm.: ”Käytännössä virkamieskunnan kielitaito ei nykyään riitä lain edellyttämien velvoitteiden toteuttamiseen. Ainakin avainasemassa olevien virkamiesten kielitaidon parantamisen tarve näyttää ilmeiseltä.” – Teksti on oikeastaan yllättävän armotonta. Uuden kielilain toimeenpanossa joudutaan miettimään eri keinoja ruotsin kielen tason kohottamiseen julkishallinnossa. Koulutuksen ohella varmasti tärkeitä ovat erilaiset virkamieskokohtaiset taloudelliset kannustimet. Vanha kielilisäjärjestelmä saattaa olla syytä



panna kokonaan uuteen uskoon mm. lisäämällä sen taloudellista houkuttelevuutta.

Vaikkeimpaan kategoriaan kuuluvat ylimmissä viroissa säännönmukaisesti edellytettävä johtamistaito ja johtamiskokemus. Kaikkein ylimmissä viroissa vaaditaan molempia, sitä alemmalla portaalla yleensä vain johtamistaitoa. Nopeasti katsottuina sanat voinee mieltää synonyymeiksi, mutta sekä yleiskielessä että kelpoisuusehdoissa niillä on eri merkitys (tätä on selvitetty mm. valtioneuvoston em. periaatepäätöksessä). Ero on siinä, että taito voidaan saada kokemuksen kautta tai muulla tavoin oppimalla, mutta kokemusta voidaan vain saada. Tämän mukaisesti johtamistaito voidaan osoittaa varsinaisissa johtamistehtävissä toimimisen lisäksi myös vaativissa asiantuntija- tai projektitehtävissä. Sen sijaan johtamiskokemusta voidaan hankkia vain varsinaisissa johtamistehtävissä. Johtamistaitoon sisältyy periaatepäätöksen mukaan ”toisaalta toiminnan ohjaukseen ja johtamiseen ja toisaalta johtajuuteen ja henkilöjohtamiseen liittyviä valmiuksia”.

Johtamistaitoa edellyttävään virkaan voi siis päästä ilman aiempaa johtamiskokemusta, jos vain on osoittaa uraltaan ”vaativia asiantuntija- tai projektitehtäviä”. Sen sijaan johtamiskokemusta edellyttäviin ylimpiin virkoihin voidaan nimittää vain käytännön johtajatasolla toimineita. Tämän voitaneen sanoa tosiasiassa ylläpitävän vielä ainakin jonkin aikaa valtionhallinnon ylimmän viranhaltijakunnan vahvaa miesvoittoisuutta, vaikka periaatepäätöksen perusteluissa esitettiin, että valintaperusteiden ja -menettelyn uudistaminen parantaa myös naisten mahdollisuuksia tulla nimitetyiksi valtion ylimpiin virkoihin.

Listatarkastuksen perusteella voi todeta, että eri ministeriöillä on eri viranhauissa poikkeavat vaatimukset johtamistaidosta ja varsinkin johtamiskokemuksen syvällisyydestä. Asia ymmärtääkseni onkin työnantajan harkinnassa ainakin siihen mittaan, että vaatimus taidon ja kokemuksen olemassaolosta tosiasiallisesti tulee täytetyksi. Selvää myös on, että samassa virantäytössä kaikkiin hakijoihin on noudatettava samaa johtamistaidon ja -kokemuksen mitta.

Nimitysratkaisu valtion virkaan perustuu kirjalliseen aineistoon, mutta olennaista informaatiota voidaan saada haastatteluilla ja soveltuvuusarvioilla, jotka lähtökohdiltaan ovat ei-kirjallisia. Näistä kirjautuu nimitysasiakirjoihin varsin yleisluontoiset maininnat, esim. että haastattelu tai soveltuvuusarvio tukee nimitettäväksi ehdotetun valintaa. Olennainen merkitys sekä nimitysratkaisun tekijänä tai valmistelijana olevan valtioneuvoston yleisistunnon yhtä hyvin kuin listatarkastusta suorittavan oikeuskanslerin kannalta on nimitysmuistio.

Muistiolla on merkitystä myös mahdollisen kanteluasian käsittelyssä sekä ylimääräisessä muutoksenhaussakin. Käytännössä nimitysmuistioiden laatu on 2000-luvulle tultaessa parantunut, mutta edelleenkin oikeuskanslerinviraston listatarkastuksessa ei mene yleensä kuukauttaakaan ilman, että johonkin nimitysmuistioon on jouduttu pyytämään lisäselvityksiä, täydennyksiä tai korjauksia.

Korjaukset muistioihin myös käytännössä saadaan. Niin kuin alumpana totesin, nimityspakettien teko näyttäisi hiipuneen käytännöllisesti katsoen olemattomiin. Valtioneuvoston yleisistuntojen sinänsä harvat äänestykset ovat viime vuosina koskeneet muita kuin nimityksiä (jos äänestykseen joudutaan, kaikista esillä olevista ehdokkaista äänestetetään yhdellä kertaa, joten jos ehdolla on useampi kuin kaksi hakijaa ja kaikki saavat ääniä, valituksi tulee valtioneuvoston yleisistunnon vähemmistön kannattama henkilö). Muutamaa poikkeusta lukuunottamatta viime vuosina nimitysratkaisut valtioneuvoston yleisistunnossa sekä tasavallan presidentin esittelyssä on tehty virkamiesesittelijän ehdottamalla tavalla.

# Lainsäätäjä rikosoikeuden yleisten oppien parissa

## 1. RIKOSOIKEUDEN YLEISET OPIT OIKEUSKULTTUURISSA

Rikosoikeuden yleisiin oppeihin kuuluvat ne rikosvastuuta koskettelevat kysymykset, jotka ovat periaatteessa kaikille rikoksille ja rikostyypeille yhteisiä. Tässä mielessä puhutaan usein rikosopista ja rikoksen yleisestä rakennemallista, rikoksen yleisestä tunnusmerkistöstä, joka kokoaa rikosoikeudellisen vastuun eri kysymykset hallittavaan muotoon.<sup>1</sup> Yleisiin oppeihin kuuluu useantyyppistä aineista. Yleiset oikeusperiaatteet, erityisesti oikeudenalan keskeiset oikeusperiaatteet, luovat oikeudenalan identiteetin ja selittävät sen keskeiset instituutiot. Rikosoikeudessa tärkeimpiä oikeusperiaatteita ovat lakisidonnaisuus- ja syyllisyysperiaate. Yleisten oppien läpikäynti on rikosoikeuden oppikirjojen keskeisintä sisältöä, ja yleiset opit ovat mukana myös kaikessa lainsoveltamisessa, vaikkei niistä aina erikseen tehtäisikään kysymystä. Rikosoikeuden käyttöön, rangaistusuhkien asettamiseen ja rangaistukseen tuomitsemiseen liittyy nykyäänkin hyvinkin tarkkaan eriteltyjä kriminaalipoliittisia tavoiteperiaatteita.<sup>2</sup> Lakisidonnaisuusperiaate on saanut viime aikoina uudenlaista merkitystä, kun se entistä selvemmin on noussut valtiosäännön tasoiseksi. Lakisidonnaisuus koskee sitä muotoa, jossa kriminalisointivaltaa on legitiimiä käyttää.

*Kaarlo Tuori* on kuvannut yleisten oppien tason *oikeuskulttuuriseksi*, hitaasti muuttuvaksi, melkein ajattomaksi oikeusjärjestelmän osaksi, joka eräässä mielessä on juristin hiljaista tekijäntietoa oikeusjärjestyksestä.<sup>3</sup> Totta onkin, että inhimillisen toiminnan jäsennyksessä mahdollisuuksia ei ole loputtomasti. Näin

---

<sup>1</sup> Ks. erityisesti *Koskinen, Pekka*, Rikoksen yleisestä rakenteesta, erityisesti tuottamuksellisista rikoksista, teoksessa *Tuottamukselliset rikokset, Rikosoikeudellinen jatkokoulutusseminaari* Tvärminnessä 18.–20.2.1976. Helsinki 1976, s. 22–33.

<sup>2</sup> *Tapani, Jussi*, Rikosoikeusjärjestelmän jännitteisyys ja kriminaalipoliittisesti latautunut rikoslainoppi. Teoksessa *Veli-Pekka Viljanen* (toim.), *Oikeudenalojen rajat ja rajattomuus*. Turku 2002, s. 145–175.

<sup>3</sup> Ks. esim. *Tuori*, Yleiset opit: Mitä ne ovat, mitä niillä tehdään ja miten niitä kehitetään? Teoksessa *Tarmo Miettinen, Tapio Määttä* (toim.), *III Oikeustieteen tutkija- ja jatkokoulutuspäivät 6.–8.6.2002, Savonlinna*. Joensuu 2002, s. 1–15.

esimerkiksi vaatimus siitä, että tahallisuudesta rikoksesta on rangaistava eri tavalla kuin vain huolimattomuudesta aiheutuneesta, on harvinaisen itsestään selvä. Tiettyssä mielessä yleisten oppien perusteet ovatkin pohjimmaltaan ja ytimeltään luonnonoikeudellisia: ne johtuvat asian luonnosta, siitä miten asiat yksinkertaisesti ovat. Rikosoikeudellisessa sääntelyssä joudutaan kuitenkin määrittelyitä olennaisesti tarkentamaan ja tekemään valintoja lukuisten vaihtoehtojen välillä. Tahallisuuskin voidaan määritellä eri tavoin, kiinnittäen huomiota erilaisiin tahallisuuden kriteereihin. Mitä tarkemmin yleisistä opeista säädetään, sitä selvemmin nekin ovat läsnä oikeuden muuttuvaisella pinnalla, tietoisina päätöksiinä. Toisaalta yleisten oppien käsitteet ja normit ovat soveltamisalaltaan ja vaikutuksiltaan laaja-alaisia, minkä vuoksi tuo osa oikeuden pinnasta on verkkomainen. Tämän yleisten oppien yleisyyden ja systeemisyyden vuoksi niitä koskeva lainuudistustehtävä kuuluu epäilemättä hankalimpiin kuviteltavissa oleviin.

Rikosoikeuteen kuuluu normatiivisten periaatteiden lisäksi myös yleisten oppien *käsitteistö*. Rikosoikeudellisen vastuun määrittävä käsitteistö muodostaa tietynlaisen systeemin, käsitejärjestelmän. Rikososopin käsitteistö, kuten kaikki käsitteistöt, rakentuu tekoa ja tekijää koskevien käsite-erotteluiden varaan: tunnusmerkistön mukainen/ei-tunnusmerkistön mukainen; oikeudenvastainen/oikeudenmukainen, syyntakeinen/syyntakeeton, syyksiluettava/ei-syyksiluettava; anteeksiannettava/ei-anteeksiannettava, jne. Käsitteiden avulla tuotetaan juridisesti merkityksellisiä erotteluita. Tämän vuoksi oikeudelliset käsitteet ovat niin hyödyllisiä lainsäätämisen ja lainsoveltamisen kannalta.

Rikosoikeudellinen vastuu koostuu siten rakenne-elementeistä. Rikosoikeudellinen vastuu perustuu oikeusnormien tulkintaan, ja tässä tulkinnassa yleisten oppien käsitteet ja periaatteet ovat mukana eräänlaisina toisen asteen sääntöinä. Rikososoppi on varsin pitkälle jäsentynyt, periaatteiden ja käsitteiden muodostama systeemi. Tämän voi havaita vaikkapa vertaamalla vastuumallia vahingonkorvausoikeuden vastaaviin. Vahingonkorvausvastuun teoreettinen rakenne on epäselvempi, ehkäpä myös epäsystemaattisempi.

## 2. YLEISET OPIT HISTORIAN PERSPEKTIIVISSÄ

Rikosoikeuden yleisten oppien kehitys on pitkällisen oikeuskulttuurisen kypsytysprosessin tulosta. Akateeminen, juristien harjoittama rikosoikeuden yleisten oppien tutkimus on uuden ajan tuotetta. 1800-luvulla, jolloin kotimainen harrastus oikeastaan vasta virisi, hegeliläinen filosofia oli pitkään vallalla. Se miten rikos on tekona ymmärrettävä, selitettiin Saksassa ja Suomessakin usein tältä pohjalta. Hegeliläisille huolimattomuuteen perustuva vastuu oli ongelma: tahto ja tahallisuus olivat niin keskeinen osa toiminnan jäsennyttä. Teko ei koskaan ollut vain ulkonainen teko sellaisenaan.

Suomessa hegeliläisiä olivat kotimaisen rikosoikeuden isiksi kutsutut *K. G. Ehrström*<sup>4</sup> ja *Jaakko Forsman*.<sup>5</sup> Rikoslain yleisiä oppeja koskevat nykysäännökset kertovat tuosta ajasta, ajasta jolloin yhteiskunnan modernisaatio oli vasta alkamassa ja elettiin vielä maatalousvaltaisessa yhteiskunnassa. Yleisten oppien säännökset olivat klassisia, syntyessäänkin hiukan vanhanaikaisia, sillä niissä ei vielä näkynyt uusimpien eurooppalaisten virtausten vaikutus (sosiologinen rikosoikeuskoulu – Suomessa lähinnä *Allan Serlachius* erityispreventiivisine pakkolaitoksineen yms.<sup>6</sup>). Silti voi sanoa, että rikosoikeuden yleisten oppien perusasiat oli tuolloin jo löydetty. *Forsmanin* oppikirjoja voisi melkein pä edelleen käyttää yliopisto-opetuksessa ilman, että mitään korvaamatonta vahinkoa sattuisi. Niistä löytää monenlaista ajankohtaista, 'todennäköisyystahallisuudesta' alkaen.<sup>7</sup> Seuraamusjärjestelmää ja kriminaalipoliittista ajattelua koskevat muutokset ovat olleet yleisiä oppeja olennaisemmat, ja niiden suhteen jouduttaisiin olennaisempiin uudelleenarviointeihin. Moderneissa rikoksissa oikeuskehitys on toki tuottanut paljon uudentyyppisiä vastuukysymyksiä.

Lainkirjoittajan ajatuksena oli 1800-luvun lopulla, että vaikka rikosoikeudellinen vastuu muodostaa systeemin, yleisten oppien sääntelyssä ei ole tarpeen pyrkiä kattavuuteen. Mistään riitaisesta tai luonteeltaan yksinomaan tieteelliseksi katsottavasta kysymyksestä ei haluttu ottaa lakiin säännöksiä. Sääntely ja ohjaus olivat niukkaa ja jättivätkin paljon tilaa tieteelle.

Rikokseen ehkä syyllistyvällä ihmisellä ei tuohon aikaan ajateltu olevan erityisiä odotuksia sen suhteen, että lain kirjaimesta saisi toimintaohjetta tai että tuomioistuimet ratkaisuisaan viestittäisivät ihmisille rikosoikeuden hienojakoisia erittelyitä. Varmaankin lain sisällön koettiin olevan tarkoitukseen muutenkin riittävän selvä, ja kunnan kansalainen tarkkana ollessaan saattoi melkoisella varmuudella tietää pysyvänsä lainkuuliaisuuden kaidalla tiellä. Rikosoikeus oli vielä 'rikollisten' varalta säädetty, eikä sen katsottu muita olennaisesti koskevan.

<sup>4</sup> *Ehrström, Karl Gustaf*, Föreläsningar över straffrättens allmänna läror, redigerat mm. Markus Wahlberg, Helsingfors 1994. *Wahlberg, Markus*, G.W.F. Hegelin ja K.G. Ehrströmin rangaistusteorian ykseydestä eroavuudessaan. Teoksessa R. Lahti (toim.), Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI. Rikosoikeuden juhlavuonna 1989. Helsinki 1989, s. 493–522.

<sup>5</sup> Esim. Anteckningar enligt professor *Jaakko Forsmans* föreläsningar öfver Straffrättens allmänna läror, utg. Av L. Wasastjerna, andra upplagan, Helsingfors 1900. Ks. Forsmanista esim. *Ylikangas, Heikki*, Jaakko Forsman – lainlaattija ja poliitikko. Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI (ed. viitteessä mainittu), 1989, s. 3–37.

<sup>6</sup> Serlachiuksesta ks. esim. *Kekkonen, Jukka*, Allan Serlachius kriminaalipoliittikkona. Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI (viitteessä 4 mainittu), s. 148–162 ja *Backman, Eero*, Oikeustieteen yhteiskuntatieteenä. Tutkimuksia oikeustieteen luonteesta erityisesti rikosoikeuden kannalta. Helsinki 1992, s. 251–259.

<sup>7</sup> Forsman korostaa esityksessään sitä, että tahallisuuden pohjana aina on se seikka, että tekijä subjektiivisesti kokee tahallisesti aiheutetun seurauksen myös subjektiiviselta kannalta todennäköiseksi. Vain sitä voidaan tahtoa, mitä pidetään todennäköisenä. *Forsman*, Anteckningar, 1900, s. 181 ss.

Oikeudellisen ajattelun ja oikeusjärjestelmän kehitys vaikuttavatkin myös siihen, miten rikosoikeuden yleisiä oppeja on säänneltävä. Yksilön perusoikeuksia korostavassa oikeusjärjestyksessä ei voida enää hyväksyä sitä, että rangaistavan ja rankaisematta jäävän raja jätetään kovin avoimeksi: jokaiselle on jätettävä tilaa toteuttaa elämänvalintojaan mielivaltaisten puuttumisten uhkaamatta.

Oikeudellisessa ajattelussa sääntelyiden ohjausvaikutus ja argumentaatioteoriat samoin kuin ratkaisujen perusteluopit tulivat huomion kohteeksi vasta viime vuosisadan loppupuolella. Oikeusjärjestyksen modernisaatio, joka tietysti eteni vaiheittain jo ennen 1900-luvun alkuakin, varmasti merkitsi sitä, että tuli yhä tarpeellisemmaksi tuntea tarkemmin se, missä sallitun ja kielletyn menettelyn välinen raja kulkee. Saksassa sallitun ja kielletyn riskinoton teemat ilmaantuivat oikeuskirjallisuuteen 1800-luvun lopulla.<sup>8</sup>

### 3. RIKOSLAKIA, MUTTA KENELLE?

Kenelle lakia sitten kirjoitetaan ja onko normeissa tältä kannalta eroa? – Jos laissa on tahallisuusmääritelmä, onko se suunnattu tuomarille jutun ratkaisijana vain kansalaiselle, joka miettii, mitä saa tehdä ja mitä ei? Tässä nimenomaisessa tapauksessa, tahallisuuden määrittelyssä, aivan ilmeisesti normin adressaattina onkin lähinnä tuomari, koska sellainen toimija, joka jo tekohekellä ankarasti pohtii tekoaan syyksiluettavuuden asteen kannalta, käytännössä aina toimii tahallisesti; tahallisuus ei ole siis tuosta pohdinnasta riippumaton.

Esimerkiksi hätävarjelu- ja pakkotilasäännökset luonnollisesti koskevat meistä jokaista, ja itse kullakin meistä on intressi saada etukäteen tietää, mikä menettely on sallittua (tai vähintäänkin: ei ole oikeudenvastaista ja rikosvastuun perustavaa) ja mikä taas ei. Valitettavasti näissä tilanteissa ei yleensä ole mahdollisuutta vetäytyä kamariin miettimään sitä, kuinka kovasti saan puolustautua hyökkääjää vastaan tai toista siinä auttaa. Jos taas olen yllätykseen varustautunut, joudun toiminnassani ankarammin arvosteltavaksi.

Rikosoikeudessa erityisen osan tunnusmerkistöt käyttäytymisnormeineen ovat joka tapauksessa sitä oikeusjärjestyksen ydinsisältöä, jolla on tavallisen ihmisen kannalta eniten merkitystä. Yleisten oppien säännöt ovat pääasiassa erilaisten toimien *jälkikäteisarviossa* huomioon otettavia sääntöjä, joita ei voi olettaa ihmisten kaikessa tarkkuudessa tuntevan.<sup>9</sup> Jälkikäteiset arvion säännöt on

<sup>8</sup> Ks. esim. *Nuotio, Kimmo*, Teko, vaara, seuraus. Helsinki 1998, s. 154–175

<sup>9</sup> Erottelusta ks. *Robinson, Paul H.*, 'Rules of conduct and principles of adjudication', *57 University of Chicago Law Review* 1990, s. 729–771; ks. myös *Nuotio, Kimmo*, 'The Difficult Task of Drafting Law on Principles', *Acta Juridica Hungarica* 1995/96, 37, No. 3–4, erit. s. 295 ss.

suunnattu ennen muuta lainkäyttäjälle. Hallituksen esityksessä<sup>10</sup> lähdetään siitä, että nykyään lainsäädäntöteoreettiset syyt eivät ole esteenä yleisten oppien nykyistä pidemmälle menevälle laintasoiselle sääntelylle. Kriminaalipoliittiset syyt vastaavasti puolustaisivat sellaista sääntelyä.

Yleisten oppien tietty ydinsisältö on siis jollakin tavoin välttämättä sellaista kuin on. On vaikea kuvitella oikeusjärjestystä, jossa minkäänlainen hätävarjelu ei olisi oikeutettua tai jossa pakkotilan kaltaista sääntöä ei lainkaan olisi. Tämä seuraa asian luonteesta: ihmisiä olisi mahdotonta motivoida lainkuuliaisuuteen, ellei oikeusjärjestys anna suojaa heidän eduilleen tällaisissa poikkeustilanteissa. Koska yleiset opit ovat ydinsisällöltään tietyllä tapaa rikosoikeuden sisäistä luonnonoikeutta, ihmis- ja oikeuskäsitksemme heijastumaa, niillä on myös vahvasti moraalista sisältöä. Oivallamme suurin piirtein intuitiivisesti, mikä on järkevää toimintaa hyökkääjää vastaan ja mikä ei, ja olemme hyvin närkästyneitä, ellei oikeusjärjestyksen sisältö vastaa odotuksiamme. Tällaiset tapaukset ovat television ajankohtaiskeskusteluiden vakioaineistoa. Miksi siis bensa-aseman pitäjä ei saisi aseella uhaten ja sillä ampumalla torjua hyökkäystä ja ottaa kiinni yöllisiä murtovarkaita?<sup>11</sup>

Yleisten oppien muutoksen hitaus ei kuitenkaan estä sitä, etteikö yleisten oppienkin säännösmuotoiluja olisi aika ajoin tarkistettava ja sovitettava ne esimerkiksi erityisen osan kehitykseen. Nyt on viimein rikoslain kokonaisuudistustyössä edetty tähän vaiheeseen, jossa yleisistä opeista on päätöksin säädettävä, asetettava niitä koskevaa oikeutta.<sup>12</sup> Hallituksen esityksen linjana on, että yleisiä oppeja koskevista säännöistä säädettäisiin aikaisempaa tarkemmin ja yksityiskohtaisemmin. Tämä ilmentää selvästi tiettyä uudelleenpainotusta. Yleislinjana on, ettei tarkemmilla määrittelyillä niinkään aktiivisesti suunnata oikeustilan kehitystä, vaan pikemminkin kirjataan oikeustieteessä ja oikeuskäytännössä vaikiintuneita linjoja ja tehdään näkyväksi sitä rikosoikeudellisen vastuun määrittävää normisysteemiä, joka rikosoikeuden normiston pohjalta on mahdollista hahmottaa. Aivan ilmeisesti tämän koherenssin esille nostaminen ja normiston taustaperiaatteiden selventäminen on nähty lainsäätäjän keinoksi parantaa rikosoikeudellisen lainkäytön laatua ja siten kehittää oikeusjärjestystä. Tämä tavoite on jo sellaisenaan varsin haastava, ja voi olla, että hyvin kunnianhimoinen reformistinen hanke olisi johtanutkin hankaluuksiin tai olisi ainakin vaikeampi toteuttaa.

Ehdotuksessa on mahdollisesti ajateltu, että koska pääsyy yleisten oppien tarkemmalle sääntelylle on kriminaalipoliittinen, lakia ei ole tarpeenkaan kirjoittaa kenen tahansa ymmärrettäväksi. Säännösehdotusten joissakin kohdin juridis-

<sup>10</sup> HE 44/2002; Rikoslakiprojektin ehdotus, LAVO:n julkaisu 5/2000.

<sup>11</sup> Ks. tapausta ja ratkaisua KKO 1988:49.

<sup>12</sup> Ks. aiheesta *Nuotio*, 'The Difficult Task of Drafting...', 1995/96.

tekniseltä kuulostava kirjoitusasu antaa viitteen siitä, ettei kaikkea voitavaa olisi tehty säännöstekstien yleiskielisyyden ja ymmärrettävyyden hyväksi. Yleisten oppien säännösmateriaali on lisäksi sillä tavoin sisällöltään heterogeenista, että jotkin säännökset ovat selvemmin yhteydessä kansalaisten oikeusturvaan kuin toiset. Olisikin ponnisteltava, jotta erityisesti niiden säännösten osalta, jotka koskettavat tavallisen ihmisen oikeusasemaa, päästäisiin yleiskieltä läheneviin muotoiluihin. Tämä koskee vastuusäännöksistä yleensäkin keskeisiä määritelmä-säännöksiä ja niistä erityisesti 'kenen tahansa' oikeuksia konkreettisesti määritteleviä säännöksiä. Edellisestä esimerkkinä laiminlyöntivastuuta koskeva säännös sekä huolimattomuuden ja tahallisuuden määrittely, jälkimmäisestä taas hätävarjelu ja pakkotila.

Kysymys säännösten ajattelusta kohteesta on olennainen niiden pedagogisen tehtävän kannalta. Tässä mielessä adressaattikysymys ei koske yksinomaan yksittäisiä säännöksiä, vaan myös niiden muodostamaa laajempaa kokonaisuutta. Joskus joudutaan tekemään valintoja. On harkittava esimerkiksi, onko tärkeämpää seurata esityksessä rikoslainopillista systematiikkaa vai tulisiko pyrkiä nostamaan esille erityisesti sellaisia säännöksiä, joilla on yleistä merkitystä. Esimerkiksi vastuuvapausperusteissa tulisi harkita luvun aloittamista oikeuttamisperusteista, koska niiden adressaattina on myös tavallinen ihminen. Erehdyssä säännökset on luonteensa mukaisesti kohdistettu selvemmin lainsoveltajalle. Ehdotuksessa säännösten järjestys seuraa lähinnä rikoslainopin systematiikkaa, mutta ei sitäkään puhtaasti.

Toisinaan silloinkin, kun sääntely on suunnattu lainsoveltajalle, voi olla aiheellista kysyä, mitä sillä oikeastaan tavoitellaan. Luonnollisesti säännöksillä ohjataan soveltajan harkintaa ja annetaan ratkaisussa huomioonotettavia periaatteita. Oikeudellisen instituution taustaselityksiä voidaan kehittää tässä tarkoituksessa. Esimerkiksi hätävarjelu-oikeuden rajoitusperiaatteet ovat *Jaakko Forsmanin* päivistä koko lailla muuttuneet. Nykyään rikosoikeudellisen lakisidonnaisuusperiaatteen vahva painoarvo näkyy tarpeena säännellä yleisistä opeista kattavasti. Tällaisessa tilanteessa voidaan toisinaan ajatella, että lainkäytön yhtenäisyys on kriminaalipoliittiselta kannalta jopa tärkeämpi asia kuin se, kuinka optimaalinen tuo lakiin kirjattu periaate tai ratkaisu oikeastaan on. Sen puolesta, että tahallisuus ankkuroitaisiin säännöstasolla yhteen teoriaan, olkoon se sitten tässä tapauksessa todennäköisyystahallisuuden jokin muotoilu, puhuvat nykyään tämmäntyyppiset seikat. – Oikeus ei silti aina ole sitä, miltä se näyttää. On toisinaan mahdollista, että lakiin kirjatuilla yleisten oppien säännöksillä vain luodaan selaista kulissiperusteluiden 'mantraa', joka elää oikeuskäytännössä ratkaisujen perusteluissa ilman, että asian sisältö olisi ratkaisijoillekaan koskaan kunnolla selvinnyt. Todellinen ratkaisukriteeri voi olla pahimmillaan täysin mielivaltainen.

Vaikka *tahallisuus* on välttämättä suurin piirtein sitä, mitä se "vaan yksinkertaisesti on", niin eri oikeusjärjestelmissä on koetettu määritellä sitä kovin eri



tavoin. Kriminaalipoliittisesti asialla on suuri merkitys, koska tämä kysymys vaikuttaa usein siihen, minkä rikosnimikkeen alle teko sijoittuu, ja usein myös vaikutus tuomittavaan rangaistukseen on huomattava. Sivuhuomautuksena voi mainita, että vaikka tahallisuusopeissa käytetään hienoja latinankielisiä termejä *dolus eventualis*, *dolus directus* jne, silti kotimaiset tulkinnat näistä termeistä ovat varsin kotikutoisia; jo Ruotsissa moni asia ymmärretään eri tavalla. Yhteinen eurooppalainen kulttuuriperintö on eri kansallisissa järjestelmissä ja tutkimuksessa elänyt omaa elämäänsä. Usein voikin kysyä, mikä jossakin yleisten oppien kannassa loppujen lopuksi on kotimaista ja mikä ei.

Yhdentyvässä Euroopassa on virinnyt kasvavaa kiinnostusta oikeusvertailuun. Yleisten oppien esityksessä tehdään Suomen ennätys tässä suhteessa. Kaikki keskeiset sääntelyt on selvitetty vähintäänkin pinnallisesti pohjoismaiden lisäksi Saksan oikeuden osalta, osin tätäkin laajemmin. Se tapa, jolla oikeusvertailuun tukeudutaan, antaa kuitenkin aiheen myös kriittiseen kommenttiin: usein oikeusvertailun avulla lähinnä osoitetaan, että jokin kysymys voidaan ratkaista kovin monella tavalla, jotta saadaan oikeutetuksi Suomessa vakiintuneen linjan jatkaminen. Vain harvoin on aidosti haettu innovaatioita toisten maitten järjestelmistä.

#### 4. RIKOSOIKEUDEN MODERNISAATIO JA OIKEUSTIETEEN KEHITYS

Suomessa yleisten oppien lainsäädännöllinen tilanne on heijastanut pitkälle tuota yli sadan sadan vuoden takaista aikaa. Oikeuskehityksestä ovat saaneet huolehtia muut voimat, ennen muuta oikeustiede ja oikeuskäytäntö. Oikeustieteessä *Brynolf Honkasalo* oli 1980-luvulle saakka vahvin nimi, ja hänen rikosopillisen ajattelunsa on kaksi tai kolme juristipolvea omaksunut. Honkasalo oli hyvä lainoppinut, mutta ei silti mikään suuri teoreetikko (toisin kuin 1800-luvun lopun saksalaisvaikutteisen aallon suuret kotimaiset oppineet). Honkasalo ammensi lähinnä edeltäjiltään sekä 1930-luvulta alkaen edellisten vuosikymmenten saksalaisesta (sinänsä korkeatasoisesta) keskustelusta. Siltä pohjalta hän jatkoi työtään 1960-luvulla, kun hän eläkkeelle jäätyään uudisti oppikirjansa. Vaikutteita oli toki runsaasti muualtakin.<sup>13</sup> Honkasalon oppikirjoista on monen lainkäyttäjänkin tiedot alun perin ammennettu.

<sup>13</sup> *Backman, Eero*, Oikeustiede yhteiskuntatieteenä, 1992, s. 271–281. Ks. myös *Nuotio, Kimmo*, Ennalta arvattavuuden merkityksestä Brynolf Honkasalon kausaalisuus- ja rikosopin kannalta. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI, Helsinki 1989, s. 309–341. Honkasalon suhteesta skandinaaviseen realismiin ks. mainintaa *Nuotio, Kimmo*, Alf Ross som straffrättsfilosof, Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 1999, Nr. 3, s. 171–191, erit. s. 186–187.

1970-luvulla virisi oikeuspoliittisille uudistuksille myönteinen ilmapiiri, ja myös rikosoikeudessa lähti moni asia liikkeelle. Rikosoikeuskomitea linjasi suuntaviivat rikosoikeuden modernisoinnille,<sup>14</sup> ja erityisen osan uudistuksia valmisteltiin siinä rinnalla. Rikoslakiprojekti jatkoi tätä tietä eteenpäin, rakentaen taloa vesikatosta alaspäin: kiireisimmät asiat otettiin ensimmäiseksi pöydälle. Nyt alkaa olla erityinen osa läpikäyty, seuraamusuudistuksia valmistellaan vielä, ja yleisiä oppeja koskeva hallituksen esitys on lopultakin, perusteellisen valmistelun jälkeen, saatu eduskunnan käsiteltäväksi. Rikoslakiprojektin organisaation purkauduttua hallituksen esitys viimeisteltiin ministeriössä normaalina virkатыö-  
nä. Lainuudistushanke on hitaan käynnistymisen jälkeen edennyt melkoisessa tahdissa.

Rikoslakiprojektin ehdotus oli lausuntokierroksella, minkä jälkeen siitä hankittiin myös korkeimman oikeuden lausunto. Lausuntotiivistelmä on julkaistu, mutta juurikaan lausunnot eivät ole johtaneet säännösehdotusten korjaamiseen (Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistaminen. Tiivistelmä lausunnoista. OikM. Lausuntoja ja selvityksiä 2002:7.)

Rikosoikeudellinen lainsäädäntötyö on kehittänyt lainsäädäntötekniikkaa ja lainkirjoitustapaa merkittävästi erityisen osan puolella. Erilaiset porrastustekniikat ovat mahdollistaneet vaarantamistunnusmerkkien ja syyksiluettavuusasteiden luovan käytön erityyppisissä tunnusmerkistöissä. On tullut tilaa esimerkiksi hienojakoisia erotteluita hyödyntävälle vaarantamislainopille.<sup>15</sup> Yleisissä opeissa vastaava kehitys ei ole niinkään heijastunut säännösten ilmiasuun. Pinnanalaisesta kehityksestä tutuin esimerkki voisi olla hätävarjelu-oikeuden sosiaalietiiseksi kutsuttu rajoitus, joka ilmenee puolustettavuusvaatimuksen nousuna välttämättömyyskriteerin rinnalle.

Kotimainen rikosoikeustiedekin on mennyt eteenpäin 1970-luvun jälkeen. 1980-luvulta alkaen rikosoikeuden yleisiin oppeihin kohdistettu tutkimus on vilkastunut. Viime vuosikymmenellä Honkasalon oppikirjat saateltiin lopullisesti historian hämääjän sen jälkeen, kun kotimainen tutkimus oli selvitelty monia keskeisiä yleisten oppien kysymyksiä uudenaikaisella tavalla. Saksalaisten vaikutteiden rinnalle ovat entistä selvemmin tulleet pohjoismaiset vaikutteet, meillä ehkä erityisesti *Nils Jareborgin* tuotanto. Vaikutteita on haettu monesta suunnasta, kuten oikeusteoriasta ja moraalifilosofiasta, niin kuin rikosoikeuden teoriassa on varhempiinkin aikoihin tehty. Rikosoikeuden suhteesta perusoikeusajatteluun

<sup>14</sup> Rikosoikeuskomitean mietintö KM 1976:72, Helsinki 1976; *Matikkala, Jussi*, Rikosoikeuskomitea ja rikosoikeuden kehitys, LM 8/1998, s. 1325–1340; *Lahti, Raimo*, Rikoslain kokonaisuudistus 30 vuotta – entä nyt? LM 4/2001, s. 718–725.

<sup>15</sup> Vaarantamiserotteluiden perusteita on tärkeällä tavalla hahmotellut *Pekka Koskinen*, Vaarantamisesta rangaistusvastuun perusteena, LM 7–8/1984, s. 1116–1141. Ks. myös *Frände, Dan*, Faredeliktens allmänna lärör, Oikeustiede – Jurisprudentia XXVII (1994), s. 5–103.

on keskusteltu vilkkaasti.<sup>16</sup> Radikaaleinta virtausta edustavat abolitionismi ja kriittinen kriminologia.<sup>17</sup>

Esimerkiksi huolimattomuusopin<sup>18</sup> ohella on yleisistä opeista tutkittu laillisuusperiaatetta,<sup>19</sup> vaarantamisrikoksia,<sup>20</sup> vastuun kohdentumista<sup>21</sup> ja oikeushenkilön rangaistusvastuuta.<sup>22</sup> Uusia oppikirjoja on laadittu molemmilla kotimaisilla kielillä. – Joitakin tärkeitä teemoja on edelleen tutkittu liian niukasti. Yksi sellainen on tahallisuus, josta kylläkin on kaksi väitöskirjaa tekeillä.<sup>23</sup>

Oikeustieteellisessä tutkimuksessa on klassisista niukoista oikeusvaltiollisista opeista säilytetty se, mikä on kestävä (ja löydetty uudestaan monia klassikoita), mutta rikosoikeuden yleisiä oppeja on koetettu lähestyä juridisesti osana modernin teollistuneen, jälkiteollisen yhteiskunnan, tietoyhteiskunnan, ja vieläpä hyvinvointivaltion oikeutta (nyt yleisten oppien hallituksen esityksessä jo hiukan liiankin joustavasti – pitäisikö ottaa askel takaisinpäin oikeusvaltion formalismiin?). Käsitteistöä on pitänyt *uudelleen tulkita* uusia soveltamistilanteita varten (tahallisuudesta tulee puhetta jäljempänä).

Sallitun ja kielletyn menettelyn erottamisesta on tullut yhä tärkeämpi rikosoikeuden tehtävä: on voitava viestittää siitä, missä kulkee sallitun ja kielletyn toiminnan raja. Rikos ei niinkään ole 'pahan' määrittelyä, vaan välttämätöntä rajanvetoa ja oikeuksien välisen tasapainon asettamista (esim. ilmaisunvapaus ja suoja kunnianloukkaukselta). Yleiset opitkin on sopeutettava tähän tehtävään.

Perusoikeudet nostavat esiin kansalaisten oikeuksia yhtä hyvin toimijaperspektiivistä ('Ei tämä voi olla kiellettyä kunnianloukkausta, minähän vain käytän ilmaisunvapauttani!') kuin uhriperspektiivistä (rikosoikeuden pitää tunnustaa oikeuksien ja oikeushyvien konkreettisia suojan tarpeita). Perusoikeuksien järjestelmän nostaminen esiin rikosoikeudellisen lainsoveltamisen yhteydessä ja yleisten oppien taustana on tuonut esille sen aivan luonnollisen vaatimuksen, että rikosoikeuden on istuttava muuhun normiympäristöön ja oltava sen kanssa linjassa. Rikosoikeus ei kehity omalakisesti, erillisenä oikeuden lohko-

<sup>16</sup> *Viljanen, Veli-Pekka*, Perusoikeuksien rajoitusedellytykset, Helsinki 2001; *Nuutila, Ari-Matti*, ja *Nuotio, Kimmo*, Perusoikeuksien merkityksestä rikosoikeudessa, teoksessa P. Lämsineva ja V.-P. Viljanen, Perusoikeuspuheenvuoroja, Turku 1998, s. 137–164.

<sup>17</sup> Esim. *Hirvonen, Ari*, Miksi ei rikosoikeus! Abolitionismi vaihtoehtona rankaisemiselle. A. Hirvonen (toim.), Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. Helsinki 1994, s. 83–114.

<sup>18</sup> *Nuutila, Ari-Matti*, Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Helsinki 1996.

<sup>19</sup> *Frände, Dan*, Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Ekenäs 1989.

<sup>20</sup> *Nuotio, Kimmo*, Teko, vaara, seuraus. Helsinki 1998.

<sup>21</sup> *Nissinen, Matti*, Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä. Helsinki 1997.

<sup>22</sup> *Jaatinen, Heikki*, Oikeushenkilön rangaistusvastuu. Helsinki 2000.

<sup>23</sup> Tahallisuustutkimuksesta ks. esim. *Matiikkala, Jussi*, Tahallisuuden alimmasta asteesta, LM 7/1991, s. 962–980; *Koponen, Pekka*, Tahallisuudesta talousrikoksissa. Oikeustiede – Jurisprudentia XXXV (2002), s. 235–342.

naan, mutta se ei myöskään voi edustaa sellaista 'superdiskurssia', jossa asetetaan sääntöjä toisille oikeudenaloille. Rikosoikeus ei myöskään voi hääriä kuin norsu lasikaapissa, vaan usein jonkin tietyn elämänalueen omia päätöksentekojärjestelmiä ja itsesääntelymekanismeja on suojattava heijastusvaikutuksena tapahtuvalta puuttumiselta ja rajoituttava määrittämään rangaistavuuden kautta vain olennaisimpia oikeudenloukkauksia. Esimerkki itsesääntelystä: Julkisen sanan neuvosto on ensisijainen tiedotusvälineiden eettisten koodien vartija ja tulkitsija, eikä tule pyrkiäkään siihen, että nämä koodit asetettaisiin ensi sijassa rikoslainkäytössä.

Yleisten oppien kulttuuriin vaikuttaa väkisinikin moni sääntelyiden *kohdealueilla* tapahtunut muutos. Erityisen osan kehitys heijastuu yleisten oppien soveltamisympäristöön. Uudentyyppiset kriminalisoinnit edellyttävät myös yleisten oppien kehittymistä ja uudelleentulkintoja. Tässä suhteessa yleisiä oppeja koskeva hallituksen esitys tuottaa pettymyksen: niitäkään tilaisuuksia ei ole käytetty, joissa tätä olisi voinut koettaa ottaa esille. Rikoksen "malli", paradigma on kuitenkin muuttunut. Ennen keskeisintä olivat tahallinen seurauksen aiheuttaminen ja siihen liittyvät tilanteet. Nyt keskeistä ovat entiset vastuun 'reuna-alueet': huolimattomuus, laiminlyöntivastuu, vaarantaminen, vastuu yhteisestä toiminnasta, vastuunjako toimivan, hierarkkisesti järjestyneen organisaation sisällä. Poikkeuksesta on tullut pääsääntö. Vastuu joudutaan tuottamaan yhä selvemmin konstruktiiivisesti, yhä epätyypillisemmissä yhteyksissä. Rikosoikeuden vastuudiskurssi laajenee, se venytetään uusiin ulottuvuuksiin.

Se naturalismi, kausaalisuusajattelu, aiheuttamiseen perustuvan vastuun luonnollisuuden ajatus, joka vielä *Honkasalolla*<sup>24</sup> oli vahvana, muuttuu kun vastuun konstruktiiivisuus lisääntyy ja kun vastuu kytketään eriytyneempiin roolikäsitteisiin. Toimintateoria on yhdistettävä oikeudellis-sosiaalisiin rooleihin – tähän tehtiin myös sosiaalisen siviilioikeuden nimellä kulkeneissa kehitelmissä.<sup>25</sup> Esimerkiksi liikenteeseen osallistutaan erilaisissa rooleissa, kuka jalankulkijana, kuka tavallisena autoilijana, kuka linja-autonkuljettajana, aina hiukan eri velvoittein. Yleisissä opeissakin on otettava huomioon tämäntyyppinen kehitys, ja löydettävä keinoja ottaa erilaiset juridisesti merkitykselliset roolit huomioon vastuukysymyksissä.

Rikosoikeudella on perustava yhteys toiminnallisiin järjestelmiin. Sen huomaa, kun lukee rinnalla esimerkiksi siviilioikeuden teoriaa, vaikkapa esineoikeutta. Rikosoikeudessa ei edes kiinnosta juuri muu kuin toiminta, omistaminen sinänsä ei vielä ole kiinnostavaa. Rikosvastuun sisältö on toisaalta yleensä

<sup>24</sup> *Honkasalo, Brynolf*, Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Ensimmäinen ja toinen osa. Toinen painos. Helsinki 1965 ja 1967, sekä *sama*, Kausaalisuuskytymys rikosoikeudessa, Helsinki 1933.

<sup>25</sup> *Wilhelmsson, Thomas*, Social civilrätt. Helsinki 1987.

haettava sellaisesta taustanormistosta, jota ei ole tarkoitettu palvelemaan yksinomaan rikosoikeudellista lainsoveltamista. Sen paremmin rikosoikeuden yleiset opit kuin kriminalisoinnitkaan eivät määritä vastuun ehtoja täydellisesti.

