
RIKOS-
OIKEUDELLISIA
KIRJOITUKSIA
VIII

RAIMO LAHDELLE
12.1.2006 OMISTETTU

RIKOSOIKEUDELLISIA KIRJOITUKSIA VIII



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 268

Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII

Raimo Lahdelle
12.1.2006 omistettu

Toimitusneuvosto

Dan Frände

Petri Jääskeläinen

Pekka Koskinen

Tapio Lappi-Seppälä

Martti Majanen

Kimmo Nuotio

Toimittajat

Petri Jääskeläinen

Pekka Koskinen

Martti Majanen

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-519-6

© 2006 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-250-9

Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala 2006

Sisällysluettelo

Raimo Lahti 60 vuotta	IX
<i>Backman, Eero</i> : Ajatuksia rikosoikeuden rajoituksista ja mahdollisuuksista	1
<i>Burrell, Riitta</i> : Hedelmöityshoitolain valmistelun vaiheita Suomessa ...	11
<i>Frände, Dan</i> : Om att frysa i EU – några iakttagelser	19
<i>Greve, Vagn</i> : Genoptagelse af straffesager – nogle træaf dansk ret	31
<i>Hirvonen, Ari</i> : Rikosoikeuden legitimiisyydestä	51
<i>Jonkka, Jaakko</i> : Valittuja kysymyksiä esitutkinnan aloittamisesta ja kohdentamisesta.....	67
<i>Jääskeläinen, Petri</i> : Syyttömyysolettaman kumoamisesta syyttäjän päätöksenteossa erityisesti silmällä pitäen seuraamusluonteista syyttämättä jättämistä	83
<i>Kekkonen, Jukka</i> : Taistelua rikollisuutta vastaan? Näkökulmia kuolemanrangaistuksen historiaan.....	101
<i>Kiuru, Hannu</i> : Yksilöllinen käsittely ja yhteiskuntasuojelu	117
<i>Koponen, Pekka</i> : Itsekriminointisuoja	127
<i>Koskinen, Pekka</i> : Liikenne rikkomus ja yleiset opit	149
<i>Kurenmaa, Tero</i> : Markkinoiden väärinkäyttö ja ne bis in idem -periaate	159
<i>Kuusimäki, Matti</i> : Voiko vaatimus yhdenvertaisuudesta lain edessä muuttua taakaksi?	171
<i>Lappi-Seppälä, Tapio</i> : Rangaistuskäytännön hinta.....	181
<i>Lehtonen, Lasse</i> : Suostumusoikeudet ja ihmiskudoksen käyttö	215
<i>Lindstedt, Jukka</i> : Terrorismipuitepäätös ja suomalaiset terrorismia koskevat rangaistussäännökset	231
<i>Lötjönen, Salla</i> : Tutkittavan itsemääräämisoikeuden suojaaminen jälki- käteisten sanktiomekanismien ja korvausjärjestelmien turvin	251
<i>Majanen, Martti</i> : Rikoksen uusiminen ja rikoslainsäädäntö	269
<i>Matikkala, Jussi</i> : Murha 2000-luvun alussa	281
<i>Minkkinen, Panu</i> : Rikoksesta, kaunasta ja anteeksiannosta.....	293
<i>Niemi-Kiesiläinen, Johanna</i> : Feministinen toimintaohjelma väkivaltaa vastaan Ruotsissa	301
<i>Nikula, Paavo</i> : Kirjakieli ja virkakieli	315
<i>Nuotio, Kimmo</i> : Esimiehen laiminlyöntiperusteinen vastuu alaisen tahallisesta rikoksesta liike-elämässä	323
<i>Nuutila, Ari-Matti</i> : Sotilaallinen kriisinhallinta ja rikosoikeus.....	357

<i>Ohisalo, Jussi</i> : Rikosprosessi viestintänä: marginaalista ydinalueelle?	371
<i>Pajuoja, Jussi</i> : Jäännösrangaistuksen määrääminen täytäntöön- pantavaksi	393
<i>Pihlajamäki, Antti</i> : Julkisen sektorin lahjonta Suomen rikoslaissa ja korruptionvastaiset kansainväliset sopimukset.....	405
<i>Sootak, Jaan – Elkind, Elina</i> : The concept of corporate criminal responsibility and its further developments in the Estonian case law.....	421
<i>Tapani, Jussi</i> : Rikosoikeuden yleiset opit tutkimuskohteena	437
<i>Tolvanen, Matti</i> : Liiketoimintakiello rikosoikeudellisena seuraamuksena ja turvaamistoimenpiteenä	453
<i>Träskman, Per Ole</i> : Äppel eller päron? Om de straffrättsliga juris- diktionsreglernas riktiga hemvinst	467
<i>Utriainen, Terttu</i> : Ovatko väkivaltarikosten tuomiot kohdallaan?	483
<i>Viljanen, Pekka</i> : Yhteisen rangaistuksen käyttöala laajenee – valitettavasti.....	495
<i>Wahlberg, Markus</i> : Relatiivisten rangaistusteorioiden kritiikistä Berneriellä ja Ehrströmillä	509
Kirjoittajaluettelo	539
Raimo Lahden bibliografia	541



Rasmus Lin

Raimo Lahti

60 vuotta

Helsingin yliopiston rikosoikeuden professori Raimo Otto Kalervo Lahti täyttää 60 vuotta 12. tammikuuta 2006. Raimo Lahden yliopistoura alkoi professori Veli Merikosken tutkimusavustajana 1966, Lahden ollessa 20-vuotias. Kun varhain aloittaa, ehtii moneen mukaan. Raimo Lahden ansioluettelo neljän vuosikymmenen ajalta onkin hengästyttävää luettavaa.

Raimo Lahden juuret ovat Keski-Suomessa. Hän syntyi Jyväskylän maalaiskunnassa, missä kotitila oli ollut saman suvun hallussa jo vuosisatojen ajan. Yhteyden säilyttämistä keskisuomalaisiin juuriin ilmentää muun muassa toiminta Keskisuomalaisen Osakunnan kuraattorina sekä pitkäaikaisena (1980–1995) inspehtorina. Vuodesta 1996 Lahti on ollut osakunnan kunniajäsen.

Lahti tuli ylioppilaaksi Jyväskylän normaalilyseosta 1964. Oikeustieteen opinnot Helsingin yliopistossa sujuivat vauhdilla: oikeustieteen kandidaatiksi vajaassa kahdessa vuodessa erityismaininnoin ”oivallisesti”. OTL-tutkinto valmistui heti perään 1967. Juridiikan lomassa hoituivat valtiotieteen kandidaatin tutkintoon 1971 johtaneet opinnot. Oikeustieteen väitöskirja oli valmiina 1974, otsikolla ”Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä erityisesti silmällä pitäen tuomitsematta jättämistä”. Kaiken tämän lisäksi Lahti auskultoivatuuvaratuomarin arvon setänsä johtamassa Janakkalan tuomiokunnassa 1970–1971.

Merikosken tutkimusapulaisen tehtävien jälkeen Raimo Lahti aloitti viranhoidon rikosoikeuden puolella, ensin Helsingin tiedekunnan rikosoikeuden assistenttina 1967–1970. Seitsemänkymmentäluvulla seurasi tilapäinen Turun kausi, joka huipentui rikosoikeuden professorin oppituoliin 1976–1979. Sitten tulikin paluu Helsinkiin, jossa Lahti on ollut rikosoikeuden professorin virassa vuodesta 1979 alkaen.

Raimo Lahden tuotantoa leimaa laaja-alainen, ”gesamte Strafrechtswissenschaft”-ajatusta heijastava lähestymistapa. Jo väitöskirjatyoissa rikoslainopillinen, kriminologinen ja kriminaalipoliittinen ulottuvuus nivoutuivat hedelmälli-

sellä tavalla yhteen. Lahti on usein korostanut pyrkineensä jatkamaan opettajan-
sa Inkeri Anttilan edustamaa tutkimussuuntausta, ja näin hänen työtään onkin
helppo luonnehtia. Tämä koskee myös kriminaalipolitiikan sisältöä, jossa Lahti-
kin on edustanut ja kehittänyt rationaalista ja humaania pohjoismaista linjaa. Yh-
teiskuntatieteellinen koulutus antaa Lahden tutkimustyöhön ulottuvuuksia, jotka
ylittävät kapea-alaisen juridiikan rajat.

Inkeri Anttilan jalanjäljissä Raimo Lahti on myös alusta alkaen hakeutunut
kansainvälisiin kuvioihin. Hän on tehnyt tutkimustyötä ulkomailla, edistänyt
oman yliopistoyksikkönsä tiiviitä kansainvälisiä suhteita ja vähitellen saanut
osakseen yhä merkittävämpiä kansainvälisiä luottamustehtäviä. Kriminaalitietei-
teiden alan kansainvälisissä järjestöissä Lahti on toiminut aktiivisesti. Vuodesta
1994 hän on ollut alan merkittävimmän kansainvälisen järjestön Kansainvälisen
rikosoikeusyhdistyksen (AIDP) varapresidentti. Uusin merkittävä luottamuksen
osoitus on se, että YK:n yleiskokous valitsi Lahden elokuussa 2005 entisen Ju-
goslavian alueella tapahtuneita sotarikoksia käsittelevän tuomioistuimen ICTY:n
ad litem -tuomariksi.

Tämä nimitys sopii erityisen hyvin Lahden profiliin. Hänen harrastustensa
ydinalueita on ollut juuri kansainvälinen rikosoikeus. Kansainvälisten rikostuo-
mioistuinten ajatusta hän on aina lämpimästi kannattanut. Pysyvän kansainväli-
sen rikostuomioistuimen (ICC) perustaminen tyydyttää varmasti Lahtea syvästi,
niin määrätietoisella tavalla hän jaksoi puhua sen puolesta silloinkin, kun se ei
ollut kovin muodikasta.

Raimo Lahden harrastus ja tutkimuksellinen uteliaisuus ei ole tunnustanut
edes laveasti määriteltujen kriminaalitieteiden rajoja. Lääkintä- ja bio-oikeus on
jo vanhastaan ollut hänen mielenkiintonsa tärkeä kohde. Harrastus lähti liikkeel-
le jo 1960-luvun lopulla, kun Lahti toimi aborttilakikomitean sihteerinä. Voi pi-
tää ratkaisevalla tavalla Lahden ansiona, että uusi oikeudenala lääkintä- ja bio-
oikeus on saanut jalansijaa sekä alasta ja sen kehittämisestä kiinnostuneita lupaa-
via nuoria tutkijoita.

Lahden omaa tutkimustyötä leimaa tunnontarkka ja rehellinen suhtautuminen
tutkimustehtävään. Hän ei lakaise hankalia asioita maton alle, vaan pyrkii koh-
taamaan ongelmat silmästä silmään ja parhaansa mukaan työstämään niitä. Tällä
asenteella kirjoja ei synny liukuhihnalta, mutta se mikä syntyy, on loppuun asti
mietittyä ja viimeistellyä. Kaiken kaikkiaan Lahden julkaisuluettelo sisältää
kunnioitettavan määrän nimikkeitä, joista huomattava osa on ilmestynyt arvoste-
tuissa kansainvälisissä julkaisuissa.

Lahti on toiminut lukuisissa komiteoissa, toimikunnissa, johtokunnissa, neu-
vottelukunnissa ja vastaavissa puheenjohtajana tai jäsenenä. Vuosina 1994–2000
hän oli myös valtakunnanoikeuden jäsen. Eduskunnan eri valiokunnissa Lahtea
on niin ikään säännöllisesti käytetty asiantuntijana. Kaikki nämä virallistehtävät
Lahti ottaa vakavasti ja asioihin perusteellisesti paneutuen.

Rikoslain kokonaisuudistusta valmistelleessa rikoslakiprojektissa Lahti oli keskeisessä asemassa johtoryhmän jäsenenä sekä eri työryhmien puheenjohtajana tai jäsenenä (1980–1999). Viime vuosien kirjoituksissaan Lahti on esittänyt myös kritiikkiä joitain rikoslain uudistuksessa omaksuttuja ratkaisuja kohtaan. Hän on aivan oikein pyrkinyt säilyttämään riippumattoman ja kriittisen tutkijan asenteensa silloinkin, kun kysymys on lainsäädännöstä, jonka valmistelussa hän on itse ollut mukana.

Lahti on uskomattoman tehokas tohtorikouluttaja. Hänen johdolla on valmistunut jo seitsemäntoista väitöskirjaa – joiden tekijöistä monet ovat kirjoittajina mukana tässä juhlakirjassa. Eikä sarjalle ole loppua näkyvissä. Henkisen kannustuksen ja ohjauksen sekä tuen lisäksi Lahdella on erinomainen taito etsiä rahoitusta ja työmahdollisuuksia oppilailleen.

Yliopistohallinnossa Raimo Lahti on ollut monin tavoin aktiivisesti mukana. Hän on ollut sekä Turun että Helsingin tiedekunnan varadekaani ja Helsingin yliopiston konsistorin jäsen, lukuisista muista yliopistohallinnon tehtävistä puhumattakaan.

Yliopisto-opetuksesta puhuttaessa ei saa unohtaa sitä panosta, jonka Lahti on antanut tiedekunnan opetuksen kansainvälistämisessä. Hän on nähnyt paljon vaivaa englanninkielisen LL.M.-ohjelman suunnittelussa ja toteuttamisessa. Samoin hän on ollut vastaavana koordinaattorina Helsingin yliopistossa järjestetyissä SOCRATES-intensiiviohjelmissa.

Raimo Lahti on yhdistysihminen henkeen ja vereen. Hän on ollut perustamassa monia yhdistyksiä ja toiminut keskeisissä tehtävissä perinteisissä järjestöissä. Jälkimmäisistä voi mainita puheenjohtajuuden Suomalaisessa Lakimiesyhdistyksessä ja Suomen Kriminalistiyhdistyksessä. Lahden käynnistämää yhdistyksiä ovat muun muassa Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen yhdistys sekä Eurooppalaisen rikosoikeuden yhdistys. Kaikkiaan lista Lahden luottamustehtävistä kotimaisissa ja kansainvälisissä tieteellisissä järjestöissä on pitkä.

Aivan oma merkityksensä eri järjestöjen joukossa Raimo Lahdelle on varmasti ollut Pohjoismaisella kesäakatemiolla, jonka Suomen osaston taloudenhoitajana hän oli 1960-luvun lopulla. Pohjoismaisen kesäakatemian toiminta kokosi noihin aikoihin eri alojen nuoria ja varttuneempia tutkijoita. Toimintaa leimasi avarakatseinen, uutta etsivä ja liberaali 60-lukulaisuus. Tuossa toiminnassa syntyi myös monia tärkeitä henkilösuhteita – niin Raimo Lahdellekin, joka näissä kuvioissa kohtasi tulevan puolisonsa, nykyisen hovioikeudenlaamanni Varpu Lahden.

Raimo Lahti on ollut järjestämässä lukuisia kansainvälisiä kokouksia ja seminaareja. Niiden yhteydessä järjestetyissä iltatilaisuuksissa Raimo ja Varpu Lahden vieraanvarainen koti on aina tarjonnut tilaisuuden tieteellisesti ja sosiaalisesti antoisaan yhdessäoloon.

Järjestötehtävien rinnalla on mainittava Lahden panos tieteellisten julkaisusarjojen toimittamisessa. Näissäkin tehtävissä on sekä kotimaisia että kansainvä-

lisiä. Suomalaisille lakimiehille tunnetuin on varmaan ollut Lakimies-aikakauskirjan päätoimittajan tehtävä (1991–1999).

Lahtea voi oikeustieteen tutkijana luonnehtia monessa suhteessa yhteiskuntatieteellisesti suuntautuneeksi. Varsinaiseen poliittiseen toimintaan hän on kuitenkin pitänyt etäisyyttä. Se käänne yhteiskunnallisessa ilmapiirissä, joka katkaisi 60-lukulaisen liberaalin yleisedistyksellisyyden, tuntuu joka tapauksessa satuttaneen Lahtea. Heikki Halilan ja Pekka Timosen teoksessa ”Miten meistä tuli oikeustieteen tohtoreita” (Helsinki 2003) Lahti muistelee yhteiskunnallista ilmapiiriä väitöskirjatyönsä aikoihin 1960–1970-lukujen vaihteessa (s. 169): ”Uudistusliikkeiden edustama yleisedistyksellinen liberalismi tosin murtui 1960- ja 1970-lukujen vaihteessa. Yhteiskuntakeskustelussa ja sen älymystössä esiintyvät asenteet jyrkkenivät ja kaikkinaisen toiminta puoluepolitisoitui. – Puolueisiin sitoutumaton – joihin itse lukeuduin ja edelleen lukeudun – tunsu rintamalinjojen jyrkennyttyä jääneensä henkisesti kodittomaksi ja poliittisesti sitoutuneiden jatkuvan propagandan ja myös perusteettoman leimaamisen kohteeksi.” Tämän päivän maailma ja tämän päivän Suomi on kovin toinen kuin Lahden muistelevana ajankohtana. Tapahtuneen kehityksen valossa Raimo Lahdella tuskin on aihetta katua niitä arvoja ja asenteita, joista hän on aina pitänyt kiinni.

Työtoverina ja ystävänä Raimo Lahti on turvallinen ja luotettava. Rehellisyys ja pyrkimys oikeudenmukaisuuteen on Lahdelle leimallista.

Raimo Lahtea 60-vuotispäivän johdosta onnittelevat sekä terveyttä, luovan työn iloa ja menestystä vastakin toivottavat juhlakirjan julkaiseva suomalainen Lakimiesyhdistys, teoksen kirjoittajat, ja heidän mukanaan suomalainen lakimieskunta.

Petri Jääskeläinen

Pekka Koskinen

Martti Majanen

.....

Eero Backman

Ajatuksia rikosoikeuden rajoituksista ja mahdollisuuksista

RIKOSOIKEUDEN YTIMESTÄ REUNA-ALUEILLE

On mahdoton ajatella yhteiskuntaa, jossa eräitä keskeisiä kriminalisointeja ei olisi. Toisen ihmisen tahallinen surmaaminen ja pahoinpiteleminen, ryöstäminen, omaisuuden anastaminen ja tahallinen vahingoittaminen sekä kunnian loukkaaminen kuuluvat niihin. Voidaan luontevasti puhua rikosoikeudellisen sääntelyn ydinalueesta. Mainittujen kriminalisointien ohella niihin kuuluu valtio- ja yhteiskuntajärjestystä vastaan tehtyjen tekojen rikosoikeudellinen sanktiointi.

Rikosoikeudellisen sääntelyn rajoittuminen mainitun kaltaiselle ydinalueelle oli tyypillistä menneiden vuosisatojen yhteiskunnalle. Silloin varsinaista rikosoikeudellista sääntelyä täydensi politiaaoikeudeksi kutsuttu hallinnollinen sääntely. Suomen alkuperäisessä vuoden 1889 rikoslaissa oli 41 luku kirkollista järjestystä koskevain, 42 luku valtion turvallisuutta tahi yleistä järjestystä varten annettujen, 43 luku hyviä tapoja koskevain ja 44 luku hengen, terveyden tahi omaisuuden suojelemiseksi annettujen määräysten rikkomisesta. Nykyään näistä säännöksistä on enää voimassa RL 43 luvun 7 §:

”Joka viettelee kahdeksaatoista vuotta nuoremman nauttimaan päihdyttävää juomaa, niin että tämä siitä juopuu, rangaistakoon [enintään kahdensadan markan] sakolla.”

Nuorison nykyelämää seurattessa näyttää selvältä, että säännös on niin kansalaisille kuin viranomaisillekin tuntematon kuollut kirjain. Päihteenkäyttö on sadassa vuodessa moninkertaistunut. RL 43 luvun 6 §:ssä ollut kielto esiintyä juopuneena julkisella paikalla tms. kumottiin vuonna 1968. Päihkeitä koskevassa rikosoikeudessa sääntelyn painopiste on siirtynyt niiden käyttämisen sääntelystä valmistuksen, maahantuonnin, myymisen, levittämisen yms. sääntelyyn. Tässä mielessä sääntely on ”rikosoikeudellistunut”.

Rikosoikeuden kehityksen ”suuria linjoja” havainnollistavat kuitenkin erät muut elämänilmiöt: liikenne, työ- ja elinkeinoelämä, viestintä ja ympäristö. *Elina Pirjatanniemi* pohti 17.6.2005 puolustamassaan väitöskirjassa monipuolisesti rikosoikeuden tehtäviä, oikeutusta, mahdollisuuksia ja rajoja.¹ Tässä ei ole

¹ Pirjatanniemi, Elina, *Vihertyvä rikosoikeus. Ympäristökriminalisointien oikeutus, mahdollisuudet ja rajat*, Helsinki 2005. Kirjan pääteemoja ovat mm. kestävä kehitys, sisä- ja ulkopolitiikka ja ympäristö.

tarkoitus arvioida teosta tai kommentoida sitä, vaan esittää joitakin ympäristörikos oikeutta yleisempiä näkökulmia rikosoikeuden rajoituksista ja mahdollisuuksista. Rikosoikeuden justifikaation ongelmat jätän sivuun.

RIKOSOIKEUS OSANA IHMISTEN YHTEISKUNNALLISTA JÄRJESTYSTÄ

Lait eivät ole kaikkivoipia eikä oikeuden avulla ole mahdollista säännellä kaikkia elämässä esiin tulevia asioita.² Monissa asioissa rikosoikeudellinen sääntely ei tule kysymykseen tai sen mahdollisuudet ovat rajallisia. Eräät rajoitukset ovat triviaaleja ja siinä mielessä itsestään selviä. Joitakin selviä rajoituksia monet eivät kuitenkaan pidä selvinä. Monilla on liian vankka usko rikosoikeudellisen sääntelyn vaikutusvoimiin.

Ensinnäkin oikeus on *ihmisten yhteiskunnallinen järjestys*. Sen avulla ei ole mahdollista säännellä ihmisten yhteiskunnalliseen sfääriin kuulumattomia ilmiöitä, esimerkiksi puhtaita luonnonilmiöitä tai eläinten käyttäytymistä. Oikeus ei tunnusta luontoa, ympäristöä tai eläimiä oikeussubjekteiksi eikä aseta niille oikeudellisia velvollisuuksia, olivatpa jotkut harrastajafilosofit siinä asiassa toista mieltä. On tarkoituksetonta ulottaa oikeutta alueille, joihin ihmiset eivät voi vaikuttaa. Eri asia on, että ihmisillä on luontoon, ympäristöön ja eläimiin kohdistuvia velvoitteita. Esimerkiksi ympäristön- ja eläinsuojelu ovat *ihmisten yhteiskunnalliseen sfääriin* kuuluvia asioita.

Rikosoikeus *ei* voi asettaa ihmisille *ylivoimaisia vaatimuksia*. Sankarillisuus on harvinaista eikä sitä voi yleistää kaikkia koskeviksi velvollisuuksiksi. Rikosoikeudellisten normien on oltava sisällöltään sellaisia, että niiden mukaan ihmiset voivat yleensä toimia. Rikosvastuu edellyttää mahdollisuutta valita lainmukainen käyttäytymisen tapa. Velvollisuuksia asettaessaan rikosoikeus ottaa yleisten standardien ohella huomioon yksilöllisiä erityispiirteitä. Käyttäytymisvaatimukset voivat erota esimerkiksi iän, koulutuksen, sukupuolen tai erityisen aseman perusteella. Näkökohta on rakentunut kaikkiin moderneihin rikosoikeusjärjestyksiin, vaikka sillä voi olla erilaisia ilmenemismuotoja tai nimiä. Niitä ovat esimerkiksi ”tahdonvapaus” klassisen rikosoikeuden doktriinissa, ”normatiivinen syyllisyysaines”, ”konformiteettiperiaate”, ”toisintoimimismahdollisuus”,

ympäristön rikosoikeudellisessa sääntelyssä, ekologisuuden painottaminen siinä, ympäristörikosoikeuden yhteyshakuisuus ja kansainvälisyys, ympäristölliset oikeudet ja vastuuasemat, repressiivisyyden ja ennaltaehkäisyn suhde, vastuun perusteet ja rajat. Teoksen lopussa on neljä havainnollista esimerkkitapausta käytännön elämästä.

² Se on ymmärretty jo varhain, ks. 11 tuomarinohje: ”Ei laki hyväksy kaikkea, mitä se ei rankaise, sillä ei lakikirja saata kaikkia rikoksia luetella.”

”...olisi voinut voimia toisin...”, ”Zumutbarkeit-periaate”, pakkotila oikeuttamisperusteena tai yksilöivä syyksilukeminen tahallisuudessa ja tuottamuksessa.³

Rikosoikeuden sääntelyalaa voi rajoittaa *ongelman makrotasoisuus*. Oikeuden mahdollisuudet vaikuttaa esimerkiksi globaaliin ongelmiin, suurvaltojen keskinäisiin suhteisiin, talousjärjestelmän toiminnan perusteisiin, suuriin yhteiskunnallisiin konflikteihin tai aseellisiin selkkauksiin rajoittuvat marginaalisiin ilmiöihin. Sotien jälkiselvittelyihin kuuluvat rikosoikeudenkäynnit ovat useimmiten voittajien tekemää oikeushistoriaa. Kielteisiksi tunnustettujen ilmiöiden rikosoikeudellista sääntelyä saattavat estää suuret taloudelliset tai valtiolliset edut taikka mittavat sosiaaliset tarpeet. Sellaisten perusteiden puuttuessa ilmeisesti kiellettäisiin ankaran rangaistuksen uhalla esimerkiksi ydinasetuotanto, uusiutumattomien luonnonvarojen tuhlaileva käyttö tai päihdeteollisuus. Rikosoikeudellisen sääntelyn kohteina sodassa ovat sen lakien ja tapojen rikkominen sekä siviiliväestön, hädänalaiseen tilaan joutuneiden ja sotavankien ihmisyyden loukkaaminen, mutta eivät sodankäyntiin sinänsä kuuluvat väkivallanteot ja tuhotyöt. Äärimmäisen väkivallan ja tuhon edessä rikosoikeudellinen sääntely näyttää voimattomalta.⁴

Toisessa ääripäässä on *ongelman mikrotasoisuus*. Ilmiöitä voi myös sen vuoksi jäädä rikosoikeuden ulkopuolelle. On tarkoituksetonta rikosoikeudellisesti säännellä asioita, joiden haitallisuutta pidetään vähäisenä, vaikka kielteisyys yleisesti tunnustetaan. Sellaista on esimerkiksi valehtelu tai ärsyttävä käyttäytyminen ihmisten jokapäiväisessä elämässä. Yhteiskuntaa, joka pyrkisi rangaistukseen ohjaamaan ihmisten arkielämän kaikkia piirteitä, pidettäisiin ilmapiiriltään ahtaana ja tynnyttävänä.

³ Toisintoimimismahdollisuutta on viime aikojen oikeuskirjallisuudessa pohdittu paljon. Ks. esimerkiksi Jareborg, Nils, Handling och uppsåt, Stockholm 1969, laajasti; Laukkanen, Vesa, Kohutuottomuus ”Unzumutbarkeit” – syyllisyyden poistava anteeksiantoperuste? Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI, 1989, s. 247–258; Nuutila, Ari-Matti, Toisintoimimismahdollisuus Serlachiuksella ja Honkasalolla – tavoitteita ja arvoja, sama teos s. 342–362; Nuutila, Ari-Matti, Yksilöllinen voiminen ja rikosoikeudellinen tuottamus, teoksessa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta, 1991, s. 317–344; Nuutila, Ari-Matti, Rikosoikeudellinen huolimattomuus, 1996, s. 528–540 ja Utriainen, Terttu, Syyllisyys muuttuvana käsitteenä, 1984, s. 140–151.

⁴ Rikosoikeuden rajat tulivat dramaattisella tavalla esiin 11.9.2001 New Yorkin World Trade Centeriin ja Washingtonissa sijaitsevaan USA:n puolustusministeriöön suunnatuissa iskuissa, joissa kaapatut lentokoneet törmäsivät niihin. WTC:n tornitalot romahtivat ja tuhansia ihmisiä kuoli. Terrori-iskua seurasi sotilaallinen vastaisku Afganistaniin, jossa Taleban-hallinto syrjäytettiin. Terrori-iskun kulku ja taustat on selvitetty teoksessa The 9/11 Commission Report. Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks upon the United States, New York – London, 2004.

RIKOSOIKEUDELLISEN KONTROLLIN EPÄ-TARKOITUKSEN MUKAISUUS TAI MAHDOTTOMUUS

Osa ihmisten kielteisinä pidetyistä teoista on perusteltua jättää rikosoikeuden ulkopuolelle sen vuoksi, että on olemassa *muunlainen* oikeudellinen tai oikeusjärjestykseen kuulumaton sääntöjärjestelmä, jolla käyttäytymistapaan voidaan vaikuttaa rangaistusuhkia rationaalisemmin tai tehokkaammin. Tällaisia mahdollisuuksia on lukuisia. Mainittakoon joitakin esimerkkejä:

- vahingonkorvausvelvollisuus,
- sanktiomaksut (pysäköintivirhe, ylikuormamaksu, joukkoliikenteen tarkastusmaksu),
- kurinpitosanktiot laitoksissa,
- virkamiehiin kohdistuvat sanktiot,
- työ- ja virkaehtosopimukset,
- sopimussuhteen irtisanominen tai purkaminen,
- viranomaisten käytettävissä olevat pakkokeinot työ-, ympäristö- tai kuluttajasuojelussa,
- päihdehuolto,
- urheilun tai siihen rinnastettavan toiminnan sisäiset säännöt (esimerkiksi shakin ja muiden pelien säännöt, urheilun kilpailu- ja dopingsäännöt),
- yhteisöjen sisäiset säännöt,
- ammattikuntien sisäiset itsesääntelyt (esimerkiksi mainonta, lehdistö, asianajajalaitos),
- tieteellisen tutkimuksen eettiset ohjeet.

Joidenkin kielteisinä pitämiä käyttäytymistapoja voidaan jättää rikosoikeudellisen sääntelyn ulkopuolelle myös sen takia, *ettei kontrolli ole käytännössä mahdollista*. Tällaisia ovat esimerkiksi avioliitto⁵, joka nyky-yhteiskunnassa on muodostunut yleisesti hyväksytyksi yhteiselämän muodoksi, avioliiton ulkopuoliset intiimit suhteet⁶, alkoholinkäyttö ja prostituutio⁷.

⁵ Suomessa 1930-luvulla suunniteltiin vakavasti laittomaksi kutsutun yhteiselämän kriminalisointia.

⁶ Aviollinen uskottomuus rikoksena poistui laista vasta vuonna 1948, kun rikoslain 19 luvun 1–3 § kumottiin. Käytännön merkityksensä säännökset olivat menettäneet paljon aikaisemmin. Avioeron perusteena avioliiton ulkopuolinen sukupuoliyhteys oli vuoteen 1987 asti.

⁷ Prostituutioita pidettiin irtolaisina vuoden 1936 irtolaislain mukaan. Sitä ennen prostituutio oli rangaistavaa (RL 20:10.3). Irtolaislaki kumottiin vuoden 1986 päihdehuoltolailla. Vuoden 1999 alussa voimaan tulleen RL 20 luvun mukaan rangaistavaa on seksuaalipalvelujen ostaminen 18 vuotta nuoremalta (RL 20:8) ja paritus (RL 20:9–9a), mutta ei prostituutio sinänsä eikä seksuaalipalvelujen ostaminen täysi-ikäiseltä. Katuprostituution ehkäiseminen ja seksuaalipalvelujen ostamisen kriminalisointi oli esillä laajasti 1990-luvulla. Vuonna 1999 Helsingin kaupunki järjestys-säännöllä kielsi katuprostituution ja alkoholin nauttimisen julkisilla paikoilla. Järjestyslain (612/2003) 4 §:n mukaan kiellettyä on päihdyttävän aineen nauttiminen yleisellä paikalla taajamassa ja julkisessa liikenteessä olevassa kulkuneuvossa. Järjestyslain 7.1 §:n mukaan kiellettyä on seksuaalipalvelujen ostaminen ja maksullinen tarjoaminen yleisellä paikalla.

Oikeusjärjestyksessä on sfäärejä, joihin kohdistuva rikosoikeudellinen interventio on *periaatteellisista syistä rajoitettua*. Yksilöille taataan vapauspiiri, johon kuuluvat klassiset vapausoikeudet, perusoikeudet, ihmisoikeudet, yksityisyyden piiri, sosiaalinen vähimmäisturva jne. Rikosoikeudellisin säännöksiin ei ole mahdollista yksilöiltä ottaa pois sitä, mikä kuuluu tällaisten oikeuksien keskeiseen sisältöön ja vakiintuneisiin käyttötapoihin. Kriminalisoitua käyttäytymistä ei siis voi olla esimerkiksi normaali vaalioikeuden, liikkumisvapauden, sanan-, paino-, kokoontumis- tai yhdistymisvapauden käyttäminen, sopimussuhteiden solmiminen tai avioliiton tai muun ihmissuhteen solmiminen määrättyyn kansallisuuteen tai vastaavaan ryhmään kuuluvan kanssa. Lisäksi kriminalisoitua käyttäytymistä ei saa määritellä eri tavoin riippuen siitä, mihin kansalliseen, yhteiskunnalliseen tms. ryhmään asianomainen kuuluu. Eri asia on, että rikoksenteijöihin kohdistuviin seuraamuksiin voi sisältyä erilaisia oikeuksien rajoituksia.

Rikosoikeus ei myöskään voi ryhtyä ratkomaan ongelmia, joiden ratkaisumenetelmät ja arviointikriteerit kuuluvat *oikeusjärjestyksen ulkopuolisiin*. Rikosoikeuden avulla ei siis ole syytä määritellä esimerkiksi sitä, mitkä uskonnolliset käsitykset ovat harhaoppia, mitkä tieteellisinä esiintyvät katsomukset vääriä tai puutteellisia, millainen taide tai kirjallisuus on laadultaan heikkoa tai millaiset opetus- ja kasvatusten menetelmät kouluissa ovat huonoja. Sääntelyn ulkopuolelle jäävät myös aidosti poliittiset valinnat.

Rikosoikeus sääntelee ja sanktioi ihmisten vahingollisena, vaaroja aiheuttavana tai muuten kielteisenä pidettyä *käyttäytymistä*. Se on ennen kaikkea määrittelyn valtaa. Kriminalisoinneilla määritellään abstraktisella tasolla rangaistuksen ansaitsevat käyttäytymistyytit ja rikosvastuuta yleisesti koskevilla säännöillä muut rangaistavuuden edellytykset. Viranomaisten ja tuomioistuinten käytännössä määritellään niiden merkityssisältöjä yksittäisissä tapauksissa.

RIKOSOIKEUDEN PERUSMALLIT MAHDOLLISUUKSIEN ANTAJINA JA RAJOITUKSINA

Nykyaikaisen yhteiskunnan rikosoikeus on *liberalistisen* ja *hyvinvointivaltioillisen* oikeusmallin piirteistä muodostunut kokonaisuus.

Liberalistisessa oikeusmallissa yksilöt oletetaan yhdenvertaisiksi, autonomisiksi, itsestään vastuussa oleviksi ja rationaalisiksi ihmisiksi. Oikeusjärjestys sääntelee ihmisten toimintavapauden käyttöä ja antaa sille pikemmin reunaehdot ja kuin määrittelee tehtäviä. Oikeudessa on kyse ”pelisäännöistä”, joita soveltavana ”erotuomarina” toimii oikeuslaitos.⁸ Oikeusjärjestys koetaan sisällöllisesti neutraaliksi ja formaaliksi.

⁸ Pelisääntöfiktiota oikeussääntöjen luonnetta selvitellessä olen kriittisesti eritellyt teoksessa Backman, Eero, Oikeustiede yhteiskuntatieteenä, 1992, s. 69–72.

Hyvinvointivaltiollinen oikeusmalli määrittelee oikeuden valtion tehtävien ja funktioiden toteuttamisen välineeksi. Nykyaikaista yhteiskuntaa luonnehditaan usein riskiyhteiskunnaksi monien perustoimintojen haavoittuvuuden vuoksi. Valtion tehtävänä on taata kaikille perusturvallisuus, toimeentulo ja muut ihmisarvoisen elämän edellytykset. Rikosoikeudellinen säännöstö on eräs niistä keinoista, joilla valtio riskiyhteiskunnassa luo ja jakaa hyvinvointia.⁹ Esimerkiksi Suomen perustuslain 2 luvussa olevat perusoikeuksia koskevat säännökset ja niitä turvaavat säännökset rikoslaissa ovat hyvinvointivaltiollisen mallin ilmentymiä oikeusjärjestyksessä.

Rikosoikeudellista järjestelmää muotoiltaessa käyttäytymisen sääntely voi perustua myös toisella tavoin kahdelle erilaiselle ajatusmallille. Ne pohjautuvat viime kädessä erilaisiin ihmiskäsityksiin.

Rikoksenteijä oikeudellinen vastuu voidaan arvioida hänen *tekojensa* perusteella. Ihminen on ikään kuin tekojensa ja laiminlyöntiensä ketju. Tällaista rikosoikeuskäsitystä kutsutaan *tekorikosoikeudeksi*. Rikosvastuun perusteet määräytyvät ensi kädessä tekijän konkreettisesti määriteltävien toimien ja velvollisuuksien laiminlyöntien perusteella. Se on menneisyssidonnaista. Tekorikosoikeudella on selvästi fragmentaarinen perusluonne. Päätelmiä rikoksenteijän vaarallisuudesta, yhteiskunnanvastaisista asenteista, elämäntavoista tai muista yleisistä ominaisuuksista tehdään ainoastaan siitä, miten ne ilmenevät hänen teoistaan. Rikossäännöksissä kuvataan tekoja ja laiminlyöntejä havainnollisesti. Rangais-
tukset ja muut seuraamukset määrätään ja mitataan pyrkimällä niiden oikeudenmukaiseen suhteeseen tekojen vahingollisuuteen tai aiheuttamiin riskeihin. Seuraamukset eivät ole yleisesti riippuvaisia rikoksenteijän henkilökohtaisista ominaisuuksista tai elämäntavoista. Rikosoikeudellisen moitteen kohteena on teoista ilmenevä tekijän syyllisyys.

Tekijärikosoikeus jäsentää vastuun perusteita toisin. Sääntelyn kohteena pidetään rikoksenteijän oletettua vaarallisuutta, muita kielteisinä pidettyjä ominaisuuksia tai lakeja rikkovaa elämäntapaa. Rikosteot ja kriminalisoidut laiminlyönnit ymmärretään tällaisten yleisten piirteiden ilmenemismuodoiksi, ”symptomeiksi” tai ”oireiksi”. Rikossäännöksissä kuvataan ihmistoimintoja tekorikosoikeutta väljemmin ilmaisin. Rikosvastuuta ja seuraamuksia määriteltäessä saatetaan ottaa huomioon muutakin kuin kriminalisoitu käyttäytyminen. Seuraamusten tehtäväksi nähdään lähinnä rikoksenteijän tulevaisuuteen vaikuttaminen. Sellaista voi olla mainittujen ominaisuuksien tai elämäntapojen muuttaminen (”parantaminen”, sosiaalisuuteen kasvattaminen) tai vaarallisuuden eliminointi (eristäminen). Lievät seuraamukset ovat lähinnä varoituksia niille, joiden rikosteot ovat poikkeuksellisia tapahtumia elämässä. Rikosoikeudellisen

⁹ Ks. laajemmin Nuutila, Ari-Matti, Rikosoikeudellinen huolimattomuus, 1996, s. 40–61.

moitteen kohteena on rikoksentekijä laajemmin ja ”kokonaisvaltaisemmin” kuin tekorikosoikeudessa.

Tekorikosoikeudellisen systeemin kehitti lähinnä ns. klassinen rikosoikeuskoulukunta 1800-luvulla. Tekijärikosoikeudellinen ajattelu syntyi sen kritiikistä 1800-luvun lopulla ja 1900-luvun alussa. Siirtyminen tekorikosoikeudesta tekijärikosoikeuteen oli vallitseva suuntaus Euroopassa 1900-luvun alkupuoliskolla. Kehitys heijastui jonkin verran Suomenkin rikoslainsäädännössä 1920-1950-luvulla. 1900-luvun jälkipuoliskolla kehityksen yleissuunta oli päinvastainen. Nykyään tekijärikosoikeuden katsotaan yleisesti perustuvan kestävämmille oletuksille ja johtopäätöksille. Siihen katsotaan liittyvän liiaksi oikeusturva- ja yhdenvertaisuusongelmia.

Suomen rikosoikeudellisen järjestelmän sanotaan yleensä *perustuvan tekorikosoikeuteen*. Se ilmenee esimerkiksi rikostunnusmerkistöjen rakenteessa, yksilöllisessä syyllisyysmoitteessa, rangaistuksen määräämistä ja mittaamista koskevista säännöksistä sekä rangaistuskäytännössä. Rangaistusten, lähinnä ehdottomien vankeusrangaistusten täytäntöönpanossa on tekijärikosoikeudellisesta ajattelusta tuttuja piirteitä, kuten esimerkiksi kuntoutus, päihdehuolto ja uudessa vankeuslaissa korostunut pyrkimys suunnitella vangin elämää laitoksessa ja vapautumisen jälkeen. Tekijärikosoikeutta ne eivät varsinaisessa mielessä ole. Tekijärikosoikeudelliset piirteet lähinnä täydentävät kokonaiskuvaa¹⁰.

MUITA RIKOSOIKEUDELLISEN SÄÄNTELYN RAJOITUKSIA

Ihmisten *ajatukset ja mielipiteet* eivät sellaisinaan kuulu nykyaikaisen rikosoikeudellisen sääntelyn piiriin. Pyrkimys säännellä rikoslailla ihmisten sisäisiä

¹⁰ Tekorikosoikeuteen kuulumattomia elämäntapakriminalisointeja ja rikosteon laajasti määritteleviä kriminalisointeja ovat olleet lähinnä paritus (RL 20:9–9a), ammattimainen kätkemisrikos (RL 32:3) sekä ammattimainen tai tavanomainen alkoholirikos (vuoden 1968 AlkL 87 §). Rangaistuksen koventamisperusteena uusiminen (RL 6:5.5k, ennen vuotta 2004 RL 6:2.4k) perustuu tekijärikosoikeudelliseen ajattelutapaan, samoin vuoden 1953 laki vaarallisten rikoksentekijäin eristämisestä (vuonna 1971 tehty uudistus vähensi tekijärikosoikeudellisia piirteitä) ja vuoden 1940 laki nuorista rikoksentekijöistä. Vuonna 1976 annetussa laissa ehdollisesta rangaistuksesta tekijärikosoikeudelliset piirteet pyrittiin karsimaan verrattuna lain edeltäjään, vuonna 1918 annettuun lakiin ehdollisesta rangaistustuomiosta. Lain sijaan tullut RL 2b luku jatkaa vuoden 1976 lain omaksumaa linjaa. Rikosoikeudellista arviointia lieventäviä tekijärikosoikeudellisia piirteitä ovat esimerkiksi tekijän pyrkimys lieventää tekonsa seurauksia rangaistuksen lieventämisperusteen (RL 6:6.3k, ennen vuotta 2004 RL 6:3.3k), yhteisen vankeusrangaistuksen määräämisessä rikollisuran jäsentäminen ehdottomien vankeusrangaistuksen tuomitsemisen mukaan (RL 7:6, erityisesti ennen 1.10.1997 voimassa olleessa muodossa) tai tuomioistuimen valtuus jättää rangaistus tuomitsematta eräissä tapauksissa (RL 6:12).

tunteita tai yhteiskunnallisia käsityksiä on vailla mieltä. Rikosoikeudellista relevanssia ne voivat saada vasta silloin, kun ne tekoina johtavat kielteisiin seurauksiin. Ajatuksen-, mielipiteen-, omantunnon- ja sananvapaus kuuluvat yhteiskunnan jäsenten suojattuun yksityisfääriin, johon lainsäädäntö ja virkavalta eivät ulotu. Rikoslaisamme on säännöksiä, joissa mielipiteen tai ajatuksen esittäminen on kriminalisoitu. Kaikissa tapauksissa rangaistavuuden edellytyksenä joko nimenomaan tai implisiittisesti ovat sanallisten tekojen ulkoiset vaikutukset tai riskit¹¹. Eräät tällaisista säännöksistä ovat kiistanalaisia ja joidenkin mielestä tarpeettomia. Ajatuksen ja mielipiteen esittämisen muuttuminen sanalliseksi teoksi onkin monesti hyvin tulkinnanvarainen asia. Käytännössä tällaisia säännöksiä on perusteltua tulkita rajoittavasti, mielipiteen- ja sananvapautta korostaen.

Rikosoikeudellisen sääntelyn kohteen rajoja määriteltäessä ihmisen *kuuluminen johonkin ryhmään tai yhteisöön* voi olla ongelmallista. Kuuluminen esimerkiksi rodulliseen, kansalliseen, etniseen, kielelliseen tai uskonnolliseen kansanryhmään tai yhteiskunnalliseen mielipideryhmään ei voi sinänsä olla rikosoikeudellisesti relevanttia. Ryhmän jäsenen rikosvastuu edellyttää, että hän on tehnyt rikostunnusmerkistön täyttävän teon. Esimerkiksi suurehkon ihmisjoukon päättäessä surmata jonkun rikosvastuu edellyttää siihen osallistumista tekijänä, yllyttäjänä tai avunantajana. Rikollinen järjestäytyminen ryhmäksi voi olla erillisten säännösten mukaan rangaistavaa valmistelun tapaisena rikoksena ja sillä on muutenkin rikosoikeudellista relevanssia¹².

¹¹ Mainittakoon seuraavia esimerkkejä. Yllytyksen (RL 5:5) ja ns. henkisen avunannon (RL 5:6) rangaistavuuden edellytyksenä on pääteko tai sen rangaistava yritys. Jumalanpilkka ja uskonrauhan rikkominen (RL 17:10) edellyttävät uskonnollisten tunteiden loukkaamista. Kiihottaminen kansanryhmää vastaan (RL 11:8) edellyttää levittämistä yleisön keskuuteen yms. Sotaan yllyttäminen (RL 12:2) edellyttää sotilaallista tai kansainvälispoliittista kriisiä ja kasvavaa vaaraa, että Suomi joutuu sotaan tai sotatoimen kohteeksi. Julkinen kehottaminen rikokseen (RL 17:1) jää rankaisematta, jollei mitään riskejä synny. Väkivaltakuvauksen levittämistä koskeva säännös (RL 17:18) tai pornografian levittämiskielto perustuu kyseisten tuotteiden oletettuihin vaikutuksiin. Perätöntä lausumaa koskevat säännökset (RL 15 luku) eivät rajoita mielipiteenvapautta, sillä säännösten tarkoituksena on totuuden selvittäminen oikeudessa ja eräiden viranomaisten menettelyssä. Vuoden 1998 loppuun asti voimassa ollut säännös kehottamisesta samaa sukupuolta olevien hauerteuten ei oikein tulkittuna estänyt asiallista keskustelua homoseksuaalisuudesta, vaan muut syyt olivat puoltamassa säännöksen kumoamista (HE 6/1997). Väärä ilmiänto (RL 15:6) sekä kunnianloukkaus ja yksityiselämää loukkaava tiedon levittäminen (RL 24:8–10) eivät myöskään oikein tulkittuina perusteettomasti rajoita mielipiteenvapautta. Pulmallisia ne silti siinä katsannossa ovat. Ongelmallisimpina rikossäännöksinä ilmaisuvapauden ja valtiollisen välttämättömyyden välisessä jännitteessä voitaneen pitää vakoilua ja turvallisuussalaisuuden paljastamista koskevia säännöksiä (RL 12:5–8).

¹² Esimerkkeinä mainittakoon joukkotuhonnan valmistelu (RL 11:7), maanpetoksellinen (RL 12:11), valtiopetoksen valmistelu (13:3), laitton sotilaallinen toiminta (RL 13:4) ja yleisen järjestyksen aseellisen rikkomisen valmistelu (RL 17:5). Vuonna 2003 lisättiin RL 17 lukuun säännös

LOPPUKOMMENTTI

Edellä sanottu ei ole tarkoitettu tyhjentäväksi esitykseksi rikosoikeuden rajoituksista ja mahdollisuuksista, eikä sellainen ole edes mahdollista.

järjestäytyneen rikollisryhmän toimintaan osallistumisesta (RL 17:1a). Selvimmin rikollisen järjestäytymisen rikosoikeudellinen relevanssi ilmenee terrorismirikoksia koskevissa säännöksissä (RL 34a luku). Tapauksissa, joissa kuuluminen rikolliseen ryhmään on rangaistuksen koventamisen peruste (RL 6:5.2k), vastuu itse rikoksesta edellyttää rikoksen tekemistä ryhmän jäsenenä.

Riitta Burrell

Hedelmöityshoitolain valmistelun vaiheita Suomessa¹

Suomessa avustettua lisääntymistä koskevan lainvalmistelun ensi vaiheet tavaataan sijoittaa 1980-luvun alkupuolelle lääkintöhallituksen inseminaatiotyöryhmän perustamiseen. Todellisuudessa ensimmäinen keinosiemennystä käsittelevä komiteamietintö ilmestyi vuonna 1955. Kiinnostus keinosiemennykseen lähti liikkeelle Tanskasta, missä kysymystä pohtiva työryhmä asetettiin vuonna 1948. Kun Ruotsin oikeusministeriö seurasi Tanskan esimerkkiä saman vuoden kuluessa, keinosiemennyksen oikeudellisesta sääntelystä kehkeytyi pohjoismainen yhteistyöhanke. Seuraavaksi hankkeeseen liittyi Norja tammikuussa 1950 ja saman vuoden loppupuolella myös Suomi. Vaikka hankkeen lopputuloksena ilmestyi neljä komiteamietintöä 1950-luvun puoliväliin mennessä, se ei johtanut lainsäädäntötoimiin yhdessäkään pohjoismaassa mahdollisesti sen takia, että keinosiemennystä harjoitettiin tuolloin vain vähäisessä määrin. Eräs haastateltava tosin arveli, että Suomessa mietintö haudattiin hiljaisesti ”koska siihen aikaan katsottiin, ettei ole sopivaa puhua vyötärön alapuolisista asioista julkisesti.”

Lapsen asemaa koskevaa lainsäädäntöä uudistettiin Suomessa 1970-luvulla. Vuosikymmenen puolivälissä säädetyin lapsipaketin tärkeimpänä tavoitteena oli lasten syntyperästä johtuvan eriarvoisuuden poistaminen. Lapsipaketin keskeiset lait olivat isyyslaki ja laki lapsen elatuksesta. Isyyslakia valmistellut lakivaliokunta jätti ’koeputkilapset’ – toisin sanoen muulla tavoin yhdynnässä alkunsa saaneet lapset – lain soveltamisalan ulkopuolelle. Heidän oikeudellinen asemansa ratkaistaisiin myöhemmin erillislainsäädännöllä. Tätä erillislainsäädäntöä valmistelemaan lääkintöhallitus asetti vuonna 1982 edellä mainitun inseminaatiotyöryhmän. Työryhmän toimeksianto koski vain keinosiemennystä. Toimeksiannon kapea-alaisuudesta huolimatta inseminaatiotyöryhmän rooli

¹ Pohjoismaiden ministerineuvosto julkaisi marraskuussa 2005 pohjoismaisen bioetiikkakomitean (www.ncbio.org) teettämän vertailevan tutkimuksen viiden pohjoismaan hedelmöityshoitopolitiikasta ja -lainsäädännöstä (Burrell, R., Nordic Regulation of Assisted Reproduction, The Nordic Council of Ministers, Copenhagen 2005). Tutkimusraportissa tarkastellaan hedelmöityshoittoa koskevan lainvalmistelun vaiheita kussakin pohjoismaassa ja pyritään kartoittamaan tekijät, jotka ovat johtaneet hedelmöityshoitopolitiikan varsin huomattaviin eroavuuksiin pohjoismaiden välillä. Käsillä oleva, Suomen tilanteeseen keskittyvä artikkeli perustuu suurelta osin raporttia varten koottuun haastatteluaineistoon.

osoittautui merkittäväksi. Sen työhön palautuu yksi avustettua lisääntymistä koskevan lainvalmisteluhistorian vaikeimmista asiakysymyksistä. Työryhmän lääkärijäsenet kannattivat luovuttaja-anonymiteettiä, kun taas työryhmän puheenjohtaja lainsäädäntöneuvos Matti Salolainen oli lapsen tiedonsaantioikeuden kannalla. Avustettua lisääntymistä koskevan lainvalmistelun kytkentä lapsipakettiin – erään oikeusministeriön lainvalmistelijan luonnehdinnan mukaan ”koko hanke koskee lapsioikeutta” – on määrännyt valmistelun koordinaatit oikeusministeriössä, kun taas toiminnan harjoittajien näkökulmasta kysymys on ennen kaikkea terveydenhuollollinen. ”Lääkärit ovat pitkään katsoneet, että tämä on hoitoon liittyvä asia, ei tällä ole mitään muita ulottuvuuksia. Että alkää tulko meidän tontille, juristit ja muut, vaan antakaa meidän hoitaa tämä kysymys.” Näin kuvaili lääkäreiden asenteita eräs lainvalmistelussa mukana ollut juristi. Tietenkään lääkärit eivät juuri missään suhtaudu erityisen suopeasti terveydenhuollon oikeudelliseen sääntelyyn. On väitetty, että anonymiteetistä luopuminen Ruotsissa vuoden 1985 inseminaatiolain myötä aiheutti lapsettomuuslääkäreiden keskuudessa kapinamielialaa, joka äärimmillään johti yrityksiin sabotoida lakia. Potilaita ohjattiin ulkomaille hoitoihin, jotta hoitojen määrän kotimaassa voitiin osoittaa olennaisesti vähentyneen ja lain siis epäonnistuneen.²

Suomessa lääkäreiden ja juristien vastakohta-asetelma on kertautunut kahden ministeriön välisissä erimielisyyksissä sen jälkeen, kun lainvalmistelu on vuodesta 1987 lähtien tapahtunut oikeusministeriön ja sosiaali- ja terveysministeriön yhteisenä hankkeena. Vaikka valmisteluvastuu on oikeusministeriöllä ja työnjako ministeriöiden kesken on periaatteessa selkeä – henkilöoikeudelliset kysymykset kuuluvat oikeusministeriölle ja terveydenhuollolliset kysymykset sosiaali- ja terveysministeriölle – sosiaali- ja terveysministeriön rooli on ollut vahva myös poliittisissa kysymyksissä. Itse valmisteluprosessiin heijastuvien laituskulttuuristen eroavuuksien lisäksi kahden ministeriön malli näkyy prosessin tuloksena syntyneissä esityksissä. Tähänastisissa esityksissä pääsy hedelmöityshoitoon on rajoitettu heteropareihin, koska oikeusministeriö on katsonut lapsen edun sitä edellyttävän. Samalla sosiaali- ja terveysministeriö on ehdottanut erilaisten hoitomenetelmien käyttöä sallittavaksi lähes rajoituksitta. Oikeusministeriön rajoittava linja ja sosiaali- ja terveysministeriön salliva linja aiheuttaa tulevaan lainsäädäntöön sisäisen jännitteen, jolle ei kansainvälisesti juuri löydy vertailukohtaa.³

² Daniels, K., The Swedish Insemination Act and Its Impact, *Aust. and N.Z. Journal of Obstetrics and Gynaecology*, Vol. 34, No. 4, 1994, 437; Daniels, K. – Lalos, O., The Swedish insemination act and the availability of donors, *Human Reproduction*, Vol. 10, No. 7, 1995, 1871–1874.

³ Ks. Rothmayr, C. et al., Comparing policy design across countries: What accounts for variation in ART policy? In Ivar Bleiklie – Malcolm L. Goggin – Christine Rothmayr (eds), *Comparative Biomedical Policy: Governing assisted reproductive technologies*, Routledge, London 2004.

Oikeusministeriön ensimmäinen työryhmä asetettiin vuonna 1987. Työryhmää koottaessa tehtiin ilmeinen strateginen virhe. Sen kaikki jäsenet olivat juristeja. Asiaa ei parantanut se, että lainsäädäntöneuvos Lauri Lehtimajan siirryttyä muihin tehtäviin työryhmään jäi ainoastaan naisia. Mietintö ei johtanut jatkotoimiin.

Alun alkaen juuri lääkäreiden vastustus muodostui suurimmaksi esteeksi lain aikaansaamiselle. ”Ilmeisesti ne, jotka antavat näitä hoitoja, ne eivät ole kovin voimakkaasti kokeneet tarvetta siihen, että tällaisen lainsäädäntö olisi olemassa. Nyt ehkä ihan viime vuosina on jossakin määrin tilanne muuttunut.” Yksi haastattelemistani lapsettomuuslääkäreistä vahvisti tämän lainvalmistelijan kannan: ”Joskus silloin kaksikymmentä vuotta sittenhän lääkärikunnassa oli ehkä jonkin verran vastustusta ylipäänsä siihen, että tarvitaanko tätä lakia, ja varmaan vieläkin käydään vähän keskustelua, että no tarvitaanko sitä, koska asiat sujuu hyvin ilmeisesti lakia. Mutta muuttuvassa yhteiskunnassa ja muuttuvissa oloissa kuitenkin varmasti tällainen lainsäädäntö antaa semmoisen turvan ja suojan sille toiminnalle, jonka kaikki niinkun... tai suurin osa varmasti ainakin pitää sitä tärkeänä ja hyvänä.”

Moni pohjoismaainen lapsettomuuslääkäri mainitsi Suomen malliesimerkkinä maasta, jossa on tarjolla korkeatasoista hoitoa ja jossa väärinkäytöksiä ei ole esiintynyt, vaikka lainsäädäntö puuttuukin. Myöskään Islannissa ei avustetun lisääntymisen käytännössä ilmennyt ongelmia ennen maan hedelmöityshoitolaista voimaantuloa vuonna 1996. Islantilaisien keskuudessa näytti vallitsevan yksimielisyys siitä, että maan kaksi lapsettomuuslääkärää hoitivat työnsä poikkeuksellisen hyvin. Siitä huolimatta lain puuttumista pidettiin yleisesti isona ongelmana. Suomessa sääntelemättömyyden sietokyky on ollut suurempi. Yhtenä syynä tähän saattaa olla suomalaisten lääkäreitä kohtaan tuntema luottamus. Kun vuonna 2000 ilmestyneessä Eurobarometri-tutkimuksessa tiedusteltiin, miltä taholta eurooppalaiset uskovat voivansa saada totuudenmukaista tietoa bioteknologiasta, suomalaisten yleisin vastaus oli ”lääkäreiltä”.⁴

Hedelmöityshoitolaista viivästyminen on nähtävästi vaikuttanut myös se, ettei sen aikaansaamista ole miltään taholta erityisesti vaadittu. Eräs oikeusoppinut huomautti, että ”Suomessa ei ole (...) tiettyjen moraalisten lähtökohtien mukaan ehdottomasti toimivia ryhmiä, jotka olisivat voimakkaasti vaatineet, että tällaista lainsäädäntöä saadaan aikaiseksi”. Vaikka kristillisdemokraatit ovat vastustaneet avustettua lisääntymistä varsinkin silloin, kun se heidän käsityksensä mukaan uhkaa perinteistä perheyhteyttä, Suomesta puuttuu bioteknologian so-

⁴ Europeans and Biotechnology, Eurobarometer 52.1, Report by INRA (Europe) – ECOSA, Directorate-General for Education and Culture ”Citizens’ Centre”, Public Opinion Analysis Unit, 15 March 2000.

vellutuksia modernistisista lähtökohdista vastustava vihreä ja feministinen oppositio, joka esimerkiksi Norjassa liittyi kristillisten muodostamaan traditionalistisesti suuntautuneeseen ryhmittymään vaatimaan lapsettomuuslääkärien ammatillisen autonomian rajoittamista. Toisaalta näyttää siltä, että Suomessa tällaisten ryhmien aktiivisuudella on taipumus kääntyä tarkoitustaan vastaan. Moni haastateltava piti esimerkiksi SETA:n näkyvää roolia ja yksittäisten feministien julkisuudessa esittämiä kannanottoja kompastuskivinä lainsäädännön aikaansaamisen tiellä: ”Välillä tuntui pahalta, että tää iso peruskysymys, hoitojen mahdollistaminen ja niinku se tavallaan se suuri massa, se jotenkin niinku hävisi tähän keskusteluun, joka koski sitten tätä isyyskysymystä yksinäisille naisille ja lesboille annettavassa hoidossa.”

Oikeusministeriön vuonna 1989 asettamassa toisessa työryhmässä oli mukana kaksi miespuolista lääkärijäsentä. Vuonna 1990 valmistunut ehdotus erosi ensimmäisen työryhmän ehdotuksesta olennaisesti vain lapsen tiedonsaantioikeutta koskevin osin.

Viimeistään lausuntokierroksen jälkeen kävi selväksi, että tiedonsaantikysymys uhkasi tyystin jumiuttaa lainvalmisteluprosessin. Oikeusministeriössä laadittiin kompromissiehdotus, jonka mukaan terveydenhuollon oikeusturvakeskus ratkaisee lapsen pyynnöstä luovuttajaa kuultuaan, tuleeko lapselle antaa tieto luovuttajan henkilöllisyydestä. Ehdotusta pidettiin epätydyttävänä.

Oikeusministeriön kolmannen työryhmän vuonna 1997 valmistuneen mietinnön myötä lainvalmisteluun tuli uusia elementtejä, joiden seurauksena pitkään jatkunut prosessi ylitti vihdoin uutiskynnyksen. Työryhmän jäseneksi kutsuttiin Väestöliiton lapsettomuusklinikan ylilääkäri Outi Hovatta, joka on yksi suomalaisen – ja sittemmin myös ruotsalaisen – hedelmöityshoitopolitiikan avainhahmoja. Hänen mietintöön kirjaamansa eriävä mielipide kirvoitti keskustelun yksin elävien naisten ja naisparien asemasta avustetun lisääntymisen politiikassa. Pontta keskustelulle antoi työryhmän huomio, jonka mukaan yksin tai toisen naisen kanssa elävät naiset ”eivät syystä tai toisesta halua tai kykene luomaan parisuhdetta”.⁵ Eräs SETA:n edustaja kommentoi sanavalintaa seuraavasti: ”Sehän nyt oli aika huikea ja aika helppo kommentoida.”

Lisäksi kolmas työryhmä ehdotti sopimusäitiyden sallimista. Suomessa oli sopimusäidiksi suostuneiden naisten avustuksella syntynyt siihen mennessä kymmenkunta lasta. Lapsettomuuslääkäreiden mukaan näistä järjestelyistä ei ole aiheutunut mainittavia ongelmia. Haastatteluaineiston perusteella suomalaiset sopimusäitiysjärjestelyt eivät kuitenkaan aina ole sujuneet suunnitelmien mukaan: ”Minulle soitti jossain vaiheessa joku henkilö eräästä yliopistosairaalasta

⁵ Oikeusministeriön työryhmä, Sukusolujen ja alkioiden käyttö lääketieteellisessä hedelmöityshoidossa, Oikeusministeriön työryhmän mietintö 14.10.1997.

naistentautiyksiköstä ja sanoi, että onko tää nyt abortin peruste, että kun meillä on tämmönen kohdunvuokrausjuttu tai siis se, että eräs henkilö oli luvannut toimia tällaisena sijaissynnyttäjänä. Ja häneen oli hedelmöitetty munasolu istutettu, niin siinä pitää pidättäytyä yhdynnästä tietty aika, jotta ei tulisi raskaaksi mahdollisesta muusta suhteesta. Ja näin ei ollut käynyt, ja nyt ei sitten tiedetty, että mitä joukkoa siellä kohdussa oli ja kysyttiin, että onks tää nyt abortin peruste.” Varsin laajalti tunnettiin tapaus, jossa sopimusäidiksi lupautunut nainen ei kyennyt emotionaalisesti irtautumaan synnyttämästään lapsesta, ja tilanne muodostui huomattavan vaikeaksi kaikille osapuolille. Mahdollisesti juuri tällaisten tilanteiden varalta oikeusministeriön kolmannen työryhmän käyttämää terminologiaa leimaa tietynlainen strategisuus. Esimerkiksi termi ’sijaissynnyttäjä’ viestittää sopimusäitiyttä harkitseville tai siihen jo ryhtyneille naisille, että he eivät ole äitejä vaan ainoastaan synnyttäjiä ja koko järjestelyn – ’sijaissynnyttäjän käytön’ – tarkoituksena on lapsen luovuttaminen tämän oikeille vanhemmille.

Erilaisilla skandaaleilla ja murhenäytelmillä on taipumus sysätä tapahtumia liikkeelle odottamattomiin suuntiin. Tanskassa 1990-luvun puolivälissä uutisoidut skandaalit maan yksityisillä lapsettomuusklinikoilla johtivat osaltaan tanskalaisen hedelmöityshoitopolitiikan kiristymiseen. Keväällä 2004 Norjan tiedotusvälineissä huomiota saanut Mehmet-tapaus nostatti yleisen sympatiaaallan, jonka seurauksena maan ankaraa lainsäädäntöä jouduttiin hallituspuolueiden vastustuksesta huolimatta hieman lieventämään. On ajateltavissa, että Suomessa olisi nyt voimassa hedelmöityshoitolaki, jos tieto epäonnistuneista sopimusäitiysjärjestelyistä olisi vuotanut julkisuuteen.

Kun hedelmöityshoitolain valmistelua ympäröivä pitkä hiljaisuuden kausi tuli päätökseensä 1990-luvun loppupuolella ja aihetta koskeva kansalaiskeskustelu alkoi käynnistyä, myös lainvalmistelua ympäröivä poliittinen maisema muutti muotoaan. Valmistelussa mukana ollut haastateltava luonnehti vuotta 1997 edeltäviä vaiheita seuraavasti: ”Ei voi sanoa, että poliittiset puolueet olisivat pitäneet tämän lain aikaansaamista ykköskysymyksenä.” Vuoden 1997 mietinnön myötä hedelmöityshoitolain merkitys politiikan tärkeysjärjestyksessä alkoi selvästi kohota.

Näkemyserot oikeusministeriön ja sosiaali- ja terveysministeriön välillä näkyivät myös ministeritason näkemyseroina. ”Osa niistä (erimielisyyksistä) oli siis kahden ministeriön välistä erimielisyyttä ja sitten oli tietysti niinkun ministereiden välisiä erimielisyyksiä, jotka johtui tietysti vähän ministereiden puoluekannasta ja muusta tällaisesta.” Silloisen peruspalveluministerin Osmo Soininvaaran mielestä toimivaksi osoittautunut käytäntö olisi pitänyt kirjata lakiin. ”Oikein hyvä tapa suunnitella puistoon käytäviä on se, että ensin ei tee niitä ollenkaan ja odottaa, että tulee talvi ja sitten katsoo, että mihin ne muodostuu lumeen ja sitten laittaa ne siihen.” Oikeusministeri Johannes Koskisen asennetta pidettiin yleisesti peräänantamattomana. Eräs eduskunnassa kauan työskennellyt

virkamies piti nimenomaan oikeusministeri Koskista vastuussa hedelmöityshoitoa koskevan lakiehdotuksen kohtalosta eduskunnassa vuonna 2003. Tämän virkamiehen mielestä lakiehdotus olisi mennyt eduskunnassa läpi lakivaliokunnan ehdottamassa muodossa ja ”meillä olis laki, jota voitais muuttaa”, jos oikeusministeri olisi osoittanut suurempaa joustavuutta. Eräs toinen haastateltava kertoi, että ”muutaman kerran pääministerikin komensi sitä, mutta ei se mitään ollut ymmärtävinään”. Erityisesti yksin elävien naisten ja naisparien asemaa koskevat näkemyserot oikeusministerin ja peruspalveluministerin välillä johtivat lopulta siihen, että esitys jouduttiin vetämään hallituksesta.

Neuvottelut esityksen jatkovalmistelusta käynnistyivät vuoden 2000 aikana oikeusministeriön ja sosiaali- ja terveysministeriön välillä. Helmikuussa 2002 asia eteni hallituksen iltakouluun. Sateenkaarihallituksen aikaansaama kompromissi vietiin eduskuntaan kesäkuussa 2002 odotuksien, että ”se sellaisenaan, kutakuinkin sellaisenaan, menee läpi. Mutta sitten se ei mennytkään.” Eduskunnassa asian käsittely jatkui hankalana. Pitkään eduskuntatyössä mukana ollut haastateltava sanoi, että ”mun kokemuksen mukaan nää kaikki seksuaalisuuteen liittyvät lait on ihan kauhean vaikeita käsitellä. (...) Me ollaan tehty seksuaalirikospaketti, me ollaan tehty rekisteröityä parisuhdetta ja sitä ennen oli jo se laki-aloite siitä samaa sukupuolta olevien ihmisten liitosta, ja kaikki nää on semmoisia, että aikataulut menee päin helkkaria. (...) Mutta tää hedelmöityshoito, se oli kyllä kaikista vaikein. Se oli siis mahdotonta”.

Hedelmöityshoitopolitiikan vaikeudet eivät ole aivan tavattomia muuallakaan Pohjolassa. Avustettua lisääntymistä koskeva lakiehdotus sai Tanskan kansanedustuslaitoksen kaaoksen valtaan. Ryhmäkurista vapautetut tanskalaiset kansanedustajat tehtailivat vuoden 1996 kuluessa aiheesta yli sata lakialoitetta. Vaikka laki lopulta saatiin aikaiseksi, samanlainen sekasorto seurasi vuonna 2000, kun hallitus ehdotti vähäistä muutosta lakiin. Tanskan hallitus joutui vetämään ehdotuksensa pois parlamentista kuin ennakkotapaukseksi Suomelle.

Hankalimmaksi kysymykseksi eduskunnassa osoittautui hallituksen esityksen kohta, jonka mukaan yksin elävät naiset ja naisparit saisivat lapsettomuuteensa hedelmöityshoitoa sillä edellytyksellä, että siittiötä luovuttanut mies voitaisiin suostumuksensa perusteella vahvistaa isäksi. ”Joo se perimmäinen ristiriitahan kilpistyi siihen ongelmaan, että kun oikeusministeriö oli keksinyt sen niin sanotun kompromissin, että se siittiön luovuttaja voidaan julistaa isäksi (...) niin se ei niinkun käy kansanedustajien pirtaan. Se tuntuu keinotekoiselta, että gynekologi rupeaisi suorittamaan tällaisia parinmuodostusta.” Kun lakivaliokunnan enemmistö päätyi ratkaisuun, jonka mukaan vain heteroparit voisivat saada hedelmöityshoitoa, hallitus peruutti esityksensä helmikuussa 2003.

Hedelmöityshoitolain tulevaisuudennäkymät eivät ole erityisen valoisat. Poliittiset voimasuhteet eduskunnassa eivät ole muuttuneet lain läpimenon kannalta suotuisammiksi. Valmisteluväsymys on tuntuva. Oikeusministeriön lainval-

mistelijoita on siirretty hedelmöityshoitolain valmistelusta muiden asioiden valmisteluun. Aihetta käsitteleviin tilaisuuksiin on vaikea saada puhujia. Moni toivoo, että lakia ei tulisi lainkaan. ”No mä toivon, että sitä ei tule ollenkaan. Koska tää nyt jollakin tavalla pysyy aisoissa tää valmistelu tuolla ministeriötasolla (...) mutta se mitä sitten, oliko se lakivaliokunta täällä, joka hullaantu tekemään niin-ku siis aivan poskettomia esityksiä.” Samalla kun moni hedelmöityshoitolain valmistelussa pitkään mukana ollut on alkanut ottaa siihen etäisyyttä, tilalle on astunut siitä tähän asti erillään pysytelleitä toimijoita. Muun muassa Naisasialiitto Unioni ja Suomen evankelis-luterilaisen kirkon arkkipiispa Jukka Paarma ovat hiljattain ottaneet kantaa hedelmöityshoidon kysymyksiin. Uusien osapuolten mukaantulo ei ainakaan yksinkertaista valmistelun etenemistä.

.....

Dan Frände

Om att frysa i EU – några iakttagelser

ÖPPNING

Det rättsliga samarbetet inom den tredje pelaren i EU har entydigt visat att materiell straffrätt och straffprocessrätt hör nära samman. I nordisk doktrin har förhållandevis stor uppmärksamhet riktats mot unionens strävan att harmonisera den materiella straffrätten inklusive påföljderna.¹ Det som unionen till dags dato åstadkommit på detta område kan inte sägas vara särskilt radikalt. Inte heller skulle en ”återuppväckt” grundlag ändra särskilt mycket i detta hänseende.² Läget är däremot ett något annat inom straffprocessrätten. Här har redan åstadkommit en mindre revolution inom utlämningsrätten genom Rådets rambeslut om en europeisk arresteringsorder och överlämnande mellan medlemsstaterna.³ Rambeslutet har genomförts i finsk rätt genom L om utlämning för brott mellan Finland och de övriga medlemsstaterna i Europeiska unionen (1286/2003, i fortsättningen kallad EUarrestL). Det andra viktiga rambeslutet som inkorporerats i den finska rättsordningen gäller frysning, dvs. Rådets rambeslut om frysning av egendom eller bevismaterial.⁴ Inkorporeringen har skett genom L om verkställighet i Europeiska unionen av frysningsbeslut av egendom eller bevismaterial (540/2005). Denna lag, som i fortsättningen kallas FrysL, trädde i kraft 2.8.2005.

¹ Se t.ex. Elholm, Thomas 2002: Den Europaeiske Unions harmonisering af strafferetten. NTfK 2002 s. 77–105; Gröning, Linda 2005: EU:s straffrättsliga samarbete – En fråga om legitimitet. JFT 2005 s. 1–12; Melander, Sakari 2005: Rikosoikeuden harmonisointi Euroopan unionissa – harmonisointiteoreettisia näkökulmia. Lakimies 2005 s. 214–233; Nuotio, Kimmo 2003: Euroopan unioni kriminaalipolitiikan tekijänä – järkevän kriminaalipolitiikan päätepite. Lakimies 2003 s. 1213–1235.

² Om EU-grundlagens straffrättsliga lösningar, se Nuotio, Kimmo 2004: On the Significance of Criminal Justice for a Europe 'United in Diversity', s. 201–205. I verket Kimmo Nuotio (ed.), Europe in Search of 'Meaning and Purpose'. Helsinki 2004, s. 171–210; Persson, Gunnar 2005: Gamla och nya lagstiftare – om EU och straffrätt, s. 32–49. Sieps 2005:2. (Rapporten finns tillgänglig på <http://www.sieps.se>) och Tiilikainen, Teija – Helander, Petri – Heliskoski, Joni 2005: Euroopan perustuslaki. Helsinki 2005, s. 162–174.

³ EGT nr L 190, 18.7.2002.

⁴ EUT nr L 196, 22.7.2003.

Dessa två rambeslut grundas entydigt på principen om ömsesidigt erkännande av rättsliga beslut.⁵ Med denna princip avses helt allmänt att straffdomar och andra rättsliga beslut, t.ex. rörande bruket av tvångsmedel, erkänns och verkställs i ett annat medlemsland.⁶ Att principen kunnat ges en så stark ställning inom EU-straffprocessrätten beror rätt långt på en annan princip, dvs. den om ömsesidigt förtroende i medlemsstaternas rättsordningar. Sistnämnda princip torde i sig ha ett rätt svagt empiriskt stöd men hålls uppe av realpolitiska överväganden. Det är här inte möjligt att närmare gå in på principen om ömsesidigt förtroende.⁷

Principen om ömsesidigt erkännande har flera sidor eller dimensioner. Den första hör samman med principens styrka. I sin strängaste form betyder principen att en utländsk dom eller ett beslut helt jämföras med ett motsvarande inhemskt avgörande. Det kan på inga grunder ifrågasättas av den verkställande myndigheten. För att hindra verkställighet måste olika former av rättsmedel tillgripas, t.ex. besvär eller begäran om återbrytande. Ett enkelt exempel: En polisman som har till uppgift att gripa den som av domstolen förklarats häktad kan inte pröva häktningsbeslutets laglighet. För utländska avgöranden betyder detta att beslutet måste angripas i den stat där beslutet har fattats.

Den andra ytterligheten vid förverkligandet av det ömsesidiga erkännandet innebär att den mottagande eller verkställande staten tilldelats en så pass stor prövningsrätt att skillnaden till traditionell utlämning och rättshjälp är obefintlig. I en sådan situation saknar EU-samarbetet egentligt mervärde. Som vi kommer att se nedan befinner sig FrysL (och också EUarrestL) någonstans mitt emellan dessa poler, dock klart närmare det förstnämnda alternativet.

Den andra dimensionen avser vilket skede i straffprocessen erkännandet riktas mot. Inom EU gör man en skillnad mellan erkännandet av slutliga avgöranden och erkännandet av mer eller mindre stödjande eller interimistiska avgöranden.

⁵ Angående andra under bearbetning varande rambeslut som grundas på samma ömsesidighet, se Asp, Petter 2005: Ömsesidigt erkännande av europeiska domar och beslut i straffprocessen – erfarenheter och tillämpningsfrågor. I verket *Forhandlingerne ved Det 37. nordiske Juristmøde i Reykjavik 18.–20. august 2005*, Band I, s. 57–80. Reykjavik 2005, s. 63–64.

⁶ Om principen om ömsesidigt erkännande, se Asp 2005; Jähkola, Katariina 2000: Rikosasioita koskeva keskinäinen oikeusapu Euroopan unionissa, s. 523–527. Lakimies 2000 s. 506–536; Lahti, Raimo 2004: Harmoniseringen av den straffrättsliga lagstiftningen och konsekvenser för den nationella lagstiftningen. Materiella och rättskipningsrelaterade stötestenar, s. 381–383. JFT 2004 s. 377–385; Peers, Steve 2004: Mutual Recognition and Criminal Law Review: Has the Council Got it Wrong? *Common Market Law Review* 2004 s. 5–36; Sihto, Juha 2003: Kansainvälinen rikosprosessioikeus, s. 1236. I verket Juha Lappalainen (toim.), *Prosessioikeus*, s. 1165–1274. Juva 2003 och Thunberg Schunke, Malin 2004: Internationell rättslig hjälp i brottmål inom EU. Effektivitet v. Rättsäkerhet. Uppsala 2004, s. 152–153.

⁷ Se t.ex. Groot, Selma de 2005: Mutual Trust in (European) Extradition Law. I verket Rob Blekxtoon (ed.), *Handbook on the European Arrest Warrant*. The Hague, s. 83–97.

Både FrysL och EUarrestL hör entydigt till den senare kategorin.⁸ Bägge är medel för att nå fram till något slutligt, t.ex. en dom vari ett visst föremål förklaras konfiskerad till staten.⁹

Ett tredje perspektiv hänför sig till de övriga rättsverkningar som ett ömsesidigt erkännande leder till. På saklogiska grunder ligger det nära till hands att hävda att ett ömsesidigt erkännande leder till ett fullt ut accepterande av *ne bis in idem* -regeln.¹⁰ Det samma gäller övrigt beaktande av domar som getts i ett annat medlemsland, närmast då som straffskärpningsgrund eller som grund för en skälighetsbedömning med stöd av konkurrensreglerna. För att denna verkan skall kunna realiseras måste det finnas enkla och tillförlitliga kanaler för att erhålla straffregisteruppgifter från andra medlemsstater.¹¹

Dessa och andra dimensioner öppnar upp för olika typer av rättsdogmatiska studier. I denna uppsats kommer jag endast att försöka besvara två frågor. För det första undersöker jag hur det ömsesidiga erkännandet förverkligats i FrysL. Hur långt har det ömsediga erkännandet förts? Hur mycken prövningsrätt har behörig finsk myndigheterna? Uppsatsens andra frågeställning gäller den berördes rättskydd. Hur har FrysL klarat av att förverkliga ett skäligt rättsskydd för den som drabbas av ett frysningensbeslut? Till sakens natur hör att jag ställvis gör jämförelser med ArrestL. Det bör ytterligare påpekas att jag inte tar upp frågor i anslutning till frysningensbegäran som riktas från Finland till något annat medlemsland.

VERKSTÄLLNING AV FRYSNINGSBESLUTET

Enligt FrysL 2 § 1 mom. definieras ett frysningensbeslut som ett beslut som en behörig rättslig myndighet i en medlemsstat utfärdar i ett brottmål med syfte att

⁸ Inom en överskådlig framtid kommer dessa rambeslut att kompletteras med ett rambeslut om ett europeiskt bevisupptagningsbeslut avseende föremål, handlingar eller uppgifter som skall företas i brottmål. Se kommissionens förslag KOM(2003)688 slutlig.

⁹ Förslaget till Rambeslut om tillämpningen av principen om ömsesidigt erkännande på beslut om förverkande (EGT C 184, 2.8.2002) hör till straffprocessens verkställighetsskede. Om rambeslutet råder sedan 2004 politisk enhet men det har ännu inte godkänts.

¹⁰ Ett initiativ till rambeslut i frågan som togs av Grekland 2003 har inte förts vidare. I dag avgörs frågan inom unionen i första hand med stöd av artikel 54 i Schengen-överenskommelsen. Se t.ex. Hecker, Bernd 2005: *Europäisches Strafrecht*. Heidelberg 2005, s. 457–479; Mansdörfer, Marco 2004: *Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht*. Berlin 2004, s. 142–192 och Satzger, Helmut 2005: *Internationales und Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden 2005, s. 128–131.

¹¹ Se förslaget till Rambeslut om beaktande av fällande domar avkunnande i en av europeiska unionens medlemsstater vid ett nytt brottmålsförfarande i en annan medlemsstat (KOM (2005)91 slutlig). Idag torde det råda delade uppfattningar i finsk rättspraxis om huruvida utländska domar kan beaktas i straffmätningen och straffverkställigheten.

tillfälligt förhindra förstöring, omvandling, flyttning, överföring eller överlåtelse av sådan egendom som omfattas av förverkande, har förverkats eller kan utgöra bevismaterial. Ett beslut som uppfyller dessa villkor verkställs sedan i den ordning som föreskrivs om skingringsförbud och kvarstad (i fortsättning använder jag begreppet ”säkringsåtgärd”)¹² eller beslag (FrysL 9 § 1 mom.). Valet bestäms på basis av beslutets närmare utformning. Några egentliga tolkningsproblem torde knappast här uppkomma. Säkring används när det är fråga om en förverkandepåföljd som angetts i pengar. När föremål skall användas som bevismedel används beslag. Som bekant regleras skingringsförbud och kvarstad i TvångsmedelsL (TML) 3 kap. och beslag i TML 4 kap. Detta betyder för konfiskationens del att brottsnyttan (SL 10:2), utvidgad brottsnytta (SL 10:3) samt värdet på visst föremål (SL 10:8) kan aktualiseras genom frysning. Övriga former av konfiskation, t.ex. gällande brottsverktyg, faller utanför FrysL. Endast bevismedel beslagtas enligt FrysL.

Den valda lösningen innebär att säkringsåtgärden verkställs enligt UL 7 kap. av häradsfogden. Detta framgår i sig redan av TML 3:8 men samma sak sägs i FrysL 10 § 1 mom. Modellen upprepas delvis beträffande beslag. Enligt TML 4:5 besluter häktningsberättigad myndighet om beslag. Detta omfattar både till förundersökningsmyndigheterna hörande tjänstemän och allmänna åklagare. Eftersom åklagaren är den som fattar beslut om att ett utländskt frysningsbeslut skall verkställas, sker själva verkställigheten på förundersökningsmyndigheternas försorg. Detta framgår av FrysL 10 § 1 mom. *in fine*.

Vid den konkreta utformningen av bevismedelsbeslag skall ett sådant förfarande iaktas som önskats av den utfärdande staten. Två villkor måste dock uppfyllas för att finska myndigheter skall avvika från de inhemska förfarandereglererna. För det första måste det ”främmande” förfarandet vara nödvändigt för att beviset skall bli lagligt i den utfärdande staten. Och för det andra förutsätts att det begärda förfarandet inte strider mot grundläggande rättsprinciper i Finland. Vad gäller det första kravet måste finska myndigheter lita på den utfärdande statens förklaring om laglighetsvillkoren. Här torde det främst röra sig om olika former av rättighetsförklaringar som delges den drabbade. Beträffande ordre public-kravet är det svårare att komma på något praktiskt relevant exempel. Ett sådant kunde vara att bevismaterial eftersöks som skulle bidra till att en person under 15 år utsätts för straffrättsliga påföljder.¹³

Genom denna lagstiftningsteknik har det utländska frysningsbeslutet integrerats i det finska tvångsmedelssystemet, varvid man frågar sig om det ytterligare

¹² Se Helminen, Klaus – Lehtola, Kari – Virolainen, Pertti 2004: Förundersökning och tvångsmedel. Helsingfors 2004, s. 506–509.