Oikeushyvät ovat yhä olennaisempina säännösten tulkintataustana, mikä sinänsä ei ole mitään uutta. *Nils Jareborg* katsoo, ettei teleologiasta on lähinnä apua systemaattisessa ja pedagogisessa mielessä, eikä niinkään soveltamistilanteissa tulkinta-apuna, mutta tämä käsitys lienee liian tiukka.<sup>26</sup>

Uutta on, että rikosoikeus nähdään osaksi perusoikeuksien järjestelmää eikä pelkästään preventio-instrumentiksi. Rikosoikeuden kytkentä muuhun oikeusjärjestykseen seuraa osin valtiosäännön merkityksen kasvusta. On huomattu, että rikosoikeuden käytöllä on valtiosääntöisiä ehtoja. Näitä selvitti, eduskunnan perustuslakivaliokunnan asiakirjoihin tukeutuen, *Veli-Pekka Viljanen* väitöskirjassaan.<sup>27</sup>

Kriminaalitieteiden läheisyyttä toisiinsa nähden korostava '*Gesamtstrafrechtswissenschaften*'-näkökulma muokkaa viime kädessä myös vastuuperusteiden järjestelmää. Tavoitteena on turvallisuuden edistäminen kontrolloimalla vahingollisten ja vaarallisten tekotyypin esiintymistä. Rangaistuslajien tavoitteet eriytyvät toisistaan. Rikosoikeuskin on joustavaa ja hyvinvointivaltiollisiin sääntelytarpeisiin sovitettua oikeutta, joka kuitenkin on puettava hyväksyttävään oikeusvaltiolliseen muotoon. Kriminaalipolitiikan ja rikosoikeuden jännite onkin ollut paljon esillä viime aikoina. Puhutaan jo luontevasti 'offensiivisesta ja defensiivisestä kriminaalipolitiikasta' ja 'dynaamisesta oikeushyvien suojelusta'.<sup>28</sup> On oikeastaan paradoksaalista, että tällaiset aiheet ovat nousseet esille samaan aikaan, kun yhä suurempi osa myös rikosoikeuden alan uudistuksista seuraa siitä, että sopeudumme EU:ssa tapahtuvaan kehitykseen.

Pohjoismainen pragmatismi on toiminut saksalaisen konstruktivismiin (käsitteellisyys) ja common law'n pragmatismiin välittäjänä: ei vaadita juridiikalta puhtautta, vaan haetaan rohkeasti lainsäädännössä ratkaisuja sääntelyongelmiin. Esimerkkejä ovat juuri vastuun kytkeminen rooleihin sekä oikeushenkilön rangaistusvastuu. Kriminaalipoliittiset tarpeet antavat aiheen luoda uusia oikeusinstituutioita ja sovittaa niitä kulloisiinkin sääntelytavoitteisiin.

<sup>26</sup> *Jareborg, Nils*, Allmän kriminalrätt. Uppsala 2001, s. 108–113.

<sup>27</sup> *Viljanen*, Perusoikeuksien rajoitusedellytykset, 2001.

<sup>28</sup> Esim. *Jareborg, Nils*, Vilken sorts straffrätt vill vi ha? Teoksessa D. Victor (red.), Varning för straff. Om vådan av den nyttiga straffrätten. Stockholm 1995, s. 19–37; *Jareborg*, Allmän kriminalrätt, 2001, s. 45–65; *Nuotio, Kimmo*, Onko hyökkäys paras puolustus?, LM 8/1998, s. 1341–1354; *Lappi-Seppälä, Tapio*, Kriminaalipolitiikka – rikosoikeuspolitiikka, LM 8/1998, s. 1285–1308; *Hassemer, Winfried*, Symbolinen rikosoikeus ja oikeushyvien suojelu. Oikeus 1989:5, s. 388–400.

## 5. VASTUUOPIN AJANKOHTAISAIHEITA JA SÄÄNTELYEHDOTUKSIA

Yleisten oppien kehityksen kannalta seuraavat alueet ovat viime vuosina olleet keskeisimpiä: Ensinnäkin *huolimattomuuden arvioinnin* osalta on tapahtunut objektivoitumista, ja on havaittu, että usein keskeisin arvioinnin kohde onkin toiminnan ulkoinen huolellisuus (ks. esim. tuottamuksellinen kätkemisrikos, KKO 1995:68). Tätä vastaa se, että on kehitelty oppeja teon huolimattomuudesta erotuksena tekijän huolimattomuudesta. Huolimattomuusarviointit ovat tiukentuneet siten, että seurauksista ja riskeistä päätellään usein taaksepäin huolimattomuuteen. Kielletyn riskinoton teorian tavoitteena on vastaavasti avata uudestaan toimijan näkökulma. Kaikki riskinotto ei voi olla kiellettyä, vaan ainoastaan jokin osa siitä. Riskinotto on hyödyllistä, sanoi sosiologi *Niklas Luhmann*! Silloin kun ei mitään pantu peliin, ei mitään voitettukaan. Tämä sallitun riskin ajatus toimii vastavoimana vastuun päättelylle suoraan syntyneistä seurauksista, ilman kielletyn riskinoton välivaihetta.

Seurausten aiheuttamista edellyttävien rikostunnusmerkistöjen rinnalle on noussut yhä enemmän sellaisia, joissa edellytetään ainoastaan jonkinasteisen vahingonvaaran käsilläoloa. Tämä onkin luonnollinen kehityssuunta: ei anneta vahingon tapahtua, vaan puututaan jo vaaralliseen toimintaan. Tai toisin sanoen vaaditaan varotoimia, mutta samalla hyväksytään se, että niistäkin huolimatta vahinkoja toisinaan sattuu. Rikosoikeuskomitea edusti aikanaan näkemystä, että tuottamuksellisista seurausrikoksista voitaisiin kokonaan luopua. Ajatuksessa mentiin tuolloin liian pitkälle – mutta puolittain on oltu oikeassa: painopistettä on siirretty vaarallisten toimintojen sääntelyyn sinänsä.

Yhä useammin toimijoilla on lisäksi velvollisuuksia käyttää kykyjään vaaroja vähentävästi, vaaratilanteita ja vahinkoja ennakoivasti. Tämä on tuttua esimerkiksi EY-oikeuden piirissä, kuten työsuojelun ja ympäristösuojelun normistojen alalla, ja myös tieliikenneoikeudessa. Kun ryhtyy tekemään, pitää tietää riskit, eikä yleensä voi vedota tietämättömyyteen. Tämänkaltainen ennakointivelvollisuus johtaa sekín vastuu tiettyyn objektivoitumiseen: yhä harvemmin voi menestyksellisesti vedota siihen, ettei seuraus aiheutunut huolimattomasta toiminnasta.

Riskinoton kiellettyisyys ja rationaalisuus suhteessa erilaisiin toimintanormeihin ja toisaalta erilaisiin teoista avautuviin mahdollisiin tapahtumakulkuihin tulee arvioinnin varsinaiseksi kohteeksi. Huolellisuusvelvollisuuksien rikominen ratkaistaan usein vasta päätöksessä. Hallituksen esityksen sisältämässä tuottamuksen määrittelyssä on tästä poiketen vielä hiukan jonkinlaista huolellisuuden olemusajattelua. *Jareborgin* ajatuksena on, että huolellisuusvelvoitteen olemassaolo näkyy vain siitä, että henkilö tuomitaan sen rikkomises-

ta.<sup>29</sup> Miksei siis kysytä suoraan henkilön vastuuta, ja sitä, saiko hän toimia näin?

Ehdotettu tuottamuksen säännösmuotoilu on tietynlainen kompromissi, jota leimaa vaikeus luonnehtia huolimattomuutta sisällöllisesti. Tämä onkin sellainen kohta, jossa lainsäätäjältä vaaditaan suurta mielikuvitusta tautologisen määrittelyn välttämiseksi. Aivan huonosti asiassa ei ole onnistuttu. Tietysti voi kysyä, kuinka informatiivinen on muotoilu: ”Tekijän menettely on huolimaton, jos hän rikkoo olosuhteiden edellyttämää ja häneltä vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta, vaikka hän olisi kyennyt sitä noudattamaan (*tuottamus*).” Itse pitäisin parempana välttää teknis-luontoista termiä ’huolellisuusvelvollisuus’, ja kiertäisin asian esimerkiksi seuraavanlaisen muotoilun avulla: ”Tekijän menettely on ollut huolimaton (*tuottamus*), jos hän on jättänyt noudattamatta olosuhteiden edellyttämää ja häneltä vaadittavaa huolellisuutta, vaikka olisi siihen kyennyt.” Asiallisesti ottaen sama tulisi näinkin esille.

Huolimattomuuden yleistä määrittelyä tärkeämpää onkin, että huolimattomuuden törkeyden arviointia voidaan ohjata. Törkeysarvostelun suhteen päästään sisällölliseen ohjaukseen, kun voidaan osoittaa törkeysharkinnassa merkitykselliset kriteerit. Tässäkin suhteessa ehdotuksessa on onnistuttu suhteellisen hyvin. Yhdeksi uudeksi kriteeriksi olisi kuitenkin syytä erikseen nostaa *huolellisuusvelvollisuudesta tai huolellisesta toiminnasta poikkeamisen olennaisuus*, siis se, miten olennaisesti (= kuinka paljon) vaadittavasta huolellisuudesta on poikettu. Tämäkin kriteeri tulee toki pääosin katetuksi jo muiden ehdotuksessa luoteltujen kriteerien välityksellä. Pitäisin kuitenkin kyseistä olennaisuutta suorastaan tärkeimpänä seikkana huolimattomuuden törkeysharkinnassa.

Rikosvastuussa erityisesti tuottamuksellisissa seurausrikoksissa on kyse kahdesta asiasta yhtä aikaa: yleispreventiivisestä toimintanormien vahvistamisesta syyksilukemiskäytännön ja oikeudenmukaisesta syyksilukemisesta. Mitä etäisempiä ovat seuraukset, sitä vaikeampaa on saada tekijää vastuuseen edes tuottamuksensa perusteella. Tavallaan on kahden ”aikakauden” oikeutta sovellettava yhdellä kertaa: preventiivisesti perusteltavia turvallisuus- ja toimintanormeja sekä seurausten syyksilukemiseen liittyviä klassisempia sääntöjä. Edellisten tiivistyminen ja täsmentyminen vetää osaksi perässään myös seurausten syyksilukemista. Tämän vuoksi tarvitaan myös syyksilukemista *rajoitettavia* näkökohtia.

*Oikeutusperusteet* ymmärretään yhä useammin jo tunnusmerkistöntasoisiksi eikä yksinomaan erillisiksi oikeudenvastaisuuden poistaviksi perusteiksi. Sallittu voimakeinojen käyttö sulkee jo alun alkaen pois esimerkiksi pahoinpitelyä koskevan säännöksen soveltamisen. Tämänkaltaisesta lainsäädännön kehityksestä tulee paineita rikoslainopille, jonka pitäisi löytää selitys sille, miten laillinen

<sup>29</sup> Ks. esitystä *Jareborg, Nils*, Allmän kriminalrätt, s. 211–236.

voimakeinojen käyttö oikein sulkee pois rikostunnusmerkistön toteutumisen, ellei kyse ole yksinomaan oikeuttamisperusteen tyyppisestä vaikutuksesta. Täytäntäpaiseet seikat perustelevat tunnusmerkistön mukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden kategorioiden tiettyä lähentämistä, ja tästähän on ollut kyse esimerkiksi teon huolimattomuutta erotuksena tekijän huolimattomuudesta selvittäneissä omissa.

*Laiminlyöntiperusteisen vastuun* osalta kiinnittää huomiota tuottamuksellisten laiminlyöntirikosten merkityksen kasvu. Tässä on kyse eräänlaisesta sosiaalisesta kausaliteetista: laiminlyönti nähdään entistä useammin seurauksen synnyn syyksi. Kannattaa panna merkille, että aktiiviseen toimintaan liittyvän huolimattomuuden ja varotoimien laiminlyönnin erottelu on suhteellinen. Erottelu toimintaan ja laiminlyöntiin eivät olekaan kaikissa tapauksissa kovin ehdottomia. Voisi sanoa, että vastuukonstruktioit ovat erilaisia, mutta ero on usein enemmän juridikkassa kuin luonnollisessa tapahtumisessa sinänsä. Eri vastuumuodoissa testikysymykset poikkeavat toisistaan.

Epävarsinaiisiin laiminlyöntirikoksiin liittyvä vastuuasemaoppi on Suomessa uudehko kehitelmä. Siinä korostetaan erilaisten oikeudellisten ja tosiasiallisten roolien merkitystä vastuuperusteena. Toimintaan tietyssä tehtävässä voi liittyä perusteltuja odotuksia. Vastuuasemaperusteen alkuperä (virka, sopimus tms.) ei enää ole yhtä tärkeää kuin vastuun sisältö: velvollisuus estää seurauksia, suojata, valvoa. Hallituksen esityksessä 44/2002 sivumennen mainiten luovuttiin siitä saksalaisesta *samanarvoisuus*vaatimuksesta, jota vielä rikoslakiprojektin mietinnössä esitettiin säännökseen mukaan. Vastuuasemaperusteet esitetään kirjattaviksi lakiin – tämä onkin yksi tärkeimmistä kohdista, jossa lakiin kirjaamisella on todellista merkitystä oikeuselämässä.

Työrikoksissa ja ympäristörikoksissa joudutaan laiminlyöntivastuun ohella usein selvittämään *tekijän toimintaa osana jotakin organisaatiota*. Yhä useammin joudutaan yksilöiden vastuun perään kysymään myös muutoin silloin, kun riskinotto jossakin mielessä perustuu toimintaan yhdessä, oli sitten kyse sukeltajaryhmän toiminnasta, humeruiskua kierrättävästä huumeidenkäyttäjäporukasta taikka kirurgista operaatiota tekevästä lääkiriryhmästä. Ryhmässä toimittaessa myös rikosoikeudellinen luottamusperiaate saa lisääntyvää merkitystä: työnjaollisesti järjestyneessä laillisia tarkoituksia palvelevassa ryhmässä on oltava (ei kuitenkaan poikkeuksettomasti) oikeus luottaa siihen, että jos itse hoitaa osansa, muutkin tekevät niin. Erilaiseen tehtävienjakoon liittyy perusteltuja odotuksia.

Astetta järjestyneempi tausta yhteiselle toiminnalle on kyseessä silloin, kun tuo toiminta sijoittuu esimerkiksi liikeyrityksen puitteisiin. Silloin joudutaan vastuukysymysten osalta 'konsultoimaan' sitä juridikkaa, joka käsittelee vastuusuhteita tuon yhtiömuodon parissa. Työrikoksissa, ympäristörikoksissa ja talousrikoksissa joudutaan usein arvioimaan yksilöiden toimia tällaisessa organi-



saatioympäristössä. Jos jokeen on valunut öljyä tai pesuainetta, joudutaan rekonstruoimaan tapahtunut myös suhteessa toiminnasta vastaavaan organisaatioon. Tavallisesti kuljetaan alatasen vastuullisista kohti keskijohtoa ja ylempääkin johtoa. Toisinaan taas luontevampi suunta on lähteä ylhäältä alas. Joka tapauksessa eri organisaatioitasoilla veloitteiden perusteet voivat poiketa toisistaan. Ylätasolla vastataan yleisten edellytysten ja organisaatioiden luomisesta (kirjanpito, työsuojelu, ympäristönsuojelu) ja valvonnasta. Vastuun kohdentumisopit (nyk. RL 47:7 ja 48:7) suuntaavat vastuuta ylöspäin, eli niihin henkilöihin päin, joilla on valta organisaatioissa tehdä vaadittavat päätökset. Tämä johtaa laiminlyönti- ja tuottamuvastuun korostumiseen. *Vastuun kohdentumisoppi* onkin jonkinlaista organisaatioihin sovitettua oppia, jossa yhdistetään tuottamus-, laiminlyönti- ja osallisuusoppia. Oppi voi välillä 'riidellä' esim. osallisuusopin kanssa. Todelliset vastuun kohdentumistilanteet voidaan juridisesti myös hahmottaa eri tavoilla. Riippuu siitä, mistä päästä lähdetään ja millaisia juridisia välineitä käytetään.

Yleisten oppien hallituksen esityksessä ei ehdoteta yleistä säännöstä vastuun kohdentumisesta, vaan nykyiset erityissäännökset katsotaan riittäviksi. Ilmeisestikin pelätään käyvän huonosti, jos erityissäännökset kumottaisiin, mutta uusi säännös ei sellaisenaan sopia kaikkiiin tilanteisiin (HE 44/2002, s. 41). Vastuun kohdentamista koskevaa säännöstä harkittiin laiminlyöntivastuuta koskevan säännöksen yhteyteen. Tuollaisten yleisten vastuun kohdentamista koskevien periaatteiden olisi tullut soveltua mitä erilaisimpiin tilanteisiin, mutta sellaisten periaatteiden muotoilu olisi ollut hankalaa ja saattanut johtaa mitäänsanomattoon tautologisiin määrittelyihin.<sup>30</sup>

Vaikuttaa siltä, että viime vuosina tutkimuksen puolella kehitelty ja säännöstä ilmenevä vastuun kohdentumisoppi entisestään vahventaa sitä, että kunkin tekijän osuus tulee erikseen arvioiduksi. Tavallaan luovutaan vapaaehtoisesti siitä, että koetettaisiin kovin selvästi operoida osallisuusopin luokituksilla näissä tilanteissa. Hallituksen esityksen tekstissä olisi tämän vuoksi ollut tarpeen ottaa erikseen esille osallisuusopin soveltuvuus näissä tilanteissa ja erityisesti osallisuusopin suhde vastuun kohdentumiseen.

Hallituksen esityksen laatijat ovat muutoinkin eri kohdin liiaksikin kiinni perinteisissä soveltamistilanteissa, ja turhan usein esimerkitkin on valittu sellaisilta alueilta, joilla suurempia ongelmia ei enää ole. Pedagogiselta kannalta tätä linjaa voi perustella, mutta lainsoveltajan näkökulmasta voi syntyä vaikutelma, että

<sup>30</sup> Ks. problematiikasta yleisesti *Lahti, Raimo*, Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä ja sen sääntelystä. LM 8/1998, s. 1271–1284 ja *sama*, Om fördelning av straffansvar i samfund och regleringen av den. Teoksessa Flores juris et legum. Festskrift till Nils Jareborg. Uppsala 2002, s. 385–399.

tilaisuuksia selventää oikeustilaa ja antaa soveltamisohjeita on turhaan jätetty käyttämättä.

Kotimainen *oppi oikeushenkilön rangaistusvastuusta* on kansainvälisestäikin katsoen varsin etevä ja harkittu kehitemä. Oikeushenkilöä ei itseään pidetä rikoksen tekijänä, mutta se kytketään rikokseen erilaisten linkkien välityksin: johdon osallisuus, yleinen huolimattomuusperuste, anonyymi huolimattomuus. Oikeushenkilön rangaistusvastuu on common law -alkuperää. Pohjoismaihin se on hyvin kotiutunut, ja se alkaa olla jo levinnyt kaikkialle Eurooppaan jossain muodossa. Oikeushenkilön rangaistusvastuu on yhä vahvemmin esillä myös erilaisissa kansainvälisissä instrumenteissa. Oikeushenkilön rangaistusvastuu on tavallaan toinen linja sen rinnalle, että harkittavana on yksilövastuun tasolla vastuun kohdentuminen. Se paikkaa yksilövastuun ”alhaalta kasvamiseen” liittyviä ongelmia. Toistaiseksi yhteisön rikosvastuuta koskevia säännöksiä on sovellettu vasta aivan muutamassa tapauksessa. Luultavasti työrikosten rajaaminen RL 9 luvun soveltamisalan ulkopuolelle on ollut tähän vaikuttamassa. Asiaan saataneen muutosta, kun jatkossa oikeushenkilön rangaistusvastuun mahdollisuutta työrikoksissa arvioidaan uudelleen. Tässä yleisten oppien esityksessä asiaan ei puututa.

Esitykseen sen sijaan sisältyy tärkeä ehdotus oikeushenkilön puolesta toimimista koskevaksi sääntelyksi (ehdotettu RL 5:8). Tällä täytetään tiettyjä aukkoja, joita syntyy, kun rikostunnusmerkitöt sisältävät tekijää koskevia erityisehtoja, jotka oikeushenkilö kyllä täyttää, mutta joita sen sijaan oikeushenkilön puolesta toiminut luonnollinen henkilö ei täytä.

Syyksiluettavuuden alaisuudessa selvitettävät *tahallisuusopit* ovat jatkuvasti keskustelun kohteena. *Syylisyyysvaatimus* laajemmin ymmärrettynä ilmaisee konformiteettiperiaatteen. Sen mukaisesti moite edellyttää, että tekijällä oli mahdollisuus toimia toisin, siis täyttää toiminnassaan lain asettamat vaatimukset. Syylisyydessä on syyntakeisuuden ja syyksiluettavuuden ohella myös muuta normatiivista ainesta, mikä ilmenee anteeksiantoperusteiden olemassa olona. Syylisyyysvaatimus on erityisen tärkeä, koska se toimii vastalääkkeenä vastuun täydelle objektivoitumiselle, mikä taas on yksi ongelmallisista kehityssuunnista. Myös perusoikeus- ja ihmisoikeusnormisto edellyttävät syylisyyysvaatimuksesta kiinni pitämistä. Rikosvastuun täysi objektivoituminen olisi vastoin syyttömyys-olettamaa ja ihmisarvon kunnioittamista.

Tahallisuutta joudutaan arvioimaan suhteessa hyvin erityyppisiin teon olosuhteisiin ja seurauksiin. Ulkoinen teko tahallisuuden referenssinä vaihtelee eri tilanteissa. Hallituksen esityksessä ehdotetaan tahallisuudesta lakiin otettavaksi määritelmäsäännös. Se kahden vaihtoehtoisen teorian malli (’varsin todennäköinen’ tai vaihtoehtoisesti ns. positiivinen tahtoteoria), joka oli vielä rikoslakiprojektin ehdotuksessa, on nyt hylätty: todennäköisyystahallisuus riittää *dolus eventualiksen* osalta. Todennäköisyystahallisuuden kirjaamista lakiin perustellaan

ennen muuta sillä, että tuo teoria on lyönyt itsensä vahvasti läpi korkeimman oikeuden lainkäytössä. Kun korkein oikeus lisäksi piti lausunnossaan todennäköisyystahallisuudelle vaihtoehtoista teoriaa tarpeettomana, ei enää ollut vakavasti tarpeen harkita tahtoteoriaan pohjaavia teoriomalleja. Hallituksen esitystekstissä annetaan *kognitiivisten* (mieltämispainotteisten) ja *volitiivisten* (tahtopainotteisten) teorioiden kamppailla toisiaan vastaan. Tuon kamppailun kognitiiviset teoriat voittavat perustelujen mukaan mennessä tullen. Siihen tärkeämpään kysymykseen, mihin asiasta oikeastaan tarvitaan legaalimääritelmää, ei perusteluista saa yhtä selvää vastausta.

Voi hyvin perustein kysyä, tarvitaanko tällaista todennäköisyystahallisuusteorian vahventamista lakiin kirjaamisen muodossa. Esitettynä perusteluna on lähinnä, että korkeimman oikeuden käytäntö on niin vahvasti tällä linjalla, että muun teorian lakiin kirjaaminen ei olisi mahdollista. Tahallisuusjakso hallituksen esityksessä on laaja, mutta monin kohdin ristiriitainen. Ristiriita koskee lähinnä sitä, missä tahallisuuskynnys todennäköisyysarvolla mitaten on ja onko sellaisesta kynnyksestä mieltä puhua. Yhtäältä sanotaan (HE 44/2002, s. 84), että ei ole syytä pudottaa 'varsin' sanaa pois ja siten muuttaa nykyistä korkeimman oikeuden linjaa, jossa 'varsin todennäköinen' tarkoittanee korkeampaa todennäköisyyttä kuin ns. yksinkertainen todennäköisyys ('seurauksen synty on todennäköisempi kuin se että seuraus jää toteutumatta'), mutta toisaalta kuitenkin tahallisuusvastuun todetaan alkavan pisteestä, jossa 'tekijä pitää seurauksen syntymistä todennäköisempänä kuin sen syntymättä jäämistä' (s. 85, 87), mikä taas viittaa juuri yksinkertaiseen todennäköisyyteen. Tulkitaanko korkeimman oikeuden sitten kuitenkin tarkoittaneen käytännössään vain tuota yksinkertaista todennäköisyyttä? Joka tapauksessa lopputulos lienee se, että tahallisuuden alaraja laskee.

Jatkossa varmaankin tahallisuusongelmat tulevat kulminoitumaan niihin tilanteisiin, joissa vastaajalla ei ole ollut mitään selkeää käsitystä seurauksen syntymisen tai olosuhteen vallitsemisen todennäköisyydestä ylimalkaan. Ongelma siirtyy näyttöä koskevaksi: kuinka pitkälle ollaan valmiita erilaisilla presumptiosäännöillä tai yleisillä kokemussäännöillä täyttämään tämänkaltaisia aukkoja?

Tahallisuusongelmat palautuvat viime kädessä siihen, että koska kyse on inhimillisen toiminnan tulkintakaaviosta, ei yksi teoria voi sellaisenaan olla vastauksissaan tyhjentävä. Todennäköisyystahallisuusmalli ottaa ratkaisukriteeriksi sen, oliko syntynyt seuraus tekijän näkökulmasta todennäköinen (tai 'varsin todennäköinen'). Hallituksen esityksen perusteluissa tuota vaihtoehtoa ajetaan ylinokkaasti, ja positiivisen tahtoteorian idea ymmärretään hiukan tarkoitushakuisen kielteisesti. Tarkoitustahallisuus rajataan tekijän tavoitteisiin, vaikka sinänsä tarkoitus/merkitys voisi olla laajempi. Tekijät eivät teoillaan vain toteuta tavoitteita, vaan myös ilmentävät tarkoituksia ja merkityksiä, ja vastaavasta tekonsa

merkityksen ymmärtämisestä on kyse myöskin syyntakeisuutta koskevilla ratkaisuilla, joskin toki muodollisemmalta kannalta.

Syyskuluettavuudessa on tahallisuuden osalta olennaisinta, että teko (seuraukseen johtanut) vastaa tekijänsä tarkoitusta ja että *on oikein antaa teolle merkitys tahallisena rikoksena*. Tekijä on teon tehdessään ymmärtänyt asiasta riittävästi, jotta teko voidaan juuri tietynlaisena hänen syykseen lukea. Tekijän ymmärrys peittää teon tai laiminlyönnin sellaisena kuin se hänen syykseen tahallisena luetaan.<sup>31</sup>

Voi hyvin kysyä, saavutetaanko todennäköisyystahallisuusteorian kirjaamisella lakiin mitään olennaista uutta, ellei keskeisintä ratkaisukriteeriä, vaadittavaa todennäköisyyttä selkeästi kiinnitetä mihinkään rajaun, eli käytännössä todennäköisyyteen merkityksessä todennäköisempi kuin toinen tai muu vaihtoehto. Muussa tapauksessa vaikuttaa siltä, että todennäköisyystahallisuus sisältää jonkin sellaisen, lähinnä artikuloimattoman normatiivisen elementin, jolla tuota todennäköiseksi mieltämistä koskevaa arviota sopivasti täydennetään ja korjataan. Mutta jos sellainen tarvitaan, onko enää kyse puhtaasti todennäköisyysmalista?

Lakiin kirjattu tahallisuusmääritelmä on muuallakin maailmassa melkoinen harvinaisuus. Ruotsissa asiaa pohtineen työryhmän ehdotus (mietintö *Straffansvarets gränser I – II*, SOU 1996:185) ei johtanut lainsäädännöllisiin toimenpiteisiin. Norjan uudessa ehdotuksessa (NOU 2002:4, s. 224–225, 511–513; § 30) esitetään tahallisuusmääritelmä otettavaksi lakiin sellaisessa muodossa, jossa todennäköisyystahallisuuden osalta vaaditaan tietyn seurauksen olleen tekijän näkökulmasta todennäköisin (mitä todennäköisin?) vaihtoehto ('*mest sannsynlig*'). Tämän tahallisuusmuotoilun rinnalla on toinen, positiivista tahtoteoriaa edustava muotoilu: tekijä 'pitää rikostunnusmerkistön toteutumista mahdollisena ja päättää ryhtyä tekoonsa silläkin uhalla, että teonkuvaus täytyy'.

Tahallisuuden laintasoisesta määrittelystä meillä tai muualla ei sinänsä liene korvaamatonta vahinkoakaan, vaikka ratkaisu ei kaikkia puhdasoppisuuden vaatimuksia toteuttaisikaan. Meillä hallituksen esityksen perusteluiden tietty hapuillevuus heikentää jo sellaisenaan määritelmän tiukkuutta, ja jättää vastaavasti tilaa kehitellä lainopin puolella tarkempaa tahallisuusteoriaa. Tarkoitustahalli-

<sup>31</sup> Kansainvälisessä rikosoikeudessa tahallisuuden sisältö on ymmärretty juuri tähän tapaan: tekijä toimii tahallisesti, jos hän '*means to engage in a conduct*'. Ks. esim. Kansainvälisen rikostuomioistuimen perussäännön artiklaa 30, jonka toinen alakohta kuuluu: "2. Artiklaa sovellettaessa tarkoitetaan henkilön toimivan tahallaan:

a) suhteessa toimintaan, kun hänen tarkoituksenaan on toimia kyseisellä tavalla;

b) suhteessa seuraukseen, kun hänen tarkoituksenaan on aiheuttaa tuo seuraus tai hän on selvillä siitä, että toiminta tavallisesti aiheuttaa tuon seurauksen."

Ks. asiasta myös HE:ssä 161/2000 ao. artiklan yhteydessä lausuttua.

suuden ('Teko on tahallinen, jos rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen vastaa sitä, mitä tekijä on teon hetkellä tarkoittanut...') alla on niin ikään mahdollista kehittää sentyypistä tahallisuusoppia, jossa huomiota kiinnitetään muuhunkin kuin seurauksen syntymisen tai olosuhteen vallitsemisen todennäköisyyteen.

Mainittakoon, että rangaistuksen määräämistä ja mittaamista koskevalta osaltaan hallituksen esityksessä nostetaan *tekojen taustalla olevat vaikuttimet* oikeastaan muodollisemman syyksiluettavuuden asteen täyttymisen edelle. Rangaistus olisi ehdotetun RL 6:3.2:n mukaan mitattava niin, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa paitsi rikoksen vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen, myös 'teon vaikuttimiin' ja 'rikoksesta ilmenevään muuhun tekijän syyllisyyteen'. Niin ikään koventamisperusteisiin lisättäväksi esitetty rasistia motiiveja koskeva uusi lainkohta ilmentää vastaavaa vaikuttimien esiinmarssia. Lieventämisperusteiden kohdalla vastaavasti epäitsekkiät motiivit, kuten kansalaistottelemattomuustilanteet, saisivat nimenomaista merkitystä.

Vaikka teon vaikuttimien nostaminen erikseen esiin on osin perusteltua ja myönteistä, voi silti kysyä, mennäänkö tässä jo liian pitkälle: onko perusteltua ajatella, että tekijän motiivit olisivat säännönmukaisesti mittaamisratkaisun perusteena. Rikosoikeudellisen vastuuopin luokituksissa käytetty muodollisempi syyksiluettavuuden kategoria olisi perusteltua säilyttää pääasiallisena ja ensisijaisena rikostekojen ilmentämän syyllisyyden arviointiperusteena. Vain erityisin lisäehdoin olisi syytä avata kysymys tekijän motiivien vaikutuksesta rangaistusta koskevaan ratkaisuun, ettei jouduta kaltevalle pinnalle. Voi hyvin olla, että tällaista ajatusta on haettukin ja että motiivien nostaminen erikseen yleisiin mittaamisperusteisiin on lähinnä vakiintuneen käytännön kirjaamista.

Esimerkiksi *kansalaistottelemattomuus* tietyllä tapaa syleillään kuoliaaksi, jos se selitetään jo sellaisenaan ansiokkaaksi motiiviksi. Ensinnäkin jo kansalaistottelemattomuuden käsitteen ala 'politiikan ulkopuolisena poliittisena liikkeenä' on epämääräinen, eikä esimerkiksi naamioituneena toteutettuja yöllisiä turkistarhaiskuja edes välttämättä tarvitse pitää kansalaistottelemattomuutena, vaan kyse voi pikemminkin olla suorasta laittomasta toiminnasta, vieläpä järjestäytyneessä ja suunnitelmallisessa muodossa. Lainsoveltajan lienee vaikea päätellä, milloin tekijöiden tavoitteet ovat niin hyväksyttäviä, että tämän tulisi vaikuttaa rangaistusta lieventävään suuntaan. Poliittisesti motivoitussa rikollisuudessa aina terrorismia myöten saattavat tekijän motiivit olla hyvinkin epäitsekkiät. Hallituksen esitys hienokseltaan sälyttää lainsoveltajalle tehtävän tunnistaa hyväksyttävät motiivit ja antaa niille merkitystä rangaistusta lieventävänä seikkana (HE 44/2002, s. 188; kansalaistottelemattomuudesta ks. myös s. 181), joskaan ei ole selvää, minkä nimenomaisen perusteen alaisuuteen nämä tapaukset olisi sijoitettava. Tässä esiin nostetulla ongelmalla ei ole suurta merkitystä, mikäli tuomioistuimet ovat jatkossakin pidättyväisiä koventamis- ja lieventämisperusteiden soveltamisessa, ja vain kohtuullisesti ottavat motiivit mukaan rangaistuksen mää-

räämistilanteissa. Kuvaamani ongelma voi nousta esiin, jos tuomioistuinten aktiivisuus merkittävästi lisääntyy. Silloin joudutaan miettimään entistä tarkemmin sitä, minkälainen systematiikka eri suuntaan osoittavien motiivinäkökohtien taustaksi on tuotettava.

*Rangaistuksen määräämistä* koskevat ehdotukset ovat sinällään harkittuja ja hyvää työtä. Tarkoitus on jatkaa sillä linjalla, jota seuraamusjärjestyksen uudistuksissa on seurattu jo 1970-luvulla. Nyt erityisesti rangaistuksen määräämisen periaatteet ja rangaistuslajien valintasäännöt halutaan koota yhteen, mikä on tullut yhä aiheellisemmaksi sen myötä, että seuraamusvalikoima on monipuolistunut ja mittaamista koskeva ratkaisu edellyttää taustakseen yleisemmät rangaistuksen määräämistä koskevat periaatteet. Monilta osin ehdotuksissa on kyse jo tapahtuneen kehityksen kirjaamisesta rikoslain yleisen osan säännöksiin.

Ehdotetut säännökset kokonaisuutena katsottuna jättävät vieläkin hiukan toimomisen varaa. Esimerkiksi rangaistuslajiterminologia jää hieman epäselväksi (onko yleisten rangaistuslajien ohella vielä erityisiä rangaistuslajeja?), ja erityisesti rangaistuslajista ja rangaistusasteikosta poikkeamisen sääntely ennen rangaistuslajin valintaa koskevaa säännöstä voi saada aikaan sekaannusta.

Ehdotetun RL 6:8:n mukaan esimerkiksi rikoksen jääminen yritykseen olisi perusteena paitsi laissa säädetyn vähimmäisrangaistuksen alittamiseen myös säädettyä lievemmlajisen rangaistuksen tuomitsemiseen. Kun yleisiksi rangaistuslajeiksi on määritelty mm. ehdollinen vankeus, yhdyskuntapalvelu ja ehdoton vankeus, jää avoimeksi, oikeuttaako ehdotettu säännös todellakin kokonaan toisen rangaistuslajin valintaan jonkin sanotun perusteen toteutuessa. Ei olisi mielekäästä, että murhan yrityksestä voitaisiin vapaasti tuomita ehdollista vankeutta, yhdyskuntapalveluun tai äärimmilleen vietyä jopa sakkorangaistukseen. Tämä on tietysti jo *reductio ad absurdum* -tyylistä kritiikkiä, mutta mitä viisasta tällä poikkeamismahdollisuudella sitten tavoitellaankin, se jää epäselväksi. Voi toki olla, että yleisen rangaistuslajin sisällä on tarpeen tehdä tarkempia rangaistuslajierotteluita, mihin viittaa perusteluteksti (HE 44/2002, s. 204), mutta sellaiset olisi tarkkaan selitettävä.

Myös sanotun säännöksen asema poikkeussäännöksenä sekä sijainti ennen lajinvalintaa koskevia säännöksiä herättää kysymyksiä. Miksi poikkeussäännös on sijoitettu rangaistuslajin valintaa koskevien erityissäännöksiä edelle? Ja miksi on tarpeen yleensä kutsua *poikkeukseksi* niitä tilanteita, joissa tähän saakka on sovellettu rangaistuksen vähentämisperustetta? Määrällisesti sängen suuri osa rikostuomioista tulisi edellyttämään tämän poikkeussäännöksen soveltamista. Varmasti kyseisenkin lainsäädännöllisen ratkaisun puolesta voidaan esittää perusteluita, kuten esimerkiksi tarve välttää antamasta joka asiasta erikseen säännöksiä samoin kuin tarve hahmottaa rangaistuksen määräämistä enemmän yleisperiaatteiden kautta kuin mekaanisten asteikonmuutos sääntöjen välityksin. Eh-

dotuksessa omaksuttu ratkaisu herättää kuitenkin epäilyksiä sääntelyn onnistuneisuudesta.

Voi myös kysyä, että jos nimenomaisia lajinvalintasäännöksiä kuitenkin annetaan, eikö niitä pitäisi sitten antaa täysin kattavasti? Eikö lainsäätäjän tulisi selkeämmin määritellä ne periaatteet, joiden varassa eri seuraamusten ankaruusvertailu suoritetaan? Uusklassisen rangaistusarvoajattelun murtuminen ja uudenlaisia tavoitteita palvelevien rangaistuslajien käyttöönotto olisivat luoneet tarvetta tarkentaa näkemyksiä. Toisaalta voi toki ajatella, että juuri luova kaaos jättää tilaa rangaistuslajeille eriytyä, ja estää rangaistuksen määräämisen kangistumista liian tiukkoihin kaavoihin.

Yleisten oppien uudistuksessa lähdettiin liikkeelle jo 1980-luvun puolella, ja suurin osa säännösehdoituksista oli olemassa jo 1990, kun olin professori *Raimo Lahden* apuna järjestämässä asian tiimoilta suurta kansainvälistä kollokviotakin Helsingissä. Se kansainvälisen tutkijayhteisön palaute, jota tuolloin saatiin, ja joka dokumentoitiinkin teoksen *Lahti/Nuotio*, *Criminal Law Theory in Transition* (1992) useissa artikkeleissa, ei kovin merkittävästi lyönyt leimaansa rikoslakiprojektin jatkovalmistelutyöhön.

Tietyllä tapaa *kansainväliset asiat* ovat tuon jälkeen tulleet myös toisessa mielessä siinä määrin esille, että rikoslakiprojektin ehdotuksessa samoin kuin hallituksen esityksessä olisi ollut aihetta nostaa näitäkin näkökohtia näkyville. Yleisten oppien alaa koskevia määräyksiä on nimittäin yhä useammin erilaisissa alan kansainvälisissä sopimuksissa, esimerkkinä vaikkapa Kansainvälisen rikostuomioistuimen perustamista koskeva tuomioistuimen perussäännön sisältävä Rooman sopimus ja erilaiset modernit kansainväliset rikosoikeuden alan yleissopimukset (mm. Euroopan neuvoston ja YK:n piirissä laaditut) samoin kuin sittemmin myös yhä tärkeämmiksi käyvät eurooppaoikeudelliset kolmannen pilarin juridiselta sitovuudeltaan eriaisteiset ohjausinstrumentit. EU-oikeudessa kriminaalipoliittinen verkko kiristyy, kun puitepäätöksin ohjataan tunnusmerkistöjen laadintaa ja rangaistusasteikkoja,<sup>32</sup> ja onpa EU:n piirissä edetty siinäkin hankkeessa, että rangaistusjärjestelmiä ryhdytään harmonisoimaan. Poliittisia päätöksiä etenemisestä on jo tehty.<sup>33</sup>

Vilkas kansainvälinen kiinnostus kriminaalipoliittikkaan merkitsee samalla sitä, että kansainväliset foorumit koskettelevat myös yleisten oppien tason asioi-

<sup>32</sup> Ks. *Nuotio, Kimmo*, Eurooppalaistuva rikosoikeus – rikosoikeudellistuva Eurooppa. DL 4/2001, s. 686–699.

<sup>33</sup> Kokonaiskuvasta ks. julkaisua Eurooppalainen yhteistyö ja kansalliset laskutusmahdollisuudet EU:n rikosoikeudellisessa ja poliisiyhteistyössä. Eduskunnan kanslian julkaisu 9/2002, jossa on *Tommi Nieppolan* laatiman tutkimuksen lisäksi *Ari-Matti Nuutilan* ja *Kimmo Nuotion* puheenvuorot.

ta. Tästä seuraa epäilemättä oikeuskulttuurin muutoksia. Kotimainen lainsäätäjä ei voi enää katsoa rikosoikeutta yksinomaan kansallisesta näkökulmasta. Hallituksen esityksessä ilmeisesti ainoa kohta, jossa on nimenomaisesti viitattu kansainvälisen rikosoikeuden lähteisiin, on esimiehen käskyn sääntely (HE 44/2002, s. 224). Mitä yksityiskohtaisempaan kriminaalipoliittiseen ohjaukseen mennään, sitä enemmän myös yleisiä oppeja koetellaan.

Juuri kun kansallinen lainsäädäntö ollaan saamassa läpikäydyksi, alkaa lähentäminen eurooppalaisella tasolla. Laadun kannalta ongelmia voi tulla siitä, että ne järjestelmät, joihin meitä lähennetään, toisinaan ovat kehityksessä meitä jäljessä. Kriminaalipoliittikkaa saatetaan ryhtyä tekemään liiaksi yhteistyön edistämisen ehdoilla eikä siten, että yhteistyöhön mennään, jos voimme pitää kiinni omista peruslinjauksistamme. Toisaalta pitäisi myös olla avoin ulkoa tuleville vaikutteille ja edistää toistenkin oikeuskulttuurien kehitystä.

Kriminaalipoliitiikan entistä kansainvälisempi toimintaympäristö lisää tarvetta oikeusvertailevan tiedon syventämiseen sekä saa aikaan oikeudellisten ideoiden liikkuvuutta. Pohjoismaisella oikeudella voisi olla annettavaa muulle Euroopalle modernin lainsäädäntöosaamisen alueella. Kotimainen pragmatismi tuntuu siinänsä olevan lähellä sitä, mitä eurooppalaisessa yhteistyössä tätä nykyä haetaan. Suomen onkin ollut suhteellisen helppoa sopeutua esim. Euroopan neuvoston rikosoikeuden alan sopimusten vaatimuksiin. Vähäisempien lainuudistusten rytmi on silti tiukka, ja usein kansainväliset sopimukset synnyttävät vähintäänkin tarvetta kotimaisen lainsäädännön hienosäätöön.

## 6. RIKOSOIKEUDEN FRAGMENTOITUMINEN JA SEKTOROITUMINEN

Rikosoikeuden yleisten oppien yhtenäisyyttä uhkaa rikosoikeuden osa-alueiden eriytyminen, fragmentoituminen. Kansainvälinen lainsäädännöllinen yhteistyö tuottaa kuin itsestään tällaista eriytymistä, koskeehan yleensä tietty hanke vain tiettyjä rikostyyppisiä, esimerkkinä kansainvälisen rikostuomioistuimen perustamisen rajautuminen meillä pääosin RL 11 luvun asioihin (Sotarikokset ja rikokset ihmisyyttä vastaan).

Myös kotimaisia syitä eriytymiskehitykselle voi osoittaa. Rikoslain uudistusjärjestys jättää tässä mielessä toivomisen varaa. Erityistä osaa on läpikäyty sen oletuksen varassa, että rikosoikeudelliselle vastuulle voidaan vielä jälkepäin hahmottaa yhtenäiset yleiset opit. Tuo oletus ei kuitenkaan enää välttämättä päde. Miksi tahallisuus yhteisössä tapahtuvassa talousrikoksessa olisi sama asia kuin perinteisessä pahoinpitelyrikoksessa? - Fragmentoitumisesta kertoo esimerkiksi se, että eri rikoslain lukuihin joudutaan yhä useammin ottamaan yleisten



oppien alaan kuuluvia erityismäärittämiä (kuten huumerikoksissa, sotarikoksissa, työ- ja ympäristörikoksissa, jne.)

Kriminaalipolitiikassa tapahtuu sektoroitumista: tietyt asiat ovat esillä yhteisissä neuvottelupöydissä, ja niissä tapahtuu lainsäädännön lähentymistä. Esimerkiksi lahjonta, kansainvälinen järjestäytynyt rikollisuus, rahanpesu, huumerikokset ja ihmiskauppa ovat esillä monella foorumilla. Kansainvälisen rikosoikeuden puolella yhtä hyvin terrorismi kuin sotarikokset ja rikokset ihmisyyttä vastaan ovat tällä erää suuren huomion kohteena. Suomessakin on pakko katsoa sotarikosjuridiikkaa entistä konkreettisemmin, koska voimme milloin tahansa joutua käsittelemään sellaista juttua, ja koska *ad hoc* -tuomioistuimet ovat luoneet merkittävää ratkaisukäytäntöä, jota mikään tuomioistuin ei voi jättää huomioon ottamatta. Kotimaisen lainsäätäjän olisi toivonut ottavan lainvalmistelussa paremmin huomioon myös yleisten oppien tämänlaatuisia kytkeitä.