¹³ Se Sihto 2003 s. 1257 angående samma begränsning i IntRättshjälpL 11 § 1 mom.

krävs någon form av verkställbarhetsförklaring?¹⁴ Som ovan redan framkommit är svaret jakande: utan en dylik förklaring kan det utländska frysingsbeslutet inte verkställas.

Enligt FrysL 5 § är det åklagaren som beslutar att ett frysingsbeslut skall verkställas på ovan angivet sätt.¹⁵ Man kan säga att verkställbarhetsförklaringen innebär att frysingsbeslutet erkänns, vilket gör att det sedan kan verkställas. Enligt lagens förarbeten finns det många skäl för en sådan ordning. Det kanske viktigaste är att enligt gällande rätt i fråga om rättshjälp (se TML 3:6a,1–3 och TML 4:15a,1–4) skall domstolen fatta beslut om säkringsåtgärder och beslag som begärts av utländska myndigheter. Ett fasthållande vid detta i FrysL hade inte gett något egentligt mervärde i förhållande till det nuvarande systemet med rättshjälp.¹⁶

Behörig åklagare utpekas i FrysL 5 § och enligt FrysL 6 § skall begäran om frysning sändas direkt till honom eller henne. Här har samma grundmodell valts som i EUarrestL 12 §, dvs. endast vissa i lagen utpekade åklagare äger enligt huvudregeln behörighet i dessa ärenden. Modellen i FrysL avviker dock något från EUarrestL, vilket beror på att det är tingsrätten som fattar beslut om överlämnande (utlämning).¹⁷ Åklagarens behörighet är kopplad till Finlands 6 hovrättskretsar. I Rovaniemi hovrätts domkrets och Östra Finlands hovrätts domkrets tillkommer behörigheten Uleåborg tingsrätts respektive Kuopio tingsrätts häradsåklagare. Helsingfors tingsrätts häradsåklagare utfärdar verkställbarhetsförklaringen inom Helsingfors och Kouvolas hovrätts domkrets medan Tammerfors tingsrätts häradsåklagare har motsvarande behörighet beträffande Vasa och Åbo hovrätts domkrets. Den konkreta behörigheten bestäms enligt FrysL 5 § utgående från var egendomen eller bevismaterialet befinner sig. I frysingsbeslutet måste således i motsats till vad som gäller för inhemska säkringsbeslut en viss egendom utpekas.¹⁸

Det finns dock rätt vidlyftiga undantag från denna huvudregel, vilket gör den förhållandevis svag. I FrysL 5 § 3 mom. anges bl.a. att särskilda skäl gör det

¹⁴ Termen ”verkställbarhetsförklaring” används i den svenska Prop. 2004/05:115 om erkännande och verkställighet inom Europeiska unionen av frysingsbeslut.

¹⁵ När det är fråga om inhemska säkringsåtgärder fattar tingsrätten beslut i saken. Behörig domstol bestäms enligt var brottet har begåtts (TML 3:2,1, 1:9). Vid inhemskt beslag fattar häkttningsberättigad myndighet beslutet i fråga, i brådsakande fall kan även polisman genomföra åtgärden (TML 4:5–6).

¹⁶ Se RP 56/2005 rd s. 10.

¹⁷ Det är skäl att observera att man i EUarrestL hållit fast vid utlämningsbegreppet, något som på goda grunder kan kritiseras. Se Sihto 2003 s. 1237–1238.

¹⁸ Se RP 56/2005 rd s. 21 och Helminen – Lehtola – Virolainen 2004 s. 507.

möjligt för annan än i 1 mom. utpekad åklagare att fatta beslut om frysningsbeslutets verkställighet i Finland.¹⁹

FÖRUTSÄTTNINGARNA FÖR VERKSTÄLLBARHETS-FÖRKLARINGEN

Häradsåklagaren har enligt FrysL att kontrollera att vissa villkor är uppfyllda innan verkställbarhetsförklaringen kan utfärdas. Helt allmänt kan sägas att det finns flera typer av kontroller som åklagaren skall genomföra. Systematiken är något öppen men jag följer här den ordning omständigheterna nämns i FrysL.

För det första skall kravet på dubbel straffbarhet konstateras vara uppfyllt (FrysL 3 § 1 mom.). Detta krav är i grunden mycket enkelt. Åklagaren skall göra en kontrafaktisk rättstillämpning, dvs. tillämpa finsk straffrätt på den påstådda gärningen och bedöma om gärningen också enligt finsk rätt vore straffbar. I de flesta fall vållar denna subsumtion inga större svårigheter för en åklagare som dagligen sysslar med straffrätt. Det bör observeras att beträffande brott med nationella begränsningar²⁰ skall åklagaren tankemässigt byta ut dylika utländska element mot motsvarande finska och därefter pröva om gärningen fortfarande är straffbar i Finland. Vid t.ex. olika typer av motstånd mot tjänstemän skall åklagaren byta ut den utländska myndighetspersonen mot en finsk dito och bedöma straffbarheten. I FrysL har dock frågan om betydelsen av nationella begränsningar preciserats på det sätt som krävs i rambeslutets 7 artikel d-punkten. Som bekant varierar medlemsländernas lagstiftning beträffande skatter, tullar och andra avgifter samt valutatransaktioner. Det kan vara så att en viss avgiftstyp respektive valutabegränsning inte existerar i ett vist medlemsland, medan ett annat land tillskriver institutet en stor fiskal betydelse. En annan möjlighet är att skattesystemen till sin uppbyggnad avviker från varandra; i princip samma avgiftstyp regleras på helt olika sätt. Enligt FrysL 3 § 1 mom. får dessa divergenser inte leda till vägrad verkställbarhetsförklaring.

Kravet på dubbel straffbarhet gäller inte för s.k. förteckningsbrott, dvs. i FrysL 3 § 3 mom. uppräknade brottstyper, sammanlagt 32 till antalet. Ytterligare krävs att det strängaste straffet för brottet i den utfärdande staten skall var frihetsstraff på minst 3 år. Denna lista återfinns i EUarrestL 3 § 2 mom. Enligt förarbetena har åklagaren dock rätt att på grundad anledning undersöka straffmaximum för gär-

¹⁹ Enligt RP 56/2005 rd s. 19–20 kan ärendets brådskande natur göra att det inte finns tillgång till någon i 1 mom. utpekad åklagare.

²⁰ Om nationella begränsningar, se t.ex. Frände, Dan 2004: Allmän straffrätt. Helsingfors 2004, s. 328–333.

ningen i fråga i det utfärdande landets lagstiftning samt även pröva om den aktuella gärningen verkligen omfattas av ett förteckningsbrott i den utfärdande staten.²¹ I praktiken torde denna möjlighet mycket sällan kunna användas, det krävs de facto att åklagaren i fråga råkar ha djupgående kunskaper om det aktuella landets straffrätt.

Man kan ifrågasätta betydelsen av kravet på dubbel straffbarhet. Åklagaren skall fatta sitt beslut mycket snabbt, enligt FrysL 9 § 2 mom. om möjligt inom 24 timmar från det att begäran mottagits. Under en sådan tidspress är det svårt att göra någon rimlig prövning av straffbarhetsförutsättningarna. Därtill kommer att det beträffande verkställigheten av själva förverkandebeslutet (och inte frysningensbeslutet) sker en prövning av den dubbla straffbarheten förutom beträffande de s.k. förteckningsbrotten (se 3 § 1 mom. L om internationellt samarbete vid verkställighet av vissa straffrättsliga påföljder (21/1987)). Det som igen talar för åklagarkontrollen av den dubbla straffbarheten är det faktum att någon sådan kontroll inte mera görs när bevismaterialet överförs till det utfärdande landet.²²

För det andra skall häradsåklagaren kontrollera att standardformuläret har bifogats till frysningensbeslutet samt att det är fullständigt ifyllt (FrysL 4 § 1 punkten). Det får inte heller finnas en uppenbar divergens mellan beslut och intyg. Enligt FrysL 6 § skall intyget skrivas på finska, svenska eller engelska men åklagaren kan även godta andra språk. Däremot behöver själva beslutet inte översättas till något av nämnda språk.²³

En intressant fråga i sammanhanget gäller betydelsen av FrysL 8 §. Frysningensbeslutet är ju till sin natur ett interimistiskt beslut och måste enligt nämnda bestämmelse endera åtföljas av en begäran om slutlig ”verkställighet” eller en uppskattning om när en sådan begäran kommer att inlämnas. Eftersom detta skall omnämnas i intyget får brister här anses leda till att åklagaren inte får utfärda verkställbarhetsförklaringen. Samtidigt bör påpekas att enligt FrysL 4 § 2 mom. får åklagaren utsätta en tidsfrist inom vilken intyget kan inlämnas eller däri ingående brister korrigeras.

För det tredje skall åklagaren förvissa sig om att inga hinder av mera allmänprocessuell natur föreligger. Enligt punkterna 2–4 i FrysL 4 § handlar det om immunitet och privilegier, om *ne bis in idem* -regeln samt om skyddet av hand-

²¹ Se RP 56/2005 rd s. 17.

²² Enligt IntRättshjälpL 15 § 1 mom. kontrolleras den dubbla straffbarheten vid bruket av tvångsmedel, däremot inte längre vid själva överförandet av det beslagtagna bevismedlet. Se RP 56/2005 rd s. 23.

²³ Det är intressant att observera att EUarrestL inget nämner om det i rambeslutet förutsatta intyget. Se Sihto, Juha 2003a: Den europeiska arresteringsordern, s. 512–514. JFT 2003 s. 502–531. Trots detta torde även finska myndigheter använda intyget när begäran sänds till andra länder. I FrysL har det liksom skett en normalisering.

lingar, postförsändelser och telegram (TML 4:2 och 4:3). Av dessa har skyddet av handlingar den största praktiska betydelsen och särskilt då sådant material som finns hos den misstänktes advokat eller läkare.

Och för det fjärde skall åklagaren undersöka huruvida det pågår någon brottsutredning som negativt kan påverkas av en eventuell verkställbarhetsförklaring. Enligt FrysL 13 § får åklagaren i en dylik situation skjuta upp verkställigheten. För att kunna få sådan information skall åklagaren enligt FrysL 9 § 3 mom. underätta centralkriminalpolisen och Tullstyrelsen om inkommet frysningsbeslut. Varken lagtexten eller förarbetena ger något entydigt besked beträffande den närmare naturen hos uppskovet: Skall åklagaren utfärda verkställbarhetsförklaringen men uppskjuta översändandet till de verkställande myndigheterna eller skall han eller hon vänta med själva utfärdandet? Min uppfattning är att arbetsekonomiska omständigheter talar för det förstnämnda alternativet. När begäran inkommit är det skäl att gå igenom förutsättningarna för verkställigheten, varvid det obligatoriska meddelandet om uppskovet (FrysL 13 § 2 mom.) kan åtföljas av begäran om eventuell komplettering. Skulle t.ex. ett immunitetshinder föreligga bör ett sådant hittas möjligt snabbt varvid hela uppskovsprocessen kan undvikas.

Som ett slags slutsummering och värdering av förverkligandet av ömsesidigt erkännande i den finska FrysL kan konstateras att möjligheterna att vägra utfärda verkställbarhetsförklaringen är rätt begränsade. Med hänsyn till att förteckningsbrottens omfattar så gott som hela den allvarliga brottsligheten blir kravet på dubbel straffbarhet av marginell betydelse. De övriga grunderna för vägran är igen sällan förekommande. Det är knappast någon särskilt vågad gissning att häva att åklagarna i framtiden mycken sällan kommer att vägra verkställighet. Därför är den drabbades rättsskyddsgarantier desto viktigare.

ÖVRIGT KRING DET KONKRETA VERKSTÄLLANDET AV FRYSNINGSBESLUTET

När frysningsbeslutet har verkställts – egendom utsatts för säkringsåtgärd eller beslag – av ovan angivna myndigheter skall åklagaren enligt FrysL 11 § underätta den översändande myndigheten. Eftersom frysningsbeslutet endast är interimistiskt skall åklagaren i sin verkställbarhetsförklaring även ange hur länge verkställigheten, dvs. säkringsåtgärden eller beslaget är i kraft (FrysL 12 §). Innan tidsfristens utsättande skall kommunikation ske med den översändande myndigheten och denna kan senare även begära om förlängning under förutsättning att det sker inom tidsfristen. Detta får anses betyda att varken den i TML 3:4,2 eller den i TML 4:11,2 angivna giltighetstiden gäller för frysningsbeslut.

Samtidigt är det klart att åklagaren inte gärna kan börja med en giltighetstid långt över 4 månader.

FrysL innehåller även bestämmelser om upphävandet av verkställbarhetsförklaringen. Enligt FrysL 14 § skall så ske om t.ex. den angivna egendomen inte påträffas eller förklaringens giltighetstid har gått ut.

Det kan ytterligare observeras att förverkligandet av frysningsbeslutet kan förutsätta bruket av andra tvångsmedel, närmast då husrannsakan. Detta är enligt FrysL 15 § tillåtet på de villkor som anges i IntRättshjälpL 15 § och i TML. Detta innebär ett slags krav på dubbel tillämpbarhet. Enligt nämnda bestämmelse i IntRättshjälpL skall den finska myndigheten pröva huruvida det brott frysningsbeslutet gäller ger rätt till bruket av tvångsmedel i Finland. Det måste således undersökas under vilken bestämmelse i finsk rätt gärningen kan subsumeras och därefter pröva villkoren i det aktuella tvångsmedelstadgandet. Åtminstone när det är fråga om förteckningsbrott torde villkoren för det mesta uppfyllas.

RÄTTSSKYDDSGARANTIER

Det är ingen självklarhet att åklagarens verkställbarhetsförklaring kan överklagas. Det är ju fråga om ett interimistiskt beslut som måste följas av en begäran om ”slutlig” verkställighet. Mot dylikt av domstolen fattat beslut kan besvär anföras i hovrätt (och efter besvärstillstånd i HD). Rätten till besvär framgår av TML 3:6a,3 och 3:7 beträffande skingringsförbud. Vid utländskt beslag skall domstolen fastställa anhållningsberättigad myndighets beslut (TML 4:15a,2). Eftersom det inte finns några speciella begränsningar av besvärsrätten får normalt besvär mot domstolen avgörande anföras i hovrätten.²⁴

Det har dock ansetts att den drabbade även bör kunna besvära sig över de åtgärder som direkt hör samman med frysningsbeslutet i Finland. Däremot är det inte tillåtet att i Finland besvärsvägen försöka få det i utlandet fattade frysningsbeslutet upphävt eller ändrat. Detta framgår entydigt av FrysL 17 1 mom. Trots att det i bestämmelsen talas om materiella grunder för ett frysningsbeslut avses givetvis också processuella fel och brister, t.ex. att myndigheten i den utfärdande staten saknade behörighet att utfärda frysningsbeslutet. För att den berörde skall kunna tillvarata sina rättigheter i den utfärdande staten stadgas i FrysL 17 § 2 mom. att åklagaren skall underrätta honom eller henne om möjligheterna att

²⁴ Det är en något öppen fråga om den drabbade med stöd av TML 4:13 kan rikta en ny begäran till tingsrätten om omprövning av det tidigare beslutet. I sig tyder hänvisningen i TML 4:15a,3 på att så skulle vara fallet men denna dubbla möjlighet verkar dock något överdriven.

söka ändring i den utfärdande staten. I intyget skall ingå de nödiga uppgifterna för denna informationsplikt.

Besvärsrätten regleras i FrysL 16 §. För det första kan den berörde besvära sig till tingsrätten över åklagarens beslut att utfärda verkställbarhetsförklaringen i enlighet med FrysL 9 §. Det som ligger närmast till hands är givetvis att åberopa någon eller några av de grunder som enligt FrysL 3–4 §§ hindrar utfärdandet av verkställbarhetsförklaringen. Så kan hävdas att kravet på dubbel straffbarhet inte är uppfyllt i det aktuella fallet eller att gärningen i fråga redan är rättsligt prövad i ett annat medlemsland. Eftersom åklagaren kan undersöka korrektheten hos förteckningsbrottspåståendet måste även tingsrätten ha samma behörighet. Men även andra typer av invändningar mot åklagarens avgörande kan aktualiseras. Det måste även vara möjligt att hävda att åklagaren saknat behörighet att utfärda förklaringen eller att något åklagarjäv föreligger.

För det andra kan besvären riktas mot den giltighetstid åklagaren gett verkställigheten av frysningsbeslutet i enlighet med FrysL 12 § 1 mom. Grunden för detta står att finna i TML och dess krav på proportionalitet i fråga om bruket av tvångsmedel (7:1a). Trots att FrysL inte innehåller någon direkt hänvisning till nämnda bestämmelse är det klart att den måste efterlevas eftersom frysningsbeslutets inhemska verkställighet förankras i TML.

Tingsrättens behörighet i dessa besvärsmål regleras i FrysL 16 § 3 mom. Här sker samma koppling till hovrätternas domkretsar som beträffande häradsåklagarna. Det avgörande blir således var egendomen eller bevismaterialet befinner sig och de behöriga tingsrätterna är Helsingfors, Kuopio, Uleåborg och Tammerfors. Några alternativa tingsrätter anges inte, vilket är naturligt eftersom objekten för åtgärderna måste lokaliseras någonstans i Finland.

Enligt FrysL 16 § 1 mom. *in fine* skall i tillämpliga delar TML 1:9,2 och 4:13 tillämpas vid besvärprocessen i tingsrätten. Detta betyder att besvären kan behandlas av en domare och på annan tid och plats än vad som stadgas om allmän underrätts sammanträde. Tillämpningen av TML 4:13 leder i sig till att TML 1:9,1 omfattas men saknar betydelse eftersom den behöriga domstolen utpekas i FrysL 16 § 3 mom. Däremot äger hänvisningen till TML 1:12 i TML 4:13 relevans eftersom där anges formen för besvären, dvs. de skall göras skriftligen. I övrigt följer av TML 4:13 endast att berörda parter skall beredas tillfälle att närvara vid handläggningen men utevaro hindrar inte att saken avgörs. Tidsfristen i nämnda bestämmelse tillämpas inte eftersom FrysL 16 § 1 mom. anger att domstolen utan dröjsmål skall handlägga ärendet. Samtidigt är det klart att en längre tid än en vecka kräver särskilda skäl, t.ex. ärendets komplicerade natur.

Som ovan konstaterats skall säkringsåtgärd rent konkret verkställas av utsökningensmyndigheterna. Över en sådan åtgärd får enligt FrysL 16 § 2 mom. normala utmätningsbesvär angöras, vilket betyder tillämpning av UL 10 kap. Som grund för besvären kan t.ex. vara att annan tillhörig egendom beläggs med säk-

ringsåtgärd. Enligt TML 16 § 3 mom. behandlas utmättningsbesvären av de fyra i momentet utpekade tingsrätterna och inte i de som normalt gäller för utmättningsbesvär (se UL 10:2).

Över tingsrätten beslut kan besvär till hovrätten anföras (FrysL 16 § 4 mom.). Här gäller normala regler för ändringssökande. Som motpart till den berörde fungerar behörig åklagare. För att få saken prövad i HD krävs normalt besvärstillstånd. Systemet avviker här från EUarrestL 37 § som lämnar bort hovrätts-skedet och tillåter att klagan om överlämnandet direkt riktas till HD som utan dröjsmål har att ta upp saken.

Som helhet betraktad kan FrysL:s rättsskyddssystem uppfattas som förhållandevis välutvecklat. Svagheten ligger givetvis däri att materiella invändningar inte kan göras. Detta påverkar i första hand säkringsåtgärderna eftersom det här ligger nära till hands att bestrida den normativa grunden för konfiskationsyrkandet. Det finns t.ex. brott som inte kan sägas ha gett upphov till någon form av ekonomisk nytta. Här kan en omfattande säkringsåtgärd leda till att den berördes ekonomiska verksamhet helt lamslås och medel till och med saknas för att bekosta ett skäligt försvar. Detta är en del av det pris som måste betalas för en effektiv brottsbekämpning inom EU. Vad jag kan se måste EU i fortsättningen satsa på utvecklandet av ett slags Eurodefenser för att hindra uppenbara rättsförluster. I annat fall finns det risk för att tyska *Bundesverfassungsgericht* får efterföljare i andra medlemsländer.²⁵

²⁵ I sitt avgörande från 18.7.2005 (2 BvR 2236/04) förklarade domstolen den tyska EUarrestL för ogiltig.

Vagn Greve

Genoptagelse af straffesager – nogle træk af dansk ret*

INDLEDNING

Den klassiske domstolsproces giver en meget høj grad af sikkerhed for, at dens resultat er rigtigt. Dog, *errare humanum est* – og selv dommere kan være menneskelige. Procesretten kender derfor en garanti, der består i, at sagen ikke blot behandles én gang af domstolene. I dansk ret indtil 1919 skulle sager, hvor der var idømt livsstraf, altid indbringes ”ikke blot til Overretten, men og til Vor Højesteret”. I dag findes der ikke længere nogen pligt til at anke, men sagens parter har som udgangspunkt en ret til at anke. Dette princip er så vigtigt, at det også har fundet plads blandt de europæiske menneskerettigheder, jfr. 7. tillægsprotokol art. 2. Reglerne om anke giver utvivlsomt en væsentlig forøgelse af sikkerheden for, at den materielle sandhed bliver fundet; men naturligvis får man heller ikke på den måde en fuldstændig garanti. Det gælder ligefuldt, selv om der er mulighed for at anke efter den ordinære ankefrists udløb. ”Naar de forskellige Domstole Gang paa Gang kommer til helt forskellige Resultater eller helt modsatte Resultater ud fra det samme Bevisgrundlag, saa er det ... yderst bemærkelsesværdigt”, hvis der ikke også var behov for genoptagelsesmuligheden, udtalte den danske justitsminister K. K. Steincke engang. Selv hvis urigtige afgørelser kun forekommer i en brøkdel af promiller af sagerne, er disse sager umålelige tragedier. Genoptagelsesmuligheden er en væsentlig garanti for, at slutresultatet bliver rigtigt, selv om sagen på en eller anden måde gik skævt.

Fra U.S.A. kendes et stort antal sager, hvor det er dokumenteret, at dødsdømte har været uskyldige. England er blevet rystet af adskillige sager, hvor personer, der var idømt lange straffe for terrorisme, efter mange år er blevet løsladt som uskyldigt dømte. Den svenske justitiekansler sagde i et interview ved sin tiltrædelse, at der ikke sidder uskyldigt dømte i svenske fængsler; et par år efter betegnede han selv sin udtalelse som naiv og sagde, at hans svar nu ville blive det stik modsatte. Norge har haft flere sager, hvor man efter mange år har løsladt

* En længere version af denne artikel med fyldige litteraturhenvisninger findes på min hjemmeside <http://www.jur.ku.dk/vagngreve>.

personer som uskyldigt dømte. Risikoen findes overalt. Alle(?) retssystemer har derfor skabt hjemmel for i undtagelsestilfælde at genoptage sager til gunst for den dømte, når ankemuligheden ikke eller ikke længere eksisterer; men landenes regler adskiller sig meget fra hverandre.

Det danske retsplejeudvalg karakteriserede i 1930'erne genoptagelsesreglerne ved, at "de bruges erfaringsmæssig oftere af indbildt forurettede eller rene Retskværlanter". Højesterets præsident mente dengang, at en særlig ret ville "virke som en opmuntring for alle, der er tilbøjelige til at rejse ubeføjede klagemål". Og dommerforeningens formand kaldte den foreslåede særlige domstol for "Kværulantretten". Ethvert klagesystem kender sådanne personer, men det ville være en ganske misvisende karakteristik af det danske genoptagelsessystem i dag. Det er i forbavsende få sager, at man har indtryk af, at andrageren er kværlantisk. Og i disse må man til tider spørge, hvorfor de er blevet det.

HISTORIK

Der antages ikke at være noget sikkert eksempel på genoptagelse af en højsteretsdom til skade for en frifunden i lidt ældre dansk ret. Anderledes med hensyn til den modsatte situation. Meget omtalt er "Fejøsagerne" fra 1880'erne. En kvinde blev idømt livsstraf for fødsel i dølgsmål, barnemord og falsk angivelse; dommen blev stadfæstet af Højesteret; to andre kvinder blev dømt for meddelagtighed. Den dømte kvinde var "temmelig indskrænket af Aandsevner", og hun havde tilstået efter "det stærke Tryk, der navnlig af underordnede Betjente er blevet udøvet imod hende". Efter gentagne anmodninger blev hun på ny lægeundersøgt, og det Kongelige Sundhedskollegium konstaterede, "at det maa anses for sikkert, at [hun] ... ikke nogensinde har født ... et Barn". Ved kongelig bevilning blev sagen genoptaget, og hun blev frifundet.

I samme periode arbejdede man på et fuldstændigt oversyn af den danske retspleje. Proceskommissionen af 1868 fremhævede et nyt tysk udkast, der tilstedte genoptagelse i videre omfang end fransk ret, "med den Tanke for Øje, at det i Straffeprocessen fremfor Alt kommer an paa at fyldestgøre den virkelige Retfærdighed, og at Dommens Retskraft derfor ikke bør opretholdes videre, end hint Hensyn tilsteder." (Udkast til Lov om Strafferetsplejen 1875.) Proceskommissionen af 1892 sammenfattede grundbetragtningen således: "... Genoptagelse ... bør ... holdes inden for snævre Grænser; paa den anden Side bør den ikke helt afskæres, da der ikke er Grund til, at den, der har gjort sig skyldig i en grov Forbrydelse, og som alene frifindes paa Grund af Mangel paa Bevis, eller endog paa Grund af falske Beviser, men hvis Skyld senere tilfældig kommer til at ligge klart for Dagen, skulde have et Slags Lejdebrev paa at kunne gaa fri og uantaste-

lig omkring som et levende og demoraliserende Vidnesbyrd om Retsplejens Ufuldkommenhed, lige saa lidt som det paa den anden Side vilde kunne forsvares, at den, der med Urette maatte være domfældt for en ikke helt ubetydelig Forbrydelse, men hvis Uskyldighed senere tilfældig kommer frem, ikke skulde have Adgang til at faa den Plet, som Dommen sætter paa ham, afvadsket ved en ny Dom, ... ” (Bilag til lovforslaget af 1901–02). Det er altså hensynet til at finde den materielle sandhed, som bærer genoptagelsesmuligheden. Proceskommissionen synes i ganske høj grad at ligestille genoptagelse til gunst for en dømt med genoptagelse til skade for en frifundet.

Med lov om rettens pleje (rpl.) af 1919 kapitel 86 om genoptagelse (§§ 975–988) gennemførtes det system, som, for så vidt angår de væsentligste materielle betingelser, fortsat findes. Derimod blev den processuelle behandling af sagerne ændret radikalt allerede i 1939; se nærmere nedenfor. Der er desuden sket nogle andre ændringer, af hvilke de vigtigste også vil blive omtalt i det følgende.

SAGENS ART

Efter rpl. § 1 a behandler og påkender Klageretten ”begæringer om genoptagelse af en straffesag, jf. kapitel 86”. ’Straffesag’ har i denne forbindelse en bredere betydning, end man umiddelbart skulle tro. Således kan sager om *erstatning* i anledning af strafferetlig forfølgelse genoptages. Det er imidlertid ganske vanskeligt at passe sådanne sager ind i genoptagelsesgrundene, som går på skyld/ uskyld og ikke på graden af skyld (udmålingen), og det vil ofte være det, der er sagen i erstatningssagerne. En ligestilling fører til, at en afgørelse om erstatningspligtens eksistens kan genoptages, men ikke en afgørelse om erstatningens størrelse. Der opstår i øvrigt på den måde en mærkelig forskel på erstatningssager, der behandles i den borgerlige retsplejes former, og som derfor bliver endelige ved afgørelsen, og erstatningssager, der behandles i strafferetsplejens former, og som derfor noget lettere kan genoptages.

I forbindelse med straffesagen behandles til tider andre spørgsmål. Under den nye sag kan retten ophæve en bestemmelse om erstatning i den ældre dom, men ikke pålægge erstatningsmodtageren at betale tilbage. Sådanne udvidelser af straffesagsbegrebet er i det hele taget ikke alle hensigtsmæssige. Således vil en genoptagelse af en sag om frakendelse af arveret (jfr. rpl. § 684, stk. 1, nr. 5) føre til nogle retlige og praktiske næsten uløselige problemer. Endvidere er det svært at begrunde, at disse regler – i hvert fald tilsyneladende – stiller mindre krav til genoptagelsen af adhæderede civile krav end reglerne om genoptagelse af civile sager i rpl. § 399.

G-38-04*: A blev 25. marts 2003 bl.a. dømt for tre røverier ved et nævningeting. Strafadmålingen blev stadfæstet af Højesteret. Klageretten genoptog det ene røveriforhold, efter at to andre personer, som anklagemyndigheden antog var medvirkende, senere var blevet frifundet. Statsadvokaten indbragte den genoptagne sag for landsretten og frafaldt samtidig tiltale for dette forhold. Endvidere påstod anklagemyndigheden frifindelse for så vidt angik den ved 2003-dommen fastsatte erstatning til den røvede bank. Herefter frifandt landsretten ved dom af 19. maj 2005 i det forhold, hvor tiltale var frafaldet, og for erstatningskravet. Der er næppe grund til at tro, at A har betalt erstatningen på 257.000 kr. til banken under sin strafafsoning, og hvis han havde, ville banken nok have været god for tilbagebetalingskravet. Her gik der kun to år, men genoptagelse kan ske, selv om den fældende dom er meget gammel. Og man kan let med denne sag som udgangspunkt forestille sig en række scenarier, hvor der ville komme store problemer. Bernhard Gomard udtrykker sig dog håndfast i denne forbindelse om et af spørgsmålene: "Forurettede har oprindeligt selv valgt at rejse sit krav under straffesagen og må finde sig i, spørgsmålet afgøres ..." (Adhæsiionsproces, 1969, s. 222). Det kan selvfølgelig siges; men man kunne efter min opfattelse nå en bedre retstilstand, hvis man lod de adhæderede spørgsmål blive behandlet efter reglerne om genoptagelse af civile sager, således at genoptagelsen efter § 977 alene vedrørte de strafferetlige reaktioner.

På den anden side omfatter "straffesag" ikke private straffesager, der behandles efter rpl. kapitel 87, f.eks. injuriesager. Det samme gælder andre afgørelser, der behandles i den civile retsplejes former, selv om de har en vis pønål karakter, f.eks. parkeringsafgifter.

Der kan ikke ske genoptagelse alene med henblik på et adhæderet civilt krav eller en afgørelse om sagsomkostninger, herunder advokatsalær.

DEN PÅKLAGEDE AFGØRELSES ART

Rpl. §§ 976 og 977 afgrænser, hvilke sager der kan genoptages. Der skal være tale om "en ved Højesteret eller ved en landsret under medvirkning af nævninger eller ifølge anke pådømt sag". Bestemmelserne er ganske klare. Rationalet er også klart. Byretsdomme må ankes, og hvis ankefristen er udløbet, må de alligevel indbringes eller søges indbragt for ankeinstansen efter reglerne om ekstraordinær anke. Klageretten har dog ganske pragmatisk fundet det vigtigere at få rettet (mulige) fejl end at overholde begrænsningerne i §§ 976 og 977. I en sag (som vedrørte et andet spørgsmål) udtalte Klageretten således: "Selv om de foreliggende specielle omstændigheder ikke synes omfattet af reglerne i retsplejelov-

* G-[nr]/[år] = journalnummer for genoptagelsessag.

vens § 977, stk. 1, findes der ud fra de synspunkter, der ligger til grund for reglerne om genoptagelse til fordel for en domfældt, at burde ske genoptagelse.”(G-70-85). Den samme grundindstilling har ført til, at der med årene er sket en udvanding af betingelserne for så vidt angår *byretsafgørelser*, og i G-2-03 fastslog Klageretten generelt: ”Indledningsvis bemærkes, at Klageretten i en række tidligere kendelser har afgjort, at retsplejeloven giver hjemmel for, at også byretsdomme i mangel af andre retsmidler kan begæres genoptaget.” Det kan også antages, at Klageretten vil være lidet tilbøjelig til at henvise den dømte til at få en for sen anke admitteret, hvis der er genoptagelsesgrundlag. Det er allerede derfor ikke ganske klart, hvad der ligger i den citerede modifikation, ”i mangel af andre retsmidler”.

Det udelukker ikke genoptagelse, at sagen har været behandlet som *tilståelses*sag. Det hindrer heller ikke genoptagelse, at landsretsdommen alene var baseret på en *strafudmålingsanke*.

I G-124-95 forklarede vidnerne under strafudmålingsanken (vedrørende kørekortet), at det ikke var den pågældende, der havde begået lovovertrædelsen, men uden at det umiddelbart førte til noget. De fastholdt forklaringen efter domsforhandlingen, og sagen blev genoptaget. Den dømte havde begået den pågældende lovovertrædelse på et andet tidspunkt og under andre omstændigheder.

Sager kan genoptages, hvad enten de er afsluttet med en dom eller *ankerettens afvisning*. Klageretten har endvidere genoptaget en sag, der er sluttet med indenretslig *bødevedtagelse*. Derimod har Klageretten ikke hjemmel til at genoptage en udenretslig bødevedtagelse. Argumentet er, at den indenretslige bødevedtagelse ikke ”valørmæssigt” adskiller sig fra en dom; jfr. herved rpl. § 936, 3. pkt. (”Sådan afgørelse har i henseende til fuldbyrdelse og gentagelsesvirkning samme virkning som en dom.”) Det vil være naturligt at behandle *bødevedtagelse* som *vilkår for et tiltalefracfald*, jfr. rpl. § 723, på samme måde.

G-132-03: Fødevareministeriet konstaterede, at det havde administreret efter en 0-værdigrænse for medicin i fødevarer, selv om EU-retten havde maksimalgrænseværdier. Rigsadvokaten bemyndigede herefter politimestrene til at omgøre afgørelser om udenretslige bøder, der var givet for forhold, der lå inden for EU's grænseværdier, til at tilbagebetale de betalte bøder og til at slette dem i strafferegisteret. I den foreliggende sag var der imidlertid tale om en indenretslig bødevedtagelse. Procesbevillingsnævnet kunne ikke tillade anke på grund af sagens alder. Politimesteren begærede herefter genoptagelse ved Klageretten. Dette blev imødekommet. Hvis det i og for sig naturligt blev gjort gældende, at grundlaget for sagen var uændret, skulle genoptagelsen være sket efter nr. 3, men på grund af dens alder ville fristen herfor være sprunget. Klageretten henviste blot til stk. 1, hvilket herefter må forstås som en henvisning til nr. 1. Oplysningen om straffehjemmelen er således ganske pragmatisk blevet betragtet som en ny oplysning.

I en nyere sag om *indenretslige advarsler* valgte Klageretten at lade det stå åbent, om den havde kompetence i sådanne sager. Afvisningen skete af materielle grunde, ikke på grund af afgørelsens art.

G-103-04: T stjal 25 cm vandslange til en værdi af 5 kr. i en butik og fik en indenretslig advarsel for tyveriet. Derpå viste han den til politifolk og fortalte, at han skulle bruge den til selvforsvar i sit hjem; indenretslig advarsel for overtrædelse af våbenloven, efter først at have fået en bøde på 1500 kr. som udebleven.

Det kan forekomme underligt, at en afgørelse, som er så lidet indgribende, at den ikke kan ankes, dog skulle kunne genoptages. På den anden side er der en betydelig forskel på den almindelige anke, hvor der påstås en anden vurdering af sagen, og de groveste genoptagelsestilfælde (ved falske beviser m.m.). Man tør nok antage, at Klageretten nødig vil afvise, hvis den forelagte afgørelse er åbenbart urigtig eller beviseligt er baseret på falske vidneforklaringer eller lignende. Klageretten ser sig som den sidste garant for, at justitsmord, herunder også de små, kan redresseres.

En analogisk hjemmel er blevet afvist med hensyn til en afgørelse om anbringelse af domfældte i en anden type *behandlingsinstitution* og med hensyn til *afslag på prøveløsladelse* fra forvaring. Sådanne domstolsafgørelser adskiller sig fra de domme, som Klageretten kan overprøve, bl.a. derved at de har en meget begrænset retskraft. Efter straffelovens (strl.) § 72 kontrollerer domstolene kontinuerligt denne type afgørelser, og det er derfor let at inddrage andre fakta end de oprindelige uden at gribe til det ekstraordinære middel. En lignende argumentation fører til at udelukke genoptagelse af afgørelser om *vilkårsændringer* med hjemmel i strl. § 59 eller § 65.

Genindsættelse af prøveløsladte har en anden karakter end de umiddelbart ovenfor omtalte. Klageretten har da også anset sig for kompetent ud fra ”Rpl. kap. 86 eller dennes analogi” til efterprøvelse af det bevismæssige grundlag for genindsættelse af en prøveløsladt. Efter at straffuldbyrdelseslovens (sfbl.) § 112 har indført en judiciel efterprøvelse af genindsættelse, er det lidet nærliggende at anse Klageretten for umiddelbart kompetent med hensyn hertil. Der findes dog ingen regel svarende til strl. § 72. Tværtimod afskærer sfbl. § 122, stk. 1, 3. pkt., fornyet indbringelse for retten. På samme måde er en afgørelse om *iværksættelse af straffen efter en betinget dom*, jfr. strl. § 60 eller § 66, endelig. Såfremt grundlaget for disse afgørelser – efter sfbl. § 122 eller strl. §§ 60 og 66 – er behæftet med omstændigheder, som opfylder kravene i §§ 976 og 977, må det antages, at Klageretten vil tilstede genoptagelse af dem.

Hvis en tiltalt er *udeblevet* og efterfølgende begærer sagen genoptaget, men får dette nægtet, idet byretsdommeren finder, at den pågældende ikke har ”haft lovligt forfald og ved ham utilregnelige omstændigheder har været forhindret fra i tide at anmelde dette”, kan afvisningen indbringes for Klageretten, jfr. rpl.

§ 987. Det er vanskeligt at se, at denne overprøvelse naturligt hører hjemme i Klageretten; landsretten ville være en langt naturligere klageinstans, når man tænker på, at det er en byretsafgørelse, der efterprøves, og at det er den processuelle behandling, ikke sagens materielle rigtighed, som diskuteres. I 1960 tilføjedes det nuværende rpl. § 987, stk. 4, om afvisning af en ankesag på grund af udeblivelse – dengang som stk. 3. Det antoges, at reglen allerede fulgte af en analogi af § 987. Også denne regel vedrører et tilfælde, som ikke ligger inden for Klagerettens naturlige område. Højesteret ville være det naturlige forum for en efterprøvelse. Eksistensen af den særlige genoptagelseshjemmel i § 987 udelukker ikke muligheden for genoptagelse efter § 977.

G-129-95: A blev stoppet på en ulovlig knallert og opgav Bs navn. Politiet sendte et bødeforelæg til B, der ikke reagerede. Derefter blev B tiltalt og dømt som udebleven. Da politiet fik kendskab til forløbet, anmodede politimesteren Klageretten om, at Bs dom måtte blive genoptaget. Hvilket skete.

Klageretten kan *ikke i øvrigt prøve processuelle afgørelser*, f.eks. om varetagtsfængsling under sagen, eller vurdere politiets arbejde isoleret set. Denne begrænsning er velbegrundet og bør fortolkes strikt. Klageretten kan heller ikke behandle *afgørelser truffet uden for det almindelige domstolssystem*, f.eks. udenretslige bøvedtagelser.

HVILKEN DEL AF AFGØRELSEN KAN GENOPTAGES?

Genoptagelsesreglernes formuleringer viser tydeligt, at de angår *beviset for den pågældende persons skyld*. Det udtrykkes på forskellig måde i bestemmelserne, men de forskellige formuleringer dækker den samme realitet. Under skyldspørgsmålet hører også afgørelsen om tilregneligheden og tilregnelsen.

I forbindelse med revisionen i 1930'erne forudsattes det, at genoptagelse på grund af *fejl i den retlige bedømmelse i og uden for skyldspørgsmålet* ikke var omfattet af genoptagelseshjemmelen. Sådan fortolkes den ikke i praksis.

U.f.R. [Ugeskrift for Retsvæsen] 1992.156: Dømt efter færdselsloven for kørsel på et militært område i udlandet. Det var muligvis ikke omfattet af færdselsloven. Sagen genoptaget. I den nye sag blev han dømt for forsøg på at køre på den almindelige vej, som han agtede at køre videre på uden for militærlejren.

G-77-02: A blev udleveret fra Spanien og idømt en straf for overtrædelse af narkotikalovgivningen, som lå over den almindelige strafferammes maksimum, jfr. herved strl. § 88, stk. 1, nr. 2. I udleveringsbegæringen, som Spanien havde accepteret, havde Justitsministeriet oplyst om det almindelige straffemaksimum, men ikke om strafforhøjelsesmuligheden. Den spanske domstols

beslutning om udlevering var betinget af, at A udelukkende blev strafforfulgt for de i det danske justitsministeriums begæring nævnte forhold – ”med vilkår og begrænsninger som anført i denne”. Det var herefter muligt, at specialitetsgrundsætningen i art. 14 i den europæiske konvention om udlevering af lov-overtrædere var krænket. I Højesterets dom blev det sagt: ”Der er i øvrigt ikke belæg for at fastslå, at udleveringsbeslutningen er truffet på forkert grundlag.” Dette er efter alt at dømme fuldt korrekt. Specialitetsgrundsætningen vedrører netop den videre behandling af sager, hvor udleveringen har været i orden. Det er således ikke rammende, som det siges af anklagemyndigheden: ”Foreligger der ikke en overtrædelse af artikel 12, kan der ikke foreligge en overtrædelse af artikel 14.” Anklagemyndigheden gjorde endvidere – og vanskeligt forståeligt – gældende, at bestemmelsens placering i straffeloven skulle være afgørende for dens retsvirkninger: ”Artikel 14 kan ikke antages at være overtrådt ved anvendelsen af straffelovens § 88, der står i straffelovens almindelige del.” Rigsadvokaten blev af Klageretten anmodet om en kommentar. Svaret beskrives således i Klagerettens kendelse: ”Rigsadvokaten har ikke godtgjort, at denne problemstilling – der er uomtalt både i landsrettens og Højesterets dom – var fremme under nævningetingets behandling af sagen eller under sagens behandling for Højesteret.” Sagen blev herefter genoptaget. Det nye nævningeting afviste, at udleveringen var betinget af den nævnte strafferamme, og stadfæstede strafudmålingen fra den første sag. Han ankede sagen til Højesteret, men frafaldt anken dagen før retsmødet, for at kunne blive prøveløsladt.

G-97-99: Rigsadvokaten gjorde i en skrivelse til anklagemyndigheden opmærksom på, at der i en periode ikke havde været straffehjemmel for at transportere passagerer i varebilers lastrum. A fik herefter genoptagelse.

Denne problemstilling minder noget om de tilfælde, hvor der sker en *ændring i retspraksis*. Klageretten har tilladt genoptagelse i tilfælde, hvor der efter Højesterets senere praksis skulle have været frifundet. Dette skete i stort tal i værnemagersager (kollaboratørsager) efter 2den Verdenskrig. Se endvidere f.eks. U.f.R. 1952.264, 1954.116 (dømt ved landsretten; syv år efter fastslog Højesteret en anden fortolkning; sagen genoptaget). I dag er det fast praksis, at en urigtig retlig bedømmelse kan motivere genoptagelse. Dette gælder dog næppe, hvis der er tale om en retlig standard, f.eks. ’blufærdighed’, hvis indhold har ændret sig med tiden som følge af den almindelige samfundsudvikling. Og muligvis heller ikke, hvis begrebets indhold er præget af en høj grad af skøn, f.eks. ’uagtsomhed’.

Genoptagelsesmuligheden findes også, når et præjudicielt spørgsmål får en anderledes tolkning gennem en afgørelse fra *EF-domstolen*. Klagerettens praksis synes at være udtryk for, at der i tilfælde, hvor der konstateres en *krænkelse af menneskerettighederne*, vil blive bevilget genoptagelse. Dette gælder, selv om en sådan genoptagelsesgrund ikke altid er let at udlede af formuleringen af rpl. § 977. Fra praksis kan nævnes Jersildsagen (G-105-94) og udvisningssagerne (se nedenfor). Derimod kan eksempelvis en krænkelse af menneskerettighederne

gennem en for langvarig sagsbehandling ikke i sig selv begrunde genoptagelse; der er ingen grund til at antage, at dommen af den grund er blevet materielt urigtig – måske sågar tværtimod.

Klageretten skal ikke kontrollere den *processuelle behandling* af sagen, medmindre procesfejlen har en karakter, så den har eller kan have påvirket skyldbedømmelsen. (Jfr. også ovenfor om afgørelser om varetægtsfængsling m.m.). Eftersom de processuelle regler ofte har som mål at sikre, at den materielle sandhed findes, kan procesfejl imidlertid meget vel skabe grundlag for genoptagelse. Som eksempler fra praksis kan nævnes, at der er fundet hjemmel for genoptagelse, når der ikke har været den nødvendige påtalebegæring fra offeret for en fredskrænkelser, eller når reglerne om afhøring af børn ikke er blevet fulgt. Derimod ikke, eller ikke nødvendigvis, fordi der ikke har været beskikket en forsvarer. Mere tvivlsomt er det, om en dommers inhabilitet kan begrunde genoptagelse ud fra en analogi; men også her er der en tilbøjelighed til en vid tolkning af kompetencen, hvor der vil blive lagt vægt på, om det må antages, at inhabiliteten har påvirket sagens udfald.

En voldssag blev genoptaget, og den dømte blev nu frifundet. Grunden til genoptagelsen var, at anklageren ikke ”på tilstrækkelig vis havde ”præciseret de svage punkter i tiltalen” overfor ... landsretten. På den måde var han ikke tilstrækkelig objektiv”. (Referat fra Ritzau Online 29. september 2004).

Klageretten skal som udgangspunkt heller ikke kontrollere kvaliteten af sagsbehandlingen; de mange beklagelser over *uduelige advokater og uforstående dommere*, der findes i andragenderne, kan ikke føre til genoptagelse isoleret set. Derimod kan der være en genoptagelsesmulighed, hvis der er grundlag for at antage, at der har været en forsømmelighed, der har eller kan have ført til et materielt urigtigt resultat.

STRAFFASTSÆTTELSEN

Af rpl. §§ 976 og 977 følger, at Klageretten ikke har kompetence til at tillade genoptagelse for at få korrigeret urigtige *strafudmålinger*. Den kan f.eks. ikke tillade genoptagelse af en sag, hvor der er idømt en ubetinget fængselsstraf på 10 måneder, selv om Klagerettens medlemmer er enige om, at der kun burde have været givet en betinget dom og/eller nogle få måneders frihedsstraf. Denne regel er måske velbegrundet ud fra grundlæggende forskelle på ansvarskonstatering og straffastsættelse.

Lovforslaget af 1880 § 426 indeholdt derimod en regel, hvorefter der kunne bevilges genoptagelse, ”hvor Spørgsmaalet er ... om Valget af en høiere eller lavere Straf indenfor den samme Strafferammes Grænser, dog ... kun, naar det

kan forudses, at Gjenoptagelsen vil føre til en væsentlig strengere eller mildere Dom”. Proceskommissionen af 1868 havde begrundet denne regel således: ”At Reglerne ... ogsaa maa komme til Anvendelse, hvor det ikke gjælder Frifindelse eller ... Domfældelse, men Anvendelse af strengere eller mildere Straffebestemmelser paa Handlingen, er i og for sig klart. Det vilde imidlertid, naar hensees til den Vidde, Strafferammerne have efter Straffeloven, være en Formalisme, naar det ikke ogsaa anerkjendes, at en Gjenoptagelse kunde finde Sted med Hensyn til Valget af en højere eller lavere Straffegrad indenfor den samme Strafferammes Grænser. ... Derimod bør det ... fastholdes, at Betingelsen bør være, at det kan antages, at der vil blive en væsentlig Forskel i Straffen ...” (Udkast 1875 motiverne s. 166). Denne mulighed var fjernet i lovforslaget af 1901–02 til Lov om Strafferetsplejen, jfr. § 355, ”idet alt fornødent i saa Henseende kan opnaas gennem Benaadning”.

I en nylig sag er der dog åbnet en mulighed for en vis modifikation i principet.

G-157-04: T blev af byretten idømt en bøde på 750 kr. og frifundet for førerretsfrakendelse. Landsretten idømte en bøde på 12.000 kr. og ét års førerretsfrakendelse. Anklagemyndigheden søgte først at få landsretten til at genoptage med henblik på idømmelse af en bøde på 4.000 kr.; det afviste landsretten. Derpå søgte den forgæves at få politimesteren og kriminalforsorgen til administrativt at eftergive 8.000 kr.; også forgæves. Derpå begærede statsadvokaten og rigsadvokaten genoptagelse i Klageretten under henvisning til en analogi fra reglerne. Klageretten udtalte følgende: ”Klageretten har ingen direkte hjemmel til at tillade genoptagelse alene med henblik på en foretagen strafudmåling. En analog anvendelse af de eksisterende regler må forudsætte, at der ikke er andre og mere nærliggende muligheder for at nå den strafudmåling, som efter det foreliggende – herunder anklagemyndighedens udtalelser – ville være den rette. Som sagen foreligger oplyst, må der efter Klagerettens opfattelse være mulighed for en delvis benådning. Klageretten stiller derfor sagen i bero, indtil dette spørgsmål har været forelagt Justitsministeriet af Rigsadvokaten.”

Loven giver endvidere en vis mulighed for at korrigere strafudmålingen, selv om det samme faktum fortsat må lægges til grund, jfr. § 976, stk. 2 (”gjort sig skyldig i en væsentlig større forbrydelse end den, hvorfor han er domfældt”), og § 977, stk. 1, nr. 1 (”anvendelse af en væsentlig mildere straffebestemmelse”). Det betyder f.eks., at hvis en person er blevet dømt efter § 245 om legemsbeskadigelse, men kun burde have været dømt efter § 244 om legemsangreb, er der genoptagelsesadgang, medens der ikke ville have været det, hvis den pågældende omstændighed (i eksemplet legemsskaden) kun havde haft karakter af en skærpende omstændighed inden for den givne strafferamme. Dette er i overensstemmelse med, at de enkelte voldsbestemmelser opfattes som *selvstændige straffehjemler* og de angivne omstændigheder dermed som dele af gerningsindholdet. Det betyder, at lovgivningsteknikken (én bred ramme, eller flere, særlige rammer i en trinorden) kan få afgørende betydning for genoptagelseshjemmelen.

Det er uafklaret, om den 'væsentlige ændring' henviser til strafferammen eller takststraffene. Det er mest nærliggende at antage, at der tænkes på strafferammen; det understøttes af bestemmelsens historiske baggrund i den württemberg-ske Strafprozeß-Ordnung af 1868 § 473.

Klageretten har – meget naturligt – behandlet *frakendelse af førerretten, frakendelse af retten til dyrehold og konfiskation* som anden strafudmåling. Klageretten har dog ikke gennemført afvisningen af strafudmålingsspørgsmålene rigtigt. Den har således med megen tvivlsom lovstøtte taget stilling til, om det har været velbegrundet at foretage *udvisning*, selv om dette skøn reelt er et straffastsettelsesspørgsmål.

Omvendt har Klageretten antaget, at den kan undlade at beslutte genoptagelse af et eller flere forhold, hvis domfældelsen for de resterende må antages at ville føre til *samme straf*.

KRITERIET FOR GENOPTAGELSE

Baggrunden

Man har tidligt i retsudviklingen skelnet mellem genoptagelse til skade for en frifunden og til gavn for en dømt. Det er i god overensstemmelse med retsstatstankegangen, at kriterierne er forskellige i disse to situationer. Forbudet, 'ne bis in idem', i Menneskerettighedskonventionens 7. tillægsprotokol art. 4 gælder kun for sager, der belaster borgeren. Den forhindrer heller "ikke genoptagelse af sagen i overensstemmelse med vedkommende stats lovgivning og strafferetspleje, såfremt der foreligger bevis for nye eller nyopdagede kendsgerninger, eller såfremt der i den tidligere rettergang er begået en grundlæggende fejl, som kunne påvirke sagens udfald", jfr. art. 4, stk. 2.

Klagerettens praksis er helt klar. Betingelserne for genoptagelse til skade for en frifunden kræves overholdt til punkt og prikke, hvorimod Klageretten har bredt sin kompetence betydeligt ud ved sager til gavn for en domfældt.

Genoptagelse til skade for en frifunden

Af pladsgrunde går jeg ikke nærmere ind på disse genoptagelsesmuligheder. Der er dog grund til særligt at nævne to forskelle på genoptagelse til skade og til gunst for en dømt. Betingelserne er, som nævnt, snævrere end for genoptagelse til gavn for en domfældt. Det markeres ved udtrykket, at beviser skal være "kommet for dagen", at genoptagelse til skade for tiltalte ikke bør tilstedes under påberåbelse af beviser, som i virkeligheden allerede forelå under sagens første be-

handling, og som kun ved påtalemyndighedens åbenbare fejl eller forsømmelse ikke er blevet lagt frem for den dømmende ret. I modsætning til § 977 (nr. 3) om genoptagelse til gunst for en dømt kan § 976 ikke anvendes, hvis der er sket en urigtig bedømmelse af de under den oprindelige sag eksisterende bevisligheder eller en urigtig juridisk bedømmelse; og det gælder, uanset hvor klar fejlen er.

Genoptagelse til gavn for en domfældt

Ved afgørelsen af spørgsmålet om genoptagelse til gavn for en domfældt foreligger der ikke de retsstatshensyn, som normalt fører til at forbyde en ny sag om det allerede færdigbehandlede sagsforhold. Tværtimod byder retsstatstankegangen, at borgeren skal have mulighed for genoptagelse, når statsmagten har begået et overgreb på ham eller hende. Efter rpl. § 977, stk. 1, kræves blot, at ”det skønnes antageligt, at disse [nye beviser], om de havde foreligget under sagen, kunne have bevirket frifindelse eller anvendelse af en væsentlig mildere straffebestemmelse” (nr. 1), eller at grove misligheder ”kan have bevirket eller medvirket til domfældelsen” (nr. 2), eller at ”særlige omstændigheder ... gør det overvejende sandsynligt, at de foreliggende bevisligheder ikke har været rigtigt bedømt” (nr. 3). I de første to led er den blotte mulighed for fejl tilstrækkelig, medens det i det tredje led skal være overvejende sandsynligt, at der er begået fejl. Denne forskel er begrundet i, at de første to led stammer fra slutningen af 1800-tallet, hvor diskussionen var centreret om at finde den materielle sandhed, medens det tredje led blev formuleret i 1930'erne under en diskussion, der var centreret om beskyttelse af domstolenes kompetence.

Det er endvidere væsentligt, at den skete domfældelse har som konsekvens, at *bevisbyrden* til en vis grad lægges om. In dubio pro reo gælder ikke for Klageretten. Hans Gammeltoft-Hansen har udtrykt det således: ”Der er tale om en vurdering – normalt på et mindre udtømmende grundlag end i en egentlig straffesag – af, hvorvidt det må anses for rimeligt, at domfældte i lyset af de nye oplysninger får en fornyet mulighed for en fuld prøvelse af, om hans skyld fortsat kan godtgøres uden rimelig tvivl” (Strafferetspleje III, København 1996, s. 158). I denne forbindelse ”er det uundgåeligt, at nævningernes skyldigkendelse eller landsrettens dom påvirker ... Klageretten” (Bernhard Gomard: Studier i den danske straffeprocess, København 1976, s. 428 f.). Det gøres til tider gældende, at en ændring i ankeinstansen eller en dissens understøtter, at sagens grundlag har været tvivlsomt; det er jo eller kan i hvert fald være en nærliggende tolkning. Men heraf følger ikke, at der af den grund er et genoptagelsesgrundlag; tværtimod kan det understøtte, at det springende punkt har været centralt i (anke)rettens bevidsthed.

Når der i *nr. 1 om nye beviser* anvendes udtrykket ”nye oplysninger”, er det – i modsætning til § 976, stk. 1, nr. 1, om genoptagelse til skade for en frifunden –

ikke et krav, at den dømte ikke havde haft mulighed for at producere dem under den sag, som nu søges genoptaget.

Det klassiske eksempel på et genoptagelsesgrundlag er, at *en anden person efter domfældelsen bliver dømt for samme handling*, f.eks. et bestemt tyveri, hvor ikke begge domme kan være rigtige. Her er der genoptagelsesgrundlag for den ældste og eventuelt for den yngste, hvis man ikke under denne sag var opmærksom på den ældre.

En variant af spørgsmålet om ansvarssubjekt opstår, når der i sagen er sket en sammenblanding mellem en virksomhed og virksomhedens ejer.

G-34-98: Etableringen af en terrasse stred mod planlægningsloven. A blev idømt en bøde og tvangsbøder til lovliggørelsen. Han gjorde gældende, at han var dømt som direktør for B Aps, og at ejendommen var overdraget til C Aps, da der blev givet påbud om lovliggørelse. Et mindretal på to ville bestemme genoptagelse efter nr. 1. Flertallet lagde vægt på det oplyste om de reelle ejerforhold.

Endvidere hvis *medtiltalte frifindes under anke*.

Ofte vil der være tale om *nye eller ændrede forklaringer*. En ”ukendt person” materialiserer sig og afgiver en forklaring. Nye vidner kan henvende sig til politiet, efter at de har set en medieomtale af retssagen. På den anden side er ”fængselsrygter” om andres tilståelse sjældent tilstrækkeligt til genoptagelse. Vidner kan senere ændre forklaring. Det klareste eksempel på en diskussion om dette spørgsmål findes i den såkaldte Pedal-Ove-sag, hvor forbrydelsen var begået ti år før, Klageretten behandlede sagen. W. E. v. Eyben har karakteriseret det som ”overordentlig betænkeligt at gå så vidt” at tillægge ændringen vægt. (U.f.R. 1992 B s. 289 ff.) Afgørende bliver, om den ændrede forklaring er sammenhængende og overbevisende, herunder, som nævnt umiddelbart nedenfor, om der synes at være en acceptabel grund til fremkomsten af eller ændringen af forklaringen.

Særligt vanskelige er i Klageretten som i de ordinære domstole sager, hvor *offerets forklaring* er det helt afgørende bevis. Det er også derfor ikke underligt, at nogle af de sager, der har givet anledning til kraftig offentlig debat, hører hjemme i denne kategori. I Klageretten kommer dertil, at den eksempelvis har sager, hvor et barn ændrer forklaring om faderens overgreb. Hvis forklaringen var blevet ændret under straffesagens behandling, ville resultatet formentlig ofte være blevet en frifindelse. Klageretten kan imidlertid ikke blot søge at sætte sig i den dømmende rets sted. Den må foretage en selvstændig vurdering, hvori indgår det oplyste om årsagen til ændringen i forklaringen. Det har sammenhæng med, at bevisbyrden, som nævnt ovenfor, i nogen grad er blevet lagt om som følge af den skete domfældelse.

Det er ikke sjældent, at der foreligger *modstridende forklaringer* for den dømmende ret, der så må vælge mellem dem. Anklagemyndigheden følger af og til

op med en tiltale for falsk forklaring mod det vidne, hvis forklaring blev tilside-sat. Og denne sag om falsk forklaring kan så ende med en frifindelse. Et sådant forløb viser ikke for den juridiske teoretiker, at den oprindelige dom nødvendigvis var urigtig, men for store dele af offentligheden – og formentlig ikke mindst for den, der blev dømt i den oprindelige sag – vil resultatet være uforståeligt og dermed uacceptabelt. Klageretten har derfor foretaget en ”dristig, men velmotiveret udvidelse” af genoptagelsesgrundene for sådanne tilfælde.

Der kan være eller blive skabt tvivl om, *hvilken person der har foretaget en handling*, f.eks. ført en bil. Der kan være skabt tvivl om *tekniske beviser*, f.eks. om hastighedsmålinger eller tekniske undersøgelser af genstande. I 1997 konstaterede Retskemisk Institut, at et antal blodprøver var blevet forbyttet, hvilket skabte uro. Omvendt kan tekniske beviser dokumentere fejlagtige domfældelser, f.eks. har dna-analyser dokumenteret, at et stort antal domme i udlandet har været forkerte. Tilsvarende er også set i Danmark – om end i et ganske andet omfang. De nye beviser kan også vedrøre *den dømtes retlige status* (f.eks. U.f.R. 1941.963: Polak var ikke undergivet dansk værnepligt).

Eftersom Klageretten skal beslutte genoptagelse, når nye oplysninger ”kunne have bevirket frifindelse”, er det *ikke underligt, at en genoptagelse ikke i alle tilfælde resulterer i frifindelse*. Tværtimod ville det modsatte være en indikation for, at Klageretten var for restriktiv.

Nr. 2 om falske beviser m.m. er et specialfald af nr. 1, hvor de nye oplysninger har en særlig karakter. Herunder også, hvis de nye oplysninger skulle have ført til afvisning af den oprindelige sag. Det kan eksempelvis anvendes, hvis en domfældelse er baseret på en urigtig forklaring fra en meddomfældt.

Nr. 3 om ændret bevisbedømmelse blev indført i 1939. Under forslagens behandling i Rigsdagen blev det mange gange påpeget, at den mundtlige behandling og bevisumiddelbarheden gjorde en efterfølgende vurdering af bevisbedømmelsen vanskelig. Højesterets præsident Troels G. Jørgensen mente, at reglens blotte eksistens ville ”være et stærkt Uromoment, og Forsøgene paa at rejse den fornødne offentlige Opinion for en saadan Genoptagelse talrige. Dette kunde sikkert kun opfattes som en alvorlig Ulempe for sund Retspleje”. (Juristen 1938 s. 181 ff.) Bestemmelsen er tænkt som en sikkerhedsventil over for justitsvildfarelser, som ikke ad anden vej lader sig oprette. Skyldspørgsmålet skal være afgjort gennem en endelig afgørelse, hvis rigtighed giver anledning til særlig tvivl, selv om der ikke foreligger nye oplysninger. Der er enighed om, at den skal benyttes med varsomhed. Og det er da også sket; i de første 40 år anvendtes den kun i 7–8 tilfælde. Det har været gjort gældende, at denne hjemmel udelukkende kan anvendes med hensyn til den faktiske bedømmelse af bevisernes vægt, ikke hvis der er tale om en urigtig retlig subsumption. Sådan fortolkes den imidlertid ikke af Klageretten.

TIDSMÆSSIGE BETINGELSER

Genoptagelse kan ikke finde sted, så længe *anke i medfør af lovens almindelige regler står åben*, eller så længe en rejst ankesag henstår uafgjort, jfr. rpl. § 978, stk. 1. Det har derfor givet anledning til en del tvivl om, hvordan man skal forholde sig i tilfælde, hvor muligheden for ekstraordinær anke ikke er prøvet. At straffen er udstået, er ikke til hinder for genoptagelse, jfr. § 978, stk. 2.

I de i rpl. § 977, stk. 1, nr. 3, omhandlede tilfælde, d.v.s., hvor det gøres gældende, at de foreliggende bevisligheder ikke har været rigtigt bedømt, ”må [d.v.s. skal] begæringen fremsættes inden 5 år efter dommens afsigelse; har domfældte i medfør af dommen været underkastet frihedsberøvelse, kan begæring om genoptagelse dog altid fremsættes indtil 2 år efter hans løsladelse”, jfr. § 979, stk. 1, 2. pkt.

Som eksempler kan nævnes U.f.R. 1940.959 og G-24-71 (Rikard Jensen; Klageretten udtalte, at den ville have anvendt bestemmelsen mere end 30 år efter domfældelsen under besættelsen, hvis ikke fristen var sprunget).

Klageretten har dog accepteret at behandle en anmodning efter fristens udløb, eftersom fristen ikke ansås anvendelig, hvor begæringen havde afventet Meneskerettighedsdomstolens afgørelse.

Der er ingen frist for genoptagelse efter nr. 1 og 2. Eksempelvis behandlede Klageretten i 1995 og 1997 (G-108-95 og 4-97) en domfældelse fra 1946 for et drab begået under besættelsen på en formodet stikker; det var blevet bedømt til 3 års betinget fængsel.

Efter genoptagelse til skade for den tidligere frifundne, kan anklagemyndigheden opgive tiltale, frafalde tiltale eller rejse tiltale.

Når der er bevilget genoptagelse til gunst for en domfældt, gennemføres der en ny straffesag ved landsretten, jfr. § 983. Hvis den genoptagne sag var sluttet med en byretsdom, skal den nye sag dog også behandles af byretten. Tiltale kan ikke opgives, da den sigtede, der engang med urette er dømt, har krav på en frifindende dom.

Der er intet, der hindrer *fornyeede andragender*, efter at et eller flere er blevet afvist af Klageretten. Der findes også tilfælde, hvor der to gange er bevilget genoptagelse af samme sag.

BEHANDLINGEN AF KLAGESAGEN

Begæringen om genoptagelse kan indgives af rigsadvokaten (men ikke f.eks. af en statsadvokat) for så vidt angår § 976 og af domfældte for så vidt angår § 977.

Efter § 977, jfr. § 941, kan begæring efter § 977 også indgives af statsadvokaten, af værgen (for personer under 18 år), af ægtefællen (herunder også en registreret partner) og af slægtninge i (ret) op- og nedstigende linje samt søskende (hvis domfældte er død og er idømt fængselsstraf). Rigsadvokaten må kunne begære genoptagelse i samme omfang som statsadvokaten. I praksis har man også anerkendt begæring fra en politimester vedrørende en byretsdom. Der kan således ikke begæres genoptagelse af en bøde dom på vegne af en i mellemtiden død. Der kan ej heller begæres genoptagelse af en dom over et opløst selskab. Gennem at kriteriet er den idømte fængselsstraf, ses det, at det er eftermælet, der skal beskyttes mod grove pletter, smh. strl. § 274. Den eneste idømte sanktion, som direkte kan belaste arvingerne, er konfiskation, jfr. strl. § 97 b, stk. 2; hvis anklagemyndigheden har fået en sådan kendelse, må denne kunne genoptages efter de almindelige regler med arvingen som ”domfældt”.

Begæringen indgives skriftlig, og den må angive de omstændigheder, hvorpå den støttes, og de beviser, som formenes at skulle give sagen et andet udfald, jfr. rpl. § 979, stk. 2, 1. pkt. Begæringens angivelse af omstændighederne anses ikke for en begrænsning; i praksis gennemgås sagen med henblik på at se, om der i øvrigt synes at være noget, der giver grundlag for at tro, at der er et (andet) genoptagelsesgrundlag. Det er også ganske hyppigt, at det ikke fremgår af andragendet, hvilken bestemmelse der påberåbes; et stort antal af andragenderne indgives uden juridisk bistand. I så fald rubricerer Klageretten det selv. I sådanne tilfælde er det ikke ualmindeligt, at en afvisning sker under henvisning til hele paragraffen, ikke blot til et af leddene.

Udskrift af den tidligere dom bør medfølge, jfr. § 979, stk. 2, 4. pkt. I praksis rekvireres ikke blot den eller de tidligere domme (byret/landsret/højesteret), men også retsbogudskrifterne. Ellers ville det ofte ikke være muligt at overprøve bevisvurderingen. Det er dog beklageligt, at de danske retsbøger er ganske kortfattede og ofte formuleret på en måde, så de ikke giver grundlag for at efterprøve den dømmende rets bevisvurdering. Også af den grund er det besynderligt, at man ikke i Danmark som i visse andre lande optager afhøringer på video eller andre former for bånd, så der ville være mulighed for at vurdere dem. I sager med børn som ofre sker dette som bekendt, og Klageretten får medsendt videoptagelserne, så den direkte kan vurdere barnets forklaring.

Den anden part – anklagemyndigheden eller den frifundne – høres så godt som altid over sagen. Finder retten, at yderligere oplysninger bør tilvejebringes, inden afgørelse træffes om genoptagelse, giver den, for så vidt den ikke selv vil foranstalte disse tilvejebragt – og det vil den meget sjældent – de i så henseende fornødne pålæg, jfr. § 981, stk. 1, 1. pkt. I visse tilfælde er disse pålæg meget konkrete. Klageretten kan således få foranstaltet uden- eller indenretslig afhøring, hvor den nøje angiver afhøringsstemaet. Det har tidligere været gjort gældende, at hvis der er så meget tvivl, at Klageretten ønsker en indenretslig afhø-

ring, bør den i stedet tillade genoptagelse. Det er næppe opfattelsen i dag. Hvis der foretages ny politiundersøgelse, bør den ledes af en anden politimand end den, der havde ansvaret for den oprindelige undersøgelse. Til tider har Klageretten udtrykkeligt anmodet herom. Tilvejebringelsen af et forsvarligt grundlag for afgørelsen kan nødvendiggøre indhentning af oplysninger fra udlandet, f.eks. om ægtheden af etiopiske kørekort eller forhold under borgerkrigen i Jugoslavien, hvilket kan løbe ind i alskens former for hindringer.

Der kan beskikkes forsvarer; men Klagerettens praksis er restriktiv.

Sagen behandles næsten altid skriftligt. Det er åbenbart, at Klageretten derfor har et andet grundlag for sin vurdering end de dommere, som har hørt forklaringerne og set menneskene. ”[I]ngen Ret er i Stand til bedre at vurdere Bevismaterialet end den, for hvem det umiddelbart er fremført”, som Stephan Huriwtz skrev (U.f.R. 1938 s. 33). Det kan ikke afvises, at bevidstheden om denne forskel kan føre til en vis tilbageholdenhed med underkendelse af den dømmende rets vurdering af forklaringernes sandfærdighed. I forarbejderne (Hartvig Frisch RT [Rigsdagstidende] 1937–38 Folketinget sp. 4929 f.) antog man, at det ville virke modsat, således at man lettere underkendte og dermed snarere tillod genoptagelse. Det tror jeg ikke er blevet tilfældet.

En ændret sammensætning, der indførte ikke juridisk uddannede medlemmer, som det har været foreslået, måtte formentlig samtidig føre til at opgive den skriftlige sagsbehandling.

AFGØRELSEN AF KLAGESAGEN

Findes i begæringen ingen grund opgivet, som efter loven kan bevirke genoptagelse, eller findes de påberåbte omstændigheder eller bevisligheder åbenbart betydningsløse, kan retten *straks* ved *kendelse* afvise begæringen, jfr. § 980, stk. 1.

Ellers afgør Klageretten *efter endt sagsbehandling ved kendelse, om begæringen skal tages til følge eller afvises*. Tages den til følge, går kendelsen ud på, at ny domsforhandling skal finde sted. Er domfældte død, skal Klageretten altid uden ny domsforhandling enten forkaste begæringen om genoptagelse eller afsige dom, hvorved den ældre dom ophæves. Jfr. rpl. § 982. Reglen kan formentlig anvendes analogt, hvis domfældte er et selskab, som opløses. Hvis domfældte dør efter Klagerettens afgørelse om genoptagelse, men inden den nye sags afgørelse ved landsretten, ophæver landsretten dommen med hjemmel i en analogi af § 982, stk. 2. (U.f.R. 1998.148 Ø og G-6-95.)

Dissenser er meget sjældne. Måske allerede af den grund er det ikke muligt at se et mønster. Der er dog ingen grund til at antage, at de tre professionelle dom-

mere danner en gruppe over for advokaten og universitetslæreren. I min egen tid i Klageretten tror jeg, at der har været alle de tænkelige kombinationer.

Begrundelsen for Klagerettens kendelse er typisk den lakoniske, at betingelserne ikke er opfyldt. ”Jeg synes, det er påfaldende, at klageretten ikke skal begrunde sine afgørelser, når alle andre skal. Hvad er grundlaget for det?”, spørger Gorm Toftegaard Nielsen (Politiken 29. november 2004). Niels Vilttofts svar er: ”Baggrunden for denne kortfattedhed er, at genoptagelse er et ekstraordinært retsmiddel, hvor den, der ønsker genoptagelse, skal bevise, at betingelserne herfor er opfyldt. Det er ikke helt nemt at formulere begrundelsen for det negative.” (U.f.R. 2000 B s. 381.) Niels Vilttoft fortsætter: ”Jeg må erkende, at det i visse sager har generet mig, at kendelserne er så korte og i realiteten intetsigende ... Jeg forstår, hvis den advokat, der har lagt et stort arbejde i forsøget på at få sagen genoptaget, finder det utilfredsstillende ... Det er væsentligt i denne forbindelse at oplyse, at voteringen i de vanskelige sager ofte strækker sig over mange sider, hvor de enkelte anbringender fra advokater og anklagemyndigheden nøje vejes mod hverandre. Kommer en senere voterende til et andet resultat sendes sagen i fornyet votering, hvis ...”. Det er også tvivlsomt, om den nuværende praksis er forenelig med den europæiske menneskerettighedskonventions krav; men det er Klagerettens opfattelse, at genoptagelsessagerne ikke er omfattet af art. 6s regler om straffesager (G-23-98). På den anden side kan det anføres, at den pågældende i de typiske tilfælde allerede af en byret og en landsret har fået en begrundelse for straffen.

Klageretten behandler *et begrænset antal genoptagelsessager om året, i 2004 73*, og der bevilges genoptagelse i færre end 10. Dette er – heldigvis – ikke mange.

KLAGERETTENS SAMMENSÆTNING M.M.

Behovet for genoptagelse kan være begrundet i, at der er fremkommet nye oplysninger, men det kan også være begrundet i, at der er sket fejl under den hidtidige sagsbehandling, så dommens resultat er eller kan være forkert. Hvis spørgsmålet er, om de nye oplysninger faktisk er nye og relevante, må udgangspunktet være, at den domstol, der har behandlet sagen tidligere, og som derfor har et indgående kendskab til den, vil være bedst til at fastslå, om de oplysninger ville have eller ville have kunnet føre til et andet resultat. Hvis spørgsmålet er, om der er begået fejl under behandlingen af sagen, må udgangspunktet være, at den domstol, der som ankeinstans normalt kontrollerer den lavere domstol, er den rette til at kontrollere, om den har begået sådanne fejl. Dette holder dog ikke, hvis det er (anke)domstolen selv, som skal tage stilling til, om den har begået fejl. Her vil

der almenpsykologisk være grund til at tro, at selvkontrol er mindre effektiv end ekstern kontrol, og at selvkontrollen, selv om den på alle måder faktisk var effektiv, dog ikke ville kunne skabe den ønskede tillid hos de retsundergivne.

I 1939 valgte man i Danmark af de nævnte grunde at skabe en egen ret, Den Særlige Klageret, som afgør sådanne sager. Den består i de her behandlede genoptagelsessager af en højesteretsdommer, en landsdommer, en byretsdommer, en universitetslærer i retsvidenskab eller anden jurist med særlig videnskabelig uddannelse og en advokat. Retsvidenskabsmanden må ikke være ansat i centraladministrationen eller anklagemyndigheden. Klageretten har således tre fagdommere og to fagkyndige lægdommere (loven taler dog om medlemmer, ikke om dommere og lægdommere, jfr. rpl. § 1 a). Medlemmerne beskikkes for 10 år ad gangen, og de kan ikke genbeskikkes. (Se nærmere § 1 a.)

Dermed opnås, at der er stor sandsynlighed for, at Klagerettens almindelige *bevisvurdering* er i overensstemmelse med domstolenes normale vurdering. Det kan afhængigt af ens udgangspunkt tages som en fordel eller en ulempe. Det er en anden side af det aspekt, som Hurwitz har påpeget, hvorefter der ikke i praksis af Klageretten bliver gennemført ”en mere almen korrigering af retspraksis, hvor denne viser tendens til at dømme på spinkelt bevisgrundlag, f.eks. i hælerisager eller til utilstrækkelig domsmotivering og protokollation” (Respekt for mennesket, København 1951, s. 193). I nutiden ville man måske i stedet eller også som eksempler nævne mængden af indsmuglet eller solgt narkotika. Klageretten ser ikke sin funktion som en korrektion af den generelle retspraksis, men som en garant for, at de forelagte sager bliver behandlet i overensstemmelse med den eksisterende generelle retspraksis.

Ari Hirvonen

Rikosoikeuden legitimisyydestä

ONGELMALLINEN RIKOSOIKEUS

Rikosoikeus on oikeudenala, jossa lain voima ja väkivalta tulevat selkeimmin esille. Rikosoikeus on oikeuden kova, ja myös piinaava, ydin. Yhtäältä rikosoikeus normeeraa oikean ja väärän, hyvän ja pahan – tai ehkä nykyisin pikemmin sallitun ja kielletyn riskinoton – rajat yhteiskunnassa. Toisaalta se sisältää rangaistussäännökset, joiden mukaisesti kriminalisoituihin tekoihin syyllistyneet tuomitaan rangaistukseen. Yhtäältä se määrittää yhteiskunnallista moraalia tai sallittua riskinottoa, toisaalta säätää rajojenrikkajille erityyppisiä negatiivisia seuraamuksia, jotka voidaan panna pakolla täytäntöön. Tämän ohella se antaa oikeutuksen niin poliisin (kuten myös muiden rikosoikeuteen liittyvien viranomaisten) toiminnalle kuin yksilöihin kohdistuvalle valvonnalle, tarkkailulle ja tietojenkeruulle. Edelleen rikosoikeus puuttuu keskeisiin perusoikeuksiin: samalla kun kriminalisoinnit asettavat rajoituksia perusoikeuksien käytölle, niin rangaistukset kohdistuvat nimenomaan perusoikeuksiin.

Siten ei vain rangaistusjärjestelmä sakkoineen ja vankeusrangaistuksineen vaan myös rikosoikeus määritellesään tietyn toiminnan rikolliseksi on legitiimin voiman ja väkivallan käyttöä. Jälkimmäinen ulottuvuus kuitenkin monesti unohdetaan rikosoikeuden kritiikissä ja keskitytään arvioimaan vain rangaistusten aiheuttamaa piinaa. Siksi Louk Hulsman on kyseenalaistanut rikosoikeuden kieliopin ja rikoksen määritelmän pyrkien hakemaan rikollisiksi luokitelluille tapahtumille vaihtoehtoisia ja vähemmän leimaavia määritelmiä (ks. Hulsman 1986).

Onko rikosoikeus lainkaan osa oikeutta? Kysymys saattaa kuulostaa merkittävältä, peräti saivartelulta. Näin koska olemme tottuneet pitämään oikeuden pätevyyskriteereinä muodollista pätevyyttä ja tehokkuutta, joihin yhä enenevästi on liitetty myös sisällöllinen pätevyyskriteeri eli hyväksyttävyys. Näiden kriteerien mukaan kysymys on perin selvä: rikosoikeuden säännöt ja periaatteet ovat osa oikeutta. Mutta itsestäänselvyudet ovat juuri sellaisia, jotka tulisi asettaa kyseenalaisiksi. Totuuksien kyseleminen ja ihmettely saattavat avata uusia näköaloja yhteiskunnallisiin valtarakenteisiin, juridis-poliittisiin käytäntöihin ja filosofiseettisiin oikeuttamiskursseihin. Jos Platonille filosofia saa alkunsa nimenomaan ihmettelystä, niin kriittisen rikosoikeuden alkuna voisi olla rikosoikeuden olemusta ja luonnetta pohtiva ihmettelevä kyseleminen.

Herman Bianchi on väittänyt, ettei rikosoikeus ansaitse oikeuden nimeä, koska se hylkää ihmisoikeudet eikä kunnioita ihmisarvoa. Sillä on myös oma filosofiansa, joka poikkeaa kaikesta muusta oikeusfilosofiasta. Se tuleekin hänen mukaansa rinnastaa sodankäyntiin. (Bianchi 1986, 115.) Tässä radikaalissa väitteessä on perää siinä mielessä, että rikosoikeutta voi ajatella sotana valtion vihollisia vastaan, valtion vihollisten ollessa rikollisiin tekoihin syyllistyneitä. Monesti puhutaankin sodasta rikollisuutta vastaan, olipa kyse sodasta huumeita, ihmiskauppaa, ihmisoikeuksien loukkauksia tai terrorismia vastaan. Machiavellin *Ruhtinas* ja Clausewitzin *Ajatuksia sodasta ja johtamisesta* vaikuttavat toisinaan olevan rikosoikeuden taustateoksia, etenkin jos analysoidaan offensiiviseen ja moraalikonservatiiviseen kriminaalipolitiikkaan perustuvaa rikosoikeutta, joka syyttää liberaaliin kriminaalipolitiikkaan perustuvaa rikosoikeutta tehottomuudesta.

Kuitenkin kiinnostavampaa kuin sodankäynti-vertaus on se, että edellä mainittu kysymys itsessään asettaa rikosoikeudelle velvollisuudet perustella oma asemansa osana oikeutta. Rikosoikeuden tulee myös perustella se, miksi rikosoikeus lainoppina, teoriana ja käytäntönä on osa oikeustiedettä, oikeusteoriaa ja oikeudellisia käytäntöjä, miksi se jakaa muiden oikeudenalojen kanssa samaa oikeusfilosofiaa, miksi se ei ole sodankäynnin taitoa ja tekniikkaa. Rationaalisesti perustelluksi ja eettisesti hyväksyttäväksi vastaukseksi ei riitä vastaamisen välttäminen vetäytymällä muodollisen pätevyyskriteerin juridisen verhon taakse. Tämän kysymyksen esittäminen ja siihen vastaaminen eivät itse asiassa tapahdu oikeuden ulkopuolelta vaikkapa moraali- tai yhteiskuntafilosofisesta positioista. Nimittäin jos otamme – niin kuin tulee tehdä – vaatimuksen sisällöllisestä pätevyydestä eli normatiivisesta legitimiisyydestä (ks. Tuori 2000, 297) vakavasti ja asetamme sen oikeuden ehdottomaksi pätevyyskriteeriksi, niin rikosoikeuden *tulee käydä* läpi oma oikeutuksensa ja hyväksyttävyytensä ei vain yksittäisten normien tasolla vaan koko rikosoikeusjärjestelmän tasolla. Tällaisessa justifikaatioissa on kyse, Kaarlo Tuorin sanoin, normatiivisista argumenteista, ”joilla pyritään osoittamaan legitimiisyyden kohteen kuten oikeusnormien moraalinen ja/tai eettinen hyväksyttävyys” (Tuori, 2000, 266). Nähdäkseni tällaista perustavaa justifikaatiodiskurssia edellyttää jo Rikoslain kokonaisuusdistuksen periaatemietintö (KM 1976:72), jonka mukaan rikosoikeuden on täytettävä oikeudenmukaisuuden, oikeusvarmuuden ja humanisuuden vaatimukset (ks. myös Lahti 2002, s. 1256).

Vastausta kysymykseen rikosoikeuden viimekätisestä oikeutuksesta ei tule lähteä hakemaan ensisijaisesti rangaistusteorioista, jotka ottavat lähtökohdakseen rangaistuksen välttämättömyyden (Andenaes 1997, 67). Tällöin rikosoikeusteoreettisessa argumentaatiossa lähdetäisiin erheellisesti siitä, että oikeusjärjestys yleensä ja rikosoikeus erityisesti on lähtökohtaisesti oikeutettu eli niiden legitimi olemassaolo otetaan jo ennalta annettuna. Tapio Lappi-Seppälä on-

kin kritisoinut rikosoikeudellisia esityksiä siitä, että ne ovat perinteisesti ottaneet tehtäväkseen pitävien perusteiden etsimisen jo harjoitetun käytännön puolustukseksi. Koska rangaistusjärjestelmä hyväksytään yhteiskuntaan kuuluvana ”kulttuuritosiasiana”, joksi Alf Ross on sen nimennyt, niin sen oikeutusta ei aseteta kyseenalaiseksi aidossa mielessä. Lopputulos on Lappi-Seppälän mukaan siten jo ennakolta hyväksytty. Tehtävänä on ainoastaan pitävien perusteiden etsiminen. (Lappi-Seppälä 1987, 137.)

Peter-Alexis Albrechtin ja Stefan Braumin mukaan eurooppalaisen rikosoikeuden legitimaatio on rätätälöity byrokraattisten hallinnollisten intressien mukaiseksi, jotka on muovailtu taloudellisen hyödyn keino-tavoite-laskelmoinnin ja sosiaalisen kontrollin kansallisten päämäärien toimesta. (Albrecht & Braum 1999, 309.) Raimo Lahti on perustellusti peräänkuuluttanut seuraamusjärjestelmää ohjaavien tavoitteiden ja arvojen sekä niitä konkreettisempien intressien ja periaatteiden säännöllisin väliajoin tapahtuvaa perusteellista arviota, jonka tarvetta kansainvälinen ja eurooppalainen kehitys on nopeuttanut (Lahti 2004, 419; ks. myös Lahti 2000). Tämän kehityksen myötä kysymys rikosoikeusjärjestelmän legitimiisyyserustasta on mitä ajankohtaisin ja kiireellisin.