Lainvalmistelussa näkyy myös ajattelun, että rikosoikeuden piirissä omaksutut ratkaisut eivät laajasti heijastuisi muuntuyppiseen oikeudelliseen vastuuseen. Lainsäätäjä on siinä uskossa, että rikosoikeudelliset sääntelyt eivät suoraan saa aikaan sellaisia heijastusvaikutuksia, jotka tulisi ottaa huomioon rikoslakia uudistettaessa. Lainsäätäjä siis ikään kuin luottaa tähän sektoroitumiseen ja käyttää sitä hyväkseen.

Voi kuitenkin kysyä, onko aivan varmaa, että oikeuttamisperusteet ymmärtää vahingonkorvausoikeudessa täsmälleen samalla tavalla kuin rikosoikeudessa; onko todella aiheellista puhua, jopa rikosoikeuden yleisten oppien säännösten tasolla, oikeusjärjestyksen *sallimista* teoista, joihin ei voi liittyä mitään seuraamuksia? Jos palokunta purkaa naapurin aidan päästäkseen pakkotilassa palo paikalle, eikö julkisella vallalla ole velvollisuutta korvata aita?

Oikeudenvastaisuuden poissulkeutuminen rikosvastuuseen nähden ei takaa kaiken juridisen vastuun välttämistä. Saksassa on tämän ilmaisemiseksi ehdotettu termiä rikosoikeudenvastaisuus, mikä ei toki ole luontevaa kielenkäyttöä, mutta osoittaa ongelman.<sup>34</sup> Rikosoikeuden normistoon nähden 'ei-oikeudenvastainen' ei vielä merkitse samaa kuin 'oikeudenmukainen' tai 'oikeusjärjestyksen mukainen' tai 'sallittu' termin yleisemmässä mielessä. Rikosoikeudellista vastuuta rajaamalla ei yleensä ole tarkoitus sitoa oikeusjärjestyksen käsiä muissa suhteissa, eikä tämä ole tarpeenkaan, koska rikosoikeuden tavoitteet poikkeavat muiden oikeudenalojen (esim. vakuutus- ja vahingonkorvausoikeuden) vastavista. Tässä mielessä termi 'sallittu' ei-oikeudenvastaisen merkinä, joka esiin-

<sup>34</sup> Günther, Hans-Ludwig, Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem, teoksessa A. Eser – G.P. Fletcher, Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven I Freiburg i. Br. 1987, s. 363–410, erit. s. 384–385.

tyy kahdessa säännöksessä, on ongelmallinen. Voimakeinojen käytön yhteydessä käytetään termiä 'saa', joka on sinänsä parempi, joskin sisältää saman sävyn.

Onko vastaavasti tarpeen käyttää teknisenä terminä 'rangaistusvastuusta vapaa' vain siitä syystä, että saadaan esille ero korvausvastuuseen ja konfiskaatioihin? Eikö termi 'rikosoikeudellinen vastuu' ajaisi saman asian, jos vain selitetään sillä suppeassa mielessä rajattavan viime mainitut ulkopuolelle? 'Rangaistusvastuusta vapautuminen' on muutoinkin kömpelö ilmaisu, parempi olisi: 'ei tuomita rangaistukseen'.

Oikeuttamisperusteissa ei ole tarkoitus enää rajata perusteiden soveltamisalaa sillä kriteerillä, mitä oikeushyvää suojataan. Erityisesti hätävarjelun osalta tämä johtaa kysymään, kuinka mielekäs termi 'hyökkäys' enää on kuvaamaan sellaisiin oikeushyviin kuin tekijänoikeus, kunnia tai ympäristö kohdistuvia tekoja. On selvää, että mainitun ratkaisun vuoksi korostuu 'korjaava', normatiivinen puolustettavuus-arviointi. Tältä osin on kuitenkin vaarassa tautologia, ellei puolustettavuuden kriteereitä pystytä kehittelemään ja ilmaisemaan.

Yleinen suunta tuntuu olevan entistä väljempi, periaatteisiin palautuva ohjaaminen kuin formaalimpi sääntötyyppinen ohjaus. Oikeuttamisperusteissa absoluuttisen hätävarjelu-oikeuden kaventaminen suhteellisuusperiaatteella on myönteinen asia, mutta se toki oli jo trivialiteetti. Muu ratkaisu olisi johtanut perusoikeuksien kannalta kestävämpään tilanteeseen.

## 7. RIKOSOIKEUDELLISEN VASTUUOPIN FORMALISMIN EDUT

Rikoslainsäädännön uudistukseen kuuluu olennaisesti myös yleisten oppien säännösten saattaminen tähän aikaan ja sen vaatimuksiin soveltuviksi. Lainvalmistelu on ollut perusteellista, ja varmasti se on ollut haastava tehtävä. Hallituksen esityksestä näkyvä tulos on luultavasti tyydyttävä, vaikka monesta pienemmästä yksityiskohdasta voi olla eri mieltä. Yleisten oppien säännösten uudistaminen asettuu yhdeksi lenkiksi siinä pitkässä uudistusten ketjussa, joka on jo kauan leimannut rikosoikeuden dynaamista tilaa Suomessa. Yleisten oppien kokonaisuuden hallitseminen tuottaa kuitenkin lainsäätäjällekin tiettyjä ongelmia, jotka johtuvat osaksi rikoslainsäädännön sisällä tapahtuvasta eriytymisestä. Myös kriminaalipolitiikan siirtyminen kansainväliselle tasolle olisi otettava huomioon nyt paremmin kuin esimerkiksi rikosoikeuskomitean aikaan.

Lainsäädännön merkitystä ei pidä liioitella, sillä lainsäätäjän auktoriteetiaan ei ole yksinomaan muodollista laatua. Jos esimerkiksi oppikirjoissa jokin asia on onnistuttu hyvin selittämään, saattaa oikeuskäytäntö rakentaa sellaisen varaan suoraan asiasyiden perusteella, elleivät viralliset oikeuslähteet asetu tässä esteeksi. Vastaavasti taas ne asiat, joissa lainsäätävä ilmaisee itsensä epäjoh-

donmukaisesti, voivat jäädä epäselviksi sinänsä velvoittavista säännöksistä huolimatta.

Joskus voi lainsäädännössä olla tarkoituksena lopettaa keskustelu tietyistä aiheesta tai rajoittaa sitä. Esimerkiksi tahallisuusopissa yhtä vaihtoehtoa ajetaan niin vahvasti, että ehkä kuvitellaan keskustelun itsestään laantuvan, kun lainsäätäjä tämän teoreettisen kysymyksen säännöstasolla ratkaisee. Ainakaan tiede ei pysähdy tällä tavalla, tuskin oikeuskäytäntökään.

Lainkirjoitustavassa ja tyyliässä pitäisi vielä selvemmin, erityisesti yleisten oppien kysymyksissä, kyetä lähellä yleiskielisyyttä oleviin muotoiluihin. Yleisiä oppeja pitäisi perusteluissa käsitellä pikemminkin ongelmalähtöisesti, soveltamisesimerkkien näkökulmasta, eikä oppikirjan omaisesti, teoreettisesti. Esimerkiksi oikeuttamisperusteissa olisi tullut ottaa esille konkreettisia kysymyksiä perheväkivallasta tai muutenkin siitä, mitä muuttuu, kun väkivallankäyttöä oikeuttavaa sääntelyä muutetaan. Yhteiskunnalla on voimakas intressi pyrkiä rajoittamaan väkivallan käyttöä kaikissa muodoissaan, myös silloin kun se kohdistuu lainvastaisesti toimivaan hyökkääjään.

Tiettyä oikeusvaltiollista formalismia pitäisi rikosoikeudellista vastuuta määrittävissä säännöksissä suosia kokonaisarvosteluiden sijasta. Muuten jätetään soveltajalle liiaksi sellaista harkintavaltaa, jonka käyttöä ei pystytä enää jälkikäteen parhaalla mahdollisella tavalla ohjaamaan ja kontrolloimaan. Yleislinjana uudistuksessa on, että vastuuetoja viritellään tekijän syyllisyysnäkökohtiin paremmin sopiviksi, niin kuin oikein onkin. Erityisesti, kun kyse on oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteista, 'konfliktinratkaisun säännöistä', muutetaan herkästi tasapainoa konflikteissa ja luodaan uusia soveltamisongelmia. Kyse siis ei ole yksinomaan syyllisyyden asteista, vaan oikean ja väärän koodista. Jälkimmäinen ei voi olla yhtä liukuva. Nykyaikana rikosoikeuden keskeiset funktiot liittyvät tuohon kykyyn koodata käyttäytymistä ja liittää sellaiseen koodiin rikosvastuun sisältö.

Ehdotetuissa hätävarjelu- ja pakkotilasäännöksissä kevennettäisiin muodollisia perusteiden soveltamisehtoja ja siirrettäisiin painopistettä normatiiviseen puolustettavuusarviointiin. Hätävarjelu perusteluissa olisi voinut ottaa ehdottoman hätävarjelu-oikeuden rajoittamisen siihen, mikä oli puolustettavaa, itsestään annettuna, ja keskittyä analysoimaan hyökkäykseen ja puolustautumiseen liittyviä rajoitusehtoja näissä uusissa olosuhteissa, kun oikeushyvärajoitukset poistuvat. Hätävarjelu-oikeuden yhteys viranomaisavun saatavuuteen jää käsittelemättä, samoin hätävarjelu ja pakkotilan keskinäissuhde.

Hätävarjelu liioittelusta voisi, toisin kuin nykyään, jatkossa olla kyse silloinkin, kun 'hätävarjelutoimet' on aloitettu jo ennen kuin oikeusjärjestys antaa oikeutuksen niihin. Tähän saakka tämä tietty formalismi on pitänyt varsin hyvin. On toki selvää, että liian aikaisin tai liian myöhään hätävarjelutarkoituksessa tehdyt toimet voivat ansaita lievemmän arvostelun kuin täysin tilanteen ulkopuo-

lella tehdyt teot. Silti tulisi olla varovainen, kun edetään ikään kuin 'rangaistuksen mittaamissyylisyydestä' taaksepäin juridisiin vastuuooppillisiin luokituksiin ja kun ymmärrettävyyteen tukeutuen laajennetaan hätävarjeluun anteeksiantoperusteena liitettävää merkitystä olennaisesti siitä, mistä siinä oikeuttamisperusteena on kyse. Hätävarjeluun liioittelun näin laaja tulkinta, aikarajojen ylityksenkin hyväksyminen tämän poikkeussäännöksen piiriin, lisää olennaisesti vaikeutta ottaa oikeudellisesti kantaa konflikteihin. Hyökkäyksen ja puolustuksen ero hälvenee, sillä liian aikaisin ennen hyökkäystä tehdystä puolustuksestahan tulee helposti itsestään hyökkäys.

Perusteluissa (HE 44/2002, s. 117–118) on lähdetty siitä, että olennaista on moitittavuuden lisääntymisen asteikollisuus, joka ei noudata aikarajoja. Hätävarjelu-oikeuden 'institutionaaliin tehtäviin' kuuluu oikean erottaminen väärästä, ja siinä mielessä käyttäytymistä ohjaava funktio vastaavasti heikkenee, kun normisto muuttuu joustavammaksi. Tämä voi myös tuottaa vaikeuksia suhteessa hätävarjelu-oikeuden rajoista oleviin erehdyksiin, koska nyt lainsäätäjät itse antaa ymmärtää, että aikarajat ovat ohjeellisia, koska ne eivät estä anteeksiantoperusteen soveltamista. Tekijät, jotka alkavat tähän luottaa, voivat turvautua entistä herkemmin puolustustekoihin tässä luulossa, mikä voi tuottaa mutkikkaita vastuutilanteita (lain vaikeaselkoinen sisältö, jos mennään kieltoerehdyksen kautta, tai jopa tahallisuuden poissulkeutuminen...)! Kysymystä aikarajojen joustavuudesta hätävarjeluun liioittelussa olisi aihetta vielä pohtia, ja varautua ongelman hoitamiseen muulla tavoin.

Anteeksiannettavassa pakkotilassa pohdinta pelastettavan edun subjektiivisesti koetusta tärkeydestä hienokseltaan avaa kansalaistottelemattomuusproblematiikkaa. Sen sijaan selitys, että tästä seuraa julkisten ja yleisten intressien jääminen anteeksiannettavan pakkotilan ulkopuolelle, jää epäselväksi. Eikö pikemminkin päinvastoin?

Mitä väljempi ja avoimempi sääntely, sitä enemmän jää lainsoveltajan valistuneen harkinnan piiriin. Vaikka kykyä ja taitoa valistuneeseen harkintaan tuomioistuimista varmasti löytyy aikaisempaa enemmän, avoimeen sääntelyyn voi liittyä erityisiä riskejä ja lisäkustannuksia. Tietyllä tapaa rikosoikeudellisen vastuun alaa määräävissä instituutioissa formalismi myös hillitsee tulkintaerimielisyyksiä sulkemalla joitakin vaihtoehtoja kokonaan harkinnan ulkopuolelle. Rangaistuksen mittaamista koskevat normit soveltuvat luonteeltaan vastuuoopin sääntöjä paremmin tilanteiden erityispiirteiden huomioon ottamiseen. Hyvin väljä normatiivinen kokonaisarvostelu vastuuoopin puolella luo tarvetta kehittää erityisen hienojakoisia oppeja soveltamistilanteissa tarvittavista periaatteista. Tällainen 'oikeuden materiaaluminen' olisi korostanut tarvetta ottaa esille selvästi enemmän konkreettisia soveltamistilanteita. Rikosoikeuden vastuuooppi ei sittenkään ole materiaalisesti sillä tavoin kehittynyt, että voisi olettaa normatiivisten periaatteiden aina olevan itsestään selviä.

Jos asetetaan rinnakkain tavallista ihmistä koskevat oikeuttamisperusteet ja viranomaisille voimakeinojen käyttöoikeuksia luovat normit, voi aiheellisesti kysyä, eivätkö samat vaatimukset huolellisesta perusoikeusargumentaatiosta tuollaisten viranomaisoikeuksien tueksi olisi olleet esitettävissä myös yksilöiden välisiä suhteita koskevien oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden kohdalla. Toki voi väittää, että perusoikeuksien '*Drittwirkung*'-vaikutus yksilöiden oikeussuhteisiin ei rakenteeltaan samastu yksilön ja julkisen vallan välisen suhteen vertikaaliseen ulottuvuuteen, vaan jää tätä heikommaksi. Kyseisessä esityksessä kuitenkin epäsuhta on suurempi kuin mitä voidaan hyväksyä: väkivallankäytön oikeutus ja rajat ovat tärkeä kysymys myös silloin, kun julkinen valta ei ole asiassa suoraan toimijana osallisena.

# Menettämisseuraamuksia (RL 10 luku) koskevia vanhoja ja uusia ongelmia

## 1. YLEISTÄ UUDESTA RL 10 LUVUSTA

Uusi menettämisseuraamuksia koskeva rikoslain 10 luku (875/2001) tuli voimaan 1.1.2002. Tässä kirjoituksessa on pyritty paikantamaan eräitä säännöksiin liittyviä lainopillisia ongelmia. Kattava esitys ei pyri olemaan, vaan tarkoituksena on ottaa esille kysymyksiä, jotka ovat aiheuttaneet melkoista päänvaivaa jo vuonna 2002 oikeuskäytännössä.

Sen sijaan rikoslain 10 luvun kriminaalipoliittista arviota en tee tässä yhteydessä, vaikka juhlakirjan kohteen, *Pekka Koskisen* omat lähtökohdat sellaista puoltaisivat. Näissä sivumäärissä analyysi jäisi lakonisiksi havainnoiksi. Myös rikosprosessuaaliset kysymykset olen sivuuttanut, vaikka niitäkin uudistuksessa jäi runsaasti avoimiksi.

Menettämisseuraamuksen soveltamisala laajeni uudistuksen myötä useissa kohdissa. Ennen kaikkea tämä koskee laajennettua hyötykonfiskaatiota (RL 10:3), mutta myös osin hyötykonfiskaatiota (RL 10:2), välinekonfiskaatiota (RL 10:4) sekä muun omaisuuden menettämistä (RL 10:5).

Vaikka luvussa ei ole siirtymäsäännöksiä, lähtökohta on selvä. *Menettämisseuraamus* on rikosoikeudellinen seuraamus, jota koskee *rikosoikeudellinen laillisuusperiaate*. Perustuslain 8 §:n sanamuodossa laillisuusperiaate on tosin vielä kytketty vain rangaistuksiin, mutta nyt eduskunnan käsiteltävänä olevassa rikoslain uudessa osassa (ehdotettu RL 3:1.2, ks. HE 44/2002 vp) periaate ulotettaiisiin kaikkiin rikosoikeudellisiin seuraamuksiin. Tämä on ollut jo aikaisemmin perusoikeus- ja rikosoikeustieteellisen kirjallisuuden kanta ja vastaa myös kansainvälisten ihmisoikeussopimusten määräyksiä. Taannehtivasti rikoslain 10 luku ei siten saa soveltaa muuten kuin lievemmän lain periaatteen nojalla – ja lieventynyttä sääntelyä uuteen 10 lukuun ei sisälly. Säännökset koskevat siten aikaisintaan vuonna 2002 tehtyjä rikoksia.

Ongelmaksi jää laajennettu hyödyn menettäminen (RL 10:3). On selvää, että törkeän peruserikoksen, joihin laajennettu hyötykonfiskaatio voidaan liittää, teko-aika ei voi olla ennen vuotta 2002. Sen sijaan rikoksentekijälle tai hänen läheiselleen kuuluvan muun omaisuuden, jonka ”on syytä olettaa” olevan tämänkaltaisella rikoksella saatua, ei tarvinne olla peräisin aikaisintaan vuodelta 2002. Itse

asiassa lienee niin, että laajennettuna hyötynä valtiolle tuomittavasta omaisuudesta on voitu jopa käydä rikosprosessia jonakin aikaisempänä vuotena, mutta syyte on aikanaan hylätty näytön puutteessa.

Rikoslain 10 luvun säännökset ovat *yleissäännöksiä*, joita sovelletaan kaikkiin rikoslaki- ja muihin rikoksiin, ellei muualla toisin säädetä. Vaikka uuden 10 luvun myötä voitiin kumota melkoinen määrä muualla lainsäädännössä olleita menettämisseuraamussäännöksiä, kymmeniä erityissäännöksiä jäi jatkossakin sovellettavaksi.

Käytännössä tärkein erityissääntelyn varaan jäänyt alue ovat *alkoholirikokset*, joita koskevat edelleen VALK (459/1968) 9 luvun menettämisseuraamussäännökset. Lain 95.1 §:n mukaan luvattomasti valmistettu, maahan tuotu, välitetty, hallussa pidetty, jne. alkoholijuoma ja väkiviina on tuomittava menetetyksi.

Seuraavalle eduskunnalle on tarkoitus antaa hallituksen esitys uudeksi alkoholirikoksia koskevaksi RL:n 50a luvuksi. Asiasta annettiin työryhmän mietintö 26.10.2001. Alkoholilakiin (1143/1994) jätettäisiin vain muutamia menettämisseuraamusta koskevia säännöksiä (ks. ehdotuksen 50b, 60 ja 60a §:t). Tähän on syytäkin, sillä vanhan alkoholilain menettämisseuraamukset ovat monin paikoin rangaistuksenluonteisia eivätkä vastaa uudemmaa menettämisseuraamussääntelyä.

Perinteinen erityissääntelyn alue on liittynyt *metsästyksen, kalastukseen ja luonnonsuojelumääräysten rikkomiseen*. Niinpä metsästyslain 80 §, joka koskee luvattomasti pyydettyä riistaeläintä ja pyyntilupamaksua, jäi osapuilleen ennalleen. Kalastuslain 104.2 § on sitä vastaava. Näiden säännösten erityispiirre on, että rikosesinettä ei tuomita aina menetetyksi valtiolle, vaan metsästys- tai kalastusoikeuden haltijalle. Luonnonsuojelulain 59 § puolestaan koskee suojelumääräysten alaista saalista sekä sitä maksua, joka näin metsästetystä eläimestä on suoritettava valtiolle ”lajinsa edustajana”.

Myös *rikoslakiin* jätettiin erityissääntelyä sellaisten tilanteiden varalle, joihin yleissäännökset eivät sovellu. Ne koskevat muun muassa eläinsuojelurikoksesta tuomitun eläimiä (RL 17:23.2), uhkapelipankkia (RL 17:23.3), kätkemisrikoksen kohteena ollutta omaisuutta (RL 32:6a), huumausainerikoksessa käytettyjä tai käytettäväksi hankittuja välineitä, tarvikkeita ja aineita sekä rikokseen tarkoitettuja varoja (RL 50:6) (kaikkien edellisten numero 875/2001) sekä lahjusta tai sen arvoa (RL 40:14 (604/2002)). Rikoslain sääntelyä muistuttaa lisäksi *ampuma-asetlain* 104 §, joka koskee esimerkiksi luvatta hallussa pidettyä asetta patruunoineen ja ammuksineen. Muitakin esimerkkejä olisi esittää.

Muut erityissäännökset koskevat lähinnä *EU:n yhteisen politiikan alueita*, kuten esimerkiksi elintarvikelainsäädäntöä sekä lannoite- ja rehulakeja. Näissä harvoin sovelletuissa säännöksissä kansallista harkintavaltaa ei juuri ole.

Menettämisseuraamuksia koskevan sääntelyn soveltaminen ei siten ole jatkossakaan helppoa. Monet käytännössä hyvin tavalliset menettämisseuraamustilan- teet jäivät edelleen erityissääntelyn varaan.

Lainvalinnan kannalta tilanne kuitenkin selkiintyi. Jos erityissäännöksiä ei ole, sovellettavaksi tulee rikoslain 10 luku.

## 2. HYÖDYN MENETTÄMINEN (RL 10:2)

Hyötykonfiskaatio on *pakollinen*, kuten tähänkin asti. Rikos ei saa kannattaa taloudellisesti. Menettämisseuraamuksen kohteena on nykyiseen tapaan rikoksesta hyötynyt tekijä, osallinen tai se, jonka puolesta tai hyväksi rikos on tehty, riippumatta siitä, tiesikö hyötyjä rikoksesta tai saamastaan hyödystä. Korkein oikeus on tuominnut hyödyn valtiolle menetetyksi muun muassa rikosentekijän kuolinpesältä (KKO 2000:8).

Eri rikosentekijöiden *yhteisvastuu hyödyn suorittamisesta* valtiolle jäi edelleen avoimeksi kysymykseksi. On selvää, että lähtökohtaisesti hyöty tuomitaan sen maksettavaksi, joka rikoksesta on hyötynyt. Näin toimittiin esimerkiksi ratkaisussa KKO 2001:13, jossa huumekaupan hyöty jaettiin sen mukaan, miten rahat voitiin osoittaa jaetun osallisten kesken.

Rikoslain 10 luvun 2 §:n perusteluissa kuitenkin todetaan (HE 80/2000 vp, s. 22), että mikäli ei ole selvitystä siitä, miten hyöty on jakautunut, voidaan hyöty tuomita menetetyksi yhteisvastuullisesti. Tämän täytynee olla kuitenkin poikkeuksellinen vaihtoehto, jos konfiskaation rangaistuksenluonteisuus halutaan välttää.

Myös *hyödyn määrän arvioimisen* lähtökohdat jäivät avoimiksi. Perustelujen mukaan menetetyksi tulisi tuomita todellinen *nettohyöty*. Esimerkiksi laittomassa alkoholikaupassa rikoshyötyä on myyntihinnan ja Alkosta ostetun tuotteen hankintahinnan erotus, ”koska edellä mainittu kustannus ei sinänsä aiheudu rikollisesta toiminnasta” (HE 80/2000 vp, s. 21). Työturvallisuusrikostapauksessa tai ympäristörikoksessa rikoshyötyä on siten se kustannussäästö, joka on saatu esimerkiksi työterveyshuollon tai päästösuodattimien hankkimisen laiminlyönillä.

Hallituksen esityksen mukaan nettoperiaate ei kuitenkaan soveltuisi *rikoksen valmistelusta tai täytäntöönpanosta aiheutuviin kustannuksiin* (HE 80/2000 vp, s. 21). Tällaisia voivat olla vaikkapa huumausaineen valmistuskustannukset. Ottamatta kantaa klassiseen kysymykseen bruttoperiaatteesta perinteisissä rikoksissa, näin on asia ymmärretty myös korkeimmassa oikeudessa.

Tapauksessa KKO 1999:89 kannabista viljelleeltä rikosentekijältä saatiin takavarikkoon tämän vuokratilan halkopinosta poliisin löytämät noin 70 000 markkaa. Tekijä kielsi edes omistavansa varoja. Korkein oikeus aloitti perustelut – aivan oikein – arvioimalla sitä, saattoivatko varat kuulua jollekin muulle henkilölle. Vastattuaan tähän kieltävästi korkein oikeus arvioi sen, saattoivatko varat olla vastaajan laillista varallisuutta. Kun tähänkin oli vastattu kieltävästi, KKO totesi,



että varat ovat rikoshyötyä huumeviljelmältä ja ne tuomittiin kokonaisuudessaan rikoshyötynä valtiolle, koska nettoperiaatetta ei katsottu voitavan soveltaa.

On kuitenkin huomattava, että *rikoshyödyn konfiskoiminen ei ole esine- vaan arvokonfiskaatiota*. Hyötynä ei tarkkaan ottaen tuomita tiettyä setelinippua. Sen sijaan setelinipun rahamäärä voi osoittaa sen, paljonko rikoksella on saatu hyötyä.

Saadun hyödyn määrä voidaan arvioida, jos siitä on saatavissa vain vaivoin selvitystä (ks. RL 10:2.2). Tässä tapauksessa oli näytetty, että varat kuuluivat vastaajalle ja että ne olivat peräisin huumekaupasta. Korkein oikeus olisi voinut todeta seuraavaksi, että löydetty varat ovat huumeviljelmän nettotuottoa (muun osan tultua käytetyksi viljelmän hoitoon), ja arvioinut siten nettohyödyksi kaikki takavarikkoon saadut käteisvarat. Hyödyn arvokonfiskaatio olisi sitten pantu täytäntöön aikaisemmin takavarikkoon tai vakuustakavarikkoon otetusta käteisestä. Lopputulos olisi ollut sama, mutta nettoperiaatteen mukainen.

Kuten tunnettua, *hyötykonfiskaation suhde vahingonkorvaukseen* ja edunpalautukseen muuttui rikoslain 10 luvun uudistuksen myötä olennaisesti. Konfiskaatio on tuomittava, jos hyötyä ei ole palautettu tai tuomittu suoritettavaksi vahingonkorvauksena tai edunpalautuksena. Jos korvaus- tai edunpalautusvaatimusta ei ole vielä ratkaistu, kun menettämisseuraamuksesta annetaan ratkaisu, menettämisseuraamus on tuomittava. Konfiskaatiota ei siten estä edes sopimus korvauksen suorittamisesta, vaan vasta korvauksen suorittaminen tai korvausta koskeva (ei-lainvoimainenkin) tuomio.

Tämä voi käytännössä johtaa oikeudessa vahvistettujen sovintojen määrän kasvuun, koska esimerkiksi onnistunut rikoksen sovittelu tarkoittaisi sitä, että asianomistajalla ei ole korvausvaatimusta, mutta syyttäjän tulisi vaatia esimerkiksi anastetun omaisuuden arvoa rikoshyötynä valtiolle. Tätä ei ole voitu tarkoittaa.

Muutenkin säännöksen liian tiukka soveltaminen johtaa prosessuaalisiin hankaluuksiin, jos esimerkiksi vahvistettaessa rangaistusmääräystä näpistyksestä, syyttäjän olisi aina varmistauduttava, että anastettu omaisuus on joko saatu takaisin tai korvattu täysimääräisesti menettelyyn suostuneelle asianomistajalle.

Tiukasti tulkittuna säännös tarkoittaisi myös sitä, että syyttäjällä tulisi aina rikosprosessissa olla näyttöön perustuva käsitys anastetun ja kateisiin jääneen omaisuuden arvosta. Mikäli asianomistajan korvausvaatimus alittaisi tämän, syyttäjän tulisi vaatia loppuosaa rikoshyötynä valtiolle ja esittää arvosta näyttöä.

Käytännössä tämä voisi merkitä esimerkiksi sitä, että asianomistajan vaatiessa arvonlisäverotonta tavaroiden hintaa vahingonkorvauksena, syyttäjä vaatisi arvonlisäveroa rikosentekijältä rikoshyötynä valtiolle. Vahingonkärsijähän saa vähentää anastetun omaisuuden hankintahinnan arvonlisäverotuksessaan. Näin tiukkaa tulkintaa ei ilmeisesti ole tarkoitettu syyttäjän noudattavan ainakaan jos kyse on pienistä veromääristä, koska se vain siirtäisi huomiota rikosprosessin pääkysymyksistä sivuseikkoihin.

Muutenkin avoimeksi jää edelleen, *onko rikoshyöty sama kuin rikoksella aiheutettu vahinko*. Esimerkiksi tilauspetostapauksissa on perinteisesti ajateltu, että asianomistajalle tuomitaan ns. negatiivinen sopimusetu eli tavaroiden sisäänostohinta ja tavarahan pannut kulut – näin ajateltaessa jäisi lisäksi hyötykonfiskaatiolle tilaa, koska rikosentekijä on joka tapauksessa hyötynyt koko anastetun omaisuuden ulosmyyntihinnan edestä. Korkein oikeus on ollut toisella kannalla. Ratkaisulla KKO 1997:208 (ään.) elektroniikkaa tilauspetoksella menettäneelle tuomittiin vahingonkorvauksena koko positiivinen sopimusetu eli tilaussopimuksen mukainen laitteiden hinta (eli sisäänostohinta ja myyjäliikkeen myyntikate).

Nämäkin yksityiskohtaiset ongelmat on sivuutettava tässä yhteydessä. Joka tapauksessa on syytä korostaa, että uudistuksen yksi päätarkoitus oli antaa syyttäjälle harkintavaltaa eli *mahdollisuus jättää menettämiskaava esittämättä* (ROL 1:8a (894/2001)). Tuon säännöksen mukaan menettämiskaava voidaan jättää esittämättä muun muassa, jos hyöty on vähäinen tai vaatimuksen perusteiden selvittämisestä aiheutuisi asian laatuun nähden ilmeisen kohtuuttomia kustannuksia. *Vähäinen hyöty voidaan jättää myös tuomitsematta* (RL 10:10.1, 1-kohta).

### 3. LAAJENNETTU HYÖDYN MENETTÄMINEN (RL 10:3)

Merkittävin ja eniten keskustelua herättänyt uutuus rikoslain 10 luvussa koskee laajennettua hyödyn menettämistä. Säännöksen taustalla olivat erityisesti verokeidasvaltioissa toteutetut järjestelyt talousrikoksissa sekä organisoitunut huumausainerikollisuus.

Käytännössä esiintyi tapauksia, joissa rikosentekijä oli kyennyt ennen rikosprosessia siirtämään koko omaisuutensa ulkomaille, mutta käytti verokeidasvaltiossa sijaitsevan yhtiön Suomessa omistamaa asuntoa ja autoa ilmaiseksi. Usein varallisuus oli siirretty kotimaahan rikoksesta tuomittavan läheisille tai läheisyshenkilöille.

Sellaisiakin tapauksia esiintyi, joissa esimerkiksi laajamittaisesta huumeiden salakuljettamisesta tuomitulla henkilöllä itsellään oli huomattava varallisuus, jonka alkuperän laillisuutta voitiin pitää epäselvänä, koska rikoksesta tuomittavalla ei ollut laillisia tuloja.

Tässä ei ole syytä käydä sääntelytarvetta tai sääntelyn kriminaalipoliittista perustaa enää läpi. Todettakoon kuitenkin, että *omaisuuden siirtojärjestelyjä torjuvaa sääntelyä* on toki muuallakin lainsäädännössä. Niin sanotun ulosoton kiertosäännöksen (UL 4:9.4 (481/1999)) perusteella ulosmittaus voidaan kohdistaa ulkopuoliseenkin, mikäli varallisuusjärjestely ei vastaa asian varsinaista luonnet-

ta tai tarkoitusta ja mikäli järjestelyyn on ilmeisesti ryhdytty ulosoton välttämistarkoituksessa. Säännöstä on sovellettu melko aktiivisesti.

Mikäli rikoksenteikijä todetaan ulosotossa varattomaksi, hänet voidaan asettaa konkurssiin ja hänen tekemiään oikeustoimia voidaan peräyttää TakSL:n perusteella. Usein oman omaisuuden hävittäminen tällaisessa maksukyvyttömyysuhan tilanteessa täyttää myös velallisen epärehellisyyden (RL 39:1) tai velallisen petoksen (RL 39:2) tunnusmerkistön. Tässäkään mielessä omaisuuden siirtäminen sivuun ei siis ollut ennen uudistusta lainkaan sääntelemätön tilanne.

Aidosti uusi sääntelykohde on sen sijaan se tilanne, että *rikoksenteikijältä itseltään tavataan* huomattavasti alkuperältään selvittämätöntä varallisuutta tilanteessa, jossa hänen ansaintamahdollisuutensa ovat olleet olemattomat. Tosin näissäkin tapauksissa usein jo rikoksen perusteella tuomittavat vahingonkorvaukset ja normaali hyötykonfiskaatio kattavat suurimman osan tuomittavan varallisuudesta. Loput menevät usein vanhojen ulosotossa olevien saatavien suoritukseksi.

Laajennettua hyötykonfiskaatiota koskevan säännöksen logiikka on yksinkertainen. Edellytetään tietyn luonteista ja törkeää peruserikosta, johon vastaajan todetaan syyllistyneen normaalin näyttökynnyksen mukaisella tavalla. Lisäksi laajennettuna hyötynä valtiolle tuomittavalta omaisuudelta edellytetään, että sen rikollista alkuperää on ”syytä epäillä”.

Rikoksen, johon on syyllistytty, tulee yleensä olla *törkeisiin rikoksiin* kuuluva, eli sellainen, josta voidaan tuomita vankeutta vähintään neljä vuotta. Säännöksen soveltamisalaan otettiin lisäksi mukaan *eräitä keskivakavia* rikoksia, eli huumausainerikos (RL 50:1), sellaisen edistäminen (RL 50:4), kätkemisrikos (ml. rahanpesu) (RL 32:1), alkoholin tai väkiviinan luvaton maahantuonti (VAIKL 82 §) sekä salakuljetus (RL 46:4). Myös yritysasteelle jääneet rikokset kuuluvat soveltamisalaan.

”Rikokseen *syyllistymiskriteeri*” voidaan ymmärtää siten, että menettämisraamusprosessia voidaan ajaa silloinkin, kun rikosasiaa ei ole saatu ajettua loppuun jostakin prosessuaalisesta syystä (rikoksenteikijän ollessa esimerkiksi kuollut). Mahdollista lienee periaatteessa sekin, että laajennettua rikoshyötyä koskevaa prosessia käytäisiin sellaisen henkilön Suomessa olevasta varallisuudesta, joka on itse paennut luovutusmenettelyjen ulkopuolella olevaan maahan, mutta jonka läheisten tai läheisyhtiöiden Suomessa oleva varallisuus ilmeisesti on saatu Suomesta paenneen talousrikoksella. Tässä vaihtoehdossa on kuitenkin erittäin suurena ongelmana se, millaisessa oikeudenkäynnissä rikoksesta epäillyn ”syyllistyminen rikoksiin” voidaan täällä todeta.

Koska esimerkiksi törkeät pahoinpitelyt ja tapon yritykset harvoin ovat taloudellista hyötyä tuottavia, tuomittavan rikoksen tulee olla *luonteeltaan sellainen*, että se voi tuottaa huomattavaa taloudellista hyötyä. Tosin joissakin tapauksissa törkeä pahoinpitelykin voi kuulua soveltamisalaan, esimerkiksi jos kyseessä on

palkkiota vastaan tehty pahoinpitely. Toiseen suuntaan voidaan sanoa, että rajanylityspaikalla kiinni jäänyt huumeiden salakuljettaja kuuluu säännöksen piiriin. Vaikka hän ei ole ehtinyt saada hyötyä lainkaan, hänen tekonsa luonne on huomattavan taloudellisen hyödyn mahdollistanut.

Ongelmallisempaa on sen omaisuuden määrittely, johon laajennettu hyötykonfiskaatio kohdistetaan. Kysehän on omaisuudesta, jonka ei väitetäkään olevan nyt tuomittavana olevalla rikoksella saatua. Säännöksen sanamuoto rajaa omaisuuden sellaiseen, jonka ”on syytä olettaa” olevan ”kokonaan tai osittain peräisin” vähäistä vakavammasta rikollisesta toiminnasta.

Mitä tulee omaisuuden alkuperään, näyttökynnystä lienee tulkittava melko varovaisesti. Perustuslakivaliokunta korosti asian eduskuntakäsittelyssä (PeVL 33/2000 vp), että menettämisseuraamuksen kohteena voi olla ainoastaan omaisuus, joka on hankittu rikoksella tai jonka tällaista alkuperää ainakin on perusteltua syytä epäillä. Säännökseen kirjattu ”syytä epäillä” tarkoittaa siten enemmän kuin esimerkiksi esitutkintakynnyksen (ks. ETL 2.1 §) tai takavarikkokynnyksen (ks. PKL 4:1) ylittymistä.

Jos vastaaja esittää näyttöä omaisuutensa laillisesta alkuperästä, hänelle ei saa asettaa kohtuuttomia vaatimuksia sille, milloin hänen katsotaan saattaneen omaisuuden laillisen alkuperän riittävän todennäköiseksi. Lähtökohtaisesti todistus- taakka omaisuuden alkuperästä on syyttäjällä (ks. nimenomaan LaVM 14/2000 vp).

Toisaalta laajennettuna hyötynä valtiolle tuomittava omaisuus voi olla jopa sellaista, jota koskeva syyte hylätään samassa rikosprosessissa. Tekijää siis syytetään esimerkiksi kahdesta törkeästä velallisen petoksesta tai kahdesta huumausainerikoksesta ja toinen syyte hyväksytään, toinen hylätään. Hylätyn syyteenkin osalta voi olla syytä epäillä, että sitä koskenut omaisuus on rikoksella saatua, vaikka täyttä näyttöä tuosta rikoksesta ei rangaistustuomion perusteeksi ollutkaan.

*Vähäistä vakavampi* rikollinen toiminta tarkoittaa tässä yhteydessä lakivaliokunnan mukaan (LaVM 14/2000 vp) vakavuudeltaan perusrikoksen luokkaa olevaa rikollisuutta. Omaisuus voi puolestaan ilmeisesti olla ”peräisin” tällaisesta toiminnasta, vaikka sitä ei olisi suoraan hankittu rikoshyödyllä, vaan se olisi muuttanut muotoaan useaankin kertaan rikollisen toiminnan jälkeen.

On lisäksi huomattava, että *laajennettu hyötykonfiskaatio on fakultatiivinen* menettämisseuraamuksen muoto. Hallituksen esityksen mukaan (HE 80/2000 vp, s. 15 ja laajemmin s. 23–26) ”säännöstä olisi aina sovellettava varoen ja asiaa perusteellisesti harkiten. Säännöstä ei ole tarkoitettu sovellettavaksi aina, kun se näyttäisi mahdolliselta. Olisi harkittava jokaisessa yksittäisessä tapauksessa, onko olemassa perusteltu syy säännöksen soveltamiseen.” Eduskunta (LaVM 14/2000 vp) edellytti lisäksi, että säännöksen soveltamiskäytäntöä seurataan tarkoin ja tarvittaessa ryhdytään toimenpiteisiin mahdollisten epäkohtien johdosta.

Hallituksen esitystä voitaneen tulkita niin, että tuomioistuimella on usein erityinen perusteluvollisuus sen tuomitessa laajennettuun hyötykonfiskaatioon.

Säännöksen toisessa momentissa konfiskaatiolaji ulotetaan rikoksenteikijän läheisiin ja läheisyhtiöihin. Momenttiin liittyy niin ikään useita ongelmia, joihin en kuitenkaan puutu tässä yhteydessä tilanpuutteen vuoksi.

#### 4. RIKOKSENTEKOVÄLINEEN MENETTÄMINEN (RL 10:4)

Välinekonfiskaatiota koskevan säännöksen ensimmäisen momentin tarkoittama pakollinen välinekonfiskaatio laajeni soveltamisalaltaan kattamaan *ampuma- tai teräaseet ja muut niihin rinnastettavat hengenvaaralliset välineet myös tuottamuksellisissa rikoksissa* (vrt. vanhan lain aikana KKO 1984 II 94). Ampuma- ja teräaseeseen rinnastettavan välineen kriteeriä lienee tulkittava samoin kuin törkeän pahoinpitelyn ja törkeän ryöstän kvalifointiperusteissa, eli melko rajoittavasti. Näin ollen vaikkapa vamma- tai kuolemantuottamuksessa käytetty terä- tai ampuma-ase on tuomittava valtiolle menetetyksi, mutta ei sen sijaan välttämättä vaikkapa kaasusumutinta (ks. KKO 1994:73).

Muutos ei kuitenkaan ollut niin suuri kuin voisi olettaa. Perinteinen tuomioistuinten soveltamisongelma oli tuottamuksellisen metsästysrikoksen tekemiseen käytetty luvallinen ampuma-ase, jonka tekovälinekonfiskaatiota pidettiin yleisesti kohtuuttomana. Rikosoikeudellisesti tapaukset olivat usein melko lieviä ja liittyivät esimerkiksi aikuisen hirven ampumiseen vasan kaatoluvalla. Tässä uudistuksessa metsästyslain 80 §:ään tehtiin viittaussäännös, joka sulkee jatkossakin tuottamuksellisen metsästysrikoksen välinekonfiskaation ulkopuolelle.

Muu välinekonfiskaatio on harkinnanvaraista. Jos *tekoväline on jokin muu kuin edellä mainittu*, tämä fakultatiivinen välinekonfiskaatio on rajattu *tahallisiin rikoksiin*.

Tältäkin osin rikoslain 10 luvun uudistus merkitsi konfiskaation käyttöalan laajentamista. Valtiolle menetetyksi voidaan nimittäin tuomita paitsi rikosentekoväline, myös syytteen mukaiseen tahalliseen rikokseen ”läheisesti liittyvä” omaisuus, joka on ”yksinomaan tai pääasiallisesti tahallista rikosta varten hankittu taikka ominaisuuksiltaan erityisen sovelias tahallisen rikoksen tekemiseen”. Tyypitapauksessa murtovarkaudesta syytetyn henkilön hallusta on tavattu sellaisiakin murtovälineitä, joilla tehdyistä teoista häntä ei syytetä mutta joiden konfiskaatiota voidaan pitää perusteltuna (ks. HE 80/2000 vp, s. 27).

Edellytyksenä kuitenkin tässä – sanoisinko ”laajennetun tekovälinekonfiskaation” – tapauksessa on ainakin yksi toteennäytetty tahallinen rikos, jolla tulee olla asiallinen yhteys menetettäväksi tuomittavaan omaisuuteen. Omaisuuden mahdollinen satunnainen käyttö rikoksiin ei riitä. Murtovarkaudesta tuomittaval-

ta ei tule konfiskoida rikoksen tekemiseen liittymätöntä autoa, joka on hankittu tavanomaiseen arkikäyttöön, vaikka voitaisiin epäillä sitä satunnaisesti joskus käytetyn tai käytettävän rikoksen tekemiseen (HE 80/2000 vp, s. 27).

Ylipäätään toisen momentin mukaisessa harkinnanvaraisessa välinekonfiskaatiossa on kiinnitettävä erityisesti ”huomiota uusien rikosten ehkäisemiseen” ja arvioitava, kuinka sovelias väline on rikosten tekemiseen, onko sillä ylipäätään laillista käyttöä ja muodostaako esineen jättäminen tekijän haltuun riskin uudesta rikoksesta (HE 80/2000 vp, s. 27). Huomioon tulee ottaa myös esineen arvo – arvokkaiden, itsessään vaarattomien tekovälineiden konfiskointi olisi perusteltava tuomioissa aikaisempaa huolellisemmin.

*Kulkuvälineiden* konfiskointia koskeva oikeuskäytäntö osoittaa käytännössä, mitä tällainen uusien rikosten ehkäisemiseen keskittyvä perusteleminen voi tarkoittaa. Tapauksessa KKO 1997:170 kiinnitettiin huomiota ”teon laatuun, tekijän vaarallisuuteen ja tekovälineen merkitykseen rikoksentekijälle”. Poromiesten ahman tappamiseen käyttämät moottorikelkat tuomittiin valtiolle menetetyiksi. Myös vanhemmissa ratkaisuissa KKO 1975 II 95 (murtovarkaudessa käytetty auto), 1979 II 78 (murtovarkaudessa käytetty auto) ja 1990:65 (huumausaineen salakuljetukseen käytetyn vuokra-auton arvo) tuomittiin menettämisseuraamukset.

Olennaista tuomioistuimen perusteluvollisuuden kannalta on se, että pelkästään esineen käyttö rikoksen tekemisessä ei näissä toisen momentin fakultaatiivisen välinekonfiskaation tapauksissa aina riitä perusteluksi omaisuuden tuomitsemiseksi valtiolle tekovälineenä, vaan huomiota tulee kiinnittää myös *preventiivisiin seikkoihin ja esineen arvoon*.

Tässä yhteydessä on syytä huomauttaa, että rikoslain 10 luvun säätämisen yhteydessä ei ollut tarkoitus muuttaa vakiintunutta tulkintaa, jonka mukaan *ratti-juopon* auton konfiskaatio ei ole tullut kyseeseen (HE 80/2000 vp, s. 28). Kohutuottomuus voi perustua muun muassa tuomitun asumiseen syrjäseudulla tai tämän perheen tarpeeseen käyttää autoa. Jos taas kyse on toisen omaisuudesta, tuomittavalla arvokonfiskaatiolla ei olisi näissä tapauksissa preventiivistä vaikutusta. Jatkossa uudentyypiset ajonestolaitteet voivat tehdä konfiskaatiosta joka tapauksessa preventiivisesti merkityksettömän. Samaa kantaa edustettiin rikoslain 23 luvun uudistuksen (545/1999) yhteydessä (ks. HE 32/1997 vp).

Rikoksentekeväline voidaan tuomita valtiolle menetetyksi rikoksentekijältä, rikokseen osalliselta ja siltä, jonka puolesta tai suostumuksin rikos on tehty. Siirronsaajalta omaisuus voidaan tuomita vain, jos tällä on ollut perusteltu syy epäillä esineen liittyvän rikokseen, tai jos kyseessä on vastikkeeton saanto. (RL 10:6) Sääntelyllä on pyritty turvaamaan *esinekonfiskaatio* myös niissä tapauksissa, joissa tekoväline on siirretty esimerkiksi rikoksentekijän lähiomaisten omistukseen tai muuten lahjoitettu menettämisseuraamuksen välttämiseksi. Sinänsä rikoksentekeväline voidaan tuomita valtiolle menetetyksi myös oikeushenkilöltä.

Jos välinettä ei voida sivulliselle kuuluvana konfiskoida, rikoksentekijä, rikokseen osallinen ja se, jonka puolesta tai suostumuksin rikos on tehty, tuomitaan *arvokonfiskaatioon* (RL 10:8). Lähtökohtaisesti arvioitavaksi tulisi kuitenkin ottaa esinekonfiskaation mahdollisuus, ja arvokonfiskaation mahdollisuudet tutkitaan vasta jos esinekonfiskaatio ei onnistu omaisuuden kuulussa osittain tai kokonaan sivulliselle.

Muutenkin arvokonfiskaatiota (RL 10:8) oli tarkoitus rajoittaa uudistuksella. Sen tulisi yleensä kohdistua vain yhteen osapuoleen ja vain kerran.

Välinekonfiskaatiota tuomittaessa on myös otettava huomioon menettämisseuraamuksen *kohtuullistamisen mahdollisuus*. Rikoslain 10 luvun 10 §:n asiaa koskeva säännös on soveltamisalaltaan yleinen ja koskee periaatteessa myös pakollisia menettämisseuraamuksen lajeja, kuten hyötykonfiskaatiota (RL 10:2) sekä myös pakollisilta osin rikoksentekovälineen (RL 10:4.1) ja muun omaisuuden (RL 10:5.1) menettämistä. On kuitenkin selvää, että menettämisseuraamusta ei tule kohtuullistaa, jos valtiolle tuomitavan esineen tai omaisuuden hallussapito on rangaistavaa (esim. huumausaine, laittomasti hallussa pidetty ampuma-ase, jne.) (ks. myös HE 80/2000 vp, s. 34).

Ennen kaikkea fakultatiivisen tekovälinekonfiskaation tapauksissa kohtuullistaminen voi olla järkevä instrumentti suhteuttaa menettämisseuraamus tehtyyn rikokseen. Kohtuullistaminen voi tarkoittaa menettämisseuraamuksen tuomitsematta jättämistä (RL 10:10.1), arvokonfiskaatiota esinekonfiskaation sijaan taikka osittaista esine- tai arvokonfiskaatiota (RL 10:10.2).

Perusteena voi toimia muun muassa esineen vähäinen arvo, tekijän jättäminen syyttämättä tai rangaistukseen tuomitsematta, taikka menettämisseuraamuksen kohtuuttomuus ottaen huomioon muun muassa rikoksen ja esineen tai omaisuuden laatu, vastaajan taloudellinen asema, vastaajan syyntakeettomuus, jonkin anteeksiantoperusteen tai rangaistuksen lieventämisperusteen soveltaminen tapauksessa, omaisuuden merkitys vastaajalle tai tämän perheelle, jne. (HE 80/2000 vp, s. 34) Keskeistä on tässäkin arvioida, *muodostuuko konfiskaatio tosiasiallisesti rangaistuksen luonteiseksi*.

## 5. MUUN OMAISUUDEN MENETTÄMINEN (RL 10:5)

Muun omaisuuden menettämällä viitataan perinteisessä terminologiassa rikosesineen ja rikoksen tuotteen konfiskaatioon. Rikosesineellä tarkoitetaan *rikoksen kohdetta*, kuten vaikkapa luvottomasti hallussa pidettyä räjähdettä tai alkoholi-juomaa. Rikoksen tuote puolestaan on *rikoksella aikaansaatu esine tai omaisuus*, kuten luvottomasti valmistettu huume tai väärä raha. Koska on usein makuasia, onko kyseessä rikosesine vai rikoksen tuote (vai samanaikaisesti molemmat) ja koska menettämisseuraamuksen kannalta erolla ei ole kriminaalipoliittis-

ta merkitystään, niistä säädetään uudessa rikoslain 10 luvussa yhdellä säännöksellä.

Tässäkin tapauksessa menettämisseuraamus on joko pakollista (1 momentti) tai harkinnanvaraista (2 momentti). Ensimmäisen momentin mukaan menettämisseuraamus on *pakollinen, jos rikosesineen tai rikoksen tuotteen hallussapito on rangaistavaa*. Tällä viitataan erikseen lakiin kirjattuihin hallussapitokriminalisointeihin, eli esimerkiksi huumausaineisiin, laittomasti valmistettuun tai maahantuotuun alkoholiin, liian nuoren hallussa pitämään alkoholiin (alle 18- tai alle 21-vuotiaan juomasta riippuen), väärennysaineistoon, vääriin rahaan, lapsiporoon, laittomasti hallussa pidettyyn teräaseeseen tai ampuma-aseeseen, jne. Suurin osa näihin hallussapitokriminalisointeihin liittyneitä konfiskaation erityissäännöksiä kumottiinkin rikoslain uuden 10 luvun yhteydessä.

Tätä kirjoitettaessa eduskunnan käsiteltävänä on hallituksen esitys järjestyslaiksi (HE 20/2001 vp). Hallitus esittää lukuisia uusia hallussapitokriminalisointeja, jotka koskisivat yleensä yleistä paikkaa tai rajatumminkin hallussapitoa ilman hyväksyttävää syytä. Kriminalisointien piiriin tulisivat muun muassa spraymaalit ja mitä moninaisimmat ”vaaralliset esineet” ritsoista ja tikoista lähtien. Kriminalisointien lopullisesta muotoilusta ei kuitenkaan vielä ole tietoa.

Säännöksen toinen momentti on *harkinnanvarainen*. Sen mukaan menettämisseuraamus voi perustua esineen tai omaisuuden terveys- tai ympäristöhaittoihin (esim. pilaantuneet elintarvikkeet), uusien rikosten ehkäisemiseen (esim. rahajäljitelmä, ks. RL 37:7), säännöstely- ja salakuljetusrikoksiin, sekä luonnon ja ympäristön suojelemiseen (ks. kuit. pakollista konfiskaatiota edellyttävät erityissäännökset mm. luonnonsuojelulaissa, metsästyslaissa ja kalastuslaissa). Tältä osin tulkintaongelmat lienevät vähäisempiä.

Sen sijaan merkittävältä näyttää muutos *huumausainerikoksen arvokonfiskaation* edellytyksissä. Aikaisemmin huumausaineen arvo (ks. kumottu RL 50:6.1 (1304/1990)) tuomittiin valtiolle menetetyksi vain, jos huume oli ”menettämisseuraamuksen välttämiseksi kätketty tai hävitetty”. Käytännössä näitä tapauksia oli ani harvoin – lähinnä kyse saattoi olla TV:n poliisisarjoista tutusta tilanteesta, jossa poliisin rynnätessä asuntoon vessanpönttöä huuhdellaan ahkerasti. Uuden sääntelyn mukaan (RL 10:8.2) näissä tilanteissa arvokonfiskaatiota ei tuomita, jos *rikoksentekijä ”saattaa todennäköiseksi”, että aine on hävitetty tai käytetty*.

Todennäköisesti tällaista näyttöä vastaajat haluavat tai voivat esittää harvoin. Sama pätee periaatteessa esimerkiksi alkoholin luvatonta välittämistä tai väkiviihnan (pirtun) maahantuontia koskeviin juttuihin.

Hallituksen esityksessä (HE 80/2000 vp, s. 32) korostetaan tältä osin vielä, että lähtökohtaisesti arvokonfiskaation tuomitsemiseen riittää, että ”syyttäjän on näyttänyt omaisuuden olevan tavoittamattomissa”. Vastaajan tulisi saattaa todennäköisemmäksi omaisuuden käyttö tai hävittäminen verrattuna siihen vaihtoehtoon, että omaisuus on esimerkiksi piilotettu.



Arvokonfiskaatioon liittyy useita muitakin ongelmia tässä menettämisseuraamuksen lajissa. *Arvon määräytymisen peruste* on oikeuskäytännön valossa josakin määrin epäselvä ennen kaikkea alkoholijuomia ja väkiviinaa koskevissa jutuissa. Periaatteessa *Alko Oy:n vähittäismyyntihinta* on arvokonfiskaation perusta, jos menettämisseuraamus määrätään Alkon vähittäismyyntivalikoimassa olevasta alkoholijuomasta. Jos siis kyse on alun alkaen laillisesti Alko Oy:stä ostetun alkoholijuoman luvattomasta myymisestä, rikoshyöty voitaneen arvioida Alkon hinnaston mukaisen vähittäismyyntihinnan ja aineen edelleen myyntihinnan välisenä erotuksena. Arvokonfiskaation yhteydessä arvo lienee Alkon hinnaston mukainen hinta.

Ongelmia aiheutuu väkiviinan eli *pirtun* arvosta. Tapauksessa KKO 2000:34 väkiviinaa oli tuotu maahan hintaan 30 mk/l ja myyty edelleen vastaajalle hintaan 120–135 mk/l. Koska väkiviinaa ei saatu takavarikkoon, menetettäväksi tuomittiin aineen arvo. Arvona pidettiin Alkon vähittäismyyntihinnaston mukaista halvimman viinalaadun vähittäishintaa 140–158 mk/l, koska ”väkiviinan arvo ei voi muuttua sen johdosta, että juoman hinta on välitysketjussa edelleen myytäessä noussut”. Toisaalta käytännössä arvokonfiskaatio luvattomasti valmistetusta alkoholista (kilju tai pontikka) on ainakin yleensä laskettu todellisen valmistushinnan perusteella eli raaka-aineiden ostohinnoista. Näihin usein monimutkaisiin ongelmiin ei tässä voida kuitenkaan puuttua tarkemmin.

Myös VALK:n mukaiseen esinekonfiskaatioon liittyy ongelmia. Alkosta peräisin oleva ”*pimeä pullo*” on katsottu voitavan konfiskoida täysi-ikäiseltäkin *ostajalta* rikosesineenä, vaikka ”pimeän pullon” ostaminen ei ole rikos (ks. KKO 1981 II 116 (ään) ja 1984 II 86 (ään.)). Kantaa on arvosteltu toistuvasti oikeuskirjallisuudessa. Kanta lienee mahdollista perustella vielä tämänhetkisen VALK:n sääntelyn valossa, vaikka onkin selvästi menettämisseuraamuksen perusajatusten vastainen.

Joka tapauksessa sen jälkeen kun alkoholirikoksia koskeva uusi rikoslain 50a luku on säädetty ja myös alkoholirikoksiin sovelletaan rikoslain 10 luvun 5 §:ää, käytäntö muuttunee. Muun omaisuuden menettämistä koskeva säännös kun koskee pakollisena ainoastaan sellaista omaisuutta, jonka hallussapito on rikos. Jos pullon ostaja on aikuinen ja jos pullo on alun perin Alkosta, vaatimus ei täyty. Fakultatiivisen konfiskaation edellytyksiinkään tilanne ei tunnu hyvin sopivan. Sen sijaan jatkossakin tällaisen ”pimeän pullon” *myyjä* – mutta vain hän – voidaan näissä tilanteissa tuomita *arvokonfiskaatioon*.

## 6. LOPUKSI

Lyhyen kirjoitukseni tarkoitus oli avata eräitä sellaisia tulkintakysymyksiä, jotka on jätetty säätelemättä rikoslain uudessa 10 luvussa tai joita uusi sääntely on

itsessään tuottanut. Ehkä keskeisintä uuden 10 luvun soveltamisessa on se, että menettämisseuraamus ei saa olla rangaistuksenluonteinen.

Toinen keskeinen muutos koskee sekä syyttäjän että tuomioistuimen harkintavallan selvää lisäämistä menettämisseuraamuskysymyksissä. Harkintavallan lisäämiselle on ollut selvästi tarvetta. Toivon mukaan kirjoitus kannustaa entistä pohditumpaan syyttämisen- ja tuomitsemiskäytäntöön.

Ja, mikä tärkeintä, toivotan *Pekalle* onnea!

# Reaalirangaistus vai ehdonalainen vapaus?

## 1. ERILAISET RANGAISTUSJÄRJESTELMÄT

Usein kysytään, miksi Suomessa vankeusrangaistusta ei suoriteta vankilassa sen pituisena kuin se tuomitaan. Rikosoikeudellisin termein sama kysymys voidaan esittää muodossa: miksi Suomessa ei käytetä reaalirangaistusjärjestelmää?

Eräs tapa jakaa rangaistusjärjestelmät on jaotella ne reaalirangaistusjärjestelmiin ja ehdonalaisen vapauden järjestelmiin. Reaalirangaistusjärjestelmässä tuomioistuin määrää rangaistuslaitoksessa suoritettavan ajan pituuden. Tuomittu vankeusrangaistus merkitsee samaa kuin rangaistuslaitoksessa täytäntöön pantava aika. Sen sijaan ehdonalaisen vapauden järjestelmässä vankeusrangaistus suoritetaan osaksi rangaistuslaitoksessa, osaksi sen ulkopuolella. Tuomioistuimen määräämään rangaistukseen sisältyy ehdonalaisen vapauden aika ja rangaistus päättyy yleensä siihen.

Ajatus siitä, että tuomioistuin määräisi suoraan vankilassa suoritettavan ajan pituuden, on yksinkertaisuudessaan houkutteleva ja saa helposti kannatusta julkisessa keskustelussa. Toisaalta ehdonalaisen vapauden järjestelmä ja siihen liittyvät vapautumisajankohdat on usein koettu vaikeaksi mieltää. Historiallinen tosiasia kuitenkin on, että Suomen nykyisen rangaistusjärjestelmän perustaa luottaessa hylättiin tietoisesti aikaisempi reaalirangaistusjärjestelmä ja valittiin ehdonalaisen vapauden järjestelmä. Miksi näin meneteltiin?

## 2. REAALIRANGAISTUKSESTA EHDONALAISEEN VAPAUTEEN

Alun perin Suomen rangaistusjärjestelmä oli reaalirangaistusjärjestelmä. Valtiopäivien alkaessa kokoontua uudelleen vuonna 1863 niiden käsiteltäväksi tuli rikoslain ja rangaistusten uudistaminen. Vuosien 1863–64 valtiopäiville annettiin ehdotus, joka sisälsi säännökset uusista rangaistuslajeista. Ehdotuksen mukaan vähintään kolmeksi vuodeksi kuritushuoneeseen tuomittu vanki voitaisiin päästää ehdonalaiseen vapauteen rangaistuksen pituudesta riippuen joko 5/6 tai 2/3 rangaistuksesta suoritettuaan. Elinkautisesta rangaistuksesta ehdonalainen vapautuminen olisi voinut tapahtua, kun rangaistuksesta oli suoritettu 12 vuotta.

Ehdonalaista vapauttamista koskevaa ehdotusta ei hyväksytty. Lakivaliokunta piti sitä yhteiskunnalle vaarallisena ja voimassa olevan lain vastaisena, koska oikeudenkäymiskaaren 31 luvun 1 §:n mukaan vain hallitsijalla oli valta rikkoa lainvoiman saanut tuomio. Ehdotusta kannatti kaksi säätyä, aatelisto ja talonpojat, sekä vastusti kaksi säätyä, papisto ja porvaristo.<sup>1</sup>

Vuoden 1863–64 valtiopäivien päätöksellä Suomen rangaistusjärjestelmä jäi reaalirangaistusjärjestelmäksi. Vankilassa suoritettiin tuomiossa määrätty aika. Poikkeuksen muodosti vain hallitsijan armahdus. Armahduksen perusteella ehdonalaisia vapauttamisia tapahtui 1870- ja 1880-luvulla muutama vuodessa.<sup>2</sup>

Vuoden 1875 rikoslakikomitea teki uuden ehdotuksen ehdonalaisesta vapaudesta. Komitean mukaan ehdonalainen vapaus oli keskeinen osa uutta progressiivista rangaistusjärjestelmää, jonka tarkoitus oli parantaa rikoksenteekijä täytäntöönpanoon liittyvien palkintojen ja rangaistusten avulla. Alkuvaihe vankilassa oli ankara, rikoksenteekijä eristettiin, sosiaalista kanssakäymistä ja liikkumavapautta rajoitettiin. Hyvän käyttäytymisen perusteella vangin oikeudet lisääntyivät asteittain. Ehdonalainen vapaus muodosti vankeusrangaistuksen viimeisen, vapaudessa täytäntöön pantavan vaiheen.

Vuoden 1875 komitea ehdotti, että vähintään kolmen vuoden rangaistukseen tuomittu vanki voitaisiin päästää ehdonalaiseen vapauteen hänen suorittuttuaan rangaistuksesta 2/3 tai elinkautisesta rangaistuksesta 12 vuotta. Valvonta-aikana tapahtuneet uudet rikokset ja käyttäytymisrikkomukset johtaisivat suorittamatta jääneen rangaistuksen osan eli jäännösrangaistuksen täytäntöönpanoon.<sup>3</sup> Vuoden 1884 tarkastuskomitea muutti ehdotusta niin, että suoritettavaksi määräosaksi tuli 3/4.<sup>4</sup> Tässä muodossa säännös kirjattiin rangaistusten täytäntöönpanoasetukseen,<sup>5</sup> joka yhdessä vuoden 1889 rikoslain kanssa tuli voimaan vuonna 1894.

Kysyttäessä, miksi reaalirangaistusjärjestelmä korvattiin ehdonalaisen vapauden järjestelmällä, vastaus on ilmeinen. Kysymys oli erään vankiryhmän positii-visesta segmentoinnista. Tarkoituksena oli progressiivijattelun hengessä palkita niitä, jotka sopeutuivat hyvin vankilaoloihin. Kohderyhmä oli rajattu. Ehdonalai-

<sup>1</sup> Pellinen, Tarja: Ehdonalaisen vapauden kehitys Suomessa. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksen julkaisuja A:4. Helsinki 1992, s. 11–12.

<sup>2</sup> Aho, Timo ja Karsikas, Vuokko: Vankien taustaan ja vankilukuun liittyviä tilastoja 1881–1978. Vankeinhoidon historiaprojektin julkaisu 3/1980. Oikeusministeriön vankeinhoito-osasto, Helsinki 1980, s. 13, 99 ja 101.

<sup>3</sup> Kommittébetänkande 1875:9. Underdåniga förslag till strafflag för Storfurstendömet Finland, Förordning om verkställighet af straff samt Förordning om införande af ny strafflag för Storfurstendömet Finland, jemte motiver till dessa förslag, s. 292–294 ja 314–316.

<sup>4</sup> Kommittébetänkande 1884:12. Underdåniga förslag till strafflag för Storfurstendömet Finland, Förordning om verkställighet af straff samt Förordning om införande af ny strafflag för Storfurstendömet Finland och hvad i afseende derå skall iakttagas, jemte motiver till dessa förslag, s. 110 ja 167.

<sup>5</sup> 39/1889.

seen vapauteen saattoivat päästä vain ”siveellisesti parantuneet” pitkäaikaisvangit. Heidän palkintonaan oli lyhentynyt laitosaika.

### 3. POIKKEUKSESTA PÄÄSÄÄNNÖKSI

Ehdonalaisen vapauden toinen kehitysvaihe käynnistyi Suomen itsenäisyyden ajan alussa. Positiivisen segmentoinnin eli hyvin käyttäytyvien vankien palkittamisen lisäksi ehdonalainen vapaus sai uuden tehtävän. Siitä tuli yksi vankimäärää säätelevä sulkuportti, keino rajoittaa vankilukua.

Vuoden 1918 sisällissodan jälkeisessä kriisitilanteessa, jolloin välittömästi sodan loputtua vankileireillä oli noin 80 000 valtiorikosvankia, ehdonalaista vapauttamista käytettiin armahdusten ohella vankileirien purkamiseen.<sup>6</sup> Valtiorikosvankeja vapautettiin ehdonalaisesti heidän suoritettuaan 1/2 rangaistuksestaan, kuitenkin vähintään yhden vuoden. Elinkautiseen tuomitut valtiorikosvangit voitiin vapauttaa heidän suoritettuaan rangaistuksesta vähintään kahdeksan vuotta.<sup>7</sup>

Merkittävän käännekohdan muodosti kuitenkin vasta vuoden 1931 lainmuutos. Tällöin poikkeusmenettelystä – ehdonalaisesta vapauttamisesta – tuli rangaistusjärjestelmässä pääsääntö. Harkinnanvaraisen ehdonalaisen vapauttamisen aikaisin ajankohta aleni 2/3:aan rangaistuksesta. Periaatteellisesti tärkeintä oli kuitenkin se, että luotiin uusi pakollisen ehdonalaisen vapauden järjestelmä. Pakolliseksi vapauttamisajankohdaksi määrättiin aika, jolloin rangaistuksesta oli suoritettu 11/12. Suoritettava vähimmäisaika oli kuusi kuukautta, joten kuuden kuukauden pituiseen tai sitä lyhyempään rangaistukseen tuomittu ei kuulunut ehdonalaisen vapauttamisen piiriin.<sup>8</sup>

Vuoden 1931 uudistus merkitsi käännekohtaa, koska tuolloin Suomen rangaistusjärjestelmässä luovuttiin lopullisesti ajatuksesta, että tuomioistuimen määräämä rangaistus suoritetaan kokonaan vankilassa. Lainmuutoksen vaikutuksesta ehdonalaisesti vapautettujen vankien määrä nousi ensi kertaa yli puoleen kaikista vapautuneista rangaistusvankeista.<sup>9</sup>

Miksi muutokseen päädyttiin? Harkinnanvarainen ehdonalainen vapaus rakentui edelleen palkittamisperiaatteelle. Kun järjestelmää vuonna 1931 laajennettiin, laajentamisen puolesta esitetty argumentaatio oli sinänsä tyyppillistä. Ensin hallituksen esityksessä todistettiin tilastollisesti, että harkinnanvaraisen ehdonalaisen vapauden järjestelmä oli toiminut hyvin, koska ehdonalaisesti vapau-

<sup>6</sup> Aho ja Karsikas, s. 39–40.

<sup>7</sup> 67/1918.

<sup>8</sup> 278/1931.

<sup>9</sup> Aho ja Karsikas, s. 103.

tetut syyllistyivät erittäin harvoin uusintarikoksiin. Näin ollen viranomaiset olivat onnistuneet positiivisessa segmentoinnissa, hyvin käyttäytyvien ja riskittömien vankien erottelussa.

Perusteet sille, että järjestelmää tulisi laajentaa, haettiin kansainvälisestä vertailusta. Hallituksen esityksessä Suomea verrattiin kuuteen maahan. Ruotsissa, Tanskassa, Norjassa ja Sveitsissä harkinnanvaraiseen ehdonalaiseen vapauteen voitiin päästä, kun 2/3 rangaistuksesta oli suoritettu. Belgiassa ensikertaiset saattoivat vapautua suoritettuaan rangaistuksesta 1/3 ja rikoksenuusijat 2/3. Englannissa määräosat olivat 5/6 lyhyissä ja 3/4 pitkissä rangaistuksissa.<sup>10</sup> Kansainvälisessä vertailussa vahvin argumentti järjestelmän laajentamisen puolesta oli siis muiden Pohjoismaiden esimerkki.

Kaiken kaikkiaan harkinnanvaraisen ehdonalaisen vapauden laajentaminen tahtui järjestelmän lähtökohtiin nähden loogisen argumentaatioketjun kautta. Sen sijaan pakollisen ehdonalaisen vapauttamisen perusteleminen oli oleellisesti vaikeampaa. Tässä tapauksessa kysymys ei ollut vankien positiivisesta segmentoinnista eli hyvän käytöksen palkitsemisesta. Päinvastoin, laitosaikea lyheni, vaikka vangin käyttäytyminen vankilassa olisi ollut huonoa ja ennuste vapaudessa kielteinen.

Pakollista ehdonalaista vapauttamista perustellessaan hallituksen esitys oli sisäisesti ristiriitainen: ”Oikeastaan olisi sellaisen vangin, mistä tässä on kysymys, kärsittävä loppuun tuomiossa määrätty rangaistus. Mutta kun valvonnanalaisuus tietäisi hänelle rangaistuksen koventamista, olisi kohtuullista, että vanki saisi jonkin verran lyhennystä rangaistukseen, joka hänen on kärsittävä rangaistuslaitoksessa.” Hallituksen esityksessä siis väitettiin, että valvonta, joka käytännössä tarkoitti poliisille ilmoittautumista, oli rangaistuksena ankarampi kuin vankila. Tästä syystä hallituksen esityksessä pidettiin myös mahdollisena, että ”vanki tahtoo mieluummin kärsiä rangaistuksensa loppuun kuin alistua vieraan henkilön valvonnan alaiseksi”.<sup>11</sup>

Väite siitä, että vapaudessa suoritettava seuraamus olisi vankilaa ankarampi, oli lain käsittelyajankohtana yhtä epärealistinen kuin se on nykyisinkin. Väite on ymmärrettävissä vain kriminaalipolitiikan vallitsevaa doktriinia vasten. Virallisen linjan mukaan: ”Rikollisuustilanteen ollessa maassa niin huolestuttava kuin se meillä nykyään on, ei ole varaa rangaistusten lieventämiseen.”<sup>12</sup> Hallituksen esityksessä tehtiin siis kompromissi. Koska virallista linjaa ei haluttu loukata, väitettiin, että rangaistusjärjestelmän tosiasiallinen lievennys olisi kovennus.

Pakollista ehdonalaista vapautta perusteltaessa ongelmana oli vielä se, että kansainvälisiin esimerkkeihin ei voitu vedota. Hallituksen esityksessä saatettiin

<sup>10</sup> Hallituksen esitys 64/1931 vp, s. 6–7.

<sup>11</sup> Hallituksen esitys 64/1931 vp, s. 8

<sup>12</sup> Hallituksen esitys 64/1931 vp, s. 7.

vain mainita, että pakollisen ehdonalaisen vapauden käsite esiintyi Ruotsin rikoslakiehdotuksessa, mutta ei muualla. Ruotsissakaan pakollista ehdonalaista vapautta ei oltu käytännössä toteutettu.<sup>13</sup>

#### 4. VUODEN 1944 UUDISTUS

Toisen maailmansodan loppuvaiheessa keväällä 1944 sekä harkinnanvaraista että pakollista ehdonalaista vapautta edelleen laajennettiin. Harkinnanvaraisen ehdonalaisen vapauden määräänsä alennettiin niin, että ensikertaiseen vankiin voitiin soveltaa 2/3 määräänsä sijasta 1/2 määräänsä. Ensikertaiseksi vangiksi laskettiin myös aikaisemmin vankilassa ollut rikoksentehtäjä, joka rikosta edeltäneen viiden vuoden aikana ei ollut suorittanut rangaistuslaitoksessa kuritushuone- tai vankeusrangaistusta.<sup>14</sup>

Vuonna 1944 harkinnanvaraisen ehdonalaisen vapauttamisen laajentamista perusteleva argumentaatioketju oli rakenteeltaan samanlainen kuin vuonna 1931. Yhtäältä todettiin, että tehdyn selvityksen mukaan ehdonalaisesti vapautetut olivat syyllistyneet harvoin uusiin rikoksiin ehdonalaisen vapauden aikana, joten järjestelmän voitiin katsoa täyttäneen tehtävänsä. Toisaalta järjestelmän laajentamista perusteltiin vetoamalla kansainvälisiin esimerkkeihin: ”Kaikissa Skandinavian maissa on voimassa samanlainen säännös vähimmäistä kärsittävästä ajasta kuin meillä nykyään, mutta useassa Euroopan maassa ollaan lievemmillä kannalla. Niinpä voi vanki päästä ehdonalaisen vapautteen kärsittyään Virossa, Ranskassa, Italiassa ja eräissä muissa maissa puolet, mutta muun muassa Belgiassa vain kolmanneksen rangaistuksesta. Muutamissa maissa vaaditaan uudestaan rangaistuilta pitempi kärsitty aika kuin ensikertaisilta.”<sup>15</sup>

Eduskunnan lakivaliokunta oli ehdotetun järjestelmän kannalla. Sen mukaan oli perusteltua soveltaa 1/2 määräänsä ensikertaisiin, ”koska uusintarikollisuus leimataan tälläkin tavoin ensikertaisuutta häpeällisemmäksi ja seuraamuksiltaan raskaammaksi”. Lisäksi valiokunta totesi, että mahdollisuus vapautua 1/2 määräänsä olisi ensikertaiselle vangille kannustimena hyvään käyttäytymiseen, ahkerointiin työnteossa ja näin helpottaisi järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitoa vankiloissa.<sup>16</sup>

Kaiken kaikkiaan lainmuutoksen perustelut olivat niukat ja kansainvälisen vertailun osalta ongelmalliset. Muissa Pohjoismaissa ei ollut käytössä 1/2 määräänsä. Suomalaisessa lainvalmistelussa pohjoismainen käytäntö on yleensä vah-

<sup>13</sup> Hallituksen esitys 64/1931 vp, s. 6.

<sup>14</sup> 339/1944.

<sup>15</sup> Hallituksen esitys 18/1944 vp, s. 2–3.

<sup>16</sup> Lakivaliokunnan mietintö 10/1944 vp, s. 1–2.

va argumentti, mutta nyt naapurimaiden linjasta poikettiin kommentoimatta asiaa mitenkään. Saksaa ei vertailussa mainittu. Sen sijaan vedottiin Saksan tuolloin miehittämien maiden eli Ranskan, Belgian ja Viron lainsäädäntöön. Myös oleellisia asiakysymyksiä jäi perustelematta. Lakia käsiteltäessä ei perusteltu mitenkään sitä, miksi ensikertaiseen rikoksentehtijään rinnastettiin vanki, jonka aikaisemmasta vankilassa olosta oli kulunut yli viisi vuotta.

Syy perusteluiden niukkuuteen ja valikoivuuteen oli ilmeinen. Kun jokin oikeudellinen järjestelmä kehitetään maassa itse, sen käyttöönotto vaatii usein runsaasti työstämistä ja perusteluja. Kun taas omaksutaan ulkomailta valmis malli, se saatetaan helposti ottaa annettuna. Tässä tapauksessa hallituksen esitys vastasi pitkälti Ranskan järjestelmää, mitä ehdotukseen ei kuitenkaan suoraan kirjattu.<sup>17</sup>

Pakollisen ehdonalaisen vapauttamisen perustelut olivat vielä niukemmat. Tässäkin viitattiin tutkimukseen, jonka mukaan ehdonalaisesti vapautetut syylistyivät harvoin uusiin rikoksiin. Kansainvälisesti vertaillen voitiin vain kertoa: ”Tätä menettelyä ei muiden maiden lainsäädäntö vielä tunne, mutta Ruotsissa on se ehdotettu otettavaksi käyttöön.”<sup>18</sup> Näillä perusteluilla pakollisen ehdonalaisen vapauttamisen ajankohtaa alennettiin niin, että se oli 5/6 rangaistuksesta.

## 5. HUMAANI JA TARKOITUKSEN MUKAINEN KRIMINAALIPOLITIikka

Suomen itsenäisyyden ensimmäisinä vuosikymmeninä, vuoteen 1944 mennessä ehdonalaisen vapauttamisen nykyiset pääsäännöt, 2/3 ja 1/2 määräosat oli kirjattu lainsäädäntöön. Lisäksi järjestelmään kuului pakollinen ehdonalainen vapauttaminen 5/6 määräosalla, jota nykyinen laki ei enää tunne.<sup>19</sup>

Kysyttäessä, miksi näihin ratkaisuihin päädyttiin, erään vastauksen antaa vuoden 1944 lakiehdotusta käsitellyt eduskunnan lakivaliokunta. Lakivaliokunta totesi, että ehdotetut muutokset ”merkitsevät vankilaojelmamme kehittämistä humanimpaan ja tarkoituksenmukaisempaan suuntaan”.<sup>20</sup> Tässä yhteydessä sanat

<sup>17</sup> Vrt. *Uitto, Jorma*: Vankien ehdonalaiseen vapauteen päästäminen ja sen edellytykset. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja, N:o 40. Helsinki 1950, s. 80–81.

<sup>18</sup> Hallituksen esitys 18/1944 vp, s. 3.

<sup>19</sup> Tekstissä esitettyjen pääsääntöjen lisäksi Suomen itsenäisyyden ensimmäisillä vuosikymmenillä annettiin erityissäännöksiä elinkautisvangeista (278/1931), pakkolaitosvangeista (180/1932) ja nuorisovangeista (262/1940). Koska kyseisten vankiryhmien osuus kokonaisvankiluvusta oli vähäinen, niitä ei tässä yhteydessä käsitellä. Myös määrällisesti merkittävä ryhmä, sakkovangit, jää tarkastelun ulkopuolelle, koska ehdonalaista vapauttamista ei sakon muuntorangeistuksissa käytetty. Sakkojärjestelmä uudistettiin vuonna 1921 (130/1921).

<sup>20</sup> Lakivaliokunnan mietintö 10/1944 vp, s. 1.



humaani ja tarkoituksenmukainen merkitsivät, että rangaistusten pituutta leikattiin täytöntöönpanovaiheessa. Onkin aiheellista kysyä, ketkä tätä kriminaalipolitiikkaa ajoivat ja mistä syystä.

Lakeja valmisteltaessa perustelut olivat vähäiset ja sisällöllisesti osin ristiriitaiset. Myöhemmät kirjoittajat ovatkin katsoneet, että oleellista oli se, mitä ei suoraan ilmaistu. Kysymys oli vankiluvun säätelystä. Vuoden 1918 sisällissodan jälkeisessä tilanteessa ehdonalaista vapauttamista käytettiin armahdusten ohella punavankileirien purkamiseen.<sup>21</sup> Vuonna 1931 lainuudistuksen taustalla olivat ilmeisesti valtionaloudelliset seikat ja tilanahtaus vankiloissa, vaikka näitä seikkoja ei uudistuksen yhteydessä tuotu esiin.<sup>22</sup> Kun tilanne toisen maailmansodan loppuvaiheessa oli vaikea ja vankiluku kohosi noin 10 000 vankiin, pääsyä ehdonalaiseen vapauteen jouduttiin helpottamaan.<sup>23</sup>

Ehdonalaisen vapauden avulla valtiollinen valta siis kategorisesti lyhensi vankilassa suoritettavia rangaistuksia. Tämä oli pitkän historiallisen kehityksen tulos. Kun rikoslain valmistelua aloitettiin 1800-luvulla, ehdonalainen vapaus torjuttiin sillä perusteella, että tuomioistuimen lainvoiman saaneeseen tuomioon voitiin puuttua vain hallitsijan armahduksella. Ensin harkinnanvaraisesta ehdonalaisestä vapaudesta tuli väline, jolla vankila-aikaista hyvää käytöstä voitiin paljasta. Sen jälkeen alettiin käyttää pakollista ehdonalaista vapautta. Viimeksi mainittu toimi samalla periaatteella kuin suomalaisessa hallinnossa myöhemmin omaksuttu juustohöylä. Niiltä vangeilta, joita ei päästetty harkinnanvaraisen ehdonalaiseen vapauteen, leikattiin rangaistuksesta pois sama määräosa jokaiselta.

Ehdonalaisella vapaudella oli selkeitä etuja aikaisempaan vankiluvun säätelymekanismiin eli armahdukseen verrattuna. Yksilötason armahdusmenettely kuormittaa merkittävästi ylintä päätöksentekokoneistoa ja on riittämätön vankiluvun vähentämiskeinoksi. Ryhmätason armahdusten ongelmana on ensiksi kysymys siitä, millä perusteilla armahdettavat vangit erotellaan muista. Toisaalta silloin, kun suuria vankiryhmiä on armahdettu yhtä aikaa, vapautuvien vankien virta on usein aiheuttanut ongelmia yhteiskunnan toiminnalle. Ehdonalaisen vapauden etuna on, että vankien määrä laskee, mutta lasku toteutuu asteittain vankien vapautuessa, ei yhtenä hetkenä.

Vastaus siihen, ketkä edellä esitettyä kriminaalipolitiikkaa ajoivat, ilmenee muun muassa eduskunnan asiakirjoista. Suuntaa-antavasti asiasta kertovat jo lait allekirjoittaneiden henkilöiden nimet. Vuoden 1918 lain allekirjoittivat Suomen

<sup>21</sup> *Aho ja Karsikas*, s. 40.

<sup>22</sup> *Lång, K.J.*: Vankiluku: kriminaalipolitiikan tulosmittari. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI. Rikosoikeuden juhluvuonna 1989. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 185. Helsinki 1989, s. 289.

<sup>23</sup> *Anttila, Inkeri ja Törnudd, Patrik*: Kriminologia ja kriminaalipolitiikka. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja N:o 194. Helsinki 1983, s. 95.

Senaatin puheenjohtaja *P.E. Svinhufvud* ja oikeustoimituskunnan päällikkö *Onni Talas*, vuoden 1931 lain presidentti *P.E. Svinhufvud* ja oikeusministeri *T.M. Kivimäki* sekä vuoden 1944 lain presidentti *Risto Ryti* ja oikeusministeri *Oskari Lehtonen*. Rangaistusten leikkaaminen, vankiluvun vähentäminen ja siihen liittyvien kustannusten alentaminen tapahtuivat siis yhteiskunnan ylimmän poliittisen johdon suojeleuksessa.

## 6. PROGRESSIIVIJÄRJESTELMÄSTÄ LUOPUMINEN

Ehdonalaisen vapauden seuraava merkittävä käännekohta oli progressiivijärjestelmästä luopuminen, joka tapahtui 1960–1970-lukujen taitteen molemmin puolin. Tämä oli osa suljettuihin laitoksiin, mielisairaaloihin, vankiloihin, työlaitoksiin jne. kohdistunutta kritiikkiä. Progressiivijärjestelmää arvosteltiin muun muassa siksi, että se edellytti vangin sopeutumista vankilan repressiiviseen pakoyhteisöön. Järjestelmän katsottiin synnyttävän ja ylläpitävän vangin laitostumista, joka pikemminkin lisäsi uusintarikollisuutta kuin vähensi sitä. Samasta syystä laitospelämään sopeutumista ei ollut mielekäästä palkita. Kritiikki kyseenalaisti näin ehdonalaisen vapauden vankien palkitsemisjärjestelmänä.<sup>24</sup>

Vuoden 1972 kriminaalihuoltokomitea piti periaatteellisesti parhaana vaihtoehtona reaalarangaistusjärjestelmää, jossa tuomioistuinten määräämät rangaistukset suoritetaan kokonaan rangaistuslaitoksessa. Komitean mukaan reaalarangaistusjärjestelmän etuna olisi se, että tuomioistuin voisi paremmin arvioida tuomitsemansa rangaistuksen ankaruuden ja sen kohtuullisuuden esimerkiksi suhteessa tekijän syyllisyyteen. Lisäksi täytäntöönpanon keston voisi ennakoita täydellisesti tietää, koska hallintoviranomaiset eivät voisi harkintansa mukaan muuttaa tuomioistuimen tuomitseman rangaistuksen sisältöä.

Komitea kuitenkin totesi, että jos tuomitut rangaistukset muutettaisiin suoraan reaalarangaistuksiksi, tämä johtaisi rangaistusaikojen huomattavaan pidentymiseen, vankiluvun ja vankeinhoitolaitoksen kustannusten merkittävään kasvuun. Komitean mukaan tällainen muutos aiheuttaisi kriminaalipoliittisesti pikemminkin kielteisiä kuin myönteisiä seurauksia. Toisaalta yksinomaan kustannusten vuoksi reaalarangaistusjärjestelmää ei voitaisi tässä muodossa toteuttaa.<sup>25</sup>

Komitean mukaan ehdonalaisen vapauden teki vaikeasti hallittavaksi ja enustettavaksi ennen muuta se, että vankeinhoitoviranomaiset saattoivat harkintavaltansa nojalla vapauttaa vangin minä tahansa ajankohtana laissa säädetyn mää-

<sup>24</sup> Komiteanmietintö 1972:A 1. Kriminaalihuoltokomitean mietintö. Helsinki 1972, s. 115–116; *Uusitalo, Paavo*: Vankila ja työsiirtola rangaistuksena. Helsinki 1968, s. 48.

<sup>25</sup> Komiteanmietintö 1972:A 1, s. 169–170.

räosan (pääsääntöinä 2/3 ja 1/2) ja pakollisen vapauttamisajankohdan (5/6 määräosa) välillä. Sen sijaan komitea ei pitänyt ennustettavuuden kannalta ongelmallisena sitä, että vanki vapautuisi automaattisesti esimerkiksi 2/3 tai 1/2 määräosan täyttyessä. Tällöin vapautumisperuste ilmenisi laista, eikä vankeinhoitoviranomaisilla olisi siihen nähden harkintavaltaa. Komitea harkitsikin järjestelmän muuttamista niin, että vanki vapautuisi täydellisesti suoritettuaan tuomitusta rangaistuksesta lain mukaisen määräosan. Tähän järjestelmään ei olisi sisällynyt ehdonalaisen vapauden koeaikaa eikä mahdollisuutta jäännösrangaistuksen täytäntöönpanoon. Komitea kuitenkin katsoi, että kyseinen vaihtoehto saattoi toteutua vain pitkällä aikavälillä.<sup>26</sup>

## 7. EHDONALAISEN VAPAUDEN VIIMEAIKAISET MUUTOKSET

Viime vuosikymmeninä kehitys on kulkenut vuoden 1972 komitean ennakoimaan suuntaan. Keskeinen muutos on ollut se, että ehdonalaisen vapauden harkinnanvaraisuus on vähentynyt. 1980-luvulla ehdonalaista vapauttamista ei yleensä enää lykätty lain säätämästä määräosasta.<sup>27</sup> Siksi pakollinen ehdonalainen vapaus voitiin poistaa laista vuonna 1988.<sup>28</sup> 1990-luvulla harkinnanvaraiset lykkäämiset muodostuivat harvinaisiksi poikkeuksiksi. Ne ovat tapahtuneet vangin suostumuksella silloin, kun suoritettavaksi on tulossa uusia vankeusrangaistuksia. Vastoin vangin suostumusta ehdonalaista vapauttamista lykättiin viimeksi vuonna 1999.<sup>29</sup> Ehdonalaisen vapauttamisen ennustettavuutta lisää osaltaan se, että ehdonalaisen vapauden aikaistamismahdollisuutta ei juuri käytetä.<sup>30</sup>

Ehdonalaisen vapauden lykkäämispäätöksistä voidaan nykyisin valittaa tuomioistuimeen. Perustuslain 21 §:n mukaan jokaisella on oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi. Rangaistusten täytäntöönpanosta annetun lain 7 luvun 1 §:ssä on erityisesti säädetty muutoksenhausta muun muassa ehdonalaisen vapauden lykkäämistä koskeviin hallinnollisiin päätöksiin. Muutosta haetaan yleiseltä tuomioistuimelta.<sup>31</sup>

Viime vuosikymmenien kehityksen toisena keskeisenä piirteenä on se, että jäännösrangaistus on menettänyt merkitystään. Ehdonalaisen vapautensa menet-

<sup>26</sup> Komiteanmietintö 1972:A 1, s. 171.