Seuraavassa en esitä niinkään rikosoikeuden justifikaatiota tai dejustifikaatiota, en edes pyri vastaamaan siihen, *miksi rikosoikeus* tai *miksi ei rikosoikeus*, pikemminkin tarkoitukseni on valottaa niitä oikeuttamisen ehtoja, joita hyväksyttävän rikosoikeuden tulisi täyttää. Tarkoitukseni on siten osoittaa ”kelvollisen justifikaation ehdot” (Lappi-Seppälä 1987, 138).

LAIN ALAISUUS

Otan lähtökohdakseni rikosoikeuden justifikaation ehtojen tarkasteluun Immanuel Kantin ”Oikeusopin”. Kant näkee ongelmaksi sen, että oikeudettomuuden (*Rechtlosigkeit*) tilassa oikeudellisen kiistan ratkaisemiseksi ei ole olemassa toimivaltaista tuomaria, jonka puoleen voitaisiin kääntyä lainvoimaisen tuomion saamiseksi. Siksi järki vaatii sitä, että luonnontila tulee jättää taakse ja että on siirryttävä oikeudelliseen tilaan. Ihmisten tulee yhdistyä toistensa kanssa alistamalla julkisoikeudelliselle ulkoiselle pakolle. *Res publicassa* oikeuden periaate tunnustetaan julkisesti, jolloin kaikkien vapaus ja oikeudet ovat suojeltuja (Kant 1991, 161–163). Kant tuo tässä esiin kaksi oikeuteen liittyvää olennaista elementtiä: lain alaisuus tai sen velvoittavuus ja sitovuus sekä lain voima, joita seuraavaksi tarkastelen.

Platon kertoo meille kuinka Kriton oli tullut taivuttelemaan kuolemantuumionsa täytäntöönpanoa odottavaa Sokratesta pakenemaan. Sokrates kysyi ystävältään onko oikein paeta ilman ateenalaisten suostumusta. Hän jatkoi kysele-

mistä pohtimalla, mitä tapahtuisi, jos hänen pakomatallaan Ateenan lait ja valtio tulisivat häntä vastaan. Lait sanoisivat tällöin hänelle: ”Kun valtio on suuttunut, sitä on kunnioitettava syvemmin, [...] sen määräämät rangaistukset on otettava tyyneästi vastaan.” Jos valtio lakeineen ei ole mieluista jollekin, niin mikään ei estä tätä lähtemästä siirtolaiseksi, mutta ”se, joka jää tänne, [...] sitoutuu samalla noudattamaan kaikkia käskyjämme” (Platon, 1999, 51b–51e). Valtio lakeineen onkin omaa perhettäkin pyhempi. ”Älä aseta oikeuden edelle lapsiasi, äläkä elämäsi, äläkä mitään muutakaan” (Platon, 1999, 54b). Niinpä Sokrates jättää pakenematta. Platonin dialogissa tulee esille eräs olennainen asia oikeudesta: lain sitovuus.¹

Myös Aristoteleen mukaan on parempi se, että laki hallitsee eikä joku yksittäinen kansalainen, sillä loppujen lopuksi laki perustuu ”järkeen ilman intohimoa” (Aristoteles 1991, III.16.1287a). Näin vaikka niin lait kuin valtiomuodotkin voivat olla ”huonoja ja hyviä, oikeudenmukaisia ja epäoikeudenmukaisia” (Aristoteles, 1991, III.11.1282b).

Lait sitovat kaikkia. Yksittäinen kansalainen ei voi kyseenalaistaa lakien velvoittavuutta, vaikka ne aiheuttaisivat hänelle epämiellyttäviä, toisinaan tuhoisia-kin, seurauksia. Omia oikeus- ja moraalikäsitteitä ei tule asettaa lakien yläpuolelle. Vaikka lait ovat epäoikeudenmukaisia, on niihin kuitenkin alistuttava, sillä jokaisen ryhtyessä tuomariksi omassa asiassaan koko oikeusjärjestyksen verkko saattaa hajota, jolloin päädytään takaisin oikeudettomuuden tilaan. Sokrates tunnistaakin tämän vaaran ja velvoitteen alistua julkisoikeudelliselle pakolle, vaikka pitäisi ratkaisua epäoikeudenmukaisena.²

¹ Esitän yhden varauman tässä yhteydessä. Luonnonoikeudellinen traditio kyseenalaistaisi Sokrateen argumentoinnin. Se ei nimittäin hyväksyisi lain ehdotonta sitovuutta jokaisessa tapauksessa, sillä toisinaan laki saattaa olla niin epäoikeudenmukainen, ettei se velvoita tai ettei sellainen laki ole oikea laki laisinkaan. Tämä ajatus löytyy myös Suomen Laki I -teoksesta, tuomarinohjeesta 9: ”Mikä ei ole oikeus ja kohtuus, se ei saata olla lakikaan; sen kohtuuden tähden, joka laissa on, se hyväksytään.” Toisaalta myös luonnonoikeus jakaa ajatuksen lain alaisuudesta. Kyse on vain siitä, että toisinaan lain sitovuus väistyy tai ainakin vähenee sen epäoikeudenmukaisuuden seurauksena. Ja joka tapauksessa moderni oikeus on työntänyt luonnonoikeuden oikeudellisen ajattelun sivuraiteelle. (Oman keskustelunsa vaatisi kysymys luonnonoikeuden syrjäytymisen tai syrjäyttämisen välttämättömyydestä modernissa ja myös sen filosofisesta, eettisestä, poliittisesta ja juridisesta oikeutuksesta sekä edelleen siitä, olisiko jo aika luonnonoikeuden renessanssiin, jota on julistettu siitä lähtien kun luonnonoikeus positivoitui.)

² Sitooko laki todella kaikkia, siis myös suvereenia? Esimerkiksi Thomas Hobbesille *princeps legibus solutus est*, ruhtinas on lain yläpuolella. Jean Bodinille suvereeni on lakien lähde vaan ei niiden sitoma. Sittemmin myöskään John Austinille positiivinen oikeus ei sido suvereenia, koska tämä voi muuttaa sitä tahtonsa mukaan, ja siksi tätä sitoo ainoastaan positiivinen moraali. Toisaalta renessanssin ja valistuksen ajattelun myötä vaaditaan yhä äänekkäämmin sitä, että myös ylimmän hallitsijan on seurattava lakeja toimissaan. Jos *Ancien Régimen* aikakaudella sisäisen rauhan takeena pidettiin absoluuttista suvereenia, niin sittemmin tällainen absolutismi nähtiin rauhan takaamisen sijasta aggressiivisena vallankäyttönä niin valtion sisällä kuin sen suhteissa muihin valtioihin, jonka vuoksi rauhanomaiset olot edellyttivät myös hallitsijan alistaisuutta laeille.

Niinpä Solonin mukaan lainkuuliaisuuden henki luo sekä järjestystä ja harmoniaa että kahlehtii pahantekijät (Solon 1919, XII). Cesare Beccarialle puolestaan lait muodostavat ne ehdot, joiden varassa itsenäiset ja toisistaan eristäytyneet ihmiset yhdistyvät yhteiskunniksi (Beccaria 1998, 33). Ilman lakeja ei siten olisi mahdollisuutta järjestäytyneeseen yhteiselämään. Hans Kelsenin mukaan rauhan turvaaminen on oikeuden olennainen funktio, ja siksi oikeustila on rauhantila (Kelsen 1968, 42–44). Lain tuolla puolen taas vallitsee joko ”luonnontilan” anarkia, mistä oivana osoituksena ovat heikot tai hajonneet valtiot, joissa kilpailevat valtaryhmittymät taistelevat keskenään terrorin vallitessa lain sijaan. Tai sitten vallitsee repressiivinen väkivalta diktatuurin, tyrannian tai despotismin muodossa, jossa vallankäyttö ei perustu lakiin tai jossa lakisidonnaisuus on vain näennäinen oikeutus kansalaisten alistamiselle, ihmisoikeuksien loukkauksille, vähemmistöjen syrjäyttämiseksi, jopa kansanmurhille.

Oikeudellisen tilan oikeuttamiseksi eivät edelliset perusteet yksistään riitä. Ongelmana on, että oikeuttamisessa valtion tai yleisten intressien näkökulma saa ylikorostuneen merkityksen, kun oikeus perustellaan vain sillä, että oikeusjärjestys takaa vakaat yhteiskunnalliset olot ja kollektiivisen turvallisuuden. Tällöin yleinen järjestys ja turvallisuus saattavat helposti nousta yksinomaiseksi legitimisyyssriteeriksi, jolloin todellisesta justifikaatiodiskurssista saatetaan langeta olemassa olevan järjestyksen puolustamiseen.³

Siksi palaan vielä Kantiin, jonka mukaan vapaus, siinä määrin kuin se on yhdistettävissä jokaisen toisen vapauden kanssa yleisen lain puitteissa, on ainoa ja alkuperäinen oikeus, joka kuuluu kaikille ihmisille johtuen heidän ihmisyydestään. Kantille oikeus on niiden ehtojen kokonaisuus, joiden vallitessa yhden valitsemiskyky on mahdollista sovittaa yhteen toisen valitsemiskyvyn kanssa yleisten vapauden lakien puitteissa. Oikeuden justifikaation ehtona on siten se, että se yhtäältä mahdollistaa rauhanomaisen yhdessä olemisen ja toisaalta takaa jokaiselle yhtäläisen käytännöllisen vapauden ja autonomian. Oikeudellista tilaa voidaan perustella sillä, että se takaa sellaiset yhteiskunnalliset olosuhteet, joissa yksilöillä on mahdollisuus toteuttaa täysimääräistä autonomiaa (ks. Raz 1986).

LAIN VOIMA

Lait sitovat kaikkia, ja lakeihin perustuva yhteiskunta takaa suhteellisen rauhallisuuden ainakin yhteiskunnan sisällä ”normaalioloissa”, mutta pelkät lain sään-

³ Kaarlo Tuori on toisesta näkökulmasta katsonut, että yleisen järjestyksen ja turvallisuuden perusoikeuden itsenäistyminen uhkaa imaista poliisivaltion oikeusvaltion sisälle (Tuori 2002, 109).

nökset eivät yksinään riitä, ainakin jos lähdemme Kantista liikkeelle. Kant nimit-
tään korostaa oikeudellisen pakon merkitystä. Oikeus määrittää itse kunkin ul-
koiset vapaudet suhteessa kaikkien muiden yhtäläisiin vapauksiin ja takaa ne
vastavuoroisesti pakon kautta. Lain muodossa oikeus määrittää tilan, jonka jo-
kainen saa täyttää toteuttaessaan itseään ja puolustaessaan itseään lain sallimissa
rajoissa. (ks. Kant 1991; Kotkavirta 2001, 177.) Oikeus on, kuten Tuori toteaa,
muun ohella ”pakotuksen käytäntöä”. ”Oikeuteen, oikeuden toteutumisen var-
mistumiseen, liittyy aina pakkoa, jota ihminen harjoittaa toista kohtaan; oikeutta
ei ole ilman oikeudellisia sanktioita.” (Tuori 2000, 8.)

Franz v. Liszt määritteli oikeuden pakkonormien järjestelmäksi (Liszt
1947, 3). Kaksi vuotta Lisztin kuoleman jälkeen ilmestyi Walter Benjaminin
merkittävä essee ”Zur Kritik der Gewalt”. Benjaminin analyysi oikeudesta tulee
hyvin lähelle – joskin aivan toiseen suuntaan edeten – Lisztin käsitystä (on tie-
tenkin mahdollista, että Benjamin oli tutustunut silloin käytettyyn Lisztin Saksan
rikosoikeuden oppikirjaan). Siinä Benjamin valottaa mitä kirkkaimmin voiman,
pakon ja väkivallan suhdetta oikeuteen. Hänen mukaansa voima tai väkivalta
(*Gewalt*) on olennainen osa kaikkia oikeudellisia instituutioita. Tämä ei ole puh-
dasta väkivaltaa vaan nimenomaan oikeutettua väkivaltaa. Oikeusjärjestys kiel-
tääkin yksilöiden harjoittaman väkivallan ja tekee väkivallasta valtion monopo-
lin. Benjaminin mukaan lainsäätäminen ja lainkäyttö ovat legitiimin väkivallan
kaksi yhteen kietoutuvaa muotoa. Kuolemanrangaistuksessa laillinen väkivalta
saa korkeimman vahvistuksensa päättäessään elämästä ja kuolemasta, mutta
myös sopimuksessa sama väkivalta on läsnä, sillä sopimusrikkomuksessa louka-
tulla osapuolella on oikeus saada taakseen lain voima. (Benjamin 1977.)

Myös Kelsenille oikeus on pakkojärjestys, joka perustaa oikeusyhteisölle pak-
komonopolin. Tällaisena se kuitenkin on turvallisuusjärjestys, ja siten rauhanjär-
jestys, joka rauhoittaa muodostamansa yhteisön. (Kelsen 1968, 43.)

Blaise Pascal puolestaan toteaa: ”Oikeudenmukaisuus (*justice*) ilman voimaa
(*force*) on voimatonta.” Pahoja on nimittäin aina olemassa, ja paha vaatii siten
oikeudenmukaisuuden taakse voimaa. Toisaalta Pascal korostaa sitä, että voima
ilman oikeudenmukaisuutta johtaa tyranniaan. Siksi ”oikeudenmukaisuus ja voi-
ma täytyy yhdistää” (Pascal 1996, 298). Pascalin ajatus tuo esille sen, ettei mikä
tahansa julkinen pakko ja voima ja mitkä tahansa pakon ja voiman takaamat
normit voi olla oikeutta. Pascal asettaa näin oikeudelliselle pakolle sisällöllisen
pätevyyskriteerin.

OIKEUDEN JUSTIFIKAATION YLEISET EHDOT

Ennakkoodellytyksenä rikosoikeuden legitiimisyydelle on se, että oikeusjärjestys itsessään täyttää justifikaation yleiset ehdot. Näiden ehtojen täyttymistä on tarkasteltava teoreettisella ja empiirisellä tasolla.

Teoreettisella tasolla ehtoina ovat, että ensinnäkin oikeudellinen tila takaa suhteellisen järjestäytyneet ja rauhanomaiset olot, joissa ihmisten vapaus ja autonomia ovat turvattuja. Toiseksi lain voima on edellytyksenä kyseisenlaiselle toimivalle oikeusjärjestykselle. Kolmanneksi on edellytettävä, että nämä kaksi oikeuden olennaista elementtiä ovat yhteisön jäsenten hyväksyttävissä. Toisin sanoen, että oikeudellinen tila itsessään on rationaalisesti harkitsevien ihmisten hyväksyttävissä, että oikeudellisten normien sääntelemä yhdessä olemisen tapa on sellainen, johon ihmiset ovat antaneet – tai pikemminkin – voisivat antaa suostumuksensa.

Koska lähtökohtanani oli Kantin analyysi oikeudesta, ei liene yllätys, että esittämäni justifikaation ehdot liittyvät yhteiskuntasopimusteoreettiseen perinteeseen. Yhteiskuntasopimukseen esitän ohimennen (tämä vaatisi huomattavasti laajemman käsittelyn) erään varauman. Vaikka pidän tätä edelleen relevanttina tarkastelunäkökulmana, koska siinä ilmenee kansansuvereniteetin, vapauden ja autonomian merkitys, niin yhteiskuntasopimus-malli itsessään tulisi myös kyseenalaistaa. Toisin sanoen yhteiskuntasopimusta ei tule ottaa universaalina ja aina jo (ainakin teoreettisella tasolla) täytettynä ehtona, kun arvioidaan yhteiskunnassa tai yhteisössä olemisen tapoja. Sen mahdollisuuksia, rajoja ja ongelmia on myös arvioitava kriittisesti, jotta justifikaation ehtojen asettaminen oikeudelle ylipäättänsä ei olisi ainoastaan jo ennakolta legitiimiksi katsotun oikeudellisen tilan näennäisjustifikaatiota. Siksi Kantin väite siitä, että siirtyminen oikeudelliseen tilaan on järjen vaatimus, on jatkuvasti myös dekonstruoitava.

Yhteiskuntasopimusteorian ongelmana on myös pidetty sen universaaliutta, sen liiallista teoreettisuutta, sen fiktiivisyyttä ja historiattomuutta (vain joitakin ongelmia mainitakseni). Siksi teoreettiselta tasolta tulee edetä historiallis-empiriselle tasolle. On nimittäin edelleen pystyttävä perustelemaan, miksi tietyssä yhteiskunnassa vallitseva tietty oikeusjärjestelmä on legitiimi. Vaikka hyväksyisimme oikeudellisen tilan ja pakon edellytyksiksi rauhanomaiselle yhdessä olemiselle ja vapaudelle, on arvioitava, onko oikeus kyseisessä yhteiskuntajärjestyksessä ja kyseisenlaisena lainsäädäntönä ja oikeuskäytäntönä oikeutettua sekä edelleen, mitkä ovat oikeudellisen sääntelyn ja pakon rajat. Mikä on tilanne esimerkiksi, jos koko poliittinen järjestelmä itsessään on epäoikeudenmukainen, riistoon, sortoon ja syrjintään perustuva alistus- tai tuhoamiskoneisto tai jos sinänsä legitiimin yhteiskuntajärjestyksen oikeusjärjestys saa piirteitä, jotka tekevät siitä epäoikeudenmukaisen, tai jos oikeudellisen pakon rajaton laajeneminen uhkaa yksilön perustavaa vapauspiiriä tai autonomiaa.

Oikeudellisen tilan legitimiisyyttä arvioitaessa on siksi kiinnitettävä huomiota niin ihmisoikeuksiin kuin demokraattisen oikeusvaltion legitimitiiteettiperiaatteen, joka Tuorin mukaan edellyttää oikeusnormien asettamista julkisuuden ympäröivässä menettelyssä ja jossa lainsäädäntö tapahtuu rationaalisen diskurssin kautta (ks. Tuori 1990). Toisin sanoen se, mitä intressejä, arvoja ja vapauksia oikeusjärjestyksessä suojellaan, kuuluu demokraattiseen keskusteluun ja päätöksentekoon. Oikeudellisen tilan on tultava uusinnetuksi – ja sitä kautta justifioituksi – ei vain oikeudellisissa ja virallisissa diskursseissa vaan myös julkisessa tilassa kansalaisyhteiskunnassa. Ehkä juuri tämän mahdollistuminen Euroopassa on vaikuttanut siihen, että eurooppalaisilla on vahva luottamus valtion hallinnollisiin saavutuksiin ja yhteiskunnan ohjattavuuteen, kuten Jürgen Habermas ja Jacques Derrida katsovat (Habermas – Derrida 2004, 20). Oikeusjärjestyksen legitimiisyys liittyisi siten demokratiaan (tällöin legitimiisyyssvajeongelma on demokratiavajeongelma).

Tietenkin sopimusteoreettisesta perustelusta eroavia perusteita oikeudelliselle tilalle voidaan esittää. Oikeudellista tilaa voidaan pitää järjen vaatimuksena, sen voidaan katsoa takaavan faktisesti rauhantilan tai siinä yhteishyvän voidaan uskoa toteutuvan. Oikeudellisen tilan järjestystä luova vaikutus saattaa jo sinänsä luoda oletuksen sen legitimiisyydestä. Edelleen usko laillisuuteen ja halu sopeutua muodollisesti oikeassa järjestyksessä säädettyihin normeihin tai käsitys normien legaalisuudesta voivat olla oikeudellisen tilan legitimaatioperusteita. Myös oikeuden tosiasiallinen hyväksyntä voidaan esittää perusteeksi sen legitimiisyydestä, joskin tällöin lienee syytä puhua normatiivisen legitimiisyyden sijasta empiirisestä legitimiisyydestä (erottelusta ks. Tuori 2000, 264–269).

RANGAISTUSOIKEUS

Monesti justifikaation ehtoja käsittelevät oikeustieteilijät tekevät tässä vaiheessa ratkaisevan erheen: kun nämä ehdot ovat täyttyneet, niin rikosoikeuden oikeutus on osoitettu. Näin rikosoikeutta pidetään välttämättömänä osana oikeusjärjestystä: missä on oikeutta, siellä on myös kriminalisointeja ja rangaistuksia. Beccaria katsoo, että tarvitaan tuntevia vaikuttimia estämään ihmisten häikäilemätöntä itsekkyyttä syöksemästä yhteiskunnan lakeja kaaokseen. Näitä vaikuttimia ovat juuri ”rikkojille säädetyt rangaistukset”. (Beccaria 1998, 33.) Thomas Hobbes toteaa vieläkin jyrkemmin: ”suvereeni saa vallan [...] rangaista ruumiillisella tai rahallisella rangaistuksella tai häpeällä jokaista alamaistaan sen lain mukaan, jonka hän on aikaisemmin laatinut.” Ja jos lakia ei ole, niin miten parhaimmaksi katsoo, kunhan vain tarkoituksena on se, että ihmiset pyrkisivät palvelemaan yhteiskuntaan eikä vahingoittamaan sitä. (Hobbes 1999, 167.) J. S. Mill katsoisi

hieman sovittelevammin, että rikosoikeutta tarvitaan onnellisuuden maksimimiseksi (Mill 1976). Tällä linjalla jatkaen voidaan ehkä väittää, että vielä vähemmän myöhäismodernissa, globalisoituvassa maailmassa tullaan toimeen ilman rikosoikeutta, poliisia ja vankiloita (ks. Andenaes 1994, 39).

Usein rangaistusten tosiasiallinen välttämättömyys on peräti lähtökohta rikosoikeuden oikeuttamiskeskusteluissa. Oikeusjärjestys ja siten myös rikosoikeus otetaan annettuina. On vain perusteltava rangaistusteorioiden avulla, miksi rikoksiin syyllistyneille on oikeutettua langettaa rikosoikeudellisia seuraamuksia.

Jonkinlaista tukea edellä mainitulle voisi löytyä Kantista. Kant nimittäin katsoo, että juridista lakia noudatetaan, koska sen rikkomisesta seuraa sanktioita. Sanktiot ovat puolestaan oikeutettuja, koska laki turvaa kaikille yhtäläisen vapauden. Vastaavasti Austin määrittelee lain yleiseksi käskyksi, joka puolestaan eroaa muista halun ilmauksista siinä, että käskyn takana on käskävän voima ja tarkoitus aiheuttaa pahaa tai piinaa, jos halua ei noudateta. Toisin sanoen negatiiviset seuraamukset ovat välttämättä osa oikeutta. (Austin 1995, 21.) Kelsen puolestaan pitää oikeudeksi kutsutun yhteiskuntajärjestyksen yhtenä tunnusmerkkinä sitä, että siinä sosiaalisen vahingollisuutensa vuoksi haitallisina pidettyihin seikkoihin reagoidaan pakkoakteilla, jollakin pahalla, joka kohdistetaan asianomaiseen vastoin tämän tahtoakin, tarvittaessa fyysistä väkivaltaa käyttäen (Kelsen 1968, 38).

Mutta ensinnäkin yhteiskunnallisesti organisoitu sanktio voi olla muu negatiivinen seuraamus kuin rikosoikeudellinen rangaistus. Edelleen Kantin julkisoikeudellinen pakko voi puolestaan olla muunkaltaista pakkoa kuin rikosoikeudellista. Normien noudattamiseen motivoivina tekijöinä voivat negatiivisten sanktioiden ohella tai peräti sijaan olla positiiviset seuraamukset, palkkiot lainkuuliaisuudesta. Vaikka Kelsen nimenomaan mainitsee esimerkkeinä pakkoakteista hengen, terveyden, vapauden, taloudellisten tai muiden etujen riiston (Kelsen 1968, 38), niin oikeusjärjestys itsessään ei edellytä rikosoikeutta. Teoreettisesti täysin mahdollinen on rikosoikeudeton oikeusjärjestys. Vastalauseeksi ei riitä vetoaminen historiallis-antropologisiin tosiasioihin, että rikosoikeus on aina ollut osa (ainakin länsimaista tai suppeammin modernia) oikeusjärjestystä tai että rangaistukset ovat olleet aina osa yhteiselämää. Pitäisi siis osoittaa, että rikosoikeus on oikeuden välttämätön edellytys.

Johs. Andenaes on osuvasti nimennyt erään kirjansa *Rangaistus ongelmana* (Andenaes 1994). Justifikaation ehtojen tarkastelussa onkin nyt edettävä tähän suuntaan. Koska rikosoikeus ei ole välttämätön osa oikeutta, on selvítettävä, onko rikosoikeus oikeutettua ja onko se oikeudenmukainen tapa järjestää oikeuteen liittyvä pakko. Tämä kiteytyy kysymykseksi rangaistusoikeudesta, *ius puniendista*.

Nils Jareborgin mukaan rikosoikeus on outo, koska se muodostuu institutionalisoidusta vallan- ja väkivallankäytöstä, toisinaan peräti institutionalisoidusta

raakuudesta, mutta samalla se on yksi keskeisimpiä alueita filosofisten ideoiden koettelemiseksi (Jareborg 1985, 1). Koska rangaistus on virallista, tietoista ja tarkoituksellista piinan, pahan, haitan tai kärsimyksen aiheuttamista, joka puutuu merkittäväällä tavalla ihmisen vapauspiiriin, autonomiaan ja perustaviin oikeuksiin, niin ensiksi onkin koeteltava moraalifilosofisesti, onko rankaiseminen, pahan korjaaminen pahalla, ylipäättänsä eettisesti hyväksyttävää. (Jos kuitenkin haluamme argumentoida sen puolesta, että rangaistukseen itseensä kuuluu positiivinen arvo, kuten joissakin absoluuttis-retributiivisissa rangaistusteorioissa, niin silloin tulee perustella sen positiivisuus hyväksyttävällä tavalla)

Yhteiskuntasopimusteoreettisessa justifikaatiossa *ius puniendi* oli alun perin jokaisen yksilöllinen luonnollinen oikeus, joka yhteiskuntasopimuksen myötä siirtyi julkisen vallan monopoliksi. Sopimuksen myötä jokainen myös suostuu alistumaan itseensä kohdistuville rangaistuksille. Näin virallinen rikosoikeusjärjestelmä lopettaa yksityisen koston kierteen ja takaa suhteellisen rauhantilan.

Voimme edelleen argumentoida hyväksyttävällä tavalla, että rangaistuksia tarvitaan rangaistusten itsensä vuoksi, sillä yhteiskunnan tai peräti universumin oikeudenmukaisuuden säilyminen edellyttää vääryyden sovittamista. Oikeudenmukaisuus edellyttää väärintekijöiden rankaisemista rangaistuksen ollessa oikea sovitus tai hyvitys. Rikoksenteikijä ansaitsee oikean rangaistuksen (*just desert*). Rangaistusta voidaan jopa pitää rikoksenteikijän oikeutena. Tällaisiin absoluuttis-retributiivisiin rangaistusteorioihin kuuluvien argumenttien ohella saatamme lähteä liikkeelle relatiivis-utilitaristisista teorioista: rikosoikeus kriminalisointeineen ja rangaistuksineen on tehokas keino vaikuttaa ihmisten käyttäytymiseen ja siten estää rikollisuutta sekä sitä kautta taata yhteiskuntarauhaa, kollektiivista turvallisuutta ja yksilöiden vapauksia ja oikeuksia. Edelleen voimme yhdistää oikeudenmukaisuus- ja tarkoituksenmukaisuusperustelut toisiinsa vaikkapa niin, että rikosoikeusjärjestelmän yleinen oikeuttamien tapahtuu preventioteoreettisesta näkökulmasta, mutta rikosten rangaistusarvoa punnittaessa lähtökohdaksi otetaan suhteellisuusperiaate, jolloin keskeistä on kysymys ansaitusta rangaistuksesta.

Jos emme kykene perustelemaan rangaistusten justifikaatiota, niin rikosoikeudesta – tai ainakin kriminalisointeihin sisältyvistä rangaistuksista – on luovuttava. Tässä yhteydessä on lisäksi arvioitava preventiivisten rangaistusteorioiden tosiasiallinen tehokkuus. Vaikka voisimme eettisesti perustella rangaistusten käytön niillä, on vielä näytettävä, että ne todella vaikuttavat oletetulla tavalla. Jos esimerkiksi yleisestäävyys ei tosiasiallisesti juurikaan vaikuta, niin sitä ei voi eikä tule käyttää rikosoikeusjärjestelmän justifioimiseksi.

Andenaesin mukaan rangaistus, joka ei täytä tarkoituksiaan, on tarpeetonta kärsimyksen aiheuttamista. Se voidaan säilyttää vain ja ainoastaan siinä määrin kuin se hyödyttää yhteiskuntaa ottaen lisäksi huomioon humanisuuden ja oikeudenmukaisuuden vaatimukset. (Andenaes 1994, 13.) Vastaava ajatus ilmeni

myös Suomen rikoslain kokonaisuudistuksen kriminaalipoliittisissa lähtökohdissa. Lähtökohtana on perusteltu uskomus rikosoikeuden yleispreventiiviseen vaikutukseen sekä sen oikeudenmukaisuuden ja humanisuuden vaaliminen (Lahti 1991, 261). Lappi-Seppälän mukaan rangaistusteorialla onkin justifioivan tehtävän lisäksi kontrolloiva tehtävä: se osoittaa ja täsmentää hyväksyttävän rikosoikeuden käytön edellytykset (Lappi-Seppälä 1994).

Vaikka voimme esittää perustelut rangaistusoikeuden oikeutukselle, on vielä arvioitava, onko juuri rikosoikeus oikeudenmukaisin keino edellä mainittujen hyvien tai tavoitteiden saavuttamiseksi. Olisiko nimittäin muita, vähemmän negatiivisia, keinoja kuin kriminalisoinnit ja niihin liitetyt rangaistukset, joilla päästäisiin tavoitteisiin oikeudenmukaisuuden palauttamisesta, vääryyksien korjaamisesta, yhteiskunnan sisäisestä rauhantilasta ja/tai yksilön vapauksien ja oikeuksien turvaamisesta. Tässä on käsiteltävä myös kysymystä rikoksen käsitteestä yleisellä tasolla: onko tiettyjen tekojen luokittelu rikoksiksi ylipäättänsä hyväksyttävissä ja olisiko muita, vähemmän leimaavia, tapoja kohdata rikoksiksi luokitellut teot. Toisin sanoen voitaisiinko legitiimi pakko organisoida toisin joko oikeusjärjestyksen sisällä (esimerkiksi siviili- tai hallinto-oikeuden keinoin) ja/tai sen ulkopuolella (yhteisölliset konfliktinratkaisumenetelmät, totuus- ja anteeksiantokomissiot, jne.). Kyse on oikeastaan *ultima ratio* -kriteerin asettamisesta järjestelmätasolla, siitä että rikosoikeuden oikeutus edellyttää, että se on vasta viimeinen keino.

Nyt on erittäin tärkeää tiedostaa se, että ensin on kyettävä vastaamaan rikosoikeuden eettisyyteen ylipäättänsä, ja vasta sitten on mahdollista arvioida sen vaihtoehtoja. Jos sitten katsomme, ettei rikosoikeudelle ole oikeudenmukaisempia ja riittävän tehokkaita vaihtoehtoja järjestelmätasolla, niin voimme edetä seuraavaan vaiheeseen.

Se, että yleisellä tasolla hyväksytään kriminalisointien tarve ja niihin liitetyt seuraamukset, ei vielä oikeuta rangaistusseuraamuksia. On nimittäin arvioitava, onko muita mahdollisia tapoja puuttua kriminalisoituihin tekoihin tai vaikuttaa niiden määrään. On kysyttävä, olisiko sellainen rikosoikeus mahdollinen, joka syyllisyys- ja rangaistushakuisuuden sijasta olisi restoratiivista oikeutta eli korjaavaa, osallistuvaa, luovaa, yhteisöllistä oikeutta, jossa pyrittäisiin lisäämään asianosaisten vaikutusmahdollisuuksia ja kommunikaatiota. (ks. Braithwaite, 2003; ks. myös Nuotio 2003). Toisaalta vahvasta retributiivisesta näkökulmasta lähtevä argumentaatio saattaisi perustella rangaistusten välttämättömyyttä juuri niiden oikeudenmukaisuudella.

RIKOKSEN JA RANGAISTUKSEN RAJOISTA

Seuraavaksi on edettävä rikosten seuraamusten konkreettisempaan arviointiin. Mitkä negatiiviset sanktiot ovat oikeutettavissa? Esimerkiksi eurooppalaisesta rikosoikeudellisesta näkökulmasta arvioiden kuolemanrangaistus ei ole oikeutettavissa. Samantyyppisellä argumentoinnilla olisi arvioitava muutkin seuraamusmuodot. Tällöin vankeusrangaistuksen oikeuttaminen saattaa osoittautua perin hankalaksi.

Edelleen on hahmoteltava rikosoikeuden rajoja. Mihin rikosoikeus voi oikeutetusti puuttua, minkälaiset kriminalisoinnit ovat oikeutettavissa, missä tilanteissa valtiolla on oikeus määritellä oikean/väärän rajoja? Tuleeko valtion olla neutraali, jonka oikeus kriminalisointeihin ulottuu vain tekoihin, jotka aiheuttavat vahinkoa toisille, mikä oli lähtökohta esimerkiksi J. S. Millille ja H.L.A. Hartille? Vai onko moralistinen rikoslainsäädäntö hyväksyttävää, jolloin julkista moraaliakin voidaan suojella kriminalisoinnein, kuten esimerkiksi lordi Devlin katsoi?

Rajojen hahmotuksessa joudutaan näin ollen punnitsemaan yksilöllisiä ja kollektiivisia hyviä, yksilön autonomiaa ja yhteisöllisyyttä, johon mitään valmista patenttiratkaisua ei ole olemassa.

Normatiivisia mittatikkuja rajanvedolle voi hakea ensinnäkin kriminalisointiperiaatteista, jotka *on otettava* vakavasti arvioitaessa kriminalisointien oikeutus. Alessandro Baratta on edelleen asettanut demokraattiset oikeusvaltioperiaatteet ja ihmisoikeudet normatiivisiksi mittatikuiksi, joiden perusteella rikosoikeudelle voidaan asettaa rajoja (Baratta 1988).

Kriminalisointien oikeutusta tarkasteltaessa tulisikin yhdistää kriminalisointiperiaatteet sekä ihmis- ja perusoikeudet, jotka yhdessä muodostaisivat testin, jonka kriminalisointien olisi läpäistävä.⁴ Sellaiset kriminalisoinnit, jotka eivät läpäise testiä, eivät ole oikeutettuja. Siksi sellaiset lakiesitykset on hylättävä ja jo voimassa olevat normit kumottava. Vaikka testin läpäisemättömät normit olisivat muodollisesta näkökulmasta päteviä ja oikeudellisesti velvoittavia, niin sisällöllisestä näkökulmasta tarkasteltuna niiden oikeuttaminen on vajavaista, eikä kyseinen normi siten anna täyttä oikeutusta pakkovallan käytölle eikä velvoita oikeusyhteisön jäseniä täydessä merkityksessä, minkä vuoksi heillä on oikeus tottelemattomuuteen. (ks. tästä Finnis 1980.)

⁴ Sakari Melander on tarkastellut kriminalisointiperiaatteiden ja perusoikeuksien rajoitusedellytysten välistä suhdetta, joka avaa oikean suunnan kriminalisoinnin rajojen tarkastelulle. Melander myös katsoo, että perusoikeuksien tulee aina olla olennaista rikosoikeuslainsäädännölle ja kriminaalipolitiikalle. (Melander 2002.)

TEORIASTA KÄYTÄNTÖÖN

Rikosoikeuden oikeutus edellyttää, että hyväksyttävällä tavalla esitetään argumentit seuraavien justifikaation ehtojen toteutumisesta:

- 1) Oikeudellinen tila on rationaalisesti perustellen parempi kuin ei-oikeudellinen tila.
- 2) Oikeuteen liittyy välttämättömästi pakko.
- 3) Oikeudellinen tila ja pakko ovat hyväksyttävissä.
- 4) Oikeudellisen tilan toteutus konkreettisesti muodossa täyttää oikeudenmuokaisuuden vaatimukset.
- 5) Oikeuteen liittyvä pakko edellyttää viime kädessä rikosoikeudellisia normeja, instituutioita ja käytäntöjä.
- 6) Rikosoikeudelle ei ole järjestelmätasolla relevantteja vaihtoehtoja.
- 7) Toimiva rikosoikeus edellyttää rangaistusjärjestelmän.
- 7) Rikosoikeuden seuraamukset ovat hyväksyttävissä.
- 8) Kriminalisoinnit ovat eettisesti, juridisesti ja ekonomisesti perusteltavissa.

Vain ja ainoastaan näiden ehtojen täytyessä rikosoikeuden legitiimisyys on osoitettu. Muussa tapauksessa rikosoikeudella on justifikaatiovaje. Vaatimus justifikaation ehtojen toteutumisesta perustuu ajatukseen oikeuden sisäisestä moraalista tai sellaisista kriteereistä, joiden noudattamatta jättäminen merkitsee rikosoikeuden epäonnistumista oikeutena (vrt. Fuller 1964). Tai montesquieuilaisesti sanoen lakien henki menee lain kirjaimen edelle, jolloin oikeuden legitiimisyyden viimekätisenä perustana on lain henki, joka on edellä mainittujen ehtojen taustalla. Sen, mitä seurauksia tällaisella justifikaatiovajeella tai epäonnistumisella on, jätän tässä yhteydessä avoimeksi.

Lopuksi vastaan lyhyesti siihen, kenelle rikosoikeudellinen justifikaatiodiskurssi kuuluu. Oikeuden legitiimisyyttä voi tietenkin arvioida vaikkapa moraali-filosofisesta, yhteiskuntateoreettisesta, teologisesta tai poliittisesta perspektiivistä. Mutta se on kokonaisuudessaan mahdollista myös oikeuden sisäisestä näkökulmasta, josta käsin lainoppineen tulee arvioida rikosoikeuden ”normatiivista legitiimisyyttä” (ks. Tuori 2000, 275). Tai pikemminkin: se ei ole vain mahdollista, vaan rikosoikeuden legitiimisyyden arvioinnin *tulee olla* niin oikeustieteen kuin oikeudellisten käytäntöjen tehtävä.

Ensinnäkin oikeusteoria ja rikosoikeusteoria leikkaavat toisiaan silloin, kun niille kuuluu perustavalla tasolla vastuu justifikaatiodiskurssista. Tällöin ei riitä, että kun (rikos)oikeusteoreettisessa diskurssissa rikosoikeuden oikeutus kerran on osoitettu, niin sen jälkeen se voidaan sivuuttaa vetoamalla auktoriteettiin, joka on jo osoittanut rikosoikeuden täyttävän justifikaation ehdot. Legitiimisyys ei ole vankka perusta vaan pikemminkin jatkuvasti avonainen kysymys, jonka vuoksi justifikaation ehtojen täytyminen on käytävä läpi yhä uudelleen ja uudel-

leen (rikos)oikeusteoriassa. Rikosoikeuden hyväksyttävyyden osoittaminen on pysyvä haaste (rikos)oikeusteorialle.

Toiseksi rikoslainopin on osaltaan osallistuttava tähän diskurssiin ja osoitettava rikoslain legitimiisyys. Sen on rikosoikeuden systematisointi- ja normien tulkintasuositustehtävänsä sisällä arvioitava rikosoikeuden oikeutusta. Sen tulisi muun muassa arvioida kuinka normeja tulisi tulkita, jotta ne mahdollisimman pitkälle toteuttaisivat justifikaation ehdot (vaikkapa vastaisivat ihmis- ja perusoikeusvaatimuksia) ja arvioida sitä kuinka normit vastaavat rikosoikeuden hyväksytyjä tavoitteita ja periaatteita.

Kolmanneksi rationaalisen kriminaalipolitiikan tehtävänä on käydä perusteellinen justifikaatiodiskurssi niin kriminalisointien kuin rikosoikeudellisten seuraamusten pohdinnan yhteydessä.

Neljänneksi oikeudellisissa käytännöissä on tapauskohtaisella tasolla harkittava justifikaation ehtoja. Esimerkiksi joka kerta kun tuomioistuim ratkaisee yksittäistä tapausta, sen on kysyttävä, onko juuri tässä tapauksessa tämän nimenomaisen henkilön rankaiseminen oikeutettua.

Päättymätön ja ratkeamaton justifikaatiodiskurssi tapahtuu oikeudellisen ajattelun ja toiminnan kaikilla tasoilla, niin että (rikos)oikeusteoria, lainoppi, kriminaalipolitiikka ja oikeudellinen käytäntö ovat vuorovaikutuksessa keskenään.⁵ Yhtäältä (rikos)oikeusteoria justifioi (ja dejustifioi) rikosoikeutta samalla kun lainoppi, kriminaalipolitiikka ja oikeudellinen käytäntö tuottavat uutta ”materiaalia” (systematisointeja, periaatteita, tulkintoja, normeja, ratkaisuja, jne.), joka puolestaan vaatii teoriaa uusintamaan perustelujaan rikosoikeuden justifikaatiosta (tai dejustifikaatiosta). Lainopin, kriminaalipolitiikan ja oikeudellisten käytäntöjen kautta teorialle avautuu rikosoikeuden empiirinen todellisuus, johon teorian on myös kyettävä ottamaan kantaa. Toisaalta lainoppi, politiikka ja käytäntö voivat tukeutua teoreettiseen diskurssiin rikosoikeuden legitimiisyydestä ja sen ongelmista, vahventaa ja terävöittää omaa argumentaatiotaan teorian tuottamalla perusteluilla tai kritiikillä ja saada teoriasta uusia näkökulmia legitimaatioskysymykseen. Tällä tasolla *ultima ratio* -periaatteen merkitys korostuu, ja sen tulisi olla keskeinen periaate niin rikoslainopissa kuin tuomioistuinikäytännössä eikä jäädä vain teorian tai kriminaalipolitiikan asiaksi (vrt. Minkkinen

⁵ Tietenkin päättymättömyydessä tulee ottaa huomioon eri tasoilla olevat erilaiset käytännön vaatimukset. (Rikos)oikeusteoria voi pitää justifikaatio-kysymyksen avoimena, pitää kritiikkiä elossa ilman lopullista vastausta, samalla kuitenkin kehittäen kriittis-teoreettisen ja normatiivis-analyttisen ajattelun työkaluja, joita muillakin tasoilla voitaisiin hyödyntää. Lainopin tasolla on jo tuotettava (ainakin väliaikaisia) vastauksia niin yleisistä opeista kuin yksittäisistä normeista. Käytännön tasolla on tehtävä ratkaisuja: tuomioistuin ei voi jäädä pohtimaan justifikaation ehtojen täyttymistä kovinkaan pitkäksi aikaa. Silti myös lainopin ja käytännön tasolla justifikaatio-kysymyksen ratkeamaton avoimuus tulisi tiedostaa, sillä tämä mahdollistaa eettisesti paremman juridii-kan harjoittamisen.

1992). Itse asiassa teorian, lainopin ja käytännön rajalinjat pitäisi hylätä rikosoikeuden hyväksyttävyyden arvioinnissa.

Oikeustieteelle ja oikeudellisille käytännöille rikosoikeuden tulee ilmetä ratkeamattomana ongelmana, joka asettaa velvoitteen arvioida yhä uudelleen sen legitimaatiota, sitä, toteuttaako se kaikki justifikaation ehdot. Tämän tulee olla myös se perusta, josta kansallisen rikosoikeuden ja kriminaalipolitiikan haastavaa kansainvälistä ja eurooppalaista rikosoikeutta sekä kriminaalipolitiikkaa tulee arvioida rationaalisesti ja kriittisesti pitäen horisonttina ajatusta positiivisen oikeuden oikeudenmukaisuudesta. Lienee syytä palauttaa mieliin Beccarian sanat: ”kaikki ihmisiin kohdistuva vallankäyttö, joka ei ole ehdottoman välttämätöntä, on tyrannian tulos” (Beccaria 1998, 34).

LÄHTEET

- Albrecht, Peter-Alexis – Braum, Stefan, Deficiencies in the Development of European Criminal Law. *European Law Journal*, vol. 5, 1999, s. 293–310.
- Andenaes, Johs., *Straffen som problem*. Oslo: Exil, 1994.
- Andenaes, Johs., *Alminnelig straffrett*, 4. utgave. Oslo: Universitetsforlaget, 1997.
- Aristoteles, *Nikomakhoksen etiikka*. Helsinki: Gaudeamus, 1989.
- Austin, John, *The Province of Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Baratta, Alessandro, Prinzipien des minimalen Strafrechts: eine Theorie der Menschenrechte als Schutzobjekte und Grenze des Strafrechts. Teoksessa Günther Kaiser (Hrsg.), *Kriminologische Forschung in den achtziger Jahren*. Freiburg: Max Planck Institut, 1988.
- Beccaria, Cesare, *Rikoksesta ja rangaistuksesta*. Helsinki: Edita, 1998.
- Benjamin, Walter, Zur Kritik der Gemalt. *Gesammelte Schriften II.1*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977.
- Bianchi, Herman, Abolition: Assensus and Sanctuary. Teoksessa Herman Bianchi – René van Schwaaningen, *Abolitionism. Towards a Non-repressive Approach to Crime*. Amsterdam: Free University Press, 1986.
- Braithwaite, John, The Fundamentals of Restorative Justice Teoksessa Sinclair Dinnen – Anita Jowitt – Tess Newton Cain (eds): *A Kind of Mending: Restorative Justice in the Pacific Islands*. Canberra: Pandanus Books, 2003.
- Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1980.
- Fuller, Lon. L., *Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1964.
- Habermas, Jürgen & Derrida, Jacques, Sodan jälkeen: Euroopan uudelleensyntyminen. *niin & näin*, 2, 2004, s. 18–21.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan eli kirkollisen ja valtiollisen yhteiskunnan aines, muoto ja valta*. Tampere: Vastapaino, 1999.
- Hulsman, Louk, Critical Criminology and the Concept of Crime. *Contemporary Crisis*, Vol. 10, s. 63–80.
- Jareborg, Nils, Determinism och straffrättslig ansvar. Teoksessa Nils Jareborg – Per Ole Träskman (red.), *Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*. Uppsala: Iustus förlag, 1985, s. 1–33.

- Kant Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*. Werkausgabe Bd VIII. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.
- Kelsen, Hans, *Puhdas oikeusoppi*. Helsinki: Werner Söderström, 1968.
- Kotkavirta, Jussi: Immanuel Kant ja oikeuden moraaliset perusteet. Teoksessa Jarkko Tontti – Kaisa Mäkelä – Heta Gylling (toim.): *Filosofien oikeus I*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 2001.
- Lahti, Raimo, Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäinen vaihe: varallisuus- ja talousrikossäännökset I. *Lakimies*, 3, 1991, s. 258–290.
- Lahti, Raimo, Towards a Rational and Humane Criminal Policy – Trends in Scandinavian Penal Thinking. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, vol. 1, 2000, s. 141–155.
- Lahti, Raimo, Rikosoikeuden kehitys Lakimies-aikakauskirjan heijastamana. *Lakimies*, 7–8, 2002, s. 1247–1268.
- Lahti, Raimo, Rikosoikeuden kokonaisuudistus ja seuraamusjärjestelmän kehittäminen. *Lakimies*, 3, 2004, s. 412–421.
- Lappi-Seppälä, Tapio, *Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa*. Helsinki, Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1987.
- Lappi-Seppälä, Tapio, Miksi rikosoikeus? Teoksessa Ari Hirvonen (toim.), *Kohti 2000-luvun rikosoikeutta*. Helsinki: Rikos- ja prosessioikeuden laitoksen julkaisuja, 1994, s. 19–82.
- v. Liszt, Franz, *Rikosoikeuden yleiset opit*. Helsinki: Lainopillinen ylioppilastiedekunta, 1947.
- Melander, Sakari, Kriminalisointiperiaatteet ja perusoikeuksien rajoitusedellytykset. *Lakimies*, 6, 2002, s. 938–961.
- Mill, J. S., *On Liberty*. Harmondsworth: Penguin, 1976.
- Minkkinen, Panu, Rikosoikeus, *ultima ratio* -periaate ja kriittinen oikeusoppi: huomioita oikeudenalan marginaaleista. *Lakimies*, 5, 1992, s. 722–730.
- Pascal, Blaise, *Mietteitä*. Helsinki: WSOY, 1996.
- Platon, Kriton. *Teokset I*. Helsinki: Otava, 1999.
- Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986.
- Solon, *Solon the Athenian. The Fragments of Solon's Poems*. Berkeley, Cal.: University of California Press, 1919.
- Tuori, Kaarlo, *Oikeus, valta ja demokratia*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1990.
- Tuori, Kaarlo, *Kriittinen oikeuspositivismi*. Helsinki: WSLT, 2000.

Jaakko Jonkka

Valittuja kysymyksiä esitutinnan aloittamisesta ja kohdentamisesta

ESITUTKINNAN MERKITYS RIKOSPROSESSISSA

Rikosjutun tutkinta jakaantuu kolmeen vaiheeseen: esitutkintaan, syyteharkintaan ja oikeudenkäyntiin.¹ Yhdessä nämä kolme vaihetta muodostavat laissa määritellyn menettelytavan epäillyn rikoksen tutkinnalle ja oikean ratkaisun etsimiselle. Kullakin vaiheella on oma tehtävänsä. Prosessuaalisista työnjaollisista syistä mm. oikeusturvan ja rikosvastuun toteuttamistavoitteen sisältö ja painoarvo vaihtelevat rikosjutun tutkinnan eri vaiheissa.

Esitutkinnassa selvitetään, onko tapahtunut jotakin rikosoikeudellisesti merkityksellistä ja kerätään tosiseikastoa prosessin seuraavia vaiheita varten. Esitutkinta muodostaa perustan syyttäjän päätöksenteolle, ja sitä voidaan myös kuvata rikosasioissa pääkäsittelyn valmisteluksi.² Esitutkinta on rikosprosessin kivijalka. Tässä prosessin vaiheessa tapahtuneet virheet tutkinnan kohdistamisessa tai aineiston keräämisessä voivat olla kohtalokkaita rikosjutun tutkinnan onnistumiselle. Esitutkinnalla on vaikutusta siihenkin, mikä merkitys ja painoarvo rikosvastuun toteutumisella, yksilön oikeusturvalla ja prosessiekonomialla yksittäisen rikosjutun tutkinnassa kokonaisprosessuaalisesti tarkasteltuna on.

Esitutkinnan merkitys huomioon ottaen ei ole ihmeteltävää, että sitä kohtaan esitetään ajoittain kritiikkiä niin julkisuudessa kuin laillisuusvalvojille tehdyissä

¹ Ennen esitutkinnan aloittamista on saatettu tehdä ns. alustavia toimenpiteitä sen seikan selvittämiseksi, onko esitutkinnan aloittamiskynnys ylittynyt. Näistä vain alustavat puhutellut on säännelty ETL:ssä. Alustavista toimenpiteistä ks. esim. Helminen, Klaus – Lehtola, Kari – Virolainen, Pertti, Esitutkinta ja pakkokeinot s. 38–39, Helsinki 2002.

² Esitutkinnan tehtävästä säädetään ETL 5 §:ssä. Esitutkinnan merkityksestä rikosprosessissa esim. Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi, Rikosprosessin osalliset s. 8–12, Porvoo 2004 sekä Helminen – Lehtola – Virolainen s. 20–30. Tolvanen lausuu esitutkinnan merkityksestä ehdottomasti: ”Esitutkinta vastaa riita-asiain oikeudenkäynnin valmistelua siinä mielessä, että virallinen syyttäjä voi nostaa syytteen rikoksesta vain, jos asiassa on toimitettu lainmukainen esitutkinta.” Tolvanen, Matti, Esitutkinnan uusi työnjako: poliisi johtaa, syyttäjä ohjaa. Oikeus 2004 s. 55. – Ainakin yleisten syyttäjien ollessa kyseessä esitutkintaa on syytä pitää syytteen nostamisen edellytyksenä (näin varsinkin syyttäjän velvollisuuksien kannalta tarkastellen; sen sijaan kannanotto ei tarkoita sitä, että esitutkinnan puuttuminen sellaisenaan johtaisi automaattisesti rikosjutun tutkimatta jättämiseen). Mainittu periaate soveltuu pääsäännöksi myös erityissyyttäjien kohdalla.

kanteluissa. Esitutkintakantelut ovat suurin asiaryhmä poliisikanteluiden joukossa.³ Esitutinnan viipyminen on yleensä ollut poliisikanteluiden eniten laillisuusvalvonnallisia toimenpiteitä aiheuttanut yksittäinen kysymys.⁴ Myös esitutinnan aloittamiseen ja kohdistamiseen liittyvät kysymykset ovat joskus varsin kipakan arvostelun kohteina.

Toisinaan poliisia arvostellaan siitä, että esitutinnan aloittamiskynnys olisi nostettu liian korkealle. Näissä tilanteissa on saatettu esittää enemmän tai vähemmän peiteltyjä vihjailuja poliisiin menettelyn epäilyttävistä taustamotiiveista. On voitu esim. vihjailla, että esitutkintalain (ETL) 2 §:n säätämää esitutinnan aloittamisvelvollisuutta vastassa olisi ollut jokin poliisin tuota velvollisuutta painavammaksi arvioima intressi. Tyypillisesti tällaista keskustelua viriää talousrikosten tai jollakin tavalla yhteiskunnallisesti herkkien rikosjuttujen kohdalla.⁵ Harvemmin moititaan liian herkästä esitutinnan aloittamisesta sellaisenaan, sen sijaan kylläkin epäilyn henkilöllisestä kohdistamisesta liian heppoisin perustein. Arvostelun kärki on tällöin kohdistunut tavallisesti siihen, että jotakuta olisi perusteettomasti käsitelty esitutkinnassa rikoksesta epäiltynä tai että tällaista ”löyssässä hirressä roikottamista” olisi ainakin kestänyt liian pitkään.

Tarkastelen tässä artikkelissa esitutinnan aloittamiseen ja kohdentamiseen liittyviä kysymyksiä; esitys ei ole kattava vaan eräisiin ongelmatilanteisiin keskittyvä.

³ Tämä koskee niin ylimpiä laillisuusvalvojia kuin poliisin sisäistäkin laillisuusvalvontaa.

⁴ Myös poliisilaitosten tarkastuksilla esitutkintojen viipymiseen on lähes säännönmukaisesti jouduttu kiinnittämään huomiota. Viipymisten syyt ovat moninaisia. Osa voi johtua aidoista resurssiongelmista, mutta varsin usein syyksi paljastuvat johtamisen ongelmat: lähijohto ei seuraa asioiden etenemistä tai poliisiyksikön johto ei valvo resurssien asianmukaista jakaantumista laitoksen sisällä. Talousrikostutkinnan joskus hyvinkin pahan ruuhkautumisen erityisongelmana voidaan mainita resurssien karkaaminen poliisiyksikön päivittäistarpeisiin, jos poliisin ylijohdo ei valppaasti seuraa, miten talousrikostorjuntaan suunnattuja voimavaroja poliisiyksiköissä tosiasiallisesti kohennetaan. Myös poliittisen johdon jatkuva sitoutuminen asettamiinsa poliisitoiminnan painopisteisiin on tärkeää, jos halutaan että annetut voimavarat käytetään tarkoitetulla tavalla. Tästä tarkemmin Jonkka, Jaakko, Poliisin johtamisjärjestelmä ja sisäinen laillisuusvalvonta. Sisäasiainministeriön julkaisuja 48/2004 s. 27–28.

⁵ Rakenteellisesti tyypillinen – joskin substanssiltaan tietysti poikkeuksellinen – on vieläkin silloin tällöin viriävä keskustelu suojelupoliisin (SUPO) menettelystä ns. Tiitisen listan käsittelyssä. Vaikka oikeuskansleri totesi 15.10.2003 tekemässään päätöksessä (oikeuskanslerin kertomus 2003 s. 147–149), ettei SUPO:n voitu osoittaa menetelleen virheellisesti, herätellään julkisessa keskustelussa edelleen epäluuloja siitä, että SUPO:lla olisi ollut muita kuin oikeudellisesti hyväksyttäviä motiiveja ratkaisulleen olla aloittamatta esitutkintaa listalla olevien osalta. Vaikka tuossa tapauksessa epäilyille ei olisikaan oikeudellista perustetta, on yleisemmin tarkastellen tämäntyyppisille epäilyille olemassa ymmärrettävä syynsä: Esitutinnan aloittamista lähes välttämättä seuraava ainakin jonkinasteinen julkisuus voi nimittäin erityisesti turvallisuuspoliisin toiminnassa tuntua joissakin tilanteissa toiminnan perimmäisiä tavoitteita häiritsevältä. Ks. Selin, Paavo, Britannian turvallisuuspalvelu ja Suomen suojelupoliisi s. 73–74. Tampereen yliopisto 2004.

ESITUTKINTAKYNNYS JA RIKOKSESTA EPÄILLYN ASEMA

Esitutinnan aloittamiskynnyksestä säädetään ETL 2 §:ssä: Poliisin tai muun esitutkintaviranomaisen on aloitettava esitutkinta, kun sille tehdyn ilmoituksen perusteella tai muutoin on syytä epäillä, että rikos on tehty.

Viitaan esitutkintakynnyksen määrittelyn osalta aikaisempiin kirjoituksiini.⁶ Tässä kiinnitän huomiota vain siihen, että lainkohta säättää sanamuotonsa mukaisesti esitutkinnan aloittamisvelvollisuudesta (”on aloitettava”). Vastaavaa ilmaisua käyttävät pakkokeinolain säännökset puolestaan on kirjoitettu niin, että niissä puhutaan siitä, milloin johonkin pakkokeinoon voidaan/saadaan ryhtyä. Tämä sananvalinta ja sen perustana oleva näkökulmien ero ei ole sattuma; esitutkinnan aloittamispäätöstä tehtäessä rikoksen selvittämisen intressi on lähtökohtaisesti korostetussa asemassa, pakkokeinopäätöksissä taas joudutaan punnitsemaan sen ja oikeusturvavaatimuksen keskinäisiä painoarvoja.

Esitutinnan aloittaminen sellaisenaan ei voine ainakaan sanottavassa määrin vaikuttaa kenenkään oikeusturvaan, (yleensä) vasta esitutkintatoimenpiteiden kohdistamisella tai esitutkintaan liitettävillä pakkokeinoilla puututaan yksilön oikeudelliseen asemaan. Tältä kannalta tarkastellen on mahdollista, että esitutkinta voidaan aloittaa näyttötilanteessa, missä ei välttämättä vielä ”syytä epäillä”-perusteella tehtävä pakkokeino olisi oikeudellisesti perusteltavissa. Esitutkinnan aloittamista joudutaan harkitsemaan tutkinnallisessa (ja monesti myös näyttötilanteessa) alkutilanteessa, sen sijaan pakkokeinoista päätettäessä tutkinta tavallisesti on jo jonkin aikaa kestänyt, jolloin myös näyttöaineistoa on jonkin verran jo kertynyt. Jotakin konkreettista epäilyn tueksi on tietysti oltava ennen kuin esitutkinta voidaan aloittaa. Epäilyllä pitää olla konkreettinen ja perusteltavissa oleva syynsä, pelkkä yleistävään päättelyyn perustuva epäluulo ei riitä.

Yksilön oikeusturvan kannalta esitutkinnan aloittamispäätöstä merkittävämpi ratkaisu yleensä on se, ketä käsitellään esitutkinnassa rikoksesta epäiltynä.⁷ Tässä mielessä saattaakin tuntua epä johdonmukaiselta, että laissa ei ole tälle ratkaisulle asetettu mitään ”kynnystä”. ETL:ssä ei säädetä, minkä asteista epäilyä vaaditaan siihen, että henkilöä ryhdytään käsittelemään rikoksesta epäillyn asemassa, esimerkiksi kuulustelemaan epäiltynä. Eduskunnan perustuslakivaliokunta on esitutkintalain ja pakkokeinolain uudistuksen yhteydessä todennut tä-

⁶ Ks. esim. Jonkka, Jaakko, Näkökohtia näyttökynnyksistä. Matkalla pohjoiseen. Juhlakirja Jyrki Virolainen s. 147–152. Rovaniemi 2003.

⁷ Paitsi että rikoksesta epäillyksi joutuminen saattaa leimata ihmistä, sillä on henkilön oikeudelliseen asemaan ulottuvaa vaikutusta. Rikoksesta epäillyn oikeudellisesta asemasta hyvän yleisesityksen tarjoaa Virolainen – Pölönen 2004 s. 267–282.

män puutteenksi, ”varsinkin kun epäillyn asemaan liitetään lakiehdotuksissa laajentuvia vaikutuksia”.⁸

Kysymys on lainsäädännössä todellakin jäänyt avoimeksi, ja käytännössäkin asiasta on todennäköisesti epätietoisuutta ja erilaisia käsityksiä.⁹ En ole kuitenkaan vakuuttunut siitä, että ongelman ratkaisemiseksi lainsäädäntöte olisi välttämättä paras tai edes sovelias keino. – Ainakin seuraavanlaisia näkökohtia tulisi ottaa huomioon.

Henkilön asemaa koskeva kysymys aktualisoituu yleensä kuulustelua aloitettaessa. Käytännössä ongelmat liittynevät määrittelyongelmaan todistajan ja epäillyn aseman välillä. Esitutkintalakia koskeva hallituksen esitys korostaa, että on oltava erityisen varovainen siinä, ettei ketään kuulla todistajan asemassa, jos on edes vähäistä syytä epäillä häntä syylliseksi.¹⁰ Jos haluttaisiin asettaa rikoksesta epäillyn asemassa kuulemiselle jokin nimenomainen ”epäilykynnyks”, sen tulisi näin ollen olla varsin matala – joka tapauksessa selkeästi matalampi kuin ”on syytä epäillä”, jotta ei jäisi ”välitilaa” siinä suhteessa, että henkilöä ei voitaisi kuulla kummassakaan roolissa.¹¹

Esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännössä näyttökynnysten jaottelu on kolmiportainen.¹² Kun tiedetään, miten vaikeaa käytännössä on tällaistaikin todennäköisyysasteikkoa soveltaa, en usko, että tätä hienojakoisemman asteikon avulla voitaisiin näytön vahvuuksia yleispätevästi jäsentää ja käytäntöä aidosti ohjata.¹³

Sitäkin voi kysyä, missä määrin edes on periaatteellisesti asianmukaista pyrkiä jäykällä kynnyksellä yleisesti määrittämään, millä edellytyksillä henkilön

⁸ PeVL 36/2002 vp s. 3. Lainsäädännön puutteellisuuteen tältä osin viittaa myös eduskunnan lakivaliokunta omassa mietinnössään, LaVM 31/2002 vp s. 5–6. – Samaa seikkaa on eduskunnan oikeusasiamies pitänyt lainsäädännöllisenä epäkohtana ns. Rusi-jutussa antamassaan ratkaisussa. Oikeusasiamies on saattanut havaintonsa valtioneuvoston tietoon. Oikeusasiamiehen päätös 3.2.2005 dnro 1585/4/03 ja kirje valtioneuvostolle 9.2.2005 dnro 277/2/05.

⁹ Joistakin tutkinnanjohtajien laillisuusvalvojille antamista selvityksistä voisi päätellä, että esitutkinnan aloittamiskynnyksen ja henkilöön kohdistuvan rikosepäilyn edellytyksen eroa ei käytännössä välttämättä mielletä vaan ne sekoittuvat jäsentymättömästi. – Oikeuskirjallisuudessa yleensä on vain todettu, että esitutkintaviranomaisella on ”laaja harkintavalta siitä, keitä henkilöitä kulloinkin käsitellään epäiltynä”, esim. Virolainen – Pölönen 2004 s. 255–257.

¹⁰ HE 14/1985 vp s. 19.

¹¹ ”Kuultavan” aseman lainsäädännöllinen määrittely voisi tosin tuoda tähän ainakin osaratkaisun. Mutta toisaalta ongelma voisi ehkä näin vain siirtyä, koska tietyt kuulusteltavan asemaan liittyvät oikeudelliset kysymykset (totuusvelvollisuus jne.) jouduttaisiin joka tapauksessa ratkaisemaan. Kuultavan asemasta ks. esim. Virolainen – Pölönen 2004 s. 258; kirjoittajat ovat oikeassa todetessaan: ”Ns. tiukan paikan tullen kuultava-käsite on kuitenkin varsin epäselvä.”

¹² Esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön käyttämästä todennäköisyysporrastuksesta HE 14/1985 vp s. 16–17. Hallituksen esityksessä käytettyjen määritelmien todennäköisyysteoreettisesta arvioinnista esim. Jonkka 2003 s. 146–147 siinä mainittuine lähteineen.

¹³ Myös eduskunnan hallintovaliokunta on epäillyt nykyistä hienojakoisemman esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön todennäköisyysporrastuksen toimivuutta; HaVL 38/2002 vp s. 7.

voidaan katsoa olevan epäillyn asemassa. Esitutkinna tavoite on rikoksen selvittäminen, mihin kuuluu olennaisena osana sen selvittäminen, ketkä ovat rikosjutun asianosaisia.¹⁴ Henkilöiden aseman määrittely on osa tutkintaprosessia. Jos tätä määrittelyä pyrittäisiin voimakkaasti ohjaamaan normatiivisesti, saatettaisiin samalla tulla vaikuttaneeksi epäasiallisesti itse tutkinnan suuntaamiseen ja tutkintalinjojen valintaan. Tutkinnan suuntaamisen tulisi tapahtua aina kulloisesakin tilanteessa tapauksen ominaispiirteiden edellyttämällä tavalla.¹⁵ Jos tutkintalinjojen valinnalle ja eteenpäin viemiselle asetettaisiin normatiivisia edellytyksiä, saatettaisiin vaarantaa tutkinnan onnistuminen.

Sen sijaan, että pyrittäisiin todistajan ja epäillyn aseman rajanvetoa selkiyttämään ja jälkimmäisen oikeusturvaa kohentamaan ottamalla esitutkintalakiin jokin todennäköisyyden astetta kuvaava ”kynnys”, pitäisi mieluummin kiinnittää huomiota seuraaviin seikkoihin: a) henkilön aseman määrittely tapahtuu kussakin yksittäistapauksessa hyväksyttävien oikeudellisten kriteerien mukaisesti ja b) henkilöä lakataan kohtelemasta epäillyn asemassa välittömästi kun tähän asemaan ei enää ole perusteita.

Peruslähtökohta on se – myös esitutkintalaista ja sen systematiikasta ilmenevä periaate – että henkilöä koskeva epäily pitää olla perusteltavissa.¹⁶ Koska esitutkinta-asemaa koskevalla ratkaisulla on oikeudellista relevanssia, pitää tutkijan/tutkinnanjohtajan kyetä sekä itselleen että tarvittaessa jälkikäteen muillekin perustelemaan ratkaisunsa siten, että se on sen hetkisen tiedon varassa tehtynä objektiivisesti hyväksyttävissä. Tällainen vaatimus merkitsee mm. sitä, että ratkaisun pohjana olevat perusteet ja päättely ovat oikeudellisesti moitteettomia.¹⁷ Henkilön asemaa koskeva ratkaisu tulee olla viime kädessä palautettavissa objektiivisesti havaittavissa olevaan tosiseikkaan, joskaan sen näyttöarvolle ei voida asettaa mitään yleistä vaatimusta: esitutkinnan tehtävänähän juuri on mm. testata erilaisia mahdollisia vaihtoehtoja.¹⁸ – Jos halutaan yleisesti kuvata rikok-

¹⁴ ETL 5 §.

¹⁵ Rikoksesta epäillyn aseman tapauskohtaista määrittelemistä korostaa myös Virolainen – Pölönen 2004 s. 256.

¹⁶ Tämä on johdettavissa yleisellä tasolla jo esitutkinnan yleisistä periaatteista, erityisesti ETL 8 § 2 momentista. Vaikka tämän säännöksen kärki tosin suuntautuu toisaalle, sisältää se nähdäkseni myös sen, että ketään ei ilman aihetta saa kohdella epäiltynä; näin myös EOA 1585/4/03.

¹⁷ Tämä rajoittaa hyväksyttävien perusteiden ulkopuolelle esim. selvänäkijän lausumat ja ennakkoluulot, joilla ei ole konkreettista pohjaa. – Tekstissä esitetty merkitsee sitä, että henkilön asemaa koskevan arvion taustalla on riittävä selvitystyö, mukaan lukien tarvittaessa alustavat toimenpiteet ennen esitutkinnan aloittamista. Monesti juuri poliisin suorittama alustava selvittely antaa asiallisia perusteita tutkinnan suuntaamiselle ja sille, missä asemassa kutakin henkilöä tulisi kuulla.

¹⁸ Rikosprosessin tässä vaiheessa ei voida asettaa vaatimusta kausaalisuhteesta todisteena arvioitavan tosiseikan ja henkilön syyllisyyttä koskevan teeman välillä; kausaalisuhdevaatimuksesta todistusrelaatiosta ja ns. rakenteellisesta näytöstä ks. esim. Jonkka, Jaakko, Todistusharkinnasta 105–114, Helsinki 1993. – Esitutkinnan suuntaamisessa voi myös alkuperäistodennäköisyydellä olla relevanssia; ks. Jonkka 2003 s. 147–148. Tähän kysymykseen olisikin syytä erityisesti esitut-

sesta epäillyn asemaa koskevan ratkaisun edellytystä, näyttökynnyksen sijasta on luontevampaa puhua ratkaisun perusteltavuuden vaatimuksesta.

Vaikka niitä edellytyksiä, joilla henkilöä ryhdytään kuulustelemaan esitutkinnaa rikoksesta epäillyn asemassa, ei olisikaan perusteltua pyrkiä lainsäädännössä ”kynnyksillä” määrittelemään, on toisaalta tärkeää, että on olemassa selkeät kriteerit sille, milloin henkilöä ei enää ole käsiteltävä epäillyn asemassa. Rikoksesta epäillyn asemaan liittyvä oikeusturvavaatimus kohdistuu nimenomaan siihen, että henkilö ei joudu tässä asemassa olemaan yhtään kauempaa kuin on välttämätöntä. Kun henkilö on kertomuksensa antanut, on sen ja muun kertyvän aineiston valossa jatkuvasti arvioitava hänen asemaansa. Nytemmin esitutkinnan tällaisesta ”osapäättämisestä” on ETL 9 §:ssä nimenomainen määräys: Jos esitutkinnaa ilmenee, ettei henkilöä – enää ole syytä epäillä rikoksesta – esitutkinta lopetetaan hänen osaltaan.¹⁹

ESITUTKINNAN ALOITTAMISEEN LIITTYVIÄ ERITYISKYSYMYKSIÄ

Poliisin ja syyttäjän esitutkintayhteistyöstä

Esitutkinnan toimittaa poliisi (ja lain nimenomaisesti määrittelemissä tapauksissa eräät muut esitutkintaviranomaiset²⁰). Myös syyttäjällä on rooli esitutkinnaa. Sen sisältöä on vuosien saatossa pohdittu eri vaihtoehtojen pohjalta sekä oikeuskirjallisuudessa että lainsäädäntöhankkeiden yhteydessä. Rikosasiain oikeudenkäyntimenettelyä koskeva laki (ROL) nosti syyttäjän esitutkintaan osallistumisen aiempaa tärkeämmäksi kysymykseksi.

kintaan kohdistuvassa todistusteoreettisessa tutkimuksessa kiinnittää huomiota. Jos jossakin rikosprosessin vaiheessa niin juuri esitutkinnaa alkuperäistodennäköisyydellä voisi olla oma jäsenynty merkityksensä. Tämän viitekehysten puitteissa olisi hyödyllistä pohtia mm. profilointia ja vastaavia tutkimusmenetelmiä todistusteoreettisesta näkökulmasta.

¹⁹ Perusteluista ks. HE 52/2002 vp s. 36. Vaikka lainkohta mainitsee, että henkilöä ei ”enää ole syytä epäillä rikoksesta”, ei tästä voida tehdä päätelmää sen puolesta, että ”syytä epäillä” olisi kynnys jolla henkilöä alun perin on mahdollista tässä asemassa käsitellä. Mainittu HE toteaa nimenomaisesti, että muutoksella ei ollut tarkoitus muuttaa esitutkintakynnystä eikä ”esitutkintaviranomaisen noudattamaa käytäntöä epäiltyjen joukkoon kulloinkin kuuluvien henkilöiden rajaaamisessa”.

Todettakoon, että eduskunnan apulaisoikeusasiamies esitti vastaavan säännöksen ottamista laikiin jo vuonna 1995 (apulaisoikeusasiamiehen kirje 7.9.1995 dnro 1888/2/95); taustalla tuolloin oli pitkäkestoinen virkarikostutkinta, jossa mm. eräs komisario oli epäiltynä. Tutkintalinjojen johtaessa umpikujaan tutkinta jätettiin ”lepäämään” epämääräiseksi ajaksi, ja komisario kanteli oikeusasiamiehelle asemansa kestävämmästä.

²⁰ Tullilla on omalla sektorillaan tärkeä esitutkintarooli, aikaa myöten myös rajavartiolaitoksen rooli saattaa tulla korostumaan.

Nykyisellään lainsäädäntö on perusrakenteeltaan selvä: pääsääntöisesti esitutinnan toimittaa ja sitä johtaa poliisi, mutta syyttäjällä on oikeus saada poliisilta tietoja esitutkinnasta sekä laissa mainituin tavoin vaikuttaa siihen ja osallistua sitä koskevaan päätöksentekoon.²¹

Varsin yksimielisiä ollaan siitä, että syyttäjällä ei vain ole ”oikeus” osallistua esitutkintaan vaan hänellä on rikosprosessin tavoitteiden onnistumiseksi suoranaisten velvollisuus olla siinä aktiivinen. On sanottu, että paras tulos saavutetaan, kun yhdistetään poliisin taktinen ja tekninen ammattitaito ja syyttäjän juridinen tietämys.²² Mitä tämä käytännön tasolla merkitsee, ei ole yksityiskohdissaan selvää. Osittain tilannetta voitaisiin selkiyttää lainsäädännöllä, mutta viime kädessä syyttäjän ja poliisin esitutkintayhteistyön sisältö jää riippuvaiseksi siitä, miten kumpikin osapuoli mieltää oman roolinsa rikosjutun tutkinnan kokonaisuudessa. Lainsäädäntö voi parhaimmillaankin luoda vain raamit ja pelisäännöt yhteistyölle, sen sisältö määräytyy pitkälti sen mukaan, miten yhteistyön tärkeys on sisäistetty. Luulen, ettei tässä ole parempaa tietä kuin molemminpuolinen ja yhteinen koulutus.²³

Poliisin on pääsääntöisesti myös tehtävä ratkaisu esitutkinnan aloittamisesta.²⁴ Syyttäjällä on lain erikseen mainitsemisissa tapauksissa oikeus määrätä poliisi toimittamaan esitutkinnan.²⁵ Poliisin tekemäksi epäillyn rikoksen esitutkinnasta

²¹ Esim. ETL 4 § 3, 15 §, 32 § 2 ja 34 §.

²² Esim. Jokela, Antti, Uudistuva rikosprosessi s. 113. 3. p, Tampere 2000 sekä Virolainen – Pölönen 2004 s. 44.

²³ Syyttäjän roolista esitutkinnassa laajemmin ks. esim. Virolainen – Pölönen 2004 s. 41–49; kirjoittajat päätyvät siihen, että syyttäjän rooli esitutkinnassa on ”käytännössä jäänyt avoimeksi, sekavaksi ja epäyhtenäiseksi”. Heidän mukaansa asiaan saataisiin korjaus vain, jos syyttäjistä tehtäisiin esitutkinnan johtaja. – Syyttäjän tehtävistä esitutkinnassa ks. myös Tolvanen Oikeus 2004 s. 55–72 ja Helminen, Klaus, Åklagarens roll i förundersökningen. JFT 2004 s. 340–358.

²⁴ Asianomistajarikoksissa esitutkinta voidaan kuitenkin yleensä aloittaa vain, jos asianomistaja on asianmukaisesti ilmoittanut vaativansa asiassa rangaistusta (ETL 3 §); tarkemmin Frände, Dan, Finsk straffprocessrätt I s. 30–31, Helsingfors 1999.

²⁵ ETL 15 § 2. Syyttäjällä on tämä oikeus silloinkin kun poliisi on päättänyt jättää esitutkinnan toimittamatta esim. sillä perusteella, että esitutkinnan aloittamiskynnys ei olisi sen mielestä ylittynyt. Syyttäjä voi siten ”avata” poliisin tekemän ratkaisun. Siitä on oikeuskirjallisuudessa esitetty erilaisia käsityksiä, voiko syyttäjä määrätä poliisia jatkamaan esitutkintaa, joka on ETL 43 §:n perusteella päätetty. Tästä tarkemmin Tolvanen Oikeus 2004 s. 60–61; pidän siinä esitettyjä linjauksia perusteltuina. – Lainsäädännön valossa on jossakin määrin avoin kysymys, onko esitutkinnan toimittamatta jättämistä (tai päättämistä) koskevan ratkaisun tehneen tutkinnanjohtajan esimiehillä oikeus suorittaa uusi arviointi ja ”avata” ratkaisu. Omasta puolestani katson, että ainakin poliisin lääninjohtoon ja ylijohtoon kuuluvilla esimiesasemassa olevilla olisi alaistensa ratkaisuihin nähdessä tällainen oikeus; samalla tavalla kuin he voivat antaa yksittäistapauksia koskevia määräyksiä he tulkintani mukaan voivat myös ottaa alaisensa esitutkinnan toimittamatta jättämistä koskevan ratkaisun arvioitavaksi ja määrätä – jos kriteerit muutoin täyttyvät – esitutkinnan aloitettavaksi. Ymmärtäkseni ylimpien laillisuusvalvojen käytäntö tukee tätä tulkintaa.

päittää kuitenkin yksinomaisesti syyttäjä.²⁶ Käytännössä on ilmennyt epätietoisuutta tuomarin tekemäksi epäillyn rikoksen esitutkinnan aloittamisesta ja toimittamisesta. Valtakunnanoikeudessa syytettävien henkilöiden esitutkinnan aloittamista koskevat omat määräyksensä, jotka rajoittavat esitutkinnan aloittamista. – Tarkastelen seuraavassa tässä mainittuja erityiskysymyksiä.

Poliisin tekemäksi epäillyn rikoksen tutkinta

Poliisin tekemäksi epäiltyjen rikosten tutkintaa varten luotiin vuoden 1997 esitutkintalain muutoksella syyttäjäjohtoinen tutkintajärjestelmä turvaamaan tällaisten rikosepäilyjen asianmukainen ja puolueeton selvittely.²⁷ ETL 14 § 2 momentti säättää: Poliisimiehen tekemäksi epäillyn rikoksen esitutkintaa johtaa aina virallinen syyttäjä lukuun ottamatta rikesakkoasiana ja rangaistusmääräysmenettelyssä käsiteltäviä asioita.

Säännöksen tulkinta on siinä mielessä vakiintunut, että jos poliisille tehdään rikosilmoitus poliisin tekemäksi väitetystä rikoksesta, tällainen ilmoitus on aina saatettava syyttäjän ratkaistavaksi. Ns. poliisirikosten²⁸ tutkintajärjestelmä luotiin sen varmistamiseksi, että rikosepäilyt tulisivat ulkopuoliseen kontrolliin ja että tutkinta myös näyttäisi ulospäin uskottavalta. Tämän vuoksi poliisiorganisaation millään tasolla ei voida ryhtyä arvioimaan esitutkintakynnyksen ylitymistä sille tehdyn poliisirikosilmoituksen perusteella. Jos ilmoituksen tekijän tarkoitus ei käy selvästi ilmi, tulee poliisin nimenomaisesti tiedustella, tarkoitako ilmoittaja saattaa asian tutkittavaksi poliisirikosasiana. Ylimmät laillisuusvalvojat ovat toistuvasti joutuneet tähän puuttumaan.

Säännöksen soveltamisessa on kuitenkin joitakin rajanveto-ongelmia. Erityisesti poliisin esimiestahoille (poliisin ylijohto, lääninjohto ja valtakunnalliset yksiköt) tehdyn kantelun ja rikosilmoituksen raja ei aina ole täysin selvä käytännössä. Selvityksen mukaan rajanveto näkyisi tapahtuvan epäyhtenäisten kriteerien mukaan.²⁹ Jotkut pitävät kriteerinä kirjoituksen sisältöä ja arvioivat sen pe-

²⁶ ETL 14 § 2.

²⁷ Vuosittain ns. poliisirikosasioita on ollut tutkinnassa muutamia satoja, viime vuosina määrät ovat kääntyneet nousuun (parina viime vuonna poliisirikosasioita on kirjattu kuutisen sataa).

²⁸ Käytän tässä lyhyden vuoksi käsitettä poliisirikos, vaikka asiallisesti oikeampaa olisi puhua poliisin tekemäksi epäillystä rikoksesta.

²⁹ Viittaan tässä sisäasiainministeriön asettamana selvitysmiehenä tekemääni selvitykseen Poliisin johtamisjärjestelmä ja sisäinen laillisuusvalvonta. – Olen tuossa selvityksessä arvioinut poliisirikosten tutkintajärjestelmän toimivuutta yleisemminkin ja kirjannut erinäisiä kehittämistarpeita. Rakenteellisesti keskeisin ongelma oli tutkintajärjestelmän hajanaisuus, mistä aiheutuu mm. tutkinnan viipymistä, epäyhtenäistä käytäntöä ja resurssien epätarkoituksenmukaista käyttämistä. Tutkinnan ja ehkä myös tutkinnanjohtoon keskittäminen (esim. lääneittäin) voisi olla perusteltua. – Yksi ongelma on se, että syyttäjätutkinnanjohtajalla ei ole mahdollisuutta vaikuttaa tutkijoiden työajan käyttöön ja tehtävien priorisointiin. Tähän liittyy sekin periaatteellinen mahdollisuus, että

rusteella, onko esitutointakynnys ylittynyt, jotkut taas tuntuvat panevan painoa sille muodolliselle seikalle, onko kirjoitus otsikoitu kanteluksi vai rikosilmoitukseksi. Parhaiten mielestäni lain tarkoitusta vastaa se, että kantelukirjoituksen lähettäjältä tiedustellaan epäselvässä tapauksessa, haluaako hän asian tutkittavaksi poliisirikosasiana vai kanteluna.

Laista ei suoraan käy ilmi myöskään se, mikä on syyttäjälle ilmoittamisen kynnys niissä tilanteissa, joissa poliisiorganisaation sisällä tulee omana havaintona viitteitä mahdollisesta poliisirikoksesta. Sovelletaanko tällaisessa tapauksessa ETL:n 2 §:n mukaista esitutkinnan aloittamiskynnystä siten, että poliisi arvioisi omassa keskuudessaan, onko syytä epäillä rikosta, ja ilmoitus syyttäjälle tehtäisiin tämän arvion perusteella? Vai edellyttääkö ETL 14 §:n 2 momentti, että ilmoitus syyttäjälle tulisi tehdä jo vähäisemmällä epäilyllä ja antaa syyttäjätutinnanjohtajan arvioida, onko esitutkinnan aloittaminen perusteltua?

Mielestäni syyttäjajohtoisen tutkintajärjestelmän tarkoitus puhuu viimeksi mainitun tulkintavaihtoehdon puolesta. Puolueettomuuden ja uskottavuuden varmistaminen edellyttää, että esitutkinnan aloittamiskysymyksen harkitsee ja ratkaisee aina syyttäjä. Jos näin ei meneteltäisi, koko järjestelmä vesittyisi. Näin tulkiten poliisin tulisi saattaa asia syyttäjätutinnanjohtajan harkittavaksi aina kun on olemassa yksilöity epäily siitä, että voi olla käsillä ETL 14 §:n 2 momentin tarkoittama tilanne.³⁰ Tutkintajärjestelmää kohtaan tunnettavan luottamuksen säilyttäminen edellyttää, että epävarmuustilanteessa tällainen ilmoitus mieluummin tehdään kuin jätetään tekemättä.³¹

Tässä esitettyä tulkintaa vastaan näyttäisi puhuvan Helsingin hovioikeuden 31.3.2005 antama tuomio nro 1149, jossa oli kysymys mm. törkeästä viestintäsalaisuuden rikkomisesta ja jossa syytettiinä oli SUPO:n johtoa. Kysymys oli mm.

poliisiyksikkö voi vaihtaa tutkijan kesken tutkinnan ilman että syyttäjätutinnanjohtaja pystyy tähän vaikuttamaan. – Kahden tutkinnanjohtajan järjestelmä niissä rikosasioissa, joissa epäiltynä on sekä poliisi että ”siviili”, on sekä sekava että joissakin tilanteissa jopa omiaan luomaan epäilyksiä tutkinnan tosiasiallista puolueettomuutta kohtaan. Tarkemmin ks. Jonkka 2004 s. 70–76.

³⁰ On siis pidettävä erillään ilmoitusvelvollisuus syyttäjälle ja esitutkinnan aloittamiskynnys. Jälkimmäinen on luonnollisesti myös poliisirikosasioissa normaali ”syytä epäillä”. – Poliisitaholla elää ilmeisesti vahvana käsitys, että tosiasiallisesti poliisirikoksissa sovellettaisiin normaalia matalampaa esitutointakynnystä. Normatiivista perustetta tällaiselle epäilylle ei ole, mutta tilastojen perusteella tätä mahdollisuutta ei voida sulkea pois.

³¹ Poliisin ylijohdo on äskettäin antamassaan uudessa poliisin tekemäksi epäiltyjen rikosten tutkintaa koskevassa ohjeessaan ottanut asiaan kantaa (sisäasiainministeriön ohje 3.6.2005 nro SM-2005-01645/Ri-2), mutta ongelmallisen moniselitteisesti: ”Mikäli poliisin tietoon tulee seikkoja, jotka viittaavat siihen, että olisi syytä epäillä poliisimiestä rikoksesta, jota ei voida käsitellä rikesakkoasiana tai rangaistusmääräysmenettelyssä, asia on saatettava tutkinnanjohtajana toimivan syyttäjän harkittavaksi.” Ohjeen ilmaisu ”syytä epäillä” voi käytännössä viedä ajatukset esitutkinnan aloittamiskynnykseen.

siitä, olisiko SUPO:n päällikön ja linjanjohtajan tullut ilmoittaa alaisensa menettelystä ETL 14 §:n 2 momentin mukaisesti syyttäjälle. Tuomiossa HO mm. lausuu, että linjanjohtajalla ”ei ole näytetty olleen syytä epäillä” alaisensa ylitarkastajan syyllistyneen asiassa rikokseen. SUPO:n päällikön osalta todetaan, että tällä ei ollut ”syntynyt aihetta epäillä rikoksen tapahtuneen”. HO muotoilee tuomiossaan seuraavanlaisen poliisirikosten ilmoittamiskriteerin, mitä se on kummankin syytetyn osalta näytön arvioinnissaan soveltanut: ”Hovioikeus toteaa, että arvioidessaan rikosepäilyn olemassaoloa poliisimiehen tulee käyttää harkintavaltaa. Mikäli on syytä epäillä rikoksen tapahtuneen tulee hänen virkavelvollisuutensa nojalla tehdä ilmoitus havaitsemastaan rikosepäilystä.”

Pidän kysymyksenalaisena, voidaanko HO:n tuomiosta tehdä yleistävää päätelmää siitä, että esitutkinnan aloittamisratkaisu olisi poliisin itsensä käsissä. Näin tulkiten poliisirikosten tutkintajärjestelmän perusta järkkäyisi. Ottamatta kantaa HO:n ratkaisun sisältöön totean, että HO on näiltä osin muotoillut perustelut ongelmallisella tavalla.

Tuomarin tekemäksi epäillyn virkarikoksen tutkinta

Perustuslain 110 §:n mukaan syytteen nostamisesta tuomaria vastaan lainvastaisesta menettelystä virkatoimessa päättää oikeuskansleri tai oikeusasiamies.³² Ilmoitus tuomarin tekemäksi epäilystä virkarikoksesta voidaan tehdä normaaliin tapaan poliisille, jonka on ETL 2 §:n perusteella arvioitava esitutkinnan aloittaminen ja toimitettava esitutkinta.

Apulaisoikeuskansleri antoi 1999 sisäasiainministeriölle osoittamassaan kirjeessä poliisille ohjeet tuomarin tekemäksi epäiltyä virkarikosta koskevasta ilmoittamisvelvollisuudesta.³³ ”Tuomareiden virkarikosasioiden erityissyyttäjänä katson, että poliisin ilmoitusvelvollisuus tuomareiden tekemiksi epäiltyjen virkarikosasioiden osalta olisi parasta järjestää siten, että oikeuskanslerinvirastoon ilmoitettaisiin aina tällaisesta tutkittavaksi tulleesta asiasta”. Kirjeen lopussa todetaan, että ilmoitus on tehtävä heti, kun poliisi on saanut tiedon asiasta. ”Tutkintatoimia voi jatkaa, jollei siihen estettä ilmene.” Kirjeessä on perusteltu menettelyn käyttöönottamista seikkaperäisesti, mutta keskeinen tarkoitus ilmenee ilmeisesti seuraavasta sivulauseesta: ”poliisin suoraan käynnistämää tutkintaa ei aina ole pidettävä tarkoituksenmukaisena”.³⁴

³² Vastaava säännös oli jo aikaisemmin yleisistä syyttäjistä annetun lain 9 §:ssä.

³³ Kirjettä on siteerattu esim. Helminen – Lehtola – Virolainen 2002 s. 218–219.

³⁴ Tämä lausuma saattaa antaa aiheen käsitykseen, että tarkoitus olisi ollut luoda jonkinlainen suodatin, jotta tuomaririkosten erityissyyttäjä paitsi tietäisi näistä rikosilmoituksista myös voisi tarvittaessa vaikuttaa tutkinnan aloittamiseen. Mutta selvää tietenkin on, että syyttäjät (edes oikeuskansleri erityissyyttäjänä) ei voi kieltää poliisia suorittamasta esitutkintaa. Rikosilmoituksen käsittelyssä on sovellettava ETL:n määräyksiä, ellei jossakin laissa nimenomaisesti toisin säädetä.

Tällaisia ilmoituksia tulee poliisilta vuosittain jonkin verran. Poliisin keskuudessa näkyy ilmoituksen merkityksestä ja oikeuskanslerinviraston roolista olevan epätietoisuutta. Poliisin yhteydenotoista tai kannanotoista ilmenee, että tutkinnanjohtajat odottavat toisinaan jopa jonkinlaista esitutkinnan aloittamislu-paa.³⁵ Oma tulkintani on, että tuomaririkoksissa noudatetaan normaaliin tapaan ETL:ia myös esitutkinnan aloittamisen osalta ja oikeuskanslerilla on samanlainen rooli kuin yleensäkin syyttäjällä esitutkinnassa.³⁶ Syyttäjän ohjaava rooli esitutkinnassa korostuu luonnollisesti sen mukaan miten vaikeita oikeudellisia kysymyksiä rikosepäilyyn liittyy.³⁷

Toinen kysymys kokonaan on, olisiko perusteltua de lege ferenda järjestää tuomarien virkarikosepäilyissä jonkinlainen ”suodatin” ennen esitutkinnan aloit-tamista – esim. siten, että esitutkinnan aloittamisesta päättäisi jokin muu taho kuin poliisi. Koska tällainen järjestely – riippumatta siitä miten se yksityiskoh-dissaan toteutettaisiin – merkitsisi periaatteellista poikkeamista normaalin rikos-prosessin työnjaosta, asiaa pitäisi selvittää ja pohtia perusteellisesti eri näkökul-mista. En sinänsä halua vastustaa ”esitutkintasuodattimenkaan” luomista (mikä-li löydetään prosessuaalisesti onnistunut ja käytännössä toimiva lainsäädännöllinen ratkaisu), mutta syyttäjän ja poliisin yhteistyön pelisääntöjen selkiyttämisel-lä ja kehittämällä saavutettaneen siltäkin toimiva ratkaisu.³⁸

³⁵ Esim. Länsi-Suomen lääninhallituksen poliisiosasto kirjoittaa Tampereen poliisilaitokselle (kir-je 24.2.2005 LSLH-2005-1260/Ri-2): Esitutkintaa ei saa käynnistää ennen kuin oikeuskansleri on lausunut näkemyksensä tutkittavana olevasta rikosasiasta ja antanut mahdolliset erityisohjeet tut-kinnan suorittamista varten. – Joistakin tutkinnanjohtajien yhteydenotoista oikeuskanslerinviras-toon voi jopa päätellä, että oikeuskanslerilta odotetaan samanlaista roolia kuin syyttäjällä on polii-sirikosjutuissa.

Myös tuomareilla tuntuu joskus olevan epäselvää, miten tuomaririkosten tutkinta lain mukaan etenee. On jopa saattanut käydä niin, että tuomari on edellyttänyt poliisin hankkivan oikeuskans-lerinvirastolta ”luvan” ennen kuin on suostunut aloitetussa esitutkinnassa rikoksesta epäiltyä kuultavaksi.

³⁶ Syyttäjän ja jonkinlaisen ”esitutkinnan johtajan roolin” sekoittumisen vaara on kokemukseni mukaan tuomaririkosjutuissa keskimääräistä konkreettisempaa läsnä. Toinen asia, mihin joutuu kiinnittämään huomiota on se, että syyttäjän ja laillisuusvalvojan roolit pysyvät riittävän erillään: käynnissä olevan esitutkinnan aikana pitää varoa ryhtymästä selvittämään samaa asiaa laillisuus-valvonnan keinoin; tällöin olisi vaara että epäilty joutuisi vastaamaan kahdessa roolissa (esitutkin-nassa rikoksesta epäillyn asemassa siihen asemaan kuuluvine oikeuksineen ja laillisuusvalvojan selvityspyynnön johdosta perustuslain 111 §:n perusteella). Ennen esitutkinnan aloittamista sen sijaan voidaan hankkia alustavaa selvitystä myös laillisuusvalvonnallisin keinoin.

³⁷ Korkeimpien oikeuksien tuomarit ovat syytevallan järjestelyn osalta rinnastettavissa muihin tuomareihin sillä erotuksella mikä johtuu heidän virkasyytefoorumistaan, joka on valtakunnanoi-keus. Selvää lienee, että syyttäjän rooli korostuisi tällaisessa tapauksessa esitutkinnan eri vaiheis-sa.

³⁸ Oikeuskanslerinvirastossa onkin pohdittu pelisääntöjen selkiyttämistä mm. yhteistyössä valta-kunnansyyttäjänviraston ja poliisin kanssa. – Jos lainsäädännöllistä ratkaisua etsitään, yksi vaihto-ehdo voisi olla sellaisen kehittäminen tekstissä mainitun apulaisoikeuskansleri Jukka Pasasen kir-jen pohjalta.

Ministerivastuuasioiden esitutkinta

Valtioneuvoston jäsenten, oikeuskanslerin ja apulaisoikeuskanslerin, eduskunnan oikeusasiamiehen ja apulaisoikeusasiamiesten virkarikossyytteiden käsitte-lystä on olemassa perustuslaissa ja ministerivastuulaissa (2000/196) omat sää-nöksensä. Koska näiden tahojen syyteoikeudesta ja virkasyytefoorumista on erityissäännökset, on aiheellista tarkastella sitä, miten näissä asioissa on järjes-tetty esitutinnan aloittaminen. Soveltuuko ETL 2 § myös tällaisiin virkarikose-päilyihin?

Esitutinnan aloittaminen valtioneuvoston jäsenen epäillyn virkarikoksen johdosta

Valtioneuvoston jäsenen virkatoimien lainmukaisuuden tutkimiseksi aloitetta-vasta esitutkinnasta säädetään nimenomaisesti ministerivastuulain 4 §:ssä: Pe-rustuslakivaliokunta voi ministerivastuuasiaa käsitellessään pyytää valtakunnan-syyttäjää ryhtymään toimenpiteisiin esitutkinnan toimittamiseksi.

Muita säädöksiä ei asiasta ole. Näin ollen nykylainsäädännön valossa jää avoimeksi, onko ylimmillä laillisuusvalvojilla oikeus pyytää ministerin teke-mäksi epäillyn virkarikoksen johdosta esitutkinta.³⁹ Aikaisemmin tällainen oi-keus ilmeisesti on vakiintuneesti katsottu olevan.⁴⁰ Mutta on aiheellista pohtia, onko erityisesti perustuslakiuudistus ja uuden ministerivastuulain säätäminen tuonut asiantilaan muutoksen tältä osin. Asialla on käytännön merkitystä erityi-

Sellaistakin on kaavailtu, että muodostettaisiin jonkinlainen tuomarien valvontalautakunta, josta voitaisiin luoda ”eräänlainen suodatin tuomaria vastaan nostettaville rikossyytteille” ja se voisi ”saattaa tuomaria vastaan rikostutkinnan vireille”; Tuomioistuinlaitoksen kehittämiskomi-tean mietintö. Oikeusministeriö. Komiteamietintö 2003:3 s. 452–453. – Suhtaudun omasta puo-lestani epäillen siihen, että esitutkinnan aloittamisesta ja syytteen nostamisesta päättäisi tällainen monijäseninen elin.

³⁹ Selvänä lieene pidettävä, että poliisi ei voi aloittaa esitutkintaa sille tehdyn rikosilmoituksen perusteella valtioneuvoston jäsenen väitetystä virkarikoksesta (näin myös Etelä-Suomen läänin poliisin lääninjohto totesi Alpo Rusin rikosilmoituksen johdosta; päätös 22.1.2005 ESLH-2004-00525-Tu/411).

⁴⁰ Viimeksi toimitettua valtakunnanoikeusprosessia edelsi oikeuskanslerin määräämä esitutkinta; oikeuskanslerin kertomus vuodelta 1993 s. 35: ”Oikeuskanslerinviraston toimesta asiassa suoritetiin ensin ns. alustava tutkinta ja sitten varsinainen esitutkinta. Niistä laaditut pöytäkirjat toimitet-tiin eduskunnan perustuslakivaliokunnalle.” Oikeuskansleri antoi perustuslakivaliokunnalle lau-sunnon, jonka mukaan hänen mielestään syytteen nostamisen edellytyksiä ei ollut. Kuten tunnet-tua, eduskunta päätti kuitenkin perustuslakivaliokunnan mietinnön mukaisesti nostettavaksi syyt-teen entistä kauppa- ja teollisuusministeriä vastaan. Syytteen tarkempi sisältö jäi eduskunnan oi-keusasiamiehen harkittavaksi; tuolloisen lainsäädännön mukaan eduskunnan päättämää syytettä tuli ajamaan oikeusasiamies. Oikeusasiamies kehotti vielä ennen omaa syyteharkintaansa keskus-rikospoliisia suorittamaan asiassa lisätutkimuksia; ks. tarkemmin oikeusasiamiehen kertomus vuo-delta 1993 s. 43.

sesti silloin, kun oikeuskansleri tai oikeusasiamies joutuu laillisuusvalvonnallisesti selvittämään valtioneuvoston jäsenen virkatoimen lainmukaisuutta ja tällöin nousee kysymys, onko syytä epäillä myös mahdollista virkarikosta ja asian selvittämiseksi perusteltua käynnistää esitutkinta.

Ylimpien laillisuusvalvojen valtioneuvoston jäseniin kohdistamasta valvonnasta säädetään perustuslain 112 §:ssä: Jos oikeuskansleri havaitsee valtioneuvoston tai ministerin päätöksen tai toimenpiteen laillisuuden antavan aiheita huomautukseen, hänen tulee esittää huomautuksensa perusteluineen. Jos se jätetään ottamatta huomioon, oikeuskanslerin tulee merkittyä kannanottonsa valtioneuvoston pöytäkirjaan ja tarvittaessa ryhtyä muihin toimenpiteisiin. Sama oikeus on myös eduskunnan oikeusasiamiehellä. Perustuslain 115 §:n mukaan molemmilla laillisuusvalvoilla on oikeus saattaa valtioneuvoston jäsenen virkatoimen lainmukaisuuden tutkinta vireille eduskunnan perustuslakivaliokunnassa. Sekä oikeuskanslerista annetussa laissa (2000/193) että laissa eduskunnan oikeusasiamiehestä (2002/197) yhtenä laillisuusvalvojan tehtävänä mainitaan muun ohella valtioneuvoston jäsenen virkatoimien laillisuuden valvonta.⁴¹

Kummallakin laillisuusvalvojalla on oikeus käynnistää esitutkinta tutkittavaan olevassa asiassa. Oikeusasiamieslaissa (8 §) tämä on nimenomaisesti määritetty. Oikeuskanslerilaissa (8 §) tämä on ”kätetty” virka-apukäsitteen alle: Oikeuskanslerilla on tehtäviään suorittaessaan oikeus viipymättä saada kaikilta viranomaisilta sellaista virka-apua, jonka antamiseen asianomainen viranomainen on toimivaltainen. Esitöiden (HE 175/1999 vp) mukaan tässä tarkoitetaan mm. oikeutta pyytää poliisitutkintaa ja esitutkintaa. Mainituista säännöksistä ei itsestään selvästi ilmene se, että esitutkinnan käynnistäminen olisi mahdollista myös ministerien virkatoimien lainmukaisuuden selvittämiseksi. Perustuslaista sekä oikeuskanslerilaista ja oikeusasiamieslaista on nimittäin luettavissa, että ministerien virkatoimien laillisuuden valvonta poikkeaa eräissä kohdin viranomaistoiminnan ja muun julkisen toiminnan laillisuusvalvonnasta.⁴²

Koska ministerien rikosoikeudellisen vastuun tutkimiseksi ja toteuttamiseksi on säädetty poikkeavat edellytykset ja menettelytavat, voidaan mielestäni puolustaa sitä näkemystä, että ylimmät laillisuusvalvojat voisivat käynnistää esitutkinnan ministerivastuuasiassa vain jos siitä olisi nimenomaisesti säädetty. – Katsotaanpa ministerivastuuasian käsittelyä tarkemmin.

Ministerivastuulain 1 §:n mukaan lain 2 lukua sovelletaan ”tutkittaessa valtioneuvoston jäsenen – virkatoimien lainmukaisuutta”. Mainitun 2 luvun otsikkona on Ministerivastuuasian käsittely eduskunnassa; tämän luvun 4 §:ssä säädetään esitutkinnan käynnistämisestä. Esitutkinnan käynnistämisoikeutta perustuslakivaliokunnan toimesta perusteltiin esitöissä mm. sillä, että kaikissa tähän asti

⁴¹ Oikeuskanslerilaki 2 § ja oikeusasiamieslaki 1 §.

⁴² Perustuslain 112 §:ssä ja 115 §:ssä on nimenomaisesti mainittu valvonta- ja reagoimistavat.

valtakunnanoikeuteen päätyneissä ministerivastuuasioissa on toimitettu esitutkinta. ”Valiokunnalla tulee olla käytettävissään asianmukaiset keinot selvittää ministerivastuuasia mahdollisimman luotettavasti ja monipuolisesti.” Perusteluissa viitataan myös siihen, että esitutkinta on ”normaali syyteharkintaa edeltävä rikosprosessuaalinen vaihe”.⁴³ Kokonaisuudessaan tarkastellen perusteluista ilmenee näkemys, että jos perustuslakivaliokunta ei esitutkintaa käynnistäisi, jouduttaisiin syyteharkinta toimittamaan ilman sitä – edes epäsuorasti ei käy ilmi se, että esitutkinta voisi olla jonkun muun tahon käynnistämä.⁴⁴

Perustuslain ja ministerivastuulain systematiikka puhuu nähdäkseni sen puolesta, että valtioneuvoston jäsenen virkarikosoikeudellisen vastuun selvittely on tyhjentävästi säädetty näissä laeissa. Jos oikeuskansleri tai oikeusasiamies tulee siihen tulokseen, että olisi aiheellista käynnistää tällainen selvittely, ainoa tapa saada tutkinta käyntiin on perustuslain 115 §:n mukainen ilmoitus perustuslakivaliokunnalle.⁴⁵ Oikeuskansleri ja oikeusasiamies voivat käyttää laillisuusvalvonnallisia selvittelymenetelmiä, mutta esitutkinnan käynnistäminen olisi tämän tulkinnan mukaan vain perustuslakivaliokunnan käsissä.

Esitutkinta on osa rikosprosessia ja sitä tulee tarkastella nimenomaan tässä kontekstissa. Oikeuskanslerilla ja oikeusasiamiehellä oleva oikeus käynnistää virkarikosasioissa esitutkinta johtuu heidän roolistaan näiden asioiden erityis-syyttäjänä. Pelkästään laillisuusvalvonnalliset tarpeet eivät edellytä esitutkinnan käynnistämismahdollisuutta, tarve tulee ymmärtääkseni vasta syyttäjänroolin myötä. Kun oikeuskanslerilla ja oikeusasiamiehellä ei nykyisin ole syyttäjänroolia ministerivastuun asian käsittelyssä, ei ole tästäkään näkökulmasta asiallisia tarpeita esitutkinnan käynnistämisoikeudelle.⁴⁶ Samanlaiset syyt – joskaan ei yhtäläisellä painoarvolla – jotka puhuvat sen puolesta, että ministerisyytteen harkinta on uskottu eduskunnalle, puoltavat vastaavaa erityisjärjestelyä myös esitutkinnan käynnistämisen osalta.⁴⁷

⁴³ HE 185/1999 vp.

⁴⁴ Periaatteessahan tämä voisi olla mahdollista, koska ministerivastuuasia voi tulla vireille myös ylimpien laillisuusvalvojien ilmoituksen perusteella. Ja nämä olisivat voineet käynnistää esitutkinnan, jos heillä siihen olisi oikeus. Mutta tätä mahdollisuutta ei hallituksen esityksen perusteluissa edes viittauksenomaisesti käsitellä.

⁴⁵ Perustuslain esitöissä todetaan mm. näin: ”Oikeuskanslerin ja oikeusasiamiehen osalta ilmoitus tulee kysymykseen käytännössä vasta, jos oikeuskanslerin ja oikeusasiamiehen ministerin virkatoimen laillisuutta koskevaa 112 §:ssä tarkoitettua huomautusta ei ole otettu varteen ja asia on sen laatuinen, ettei kannanoton merkityttämistä valtioneuvoston pöytäkirjaan ole pidettävä riittävänä.” HE 1/1998 vp s. 170.

⁴⁶ Aikaisemmin molemmilla ylimmillä laillisuusvalvojilla syyttäjänrooli näissä asioissa oli; oikeusasiamies ajoi eduskunnan ja oikeuskansleri tasavallan presidentin määräämää syytettä valtakunnanoikeudessa.

⁴⁷ Ministerisyytteen nostamiselle on asetettu perustuslain 116 §:ssä normaalia poikkeavat vaatimukset. Esitöiden mukaan korotettujen vaatimusten tarkoituksena on suojata valtioneuvoston toimintaedellytyksiä; HE 1/1998 vp s. 171. Koska esitutkinta ei ole itsetarkoitus vaan palvelee syyte-

Tässä esitetty tulkinta merkitsee sitä, että ylimmät laillisuusvalvojat eivät voisi käynnistää esitutkintaa ministerivastuusiassa. Tarkoittaako tämä myös sitä, että jo käynnistettyä virkarikokasian esitutkintaa ei olisi mahdollisuutta ulottaa valtioneuvoston jäseneen, jos tutkinnan kuluessa häntäkin voitaisiin epäillä virkarikoksesta? Voisiko oikeuskansleri tai oikeusasiamies kehottaa poliisia kuulemaan ministeriä rikoksesta epäillyn asemassa?⁴⁸ Olisin taipuvainen jäsentämään kysymyksen niin, että jos myös ministeriä jouduttaisiin epäilemään virkarikoksesta ja kuulustelemaan epäillyn asemassa, tutkinta muuttuisi tältä osin ministerivastuusiaksi ja olisi siirryttävä sitä koskevaan menettelyyn: ilmoitus perustuslain 115 §:n mukaisesti perustuslakivaliokunnalle, jossa tutkinta etenisi valiokunnan harkitsemalla tavalla.⁴⁹

Esitutkinnan käynnistäminen ylimpien laillisuusvalvojen virkatoimien tutkimiseksi

Perustuslain 117 §:n mukaan oikeuskanslerin, apulaisoikeuskanslerin sekä eduskunnan oikeusasiamiehen ja apulaisoikeusasiamiehen syyttämisestä päättää eduskunta. Heidän menettelynsä lainmukaisuuden tutkimisesta on säännökset ministerivastuulaissa. Vastaavasti kuin valtioneuvoston jäsenten kohdalla eduskunnan perustuslakivaliokunta voi pyytää valtakunnansyyttäjää ryhtymään toimenpiteisiin esitutkinnan toimittamiseksi.

harkintaa ja prosessin myöhempiä vaiheita muutoinkin, on syytteen nostamisen edellytyksiin aiheetta kiinnittää huomiota jo esitutkintaa harkittaessa. Tämäkin seikka puoltaa tulkintaa, että valtioneuvoston jäsenen virkarikosvastuun tutkinta käynnistyy vain perustuslakivaliokunnan harkinnan perusteella ministerivastuulain 4 §:n mukaisesti.

⁴⁸ Tällainen asetelma olisi periaatteessa voinut tulla kysymykseen ns. Rusi-jutun esitutkinnassa, jonka oikeusasiamies käynnisti mahdollisen virkasalaisuuden rikkomisen selvittämiseksi. Kysymys oli sen selvittämisestä, ketkä kaikki olivat antaneet tietoja Rusiin kohdistuneesta, SUPON toimittamasta esitutkinnasta. Myöhemmin selvisi, että mm. silloinen sisäasiainministeri oli antanut tietoja eräälle taholle. Oikeusasiamies (EOA:n päätös 3.2.2005 dnro 1585/4/03) toteaa ministerin asemasta käynnistämässään esitutkinnassa: Sisäasiainministerin osalta en voinut toimia asiassa syyttäjän ominaisuudessa, ”saatoin kuitenkin tutkinnanjohtajan tietoon kantani siitä, että Itälän asemaa ei minun nähdäkseni voitu tuolloin tiedossa olleiden tosiseikkojen perusteella määritellä.” – – ”Erityisesti siihen nähden, että Itälän menettelyn perusteet eivät olleet tiedossa, en katsonut, että olisi ollut perusteita kuulustella häntä syylliseksi epäiltynä. Samoin kiinnitin tutkinnanjohtajan huomiota siihen, että – – poliisi ei voi oma-aloitteisesti ryhtyä tutkimaan ministerin virkatoimintaa rikoksena.” – Oikeusasiamiehen mainitusta ratkaisusta olisi uskaliaista tehdä päätelmiä siitä, olisiko hän katsonut itsellään olevan oikeuden kehottaa poliisia kuulemaan ministeriä rikoksesta epäillyn asemassa, jos asiallisia edellytyksiä muutoin olisi ollut. Tällaiseen tulkintaan eräät sanavalinnat kuitenkin tuntuvat viittaavan.

⁴⁹ Koska esitutkinnan aloittamista koskevaa kysymystä ministerivastuuasioissa voidaan kuitenkin pitää jonkin verran epäselvänä, saattaisi olla perusteltua harkita lainsäädännön täsmentämistä. Tämä voisi tapahtua esim. niin, että tekstissä esitetty tulkintalinjaus kirjattaisiin lakiin nimenomaisesti.

Valtakunnansyyttäjällä ei ole itsenäistä esitutkinnan käynnistämisoikeutta ylimpien laillisuusvalvojen epäillyn virkarikoksen johdosta.⁵⁰ Vaikka laissa ei sitä nimenomaisesti sanotakaan, vallitsevana ilmeisesti pidettävän tulkinnan mukaan poliisillakaan ei ole itsenäistä esitutkinnan aloittamisoikeutta. Poliisikäytäntö on tosin tässä kohdin horjuva. Toisinaan poliisi on ylimmistä laillisuusvalvoista tehdyn rikosilmoituksen perusteella tehnyt päätöksen olla toimittamatta esitutkintaa sillä perusteella, että kysymyksessä ei ole rikos. Poliisi on siten arvioinut esitutkinnan aloittamisen edellytykset. Joissakin tapauksissa poliisi taas on nimenomaisesti todennut, että sillä ei ole oikeutta tutkia ylimpien laillisuusvalvojen virkatointen lainmukaisuutta.

Pidän viimeksi mainittua kantaa oikeana. Soveltuvin osin samoilla perusteilla, joita esitin edellä s. 78–81, katson että ylimpien laillisuusvalvojen virkatointien lainmukaisuuden tutkinta tapahtuu vain ministerivastuulain säätämän tavoin (lain 1 § ja 2 luku).⁵¹

⁵⁰ Tämä kanta ilmenee myös eräissä apulaisvaltakunnansyyttäjän ratkaisuissa; esim. päätös 20.1.2004 dnro 139/42/02, jossa oli kysymys siitä, että eräs henkilö oli pyytänyt valtakunnansyyttäjää toimituttamaan esitutkinnan mm. apulaisoikeuskanslerin ja oikeusasiamiehen tekemäksi epäilemästään virkarikoksesta. Apulaisvaltakunnansyyttäjä lausui: Valtakunnansyyttäjän toimivaltaan ei kuulu tutkia valtioneuvoston oikeuskanslerin tai apulaisoikeuskanslerin eikä eduskunnan oikeusasiamiehen virkatoimien lainmukaisuutta.

⁵¹ Säännösten selkiyttämisen tarpeesta soveltuu edellä alaviitteessä 49 lausuttu.

Petri Jääskeläinen

Syyttömyysolettaman kumoamisesta syyttäjän päätöksenteossa erityisesti silmällä pitäen seuraamusluonteista syyttämättä jättämistä

JOHDANTO

Raimo Lahden kaikkia toimenpiteistä luopumisen muotoja – ilmoittamatta, syyttämättä ja tuomitsematta jättämistä – perusteellisesti käsitellyt vuonna 1974 valmistunut väitöskirja paalutti toimenpiteistä luopumisinstituution rikosten seuraamusjärjestelmään.¹ Raimon ohjauksessa vuonna 1997 valmistunut oma väitöskirjani puolestaan käsitteli toimenpiteistä luopumisinstituutiosta syyttämättä jättämistä sekä lisäksi rangaistusmääräysmenettelyä.²

Väitöskirjassani tutkimistani teemoista yksi eniten keskustelua herättäneistä kysymyksistä on ollut seuraamusluonteisen syyttämättä jättämisen näyttövaatimus. ”Siitä, että tuomitsematta jätettäessä rikoksesta syytetyn syyllisyys on todistettava samanlaisen täyden näytön vaatimuksen mukaisesti kuin rangaistukseen tuomittaessa, ei ole ollut erimielisyyttä. – Sitä vastoin on ilmennyt epäselvyyttä, minkälainen näyttö on riittävä syyttämättä tai ilmoittamatta jätettäessä”, kirjoitti jo Raimo Lahti väitöskirjassaan.³

Tutkin muun muassa tätä kysymystä rikosprosessin tarkoituksien, rikosprosessiperiaatteiden, perustuslain tuomiovallan käyttöä koskevien periaatteiden sekä perus- ja ihmisoikeusnormien kannalta, ja sovitin tulokset rangaistusteoreettiseen ja rikosprosessiteoreettiseen viitekehykseen. Päädyin siihen, että näyttövaatimus on *sama* kuin se olisi *samassa asiassa* tuomioistuimessa.⁴

Esittämäni argumentit eivät sammuttaneet asiasta käytyä keskustelua. Näyttövaatimusta koskevien kannanottojen lisäksi eräissä kirjoituksissa on esiintynyt näkemyksiä, jotka asettavat koko toimenpiteistä luopumisinstituution perusluon-

¹ Lahti, Raimo, Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä erityisesti silmällä pitäen tuomitsematta jättämistä, Vammala 1974.

² Jääskeläinen, Petri, Syyttäjä tuomarina. Rikos- ja prosessioikeudellinen tutkimus seuraamusluonteisen syyttämättä jättämisen ja rangaistusmääräysmenettelyn ehdoista Suomessa ja Ruotsissa. Vammala 1997.

³ Lahti 1974 s. 49.

⁴ Jääskeläinen 1997 s. 69–73, 143–260, erit. 225–260.

teen kyseenalaiseksi. On katsottu, että syyttäjä ei voisi kumota syyttömyysolettamaa.⁵ Keskustelua on käyty jopa siitä, voiko syyttäjä ylipäättään tehdä rikoksen syyksilukevaa ratkaisua.⁶ Kommentoin aluksi lyhyesti näitä kysymyksiä ja palaan sitten lähemmin näyttövaatimukseen.⁷

VOIKO SYYTTÄJÄ TEHDÄ RIKOKSEN SYYKSILUKEVAN RATKAISUN?

Otsikon kysymys on ollut ajankohtainen ennen vuotta 1942, jolloin syyttäjälle annettiin ensi kerran valta jättää syyte nostamatta selvitetystä rikoksesta.⁸ Tänä päivänä kysymys ei ole enää kiinnostava, ainakaan *de lege lata*. Syyttämättä jättämistä koskevista säännöksistä ja niiden esitöistä ilmenee yksiselitteisen selvästi, että säännösten tarkoittamissa tilanteissa kysymys on rikoksen syyksilukevasta ratkaisusta, joka ilmentää moitetta, jota voidaan tehostaa huomautuksella. Tämä on nimenomaisesti ollut lainsäätäjän tarkoitus, eikä asia muuksi muutu, ellei eduskunnassa toisin päätetä.

Vuoden 1991 toimenpiteistä luopumislainsäädännön kokonaisuudistusta toutettaessa toimenpiteistä luopumisinstituution peruspiirteet olivat jo niin vakiintuneet – mihin Raimo Lahden väitöskirjalla on varmasti ollut oma merkittävä osuutensa – että lakiehdotusten esitöissä ei erikseen selostettu toimenpiteistä luopumisen käsitettä. Seuraamusluonteisen syyttämättä jättämispäätöksen peruspiirre rikoksen syyksilukevana ratkaisuna on kuitenkin todettu useissa kohdissa (jäljempänä olevat kursivoinnit tässä). Hallituksen esityksen perusteluissa on muun muassa todettu, että ”syyttämättä jättämisen alan laajentamiseen liittyy eräitä ongelmia. *Rikosten seuraamuksista ja tekijän syyllisyydestä päättäminen* kuuluu periaatteessa tuomioistuimille. Seuraamusluonteisen syyttämättä jättämisen alan laajentaminen merkitsee siis tavallaan näitä asioita koskevan ratkaisuvallan siirtämistä tuomioistuimilta hallintoviranomaisille”. Tämän vuoksi oli vastaavasti parannettava oikeusturvajärjestelyjä,

⁵ Jonkka luonnehtii seuraamusluonteista syyttämättä jättämispäätöstä niin, että se sisältää vain mainituilla perusteilla tehdyn päätöksen tutkinnan lopettamisesta syyteharkintavaiheeseen. Hän on vierastanut sekä oikeusideologisista että praktisista näytön arviointiin liittyvistä syistä ajatusta, että syyttäjä voisi syyteharkinnassaan tuomioistuimen tavoin kumota syyttömyysolettaman. Hän pitää ihmis- ja perusoikeusajattelun sekä rikosprosessuaalisen työnjaon kannalta selvempänä, että syyttömyysolettaman kumoamisesta puhutaan vain tuomitsemisen yhteydessä, silloin kun ”syyllisyys on laillisesti näytetty toteen”. Jonkka, Jaakko, Syyttäjänrooli ja syytekynnyks s. 979 alav. 13, Defensor Legis 2003 s. 976–992. Myös Virolaisen mukaan syyteharkinta, jossa seuraamusluonteinen syyttämättä jättämispäätös tehdään, ei ole tuomitsemista, jossa ”syyllisyys näytettäisiin laillisesti toteen, ja jossa syyttäjä siten voisi tuomioistuimen tavoin ”kumota syyttömyysolettaman”. Ks. Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi, Rikosprosessin osalliset. Rikosprosessioikeus II. Porvoo 2004 s. 36–37.

⁶ Tällaista keskustelua on käyty ainakin korkeimman oikeuden syyttäjäpäivällä 24.1.2005.

mikä katsottiin voitavan saada aikaan kirjoittamalla lakiin mahdollisimman selkeät syyttämättä jättämisen perusteet, antamalla syyttämättä jätetylle mahdollisuus saattaa asia tuomioistuinkäsittelyyn ja määrittelemällä, millä perusteilla päätös syyttämättä jättämisestä saadaan peruuttaa.⁹

Esityksessä todettiin edelleen, että ”huomautuksen antamisella tähdennettäisiin syyttämättä jätetylle, että hän on *syyllystynyt moitittavaan tekoon*. Tällainen selvennys voi olla tarpeen erityisesti, kun päätös jättää syyttämättä koskee nuorta henkilöä. Syyttäjän pitäjä puhuttelu toimisi myös eräänlaisena varoituksena”.¹⁰

Syyllysyyskysymyksen tuomioistuinkäsittelyn mahdollisuutta perusteltiin kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen (SopS 8/76) määräyksillä, joista ”voidaan johtaa periaate, jonka mukaan *syyllyiseksi todetulla on oikeus vaatia asian käsittelyä tuomioistuimessa*”. Tämä mahdollisuus oli tarpeen, koska ”päätös jättää rikoksesta syyttämättä sisältää samalla toteamuksen siitä, että *henkilö on syyllystynyt rangaistavaan tekoon*”.¹¹

Sellainenkin toimenpiteistä luopumisen perusteisiin nojautuva syyttäjän ratkaisu, joka ei ole syyksilukeva, on tosin olemassa. Ratkaisun nimi on *päätös esitutinnan rajoittamisesta*.¹² Sen oikeusvaikutukset, tausta-ajatukset ja tavoitteet ovat osittain toisenlaiset juuri siksi, että ratkaisu ei ole syyksilukeva. Sen vuoksi myöskään syyllysyyskysymyksen tuomioistuinkäsittelyn mahdollisuutta ei liity esitutinnan rajoittamispäätökseen.

⁷ Ks. myös tämän artikkelin runkona käyttämäni kirjoitusta Jääskeläinen, Petri, Eräitä näkökohtia syyttömyysolettamasta ja syyttäjän roolista. Akkusastoori. Valtakunnansyyttäjänviraston viestejä syyttäjälaitokselle 3/2005 s. 4–8.

⁸ Tämä tapahtui 1.1.1942 voimaan tullella nuorista rikoksenteikijöistä annetulla lailla (262/1940). Todettakoon, että jo Honkasalon mukaan lain 2 §:n syyttämättä jättämistä koskeva päätös ”on katsottava sen seikan toteamiseksi, että tutkinnan alainen henkilö on päätöksessä mainitun rikoksen tehnyt. Hänen persoonallisuuskuvansa kuuluu siitä lähtien rikos, esim. varkaus, jolla saattaa olla merkitystä ei ainoastaan silloin, kun hän toistamiseen joutuu tekemisiin esivallan kanssa, vaan muutenkin elämässä.” Toimenpiteen edellytyksenä on ”täysi näytös” rikoksesta. Ks. Honkasalo, Brynolf, Nuoria lainrikkooja koskeva ehdotus s. 416, Defensor Legis 1951 s. 414–441.

⁹ Hallituksen esitys n:o 79/1989 vp. Eduskunnalle rikosoikeudellisista toimenpiteistä luopumista koskevien säännösten uudistamiseksi s. 8–9.

¹⁰ HE 79/1989 s. 17.

¹¹ HE 79/1989 s. 17.

¹² Esitutinnan rajoittamisesta on nykyisin säädetty esitutkintalain 4 §:n 3 momentissa (645/2003). Esitutkinnan rajoittaminen nojautuu odotettavissa olevaan seuraamusluonteiseen syyttämättä jättämiseen. Tätä kirjoitettaessa eduskunnan käsiteltävänä on hallituksen esitys HE 271/2004 vp, jossa esitutkinnan rajoittamismahdollisuus ehdotetaan laajennettavaksi myös tilanteisiin, joissa tutkinnan jatkamisesta aiheutuvat kustannukset olisivat selvässä epäsuhteessa tutkittavana olevan asian laatuun ja siitä odotettavissa olevaan seuraamukseen. Esitutkinnan rajoittaminen olisi mahdollista myös muilla kuin seuraamusluonteisen syyttämättä jättämisen perusteilla eli ei rikos, syyteioikeus vanhentunut, ei syyteioikeutta ja ei näyttöä -perusteilla. Eduskunnan lakivaliokunnalle 25.5.2005 antamassani lausunnossa olen suhtautunut ehdotukseen osin varauksellisesti ja osin torjuvasti.

De lege ferenda olisi tietenkin ajateltavissa, että syyttäjä tekisi pelkästään esitutkinnan rajoittamispäätöksen kaltaisia ei-syyksilukevia ratkaisuja. Itse en pitäisi sellaisen järjestelmän luomista rikosoikeuspoliittisesti perusteltuna. Ensinnäkin esitutkinnan rajoittaminen ei täytä rikosprosessin tehtävää oikeusriitojen lopettajana samalla tavoin kuin seuraamusluonteinen syyttämättä jättäminen. Syyttämättä jättämisessä virallinen syyttäjä osoittaa auktoritatiivisesti rikokseen syyllisen, kun taas esitutkinnan rajoittamisessa syyllisyyskysymys jää auki. Rikoksen asianomistaja ja ehkä sivullisetkin joissakin tilanteissa saattavat pitää sitä epätydyttävänä. Toiseksi, rikosoikeudellisen järjestelmän rajallisia moite-resursseja ei tulisi hukata. Seuraamusluonteiseen syyttämättäjättämISRatkaisuun sisältyvällä, mahdollisesti huomautuksella terästetyllä moitteella voi joissakin tilanteissa, esimerkiksi nuorten kohdalla, olla erityis- ja yleispreventiivistä merkitystä. Tämä moite ja paheksunta voi niin ikään joissakin tilanteissa tyydyttää asianomistajan ja sivullistenkin oikeudentuntoa ja siten tukea rikosoikeudellisen järjestelmän legitimoimisyttä.

Esitutkinnan rajoittamisen kaltaisilla ratkaisutyypeillä on etenkin prosessitaloudellisista syistä oma paikkansa rikosoikeudellisessa järjestelmässä, mutta ne eivät voi kokonaan korvata seuraamusluonteista syyttämättä jättämistä.

VOIKO SYYTTÄJÄ KUMOTA SYYTTÖMYYSOLETTAMAN?

Kysymys syyttömyysolettaman kumoamisesta on hivenen kiinnostavampi kuin edellinen, koska ilmaisu ei ole käytetty laissa tai esitöissä eikä havaintojeni mukaan myöskään Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä. Kysymys on siis oikeuskirjallisuudessa omaksutusta ilmaisusta.¹³ Mitä se tarkoittaa?

Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 6 artiklaan ja Suomen perustuslain 21 §:ään sisältyvän syyttömyysolettaman mukaan jokaista rikoksesta syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen.

Syyttömyysolettama on itsessään periaate, johon nojautuvat monet syyttömän suojaamiseen tähtäävät oikeusturvatakeet.¹⁴ Sen sijaan syyttömyysolettaman ku-

¹³ En ole tutkinut, kuka tätä syyttömyysolettaman käsitteestä mielestäni itsestään seuraavaa ilmaisu on ensimmäisenä käyttänyt. Träskmanin kirjoituksissa se on esiintynyt ainakin jo vuonna 1991, ks. jäljempänä alav. 25.

¹⁴ Syyttömyysolettama edellyttää muun muassa, että (1) tuomioistuimella ei ole ennakkokäsitystä epäillyn syyllisyydestä. Ennakkokäsitys voi paitsi todella vaikuttaa jutun lopputulokseen, myös antaa syytetylle ja yleisölle kuvan, että asian lopputulos on päätetty ennakkoon. Tältä osin syyttö-

moaminen on joko–tai-ratkaisu. Jos syyttömyysolettamaa ei ole kumottu, epäiltyä on pidettävä syyttömänä. Mitään välimuotoa ei ole. Syyttömyysolettamaa ei voi kumota osittain tai vähän.

Jos seuraamusluonteinen syyttämättäjättämispäätös (ssjp) ei kumoaisi syyttömyysolettamaa, epäiltyä olisi siis pidettävä yksiselitteisesti syyttömänä. Kuinka syyttömän syyksi voitaisiin lukea rikos, osoittaa moitetta ja vielä ryydittää ratkaisua suullisella huomautuksella? Saati määrätä syyttömälle sakkorangaistus ja menettämisseuraamus rangaistusmääräyksellä?

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on hyväksynyt vähäisten rikosasioiden käsittelyn tuomioistuinten ulkopuolella muun muassa sillä edellytyksellä, että epäillyllä on ollut mahdollisuus saada asia kaikki EIS 6 artiklan oikeusturvatakeet täyttävässä menettelyssä käsiteltäväksi.¹⁵ Tämä ilmenee esimerkiksi Öztürk-tapauksesta:

Having regard to the large number of minor offences, notably in the sphere of road traffic, a Contracting State may have good cause for relieving its courts of the task of their prosecution and punishment. Conferring the prosecution and punishment of minor offences on administrative authorities is not inconsistent with the Convention provided that the person concerned is enabled to take any decision thus made against him before a tribunal that does offer the guarantees of Article 6.¹⁶

Syyttömyysolettaman kumoaminen syyttäjän päätöksenteossa edellyttää siis, että syytetty on luopunut oikeudestaan kaikki 6 artiklan oikeusturvatakeet täyttävään oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. EIS:n valvontaorganien tulkintakäytännön mukaan sen menettelyn, johon syytetyllä on mahdollisuus saattaa asia, tulee täyttää seuraavat ehdot: (1) instanssin on oltava toimivaltainen tutkimaan sekä tosiasia- että oikeuskysymykset, (2) ottamaan vastaan todisteita sekä (3) järjestämään suullinen käsittely, jossa (4) syytetyllä on oikeus tulla henkilökohtaisesti kuulluksi. Lisäksi tuosta menettelystä luopumisen pätevyyden ehtona on, että (1) valitusaika ei ole liian lyhyt, (2) luopuminen ilmenee yksiselitteises-

myysolettama pyrkii takaamaan, että asia ratkaistaan vasta koko kertyneen prosessimateriaalin perusteella ja viime kädessä kysymys on siitä, että (2) tuomioistuimen on parhaan kykynsä mukaan pyrittävä aineellisesti oikeaan ratkaisuun. Syyttömyysolettama edellyttää, että (3) todistustaakka on syyttäjällä ja (4) näyttökysymyksiä koskeva epävarmuus luetaan syytetyn eduksi. Syyttömyysolettamaan kuuluu myös (5) epäillyn oikeus valmistella puolustustaan ja esittää vastanäytettä. Toisaalta, kun todistustaakka on syyttäjällä, epäillyllä on myös oikeus pysytellä passiivisena, mikä sisältää (6) oikeuden olla todistamatta itseään vastaan ja (7) oikeuden olla vaiti. Ks. Jääskeläinen 1997 s. 205–211 ja siellä mainitut lähteet.

¹⁵ Kun EIT:n valvontaorganien tulkintakäytännössä on hyväksytty rikosasian ratkaiseminen myös muussa kuin EIS 6 artiklan oikeusturvatakeet täyttävässä menettelyssä, täytyy myös syyttömyysolettaman kumoamisen olla tuossa menettelyssä mahdollista.

¹⁶ *Öztürk judgment of 21 February 1984, Series A no. 73, kohta 56.*

ti, (3) syytetty ymmärtää luopumisen seuraukset ja (4) luopuminen on vapaaehtoista.¹⁷

Kun valtion viranomaisen taholta tapahtuva rikoksen syyksilukeminen tapahtuu kansallisen lainsäädännön mukaisesti ja ihmisoikeussopimuksen hyväksymällä tavalla, syyttömyysolettama on tullut kumotuksi. Epäiltyä ei toisin sanoen ole enää pidettävä syyttömänä.

MILLÄ EDELLYTYKSILLÄ SYYTTÄJÄ VOI KUMOTA SYYTTÖMYYSOLETTAMAN?

Mikä syyttömyysolettaman kumoavassa, syyttäjän langettavassa päätöksenteossa on ongelmallista? Miksei syyttäjä voisi yleisemminkin tehdä syyksilukevia ratkaisuja ja päättää rikosten seuraamuksista?

Ongelma on ensinnäkin siinä, että syyttäjän päätöksenteossa ei aina voida saavuttaa samaa yksilön oikeusturvan tasoa kuin tuomioistuimessa. Toiseksi syyttäjän päätöksenteko ei täytä rikosprosessin legitimoititehtävää samalla tavalla kuin tuomioistuinprosessi.¹⁸ Kolmanneksi, oikeuskäytännön tulisi muotoutua tuomioistuimissa, viime kädessä korkeimmassa oikeudessa.¹⁹

Kun tuomiovaltaa siirretään syyttäjälle, luovutaan tärkeistä perustuslain tuomiovallan käyttöä koskevista periaatteista, perus- ja ihmisoikeusnormien edellyttämistä oikeusturvatakeista sekä tuomio-oikeellisuutta ja rikosprosessin legitimoititehtävää edistävistä rikosprosessuaalisista periaatteista.

Näyttökysymysten selvyysvaatimus

a. Jos väärän langettavan ratkaisun mahdollisuus syyttäjän päätöksenteossa olisi suurempi kuin se olisi samassa asiassa tuomioistuimessa, tuomiovallan siirtäminen syyttäjälle merkitsisi edellä mainittujen periaatteiden ja normien sekä niiden

¹⁷ Jääskeläinen 1997 s. 204–205 siellä mainittuine lähteineen.

¹⁸ Kun oikeudenkäynnissä tuomio-oikeellisuus saavutetaan akkusatorisessa, kontradiktorisessa, suullisuus-, välittömyys- ja keskitysperiaatteiden mukaisesti järjestetyssä prosessissa, syyttäjän päätöksentekomenettelystä puuttuvat nämä aineellisesti oikeaan lopputulokseen pääsemistä edistävät menettelylliset takeet. Vastaavasti syyttäjän päätöksentekomenettelystä puuttuvat ihmisten luottamusta lainkäyttöä kohtaan edistävät, prosessuaalisen oikeudenmukaisuuden takeina olevat, menettelyn ja lopputuloksen legitimoivat prosessiperiaatteet. Syyttäjällä ei myöskään *ratkaisuelimenä* ole tuomioistuinta vastaavaa riippumattoman ja objektiivisesti puolueettoman, viimekätisen ratkaisuelimen asemaa, joka legitimoisi lopputulosta. Ks. Jääskeläinen 1997 s. 143–163, erit. yhteenveto s. 161–163.

¹⁹ Syyttäjän päätöksenteosta perustuslain tuomiovallan käyttöä koskevien normien kannalta ks. *ibid.* s. 163–173.

taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden, erityisesti syyttömän suojaamisen, konkreettista loukkaamista. Jotta näin ei olisi, syyttäjän langettavan ratkaisun näyttövaatimuksen on oltava *sama* kuin se olisi *samassa asiassa* tuomioistuimessa.

Tämä näyttövaatimus voidaan johtaa myös syyttömyysolettamasta seuraavasti.²⁰

- I. Jokaista rikoksesta syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen (syyttömyysolettama).
- II. Syyttömyysolettaman kumoaminen edellyttää säännönmukaisesti, että (1) asia on käsitelty kaikki EIS 6 artiklan ja PL 21 §:n mukaiset oikeusturvakeet täyttävässä menettelyssä ja (2) sanotussa menettelyssä saatu näyttö rikoksesta ylittää tuomitsemiskynnyksen.
- III. Syyttömyysolettaman kumoaminen syyttäjän päätöksenteossa on sallittu vain siinä tapauksessa, että syytetty on luopunut oikeudestaan oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.
- IV. Jos syytetty luopuu oikeudestaan oikeudenkäyntiin, hän luopuu tuomioistuinmenettelylle ominaisista oikeusturvakeista (II 1), mutta hän ei luovu syyttömyysolettaman kumoamisen ehtona olevasta näyttövaatimuksesta (II 2).
- V. Syyttömyysolettaman kumoaminen syyttäjän päätöksenteossa edellyttää siis näyttöä, joka ylittää tuomitsemiskynnyksen.

Tuomioistuinkäsittelylle ominaisista oikeusturvakeista luovuttuaankin syytettyä on siis pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyydestään on esitetty tuomitsemiskynnyksen ylittävä näyttö.

b. Mutta voidaananko syyttäjän kirjalliseen materiaaliin perustuvassa näytön arvioinnissa ylipäätään saavuttaa samaa varmuutta kuin tuomioistuinprosessissa?

On selvää, että kaikissa tapauksissa ei voida. Asianosaisten ja todistajien läsnäollessa tapahtuva suullinen ja välitön tuomioistuinkäsittely johtaa rikkaampaan prosessimateriaaliin ja tarjoaa paremmat edellytykset näytön arvioinnille kuin syyttäjän kirjallisessa päätöksentekomenettelyssä on mahdollista saavuttaa. Mutta tämä ei ole peruste syyttäjän näyttövaatimuksen alentamiselle, vaan se merkitsee *rajoitusta* syyttäjän ratkaisuvallan alaan: syyttäjä voi tehdä syyttömyysolettaman kumoavan ratkaisun vain sellaisissa tapauksissa, joissa voidaan saavuttaa sama näyttövaatimus kuin tuomioistuin *samassa asiassa* edellyttäisi langettavalta ratkaisulta.

Tämä näyttövaatimus voidaan saavuttaa silloin, kun tuomioistuimen päätöksentekotilanne on samanlainen tai lähellä syyttäjän päätöksentekotilannetta. Tuomioistuimen päätöksentekotilanne on rinnasteinen syyttäjän päätöksente-

²⁰ Ks. tarkemmin *ibid.* s. 229–232.

koon silloin, kun tuomioistuin ratkaisee jutun asianosaisten poissa ollessa pelkän esitutkinta- ja muun asiakirja-aineiston perusteella. Näin tapahtuisi ehdotetussa kirjallisessa menettelyssä.²¹ Jo pelkästään syytetyn poissaolo tuomioistuinkäsittelystä merkitsee asian selvittämisen mahdollisuuden merkittävää kaventumista: dynaaminen prosessi muuttuu staattisemmaksi, kun asianosaiset eivät voi välittömästi reagoida toistensa ja todistajien kertomuksiin ja muuhun oikeudenkäynnissä esille tulevaan näyttöön.

Esillä olevan näyttövaatimuksen yhteys poissaolokäsittelyyn on seuraava: Syyttömyysolettaman kumoaminen syyttäjän päätöksenteossa voidaan hyväksyä vain silloin, kun *sama asia* voitaisiin tuomioistuimessa ratkaista langettavalla tuomiolla syytetyn poissaolosta huolimatta. Jos näet asiaa ei voida ilman epäilyln läsnäoloa selvittää tuomioistuimessa, sitä ei voida selvittää vaadittavalla varmuudella myöskään syyttäjän päätöksenteossa.

Näyttövaatimuksen rinnasteisuus edellyttää, että syyttäjän käytettävissä oleva selvitys on yhtä laaja kuin tuomioistuin poissaolokäsittelyssä langettavalta tuomiolta edellyttäisi²² eikä selvitys poissaolokäsittelyssä ennalta arvattavasti rikastuisi syytetyn eduksi.²³

Käytännössä tämä näyttövaatimus rajaa syyttäjän langettavan päätöksenteon asioihin, joissa syyllisyyskysymys on selvä. Näin on yleensä silloin, kun epäilty

²¹ Ks. HE 271/2005 vp. Ehdotetun kirjallisen menettelyn edellytyksenä olisi muun muassa, että vastaaja tunnustaa syytteessä kuvatun teon ja suostuu asian ratkaisemiseen kirjallisessa menettelyssä. Tämä ei tarkoittaisi disponointia syyllisyyskysymyksestä, vaan tuomioistuimen ratkaisun tulisi perustua jutun materiaaliseen tutkintaan.

²² Ruotsin poissaolokäsittelyä koskevassa väitöskirjatutkimuksessaan Diesen on osoittanut, että langettavan tuomion yhteydessä käytännössä hyväksytty epävarmuuden vaihtelu erilaisissa rikostapauksissa voidaan selittää joko niin, että tuomitsemiseen vaadittava todennäköisyys epäillyn syyllisyydestä vaihtelee, tai sitten niin, että tuomitsemiskynnys on aina sama, mutta langettavan tuomion pohjaksi edellytettävän selvityksen laajuus vaihtelee erilaisissa rikostapauksissa. Selitysmalli riippuu näytön arvioinnissa käytettävästä metodista. Ensin mainitun lähestymistavan taustalla on jokin todennäköisyysajatteluun perustuva metodi, kun taas jälkimmäinen malli liittyy Diesenin puoltamaan vaihtoehtoisten hypoteesien poissuljentaan perustuvaan hypoteesimetodiin. Ks. Diesen, Christian, Utevarohandläggning och bevisprövning i brottmål. Stockholm 1993. – Paitsi että hypoteesimetodi vastannee käytännön päätösheuristiikkaa, se soveltuu erityisen hyvin syyttäjän näytön arvioinnin teoreettiseen tarkasteluun, koska syyttäjän päätöksenteossa ongelmana on (eritoten rangaistusmääräysmenettelyssä) selvityksen suppeus ja staattisuus.

²³ Tuomioistuimessa ei pääsääntöisesti saa käyttää todisteena kirjallisia, esitutkinnassa annettuja todistajankertomuksia. Kun syyttäjän päätöksentekoa tällainen todistajan esitutkintakertomuksen hyödyntämiskielto ei koske, on tietyin ehdoin hyväksyttävä asian ratkaiseminen syyttäjän päätöksenteossa siinäkin tapauksessa, että tuomioistuin edellyttäisi poissaolokäsittelyssä todistajan kuulemistä. Ehtona on tällöin se, että prosessimateriaalin rikastuminen syytetyn eduksi ei ole ennalta arvattavissa. Syyttäjän on toisin sanoen voitava lähteä siitä olettamuksesta, että suullisen todistelun sisältö vastaisi esitutkinnassa annettuja kertomuksia. Tekstissä esitetyn näyttövaatimuksen konkretisoinnista tarkemmin ks. Jääskeläinen 1997 s. 239–253.

on tunnustanut rikoksen tai kiistäminen voidaan kirjallisen aineiston perusteella todeta selvästi perusteettomaksi.²⁴

c. Esitän tämän *näyttökysymysten selvyysvaatimuksen* tueksi vielä eräitä argumentteja tiivistettynä:

1. Päätöksentekoeelin tai menettely ei määrää näyttövaatimusta, vaan näyttövaatimus määrää sen, missä päätöksentekoeleimessä ja missä menettelyssä tietty asia voidaan ratkaista (vrt. rangaistusmääräysmenettely / tuomioistuimen ehdotettu kirjallinen menettely / poissaolokäsittely / täysimittainen pääkäsittely).
2. Jos ssjp:n näyttökynnys olisi esimerkiksi syytekynnyksen tasolla, se tarkoittaisi sitä, että epäilty on ”todennäköisesti syyllinen”. Rikosprosessia *jatkavan ratkaisun*, kuten pidättämisen, vangitsemisen tai syytteen nostamisen näyttövaatimus voikin olla alhaisempi, mutta sellainen rikosprosessin *päätävä ratkaisu*, että epäilty on ”todennäköisesti syyllinen” ei ole mahdollinen. Epäilty on joko syyllinen tai syytön, mitään välimuotoa ei ole eikä saa olla.
3. Syyllisyyskysymyksen tuomioistuinkäsittely on *kontrollikeino* sille, että syyttömyysolettaman kumoamisen edellytykset ovat olleet olemassa. Ssjp:n ja tuomioistuinkäsittelyn välinen yhteys juuri edellyttää samaa näyttövaatimusta.²⁵ Muuallakaan muutoksenhaku- ja kontrollijärjestelmien piirissä tilanne ei ole sellainen, että alempi viranomainen soveltaisi erilaisia päätöksentekokriteereitä kuin ylempi, jonka tutkittavaksi ratkaisun oikeellisuus voidaan saattaa.
4. Henkilökohtaisen vapauden turva on Suomen perustuslain 7.3 §:ssä liitetty tuomioistuimenmenettelyn antamiin oikeusturvatakeisiin ja sen vuoksi ”rangaistuksen, joka sisältää vapaudenmenetyksen, määrää tuomioistuin”. *Ran-*

²⁴ Esimerkiksi rangaistusmääräysmenettelyssä näyttövaatimusta voi karkeasti konkretisoida seuraavasti. Rangaistusmääräysmenettelyn soveltamisalaan kuuluvissa vähäisissä rikoksissa langetta-
vaan tuomioon tuomioistuimessa riittää käytännössä se, että epäilty on tunnustanut rikoksen eikä
asiassa ole ilmennyt mitään sellaista, joka olisi ristiriidassa tunnustuksen kanssa. Näin ollen myös
syyttäjä voi vastaavin edellytyksin antaa rangaistusmääräyksen. Jos sen sijaan epäilty on kiistänyt
rikoksen, tuomioistuin edellyttäisi langettavan tuomion pohjaksi sellaista selvitystä, jonka nojalla
kiistämisen peruste voidaan sulkea varteenotettavan epäilyn ulkopuolelle. Näin ollen myös syyttä-
jän on edellytettävä vastaavanlaista selvitystä, jos epäilty on kiistänyt rangaistusvaatimuksessa
tarkoitettua rikoksen. Se, että epäilty ei ole vastustanut rangaistusvaatimusta, ei ole näyttöä rikok-
sesta.

²⁵ Kuten Träskman on todennut: ”Den misstänkte personen har ju numera möjlighet att kräva att
allmän åklagare väcker en fastställsetalan om att avgörandet var riktigt. Eftersom en för brott
misstänkt person inte rättsligt sett kan ha rätt att få något annat fastställt än att han/hon är oskyldigt
till det brott som han/hon har misstänkts för, måste åklagaren i detta fall primärt yrka på att få det
fastställt att det fanns en så stark bevisning om hans/hennes skuld att denna omkullkastade oskyl-
dighetspresumtionen. Samma bevisning som för fällande dom skall därför krävas för åtgärdsef-
tergift: i annat fall kan ju inte presumptionen om den misstänktes oskyldighet utplånas legalt.” Ks.
P. O. Träskman, Rättegången i brottmål och bestraffning av brott samt EMRK, s. 123, Oikeus
1991:2, s. 108–126.

gaistusmääräykseen perustuvan muuntorangaistuksen määrääminen tuomioistuimessa täyttää vain näennäisesti perustuslain vaatimuksen, koska tuomioistuinkäsittelylle ominaisten oikeusturvatakeiden tulisi olla käytössä siinä menettelyssä, jossa syyllisyyskysymys ratkaistaan, eikä vain kaavamaaisessa muuntorangaistusmenettelyssä.

Jos väärän (syyttömälle langetetun) sakkorangaistuksen mahdollisuuden sallittaisiin olevan syyttäjän päätöksenteossa suurempi kuin tuomioistuimessa, myös muuntorangaistukseen perustuvan väärän vapaudenriiston mahdollisuus olisi suurempi ja siten henkilökohtaisen vapauden turva huomponpi kuin perustuslaki edellyttää.

Rangaistusmääräysmenettelyssä näyttövaatimuksen yhtäläisyys on siis perustuslain edellyttämää.

Voitaisiinko ajatella, että näyttövaatimuksen yhtäläisyys koskisi vain rangaistusmääräyksen (RM) antamista, mutta ei syyttäjän toimenpiteistä luopumISRatkaisua?

Tämä merkitSisi, että jossakin tilanteessa syyttäjä voisi tehdä seuraamusluonteisen RM:n antamattajättämis päätöksen, mutta ei voisi antaa RM:stä samassa asiassa.²⁶ Tilanne olisi omituinen. Syyttömyysolettaman kumoamisen yksi merkitys on juuri siinä, että sen jälkeen tie rangaistuksen määräämiselle on avoin.²⁷

Voitaisiinko sitten ajatella, että näyttövaatimus koskisi rangaistusmääräysmenettelyssä tehtäviä syyttömyysolettaman kumoavia ratkaisuja, mutta ei ”normaalia” ssjp:tä?

Tilanne olisi vielä omituisempi. Prosessimuoto, joka voi määräytyä sattumanvaraisesti tai esimerkiksi asianomistajan kannanoton mukaan, määräisi näyttövaatimuksen.

5. Se, määrätäänkö konkreettSissa yksittäistapauksessa rangaistusta, ei vaikuta syyttömyysolettaman kumoamisen ehtoihin tuossa asiassa. Epäselvää näyttöä ei tietenkään voida kompensoida määräämällä lievämpi rangaistus tai jättämällä se seuraamusluonteisesti määräämättä.

Oikeuskysymysten selvyysvaatimus

Otan vielä lyhyesti esille oikeuskysymysten ratkaisemiseen liittyvät ongelmat.²⁸ Pulmat oikeuskysymysten ratkaisemisessa syyttäjän langettavassa päätöksenteossa ovat seuraavat:

²⁶ Seuraamusluonteisesta RM:n antamatta jättämisestä on säädetty rangaistusmääräysmenettelyssä annetun lain (692/1993) 11 §:n 2 momentissa. Ratkaisutyypistä ja sen eroista seuraamusluonteiseen syyttämättä jättämiseen verrattuna ks. Jääskeläinen 1997 s. 373–376.

²⁷ Seuraamusluonteisen RM:n antamatta jättämisen yhteinen piirre tuomitsematta jättämiseen on siinä, että molemmissa tapauksissa *samalla viranomaisella* on valta päättää rangaistuksen määräämisestä tai määräämättä jättämisestä. Näin ei ole asianlaita seuraamusluonteisessa syyttämättä jättämisessä. Ks. *ibid.* s. 375.

²⁸ Laajemmin ks. Jääskeläinen 1997 s. 254–258.

1) Oikeuskäytännön tulee muotoutua tuomioistuimissa.

2) Oikeuskysymysten osalta epäillyllä ei aina ole edellytyksiä arvioida, miten hänen menettelyään on rikosoikeudellisesti arvosteltava. Tämän vuoksi hän voi tunnustaa rikoksen, vaikka siihen ei rangaistavuuden edellytysten puolesta olisi-kaan perusteita tai hän voi hyväksyä (olla kiistämättä) vaaditun seuraamuksen, vaikka rangaistuksen määrääminen olisi jossakin suhteessa virheellistä tai oikeuskäytännön vastaista.

Jos asia on *syyttäjänkin mielestä* teon rangaistavuuteen tai rangaistuksen määräämiseen liittyvien oikeuskysymysten osalta epäselvä, asia on niin tuomioval-
lan käyttöä koskevien periaatteiden kuin epäillyn oikeusturvan takia saatettava
tuomioistuimen ratkaistavaksi.

ERÄIDEN KANNANOTTOJEN ARVIOINTIA

Olen väitöskirjassani arvioinut ennen sen valmistumista kirjallisuudessa esitetty-
jä kannanottoja seuraamusluonteisen syyttämättä jättämisen näyttövaatimukses-
ta.²⁹ Tämän vuoksi otan seuraavassa esille vain sen jälkeen esitettyjä havaitse-
miani kannanottoja.³⁰

Jokela näyttää olevan allekirjoittaneen kanssa melko samoilla linjoilla. Hän kannattaa oikeusturvasyistä ja aineellisen totuuden korostamiseksi täyden näy-
tön vaatimusta. Pienempi haitta on sittenkin se, että syyttäjä epävarmassa rajata-
pauksessa asian selvittämiseksi vie asian tuomioistuimeen, kuin että hän seuraa-
musluonteisella syyttämättä jättämistä koskevalla päätöksellä vahvistaa epäillyn
syyllistyneen kyseiseen tekoon. Lisäksi syyttäjä voi tällaisessa tapauksessa eh-
dottaa tuomioistuimelle syytetyn jättämistä rangaistukseen tuomitsematta. Toi-
saalta Jokelan mukaan on myönnettävä, ettei syyttäjä aina voi perustaa ratkai-
suun yhtä luotettavaan näyttöön kuin tuomioistuin, jossa todistajia kuullaan
suullisesti. Sen vuoksi riittävänä on pidettävä, että syyttäjä käytettävissään ole-
van aineiston perusteella tulee vakuuttuneeksi epäillyn syyllisyydestä. Tällöin
syytetyn oikeusturvaa täydentää se, että hän halutessaan voi saattaa syyllisyys-
kysymyksen tuomioistuimen ratkaistavaksi.³¹ – Tämän johdosta tyydyn vain
viittaamaan edellä s. 89–91 kohdissa *b.* ja *c.* 3. lausumaani.

Virolainen katsoo, että seuraamusluonteiseen syyttämättä jättämispäätökseen
ei vaadita tuomitsemiskynnyksen ylittävää näyttöä, vaan syytekynnystä vastaava

²⁹ Ks. *ibid.* s. 225–229 ja 232–237.

³⁰ Keskustelua tosin vaikeuttaa se, että kannanotot ovat osin niukasti perusteltuja, saati että niissä olisi arvioitu edellä esittämiäni, väitöskirjastani luettavissa olleita argumentteja.

³¹ *Jokela, Antti, Oikeudenkäynti II, Helsinki 2002 s. 215.*

näyttö (todennäköiset syyt) riittää. Tämän kannanoton perustelut jäävät kuitenkin epäselviksi. Virolainen on tosin samassa yhteydessä viitannut siihen, että seuraamusluonteinen syyttämättä jättäminen tehdään syyteharkinnassa, joka ei ole tuomitsemista ja jossa ei voida tuomioistuimen tavoin kumota syyttömysolettamaa (vrt. edellä s. 86–88). Lisäksi hän on todennut, että rikosprosessin kokonaisuutta ajatellen syyttäjä on tutkintaviranomainen, ei tuomiovaltaa käyttävä viranomainen. – Kun syyttäjälle on nimenomaisesti annettu valta tehdä rikoksen syyksilukevia, syyttömysolettaman kumoavia ratkaisuja sekä seuraamusluonteisessa syyttämättä jättämisessä että rangaistusmääräysmenettelyssä, en usko Virolaisen tarkoittavan johtaa niitä koskevaa näyttövaatimusta siitä, mikä syyttäjän rooli mahdollisesti *yleensä* on rikosprosessin kokonaisuudessa tai minkälaista syyteharkinta on *yleensä* luonteeltaan.³²

Jonkka asettaa näyttövaatimuksen edelleen syytekynnyksen tasolle. Hänen kantansa perustuu kolmeen seikkaan: a) Laissa ei ole ssjp:tä varten mitään erillistä näyttökynnystä, eikä sellaista voida johtaa lain esitöistäkään. b) Ssjp-perusteiden käyttöala supistuisi olennaisesti, jos sille asetettaisiin näyttöä koskeva lisäedellytys; syyttäjän päätösvaihtoehdot eivät olisi tasapainossa, jos syyttäjä voisi nostaa syytteen, mutta ei tehdä ssjp:tä muutoin kuin ”täyden näytön” ollessa käsillä. c) Kolmas syy on sekä praktinen että samalla todistusteoreettinen: syyteharkintavaiheessa ei kirjallisen ja välillisen arvioinnin vuoksi voida edes odottaa saatavan tuomitsemiseen vaadittavan näytön tasoa. Tosiasiassa on tyydyttävä siihen näytön tasoon, joka kirjallisen aineiston arvioinnin kautta on ylipäänsä mahdollista saavuttaa.³³

Jonkka on jo väitöskirjassaan esittänyt samat argumentit³⁴, joita puolestani olen jo kommentoinut omassa väitöskirjassani.³⁵ Toistan vasta-argumenttini vielä tässä lyhyesti.

(a) EIS 6(2) artikla ja PL 21 § sisältävät normin, jonka mukaan syyttömysolettaman kumoaminen edellyttää tuomitsemiskynnyksen ylittävää näyttöä. Normin mukaan näyttövaatimus syyttömysolettaman kumoamiselle on siis *sama* syyttäjän ja tuomioistuimen päätöksenteossa (ks. edellä s. 88–89 kohta *a*). Tämän normin olemassaolo ei riipu siitä, hyväksytäänkö syyttömysolettama tuomitsemiskynnysnormiksi ja mikä on tuon kynnyksen korkeus.³⁶ (b) Rikosprosessin päättävä, syyttömysolettaman kumoava ratkaisu ja siihen *tähtäävä* rikos-

³² Virolainen – Pölönen 2004 s. 35–37. Mahdollisesti Virolainen nojautuu mts. 37 alav. 33 viittaamisissaan lähteissä esitettyihin perusteluihin.

³³ *Jonkka, Jaakko*, Seuraamusluonteisesta syyttämättä jättämisestä väkivaltarikoksissa s. 478, *Defensor Legis* 2003 s. 467–480.

³⁴ *Jonkka, Jaakko*, Syytekynnyks. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. *Vammala* 1991, s. 292–296.

³⁵ *Jääskeläinen* 1997 s. 232–237.

³⁶ Ks. tarkemmin *ibid.* s. 211–216 ja 232.

prosessia jatkava ratkaisu eivät ole sellaisia vaihtoehtoja, joiden välillä tulisi vallita tasapaino siinä mielessä, että ratkaisu niiden välillä olisi voitava tehdä syyttämättä jättämisen perusteiden mukaisilla kriteereillä. Vain siinä tapauksessa, että näyttö epäillyn syyllisyydestä ylittää tuomitsemiskynnyksen, syyttäjällä on todellinen valintatilanne rangaistuksen käytön ja sen käytöstä luopumisen välillä ja vain tällöin ratkaisu niiden välillä voidaan tehdä syyttämättä jättämisen perusteiden mukaisilla kriteereillä.³⁷ (c) On selvää, että syyttäjän kirjalliseen materiaaliin perustuvassa näytön arvioinnissa ei aina voida saavuttaa samaa varmuutta kuin tuomioistuinprosessissa. Mutta, kuten edellä olen todennut, tämä ei ole *peruste* syyttäjän näyttövaatimuksen alentamiselle, vaan se merkitsee *rajoitusta* syyttäjän ratkaisuvallan alaan: syyttäjä voi tehdä syyttömyysolettaman kumoavan ratkaisun vain sellaisissa tapauksissa, joissa voidaan saavuttaa sama näyttövaatimus kuin tuomioistuin *samassa asiassa* edellyttäisi langettavalta ratkaisulta (ks. edellä s. 89–91 kohta *b.*). Tämä on syyttäjän päätöksenteossa tapahtuvan syyttömyysolettaman kumoamisen ehtojen yksi kulmakivi.

Tolvanen on tosin katsonut, ”ettei syyttäjä voi hänen käytettävissään olevan materiaalin laadun perusteella *koskaan* (kurs. tässä) päätyä ratkaisuun, jossa syyttömyys suljettaisiin pois samanlaisella varmuudella kuin tuomioistuimen päätöksessä.”³⁸ Näin asia ei kuitenkaan ole. Tuomioistuimissa tehdään päivittäin lukuisia langettavia ratkaisuja poissaolokäsittelyissä, joissa kukaan asianosaisista ei ole paikalla ja joissa ei kuulla ketään. Näissä tilanteissa tuomioistuimen ratkaisu perustuu samaan staattiseen esitutkinta-aineistoon, joka syyttäjällä on syyteharkinnassa ollut käytettävissä, eikä tuo aineisto näytön osalta millään tavalla rikastu tuomioistuimessa.³⁹

³⁷ Syytteen nostaminen voi olla toimenpiteistä luopumisinstituution tavoitteiden kannalta epätarkoituksenmukaista, jos säännösten aineelliset soveltamisedellytykset ovat käsillä, mutta näyttövaatimus ei täyty. Tällaisten tilanteiden välttämiseksi on kuitenkin olemassa ratkaisu: esitutkinnan rajoittaminen. Ruotsissa esitutkinnan rajoittamisen käyttöä onkin perusteltu paitsi prosessitaloudellisilla syillä, myös seuraavasti: ”Till detta kommer att åtalsunderlåtelse efter en fullständig förundersökning i vissa fall inte kan meddelas på den grunden att skuldfrågan inte är klarlagt, till exempel till följd av att den misstänkte förnekar. Åklagaren är i sådant fall skyldig att åtala om han anser sig kunna styrka brott, trots att förutsättningar kan ha förelegat att i ett tidigare skede besluta om nedläggande av förundersökningen.” Ett reformerat åklagarväsende. Betänkande av Åklagarutredningen -90. SOU 1992:61 s. 153. – Todettakoon, että asettamani näyttövaatimus ei käytännössä aina edellytä syytteen nostamista puheena olevassa tilanteessa. Näyttövaatimus voi antaa syyttäjälle aiheen *hankkia lisäselvitystä*, joka voi joko poistaa varteenotettavan epäilyn syyllisyydestä tai sitten osoittaa, ettei edes syytteen nostamiseen ole perusteita.

³⁸ Tolvanen, Matti, Syyttäjän ratkaisut, asiaesittely ja todistusteemat s. 357. Defensor Legis 2003 s. 347–362.

³⁹ Näissä tapauksissa tuomioistuimen päätöksen pohjana oleva selvitys voi olla jopa suppeampi kuin syyttäjällä, koska laillista oikeudenkäyntiaineistoa on vain se, joka pääkäsittelyssä on esitetty eikä esitutkintapöytäkirjassa olevia kirjallisia todistajankertomuksia voida tuomioistuimessa hyödyntää lainkaan, päinvastoin kuin syyttäjän harkinnassa.

Tolvasen mielestä ssjp:n todennäköisten syiden näyttövaatimus ilmenee lais-
ta. Hän toteaa, että oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (ROL) 1 luvun
6 §:n mukaan syyttäjän on nostettava syyte, kun syyllisyyden tueksi on esitettä-
vissä todennäköisiä syitä. Saman luvun 7 ja 8 §:n mukaan syyttäjä saa kuitenkin
jättää syytteen nostamatta laissa erikseen säädetyillä perusteilla. Laki on Tolva-
sen mielestä selkeästi sillä kannalla, että todennäköisten syiden ollessa käsillä
vaihtoehtoina on syyttäminen tai syyttämättä jättäminen seuraamusluonteisella
perusteella.

Tämän johdosta totean, että ROL 1:6 ilmaisee paitsi syytekynnyksen, myös
rikosprosessioikeudellisen legaliteettiperiaatteen (syytepakkoperiaatteen): syyt-
täjän on *nostettava* syyte, kun syytekynnys ylittyy. ROL 1:7 ja 8 puolestaan ovat
ilmauksia rikosprosessioikeudellisesta opportunitetiiperaatteesta (syyteharkin-
taperiaatteesta). Nämä säännökset ilmaisevat ne rangaistusteoreettisiin ja rikos-
oikeuspoliittisiin syihin nojautuvat *aineelliset kriteerit*, joiden käsillä ollessa
syytepakkoperiaatteesta voidaan poiketa. Sen sijaan nämä säännökset eivät sano
mitään syyttömyysolettaman kumoamisen *näyttövaatimuksesta* (ks. myös edellä
Jonkan argumentti b) ja siihen esittämäni vasta-argumentti).

Kuten Jonkka on (muussa yhteydessä) todennut, näyttökynnykset ovat syyttö-
män suojan tärkein tae.⁴⁰ Rikosprosessin muilla oikeusturvatakeilla ei olisikaan
merkitystä, jos syyttömyysolettaman kumoamiseen riittäisi esimerkiksi, että ”on
syytä epäillä” rikosta.⁴¹ *Tolvanen* ja (ainakin Tolvasen tulkinnan mukaan) *Frände*
ovat kuitenkin kääntäneet korkean näyttövaatimuksen merkityksen seuraamus-
luonteisen syyttämättä jättämisen yhteydessä päälaelleen. Heidän mukaansa to-
dennäköisiä syitä on pidettävä riittävänä näyttönä juuri *epäillyn oikeusturvan*
vuoksi. Tämä johtuu siitä, että ssjp on epäillyn kannalta syytteen nostamista
edullisempi vaihtoehto. Tällöin näyttövaatimuksen tiukentaminen rajoittaisi
epäiltyä selvästi suosivan instituution soveltamista.⁴²

Totean aluksi, että peruskysymys harkittaessa näyttövaatimusta syyttömyys-
olettaman kumoamiselle syyttäjän päätöksenteossa on se, *voidaanko* kynnystä

⁴⁰ Jonkka, Jaakko, Näkökohtia näyttökynnyksistä s. 156, teoksessa *Matkalla pohjoiseen*. Profes-
sori Jyrki Virolaisen juhla-kirja 26.2.2003. Toim. Risto Haavisto. Rovaniemi 2003 s. 141–156.

⁴¹ Jääskeläinen 1997 s. 213.

⁴² Frände, Dan, *Finsk straffprocessrätt I*, Helsingfors 1999 s. 159 ja Tolvanen, Matti, DL 2003
s. 356–357. *Martikainen* on viitannut siihen, että tuomioistuimien ei välttämättä päädy tuomitsematta
jättämiseen samanlaisessa tapauksessa, jossa syyttäjä päätyisi syyttämättä jättämiseen, sillä syyttä-
jä voi prosessitaloudellisilla perusteilla soveltaa toimenpiteistä luopumista tosiasiallisesti tuomio-
istuinta laajemmin. Martikaisen mielestä käytännön näkökohdat puoltaisivat syytekynnyksen aset-
tamista ssjp:n näyttövaatimukseksi, mutta selvää kannanottoa hän ei esitä. Ks. Martikainen, Petri,
Syyttämättä jättämispäätösten perustelemisesta s. 320–321 alav. 6 edellä mainitussa professori
Jyrki Virolaisen juhla-kirjassa.

ylipäättään asettaa alemmaksi kuin tuomioistuimessa. Vasta kun tähän kysymykseen on voitu vastata myönteisesti, päästään pohtimaan sitä, mikä muu näyttövaatimus olisi tarkoituksenmukainen syyttäjän päätöksenteossa.

Kaikki edellisessä jaksossa esittämäni argumentit on siis voitava ensin torjua. Huolimatta niistä oikeusturva- ym. ongelmista, jotka *vääjäämättä* liittyvät tuomiovallan siirtämiseen syyttäjälle, voisimme siis *lisäksi* luopua tärkeimmästä syyttömän suojan takeesta eli tuomitsemiskynnyksen ylittävistä näyttövaatimuksesta. Syyttömyysolettaman kumoamisen näyttövaatimus tietystä konkreettisessa rikosasiassa saisi riippua siitä, mikä päätöksentekoeelin ratkaisun tekee tai missä menettelyssä ratkaisu tehdään. Rikosprosessi saisi päättyä sellaiseen ratkaisuun, että epäilty on ”todennäköisesti syyllinen”. Yhtäältä syyttäjä ja toisaalta tuomioistuin syyttäjän ratkaisun oikeellisuuden kontrollielimenä voisivat soveltaa samassa asiassa erilaisia päätöksentekokriteereitä. Myös ne rangaistusmääräysmenettelyyn liittyvät ongelmat ja epäjohtonmukaisuudet, joihin olen edellä viitannut, olisi voitava selittää parhain päin. Syyttömyysolettaman kumoamisen näyttövaatimus tietystä konkreettisessa rikosasiassa saisi riippua siitä, määrätäkö epäillylle myös rangaistus.

Siltä varalta, että olisin näissä argumenteissani erehtynyt, arvioin vielä ssjp:n ”edullisuutta” perusteena näyttövaatimuksen alentamiselle.

Jos *epäilty on syyllinen*, seuraamusluonteinen syyttämättä jättäminen on toki hänelle syytteen nostamista ja mahdollista rangaistuksen tuomitsemista edullisempi vaihtoehto. Koko instituutiossahan on kysymys siitä, että oikeudenkäynnistä ja rangaistuksen käytöstä voidaan tietyissä tilanteissa luopua ja siinä mielessä antaa teko anteeksi. Sen sijaan, jos epäilty tosiasialla *onkin syytön* (vaikka syytekynnys ylittyy), käsitys ratkaisun edullisuudesta näyttäytyy kokonaan toisessa valossa.

Kun asetamme syyttömyysolettaman kumoamisen näyttövaatimuksen syytekynnyksen sijasta tuomitsemiskynnyksen tasolle, kysymys on teoreettisesti juuri niiden syyttömien suojaamisesta, joiden osalta syytekynnys ylittyy, mutta tuomitsemiskynnys ei. Näissä tapauksissa syyte tulisi siis tuomioistuimessa hylätyksi. On tosin mahdollista, että tuomitsemiskynnyskin ylittyy, vaikka epäilty tosiasialla on syytön, jolloin ssjp olisi hänelle edullisempi ratkaisu. Tähän mahdollisuuteen emme kuitenkaan voi nojautua ensinnäkään siksi, että emme voi tietää, mikä asian lopputulos tulisi tuomioistuimessa olemaan. Toiseksi tuomitsemiskynnys juuri osoittaa sen väärän langettavan ratkaisun mahdollisuuden tason, joka rikosprosessijärjestelmässä on hyväksytty. Syyttäjä ei voi nojata omaa päätöksentekoaan tuomioistuimen mahdollisen väärän langettavan ratkaisun torjuntaan.