<sup>27</sup> Pellinen, s. 256–258.

<sup>28</sup> 506/1988. Hallituksen esitys 155/1987 vp, s. 4.

<sup>29</sup> Komiteanmietintö 2001:6. Vankeusrangaistuskomitean mietintö. Oikeusministeriö, Helsinki 2001, s. 65.

<sup>30</sup> Pellinen, s. 230–231; Komiteanmietintö 2001:6, s. 64–65.

<sup>31</sup> 580/2001; Hallituksen esitys 13/2001 vp, s. 1.

tänyt on rangaistusten täytäntöönpanosta annetun lain 2 luvun 16 §:n mukaan toimitettava vankilaan suorittamaan sitä rangaistusta, joka oli jäljellä, kun hänet päästettiin vapaaksi (jäännösrangaistus). Ehdonalaisen vapautensa menettänyt vanki, joka suorittaa yksinomaan jäännösrangaistusta, voidaan päästää uudelleen ehdonalaiseen vapauteen hänen suoritettuaan jäännösrangaistusta vähintään yhden kuukauden. Vanki, joka jäännösrangaistuksen lisäksi suorittaa muuta vankeusrangaistusta, voidaan päästää uudelleen ehdonalaiseen vapauteen hänen suoritettuaan yhteenlaskettua rangaistusta ajan, joka vastaa ehdonalaisesta vapautumisesta säädettyä osaa mainitusta muusta rangaistuksesta, sekä sen lisäksi yhden kuukauden, kuitenkin enintään jäännösrangaistuksen määrä.<sup>32</sup>

Käytännössä tilanne on se, että tuomioistuimet määräävät jäännösrangaistuksen suoritettavaksi vain tuomitsaan ehdottoman vankeusrangaistuksen, eivätkä välttämättä aina silloinkaan.<sup>33</sup> Suoritettava jäännösrangaistus on yksi kuukausi tai jäljellä olevan rangaistuksen pituus, jos se on yhtä kuukautta lyhyempi. Yhtä kuukautta pitempien jäännösrangaistusten määrääminen olisi oikeusturvasyistä ongelmallista, koska laissa ei esitetä mitään kriteereitä sille, minkälaisissa tapauksissa suoritettavaa jäännösrangaistusta tulisi pidentää yhden kuukauden aikamäärästä. Jos vankeinhoitoviranomaiset tällaisen päätöksen tekevät, siihen voidaan hakea muutosta perustuslain 21 §:n perusteella.

Ehdonalaisen vapauttamisen pääsääntöjä, 2/3 ja 1/2 määräosia koskevat säännökset eivät toisen maailmansodan jälkeen ole juuri muuttuneet. Pohjoismaista lainsäädäntöä yhtenäistettäessä 1960-luvulla laista poistettiin maininta ensiker-taisuudesta 1/2 määräosan soveltamisen edellytyksenä ja korvattiin se ilmaisulla ”erityisistä syistä”.<sup>34</sup> Uudistus oli näennäinen. Sillä ei muutettu aikaisempaa käytäntöä, ainoastaan yhtenäistettiin pohjoismaisten lakien sanamuoto.

Vuonna 1976 laajennettiin 1/2 määräosan soveltamisalaa niin, että säännöstä sovelletaan ensikertaa vankilassa olevaan sekä vankiin, joka rikoksen tekopäivää edeltäneinä kolmena vuotena ei ole suorittanut rangaistuslaitoksessa vankeusrangaistusta tai ollut pakkolaitoksessa. Kolmen vuoden ns. puhtaaseen aikaan siirryttiin kotimaisen lainsäädäntökehityksen vuoksi. Vuonna 1976 ehdollista rangaistusta koskevassa laissa viiden vuoden määräaika muuttui kolmeksi vuodeksi ja ehdonalaisessa vapauttamisessa siirryttiin hallinnollisesti vastaavaan käytäntöön.<sup>35</sup>

Rangaistusten täytäntöönpanosta annetun lain 2 luvun 13 §:n 1 momentti<sup>36</sup> on äskettäin muutettu viimeksi mainittua hallinnollista käytäntöä vastaavaksi.

<sup>32</sup> 506/1988.

<sup>33</sup> Komiteamietintö 2001:6, s. 68.

<sup>34</sup> 411/1966.

<sup>35</sup> Oikeusministeriön vankeinhoito-osaston yleiskirje 277/12/13/1976.

<sup>36</sup> 580/2001.

Aikaisemmin oikeusministeriön vankeinhoito-osaston määräyksessä ollut alueellinen rajausta, jonka mukaan Suomessa suoritettuihin rangaistuksiin rinnastuivat vain muissa Pohjoismaissa suoritettut rangaistukset,<sup>37</sup> ei säädetä laissa. Tätä rajausta ei katsottu voitavan tehdä, koska se asettaa eri maissa suoritettut vankeusrangaistukset perusteettomasti eri asemaan. Säännöksen soveltamisessa otetaan näin huomioon kaikki ulkomailla täytäntöönpannut rangaistukset.<sup>38</sup>

Lisäksi pitkän aikavälin kehityslinjana on ollut ehdonalaisen vapauttamisen aikaisimman ajankohdan alentaminen. Vuoden 1931 lain mukaan ehdonalaiseen vapauteen voitiin päästä, kun rangaistusta oli suoritettu vähintään kuusi kuukautta. Tätä säännöstä eduskunnan lakivaliokunta arvosteli vuoden 1944 uudistusta käsitellessään: ”Valiokunnassa on tässä yhteydessä huomautettu, että säännös, jonka mukaan tuomitusta vapausrangaistuksesta on kärsittävä vähintään kuusi kuukautta, ennen kuin ehdonalaiseen vapauteen päästäminen saattaa tulla kysymykseen, asettaa pienehköihin vapausrangaistuksiin tuomitut muihin vankeihin verraten epäedullisempaan asemaan.”<sup>39</sup>

Vankien yhdenvertaisuus olikin keskeinen argumentti, kun vuonna 1966 ehdonalaisen vapautumisen vähimmäisaika laskettiin neljään kuukauteen<sup>40</sup>, vuonna 1975 kolmeen kuukauteen<sup>41</sup> ja vuonna 1988 nykyiseen 14 päivään.<sup>42</sup>

## 8. VIIME VUOSIKYMMENIEN KEHITYKSEN ARVIOINTIA

Suomen itsenäisyyden ensimmäisinä vuosikymmeninä ehdonalaisesta vapaudesta säädettiin tilanteissa, jotka olivat kansakunnan historian käännekohtia. Sen sijaan toisen maailmansodan jälkeisiin ehdonalaisen vapauden uudistuksiin ei ole liittynyt samanlaista dramatiikkaa. Suurin muutos on tapahtunut siinä, että ehdonalaisen vapauden harkinnanvaraisuus on poistunut ja vapauttaminen tapahtuu lähes automaattisesti laissa säädetyn määräosan täytyessä.

Eräällä tapaa muutos palautuu Suomen rangaistusjärjestelmän syntyvaiheisiin. Kun 1860-luvulla hylättiin ajatus ehdonalaisesta vapauttamisesta, tätä perusteltiin sillä, että hallintoviranomaisten päätöksellä ei ole lupa lyhentää lainvoimaista tuomiota. Sama ajatus on ollut kritiikin ytimenä, kun harkinnanvaraisuus on asteittain poistunut ehdonalaisesta vapauttamisesta.

<sup>37</sup> Oikeusministeriön vankeinhoito-osaston määräys 9/011/95.

<sup>38</sup> Lakivaliokunnan mietintö 12/2001 vp, s. 4.

<sup>39</sup> Lakivaliokunnan mietintö 10/1944 vp, s. 2.

<sup>40</sup> 203/1966.

<sup>41</sup> 1036/1975.

<sup>42</sup> 506/1988.

Kansainvälisesti vertaillen suuntaus ei ole ainutlaatuinen. Monissa Länsi-Euroopan maissa kehitys on viime vuosikymmeninä kulkenut hallintoviranomaisten harkintavallan vähentämisen suuntaan. Tämä on tapahtunut joko niin, että ehdonalainen vapauttaminen tapahtuu automaattisesti määräosan täytyessä, tai niin, että jos ehdonalaisen vapauttamisen ajankohtaa hallintoviranomaisen päätöksellä lykätään, päätöksestä voidaan valittaa tuomioistuimeen. Esimerkiksi Ruotsissa ehdonalainen vapauttaminen tapahtuu laissa säädetyn määräosan täytyessä. Se voi lykkäytyä vain kurinpitorangeistuksen vuoksi. Tanskassa ehdonalaista vapauttamista voidaan hallinnollisella päätöksellä lykätä lain säätämästä määräosasta. Tästä päätöksestä vangilla on valitusoikeus.<sup>43</sup>

Kansainvälisessä kehityksessä entistä korostetumman aseman ovat siis saaneet rangaistusjärjestelmän ennustettavuuteen ja oikeusturvaan liittyvät näkökohdat. Vastaavasti sen kaltainen palkitsemisjärjestelmä ja hallintoviranomaisten päätöksentekovalta, joka harkinnanvaraiseen ehdonalaiseen vapauteen kytkeytyi, on menettänyt alaansa.

Suomalainen kehitys vastaa kansainvälistä kehitystä myös siinä, että jäännös-rangaistus on menettänyt merkitystään. Vaikka monien maiden laissa on edelleen maininta siitä, että uusi rikos voi aiheuttaa koko jäännös-rangaistuksen täytäntöönpanon, käytännössä tämä on poikkeuksellista. Tyypillistä on pikemminkin se, että jäännös-rangaistus pannaan täytäntöön osittain tai ei lainkaan. Esimerkiksi muissa Pohjoismaissa jäännös-rangaistus rinnastuu merkitykseltään lähinnä ehdolliseen vankeustuomioon uudesta rikoksesta tuomittaessa.<sup>44</sup>

Kaiken kaikkiaan ehdonalaisesta vapaudesta on Suomen rangaistusjärjestelmään jäänyt kolme keskeistä elementtiä: vapautuminen laissa säädetyn määräosan täytyessä, ehdonalaisen vapauden valvonta ja jäännös-rangaistus. Nykyisin valvontaan määrätään lähinnä pitkistä rangaistuksesta vapautuvia vankeja. Esimerkiksi vuonna 2001 Suomessa vapautui ehdonalaisesti lähes 4 000 vankia ja valvontaan määrättiin runsaat 900 eli 22 %.<sup>45</sup> Valvonnan sisältönä on yleensä kaksi kertaa kuukaudessa tapahtuva yhteydenpito valvojan ja valvottavan välillä kolmen ensimmäisen valvontakuukauden aikana.

## 9. MITÄ REAALIRANGAISTUKSEEN SIIRTYMINEN MERKITSISI?

Perimmiltään reaalarangaistus tarkoittaa vankeuden ja vapauden tiukkaa käsitteellistä erottamista toisistaan. Se että tuomittu suorittaa koko rangaistuksensa

<sup>43</sup> Komiteanmietintö 2001:6, s. 80 ja 89.

<sup>44</sup> Komiteanmietintö 2001:6, s. 124–125.

<sup>45</sup> Kriminaalihuoltolaitoksen ja vankeinhoitolaitoksen vuosikertomus 2001. Helsinki 2002, s. 65.

laitoksessa merkitsee samalla sitä, että vapautuessaan hän on täysin vapaa rikos-oikeudellisesta seuraamuksesta. Koska rangaistus on laitoksen päätyttyä suoritettu, tuomittu on laitoksesta vapautuessaan samassa asemassa kuin muutkin ihmiset yhteiskunnassa. Rikoksen johdosta häneen ei enää voida kohdistaa rajoitus- tai valvontatoimenpiteitä. Puhdaspiirteisen reaalarangaistusjärjestelmän omaksuminen tarkoittaisikin sitä, että ehdonalaisen vapauden määräosat, valvonta ja jäännösrangaistus poistettaisiin laista.

Reaalarangaistusjärjestelmään voitaisiin siirtyä joko nykyinen rangaistustaso muuttaen tai se säilyttäen. Jos nykyisin tuomioistuimissa määrättävät rangaistukset suoritettaisiin vankilassa kokonaan, vankiluku kasvaisi ja rangaistusjärjestelmä ankaroituisi. Taulukossa 1 ensimmäinen sarake kertoo ehdonalaisesti vapautuvien määräosat ja vankimäärän toukokuun 1 päivänä 2002. Toinen sarake kuvaa vankimäärää siinä tilanteessa, että kaikki vangit suorittaisivat koko rangaistuksensa laitoksessa.

Taulukko 1. Ehdonalaisesti vapautuvien määräosat ja vankimäärä 1 päivänä toukokuuta 2002 sekä vankiluku, jos vangit suorittaisivat tuomitun rangaistuksen kokonaan vankilassa.

Ehdonalaisen määräosa	Vangit 1.5.2002	Reaalarangaistus
Määräosa (2/3)	1586	2379
Määräosa (1/2)	1000	2000
Nuorisovanki (1/3)	86	258
Elinkautinen	69	69
Pakkolaitos (1/1)	21	21
Sakon muunto (1/1)	218	218
Tutkintavanki	451	451
<b>Yhteensä</b>	<b>3431</b>	<b>5396</b>

Siinä tapauksessa että kaikki vangit vapautuisivat vasta suoritettuaan koko rangaistuksen laitoksessa, vankiluku kasvaisi nykyisestä lähes 2 000 vangilla. Tämä nostaisi merkittävästi vankeinhoidon kustannuksia. Muuttuvat kustannukset vankia kohti ovat lähes 7 000 euroa vuodessa, joten ne lisääntyisivät yhteensä noin 13 miljoonalla eurolla vuodessa. Lisäksi henkilöstön määrä kasvaisi arviolta 700 hengellä. Koska keskimääräinen henkilötyövuoden hinta vankeinhoidossa on noin 34 000 euroa, tämä merkitsisi palkkamenoissa 23 miljoonaa euroa vuodessa.

Noin 5 400 vangin sijoittaminen edellyttäisi uusien vankiloiden rakentamista tai muussa käytössä olevien tilojen saneeraamista vankitiloiksi. Tämä edellyttäisi 1 000–1 500 uutta vankipaikkaa. Koska uuden vankipaikan rakentamiskustannukset ovat noin 170 000 euroa ja saneerattavissa tiloissa jonkin verran alemmat, investoinnin vankipaikkoihin tulisi olla 130–195 miljoonaa euroa.

Valtiontalouden lähtökohdat huomioon ottaen tällaista investointia rangaistusjärjestelmään ei voida pitää realistisena. Lisäksi sitä vastaan puhuvat kriminaalipoliittiset seikat. Vankiluvun lisääminen ei merkittävästi vaikuttaisi itse perusongelmaan eli rikollisuuteen.<sup>46</sup>

Toinen vaihtoehto reaalarangaistusjärjestelmään siirtymiseksi olisi se, että nykyinen rangaistustaso säilytettäisiin ja vankimäärä ei muuttuisi. Tällöin reaalarangaistukseen siirtyminen edellyttäisi muutoksia rikoslainsäädäntöön, erityisesti rangaistusasteikkojen ala- ja ylärajoihin.

Rikoslaisissa rangaistusasteikon alarajana voi olla esimerkiksi neljä kuukautta, yksi vuosi, kaksi vuotta ja neljä vuotta vankeutta. Vastaavasti asteikon ylärajaksi on säädetty muun muassa kuusi kuukautta, yksi vuosi, kaksi vuotta, neljä vuotta ja kymmenen vuotta vankeutta.

Nykyisessä järjestelmässä rangaistusasteikon yhden vuoden alarajalla olevassa rangaistuksessa suoritettava laitosaika on ehdonalaisen vapauttamisen vuoksi lyhyempi kuin vuosi. Siksi alarajaa tulisi laskea, jotta nykyinen laitosaika voitaisiin määrätä suoraan reaalarangaistuksena. Toisaalta esimerkiksi silloin, kun tuomitaan rangaistusasteikon ylärajan mukainen kahden vuoden rangaistus, tuomitu ei suorita laitoksessa tätä aikaa. Jotta rangaistustaso pysyisi nykyisellään, asteikon ylärajaa olisi laskettava.

Rikoslain ohella rangaistusasteikkojen muuttaminen heijastuisi kaikkiin niihin lakeihin – esimerkiksi pakkokeinolakiin – jotka ovat sidoksissa rikoslain rangaistusasteikkoihin. Näin ollen tällainen reaalarangaistusjärjestelmään siirtyminen edellyttäisi laajaa lainsäädännön muutostyötä.

Eräs vaihtoehto reaalarangaistukseen siirtymiseksi olisi järjestelmä, joka on nykyisin käytössä pakkolaitosvangeilla. Pakkolaitosvangit suorittavat koko rangaistuksensa laitoksessa. Lisäksi heihin sovelletaan ehdonalaista vapautta ja koevapautta koskevia erityissäännöksiä. Tämä johtuu yhtäältä valvonnallisista tarpeista, koska on katsottu, että vaarallisten rikoksenteekijöiden vapauttaminen ei voi tapahtua laitosajan päättyessä ilman valvontaa. Toisaalta säännöksillä pyritään edistämään pakkolaitosvangan uudelleen sijoittumista yhteiskuntaan.<sup>47</sup>

Pakkolaitosvankien reaalarangaistusjärjestelmä eroaa tavanomaisesta ehdonalaisen vapauden järjestelmästä lähinnä lainsäädäntöteknisesti. Kummassakin tapauksessa rangaistuslaitoksesta vapautuminen tapahtuu asteittain. Pakkolaitosvangan tapauksessa rangaistusaika kertoo laitoksessa suoritettavan ajan pituuden. Sen lisäksi laissa säädetään erikseen koevapaudesta ja laitoksesta vapautumisen jälkeisestä ehdonalaisesta vapaudesta. Sitä vastoin ehdonalaisen vapauden jär-

<sup>46</sup> *Lappi-Seppälä, Tapio*: Regulating the Prison Population. Experiences from a Long-Term Policy in Finland. National Research Institute of Legal Policy. Research Communications 38. Helsinki 1998, s. 21–24.

<sup>47</sup> Hallituksen esitys 176/1970 vp, s. 10.



jestelmässä rangaistuksen pituus ilmaisee yleensä ajankohdan, jolloin ehdonalainen vapaus päättyy. Erilaisesta lainsäädäntöteknisestä ratkaisusta huolimatta järjestelmät johtavat käytännössä samankaltaiseen rangaistuksen asteittaiseen suorittamiseen.

Kaksi viimeksi esitettyä vaihtoehtoa, reaalarangaistukseen siirtyminen rangaistusasteikkoja muuttamalla ja pakkolaitosjärjestelmä, tuskin olisivat nykytilanteessa mielekkäitä. Muutokset aiheuttaisivat runsaasti valmistelu- ja käyttöönottokustannuksia, mutta eivät toisi sisällöllisesti merkittäviä muutoksia nykyiseen.

## 10. REAALIRANGAISTUKSEN KANSAINVÄLINEN ULOTTUVUUS

Reaalarangaistusjärjestelmän mielekkyyttä arvioitaessa on otettava huomioon myös rikosoikeuden kansainvälinen lähentyminen. Viime aikoina lähentämistävoite on noussut esiin erityisesti Euroopan unionin piirissä tapahtuneen kehityksen seurauksena. Rikosten rangaistusuhkista ja rangaistusasteikkojen yhdenmukaistamisesta on käyty keskustelua muun muassa terrorismin torjunnan ja rikoslain ankarimpien rangaistusten yhteydessä.<sup>48</sup>

Euroopan rangaistusjärjestelmät ovat lähes poikkeuksetta ehdonalaisen vapauden järjestelmiä. Ehdonalainen vapaus on käytössä kaikissa Pohjoismaissa, kaikissa Euroopan unionin maissa ja pääsääntöisesti Itä-Euroopassa, muun muassa Venäjällä. Reaalarangaistusjärjestelmää tai sitä lähellä olevaa järjestelmää soveltavat vain eräät pienet valtiot. Rikosoikeuden lähentämiskeskustelussa Suomen kannalta on ilmeistä etua siitä, että Suomessa on muiden Euroopan unionin valtioiden tavoin käytössä ehdonalaisen vapauttamisen järjestelmä.

Myös ehdonalaisen vapauden määräosat vastaavat hyvin länsieurooppalaista käytäntöä. Länsi-Euroopan maissa ehdonalaisen vapauden pääsääntöinä ovat määräosat 2/3 ja 1/2. Ruotsissa ehdonalainen vapauttaminen tapahtuu 2/3 määräosalla. Tanskassa ehdonalainen vapauttaminen tapahtuu, kun tuomittu on suorittanut 2/3 rangaistuksesta. Erityisistä syistä ehdonlaiseen vapauteen voidaan kuitenkin päästä, kun 1/2 rangaistuksesta on suoritettu. Norjassa säännökset ovat samankaltaiset kuin Tanskassa. Englannissa laki tekee eron lyhytaikaisten ja pitkäaikaisten rangaistusten välillä. Lyhytaikaisilla vangeilla, joiden rangaistus on alle neljä vuotta, ehdonalainen vapauttaminen tapahtuu 1/2 määräosalla. Yli neljän vuoden rangaistuksissa ehdonalaisen vapauttamisen määräosa on 2/3.

<sup>48</sup> Yhteenvedo vankeusrangaistuskomitean (KM 2001:6) mietinnöistä annetuista lausunnoista. Oikeusministeriö. Lausuntoja ja selvityksiä 2002:5, s. 32–33.

Saksassa ehdonalaisen vapauttamisen pääsääntö on 2/3. Ensikertainen vanki voi vapautua 1/2 ajassa, kun vankeusrangaistus on kaksi vuotta tai lyhyempi. Alan-komaissa ehdonalainen vapauttaminen tapahtuu yleensä vangin suoritettua 2/3 rangaistuksestaan. Ranskan lain mukaan ensikertaisten vankien ehdonalainen vapauttaminen voi tapahtua, kun 1/2 rangaistuksesta on suoritettu. Rikoksen uusijoihin sovelletaan 2/3 määrääosaa. Ensikertaisena pidetään, paitsi vankilaan ensimmäistä kertaa tuomittua rikoksenteikijää, myös rikoksenteikijää, jonka aikaisemmasta rikoksesta tuomitun vankeusrangaistuksen päättymisestä on kulunut yli viisi vuotta. Jos kysymys on poikkeuksellisen törkeästä rikoksesta, josta rikoslain mukainen rangaistusuhka on kymmenen vuotta vankeutta tai enemmän, ensikertaisuudelta edellytetään, että edellisestä vapauttamisesta on kulunut kymmenen vuotta. Belgiassa ensikertainen vanki voi vapautua suoritettuaan 1/3 rangaistuksestaan ja rikoksen uusija suoritettuaan 2/3. Italiassa ensikertainen rikoksenteikijä voi vapautua suoritettuaan rangaistuksesta 1/2, rikoksen uusija suoritettuaan 3/4. Venäjän rikoslaisissa ehdonalainen vapauttaminen on sidottu rangaistuksen pituuteen. Ehdonalaisen vapauttamisen aikaisin ajankohta on por-rastettu niin, että lievissä rikoksissa suoritettava määrääosa on alhainen ja se kasvaa kohti vakavia rikoksia. Lievissä rikoksissa ehdonalainen vapauttaminen voi tapahtua 1/2 määrääosalla, vakavissa rikoksissa sovelletaan 2/3 ja 3/4 määrää-<sup>49</sup>osia.

Suomen nykyinen ehdonalaisen vapauden järjestelmä on siis oleellisesti lähempänä keskeisten vertailumaiden järjestelmiä kuin reaalityrangaistusjärjestelmä missään muodossaan olisi. Siksi ehdonalainen vapaus on reaalityrangaistusjärjes-telmää paremmin sovitettavissa mahdolliseen kansainväliseen yhdentymiskehi-tykseen.

## 11. HALLITTU SIIRTYMINEN VAPAUTEEN

Ehdonalaisen vapauden järjestelmästä ei siis näytä olevan syytä luopua. Vaikka vanha progressiivijärjestelmä ja monet sen perusajatukset on hylätty, ajatus siitä, että rangaistusaika jakautuu erilaisiin osiin, on jäänyt. Suomessa tätä kuvastaa jako rangaistuslaitosaikaan ja ehdonalaiseen vapauteen. Sen sijaan esimerkiksi Ruotsissa ja Englannissa jaksoja on kolme: laitosaika, ehdonalainen vapaus ja niiden väliin sijoittuva koevapaus, jota voidaan valvoa teknisillä apuvälineillä.

Suomessa vankeusrangaistuskomitea on ehdottanut valvottua koevapautta uu-deksi keinoksi, jolla voitaisiin edistää vangin sijoittumista yhteiskuntaan. Nykyisessä järjestelmässä tähän pyritään muun muassa vankilan ulkopuolisilla laitos-

<sup>49</sup> Komiteanmietintö 2001:6, s. 118–119.

sijoituksilla, siviilityöllä ja opiskelulla laitoksen ulkopuolella. Tällöin vanki tekee työtä, opiskelee tai on hoidettavana vankilan ulkopuolella, mutta hän yöpyy vankilassa tai ulkopuolisessa laitoksessa. Valvottu koevapaus merkitsisi vielä pitemmälle menevää yhteiskuntaan sijoittamista. Koevapaudessa vanki voitaisiin sijoittaa esimerkiksi kotiinsa. Valvonta tapahtuisi teknisin välinein, lähinnä matkapuhelimeen perustuvalla gsm-valvontajärjestelmällä, joka on parhaillaan vankiloissa kokeiltavana.

Ehdotuksen mukaan vanki voidaan sijoittaa valvottuun koevapauteen enintään kuusi kuukautta ennen ehdonalaista vapauttamista. Edellytyksenä olisi, että sijoitus perustuu rangaistusajan suunnitelmaan, vanki sitoutuu päihteettömyyteen, noudattamaan hänelle annettuja ehtoja jne. Jos koevapauden ehtoja rikotaan, sijoitus voitaisiin peruuttaa.<sup>50</sup>

Ajatus siitä, että vankila-ajan lopussa olisi siirtymäkausi, jolloin kiinnitetään erityistä huomiota vangin yhteiskuntaan sijoittumiseen, ei sinänsä ole uusi. Tämänkaltaista järjestelmää hahmoteltiin Suomessa jo 1930-luvulla ehdonalaisen vapauden säännöksiä uudistettaessa: ”Epäilemättä on yleisen turvallisuuden vuoksi, mutta myös epävakasta taipumusta osoittaneen vangin omaltakin kannalta parempi, että hänet täten lasketaan jokin aika ennen rangaistusajan päättymistä rangaistuslaitoksesta vapaaksi ja hänelle annetaan se tuki ja turva, mitä valvonnalla tarkoitetaan, kuin että hänet muutaman ajan perästä päästetään kokonaan oman onnensa nojaan... Valvonnassa olisi kiinnitettävä huomiota valvottavan ohjaamiseen, huoltamiseen, tukemiseen ja turvaamiseen, olipa sitten kysymys hänen elinkeinostaan tai muusta vastaisen elämän järjestämisestä.”<sup>51</sup>

Koska siviiliin palaamisen hetki on vangin yhteiskuntaan sijoittumisen kannalta kriittinen, myös rangaistusjärjestelmän tulee panostaa juuri tähän. Valvottu koevapaus ei tarkoittaisi vain teknisin apuvälinein suoritettavaa valvontaa, vaan se merkitsisi vangin monipuolista sosiaalista tukemista vapauteen siirtymisen aikana. Näin se eräänlaisena intensiivijaksona täydentäisi nykyistä ehdonalaisen vapauden valvontaa. Valvottu koevapaus myös omalta osaltaan perustelee sitä, miksi ehdonalaisen vapauden järjestelmästä ei ole syytä luopua. Porrasteinen, erilaisiin jaksoihin jakautuva järjestelmä voi huomattavasti joustavammin reagoida yhteiskunnan monimuotoisiin vaatimuksiin ja haasteisiin kuin jäykkä reaalarangaistusjärjestelmä voisi.

<sup>50</sup> Komiteanmietintö 2001:6, s. 147.

<sup>51</sup> Hallituksen esitys 64/1931 vp, s. 8.

# Samma straff för lika brott – strävandena att uppnå en enhetlig rättstillämpning inom Europa

## 1. KRAVET PÅ EKVIVALENS

Den moderna straffrätten<sup>1</sup> – särskilt den nordiska – genomsyras av *skuldprincipen*.<sup>2</sup> Det är skulden som betecknas som grunden för straffrättsligt ansvar. Endast den som har ådagalagt skuld bör drabbas av straffrättsligt ansvar. Också de påföljder som bestäms för brotten påverkas av den skuld som brottslingen visat genom att begå det: personer som begår brott är klandervärda och graden av det klander som samhället uttalar med anledning av brottet beror både på brottets förkastlighet (uttryckt i brottstypens abstrakta straffvärde)<sup>3</sup> och på brottslingens skuld. Då bestraffningen bygger på någon form av en ”förtjänstteori” (”just deserts-teori”) sker straffbestämningen i det enskilda fallet i en form som innebär att klandret (konkretiserat i straffet och primärt bestämt med hänvisning till

<sup>1</sup> Mitt bidrag i denna festskrift kan inte klassificeras som rättsdogmatiskt. Att inte ens försöka bidra till den straffrättsdogmatiska forskningen är kanske förnuftigt i en tid då straffrätten snabbt håller på att internationaliseras. Detta är i så fall en lärdom som just festföremålet har fått mig att reflektera över. I sin doktorsavhandling konstaterade ju *Pekka Koskinen* bl.a. att ”[v]oimassa olevan oikeuden tutkijalla saattaa työssään olla peikkona pelko äkkiä havaita olevansa voimassa olleen oikeuden tutkia. Rikosoikeuden alalla tämä pelko ei näinä aikoina suinkaan ole perusteeton. ... Tällaisessa tilanteessa tavanomaisen rikosoikeusdogmaatiisen tutkimustyön harjoittamiseen liittyy epävarmuustekijöitä. Lainsäätäjän kuuluisa kynä on jo teroitettu tekemään kirjastoista makulatuuria. Sama kohtalo tulee keskeneräisten käsikirjoitusten osaksi. Tilanteessa, jossa rikoslain kauan seissyttä vettä aletaan yhä rajummin hämmentää, rikosoikeusdogmaatiisen tutkimuksen tiellä on myös muunlaista potentiaalisen tutkijan motivaatioon vaikuttavia esteitä. Se, joka ylipäänsä kiinnostuu rikosoikeuden kysymyksistä, tempautuu helposti mukaan vilkastuvaan kriminaalipolittiseen keskusteluun, järjestöihin, komiteoihin, lainvalmistelutyöhön. Tekeillä olevat suuret uudistukset kaipaavat toteuttajia. Näiden uudistusten toteuttajaksi ryhtyminen saattaa tuntua rikoslain dynamisessa kehitysvaiheessa hyödyllisemmältä ja kiinnostavammalta kuin oikeusdogmaattinen aherrus ilman vaikutusvaltaa päätöksenteossa ja lisäksi koko ajan peläten, että nuo totetuttajat tekevät omankin aherruksen merkityksettömäksi.” *Pekka Koskinen*: Yksitekoisesta rikosten yhtymisestä erityisesti silmällä pitäen ideaali- ja reaalkonkurensin erottelua. *Vammala* 1973, s. 20–21. Men samtidigt tror jag ju också, att Pekka Koskinen om någon, har insett att en stor del av straffrätten är mer kriminalpolitik än klassisk dogmatik och att just straffrättens politiska dimension gör dogmatiken intressant.

<sup>2</sup> *Nils Jareborg*: Allmän kriminalrätt. Uppsala 2001, s. 59; *Nils Jareborg & Josef Zila*: Straffrättens påföljdslära. Stockholm 2000, s. 67; SOU 2002: 3, Psykisk störning, brott och ansvar, s. 230–233.

<sup>3</sup> Beträffande begreppen ”abstrakt straffvärde” och ”konkret straffvärde”, se *Per Ole Träskman* m.fl.: Tio år med straffvärdet. NTfK 2000, s. 136–153 samt där anförda litteraturhänvisningar.

brottets konkreta straffvärde)<sup>4</sup> fastställs i proportion till gärningens förkastlighet och gärningsmannens skuld.

En konsekvens av detta är bl.a. kravet på *ekvivalens*. Straffen för brott med samma straffvärde (eller riktigare bestraffningsvärde) begångna av olika personer skall vara lika.<sup>5</sup> Lika brott kräver samma straff.

Från olika undersökningar om domstolarnas praxis vet vi emellertid att kravet på "samma straff för lika brott" inte realiserats. Ett av skälen till den lagstiftningsreform, som innebar att man i Sverige år 1989 införde nya regler om straffmätning och påföljdsval (genom nya bestämmelser särskilt i Brottsbalken 29 och 30 kap.), var att få till stånd en mer enhetlig och därigenom också en mer förutsebar rättstillämpning. Vad som påtalades i motiven till reformen var en bristande enhetlighet ifråga om rättstillämpningen då det gällde straffen mellan olika domstolar och domare. Rättstillämpningen var – framhölls det i motiven – alltför mycket beroende av domarens individuella uppfattning om vad straffet skulle tjäna till och hur det därför skulle bestämmas.<sup>6</sup>

Sommaren 2001 presenterades i ett antal europeiska tidningar en undersökning om straffnivån i några stater.<sup>7</sup> Initiativet till undersökningen hade tagits av den finska dagstidningen Helsingin Sanomat och en av de finska kommersiella TV-kanalerna, MTV3. Med sig hade de fått Svenska Dagbladet (Sverige), Aftenposten (Norge), Politiken (Danmark), Die Tageszeitung (Tyskland) och Drentse Courant (Holland). Journalisterna hade konstruerat tio konkreta brott och vänt sig till underrättsdomare i de berörda länderna för att få ett bud på vilket straffet i ettvar fall skulle vara i verkligheten.

Den rättsjämförande "internationella" undersökningen följdes i Norge upp med en *nationell* undersökning om straffpraxis' variation i Norge. De samma tio fiktiva brott som användes i den rättsjämförande undersökningen förelades för domare vid alla underrätter i Norge. Avsikten med denna undersökning var uttryckligen att klarlägga om det fanns skillnader mellan straffen för samma brott, dvs. att få svar på frågan om hur enhetlig rättstillämpningen var i Norge.<sup>8</sup>

Vad undersökning visade var en mycket stor oenighet om vilket det sannolika straffet för de tio fiktiva brotten skulle bli. Oenigheten om straffet var särskilt

<sup>4</sup> Se för en utförlig framställning t.ex. *Andrew von Hirsch*: Proportionalitet och straffbestämning. De lege. Juridiska fakulteten i Uppsala. Årsbok 2001.

<sup>5</sup> *Jareborg & Zila* (2000), s. 67.

<sup>6</sup> *Olle Hoflund*: Straff och andra reaktioner på brott. Tredje upplagan. Stockholm 1993, s. 102; Prop. 1987/88:120, ss. 43–48.

<sup>7</sup> Se beträffande denna undersökning och den starka kritik som kan riktas mot den *Per Ole Träskman*: Internationella jämförelser och nationella politiska intressen. NTFK 2001, s. 321–329.

<sup>8</sup> Det är uppenbart att undersökningens resultat inte var särskilt tillförlitligt. I sin presentationen av undersökningen beklagar Aftenposten att bara 18 av landets 87 by- och häradsrätter ställde upp, och att undersökningen därför "ikke [er] representativ for straffnivået i Norge". Många domstolar hade avböjt att delta i undersökningen och flera av dem på grund av "prinsipielle motforestillinger mot slike undersøkelser".

stor i ett våldtäktsfall, i två narkotikabrottsfall och i ett mord/dråpfall, alltså i fyra av de tio fallen. Då det gällde våldtäktsfallet varierade budet på det sannolika straffet från 2 år till 4 år 6 månader fängelse, i det ena narkotikabrottsfallet var variationen mellan 1 år 6 månader och 4 år fängelse, och i ett fall som gällde narkotikasmuggling mellan 6 och 13 år fängelse samt i mord/dråpfallet mellan 1 och 7 år fängelse.<sup>9</sup>

Att kravet på ”samma straff för lika brott” inte alls realiseras i ett internationellt perspektiv är ännu mer uppenbart. Alla vet att straffen för brott varierar mellan olika stater och att straffen för många brott utomlands är betydligt strängare än vad vi är vana vid i Norden. I extremfallen handlar det om straff som vi överhuvudtaget inte kan acceptera, för gärningar som vi överhuvudtaget inte kan uppfatta som brott, t.ex. stening till döds av en kvinna som haft samlag utanför äktenskapet.

I den ”straffnivåresearch” som nämnts ovan kom journalisterna fram till resultat som visade att straffen inte heller i Norden var lika stränga för ”samma” brott. En sammanställning av resultaten (se schema) visade i vissa fall t.o.m. på betydande skillnader:

Schema: En sammanställning av de nordiska resultaten.<sup>10</sup>

	Danmark	Finland	Norge	Sverige
1. Våldtäkt	1 år 6 månader	3 år och 3 månader	3 år och 6 månader	3 år
2. Rattfylleri och dödsvällande	1 år, körförbud 5 år	3 år	1 år och 6 månader	1 år
3. Butiksstöld	800 kr böter	15 dagsböter	2000 kr böter	80 dagsböter
4. Överhastighet (fortkörning)	1 500 kr böter	30 dagsböter	5 700 kr böter, körförbud 6 mån.	900 kr böter, körförbud
5. Narkotikabrott	8 månader	2 år och 10 månader	4 år	4–5 år
6. Narkotikasmuggling	8 år	9 år	10 år	10 år
7. Misshandel	30 dagar villkorligt fängelse, 1000 kr böter	30 dagsböter	60 dagar villkorligt fängelse	Vård inom socialtjänsten
8. Misshandel	40 dagar	50 dagsböter	90 dagar	2 månader
9. Mord/dråp	4 år villkorligt fängelse, möjligen påföljdseftergift	9 år fängelse	3 år fängelse	Minst 6 år fängelse
10. Mord	Livstidsstraff	Livstidsstraff	21 år fängelse	Livstidsstraff

[Då annat straff ej anges avses ”fängelse”]

<sup>9</sup> Undersökningsresultaten väckte – trots deras osäkerhet – en viss orolig indignation i Norge. En senare undersökning som genomförts med alla krav på vetenskaplighet har visat att rättstillämpningen i Norge i själva verket är ganska enhetlig. Muntlig uppgift av Ragnhild Hennem, vid Nordiska samarbetsrådets för kriminologi kontaktseminarium i Lund 7 oktober 2002.

<sup>10</sup> Se beträffande en närmare beskrivning av de fiktiva fallen. *Per Ole Träskman* (2001), s. 322–324.

Flera andra exempel på undersökningar som visat att straffnivån för ”samma brott” varierar betydligt mellan de nordiska länderna kan anföras. Straffnivån för vissa narkotikabrott är inte desamma i de nordiska länder. En markant skillnad mellan de nordiska länderna är redan att eget bruk av narkotika inte är kriminaliserat i Danmark, medan det är det i de andra nordiska länderna.<sup>11</sup> Vid ett nordiskt seminarium om narkotikabrott år 1990 tog deltagarna (framför allt åklagare, advokater och domare) ställning bl.a. till de sannolika straffen för ett antal finge-  
rade narkotikabrott.<sup>12</sup> Ett av fallen gällde förvärv av tre kilo kokain i överlåtelse-  
syfte samt senare vidareförsäljning av kokainet i mindre partier. De sannolika  
straffen uppskattades till fängelse 6 år (Danmark och Island), fängelse cirka 8 år  
och 6 månader (Finland), fängelse 10 år (Sverige)<sup>13</sup> och fängelse 12 år (Norge).  
Variationen låg alltså mellan 6 år och 12 år fängelse.

## 2. KRAV PÅ ”SAMMA STRAFF FÖR LIKA BROTT” – SÄRSKILT I ETT INTERNATIONELLT PERSPEKTIV

Att lika brott inte bestraffas med samma straff är inte accepterat. Ideologiskt kan en icke-enhetlig rättstillämpning kritiseras med hänvisning till ekvivalensprincipen och principen på lika behandling.<sup>14</sup> I vardagslivet kritiseras ”olika straff” för ”samma brott” mer känslöbetonat med en sannolik referens till de krav som det allmänna rättsmedvetandet ställer. Som ”vanliga människor” kan vi inte förstå att Pekka inte straffas på samma sätt som Jukka eller Nisse, om det som de har gjort är det samma.

Både i Finland och i Sverige har man genom en målmedveten lagstiftning försökt säkerställa en enhetlig rättstillämpning genom explicita och skäligen precisa regler om straffmätning och påföljdsval. Grundbestämmelsen för straffmätning i Sverige (Brottsbalken 29 kap. 1 §) förutsätter att straffet för ett brott skall bestämmas ”med beaktande av intresset av en enhetlig rättstillämpning” och en motsvarande bestämmelse ingår i den finska strafflagen (SL 6 kap.).<sup>15</sup> I bägge länderna finns exempel på avgöranden från den högsta rättsinstansen där

<sup>11</sup> Börje Olsson m.fl.: The Nordic drug scene in the 1990s: recent trends. Börje Olsson m.fl. (Red.): Narkotikasituationen i Norden. Utvecklingen 1990–1996. NAD-Publikation Nr 32. Helsingfors 1997, s. 167–194.

<sup>12</sup> Nordnark 1991:1. Lagstiftning och rättspraxis i narkotikamål – nordiskt komparativt seminarium om rättspraxis i narkotikamål. Sigtuna 27–28 november 1990.

<sup>13</sup> Maximistraffet för grovt narkotikabrott är 10 år fängelse i Sverige, varför straffet således här är det strängaste möjliga enligt lag.

<sup>14</sup> Se om likabehandlingsprincipen *von Hirsch* (2001) s. 86–89.

<sup>15</sup> Se för en utförlig framställning *Olavi Heinonen* m.fl. Riksoikeus. Juva 1999, s. 199–223.

kravet på en enhetlig rättstillämpning betonas.<sup>16</sup> Dessa krav begränsas emellertid, framför allt med hänvisning till de internationella jurisdiktionsreglerna om straffrättslig kompetens, till ett krav på en enhetlig *nationell* rättstillämpning. Ett klart undantag i detta avseende följer av det krav på dubbel straffbarhet i jurisdiktionsbestämmelserna beträffande brott utomlands som anger att det konkreta straffet inte får överstiga det högsta möjliga straffet på gärningsorten.

Särskilt under senare tid har man emellertid allt oftare i den *internationella* kriminalpolitiska debatten kunnat notera krav på att straffnivån – särskilt för vissa ”internationella brott” – skall vara den samma i alla (nordiska eller europeiska) länder. Ett tidigare exempel på att i Norden målmedvetet försöka åstadkomma samma straffnivå för en viss brottskategori finns på narkotikastraffrättsens område. Kring år 1970 var en ändring av narkotikalagstiftningen aktuell i flera av de nordiska länderna. I Finland fastställdes straffskalan för grovt narkotikabrott härvid till högst 10 år fängelse. Detta gjordes med särskild hänvisning till att man i Norge och Sverige hade planer på att införa samma straffmaximum. Efter lagändringen i Finland höjdes också straffmaximum för grovt narkotikabrott både i Norge och i Sverige till tio år fängelse. Detta skedde nu med hänvisning till att detta redan var straffmaximum för brottet i Finland.<sup>17</sup>

Också pressens straffnivåundersökning från år 2001 ledde till krav på en nordisk harmoniserad straffnivå för vissa av brotten som ingick i undersökningen. Även i detta fall handlade det uttryckligen om att *höja straffen* i sådana länder där straffet förmodades ligga lägre än i de andra. I Finland fokuserades den efterföljande debatten särskilt på våldsbrotten med starka krav på straffskärpningar ”för att komma upp på nordisk nivå”. På motsvarande sätt fokuserades debatten i Danmark på en betydande straffskärpning för våldtäkt.<sup>18</sup> Dessa krav på strängare straff för våldtäkt realiserades också i Danmark under hösten 2001.<sup>19</sup>

Särskilt efter 1999 har krav på en harmonisering av straff haft hög prioritet inom Europeiska unionens straffrättsliga samarbete. Sådana harmoniseringskrav formulerades i det dokument som utarbetades vid rådets sammanträde i Tammer-

<sup>16</sup> Se också *Terttu Utriainen*: Rikosten rangaistukset ja muut seuraamukset. Helsinki 1992, s. 153–155.