Jos epäilty tosiasialla on syytön, hänen leimaaminen syylliseksi rikokseen ssjp:llä ei ole hänelle tuomioistuimessa tapahtuvaa syytteen hylkäämistä edullisempi vaihtoehto, joka tulisi hänen oikeusturvansa takia olla käytettävissä. Päin-

vastoin, epäillyn oikeusturva ja ihmisarvo olisi tullut loukatuksi ja rikosprosessi olisi epäonnistunut tärkeimmässä tehtävässään eli syyttömän suojaamisessa.

Ssjp:n näyttövaatimus on mitä suurimmassa määrin periaatteellinen kysymys, johon omaksuttavan ratkaisun täytyy kestää kaikissa teoreettisesti ajateltavissa olevissa tilanteissa. Ssjp:n edullisuuteen perustuva näyttövaatimus ei ole teoreettisesti kestävä, koska kaikissa tapauksissa ssjp *ei ole* epäillyn kannalta edullisempi vaihtoehto.

Koska emme voi tietää, onko tietty ”todennäköisesti syyllinen” epäilty tosiasiassa syyllinen vai syytön, emme myöskään voi tietää, onko ssjp hänelle edullinen ratkaisu vai ei. Tämän vuoksi emme voi perustella ssjp:n alhaisempaa näyttövaatimusta ratkaisun edullisuudella.

ONKO SYYTTÄJÄLLÄ KAKSOIS- VAI KOLMOISROOLI?

Kirjallisuudessa on käyty keskustelua myös siitä, kuinka syyttäjän roolia tulisi luonnehtia. Jonkka luonnehtii syyttäjää tehtävienjaollisesti rikosprosessin ”suodattimeksi” ja ”moottoriksi”. Yhtäältä syyttäjän tehtävänä on karsia syyteharkinnassa ne jutut, joita laissa määriteltyjen kriteerien mukaan ei ole perusteltu viedä tuomioistuinkäsittelyyn. Toisaalta syyttäjällä on prosessia eteenpäin vievä rooli. Sen sijaan Jonkka arvioi, että jos syyttäjälle on lainsäädännössä hyvin rajoitetussa ja syyttäjän perustehtävän kannalta marginaalisessa kysymyksessä uskottu tuomiovallan käyttämistä, ei tämä vielä anna aihetta puhua tuomarin rooliin viittaavasti syyttäjän kolmoisroolista.⁴³ Jonkan mielestä luonnehdinta ”syyttäjä tuomarina” on jopa vaarallinen, koska se voi ”tartumisilmiön” tavoin vaikuttaa laajemmin kuin alun perin on tarkoitettu.⁴⁴

Myös Virolaisen mielestä on perusteltua sanoa, että syyttäjällä on rikosprosessissa vain kaksoisrooli. Tuomiovallan käyttöä on uskottu syyttäjälle lähinnä vain marginaalisissa kysymyksissä eli rangaistusmääräyksen antamisessa ja seuraamusluonteinen syyttämättä jättäminen on ”vielä vähemmän” tuomiovallan käyttöä kuin rangaistusmääräyksen antaminen.⁴⁵

Se, kuinka syyttäjän roolia halutaan *luonnehtia*, on jossakin määrin makuasia. Jotakin hyvin olennaista jää kuitenkin kertomatta, jos syyttäjälle annetaan vain ”klassinen” rikosprosessin ”moottorin” ja ”suodattimen” roolikuva ja unohdetaan syyttäjän rooli ”tuomarina”. Syyttäjän tuomiovallan käyttöön rinnastettava

⁴³ Jonkka, Jaakko, DL 2003 s. 982.

⁴⁴ Ibid. s. 979–980.

⁴⁵ Virolainen – Pölönen 2004 s. 35–37.

päätöksenteko ei suinkaan rajoitu ”marginaalisiin kysymyksiin”, vaan se on erittäin merkittävää

- valtiosääntöoikeudelliselta kannalta (PL 3, 7 ja 21 §, PeVL 12/93),⁴⁶
- syyttäjän normatiivisen roolikuvan kannalta (ks. yleisistä syyttäjistä annetun lain 1 §, jossa on erikseen viitattu syyttäjän tehtävään RM:n antajana),
- toimenpiteistä luopumiseen perustuvalta kriminaalipoliittiselta kannalta ja
- käytännölliseltä kannalta (syyttäjä määrää 2/3 rangaistuksista).

Tuomiovaltaa käyttäessään syyttäjä ei muutu tuomariksi. EIS 6 artiklan kannalta on yksinkertaisesti mahdoton yhtälö, että sekä syyte- että tuomiovaltaa käyttävä taho olisi artiklassa tarkoitettu riippumaton lainkäyttöelin. Syyttäjä ei ole, ei voi olla eikä yritäkään olla ihmisoikeussopimuksissa ja perustuslaissa tarkoitettu tuomari. Sen vuoksi syyttäjän langettavan päätöksenteon ehtona on aina se, että syytetyllä on mahdollisuus saattaa asia tuomioistuimen tutkittavaksi.

Syyttäjän roolikuvassa on kysymys kielikuvasta. Syyttäjä ei oikeasti ole tuomari, kuten ei kai kukaan väitä syyttäjää oikeasti moottoriksi tai suodattimeksi-kaan.

Sen sijaan syyttäjän ratkaisun luonne vaikuttaa syyttäjän *harkinnan sisältöön* tässä artikkelissa kerrotulla tavalla. Kun kysymys on syyttömyysolettaman kumoavasta ratkaisusta, syyttäjän tulee huolehtia siitä, että näyttö- ja oikeuskysymysten selvyysvaatimus täyttyy.

”Syyttäjä tuomarina” on vaarallinen ilmaisu, jos syyttäjä omaksuu tuomarin roolin ja harkinnan muissa kuin syyttömyysolettaman kumoavissa ratkaisuisaan, esimerkiksi syytekynnystä harkitessaan.

Mutta yhtä lailla syyttäjän ”klassinen” roolikuva on vaarallinen, jos syyttäjä toimii pelkästään sen mukaisesti ja soveltaa syytekynnystä langettavissa ratkaisuissaan. Se voi merkitä syyttömän leimaamista syylliseksi, syyttömän rankaisemista ja ääritapauksessa (muuntorangaistuksen kautta) perustuslain vastaista vapaudenriistoa.

Tuomarin roolin omaksuminen syytekynnyksen harkinnassa puolestaan voi johtaa siihen, että syyllistä ei aseteta syytteeseen. Vanhan sanonnan mukaan on parempi, että kymmenen syyllistä kulkee vapaana, kuin että yksi syytön tuomitaan. Sen valossa syyttäjän klassiseen roolikuvaan liittyvät vaarat ovat suurempia kuin kolmoisrooliin liittyvät.

⁴⁶ Perustuslakivaliokunta lausui RML:n eduskuntakäsittelyssä muun muassa seuraavasti: Aiempaan käytäntönsä viitaten valiokunta katsoo, että tavallisella lailla voidaan säätää vain rajoitettuja ja tuomiovallan käytön kannalta vähämerkityksisiä poikkeuksia. Käsitteltävänä olevan ehdotuksen mukaisessa tuomiovallan siirrossa syyttäjille ei ole kysymys tällaisesta, vaan olennaisesti laajemmasta poikkeuksesta. Valiokunnan käsityksen mukaan tulee tarkoin harkita, onko ehdotettua lakia syytä säätää edes perustuslainsäätämisyjärjestyksessä. Ks. PeVL 12/1993 vp s. 1–2.

Jukka Kekkonen

Taistelua rikollisuutta vastaan? Näkökulmia kuolemanrangaistuksen historiaan*

Rangaistusjärjestelmän historiassa erotetaan traditionaalisesti seuraavat päävaiheet: verikostoon ja sukuvainoihin perustunut varhaisvaihe, kostojärjestelmän vähittäinen muutos sovintosakkomenettelyn tieltä, kuoleman- ja ruumiinrangaistusten dominoima ankaran rikosoikeuden (ja kontrollipolitiikan) valtakausi keskiajan lopulta valistuksen kaudella ja sekä viimeksi vapausrangaistusten valtakausi, jonka alkupiste voidaan sijoittaa osapuilleen Ranskan suuren vallankumouksen (1789) tienoille.¹

On syytä heti kärkeen alleviivata sitä, että rangaistusjärjestelmien muutos ei ole ollut suoraviivaista ja kaikkialla yhtäaikaista siitä puhumattakaan, että muutos voitaisiin nähdä selkeänä ”kehityksenä” tai *evoluutiona* kohti yhä lievempää ja humanimpaa kontrollijärjestelmää. Rangaistusten määrä ja luonne on vaihdellut suuresti yhteiskunnallisen ja kulttuurisen kontekstin mukaan. Tästä havainnollisen esimerkin tarjoaa se, että varhaisempien järjestelmien kivijalan muodostaneet kuolemanrangaistukset eivät ole tuntemattomia uusimmallekaan aikakaudelle, ei edes tälle ajalle. Varsinkin siinä tapauksessa, että tarkastelu laajennetaan globaalille tasolle, tulee kuolemanrangaistusten vahva rooli esille. Samoin voidaan nähdä, kuinka vakavien yhteiskunnallisten kriisien aikana ja niiden oikeudellisissa jälkiselvittelyissä on puhtaan poliittisen väkivallan ohella käytetty rangaistusjärjestelmän ankarimpia seuraamuksia, vaikka muutoin kontrollin suunta olisi ollut voimakkaasti lievenevä.²

* Varhaisempi versio tästä kirjoituksesta on julkaistu pohjoismaisen historioitsijakokouksen raportissa. Ks. *Yvonne Manz Werner* (toim.): *Döden som katharsis. Nordiska perspektiv på dödens kultur- och mentalitetshistoria*. Almqvist & Wiksell, Stockholm, 2004.

¹ Ks. *Jukka Kekkonen – Heikki Ylikangas*: Vapausrangaistuksen valtakausi. Nykyisen seuraamusjärjestelmän historiallinen tausta. Oikeuden yleistieteiden laitoksen julkaisu 1/1982, s. 4–5; *Jukka Kekkonen – Heikki Ylikangas*: Frihetsstraffets genombrott samt regionala och tidsmässiga variationer i bruket av frihetsstraff. Nordisk Tidskrift för Kriminalvidenskab 1983/3, s. 159–178. Alan kirjallisuudessa kausien ajoitus ei ole ollut suuri kiistakysymys toisin kuin se, mitkä tekijät selittävät tai tekevät muutoksen ymmärrettäväksi. Vrt. kuitenkin *David Garland*: *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*. Aldershot, Gawot, 1985.

² Sivuutan tässä kirjoituksessa näkemykset, joiden mukaan rangaistusten ankaruutta tai lievyyttä eri aikakausina ei voisi arvioida, koska kärsimyksen mittapuut vaihtelevat yhteiskunnallisen tilanteen ja kulttuuristen olosuhteiden mukaan. Tämän problematiikan klassinen esitys on norjalaisen.

Aion seuraavassa kirjoituksessa tarkastella kuolemanrangaistuksen historiaa Suomessa suhteellisen pitkällä aikavälillä. Tarkastelu kohdistuu usealle eri tasolle: lainsäädäntöön, oikeuskäytäntöön ja hiukan myös kuolemanrangaistusta yhteiskunnalliseen koskeneeseen diskurssiin. Kartoitan pääpiirteittäin, *miten* kuolemanrangaistusta koskeva lainsäädäntö, oikeuskäytäntö ja diskurssi ovat muuttuneet ja yritän vastata kysymykseen *miksi*? Näihin kysymyksiin vastaaminen ei onnistu pelkästään oikeudellisen aineiston valossa, vaan näkökulmaa on olennaisesti laajennettava; muutoksille on yritettävä löytää luonteva ja mielekäs kulttuurinen ja yhteiskunnallinen konteksti, jonka rakentamisessa myös vertailevilla tarkasteluilla on olennainen paikkansa.

Edellä esitetyn vuoksi pyrin etsimään hahmoteltua kontekstia ennen muuta kahta tietä; yhtäältä liittämällä kuolemanrangaistuksia koskevat muutokset *yleisiin kontrollipoliittisiin muutoksiin* ja toisaalta *hyödyntämällä oikeushistoriallisia vertailuja*. Tarkastelu nostaa nopeasti esille kysymyksen kuolemanrangaistuksen tarkoituksesta tai sen funktioista. Onko kuolemanrangaistus – kuten perinteisessä oikeudellisessa diskurssissa sangen vakiintuneesti esitetään – ”yhteiskunnan” tai julkisen vallan järein ase taistelussa rikollisuutta vastaan? Onko kuolemanrangaistuksen oikeutus sen oletetussa yleisestävässä, rikollisuutta ennalta ehkäisevässä (pelotus-) vaikutuksessa? Vai onko kuolemanrangaistus tiettyiltä osin tai jopa olennaisesti luonteeltaan poliittinen instrumentti, jonka avulla kulloisetkin vallanpitäjät pyrkivät pönkittämään omaa asemaansa? Nimenomaan sen tarkastelu, kohdistetaanko ankarimpia sanktioita korostuneesti tiettyjen yhteiskunnallisten tai etnisten ryhmien jäseniin, voi antaa valaisua tähän kysymykseen samoin kuin sen selvittäminen, miten kuolemanrangaistuksia on käytetty vakavien yhteiskunnallisten kriisien yhteydessä.

Suppea esitys pakottaa useisiin rajuihin rajauksiin; jatkossa nostan kuolemanrangaistuksen historiasta esiin sellaisia vaiheita, jotka näyttävät edellä hahmottelieni kysymysten näkökulmasta erityisen relevanteilta. Aloitan kuolemanrangaistuksen varhaisvaiheista sitoen tarkastelun laajaan yhteiskunnallisen kontrollin kontekstiin. Fokusoin esitykseni erityisesti absolutismin kauden ankaran rikosoikeuden taustasyihin. Vain näiden taustojen hahmottamisen jälkeen on mahdollista ymmärtää valistuksen kaudelle (lainsäädännön tasolla) ajoittunut käänne

Nils Christien laaja artikkeli *Changes in Penal Values*. *Scandinavian Studies in Criminology*, 1968, s. 161 ss. Myös foucault’lainen ajattelu lähtee selvästi siitä, että kontrollin muodot muuttuvat ilman, että muutoksen lievyyttä tai ankaruutta voidaan ”perinteisellä” tavalla arvioida. Foucault’ia voitaisiin ehkä tulkita siten, että hänen mukaansa modernin aikakauden tuottama entistä hienosyisempi ja laajaulotteisempi kontrollin verkosto ei ainakaan merkitse lievennystä kontrollin alueella. Foucault’n ajatukset ovat synnyttäneet valtaisan määrän kommentoivaa kirjallisuutta ja argumentteja puolesta ja vastaan. Varhaisemmasta kritiikistä ks. esim. *Pieter Spierenburg*: *The Spectacle of Suffering. Executions and the Evolution of repression: from preindustrial Metropolis to the European experience*. Cambridge University Press, 1984.

lievemmän yhteiskunnallisen kontrollin suuntaan. Sen sijaan jätän sivurooliin tässä yhteydessä Ruotsi-Suomen oikeuskehityksen kuolemanrangaistusten osalta. On kuitenkin syytä todeta, että se ei missään olennaisessa mielessä poikkea siitä eurooppalaisesta valtalinjasta, jota esittelen.

Nimenomaan Suomen tilanteeseen tulen vasta 1800-luvulle tultaessa, jolloin ensin kuolemanrangaistuksen täytäntöönpano faktisesti lopetettiin (vuodesta 1826 lähtien), ja jolloin valtiopäivillä (vuodesta 1863 alkaen vuoden 1889 rikoslain säätämiseen) käytiin laajaa keskustelua kuolemanrangaistuksen poistamisen (tai ainakin sen vähentämisen) puolesta ja sitä vastaan. Kiinnitän erityisesti huomiota siihen, ketkä (mitkä säädöt) kuolemanrangaistusta kannattivat ja ketkä seuraamusta vastustivat ja millaisin argumentein he asiaansa ajoivat.

Seuraavalla vuosisadalla, 1900-luvulla, kuolemanrangaistus on ajankohtaistunut Suomessa lähinnä vain sotien ja vakavien yhteiskunnallisten kriisien oloissa. Suuntaan tarkasteluni ennen muuta vuoden 1918 sisällissodan ja sen jälkeisiin tapahtumiin sekä pienemmässä määrin toisen maailmansodan aikaan. Sivuan myös 1930-luvulla kuolemanrangaistuksen tiimoilta käytyä kiihkeäsävyistä yhteiskunnallista keskustelua.

Loppujaksossa pyrin tiivistämään esille nostamani näkökohdat ja tutkimustulokset eräänlaiseksi ”kokonaisanalyysiksi” kuolemanrangaistuksen yhteiskunnallisista funktioista (oikeus)historiallisen tutkimuksen valossa. Onko sanotun seuraamuksen käyttäminen ensisijaisesti tai lainkaan ollut seurausta taistelusta rikollisuutta vastaan vai ovatko yhteiskunnallisen järjestyksen ja poliittiseen valtarakenteen puolustaminen olleet tekijöitä, joihin kuolemanrangaistuksen käyttelyn frekvenssi käytettävissä olevan tutkimustiedon valossa liittyy? Koska kuolemanrangaistuksia edelleenkin käytetään, voi analyysin tuloksia peilata myös tämän päivän todellisuuteen.

SUKUYHTEISKUNNASTA ANKARAAN RIKOSOIKEUTEEN

Suku- ja heimoyhteiskunnalle ominainen koston ja verikoston perustunut seuraamusjärjestelmä muuttui vähin erin sovintosakkojen varaan rakentuneeksi järjestelmäksi, jossa törkeätkin rikokset voitiin hyvittää sakoilla. Suuruudeltaan huomattavat taloudelliset korvaukset asianomistajille tekivät sovintosakoista kilpailukykyisiä vaihtoehtoja koston. Sovintosakkomäärien vakiintuminen loi seuraamusjärjestelmään tietyn asteista ennustettavuutta. Järjestelmän syntyä ajatellen on myös huomattava, että sovintosakkojärjestelmä oli yhteisöjen säilymisen kannalta siinä mielessä funktionaalinen, että koston ja vastakoston kierre saattoi pahimmillaan johtaa laajoihin sukuvainoihin, jotka heikensivät yhteisö-

jen elinmahdollisuuksia. Kuvattu muutos ajoittuu siihen yhteiskuntahistorian vaiheeseen, jolloin liikkuvaan elämäntapaan (metsästys, paimentolaisuus jne.) perustunut yhteiselämä alkoi muuttua maanviljelyksen varaan (ainakin osin), jolloin heimot asettuivat pysyvästi tietyille asuinsijoille.

Keskusvallan vähittäinen vahvistuminen alkoi murentaa sovintosakkojärjestelmän perustaa. Keskusmahti teki itsestään – muun muassa kuninkaanrauhojen laajentamisen kautta – asianomistajan yhä useammissa rikoksissa ja vei sitä kautta pohjan pois rikosten yksityisoikeudelliselta luonteelta. Tätä kautta keskusvalta sai sakkotuloina resursseja, jotka edistivät osaltaan valtion vahvistumisen prosessia; valtio pystyi lisääntyneillä tuloillaan palkkaamaan virkamiehiä ja sotaväkeä, joiden avulla se edelleen pystyi laajentamaan reviiriään.³

Tämä sydänkeskiajalla alkanut vuosisatainen, alueellisesti varioinut prosessi johti rikosoikeuden ja koko kontrollijärjestelmän huomattavaan ankaroitumiseen. Kuoleman- ja ruumiinrangaistusten käyttöala laajeni tuntuvasti järjestelmän kaikilla tasoilla lainsäädännöstä oikeuskäytäntöön ja rangaistusten täytäntöönpanoon. Vastaavasti sakkorangaistuksen suhteellinen merkitys väheni, mitä prosessia myös edistivät taloudellisesti vaikeat ajat, jolloin sakkorangaistusten sijaisrangaistuksena ruumiinrangaistukset yleistyivät.

Kuvaillut muutokset tulivat – kuten oikeushistoria niin usein muulloinkin osoittaa – ensin näkyviin oikeuskäytännössä, minkä jälkeen ne kirjattiin lainsäädäntöön. Ankaroitumisen prosessi tuli esille ensin esille niissä maissa ja niillä alueilla, joissa keskusvalta vahvistui muita aikaisemmin (Englanti). Myös ankaroitumisen huippukohta saavutettiin ensin siellä, missä siirryttiin absolutistiseen hallitsemisen tapaan ja missä yhteiskunnalliset rakenteet muovautuivat varhain tiukan säätyjakoisiksi. Jyrkän hierarkkista eriarvoista yhteiskuntajärjestelmää pidettiin yllä ankaran ja laajaulotteisen kontrollin avulla.⁴

Kuten tiedetään, tämä muutosprosessi ei ollut kivuton, vaan Eurooppaa ravistelivat keskiajan lopulla ja varhaisella uudella ajalla monasti laajaan verenvuodatuksen johtaneet talonpoikaiston ja pienporvariston kapinat, joiden perussyyinä oli lisääntyvien työsuoritusten tai rahasuoritusten vaatiminen alemmilta säädyltä.⁵ Yhteiskunnallisista oikeuksista ja räsitusten jaosta käytiin siten jatkuvaa taistelua. Mielenkiintoista kyllä niin Englannissa (1300-luvun lopulla, Ranskassa (1400-luvun puolivälin jälkeen), Saksan alueella (1500-luvun alussa), Espanjassa (1500-luvun ensimmäisellä puoliskolla) kuin Ruotsi-Suomessakin (nuijasota 1596–1597) ankaroitumisen lakipiste näyttäisi osuvan kapinoiden kukista-

³ Ks. *Kekkonen – Ylikangas* 1982, s. 62–63 ja eri kohdin; *Heikki Ylikangas*: Käännekohtat Suomen historiassa. Otava 1986, s. 15–32.

⁴ Ks. *Kekkonen – Ylikangas* 1982, s. 80–81.

⁵ Ks. *Heikki Ylikangas*: Mennyt meissä. Suomalaisen kansanvallan historiallinen analyysi, WSOY 1990, s. 64–79.

misen jälkeisiin vuosikymmeniin. Kapinoiden ajoittuminen viittaa vankasti siihen suuntaan, että sääty-yhteiskunnan valtarakenteisiin alhaalta kohdistuneen uhan hellittäminen olisi luonut tilanteen, jossa kontrollin kovuus ikään kuin ”riitti”. Tämän kulminaatiovaiheen jälkeen järjestelmän perusrakenteet säilyivät ennallaan aina valistuksen aikakaudelle saakka.⁶

Kuvan täydentämiseksi on vielä tuotava esille kolme olennaista seikkaa ankan kontrollin kauden järjestelmästä. Ensinnä se, että kuolemanrangaistuksen ja muiden ankarien seuraamusten laajamittainen käyttö oli vain yksi osa kontrollin kokonaisuudessa. Itse asiassa sääty-yhteiskunta oli läpeensä tiukan kurin leimaama kontrolliyhteiskunta, jossa alemmat yhteiskunnallisten kerrostumien osana oli palvella työvoimana johtavia säätyjä.

Irtolais- ja pakkolainsäädäntö (palveluspakko) on oivallinen esimerkki siitä, miten järjestelmä kaikilla alueilla toimi valtaa pitäneiden säätyjen intressien mukaisesti. Rangaistusjärjestelmän puolella työ- ja ojennuslaitokset, kuritushuoneet, kaleeriorjuus ja siirtomaakarkotukset kertovat omalla tavallaan samasta. Johtavien säätyjen otteessa ollut merkantilistinen valtio pyrki monien rangaistusmuotojen kautta myös hyötymään rikollisuudesta, mikä tuli näkyviin erityisen selvästi silloin, kun työvoimasta oli pulaa.⁷

Toiseksi on syytä noteerata se, että kontrollijärjestelmä ei kuitenkaan kaikessa tiukkuudessaan ollut ”aukoton”, vaan siihen sisältyi huomattava määrä eräänlaisia varaventtiilejä, jotka itse asiassa tulivat viitoittamaan tietä lievemmän järjestelmän suuntaan erityisesti 1700-luvulta lähtien. Nimenomaan kuolemanrangaistuksen armahtaminen (elinkautiseksi) pakkotyöksi ja karkotukset siirtomaihin tulivat 1600- ja 1700-luvuilla alentamaan täytäntöön pantujen kuolemanrangaistusten lukemia.⁸

Kolmanneksi – osin edellä mainittujen seuraamusten laajenevan käyttöfrekvenssin vuoksi – lain kirjaimen ja oikeustodellisuuden välillä saattoi olla jopa huomattavan suuri kuilu. Lain ankaruus ei toteutunut kaikessa kovuudessaan. Esimerkiksi Ruotsi-Suomen osalta *Heikki Ylikangas* on osoittanut kuinka 1500-luvun lopulla ja 1600-luvun alussa monissa rikostyypeissä kuolemanrangaistuksen käyttely – niiden täytäntöönpanosta puhumattakaan – lain kirjaimen tiukkuudesta huolimatta oli perin harvinaista.⁹

⁶ *Kekkonen – Ylikangas* 1982, s. 55–56.

⁷ Ks. *Kekkonen – Ylikangas* 1982, s. 42–46.

⁸ Ks. esim. *Robert Hughes: The Fatal Shore: The Epic of Australia's Founding*. Vintage books, New York 1986; *Colin Foster: Frence and the Botany Bay: the lure of a Penal Colony*. Melbourne University, 1996.

⁹ Ks. *Heikki Ylikangas: Valta ja väkivalta*. Otava 1988, s. 96–109.

LIEVENEVÄN KONTROLLIN LÄPIMURTO

Kontrollin lievenevän linjan varsinainen läpimurtokausi oli valistuksen aikakausi, joskin rangaistuskäytäntö oli jo pitkään viitoittanut tämän suuntaista kehitystä. Tässäkin kohden oikeushistorian aapistasoinen perustotuus siitä, että oikeuskäytäntö edeltää ja ennakoii normitason muutoksia, saa vahvistusta.

Valistuskauden keskeiset yhteiskunta-ajattelijat pitivät aikansa rikoslakia paitisi epätarkoituksenmukaisena rikollisuuden ehkäisyn kannalta (miksi teloittaa rikoksentekejiä, joita saattoi käyttää yhteiskunnan hyödyksi) myös epäoikeudenmukaisen julmana. Julkilausutut motiivit rikosoikeudellisten uudistusten tueksi olivat aluksi utilitaristisia, mutta 1770-luvulta lähtien enenevässä määrin myös humanistisia.¹⁰

On silti huomattava, että rikosoikeuden uudistajien ajatukset eivät välttämättä olleet uusia; samankaltaisia pohdintoja löytyy antiikin Kreikan suurten ajattelijoiden (*Sokrates, Platon, Aristoteles*) teksteistä alkaen. Uutta valistuksen kaudella oli kuitenkin se, että uudistajien ajatukset saivat vastakaikua yhteiskunnassa, jossa alemmat säädyn entistä kovaäänisemmin vaativat etuoikeutettujen säätyjen privilegioiden purkamista ja sitä kautta yhteiskunnan valtarakenteiden tasaamista. Toisin kuin aikaisemmin, nyt oli olemassa selvä sosiaalinen tilaus muutoksille, laajoille yhteiskunnallisille ja oikeudellisille reformeille.

Mistä suunnan muutos kertoo? Lievenevän linjan taustasyitä on epäilemättä lähdeittävä hakemaan samoista tekijöistä – mutta nyt ikään kuin käänteisiä piirteitä etsien – kuin ankaran linjan taustoja. Valistuksen kaudella yhteiskunnan sosiaaliset hierarkiat alkoivat murtua; säätyjakoinen yhteiskunta natisi liitoksisaan. Erityisesti kolmannen säädyn, porvariston, tosiasialliset taloudelliset ja tiedolliset resurssit olivat kasvaneet tilanteessa, jossa ylempien säätyjen perinteiset etuoikeudet (privilegiot) lukitsivat yhteiskunnalliset valtasuhteet paikoilleen.

Tässä tilanteessa, jossa yhteiskuntakritiikki voimistui uhkaavasti, valistuneet itsevaltiaat valitsivat yhteiskunnallisten ja oikeudellisten reformien tien – säilyttääkseen itsevaltiuden eli oman valta-asemansa. Tämä tilanne merkitsi sitä, että heidän oli reivattava vallankäytön sosiaalista painopistettä yhteiskunnan keski- ja alempien kerrosten suuntaan; itse asiassa valistuneet hallitsijat esiintyivät kaikkien kansalaisten oikeuksien ja etujen ajajina käyttäen ensi kertaa historiasa poliittista julkisuutta laajamittaisesti hyväkseen.¹¹

Tuloksena uudesta orientaatiosta ja siihen liittyneistä valta-asetelmista oli suuri joukko oikeudellisia uudistuksia, joilla sääty-yhteiskunnan privilegioita

¹⁰ Ks. *Kekkonen – Ylikangas* 1982, s. 15.

¹¹ Valistuneen itsevaltiuden ideologiaan sisältyi ajatus kaikkien kansalaisten etuja tinkimättömästi valvovasta hallitsijasta, joka tarvittaessa otti yksittäistapauksissakin ohjat omiin käsiinsä.

purettiin ja kansalaisten oikeuksia laajennettiin ja osin tasattiin. Keskeisiin vaatimuksiin kuului lakisidonnaisuuden vahvistaminen absolutismin kauden mieltävaltaisen vallankäytön suitsimiseksi, oikeudenkäytön saamiseksi vastaamaan oikeusvarmuuden ja ennustettavuuden ihanteita. Tiivistäen sanottuna valistuksen kaudella otettiin ensimmäisiä huomattavia askelia tasa-arvon (yhdenvertaisuuden) ja demokratian, modernin oikeusvaltiollisuuden suuntaan.

Myös tuomioistuinlaitosta ja oikeudenkäyntimenettelyä uudistettiin oikeusvaltiollisten ihanteiden mukaisesti, mikä johti lakisidonnaisuuden vahvistumisen ohella tuomioistuinten organisatorisen ja muunkinlaisen riippumattomuuden toteuttamiseen.¹² Myöhemmin tuomarikunnan sosiaalisen koostumuksen monipuolistuminen johti siihen, että sosiaalinen etäisyys (yhteiskunnan ylemmistä piireistä tulevien) tuomarien ja oikeudenkäytön kohteiden (alimpien kerrostumien edustajien) välillä kaventui. Myös tämä loi edellytyksiä sille, että ”ymmärrys” rikoksentekijöitä kohtaan lisääntyi, kun osapuolten elämismaailmat eivät olleet ylettömän kaukana toisistaan.

Kuvattu muutosprosessi johti rikosoikeuden ja koko kontrollijärjestelmän huomattavaan lievenemiseen. Kuolemanrangaistusten käyttöalaa supistettiin radikaalisesti ja sääty-yhteiskunnalle tyypillisistä ruumiin- ja häpeärangaistuksista luovuttiin lähes kokonaan. Seuraamusjärjestelmän ytimeksi asetettiin vapausrangaistus (eri muodoissaan), jonka pituuden tuli valistuksen kauden perustavien rikosoikeudellisten ajatusten (klassinen rikosoikeus) mukaisesti olla sopusoinnussa rikoksen törkeyden kanssa. Suhteellisuusperiaatteen toteuttaminen edellytti rangaistusten johdonmukaista porrastamista rikollisten tekojen törkeyden mukaan.

KUOLEMANRANGAISTUKSEN RAJOITTAMINEN SUOMESSA

Vaikka Suomi koki eräänlaisen ”myöhäisen valistuskauden” vasta 1800-luvun puolivälin jälkeen *Aleksanteri II:n* valtakaudella (1855–1881), on merkillepantavaa, että jo vuonna 1826 pian valtaantulonsa jälkeen *Nikolai I* antoi merkittävän julistuksen, jonka mukaan kuolemanrangaistuksia ei tultaisi panemaan täytäntöön muulloin kuin silloin, kun rikos oli kohdistunut ”valtakunnan turvallisuuteen tai majesteetin pyhyteen”.¹³ Kuolemanrangaistuksesta armahdetun oli

¹² Ks. *Kevät Nousiainen*: Prosessin herruus. Länsimaisen prosessin ”modernille” ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1993, s. 189 ss.

¹³ Julistuksen taustasta ks. *Alpo Juntunen*: Siperiaan karkotukset ja karkotetut Siperiassa. Vankienhoidon koulutuskeskuksen julkaisu 1983. Julistuksen antaminen dekabristikapinan jälkeisessä tilanteessa liittyi osaltaan Venäjän imperialistisiin päämääriin, jonka keinoihin kuului Siperian asuttaminen muun muassa siirtolaisiksi karkotettujen vankien avulla.

sen sijaan kärsittävä julkinen kirkkorangaistus, ruumiinrangaistus sekä elinkautinen pakkotyörangaistus Siperian kaivoksissa. Käytännössä julistus johti siihen, että Suomessa luovuttiin kuolemanrangaistusten toimeenpanosta kansainvälisesti vertaillen harvinaisen varhain. Ainoastaan yhteiskunnallisten kriisien – joista tulee edempänä puhe – aikana on Suomessa kuolemanrangaistuksia vuoden 1826 julistuksen antamisen jälkeen pantu täytäntöön ja myös kuolemanrangaistustuomiot ovat olleet harvinaisia.

Kuolemanrangaistuksen oikeutuksesta – ennen kaikkea sen poistamisesta – käytiin vilkasta keskustelua Aleksanteri II:n kauden alun vapautuneessa ilmapiirissä. Debatti alkoi jo ennen valtiopäivätoiminnan käynnistymistä.¹⁴ Tuossa keskustelussa nousivat esille oikeastaan kaikki aikaisemmin tai myöhemmin esitetyt olennaiset argumentit kuolemanrangaistuksen puolesta ja sitä vastaan. Seuraamusta kannatettiin ennen kaikkea sen oletetun törkeää rikollisuutta ehkäisevän pelotusvaikutuksen tai ”yhteiskunnan turvallisuuden” vuoksi, mutta myös vedoten (usein uskonnollisväritteisesti) sovituskäytäntöön ja kansalaisten oikeustajun asettamiin vaatimuksiin. Vastustajien pääargumentit olivat puolestaan seuraamuksen väitetty tehottomuus rikollisuuden ehkäisyn kannalta, seuraamuksen peruuttamattomuuden aiheuttama oikeusmurhan mahdollisuus ja rikoksenteikijän parantamistavoitteen mahdottomuus kuolemanrangaistuksia käytettäessä. Lisäksi viitattiin rangaistuksen kansoja raaistavaan vaikutukseen ja siihen, että suunta oli kaikissa niin sanotuissa sivistysmaissa jo pitkään vienyt lievempiä seuraamuksia kohti.¹⁵

Aikakauden johtava rikosoikeusoppinut, professori *K. G. Ehrström* (1822–1886), joka tuli olemaan keskeinen vaikuttaja seuraavien vuosien kriminaalipoliitiikassa, vastusti kuolemanrangaistusta sekä humanisiin että utilitaristisiin argumentteihin vedoten. Ehrström vaati kuolemanrangaistuksen samoin kuin ruumiin- ja häpeärangaistusten poistamista rangaistusjärjestelmästä, rangaistusjärjestelmän rakentamista ”oikeellisen sovituksen” ja parannusperiaatteen varaan sekä vankiloiden (vapausrangaistusten) asettamista rangaistusjärjestelmän keskiöön, jotta parannusperiaatetta voitaisiin käytännössä toteuttaa.¹⁶

Valtiopäivätoiminnan käynnistymisen jälkeisessä liberaalisessa ilmapiirissä koko kontrollipoliittisen muutoksen yleissuunta oli selvä: aikaisempaa lievempään yhteiskunnalliseen kontrolliin. Käytännössä tätä kuvastavat erityisesti

¹⁴ Ks. *Yrjö Blomstedt*: Rikoslakireformin ensimmäiset vaiheet vuoden 1866 osittaisuudistuksiin saakka. Historiallinen Arkisto no 59/1964, s. 421 ss.

¹⁵ Ks. *Kylä-Marttila* 1986, s. 25–57.

¹⁶ Ks. *Tapio Lappi-Seppälä*: Teilipyörästä terapiaan. Piirteitä rangaistusjärjestelmän historiasta. Vankeinhoidon koulutuskeskuksen julkaisu 1982, s. 126–127. Ehrströmistä ja suomalaisen rikosoikeustieteen synnystä laajasti ks. myös *Markus Wahlberg*: Den finska straffrättens födelse. Forum Iuris 2002, s. 1–16 ja eri kohdin. Uusia ideoita päästiin tosin toteuttamaan vasta sen jälkeen, kun Suomeen oli saatu rakennetuksi soveliaita vankiloita, mikä tapahtui 1880-luvulta lähtien.

vuonna 1866 annetut viisi asetusta, joilla kuolemanrangaistuksen käyttöä rajattiin, sääty-yhteiskunnalle tyypillisiä seuraamuksia (ruumiin- ja häpeärangaistuksia) dekriminalisoitiin ja vankeinhoidon ohjenuoraksi asetettiin progressiivi- eli edistysjärjestelmä.¹⁷

Vaatimukset ulottuivat tätäkin pidemmälle; kuolemanrangaistuksen poistaminenkin oli asialistalla. Vuonna 1862 asetettu Ehrströmin johdolla toiminut senaatin komitea olisi ollut valmis poistamaan kuolemanrangaistuksen kokonaan, mikä oli vastoin vuonna 1862 valtiopäiväkysymyksiä valmistelleen ns. tammi-kuun valiokunnan ja senaatin näkemyksiä. Tosin komitea katsoi, että väliaikaisessa rikoslaissa kuolemanrangaistus voitaisiin vielä säilyttää; asiassa ei tulisi sen mukaan edetä liian nopeasti.¹⁸

Kaikki säädyn ja lakivaliokunta vaativat senaatin esityksestä poiketen 1863–1864 valtiopäivillä kuolemanrangaistuksen poistamista paitsi ”lopullisesta” myös niin sanotusta väliaikaisesta rikoslaista, joka oli tarkoitus saattaa voimaan pitkää valmistelua edellyttävän rikoslain kokonaisuudistusta odoteltaessa. Kii-vainta kuolemanrangaistusten vastustus oli porvaris- ja talonpoikaissäädyn.¹⁹

Toiselta puolen tässäkin yhteydessä tuli esille, että kuolemanrangaistuksilla oli vankat tukijoukkonsa, joiden mukaan kuolemanrangaistukset olivat edelleen välttämättömiä paitsi ennen muuta rikollisuuden ehkäisyssä (pelotusvaikutus) myös kaikkein törkeimpien rikosten oikeudenmukaisina sovituksina. Viimeksi mainitun tyyppisiä perusteita esittivät ennen kaikkea pappissäädyn edustajat.²⁰

Senaatti sen enempää kuin hallitsijakaan eivät olleet valmiit menemään niin pitkälle kuin mihin valtiopäivät olisivat olleet valmiit; ehdotus väliaikaisesta rikoslaista raukesi. Sen sijaan kuolemanrangaistuksen käyttöalaa hiukan kaventettiin vuonna 1866 annetuilla asetuksilla, kuten edellä jo on mainittu.²¹

Hallitsija oli jättänyt vuoden 1863–1864 valtiopäivien esittämän väliaikaisen rikoslain vahvistamatta kuolemanrangaistuksesta syntyneen erimielisyyden vuoksi. Asia tuli uudelleen esille 1867–1868 valtiopäivillä, jolloin senaatin esityksen lähtökohtana oli kuolemanrangaistuksen käyttöalan kaventaminen. Nyt vallitsevat poliittiset realiteetit oli sisäistetty valtiopäivillä; kuolemanrangaistusten täydellinen dekriminalisointi jäi muutamien yksittäisten puheenvuorojen varaan. Sen sijaan lakivaliokunta ja säädyn (erityisesti talonpojat ja porvarit) olivat tälläkin kerralla valmiit menemään pidemmälle lievennysten tiellä kuin senaatti. Lopulta sovittelun jälkeen hyväksyttiin aatelissäädyn kanta, jonka mukaan kuo-

¹⁷ Ks. *Lappi-Seppälä* 1982, s. 129–130.

¹⁸ Ks. *Kylä-Marttila* 1986, s. 32–34.

¹⁹ Ks. *Veikko Kylä-Marttila*: Kysymys kuolemanrangaistuksesta autonomian ajan valtiopäivillä vuosina 1863–1888. Vankeinhoidon koulutuskeskuksen julkaisu 13/1986, s. 6–46.

²⁰ Ks. *Kylä-Marttila* 1986, s. 41.

²¹ *Kylä-Marttila* 1986, s. 45; *Lappi-Seppälä* 1982, s. 130.

lemanrangaistus säilytettäisiin vain eräiden törkeiden valtiollisten rikosten (majesteettirikos, maanpetos) seuraamuksena. Tämän lievennyksen senaattikin oli valmis nielemään.²²

Vuonna 1865 asetun (jälleen K.G. Ehrströmin puheenjohdolla toiminut) ja 1875 mietintönsä antanut rikoslakikomitea jatkoi samoilla linjoilla kuin säädty 1860-luvun valtiopäivillä; kuolemanrangaistuksen käyttöala rajattiin suppeaksi, vieläpä entistä suppeammaksi, kun siitä ehdotettiin tehtäväksi vaihtoehtoinen seuraamus ”väkivallasta keisaria vastaan”.²³

Myös vuonna 1884 mietintönsä jättänyt ja rikoslakia muutoin monilta osin ankarampaan suuntaan reivannut tarkastuskomitea esitti kuolemanrangaistuksen käyttöalan hienoista laajentamista. Sama suunta jatkui senaatin esityksessä valtiopäiville; siinä ehdotettiin kuolemanrangaistuksen käyttöalaa laajennettavaksi valtiollisten rikosten ohella myös törkeimpiin henkirikoksiin, murhiin.²⁴ Valtiopäivillä 1888 pappis- ja talonpoikaissäädty hyväksyivät kuolemanrangaistuksen piirin laajennuksen, muut säädty sen sijaan eivät. Varsinkin porvarissäädyn vastarinta oli tiukkaa. Valtiopäiväjärjestyksen edellyttämän ”yhteensovituksen” jälkeen näiden säätyjen kannaksi tuli se, että kuolemanrangaistus voitiin tuomita vaihtoehtoisena seuraamuksena myös murhasta.²⁵

Lopulta vuoden 1889 rikoslakiin, jota on kutsuttu viimeiseksi ”klassisen rikosoikeuden leimaamaksi rikoslaiksi Euroopassa”²⁶, kuolemanrangaistus jätettiin voimaan törkeimpien poliittisten rikosten ja murhan (elinkautisen vankeuden kanssa vaihtoehtoisena) seuraamuksena. Kuolemanrangaistuksen uhan piiriä laajennettiin vielä venäläisten painostuksen vuoksi tiettyihin valtiollisiin rikoksiin (maanpetos), minkä takia rikoslain voimaantulo viivästyi vuoteen 1894.

KUOLEMANRANGAISTUS KRIISIEN AIKANA

Jo aikaisemmin on alleviivattu sitä, ettei kontrollipolitiikan pitkän aikavälin lievenevä suunta ole suinkaan ollut suoraviivainen. Etenkin yhteiskunnallisen epä-

²² *Kylä-Marttila* 1986, s. 56–57. Säädty lausuivat hyväksyvänsä kuolemanrangaistuksen osittaisen säilyttämisen, jotta rikoslain uudistustyö ei vaarantuisi.

²³ Ks. *Kylä-Marttila* 1986, s. 60–61. Komitean mietintö oli vielä selvästi liberaalisen uudistuskauden tuote. Ks. *Jukka Kekkonen*: Autonomian ajan rikosoikeus. *Pia Letto-Vanamo* (toim.): Suomen oikeushistorian pääpiirteet. Gummerus 1991, s. 258–269. Komitean mietintö joutui kovan kritiikin kohteeksi, mikä ennakoii suunnan muutosta – tiukemman linjan etenemistä – oikeuspolitiikassa.

²⁴ Ks. *Kylä-Marttila* 1986, s. 64–67. Mielenkiintoista kyllä useammassa prokuraattorien kertomuksessa 1880-luvun alusta katsottiin – paljolti rikostilastoihin nojaavan tarkastelun perusteella – että kuolemanrangaistus voitaisiin poistaa ilman, että siitä aiheutuisi yhteiskunnalle vaaraa.

²⁵ *Kylä-Marttila* 1986, s. 70–83.

²⁶ Ks. *Eero Backman*: Rikoslaki ja yhteiskunta I. Teoreettinen erittely rikosoikeuden tieteenkäsitteistä 1800-luvulla ja sen konkretisointi moraalien, uskonnon ja rikoslain suhteisiin Suomessa vuosina 1894–1917. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1976, s. 163.

järjestyksen kaudet ovat aiheuttaneet yleislinjasta poikkeavia lainsäädännöllisiä ratkaisuja ja vaikuttaneet myös käytännön tasolla. Seuraavassa havainnollistan tätä muutamin itsenäisen Suomen historiasta poimituin esimerkein. Päähuomioni kohdistuvat vuoden 1918 sisällissotaan ja sen oikeuskulttuurisiin vaikutuksiin.

Suomi koki raskaan ja traagisen sisällissodan pian itsenäistymisensä jälkeen. Tammikuussa 1918 puhjennut ja noin sata päivää kestänyt sisällissota oli kansainvälisessäkin katsannossa poikkeuksellisen verinen; se vaati yli 37 000:n suomalaisen hengen, mikä merkitsi peräti yli prosentin suuruista väestöllistä menetystä.²⁷ Vaikka suurin osa sodan uhreista menehtyi vankileireillä, taisteluisa ja avoimen poliittisen väkivallan (terrorin) uhreina, oli myös kuolemanran- gaistuksella huomattava sijansa vuoden 1918 oikeudenkäytössä.

Tunnetun sanonnan mukaan vaikenivat lait sodan aikana (inter arma silent leges). Suurin osa Suomen sisällissodan uhreista kuoli – kuten sanottu – suora- naisen poliittisen (punaisen tai valkoisen) väkivallan (yhteensä n. 10 000) kautta tai vankileireillä (yli 12 500) sodan jälkeen. Osa poliittisesta väkivallasta puet- tiin tosin jonkin asteisesti oikeudenkäytön kaapuun; nimenomaan valkoista ter- roria toimeenpanivat erilaiset oikeudenkäytön organit (nimeltään sota-, rinta- ma- tai kenttäoikeudet), joiden toiminnan oikeudellinen perusta oli hatara tai se puuttui kokonaan.²⁸

Oikeudenkäytöstä voidaan sen sijaan puhua, kun tarkastellaan loppukeväästä 1918 ns. tynkäeduskunnan säätämien lakien nojalla perustettujen erityistuomio- istuinten valtiorikosoikeuksien toimintaa. Valtiorikosoikeuden käsittelivät yli 75 000 tapausta; järjestelmän tavoitteena oli tutkia jokaisen ”punakapinallisen” syyllisyys yksilöllisesti. Käytännössä (jo valtiorikosoikeuksia koskevan lainkin perusteella) kuitenkin prosessit olivat summaarisia, eikä niissä päästy lähelle- kään normaalien prosessuaalisten oikeusturvagarantoiden tasoa.²⁹

Valtiorikosrikosoikeudet tuomitsivat kaikkiaan 555 punakapinallista kuole- maan rikoslain maanpetossäännöksiä (vuoden 1889 rikoslain 12. luku) väljästi soveltaen. Näistä tuomioista pantiin täytäntöön hieman alle puolet. Tuomiot lie- venivät jossain määrin ylemmässä oikeusasteessa valtiorikosylioikeudessa – sii-

²⁷ Ks. Sotaoaloissa vuosina 1914–1922 surmansa saaneet: tilastoraportti (toim. Lars Westerlund), Valtioneuvoston kanslia, Helsinki 2004. Ks. myös *Jari Eerola – Jouni Eerola: Henkilötappiot Suomen sisällissodassa*. Kirjapaino Jaarli Oy 1998, s. 159.

²⁸ Ks. esim. *Juhani Piilonen: Rättskipning i undantagstider. Fronträtten i Satakunta våren 1918. Historisk Tidskrift för Finland* 1997, s. 198 ss.; *Marko Tikka – Antti Arponen: Koston kevät 1918. Lappeenrannan teloitukset*. WSOY 1999 ja erityisesti *Marko Tikka: Kenttäoikeudet: välittömät rankaisutoimet Suomen sisällissodassa 1918*. SKS, Helsinki 2004. Ks. myös *Mirja Turunen: Kou- volan veripellot. Poliittinen terrori Pohjois-Kymenlaaksossa 1918*, Joensuu 2005.

²⁹ Ks. *Jukka Kekkonen: Laillisuuden haaksirikko. Rikosoikeudenkäyttö Suomessa vuonna 1918*. Kauppakaari 1991, s. 89, 117–118.

tä puhumattakaan, kuinka laajasti suojeluskuntien esikunnat (joiden lausunto säännönmukaisesti hankittiin syytetyistä) suosittivat lausunnoissaan kuolemantuomiota käytettäväksi. Voidaankin hyvällä syyllä sanoa, että prosessin tietyn asteinen ”oikeudellistuminen” sodan päättymisen jälkeen lievensi – muiden syiden ohella – hävinneisiin kohdistunutta repressiota.

Kaiken kaikkiaan vuoden 1918 sisällissodan rankaisumenettelyt hävinneitä kohtaan voidaankin nähdä uusimman tutkimuksen valossa laaja-alaisen ja systemaattisen, jopa moninkertaisen, repression *asteittain lievenevänä muutoksena*. Sodan päättymisen jälkeinen poliittisen puhdistuksen luonteinen laaja-alainen sanktioiden käyttö väheni ja lieventyi repression oikeudellistumisen – ja myös yksinkertaisesti ajan kulumisen – myötä. Vuoden 1918 edetessä myös ”ulkopoliittiset paineet” alkoivat entistä vahvemmin edellyttää oikeusvaltiollisten periaatteiden kunnioittamista vasta itsenäistyneen ja kansainvälistä tunnustusta hakeneen valtion oikeudenkäytössä.³⁰

*

Maailmansotien välistä aikaa leimasivat Suomessa syvät poliittiset ristiriidat, joita maailmanlaajuinen talouslama osaltaan kärjisti. Oikeudenkäyttö sai 1920-luvun edetessä vahvasti poliittisia piirteitä; äärivasemmiston poliittista toimintaa pyrittiin kitkemään tarkoitushakuisin tulkinnoin oikeuslaitoksen ratkaisujen avulla, kuten erityisesti *Lars Björne* on väitöskirjassaan (1977) vakuuttavasti osoittanut.³¹ Sisäpoliittisen tilanteen merkitystä poliittisen oikeudenkäytön taustalla kuvaa havainnollisesti se, että oikeudenkäytön (ja muunkin viranomaistoiminnan) tarkoitushakuinen poliittisuus saavutti lakipisteensä 1930-luvun alkuvuosina, jolloin yhteiskunnallinen tilanne oli epävakaimmillaan. Vastaavasti poliittisen elämän tasaantuminen, jonka eräs ilmentymä oli maalaisliiton ja sosiaalidemokraattien punamultayhteistyö 1937 alkaen, vähensi poliittisten oikeudenkäyntien määrää selvästi.³²

1930-luvun kuumenneessa poliittisessa ilmapiirissä nostettiin valtiopäivillä esille myös kuolemanrangaistuksen käytön laajentaminen. Kuten niin usein kontrollia koventamaan tähänneiden suunnitelmien yhteydessä, nytkin hanketta perusteltiin erityisesti lisääntyminen rikollisuuden aiheuttamilla uhkillä. Kovenushankkeen puuhamiehet tulivat poliittisen oikeiston leiristä. Vuonna 1934 tehtiin toivomusaloite kuolemanrangaistuksen käyttöön ottamisesta törkeimmän rikollisuuden torjumiseksi. Seuraavana päivänä tehtiin ”vasta-aloite” kuoleman-

³⁰ Ks. *Kekkonen* 1991, s. 91–92.

³¹ Ks. *Lars Björne*: ”syihin ja lakiin eikä mielivaltaan”. Tutkimus poliittisista oikeudenkäynneistä Turun hovioikeudessa vuosina 1918–1939. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1977.

³² Ks. *Jukka Kekkonen*: Poliittinen rikollisuus Suomessa vuosina 1918–1939 teoksessa *Sari Forsström* (toim.): Laittomuuden laitoteillä. Historian laitoksen julkaisu 1996, s. 227–242.

rangaistuksen poistamiseksi.³³ Myös hallitus selvitti eri yhteyksissä vakavasti mahdollisuutta kuolemanrangaistuksen käyttöön ottamiseksi. Asia nousi esille muun muassa maan- ja sotapetoksia sekä valtiopetoksia koskevien säännösten uudistamisen yhteydessä vuosien 1934 ja 1935 valtiopäivillä; tavoitteena oli laajentaa kuolemanrangaistusten käyttöalaa. Esitykset eivät kuitenkaan menneet lopulta läpi.³⁴

Toiselta puolen kuolemanrangaistuksen poistamista esitettiin äärivasemmiston toimesta valtiopäivillä 1919, 1921 ja 1927. Äärivasemmistolaisen (erityisesti kommunistisen) toiminnan tultua kielletyksi 1930-luvun alussa kuolemanrangaistuksen vastustajat järjestäytyivät laajaksi rintamaksi, joka onnistui muun muassa keräämään yli 127 000 nimeä kuolemanrangaistuksen käyttöä vastustavaan adressiin. Vastustajien rintamaa voi yhteiskunnalliselta orientaatioltaan puolestaan luonnehtia ”vasemmistolais-liberaaliseksi”. Rintamassa oli huomattavan paljon tunnettuja kulttuurielämän vaikuttajia.³⁵

Lopulta vireille pannut hankkeet kuolemanrangaistuksen tiimoilla eivät johtaneet käytännön tuloksiin, lainsäädäntötoimiin – toisin kuin eräät muut toimet kontrollipolitiikan alueella, jossa koveneva linja tuli selvästi esille 1930-luvun alkupuolen sisäpoliittisesti kärjistyneessä ilmapiirissä.³⁶

*

Käytännössä kuolemanrangaistuksen käyttö oli erittäin harvinaista. Rikoslain voimaantulon jälkeisenä kahdenkymmenen vuoden aikana tuomioita langetettiin ainoastaan kuusi, eikä yhtään niistä pantu täytäntöön. Vuoden 1917 jälkeen 1930-luvulle saakka linja tiukkeni sikäli, että murhasta tuomittiin kuolemaan noin yksi henkilö vuodessa. Seuraavan vuosikymmenen lopulla määrä kasvoi; esimerkiksi 1935–1940 tuomittiin 14 kuolemanrangaistusta. Neljänä sotien jälkeisenä vuotena kuolemantuomioita annettiin kaikkiaan kahdeksan. Tuomioita ei kuitenkaan pantu täytäntöön.³⁷

Toisen maailmansodan aikana sodan luomissa poikkeuksellisissa oloissa (1939–1944) kuolemanrangaistuksia tuomittiin sen sijaan kaikkiaan 681, joista

³³ Lindstedt 1997, s. 54. Samoin hylättiin vuonna 1935 aloite siitä, että kuoleman- ja raipparan- gaistukset olisi uudelleen otettava käyttöön.

³⁴ Näiden aloitteiden takana oli poliittinen oikeisto. Hankkeita vastustivat sosialidemokraattien ohella osa porvarillisesta keskustasta. Ks. Lindstedt 1997, s. 55–56.

³⁵ Ks. Lindstedt 1999, s. 57.

³⁶ Ks. Heikki Pihlajamäki: 1900-luvun rikosoikeudellisia kehityslinjoja – klassisesta rikosoikeudesta uusklassiseen. Pia Letto-Vanamo (toim.): Suomen oikeushistorian pääpiirteet. Gaudeamus 1991, s. 275–276. Ks. myös Juha Siltala: Lapuan liike ja kyyditykset. Otava 1985.

³⁷ Ks. Lindstedt 1999, s. 53, 632. Vuonna 1918 perustettu Korkein oikeus tuomitsi rauhan aikana vain yhden kuolemanrangaistuksen.

ylivoimaisesti suurin osa kenttäoikeuksissa (lopun pikaoikeuksissa). Niistä pantiin täytäntöön ainakin 528, kuten *Jukka Lindstedt* on väitöskirjassaan (1999) yksityiskohtaisesti osoittanut. Kuolemanrangaistuksen käytön frekvenssi oli suurimmillaan jatkosodan aikana. Suurin osa kuolemanrangaistuksista kohdistui vakoilijoihin, jotka olivat kansallisuudeltaan venäläisiä. Kuolemanrangaistusta käytettiin kuitenkin sotaväen rikoslain säännösten kovennuksen (1944) jälkeen myös rintamakarkuruuden seuraamuksena.³⁸

Kuolemanrangaistuksesta käytiin viranomaisten piirissä keskustelua sodan aikana; sekä poliittisilla että sotilaallisilla päättäjillä oli erilaisia käsityksiä siitä, missä tilanteissa, kuinka laajasti ja millaisin menettelyin kuolemanrangaistuksia tulisi tuomita.³⁹

*

Toinen maailmansota muutti poliittisen aselman Suomessa; nyt myös ääriväsymmisto sai poliittiset toimintamahdollisuudet ja suuren joukkokannatuksen ensimmäisissä sodanjälkeisissä vaaleissa. Uudessa asetelmassa kuolemanrangaistus poistettiin rauhanajan lainsäädännöstä vuonna 1949 annetulla lailla. Esitys perustui huolelliseen virkamiesvalmisteluun.⁴⁰ Vuonna 1965 oikeusministeriö käynnisti lainvalmisteluhankkeen, joka johti vuonna 1972 siihen, että kuolemanrangaistuksen käytöstä luovuttiin kokonaan. Eduskunnassa esitys sai osakseen vastustusta vain muutamilta Suomen maaseudun puolueen ja kansallisen kokoomuksen edustajilta.⁴¹

Muutos istui hyvin aikakauden oikeuspoliittiseen ilmapiiriin, jota leimasi muun ohessa vahva pyrkimys lieventää yhteiskunnallista kontrollia ja parantaa oikeusturvan takeita pakkotoimien yhteydessä.⁴²

JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Edellä läpiviety suhteellisen suppea ja fragmentaarinen katsaus antaa mahdollisuudet seuraaviin johtopäätöksiin kuolemanrangaistuksen yhteiskunnallisista

³⁸ Ks. *Lindstedt* 1999, s. 478–490. Ks. myös *Erkki Rintala* (toim.): Paavo Alkio, Sotatuomarin päiväkirjat, Gummerus Kustannus Oy, 2003, eri kohdin.

³⁹ Tätä ristivetoa kuvaavat oivallisesti mm. *Paavo Alkion* sotapäiväkirjat.

⁴⁰ Laki meni eduskunnassa melko vaivattomasti läpi. Sen eduskuntakäsittelyn yhteydessä eräät SKDL:n edustajat vaativat kuolemanrangaistuksen poistamista kokonaan, mutta esitys hävisi selvästi äänestyksessä.

⁴¹ Ks. tarkemmin *Lindstedt* 1999, s. 639–641.

⁴² Ks. *Jukka Kekkonen*: Suomen oikeuskulttuurin suuri linja. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1898–1998. Suomalainen lakimiesyhdistys 1998, s. 103–106.

funktioista. Kuolemanrangaistuksen käyttö on itsestäänselvästi yhteiskunnallisesti suhdanneherkkää; rauhallisissa oloissa sen käyttö on huomattavasti vähäisempää kuin kriisien aikana. Tämä säännönmukaisuus näyttää pätevän pitkälti myös ajankohdasta tai aikakaudesta riippumatta, mikä osaltaan viittaa kuolemanrangaistuksen (ja muiden ankarien kontrollitoimien) ja yhteiskunnallisen valtarakenteen välisten kytkentöjen tiiviyteen.

Samasta seikasta vakuuttavan todistuksen antaa myös englantilaisen *Richard J. Evansin* massiivinen tutkimus kuolemanrangaistuksen historiasta Saksassa: Evans osoittaa kuolemanrangaistusten tuomitsemisen (ja seuraamuksen faktisen toimenpanon) olleen aina yleisempää silloin, kun kyse on ollut poliittisen opposition jäsenten tai valtaväestöstä eroaviin etnisiin tai kansallisiin ryhmiin kuuluneiden henkilöiden rikosten sanktioinnista. Vastaavasti näihin ryhmiin kohdistuneita rikoksentehtäjiä armahdettiin keskimääräistä harvemmin.⁴³

Näin ollen voidaan sanoa, ettei kuolemanrangaistus – sen enempiä kuin sosiaalinen kontrolli muutoinkaan – ole poliittisesti neutraali rankaisemisen instrumentti, jolla pyritään ylläpitämään yhteiskunnallista järjestystä ja ennalta ehkäisemään rikollisuutta, vaan mainitun seuraamuksen käyttö on kiinteästi sidoksissa yhteiskunnallisiin valtasuhteisiin. Valtasuhteiden vinoutumat – jonkin tai joidenkin ryhmien eduksi ja toisten vahingoksi – lisäävät ”diskriminatorisen”, tasa-arvon periaatteesta etäännyvän oikeudenkäytön riskiä. Näin on ollut silloinkin, kun laki – jopa oikeusvaltiollista yhdenvertaisuusperiaatetta alleviivaava – on säilynyt muuttumattomana.

On kuitenkin tärkeä tuoda esille, etteivät oikeudenkäyttöön mahdollisesti peittyvät tasa-arvon kannalta ongelmalliset piirteet ensisijaisesti tai lainkaan ole seurausta tietoisista poliittisista valinnoista. Pikemminkin kysymys on tiedostamattomista ja reflektoimattomista ratkaisuista, joilla pyritään vastaamaan vallitsevan yhteiskunnallisen ilmapiirin esille nostamiin paineisiin. Kylmä tosiasia on se, että riippumaton oikeuslaitoskaan ei ole faktisesti riippumaton yhteiskunnan suurista rakenteellisista ja mentaalisisista valtavirroista. Oikeuslaitoskin taipuu yhteiskunnallisten valtavirtojen suuntaisesti, joskin sen suhde yhteiskunnallisiin valtarakenteisiin – modernissa yhteiskunnassa – on etäisempi ja vähemmän suoraviivainen kuin toimeenpano- ja lainsäädäntövallan ollessa kysymyksessä.

Toinen mielenkiintoinen aspekti – osin edelliseen liittyen – paljastaa sitä kautta, ketkä eri aikoina ovat kuolemanrangaistusta kannattaneet ja ketkä sitä ovat vastustaneet. Nykyajan perspektiivistä ja sotien jälkeisistä mielipidetiedusteluista⁴⁴ nouseva käsitys kadunmiehen asenteiden kovuudesta ei saa täyttää tukea oi-

⁴³ *Richard J. Evans: Rituals of Retribution. Capital Punishment in Germany 1600–1987. Penguin Books 1997 (alkup. Oxford University Press 1996), s. 507–517, 605–610, 726–738 ja eri kohdin.*

⁴⁴ Ks. *Lindstedt 1999, s. 646–652.*

keushistoriallisen aineiston valossa, kuten edellä on käynyt ilmi. Pikemminkin voidaan nähdä, että ankarinta linjaa kontrollipolitiikassa yleensä ja erityisesti kuolemanrangaistuksen osalta ovat ajaneet ne, jotka ovat olleet lähinnä vallan ylimpiä kerroksia. Toiselta puolen nimenomaan muutosvaatimukset lievempään suuntaan ovat tulleet voimakkaimmin alimmista yhteiskunnallisista kerrostmista, joiden jäsenten valta(resurssit) eri muodoissaan ovat olleet heikoimmat. Tämäkin seikka viittaa vahvasti yhteiskunnallisen kontrollin ja vallan yhteenkietoutumiseen.

Kuolemanrangaistuksen vaiheet, tarkemmin sanottuna sitä koskeva diskurssi 1930-luvun Suomessa ovat elävä esimerkki edellä sanotusta. Poliittinen oikeisto (äärioikeisto äänekkäimmin) kannatti kuolemanrangaistusten alan laajentamista ja seuraamuksen käyttämistä myös faktisesti. Seuraamusta vastusti voimakkaimmin poliittinen vasemmisto, minkä ohella poliittisen keskustan piiristä löytyi voimia, jotka olivat samalla kannalla. Monet vasemmiston edustajat sanoivat suoraan, että kuolemanrangaistus oli suunnattu heitä vastaan. Kuvaavaa oli, että punamultayhteistyön käynnistymisen jälkeen aloitteet kuolemanrangaistuksen käytön laajentamisesta loppuivat.⁴⁵ Myöhemminkin – tosin miltei yksittäisiksi jääneet – kannanotot kuolemanrangaistuksen puolesta tulivat poliittisen oikeiston kansanedustajien suusta. Myös eräät oikeustieteen asiantuntijat kannattivat seuraamusta vielä 1950- ja 1960-luvuilla.

Nähtäväksi jää, miten viimeisten vuosikymmenten aikainen käänne kovemman kriminaalipolitiikan suuntaan⁴⁶ vaikuttaa kuolemanrangaistuksen käyttöön ja kuolemanrangaistuksia koskeviin asenteisiin. Edes ihmisoikeusajattelun huomattava vahvistuminen ja liberaalisen demokratian ideologinen voittokulku Berliinin muurin kaatumisen jälkeen eivät ole panneet pistettä kuolemanrangaistuksen käytölle – ei edes kaikissa liberaalisen demokratian nimiin vannovissa valtioissa.

⁴⁵ Ks. *Lindstedt* 1999, s. 56. Mielenkiintoista kyllä, sama koski 1930-luvun poliittisia oikeudenkäyntejä, jotka tyrehtyivät miltei kokonaan vuosikymmenen lopulla. Ks. *Jukka Kekkonen: Poliittinen rikollisuus Suomessa vuosina 1918–1939*. Sari Forsström (toim.): Laittomuuden laitoteilla. Historian laitos, Helsingin yliopisto 1996.

⁴⁶ Ks. tästä problematiikasta tarkemmin *Jukka Kekkonen: Onko kontrollipolitiikassa tapahtunut historiallinen käänne*. Teoksessa *Muutos ja jatkuvuus*, Jukka Kekkonen 50-vuotisjuhlakirja (toim. *Jyri Inha*) Talentum. 2003. s. 197–224

Hannu Kiuru

Yksilöllinen käsittely ja yhteiskuntasuojelu

TAUSTAA

Beccaria

Italialainen taloustieteilijä Cesare Beccaria (1738–1794) on jäänyt pysyvästi rikosoikeuden historiaan vuonna 1764 ilmestyneen teoksensa ”Dei delitti e delle pene” ansiosta. Hänen tarkoituksenaan ei ollut julkaista yleisesitystä rikosoikeuden alalta vaan esittää poliittis-sosiaalisia havaintoja rikosoikeusjärjestelmästä. Beccarian kritiikki oli niin terävää, että hän piti viisaimpana jättää nimensä pois ensimmäisestä painoksesta. Lyhyessä ajassa jouduttiin ottamaan useita painoksia. Joitakin vuosia myöhemmin julkaistut käännökset tekivät Beccarian ajatukset laajalti tunnetuiksi.

Beccaria nousi vastustamaan vanhan järjestelmän epäinhimillisyyttä vaatimalla kidutuksen poistamista ja rangaistusjärjestelmän humanistamista. Hän vastusti kuolemanrangaistusta ja korosti prevention merkitystä. Rikosoikeudenkäynti oli uudistettava. Tuomareilta oli poistettava harkintavalta laintulkintakäytännöissä. Lait ovat yleisen edun nimissä annettuja ja yleisen kansalaistahdon ilmauksia. Lakien tulee olla selviä ja helposti tulkittavia.

Beccaria ei tietenkään 1700-luvulla kirjoittaessaan voinut nähdä rikoksentekijän persoonallisuuden tutkimisen välttämättömyyttä. Siihen kiinnittivät ensimmäisinä huomiota vasta positivistit toistasataa vuotta myöhemmin. Beccaria toi kuitenkin esille, että rikos on inhimillinen teko ja että rikoksen tehneestä ihmisestä on saatava tietoa. Hän piti rikosoikeuden tehtävänä yhteiskuntajärjestyksen puolustamista mutta kiisti kostoajatuksen. Rangaistus on epäoikeudenmukainen, ellei se ole aivan välttämätön yleisen turvallisuuden säilyttämiseksi. Beccaria heijasti aatteiden vallankumousta. Hänen vaatimansa tapojen ja lakien uudistamiset eivät koskettaneet vain yhden kansakunnan asukkaita vaan koko ihmiskuntaa. Beccaria oli vallankumouksellinen päämäärissään ja uudistaja menetelmässään. Hänen rikosoikeudelliset käsityksensä perustuivat lähinnä yhteiskuntasuojeluajatukselle.

Valistusfilosofina Beccaria olivat innoittaneet Rousseau ”Yhteiskuntasopimus” (1762), Montesquieun ”Persialaisia kirjeitä” (1721) ja ”Lakien henki” (1748) sekä Francis Baconin teokset. Beccarian mielestä on parempi ehkäistä

rikoksia kuin rangaista niiden tekijöitä. Varmin tapa ehkäistä rikollisuutta on kasvatuksen tehostaminen. Kaikessa kasvatuksessa tulisi nojautua Rousseauin luomiin elämänohjeisiin. Cesare Beccarian esittämät periaatteet ovat ajankohtaisia ja niillä on kantavuutta vielä nykyäänkin.¹

Positivismi

Positiivinen rikosoikeuskoulu asetti rikosoikeuden ja kriminaalipolitiikan tieteistä riippuvaksi ja keskittyi rikosten syiden selvittämisessä tieteellisiin perusteisiin. Rikollisen teon asemesta oli tutkittava sen tekijää. Yhteiskunnan suojelu oli positivistien lähtökohta ja toiminnan perusta. Sillä korvattiin klassisen koulun käyttämä rikosoikeudellisen vastuun käsite. Yksilöllinen käsittely ja rikoksentekijän persoonallisuuden tieteellinen tutkiminen tulivat ensi kerran rikosoikeudenhoidon käyttöön.²

Cesare Lombroso aloitti teoksellaan ”L’uomo delinquente” (1876) rikosantropologian tutkimuksen ja esitti siinä oppinsa synnynnäisestä rikoksentekijästä. Raffaele Garofalon teos ”Criminologia” (1885) antoi nimen rikosten syytä tutkivalle tieteelle. Garofalon mukaan rikoksentekijän subjektiivinen vaarallisuus on pysyvä tila, jonka määrittelyssä on otettava huomioon myös ennuste rikollisen vastaisesta käyttäytymisestä. Enrico Ferri aloitti rikossosiologian tutkimuksen teoksellaan ”Sociologia criminale” (1892). Hänen mukaansa rikollisten luokittelun tuli olla pohjana yksilölliselle käsittelylle, joka määräytyy tieteellisten lääketieteellis-psykologisten ja sosiaalisten tutkimusten perusteella.

Franz von Liszt, G. A. Van Hamel ja Adolphe Prins perustivat 1889 Berliinissä Kansainvälisen Kriminalistiyhdistyksen (IKV) toteuttamaan positiivisen koulun oppeja käytännössä. Yhdistyksen tehtävänä oli rikollisuuden vastustamisessa tarvittavien menetelmien tieteellinen tutkimus. Rikollisuutta ja sen syytä pyrittiin tarkastelemaan antropologiselta, sosiologiselta ja juridiselta kannalta. IKV:n kongresseissa käsiteltiin yleensä vaarallisiin, parantumattomiin, tavanomaisiin ja tilapäisiin rikollisiin kohdistettavia toimenpiteitä. Yhdistyksen toiminta päättyi ensimmäisen maailmansodan aikana. Kansainvälinen riksoikeusjärjestö (AIDP) perustettiin Pariisissa 1924.³ Raimo Lahti on ollut AIDP:n varapresidenttinä vuodesta 1994.

Ranskalainen Raymond Saleilles selvitti vuonna 1898 ilmestyneessä tutkimuksessaan ”L’individualisation de la peine” rangaistuksen yksilöllisen käsitte-

¹ Beccaria, Cesare, Rikoksesta ja rangaistuksesta, Vankeinhoidon koulutuskeskuksen julkaisuja 8/1998, Edita, Omistettu K. J. Långin elämäntyön muistolle.

² Lappi-Seppälä, Tapio, Rikosten seuraamukset, Helsinki 2000, s. 21–23.

³ Kunter, Nurullah, La contribution de l’UIDP au progrès de la législation et de la science du droit criminel, RIDP 1951 s. 319–329.

lyn perusteita. Hän vaati seuraamuksen määräämisestä päättävän juryn jäseniksi lääkäreitä, esimiesasemassa olevia vankeinhoitoalan työntekijöitä, kouluttajia ja kasvattajia. Yksilöllisen käsittelyn kannalta on tärkeintä se, miten täytäntöönpanovaihe on järjestetty. Saleilles'n tutkimus on säilyttänyt paikkansa alan perusteoksena. Ranskalaisen kriminalistin Georges Levasseurin aloitteesta teoksen ilmestymisen satavuotismuiston kunniaksi 1998 pidetyn seminaarin aineisto on otettu vuonna 2001 ilmestyneen uusintapainoksen liitteeksi.⁴

Adolphe Prins korosti vuonna 1910 ilmestyneessä ”Défense sociale” -teoksessaan rikollisen yksilöllisten ominaisuuksien huomioon ottamisen tärkeyttä. Tuomarilla tuli olla tietoja syytetyn entisyydestä, perheoloista ja psykologisesta tilasta. Seuraamusta määrittäessä oli pyrittävä yhteiskunnan suojeluun eikä rikollisen teon rankaisemiseen syyllisyyden osoittamassa suhteessa.

Rikosoikeusjärjestöt

Rikollisuuden tutkimista ja sen vastustamista varten perustetuista neljästä yhdistyksestä Défense sociale -yhdistys on perustettu 1949 ja Kansainvälinen rikosoikeusjärjestö (AIDP) 1924. Kansainvälinen Kriminologiyhdistys (1934) aloitti sodan jälkeen uudelleen toimintansa 1949. Rikosoikeus- ja vankeinhoito-säätiö (FIPP) on perustettu vuonna 1950 ja sitä edeltänyt vankeinhoitokongresseja järjestänyt komissio (CIPP) vuonna 1872. YK:n rikollisuuden vastustamista ja rikoksentekijäin käsittelyä tutkivia kongresseja on pidetty viiden vuoden välein vuodesta 1955 lukien. Défense sociale -yhdistyksen aloitteesta järjestöt ja YK:n edustajat ovat vuodesta 1963 lähtien kokoontuneet Italian Bellagioon neuvottelemaan kongressien aikatauluista ja aihevalinnoista. Vuonna 1982 järjestöt perustivat kansainvälisen yhteistoimintakomitean.⁵

YHTEISKUNTASUOJELU (DÉFENSE SOCIALE)

Yksilöllinen käsittely on ollut olennainen piirre défense sociale -liikkeen toiminnassa alusta lähtien. Kahdeksassa kongressissa (1947–1971) liike on esittänyt tehtäväksi rikosoikeudelliseen järjestelmään yksilöllisen käsittelyn kannalta tärkeinä pitämiään uudistuksia.

⁴ Saleilles, Raymond, *L'individualisation de la peine*, De Saleilles à aujourd'hui, Réédition de la troisième édition, suivie d'un colloque *L'individualisation de la peine: cent ans après Saleilles*, organisé par l'Association régionale de criminologie des Pays de Loire, qui s'est tenu à Nantes, le 23 octobre 1998, Ramonville Saint-Agne 2001, s. 147–149.

⁵ Comité international de coordination entre les quatre grandes associations internationales dotées de statut consultatif auprès du Conseil économique et social des Nations Unies, *Bulletin de la Société internationale de défense sociale*, Paris-Bruxelles 1982, s. 93–94.

San Remon kongressissa 1947 kiinnitettiin päähuomio rikoksentehtäjäyksilön persoonallisuuteen. Valtiovallan tehtäväksi määriteltiin yhteiskunnan suojeleminen sellaisin kasvatus- ja hoitotoimin, jotka eivät loukkaa yksilön oikeuksia. Uudistuksia vaadittiin tehtäväksi rikosoikeudellisessa seuraamusjärjestelmässä. Muutokset oli toteutettava järjestelmällisesti käyttämällä hyväksi saavutettua tutkimustietoa. Seuraamuksia määrättäessä tuli käytettävissä olla tiedot yksilön subjektiivisista ja sosiaalisista taustatekijöistä.⁶

Liègen kongressissa 1949 teemana oli ”Yhteiskunnan etu ja ihmisoikeuksien huomioon ottaminen persoonallisuustutkimuksissa”. Kongressissa tehtiin päätös Défense sociale -yhdistyksen perustamisesta. Järjestäytymiskokouksessa todettiin yhdistystä tarvittavan liikkeen periaatteiden kehittämistä ja tunnetuksi tekemistä varten. Yhdistyksen säännöt määrittivät sen tarkoitukseksi taistelun rikollisuutta vastaan parhain mahdollisin keinoin yhteistyössä muiden alan yhdistysten kanssa kiinnittämällä erityisesti huomiota ihmistä tutkivien tieteiden saavutuksiin sekä tutkimalla ihmisyksilön ja yhteiskunnan välisen suhteen perusteita. Yhdistyksen toiminnan ei tullut rajoittua rikosoikeuteen ja kriminologiaan.⁷

Antwerpenin kongressissa 1954 oli aiheena ”Tuomitseminen ja täytäntöönpanon yksilöllistäminen”. Päätöslauselmassa todettiin persoonallisuustutkimuksen olevan perustana toimenpiteiden määrittämiselle. Sosiaalistamisen onnistumisen edellytyksenä oli, että mahdollisimman korkeatasoinen tieteellinen asiantuntemus on ollut käytettävissä sitä tehtäessä. Tutkimuksen tuli olla pakollinen nuorten ja nuorten aikuisten kohdalla sekä tietäntyyppisten rikosten kysymyksessä ollessa. Kongressi suositti oikeudenkäynnin jakamista kahteen erilliseen osaan, yhtäältä syyllisyyden toteamista ja toisaalta seuraamuksen määrittämisestä varten. Kaksivaiheisessa prosessijärjestelmässä henkilötutkintatietoja käytettäisiin vain jälkimmäisessä vaiheessa. Syytetylle aiheutuisi vähemmän haittaa henkilötutkintatietoja mahdollisesti koskevasta ilmoittamiskiellostä.

Täytäntöönpanoa koskevissa suosituksissa Antwerpenin kongressi korosti täytäntöönpanovaiheen merkitystä rangaistuksen yksilöllistämisen kannalta. Tuomioistuinten päätösten toimeenpano kuuluu siitä vastaaville hallinnollisille viranomaisille. Toimenpiteen luonnetta ja kestoaikaa koskevien sekä kaikenlaisien yksilön vapautta rajoittavien päätösten tekeminen on tuomarin tai oikeudellisin takein toimivan elimen asia. Yhteiskunnan edun ja yksilön oikeuksien noudattamisen valvontaa varten vaadittiin täytäntöönpanotuomarijärjestelmän perustamista.⁸

Milanon kongressissa 1956 teemana oli ”Ihmiselämää ja ruumiillista koskemattomuutta vastaan tehtyjen rikosten ehkäiseminen”. Kongressi suositti rikos-

⁶ Bulletin 1955 s. 12–15.

⁷ Bulletin 1955 s. 16–18.

⁸ Bulletin 1955 s. 19–23.

ten syiden tutkimista rikostilastojen avulla. Käsittelymenetelmillä saavutettuja tuloksia olisi selvitettävä. Lapsia ja nuoria henkilöitä varten tuli luoda preventiivisten toimenpiteiden järjestelmä. Laillisuusperiaatetta oli noudatettava ja päätöksenteolle oli annettava oikeudelliset takeet. Aikuisväestönkin osalta tuli tutkia rikosten tekemiseen johtavaa käyttäytymistä. Lainsäännöksin olisi määriteltävä, milloin ja millä tavoin tällaiseen käyttäytymiseen olisi puututtava.⁹

Ensimmäisessä rikollisuuden vastustamista ja rikoksentekijäin käsittelyä koskevassa YK:n kongressissa Lontoossa 1955 oli ollut aiheena nuorisorikollisuuden vastustaminen. Kongressi jätti kuitenkin määrittelemättä ne toimenpiteet, joihin epäsosiaalisen teon johdosta oli ryhdyttävä. Tämän vuoksi *défense sociale*-liikkeen Tukholman kongressissa 1958 päätettiin selvittää, millaisiin toimiin oli aihetta ryhtyä lasten ja nuorten kohdalla. Teemana oli ”Hallinnolliset vai oikeudelliset toimenpiteet sosiaalisesti sopeutumattomien lasten ja nuorten kohdalla”.

Kongressissa oli esillä luopuminen rikosoikeudellisen täysi-ikäisyyden käsitteestä, jolloin toimenpidettä valittaessa voitaisiin ottaa yksilölliset näkökohdat paremmin huomioon. Nuoria aikuisia varten katsottiin kuitenkin tarpeelliseksi muodostaa erillinen säännöstö, koska aikuiseksi kehittyminen ulottuu 25. ikävuoteen saakka. Tämän kehitysvaiheen alaikärajaksi määriteltiin 18 vuoden ikä. Nuorten aikuisten sosiaalistamiseen tähtäävät toimenpiteet oli valittava huomioon ottaen esille tulleet biologiset ja sosiaaliset ongelmat. Kongressin päätöslauselmissa tähdennettiin nuoren henkilön psykofyysisen ja sosiaalisen asteittaisen kehittymisen tutkimista yhteiskuntaan sopeuttavia toimenpiteitä määrättäessä. Preventiivisiä tuki- ja huoltotoimenpiteitä suositeltiin käytettäväksi niitä tarvitseville lapsille iästä riippumatta.

Kongressi ei ottanut lainkaan kantaa siihen, mille toimielimille oli ratkaisuvallta nuoria henkilöitä koskevissa asioissa annettava. Päättävän toimielimen vähimmäisedellytykset kylläkin määriteltiin. Jäsenillä tuli olla kokemusta lastensuojelu- ja nuorisonhuoltotyössä. Ainakin yhden piti olla lakimies. Kussakin asiassa oli toimitettava sosiaalinen ja lääketieteellis-psykologinen tutkimus. Toimielimen tuli olla riippumaton ja sen päätöksistä oli järjestettävä muutoksenhakumahdollisuus.¹⁰

Belgradin kongressissa 1961 jatkettiin Tukholmassa esillä olleiden kysymysten käsittelyä. Aiheena oli ”Missä määrin on aiheellista soveltaa käsittelyssä erilaista säännöstöä alaikäisten nuorten ja aikuisten kohdalla?”. Todettiin, että ikärajoihin perustuvat säännökset edellyttivät lääkäreiden, psykologien, sosiologien ja sosiaalityöntekijöiden asiantuntevasti tekemiä tutkimuksia. Tarvittiin tie-

⁹ Bulletin 1956–57 s. 25–29.

¹⁰ Bulletin 1959 s. 10–12.

toa aikuiseksi kypsymisen eri vaiheista ja näihin kehitysvaiheisiin liittyvästä rikollisuudesta. Tuomareille oli annettava kriminologista koulutusta. Tuomittuun seuraamukseen tuli voida tehdä vielä täytäntöönpanovaiheessa käsittelyohjelman kannalta tarpeellisia muutoksia. Kansainvälistä yhteistyötä oli tehostettava nuoria aikuisia koskevien ongelmien monitieteellisessä tutkimuksessa.¹¹

Seitsemäs kongressi Leccessä 1966 käsitteli aihetta ”Ammatin ja tietyn toiminnan harjoittamista koskevat kiellot”. Kongressi rajoittui suosituksissaan toteamaan, että itsenäisinä erityisseuraamuksina pidettävistä kielloista päättämisen tulisi yleensä kuulua tuomioistuimelle. Kurinpitomenettelyn ja rikosprosessin yhteen sovittamiseksi ehdotettiin muun viranomaisen toimintakieltopäätöksestä järjestettäväksi muutoksenhakumahdollisuus tuomioistuimeen. Kiellon määrääminen edellytti yleensä persoonallisuustutkimuksen tekemistä. Kiellon kohteeksi joutuneen henkilön sosiaalistamisesta oli aina huolehdittava.¹²

Pariisin kongressissa 1971 oli aiheena ”Yksilöllinen käsittely défense sociale -järjestelmässä”. Kriittisimmissä puheenvuoroissa väitettiin sosiaalistavan käsittelyn osoittautuneen tuloksettomaksi. Yhteiskunnan uhkana olevan valkokaulusrikollisuuden sekä huume- ja väkivaltarikollisuuden syiden selvittämiseen oli kiinnitetty aivan liian vähän huomiota. Rikollisuus ei ole sosiaalinen eikä biologinen ilmiö. Laillisuusperiaatteen noudattamista vaarannetaan, jos lähtökohtana seuraamuksen määräämiselle ei ole rikos vaan tekijän persoonallisuuspiirteet.¹³

Kongressin yleisraportissa on pohjoismaisten sosiologien kritiikki pelkistetty kolmeksi kohdaksi:

1) Yksilöllinen käsittely ei vaikuta rikosten määrään eikä rakenteeseen. Rikoslainsäädännön uudistaminen ja rikollisuutta aiheuttavien tilanteiden tiukka kontrolli ovat paljon tehokkaampia keinoja kuin rikosentekijöiden yksilöllinen käsittely.

2) Keskipäivärikollinen ei ole sairas eikä psykiatrisen hoidon tarpeessa. Psykiatria ja psykologia eivät voi ratkaista kriminologian ja kriminaalipolitiikan perusongelmia. Rikosten tekeminen on täysin normaalia käyttäytymistä. Tietyllä ikäkaudella kaikki tekevät rikoksia.

3) Yksilöllinen käsittely ei merkitse humanimpaa suhtautumista rikosentekijöihin. Rangaistusta ei saa naamioida uusilla käsittelyn ja kuntoutusterapian nimikkeillä. Suhteellisuusperiaatetta on noudatettava. Seuraamuksella aiheutetun pahan tulee olla suhteessa tehtyyn rikokseen.

¹¹ Versele, Severin C., *Compte rendu des travaux du VIe Congrès international de défense sociale*, Bulletin 1961 s. 9–22.

¹² Bulletin 1967 s. 38–40.

¹³ Kiuru, Hannu, *Yksilöllinen käsittely seuraamusjärjestelmässä*, Kriminaalihuolto 1972 s. 199–202.

Pariisin kongressin yleisraportin mukaan käsittelyn vastustajatkin hyväksyivät parhaan mahdollisen yksilöllisen käsittelyn antamisen. Yleisestävyyden tulee kuitenkin kriittisen käsityksen mukaan olla ensisijainen syy vankilarangais-tukselle. Yksilöllistä käsittelyä voitaisiin parantaa säätämällä laki tieteellisin menetelmin tehtävistä tutkimuksista.¹⁴

Käsittelymenetelmien käytön arviointia

Käsittelymenetelmiä arvosteltiin 1970-luvulla väittämällä niiden käytön osoit-tautuneen tuloksettomaksi. Ne alistavat ja orjuuttavat yksilöä, loukkaavat tämän sisäistä vapautta ja aiheuttavat monenlaista haittaa. Rikollinen teko jää huomiota vaille, kun kohteena on yksinomaan tekijä. Arvostelijoiden mielestä riittävä pe-ruste käsittelyn hylkäämiselle oli se, ettei sillä ollut lainkaan voitu vaikuttaa uu-sintarikollisuutta estävästi. Arvosteluun vastattiin huomauttamalla, että käytetty-jen menetelmien käyttöä ei ollut tutkittu eikä tarkkoja ennusteita tehty. Käsitte-lyn epäonnistuminen on saattanut johtua valvontalautakuntien holhoavasta ja moralisoivasta suhtautumisesta. Esteinä tuloksiin pääsemiselle on voinut olla menetelmien puutteellisuus, käsittelyajan lyhyys ja vaillinaisesti koulutettu hen-kilökunta¹⁵.

Uudentyyppisten väkivaltarikosten kuten terrorismin, panttivankien ottami-sen ja lentokonekaappausten kohdalla ei yksilöllinen käsittely eikä terapia tule kysymykseen. Väkivaltarikollisuuden kasvu on johtanut rangaistusten ankaroi-tumiseen ja puolustautumisen rajoittamiseen. Terrorismin vastaisessa taistelussa on jopa ihmisoikeuksia loukattu. Väkivaltaa ei näillä toimenpiteillä ole pystytty vähentämään.

Yksilöllisen käsittelyn uudet linjaukset

Défense sociale -liikkeen lähtökohtana on ollut kriittinen asenne voimassa ole-vaa järjestelmää ja repressiivisiä menetelmiä kohtaan. Jos jotkut käytössä olevat käsitteet kaipaavat edelleen kehittämistä, on liikkeen toimintaperiaatteiden mu-kaista arvioida niiden sisältö uudelleen. Ihmisoikeuksien loukkaamisesta liikettä ei voida syyttää. Ihmisarvon kunnioittaminen on sen tärkeimpiä perusteita. Liik-keen järjestäytyminen oli protesti autoritaaristen valtioiden säälimätöntä repres-siivisyyttä vastaan. Yksilön oikeuksien puolustaminen on alusta lähtien kuulunut

¹⁴ Eriksson, Torsten, Les techniques de l'individualisation judiciaire, Rapport général pour la Section pénitentiaire, Huitième congrès international de défense sociale, Paris 1971, s. 6–7.

¹⁵ Ancel, Marc, Examen de conscience de défense sociale: le problème du traitement des délin-quants, Revue de Science criminelle, Paris 1978, s. 945–955.

liikkeen ohjelmaan. Humaani ja järkevä kriminaalipolitiikka tulee edelleenkin rakentaa vahvalle tieteelliselle perustalle¹⁶.

Yksilöllistä käsittelyä on ehkä liikaa korostettu. Liikkeen pyrkimyksenä on yhteiskuntasovun edistäminen ja elämänlaadun parantaminen. Yksilöllistettäessä toimenpiteitä ei tule unohtaa tekijän sosiaalista ympäristöä. Jos kiinnitetään huomiota pelkästään tekijään, pidetään tekoa vain ilmauksena asianomaisen persoonallisuudesta tai osoituksena tämän vaarallisuudesta. Kuitenkin tekoon liittyy monia aineksia: olosuhteet, uhri, tekotilanne, ympäristö ja yhteiskunta sekä näiden kaikkien tekijöiden välinen vuorovaikutus. Yksilöllinen käsittely tulee jossakin muodossa aina kuulumaan *défense sociale* -liikkeen ohjelmaan. Sen kehittäminen sosiaalisen tuen ja ohjauksen sisältäväksi näyttäisi olevan perusteltua. Välittömästi olisi ratkaistava, onko rangaistuslaitos oikea paikka yksilöllisen käsittelyn antamiselle. Pitkän tähtäimen tavoitteeksi voitaisiin asettaa sosiaalisten olosuhteiden, instituutioiden ja rakenteiden muuttaminen.¹⁷

Terapiatyössä ja lääketieteellisesti käsittelymenetelmillä on vielä käyttöä. Syyntakeettomien ohella kohteena voisivat olla sairaat, invalidit ja kuntoutettavat. Rangaistuslaitoksiin sijoitettuja ei myöskään saisi jättää vaille sellaisia toimenpiteitä, jotka edistävät heidän sijoittumistaan takaisin yhteiskuntaan. Kysymykseen voisivat tulla perus- ja ammattikoulutus, kulttuuri-, kasvatus- ja opetustilaisuudet sekä yhteyksien luominen laitoksen ulkopuolelle.

Erilaisten tukitoimien järjestämistä pidetään käsittelyä tärkeämpänä. Vapaaehtoisen käsittelyjakson sisällyttäminen avolaitosten ohjelmaan voisi olla tukitoimien luonteinen. Tukea ja ohjausta sosiaalistamisen asemesta kaipaavat etenkin vaikeassa elämäntilanteessa olevat ja onnettomien olosuhteiden uhreiksi joutuneet nuoret, jotka koulunkäyntivaikeuksien ja ympäristön torjuvan asenteen vuoksi ovat ajautuneet väkivaltaiseen käyttäytymiseen. Ympäristön vaihdos ja asianmukaiset tukitoimet voivat auttaa heitä sopeutumaan yhteiskuntaan ja hylkäämään väkivallan käytön.¹⁸

Défense sociale -liike onkin määrittänyt tavoitteekseen preventiiviset toimenpiteet. Rikollisuutta on torjuttava laatimalla sitä varten ennakkosuunnitelmia. Poliisi on aktivoitava lähempään kanssakäymiseen oman piirinsä väestön kanssa. Huumeongelmaisia nuoria on autettava kasvatuksellisin toimenpitein. Väkivallan käytön syyt on selvitettävä. Sosiaalipoliittisin toimenpitein on pyrittävä ehkäisemään väkivaltaista käyttäytymistä.¹⁹

¹⁶ Ancel, Marc, *Exposé introductif*, Cahiers 1976 s. 45–49.

¹⁷ Ancel, RSC 1978 s. 948–955.

¹⁸ Ancel, Marc, *La défense sociale, Que sais-je?* 2204, Paris 1985, s. 76–81.

¹⁹ Ancel, Marc, *Vingt-cinq ans de défense sociale*, Paris 1975, s. 15–17.

YKSILÖLLINEN KÄSITTELY SUOMEN SEURAAMUSJÄRJESTELMÄSSÄ

Vuoden 1889 rikoslainsäädäntö on klassisen koulukunnan tuote ja 1900-luvun alkuvuosikymmeninä toteutettiin positiivisen koulukunnan edustamaa ajattelua heijastavia seuraamusjärjestelmän muutoksia. Seuraavat kolme vuosikymmentä olivat epämääräisten seuraamusmuotojen kulta-aikaa. Aina 1950-luvulle saakka tekijän persoonallisuus, hänen yksilölliset piirteensä ja erityisestävyyden asettamat vaatimukset otettiin entistä suuremmassa määrin huomioon seuraamusta määrättäessä. Yksilöllisten seuraamusten ideologiaa on 1960-luvun lopulta lähtien ruvettu enenevästi arvostelemaan.²⁰ Kriminologinen tutkimistieto ei ollut johtanut sellaisten käsittelymenetelmien löytämiseen, jotka tuntuvasti vähentäisivät uusimisalttiutta. Rikos ei ole oire jostain psyykkisestä sairaudesta tai poikkeavuudesta. Yksilöllisten seuraamusten määräämiseen todettiin liittyvän oikeusturvan puutteita. Hoidon tarpeen tai vaarallisuuden mukaan määräytyvät pituudeltaan epämääräiset seuraamukset ovat ristiriidassa yhdenvertaisuuden ja ennustettavuuden periaatteiden kanssa.²¹

Kun hoitoideologian tekopyhyys ja tehottomuus oli tullut selvästi osoitetuksi, ei voinut olla mitään pohjaa sille väitteelle, että rikoksentekijät on pidettävä vankilassa, kunnes he siellä parantuvat. Vangeille kuuluu luonnollisesti oikeus samanlaisiin terveyspalveluihin kuin muillekin yhteiskunnan jäsenille. Vankilasta vapautuville on myös annettava sellaista apua, etteivät he työn ja asunnon puutteessa syyllisty uusiin rikoksiin. Hoitoa ei missään tapauksessa haluta poistaa vankilasta. Ketään ei kuitenkaan pidä sulkea rangaistuslaitokseen, jotta häntä voitaisiin siellä hoitaa.²²

Rikosoikeuskomitean vuonna 1977 julkistetun periaatemietinnön kanta yksilöllisesti määräytyviin seuraamuksiin on kielteinen. Komitean mukaan kaikista ajaltaan epämääräisistä seuraamuksista olisi luovuttava. Yksinkertainen ja selväpiirteinen seuraamusjärjestelmä on yleisestävyydeltään tehokkaampi ja lainkäytön takaamisen kannalta varmempi kuin lukuisiin erilaatuisiin seuraamuksiin perustuva järjestelmä. Ennen kaikkea on löydettävä vaihtoehtoja vapausrangaistuksille.²³

²⁰ Lahti, Raimo, Pohjoisimaiden kriminaalipolitiikan ajankohtaisia kehityssuuntia, *Jurisprudentia Turkuensis*, Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 1961–1986, Helsinki 1986, s. 234–235.

²¹ Lahti, Raimo, Suomen rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän kehitysvaiheista, Turun yliopiston julkisoikeuden laitos, Rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja A n:o 3, Turku 1977, s. 29–30, 45–46.

²² Anttila, Inkeri, Rikosoikeuden uusi linja, *Juhlajulkaisu Urho Kaleva Kekkonen 1900 – 3/9 – 1975*, Helsinki 1975, s. 283–284.

²³ Lahti 1977 s. 40–43.

Rikosoikeuskomitealainen kuva Suomen seuraamusjärjestelmästä ei ole toutunut. Lainuudistuksia on jouduttu viemään läpi yksittäisinä hankkeina suhteuttamatta niitä selkeästi koko järjestelmän uudistuslinjaan. Vaarana on ollut, että seuraamusjärjestelmä hajoaa hallitsemattomasti. Raimo Lahti onkin eri yhteyksissä kiinnittänyt juuri tähän seikkaan huomiota.²⁴

Tuomioistuimen käytettävissä olevia seuraamuksia ovat nyt sakon ja ehdottoman vankeuden ohella tuomitsematta jättäminen, yhdyskuntapalvelu, nuorisorangaistus ja ehdollinen vankeus sekä yhdistettynä seuraamuksena ehdollinen vankeus ja oheissakko tai yhdyskuntapalvelu. Tuomioistuin voi myös määrätä ehdollisen vankeuden täytäntöönpantavaksi vain osaksi.

²⁴ Raimo Lahti, Rikoslain kokonaisuudistus ja seuraamusjärjestelmän kehittämislinja, Inkeri Anttilalle omistetussa teoksessa *Kohti rationaalista ja humaania kriminaalipolitiikkaa*, Helsinki 1996, s. 140–143.

Pekka Koponen

Itsekriminointisuoja

JOHDANTO

Tämän kirjoituksen teema on muodollisesti rikosprosessioikeudellinen, mutta siinä korostuu prosessioikeuden ja rikosoikeuden välttämätön kiinteä vuorovaikutus.¹ Tässä käsiteltävät prosessioikeudelliset kysymykset saavat sisältönsä rikosoikeudellisesti arvioitavasta toimintaympäristöstä.

Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin yhtenä edellytyksenä on vakiintuneesti pidetty sitä, ettei ketään voida velvoittaa tunnustamaan syyllisyyttään tai muutoin myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä selvittämiseen. Euroopan ihmisoikeussopimuksen (jäljempänä EIS) soveltamiskäytännössä tämän periaatteen on katsottu sisältyvän 6 artiklan 1 kohdan yleissäännökseen oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä ja 6 artiklan 2 kohdan syyttömyysolettamaan.² Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (jäljempänä EIT) on useissa ratkaisuisaan todennut, että syytetyn oikeus vaitioloon sekä oikeus olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen ovat kansainvälisiä standardeja, jotka kuuluvat keskeisesti oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin käsitteeseen.³ Niiden tarkoituksena on suojella epäiltyä tai syytettyä viranomaisten taholta tapahtuvalta sopimattomalta pakottamiselta taikka painostamiselta.

KP-sopimuksen 14 artiklan 3 kappaleen g kohdassa on nimenomainen säännös siitä, että rikossyytettä tutkittaessa jokaisella on oikeus olla tulematta pako-

¹ Tämän vuorovaikutuksen puolestapuhujana *Raimo Lahti* on ollut keskeisessä asemassa sekä omassa tuotannossaan että jatko-opiskelijoita ohjatessaan.

² Ks. esim. EIT:n ratkaisuisissa *Murray v. Yhdistynyt kuningaskunta* 8.2.1996 ja *Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta* 17.12.1996 lausuttu. Pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa mm. *Jørgen Aall*: Rettergang og menneskerettigheter. Den europeiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeprosess. 2. opplag, Universitetsforlaget, Bergen 1996 s. 223–224, *Hans Daneilius*: Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna. 2. upplagan, Norstedts Juridik Ab, Stockholm 2002 s. 216, *Peer Lorenzen et al.*: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer, 2. udgave. Jurist- og økonomforbundets Forlag, København 2003 s. 243 ss., *Erik Møse*: Menneskerettigheter. J.W. Cappelens Forlag a.s., Oslo 2002 s. 345, *Matti Pellonpää*: Euroopan ihmisoikeussopimus. 4. p., Helsinki 2005 s. 407.

³ Uudemmissa tapauksissa mm. *Heaney ja McGuinness v. Irlanti* 21.12.2000, *Allen v. Yhdistynyt kuningaskunta* 10.9.2002 ja *Weh v. Itävalta* 8.4.2004.

tetuksi todistamaan itseään vastaan tai tunnustamaan syyllisyytensä. Kotimaisessa perusoikeussääntelyssä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus ilmenee perustuslain 21 §:stä.

EIS 6 artiklan 2 kohdassa säädetään syyttömyysolettamasta, että jokaista rikoksesta syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen. Syyttömyysolettama sisältää mm. vaatimuksen syyttäjän todistustaakasta ja kiellon vastaajaa syyllistävästä lausumista tai viranomais-toimenpiteistä ennen syyksilukemista. Syyttömyysolettama on siten merkitykseltään laajempi kuin tässä käsiteltävä oikeus olla osallistumatta oman syyllisyytensä selvittämiseen.⁴ Molemmat ovat viime kädessä ilmentymiä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksista.

Kiellosta velvoittaa ketään myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä selvittämiseen käytetään jatkossa tässä kirjoituksessa Pasi Pölösen oikeuskirjallisuudessa esittämää termiä itsekriminointisuoja,⁵ joka on kielellisesti helppokäyttöinen. Tätä on oikeuskirjallisuudessa kutsuttu myös *nemo tenetur se ipsum accusare*-periaatteeksi, josta Laura Ervo on käyttänyt nimitystä myötävaikuttamattomuusperiaate.⁶ Tämän kirjoituksen kannalta keskeisintä oikeuskirjallisuutta meillä ovat Ari-Matti Nuutilan teemaa koskeva artikkeli⁷ ja Pasi Pölösen laaja esitys Jyrki Virolaisen ja Pölösen yhteisteoksessa.⁸

Tässä kirjoituksessa arvioitavana ovat itsekriminointisuojan käytännön vaikutukset rikosprosessissa. Viimeaikaisen oikeuskäytännön nojalla erityisen ajan-kohtainen näyttää olevan kysymys siitä, muotoaako sanottu periaate rikosoikeudellista vastuuta erilaisissa lakisääteisissä ilmoitusvelvollisuuksissa. Tällaisen velvollisuuden asianmukainen täyttäminen saattaa samalla sisältää riskin siitä, että ilmoitusvelvollinen edistää oman aikaisemman rikoksensa ilmitulemista tai selvittämistä. Ilmoitusvelvollisuuden rikkominen saattaa puolestaan olla erityissäännöksen nojalla rangaistavaa. Voiko tällöin rangaistusvastuun väärästä ilmoituksesta poistaa se, että ilmoittaja olisi muutoin mahdollisesti edistänyt oman

⁴ Syyttömyysolettaman keskeisimpänä sisältönä syyttäjän näyttötaakkaa painottavat mm. *Per Ole Träskman: Presumtionen om den för brott misstänktes oskyldighet*; teoksessa *Festskrift till Lars Welamson, Norstedts Förlag, Stockholm 1987 s. 485* ja *Jyrki Virolainen – Pasi Pölönen: Rikosprosessin osalliset. Rikosprosessioikeus II*, Helsinki 2004 s. 283–284.

⁵ Ks. *Pasi Pölönen: Henkilötodistelu rikosprosessissa*, Helsinki 2003 s. 184.

⁶ *Laura Ervo: Nemo tenetur se ipsum accusare*; teoksessa *Matkalla pohjoiseen, professori Jyrki Virolaisen juhlaakirja 26.2.2003, Rovaniemi 2003 s. 1–3*. Ks. myös esim. *Lauri Hormia: Todistamiskielloista rikosprosessissa I*, Vammala 1978 s. 172 ss. ja *Lauri Hormia: Todistamiskielloista rikosprosessissa II*, Vammala 1979 s. 50, 52 ja 79, *Guy Stessens: The Obligation to Produce Documents Versus the Privilege Against Self-incrimination: Human Rights Protection Extended Too Far?*, *European Law Review* 1997 s. 47, *Jyrki Virolainen – Pasi Pölönen 2004 s. 299*.

⁷ *Ari-Matti Nuutila: Saako rikoksella saadut varat salata ulosotossa ja verotuksessa?*; teoksessa *Juhlaulkaisu Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 40 vuotta, Turku 2001 s. 157 ss.*

⁸ *Jyrki Virolainen – Pasi Pölönen 2004 s. 299* alkava esitys.

syylisyytensä selvittämistä? Jos ilmoittaja puolestaan antaa tällöin antaa itselleen vahingollisia tietoja, voidaanko niitä rajoituksitta käyttää aikaisemman rikoksen toteen näyttämiseen?

KESKEISIMMÄT RATKAISUT EUROOPAN IHMIS-OIKEUSTUOMIOISTUIMESSA JA KANSALLISESSA OIKEUSKÄYTÄNNÖSSÄ

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista merkittävimpiä linjanvetoja itsekriminointisuojaan laajuuteen tiedonantovelvollisuudessa ovat meilläkin oikeuskirjallisuudessa usein mainitut tapaukset *Funke v. Ranska* 25.2.1993 ja *Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta* 17.12.1996. Molemmissa katsottiin loukatun valittajan oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.

Ensin mainitussa tapauksessa valittajan epäiltiin syylisyyteen valuuttamääräysten rikkomiseen, ja tulliviranomaisten suorittamassa kotietsinnässä löydettiin asiakirjoja, jotka viittasivat hänellä oleviin ulkomaisiin sijoituksiin. Valittajaa vaadittiin tämän jälkeen esittämään tiettyjen ulkomaisten pankkien tiliotteita. Valittajan kieltäydyttyä tästä alioikeus velvoitti hänet siihen ja tuomitsi laiminlyönnistä sakkorangaistuksen. EIT totesi, että viranomaiset olivat yrittäneet pakottaa valittajan itsensä esittämään todistelua rikoksista, joihin hänen väitettiin syylisyyteen.

Jälkimmäisessä tapauksessa tehtiin ensin hallinnollinen tarkastus sen selvittämiseksi, oliko tietyn osakeyhtiön osakkeiden arvo saatu nousemaan kurssimaniplulaation avulla. Hallinnollisilla tarkastajilla oli oikeus tutustua yhtiön kirjanpitoaineistoon ja valan nojalla kuulustella yhtiön toimihenkilöitä. Tarkastajat katsoivat, että yhtiössä oli syylisyytetty rikoksiin. Tämän jälkeen viranomaiset olivat yhteydessä syyttäjään ja asiassa sovittiin hallinnollista tarkastusta jatkettavaksi ja että asiakirjat toimitettaisiin syyttäjälle. Tarkastajat kuulustelivat lukuisia kertoja valittajaa, joka oli yhtiön toimitusjohtaja.

Myöhemmin nostetun syytteen käsittelyn yhteydessä syyttäjä vetosi valittajan tarkastajille antamiin kertomuksiin, joita luettiin tuomioistuinkäsittelyssä. EIT katsoi, että asiassa oli rikottu valittajan oikeutta olla edistämättä oman syylisyytensä selvittämistä.

Kotimaisessa oikeuskäytännössä tärkeimmät tapaukset ovat korkeimman oikeuden ennakkoratkaisut 2002:122, 2002:116 ja 2004:134.

⁹ Liikenneonnettomuuteen osallisen toimimisvelvollisuutta on arvioitu tapauksessa KKO 1996:101, josta tarkemmin ks. *Juha Lavapuron* oikeustapauskommentaari, Lakimies 1997 s. 442 ss. Myös mm. meriselityksessä itsekriminointitilanne voi helposti konkretisoitua.

Ratkaisussa KKO 2002:122 korkein oikeus on ottanut tähänastisista ennakkotapauksista selvimmän kantaa itsekriminointisuojaan soveltamiseen talousrikosoikeudessa.⁹ Jutussa vastaaja B oli syytteessä törkeästä velallisen epärehellisyydestä siltä osin, että hän oli nostanut kommandiittiyhtiöstä varoja ennen yhtiön konkurssia yli 1 mmk. Vastaaja A oli syytteessä osallisuudesta sanottuun rikokseen hänen otettuaan vastaan valtaosan kysymyksessä olevista varoista.

Vastaaja A oli samassa oikeudenkäynnissä syytteessä myös törkeästä velallisen petoksesta. A oli myöhemmin asetettu henkilökohtaiseen konkurssiin ja hän oli konkurssimenettelyssä vannoessaan varoistaan ja veloistaan laadittua pesäluetteloa oikeaksi syytteen mukaan salannut sen, että hänellä oli tuolloin omistuksessaan B:ltä saatuja varoja ainakin 540.000 mk.

Mielenkiintoisin tulkintakysymys asiassa oli se, oliko A:n katsottava syyllistyneen erikseen rangaistavaan menettelyyn jättäessään ilmoittamatta pesäluettelossaan varat, jotka hän oli saanut rikoksella. Kaikki oikeusasteet katsoivat, että A oli jo syyllistynyt ensirikoksen osalta avunantoon törkeään velalliseen epärehellisyyteen ottamalla B:ltä vastaan mainitut varat.¹⁰

Vaasan hovioikeus totesi tuomiossaan, että Suomen oikeusjärjestykseen sisältyy yleinen periaate, jonka mukaan kukaan ei ole velvollinen myötävaikuttamaan oman rikosoikeudellisen vastuunsa toteutumiseen. A oli kommandiittiyhtiön entisenä vastuunalaisena yhtiömiehenä ollut henkilökohtaisessa vastuussa yhtiön veloista ja hän oli aktiivisesti myötävaikuttanut siihen, että yhtiön varat siirrettiin velkojien ulottumattomiin. A ei olisi hovioikeuden mukaan voinut ilmoittaa noita varoja ilman ilmeistä vaaraa joutua vastuuseen rikoksesta.

Korkein oikeus sen sijaan totesi velallisen tietojenantovelvollisuuden pesäluetteloa varten palvelevan yksinomaan konkurssia täytäntöönpanomenettelynä ja sen olevan tarpeen velkojien etujen turvaamiseksi. Tietojen antaminen ei sellaisenaan liity mihinkään rikosasiaan tai selvityksen hankkimiseen mahdollisesta rikoksesta eikä velallinen tietoja antaessaan ole rikoksesta epäillyn asemassa. Näin ollen velallisella ei ollut oikeutta salata konkurssimenettelyssä pesään kuuluvaa omaisuutta sillä perusteella, että hän arvioi omaisuuden ilmoittamalla ilmiantavansa itsensä omaisuuden alkuperään liittyvästä tai muusta rikoksesta.

Ratkaisussa KKO 2002:116 oli puolestaan kysymys siitä, oliko velallisella oikeutta kieltäytyä ulosottoselvityksestä, kun hän oli samanaikaisesti epäiltynä velallisen petoksista. Tässä jutussa velallisen aiempi menettely ulosotossa ja henkilökohtaisessa konkurssissa oli jo esitutinnan kohteena uuden ulosottoselvityksen aikana.

¹⁰ Velallisen epärehellisyyden tunnusmerkistö täyttyy jo varojen siirtyessä taloudellisessa kriisitalassa toiseen varallisuuspiiriin ilman hyväksyttävää syytä, ks. esim. KKO 1998:56.

Tästä huolimatta velallisella ei katsottu olleen oikeutta kieltäytyä ulosottoselvityksestä. Korkein oikeus ja hovioikeus totesivat tuomioissaan nimenomaisesti, ettei velallinen pääsääntöisesti saa ulosottoselvityksessä EIS 6 artiklan mukaista rikoksesta syytetyn asemaan perustuvaa suojaa.

Ulosottoselvityksen antamiseen voidaan velvoittaa sakon uhalla, väärien tietojen antamisesta voidaan tuomita rangaistukseen ja ulosottomenettelyssä ilmenneet tiedot voivat tulla käytetyiksi muun asian yhteydessä todisteina.¹¹ Näistä seikoista huolimatta ulosottomenettely tapahtuu velkojen aloitteesta ja intressissä täytäntöönpanon toteuttamista varten. Rikoksesta syytetyn vaikenemisoikeus olisi korkeimman oikeuden mukaan tullut asiassa kysymykseen vain, jos ulosottoselvitykseen olisi ryhdytty muussa kuin ulosottolain mukaisessa tarkoituksessa kuten näytön hankkimiseksi aikaisemmasta rikoksesta.

Veropetosta koskevassa ratkaisussa KKO 2004:134 vastaaja oli hovioikeudessa tuomittu erikseen edustamansa yhtiön välillisessä verotuksessa tekemästään ja erikseen henkilökohtaisessa verotuksessaan tekemästään törkeästä veropetoksesta. Vastaaja vetosi korkeimmassa oikeudessa siihen, että yhtiön arvonnalisäverotuksessa myynti oli ilmoitettu todellista pienemmäksi ja valtiolta saamatta jääneet rahavarat olivat tulleet vastaajan tilille. Vastaaja katsoi siten tulleen saatuksi samoista varoista kahteen kertaan ja ettei veropetoksella saatuja varoja tullut ilmoittaa tulona henkilökohtaisessa verotuksessa.

Korkein oikeus kuitenkin totesi, ettei vastaajan henkilökohtaisessa verotuksessa ollut kysymys yhtiön veropetoksella saaduista varoista, vaan yhtiön liiketoiminnan tuottamista varoista. Vastaajalla oli oikeus näihin varoihin ja saatuaan ne itselleen hänen olisi tullut ilmoittaa ne veroilmoituksessaan. Asian arviointiin ei vaikuttanut se, että varat todennäköisesti olivat vastaajan käytettävissä vain sen johdosta, ettei yhtiö ollut suorittanut sen maksettavaksi kuuluneita arvonnalisäveroja.

JOHTOPÄÄTÖKSET OIKEUSKÄYTÄNNÖSTÄ

Korkeimman oikeuden mainittujen ratkaisujen perusteella näyttää olevan selvää, ettei itsekriminointisuoja ainakaan pääsääntöisesti poista rangaistusvastuuta vaikeassakaan motivaatiotilanteessa, jos kysymys on siviilioikeudellisen ilmoitusvelvollisuuden täyttämisestä.

Tätä tulkintaa voidaan perustella sillä, ettei ilmoittaja saa siviilioikeudellisessa menettelyssä samaa itsekriminointisuoja kuin rikoksesta syytetty. Vastaavasti on oikeustieteessä tilannetta arvioinut Ari-Matti Nuutila tätä problematiikkaa

¹¹ UL 3 luvun 73 §:n tietojen luovutuskieltoa käsitellään jäljempänä.

koskevassa artikkelissaan. Nuutila on muun ohella todennut, ettei henkilöä, joka on jo tuomittu rikoksesta taikka jota ei vielä edes epäillä, voida ulosotossa taikka verotuksessa pitää rikoksesta syytettynä. Ilmoitusvelvollista ei voida näissä siviilioikeudellisissa menettelyissä katsoa rikoksesta epäillyksi pääsääntöisesti silloinkaan, kun hän on jo muusta rikoksesta epäillyn asemassa.¹²

Itsekriminointisuojaan näissä tilanteissa läheisesti liittyvän lainkonkurrenssitulkinnan Nuutila on ratkaissut laillisen saannon käsitteen avulla. Joissakin tilanteissa ensirikoksen hyödyntäminen tai peittely voi olla rankaisematon jälkiteko. Usein nämä jonkin muun rikoksen tunnusmerkistön täyttävät myöhemmät toimet kuitenkin loukkaavat muuta oikeushyvää eivätkä ole välttämätön osa ensirikosta. Tällöin menettely on yleensä erikseen rangaistavaa. Jos velallinen taikka verovelvollinen on saanut varallisuuden siviilioikeudellisesti laillisen saannon nojalla, tulee hänen ilmoittaa se ulosottomenettelyssä taikka verotuksessa, vaikka saantoon liittyvä menettely täyttäisikin muun rikoksen tunnusmerkistön.¹³

Myös tämä laillisen saannon käsite saattaa kuitenkin rikosoikeudellisessa arvioinnissa olla ongelmallinen. Tulkinnanvaraista on myös, missä määrin todistaa jaa koskevat erityissäännökset mahdollisesti vaikuttavat itsekriminointitilanteiden ratkaisemiseen.

Edellä lausuttu pääsääntö ei siten voi olla kategorisesti poikkeukseton. Korkein oikeus totesi ratkaisussa 2002:122 itsekriminointisuojaalla voivan olla merkitystä ulosottomenettelyssäkin, jos menettelyyn ryhdytään sille vieraassa tarkoituksessa. Tapauskohtaisten olosuhteiden poiketessa ratkaisuisissa mainituista tilanteista, saatetaan perusoikeussuojaa tulkita laajemmin kuin niissä on tehty. Tällaiseen mahdollisuuteen viittaa myös Nuutila edellä mainitussa kirjoituksessaan.

EIT:n Funke-tapauksen ratkaisu vaikuttaa antavan varsin laajan suojan syyte-tylle itselleen epäedullisten tietojen luovuttamiseen pakottamista vastaan. Saunders-tapauksessa EIT on päätenyt hieman rajoitetumpaan tulkintaan. Siinä pääpaino on hallinnollisten viranomaisten menettelyn asemesta syytetyn vaitiolo-oikeudessa siten, ettei häntä velvoiteta lausuman antamiseen.¹⁴ Molemmissa tapauksissa valittaja on kuitenkin ollut EIS:n autonomisen tulkinnan mukaisesti kiistatta rikoksesta syytetyn asemassa, joten KKO:n ja EIT:n tulkintojen ei siten tarvitse olla keskenään ristiriidassa.

Korkeimman oikeuden ratkaisuisista ilmenee velallisella olevan velvollisuus tietojen antamiseen varallisuudestaan itsekriminointivaaran käsittävässä tilan-

¹² Ari-Matti Nuutila 2001 s. 162–167.

¹³ Ari-Matti Nuutila 2001 s. 161–162.

¹⁴ Funke- ja Saunders-tapausten erosta mm. Alan Riley: Saunders and the power to obtain information in Community and United Kingdom competition law. European Law Review 2000 s. 272–275, Guy Stessens 1997 s. 51–52.

teessakin. Tuomioissa ei kuitenkaan suoranaisesti oteta kantaa siihen, kuinka yksityiskohtaisia tietoja esimerkiksi varallisuuden hankinta- tai luovutustavasta velallisen tulisi intressikonfliktitilanteessa antaa. Esimerkiksi ulosottoviranomaista koskevan tietojen luovutuskieillon osalta on katsottu, että omaisuuden sijaintia koskeva tieto on eri asemassa kuin tiedot omaisuuden siirto-operaatioista.¹⁵ Velallisen läheistahojen tiedonantovelvollisuuden laajuudesta on puolestaan oikeuskirjallisuudessa todettu, että sen ytimenä ovat ao. henkilön omat toimet. Puoliso on velvollinen ilmoittamaan, onko omaisuus hänen itsensä hallussa, muttei kertomaan sitä, mihin velallinen on omaisuutensa vienyt.¹⁶ Ilmoitusvelvollisuutta todennäköisesti muotoaa myös se, minkälaisesta saannosta on kysymys.

RIKOSSYYTE JA RIKOKSESTA EPÄILLYN ASEMA

Oman syyllisyytensä selvittämiseen velvoittamisen kiellon laajuutta koskevaa EIT:n ratkaisukäytäntöä arvioitaessa on ensin syytä kiinnittää huomiota siihen, milloin henkilön on katsottava olevan EIS:n tarkoittamalla tavalla rikoksesta syytetty. Rajanveto on tärkeä, koska mahdollinen siviilioikeudellinen tai hallinnollinen totuusvelvollisuus lakkaa henkilön tullessa rikoksesta epäillyksi. Tästä ajankohdasta eteenpäin hänen tulee yleensä saada rikosprosessuaaliset rikoksesta epäillyn oikeudet, joihin kuuluvat vaitiolo-oikeus ja valehtelun rankaisemattomuus.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on ihmisoikeussopimusta soveltaessaan omaksunut rikossyytteestä ja rikoksesta epäilystä autonomisen ja varsin laajan tulkinnan. Keskeisenä arviointikriteerinä on kansallisen lainsäädännön säännösten ohella teon ja erityisesti sanktion tosiasiallinen luonne. Jos seuraamus voi olla tuntuva, sillä tavoitteellaan preventiivistä vaikutusta ja jos se on sovellettavissa laajemmin kuin vain rajoitettuun kohderyhmään, myös hallinnollinen menettely saatetaan katsoa ”rikossyytteeksi”.¹⁷

Hallinnollisessa menettelyssä määrättävä tuntuva, soveltamisalaltaan yleinen ja tavoitteiltaan preventiivinen sanktio on esimerkiksi veronkorotus. Veronkorotuksen määrääminen on siten tyypillisesti menettely, jossa edellä mainittujen kriteerien nojalla tulisi verovelvolliselle antaa sama oikeudenmukaisen oikeu-

¹⁵ Tuula Linna – Tatu Leppänen: Ulosottomenettely, Helsinki 2003 s. 549.

¹⁶ Tuula Linna: Todistelu ulosotossa; teoksessa Ari-Matti Nuutila (toim.): Oikeuden tavoitteet ja menettelyt. Muistokirja Hannu Tapani Klamille, Turku 2003 s. 283–284.

¹⁷ Mm. *Engel v. Alankomaat* 8.6.1976, *Deweer v. Belgia* 27.2.1980, *Öztiirk v. Saksa* 21.2.1984, *Campbell ja Fell v. Yhdistynyt kuningaskunta* 28.6.1984, *Bendenoun v. Ranska* 24.2.1994, *Gradinger v. Itävalta* 23.10.1995, *Garyfallou AEBE v. Kreikka* 24.9.1997, *Lauko v. Slovakia* 2.9.1998.

denkäynnin vähimmäissuoja kuin rikoksesta epäillylle.¹⁸ Näin on asia tulkittu myös mm. Ruotsissa ja Norjassa.¹⁹

Kuitenkaan vielä veroilmoituksessa veroviranomaiselle tietoa antaessaan verovelvollinen ei ole rikoksesta epäillyn asemassa, vaan vasta menettelyssä, jossa päätetään veronkorotuksesta. Veronkorotus perustuu yleensä jo ilmoituksessa annettuihin virheellisiin tietoihin tai ilmoituksen laiminlyöntiin.²⁰ Veronkorotus on normaalisti seuraus säännönmukaisessa verotuksessa annetuista vääristä tiedoista tai ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönnistä, ei keino pakottaa verovelvollinen tietojen antamiseen.

Jos sen sijaan kysymyksessä on tilanne, jossa verovelvollinen veloitetaan uhkasakon (kuten verotusmenettelylain 23 §:n 2 momentissa) nojalla antamaan tietoja, jotka voivat suoraan johtaa veronkorotuksen määräämiseen tai veropettossyytteen, tulisi itsekriminointisuoja ulottaa myös tällaiseen ilmoitusvelvollisuuteen.²¹ Jos veroviranomaiset luovuttavat tällä tavoin hankittuja tietoja poliisille tai syyttäjälle, tulee näin hankitun aineiston hyödyntämiskelpoisuus tällöin harkittavaksi mahdollisessa rikosprosessissa. Itsekriminointisuoja edellyttää pakon liittymistä velvollisuuteen ko. tiedon antamiseen eikä sen loukkausta muodosta myöskään se, että verovelvollinen itsekin tuo esille jonkin epäedullisen seikan, jos tämä seikka ilmenee muustakin aineistosta.²²

EIT:n ratkaisu tapauksessa *J.B. v. Sveitsi* 3.5.2001 on kiinnostava verotusmenettelyn kannalta. Asiassa oli verotuksen toimittamisen jälkeen tullut esille valittajan tehneen merkittäviä sijoituksia, joita varoja hän ei ilmeisesti ollut ilmoittanut verotuksessa. Veroviranomaiset pyysivät valittajalta varoista asiakirjaselvitystä, mitä hän ei suostunut antamaan. Viranomaiset määräisivät jälkiveron, joka kuitenkin peruutettiin ja valittajaa vaadittiin uudelleen antamaan selvitys. Valit-

¹⁸ Ks. esim. EIT:n ratkaisut *Bendenoun v. Ranska* 24.2.1994, *A.P., M.P. ja T.P. v. Sveitsi* 29.8.1997, *J.J. v. Alankomaat* 27.3.1998, *Janosevic v. Ruotsi* 23.7.2002, *Västberga Taxi ja Vulic v. Ruotsi* 23.7.2002. Samoin *Edward Andersson*: Veronkorotus ja Euroopan ihmisoikeussopimus. Verotus 2002 s. 353 ja 355. Rikossyytteen käsitteen tulkinnasta veroasioissa ks. myös *Sylvie Lopardi*: The applicability of Article 6 of the European Convention on tax-related proceedings. *European Law Review* 2001 s. 63–66.

¹⁹ Ruotsin osalta mm. RÅ 2000 ref. 66 I ja *Karol Nowak*: Oskyldighetspresumtionen. *Norstedts Juridik Ab, Stockholm* 2003 s. 359 ss., Norjan osalta mm. Rt. 2000 s. 996, Rt. 2002 s. 509, *Asbjørn Strandbakken*: Uskyldspresumsjonen. ”In dubio pro reo”. *Fagbokforlaget, Bergen* 2003 s. 304–308.

²⁰ Veronkorotuksen edellytyksistä ks. esim. *Matti Myrsky – Esko Linnakangas*: Verotusmenettely ja muutoksenhaku. 2. p., Helsinki 2000 s. 86 ss. ja *Vesa Savolainen – Väinö Teperi*: Jälkiverotus, Helsinki 2000 s. 280–290.

²¹ Ks. myös *Edward Andersson* 2002 s. 356, *Jyrki Virolainen – Pasi Pölönen* 2004 s. 334.

²² Samoin ulosottomenettelyssä UL 3:73:n luovutuskielto koskee vain tietoja, jotka on olennaisesti osin saatu lainkohdassa tarkoitetuilta henkilöiltä. Mikäli ao. henkilön antamat tiedot toimivat vain lisävahvistuksena muuten hankitulle tiedolle, ei vaitiolo velvollisuutta ole katsottu olevan; ks. *Tuula Linna – Tatu Leppänen* 2003 s. 545.

tajan edelleen laiminlyödessä tämän hänelle määrättiin tästä laiminlyönnistä useampaan kertaan (kurinpidollinen) sakko. Asiassa saavutettiin lopulta sovinto, joka sisälsi valittajalle jälkiveron lisäksi määrätyn veronkorotukseen verrattavissa olevan sakon. EIT katsoi ratkaisussaan tämän menettelyn loukanneen valittajan oikeutta olla myötävaikuttamatta syyllisyytensä selvittämiseen. Valittaja oli yritetty painostaa antamaan asiakirjoja, jotka olisivat saattaneet johtaa veropetossyytteeseen häntä vastaan.

Tapauksesta ilmenee, ettei jälkiverotus olisi ollut rikossyytteeseen rinnastettava. Samassa menettelyssä harkittavana oli kuitenkin myös edellä mainittu vältettyyn veroon suhteutettava sakko, joka oli luonteeltaan rangaistuksenomainen.

Mahdollisesti intressikonfliktiin johtava tiedonantovelvollisuus voi esiintyä edellä mainittujen insolvenssimenettelyjen ohella esimerkiksi kaupparekisteriin tietoja ilmoitettaessa taikka kirjanpitoon liiketapahtumia merkittäessä. Tietojen antaja ei näissä tilanteissa ole ilmoitusvelvollisuuttaan täyttäessään rikoksesta epäillyn asemassa, vaan velvollinen täyttämään asianmukaisesti sanotut siviilioikeudelliset velvoitteensa.

Käytännönläheinen tulkintatilanne on myös epäillyn asema meilläkin yleistyvässä liikenteen automaattisessa kameravalvonnassa. Tällaisessa menettelyssä rekisteröidyn ajoneuvon omistajaa ei voida rangaistuksen uhalla velvoittaa ilmoittamaan henkilöä, joka oli rikkomushetkellä kuljettanut ajoneuvoa. EIT:n ratkaisukäytännöstä löytyy kylläkin tapaus *Weh v. Itävalta* 8.4.2004, jossa itsekriminointisuoja loukkaukseksi ei katsottu sitä, että henkilölle oli määrätty sakkorangaistus siitä, että hän ei ollut antanut asianmukaisesti yksilöityjä tietoja autoaan kuljettaneesta henkilöstä. Valittaja oli ilmoittanut tietyn nimen ja yksilöimättömän osoitteen.

Äänestysratkaisussa (4–3) enemmistö katsoi, ettei valittajaa voitu pitää rikoksesta (ylinopeudesta) syytettynä, koska tutkinta kohdistui tuntemattomiin henkilöihin. Valittajaa vastaan ei missään vaiheessa nostettu rikossyytettä eikä sellainen ollut odotettavissakaan. Huomattavasti vakuuttavampi on kuitenkin vähemmistön perustelu siitä, että tuntemattomia henkilöitä koskenut esitutkinta olisi epäilyksittä kohdistettu vastaajaan, jos hän olisi myöntänyt kuljettaneensa autoaan. Siten hän oli ylinopeudesta syytetty EIS 6 artiklan 1 kohdan autonomisesa merkityksessä.²³

²³ Valittajalle oli määrätty menettelystään 900 shillingin sakko. Ilmoitusvelvollisuuden rikkomisesta määrättävän sakon enimmäismäärä oli kuitenkin kansallisessa lainsäädännössä 30.000 shil-linkiä, joten sanktio oli merkitykseltään riittävän olennainen.

RIKOSSYYTTEEN AJALLINEN TULKINTA

Mikäli kysymyksessä katsotaan olevan rikossyytteeseen rinnastettava menettely, arvioinnissa merkityksellinen on myös se ajankohta, mistä alkaen henkilön katsotaan olevan rikoksesta epäillyn tai syytetyn asemassa. EIT:n ratkaisukäytännössä on täsmennetty tämän ajankohdan arviointia esitutkintavaiheessa. Henkilön tulee saada rikosprosessuaaliset oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellyttämät oikeusturvatakeet jo siitä hetkestä alkaen, kun hänelle on ilmoitettu rikosepäily, hän on muutoin saanut tiedon tutkinnasta taikka häneen on rikoksesta epäillyn asemassa kohdistettu olennaisia viranomaistoimenpiteitä.²⁴

Tavanomaisinta on, että rikoksesta epäillylle nimenomaisesti ilmoitetaan tästä asemastaan toimivaltaisen viranomaisen toimesta. Mikäli esitutkintaviranomaiset suorittavat epäillyn asemaan olennaisesti vaikuttavia toimenpiteitä, rikoksesta syytetyn aseman katsotaan alkavan joka tapauksessa tästä ajankohdasta.²⁵

Mahdollista on, että rikoksesta epäillyn ja syytetyn asema syntyy henkilölle poikkeuksellisesti jo ennen kuin hänen on näytetty saaneen tiedon tästä asemastaan. EIT:n ratkaisemassa tapauksessa *Diamantides v. Kreikka* 23.10.2003 homeopatiaa harjoittanut valittaja oli ulkomailla suoritettaessa kotietsintää hänen kotonaan ja vastaanotollaan. Jo kotietsinnällä katsottiin kuitenkin olleen huomattavia vaikutuksia hänen asemaansa kotietsinnän tiedotusvälineissä saaman huomion ja siitä hänen ammatinharjoittamiselleen aiheutuneen haitan vuoksi.

Rikossyytteen käsitteen ajallisen soveltamisen kannalta arvioituna ratkaisussa KKO 2002:122 tilanne oli sellainen, että vuosina 1996–1997 tehtyä ensirikosta koskeva tutkintapyyntö oli saapunut poliisille 2.6.1998. Henkilökohtaisessa konkurssissaan vastaaja A oli vannonut pesäluettelon oikeaksi 11.6.1998. Vastaajan ensimmäinen kuulustelu ensirikokseen sylliseksi epäiltynä oli toimitettu 26.10.1998.

Näin ollen rikosilmoitus A:n menettelystä oli jo kirjattu hänen vannoessaan oikeaksi pesäluettelon henkilökohtaisessa konkurssissaan, mutta edellä mainittuja EIT:n käyttämiä kriteerejä soveltaen hän ei ilmeisesti ollut saanut tietoa tästä rikosepäilystä eikä häneen ollut sen johdosta kohdistunut vielä mitään viranomaistoimenpiteitä. Voidaan siten katsoa, ettei hän vielä tuolloin ollut ihmis-oikeussopimuksen tarkoittamassa mielessä rikoksesta syytetty.

Korkein oikeus ei ratkaisussaan lausu esitutkinnan merkityksestä mitään. Sitä mahdollista on, että ratkaisun lopputuloksen kannalta oli riittävää, että kysy-

²⁴ Mm. *Neumeister v. Itävalta* 27.6.1968, *Serves v. Ranska* 20.10.1997, *Tejedor Garcia v. Espanja* 16.12.1997, *Heaney ja McGuinness v. Irlanti* 21.12.2000.

²⁵ Esim. *Bertin-Mouroit v. Ranska* 2.8.2000, *S.H.K. v. Bulgaria* 23.10.2003.

myksessä oli velkojien intressissä tapahtunut täytäntöönpanomenettely, johon rikoksesta syytetyt asemaa ei pääsääntöisesti sovelleta.²⁶

Sanotun kriteerin yhteensovittaminen todistajalle varsin laajan itsekriminointisuojaan antaviin erityissäännöksiin voi olla joissain tilanteissa ongelmallista. Pölönen on todennut, että esimerkiksi jäljempänä käsiteltävän OK 17:24,1:n vaitiolo-oikeuden tarkoituksena on juuri välttää epäilyksi tuleminen. Pölösen mukaan itsekriminointisuoja ei voida oikeusturvaa loukkaamatta yksiselitteisesti rajata pois tilanteissa, joissa esitutkinta ei vielä ole käynnissä eikä tiedonantovelvollinen ole rikoksesta epäilty.²⁷

Tätä ongelmaa voidaan yrittää ratkaista aineellisen lainsäädännön rajoitussäännösten avulla. Ulosottomenettelyssä ei sovelleta todistajan kieltäytymisoikeutta läheissuhteissa eikä vaitiolo-oikeutta omasta menettelystä.²⁸ Tätä voidaan perustella sillä, että kysymys on jo oikeudellisesti tutkitun vaateen toteuttamisesta eikä syyllisyyden arvioinnista.²⁹ Sanottua tiukkaa tiedonantovelvollisuutta on tasapainotettu ulosottolain 3 luvun 73 §:ssä säädetyillä tietojen luovuttamiskielloilla. Lainkohdan mukaan ulosottomies ei mm. saa luovuttaa velalliselta kysytäessä saatua (UL 52 §:n 6–8 kohdassa tarkoitettua seikkaa koskevaa) tietoa, jos vastauksesta käy ilmi, että velallinen on saattanut syyllistyä muuhun rikokseen, ja tiedon luovuttaminen voi saattaa hänet siitä syytteen vaaraan.

Vastaavia säännöksiä ei sisälly konkurssimenettelyä koskeviin säännöksiin. Selvitys velallisen konkurssia edeltäneestä toiminnasta toimitetaan aina myös syyttäjälle. Konkurssilainsäädäntöä uudistettaessa lakivaliokunta totesi nimenomaisesti pakkokeinot, painostusvankeus mukaan lukien, tarpeellisiksi velkojien oikeuksien suojaamiseksi.³⁰ Velallisen laiminlyödessä myötävaikutus- ja tietojenantovelvollisuutensa tuomioistuin voi määrätä hänet täyttämään velvollisuutensa sakon uhalla ja tuomita niskoittelevan velallisen enintään kuuden kuukauden vankeuteen.

²⁶ Tältä osin näyttäisi ratkaisussa hyväksytyn Nuutilan kirjoituksessaan esittämät tulkinnat laajemminkin kuin Nuutila itse oikeustapauskommentaarissaan toteaa; ks. *Ari-Matti Nuutila: Oikeustapauskommentari KKO 2002:122 teoksessa Pekka Timonen (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein 2002:II, Helsinki 2003 s. 437.*

²⁷ *Jyrki Virolainen – Pasi Pölönen 2004 s. 309–310.*

²⁸ *Tuula Linna – Tatu Leppänen 2003 s. 491–492.*

²⁹ *Tuula Linna – Tatu Leppänen 2003 s. 543.*

³⁰ Lakivaliokunta korosti konkurssin nopean loppuunsaattamisen edellyttävän velallisen myötävaikutusta ja piti 6 kk painostusvankeusmahdollisuutta tarpeellisena huolimatta mm. perustuslakivaliokunnan esittämistä tietyistä epäilyistä sen sopusoinnusta perusoikeusjärjestelmän kanssa; ks. *LaVM 6/2003 vp s. 7.*

MUUT SÄÄNNÖKSET JA POHJOISMAINEN OIKEUSKÄYTÄNTÖ

OK 17 luvun 24 §:n 1 momentin mukaan todistaja saa kieltäytyä kertomasta seikkaa tai vastaamasta kysymykseen, jos hän ei voisi sitä tehdä saattamatta syytteen vaaraan itseään tai lähiomaistaan. Tämän oikeuden on oikeuskirjallisuudessa katsottu koskevan sanamuotoaan laajemmin kaikkia todistelutarkoituksessa kuultavia henkilöitä.³¹ Sanotun vaitiolo-oikeuden on myös katsottu olevan niin perustava osa rikosprosessijärjestelmäämme, että sitä on suojattava absoluuttisena todistuskeinokieltona.³²

Vaikka edellä on todettu ihmisoikeussopimuksen mukaisen itsekriminointisuojan rajoittuvan autonomisesti tulkittuun rikoksesta syytetyn asemaan, voi kansallisen lainsäädännön perusoikeusmyönteinen tulkinta johtaa laajempaan suojaan. Todistajan taikka todistelutarkoituksessa kuullun muun henkilön kertomuksen hyödyntämistä myöhemmässä rikosasiassa voidaan joissain tapauksissa rajoittaa, vaikka hän tai hänen lähiomaisensa ei kertomusta annettaessa vielä ollut rikoksesta epäillyn asemassa. Todistaja ei tällöin ole vielä saanut varoitusta intressikonfliktista eikä ole tietoisesti luopunut vaitiolo-oikeudestaan.³³

Samoja periaatteita kuin todistajalle säädetyssä suojassa voidaan ajatella sovellettavan analogisesti syytetyn eduksi myös mm. konkurssimenettelyssä. Meillä ei ratkaisussa KKO 2002:122 valittu tätä tulkintalinjaa, mutta Ruotsissa tätä ratkaisuvaihtoehtoa on käytetty.³⁴

Ruotsin oikeuskäytännössä osin tapausta KKO 2002:122 vastaavassa ratkaisussa NJA 2001 s. 563 Ruotsin korkein oikeus päätyi päinvastaiseen lopputulokseen kuin korkein oikeus meillä. Jutussa oli niin ikään kysymys valan nojalla annetuista tiedoista konkurssimenettelyssä. Vastaaja A oli totuudenvastaisesti ilmoittanut velallisyhtiön myyneen vaihto-omaisuutensa n. 670 000 kr:n hinnalla käteiskaupalla. Todellisuudessa yhtiön varallisuus oli luovutettu vastikkeetta. Mainittua vastaajaa A syytettiin sanotun väärän valan ohella alun perin myös avunannosta kysymyksessä olevalla varallisuuden luovutuksella toteutuneeseen velallisen epärehellisyyteen, joka toisen vastaajan B osalta oli esillä samassa oikeudenkäynnissä.

Ratkaisuselosteesta ilmenee tapausolosuhteiden olleen sellaiset, että pesänselvittäjä oli epäillyt kysymyksessä olleeseen oikeustoimeen voivan sisältyä rikok-

³¹ *Lauri Hormia* 1979 s. 79, *Pasi Pölönen* 2003 s. 280.

³² *Pasi Pölönen* 2003 s. 193.

³³ *Pasi Pölönen* 2003 s. 280–281, ks. myös *Ari-Matti Nuutila* 2001 s. 167.

³⁴ Vrt. *Jyrki Virolainen – Pasi Pölönen* 2004 s. 321–322 lausutussa puolletaan myös itsekriminointisuojan KKO:n tulkintaa laajempaa soveltamista, samoin mts. 336–337 esitetään kritiikkiä ratkaisua KKO 2002:116 kohtaan.

sen ja oli tämän vuoksi vaatinut myös mainitun vastaajan A valan nojalla vahvistamaan tiedot oikeustoimesta konkurssimenettelyssä.

Vastaaja A ei valan nojalla oikeudessa tietoja antaessaan muodollisesti vielä ollut rikoksesta epäiltyä siten, että häneen olisi tästä syystä kohdistettu viranomaistoimenpiteitä. Tapauksesta 2002:122 tilanne eroaa kuitenkin siltä osin, että A:n rooli konkurssimenettelyssä perustui ainakin osittain juuri rikosepäilyyn. Samoin oman subjektiivisen mieltämisensä ja motivaatiotilanteensa kannalta A on voinut kokea tilanteen täysin rikosepäilyyn verrattavaksi.

Ruotsin korkein oikeus katsoi uudempaan EIT:n oikeuskäytäntöön viitaten, ettei oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen kanssa ollut sopusoinnussa se, että henkilö rangaistusuhalla velvoitettaisiin antamaan tietoja, jotka paljastavat hänen syyllistyneen rikokseen ja joita voidaan käyttää myöhemmässä oikeudenkäynnissä todisteina häntä vastaan. Tämän nojalla hänellä olisi ollut oikeus kieltäytyä vahvistamasta valan nojalla tietoja oikeaksi. Tältä osin sovellettiin yleistä todistajan oikeutta kieltäytyä lausumasta seikoista, jotka osoittaisivat hänen tai lähimaisen syyllistyneen rikokseen (RB 36 kap. 6 §).³⁵ Vastaajalla katsottiin olleen BrB 15 kap. 4 § 2 st. tarkoitettu hyväksyttävä syy väärrien tietojen antamiseen, joten häntä ei tuomittu väärästä valasta rangaistukseen, vaan syyte hylättiin.³⁶

Tanskassa kysymys on johtanut jossain määrin ristiriitaiselta vaikuttavaan oikeuskäytäntöön. Korkein oikeus katsoi ratkaisussa UfR 1982.1090, ettei tiedonantovelvollisuuden konkurssimenettelyssä tule johtaa rikoslain mukaiseen rangaistusvastuuseen vääristä tiedoista, jos tiedot liittyvät tekoon, josta ilmoitusvelvollinen on syytteessä tai perustellusti saattoi olettaa voivansa joutua syytteeseen. Äänestysratkaisussaan korkein oikeus kuitenkin katsoi, ettei tapauksessa oikeilla tiedoillakaan olisi ollut merkitystä velallisen rikoksen toteutumisen kannalta ja syyksiluki väärrien tietojen antamisen.

Ratkaisussa UfR 1990.314 muutoksenhakuaste (Vestre Landsret) katsoi yhtiön edustajilla olevan tiedonantovelvollisuus konkurssimenettelyssä, vaikka nämä oli pidätetty epäiltyinä velallisen rikoksesta.

Ilmeisesti Tanskan oikeuskäytäntöä on tulkittava siten, että muusta rikoksesta epäillyllä tai syytetyllä on velvollisuus tietojen antamiseen täytäntöönpanome-

³⁵ Aikaisemmassa ennakkopäätöksessään NJA 1991 s. 123 Ruotsin korkein oikeus ei ollut soveltanut sanottua periaatetta, vaikka oli pitänyt sitä niin perustavanlaatuisena, että sen tulisi soveltaa myös konkurssimenettelyyn. Tuolloin korkein oikeus oli kuitenkin todennut, ettei tämä näyttänyt olleen lainsäätäjän tarkoitus ja oli epävarmaa kuinka periaatetta sovellettaisiin käytännössä ja että kysymys sopesi paremmin lainsäätäjän ratkaistavaksi.

³⁶ Oikeuskirjallisuudessa on puолlettu samantyyppistä tulkintaa, ks. mm. *Peter Fitger: Om eder. Festskrift till Olof Bolding, Stockholm 1992 s. 145–146 ja Madeleine Löfmarck: Brotten mot borgenärer. Tolkning och tillämpning av straffbestämmelserna i 11 kap. brottsbalken. Norstedts Förlag Ab, Stockholm 1986 s. 222.*

nettelyssä. Itsekriminointitilanne voi vapauttaa rangaistusvastuusta vääristä tiedoista, mutta tulkinnanvaraista on arvioida sitä, millä edellytyksillä rangaistusvastuu väistyy.³⁷

Norjan oikeuskäytännössä on korkein oikeus tapauksessa Rt 1994 s. 610 katsonut, että hallintoviranomaisen ennen rikosepäilyä rangaistusvastuun uhalla oikeushenkilön edustajilta hankkimia tietoja saatiin käyttää myöhemmässä rikosoikeudenkäynnissä. Niihin ei kuitenkaan voitu vedota kuten kirjallisiin todisteisiin, vaan kuten esitutkintakertomuksiin. Tämän prosessuaalisen ratkaisun jälkeen jutussa annettiin aineellinen ratkaisu (Rt 1995 s. 1922) ja asia saatettiin myös EIT:n tutkittavaksi. Komissio kuitenkin katsoi valitukset ilmeisen perusteettomiksi.³⁸

Edelleen Norjassa on ratkaisussa Rt 1997 s. 1303 katsottu, että itsekriminointitilanne tulee harkita jokaisen tilanteen osalta erikseen. Norjalaisestakin oikeuskäytännöstä on siten vaikea tehdä yksityiskohtaisia päätelmiä, mutta vuoden 1994 ratkaisu ei enää vastanne nykyistä näkemystä. Oikeuskirjallisuudessa on suositettu itsekriminointisuojan laajempaa tulkintaa ja mm. viime vuosien tuoreessa ne bis idem -kieltoa koskevassa oikeuskäytännössään Norjan korkein oikeus on tulkinnut muiden pohjoismaiden ja EIT:n ratkaisukäytäntöä laajemmin suojaa kahteen kertaan syyttämistä tai tuomitsemista vastaan.³⁹

MYÖTÄVAIKUTTAMISEEN VELVOITTAMINEN

EIS:n soveltamiskäytännössä on annettu merkitystä myös sille, minkä asteista pakkoa on käytetty velvoitettaessa epäiltyä osallistumaan oman syyllisyytensä selvittämiseen. Jo lähtökohtaisesti itsekriminointisuoja ei koske epäillyn vapaaehtoista toimintaa, eikä edes jonkin viranomaistoimenpiteen kuten verinäytteen ottamisen, takavarikon tai muun pakkokeinon passiivista sietämistä.⁴⁰

³⁷ Vrt. *Lars Bo Langsted: Selvkriminering og oplysningspligter*. Nordisk Tidsskrift for kriminalvidenskap 1998 s. 313 katsoo yleiseksi käytännöksi, että rikosepäilyn syntymisen jälkeen vain syyttäjä/poliisiviranomainen jatkaa tutkintaa ja ettei konkurssimenettelyyn olisi sovellettava totuudessapysymisvelvollisuutta, jos kyseessä on itsekriminointitilanne.

³⁸ Oikeuskirjallisuudessa ovat *Jørgen Aall* 1996 s. 223–224 ja *Bo Langsted* 1998 s. 320 kritisoineet ratkaisua Rt 1994 s. 610.

³⁹ Tulkinta on johtanut laajaan ja osin ongelmalliseenkin prejudikatuuriin mm. joukkoliikenteen tarkastusmaksun, ajokortin peruuttamisen, työttömyyskassasta erottamisen, kurinpitoseuraamuksen, liiketoimintakiellon ja lastensuojeluna tapahtuvan pakkosijoituksen mahdollisesta merkityksestä rikossyytteen estävänä hallinnollisena seuraamuksena.

⁴⁰ Ks. *Laura Ervo* 2003 s. 2 ja 15–16, *Pasi Pölönen* 2003 s. 191. Lähiomaisen kokonaiskieltäytymisoikeuden osalta *Lauri Hormia* 1979 s. 67.

Jonkin selvityksen antamiseen kansalaiset voidaan kuitenkin velvoittaa monin eri tavoin. Syytetyn vaitiolo-oikeutta koskevissa ratkaisuissa kysymys voi esimerkiksi olla siitä, saadaanko vaikenemisesta esitutkinnaissa ja/tai oikeudessa tehdä tuomioistuinkäsittelyssä syytetylle haitallisia johtopäätöksiä. EIT on varsin laajasti hyväksynyt vaitiolon käyttämisen lisänäyttönä silloin, kun muu näyttö selvästi vaatisi syytetyltä selitystä.⁴¹

Jos syytetyn vaitiolo-oikeutta on katsottu loukatun, on pakkoa kuitenkin saatanut edustaa lievimmillään vain sanottu riski haitallisista johtopäätöksistä.⁴² Toisaalta EIT on esim. ratkaisussa *Allen v. Yhdistynyt kuningaskunta* 10.9.2002 nimenomaisesti suorittanut tiedonantovelvollisuuteen liitetyn rangaistusuhan ankaruuden vertailua Saunders-tapaukseen. Tässä jutussa, jossa vaitiolo-oikeutta ja itsekriminointisuoja ei kokonaisarvioinnin nojalla katsottu loukatun, valittajalle olisi voitu enimmillään tuomita 300 punnan sakko. Saunders-tapauksessa rangaistusmaksimi oli sen sijaan kaksi vuotta vankeutta.

Epäillyn sinänsä täysin vapaaehtoisestikin antaman itselleen epäedullisen lausuman käyttöä todisteena on saatettu eräissä poikkeuksellisissa tapauksissa rajoittaa. EIT on ratkaisussaan *Allan v. Yhdistynyt kuningaskunta* 5.11.2002 antanut vapaaehtoisuuden arvioinnissa korostetun merkityksen sille, kuinka tietoisesti ja millaisissa olosuhteissa syylliseksi epäilty on luopunut vaitiolo-oikeudestaan sekä kuinka aktiivisesti viranomaiset ovat toimineet.

Tapauksessa poliisi oli nauhoittanut tutkintavankina olleen epäillyn keskusteluja. Epäillyn ja hänen naisystävänsä kesken käytyjen keskustelujen käyttö todisteena katsottiin sallituksi. Sen sijaan keskustelut toisen tutkintavangin kanssa, joka toimi poliisin toimeksiannosta asiassa ilmiantajana, asetettiin eri asemaan. Epäillyn lausumat hänelle eivät olleet spontaaneja ja oma-aloitteisia, vaan hänet oli taivuteltu antamaan ne vankitoverin itsepintaisiin epäiltyä tekoa koskevin kysymyksiin. Tätä menettelyä voitiin pitää toiminnallisesti kuulustelun vastineena ilman viralliseen esitutkintakuulusteluun liittyviä oikeusturvatakeita. Tietojen käyttö oikeudenkäynnissä loukkasi epäillyn vaitiolo-oikeutta ja oikeutta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen.

Pohjoismaisessa oikeuskäytännössä Norjan korkein oikeus ei ratkaisussa Rt 1999 s. 1269 hyväksynyt todisteeksi nauhoitusta keskustelusta, jossa peitehenkilöllisyyden turvin esiintynyt poliisiviranomainen oli saanut epäillyn kertomaan tekemästään rikoksesta. Korkein oikeus piti tätä menettelyä epäillyn vaitiolo-

⁴¹ Mm. *Murray v. Yhdistynyt kuningaskunta* 8.12.1996 ja *Averill v. Yhdistynyt kuningaskunta* 6.6.2000.

⁴² Esim. tapaukset *William ja Caren Condron v. Yhdistynyt kuningaskunta* 2.5.2000 ja *Beckles v. Yhdistynyt kuningaskunta* 8.10.2002, joissa ohjauksessa jurylle ei riittävästi otettu huomioon hyväksyttäviä selityksiä vaitiololle.

oikeuden loukkauksena. Toisaalta ratkaisussa Rt 1994 s. 1262 kanssasyytetyn suostumuksella nauhoitettua hänen ja toisen epäillyn välistä keskustelua saatiin käyttää todisteena. Ratkaisussa Rt 2000 s. 1345 hyväksyttiin todisteeksi epäillyn lausumat hänen soitettuaan poliisin takavarikoimaan matkapuhelimeen.

Viimeksi mainitussa tapauksessa oli siis kysymys vapaasti ja ilman erityisiä toimenpiteitä syntyneestä näytöstä, jonka aineellisen totuuden saavuttamiseksi tulisikin olla vapaan todistusharkinnan mukaisesti otettavissa huomioon. Kahdesta aikaisemmasta ratkaisusta vuoden 1999 tapauksessa viranomaisten toiminta oli aktiivisempaa ja tarkoitushakuisempaa. Erot olosuhteissa eivät kuitenkaan ole suuret eikä oikeustila Norjassa siten vaikuta vakiintuneelta.⁴³

Meillä nykyään voimassa olevia poliisilain säännöksiä ns. peitet toiminnasta ei voitane soveltaa viranomaisen apuna käytettyihin henkilöihin.⁴⁴ Tulkintakäytäntöä tällaisista tilanteista ei kuitenkaan juurikaan vielä ole.

Ratkaisussa KKO 2002:122 tarkoitettuun pesäluettelon oikeaksi vannomiseen velallinen tai velallisen edustaja voidaan vankeuden uhalla velvoittaa. Siten tämän kriteerin osalta kysymys voisi olla ihmisoikeussopimuksen vastaisesta velvoittamisesta oman syyllisyyden selvittämiseen. Tämän perusteen osalta eri asemassa ovat edellä mainitut kirjanpitorikoksen ja rekisterimerkintärikoksen tunnusmerkistöissä usein esille tulevat annetun tiedon oikeellisuutta koskevat kysymykset. Myös näissä tapauksissa ilmoittaja voi tosiasiallisesti olla merkittävässä intressikonfliktitilanteessa väärien tietojen antamisen johtuessa aikaisemmin tehdyn rikoksen peittelystä. Kysymys on kuitenkin kirjanpidon pitämiseen taikka esimerkiksi tietojen ilmoittamiseen kaupparekisteriin perustuvista velvollisuuksista, joiden noudattamisessa ei ole syytä asettaa ilmoittajaa eri asemaan aikaisemman rikoksen johdosta.

EIT:n ratkaisukäytännössä itsekriminointisuojaan loukkauksen toteavissa tapauksissa mm. *Funke v. Ranska* 25.2.1993, *Saunders v. Yhdistynyt kuningaskunta* 17.12.1996, *Heaney ja McGuinness v. Irlanti* 21.12.2000 sekä *J.B. v. Sveitsi* 3.5.2001 kaikissa on ollut kysymys selkeästi rangaistushallalla vahvistetusta pakosta selvityksen antamiseen, mutta edellä lausutuin tavoin ilmoitusvelvollinen on myös ollut rikoksesta epäillyn asemassa.

⁴³ *Asbjørn Strandbakken* 2003 s. 197–198 ja 202 lausutussa katsoo, ettei myöskään tapauksessa Rt 1999 s. 1269 olisi ollut syytä pitää menettelyä vaitiolo-oikeuden loukkauksena, vaan korkein oikeus oli antanut itsekriminointisuojuille liian suuren painoarvon verrattuna aineelliseen totuuteen.

⁴⁴ *Dan Frände*: Allmän straffrätt, 3. uppl., Helsingfors 2004 s. 188.

TILANTEET, JOISSA MUU RIKOSTUTKINTA ON JO VIREILLÄ

Jos ratkaistavana on tapaus, jossa tietojen antamiseen velvoitettu henkilö on tuolloin jo ollut esitutkintatoimenpiteiden ja siten konkreettisen rikosepäilyn kohteena, nousee arvioinnissa keskeiseksi menettelyn luonne. Korkein oikeus totesi ratkaisussa 2002:122, että tietojenantovelvollisuus konkurssissa palvelee yksinomaan täytäntöönpanomenettelyn tarpeita ja velkojien etujen turvaamista.

Tuleeko ratkaisun nojalla katsoa, että tietojen antaminen pesäluetteloon on erillinen siviilioikeudellinen velvollisuus, jonka rikkomisen rangaistavuus on täysin riippumaton mahdollisista varallisuusasemaan vaikuttaneista rikoksista? Tähänkään kysymykseen ei voitane vastata kategorisesti myöntävästi taikka kieltävästi. Ratkaisun perusteluissa painottuu menettelyn prosessuaalinen luonne. Yksittäistapauksessa perusoikeusmyönteisempi tulkinta ja itsekriminointisuojan soveltaminen suoranaisesti rikossyytteeseen rinnastumattomaankin menettelyyn voi olla perusteltu.

Tässä harkinnassa tulkintalinja voi muodostua varsin vaikeasti ennakoitavaksi ja epäyhtenäiseksi. Korkein oikeus viittasi ratkaisussaan mahdollisuuteen itsekriminointisuojan antamisesta tilanteissa, joissa täytäntöönpanomenettelyä on käytetty sille vieraaseen tarkoitukseen selvityksen hankkimiseksi rikoksesta. Näissä tilanteissa tapauskohtaisilla olosuhteilla tuleekin olla olennainen merkitys, mutta sovellettavia tulkintaperusteita pitäisi pystyä myös systematisoimaan.

Varteenotettava mahdollisuus yrittää täsmentää tulkintaperiaatteita on hakea soveltamisalan määrittystä itsekriminointisuojan tarkoituksesta. Itsekriminointisuojan periaatetta ei tosin ole Euroopan ihmisoikeussopimukseen nimenomaisesti edes kirjattu eikä esitöiden kaltaista aineistoa ole käytettävissä. EIT:n ratkaisuissa on kuitenkin periaatteen rationa viitattu kahteen tavoitteeseen: a) Menettelyn oikeudenmukaisuuden turvaamiseen ja b) väärin tunnustusten ehkäisemiseen.

Ensin mainittu peruste on keskeisyydestään huolimatta samalla varsin yleisluonteinen. Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden arviointi on luonteeltaan kokonaisvaltaista harkintaa. Harkittaessa sitä, onko menettely ollut kokonaisuudessaan oikeudenmukainen, voidaan ottaa huomioon tapauskohtaiset olosuhteet. Täten voidaan selittää mm. edellä mainittu EIT:n ratkaisu *Allan v. Yhdistynyt kuningaskunta* 5.11.2002, jossa pääsäännöstä poiketen itsekriminointisuojan loukkaukseksi katsottiin vapaaehtoisesti ilman pakkoa annetun lausuman hyödyntäminen. Tapauksessa epäilty oli vapautensa menettäneenä ja viranomaiset pyrkivät epäiltyä tekoa koskevan lausuman hankkimiseen häneltä niin ponnekaasti, ettei lausuman oma-aloitteisuus enää vastannut tavanomaista vapaaehtoista lausumaa.

Väärän tunnustuksen riskin nojalla voidaan puolestaan tehdä se erottelu, että pakottaminen lausuman (suullisen tai kirjallisen) antamiseen on tältä osin eri asemassa kuin pakottaminen jo olemassa olevan asiakirjan luovuttamiseen. Pakon johdosta annetussa uudessa lausumassa tällainen vaara on olemassa,⁴⁵ mutta jo aikaisemmin syntynyt asiakirja on tietyn sisältöinen riippumatta velvollisuudesta sen luovuttamiseen.

EIT:n Saunders-tapauksessa antamassa ratkaisussa tämä näkökohta on ollut esillä. Aikaisemmassa Funke-tapauksessa tuomioistuin korosti sitä, että viranomaiset olivat yrittäneet pakottaa valittajan luovuttamaan asiakirjoja, joiden olemassaolosta he eivät olleet varmoja, vaikkakin uskoivat niiden olevan olemassa. Mm. Guy Stessens on katsonut, että itsekriminointisuoja tulisi ensisijaisesti rajoittaa koskemaan paitsi rikoksesta epäillyn pakottamista lausuman antamiseen myös sellaisia tilanteita, joissa viranomaiset ”kalastelevat” asiakirjanäyttöä, jonka olemassaolosta he eivät ole varmoja.⁴⁶

ARVIOINTIKRITEERIT

Korkeimman oikeuden ratkaisun 2002:122 perusteluista ilmenee arvioinnissa olevan keskeistä, onko siviilioikeudellista tai hallinnollista menettelyä käytetty aidosti sen omiin tarkoituksiin. Jos näin on, ei aikaisempaan rikokseen perustuva intressikonflikti voi yleisesti vapauttaa vääriä tai puutteellista ilmoitusta koskevasta rangaistusvastuusta, kun tällaisen virheellisen ilmoituksen antaminen muutoin on rangaistavaa. Ratkaisu ei viittaa myöskään intressikonfliktin huomioon ottamiseen lieventävänä rangaistuksen mittaamisessa tai teon törkeysarvioinnissa.⁴⁷ Siviilioikeudellisessa ilmoitusvelvollisuuden sisältävässä menettelyssä hankittua selvitystä voidaan myös pääsääntöisesti käyttää rikosprosessissa näyttönä.

Itsekriminointisuojan soveltuvuus joudutaan tulkinnanvaraisissa tapauksissa viime kädessä arvioimaan kokonaisvaltaisesti. Tässä arvioinnissa huomioon otettavia seikkoja ovat ainakin a) käytetyn pakon luonne ja b) epäillyltä saatujen tietojen hyödyntämistapa. Mitä ankarammin sen tiedonantovelvollisuuden rikkominen on sanktioitu, jonka nojalla ilmoitusvelvollinen on intressikonfliktistaan huolimatta tietoja antanut, sitä helpommin voi näitä tietoja hyödyntävä prosessi muodostua kokonaisuutena tarkastellen epäoikeudenmukaiseksi.

⁴⁵ Väärän tunnustuksen riskin osalta ei kysymys ole siitä, että tällaisen virheellisen lausuman todennäköisyys olisi empiirisesti korkea. Keskeistä on, että pakon nojalla tehty väärä tunnustus olisi menettelyn oikeudenmukaisuuden kannalta erityisen vahingollinen.

⁴⁶ Guy Stessens 1997 s. 56.

⁴⁷ Vrt. toisin tuomiossa Vaasan hovioikeus 24.9.2003 nro 1223.

Vastaavasti kokonaisarvioinnissa on merkitystä myös sillä, kuinka laajasti tietoja hyödynnetään näyttönä epäilystä rikoksesta ja mikä merkitys niillä tässä näyttöarvioinnissa on. Samoin kuin muidenkin oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen kriteerien arvioinnissa myös itsekriminointisuojaan soveltamisessa vaikutusta on sillä, kuinka merkityksellistä osaa perusoikeuksien kanalta ongelmallisella menettelyllä hankittu selvitys edustaa kokonaisnäytöstä. Pääasialliseen näyttöön tulee suhtautua kriittisemmin kuin muuta selvitystä tukevaan näyttöön.

Edellä mainituin tavoin voidaan tehdä erottelu myös a) velvoittamiseen uuden lausuman antamiseen ja b) velvoittamiseen olemassa olevan selvityksen luovuttamiseen. Tämä jako on selvästi tarkoituksenmukaisempi kuin jälkimmäisen kategorian erottelu sen mukaan, kuinka yksilöity tieto viranomaisilla on olemassa olevasta näyttöaineistosta.

Itsekriminointisuojaan keskeisimpänä tavoitteena voidaan pitää sitä, että se estää julkista valtaa pakottamasta epäiltyä antamaan itseään syyllistävää lausumaa. Tämä painotus on hyvin yhteensovitettavissa EIT:n tulkintaan, joka hyväksyy velvoittamisen viranomaisten toimenpiteiden passiiviseen sietämiseen. EIT nimenomaisesti hyväksyy epäillyn tahdosta riippumatta olemassa olevan selvityksen hankkimisen pakkotoimin asiakirjoja tämän hallusta takavarikoimalla taikka epäilystä veri- ym. näytteitä ottamalla.

Asiakirjojen luovuttaminen on tosin niiden takavarikoinnin sietämiseen verrattuna aktiivista toimintaa. Perusteltua on kuitenkin soveltaa itsekriminointisuoja tiukemmin tilanteisiin, joissa epäilty velvoitetaan antamaan asiasta uusi lausuma kuin tilanteisiin, joissa hänet velvoitetaan luovuttamaan olemassa (ja periaatteessa takavarikoitavissa) olevia asiakirjoja. Esimerkiksi EIT:n ratkaisun *Heaney ja McGuinness v. Yhdistynyt kuningaskunta* 21.12.2000 perusteluissa todetaan, ettei tapauksessa ollut pakkovaltaa käyttämällä kehoitettu valittajaa antamaan aineistoa, kuten asiakirjoja tai verinäytteitä, joka olisi ollut olemassa valittajan tahdosta riippumatta.

Jälkimmäiseen kategoriaan rinnastuvat ne käytännössä usein esiintyvät tapaukset, joissa ilmoitusvelvollisuus täytetään ensisijaisesti esittämällä selvitys kirjanpidon kirjauksista. Jos taas ilmoitusvelvollisuuden täyttäminen edellyttää nimenomaista kannanottoa tietoisuuteen tietyistä seikoista tms. subjektiivisen syyllisyyden arviointiin liittyvistä asioista, kuuluu tapaus ensimmäiseen kategoriaan.

Olemassa olevan selvityksen yksilöinti on edellä kuvattua jaottelua epämääräisempi kriteeri. Useimmiten kysymys on käytännössä kirjanpitovelvollisuuden nojalla laadittavasta kirjanpitoaineistosta taikka tietyn oikeustoimen muusta dokumentoinnista. Tämän yksilöidympää tietoa tavoiteltavasta asiakirjaselvityksestä ei viranomaisilla tarvitse olla. Yksilöinnin aste ei voine yleensä olla ollenainen kriteeri itsekriminointisuojaan laajuuden arvioinnissa.

Huomattavasti merkittävämpää arvioinnissa on, onko siviilioikeudellista tiedonantovelvollisuutta käytetty sen aidossa tarkoituksessa vai rikostutkinnallisten tavoitteiden toteuttamiseksi. Tämä kysymys voi olla täysin riippumaton tavoiteltavan selvityksen etukäteisyksilöinnistä. Itsekriminointisuojaan loukkaus saattaa sinänsä olla selvempi yleisluonteisessa selvityksen kalastelussa rikoksen toteen näyttämiseksi. Yksilöitykään tieto tavoitellusta selvityksestä ei kuitenkaan tee ilmoitusvelvollisuuden käyttämistä vieraaseen tarkoitukseen itsekriminointisuojaan kannalta hyväksyttäväksi.

Edellä todetuin tavoin laillisen saannon käsitettä voidaan käyttää itsekriminointisuojaan ja konkurrenssin rajanvetotilanteiden ratkaisuperusteena. Valtaosaan tapauksista tämä tulkinta tuonee riittävän yhdenmukaisen ja kohtuullisesti ennakoitavissa olevan ratkaisukriteerin. Selkeimmin ovat laillisesta saannosta erotettavissa varkauden tai kavalluksen täyttävät anastusrikokset. Tällaisen tulon tai varallisuuden ilmoittamatta jättäminen ei ole rangaistavaa.

Tosin näissäkin tilanteissa on arvioitava, onko ilmoitusvelvollisuuden täyttämässä aidosti ollut kysymyksessä itsekriminointiongelmia. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2004:122 vastaaja tuomittiin varkauden lisäksi lievistä veropetoksesta, kun hän oli käyttänyt anastamaansa polttoöljyä ajoneuvossa polttoaineena. Ajoneuvohallintokeskukselle tehtävä ilmoitus lisäveron määräämiseksi ei tässä tapauksessa olisi millään tavoin edellyttänyt polttoöljyn rikollisen alkuperän esiintuomista.⁴⁸

Ilmoitusvelvollisuuden kannalta kiistattomia ovat puolestaan mm. maksukyvyttömyystilassa yleistä velkojatarhaa loukkaavat, mutta muutoin siviilioikeudellisesti normaalit luovutustoimet. Vastaavin tavoin kirjanpitorikos toteutuu väärin tai harhaanjohtavien tietojen merkitsemisellä kirjanpitoon silloinkin, kun merkintä perustuu muuhun rikokseen, kuten esimerkiksi velallisen rikoksen täyttävän valeoikeustoimen kirjaamiseen. Samoin on tulkittava myös rekisterimerkintärikoksen täyttymistä, jos esimerkiksi kaupparekisteriin ilmoitetaan näennäisoikeustoimeen perustuva tieto.

Jos siviilioikeudellisesti lailliseksi katsotaan korkeintaan pätemättömyysperusteen rasittama omaisuuden saanto, voi yksittäistapauksissa aiheutua vaikeita tulkintatilanteita mm. siviilioikeudellisen mitättömyyden ja pätemättömyyden sekä yhtiöoikeudellisen kelpoisuuden ja toimivallan tulkinnassa.⁴⁹

⁴⁸ Oikeustapauskommentaarissaan *Pekka Viljanen* toteaa, että käyttäessään laillisesti hankkimaansa polttoöljyä tällä tavoin vastaaja olisi ilman muuta syyllistynyt veropetosrikokseen ja ettei ole mitään hyväksyttävää syytä sille, että anastamalla polttoöljyn välttäisi rangaistuksen veropetosrikoksesta; ks. Pekka Timonen (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein II 2004, Helsinki 2005 s. 381.