<sup>17</sup> Se *P.O. Träskman*: Från varning till fängelse i fyratusentrehundraåttio dagar – om kriminalisering och värdering av brott. I Sten Heckscher m.fl. (Red.): Straff och rättfärdighet – ny nordisk debatt. Stockholm 1980, s. 59. Det skall noteras att straffmaximum för vissa grova narkotikabrott senare i Norge har höjts till 21 år fängelse.

<sup>18</sup> Se *Träskman* (2001), s 324–327. Det är symtomatiskt att hela den efterföljande debatten koncentrerades till krav på straffskärpningar. Det är också värt att notera att undersökningen lika väl kunde ha gett argument för strafflindrigar. Varför skall narkotikabrotten bestraffas så strängt i Norge, när man i Danmark kan ty sig till en betydligt lägre straffnivå?

<sup>19</sup> Se *Per Ole Träskman* och *Britta Kyvsgaard*: Vem eller vad styr straffrättspolitiken? I Flores juris et legum. Festskrift till Nils Jareborg. Uppsala 2002, s. 627–628.



fors hösten 1999. Enligt dessa s.k. ”Tampere milestones” skall bl.a. de gemensamma insatserna med avseende på en utveckling av den nationella straffrätten i medlemsländerna bygga på enighet om gemensamma definitioner, grunder för åtal och påföljder inom ett antal sektorer med särskild betydelse, t.ex. ekonomisk brottslighet (penningtvätt, korruption, förfalskning av euron), narkotikahandel, människohandel, särskilt utnyttjande av kvinnor, sexuellt utnyttjande av barn, högteknologisk brottslighet och miljöbrott.<sup>20</sup>

### 3. FÖRSÖK ATT UPPNÅ EN INTERNATIONELL HARMONISERING AV STRAFFEN

Försiktiga försök att harmonisera straffnivån för en viss brottstyp har traditionellt gjorts i samband med utarbetandet av internationella brottskonventioner. Sådana harmoniseringskrav har – på grund av att den nationella rättsliga regleringen på området är så oenhetlig – inte kunnat bli utformade särskilt precist. Som ett exempel kan nämnas bestämmelsen i FN:s narkotikakonvention som anger att ”varje part skall belägga de brott ... [som förutsätts vara straffbelagda i konventionen] ... med straff som tar hänsyn till brottens allvarliga art, såsom fängelsestraff eller annan frihetsberövande påföljd, böter och förverkande.”<sup>21</sup>

Betydligt större precision har de krav på straffharmonisering som formuleras i Europeiska unionens rambeslut. Enligt Rådets rambeslut av den 19 juli 2002 om bekämpande av människohandel skall ”varje medlemsstat ... vidta de åtgärder som är nödvändiga för att de brott [som avses i rambeslutet] skall beläggas med effektiva, proportionerliga och avskräckande straffrättsliga påföljder som kan medföra utlämning”.<sup>22</sup> För vissa av brotten gäller därtill att de ”skall beläggas med maximistraff på minst åtta års fängelse”.<sup>23</sup> På motsvarande sätt förutsätter Rådets rambeslut av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism att vissa av terroristbrotten beläggs ”med ett frihetsstraff med ett maximistraff på minst 15 år”.<sup>24</sup>

Under den allra senaste tiden har man inte i EU-sammanhang nöjt sig med att bara framställa krav på att straffskalorna för viss brottstyper skall vara de samma i medlemsländerna. Man har också inlett ett arbete för en mer systematisk kartläggning av vilket det konkreta ”de facto”-straffet är för vissa centrala brott i

<sup>20</sup> Se punkt 48 i Rådets konklusioner från Tammerfors toppmötet.

<sup>21</sup> FN:s narkotikabrottskonvention (Konvention mot olaglig hantering av narkotika och psykotropa ämnen, 19 december 1988) art 3 punkt 4. (a).

<sup>22</sup> Se art. 3 punkt 1.

<sup>23</sup> Se art. 3 punkt 2.

<sup>24</sup> Se art. 5 punkt 3.

olika EU-länder. Skälen till denna granskning är att man har uttryckt farhågor för vad som kallas ”jurisdiction shopping”, alltså farhågor om att det uppstår s.k. ”safe havens”.<sup>25</sup>

Argumentationen bygger på att brottsligheten internationaliseras och organiseras allt mer professionellt. Sannolikheten för upptäckt och för sanktioner blir härmed variabler som beaktas seriöst redan vid brottplaneringen. Den brottsliga verksamheten placeras medvetet till en stat där upptäcktsrisken är liten och/eller där de straffpåföljder som kan förväntas följa är så lindriga som möjligt.

För att motarbeta eller helt undgå sådan kriminell planering, förutsätter man ett medvetet och konsekvent samarbete mellan medlemsstaterna för att de konkreta straffen i verkligheten blir identiska i alla EU stater. Det räcker alltså inte bara med att straffskalorna för samma brott är de samma, och att de konkreta straff som domstolarna dömer ut för brotten är lika stränga, utan också bestämmelserna för påföljdsverkställigheten inklusive bestämmelserna för villkorlig frihet skall harmoniseras eller t.o.m. unifieras.

Det är uppenbart att alla sådana harmoniseringsåtgärder innebär en stark press särskilt på de nordiska länderna, där den konkreta straffnivån i ett europeiskt perspektiv överlag är tämligen låg. Min egen bedömning är att just denna del av den europeiska harmoniseringen/unifieringen av straffrätten kommer att bli ett mycket besvärligt område inom den framtida europeiska kriminal- och straffrättspolitiken.<sup>26</sup>

#### 4. FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR ATT UPPNÅ EN ENHETLIG RÄTTSTILLÄMPNING (“SAMMA STRAFF FÖR LIKA BROTT”) INOM EUROPEISKA UNIONEN

Då det gäller straffen för brott, reglerna för straffmätning och påföljdsval samt utformningen av kriminalvården är divergensen mellan olika EU-stater fortfarande betydande. Detta har flera orsaker, och dessa orsaker ligger på olika nivåer.

<sup>25</sup> Argumentet har också använts när det gäller internetbrott. Se *Per Ole Träskman: Internet and crime*. Gerhard Hohloch (Hrsg.): *Recht und Internet. Arbeiten zur Rechtsvergleichung 197*. Baden-Baden 2001, s. 109–120.

<sup>26</sup> Beroende på egna värderingar kan man se positivt eller negativt på sådana strävanden till EU-harmonisering. Också i detta fall gäller det allmänna konstaterandet att ”Finlands medlemskap i Europeiska unionen medför nya dimensioner också för det internationella straffrättsliga samarbetet. Det har framförts olika uppfattningar om i vilken utsträckning EU:s utveckling kommer att påverka samarbetet och harmoniseringen på det straffrättsliga området i framtiden. Om utvecklingens fördelar och nackdelar för Finland finns det också olika uppfattningar.” *Pekka Koskinen i Erkki Havansi – Pekka Koskinen: Finlands straff- och processrätt. En introduktion. 2 upplagan. Helsingfors 2002, s. 25.*

Kriminalpolitiken och straffrättspolitiken i Europa grundas inte på en helt enhetlig ideologisk uppfattning. Varierande uppfattningar finns både då det gäller den riktiga brottsideologin och den riktiga bestraffningsideologin. Trots att en harmonisering av straffskalorna för olika brottstyper har inletts genom krav som uppställs i rambeslut är straffskalorna för brotten fortfarande mycket olika i olika medlemsstater. Vissa straffarter är gemensamma för medlemsstaterna (framför allt fängelse eller annat motsvarande frihetsstraff och böter), men när det gäller t.ex. de olika samhällsstraffen ("alternativen till frihetsstraff") är skillnaderna betydande liksom även skillnaderna då det gäller den konkreta utformningen av kriminalvården.<sup>27</sup> Sättet för och precisionsgraden då det gäller regleringen av straffmätning och påföljdsval varierar betydligt mellan medlemsstaterna. I praktiken torde en enhetlig straffpraxis också förutsätta en prejudikatdomstol som i sista hand styr rättstillämpningen på ett enhetligt sätt. Så länge som det saknas en gemensam "Högsta domstol för Europa", med möjlighet att verka som prejudikatdomstol för alla EU-stater kan detta villkor inte uppfyllas.

En harmonisering (eller unifiering) av straffen inom Europeiska unionen förutsätter således åtgärder på flera olika plan. En sådan harmonisering måste börja med att det ideologiska värdegrundlaget utformas på ett sätt som accepteras av alla.

Det finns en grundläggande oenighet om straffrätten skall vara offensiv eller defensiv,<sup>28</sup> d.v.s om den enbart skall användas för att ge rättssubjekten ett defensivt skydd mot rättskränkningar, eller om den också skall användas offensivt som stöd för olika politiska kampanjer. Denna oenighet kommer till uttryck redan på det nationella planet också i de nordiska länderna, men oenigheten blir betydligt mer markant i ett internationellt perspektiv.

Det finns också stora variationer avseende uppfattningarna om hur strängt straffsystemet skall vara för att bli effektivt – alltså framför allt en oenighet om hur dominerande det "ovillkorliga" fängelsestraffet skall vara inom systemet, och vilken betydelse påföljder som är "alternativa" till fängelsestraffet skall ha,

<sup>27</sup> Redan en schematisk jämförelse mellan de nordiska länderna beträffande utformningen av samhällstjänst som straff visar på betydande skillnader. Se *Britta Kyvsgaard: Harmoni eller disharmoni mellem de nordiske lande*. NTFK 2001, s. 89–93. Se också *Vagn Greve: Criminal Law in the 21<sup>st</sup> century*. I Peter Blume (Ed.): *Legal Issues at the Dawn of the New Millennium*. Copenhagen 2000, s. 50.

<sup>28</sup> Se *Nils Jareborg: Vilken sorts straffrätt vill vi ha? Om defensiv och offensiv straffrättspolitik*. Dag Victor (red.): *Varning för straff. Om vådan av den nyttiga straffrätten*. Stockholm 1995, s 19–37; *Britta Kyvsgaard: Motsättningarnas kriminalpolitik. Pending mellan defensiv och offensiv modell*. BRÅ-Rapport 1999:9. 8 reflektioner om kriminalpolitik, s. 36–55 och *Per Ole Träskman* (1999): "A good criminal policy is more than just new law." *Veijo Heiskanen & Kati Kulovesi: Function and Future of European Law. Proceedings of the International Conference on the Present State, Rationality and Direction of European Legal Integration*. Publications of the Faculty of Law, University of Helsinki 1999, s. 207–220.

liksom även hur betydelsefulla andra konfliktlösningsmodeller än dem som bygger på formaliserad straffrättslig kontroll skall ha.<sup>29</sup> I detta avseende visar rättsjämförande undersökningar på mycket betydande skillnader mellan de europeiska staterna. I vissa stater används fängelsestraff ofta, men strafftiderna är i genomsnitt korta.<sup>30</sup> I andra stater är åter de utdömda fängelsestraffen överlag långa.

En harmonisering/unifiering av straffen i Europa förutsätter alltså åtgärder i medlemsländerna på lagstiftningsplanet, på planet för rättstillämpning, särskilt domstolsplanet, och på planet för straffverkställighet.

På lagstiftningsplanet förutsätts åtgärder som framför allt realiserar kravet på samma straffskalor för samma brottstyp. Detta arbete har inletts genom de rambeslut etc. som bl.a. förutsätter att straffnivån harmoniseras genom krav på lägsta straff för straffmaximum.<sup>31</sup> Frihetsberövande straff (fängelsestraff) och ekonomiska straff (böter) finns i alla EU-stater. Men den gemensamma grund som detta utgör påverkas starkt av alla variationer som finns t.ex. beträffande kortaste, respektive längsta möjliga frihetsstraff, frihetsstraffets närmare utformning, möjligheterna för och utformningen av alternativ till fängelsestraff, de allmänna ramarna för bötesstraffets stränghet samt de regler som skall tillämpas för bestämmande av bötesstraffets stränghet etc.

På domstolsplanet förutsätts framför allt åtgärder som leder till att straffmätningen och påföljdsvalet sker på ett enhetligt sätt i de olika medlemsstaterna. Detta kan ske genom en starkt lagstyrd straffmätning eller genom en prejudikatstyrd rättstillämpning. Den konkreta straffnivån varierar mellan olika EU-länder. En orsak till detta är naturligtvis att de straffskalor som fogats till brotten varierar. Andra orsaker är historisk tradition, då det gäller den generella straffnivån, samt varierande straffideologiska uppfattningar. I detta avseende kan en viss variation iaktas redan inom Norden. Medan den förhärskande straffideologin i Finland och i Sverige klart bygger på den uppfattning som brukar betecknas som ”just deserts”, alltså krav på rättvis proportionalitet mellan brott och straff, ges allmänpreventiva synpunkter en betydligt större betydelse särskilt i Norge. I ett

<sup>29</sup> I och för sig finns det redan en viss oenighet om straffsystemet framför allt skall vara ”effektivt”, och i så fall mätt på vilket sätt, eller om straffsystemet framför allt skall vara ”rättvist” (karaktäriserat av ”formell och materiell rättssäkerhet”). Också detta är en konsekvens av olika ideologipuffattningar.

<sup>30</sup> *Kristiina Kangaspunta, Matti Joutsen and Natalia Ollus* (editors): *Crime and Criminal Justice Systems in Europe and North America 1990–1994*. European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations (HEUNI), Helsinki 1998. *Jareborg* (1995): s 19–37. Se också *Lars Westfelt*: *Brott och straff i Sverige och Europa – En studie i komparativ kriminologi*. Stockholm 1999.

<sup>31</sup> Särskilt kravet på ett minimum för maximistraffen på femton år är besvärligt att tillfredsställa i sådana länder som Danmark, Finland och Sverige, där gränsen för fängelsestraff på viss tid genom allmänna bestämmelser har satts lägre än femton år. I praktiken medför detta krav bl.a. att antalet brott som försetts med en straffskala som också öppnar möjlighet för fängelse på livstid ökar.

uropeiskt perspektiv är uppfattningarna om varför och hur man skall bestraffa ännu större. Individualpreventiva synpunkter har ett starkt stöd i flera länder, liksom också synpunkter som väsentligen bygger på behovet av inkapacitering.

På ett europeiskt plan kan man också observera mycket varierande uppfattningar om hur stark lagstiftarens styrning av domstolarna skall vara då gäller straffmätning och påföljdsval. Explicita och starkt styrande skrivna regler om straffmätning och påföljdsval, likt dem som finns i brottsbalkens 29 och 30 kapitel samt i den finska strafflagens 6 kapitel möts med stark skepsis i flera av de andra EU-staterna.

Också då det gäller straffverkställigheten, både inom den slutna och den öppna kriminalvården när det gäller frihetsstraff, samt exekutionen av andra former av straff och påföljder, är det uppenbart att finns betydande skillnader mellan staterna. Trots medvetna försök att åstadkomma en enhetlig nordisk lagstiftning när det gäller straffsystemet är skillnaderna också mellan de nordiska staterna fortfarande i vissa avseenden betydande.<sup>32</sup>

## 5. EFTERTANKE: VAD VINNAR VI GENOM EN INTERNATIONELL HARMONISERING AV STRAFFEN?

Strävandena att harmonisera – eller t.o.m. unifiera straffnivån – inom Europeiska unionen motiveras vanligen med krav på *effektivitet* och krav på att förhindra att någon stat blir ett sådant ”smörhål” som lockar till sig brottslingar från kriminalpolitiskt barskare, och därför för professionella brottslingar mindre attraktiva, miljöer. Om denna ”smörhålsteori” verkligen stämmer är högst tvivelaktigt.

Brottsligheten skall naturligtvis alltid motarbetas och stävjas. En – åtminstone i vissa avseenden gemensam – brottsbekämpning inom Europeiska unionen är en självklarhet, oberoende av om straffrätten är en gemenskapsangelägenhet eller ej. För att i det minsta uppnå en viss framgång när det gäller den internationella, gränsöverskridande brottsligheten måste också brottsbekämpningen ske med överskridande av nationella gränser. Det kan aldrig vara förnuftigt att tillåta ett Europa, där incitamenten och möjligheterna att begå brott är betydligt större i vissa stater än i andra, och där sannolikheten för tillräckliga ingripanden mot brottsligheten är markant mindre än i andra stater. Det är olyckligt om ”den kriminologiska kartan” över Europa klart visar att vissa områden, när det gäller brottsligheten, har en helt annan karaktär än andra, och dessa skillnader inte

<sup>32</sup> Nordiska straffrättskommittén gjorde försök att harmonisera t.ex. lagstiftningen om villkorlig frigivning (Nordisk utredningsserie 1970:3) och lagstiftningen om straffmätning (Nordisk utredningsserie 1984:2). Ingendera lyckades.

föranleder åtgärder som innebär en likriktning mot en brottsfriare helhetsbild. Brottsbekämpningen förutsätter en solidaritet mellan stater och ett erkännande av att brottsbekämpningen generellt sett är en gemensam angelägenhet. Det finns en allmän lojalitetsplikt för medlemsstaterna att delta i arbetet för ett säkrare Europa: detta är en väsentlig beståndsdel i skapandet av ett område med frihet, säkerhet och rättvisa i Europeiska unionen.<sup>33</sup>

För de nordiska staterna, både dem som är medlemmar av Europeiska unionen och dem som står utanför, är frågan om hur man skall ställa sig och arbeta med en ökad europeisk integrering på straffrättens område väldigt central. I dagens läge är det fullständigt orealistiskt att ställa sig utanför en sådan europeisk utveckling, som med säkerhet kommer att drivas vidare. Vad den nordiska diskussionen i stället måste fokuseras på är hur möjliga nordiska märkesfrågor på kriminalpolitikens område skall definieras, och hur man på bästa sätt i detta avseende kan säkerställa att de nordiska synpunkterna på vad som är förnuftiga åtgärder kan realiseras på det europeiska planet.

I Norden har man ofta beskrivit en förnuftig kriminalpolitik – och som en del av denna en förnuftig straffrättspolitik – med karaktärsord som ”rationell”, ”homogen” och ”humanistisk”.

Vad man har önskat betona med hänvisningen till *rationalitet* och *homogenitet* är framför allt kravet på att alla beslut skall bygga på en stark faktabas (både empirisk och rättslig) och vara väl övervägda. All lagstiftning tar utgångspunkt i att man identifierar och erkänner ett samhällsligt problem. För att det skall vara befogat att försöka lösa problemet genom lag, skall problemet vara tillräckligt allvarligt, och så svårt att lösa att beslut på domstolsnivån eller av myndigheter på verkställighetsnivån inte är tillräckliga. Före lagstiftningsåtgärder vidtas måste problemets innehåll därför noggrant fastställas och preciseras, samt olika alternativa lösningsmöjligheter bestämmas.<sup>34</sup> God lagstiftning förutsätter alltid att hela systemet är koherent. För strafflagens vidkommande innebär detta att nya bestämmelser som införs går att inordna i den överordnade straffrättssystematiken och bygger på förhärskande brotts- och straffideologi. Lagstiftningens konsekvenser skall bedömas med sakkunskap och vara övervägande positiva.<sup>35</sup>

Kravet på *humanism* refererar först och främst till de normer som gäller för brottmålsrättegången med dess krav på en rättvis rättegång, däri inbegripet alla sådana minimigarantier för brottmålsrättegången som de internationella mänsk-

<sup>33</sup> Det kan noteras att Europeiska kommissionen två gånger årligen inkommer med ett meddelande till Rådet och Europaparlamentet som innehåller en uppdatering av ”resultattavlan för framstegen i skapandet av ett område med frihet, säkerhet och rättvisa i Europeiska unionen”. En väsentlig del av denna resultattavla gäller ”kamp mot brottslighet”.

<sup>34</sup> *Träskman & Kyvsgaard* (2002), s. 620–621.

<sup>35</sup> Se också *Per Ole Träskman: Strafflagen för Europeiska Unionen – Fakta och fiktion*. SvJT 2002, s. 345–362.

liga rättigheterna förutsätter. Men kravet på humanism förutsätter också att de straffrättsliga normerna inte är diskriminerande, samt att påföljdssystemet inte utformas på ett sådant sätt att den straffrättsliga kontrollen förorsakar mer lidande än högst nödvändigt. Detta innebär framför allt att den nödvändiga sanktionsnivån övervägs noggrant. Det skall finnas en rimlig balans mellan kravet på effektivitet och de krav som följer av att straffrätten bara skall användas som "ultima ratio" och då bara i den omfattning och på ett sådant sätt som kan härledas från en på rättvisa byggd straffideologi.

I den "europeiska kriminal- och straffrättspolitiken" förefaller en sådan accentuering av krav på rationalitet, homogenitet och humanism ofta vara ganska främmande. Det rättsliga samarbetet inom EU har under de senaste åren varit klart inriktat på brottbekämpning. Inriktningen har härvid varit mycket påfallande repressiv. Vad det primärt har handlat om är förstärkningar i olika avseenden av de brottsbekämpande myndigheternas möjligheter och förutsättningar att ingripa mot begångna brott, inklusive nya möjligheter att genom nykriminalisering ingripa mot olika "nya" former av oönskade gärningar samt en harmonisering av straffskalorna för brott.

Dessa åtgärder – och ännu mer de krav på ytterligare åtgärder som framställts från olika håll – har inte alltid varit särskilt väl underbyggda av fakta eller särskilt väl förankrade i kriminal- och rättspolitiskt förnuft. Beträffande harmoniseringen av straffskalorna har man t.ex. med fullt fog från svensk sida framhållit att

"de kriminalpolitiska utgångspunkterna för de förslag som lagts fram inte har varit särskilt välutvecklade. Ett allmänt intryck är att förslagen grundats på den som velat gå längst. I förhållande till svenska regler har förslagen legat påfallande högt. ... Man kan på goda grunder anta att förslagen i icke ringa utsträckning varit uttryck för en vilja att visa handlingskraft och avståndstagande i förhållande till de brott som skulle regleras."<sup>36</sup>

Detta slag av populism på kriminalpolitikens och straffrättens område är inte okänt på det nationella planet. Men i en internationell miljö får populismen lätt en än större genomslagskraft än på det nationella planet. Fredrik Wersäll har konstaterat:

"Det är inte lätt att på det nationella planet propagera för återhållsamhet med kriminaliseringsinstrument och att hårdare tag inte alltid är den mest effektiva vägen för att komma åt oönskat beteende. Saken bliver inte lättare i en interna-

<sup>36</sup> Fredrik Wersäll: Politik och juridik – vad är vad i tredje pelaren. Några tankar kring symbolpolitik kontra rationalitet. Flores juris et legum. Festskrift till Nils Jareborg. Uppsala 2002, s. 659–670.

tionell miljö, där det ofta framstår som enkelt och bekvämt att visa dådkraft genom straffrätten.”<sup>37</sup>

De nordiska länderna kan inte, och skall inte ställa sig avvisande till strävandena att utveckla den europeiska straffrätten. Men en europeisk koordinering av åtgärderna mot brottslighet kan ske på olika sätt. För framgång krävs en sammanhållen kriminalpolitik som både är rationell, koherent och human. En kriminalpolitik som enbart begränsas till en straffrättspolitik som går ut på straffskärpningar på olika punktområden förtjänar inte att bli försvarad.

De brottsbekämpande åtgärder som i detta nu är aktuella utmärks dessvärre just av krav på straffskärpningar för skilda typer av brott. Också de aktuella harmoniseringssträvandena då de gäller straffen innebär i verkligheten krav på strängare straff. Det handlar alltså inte bara om krav på *samma straff* för lika brott, utan krav på *samma stränga straff* för lika brott. De aktuella harmoniseringsåtgärderna förutsätter straffskalor som överlag är betydligt strängare än motsvarande straffskalor för samma typer av brott i gällande nordisk strafflag. Fråga är om betydande straffskärpningar, primärt genom att ge brott ett ”högre abstrakt straffvärde”, men i förlängning därav också genom markanta krav på strängare domstolspraxis.

Kravet på straffskärpningar också i EU-sammanhang demonstrerar att europapolitiker på samma sätt som nationella politiker har en stark – och starkt orealistisk – tro på att man i väsentlig grad kan påverka brottsutvecklingen i positiv riktning bara genom att höja straffen. Eller för att citera *Nils Jareborg*:<sup>38</sup>

”Den allmänna teorien (om förhållandet mellan straff och brottslighet) säger att ju strängare straff desto mindre brottslighet. Teorien antas gälla såväl lagens straffhot som konkret påföljdsbestämning. Den är särskilt omhuldad av politiker som genom att med en penna ändra siffror i lagtext kan framstå som stridsmän i frontlinjen i kampen mot brottsligheten. Sådant kan möjligen bidra till att vederbörande får nytt förtroende som riksdagsledamot, men har ingen praktisk betydelse för landets kriminalitetsnivå. Enligt all erfarenhet är sådana förändringar i allmänhet verkningslösa, och inte ens mycket kraftiga förändringar medför annat än en tillfällig påverkan på brottsligheten. För all praktisk politik måste man utgå från att kriminalitetsnivån inte kan påverkas genom straffskärpningar.”

Strafflagsändringar som bara utgår från straffskärpningar bygger inte på en rationell kriminalpolitik. Straffskärpningarna innebär ökade (ekonomiska och mänskliga) kostnader. Däremot är det högst osäkert om skärpningarna också

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> *Jareborg* (1995), s. 31.



innebär en vinst i form av ökad effektivitet när det gäller brottsbekämpningen eller större samhällelig rättvisa genom en rättvis omfördelning av de kostnader som brott och brottsbekämpningen ger upphov till. En generell straffskärpning kan också betecknas som inhuman, genom att den inte kan försvaras genom hänvisning till etiska krav på rättvisa. Om en harmonisering av straffnivån för olika brottstyper överhuvudtaget skall genomföras inom Europeiska unionen ligger det närmare till hands att harmoniseringen genomförs genom en generell straffsänkning. Jag citerar *Vagn Greve*:<sup>39</sup>

”Nor can sanctions be unified without impinging on fundamental national evaluations, involving concepts of right and wrong. Arguably, almost all sentencing policy is based more on tradition, than on reason. However, that in itself is no argument for unification. Nonetheless, if unification is seen as the goal, it should be combined with the principle that all unnecessary punishment is unethical. This would lead to unification at the lowest level of punitive activity. This may seem somewhat utopian when we compare sentencing practices in Northern countries with those in some Member States.”

Harmoniseringssträvandena har sannolikt kommit för att bli. Det är oklart om, och i så fall hur, de förutsättningar som måste vara uppfyllda för en framgångsrik harmonisering kan realiseras.

Men samtidigt kan vi konstatera att den mest centrala frågan, då det gäller en internationell harmonisering/unifiering av straffen för brott, sällan blir ställd. Varför skall egentligen straffnivån i olika stater vara den samma? All kunskap som vi har från tidigare visar att straffnivån i olika länder är mycket olika. Vilka rationella argument finns det egentligen för att försöka ändra på detta? Vad man vanligen kräver är ”ökad effektivitet” genom en harmonisering som i praktiken innebär straffskärpning. Men så länge som det inte finns några belägg för att straffskärpningar medför en märkbar reduktion av brottsligheten, eller innebär några andra tydliga fördelar, verkar det dumt att kräva en straffskärpning bara för att uppnå en harmonisering.

---

<sup>39</sup> *Greve* (2000), s. 48–49.

# Rikosoikeus ja media

## 1. MEDIAN KASVU

Kuten tiedämme, rikosoikeus luetaan nykyään julkisoikeuteen. Kysymyksessä ei ole yksityisasiasia, vaan julkisyhteisön eli valtion rankaisuoikeus. Julkisuus liittyy median kautta kuitenkin monella muullakin tavalla tänä päivänä rikoksiin, rikosoikeuteen ja rikosoikeuden parissa työskenteleviin. Media on tiedonvälittäjä, mielipiteiden vaihtofoorumi ja vallankäytön väline myös rikoksia ja rikosoikeutta käsitellessään.

Perinteisesti tiedotusvälineiden tehtävänä on tiedonvälitys. Kansalaisilla on oikeus demokraattisessa yhteiskunnassa lähettää ja vastaanottaa tietoa. Tiedolla tässä yhteydessä tarkoitetaan nimenomaan faktatietoa, jota yhteiskunnallinen keskustelu ja poliittinen päätöksenteko demokratiassa edellyttää.<sup>1</sup> Rikosten osalta tämä merkitsee yksittäisistä rikoksista tiedottamista sekä rikollisuustilanteen seuraamista. Medialla on kuitenkin täysi vapaus valita uutisointinsa kohteet, joten runsaasta rikostarjonnasta voidaan nostaa esille yksittäisiä tapauksia tai rikoslajeja haluttaessa kiinnittää huomiota tiettyntyyppisiin tekoihin. Tämä kuuluu journalistiseen vapauteen, eikä ulkopuolisilla ole syytä puuttua tiedotusvälineiden uutisvalintoihin niin kauan kuin journalismin periaatteita noudatetaan.

Tiedotusvälineiden keskinäinen kilpailu on kuitenkin johtanut siihen, ettei faktatiedon levittäminen aina enää riitä uutiseksi, vaan on etsittävä jotain muuta. Eräs toimittaja ilmoitti oman valintansa muutama vuosi sitten sanomalla, ettei hän ole kiinnostunut tosiasioista vaan siitä, miltä ihmisistä tuntuu. Rikosten ja mahdollisten väärinkäytösten ollessa kysymyksessä lähtökohta on vaarallinen, sillä tunteita ja ilmapiiriä on helppo huhuilla ja väärillä tiedoilla manipuloida. Ammattitaitoiset ja kokeneet toimittajat pystyvät kyllä erottamaan tilanteet, joissa heitä käytetään hyväksi, mutta kokemattomat ja ammattitaidoltaan heikommat toimittajat voidaan vetää mukaan peliin, jossa he eivät tiedosta omaa väli-neellistä rooliaan.

Medialla on kuitenkin edelleen vastuullinenkin asemansa, sillä yhteiskunnan avauduttua sen rooli yhteiskunnallisten epäkohtien paljastajana on kasvanut. Media valvoo vahtikoirana yhteiskunnallista päätöksentekoa ja paljastaa väärin-

---

<sup>1</sup> Viestintäpoliittisen komitean mietintö, s. 22. Komiteanmietintö 1973:91.

käytöksiä. Korruption paljastajana tiedotusvälineet ovat epäilemättä ratkaisevas-  
sa asemassa. Yksityinen liike-elämä on tässä suhteessa paremmin turvassa kuin  
julkisen vallan käyttäjät. Esimerkkinä tästä voidaan mainita Euroopan unionin  
komission eroon johtanut tapaus vuonna 1999, jolloin muutaman komissaarin  
todettiin syyllistyneen lähipiirinsä suosimiseen. Seurauksena oli koko komission  
ero.<sup>2</sup>

Suomalaisista journalisteista suurin osa, noin 80 %, pitää median vahtikoiran  
roolia sen tärkeimpänä tehtävänä.<sup>3</sup> Erilaiset taloudelliset väärinkäytökset ovatkin  
1980-luvulta alkaen olleet uutisten kestoaiheita. Metron rakentamisen yhteydes-  
sä tapahtuneista lahjusten ostopaikkoihin pankkikriisin jälkipyykkiin ja meren-  
kukkuhallituksen johdon lahjusepäilyihin. Loppua ei ole näkyvissä. Lehdet, radio  
ja televisio näyttävät aivan kilpailevan siitä, mikä tiedotusväline pystyy ensim-  
mäisenä kaivamaan esille jonkin taloudellisen väärinkäytöksen tai sellaisen epäi-  
lyn.<sup>4</sup>

Vapaa ja monipuolinen media on epäilemättä paras korruptiota ehkäisevä ja  
sitä paljastava voima. Myyvien artikkeleiden kalastelussa saatetaan kuitenkin  
helposti unohtaa itse pääasia eli väärinkäytösten paljastaminen ja syyllistyä yli-  
lyönteihin, jotka vahingoittavat sekä yksilöitä, yrityksiä ja koko yhteiskuntaa.  
Asioiden painoarvot vääristyvät helposti jokapäiväisessä lööppikilpailussa ja  
saattaa syntyä kuva, jonka mukaan suomalaiset virkamiehet yleensä olisivat kel-  
vottomia ja ostettavissa. Asia, joka tutkimustenkin mukaan ei lainkaan pidä paika-  
kaansa.<sup>5</sup>

Media voi olla vahtikoiran roolissaan myös valikoiva. Uutisen yhteiskunnalli-  
nen merkittävyys on vain yksi julkaisemiskriteeri. Sama tilanne voidaan uutisoi-  
da eri lehdissä aivan eri sävyisenä riippuen siitä, mitä intressejä lehti edustaa.  
Esimerkkinä olkoon vaikkapa Lapin Kansa, joka uutisoi TE-keskuksen virka-  
miehistä koskeneen syyttämättäjäätämispäätöksen siinä muodossa, että nyt on  
syyttäjän toimesta tullut vahvistetuksi se, että ”Lapin elinkeinoelämän tukemi-  
nen ei ole rikos”. Virkamiehestä tehtiin ensimmäisissä uutisissa melkeinpä san-  
kari. Kysymyksessä oli KTM:n päätösten ja ohjeiden vastainen avustustenjakko,

<sup>2</sup> *Asko, Hynninen*, Periaatteessa julkista, s. 50. Jyväskylä 2000.

<sup>3</sup> *Heikki, Kuutti*, Tutkiva journalismi – journalistinen suuntaus ja suomalaisen journalismin tutki-  
vuus, s. 156. Saarijärvi 1995.

<sup>4</sup> Viime aikoina kysymyksessä ovat usein olleet tilanteet, jossa julkisen ja yksityisen sektorin  
perinteiset menettelytavat ovat sekoittuneet toisiinsa. Julkisia laitoksia yksityistettäessä ja tulos-  
vastuuseen asetettaessa on samalla kuitenkin edellytetty virkamiesmoraalia ja virkamiesten käyt-  
tämistapoja. Julkisen ja yksityisen sektorin sekoittuminen liikesuhteissa on siten aiheuttanut  
myös rikosoikeudellisia ongelmia. On vaikea toimia samanaikaisesti julkisyhteisön virkamiehenä  
ja tulosta tekevän yksikön toimitusjohtajana, koska toimintakulttuuri ja säätelevät normit eroavat  
toisistaan.

<sup>5</sup> Berliinissä päämajaansa pitävän korruptiota tutkivan Transparency Internationalin raporteissa  
Suomi sijoittuu vuosi toisensa jälkeen maailman vähiten korruptoituneimpien maiden joukkoon.

joka yleisluonteisesti perustellusta syyttämättäjättämispäätöksestä huolimatta johti kyseisen virkamiehen irtisanomiseen hallinnollisin perustein. Syyttämättäjättämispäätöskin muuttui myöhemmin, kun apulaisvaltakunnansyyttäjä päätti syyttää törkeästä virka-aseman väärinkäytännöstä tai vaihtoehtoisesti virkavelvollisuuden rikkomisesta.<sup>6</sup>

Paikallislehdistö saattaa siis unohtaa vahtikoiran roolinsa ja asettaa etusijalle esimerkiksi oman maakunnan etujen ajamisen periaatteella ”right or wrong – my country”. Lehti on silloin asettunut enemmänkin maakunnan etujen ajajan kuin vahtikoiran rooliin. Vahtikoiran asema saattaa unohtua helposti myös silloin, jos lehdistön ja valtaapitävien välit ovat läheiset ja intressit yhteiset.

## 2. RIKOKSET UUTISENA JA VIIHTEENÄ

Suomen journalistiliiton 1992 hyväksymien journalistin ohjeiden mukaan ammattietiikkaan kuuluu kunnioittaa perusarvoja, kuten ihmisoikeuksia ja demokratiaa, rauhaa ja kansainvälistä yhteisymmärrystä. Myös on tunnettava vastuu luonnosta ja ympäristöstä. Pluralismi on ohjeissa huomioitu siten, ettei rajoiteta eri mielipiteiden ilmaisemista. Pyrkimyksenä on siten edistää keskustelua ja tiedon kulkua.<sup>7</sup> Journalistien eettiset arvot ovat näin ollen pitkälti yhdenmukaisia yhteiskunnassa yleisesti noudatettujen eettisten normien ja lainsäädännön kanssa.

Uutisten valikoitumista ja julkaisemista eivät määritä kuitenkaan yksinomaan yhteiskunnalliset intressit ja eettiset arvot. Uutisointi on myös liiketoimintaa ja viihdettä.

Populaarilehdistön ja keltaisen lehdistön synty liittyy sinänsä yhteiskunnan kehityksen kannalta positiivisiin ilmiöihin. Ilman kansalaisten lukutaidon kasvua 1800-luvulla ja vaurauden lisääntymistä populaarilehdistökään ei olisi syntynyt. Aikaisemmin kirjat ja lehdet olivat eliitin mielipiteiden ja poliittisen toiminnan välineitä. Teollistuminen, kaupungistuminen ja mainonnan lisääntyminen toivat lehdet suurelle lukijakunnalle. Syntyi levikkikilpailu, jossa lehdistö alkoi kilpailla sensaatiomaisilla paljastuksilla ja rikosuutisilla.

Tässä lehdistön kehittymisvaiheessa korostui myös yksityisyyden merkitys oikeushyvänä. Amerikkalaiset lakimiehet *Samuel D. Warren* ja *Louis D. Brandeis*

<sup>6</sup> Oulun kihlakunnan talousrikossyyttäjä *Heikki Arjas* teki 37 erilaisesta avustuspäätöksestä syyttämättäjättämispäätöksen 18.12.2001. (Dnr 30 ja 31). Apulaisvaltakunnansyyttäjä *Jorma Kalske* kuitenkin katsoi 20.8.2002 syyttämiskynnyksen ylittyvän 17 avustuspäätöksen osalta (Dnr 13/21/02). Vrt. Lapin kansa 19.12.2001, 21.8.2002 ja HS 8.3.2002, 21.8.2002 sekä STT 20.8.2002. KTM irtisanoi ko. Lapin piirin yritysoston päällikön 27.2.2002 (Dnr 1/111/2002) virkamieslain 25 §:n nojalla.

<sup>7</sup> Journalistin ohjeet. Johdanto. Suomen Journalistiliitto 1992.

julkaisivat vuonna 1980 Harward Law Review'ssä paljon siteeratun artikkelin, jossa he suorasukaisesti kertoivat lehdistön yksityisyyttä loukkaavista toimintatavoista seuraavasti:

”Juorut eivät enää ole turhanpäiväisen ja pahanilkisen puheen voimavarana. Niistä on tullut häpeämättömän markkinoinnin kauppatavaraa. Tyydyttääkseen lukijoiden himokkuutta päivälehdet kertovat yksityiskohtia seksuaalisuhteista. Artikkelit tunkeutuvat toinen toisensa perään ihmisten yksityisyyden piiriin tuottaen kohteiksi joutuneille fyysistä kipua suurempaa henkistä tuskaa.” (Harward Law Review 1890:IV).<sup>8</sup>

Artikkelissa siteerattiin tuomari *Thomas Cooley*'n formuloimaa yksityisyyttä kuvaava lausetta ”The right to privacy is the right to be let alone”.<sup>9</sup>

Kaupallistuminen jatkui Yhdysvalloissa 1900-luvulla radion ja television lukuisine kanavineen tullessa mukaan. Kehitys Suomessa oli kuitenkin toisenlainen, koska radio- ja televisiotoiminta olivat yhteiskunnan kontrollissa koko ajan. Journalismin viihteellistyminen tapahtui Suomessa vasta 1960-luvun loppupuolella, jolloin syntyi muutamia aikakauslehtiä, jotka keskittyivät henkilöiden yksityiselämää käsitteleviin artikkeleihin. Seurauksena oli yksityiselämän loukkamista koskeva kriminalisointi joka sijoitettiin tuolloin rikoslain 27 luvun 3a §:ään (13.12.1974/908). Laki tunnetaan myös nimellä Lex Hymy.<sup>10</sup>

Yksityiselämään keskittyvän lehdistön synnyn taustalla 1960-luvulla Suomessa oli television leviäminen. Lehdistö joutui kilpailemaan television kanssa ajankohtais- ja viihdeaiheilla, jolloin televisio ymmärrettävästi nopeampana ja visuaalisempana viestimenä saavutti kuulijat ja katsojat paremmin kuin lehdistö. Uutisointi pysyi kuitenkin radiossa ja televisiossa hyvin asiallisena, olivathan nämä viestimet julkisessa kontrollissa. Lehdistö kuitenkin ajautui tällaisessa kilpailutilanteessa sellaisille elämänaloille, joita radio ja televisio eivät voineet käsitellä eli populaarilehdistö löysi markkina-aukon kohujutuista, järkyttävistä elämänkohtaloista ja erilaisista tempauksista.<sup>11</sup>

Radio- ja televisiotoiminta on Suomessakin nyttemmin laajentunut lukuisille kanaville, mutta se on jatkuvasti pysynyt toimilupajärjestelmän piirissä.<sup>12</sup> Myös Suomessa on haettu ideoita ja ostettu formaatteja televisiotoimintaan Yhdysvalloista. Vielä rikosuutisointi ei ole kuitenkaan saavuttanut amerikkalaisen televi-

<sup>8</sup> *Mahkonen, Sami*, Oikeus yksityisyyteen, s. 128. Porvoo 1997.

<sup>9</sup> *Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis*. The Right to Privacy. Harward Law Review. 1980:IV, s. 195.

<sup>10</sup> *Vuortama, Timo – Kerosuo, Lauri – Stranden, Paul*, Viestinnän lait ja säännöt, s. 112. Hämeenlinna 1990.

<sup>11</sup> *Virpi Tiili*, Yksityiselämän suojasta joukkoviestinnässä. Lakimies 1975, s. 890–915.

<sup>12</sup> *Juha Tikkanen*, Yksityisyyden rajat ja loukkaukset mediassa. – Perusta, laki ja käytäntö sekä yksityisasioiden koskevan tiedottamisen oikeutus, s. 18–22. Tutkielma. Rikosoikeus. Kevät 2001.

siojournalismin ikävimpiä piirteitä, jossa henkirikosten jälkeen haastatellaan itkeviä omaisia ja järkyttyneitä naapureita.<sup>13</sup>

### 3. RIKOSOIKEUDEN ASIANTUNTIJAT MEDIASSA

Rikos on paitsi yhteiskunnallinen konfliktitilanne, myös suurta inhimillistä draamaa, joka tarjoaa loputtomasti aiheita kirjallisuudelle, elokuvalle ja televisiosarjoille. Rikokset kuuluvat myös lehdistön ja television jokapäiväiseen uutistarjontaan. Yksityisoikeudelliset kysymykset sen sijaan ylittävät uutiskynnyksen harvemmin, lähinnä vain silloin, kun kysymyksessä ovat suuret taloudelliset intressit. Sen sijaan rikosjutut kuuluvat lähes jokaiseen uutislähetykseen. Milloin kysymyksessä ovat yksilötragediat, kuten törkeät väkivaltarikokset, milloin taas talousrikokset. Tässä uutisvirrassa esiintyvät myös tutkijat, asianajajat, syyttäjät, poliisi<sup>14</sup> tai vaikkapa rikosoikeuden professorit.

Toimittajat tarvitsevat nopeasti rikosoikeudellista taustatietoa jutuilleen ja yksinkertaisin tapa hankkia sitä on soittaa asianajajille, syyttäjille, poliisille tai rikosoikeuden professoreille. Toimittajilla on usein jo juttujen tuomiolauselmia tai esitutkintapöytäkirjoja ja silloin he pyrkivät vain täydentämään tietojaan asiantuntijalausunnoilla. Ammattitaitoisten toimittajien hahmotuskyky on erittäin nopea, joten he pystyvät hahmottamaan kokonaistilanteen helposti saatuaan lyhyen asiantuntijakuvauksen tapauksesta.

Asianajajia, syyttäjiä ja poliisia sitovat oman ammattikuntansa säännökset siitä, miten ja missä vaiheessa he voivat tiedotusvälineitä informoida vireillä olevista jutuista. Rikosoikeuden professoreiden asema on hieman toisenlainen. Heitä tarvitaan paitsi juridisten taustatietojen antajiksi myös juttujen materiaaliksi antamaan lausuntoja, joita voidaan siteerata. Lausunnot ovat osa jutun teko-prosessia. Toimittajat usein mielellään itsekin tarkistuttavat tekstinsä haastateltavilla, jottei kovin pahoja juridisia virheitä sattuisi. Yleensä yhteistyö toimittajien kanssa sujuukin hyvin, koska kummallakin on yhteinen intressi jutun saattamiseksi faktatiedoiltaan oikeaan muotoon – näin ainakin laatulehdissä.