⁴⁹ Siviilioikeudellisten säännösten merkityksestä velallisen rikosten tunnusmerkistöjen toteutumisesta esim. *Raimo Immonen*: Yritysmuodot ja liiketoiminta, Helsinki 2000 s. 354–360 ja *Pekka Koponen*: Todellinen ja näennäinen varallisuuden luovutus velallisen rikoksissa. *Defensor Legis* 2001 s. 232–233.

Ylipäättään laillisen saannon käsitteeseen jää tulkinnanvarainen ”harmaa alue”, eikä oikeuskäytäntökään ole ollut tältä osin yhdenmukainen. Ilmoitusvelvollisuuden laiminlyöminen on voitu katsoa tapauksen olosuhteista riippuen erikseen rangaistavaksi taikka rankaisemattomaksi teoksi.

Esimerkiksi Rovaniemen hovioikeuden ratkaisussa 6.4.2001 nro 200 on katsottu, ettei velallisella ollut velvollisuutta ilmoittaa ulosottoselvityksessä varoiinaan paritustoiminnalla saamiaan rahavaroja. Tuomion perusteluissa viitataan tältä osin nimenomaisesti itsekriminointisuojaan ja siihen, ettei vastaaja voinut ilmoittaa mainittuja varoja saattamatta itseään syytteen vaaraan.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa 2005:17 parituksesta syytetty vastaaja oli puolestaan ilmoittanut sanotun rikoksen täyttävästä toiminnastaan saamansa vuokratulot verotuksessa. Korkein oikeus määräsi vuokratulot rikoshyötynä kokonaisuudessaan valtiolle menetetyksi vähentämättä niistä verojen osuutta. Perusteluissa lausutaan tältä osin, ettei vastaajalle jää menettämisseuraamuksen jälkeen sellaista tuloa, jonka perusteella ylipäänsä voitaisiin määrätä veroa.

Turun hovioikeuden tuomiossa 26.9.2003 nro 2397 on lausuttu, ettei omaisuuden siirtämisessä yhtiöstä ohimyyntillä vastaajille itselleen ilmeisesti synny heille pätevää saantoa. Hovioikeus katsoi, etteivät vastaajat ottaessaan varoja yhtiöstä osakeyhtiölain säännösten vastaisesti olleet saaneet laillista saantoa varoihin. Tämän vuoksi he eivät myöskään olleet velvollisia ilmoittamaan näitä varoja henkilökohtaisessa verotuksessaan, vaan verojen salaaminen oli erikseen rankaisematon teko. Vastaajat tuomittiin siten vain yhtiön verotuksessa tehdystä veropetoksesta. Mikäli menettelyn lainvastaisuus katsottaisiin yleiseksi ratkaisukriteeriksi, johtaisi se itsekriminointisuojan laajempaan soveltamiseen kuin KKO:n ratkaisuihin hahmoteltavissa olevalla tulkinnalla.

Vaasan hovioikeuden tuomiossa 23.3.2004 nro 476 oli kysymys siitä, oliko vastaaja syyllistynyt törkeään veropetokseen jättäessään henkilökohtaisessa verotuksessaan ilmoittamatta törkeän velallisen epärehellisyys täyttävällä teolla saamansa varat. Hovioikeus katsoi, että verovelvolliselle säädetty ilmoitusvelvollisuus palvelee yksinomaan verotuksen toimittamista. Tietojen antaminen ei sellaisenaan liittynyt mihinkään rikosasiaan tai selvityksen hankkimiseen mahdollisesta rikoksesta, eikä verovelvollinen tietoja antaessaan ollut rikoksesta epäillyn asemassa. Näin ollen verovelvollisella ei ollut oikeutta salata verotusmenettelyssä tulojaan sillä perusteella, että hän arvioi tulonsa ilmoittamalla ilmiantavansa itsensä jostakin rikoksesta.⁵⁰

Verorikosten kohdalla mahdolliseksi rangaistusvastuuta rajoittavaksi seikaksi voidaan itsekriminointisuojan lisäksi esittää, ettei rikoksella saatu tulo ja varalli-

⁵⁰ Ks. myös Ruotsin hovioikeusmenettelyssä ratkaisu RH 1988:51, jossa verovelvolliselle syyksiluettiin veropetos, kun hän ei ilmoittanut ulkomaiselta yhtiöltä saamiaan lahjuksia; *Teresa Simon Almendal*: Skatteanpassade transaktioner och skattebrott, Norstedts Juridik, Stockholm 2005 s. 94–95.

suus olisi ylipäättään veronalaista eikä sen ilmoittamatta jättämistä sen vuoksi tulisi rangaista veropetoksena. Jos tällainen vakiintunut oikeusperiaate katsottaisiin olevan olemassa, se voisi saada merkitystä myös rikosoikeudellisessa arvioinnissa. Oikeusperiaate voi institutionalisoitua mm. siten, että oikeuskäytäntö ennakkotapauksineen osoittaa noudattavansa sitä.⁵¹

Ratkaisussa KKO 1983 I 3 esiintyy liikevaihtoveron maksamisen laiminlyöntiä koskeneessa asiassa tuomion perusteluissa argumentointia siitä, että oikeusjärjestelmässämme ja vero-oikeudessamme on poikkeuksellista, että pelkästä velan maksamatta jättämistä voisi seurata rangaistus.⁵² Veron maksamatta jättämisen rangaistavuus tulee ratkaisun mukaan selvästi ilmetä rangaistussäännöksestä. Näin on säännelty nykyään verorikkomusta koskeva tunnusmerkistö.

Ratkaisussa KKO 2004:134 kuitenkin todettiin, että verovelvollisen tuli ilmoittaa henkilökohtaisessa verotuksessaan oikeushenkilöstä tosiasiallisesti rikoksen avulla saamansa varat. Tapauksessa vastaajalla on katsottava olleen edellä kuvatuin tavoin ymmärretty laillinen saanto varoihin ja siten myös velvollisuus ilmoittaa ne verotuksessa. Vastaavaa arviointia osoittavia ovat oikeuskäytännössä vanhemmat ratkaisut KKO 1980 II 124 ja 1983 II 66.

Hallinnollisessa verotusmenettelyssä ei tosin ole johdonmukaisesti pidetty esimerkiksi velallisen epärehellisyyden täyttävällä, mutta siviilioikeudellisesti korkeintaan pätemättömyysperusteen rasittamalla menettelyllä saatuja tuloja veronalaisina. Veropetoksen tunnusmerkistön täytyminen ei kuitenkaan edellytä, että asiassa olisi konkreettisesti päädytty verottamaan sanottua tuloa, kunhan sen veronalaisuus on selvitetty.⁵³ Kansainvälinen kehityskin on laajentanut verotuksen kohdentamista sinänsä rikokseksi katsottavaan menettelyyn mm. siten, etteivät salakuljetetut tuotteet saa saada verotuksellista kilpailuetua laillisiin tuotteisiin verrattuna.⁵⁴

Mikäli verovelvollinen on siis saanut tuloja tai varallisuutta menettelyllä, joka ei ole varsinainen anastusrikos, tulee nämä tulot ja varat ilmoittaa verotuksessa, vaikka varojen hankkimiseen käytetyn menettelyn mahdollisesti sittemmin katsotaisiin täyttävän rikoksen. Kuten edellä on todettu, saattaa itsekriminointisuojaan soveltuminen tällaisiin tilanteisiin kuitenkin olla tapauskohtaisesti mahdollista.

⁵¹ Ks. mm. *Karol Nowak* 2003 s. 41.

⁵² Oikeusperiaatteille tyypilliseen tapaan lausuttu perustelu oli muita perusteita ja ensisijaisempia oikeuslähteitä (lähinnä esityöt) tukeva, ei ratkaiseva argumentti tuomion perusteluissa. Ks. tapauksesta myös *Dan Frände*: Den straffrättsliga legalitetsprincipen, *Ekenäs* 1989 s. 14–15.

⁵³ Rikosasiasassa on riittävä, että tuomioistuimien katsoo veronormia rikotun ja veron perusteen täytyneen. Tuomioistuin ei ole sidottu hallinnolliseen veroratkaisuun, ks. *Asko Lehtonen*: Veropetoksesta. RL 38 luvun 11 §:n 1 momentin tunnusmerkistöstä lähinnä tulo- ja varallisuusverotuksen kannalta, *Helsinki* 1986 s. 334–336 ja *Ritva Sahavirta*: Verorikokset; teoksessa *Raimo Lahti – Pekka Koponen* (toim.): Uudistuva talousrikosoikeus, *Helsinki* 2004 s. 173, uudemmassa oikeuskäytännössä esim. *Helsingin hovioikeus* 2.7.2004 nro 2584.

⁵⁴ *Ritva Sahavirta* 2004 s. 157–158.

Pekka Koskinen

Liikenne­rikkomus ja yleiset opit

JOHDANTO

Lähtökohtia

Liikenne­rikkomusta koskeva TLL 103 §:n säännös kuuluu 1.8.2005 voimaan tulleessa muodossaan (15.7.2005/567) seuraavasti:

”Joka tahallaan tai huolimattomuudesta muuten kuin 73 a, 98–102 tai 105 a §:ssä mainitulla tavalla rikkoo tätä lakia tai sen nojalla annettuja säännöksiä tai määräyksiä, on tuomittava liikenne­rikkomuksesta sakkoon.”

Tässä kirjoituksessa tarkastelen paria liikenne­rikkomusta koskevaan säännökseen liittyvää rikosoikeuden yleisten oppien kysymystä.¹ Ensimmäinen on säännöksessä edellytetty syyksiluettavuuden aste. Säännöksen muuttamisessa kesällä 2005 oli kysymys juuri tästä. Nyt sääntely onkin yksiselitteinen, mutta ongelmia saattaa liittyä ennen 1.8.2005 tehtyihin liikenne­rikkomuksiin.

Tällä kysymyksellä on liittymiä rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen. Laillisuusperiaatteen näkökulmasta voidaan myös problematisoida säännöksessä edelleen käytetty puhdas blankorangaistustekniikka.²

Syyksiluettavuusvaatimus ja alkuperäinen TLL 103 §

Rikosoikeudellinen vastuu edellyttää syyksiluettavuutta, tahallisuutta tai tuottamusta. Kysymys siitä, kumpaa syyksiluettavuuden muotoa yksittäisessä rikos-

¹ Laajassa tuotannossaan *Raimo Lahti* on eri yhteyksissä käsitellyt myös liikenne­rikosoikeuden keskeisiä kysymyksiä. Esimerkiksi *Vägtrafikstraffrätten i omvandling*, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1980 s. 223–238, sekä teoksessa *Uutta tieliikennelainsäädäntöä*, Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja 34, Helsinki 1982 julkaistut kirjoitukset *Tieliikennelainsäädännön teoreettinen tarkastelu* s. 41–58 ja *Tieliikennelain rangaistussäännökset* s. 138–158.

² Rikosoikeuden laillisuusperiaatteessa nivoutuvat yhteen perus- ja ihmisoikeuksia koskevat sekä kriminaalipolitiikan ja rikosoikeuden peruskysymykset. Ei ole ihme, että *Raimo Lahden* tuotannossa on usein liikuttu näillä alueilla. Tässä mainittakoon vain Perusoikeusuudistus ja rikosoikeus, Lakimies 1996 s. 930–939.

säännöksessä edellytetään – *Jussi Matikkalan* termein ”vaatimusnormi”³ – oli aikaisemmin tulkinnanvarainen. Siitä ei ollut nimenomaista yleissäännöstä. Kirjallisuuden ja oikeuskäytännön mukaan lähtökohtana oli kuitenkin tahallisuusvaatimus. Tuottamus oli rangaistavaa, jos säännöksessä niin nimenomaisesti säädettiin, mutta myös silloin, jos rangaistussäännöksen tarkoituksesta tai asiayhteydestä voitiin päätellä lainsäätäjän halunneen ulottaa rangaistavuuden myös tuottamukselliseen suhtautumiseen. Laillisuusperiaatteen näkökulmasta tällainen häilyvyys oli ongelma.

Vuoden 1981 tieliikennelain (3.4.1981/267) 103 §:n liikenneerikkomusta koskevassa säännöksessä ei ollut nimenomaista mainintaa syyksiluettavuusvaatimuksesta:

”Jos joku muuten kuin 98–102 §:ssä mainitulla tavalla rikkoo tätä lakia tai sen nojalla annettuja säännöksiä tai määräyksiä, hänet on tuomittava liikenneerikkomuksesta sakkoon.”

Selvänä on kuitenkin pidetty, että kriminalisointi on koskenut niin tahallista kuin tuottamuksellistakin liikennesääntöjen rikkomista. Suuri osa liikenneerikkomuksista tehdään käytännössä huolimattomuudesta, ja rangaistavuuden rajaaminen yksinomaan tahallisiin tekoihin olisi liikennekriminalisoinneilla tavoiteltujen päämäärien kannalta selvästi haitaksi.⁴

SYYSILUETTAVUUS YLEISTEN OPPIEN UUDISTUKSESSA

Säänneltävät kysymykset

Rikoslain yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistuksessa (13.6.2003/515, voimaan 1.1.2004) määriteltiin rikosoikeudellisen vastuun yleisiä edellytyksiä olennaisesti aikaisempaa tarkemmin (RL 3 luku). Tämä koskee myös syyksiluettavuutta. Tarkoituksena oli kirjoittaa lakiin sekä kulloinkin vaadittavaa syyksiluettavuuden astetta koskeva vaatimusnormi että tahallisuutta ja tuottamusta koskevat sisältönormit.

Jälkimmäinen tavoite jäi vähän puolitiehen. Rikoslakiin tuli kyllä määritelmät sekä tahallisuudesta (RL 3:6) että tuottamuksesta (RL 3:7). Tahallisuusmääritel-

³ Ensimmäisen kerran ilmeisesti kirjoituksessa Tahallisuudesta rikosoikeudessa, Lakimies 1991 s. 962–980.

⁴ TLL 103 § on mainittu nimenomaisena esimerkkinä säännöksistä, joissa rangaistavuus ulottuu tuottamukseenkin ilman nimenomaista mainintaa pykälätekstissä. Esimerkiksi *Koskinen, Pekka*, Johdatus rikosoikeuteen, Helsinki 2001 s. 62.

mä rajattiin kuitenkin eduskunnassa koskemaan yksinomaan seuraustahallisuutta. Olosuhdetahallisuus jäi johonkin määrään avoimeksi. Lakivaliokunnan mietinnössä sen katsotaan jäävän oikeuskäytännössä arvioitavaksi, jolloin huomioon on otettava tunnusmerkistöerehdystä koskeva säännös (RL 4:1).⁵ Uudesta oikeustilasta on jo ehditty esittää erilaisia arvioita.⁶ Niihin liittyvä keskustelu ei kuitenkaan kuulu tämän kirjoituksen alaan.

Vaatimusnormin sisältö

Vaatimusnormista säädetään RL 3:5:ssä:

”Rangaistusvastuun edellytyksenä on tahallisuus tai tuottamus.

Jollei toisin säädetä, tässä laissa tarkoitettu teko on vain tahallisena rangaistava.

Mitä 2 momentissa säädetään, koskee myös muualla laissa tarkoitettua tekoa, josta ankarimmaksi rangaistukseksi on säädetty enemmän kuin kuusi kuukautta vankeutta tai jota koskeva rangaistussäännös on annettu tämän lain voimaantulon jälkeen.”

Laillisuusperiaate edellyttää, että kulloinkin vaadittava syyksiluettavuuden aste käy kirjoitetusta laista yksiselitteisesti ilmi. Aikaisemmin näin ei aina ollut. Uudistuksessa lähdettiin siitä, että aikaisempi epäselvyys on välttämättä korjattava. Lähtökohdaksi otettiin, että rangaistavuus edellyttää tahallisuutta. Jos tuottamuskin halutaan rangaistavaksi, sen täytyy nimenomaan näkyä asianomaisen säännöksen sanamuodosta: rangaistavuus täytyy siinä ulottaa myös huolimattomuuteen.⁷

RL 3:5:n 2 momentissa tämä lähtökohta kirjoitettiin ehdottomaksi säännöksi, kun on kysymys itse rikoslakiin sisältyvistä kriminalisoinneista. Merkitystä ei tässä ole sillä, milloin rikoslain säännös on annettu, sääntö koskee sekä ennen yleisten oppien uudistuksen voimaantuloa että sen jälkeen annettuja rikossäännöksiä.

⁵ LaVM 28/2002 vp (HE 44/2002 vp) s. 10.

⁶ Kokoavasti tähän liittyvästä keskustelusta *Matikkala, Jussi*, Tahallisuudesta rikosoikeudessa, Helsinki 2005 s. 244–251.

⁷ Tämä kuului alusta alkaen rikoslain kokonaisuudistuksen lainkirjoitusteknisiin pelisääntöihin. Kokonaisuudistuksen I vaiheen ehdotuksen yleisperustelujen jaksosta ”Rikoslainsäädännöllisiä kysymyksiä” periaate kuitenkin jäi pois (HE 66/1988 vp s. 16–20). Lakivaliokunnankaan asiaa koskeva lausuma ei ollut yksiselitteinen (LaVM 6/1990 s. 3–4).

Uudistuksen II vaihetta koskevan ehdotuksen yleisperusteluihin (HE 94/1993 vp s. 13) otettiin sitten asiasta selkeä lausuma: ”Samoin kuin kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväsä esityksessä on rikokselta edellytetty syyksiluettavuuden aste pyritty kussakin tunnusmerkistössä ilmaisemaan yksiselitteisesti. Jos syyksiluettavuudesta ei lausuta mitään, teon rangaistavuus edellyttää tahallisuutta. Tuottamuksellinen suhtautuminen tulee rangaistavaksi vain silloin, kun tunnusmerkistö on nimenomaisesti ulotettu koskemaan huolimattomuudesta toteutettua tekoa.”

Sama sääntö koskee pykälän 3 momentin alkuosan mukaan myös muualla kuin rikoslaissa kriminalisoituja tekoja, joista ankarimmaksi rangaistukseksi on säädetty enemmän kuin kuusi kuukautta vankeutta. Rikoslain kokonaisuudistuksen lähtökohtiin kuului keskittämisperiaate eli kaikkien vankeusuhkaisten kriminalisointien keskittäminen itse rikoslakiin, jolloin tällä säännöksellä ei oikeastaan pitäisi olla soveltamisalaa lainkaan.⁸ Keskittämisperiaatetta ei kuitenkaan ole täysin määrin toteutettu, joten 3 momentin alkuosassa tarkoitettuja tapauksia todellisuudessa on.

Sääntelyteknisenä ongelmana uudistuksessa olivat rikoslain ulkopuoliset kriminalisoinnit, joissa enimmäisrangaistuksena on enintään kuusi kuukautta vankeutta tai sakkoa. Etenkin sakonuhkaisia rangaistussäännöksiä rikoslain ulkopuolisessa lainsäädännössä on edelleen suuri määrä.

Syyksiluettavuusvaatimuksen selkeyttäminen näissä tapauksissa olisi voitu toteuttaa eri tavoin. Valituksi tuli RL 3:5:n 3 momentin loppuosasta ilmenevä ratkaisu. Jos rangaistussäännös on annettu yleisiä oppeja koskevan uudistuksen voimaantulon eli 1.1.2004 jälkeen, näissäkin tapauksissa vaaditaan tahallisuutta, jollei tuottamuksellista tekemuotoa ole erikseen säännöksessä mainittu.

Jäljelle jää se ryhmä rikoslain ulkopuolisia kriminalisointeja, jotka on annettu ennen 1.1.2004 ja joissa enimmäisrangaistus on sakkoa tai enintään kuusi kuukautta vankeutta. Näistä tapauksista RL 3:5:ssä ei lausuta nimenomaisesti mitään, mikä tarkoittaa, että niihin nähden pätee vanha tulkinnanvaraisuus.⁹ Tuottamuksen rangaistavuus voidaan päätellä myös säännöksen tarkoituksesta tai asiayhteydestä. Itse asiassa juuri näissä rikoslain ulkopuolella säännellyissä väheisissä rikoksissa – jotka aikaisemmin luettiin politiarikosten luokkaan – on toisinaan katsottu myös tuottamuksen rangaistavuuden olevan tavallista helpommin pääteltävissä.¹⁰

Uudessa tilanteessa sopinee odottaa, että näissäkin tilanteissa täytyy olla vahvat perusteet tuottamuksen rankaisemiselle, jos säädöstekstissä ei ole siitä mainintaa. Ja aina kun tähän ryhmään kuuluvia säännöksiä uudistetaan, tuottamuksenkin rangaistavuus – jos sitä pidetään tarpeellisenä – on muistettava kirjoittaa nimenomaisesti näkyviin.

⁸ Erityisen voimakkaasti otti keskittämisperiaatteeseen kantaa eduskunnan lakivaliokunta käsitellessään rikoslain kokonaisuudistuksen II vaiheen ehdotusta. Laajahko tarkastelu päättyi johtopäätökseen: ”Käsiteltävänä olevan hallituksen esityksen perusteella valiokunta on aikaisempaa vakuuttuneempi siitä, että periaatetta on pyrittävä noudattamaan rikoslain uudistuksen seuraavissa vaiheissa.” (LaVM 22/1994 vp (HE 94/1993 vp) s. 5–6).

⁹ HE 44/2002 vp s. 71.

¹⁰ HE 44/2002 vp s. 69.

TLL 103 §:N MUUTOKSET

HE 72/2005 vp ja sen tausta

Kesäkuussa 2005 annettiin hallituksen esitys laiksi tieliikennelain 103 §:n muuttamisesta (HE 72/2005 vp). Siinä säännökseen ehdotettiin lisättäväksi nimenomainen syyksiluettavuusvaatimus ”tahallaan tai huolimattomuudesta”. Taustana oli edellä käsitelty rikoslain yleisiä oppeja koskeva uudistus, jonka mukaan teon rankaiseminen tuottamuksellisena edellyttää nimenomaista mainintaa lais-
sa.

Ehdotettu muutos oli tarpeen sen vuoksi, että TLL 103 §:ää oli ehditty muuttaa 1.1.2004 jälkeen. Kuljettajan ajoterveyden seurantaan liittyviä säännöksiä koskeva laki tieliikennelain muuttamisesta annettiin jo helmikuussa (20.2.2004/113; voimaan 1.9.2004). Siinä yhteydessä TLL 103 §:ään lisättiin 73 a § niiden säännösten joukkoon, joiden rikkominen ei kuulu liikenne-rikkomuksen piiriin:

”Jos joku muuten kuin 73 a tai 98–102 §:ssä mainitulla tavalla rikkoo ...”

Ennen tämän säännöksen antamista oli 1.1.2004 tullut voimaan edellä esitelty syyksiluettavuuden vaatimusnormia koskeva säännös, jonka mukaan tämän jälkeen annettavissa rikoslain ulkopuolisissa lievissäkin kriminalisoinneissa edellytetään tahallisuutta, jollei toisin ole nimenomaan säädetty. Oli siis perusteltua kysyä, edellyttikö rankaiseminen 1.9.2004 jälkeen tehdyistä liikenne-rikkomuksista tahallisuutta. Oliko muutoksen jälkeen katsottava, että TLL 103 § oli RL 3:5.3:ssa tarkoitetulla tavalla ”annettu” 1.1.2004 jälkeen?

Edellä oli jo puhe siitä, että liikenne-rikkomus on tyypillisesti sellainen teko, johon syyllistytään huolimattomuudesta. Rangaistavuuden rajaaminen tahallisuuteen olisi kriminaali- ja liikennepoliittisesti vahingollinen ratkaisu.

Eduskuntakäsittely

HE 72/2005 vp on niukkasanainen, ja se käsiteltiin eduskunnassa vähin äänin ja pikavauhtia. Esitys annettiin 3.6.2005. Asiaa käsiteltiin vain liikenne- ja viestintävaliokunnassa, jonka mietintö (LiVM 17/2005 vp) oli valmiina jo 14.6.2005. Valiokunnassa kuultiin asiantuntijana pelkästään liikenne- ja viestintäministeriön virkamiestä, ja professori *Matti Tolvaselta* oli saatu suppea kirjallinen lausunto. Lakivaliokunnassa esitys ei käynyt lainkaan.

Sekä hallituksen esityksessä että liikenne- ja viestintävaliokunnan mietinnössä annetaan kuva, jonka mukaan kysymys on vain oikeustilaa selventävästä muutoksesta. HE:ssä tosin myönnetään tulkinnanvaraiseksi se, ”voidaanko 103 § siten katsoa annetuksi rikoslain 3 luvun 5 §:ssä tarkoitetulla tavalla rikoslain

muuttamisen jälkeen siten, että tieliikenne rikkomukset olisivat nykyisin rangaistavia vain tahallisuudella, koska laissa ei toisin säädetä”. Valiokunta on asiassa varmempi ja korostaa, että ”kyseessä on vain selvä muutos ja on selvää, että henkilöt, jotka ovat huolimattomuudesta rikkoneet liikennesääntöjä 1.9.2004 jälkeen, ovat syyllistyneet liikenne rikkomukseen, josta heitä myös voidaan lailisuuksien periaatteen kanssa ristiriitaan joutumatta rangaista”.

Esityksen lähetekeskustelussa ainoan puheenvuoron käytti edustaja *Raimo Vistbacka* (ps), joka pohdiskeli, mistä oikein on kysymys. Hänen pohdiskelunsa päättyi toivomukseen: ”Toivon mukaan nyt saadaan sitten sellainen säädös, etteivät asianajat pääse venkoilemaan. Ilmeisesti tämän johdosta tämä pieni hallituksen esitys on täällä.”¹¹

Vielä yksi TLL 103 §:n muutos kesken eduskuntakäsittelyn

HE:n 72/2005 vp lyhyen eduskuntakäsittelyn aikana ehdittiin vahvistaa vielä yksi muu tieliikennelain muutos (10.6.2005/401; voimaan 20.6.2005), joka ulottui myös TLL 103 §:ään. Muutoksen pohjana oli HE 267/2004 vp. Nyt kyse oli muutoksista tieliikenteen sosiaalilainsäädännön valvontaa ja ajopiirturin käyttöä koskeviin säännöksiin. Tässä yhteydessä näihin säännöksiin liittyviä rikkomuksia irrotettiin TLL 103 §:n alaisuudesta. Niitä varten säädettiin oma erillinen pykälänsä TLL 105 a § (Tieliikenteen sosiaalilainsäädännön rikkominen). Liikenne rikkomusta koskevan 103 §:n alku kuului nyt näin:

”Joka muuten kuin 73 a, 98–102 tai 105 a §:ssä mainitulla tavalla rikkoo ...”

Käsitellessään HE:ta 72/2005 vp liikenne- ja viestintävaliokunta ehti 14.5.2005 valmistuneessa mietinnössään (LiVM 17/2005 vp) ottaa huomioon muutamaa päivää aikaisemmin vahvistelun muutoksen, ja näin TLL 103 § sai tämän kirjoituksen alussa esitetyn nykyisen muotonsa:

”Joka tahallaan tai huolimattomuudesta muuten kuin 73 a, 98–102 tai 105 a §:ssä mainitulla tavalla rikkoo ...”

KESKUSTELUA: MILLOIN RANGAISTUSSÄÄNNÖS ON ”ANNETTU”?

Liikenne rikkomusta koskeva nykyinen TLL 103 § tuli voimaan 1.8.2005. Sen jälkeen tehty liikenne rikkomukset rangaistaan pykälän uuden sanamuodon mu-

¹¹ Eduskunnan täysistunnon ptk 69/2005 vp (8.6.2005) kohdassa 8.

kaan sekä tahallisesti että huolimattomuudesta tehtyinä. Yleisiä oppeja koskevan uudistuksen tullessa voimaan 1.1.2004 liikenne rikkomussäännöksessä ei ollut mainintaa vaadittavasta syyksiluettavuusasteesta. RL 3:5.3:n valossa on kuitenkin selvää, että säännös soveltui myös tuottamuksellisiin rikkomuksiin.

Kuten edellä on selvitetty, TLL 103 §:ää muutettiin 1.1.2004 ja 1.8.2005 välisenä aikana kahdesti. Muutokset tulivat voimaan 1.9.2004 ja 20.6.2005. Kummassakaan muutoksessa säännökseen ei lisätty mainintaa tuottamuksen rangaistavuudesta.

Toisaalta on selvää, ettei lainsäätäjän tahto ole tältä osin voinut muuttua. On selvää, että rangaistavuus on koko ajan tarkoitettu koskemaan myös tuottamuksellista menettelyä.¹²

RL 3:5.3:n mukaan ratkaiseva merkitys on sillä, milloin rangaistussäännös on ”annettu”. Jos se on ”annettu” 1.1.2004 jälkeen, teko on vain tahallisena rangaistava, jollei toisin säädetä. Ongelmana on nyt se, mitä rangaistussäännöksen ”antamisella” tulee ymmärtää.¹³

Kumpikaan tässä tarkoitettu TLL 103 §:n muutos ei laajentanut säännöksen soveltamisalaa. Uusia tekemuotoja ei säädetty sen nojalla rangaistaviksi. Päinvastoin soveltamisalaa supistettiin: osa aikaisemmin TLL 103 §:n piiriin kuuluneista rikkomuksista siirrettiin muiden säännösten nojalla arvosteltavaksi. Liikenne- ja viestintävaliokunta päättelee: ”Tunnusmerkistön soveltamisalan supistaminen ei voi tarkoittaa sitä, että rangaistussäännös olisi säädetty supistamisen yhteydessä uudestaan.”¹⁴

Vaikka tällaisesta ajattelusta epäilemättä saa tukea sille tulkinnalle, että tuottamuksellinen liikenne rikkomus on ollut koko ajan TLL 103 §:n nojalla rangaistavissa, mitenkään ongelmaton kanta ei kuitenkaan ole. Joudutaan hyvin vaikeisiin rajankäynteihin, jos joudutaan kysymään, minkä laatuiset ja kuinka suuret muutokset vasta ovat sellaisia, että muutetun säännöksen on samalla katsottava tulleen uudelleen ”annetuksi”.¹⁵ Laillisuusperiaatteeseen (RL 3:1) sisältyvän täs-

¹² Yksi varaus on tietenkin tehtävä. Vaikka itse 103 §:ssä ei ole syyksiluettavuuden asteeseen liittyvää rajausta, ne käyttäytymismääräykset, joiden rikkomiseen blankosäännös soveltuu, ovat luonteeltaan hyvin erilaisia. Ne on voitu kirjoittaa tavalla, joka edellyttää tahallista menettelyä.

¹³ Lain ”antamisen” käsitettä valtiosääntöoikeuden mielessä selvittää *Antero Jyräki*: ”Eduskunnan hyväksymä laki, jonka tasavallan presidentti on vahvistanut tai joka on palautettu eduskuntaan ja siellä uudelleen hyväksytty, on voimaan tullakseen vielä lakina *annettava* 1. promulgoitava: presidentin on allekirjoitettava ja asianomaisen ministerin varmentettava lain sisältävä asiakirja (PeL 79.2 §).” (Uusi perustuslakimme, Turku 2000 s. 167)

¹⁴ LiVM 17/2005 vp (HE 72/2005 vp) s. 2.

¹⁵ Rikoslain kokonaisuudistuksen yhteydessä on pyritty käymään läpi kaikki rikosoikeudellisesti merkitykselliset säännökset. Monet niistä ovat uudistuksessa säilyneet täysin tai likimain ennallaan. Olisi outoa lähteä erittelemään jonkin suuren uudistuspaketin eri pykälä siltä pohjalta, että jotkin niistä ”annettiin” nyt, toiset vain ikään kuin uudistettiin.

mällisyysvaatimuksen näkökulmastakin olisi parasta, jos rangaistussäännöksen ”antamiselle” ei pyritäisi asettamaan säännöksen sisältöä koskevia laatuvaatimuksia, vaan ratkaisevaksi katsottaisiin se, milloin sovellettava säännös aivan teknisesti ottaen on annettu.¹⁶

Kun vaatimusnormia koskevaa säännöstä valmisteltiin, yhtenä vaihtoehtona oli sen tyyppinen siirtymäkausiratkaisu, joka Ruotsissa oli omaksuttu. Rikoslain pykälässä säädettäisiin yleisesti, että rangaistusvastuun edellytyksenä on tahallisuus, jollei toisin ole säädetty. Rikoslain ulkopuolisiin kriminalisointeihin tätä säännöstä kuitenkin sovellettaisiin vasta tietyn siirtymäkauden jälkeen. Tämän kauden aikana lainsäätäjän olisi huolehdittava siitä, että tuottamus nimenomaisesti säädetään rangaistavaksi niissä tapauksissa, joissa se on perusteltua.

Tähän ei kuitenkaan menty. Hallituksen esityksessä kielteistä kantaa perustellaan: ”Ratkaisu edellyttäisi kuitenkin koko lainsäädännön läpikäyntiä muuttamassa vuodessa. On pelättävissä, että tämä työ jää joko tekemättä tai aikapulan vuoksi suuri osa avoimista kriminalisoinneista muutetaan suoraan tuottamuskriminisoloinneiksi, jolloin tulos ei välttämättä vastaa työhön uhrattavaa vaivaa.”¹⁷

TLL 103 §:ssä on kysymys suhteellisen vähäisistä rikkomuksista. Liikenne-rikkomuksen seuraamuksena voi olla vain sakkoa. Näissä oloissa ei ehkä voi nähdä kovin suurta laillisuus- tai oikeusturvaongelmaa, vaikka hyväksyttäisiin HE:n 72/2005 vp käsittelyssä omaksuttu linja, jonka mukaan tuottamuksen katsotaan koko ajan riittäneen rangaistavuuden edellytykseksi. Jos vastaava kuvio olisi toteutunut vakavampia rikoksia koskevassa sääntelyssä, tiukempi arvio olisi varmasti paikallaan.

Koko tässä läpikäydyn historian opetus on joka tapauksessa siinä, että kaikilla lainsäädännön sektoreilla on välttämättä otettava huomioon RL 3:5.3:sta ilmenevät vaatimukset. Eikä sanojen ”tahallaan tai huolimattomuudesta” lisääminen aikaisempiin kriminalisointeihin tietenkään saa olla puhdasta rutiinia. Kaikissa tapauksissa on erikseen harkittava, onko myös huolimattomuuden kriminalisointi (tai tietysti kriminalisointi ylipäänsä!) välttämätöntä.

En riittävästi tunne hallinnon ja ministeriöiden byrokraattisia kuvioita. Käsittääkseni sinne jonnekin olisi joka tapauksessa rakennettava sellainen suodatin-

¹⁶ KKO:n ennakkoratkaisulla 2004:81 on tiettyjä liittyviä nyt esillä olevaan kysymykseen. Ratkaisu ei liittynyt yleisten oppien uudistukseen, vaan muuten syyksiluettavuusvaatimukseen, kun rangaistussäännös oli muuttunut (kysymys oli rakentamisrikkomuksesta). Merkittävää ratkaisussa on eräänlainen muodollinen tarkastelutapa, jossa uuden säännöksen sanamuodon perusteella katsottiin, ettei tuottamuksellisesta menettelystä voitu rangaista: ”Tähän lain sanamuodossa tapahtuneeseen muutokseen nähden uutta säännöstä ei voida, riippumatta siitä, mitä hallituksen esityksessä asiasta on sanottu, tulkita vastaajan vahingoksi niin, että teko olisi edelleen myös tuottamuksellisenä rangaistava.”

¹⁷ HE 44/2002 vp s. 70–71.

järjestelmä, joka takaisi, ettei edellä kuvatun kaltaisia, TLL 103 §:n soveltamisalaan liittyviä ongelmia enää pääsisi syntymään.

TLL 103 § EDELLEEN PUHTAANA BLANKOSÄÄNNÖKSENÄ

Edellä tarkasteltiin TLL 103 §:n soveltamiseen tiettyä siirtymä kautena tehtyihin rikkomuksiin liittyviä syyksiluettavuusongelmia. Niillä on liittymänsä myös rikosoikeuden laillisuusperiaatteeseen.

Vielä selvemmin laillisuusperiaatteen ongelmat liittyvät TLL 103 §:ään säännöksessä käytetyn puhtaan blankorangaistustekniikan kautta. Kyseessä on puhdas blankosäätös: niistä käyttäytymisnormeista, joiden rikkominen tulee TLL 103 §:n mukaan rangaistavaksi, ei säännöksessä ole minkäänlaista sisällöllistä luonnehdintaa.

Tämä ei vastaa niitä edellytyksiä, jotka blankotekniikalle asetettiin, kun rikosoikeuden laillisuusperiaatetta koskeva nimenomainen normi otettiin perusoikeusuudistuksen yhteydessä hallitusmuotoon, josta se sitten siirrettiin nykyiseen perustuslakiin (8 §).

Blankotekniikka oli esillä myös rikosoikeuden yleisten oppien uudistuksen yhteydessä, kun laillisuusperiaatetta koskeva säännös otettiin rikoslakiin (RL 3:1). HE:n 44/2002 vp perusteluissa (s. 33) toistetaan ne reunaehdot blankotekniikan käytölle rikoslaissa, jotka perustuslakivaliokunta oli muotoillut perusoikeusuudistuksen käsittelyn yhteydessä. Yksi niistä on se, että itse kriminalisointisäätöksessä pitäisi olla jonkinlainen asiallinen luonnehdinta kriminalisoitavaksi tarkoitetuista teoista.

Mitään tällaista sisällöllistä luonnehdintaa TLL 103 §:ssä ei ole. Siinä vain yleisesti viitataan ”tämän lain tai sen nojalla annettujen säännösten tai määräysten” rikkomiseen.

Se normimassa, jonka rikkominen ainakin periaatteessa olisi katsottava liikenneriikkomukseksi, on tavattoman laaja-alainen ja epäyhtenäinen. Vaikka tieliikennelainsäädännössä onkin otettu lähtökohdaksi kaiken kattava kriminalisointi, olisi tavoitteeksi asetettava, että TLL 103 §:n piiriin todella tarkoitettujen tekemuodot voitaisiin säännöksessä edes hyvin yleispiirteisellä tavalla myös sisällöllisesti luonnehtia.¹⁸

Vertailun vuoksi sopii viitata säännöstelyrikosta koskevaan säännökseen (RL 46:1). Sehän rakentuu pitkälti blankotekniikan varaan. Säännöksessä on pitkä

¹⁸ TLL 103 §:n blankotekniikkaan liittyviä ongelmia on käsitellyt esimerkiksi *Matti Tolvanen*, *Tieliikenneriikokset ja kriminaalipolitiikka*, Helsinki 1999 s. 217–223.

numeroitu lista erilaisia säännöstöjä, joiden rikkomisesta on kysymys. RL 46:1:ssä on kuitenkin säädetty rangaistavaksi nimenomaan näissä säädettyjen tai niiden nojalla annettujen ”säännöstelymääräysten” rikkominen. RL 46:7:n rajoitussäännöksen mukaan tunnusmerkistön ulkopuolelle jäävät vähäiset ilmoittamis- tai tiedonantovelvollisuuden laiminlyönnit ja muut vähäiset menettelytapamääräysten rikkomiset. Niissä on voitu muodollisesti ottaen rikkoa jotain viitatuista säännöksistä, mutta niillä ei ole varsinaisesti tekemistä säännöstelyn sisällöllisten tavoitteiden kanssa.

Voi sanoa, että RL 46:1:ssä on onnistuttu täyttämään ne vähimmäisvaatimukset, jotka tekemuotojen sisällöllistä luonnehdintaa koskeva blankotekniikan käyttöehto asettaa. Jokin vastaavanlainen ratkaisu saattaisi olla löydettävissä myös TLL 103 §:ään laillisuusperiaatteen kannalta liittyvän kauneusvirheen korjaamiseksi.

Kokonaan toinen asia on, onko perusteltua säilyttää kaikki vähäisetkin liikenerikkomukset varsinaisen kriminaalirikosoikeuden piirissä. Muunlaisista sanktiojärjestelmistä on esimerkkejä eri maista, ja meilläkin sellaisista on käyty keskustelua. Tämä kirjoitus ei kuitenkaan ole paikka sen keskustelun jatkamiseen.¹⁹

¹⁹ Esimerkiksi *Matti Tolvanen* on esittänyt liikenerikkomuksena rangaistavien tekemuotojen rajoittamista nykyisestä: mts. 223.

Laajempaakin keskustelua vähäisten lainrikkomusten sanktioinnin tavasta on meillä käyty. Esimerkiksi *Koskinen, Pekka*, Skuldprincipen och påföljderna för ringa lagöverträdelse, teoksessa *Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson*, Uppsala 1985 s. 142–154.

Tero Kurenmaa

Markkinoiden väärinkäyttö ja ne bis in idem-periaate

JOHDANTO

Markkinoiden väärinkäyttöä koskeva sääntely on äskettäin kokenut merkittävän muutoksen, kun rikosoikeudellisten rangaistusten oheen säädettiin mahdollisuudesta antaa väärinkäytöksistä myös merkittäviä hallinnollisia seuraamuksia.

Arvopaperimarkkinalainsäädäntöä uudistettaessa kiinnitettiin huomiota siihen, ettei rahoitustarkastuksen käytettävissä olevia seuraamuksia kaikilta osin voitu pitää riittävinä tai seuraamus ei ollut oikeassa suhteessa moitittavaan menettelyyn.¹ Rahoitustarkastuksesta annetusta laista (Ratalaki 587/2003) puuttuivat aiemmin täysin välittömät taloudelliset sanktiot.

Arvopaperimarkkinalainsäädännön muutosten taustalla vaikutti markkinoiden väärinkäyttöä koskeva direktiivi (MAD).² MAD:ssä rikosoikeudelliset seuraamukset jätetään jäsenvaltioiden omaksi asiaksi, mutta hallinnolliset toimenpiteet ja seuraamukset ovat MAD:n mukaan pakollisia. Koska markkinoiden väärinkäyttö -direktiivi edellyttää ainoastaan riittävien hallinnollisten seuraamusten säätämistä, mutta ei puutu tarkemmin siihen, miten hallinnollisen ja rikosoikeudellisen menettelyn keskinäinen suhde markkinoiden väärinkäyttötilanteissa halutaan järjestää, voidaan asia hoitaa MAD:n antamissa rajoissa kansallisesti.³

Tässä artikkelissa on tarkoitus käydä läpi rahoitustarkastuksen (Rata) sanktiovaltuuksia ja sitä, mitä ongelmia hallinnollisten sanktioiden ja rikosoikeudellisten rangaistusten samanaikaisuus voi aiheuttaa käytännössä. Samalla käsitellään hieman myös sitä, miten Ratan tutkintavaltuudet saattavat vaikuttaa myöhemmän poliisin suorittamaan esitutkintaan.

¹ Säädösnumerot 297/2005 Arvopaperimarkkinalaki (AML) ja 299/2005 Rahoitustarkastuksesta annettu laki (HE 137/2004). Ks. myös RataL:n aiempi muutos 587/2003 (HE 175/2002), jossa julkinen huomautus ja varoitus alun perin säädettiin.

² Euroopan Parlamentin ja Neuvoston Direktiivi sisäpiirikaupoista ja markkinoiden manipuloinnista (markkinoiden väärinkäyttö) 2003/6/EY.

³ Kurenmaa, Tero: Sisäpiirintiedon väärinkäyttö. Jyväskylä 2003, s. 344 ja 348. Ks. Frände, Dan: Allmän straffrätt. Helsingfors 2001, s. 35. Hyväksyttävän oikeushyvän olemassaolo ei tarkoita sitä, että rikosoikeudellisia keinoja pitää käyttää.

RAHOITUSTARKASTUKSEN SANKTIOVALTUUDET

Ratalakia uudistettaessa Ratan valvontavaltuudet olivat suurelta osin jälkikäteen reagointiin painottuvia, peruuttamattomuutta korostavia ja käyttötavoiltaan raskaita. Ratalla ei ollut sellaisia valtuuksia, joita olisi voitu käyttää erityisesti pienempien rikkomusten kohdalla silloin, kun ne eivät olisi edellyttäneet esimerkiksi toimiluvan peruuttamista tai kun uhkasakon asettaminen ei olisi ollut tarkoituksenmukaista. Tästä syystä Ratan toimivaltuuksia oli tarve kehittää.⁴ Ratalakiin lisättiin tämän vuoksi säännökset Ratan oikeudesta määrätä hallinnollisia seuraamuksia valvottaville ja muille rahoitusmarkkinoilla toimiville yhteisöille sekä sellaisille rahoitusmarkkinoilla toimiville luonnollisille henkilöille, joille rahoitusmarkkinalainsäädännössä on asetettu erityisiä velvollisuuksia.

Julkista huomautusta koskevan säännöksen mukaan julkinen huomautus voidaan antaa sille, joka laiminlyö tai rikkoo muulla kuin rikoslain (RL) 51 luvussa säädetyllä tavalla arvopaperimarkkinalain tai sen nojalla annettuja markkinoiden väärinkäyttöä taikka julkisen kaupankäynnin kohteena olevan tai sen kohteeksi haetun arvopaperin arvoon vaikuttavien tietojen julkistamista koskevia säännöksiä. Lain perusteluissa pidetään pääsääntönä, että julkista huomautusta ei voida määrätä teosta, joka on muualla laissa säädetty rangaistavaksi. Poikkeuksena ovat kuitenkin tilanteet, joissa rikkomus on ilmeinen ja teko niin vähäinen, ettei Rata tee asiasta rikosilmoitusta.⁵

RL 51 luvussa sisäpiirintiedon väärinkäytön rangaistavuus edellyttää tahallisuutta tai törkeää tuottamusta sekä kurssin vääristäminen tahallisuutta. Lisäksi kummassakin tapauksessa edellytetään, että teko on tehty hyötymistarkoituksessa. AML:n (495/1989) 5 luvussa säädettävä sisäpiirintiedon käyttö ja kurssin vääristäminen eivät edellytä tahallisuutta tai törkeää huolimattomuutta. Säännökset eivät myöskään edellytä hyötymistarkoitusta. Kyseisen eron arvopaperimarkkinalain ja rikoslain syyksiluettavuudessa on katsottu lain perusteluissa määrittävän myös sen, milloin Rata voi määrätä julkisen huomautuksen.⁶

Julkista huomautusta ei kuitenkaan voida antaa, jos valvottava tai muu rahoitusmarkkinoilla toimiva on oma-aloitteisesti ja välittömästi virheen havaittuaan ryhtynyt asiassa korjaaviin toimenpiteisiin.⁷ Välittömyydeltä voidaan lähtökohdaisesti edellyttää sitä, että henkilö on ilman viivytystä ryhtynyt konkreettisiin toimenpiteisiin virheen korjaamiseksi. Korjaaviin toimenpiteisiin ryhtymistä ei

⁴ HE 175/2002, s. 6, 24 ja 31.

⁵ HE 175/2002, s. 31 ja 63.

⁶ Ks. HE 137/2004, s. 80–81.

⁷ HE 175/2002, s. 63.

voida pitää oma-aloitteisena esimerkiksi enää sen jälkeen kun Rata on menettelyn johdosta ollut yhteydessä kyseiseen oikeus- tai luonnolliseen henkilöön.⁸

Käytännössä Rata suorittaa merkittävää rikosoikeudellista vastuuarviointia arvopaperimarkkinoilla ilmenevien väärinkäytösten ja niitä koskevan seuraamusharkinnan osalta, koska Ratan arvioitavana on se, tulisiko epäilty rikkomus saattaa poliisille esituttunkin vai ratkaista asia hallinnollisessa menettelyssä. Valvontaviranomaisen toiminnan ennakoitavuus ja valvonnan kohteena olevien osapuolien yhdenvertaisuus edellyttävät Ratan harkintavallan käytön riittävää ohjaamista tilanteissa, joissa menettely Ratan arvion mukaan mahdollisesti täyttää sekä rikostunnusmerkistön että hallinnollisen seuraamussäännöksen edellytykset.⁹

Ratan käytettävissä olevia seuraamuksia ei MAD:n implementoinnin yhteydessä kaikilta osin pidetty riittävinä tai seuraamusten ei katsottu olevan oikeassa suhteessa moitittavaan menettelyyn. Yhtäältä rikosoikeudellista seuraamusta pidettiin tietyissä tapauksissa liian ankarana seuraamuksena ja toisaalta taas Ratan keinovalikoimasta puuttuivat välittömät taloudelliset seuraamukset. Uskottava ja oikeamittainen seuraamusjärjestelmä edellyttää julkisten huomautusten ja varoitusten lisäksi myös välittömien taloudellisten seuraamusten uhkaa.¹⁰

MAD:n implementoinnin yhteydessä ratalakiin otettiin uusi säännös seuraamusmaksusta. Seuraamusmaksu on tarkoitettu sovellettavaksi julkisen huomautuksen ja varoituksen tapaan sellaisten rikkomusten seuraamukseksi, jotka eivät anna aihetta rikosoikeudellisiin toimenpiteisiin.

Ratalain 26a §:n mukaan seuraamusmaksu voidaan määrätä valvottavalle tai muulle rahoitusmarkkinoilla toimivalle oikeushenkilölle, jos nämä laiminlyövät tai rikkovat muulla kuin RL:n 51 luvussa tai AML:n 8 luvussa säädettyllä tavalla AML:n 2 luvun säännöksiä tai niiden nojalla annettuja säännöksiä arvopaperien markkinoinnista, liikkeeseenlaskusta tai tiedonantovelvollisuudesta. Seuraamusmaksu voidaan määrätä kyseisille oikeushenkilölle myös silloin, jos nämä laiminlyövät tai rikkovat muulla kuin RL:n 51 luvussa säädettyllä tavalla AML:n 5:2:ssa säädettyä sisäpiirintiedon käyttöä tai 5:12:sta säädettyä kurssin vääristämisistä koskevia säännöksiä.

Yhdenmukaisesti julkista huomautusta ja varoitusta koskevien säännösten kanssa seuraamusmaksu voidaan määrätä maksettavaksi myös muulle henkilölle, joka laiminlyö tai rikkoo muulla kuin RL 51 luvussa säädettyllä tavalla arvopaperimarkkinalain tai sen nojalla annettuja sisäpiirintietoa, kurssin vääristämis-

⁸ Ks. HE 137/2004, s. 80.

⁹ Häyrynen, Janne: Arvopaperimarkkinoiden väärinkäyttö (väitöskäsikirjoitus 2005). Ks. perustuslain 731/1999 (PL) 80 §.

¹⁰ Ks. HE 137/2004 s. 34–35.

tä tai julkisen kaupankäynnin kohteena olevan tai sen kohteeksi haetun arvopaperin arvoon vaikuttavien tietojen julkistamista koskevia säännöksiä.

Seuraamusmaksu on mahdollista määrätä vain teosta tai laiminlyönnistä, joka ei ole rikos. Aivan kuten julkista huomautusta koskevan 25 §:n 3 momentin kohdalla, ratkaisevana erona suhteessa rikoslain arvopaperimarkkinarikoksia koskeviin tunnusmerkistöihin on säännösten erilainen syyksiluettavuuden vaatimus. Jos Rata asiaa selvittäessään päätyy siihen, että sillä on perusteltua aihetta epäillä teon tai laiminlyönnin täyttävän rikoslaissa asetetun syyksiluettavuuden vaatimukset sekä tapahtuneen muiden kuin tiedottamisrikosten osalta hyötymistarkoituksessa, seuraamusmaksua ei voida määrätä, vaan asia on saatettava poliisille esitutkintaa varten.

Seuraamusmaksua ei voida myöskään määrätä, jos asia on vireillä esitutkinassa, syyteharkinnassa tai tuomioistuimessa rikosasiana. Tästä seuraamusmaksun määräämisen edellytyksestä seuraa myös, että jos syyttäjä on tehnyt asiassa syyttämättä jättämistä koskevan päätöksen oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (689/1997) 7 tai 8 §:n nojalla, samasta teosta ei voi määrätä seuraamusmaksua. Tilanne on sama, jos tuomioistuin on jättänyt rangaistuksen tuomitsematta RL 3:5:n nojalla.

Ratalain 37 a §:n mukaan valtiokonttori palauttaisi hakemuksesta jo maksetun seuraamusmaksun, jos henkilö myöhemmin tuomittaisiin RL 51:1–5:n nojalla rangaistukseen samasta teosta, josta seuraamusmaksu on määrätty. Seuraamusmaksun palauttaminen koskisi tilanteita, jossa henkilö tuomittaisiin rangaistukseen sisäpiirintiedon väärinkäytöstä tai törkeästä sisäpiirintiedon väärinkäytöstä, kurssin vääristämisestä tai törkeästä kurssin vääristämisestä taikka tiedottamisrikoksesta. Hakemus voitaisiin tehdä, kun rikostuomio on saanut lainvoiman.¹¹

Periaatteessa samasta teosta aiemmin annettu hallinnollinen seuraamus voitaisiin rikosasian yhteydessä ottaa huomioon rangaistuksen kohtuullistamisperusteena. Hallinnollinen sanktio ja rikosoikeudellinen rangaistus ovat määrättävissä myös toisiaan täydentävästi. Sanktion määrääminen hallinnollisessa menettelyssä ei sinänsä estä saman menettelyn lainvastaisuuden arvioimista vielä tuomioistuimessakin, rikosoikeudelliselta kannalta. RL 6:7:n mukaan samasta teosta aikaisemmin määrätty hallinnollinen sanktio on kuitenkin otettava kohtuuden mukaan huomioon rikosoikeudellista rangaistusta määrättäessä. Viranomainen voi yleensä myös määrätä hallinnollisen seuraamuksen, vaikka teosta on jo tuomittu rikosoikeudellinen rangaistus. Tällöin suhteellisuusperiaate kuitenkin edellyttää tuomitun rangaistuksen huomioon ottamista hallinnollista sanktiota määrättäessä.¹²

¹¹ Ks. HE 137/2004 s. 83.

¹² Ks. Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus. Helsinki 1997, s. 396.

NE BIS IN IDEM -PERIAATE

Seuraamusmenettelyssä tulee arvioitavaksi erityisesti se, voidaanko samasta teosta tai laiminlyönnistä antaa sekä hallinnollinen sanktio että rikosoikeudellinen rangaistus. Kyseinen mahdollisuus muodostaa ilmeisen ongelman saman toiminnan monenkertaisesta rankaisemisesta. Kansainvälisen rikosoikeuden periaatteisiin kuuluu, ettei ketään tule uudelleen tutkia, asettaa syytteeseen tai tuomita sellaisen rikoksen johdosta, josta on jo tuomio annettu. Kyseinen *ne bis in idem* -periaate kuuluu vakiintuneesti kansainvälisiin sopimuksiin varmistettuihin prosessuaalisiin ihmisoikeuksiin.

”Ne bis in idem” -periaate mainitaan Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen (EIS)7:nnen lisäpöytäkirjan 4 artiklassa. Se kieltää tutkimasta uudelleen tai rankaisemasta oikeudenkäynnissä rikoksesta, josta henkilö on jo lopullisesti vapautettu tai tuomittu syylliseksi kyseisen valtion lakien ja oikeudenkäyntimenettelyn mukaisesti.¹³

Periaate on ilmaistu myös kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen 14.7 artiklassa, jonka mukaan: ”Ketään ei saa tutkia tai rangaista uudelleen rikoksesta, josta hänet on jo lopullisesti tuomittu syylliseksi tai vapautettu asianomaisen maan lain ja oikeudenkäyntijärjestyksen mukaisesti.” Erona kyseisten kieltojen välillä on erityisesti se, että EIS:n *ne bis in idem* -kielto on rajattu koskemaan vain valtiosisäistä kahteen kertaan rankaisemista.¹⁴

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT) (No: 37950/97) *Franz Fischer v. Austria*, 29.5.2001, jossa EIT katsoi rikotun EIS 7 lisäpöytäkirjan 4 art. ”*ne bis in idem* periaatetta”. Tapauksessa henkilö oli tuomittu päihtyneenä ajamisesta ensin hallinnollisoikeudelliseen sakko- ja 20 päivän vankeusrangaistukseen ja myöhemmin 6 kk rikosoikeudelliseen vankeusrangaistukseen. EIT mukaan olennaista periaatteen rikkomisessa oli se, että henkilöä oli syytetty ja rankaistu saman teon nojalla sekä hallinnollisen että rikosoikeudellisen seuraamussäännöksen mukaisesti, vaikka kumpikin rangaistussäännös koostui olennaisesti samoista tunnusmerkistötekijöistä. Sillä ei ollut merkitystä, että rikkomukset olivat nimellisesti erilaisia. EIT katsoi, että mikäli teko täyttää sekä hallinnollisen rikkomuksen että rikoslain mukaisen rikoksen tunnusmerkistön, voi valtio vapaasti säännellä kumman säännöksen nojalla henkilöä syytetään. Yhden teon perusteella henkilöä ei voida kuitenkaan syyttää ja rangaista kahdesti.

Tuomioistuimen mukaan mainittu 4 artikla ei rajoitu pelkkään oikeuteen olla joutumatta rangaistuksi kahdesti, vaan se ulottuu myös oikeuteen olla joutumatta syytteeseen kahdesti.

Katso vastaavankaltaisesta tulkinnasta myös EIT (No: 15963/90) *Gradinger v. Austria*, 23.10.1995. Tapauksessa henkilö tuomittiin rikosprosessissa

¹³ Ks. myös Euroopan unionin perusoikeuskirja, artikla 50.

¹⁴ Ks. Koponen, Pekka: Talousrikokset rikos- ja rikosprosessioikeuden yhtymäkohdassa. Helsinki 2004, s. 63.

kuolemantuottamuksesta hänen aiheutettuaan autoa ajaessaan polkupyöräilijän kuoleman. Vakavampaa tekoa koskeva syyte hylättiin, koska tuomioistuimen mielestä ei ollut näytetty, että henkilön veren alkoholipitoisuus olisi yltänyt 0,8 promilleen. Varsinaisen rikosprosessin jälkeen kyseinen henkilö tuomittiin samojen tosiseikkojen perusteella myös hallinnollisessa menettelyssä alkoholin vaikutuksen alaisena ajamisesta. Hallintoviranomaiset katsoivat tulleen näytetyksi, että henkilön veren alkoholipitoisuus oli tapahtumahetkellä ollut ainakin 0,95 promillea. Ihmisoikeustuomioistuin totesi, että sovelletut säännökset erosivat sekä tarkoituksensa että rikosnimikkeiden osalta, mutta katsoi lisäpöytäkirjan 4 artiklaa kuitenkin loukatun, koska molemmat rangaistukset perustuivat samaan käyttäytymiseen.

Englannissa eräässä hallintotuomioistuimen markkinoiden väärinkäyttöä koskevassa päätöksessä tuomioistuin oli katsonut, ettei valvontaviranomaiseen kuuluvan kurinpitotuomioistuimen ratkaisemassa asiassa ollut kyse rikosoikeudellisesta tai sellaiseksi luonnehdittavissa olevasta asian käsittelystä, koska ratkaisun kohteena oli erityisen valvonnan ja sääntelyn alainen toiminta. Ratkaisussa oli kyse arvopaperivälittäjän ja sen palveluksessa olevan henkilön kurssin vääristämisestä koskevasta menettelystä.¹⁵

Pohjoismaiden ulkopuolella käytetään erilaisia hallinnollisia sanktioita ja sovintomenettelyjä rikosprosessin korvikkeena huomattavan laajasti. Esimerkiksi Englannissa verorikoksia ja velallisen rikoksia ei kovin paljon käsitellä rikosprosessissa. Saksassa taas rikosasioita sovitaan laajassa mitassa. Koska vakavampiin rikosepäily voidaan käsitellä loppuun tällaisissa muissa menettelyissä, on ymmärrettävää, että myös ne *bis in idem* -kiellon osalta hallinnolliset menettelyt ja sovinnot saatetaan rinnastaa rikosprosessiin.¹⁶

HALLINNOLLINEN SANKTIO VAI RIKOSOIKEUDELLINEN RANGAISTUS

Periaatteessa hallinto-oikeudellisin keinoin voidaan monissa tapauksissa suojella samoja laillisia etuja kuin rikosoikeudellisin keinoin. Hallinto-oikeuden ja rikosoikeuden ydinalueiden välillä on harmaa raja-alue, jonka kuuluminen kumman tahansa oikeuden alaisuuteen on kiinni lähinnä vain lainsäätäjän harkinnasta.¹⁷

¹⁵ Ks. Gray, Joanna: Human rights challenge to FSA disciplinary procedures. *Journal of Financial Regulation and Compliance*, Vol. 9, No. 4, 2001, s. 377–378.

¹⁶ Koponen, s. 65.

¹⁷ Kurenmaa, s. 343.

Ks. BRÅ-rapport 2002:1, s. 12. Raportti viittaa verotuksen puolella käytettyyn hallinnolliseen sanktioon (verolisäys) ja toteaa hallinnollisten sanktioiden laajalti voittavan rikosoikeudellisen systeemin, kun on kyse pienemmistä rikkomuksista, jotka oikeastaan ovat rikoksia, mutta joita on päätetty käsitellä hallinnollisen sanktiojärjestelmän mukaisesti.

Rikosasioiden käsittelyn kontrollikoneistolle ja tuomioistuinlaitokselle aiheuttamat suuret ongelmat ovat eräs merkittävä peruste hallinnollisten keinojen käyttöön rikosoikeudellisten asemasta.¹⁸ Hallinnolliset ja siviilioikeudelliset keinot ovat yleisesti tulleet suosituksi vaihtoehdoksi talousrikosasioissa, vaikka minkään siviili-, hallinto- tai rikosoikeudellisten keinojen ei kuitenkaan voida odottaa pelotevaikutuksellaan hävittävän perin pohjin kaikkia väärinkäytöksiä.¹⁹

Erityisesti teon vakavuus ja paheksuttavuus saavat merkitystä tehtäessä valintaa hallinto- ja rikosoikeudellisten keinojen soveltamisen välillä. Hallinto-oikeuden piiriin kuuluvina voidaan pitää varsinkin sellaisia velvoitteita, joiden tarkoitus on ennaltaehkäistä rikkomuksia ja toisaalta myös helpottaa niiden toteuttamista. Tällaisia ovat tyypillisesti ainakin erilaiset organisatoristen velvoitteiden laiminlyönnit sekä jotkut informaatioon liittyvien velvollisuuksien rikkomiset, kuten liikkeeseenlaskijan tiedonantovelvollisuuksien laiminlyönnit tai sisäpiirintiedon luvaton ilmaiseminen. Rikosoikeuteen verrattuna varsinainen rangaikseminen on hallinnollisissa seuraamuksissa vähemmän korostunut.²⁰

EU:n piirissä käytetyt sanktiomaksut on muodollisesti määritelty hallinnollisiksi sanktioiksi, mikä onkin edellytys niiden sitovuudelle, sillä yhteisön toimivaltaan ei kuulu jäsenvaltioita sitovien rikosoikeudellisten säännösten antaminen. Sakkosummien (esimerkiksi kilpailuasiat) korkea taso ei kuitenkaan jätä niiden rangaistusluonteesta epäselvyyttä, mikä merkitsee asiallisesti seurausvaikutuksiltaan rangaistuksiin rinnastettavien jäsenvaltioita sitovien sanktioiden käyttöönottoa huolimatta periaatepäätöksestä jättää rikosoikeus kansallisen lainsäätäjän asiaksi.²¹

Jäsenvaltioiden on noudatettava ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamista koskevan eurooppalaisen yleissopimuksen periaatteita päättäessään seuraamuksista ja järjestäessään seuraamusmenettelyitä. Tarvittavat oikeusturvanäkökohdat on otettava huomioon riippumatta siitä, millä tavalla kukin jäsenvaltio seuraamusmenettelynsä järjestää.²²

¹⁸ Koponen, s. 321; Ks. KM 1976:72, s. 49–50, jonka mukaan vaihtoehtoisia ohjauskeinoja vertaillaessa joudutaan kiinnittämään huomiota rikosoikeudellisten voimavarojen rajallisuuteen sekä rikosoikeudelliselle sääntelylle asetettaviin erityisiin ehtoihin.

Ks. myös Sandeberg, Catarina: Marknadsmisbruk. Stockholm 2002, s. 126. Hallinnollisen menettelyn käyttäminen voisi vapauttaa poliisien ja syyttäjien resursseja muihin tehtäviin.

¹⁹ Friedrichs, David: Trusted Criminals. Belmont 1996, s. 255–256.

²⁰ Kurenmaa, s. 342–343.

²¹ Lappi-Seppälä, Tapio: Rikosten seuraamukset. Helsinki 2000, s. 490. Ks. Asp, Petter: EU & Straffrätten. Göteborg 2002, s. 28 ss. EY-oikeuden merkityksestä kansalliselle rikosoikeudelle.

²² Ks. esim. Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen 6 artikla; Euroopan unionin perusoikeuskirja VI luku.

Ks. Hansen, Jesper Lau: Informationsmisbrug. København 2001, s. 561. Rikosoikeudellisten ja hallinnollisten seuraamusten erottelun sijasta olisi parempi erotella sääntely julkiseen ja yksityi-

Laillisuusperiaatteen näkökulmasta voi osin ongelmana olla se, ettei Ratan hallinnollisista seuraamussäännöksistä ja arvopaperimarkkinarikoksia koskevista RL:n tunnusmerkistöistä riittävän selkeästi käy ilmi hallinnollisesti ja toisaalta rikosoikeudellisesti kielletyn ja sanktoidun menettelyn rajat. Lainkäytön ennakoitavuus edellyttää säännösten kohteen tietävän, mistä teosta voi tulla mikäkin rangaistus.²³

Hallinnollisten seuraamuksien toimeenpanon yhteydessä on myös otettava huomioon tiettyjä muita perus- ja ihmisoikeuksista johtuvia velvoitteita, joita yksittäisten henkilöiden oikeuksista tai velvollisuuksista päätettäessä myös hallinnollisen menettelyn yhteydessä on noudatettava. Keskeisimmät velvoitteet sisältyvät PL 21 §:ään²⁴ ja sen perustana olevaan EIS 6 artiklaan. EIS 6 artiklan 1 kohta soveltuu sekä siviilioikeudellisiin (hallinnollisiin) että rikosoikeudellisiin oikeudenkäyntiprosesseihin. Kyseisten prosessien tulee niiden oikeudellisesta luonnehinnasta huolimatta olla oikeudenmukaisia. Artiklan 2 ja 3 kohta sen sijaan soveltuvat lähtökohtaisesti ainoastaan rikosoikeudellisiksi luonnehdittaviin prosesseihin. Kyseiset sopimuksen artiklat voivat kuitenkin tulla sovellettavaksi myös siviilioikeudellisissa, hallinnollisissa sekä kurinpidollisissa menettelyissä määrättyjen seuraamusten osalta, mikäli kyseiset seuraamukset tai oikeudelliset toimenpiteet tosiasiaassa ovat luonnehdittavissa ”rikosoikeudellisiksi” tai ”rangaistuksen luonteisiksi”.²⁵

Arvioitaessa 6 artiklan 2–3 kohtien soveltuvuutta erityyppisiin oikeudenkäyntiprosesseihin, on EIT:n oikeuskäytännössä kiinnitetty huomiota lähinnä kolmeen eri kriteeriin. Ensimmäisenä arviointikriteerinä on pidetty rikkomuksen ja siitä seuraavan sanktion oikeudellista määrittelyä kansallisen lainsäädännön mukaan. Tiettyjen säännösten rikkomisesta seuraavien sanktoiden ollessa jäsenvaltiossa määritelty esimerkiksi hallinnollisiksi eikä rikosoikeudellisiksi, ei tämä

seen. Seuraamusten langettamisen julkisen sääntelyn puolella tulisi hänen mukaansa tapahtua rikosoikeudellisia periaatteita noudattaen.

²³ Häyrynen (Arvopaperimarkkinoiden väärinkäyttö 2005).

²⁴ PL 21 §:n mukaan: ”Jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheutonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi.

Käsittelyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla.”

²⁵ Ks. Eadie, James: Market Abuse and the European Convention on Human Rights. *Journal of International Financial Markets*, vol. 3 issue 2, 2001, s. 74–78 sekä Jones, Mark – Johnstone, Peter: Expectations of Privacy and Market Abuse. *Journal of Financial Crime*, vol 10 no 2, 2002, s. 119–122. Yhdistyneen kuningaskunnan market abuse-säännösten määrittelemisestä siviili- tai rikosoikeudelliseksi menettelyksi ja sen suhteesta EIS 6 ja 7 artikloihin. Kyseinen säännöstö on määritelty siviilioikeudelliseksi, mutta käytännössä se muistuttaa tosiasialliselta luonteeltaan kuitenkin rikosoikeudellista.

kuitenkaan välttämättä ole esteenä artiklan säännösten soveltumiselle kyseiseen yksittäistapaukseen.²⁶ Toisena kriteerinä oikeudellisten toimenpiteiden määrittelymiseen rikosoikeudellisiksi vaikuttaa itse rikkomuksen tosiasiallinen luonne. Kolmantena kriteerinä on pidetty mahdollisen sanktion ankaruutta. Seuraamuksen ennemminkin ennaltaehkäisevä ja varoittava kuin ”rankaisunluonteinen” luonne voi olla osoitus ei-rikosoikeudellisesta luonnehinnasta.²⁷

Mahdollisen maksimirangaistuksen suuruudella on myös katsottu olevan merkitystä, mutta merkittävänkään taloudellisen sanktion ei välttämättä yksistään ole katsottu riittävän luonnehtimaan sanktiota rikosoikeudelliseksi. Sanktioiden soveltamisalalle on myös annettu merkitystä siten, että kyseen ollessa vain rajattuun kohde- tai ammattiryhmään kohdistettavista seuraamuksista, on prosessi ja sanktiot luonnehdittavissa ennemminkin siviilioikeudellisiksi. Jos yksikin edellä mainitusta kolmesta pääkriteeristä tunnistaa sanktion rangaistukseksi, ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 2–3 kohtien säännökset tulevat sovellettaviksi.²⁸

Ratan on siten omassa valvontatyössään huomioitava EIS 6 artiklan vaatimukset oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä kokonaisuudessaan erityisesti sellaisissa tilanteissa, joissa Ratan suorittamat tutkimukset voivat johtaa tosiasiallisesti rikosoikeudellisiksi luonnehdittaviin hallinnollisiin seuraamuksiin.²⁹ Erityisesti Ratan nykyisin käytössä olevaa maksuseuraamusta voidaan sen hallinnollisesta luonteesta huolimatta luonnehtia myös rangaistuksen luonteiseksi seuraamukseksi. Häyrysen mukaan seuraamusmaksua voidaan etenkin muiden kuin Ratan valvottavien osalta pitää rangaistuksen luonteisena. Ratan julkisen huomautuksen ja varoituksen voidaan sen sijaan helpommin katsoa täyttävän ennaltaehkäisevän ja varoittavan seuraamuksen kriteerit.³⁰

Ratan tutkinnan kohteena olevien henkilöiden oikeusvarmuutta on MAD:n implementoinnin yhteydessä pyritty turvaamaan sillä, että julkisen huomautuk-

²⁶ Ks. Jones – Johnstone, s. 120–121 ja *Engel v Netherlands* (1976) 1 EHRR 647, para. 81.

²⁷ Ks. Häyrynen (Arvopaperimarkkinoiden väärinkäyttö 2005). Hallinnollisia lisämaksuja on EIT oikeuskäytännössä tietyissä tapauksissa luonnehdittu niiden ehkäisevän mutta samalla rankaisevan luonteen vuoksi rikosoikeudellisiksi (Bendenoun v France 1994, 18 EHRR 54, para. 47). Ks. Koponen, s. 53 ja 63. Erilaiset hallinnolliset veroprosessit on myös katsottu EIT:n ratkaisukäytännössä EIS:n 6 artiklan mukaisiksi syyteasioiksi.

²⁸ Tolvanen, Matti: LM 2/2002, s. 212 ja Eadie, s. 75–76.

²⁹ Ks. Koponen, s. 11–12, jonka mukaan hallinnollinen kontrollijärjestelmä ei kykene kattamaan samaa menettelyllistä oikeusturvaa kuin rikosprosessi. Toisaalta yhtä kattavaan menettelylliseen oikeusturvaan ei Koposen mukaan hallinnollisessa kontrollijärjestelmässä olisi edes järkevää pyrkiä, sillä tällöin menetettäisiin sen tuomat nopeus- ja kustannusedut.

Ks. myös Frände, Dan: LM 5/2004, s. 941, jonka mukaan etenkin silloin, kun valtio ei anna riittävästi resursseja talousrikosten tutkintaan, muodostuvat vaikutukset rikoksesta epäillyille enemmän tai vähemmän kohtuuttomiksi. Fränden mukaan tällöin olisi ehkä parempi käyttää tehokasta hallinnollista toimenpidettä ilman todellisen oikeusturvan takeita.

³⁰ Häyrynen (Arvopaperimarkkinoiden väärinkäyttö 2005).

sen tai varoituksen kohde voi saattaa kyseistä seuraamusta koskevan päätöksen markkinaoikeuden käsiteltäväksi. Seuraamusmaksun määrää sen sijaan Ratan esityksestä markkinaoikeus. Ratalain 26 b–26 e §:ssä on lisäksi annettu hallinnollisten seuraamusten vireillepanosta ja valmistelusta sekä asian selvittämisestä ja käsittelystä tarkempia säännöksiä. Ratan julkista huomautusta tai varoitusta koskevasta päätöksestä sekä seuraamusmaksua koskevasta markkinaoikeuden päätöksestä voi myös valittaa korkeimpaan hallinto-oikeuteen.

Lähtökohtaisesti Ratan aiemmin antaman hallinnollisen seuraamuksen estämättä voidaan sama menettely käsitellä myöhemmin myös rikosprosessia. Edellytyksenä on kuitenkin se, ettei Ratan aiemmin antama hallinnollinen seuraamus ole tosiasiaissa luonnehdittavissa rikosoikeudelliseksi seuraamukseksi ja etteivät kummatkin seuraamussäännökset koostu olennaisesti samoista tunnusmerkistötekijöistä.³¹ Koponen katsoo, ettei ole perusteltua syytä luopua vaatimasta teolta samanlaista identiteettiä hallinnollisessa ja rikosprosessuaalisessa menettelyssä. Tämä on mahdollista myös EIT:n ratkaisukäytäntö huomioon ottaen. Identiteettiarviointi koskee erityisesti menettelyn subjektiivisia tunnusmerkkejä. Ne bis in idem -kiellon toteuttavan hallinnollisen sanktion tulisi perustua tekijän menettelyyn, jolta edellytetään edes suurin piirtein vastaavaa moitittavuutta kuin kysymykseen tulevassa rikostunnusmerkistössä. Muutoin rikosoikeudenkäynnin voi estää hallinnollinen prosessi, jossa langetettu sanktio ei ole missään suhteessa rikosoikeudelliseen seuraamukseen.³²

Ratan uusien seuraamusten osalta erityisesti muille kuin Ratan valvottaville annettu seuraamusmaksu voi sen suuruudesta riippuen olla luonnehdittavissa rangaistuksen luonteiseksi seuraamukseksi, joka EIS:n perusteella estäisi samaa asiaa koskevan rikossyytteen käsittelyn. Arvopaperimarkkinarikoksia koskevat tunnusmerkistöt sekä Ratan seuraamussäännökset koostuvat markkinoiden väärinkäyttöä koskevien tekojen ja laiminlyöntien osalta – subjektiivisen syyksiluetavuuden edellytyksiä lukuun ottamatta – olennaisesti samoista tunnusmerkeistä ja kyse voi siten EIS:n näkökulmasta olla samasta asiasta. Hallinnollisista seuraamussäännöksistä ja niiden perusteluista ilmenee, että mahdollisia ongelmatilanteita on pyritty ehkäisemään tarkoittamalla hallinnolliset sanktiot ja rikosoikeudelliset rangaistukset toisilleen vaihtoehtoisiksi seuraamuksiksi. Ratan ei siten tule käytännössä antaa julkista huomautusta tai varoitusta taikka esittää markkinaoikeudelle seuraamusmaksun määräämistä, mikäli sillä on syytä epäillä menettelyn täyttävän rikoslain tunnusmerkistön. Tällöin Ratan tulee tehdä

³¹ Häyrynen (Arvopaperimarkkinoiden väärinkäyttö 2005).

³² Koponen, s. 65–66.

Vrt. Frände (LM 5/2004), s. 948, joka sitä vastoin toteaa, että toimenpiteiden kohteena ollessa sama historiallinen tapahtuma, tahallisuudella tuskin voi olla merkitystä arvioitaessa sitä, onko kyse samasta asiasta.

asiasta tutkintapyyntö poliisille. Ne bis in idem -periaate voi kuitenkin aktualisoitua tilanteissa, joissa jokin muu taho on tehnyt sellaisesta asiasta tutkintapyyntö poliisille, josta Rata tai markkinaoikeus on jo seuraamuksen määrännyt.³³

TUTKINNAN MYÖTÄVAIKUTTAMINEN

Ratan suorittamaa markkinoiden väärinkäyttöä koskevaa tutkintaa ja erityisesti tapausten myöhempää esitutkintaa saattaa vaikeuttaa ns. myötävaikuttamattomuusperiaate (itsekriminointisuoja) erityisesti silloin, kun tutkinta kohdistuu Ratan valvottaviin.

Myötävaikuttamattomuusperiaatteen mukaan kukaan ei ole velvollinen myötävaikuttamaan oman syyllisyytensä toteennäyttämiseen. Toisaalta Ratalla on markkinoiden väärinkäyttöön liittyvä erityinen oikeus saada arvopaperimarkkinain lain tai sen nojalla annettujen markkinoiden väärinkäyttöä tai julkisen kaupan käynnin kohteena olevan arvopaperin arvoon vaikuttavien tietojen julkistamista koskevien säännösten noudattamisen valvomiseksi tarpeelliset tiedot, asiakirjat ja tallenteet. Ratalla on oikeus saada tietoja paitsi valvottavalta ja muulta rahoitusmarkkinoilla toimivalta myös muulta henkilöltä, jolla voidaan perustellusta syystä olettaa olevan tällaista tietoa. Muiden kuin valvottavien ja muiden rahoitusmarkkinoilla toimivien osalta tietojensaantioikeus koskisi kuitenkin vain yksilöityä liiketointa koskevia tietoja.

Myötävaikutusvelvollisuuden ja myötävaikuttamattomuusperiaatteen yhteensovittamisen ongelmaa on yritetty ratkaista selittämällä, että myötävaikuttamattomuusperiaate ei ulotu rikosprosessin ulkopuolelle. Tärkeintä olisi, ettei syntyisi tilannetta, jossa henkilö olisi ensin velvoitettu aktiiviseen myötävaikutukseen, jonka tuloksia sitten käytettäisiin myötävaikuttamattomuusperiaatteen vastaisesti hänen ollessaan myöhemmin epäiltynä tai syytteessä. Myötävaikuttamattomuusperiaatteen merkitys näissä rikosprosessin ulkopuolisissa menettelyissä aktualisoituu vasta silloin, kun näitä tietoja aiotaan hyödyntää rikoksen selvittämässä.³⁴

Pelkkä hyödyntämiskielto ei aina ole kuitenkaan riittävä. Muissa menettelyissä voimassa oleva myötävaikutusvelvollisuus saattaa poikkeuksellisesti olla niin selvästi sidoksissa oman syyllisyyden selvittämiseen, että myötävaikutusvelvollisuutta on tämän vuoksi rajoitettava jo ennen rikosprosessia. Mikäli rikospro-

³³ Häyrynen (Arvopaperimarkkinoiden väärinkäyttö 2005).

³⁴ Ervo, Laura: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Helsinki 2005, s. 266–267.

sessi näyttää mahdolliselta, rikosprosessin ulkopuolisessa menettelyssä vallitsevaa myötävaikutusvelvollisuutta pitäisi mahdollisuuksien mukaan välttää käyttämästä syyllisyyttä paljastavalla tavalla. Ervo on tulkinnut korkeimman oikeuden perusteluja siten, että myötävaikutusvelvollisuuden tuotteena saatua aineistoa ei ole mahdollista käyttää itsekriminointisuojaan vastaisesti ajallisesti myöhemmässä rikosprosessissa.³⁵ Langettavan tuomion tueksi tarvittava näyttö on hankittava muulla tavalla ja jätettävä myötävaikutusvelvollisuuden perusteella saatu aineisto hyödyntämättä, ellei epäilty anna lupaa aineiston hyödyntämiseen.³⁶

LOPUKSI

Markkinoiden väärinkäyttösäännösten ongelmallisuutta on moitittu aika ajoin myös julkisuudessa tapausten saatua vastakkaissuuntaisia ratkaisuja eri oikeusasteissa. Ongelmakohtina markkinoiden väärinkäyttösäännöksissä on nähty sekä tutkintaan liittyviä seikkoja että tulkintaan liittyviä näkökohtia.

Tutkinnan osalta haasteena on joissain tilanteissa ollut yleensä löytää tapauksia, joissa olisi konkreettisia epäilyjä. Tätä ongelmaa osaltaan vähentäneet uudet ja laajemmat tutkintavaltuudet, joita lainsäädännössä on Ratalle suotu. Toisaalta tutkintaa seuranneessa oikeudenkäyntivaiheessa ongelmat ovat liittyneet markkinoiden väärinkäyttösäännösten avoimiin tunnusmerkistötekijöihin, jotka ovat mahdollistaneet erilaisiin lopputuloksiin johtaneen tulkinnan eri oikeusasteissa.³⁷

Vaikka markkinoiden väärinkäyttösäännöksiä koskeva uudistus on tuonut parannuksia tullessaan, se on samalla luonut myös uusia erityisesti prosessia koskevia oikeudellisia ongelmia. Yhtenä ongelmana on hallinnollisen prosessin tuleminen jo olemassa olevan rikosprosessin oheen, joka on luonut mahdollisuuden joutua rangaistuksi kahdesti samasta teosta, sekä toisaalta tutkintavaiheeseen liittyvän myötävaikutusvelvollisuuden ja myötävaikuttamattomuusperiaatteen yhteensovittamisen ongelman. Näin ollen tuomioistuimilla ei jatkossakaan ole puutetta oikeudellisista haasteista ainakaan markkinoiden väärinkäyttöön liittyvien asioiden osalta.

³⁵ KKO 2002:116.

³⁶ Ervo, s. 267–270.

³⁷ Ks. Kurenmaa, s. 357–363.

.....

Matti Kuusimäki

Voiko vaatimus yhdenvertaisuudesta lain edessä muuttua taakaksi?

I. Perustuslakimme mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Säännös on varsin yksinkertainen ja korutonkin, mutta sen onnistunut soveltaminen käytännössä on kokonaan toinen asia. Pyrkimys ihmisten yhdenvertaiseen kohteluun on sekä demokraattisen oikeusvaltion että kaikkien perus- ja ihmisoikeuksien pohjimmainen lähtökohta. Yhdenvertaisuus lain edessä ei tietenkään voi tarkoittaa sitä, että kaikkia olisi kaikissa tilanteissa kohdeltava täysin samalla tavalla. Suomen oikeusjärjestys pyrkii kuitenkin monin keinoin tasoittamaan ihmisten lähtökohtaista eriarvoisuutta, eri tavoin heikkoja suojataan vahvempia vastaan. Kysymys on halusta saattaa kaikki ainakin samalle lähtöviivalle. Julkisen vallan velvollisuus on omalta osaltaan pyrkiä edistämään yhteiskunnassa sitä tosiasiallista tasa-arvoa, mikä on eräänlainen ”viidakon lain” vastakohta.

Historiallisessa katsannossa pyrkimys yhdenvertaisuuteen voidaan nähdä lähinnä säätyerioikeuksien ja julkisen vallan mielivaltaisen kohtelun kieltona, nytemmin käsitteellä ymmärretään erityisesti kaikenlaisen syrjinnän kieltoa. Uusi normatiivinen ilmaus tästä tavoitteesta on 1.2.2004 voimaan tullut yhdenvertaisuuslaki, jossa kielletään ikään, etniseen ja kansalliseen alkuperään, kansalaisuuteen, kieleen, uskontoon, vakaumukseen, mielipiteeseen, terveydentilaan, vammaisuuteen sekä sukupuoliseen suuntautumiseen perustuva syrjintä. Lailla pantiin toimeen kaksi eurooppalaista syrjintädirektiiviä. Yleisesti ottaen voidaan sanoa, että Suomessa yhdenvertaisuus nähdään tänä päivänä kaikissa julkisissa toiminna todellisena tavoitteena.

Yhdenvertaisuuskysymykset muodostuvat usein oikeudellisesti mutkikkaiksi sen vuoksi, että ne edellyttävät eri suuntiin vaikuttavien intressien keskinäistä vertailua. Pyrkimys taata yhdenvertaisuus saatetaan uudistajien silmissä nähdä joskus jopa taakkana tiellä kohti jotain uutta, sinänsä hyväksyttävää päämäärää.