Rikosoikeuden asiantuntijat eivät kuitenkaan ole pelkkää materiaalia median rikosjutuissa, he myös käyttävät tiedotusvälineitä osallistuessaan ns. yhteiskun-

<sup>13</sup> Amerikkalaismallisen journalismin piirteitä oli ns. Reinin jutussa, joka koski silloisen valtakunnansovittelijan Jorma Reinin kotona syntynyttä kotikahakkaa, jonka seurauksena Reini menetti virkansa. Tapaus poiki lukuisia oikeudenkäyntejä, joista osa on vielä vireillä. Helsingin Sanomat 26.6.2002.

<sup>14</sup> Poliisi on käyttänyt tiedotusvälineitä omien tiedonantajensa levittämiseen jo kauan. Uusimpana tulokkaana on television Poliisi TV, jossa median keinoin etsitään rikosten tekijöitä. Tiedotusvälineet auttavat siten poliisia ja eri viranomaisia työtehtäviensä suorittamisessa. Media onkin erittäin tehokas väline viranomaisten halutessa esimerkiksi hätäsanomansa laajan yleisön tietoon.

nalliseen keskusteluun. Valtakunnansyyttäjä voi tietysti kirjoittaa Lakimieheen tai Defensor Legikseen artikkelin, jossa hän vaatii rangaistuskäytännön muuttamista tapon yrityksessä lähemmäksi tapon tuomioita. Paljon nopeampi tapa on tietysti saattaa sama asia Helsingin Sanomien kautta koko syyttäjäkunnan ja tuomioistuinlaitoksen tietoon. Näkyvyys ja vaikuttavuus on aivan toista luokkaa, koska asian huomaavat sekä poliitikot että suuri yleisö.

Rikosoikeuden asiantuntijoiden suhde mediaan on siten symbioottinen: toisaalta he tarjoavat faktatietoa lainsäädännöstä ja rikollisuudesta, mutta toisaalta he käyttävät tiedotusvälineitä hyväksi omien kriminaalipoliittisten tavoitteittensa ajamiseen. Tässä mielessä tilanne on hyvin samanlainen kuin toimittajilla ja poliitikoilla. Toimittajat tarvitsevat tietoa politiikasta ja toisaalta poliitikot tarvitsevat julkisuutta, jota tiedotusvälineet voivat tarjota.

Mediassa käytävä kriminaalipoliittinen keskustelu on viime vuosina monipuolistunut lähinnä siitä syystä, että eri instituutiot ovat havainneet asiantuntijoiden merkityksen varsinkin lainvalmistelussa. Tilanne ei ole enää sellainen, että muutama asiantuntija voisi auktoritatiivisesti ilmoittaa ns. oikean ratkaisun jossain lainsäädäntökysymyksessä, vaan toimijoita on useita. Poliisilla ja syyttäjällä on omat asiantuntijansa, oikeusministeriöllä ja sisäasiainministeriöllä omansa. Rikosoikeuden professoreistakaan ei ole pulaa. Myös tiedotusvälineillä on oikeuskysymyksiin erikoistuneita toimittajia ja eduskunnassakin esiintyy omaa tahtoa.

Suomessa on siten viime vuosikymmeninä siirrytty kriminalipolitiikassa moniarvoisempaan yhteiskunnalliseen keskusteluun. Enää ei voida kuvitella sellaista tilannetta, jossa vallitsisi yksi oikea mielipide, jonka ns. ”edistyksellinen eliitti” harmonisesti jakaisi ja saattaisi lainsäädännön muotoon huolehtimalla komiteoiden, työryhmien ja lakivaliokunnan asiantuntijoiden oikeasta kokoonpanosta.

#### 4. OPETUKSEN JA TUTKIMUKSEN MERKITYS

Viestintäalan kasvun myötä myös toimittajien koulutus on laajentunut. Mediaan liittyvää opetustarjontaa on kansanopistoista ammattikorkeakouluun ja yliopistoihin saakka. Media ja viestintä on oppiaineena muodissa. Hakijoita alalle on runsaasti siitäkin huolimatta, ettei freelance -toimittajan ura kasvaneessa kilpailussa ole helppo.

Suurimmissa lehdissä, radiossa ja televisiossa on myös toimittajia, jotka ovat erikoistuneet rikosuutisiin tai tuottamaan ohjelmia, jotka käsittelevät juridiikkaa ja oikeuspolitiikkaa. Joillakin toimittajilla saattaa olla myös oikeustieteellinen tutkinto.

Toimittajat ovat myös kouluttaneet itseään erilaisilla oikeustieteellisillä kursseilla. Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta on järjestänyt rikosoikeuden

aineopintojen opetusta useilla paikkakunnilla ja melkein jokaisella kurssilla on ollut toimittajia mukana. Useat heistä ovat myös suorittaneet kuuden opintoviiikon aineopintokokonaisuuden. Motiiviksi he ovat ilmoittaneet juuri sen, että he tarvitsevat työssään rikos- ja prosessioikeuden tietoja.

Rikosjuttuihin erikoistuneiden toimittajien ammattitaito näkyy myös kysymyksissä, joita he haastatteluissa esittävät. Jotkut pystyvät analysoimaan tuomioistuinten päätöksiä ja seuraamaan esimerkiksi sitä, sovelletaanko rikoslain 7 lukua oikein. Näin hyvä tilanne on kuitenkin vain suurimmissa lehdissä, joissa on mahdollista erikoistua oikeudellisiin juttuihin.

Vastavuoroisesti voidaan tietysti kysyä, miten oikeustieteellinen opetus ja tutkimus on vastannut kasvavan median synnyttämiin tarpeisiin. Sivilistit ovat olleet kiitettävän kiinnostuneita yksityiselämän suojasta ja perusoikeuksien tutkijat sananvapaudesta.<sup>15</sup> Rikos- ja prosessioikeuden tutkijat sen sijaan ovat lähinnä esiintyneet mielellään itse mediassa.

Media on tutkimuskohteena niin nopeasti kasvava ja muuttuva alue, ettei juridinen tutkimus ja lainsäädäntö tahdo pysyä kehityksen mukana. Nuoret rekrytoityvät tällaisessa tilanteessa dynaamisille aloille ja haluavat työssään olla kehityksessä mukana. Tutkijaksi asettautuminen tällaisessa tilanteessa merkitsisi ikään kuin tarkkailijan asemaan asettumista. On eri asia tehdä vallankumous ja olla sen prosessissa mukana kuin tutkia sitä. Toimiminen houkuttelee enemmän kuin tutkiminen.

Oikeustieteellinenkin tutkimus on osaksi organisoitunut vuonna 1995 opetusministeriön rahoittamiin tutkijakouluihin, joiden tarkoituksena on amerikkalaistyyppisesti nelivuotiskauden aikana kouluttaa tohtoreita. Ensimmäinen koulu keskittyi integraatio-oikeuteen ja kansainväliseen oikeuteen ja sen kahdestatoista osanottajasta väitteli vuoden 2001 loppuun mennessä seitsemän. Helsingistä tutkijakoulun koordinaatio siirtyi Turkuun ja koulun nimeksi tuli Oikeus muuttuvassa yhteiskunnassa. Loppuraportin mukaan tutkijakoulussa työskenteli vuoden 1999 alussa seitsemäntoista tutkijaa ja tutkijakoulusta väitteli yksi tutkijakoulutettava.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Viimeisimpänä on ilmestynyt *Heikki Kullan* toimittama teos ”Viestintäoikeus”. Vantaa 2002.

<sup>16</sup> Tulos ei ole hyvä. Tutkijakoulu ei ole saavuttanut sitä tehokkuutta, jota tältä amerikkalaismalliselta rahoitusmuodolta odotettiin. Tutkijakoulusta on aihepiiriltään tullut liian laaja ja hajanainen. Siitä huolimatta perinteiset oikeudenalat ovat valvoneet reviirinsä, mistä osoituksena on esimerkiksi se, ettei viime tutkijakoulussa ollut lainkaan edustettuna työoikeus eikä ympäristöoikeus. Opetusministeriön ja Suomen Akatemian tavoitteista huolimatta naisten tutkijanuran edistämistä ei myöskään huomioitu. Valtakunnallisuuskin oli hyvin kapea-alainen, kun yhtä lukuunottamatta tohtorikoulutettavat rekrytoitiin Helsingin ja Turun oikeustieteellisistä tiedekunnista. Kysymyksessä ei siis ole vakanssien tai rahan puute. Pikemminkin puute on tulevaisuuteen näkevästä ja organisointikykyisistä ihmisistä. Vrt. *Raimo Lahti*, Oikeuskulttuuri, tutkimus ja koulutus. Lakimies 1/2002 s. 87–91.



Seuraavan oikeustieteellisen tutkijakoulun vastuullisena yksikkönä on Lapin yliopisto vuosina 2003–2006. Tutkijakoulu jatkaa laaja-alaisena ja valtakunnallisena. Toivottavasti se pystyy suuntautumaan myös uusille oikeudenaloille ja tehostamaan koulutustaan siten, että tarvittaviin tohtoritavoitteisiin suurin piirtein päästään.

Mediaa ja viestintää koskevat oikeustieteelliset tutkimushankkeet nousevat varmasti tulevaisuudessa muutenkin esille ja niille on rahoitus löydettävä joko yliopistojen, säätiöiden tai Suomen Akatemian piiristä. Kysymyksessä on koko yhteiskuntaa ja sen kehitystä koskeva ala, joka suoraan liittyy yhteiskunnalliseen vallankäyttöön, eikä se siten voi jäädä oikeustieteellisenkään tutkimuksen ulkopuolelle.

## Väärästä ilmiannosta

### 1. VÄÄRÄÄ ILMIANTOA KOSKENEEN UUDISTUKSEN TAVOITTEISTA

Väärää ilmiantoa koskeva säännös, RL 15 luvun 6 §, on peräisin vuodelta 1998 (L 563/1998): ”Joka antaa esitutkinta- tai muulle viranomaiselle taikka tuomioistuimelle väärän tiedon ja siten aiheuttaa vaaran, että ilmiannettu pidätetään, vangitaan tai joutuu muun pakkokeinin kohteeksi tai joutuu syytteeseen tai tuomitaan rangaistukseen tai muuhun rikosoikeudelliseen seuraamukseen virheellisin perustein, on tuomittava väärästä ilmiannosta sakkoon tai vankeuteen enintään kolmeksi vuodeksi.”

RL 15:6 säädettiin osana oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia koskenutta uudistusta, joka tuli voimaan 1.1.1999. Osaksi vastaavia säännöksiä sisältyi aiemmin RL 26 lukuun.

Väärä ilmianto liittyy läheisesti perätöntä lausumaa koskeviin rikoksiin. Tämä näkyy mm. siitä, että niitä koskevat säännökset on uudistetussa laissa sijoitettu välittömästi peräkkäin: perätöntä lausumaa koskevat säännökset uuden RL 15 luvun 1–5 §:ksi, väärää ilmiantoa, todistusaineiston vääristelemistä ja törkeätä todistusaineiston vääristelemistä koskevat luvun 6–8 §:ksi. Luvun otsikko, ”Rikoksista oikeudenkäyttöä vastaan”, ilmentää käsitystä näiden rikosten ensisijaisesta oikeushyvästä. Lainvalmistelutöissäkin on todettu väärän ilmiannon kohdistuvan ensisijaisesti oikeudenkäyttöön ja vasta toissijaisesti yksityishenkilöön.<sup>1</sup> Muun ohessa tällä on perusteltu aikaisemmassa RL 26:5:ssä olleen säännöksen jättämistä pois uudesta laista.<sup>2</sup> RL 26 luvun säännösten nojalla rangaistukseen tuomittu oli 5 §:n mukaan asianomistajan sitä vaatiessa velvoitettava korvaamaan asianomistajalle kulut tuomion painattamisesta sanomalehteen.

Aikaisemmassa laissa perätöntä ilmiantoa koskevien säännösten sijoittaminen RL 26 lukuun eli yhteyteen RL 27 luvun kunnianloukkausrikosten kanssa sitä vastoin ilmensi näkemystä, jonka mukaan kyse oli enemmänkin ao. ilmiannettuun henkilöön kohdistuvasta rikoksesta. Käsitykset olivat lain muuttumattomana pysymisestä huolimatta jo pitkään siirtyneet suuntaan, joka sitten em. tavoin omaksuttiin uudessa RL 15 luvussa.

<sup>1</sup> Ks. HE 6/1997 vp, s. 33.

<sup>2</sup> Ks. HE 6/1997 vp, s. 35–36.

Uudistuksella poistettiin sellaisen väärän ilmiannon rangaistavuus, josta aiemmin säädettiin RL 26:4:ssä. Viimeksi mainitun nojalla rangaistiin sitä, joka, ei kuitenkaan vastoin parempaa tietoaan, oli toista vastaan tehnyt tai matkaan saattanut syytteen rikoksesta, mutta ei voinut näyttää ilmiantoaan toteen tai tuoda sen tueksi esiin edes todennäköisiä syitä. Tällaisen rangaistavuuden supistamisen on arveltu vähentävän tapauksia, joissa syytteen tultua riittävän näytön puuttuessa hylätyksi vastaaja nostaa asianomistajaa vastaan syytteen väärästä ilmiannosta.<sup>3</sup> Onkin asianmukaista, että esim. asianomistaja voi ilmoittaa viranomaisille syylliseksi epäilemänsä henkilön nimen ilman kohtuutonta vaaraa joutua itse syytteeseen väärästä ilmiannosta.<sup>4</sup> Kaivattua tasapainoa tilanteeseen tuo 1.1.1999 voimaan tullut ROL 9:1 a, jonka mukaan valtio on vastaajan vaatimuksesta velvollinen korvaamaan tämän kohtuulliset oikeudenkäyntikulut, jos syyttäjän syyte tai muu vaatimus hylätään, jätetään tutkimatta tai jää sillensä.

## 2. RL 15:6:SSA TARKOITETUSTA VÄÄRÄN TIEDON ANTAMISESTA

### 2.1. Milloin tieto on väärä?

RL 15:6:n perusteluissa ei ole nimenomaisesti selvitelty, mitä tiedon ”vääräydelä” tarkoitetaan. HE:ssä on kuitenkin todettu väärän ilmiannon olevan rikoksena varsin samanlainen kuin perätön lausuma.<sup>5</sup> Kun molemmat on säännelty samassa RL:n luvussa, on tästäkin syystä perusteltua ymmärtää tiedon vääräys molemmissa samalla tavalla.

Oikeuskirjallisuudessamme on katsottu lausuman olevan perätön, jos se ei vastaa objektiivista todellisuutta eli sitä, mitä todella on tapahtunut. Subjektiivisesti perätön lausuma eli sellainen, joka ei vastaa sitä, mitä lausuman antaja asiasta tietää, ei ole laissa tarkoitettua mielessä perätön, jos se kuitenkin vastaa objektiivista todellisuutta.<sup>6</sup> Vastaavalla tavalla on siis johdonmukaista arvostella ilmiantoa, joka on subjektiivisesti väärä, mutta objektiivisesti oikea. Jos esim. asianomistaja ilmiantaa varkausrikoksesta A:n vakuuttuneena A:n syyttömyydestä, mutta saattaakseen tämän vaikeuksiin, kyse ei edellä esitetyn perusteella olisi rangaistavasta väärästä ilmiannosta, jos A sattuikin tosiasiaissa olemaan syyllinen.

<sup>3</sup> Ks. HE 6/1997 vp, s. 33.

<sup>4</sup> Ks. myös *Holmqvist* ym. 1998, s. 15:43: ”Ange någon för brott måste man straffritt få göra utan att först behöva noggrant undersöka möjligheterna att bevisa att den angivne begått brottet.”

<sup>5</sup> Ks. HE 6/1997 vp, s. 19.

<sup>6</sup> Ks. esim. *Kekomäki*, LM 1954, s. 12–16, *Honkasalo* 1962, s. 199–200 ja *Viljanen*, DL 2001, s. 1015.

Samalle kannalle on asetettu myös ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa. Väärää ilmiantoja ja perätöntä lausumaa koskevat BrB:n säännökset poikkeavat tosin meidän vastaavista säännöksistämme, mutta eivät nyt tarkasteltavan ongelman kannalta ratkaisevasti. Väärästä ilmiannosta säädetään BrB 15:6:ssa.<sup>7</sup> Oikeuskirjallisuudessa on huomautettu, että jos ilmianto johtaa rikostutkintaan tai syytteesen, voi sen aikana tulla esille seikkoja, joita ilmiantaja ei tiennyt, mutta jotka saavat hänen ilmiantonsa näyttämään vähemmän perusteettomalta kuin miltä se näytti silloin, kun ilmianto tehtiin. Sellaisia seikkoja voi tulla esille myös oikeudenkäynnissä, joka on nostettu ilmiantajaa vastaan ilmiannon johdosta. On katsottu oikeaksi, että sellaiset uudet seikat luetaan ilmiantajan hyväksi.<sup>8</sup> Vastaavasti on väärää syytetä koskevan BrB 15:5:n<sup>9</sup> osalta katsottu, että jos joku syyttää toista siinä uskossa, että tämä on syytön, mutta tämä osoittautuu kuitenkin sitemmin syylliseksi, kyse ei ole BrB 15:5:ssä tarkoitetusta rikoksesta. Sen mukaan nimittäin on välttämättömänä edellytyksenä, että syytetty on syytön.<sup>10</sup>

Toisaalta on tietysti niin, että esim. väittäessään valheellisesti nähneensä nimeänsä henkilön olleen rikospaikalla ilmiantaja ottaa riskin, että riittäväksi katsottavaa näyttöä ilmiannetun, joka siis sattuu olemaan todellinen syyllinen, syyllisyydestä ei saadaakaan. Jos esim. ilmiantajan kertomuksen perusteella on nostettu syyte, mutta kertomus paljastuu oikeudenkäynnissä tekaistuksi ja syyte tulee hylätyksi, ilmiantaja saatetaan tuomita väärästä ilmiannosta.<sup>11</sup> Aineellisen totuuden näkökulmasta ratkaisu on virheellinen, koska esimerkkitapauksessa edellytettiin, että ilmiannettu todellisuudessa oli syyllinen eikä ilmiantajan antama tieto siten tosiasiasa ollutkaan väärä.

Pääsääntöisesti RL 15:6 suojaa tietysti sellaisia henkilöitä, jotka eivät ole tehneet mitään rangaistavaa tekoa. HE:n perustelujen mukaan väärästä ilmiannosta voi tosin olla kysymys myös silloin, kun rikokseen todellisuudessaakin syyllistynyt henkilö tuomitaan väärin tietojen johdosta virheellisin perustein. Esimerkkinä on mainittu tapaus, jossa varkauteen syyllistynyt tuomitaan tör-

<sup>7</sup> BrB 15:6: ”Angiver man oskyldig till åtal med uppsåt att denne må bliva fäld till ansvar, dömes för *falsk angivelse* till fängelse i högst två år eller, om brottet är ringa, till böter eller fängelse i högst sex månader.

Om han icke insåg men hade skälig anledning antaga, att den angivne var oskyldig, dömes för *obefogad angivelse* till böter eller fängelse i högst sex månader.”

<sup>8</sup> Ks. *Holmqvist* ym. 1998, s. 15:50.

<sup>9</sup> BrB 15:5: ”Väcker någon åtal mot oskyldig med uppsåt att denne må bliva fäld till ansvar, dömes för *falskt åtal* ...

Är brottet grovt...

Den som väcker åtal ehuru han icke har sannolika skäl därtill, dömes för *obefogad åtal*...”

<sup>10</sup> Ks. *Holmqvist* ym. 1998, s. 15:40.

<sup>11</sup> ROL 1:14<sup>2</sup>:sta ilmennee, että väärä ilmianto on yksi niistä harvoista rikoksista, joissa asianomistajalla (= nyt siis se, jota vastaan ilmianto on tehty) on edelleen ensisijainen syyteoikeus. Hän voi siis nostaa syytteen tarvitsematta odottaa syyttäjän mahdollista päätöstä syyttämättä jättämisestä.

keestä varkaudesta väärin ankaroitavien seikkojen esittämisen takia.<sup>12</sup> Kuten jäljempää ilmenee, ei itse asiassa välttämättä edellytetä, että tällainen tuomio tulee annetuksi. Rikos on täytynyt jo varhaisemmassa vaiheessa.

## 2.2. Mitä tarkoitetaan tiedon antamisella?

RL 15:6:ssa säädetään vain ”väärän tiedon *antamisesta*”. Siinä ei, toisin kuin perätöntä lausumaa koskevissa saman luvun 1–4 §:ssä, rinnasteta väärän tiedon antamiseen tiedon salaamista. Lainvalmistelutöissä ei asiaa ole erikseen perusteltu, mutta on ilmeistä, että tällaista eroa on todella tarkoitettu. Väärä ilmianto nimittäin edellyttää ilmiantajalta aina aktiivista toimintaa. Tietojen antamisesta kokonaan pidättymällä ei väärään ilmiantoon voida syyllistyä.

Asian luonteesta johtuen väärän tiedon antamiseksi täytyy säännöksen yhteydessä nähdäkseni katsoa kuitenkin myös sellaisen puutteellisen tiedon antaminen, joka puutteellisuutensa takia muodostuu harhaanjohtavaksi. Esimerkkinä voisi olla vaikkapa ilmianto pahoinpitelystä jättämällä tarkoituksellisesti ilmoittamatta seikat, jotka olisivat osoittaneet, että kyse olikin puolustautumisesta hätävarjelutilanteessa.<sup>13</sup> Tämän kaltaiseen tapaukseen ei ole perusteltua suhtautua toisin kuin lainvalmistelutöissä mainittuun, RL 15:6:n piiriin kuuluvaksi tarkoitettuun tapaustyyppiin, jossa ilmiantaja liittää totuudenmukaisiin tietoihin valheellisiksi tietämiään osia.<sup>14</sup>

RL 15:7<sup>1</sup>:ssä säädetään rangaistus *todistusaineiston vääristelemisestä* sille, joka saadakseen syyttömän tuomitukseksi rangaistukseen tai muuten toista vahingoittaakseen kätkee, hävittää, turmelee, muuntaa tai muuten vääristää tuomioistuimessa tai rikosasian esitutkinnassa todisteena tarpeellisen esineen, asiakirjan tai muun todisteen, jolla hänen tietensä on merkitystä asiassa. Luettelo teon kohteista osoittaa siinä tarkoitettavan lähinnä materiaalisia todisteita.<sup>15</sup> Esim tietojen salaaminen suullisessa lausumassa ei siten tule rangaistavaksi todistusaineiston vääristelemisenä.

<sup>12</sup> Ks. HE 6/1997 vp, s. 34–35.

<sup>13</sup> Ks. aikaisemman lain epäsuoraa väärää ilmiantoa koskeneen RL 26:2:n osalta *Honkasalo* 1962, s. 190. Siltä osin kuin säännöksessä kriminalisoitiin vastoin parempaa tietoa tehty toista koskevan perättömän ja raskauttavan seikan ”esiin tuominen”, joka aiheutti syytteen rikoksesta, *Honkasalo* on todennut mm.: ”Perätön raskauttava seikka voidaan tuoda esiin myös siten, että ilmoitetaan tai kerrotaan tapahtumasta vain ne tosiasiat, jotka puhuvat syyllisyyden puolesta, mutta vaietaan niistä, jotka osoittaisivat syyttömyyden.”

<sup>14</sup> Ks. tästä HE 6/1997 vp, s. 33–34.

<sup>15</sup> Ks. myös HE 6/1997 vp, s. 20, jossa on todettu todistusaineiston vääristelemisessä olevan perättömän lausuman ja väärän ilmiannon tavoin kysymys siitä, että teon johdosta lainkäyttöraikaisu voi perustua väärin tietoihin. Mutta HE:n mukaan todistusaineiston vääristelemisessä ”väärän tiedon lähteinä ovat henkilöiden lausumien sijasta asiakirjat, esineet tai muut käytettävissä olevat todistuskappaleet”.

Esimerkkinä RL 15:7:ssä tarkoitettu ”muunlaisessa toisen vahingoittamistarkoituksessa” tapahtuvasta todistusaineiston vääristelemisestä HE:ssä on mainittu tapaus, jossa johonkin rikokseen todellisuudessa syyllistynyttä vastaan puhuvaa näyttöä vahvistetaan vääristellyillä todisteilla.<sup>16</sup> Vaikka todistusaineiston vääristeleminen on rikoksena usein läheisesti rinnastettavissa vääriin ilmiantoon, tämä osoittaa, että olennaisia erojakin voi olla. RL 15:7:llä pyritään turvaamaan todistusaineiston oikeellisuutta, RL 15:6:lla enemmänkin viranomaistoimenpiteiden, viime kädessä rikostuomion oikeellisuutta.

### 2.3. Mitä annetun tiedon tulee koskea?

Väärä ilmianto tehdään useimmiten poliisille tai viralliselle syyttäjälle. ”Väärää” ilmiannossa on se, että ilmiannetun väitetään tehneen jotakin sellaista, mitä hän ei ole tehnyt. Olennaista ei ole se, millä rikosnimikkeellä ilmiantaja tekoa kuvaa. Välttämätöntähän ei rikosnimikkeen käyttäminen tässä yhteydessä lainkaan ole. Jos ilmiantajan käyttämä teonkuvaus on tosiasioiden mukainen, kyse ei ole väärästä ilmiannosta, vaikka ilmiantaja väittäisi tekoa rikokseksi, mitä se ei lainkaan ole. Annetun tiedon ”vääryydellä” ei nähdäkseni tarkoiteta tosiasia kuvauksen oikeudellista arviointia.

On tietysti mahdollista, että tiedonannon vastaanottava viranomainen erehtyy luottamaan ilmiantajan virheelliseen oikeudelliseen arvioon, mutta on kyseenalaista, voitaisiinko tällaista tapausta pitää säännöksessä tarkoitettuna vaaran aiheuttamisena. Ilmoituksen vastaanottavan viranomaisen asiana on tietää ja ratkaista, täyttääkö ilmiantajan väittämä teonkuvaus jonkin rikostunnusmerkistön vai ei. Väärästä ilmiannosta ei esim. ole kyse, jos vuokranantaja ilmoittaa poliisille ja vaatii rangaistusta vuokralaiselleen, joka on jättänyt vuokransa maksamatta.

Teko, josta ilmiannetaan, on säännönmukaisesti rangaistava. Mutta onko se välttämätöntä? Aikaisemman RL 26 luvun säännösten osalta on oikeuskirjallisuudessa katsottu, että ilmiannetun teon tuli olla rangaistava<sup>17</sup>. Lain sanamuotoakin antoi tälle kannalle vahvaa tukea. Uuden RL 15:6:n osalta tilanne ei ole täysin selvä. Siltä osin kuin edellytetään väärän tiedon antamisen aiheuttavan vaaran, että ilmiannettu joutuu syytteeseen tai tuomitaan rangaistukseen, asia kyllä on selvä: teon on oltava rangaistava.<sup>18</sup>

Mutta RL 15:6:n mukaan riittää sellaisenkin vaaran aiheuttaminen, että ilmiannettu (pidätetään, vangitaan tai) joutuu ”muun pakkokeinon” kohteeksi. Esim. takavarikko voidaan pakkokeinoin lain 4 luvun 1 §:n mukaan kohdistaa periaattees-

<sup>16</sup> Ks. HE 6/1997 vp, s. 36.

<sup>17</sup> Näin esim. *Honkasalo* 1962, s. 182.

<sup>18</sup> Jos nimittäin hyväksytään edellä esittämäni kanta, jonka mukaan ilmiantaja ei ole vastuussa esittämästään tapahtumainkuvauksen oikeudellisesta arvioinnista.

sa kenen tahansa hallussa olevaan ja kenen tahansa omistamaan esineeseen, jos on syytä olettaa esim., että se voi olla todisteena rikosasiassa.<sup>19</sup> Takavarikon edellytyksenä ei siten ole, että ilmiannettu olisi hallussapitoteollaan (tai muutoinkaan) syyllistynyt johonkin rikokseen. Koska erikseen nimetyt pakkokeinot, vangitseminen ja pidättäminen, ovat henkilöön kohdistuvia, lienee RL 15:6 kuitenkin ymmärrettävä niin, että samaa edellytetään myös ”muulta” pakkokeinolta. Siihen lain sanamuotokin tiukasti tulkiten viittaa. Kysymykseen tulee siten ainakin pakkokeinolain 2 luvussa tarkoitettu matkustuskielto, jonka määräämisen edellytyksenä taas on mm., että asianomaista todennäköisin syin epäillään rikoksesta.

Ongelma ilmiannetulta teolta mahdollisesti edellytettävästä rangaistavuudesta voi nousta esille myös siltä osin kuin RL 15:6:ssa puhutaan sellaisen vaaran aiheuttamisesta, että ilmiannettu tuomitaan ”muuhun rikosoikeudelliseen seuraamukseen” (kuin rangaistukseen). Ei ole täysin kiistatonta, mitä kaikkia voidaan pitää rikosoikeudellisina seuraamuksina. Onko esim. lähestymiskiello (L 898/1998) sellainen? Lain 6<sup>1</sup> §:n mukaan asian käsittelystä on soveltuvin osin voimassa, mitä oikeudenkäynnistä rikosasiassa säädetään, mikä osaltaan puoltaisi myöntävää vastausta. Lähestymiskiellon määrääminen ei kuitenkaan edellytä aikaisempaa rikosta<sup>20</sup>. Silti lähestymiskiellon saamiseksi tehty totuudenvastainen ilmoitus käräjäoikeudelle siitä, että nimetty henkilö oletettavasti tulisi tekemään esim. ilmoittajan henkeen kohdistuvan rikoksen, rinnastuu hyvinkin totuudenvastaiseen ilmiantoon jostakin jo tehdystä vähäisestä rikoksesta. RL 15:6:ssa ei nimittäin ole rikoksen osalta asetettu mitään törkeysvaatimusta. Sen valossa rikoksia ovat yhtä hyvin liikenerikkomukset kuin petokset ja murhatkin.

HE:n perusteluissa on ilmiannetulta edellytettävää tietoisuutta kosketeltaessa puhuttu vaarasta joutua rikosprosessuaalisen pakkokeinon kohteeksi tai tulla tuomituksi rikosoikeudelliseen seuraamukseen rikoksesta.<sup>21</sup> Kun kysymystä ei ole tarkemmin käsitelty, lienee oikeutettua päätellä, että tässä suhteessa on ollut tarkoitus pitäytyä aikaisemman lain kannalla.<sup>22</sup> Lakitekstiä ei vain ole onnistuttu muotoilemaan parhaalla mahdollisella tavalla.

Kaikki rikoksenkaan seuraamukset eivät ole sellaisia, että niiden määräämisen vaaran aiheuttaminen täyttäisi RL 15:6:n vaatimukset. Vahingonkorvaus, ol-

<sup>19</sup> Ks. myös *Frände* 1999, s. 87.

<sup>20</sup> Esim. Lappi-Seppälä on tämän todettuaan huomauttanut lähestymiskiellon rinnastuvan tehtäviensä ja tavoitteidensa kannalta kuitenkin läheisesti turvaamistoimenpiteisiin, minkä vuoksi hän on pitänyt perusteltuna käsitellä sitä otsikon ”Muut rikosten seuraamukset” alla. Ks. *Lappi-Seppälä* 2000, s. 442.

<sup>21</sup> Ks. HE 6/1997 vp, s. 33.

<sup>22</sup> Huom. myös KKO 1999:108. Tämän ensisijaisesti vahingonkorvausoikeudellisen ratkaisunsa perusteluissa KKO on todennut sekä aikaisemmassa RL 26:3:ssa tarkoitettua perättömän ilmiannon että RL 15:6:ssa tarkoitettua väärän ilmiannon tunnusmerkistöön kuuluvan, että ilmiannon kohteena olevan henkilön väitetään totuudenvastaisesti syyllistyneen johonkin rikokseen.

koonkin, että se konkreettisessa tapauksessa perustuu rikokseen, ei ole RL 15:6:ssa tarkoitettu mielessä *rikosoikeudellinen* seuraamus. Tätä ilmentävät tosiasiaissa myös eräät lainvalmistelutöiden kannanotot. HE:n mukaan rikokseen todellisuudessa syyllistyneeseen henkilöön kohdistuvan väärän tiedon antaminen, jolla on merkitystä rikoksen moitittavuuden arvioimisessa, ei välttämättä ole väärää ilmiantoa. Esim. asianomistajan ilmoitus, jonka mukaan anastuksen suorittaja anasti häneltä enemmän rahaa kuin todellisuudessa tapahtui, ei HE:n mukaan sinänsä toteuta väärän ilmiannon vaan mahdollisesti RL 36:1–3:ssa tarkoitettua petosrikoksen tunnusmerkit. Väärästä ilmiannosta on HE:n mukaan tämän tyyppisessäkin tapauksessa kysymys silloin, kun väärän tiedon johdosta rikoksen törkeysarviointi muuttuu niin selvästi, että sen johdosta ilmiannetulle aiheutuu vaara tulla tuomituksi esim. ankarampaan rangaistukseen kuin oikeiden tietojen perusteella.<sup>23</sup>

Johtopäätökseni on näin ollen, että jos esim. asianomistaja pyrkii vilpillisillä keinoilla saamaan tuomioistuimen antamaan perusteettoman suuren vahingonkorvaustuomion vastaajaa vastaan, kyse on (prosessi)petosrikoksesta tai sen yrityksestä. Vastaava pyrkimys perusteettomien rikosoikeudellisten seuraamusten aikaansaamiseksi puolestaan merkitsee väärää ilmiantoa. Asianomistaja voi siten esim. samassa oikeudenkäynnissä syyllistyä molempiin rikoksiin.

### 3. VÄÄRÄSTÄ ILMIANNOSTA VAARANTAMISRIKOKSENA

RL 15:6:sta ilmenee, että väärä ilmianto on vaarantamisrikos. Tämä merkitsee muutosta aikaisempiin RL 26 luvun säännöksiin verrattuna.<sup>24</sup> RL 26 luvun 1, 2 ja 4 §:ssä nimittäin edellytettiin, että syyte todella nostettiin. Luvun 3 §:ssä sitä ei edellytetty, mutta sen mukaan taas riitti pelkkä vastoin parempaa tietoa tehty ilmianto. Säännöksessä ei edellytetty, että ilmiannosta olisi aiheutunut edes syytteen nostamisen vaaraa. Luvun 2 §:ssä, siltä osin kuin siinä oli kyse todistusaineiston vääristelemiseen rinnastuvasta teosta, ei puolestaan edellytetty teolla olevan vaikutusta syyteasian lopputulokseen. Voidaan siten sanoa, että uusi RL 15:6 ulottaa rangaistavuuden osittain aikaisempaa laajemmalle, osittain taas kaventaa rangaistavuuden alaa.

RL 15:6:n mukaan ei riitä, että annetusta väärästä tiedosta aiheutuu tarkoitettunlaiseen viranomaistoimenpiteeseen ryhtymisen vaara, vaan edellytetään, että mahdollisiin viranomaistoimenpiteisiin ryhdyttäisiin *virheellisin perustein*. Tar-

<sup>23</sup> Ks. HE 6/1997 vp, s. 34.

<sup>24</sup> Muutos ilmentää osaltaan sitä vaarantamishakuista kriminaalipoliittista suuntausta, jota esim. Koskinen on artikkelissaan tarkastellut. Ks. *Koskinen*, LM 1984, s. 1116–1141.



koitetunlaisen vaaran siitä ei lainvalmistelutöiden mukaan tarvitse olla vakava ja se voi olla lyhytaikainenkin. Vaaran tulee kuitenkin olla siten havaittavissa, että esim. ilmiannettu henkilö tai asiaa selvittävät viranomaiset ottavat väärän tiedon huomioon syntyneessä tilanteessa toimiin ryhtyessään. Jos tiedon vastaanottava viranomainen ilman lisäselvityksiä havaitsee saamansa tiedon perättömäksi, RL 15:6:ssa edellytetty vaara ei toteudu, mutta kyseessä voi silti olla kunnianloukkaus.<sup>25</sup>

Yleensä väärä ilmianto kohdistetaan tiettyyn yksilöityyn henkilöön. Tunnusmerkistön täytymiseksi tämä ei kuitenkaan ole välttämätöntä, mutta kohteen tulee olla tavalla tai toisella siinä määrin täsmennetty, että jollekulle henkilölle syntyy ilmiannon johdosta vaara joutua tarkoitettunlaisen viranomaistoimenpiteen kohteeksi virheellisin perustein.<sup>26</sup>

Omaksuttaessa se edellä esittämäni kanta, ettei ilmiantaja ole vastuussa antamansa tiedon oikeudellisesta arvioinnista, on johdonmukaista katsoa, että RL 15:6:ssa tarkoitettua vaaraa ei synny, jos ilmiannon asianomistajarikoksesta tekee joku muu kuin asianomistajapuhevallan käyttöön oikeutettu.<sup>27</sup> Yhtenäistä vastausta ei sitä vastoin ole mahdollista antaa kysymykseen suhtautumisesta syyteoikeudeltaan vanhentuneen teon ilmiantoon. Jos valheellisesti ilmiannetun rikoksen eri törkeysasteilla on eri vanhentumisaika, on usein epäselvää, mihin kategoriaan teko lopulta kuuluu. Siten vaara virheellisin perustein tapahtuvasta viranomaistoimenpiteisiin ryhtymisestä on voinut syntyä. Mutta jos alusta alkaen on lain valossa kiistatonta, että teko sellaisena kuin ilmiantaja on se kuvannut, olisi vanhentunut, sellaista vaaraa, josta ilmiantaja olisi vastuussa, ei synny.

RL 15:6:n soveltuminen ei siis edellytä, että pakkokeinoa on käytetty, syyte nostettu tai annettu langettava tuomio väärin perustein. Mutta jos niin on tehty, tarkoitettun vaaran olemassaolo on selviö.<sup>28</sup> Silloinkin, kun esim. tuomio konkreettisesti tapauksessa on täysin ”oikein perustein” annettu, sitä on voinut edellyttää väärän tuomion vaaran aiheuttaminen.

Väärän tiedon antamisen tulee ”aiheuttaa” tarkoitettunlaisen virheellisen viranomaistoimenpiteen vaara. Sen ei kuitenkaan tarvitse olla ainoana syynä.<sup>29</sup> Silloin, kun viranomaistoimenpiteeseen ryhtymistä harkittaessa on käytettävissä

<sup>25</sup> Ks. HE 6/1997 vp, s. 35. – Ruotsissa on sitä vastoin katsottu, että sikäläiset väärää syytettä ja perätöntä ilmiantoa koskevat säännökset ovat siinä mielessä tyhjentäviä, ettei kunnianloukkausta koskevien säännösten soveltaminen tule kyseeseen, jos ensiksi mainittujen tunnusmerkistöt jäävät joltakin osin täyttymättä. Ks. *Holmqvist* ym. 1998, s. 15:45 ja 15:50.

<sup>26</sup> Ks. HE 6/1997 vp, s. 35. Ks. myös *Honkasalo* 1962, s. 183.

<sup>27</sup> Vrt. aikaisemman lain osalta *Honkasalo* 1962, s. 183.

<sup>28</sup> Ks. HE 6/1997 vp, s. 35.

<sup>29</sup> Ks. myös *Honkasalo* 1962, s. 191, joka on RL 26:2:n osalta todennut, ettei todisteiden poistamisen tai väärin todisteiden esittämisen tarvitse olla ainoana syynä syytteen nostamiseen. RL 26:2:ssa käytettiin ilmaisua ”seikan, joka on matkaan saattanut syytteen”.

muutakin aineistoa kuin pelkästään ilmiantajan antamia vääriä tietoja, voi olla käytännössä vaikeata ratkaista, onko väärä tieto ollut edes myötävaikuttavana syynä. Samoin voi olla asianlaita silloin, kun viranomaistoimenpiteeseen on todella ryhdytty.

#### 4. SYYKSILUETTAVUUSVAATIMUKSESTA VÄÄRÄSSÄ ILMIANNOSSA

Väärä ilmianto edellyttää RL 15:6:n mukaan tahallisuutta. HE:n mukaan säännöksen kannalta on riittävää, että ”ilmiantaja väärän tiedon antaessaan tietää aiheuttavansa ilmiannetulle vaaran joutua rikosprosessuaalisen pakkokeinon kohteeksi” jne.<sup>30</sup> Itse asiassa pidän tätä perusteettoman tiukkana vaatimuksena. Koska säännöksestä ei ilmene mitään tavallisuudesta poikkeavaa tahallisuusvaatimusta, on riittäväksi po. suhteessa katsottava jo se, että ilmiantaja pitää tekonsa sanotunlaista seurausta varsin todennäköisenä.<sup>31</sup> Tiedon vääryyden osalta HE:ssäkin on todettu säännöksen edellyttävän, että ilmiantaja tietää antamansa tiedon vääräksi tai ainakin pitää sitä varsin todennäköisesti vääränä.<sup>32</sup>

Ilmiantajalta ei edellytetä hyötymis- tai vahingoittamistarkoitusta, vaikka sellaisesta usein lienee käytännössä kysymys. Sillä on epäilemättä rangaistusta ankaroitava merkitys.

## LÄHTEET

*Frände, Dan:* Finsk straffprocessrätt I. Helsingfors 1999.

Hallituksen esitys (HE) Eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi. N:o 6/1997 vp.

*Holmqvist, Lena – Leijonhuvud, Madeleine – Träskman, Per Ole – Wennberg, Suzanne:* Brottsbalken. (Kap. 13–24). En kommentar. Brotten mot allmänheten och staten m.m. Stockholm 1998.

*Honkasalo, Brynolf:* Suomen rikosoikeus. Erityinen osa III. Helsinki 1962.

*Kekomäki, Paavo:* Perättömästä lausumasta. LM 1954, s. 3–40.

*Koskinen, Pekka:* Vaarantamisesta rangaistavuuden perusteena. LM 1984, s. 1116–1141.

*Lappi-Seppälä, Tapio:* Rikosten seuraamukset. Helsinki 2000.

*Viljanen, Pekka:* Asianosaisen totuusvelvollisuudesta rikosasiassa. DL 2001, s. 1004–1025.

<sup>30</sup> Ks. HE 6/1997, s. 33.

<sup>31</sup> Todettakoon näin ollen selvytyden vuoksi, että edellä jakson 2.3. lopussa mainitsemani esimerkki ”pyrkimisestä” perusteettomien rikosoikeudellisten seuraamusten aikaansaamiseen ei tarkoita, että RL 15:6:ssa välttämättä vaadittaisiin törkeimmän asteista tahallisuutta.

<sup>32</sup> Ks. HE 6/1997, s. 33.

# Uppsåt till brott: den senaste utvecklingen i svensk doktrin och rättspraxis

## 1. INLEDNING

De skuldformer som tillämpas i svensk straffrätt (upsåt och oaktsamhet) brukar förklaras med hjälp av två komponenter som ligger till grund för skuldformernas uppbyggnad. Den första komponenten är gärningsmannens vetskap rörande de omständigheter som konstituerar brottet i fråga (det kognitiva momentet). För det andra beaktar man gärningsmannens inre inställning till dessa omständigheter (det s.k. viljemomentet). Inom ramen för denna s.k. traditionella uppsåtsläran (resp. den positiva viljeteorin) skiljer man mellan *direkt uppsåt*, *indirekt uppsåt* och *eventuellt uppsåt*, samt *medveten* och *omedveten culpa*.

*Direkt uppsåt* anses föreligga om gärningsmannen vet (med praktisk säkerhet) att han genom sitt handlande åstadkommer något visst, ett brottsligt resultat, och det brottsliga resultatet är det han eftersträvar, det är syftet med hans handlande.

Det som skiljer direkt uppsåt från *indirekt uppsåt* är inte det kognitiva momentet. Det krävs samma vetskap rörande gärningens följder såväl vid direkt som vid indirekt uppsåt. Skillnaden består i stället i gärningsmannens inre inställning till resultatet. Förhållandet brukar beskrivas på så sätt att gärningsmannen som handlar med indirekt uppsåt inte eftersträvar det brottsliga resultatet, utan det framstår mera som ett slags "biprodukt" av hans handlande. Handlandet i sig har ett annat syfte, t.ex. en annan brottslig gärning eller något som i sig inte behöver vara lagstridigt. Gärningsmannens acceptans av det brottsliga resultatet härleds då från hans vetskap om att handlingen kommer att åstadkomma något visst. Det är i och för sig möjligt att gärningsmannen upplever det brottsliga resultatet i sig som misshagligt, men om han trots allt handlar på det sätt han gör måste han ha gjort en intresseavvägning – antingen uppnår han sitt mål till priset av det aktuella brottet, eller avstår han från handlingen. Har gärningsmannen valt att uppnå målet till priset av att begå ett brott kan man utan större problem dra en säker slutsats om gärningsmannens positiva inställning till det vad han åstadkommit. Det är nämligen omöjligt att samtidigt (a) veta att en handling åstadkommer en viss effekt, (b) medvetet företa handlingen, (c) inte vilja åstadkomma effekten. Skälet varför påståendet (c) kan lämnas utan avseende beror på att påståendet måste hänföra sig till gärningsmannens inställning till effekten *innan* han på ett

eller annat sätt gjort sitt val, men den för bedömningen av straffansvar relevanta attityden är hans attityd *vid handlingen*. Denna attityd kan då beskrivas – med hänsyn till gärningsmannens vetskap – som att han accepterat resultatet eller åtminstone var likgiltig inför det.

De hittills berörda uppsåtsformerna är i praktisk tillämpning tämligen oproblematiske, bortsett tänkbara bevissvårigheter. De riktigt besvärliga problem börjar, som bekant, i en situation där man inte kan slå fast att gärningsmannen hade eller måste ha haft ”full” vetskap (han var praktiskt taget säker) beträffande de straffrättsligt relevanta omständigheterna, men det står utom allt tvivel att han insett en (beaktansvärd) *risk* för att hans handlande kan leda till ett resultat som konstituerar ett brott, t. ex. att någon dödas eller skadas, men trots denna insikt företar han handlingen och risken förverkligas. Det åligger domstolen att avgöra huruvida en sådan handling skall anses vara uppsåtlig, eller om den skall bedömas som enbart oaktsam. Det rör sig alltså om ett avgörande huruvida gärningsmannen handlat med *eventuellt uppsåt*, som är den tredje uppsåtsformen enligt gällande rätt, eller om han handlat medvetet oaktsamt, med *medveten culpa*.

Det behöver inte påpekas att vikten av denna bedömning är kolossal för den åtalade. Det rör sig om gränsdragningen mellan uppsåtliga och oaktsamma brott, som ofta har vitt skilda straffskalor, eller – i de fall där lagstiftaren kriminaliserar enbart uppsåtligt handlande – om gränsen mellan det straffbara och icke straffbara. Det är huvudsakligen på detta område som man i Sverige både inom doktrinen, i lagstiftningssammanhang och nyligen även i rättspraxis försöker komma med nya lösningar. En beskrivning och kritisk analys av de föreslagna lösningarna återges nedan.

För fullständighetens skull skall tilläggas att den sista skuldformen som tillämpas i svensk rätt är *omedveten culpa*. I detta fall saknar gärningsmannen vetskap om de straffrättsligt relevanta omständigheterna. Därmed kan man förstås inte pröva hans inställning till dessa omständigheter. Vad som gör att gärningsmannen ändå kan klandras är det att han brustit i att skaffa sig en erforderlig kunskap. Det borde han ha gjort med hänsyn till sin ställning och omständigheterna i övrigt. Det kan vara klandervärt att handla utan att företa nödvändiga försiktighetsåtgärder.

## 2. NÄRMARE OM GRÄNSDRAGNINGEN MELLAN EVENTUELLT UPPSÅT OCH MEDVETEN CULPA

Situationen när gärningsmannen inser en beaktansvärd risk att han genom sitt handlande åstadkommer något brottsligt, och trots denna insikt handlar och ris-

ken förverkligas, är mycket vanlig i rättspraxis.<sup>1</sup> Som ovan sagts kan gärningsmannen då dömas antingen för ett uppsåtligt eller culpöst brott, dvs. för brott begånget med eventuellt uppsåt eller medveten culpa.

Men varför dömer man på olika sätt i en sådan situation, kan man fråga? Varför dömer man inte enbart för uppsåtliga eller för culpösa brott i stället? Det torde bero på vår insikt om att människan inför en risk för skada som en handling innebär kan förhålla sig i princip på två olika sätt. Hon kan vara införstådd med att den lagstridiga effekten inträder, ha ingenting emot, hon bryr sig inte, är helt likgiltig inför den möjliga skadan; hade hon säkert vetat att effekten inträder skulle hon ha handlat på samma sätt. Men människan kan också – på felaktiga grunder som resultatet visar – förlita sig på att risken inte förverkligas, hon hoppas på att effekten inte inträder, är inte beredd att acceptera den skada som inträffat; hade hon vetat att risken förverkligas skulle hon säkert avstått från att företa handlingen.

Det finns en klar kvalitativ skillnad mellan de två förhållningssätten. Det förstnämnda förhållningssättet kan uppenbarligen jämföras med inställningen hos en gärningsman som handlat med indirekt uppsåt. De ordalag som används för att beskriva gärningsmannens attityd till den brottsliga effekten lämpar sig mycket väl även som beskrivning av den attityd som en gärningsman som handlat med indirekt uppsåt haft. Skillnaden mellan eventuellt och indirekt uppsåt handlar alltså inte om gärningsmannens attityd till effekten. Frågan gäller med vilken grad av säkerhet (resp. sannolikhet) gärningsmannen insett att effekten inträder. Eftersom gärningsmannen vid gärningsögonblicket var osäker huruvida det brottsliga resultatet skulle komma till stånd, blir också vår slutsats rörande hans inställning till effekten osäker. Med andra ord utgör gärningsmannens osäkra vetskap inte ett tillräckligt underlag för en säker slutsats om hans inställning – som vid indirekt uppsåt – utan vi måste leta efter andra ledtrådar.

Den andra ovan nämnda attityden, hos den som förlitat sig på att effekten inte inträffar, anses förtjäna en mildare bedömning. Sett från ett annat perspektiv kan sägas att vad vi är ute efter när vi skiljer mellan eventuellt uppsåt och medveten culpa är att skilja mellan de personer vars handlande ger uttryck för förakt för eller avståndstagande från vissa genom straffrätten skyddade intressen (likgiltighet inför effekten) och de som bejakar intressena men betet sig oacceptabelt lättsinnigt, oförsiktigt eller obetänksamt, kanske på grund av okunskap eller omognad (ytterst kan det röra sig om likgiltighet inför risken för skada).

<sup>1</sup> När det rör sig om de s.k. rena handlingsbrotten kan attityden beskrivas så att gärningsmannen insett möjligheten att vissa omständigheter som gör att hans handlande är förbjudet (resp. ett visst handlande som han underlåter är påbjudet) föreligger och trots denna insikt handlar han. Av framställningsskäl tar jag i det följande sikte enbart på de s.k. effektbrotten.

Dessa utgångspunkter är inte svåra att förstå. De vilar på erfarenhet och vad man kan kalla den allmänna moraluppfattningen. Däremot är det mycket svårare att i ett enskilt fall avgöra vilken av de två attityderna som gärningsmannen haft vid handlingen. Det nämndes ovan att fastställandet av gärningsmannens attityd inte utgör något större problem om man kan slå fast att gärningsmannen visste att han åstadkommer en brottslig effekt (indirekt uppsåt). Har han enbart insett risken för effekten blir slutledningen osäker.

Som bekant har man både i straffrättsdoktrin och rättspraxis utarbetat flera tillvägagångssätt, ett slags normativa tankemodeller, som domstolarna skall kunna följa vid bedömningen av huruvida gärningsmannens attityd till de relevanta omständigheterna varit sådan att han bör dömas för ett uppsåtligt eller culpöst brott. Syftet med dessa tankemodeller är att skapa förutsättningar för ett i möjligaste mån säkert och entydigt svar på frågan om gärningsmannens inställning. Eftersom de olika tankemodellerna knyter an till olika fakta i den verklighet som domstolen har att bedöma, och därmed kan leda till olika resultat i samma situation, torde ett annat viktigt syfte med de normativa tankemodellerna vara att säkerställa en enhetlig rättstillämpning och därmed upprätthålla likhet inför lagen och rättssäkerhet: i varje enskilt fall skall man till grund för bedömningen lägga samma typ av omständigheter.

I svensk straffrätt har man traditionellt tillämpat resp. diskuterat tre olika tillvägagångssätt vid gränsdragningen mellan eventuellt uppsåt och medveten oaktsamhet (här bortses från den föreslagna lösningen som diskuteras nedan).

I flera rättsfall har HD tillämpat det s.k. hypotetiska provet.<sup>2</sup> Efter det att domstolen konstaterat att den åtalade insett risken att en viss effekt på grund av hans handlande kan inträffa ställs frågan om gärningsmannen skulle ha handlat som han gjort även om han hade varit säker på att effekten inträffar. Anser man sig kunna besvara frågan jakande döms den åtalade för uppsåtligt brott, annars för ett culpöst brott eller ogillas åtalet.

På grund av HD:s praxis betraktas användningen av det hypotetiska provet utgöra gällande rätt i Sverige. Bilden är dock inte entydig. I ett antal rättsfall där gränsdragningen mellan eventuellt uppsåt och medveten culpa aktualiserades resonerade HD på ett annat sätt. I stället för att formulera den hypotetiska frågan (hur gärningsmannen skulle ha handlat om han hade varit säker på att effekten inträder) konstaterade HD att de vid brottet förekommande omständigheterna, den åtalades sätt att genomföra brottet, visat att han i vart fall var likgiltig inför effekten, och dömde för uppsåtligt brott.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> T.ex. NJA 1959 s. 63, NJA 1980 s. 514, NJA 1995 s. 119.

<sup>3</sup> T.ex. NJA 1985 s. 757, NJA 1990 s. 210, NJA 1996 s. 509.

Slutligen yrkade Riksåklagare i HD vid två tillfällen<sup>4</sup> ansvar för uppsåtliga brott med motiveringen att de åtalade måste ha insett effekten som övervägande sannolik. Det var alltså försök att få HD frångå det hypotetiska provet och tillämpa ett annat resonemang vid gränsdragningen mellan eventuellt uppsåt och medveten culpa. I båda fallen ogillade HD åtalen för uppsåtliga brott efter det att det hypotetiska provet genomförts. Det finns skäl att tro att dessa två fall särskilt bidragit till den allmänna uppfattningen om vad som är gällande rätt.

Rörande de tre nyss redovisade sätten att dra gränsen mellan eventuellt uppsåt och medveten culpa talar man i doktrin och rättspraxis om *hypotetiskt uppsåt*, *likgiltighetsuppsåt* och *sannolikhetsuppsåt*. I stället för *likgiltighetsuppsåt* används ibland termen *faktiskt eventuellt uppsåt*, vilket enligt min mening är att föredra, av skäl som framkommer av framställningen nedan. Det är visserligen praktiskt att använda de nämnda uppsåtsbeteckningarna om man närmare vill beskriva på vilket sätt eventuellt uppsåt fastställts, men det bör inte förloras ur sikte att det i alla tre fallen rör sig om *eventuellt uppsåt*. Det gemensamma för alla dessa tre varianter av eventuellt uppsåt är alltså att gärningsmannen *insett risken* för det brottsliga resultatet. Fastställandet av just denna omständighet, att gärningsmannen insett risken, måste alltid vara det första steg som en domstol skall ta, oavsett hur man sedan resonerar beträffande gärningsmannens attityd. Är nämligen gärningsmannens kognitiva inställning en annan än att han *insett risken* för det brottsliga resultatet, kommer antingen direkt eller indirekt uppsåt i fråga (om gärningsmannen *visste*), eller omedveten culpa (om gärningsmannen *inte visste*, men borde ha vetat).

Det kan tyckas vara onödigt att betona dessa elementära utgångspunkter. Det finns dock skäl att göra det. Det förekommer ibland formuleringar i rättspraxis och doktrin som ger ett intryck att man betraktar likgiltighets- eller sannolikhetsuppsåt som sidoordnade begrepp i förhållande till begreppet eventuellt uppsåt, som i så fall tycks vara förbehållet för det uppsåt som fastställs med hjälp av det hypotetiska provet. En sådan begreppsbildning skulle enligt min uppfattning inte väl uttrycka de inbördes förhållandena mellan dessa uppsåtsformer. I denna framställning används begreppen likgiltighets- (det faktiska eventuella uppsåtet) och sannolikhetsuppsåt, liksom det "hypotetiska uppsåtet" som underordnade begrepp i förhållande till begreppet *eventuellt uppsåt*.

För att klargöra skillnader mellan de enskilda varianterna av eventuellt uppsåt är det viktigt att precisera den logiska strukturen av det resonemang som ligger till grund för fastställandet av huruvida gärningsmannen handlat med eventuellt uppsåt eller medveten culpa. Utgångspunkten i alla tre fallen är, som flera gånger nämnts, gärningsmannens insikt om att hans handlande inneburit en beaktans-

<sup>4</sup> NJA 1959 s. 63, NJA 1980 s. 514.

värd risk för ett brottsligt resultat. Den fråga som man i nästa steg söker svar på är huruvida den åtalades inställning till det resultat som han uppfattat som möjligt i grunden var positiv, dvs. hans handlande kan anses vara uppsåtligt, eller om han i grunden haft en negativ inställning till det brottsliga resultatet, dvs. sådan som motiverar ansvar för ett culpöst brott. Den i denna bemärkelse positiva inställningen brukar beskrivas i olika ordalag: gärningsmannen var helt likgiltig inför det brottsliga resultatet, var införstådd med det, tog resultatet på köpet, eller hans inställning var sådan att han skulle ha handlat på samma sätt även om han hade varit säker på resultatet. Kan man inte konstatera den positiva inställningen skall gärningsmannen inte kunna dömas för ett uppsåtligt brott och det återstår att pröva huruvida han varit oaktsam, dvs. huruvida han *utan tillräckliga skäl* förlikt sig på att effekten inte inträffar.

Det som skiljer det hypotetiska uppsåtet, det faktiska eventuella uppsåtet och sannolikhetsuppsåtet från varandra är vilka omständigheter, vilken typ av ledtrådar som beaktas vid fastställandet av gärningsmannens attityd. Bortser man från en ganska osannolik eller i vart fall sällsynt förekommande situation, dvs. att den åtalade själv öppet och sanningsenligt berättar om sin positiva inställning till det brottsliga resultatet, har alla andra bevisfakta som domstolen vid sin bedömning har att utgå ifrån karaktär av indicier.

När det gäller det faktiska eventuella uppsåtet drar man slutsatsen beträffande gärningsmannens inställning utifrån alla de omständigheter som vid brottet kan sägas gett uttryck för gärningsmannens attityd till det brottsliga resultatet. Om t.ex. gärningsmannen ett flertal gånger knivhuggit offret mot livsviktiga organ, men direkt eller indirekt uppsåt inte kan styrkas, finns det i alla fall mycket starka skäl för slutsatsen att gärningsmannen varit införstådd med att offret dör. Det är möjligt att det i ett enskilt fall saknas några som helst hållpunkter för en sådan slutsats. I så fall är den självklara utgången att gärningsmannen inte kan dömas för uppsåtligt brott.

Vid det s.k. sannolikhetsuppsåtet slås fast att gärningsmannen handlat med eventuellt uppsåt om det är styrkt att han uppfattat det brottsliga resultatet som (övervägande) sannolikt. (Kravet på sannolikhetsgraden kan variera mellan olika rättsordningar.) Vad man i själva verket gör är att den slutledning som görs i fall att gärningsmannen med *säkerhet vetat* att effekten inträder (indirekt uppsåt) används även under ändrade premisser, dvs. när vetskapen är osäker. Detta sätt att resonera kan ge ett intryck att man inom ramen för denna uppsåtsform inte behöver beakta gärningsmannens inställning till effekten, utan slutsatsen om huruvida gärningsmannen handlat uppsåtligen eller oaktsamt baseras enbart på det kognitiva momentet. Detta är korrekt i formell mening, nämligen i den bemärkelse, att man vid tillämpningen av sannolikhetsuppsåtet inte uttryckligen behöver ta ställning till gärningsmannens inställning till effekten. Det vore dock fel att påstå att gärningsmannens inställning inte beaktas. Inställningen är under-



förstådd. Kopplingen mellan gärningsmannens vetskap rörande gärningens följer å ena sidan och hans acceptans av det brottsliga resultatet å den andra är i själva verket den viktigaste materiella förutsättningen för uppsåtsformens rationalitet. Den logiska konsekvensen av detta synsätt är att ju mer sannolikt det brottsliga resultatet framstår för gärningsmannen desto starkare skäl talar för att han accepterat effekten.

Det är mycket möjligt att slutsatsen beträffande gärningsmannens ansvar för uppsåtligt brott i de flesta fallen blir densamma oavsett om man tillämpar sannolikhetsresonemanget eller om man inriktar sig på de omständigheter som beaktas vid den faktiska varianten av eventuellt uppsåt. Det beror bl.a. på att den omständighet som vid tillämpningen av sannolikhetsuppsåtet ensam utgör ett tillräckligt underlag för fastställandet av eventuellt uppsåt – dvs. den sannolikhet med vilken det brottsliga resultatet enligt gärningsmannens uppfattning kunde inträffa – även inom ramen för den faktiska varianten utgör ett starkt indicium rörande gärningsmannens attityd till effekten. Det är en självklar slutsats utifrån det nyss nämnda materiella förhållande som ligger till grund för sannolikhetsuppsåtet. Det kan också innebära, under vissa omständigheter, nämligen när det i ett rättsfall saknas ett annat underlag än sådana fakta som karakteriserar gärningsmannens riskbedömning, att det faktiska eventuella uppsåtet och sannolikhetsuppsåtet inte tycks skilja sig i något hänseende. Det finns dock en viktig skillnad mellan dessa två uppsåtsvarianter. Vid tillämpningen av sannolikhetsuppsåtet är sannolikhetsgraden i sig avgörande för fastställandet av uppsåtet, däremot vid den faktiska varianten utgör sannolikhetsgraden enbart ett indicium bland andra rörande gärningsmannens inställning. Uttryckt på ett annat sätt, man vid tillämpningen av sannolikhetsuppsåtet medvetet reducerar de ledtrådar som kan tjäna till en säker slutsats rörande gärningsmannens inställning till att endast beakta gärningsmannens insikt.

Det förekommer dock situationer där man – om man strikt håller sig inom ramen för den ena eller andra uppsåtsvarianten – måste komma fram till olika resultat. Ett exempel på en sådan situation utgör rättsfallet NJA 1995 s. 119. En HIV-smittad man hade oskyddade samlag med ett flertal kvinnor, utan att informera kvinnorna om sin smitta. En av kvinnorna smittades. HD dömde mannen för uppsåtligt brott, grov misshandel, med tillämpning av det hypotetiska provet. I detta sällsynta fall där det hypotetiska provet lett till fällande dom för uppsåtligt brott hänvisar HD till det ytterst hänsynslösa beteende som den åtalade visat och detta läggs till grund för det positiva svaret på den hypotetiska frågan hur gärningsmannen skulle ha handlat om han hade vetat att kvinnan smittas. Hade man resonerat i enlighet med det faktiska eventuella uppsåtet skulle utgången också möjligen ha blivit en fällande dom, just med hänsyn till den åtalades tillvägagångssätt och omständigheterna i övrigt. Däremot måste sannolikhetsresonemanget ha lett till en friande dom för det uppsåtliga brottet, även om en förhål-

landevis låg sannolikhetsgrad hade varit tillräcklig för straffansvar. Risken för smittoöverföring vid vanligt heterosexuellt samlag är nämligen försumbar.<sup>5</sup>

Vid den hypotetiska varianten av eventuellt uppsåt är det egentligen tämligen oklart vilka omständigheter som vid fastställandet av gärningsmannens inställning till effekten skall beaktas. Ställs frågan hur en person skulle ha handlat i en situation som aldrig funnits är det mycket svårt att föreställa sig att andra omständigheter än gärningsmannens personliga egenskaper skulle kunna ha relevans för slutledningen. När HD i det nyss nämnda fallet (NJA 1995 s. 119) konstaterar att den åtalade "... handlat med ett sådant mått av hänsynslöshet gentemot målsägandena att det måste hållas för visst att han inte skulle ha avhållit sig från att genomföra samlagen även om han vetat att risken för smittoöverföring skulle förverkligas", kan uttalanden inte förstås på annat sätt än att HD slår fast att gärningsmannen visat sådana personliga egenskaper att han även i en annan situation säkert skulle ha handlat på det sättet han gjort i den situation som står under bedömningen.

Gärningsmannens personlighetsdrag kan visserligen vara viktiga i straffrättsligt sammanhang, men enbart vid påföljdsbestämning. Möjligheten att kunna besvara ansvarsfrågan i ett enskilt fall utifrån gärningsmannens personliga egenskaper måste bestämt avvisas. Den hypotetiska varianten av eventuellt uppsåt utsätts därför med rätta för stark kritik i svensk doktrin.<sup>6</sup> Det är egentligen underligt att HD fortfarande håller fast vid tillämpningen av det hypotetiska uppsåtet, trots att det så uppenbart utgör ett systemfrämmande element i svensk straffrätt.

Mot bakgrund av framställningen ovan bör en kort kommentar lämnas med anledning av vissa uttalanden i svensk rättspraxis rörande skillnaden mellan det s.k. hypotetiska och faktiska eventuella uppsåtet (likgiltighetsuppsåtet). I NJA 1994 s. 614, i justitierådet *Johan Linds* särskilda yttrande, nämns att "*HD har under senare år i fråga om våldsbrott tillämpat det eventuella uppsåtet så att domstolen vid prövning av det senare ledet ställt sig frågan, om gärningsmannen varit helt likgiltig för effekten av det handlande som läggs honom till last.*" I ett senare rättsfall, NJA 1996 s. 93, uttrycker sig HD på följande sätt: "*Eventuellt uppsåt vid förberedelse måste anses föreligga om gärningsmannen inser att det är möjligt att hans fortsatta handlande kan leda till att en viss effekt inträder och det måste hållas för visst att han skulle handla på detta sätt även om han var säker på att effekten skulle inträda, eller om han i allt fall var helt likgiltig för om effekten skulle inträda eller ej (se NJA 1985 s. 757). Ett hypotetiskt prov blir således avgörande för om eventuellt uppsåt föreligger.*" Detta kommenteras i

<sup>5</sup> Se *Lars Moberg*, HIV och AIDS, s. 51.

<sup>6</sup> Se t.ex. *Jareborg*, Allmän kriminalrätt, Uppsala 2001, s. 317–318.

Straffansvarsutredningen på så sätt att "likgiltighetsfallen" får ses "...som en tillämpning av det eventuella uppsåtet i de fall där den faktiska gärningssituationen ger ledning för utfallet av det hypotetiska provet".<sup>7</sup> På ett annat ställe i utredningen sägs att "HD:s användning av ett likgiltighetsresonemang torde nämligen kunna ses som en annorlunda formulering av det traditionella eventuella uppsåtet (se särskilt argumentering i rättsfallet NJA 1996 s. 93)."<sup>8</sup>

Formuleringarna antyder det som ovan nämnts, nämligen att termen eventuellt uppsåt enbart skulle beteckna det eventuella uppsåt som fastställs med hjälp av det hypotetiska provet och att det ibland, om förutsättningarna finns, besvaras frågan (hur gärningsmannen skulle ha handlat om han hade varit säker på att effekten inträffar) utifrån vissa faktiska omständigheter i målet, men att det i själva verket inte är något annat än en annan formulering av det hypotetiska provet.

Det är möjligt att man i rättspraxis resonerar på detta sätt, det finns andra exempel som pekar åt samma håll. Jag betraktar dock detta synsätt snarare som en konsekvens av en brist på terminologisk klarhet och precision. Det verkar som om man, när man vill särskilja de enskilda varianterna av eventuellt uppsåt, lägger för stor vikt vid hur, i vilka ordalag, man formulerar gärningsmannens positiva inställning till de brottskonstituerande omständigheterna. Men det intressanta är ju inte om inställningen uttrycks i ordalag som att gärningsmannen uppenbarligen var likgiltig, eller "att han skulle ha handlat på samma sätt även om han säkert hade vetat ...", eller att han tog resultatet på köpet, var införstådd med effekten, osv. Det intressanta, det som skiljer de olika varianterna av eventuellt uppsåt från varandra, är i stället på vilka grunder man kommer fram till slutsatsen om gärningsmannens inställning: Är det på grund av de faktiska omständigheter i målet som indikerar en viss inställning hos gärningsmannen, eller drar man slutsatser utifrån gärningsmannens uppfattning om sannolikheten att effekten inträder? Eller är det kanske på grund av gärningsmannens personliga egenskaper, vilka åtminstone implicit måste beaktas för att kunna besvara den hypotetiska frågan?<sup>9</sup>

<sup>7</sup> SOU 1996:185, s. 98.

<sup>8</sup> Op.cit. s. 117.

<sup>9</sup> Här ligger skälet till att jag betraktar termen "likgiltighetsuppsåt" som mindre lämplig än "faktiskt eventuellt uppsåt". Termen "likgiltighetsuppsåt" är intetsägande. Att gärningsmannen var likgiltig inför effekten är en slutsats som man kan komma fram till på olika sätt, men det intressanta är, som ovan sagts, hur man kommer fram till slutsatsen.

### 3. FÖRSLAG OM INFÖRANDE AV NYA UPPSÅTSFORMER I SVENSK STRAFFRÄTT

Det förslag till en ny utformning av skuldformerna i svensk straffrätt som kommer att behandlas i det följande har presenterats i utredningen *Straffansvarets gränser* (SOU 1996:185). Förslagets utgångspunkt utgör en kritisk analys av nuvarande rättspraxis rörande uppsåtliga brott, särskilt när det gäller gränsdragningen mellan eventuellt uppsåt och medveten culpa. Kritiken riktar sig i första hand mot tillämpningen av det hypotetiska provet vid fastställandet av eventuellt uppsåt som kort berördes ovan. Förslagets teoretiska grund finner man hos Jareborg.<sup>10</sup>

Utredningens förslag är tämligen radikalt. Genomförandet av förslaget skulle innebära att man första gången i svensk straffrätt skulle införa en uppsåtsdefinition, som lyder enligt följande:

*”En gärning begås uppsåtligen om den är avsiktlig eller om den motsvarar vad gärningsmannen har insett, uppfattat eller antagit om den.”*

Någon definition av *culpa* föreslås inte.

Enligt förslaget skall alltså två uppsåtsformer införas. Den första formen kallas för *avsiktssuppsåt*, den andra för *insiktssuppsåt*. Avsiktssuppsåtet motsvarar *direkt uppsåt* enligt gällande rätt. Det innebär att gärningsmannen anses handla med avsiktssuppsåt om han eftersträvar det brottsliga resultat som han vet han åstadkommer genom sin handling. Den andra formen, insiktssuppsåtet, skulle omfatta det område som enligt gällande rätt täcks av *indirekt uppsåt* samt *eventuellt uppsåt*.

Insiktssuppsåtet relateras till det kognitiva momentet. Man skiljer mellan tre olika kognitiva inställningar. Gärningsmannen anses ha handlat uppsåtligen, för det första, om han *insett* att hans handlande skulle leda till det brottsliga resultatet. Här rör det sig om samma slags *praktisk visshet* som enligt gällande rätt krävs för indirekt uppsåt.<sup>11</sup> Uppsåtligen handlar vidare även den som vid gärningen *uppfattat* eller *antagit* att ett brottsligt resultat kan komma till stånd. Dessa två uttryck beskriver en lägre grad av visshet än gärningsmannens insikt rörande de relevanta omständigheterna<sup>12</sup>, dvs. det som enligt nuvarande uppsåtsläran motsvarar gärningsmannens insikt om att det föreligger risk för ett brottsligt resultat.

I utredningen beskrivs förhållandena mellan de nämnda kognitiva momenten enligt följande: *”Insett’ torde ofta avse en mer intellektuell bearbetning än*

<sup>10</sup> Se särskilt *Nils Jareborg*, Handling och uppsåt, Nordstedt 1969; *Jareborg*, Allmän kriminalrätt, Uppsala 2001, s. 325–329.

<sup>11</sup> SOU 1996:185, s. 130.

<sup>12</sup> *Ibid.*

'uppfattat' som kan ses som en mer passiv perception. Graden av insikt kan men behöver inte nödvändigtvis vara lägre vid 'uppfattat'. 'Antagit' pekar å ena sidan på en mer aktiv bedömning – en verklighetsföreställning som gärningsmannen tar som utgångspunkt i sitt handlande – men kan å andra sidan också avse en lägre grad av insikt än 'uppfattat'.<sup>13</sup> Någon exakt gränsdragning mellan de enskilda kognitiva momenten inbördes behöver man tydligen inte göra, eftersom de alla grundar gärningsmannens ansvar för uppsåtligt brott.<sup>14</sup> Däremot är det viktigt att kunna precisera innebörden av uttrycket "vad gärningsmannen uppfattat eller antagit om gärningen". Den kognitiva inställningen som åsyftas genom dessa uttryck utgör den lägsta graden av straffansvarsgrundande insikt och därmed gränsen mellan uppsåtliga och icke uppsåtliga brott.

*Insiktsuppsåtet* betecknas i utredningen som "kvalificerat sannolikhetsuppsåt". Därmed menar man att kravet på insikt hos gärningsmannen beträffande brottsrekvisiten sätts högre än vid "vanligt" sannolikhetsuppsåt. Man undviker dock att beskriva detta krav i sannolikhetsstermer på grund av risk för objektivisering av sannolikhetsgrader i domstolspraxis.<sup>15</sup>

När det gäller den praktiska tillämpningen framgår av utredningen att ett eventuellt införande av den föreslagna definitionen kan antas leda till – i jämförelse med nuvarande rättspraxis – att det kriminaliserade området för grova uppsåtliga våldsbrott utvidgas något. En sådan konsekvens betraktas som kriminalpolitiskt acceptabel resp. önskvärd. I fråga om andra brottstyper antas att ett eventuellt införande av den nya brottsdefinitionen inte skulle leda till nämnvärda förändringar i jämförelse med dagsläget.<sup>16</sup>

#### 4. NÅGRA REFLEKTIONER ÖVER FÖRSLAGET

Förslaget till den nya uppsåtsdefinitionen vilar på en fast teoretisk grund. Har man accepterat de grundläggande utgångspunkterna för uppsåtsbegreppets utformning som förslaget baseras på, dvs. i första hand en konsekvent anknytning av uppsåtsdefinitionen till det kognitiva momentet, finns det ingen anledning att ifrågasätta utformningen av definitionen i sig. Det kan inte heller råda några tvivel om att det föreslagna uppsåtsbegreppet är mera rationellt och i och med

<sup>13</sup> Op.cit., s. 129.

<sup>14</sup> En precisering av gärningsmannens kognitiva inställning i ett enskilt fall torde dock vara nödvändig, eftersom det vad gärningsmannen insett eller borde ha insett rörande gärningen, samt hans avsikter eller motiv, måste beaktas vid fastställandet av brottets straffvärde inom ramen för påföljdsbestämningen (se kap. 29 § 1 andra stycket brottsbalken).

<sup>15</sup> Op.cit., s. 124.

<sup>16</sup> Op.cit., s. 136.

detta mera begripligt än det eventuella uppsåt som fastställs med hjälp av det hypotetiska provet och som i Sverige fortfarande betraktas som gällande rätt, om än uppluckrad.

Förslaget väcker dock också vissa frågor. Den viktigaste och troligen besvärligaste frågan, som också kommer att behandlas i denna framställning, torde vara den föreslagna uppsåtsdefinitionens förhållande till culpabegreppet, närmare bestämt till *medveten culpa*. I utredningen berörs spörsmålet sporadiskt. Någon förklaring av på vilket sätt gränsen mellan insiktsuppsåtet och medveten culpa skall dras nämns inte. Inte heller genomgången av några typfall<sup>17</sup> på vilka insiktsuppsåtet ”prövas” ger en ledning hur gränsdragningen är tänkt att göras.

Man kan föreställa sig två typsituationer när domstolen med ett negativt resultat prövar huruvida insiktsuppsåtet i ett enskilt fall förelegat eller inte.

Domstolen kan, för det första, enbart slå fast att den åtalade varken insett, uppfattat eller antagit att det brottsliga resultatet skulle förverkligas. I detta fall är medveten culpa utesluten, eftersom denna skuldform förutsätter att gärningsmannen insett risken för en viss effekt.

Den andra situationen som kan tänkas uppstå är att domstolen konstaterar att den åtalade i och för sig (måste ha) insett, uppfattat eller antagit att ett brott skulle komma till stånd, men hade goda skäl att uppfatta det brottsliga resultatet som mindre sannolikt. I ett sådant fall kan fastställandet av straffansvar för ett medvetet culpöst brott te sig motiverat.

Utdömandet av straffansvar för ett brott begånget med medveten culpa är dock i en sådan situation inte problemfritt. Risken för den objektivisering av sannolikhetsgrader som förslaget vill undvika ligger tydligen för handen. Som ett allvarigare problem betraktar jag den omständigheten att gränsdragningen mellan uppsåtliga och oaktsamma brott kan bli godtycklig. I utredningen nämns att möjligheterna att föra bevisning talar för införandet av insiktsuppsåtet som uppsåtets lägsta gräns.<sup>18</sup> Vad man syftar på är dock bevisföringen om vad gärningsmannen insåg, uppfattade eller antog vid gärningsögonblicket i jämförelse med bevisföringen vid det hypotetiska eventuella uppsåtet. I denna bemärkelse delar jag utredningens åsikt. Det kan dock vara vanskligt att föra bevisning om med vilken sannolikhetsgrad gärningsmannen insett att effekten kan inträda. Och hur bedömer man situationen där gärningsmannen uppfattade effekten som i hög grad sannolik fastän sannolikheten objektivt sett var mycket låg? Slutligen kan frågan ställas om nödvändigheten att i den nu aktuella situationen enbart kunna utdöma ansvar för ett culpöst brott alltid blir kriminalpolitiskt godtagbar. Särskilt när en relativt liten risk för en mycket stor skada förelegat kan en sådan utgång te sig otillfredsställande. Ett i detta hänseende illustrativt rättsfall är NJA 1995

<sup>17</sup> Op.cit., s. 136–141.

<sup>18</sup> Op.cit., s. 136.

s. 119 som handlar om överföring av HIV-smitta (se ovan). I utredningen konstaterar man att insiktsuppsåtet inte alltid leder till tillfredsställande resultat vid överföringen av HIV-smitta och en särskild reglering förespråkas.<sup>19</sup> Man kan dock föreställa sig flera situationer där samma typ av problem aktualiseras (t.ex. hantering av radioaktiva ämnen, o.dyl.).

Den enligt min mening allvarligaste kritik som kan riktas mot insiktsuppsåtet är att dess eventuella införande i det närmaste skulle eliminera det område som för närvarande faller under medveten culpa och att kriminalisering av uppsåtliga brott på motsvarande sätt skulle utvidgas. Ett exempel som i utredningen anges som illustration av insiktsuppsåtets tillämpning bekräftar dessa farhågor:

En bilförare, som närmar sig ett övergångsställe där en person står i färd med att gå över gatan, föreställer sig (inser, uppfattar eller antar) att fotgängaren kommer att gå över gatan. Om bilföraren trots det fortsätter att köra och skadar fotgängaren, bör bilföraren anses ha gjort sig skyldig till ett uppsåtligt brott (misshandel eller försök till misshandel).<sup>20</sup>

Det är förstås inte uteslutet att bilföraren i en sådan situation även enligt gällande rätt, under specifika omständigheter, skulle ha kunnat anses skyldig till ett uppsåtligt brott. Men det normala vore att döma honom för ett culpöst brott (vållande till kroppsskada eller vållande till annans död). Vad man vid en ensidig fokusering på det kognitiva momentet förlorar ur sikte är att bilföraren kan fortsätta köra i förhoppning om att fotgängaren ändå skall se sig för och stanna, vilket är det normala beteende som bilföraren har goda skäl att räkna med, eller att bilföraren tror sig kunna stanna bilen i fall att fotgängaren trots allt ger sig över gatan. Med andra ord har bilföraren förlitat sig – utan tillräckliga skäl – på att det brottsliga resultatet inte inträffar. Vad han kan klandras för är att han negligerat den risk som situationen innebar och som han insett, inte att han accepterat effekten. Man kan förlänga resonemanget och ställa frågan hur man vid tillämpningen av insiktsuppsåtet hade bedömt en situation, där bilföraren som insett risken vidtar vissa försiktighetsåtgärder, t.ex. genom att sänka farten, men inte tillräckligt för att undvika kollisionen. Det verkar som att det inom ramen för insiktsuppsåtets tillämpning inte finns något utrymme för att kunna beakta sådana omständigheter.

I sammanhanget kan nämnas att utredningen vid sina överväganden riktade kritik mot likgiltighetsuppsåtet (det faktiska eventuella uppsåtet) på den grunden att det straffbara området för medveten oaktsamhet vid ett eventuellt antagande av denna variant av eventuellt uppsåt torde bli närmast obefintlig.<sup>21</sup> Jag delar inte denna uppfattning.

<sup>19</sup> Op.cit. s. 144–145.

<sup>20</sup> Op.cit. s. 131.

<sup>21</sup> Op.cit. s. 119.

Det förslag till införande av den nya uppsåtsdefinitionen som utredningen lagt fram har inte lett till en ny lagstiftning. Trots det är frågan mycket aktuell. I ett färskt rättsfall åtalades en man för bl.a. försök till grov misshandel på grund av att han med sin bil, när han skulle stoppas av en polisman, körde rakt mot polismannen som räddade sig genom att hoppa åt sidan. Både i tingsrätten och hovrätten dömdes den åtalade för grov misshandel. Hovrätten i sin motivering slog fast att varken direkt eller indirekt uppsåt att skada polismannen kunde styrkas. Vidare prövade hovrätten om den åtalade kunde anses ha handlat med eventuellt uppsåt. Inte heller denna uppsåtsform ansågs tillämplig, så att hovrätten konstaterar ”att en tillämpning av de traditionella uppsåtsformerna leder till att åtalet för försök till grov misshandel skall ogillas”.<sup>22</sup> Efter denna prövning dömde hovrätten den åtalade för försök till grov misshandel med tillämpning av insiktsuppsåtet. Högsta domstolen meddelade prövningstillstånd men i skrivande stund är fallet fortfarande inte avgjort.<sup>23</sup>

Det kanske framgår av framställningen ovan att min förhoppning inte är att Högsta domstolen accepterar insiktsuppsåtet. En uppsåtsdefinition, skriven eller oskriven, bör enligt min uppfattning göra det möjligt att fånga upp alla de moment som kan anses ha relevans för bedömningen av gärningsmannens inre inställning till hans gärning. Insiktsuppsåtet riktar sig onekligen mot den absolut viktigaste komponenten i detta hänseende, nämligen mot gärningsmannens insikt om vad han egentligen håller på med. Men vad man i ett på skuldprincipen grundat straffrättsystem till syvene och sist måste vara ute efter är gärningsmannens *inställning* till vad han gör. I det här perspektivet är vår kännedom om vad gärningsmannen visste om vad han gjorde enbart ett indicium, låt vara det viktigaste, som gör det möjligt att dra tämligen säkra slutsatser rörande hans inställning till brottet. Det finns dock ingen anledning att frånsäga sig möjligheten att i detta syfte beakta även andra omständigheter som kan ha relevans i sammanhanget. Enligt min uppfattning kan insiktsuppsåtet med sin fokusering på gärningsmannens insikt, uppfattning eller antagande leda till att man förlorar ur sikte de andra relevanta momenten. En sådan nackdel ser jag inte hos det faktiska eventuella uppsåtet, som uppmanar att beakta både gärningsmannens insikt och de relevanta faktiska omständigheterna i övrigt.

<sup>22</sup> Hovrätten för Skåne och Blekinge, domen av den 3 december 2001, mål nr. B 484-01.

<sup>23</sup> Vid tiden för korrekturet har dom fallit. HD accepterade inte HovR:s bedömning av uppsåtsfrågan. Med tre röster mot två dömdes den åtalade för uppsåtligt brott med tillämpning av eventuellt uppsåt (HD:s dom av den 25 oktober 2002, mål nr. B 329-02).



---

## Kirjoittajaluettelo

- Backman, Eero* OTT, VTK, rikosoikeuden professori, Turun yliopisto  
*Cornils, Karin* Dr., Dr. h.c., wissenschaftliche Referentin, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg i.Br., Deutschland
- Frände, Dan* Jur.dr., vicesh., professor i straff- och processrätt, Helsingfors universitet
- Greve, Vagn* Lic.jur., jur.dr. h.c., professor i strafferet, Københavns Universitet, Danmark
- Halonen, Tarja* OTK, OTT h.c., tasavallan presidentti  
*Heinonen, Olavi* OTT, VT, korkeimman oikeuden presidentti (eläkkeellä)  
*Hirvonen, Ari* OTT, yleisen oikeustieteen yliopistonlehtori, Helsingin yliopisto
- Jareborg, Nils* Jur.dr., jur.dr. h.c., professor i straffrätt, Uppsala universitet, Sverige
- Jonkka, Jaakko* OTT, VT, dosentti, apulaisoikeuskansleri  
*Kekkonen, Jukka* OTT, VT, oikeushistorian ja roomalaisen oikeuden professori, Helsingin yliopisto
- Kiuru, Hannu* OTL, VT, korkeimman oikeuden esittelijäneuvos, vankilaoikeuden puheenjohtaja
- Lahti, Raimo* OTT, VT, VTM, rikosoikeuden professori, Helsingin yliopisto
- Lappi-Seppälä, Tapio* OTT, professori, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen johtaja
- Majanen, Martti* OTT, VT, rikosoikeuden professori, Helsingin yliopisto  
*Marttunen, Matti* OTK, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkija  
*Matikkala, Jussi* OTL, VT, rikosoikeuden assistentti, Helsingin yliopisto  
*Nikula, Paavo* OTL, OTT h.c., oikeuskansleri  
*Nuotio, Kimmo* OTT, VT, oikeustieteen professori, Helsingin yliopisto  
*Nuutila, Ari-Matti* OTT, oikeustieteen professori, Turun yliopisto  
*Pajuoja, Jussi* OTT, dosentti, oikeusministeriön hallitusneuvos  
*Träskman, Per Ole* Jur.dr., professor i straffrätt, Lunds universitet, Sverige  
*Utriainen, Terttu* OTT, VT, rikosoikeuden professori, Lapin yliopisto  
*Viljanen, Pekka* OTT, VT, rikos- ja prosessioikeuden professori, Turun yliopisto
- Zila, Josef* Jur.dr., docent i straffrätt, Stockholms universitet, Sverige

Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII -teos on omistettu Helsingin yliopiston rikosoikeuden professorille Pekka Koskiselle hänen 60-vuotispäivänsä 1.1.2003 johdosta. Teoksen ovat toimittaneet professorit Raimo Lahti ja Tapio Lappi-Seppälä. Teos jatkaa vuonna 1949 alkanutta Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen perinnettä julkaistua juhlakirjoina rikosoikeudellisen tutkimustyön tuloksia.

Teoksen aloittaa tasavallan presidentti Tarja Halosen tervehdys. Tieteellisiä kirjoituksia on yhteensä 23. Kirjoitukset kattavat monipuolisesti rikosoikeuden ja rikollisuuden tutkimuksen eri osa-alueita. Kun Pekka Koskisella on ollut keskeinen asema rikoslain kokonaisuudistuksen valmistelussa, on ymmärrettävää, että monessa kirjoituksessa käsitellään tuon päätösvaiheessa olevan mittavan lainsäädäntöhankkeen kysymyksiä. Yleisten oppien uudistusta (hallituksen esitys 44/2002 vp) eritellään kaikkiaan kolmessa eri kirjoituksessa.

Kriminaalipolitiikan ja rikosoikeuden perustavat kysymyksenasettelut ja kehitysuunnat ovat niin ikään esillä lukuisissa kirjoituksissa. Kriminaalipolitiikan rooli on yhteiskuntapolitiisessa keskustelussa kasvanut. Siten on tärkeää analysoida, miten kriminaalipolitiikkamme on 1960-luvun murroksen jälkeen muuttunut sekä mihin suuntaan ja mistä mallia ottaen sitä tulisi jatkossa kuljettaa. Uusimmat kriminologian teoriat ovat usean kirjoittajan tarkasteltavina, ja niistä saadaan aineksia Suomen sekä laajemmin eurooppalaisen kriminaalipolitiikan ja rikosoikeuskehityksen kriittiselle arvioimiselle. Oikeusvertailun näkökulman teokseen tuovat ulkomaiset kollegat selvittäessään varallisuusrangaistuksen tulevaisuutta, syyte-oikeuden vanhentumista Pohjoismaissa ja ruotsalaista tahallisuusoppia.

Rikoslainopilliset kirjoitukset käsittelevät kiristyksen ja väärän ilmiannon tunnusmerkistöjä, jälkikonkurrensia sekä menettämisseuraamuksista annettujen uusien säännösten tulkintaa. Muita kirjoitusten aiheita ovat laillisuusvalvojan asema syyttäjänä sekä valtion virkojen täytön periaatteet.