Aikaisemmassa perustuslaissamme, hallitusmuodossa, kansalaisten perusoikeudet näyttäytyivät lähinnä vapausoikeuksina, kuten esimerkiksi hengen ja terveyden suojana, kokoontumisvapautena ja kirjesalaisuutena. Vuoden 1995 valtiosääntöuudistukseen sisältyi eräitä uusia perusoikeuksia, joiden lähtökohta on toinen. Pitkään valmistellun uudistuksen keskeisiä tavoitteita kun oli myös kansalaisten taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien ottaminen

perustuslakiin. Haluttiin myös luoda ihmisille mahdollisuus vedota suoraan perusoikeussäännöksiin.

II. Luonteensa mukaisesti nämä uudet, aikaisemmista poiketen huomattavasti enemmän kustannuksia aiheuttavat perusoikeudet jäävät suurelta osalta kuntien taattaviksi. Joukossa osa on subjektiivisia oikeuksia, joiden suhteen kunta on velvoitettu järjestämään etuudet siitä riippumatta, onko kunta edes osannut varata tarkoitukseen määrärahaa. Esimerkiksi välttämättömän toimeentulon takaaminen ja huolenpito sekä maksuton perusopetus ovat subjektiivisia perusoikeuksia, kuten myös maksuton esiopetus ja oikeus lakisääteiseen päivähoittoon. Sosiaali- ja terveydenhuollon erityislaeissa on lisäksi toistakymmentä subjektiivista oikeutta, joiden järjestämisvastuu lepää kuntien harteilla. Perustuslain nimenomaisen säännöksen mukaan julkisen vallan on myös käytännössä turvattava perusoikeuksien toteutuminen. Perustuslaki ei kuitenkaan suoraan määrää, miten vastuu perusoikeuksista ja ennen kaikkea perusoikeuksien rahoitus tulisi jakaa valtion ja kuntien kesken.

Uusia perusoikeuksia säädettäessä perustuslakivaliokunta totesi kuntien vastuulla olevien oikeuksien voivan toteutua vain, jos huolehditaan siitä, että voimavaroiltaan erilaisilla kunnilla on tosiasialliset taloudelliset ja muut edellytykset suoritua lakisääteisistä tehtävistään ja että palvelut voidaan turvata kansalaisille yhdenvertaisesti maan eri osissa. Nykyisen kuntapolitiikan lähtökohta on, että sääntely ja ohjausjärjestelmät ja riittävä rahoitus varmistavat perusoikeuksien toteutumisen. Käykö näin vaikeuksiin joutuneen kuntatalouden aikana myös käytännössä, on kokonaan toinen asia ja juuri nyt vilkkaan yhteiskunnallisen keskustelun kohteena – toistaiseksi verraten sekavin tuloksin.

Kunnallista itsehallintoa on viime vuosina tietoisesti vahvistettu ja valtiolle kuuluvaa oikeutta ohjata ja valvoa kuntien toimintaa on rajoitettu ja kevennetty. Tämä on yhtäältä ymmärrettävää, toisaalta kansalaisten yhdenvertaisen kohtelun kannalta selvä riski. Kunnan palveluiden järjestämisvelvollisuuden ydinhän on siinä, että määräraharajoitukset eivät poista velvoitteita palvelun järjestämiseen. Ongelmallista näyttää olevan erityisesti se, mikä on tarpeen mukaista palvelua ja miten se toteutetaan yhdenvertaisesti kansalaisten kesken esimerkiksi alati kehittyvän lääketieteen tarjoamien parempien mutta kalliiden hoitomuotojen osalta. Tämän osoittamiseen näytetään yhä enemmän tarvittavan hallintotuomioistuinten lainkäyttöllistä, yksittäisten tapausten ratkaisusta kumpuavaa ohjausta, mikä ei liene ollut uudistajien tarkoitus.

III. Tarkoituksenani on tämän jälkeen tarkastella yhdenvertaisuuden toteutumista rikosoikeudenhoidon piirissä. Tavoitteen ja taakan välistä tasapainotilaa tarkasteltaessa voi kysymyksessä silloinkin olla puute rahasta, mutta esiin saattaa nousta myös muita näkökohtia. Rikosoikeudellisen oikeudenmukaisuuden kes-

keisenä kulmakivenä on vanhastaan pidetty yhdenvertaisuusperiaatetta. Samanlaisista rikoksista on samaan tekijäryhmään kuuluville tekijöille pyrittävä tuomitsemaan yhtäläiset rangaistukset. Tällä periaatteella on luonnollisesti käytännössä suuri merkitys samantyyppisinä esiintyvien massarikosten kohdalla. Normaalarangaistusajattelu on jokaiselle lainkäyttäjälle ohjenuora. Törkeämpien ja harvemmin esiintyvien rikosten kohdalla on yhdenvertaisuuden toteutumista käytännössä vaikeampi arvioida, koska tekojen yksilölliset piirteet poikkeavat toisistaan, vaikka rikosnimike olisikin sama.

Usein kuulee julkisuudessaakin väitettävän, ettei yhdenvertaisuus kansalaisten kesken rikoslainkäytössä näytä ylipäänsäkään toteutuvan. Eikä se käytännössä eri syistä ehkä aina voikaan toteutua. Paljon riippuu lainkäyttäjän kyvyistä ja tarkkuudesta pitää arjen työssä silmällä näitä seikkoja. Mutta lainsäädäntöiteitse on luotu sellaisiakin rikosoikeudellisia rakenteita, joissa yhdenvertaisuus ei kaikilta osilta edes periaatteessa voi toteutua. Monitahoinen pyrkimys lieventää rangaistusjärjestelmän luonnetta ja vähentää rangaistusten haittoja on mielestäni useassa kohdin jo nyt toteutettu myös tinkimällä tietoisesti mainitusta aikaisemmin rikkumattomaksi katsotusta periaatteesta. Yhdenvertaiseen kohteluun pyrkimisestä on tällöin tullut uudistajille jopa taakka.

Aikanaan meillä, toisin kuin monessa muussa syytevallan käytön osalta oportunitaetti-periaatteeseen nojautuvassa Euroopan maassa, on ollut melko puhdas legalistinen järjestelmä. Tapahtuneen rikoksen johdosta on säännönmukaisesti toimitettu esitutkinta, nostettu syyte ja langetettu rangaistus, joka on pantu tuomion mukaisena täytäntöön. Vaikka paluuta joustamattomaan järjestelmään ei ole syytä puoltaa, eri vaiheessa toteutettujen uudistusten kokonaisvaikutus on etäännyttänyt järjestelmän toiminnan rikosoikeudenhoidon keskeisistä arvoista, erityisesti perustuslaissa taatusta kansalaisten yhdenvertaisuudesta.

Nykyisin poliisi priorisoi eri rikosten tutkintaa ja päättää siten rikosvastuun kohdentumisesta omista usein varsin paikallisista lähtökohdista ilman, että samasta vastuusta huolta kantavilla viranomaisillakaan, saati sitten muilla, olisi asiassa sanansijaa. Syyttäjälaitos käyttää laajaa harkintavaltaa – vuosittain se vie 60 000 asiaa käräjille ja tekee vastaavana aikana yli 20 000 syyttämättäjättämispäätöstä. Myös täytäntöönpanoviranomaiset tekevät runsaasti rangaistuksen tosiasialliseen sisältöön ratkaisevasti vaikuttavia päätöksiä. Olisi korkea aika arvioida tällaista kehitystä myös kokonaisuutena.

Vaikka poliisi voikin priorisoida eteensä tulevien asioiden järjestystä, pelkätään resurssipulaan tai resurssien tarkoituksenmukaiseen kohdentamiseen vedoten ei ole mahdollista nostaa käsiä pystyyn ja jättää juttuja kokonaan tutkimatta. Tämä lähtökohta pysyy ongelmattomana niin kauan, kun järjestelmään syötettyjen juttujen määrä suunnilleen vastaa sen kapasiteettia. Mutta kun nämä eivät enää kohtaa, käy väistämättömäksi, että jostain on joustettava. Miten resurssien ja tavoitteiden kohtaamattomuuden ongelmaa rikostorjunnassa pitäisi hoitaa?

Poliisilain tarjoama priorisointisääntö on pyöreä eikä välttämättä tarjoa tutkinnanjohtajalle tukevaa nojaa johdonmukaisen priorisoinnin suorittamiseen. Vaarana on tässä monilukuisten ja pienikokoisten poliisipiirien maassa tällöin erityisesti se, että rikosvastuu ei valtakunnallisesti toteudu asianosaisten kannalta tasapuolisesti. Rikosvastuusta huolehtimaan joutuvien viranomaisten kannattaisi nykyistä enemmän keskustella näistä asioista ja etsiä yhdessä ratkaisuja paikallisiin pulmiin.

Yhdenvertaisuusongelmista rangaistusten täytäntöönpanon yhteydessä voi niin ikään herättää kysymyksiä. En ainakaan itse ole tietoinen siitä, millaiset yhdenvertaisen kohtelun periaatteet ohjaavat kihlakunnanvoutien työtä silloin, kun he päättävät täytäntöönpanojen lykkäämisestä ja muista niihin liittyvistä seikoista. Hyvällä syyllä voinee myös kysyä, millä intensiteetillä eri rangaistuslaitosten johtajat keskenään vaalivat rangaistusta kärsivien osalta valtakunnallista yhdenvertaisuutta päättäessään laajojen valtuuksiensa nojalla rangaistuksen kärsimisen tosiasiallisiin muotoihin merkittävällä tavalla vaikuttavista seikoista, kuten sijoituspaikoista, lomakäytännöistä tai mahdollisuuksista tehdä työtä rangaistuslaitoksen ulkopuolella.

IV. Entä sitten, kun itse kirjoitettu laki tuottaa yhdenvertaisuusongelmia? Oikeusjärjestyksessämme on tähän asti ollut selvää, mitkä oikeudelliset kysymykset ovat asianosaisten sopimisen varaisia ja missä tilanteissa sovinto ei ole sallittu. Rikosasioissa on korvauksista aina voitu asianosaisten kesken sopia, mutta kysymyksen rikosvastuusta sopimiseen on ratkaissut rikosten jako virallisen syytteen alaisiin ja asianomistajarikoksiin. Viime aikoina tämä keskeinen rakenneperiaate on murtunut ilman sen kummempia perusteluja.

Tekijän ja asianomistajan välillä saavutettu sovinto on lisätty yhdeksi rangaistusta lieventäväksi perusteeksi uusittuun rikoslakiin. Käytännössä perusteen soveltaminen kytkeytyy kunnallisiin sovitteluprojekteihin, vaikka myös muunlaiset sopimiset voidaan ottaa huomioon. Sovittelu on jo aikaisemmin joitakin vuosia ollut yksi syyttämättä ja tuomitsematta jättämisen harkinnassa vaikuttava peruste.

Sovittelu syyttämättä jättämisen perusteena on minun käsitykseni mukaan kuitenkin monessa mielessä yhdenvertaisuuden kannalta ongelmallista. Syyttäjälaitoksen puolesta olen useassa yhteydessä tuonut tämän esiin. Vaikka sovittelun huomioon ottamiseen tuomioistuinten seuraamusharkinnassa ei liity aivan samanlaisia vaaroja kuin syyteharkinnassa, perusongelmat ovat kuitenkin samat. Sovittelutoiminta ei ole laajuudeltaan, laadultaan ja menettelytavoiltaan sellaisella tasolla, että se voitaisiin rikoksista epäiltyjen yhdenvertaisuutta loukkamatta hyväksyä rikosoikeudellisessa järjestelmässä rangaistusvastuuta merkittävästi lieventäväksi perusteeksi.

Ensinnäkään edes mahdollisuutta sovittelun toimittamiseen ja sen tuomiin etuihin ei ole läheskään kaikilla kansalaisilla. Tältä osin tilanne on samantapai-

nen kuin yhdyskuntapalvelun kokeiluvaiheessa. Silloin sitä koskeva laki oli alueellisen eriarvoisuuden takia säädettävä perustuslainsäätämisjärjestyksessä. Sovittelun rangaistusvastuun valtakunnalliseen ulottuvuuteen vaikuttavat erot, tosiasiaassa ”kuntakohtainen rikosoikeus”, ei sen sijaan ole perustuslakikysymystä herättänyt.

Yhdenvertaisuusongelma kärjistyy niissä syyttäjyksiköissä, joiden toimialueella osassa kunnista sovittelu on mahdollinen ja osassa ei. Kuinka syyttäjän tulisi menetellä eri kuntien asukkaita koskevissa, samanlaisissa ja usein vielä samaan käräjäoikeuteen ohjautuvissa rikosasioissa, joista toisissa on voitu toimittaa seuraamuksiin vaikuttava onnistunut sovittelu ja toisissa siihen ei ole ollut asianosaisilla edes teoriassa mahdollisuutta?

Toiseksi niillä paikkakunnilla, joilla sovittelua järjestetään, asiat valikoituvat sovitteluun sattumanvaraisesti ja epäyhtenäisin perustein rikosoikeudenhoidon eri toimijoiden traditioiden ja jopa henkilökohtaisten mieltymysten tai näkemysten perusteella. Valikoitumiseen vaikuttaa paljon myös eri viranomaisten yleinen työmäärä, jonka ohjaamissa puitteissa sovittelutoiminnan laajuus sitten käytännössä määräytyy.

Kolmanneksi sovittelijoiden ammattitaidon tai sovittelumenettelyn oikeudenmukaisuuden varmistamiseksi ei ole mitään keinoja tai yhtenäisiä kriteereitä, vaikka menettely on yhä enemmän muodostumassa ”pienisoikeudenkäynniksi”.

Vaikka kaikki nämä epäkohdat saataisiin teoriassa korjattua, on olemassa joukko ”sovitteluun soveltumattomia” rikoksenteijöitä, joilla ei ole sen paremmin taloudellisia kuin muitakaan edellytyksiä hyvittää rikoksensa uhria. Vastaa-vasti on asianomistajia, jotka eivät syystä tai toisesta halua osallistua sovitteluun. Näistä syistä sovittelu tai muu sopiminen ei mielestäni merkitse sellaisen relevantin eron syntymistä muuten samanlaisten tapausten välille, että virallisen syytteen alaisten rikosten ratkaisevasti erilainen kohtelu olisi rikoslain yleisen osan uudistamista koskevassa hallituksen esityksessäkin muutoin moneen kertaan korostetun yhdenvertaisuusperiaatteen kannalta hyväksyttävää. Näin on kuitenkin tehty ja tämä kehitys näyttää vahvistuvan.

Koko maan kattavien yhdenmukaisten sovittelupalveluiden järjestäminen on toki kannatettavaa ja perusedellytys sovittelun huomioon ottamiselle rangaistusjärjestelmässä. On hyvä, jos tekijät saadaan ottamaan aito vastuu tekosistaan niiden laadusta riippumatta. Mutta suoraan rangaistusvastuuseen vaikuttavan sovittelun käyttöä olisi kuitenkin tullut rajata asianomistajarikoksiin ja laadultaan niitä lähellä oleviin rikoksiin.

Yhdyskuntapalvelusta annetun lain rangaistussäännökset on siirretty sellaiseen uuteen rikoslain 6 lukuun. Samassa yhteydessä olisi mielestäni tullut paneutua myös säännösten sisältöön ja yhdyskuntapalvelun toteuttamisessa ilme-neviin yhdenvertaisuusongelmiin. Ikävä kyllä näin ei tehty, vaikka ongelmat hyvin tunnettiin.

Mahdollisuus tulla tuomituksi ehdottoman vankeuden sijasta yhdyskuntapalveluun ymmärretään selvästi tekijälle suoduksi eduksi, josta hän voi päästä määrähdoin osalliseksi. Perusongelmana on tällöin se, ketkä pääsevät tästä edusta osalliseksi. Suostumuksen yhdyskuntapalveluun voi antaa jokainen, mutta siihen soveltuvuuden kriteeri asettaa ihmiset eriarvoiseen asemaan. Säännölliseen työntekoon kykenemättömät, vakavimmin päihdeongelmaiset ja muut yhteiskunnasta syrjäytymässä olevat rikoksentekijät suljetaan vankilaan, samalla kun parempiosaiset soveltavat moitittavuudeltaan samanarvoiset – periaatteessa jopa tekijäkumppaneina tehdyt – tekonsa normaalielämän ohessa kevyellä työllä. Tällainen järjestelmä rikkoo rangaistuksen määräämisen keskeisiä periaatteita. Alussa mainittu uusi yhdenvertaisuuslakikin kieltää asettamasta ihmisiä eriarvoiseen asemaan muun muassa terveydentilan perusteella. Mitä muuta tämä tosiasia on esimerkiksi alkoholisairaiden kohdalla?

Rangaistuksen määräämisen lähtökohtana olevassa teon moitittavuusarvioinnissa yhtenä kivijalkana on tekijän teossa osoittama syyllisyys, toisin sanoen teko- eikä tekijäsyylisyys. Rikoslain perusteella rangaistaan teoista, ei elämäntavasta, eikä esimerkiksi juopotteleva elämäntapa ole legitiimi rangaistuksen mittaamisperuste. Kuinka yhdyskuntapalveluun soveltumaton juopotteleva elämäntapa sitten voi olla legitiimi rangaistuslajin valintaperuste ankaruudeltaan erilaisten rangaistuslajien välillä?

Yhdyskuntapalvelun puheena oleva käytösääntö rikkoo myös rikosoikeudellista tärkeänä pidettyä suhteellisuusperiaatetta. Kun rangaistuslajin valinnassa ja mittaamisessa on ensin päädytty teon moitittavuutta ilmentävään tietyn pituiseen ehdottomaan vankeusrangaistukseen, sen sijasta silloin tällöin tuomitaankin tietoisesti lievempi rangaistus.

Perustuslain 6 §:n yhdenvertaisuussäännös kohdistuu myös lainsäätäjään. Laki voi olla ristiriidassa perustuslain 6 §:n kanssa, jos se ilman yleisesti hyväksyttävää perustetta asettaa kansalaisia tai kansalaisryhmiä toisia edullisempaan tai epäedullisempaan asemaan. Vankeusrangaistuksen haittojen vähentäminen ja siinä tarkoituksessa myös vaihtoehtoisten seuraamusmuotojen kehittäminen on hyväksyttävä yhteiskunnallinen tavoite. Sen ei kuitenkaan pitäisi voida oikeuttaa lainsäätäjää laatimaan vaihtoehtoisen seuraamusmuodon käytösääntöä yhdenvertaisuusperiaatetta loukkaavaksi.

Perusoikeuksien ja perusoikeussuojan merkitys on tänä päivänä aivan toisella tasolla kuin viime vuosikymmenen alussa säädettäessä yhdyskuntapalvelun kokeilemisesta annettua lakia, jolloin vaikeutettua lainsäätämistä katsottiin tarvitun. Yhdyskuntapalvelun käytösäännön perustuslainmukaisuutta ei näytetä koskaan kuitenkaan edes pohditun.

Kuten edellä olevastakin ilmenee, on rikosprosessin muille viranomaisille kuin tuomioistuimille jo annettu ja ollaan edelleen antamassa niin paljon tosiasiallista lainkäyttövaltaa, että tuomioistuimilla ja sen myötä itse oikeudenkäyn-

nin oikeudenmukaisuudella on entistä rajallisempi merkitys rikoslainkäytön yhdenvertaisuuden, suhteellisuuden ja ennustettavuuden kannalta. Tuomioistuimiin tulevat jutut eivät enää valikoidu kaikilta osin johdonmukaisin, tuskin aina edes oikeudenmukaisin kriteerein, ja tuomioistuimen oikeudenmukaisena tuomitsema rangaistus pannaan täytäntöön pituudeltaan ja sisällöltään aivan muunlaisena kuin tuomioissa on julistettu.

Legalistisuudesta poikkeamiset koituvat yleensä syytetyn tai tuomitun eduksi, mutta se ei auta naapuripaikkakunnalla hänen kohtalotoveriansa, joka tällaisia etuja ei syystä tai toisesta onnistukaan käyttämään hyväkseen. Ongelmallista kun on se, että järjestelmän tarjoamista lievennyksistä ja muista eduista osalliseksi pääseminen ei tapahdu kaikilta osin viran puolesta. Usein se edellyttää asianosaisen omaa aktiivisuutta ja sitä, että tämä tietää ja ymmärtää vedota johonkin tiettyyn seikkaan taikka käyttää hyväkseen oikeata mahdollisuutta. Lisäksi julkisuuden, todellisen muutoksenhakuoikeuden ja prejudikatuuriin puute vaikeuttaa mahdollisuuksia kysellä sellaisen edun perään, jonka joku muu ehkä on saanut. Erilaisten lieventävien tai ankaroittavien perusteiden vaikutus voi myös kertautua järjestelmän eri vaiheissa niin, että lopputuloksessa ero normaalitapaukseen verrattuna voi rikosten moitittavuuden kannalta olla suhteettoman suuri.

Mielestäni viimeistään rikoslakia perusteellisesti uudistettaessa olisi ollut välttämätöntä ottaa kokonaisuutena tarkasteltavaksi, millaiseksi seuraamusjärjestelmä ja rangaistuksen määrääminen ovat rikoslain kokonaisuudistuksen ja samanaikaisesti rikosoikeudenhoidon muihin osiin kohdistuneiden osittaisuudistusten tuloksena muotoutumassa. Erityisen ongelmallisena pidän sitä, että riippumattomien tuomioistuinten osuutta rikoksen tosiasiallisiin seuraamuksiin nähden on edellä kuvatuin tavoin jatkuvasti kavennettu ja muiden lainkäyttöviranomaisten harkintavaltaa laajennettu ilman kokonaisvaltaista tarkastelua tällaisen kehityksen vaikutuksista järjestelmän legitimizeettiin. Tällaista tarkastelua ei uusitun rikoslain perusteluistakaan löydy, ainoastaan viittaus siihen, että kukin yksittäinen uudistus on aikanaan perusteltu riittävästi.

V. Voitaisiinko yhdenvertaisen kohtelun tavoitetta ryhtyä korostamaan? Aina voidaan, jos vain halutaan, ja yksittäisiä korjausliikkeitä on jo tehtykin.

Aivan äskettäin on eduskunnalle annettu hallituksen esitys laiksi rikosasioiden sovittelusta. Ehdotuksen myötä epäilemättä poistuvat alueelliset yhdenvertaisuusongelmat, mikä on hyvä asia. Mutta edellä mainittujen muiden epäkohtien lisäksi on lakiehdotuksen myötä nousemassa uusia. Kun ehdotuksen mukaan mitä tahansa rikoksia voidaan rikosvastuuseen ulottuvien vaikutuksin sovittelaa ja kun perustettavilla erityisillä sovittelutoimistoilla olisi laaja harkintavalta arvioida yksittäisen törkeänkin rikoksen soveltuminen soviteltavaksi – ja siten matkalle kohti tavanomaista lievempää seuraamusta – ollaan jälleen siirtämässä

tosiasiallista tuomiovaltaa tuomioistuinten ulkopuolelle. Miten rikoksien osapuolten yhdenvertainen kohtelu valtakunnassa tältä osin varmistetaan? Ja millä keinoin lakiehdotuksesta ilmenevä poliisille ja syyttäjille kuuluva aloitteellisuus sovitteluasioissa saadaan toteutumaan yhdenvertaisissa puitteissa eri puolilla maata, kun mitään tarkempia kriteerejä ei laissa haluta antaa? Kysymyksiä vailla vastausta näyttää riittävän.

Yhdyskuntapalvelu pitäisi tulevaisuudessa saattaa asteittain ankaroituvassa seuraamusjärjestelmässä selkeästi itsenäiseksi seuraamusmuodoksi, jonka käytöstä tuomioistuin harkintansa mukaan tapauksittain päättäisi. Sille pitäisi lisäksi kehittää rankaisulliselta arvoltaan rinnasteinen seuraamus, joka ei vaatisi suostumusta ja soveltuvuutta. Sellainen saattaisi olla useassa maassa jo käytössä oleva elektroninen valvonta. Asiaa yritettiin ratkaista ns. sopimushoidon tarjoamin keinoin. Nämä suunnitelmat näyttävät kuitenkin ainakin näillä näkymin rauenneen – rahan puutteen jalkoihinko mitä ilmeisin yhdenvertaisuusongelma taas kerran jätettiin?

Ehdonalaiseen vapauteen liittyvän jäännösrangaistuksen osalta lakia ollaan asiasta käydyn julkisen keskustelun myötä muuttamassa siten, että myöhemmän tuomion antava tuomioistuin harkitsee in casu jäännösrangaistuksen pituuden. Näin asia on esimerkiksi Ruotsissa aina ollut. Muutosta ovat jotkut vastustaneet viittaamalla siihen, että nykyjärjestelmä – yksi kuukausi vankeutta jäännösrangaistuksen pituudesta riippumatta – on ollut tehokkaimpia keinoja vankiluvun alentamisessa. Aleneehan vankiluku, jos järjestelmä antaa eniten anteeksi niille rikollisille, jotka tekevät törkeitä rikoksia ja eniten niitä sitten myös uusivat. Toinen asia on, miten siinä käy suhteellisuuden ja tasapuolisen kohtelun – jonka puutteen havaitseminen kaikin on saanut oikeusministerin asiassa liikkeelle. Näkökulmasta siis riippuu toisinaan, näyttäytykö rikosoikeudellinen yhdenvertaisuus jopa taakkana.

Kriminaalipoliittisessa ilmastossa leijuu suunnitelmia kehittää rikosoikeudellista järjestelmäämme ylipäänsäkin suuntaan, joka korostaa yksilöllisiä, ”räätälöityjä”, seuraamuksia ja etsii niiden toimeenpanoon tuomitun elämäntilanteeseen parhaiten sopivia toteutusmuotoja. Ei siis mitään uutta auringon alla. Lakia opiskellessani sain tietää, että vielä 1950-luvulla meillä vallitsi ns. erityisestävä ”hoitoidologia” ja siihen perustuva seuraamusjärjestelmä erilaisine hoitovaikutusideoineen. Rangaistuksen arvo haluttiin punnita sen perusteella, missä määrin se oli onnistuttu muovaamaan rikoksentekijälle soveltuvaksi. Tästä luovuttiin näyttävästi seuraavien vuosikymmenten myötä. Uudet ideat valtasivat taas alaa.

Kysymys on monitahoinen enkä halua ottaa kantaa nykyisen ja näköpiirissä olevan uuden seuraamusideologian kesken. Joka tapauksessa ajattelemisen aihetta mielestäni on seuraavassa lauseessa: ”Rangaistusten tulisi myös olla suhteellisen *kaavamaisia* yhdenvertaisuuden ja ennustettavuuden säilyttämiseksi.” Näin kirjoitti professori Raimo Lahden ja koko meidän edustamamme lakimiesi-

käpolven opettaja professori Inkeri Anttila vuonna 1975 artikkelissaan ”Rikosoikeuden uusi linja”. (Teoksessa Juhlaulkaisu Urho Kaleva Kekkonen 1900 – 3/9 – 1975, s. 281. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C 13, 1975.) Uusia ajatuksia säännöksiä muovattaessa toivoisikin lainlaatijoiden selvästi ja rehellisesti tuovan esiin sen, että hinta seuraamusten tekijäkohtaisesta räätälöinnistä tulee olemaan mahdottomuus ylläpitää seuraamusten suhteen yhdenvertaisuutta – ainakaan niillä keinoin, joita nykyisin on olemassa. Avoimuus olisi tarpeen, jotta suunnitelmista voitaisiin käydä julkista keskustelua ja punnita eri vaihtoehtojen sisältämiä etuja ja haittoja – ja siis myös perustuslaillisen yhdenvertaisuusnäkökohdan todellista painoarvoa. Vasta sen jälkeen soisi uusien ratkaisujen syntyvän, sellaisten, jotka voitaisiin kansalaisten silmissä kokea paitsi rikosoikeudenhoidon tavoitteita kehittäviksi samalla yleiseltä kannalta katsoen myös oikeudenmukaisiksi.

.....

Tapio Lappi-Seppälä

Rangaistuskäytännön hinta

VANKILUVUN KASVU

Kriminaalipoliittinen keskustelu vankien määrästä alkoi Suomessa 1960-luvulla. Vankeinhoitoviranomaisille vankiloiden yliasutuksen luomat ongelmat olivat tosin olleet arkipäivää lähes koko itsenäisyyden ajan. Laajempaan tietoisuuteen Suomen silloinen korkea vankien määrä tuli kuitenkin vasta ensimmäisten pohjoismaisten vankilukuvertailujen ansiosta (Christie 1968). Vankiluvusta tuli suomalaisen kriminaalipoliittinen ongelma, ja merkittävä osa vuosina 1967–1995 toteutetuista rikoslain uudistuksista asetti yhdeksi – ei ainoaksi – tavoitteeksi vankimäärän alentamisen. Kolmessa vuosikymmenessä vankiluku putosi vajaa- seen puoleen. Kun vielä 1970-luvulla Suomen vankiluku oli läntisen Euroopan korkein, oli määrä laskenut 1990-luvun puolivälissä EU:n alimmalle tasolle.¹

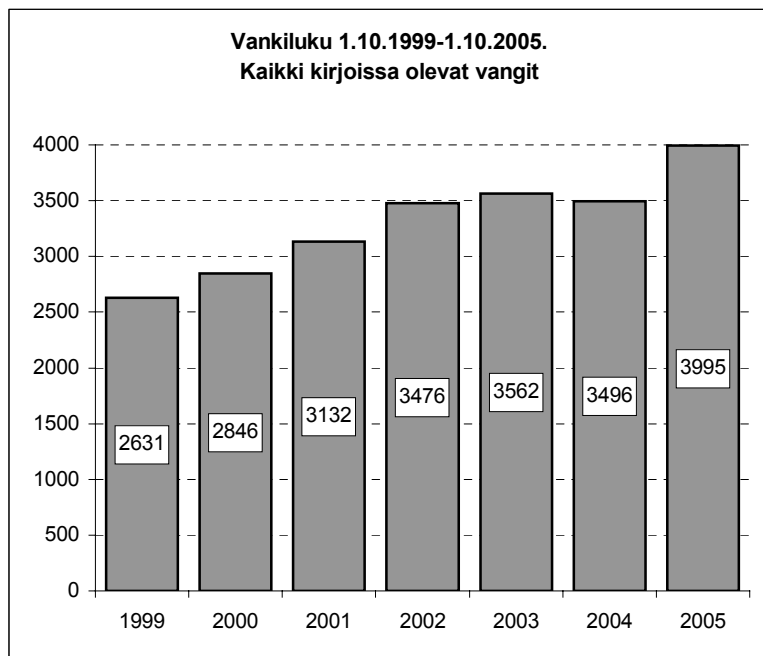
Vankiluvut tulivat 1990-luvulla myös kansainvälisen kriminaalipoliittisen keskustelun kohteeksi. Kiinnostuksen taustalla oli Yhdysvalloissa 1970-luvun jälkipuoliskolla alkanut vankimäärän kasvu. Vankiluvut kohosivat tasaisesti noin 150 vangin (/100 000) tasosta runsaaseen 700 vankiin (/100 000 as). Euroopan maista muutos tempaisti mukaansa ensimmäisenä Englannin, jossa vankiluku kohosi vuosina 1980–2000 50 % (80 → 120/100 000). Tätäkin dramaattisempi nousu nähtiin Hollannissa, jonka vankiluku viisinkertaistui samana aikana (23–100/100 000).

Vankilukujen nousu jatkui 2000-luvulla. Vuosia 2002–2005 koskeva maailman vankilukulistan 6 painos kertoo vankilukujen kohonneen 73 %:ssa listan 211 maasta (ks. Walmsley 2005). Baltian maat ja Venäjä ovat saaneet vankilukunsa kääntymään alaspäin. Toisaalta lähtötaso on näissä maissa ollut siinä määrin korkea (Baltiassa 300–350 ja Venäjällä 600–700 vankia/100 000 as), että luvut tämän muutoksen jälkeenkin jäävät läntisen Euroopan tasoon nähden moninkertaiseksi.

Globaaleista ja yleiseurooppalaisista trendeistä poiketen muiden pohjoismaiden vankiluvut pysyivät 1990-luvulla vielä ennallaan (60–65/100 000 as). Suo-

¹ Muutosta ja sen taustatekijöitä on tarkasteltu lähemmin kirjoituksissa Törnudd 1993 sekä Lappi-Seppälä 2001.

mi kykeni ainoana Euroopan maana alentamaan vankilukuaan lähes viidenneksen (Walmsley 2002). Pohjoismaat ovat 2000-luvulla kuitenkin menettäneet erityisasemaansa. Suomi on siirtymässä pienten vankilukujen maiden joukosta kohti keskivaiheen sijoituksia.² Sama muutos on käynnissä myös muissa pohjoismaissa. Kuvio 1 kertoo Suomen vankiluvun vuosina 1999–2005 (poikkileikkaustieto tilanteen 1.10. mukaan).



Kuvio 1. Vankiluvut 1999–2005 (poikkileikkaustieto 1.10.).

Vuonna 2005 vankiloissa on noin 1400 vankia enemmän kuin runsas viisi vuotta aikaisemmin. Kasvua on kuudessa vuodessa 52 %. Vankimäärä Suomessa on noussut olennaisesti nopeammin kuin se aikoinaan laski, eivätkä merkit viittaa suunnan olevan muuttumassa. Mikä siis käänsi vankimäärän kasvuun?

² Vuoden 2005 vankilukuvertailuun sisältyvien 41 Euroopan valtion sisäisessä vertailussa Suomen silloinen vankiluku 71/100 000 oli sijalla 30 (ks. Walmsley 2005). Nykyisellä luvulla (77/100 000) sijoituksemme olisi mitä luultavimmin muutamaa pykälää korkeammalla.

Alan tutkimus tarjoaa kriminaalipolitiikan muutoksille tukun kilpailevia selityksiä. Selitysten kirjo on seurausta mm. vaihtelevista tavoista rajata selitettävä kohden. Pitkän aikavälin selityksissä painottuvat toisenlaiset syyt kuin lyhyissä. Yhdysvaltain vankiluvun muutoksia pohdittaessa huomio kiinnittyy eri tekijöihin kuin tarkasteltaessa Itä-Euroopan tai Pohjoismaiden vastaavia muutoksia. Myös muutosten suunnalla voi olla merkitystä. On ehkä eri asia pohtia kasvun kuin laskun selityksiä. Niin ikään tarkastelijan oma tutkimustausta voi vaikuttaa siihen, miltä suunnalta selityksiä lähdetään etsimään.³

Näistä syistä kattavan, joka paikkaan sopivan ja kaikkina aikoina toimivan yksinkertaisen selityksen löytäminen näyttää vähintäänkin epätodennäköiseltä. Kirjoituksen tavoite on onneksi kuitenkin vaatimattomampi. Tehtävänä on selvittää Suomen vankilukujen lähivuosien nousun kaikkein välittömimpiä syitä ja seurausvaikutuksia. Alun tilastolliseen tarkasteluun yhdistyy metodisena tavoitteena yritys kehittää välineitä käytäntömuutosten kustannusvaikutusten mittaamiseksi. Kirjoituksen lopussa edetään taloudellisista vaikutuksista kriminaalipolitiikan perusteiden laajempaan arviointiin.⁴

VANKILAJIT JA VANKIRAKENNE

Vankirakenteen muutoksia voidaan tarkastella vankilajien (taulukko 1–2) sekä vankien päärikoksen (taulukko 3) pohjalta.

³ Valtaosa julkaistusta tutkimuksesta keskittyy Yhdysvaltoihin ja Angloamerikkalaisen oikeuskulttuurin maihin. Suuri osa 2000-luvun keskusteluista on Garlandin ”Kontrollin kulttuurin” (Garland 2001) teemojen jatkokomentointia (ks. erityisesti Matravers 2005 ja myös Pratt et al 2005). Pratt 2002 tarkastelee (niin ikään Angloamerikkalaiseen oikeuskulttuuriin keskittyvässä analyysissaan) vankilan käytön pitkän aikavälin trendejä (de)sivilisaatioprosessien viitekehyksestä. Simon – Caplow (1999) sisältää yksityiskohtaisen kuvauksen Yhdysvaltain vankilukumuutosten rakenteista ja taustoista. Kriminaalipolitiikan ja vankilukujen muutoksia eräissä teollistuneissa länsimaissa on analysoitu kokoomateoksessa Tonry – Frase 2001. Tonry 2001 tarjoaa tiiviit tietopaketit Euroopan eri maiden kehityslinjoista 1990-luvulla. Roberts et al 2003 sisältää erinomaiset vertailevat analyysit poliittisen kulttuurin ja median toimintatapojen yhteyksistä populistisen kasvuun. Ryan 2003 tarkastelee kriminaalipolitiikan muutoksia osana brittiläisen poliittisen kulttuurin rakennemuutosta. Garlandin toimittama kokoomateos (Garland 2001a) keskittyy muutoksen sosiaaliin taustoihin ja seurausvaikutuksiin. Yhden edustavimmista koonnoksista tästä kaikesta sisältää Tonry 2004. Suomea koskevat tarkastelut ovat olleet historiapainotteisia (ks. näistä erityisesti Hannula 2004).

⁴ Kirjoitus on päivitys ja jatkoa Pekka Koskisen juhla kirjassa vuonna 2003 julkaisulle artikkelille ”Muuttuuko kriminaalipolitiikka – ja mihin suuntaan” (Lappi-Seppälä 2003). Tuossa kirjoituksessa pohditaan myös eräitä kansainvälisen kriminaalipolitiikan muutostrendien taustatekijöitä ja (vielä verraten optimisessa sävyssä) niiden soveltuvuutta Suomeen. Näihin tarkasteluihin palataan laajemmasta pohjoismaisesta näkökulmasta kirjoituksessa Lappi-Seppälä 2006.

Taulukko 1. Vankilajit 1999, 2004 ja 2005 (tilanne 1.10.).

	1999	2004	2005	Kasvu N	Kasvu %	Osuus %
Kaikki	2 631	3 496	3 995	1 365	51,8	100,0
Vankeus	2 106	2 902	3 123	1 017	48,3	74,6
Pakkolaitos	19	23	23	4	21,1	0,3
Nuoriso	44	72	65	21	47,7	1,5
Sakko	71	23	240	169	238,0	12,3
Tutkinta	391	476	544	153	39,1	11,2
Ulkomaalaiset	151	286	290	139	92,1	10,2

Lähde: Rikosseuraamusvirasto

Rangaistusvankien perusrhmä on kasvanut 48 %. Tämä vastaa kaikkiaan 75 % kokonaiskasvusta. Nuorisovankien määrä on kasvanut saman verran, mutta ryhmä on kokonaiskasvun kannalta marginaalinen (1,5 %). Tutkintavankien määrä on kasvanut hieman perusvankijoukkoa vähemmän (39 % ja 11 %). Ulkomaalaisten vankien määrä on tarkastelu aikana lähes kaksinkertaistunut. Ryhmä kattaa 10 % vankiluvun kokonaismuutoksesta.⁵

Yksittäisistä vankiryhmistä kasvoi eniten sakkovankien ryhmä (70→240 eli 238 % ja 12 % kokonaiskasvusta). Sakon muuntorangaistusten täytäntöönpano oli vuonna 2004 jonkin aikaa keskeytyksissä. Siitä syntynyt ruuhka heijastuu jossain määrin vielä lokakuun 2005 lukuihin.

Taulukko 2 kertoo tarkemmat muutostrendeistä neljän vankiryhmän sisällä.

Taulukko 2. Vankilajit 1999–2005 (tilanne 1.10.).

1.10.	Vankeusvangit	Sakkovangit	Tutkintavangit	Ulkomaalaiset
1999	2 106	71	391	151
2000	2 208	130	410	177
2001	2 322	180	529	257
2002	2 652	205	515	310
2003	2 734	225	527	296
2004	2 902	23	476	286
2005	3 123	240	544	290

Lähde: Rikosseuraamusvirasto

Sakkovankien määrä ehti jo 2000-luvun alussa kohota 200–220 vangin tasolle. Vuoden 2004 notkahduksen jälkeen lukumääräksi tuli 240 vuonna 2005. Tutkintavankien määrä notkahti sekin vuonna 2004. Vuoden 2005 luku sijoittuu

⁵ Ulkomaalaiset sisältyvät myös taulukon muihin vankiryhmiin.

myös tässä ryhmässä melko lähelle vuosien 2001–2003 tasoa. Ulkomaalaisten vankien määrän kasvu näkyy taittuneen vuoden 2002 jälkeen. Vankeusvankien pääryhmä on kasvanut melko tasaisesti vajaan 10 %:n vuosivauhtia.

Taulukkoon 3 on merkitty rangaistusvankien päärikos vuosina 1999–2005.

Taulukko 3. Rangaistusvankien päärikos 1999–2005 (poikkileikkaus 1.5.).

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	Kasvu N	Kasvu %	Osuus %
Väkivaltarikos	794	801	837	951	1 095	1 171	1 254	460	57,9	56,7
Omaisuusrikos	746	782	821	875	885	884	864	118	15,8	14,5
Huumerikos	360	375	449	498	496	556	512	152	42,2	18,7
Liikenne- juopumus	312	277	317	313	355	359	409	97	31,1	11,9
Muut	149	167	184	125	143	137	134	–15	–10,1	–1,8
Yhteensä	2 361	2 402	2 608	2 762	2 974	3 107	3 173	812	34,4	100,0

Lähde: Rikosseuraamusvirasto

Väkivaltarikoksista tuomittujen määrä kasvaa nopeimmin sekä lukumääräisesti että suhteellisesti (kasvua 58 % ja 460 vankia). Huumausainerikoksista tuomittujen ryhmä kasvoi 42 % (152 vankia). Väkivaltarikoksista tuomitut peittävät rangaistusvankien kokonaiskasvusta (35 % ja 812 vankia)⁶ kaikkiaan 57 %.

Huumausainerikoksista tuomittujen vankien määrä aleni vuonna 2005 8 % samalla kun väkivaltarikoksista ja rattijuopumuksista tuomitut lisääntyivät (7 % ja 14 %). Vuosina 2002–2005 rattijuopumuksesta tuomittujen vankien lukumäärä on lisääntynyt sadalla, mutta huumausainerikoksista tuomittujen määrä on pysynyt lähes entisellään.

RANGAISTUSKÄYTÄNNÖT

Vankilarangaistusten määrät, osuudet ja keskipituudet

Vankiluvun kasvun perusselitys on yksinkertainen. Mitä enemmän ja mitä pidempiä tuomioita, sitä enemmän vankeja. Taulukkoon 4 on kerätty tiedot vankilarangaistuksista ja yhdyskuntapalvelutuomioista vuosina 1998–2004.

⁶ Vankeus- ja rangaistusvankien kokonaiskasvun ero taulukossa 1 ja 3 on mitä ilmeisimmin yhteydessä mittausajankohdan eroihin ja siihen tuloksiin kokonaisuudessaan vaikuttavaan seikkaan, että vuonna 2005 vankimäärä ei tavanomaisesta poiketen alentunutkaan kesän kuluessa.

Taulukko 4. Vuonna 1998 ja 2003 sekä 2004 tuomitut määräaikaiset vankilarangaistukset.

	<i>Kaikki</i>	<i>Vankila</i>			<i>Yhdyskuntapalvelu</i>		
	N	N	%	Kk	N	%	Käyttöosuus %
1998	57 554	6 405	11,1	7,3	3 957	6,9	43,3
1999	57 863	7 332	12,7	7,7	3 633	6,3	38,1
2000	62 776	7 798	12,4	7,4	3 398	5,4	34,8
2001	64 732	8 006	12,4	8,3	3 358	5,2	34,9
2002	62 857	8 133	12,9	8,4	3 283	5,2	34,3
2003	62 856	7 970	12,7	8,5	3 297	5,2	34,9
2004	67 755	8 503	12,5	8,1	3 623	5,3	35,0
Muutos	10 201	2 098	1,4	0,8	-334	-1,6	-8,3
Muutos %	17,7	32,8	12,8	11,0	-8,4	-22,2	-19,2

Lähde: Tilastokeskus

Vuonna 1998 langetettiin 6405 vankilarangaistusta. Tämä oli 11,1 % kaikista tuomituista rangaistuksista. Rangaistusten keskipituus oli 7,3 kk. Vuonna 2004 tuomittiin 8503 vankilarangaistusta. Tämä oli kaikkiaan 12,5 % kaikista rangaistuksista. Keskipituus oli 8,1 kk. Tuomittujen vankilarangaistusten määrä nousi 2000:lla (33 %), niiden käyttöosuus lisääntyi 13 % ja keskipituus kasvoi 11 %. Käytäntö on selvästi ankaroitunut.

Yhdyskuntapalvelutuomioiden lukumäärä aleni vuosina 1998–2004 noin 350:lla (–8 %). Yhdyskuntapalvelutuomioiden prosenttiosuus kaikista rangaistuksista laski 6,9:sta 5,3:iin (22 %). Erikseen voidaan laskea vielä yhdyskuntapalvelujen käyttöosuus muuntokelpoisista vankeusrangaistuksista. Tuon osuuden nähdään laskeneen 43,3 %:sta 35 %:iin (eli 19 %). Kun vankilan käyttö lisääntyi, yhdyskuntapalvelun käyttö väheni.

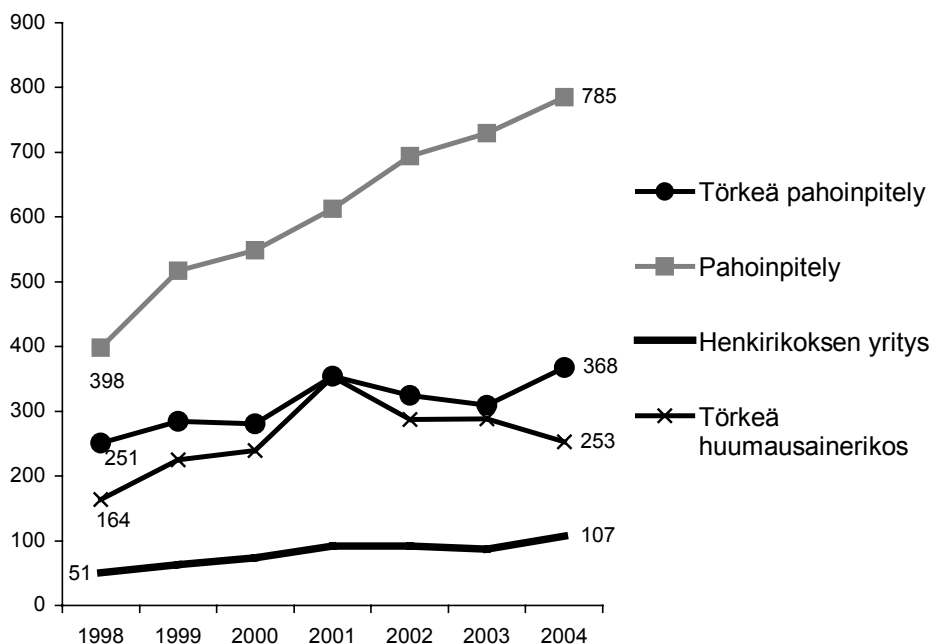
Vuonna 2004 vankilarangaistusten lukumäärä kasvoi runsaalla 500:lla ja keskirangaistukset lyhenivät 0,4 kk. Myös yhdyskuntapalvelurangaistukset lisääntyivät pitkään jatkuneen laskun jälkeen. Lähempi tarkastelu osoittaa muutosten olevan yhteydessä rattijuopumusrangaistusten lukumäärien kasvuun. Vuonna 2004 rattijuopumustuomioita annettiin 3000 edellisvuotta enemmän (lisäystä 15 %). Vuoden 2004 vankilarangaistusten kokonaiskasvusta (500) jää neljä viidesosaa (400) rattijuopumuksen tiliin ja lähes kaikki (90 %) taulukosta 4 näkyvät uudet yhdyskuntapalvelurangaistukset määrättiin törkeästä rattijuopumuksesta.

Rattijuopumuksesta määrättyjen lyhyiden vankeusrangaistusten määrän lisääntyminen selittää yleistä keskirangaistusten laskua vuosina 2003–2004. Yleisen keskiarvon pieneneminen ei siten kerro suhtautumisen yleisestä lieventymisestä, vaan mitä luultavimmin suhtautumisen tiukentumisesta rattijuopumustapauksissa.

Vankilarangaistusten lukumäärät väkivalta- ja huumausainerikoksissa

Keskirangaistusten ja käyttösuuksien muutosten jäljittäminen edellyttää tarkastelun eriyttämistä rikoskohtaiseksi. Kuvioon 2 on merkitty eräistä väkivalta- ja huumausainerikoksista tuomittujen vankilarangaistusten lukumäärät 1996–2004.

Tuomitut vankilarangaistukset 1998–2004



Lähde: Tilastokeskus

Kuvio 2. Väkivallasta ja huumausainerikoksista tuomitut vankilarangaistukset 1998–2004.

Tavallisesta pahoinpitelystä tuomittujen vankilarangaistusten lukumäärä on kaksinkertaistunut (400→800) ja törkeästä pahoinpitelyistä tuomittujen rangaistusten määrä kasvanut 50 % (250→370). Henkirikoksen yrityksistä langetettujen rangaistusten lukumäärä on kaksinkertaistunut (50→110). Törkeästä huumausainerikoksesta tuomittujen rangaistusten lukumäärä on kasvanut 50 % (160→250).

Vankilarangaistusten osuudet ja keskipituudet

Lukumäärätiedot eivät kerro muutoksista suhtautumisen ankaruudessa. Tämä vaatii tarkastelujen ulottamista rangaistusten keskipituuksiin ja eri rangaistuslajien käyttöosuuksiin. Taulukkoon 5 on tiivistetty tiedot henkirikosten, pahoinpitelyrikosten sekä huumausainerikosten vankilarangaistusten keskipituuksista ja -käyttöosuuksista.⁷

Taulukko 5. Väkivallasta ja huumausainerikoksista tuomitut rangaistukset 1998–2004.

	Henkirikokset		Pahoinpitely				Huumausainerikokset			
			törkeä		tavallinen		törkeä		tavallinen	
	täytetyt	yritykset	%	kk	%	kk	%	kk	%	kk
1998	9,8	3,1	51,1	17,3	6,5	3,7	82,4	31,0	11,1	3,9
1999	10,3	3,6	50,3	18,5	8,1	3,5	85,2	38,4	11,8	3,8
2000	10,4	3,6	46,4	16,9	7,5	3,4	79,9	41,0	11,1	3,9
2001	12,2	4,1	51,3	18,2	7,9	3,5	80,6	40,2	10,7	3,9
2002	12,2	3,6	51,4	22,8	9,0	4,2	71,8	42,2	13,2	4,8
2003	12,2	3,9	52,6	23,8	8,7	4,3	78,0	40,0	13,5	4,4
2004	11,8	3,6	57,6	23,7	8,7	4,4	74,9	39,9	12,1	4,9
Muutos %	20,0	16,1	12,7	37,0	33,8	18,9	-9,2	28,7	9,7	25,6

Lähde: Laskettu Tilastokeskuksen luvuista.

Kaikista täytetyistä henkirikoksista (ks. alav. 6 edellä) tuomittujen vankeusrangaistusten pituus on kuuden vuoden aikana noussut kaksi vuotta (20 %). Suuri osa muutoksesta liittyy elinkautisrangaistusten lisääntyneeseen käyttöön. Kun vielä 1990-luvun alussa 2/3 murhasta tuomitusta tuomittiin määräaikaiseen vankeusrangaistukseen ja kolmannes elinkautiseen, niin 2000-luvulla ¾ murhasta tuomituista sai elinkautisrangaistuksen ja ¼ määräaikaisen vankeusrangaistuksen. Tämä näkyy myös elinkautisvankien määrän nopeana nousuna. 1990-luvun alussa elinkautisvankeja oli noin 30 mutta lokakuussa 2005 jo 115. Samalla kun elinkautisvankien määrä on kasvanut, on elinkautisrangaistusten kesto

⁷ Kaikki tiedot ovat päärikosperusteisia. Henkirikostietoihin on sisällytetty kaikkien RL 21 luvun tahallisia henkirikoksia koskevat rangaistukset. Elinkautisille on annettu arvo 25 v, mikä vastaisi vapautumista 12,5–16,7 vuoden kuluttua. 2000-luvulla elinkautiset ovat ennen armahdustaan suorittaneet rangaistuksestaan 14–15 vuotta.

pidentynyt 1990-luvun alun 10–12 vuodesta 14–15 vuoteen (tieto Rikosseuraamusviraston Kontranet-tietokannasta).

Myös tapon perusmuodosta langetettujen rangaistusten pituus on kasvanut 1990-luvun kuluessa vajaasta 8 vuodesta vajaaseen 9 vuoteen. Muutoksia selittää paitsi yleinen suhtautumisen ankaroituminen väkivaltarikoksiin myös syyn-takeisuussäännösten aiempaa tiukempi soveltaminen (jälkimmäisen muutoksen taustoista ks. Lappi-Seppälä 2005).

Henkirikosten yritysten keskirangaistuksissa ei ole havaittavissa muutoksia. Tuomittujen tapausten lukumäärät ovat sen sijaan kasvaneet selvästi (ks. kuvion 2 tiedot edellä). Tätä voidaan pitää joko merkinä pahoinpitelyrikosten raaistumisesta tai muutoksista tavassa piirtää rajaa tapon yrityksen ja törkeän pahoinpitelyn välillä. Kysymykseen palataan jaksossa ”Lukumäärämuutoksia, käytäntömuutoksia vai rikollisuuden raaistumista?”.

Pahoinpitelyrikoksia koskevat tiedot kertovat törkeästä pahoinpitelystä langetettujen vankilarangaistusten osuuden kasvaneen 13 % ja keskirangaistusten nousseen 6 kuukaudella (37 %). Tavallisen pahoinpitelyn vankilarangaistusten osuus kasvoi kolmanneksen ja keskirangaistukset pitenivät 20 %. Törkeän pahoinpitelyn rangaistuskäytännön koveneminen ajoittuu vuoden 2001–2002 paikkeille, ja on kaikesta päätäten seurausta minimirangaistuksen nostamisesta kuudesta kuukaudesta vuoteen.⁸ Pahoinpitelyrangaistukset ovat selvästi ankaroituneet.

Huumausainerikosten rangaistusmuutokset ovat erisuuntaisista. Törkeästä huumausainerikoksesta tuomittujen vankilarangaistusten osuus aleni 9 %, mutta vuosivaihtelut ovat olleet melko jyrkkiä. Keskirangaistusten kohoaminen lähes 9 kuukaudella sijoittuu tarkasteluperiodin alkuun. Tavallisen huumausainerikoksen käytäntömuutoksia tarkastellessa on otettava huomioon käyttörikosuudistus vuonna 2002. Uudistus vei osan sakolla rangaistavista rikoksista käyttörikoksen puolelle ja nosti näin muiden rangaistuslajien soveltamisosuutta.

⁸ Ennakolta oli arvioitavissa, että lainmuutos muutos saattaa aiheuttaa jonkin verran tunnusmerkkien välistä liikettä siten, että osa aikaisemmin törkeinä pahoinpitelyinä tuomituista tapauksista siirtyisi tavallisen pahoinpitelyn puolelle. Tämä vuorostaan nostaisi tavallisen pahoinpitelyn keskirangaistuksia (ja myös välillisesti törkeän pahoinpitelyn vastaavia, koska nämä tapaukset olisivat törkeän tekemuodon lievimmästä päästä). Kuvion 2 absoluuttilukumääriä koskevat tiedot viittaavat siihen, että näin myös jossain määrin tapahtui. Kovin merkittävistä muutoksista ei kuitenkaan ollut kyse, eivätkä ne riittäneet neutraloimaan taulukosta nähtävää keskipituuksien muutosta vuosina 2001–2002 (joskin ne sitä hieman loiventavat).

RANGAISTUSMASSA JA VANKILAVUODET

Vankilavuodet ja rangaistusmassan muutokset

Havaittiin, että väkivallasta tuomittujen vankilarangaistusten lukumäärä on lähes kaksinkertaistunut. Samalla rangaistusajat ovat pidentyneet. Myös huumausainerikoksista tuomittujen vankilarangaistusten määrä ja kesto ovat kasvaneet, joskin edellistä selvästi vähemmän.

Muutosten merkitys vankilukujen kannalta tulee ymmärrettävämmäksi, jos tuomitut vankeusrangaistukset muunnetaan vankilavuosiksi (”rangaistusmaksaksi”). Tämä käy yksinkertaisimmin kertomalla vankeusrangaistusten lukumäärä niiden keskipituudella (kuukausissa) ja jakamalla saatu tulos 12:lla. Lopputulos kuvastaa nimellisiä (brutto)vankilavuosia. Mittayksikön etuna on sen yhteismitallisuus. Se auttaa esim. vertaamaan käytäntömuutosten vaikutuksia törkeysasteiltaan ja lukumääriltään erilaisissa rikoksissa. Haluttaessa laskennalliset vankilavuodet voidaan muuntaa lähemmäs ”todellisia” (netto)vankilavuosia vähentämällä saadusta tulosta ehdonalaisen vapauden soveltamisen edellyttämä määräosa. Melko lähelle oikeata lopputulosta päästään vähentämällä bruttovuosista 40 %.

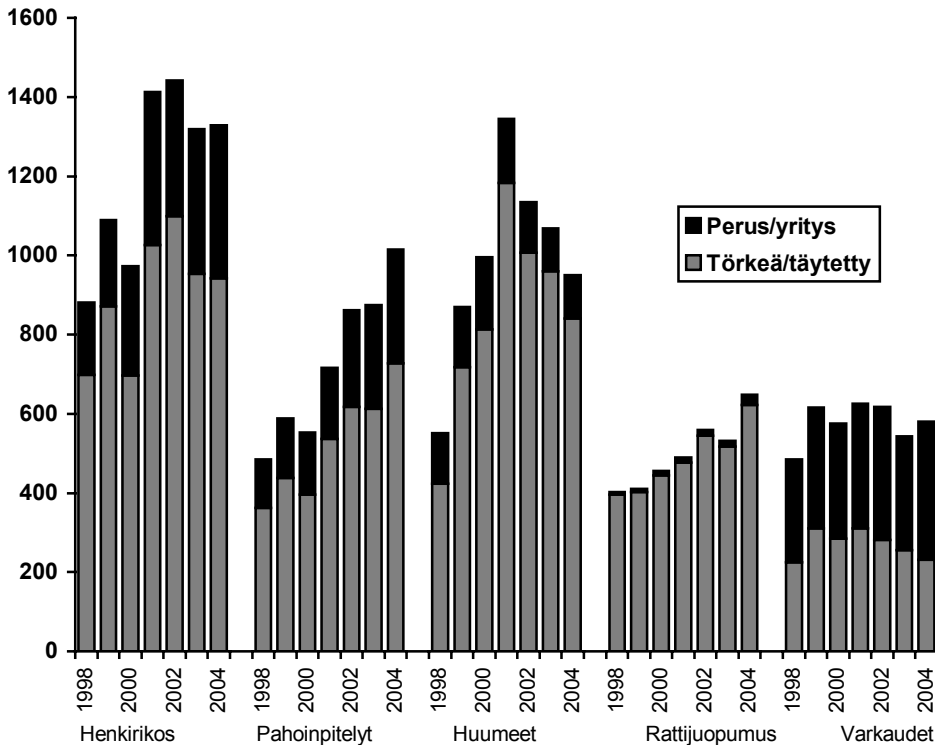
Taulukosta 6 näkyy mitä tapausmäärien ja käytäntömuutosten muuntaminen tuomituiksi vankilavuosiksi merkitsee. Väkivaltarikoksiin sisältyvät henkirikokset, henkirikosten yritykset ja pahoinpitelyrikokset; huumausainerikoksiin tavalliset ja törkeät huumausainerikokset.

Taulukko 6. Tuomitut vankilavuodet 1998–2004.

	<i>Väkivalta</i>	<i>Huumeet</i>	<i>Kaikki</i>
1998	1 378	558	4 018
2000	1 525	996	4 979
2002	2 318	1 145	6 130
2004	2 361	958	6 080
Kasvu	71 %	72 %	51 %

Lähde: Laskettu Tilastokeskuksen luvuista

Vuonna 1998 tuomittiin kaikkiaan noin 4000 vankilavuotta ja 2004 runsaat 6000. Vankilavuosissa mitaten kasvua oli 55 %. Väkivallasta tuomittiin vuonna 1998 1400 ja vuonna 2004 2300 vuotta. Kasvua oli 71 %. Huumeiden osalta vastaavat luvut olivat 550 ja 950 sekä 72 %. Kuviosta 3 ilmenee kuinka taulukon kertomat muutokset jakaantuivat eri tunnusmerkistöjen kesken (perustunnusmerkistöt ja henkirikosten yritykset on kuviossa merkitty tummemmalla).



Kuvio 3. Tuomitut vankilavuodet väkivallasta, huumeista, rattijuopumuksesta ja varkauksista 1998–2004.

Pahoinpitelyrikoksista tuomittujen vankilavuosien määrä on kohonnut vajaasta 500:sta tuhanteen ja henkirikoksista sekä niiden yrityksistä vajaasta 900:sta runsaaseen 1300:aan. Huumausainerikoksia koskeva kuvio kertoo niin nousu- kuin laskukausistakin. Näistä merkittävin on vuonna 2001 alkanut pudotus 1400 vuodesta alle 1000:een. Vuonna 2004 huumausainerikoksista tuomittiin suurin piirtein saman verran vankilavuosia kuin pahoinpitelyrikoksista. Kolme vuotta aiemmin pahoinpitelystä tuomittu rangaistusmassa oli vain puolet huumausainerikosten vastaavasta (700/1400). Rattijuopumukset ovat pahoinpitelyjen ohella toinen tasaista kasvua osoittava ryhmä. Varkausrikoksista tuomittujen vankilavuosien määrä on sen sijaan pysynyt vuoden 1999 nousun jälkeen melko tasaisena.

Välipäätelmänä on, että tuomittuja vankilavuosia ovat kasvattaneet eniten pahoinpitelyrikokset ja huumausainerikokset. Jälkimmäisistä tuomittujen vankilavuosien määrä on kuitenkin viimeisen kolmen vuoden aikana ollut laskussa.

Tämän hetken ja tulevan vankiluvun kannalta avainasemassa ovat pahoinpitelyt ja rattijuopumukset.

Lukumäärämuutoksia, käytäntömuutoksia vai rikollisuuden raaistumista?

Vankimäärien kasvun ensimmäiseksi selitykseksi tarjotaan yleensä ”rikollisuuden lisääntymistä, organisoitumista ja raaistumista”. Olisikin aito tarve tietää, mikä osa tuomittujen vankilavuosien kasvusta on seurausta tapausmäärien, ja mikä rangaistuskäytännön muutoksista. Toiseksi tarvittaisiin tietoa rikollisuuden laadussa ja tapauspiirteissä tapahtuneista muutoksista.

Kysymykseen tapausmäärämuutosten ja käytäntömuutosten suhteesta voidaan etsiä vastausta vertaamalla tuomittujen vankilavuosien muutosta siihen muutokseen johon olisi päädytty, jos rangaistuskäytäntö olisi säilynyt ennallaan mutta tapausmäärät muuttuneet kuten ne todellisuudessa muuttuivat. Vertailu kertoo sen, mikä osa muutoksesta on seurausta tapausmäärien muuttumisesta (tapausmuutos) ja mikä osa käytännön muuttumisesta (käytäntömuutos).

Laskelman lähtökohtana ovat siis jo toteutuneet muutokset sekä tuomittujen tapauksen määrissä että tuomituissa rangaistuksissa. Kun tiedämme, mikä oli vankeusrangaistusten %-osuus ja rangaistusten keskipituus lähtövuonna X1, ja tiedämme, kuinka monta tapausta tuli tuomittavaksi tarkastelujakson päätösvoonna X2, voimme laskea, kuinka monta vankilavuotta olisi päätösvoonna X2 tuomittu, mikäli tuomioistuimet olisivat noudattaneet vuonna X2 aloitusvuoden X1 rangaistuskäytäntöä. Tämän ohella meillä on tiedossa sekä jakson aloitusajankohdan mukaisen todellisen rangaistuskäytännön lopputulos sekä jakson päätösvouden vastaava tulos. Näiden erotus kertoo tuomituissa vankilavuosissa tapahtuneen bruttomuutoksen. Vähentämällä päätösvouden todellisesta lopputuloksesta aloitusvuoden rangaistuskäytännön mukaan laskettu hypoteettinen lopputulos saadaan erotukseksi se osa muutoksesta, joka on laskettavissa rangaistuskäytännön muutosten seuraukseksi. Vähentämällä tämä kokonaismuutoksesta saadaan erotukseksi tapausmäärien tuoma muutos. Lopputulos voidaan ilmoittaa myös prosenttiosuuksina laskemalla kuinka suurta osaa tapausmäärien tuoma muutos ja käytännön tuoma muutos edustavat tapahtuneesta kokonaismuutoksesta.⁹

Taulukossa 7 on näin lasketut tiedot muutoksista vuosien 1998–2004 välillä.

⁹ Vankilavuosien ohella samat laskelmat voidaan ulottaa koskemaan myös muutosten kustannusvaikutuksia. Käytäntömuutoksen ja tapausmäärien muutoksen laskemiseksi olisi mahdollista kehittää myös vaihtoehtoisia laskutapoja, jotka johtavat kuitenkin pääpiirteissään samoihin tuloksiin.

Taulukko 7. Vankilavuosi muunnettu rangaistuskäytäntö vuosina 1998 ja 2004.

	Vuosia
Vankilavuosia vuonna 2004	6 080
Kokonaismuutos 1998–2004	2 062
Vankilavuosia vuonna v. 2004, jos käytäntö olisi pysynyt vuoden 1998 tasolla	4 701
Käytännön muutoksen tuoma muutos	1 379
Tapausmäärien tuoma muutos	683
Käytännön muutoksen osuus vankimäärän kasvusta	67 %
Tapausmäärien kasvun osuus muutoksesta	33 %

Lähde: Laskettu Tilastokeskuksen luvuista

Vuonna 2004 tuomittiin kaikkiaan 6080 vankilavuotta. Tämä merkitsi 2062 vankilavuoden lisäystä vuodesta 1998. Jos rangaistusten taso (ehdottoman osuus ja keskipituus) olisi ollut vuonna 2004 sama kuin vuonna 1998, vankilavuosia olisi tuomittu vain 4701, eli 1379 vuotta vähemmän kuin mitä todella tuomittiin. Tämä on myös se osa uusista vankilavuosista, jonka voi katsoa olevan seurausta rangaistusten ankaroitumisesta. Vähentämällä kokonaismuutoksesta, joka siis oli suuruudeltaan 2062 vuotta, saatu 1379 vuotta, saadaan erotukseksi se osa, joka on ollut seurausta tapausmäärien kasvusta (tässä tapauksessa 683 vuotta).

Näin päädytään loppuriveillä oleviin prosenttilukuihin. Niiden mukaan kaksi kolmasosaa vankiluvun noususta on seurausta kiristyneestä käytännöstä ja kolmannes tuomioistuimiin tulneiden tapausten lukumäärien kasvusta.

VANKILAVUODET JA RANGAISTUSKÄYTÄNNÖN HINTA

Kustannusten laskemisesta

Vankilavuosi muunnetut rangaistustiedot voidaan kääntää myös kustannustiedoiksi, joka kertoo, mitä tuomittujen vankilarangaistusten täytäntöön paneminen tulee maksamaan. Tällöin joudumme määrittämään vankivuoden eurohinnan. Luontevan lähtökohdan laskelmille tarjoaa valtion tulo- ja menoarviosta saatava vankilavuoden budjettihinta. Tämä saadaan jakamalla vankeinhoidon kokonais-

menot vankimäärällä. Toisena vaihtoehtona on laskea yhteen muuttuvat kustannukset (n. 7000 euroa/vanki/vuosi) sekä ns. kiinteät kustannukset, jotka kattavat lähinnä henkilöstömenot ja vankipaikkakustannukset. Molemmat laskutavat tuottavat toisiaan melko lähellä olevat lopputulemat. Niiden mukaan vankilavuoden hinta liikkuu välillä 37 000–44 000 euroa.

Yleensä vankeinhoitoa koskevien uudistusten yhteydessä operoidaan muuttuvilla kustannuksilla. Ne sisältävät lähinnä ylläpidosta ja perushuollosta (ruoka, vaatetus, terveydenhuolto ja toimintojen järjestäminen) aiheutuvat menot. Näin rajattuja kustannuksia voinee pitää eräänlaisina muuttuvien kustannusten minimitasona. Näiden määrä on tällä hetkellä 7000 euroa/vanki/vuosi. Todelliset kustannukset eivät kuitenkaan rajoitu näihin, vaan mukaan tulevat myös ns. kiinteät kustannukset. Näille ei ole vakiintunutta määrittelyä. Pääasiassa kyse on lisääntyneestä vartioinnista ja uusien vankipaikkojen tarpeesta. Kiinteitä kustannuksia ei voi välttää, jollei sitten lähdetä siitä, että vankeinhoidon tasoa tulevaisuudessa olennaisesti alennetaan. Selvyiden vuoksi voisi puhua kiinteiden kustannusten sijasta henkilöstökustannuksista ja vankipaikkakustannuksista. Henkilöstökustannusten osalta esim. hallituksen esityksessä 262/2004 on noudatettu laskusääntöjä, joiden mukaan 100 vangin lisäksi edellyttää noin 75 uutta vankilatyöntekijää. Työntekijöiden vuotuiset kustannukset ovat noin 34 000 e/hlö/v. Uusin tieto kertoo näidenkin kustannusten kohonneen jo 40 000 euroon. 100 vangin lisäksi toisi siis mukanaan 3,0 miljoonan euron henkilöstömenot ($75 \cdot 40\,000$ euroa). Kaksi edellistä ynnäämällä saadaan ensimmäinen mitta sadan vangin tuottamille kokonaiskustannuksille: 3 miljoonaa henkilöstömenoina + 700 000 euroa muuttuvina kustannuksina = 3,7 miljoonaa euroa. Yhden vangin vuosittaisiksi kokonaiskustannuksiksi tulee näin 37 000 euroa.

Kasvava vankimäärä edellyttää myös uusia tiloja. Tilojen täyttöaste oli toukokuussa 2004 111 %. Vankiluku on tämän jälkeen kasvanut, ja kasvaa ilmeisesti jatkossakin. Vankiluvun kasvaessa tulee jossain vaiheessa vastaan hetki, jolloin vankipaikkojen rakentamiskustannukset laukeavat. Esityksen mukaan uusien vankipaikkojen rakentamiskustannukset ovat 130 000 euroa/vanki. Vankipaikkojen rakentaminen sanotulle sadalle vangilla maksaa siten 13 miljoonaa euroa. Yhteissummaksi saadaan näin laskien noin 16,5 miljoonaa euroa (165 000 euroa/vanki).

Edellisistä poikkeava tapa laskea kustannuksia olisi ottaa yksinkertaisesti lähtökohdaksi valtion talousarvion mukaiset vankivuoden yksikkökustannukset (vankeinhoidon kokonaismenot/vankimäärä). Vuoden 2005 talousarvioesityksen mukaan vankeinhoidon vuosittaiset toimintamenot ovat noin 44 000 euroa/vanki (ks. taulukko 11 alla). Vankipaikkojen rakentamisen kustannuksia ei tällöin tarvitse ottaa erikseen huomioon, sillä toimintamenot sisältävät vankiloiden vuokran. Näin mahdollisten uusien vankipaikkojen rakentamisesta aiheutuvat kulut jakautuvat pidemmälle aikavälille.

Muunnettaessa vankilavuodet kustannuksiksi päädytään taulukon lukuihin.

Taulukko 8. Vuosikustannuksiksi muunnettu rangaistuskäytäntö vuosina 1998 ja 2004.

	Euroa (milj.) Brutto	Euroa (milj.) Netto (-ehd.vap.)
Vankilavuosia vuonna 2004	250	150
Kokonaismuutos 1998–2004	85	51
Vankilavuosia vuonna v. 2004, jos käytäntö olisi pysynyt vuoden 1998 tasolla	194	116
Käytännön muutoksen tuoma muutos	57	34
Tapausmäärien tuoma muutos	28	17

Lähde: Laskettu Tilastokeskuksen luvuista

Vuonna 2004 tuomittujen vankilavuosien bruttohinta on 250 miljoonaa euroa ja nettohinta 150 miljoonaa. Käytännön ankaroituminen merkitsi valtiolle vuonna 2004 34 miljoonan euron lasku (netto).

On huomattava, etteivät käytännön ankaroitumisen muutokset rajoitu nyt kuvattuun kahden vuoden vertailuasetelmaan. Jokaisena väliin sijoittuvana vuotena on tuomittu aiempaa enemmän vankilavuosia. Myös nämä kumuloituvat vaikutukset tulisi ottaa huomioon esim. laskemalla paljonko käytännön muutos on jo maksanut vuosien 1999–2004 välillä. Toisaalta on niinkin, etteivät kaikki kustannukset kohdennu ”tuomiovuodelle”. Pitkien vankilatuomioiden vaikutus ulottuu usean vuoden ajalle.

Rikoslajikohtaisia tarkasteluja

Samat tarkastelut voidaan toteuttaa rikoslajien tasolla. Taulukkoon on tiivistetty eräiden keskeisten rikosten käytäntöjä koskevat muutokset. Mukaan on otettu sekä vankilavuosista, että näiden kustannuksista kertovat tiedot. Tässäkin verrataan ainoastaan vuosien 1998 ja 2004 välistä eroa, ei käytäntöjen kiristymisen ja tapausmäärien kasvun kumulatiivisia muutoksia.

Taulukko 9. Keskirangaistukset, rangaistusmassa ja vankilakustannukset (netto) eräissä rikosla-
jeissa 1998 ja 2004

	1998	2004		Muutokset 1998/2004			
	Keski- rang. [kk]	Keski- rang. [kk]	Rang.- massa [v]	Rang. massa [v]	Kustan- nukset [M€]	Käytännön osuus %	Käytännön ankaroitumisen laskennallinen hintaa [M€]
RL 21 luku							
Täytetyt henkirikokset	117,6	141,6	943	247	6,1	64	3,9
Henkirikosten yritykset	45,6	44,4	385	202	5,0	-5*	-0,2*
Törkeä pahoinpitely	17,3	23,7	727	365	9,0	70	6,3
Pahoinpitely	3,7	4,4	288	165	4,1	63	2,6
RL 50 luku							
Törkeä huumausaine- rikos	31,0	39,9	841	418	10,3	29	3,0
Huumausainerikos	3,9	4,9	117	-17	-0,4*	..	..
Muita rikoksia							
Rattijuopumus	1,4	1,6	26	20	0,5	90	0,4
Törkeä rattijuopumus	3,4	3,6	622	226	5,6	73	4,1
Varkaus	2,8	3,2	350	105	2,6	100	2,6
Törkeä ryöstö	32,7	34,5	152	-14	-0,3	..	..
Ryöstö	11,0	11,4	186	69	1,7	10	0,2

Lähde: Laskettu Tilastokeskuksen luvuista

* Ks. kommentti alla

Rangaistusmassaa kasvattivat eniten RL 21 luvun mukaiset henkeen ja tervey-
teen kohdistuvat rikokset. Väkivaltarikosten ryhmässä suurin lisäys koituu tör-
keän pahoinpitelyn osalle (365 vuotta). Muutoksen taustalla on ennen kaikkea
rangaistusten ankaroituminen (70 %). Henkirikoksista tuomittujen vankilavuoi-
sien kasvun (250 vuotta) taustalla ovat tapon keskirangaistusten kohoaminen ja
murhasta langetettujen elinkautisrangaistusten kasvu (käytännön osuus 64 %).
Tapon yrityksestä tuomittujen vuosien määrän kasvun (200 vuotta) taustalla ovat
lukumäärämuutokset. Toisaalta tästäkin muutoksesta keskeinen osa on mitä luul-
tavimmin palautettavissa tapon yrityksen tunnusmerkistön laajenemiseen aiem-
pien törkeiden pahoinpitelyjen puolelle. Tavallisesta pahoinpitelystä tuomittujen
vankilavuosien pääasiallisena selityksenä (63 %) oli niin ikään rangaistusten
ankaroituminen.

Huumausainerikokset kasvattivat toiseksi merkittävimpänä ryhmänä rangais-
tusmassaa noin 400 vuodella. Tämä peitti viidenneksen tapahtuneesta muutok-
sesta. Muutos koskee nimenomaan törkeätä huumausainerikosta. Tavallisesta

huumausainerikoksesta tuomittujen vankilavuosien määrä aleni, mikä viittaa myös jonkinasteiseen siirtymään tunnusmerkistöjen välillä (tapauslukumäärien aleneminen oli taas seurausta tunnusmerkistön soveltamisalueen kaventumisesta). Törkeästä huumausainerikoksesta tuomitun rangaistusmassan kasvun taustalla on ollut ennen kaikkea tapausmäärien kasvu (71 %). Muista rikoksista törkeä rattijuopumus on kasvattanut rangaistusmassaa 226 vuodella. Tästä 73 % menee käytännön tiukentumisen tiliin. Varkaudesta tuomittiin vuonna 2004 100 vankilavuotta enemmän. Muutos on kokonaisuudessaan seurausta rangaistuskäytännön tiukentumisesta.

Tarkennuksia ja jatkokysymyksiä

Edelttäviin laskelmiin on liitettävä joukko tarkennuksia ja jatkokysymyksiä.

1. Kertovatko tapausmäärien muutokset rikollisuuden muutoksesta? Yllä on jo viitattu eräisiin laskelmien tulkintaongelmiin. Ensinnäkin tuomittujen tapaus-ten määrälliset muutokset eivät välttämättä kerro rikollisuuden muutoksista. Ne voivat myös kertoa kontrollin tai tulkintojen kiristymisestä (tai lieventymisestä) vedettäessä vaikkapa rajaa eri tunnusmerkistöjen välillä. Se, että annetaan enemmän murhatuomioita tai tuomioita tapon yrityksestä ei välttämättä merkitse, että ”murhat” tai ”tapon yritykset” ovat lisääntyneet, kyse voi olla myös siitä, että rikokset arvioidaan aiempaa herkemmin törkeään kategoriaan kuuluviksi. Tapausmäärien kasvu massarikosten puolella voi taas kertoa puuttumiskynnyksen muutoksista. Tästä on näyttöä erityisesti pahoinpitelyrikoksissa, joiden ilmoitus-alttius on uhritutkimusten mukaan selvästi kasvanut. Kontrollijärjestelmän piiriin tulevin tapausmääriä kasvatti myös syytevallan laajentaminen. On otettava huomioon myös tunnusmerkistömuutokset. Niinpä huumausainerikoksen tunnusmerkistön jakaminen kahtia vähensi huumausainerikosten tuomittuja ilman, että kyse oli todellisesta tapausmäärän laskusta.

Sanotusta seuraa, että arviot käytäntöjen kiristymisen ja tapausmäärien muutosten keskinäisistä osuuksista ovat käytäntöjen kiristymisen osalta eräänlaisia minimiarvioita. Käytäntöjen tuoman muutoksen voi saattaa olla yksittäisissä rikoksissa myös esitettyä suurempi.¹⁰

2. Kertooko tuomioiden ankaroituminen käytännön kiristymisestä? Mitattujen käytäntömuutosten merkitys ei myöskään ole riidaton. Aiempaa ankarammat

¹⁰ Toisaalta on huomattava, ettei kustannuslaskelmiin ole sisällytetty tapaus-ten oikeuskäsittelyn vaatimia kuluja. Nämä nostaisivat vuorostaan tapaus-ten lukumääräkasvun tiliin laskettavien kustannusten kokonaissummaa. Vankilakustannuksiin olisi toisaalta laskettava myös niistä nyt puuttuvat jälkihuollon kustannukset. Lisäksi todellisen nettokustannuksen laskeminen edellyttää, että annamme hinnan vankilan sijasta käytettävälle vaihtoehdolle.

rangaistukset eivät ehkä kerrokaan käytäntöjen, vaan rikollisuuden törkeyden muutoksista? Väitteet rikollisuuden ammattimaistumisesta, järjestäytymisestä ja raaistumisesta ansaitsevat täyden huomion, joskaan niitä ei ilman näyttöä voi sellaisenaan pitää todistettuina. Kysymyksen selvittämistä haittaa, ettei käytössä ole rikosvahinkojen määristä ja esim. väkivaltarikollisuuden törkeydestä kertovia valmiita indikaattoreita. Näiden kehittämiseen olisikin mitä ilmeisin tarve.

Törkeiden huumausainerikosten osalta väitteille rikosten vakavuusasteen muutoksesta löytyy empiiristä tukea: Huumausainekauppa on organisoitunut ja takavarikot kertovat myös ainemäärien takavuosina kasvaneen. Sen sijaan käytössä olevat mittarit antavat aiheen suhtautua melko kriittisesti väitteisiin väkivaltarikollisuuden yleisestä raaistumisesta. Jos pahoinpitelyrikollisuuden laadussa olisi tapahtunut olennaisia siirtymiä, näkyisivät ne esim. tavallisen ja törkeän pahoinpitelyn välisten suhteiden muutoksina. Näin ole käynyt, vaan tuo suhde on pysynyt varsin vakaana.¹¹ Tutkimus pääkaupunkiseudun pahoinpitelyrikosten teonpiirteistä vuosina 1995 ja 1999 ei osoittanut väkivallan laadussa ja seurauksissa aiheen kannalta merkittäviä muutoksia (Sirén – Tuominen 2003). Nuorisoriikollisuuskyselyjen mukaan nuorten väkivallassa ei ole tapahtunut ilmeistä vakavoitumista tai vakavien tekojen lisääntymistä jaksolla 1995–2004. Vuosien 1998–2001 välinen kasvu kokonaisväkivallassa johtui lievien tekojen lisääntymisestä, ja vastaavasti vuoden 2001 jälkeinen lasku lievien tekojen vähenemisestä. (Kivivuori 2005, 23–24). Nuorten tekemien henkirikosten suunnitelmallisuuden aste näyttäisi olevan samalla tasolla kuin 1980-luvulla, mutta nousseen kuitenkin hieman 1990-luvun tasosta. OPTL:n henkirikostietokannan teonkuvausmittarit eivät kerro väkivallan tasossa tapahtuneen muutoksia vuosina 2002–2004.

Pitkän aikavälin tarkimmat tiedot saadaan kansallisista uhritutkimuksista. *Fyysistä väkivaltaa* kokeneiden osuus (vähintään liikkumisen estäminen, kiinni tarttuminen tai töniminen) on 1988–2003 pysynyt miltei vakiona (n. 6 % 15–74-vuotiaista, vuosi 1980 oli poikkeus, osuuden ollessa n. 8 %). Tämä koskee sekä miehiä että naisia (Sirén – Honkatukia 2005, 5–7, kuvio 1 ja 2). *Vamman aiheuttaneen* väkivallan kohteeksi joutuneita oli 2003 tutkimuksessa hieman enemmän kuin 1988–1997, mutta saman verran kuin 1980. Miehillä osuus on vaihdellut 2–2,5 %, naisilla 1,5–2,2 %.¹² *Vamman aiheuttaneiden* väkivallantekojen *määrissä* on tapahtunut vähäistä kasvua 2003 verrattuna vuosiin 1988, 1993 ja 1997.

¹¹ Ja vieläpä niin, että törkeän pahoinpitelyn osuus on hieman laskenut (7,3 % → 6,5 %). Tämä voi tosin olla myös osa vuoden 2001 lainuudistuksen heijastusvaikutuksia (ks. edellä alav. 7).

¹² Kyseessä on harvinainen tapahtuma ja otoksen virhemarginaalin huomioon ottaen koko väestöä koskevien johtopäätösten tekeminen väkivallan tosiasiallisista muutoksista on tässä tapauksessa epävarmaa (Sirén – Honkatukia 2005, 7, kuvio 3).

Vuoden 2003 kyselyssä saatu luku oli kuitenkin lähes sama kuin vuonna 1980 (Heiskanen ym. 2004, 17, kuvio 13). Vammoja seurasi v. 2003 aikaisempaa enemmän ravintola- ja muusta huvipaikkaväkivallasta sekä naisten kohdalla työpaikoilla koetusta väkivallasta. Vamman aiheuttanut katuväkivalta puolestaan väheni samoin naisten kokema perheväkivalta (Heiskanen ym. 2004, 20–21, kuvio 16). *Väkivallan muotoja* tarkasteltaessa todetaan, että lyömällä haavoja tai luunmurtumia aiheuttanut väkivalta on 1980–2003 määrältään vaihdellut vailla selvää suuntaa, samoin potkimisten ja aseellisen väkivallan määrä (1000 tapausta):

Taulukko 10. Väkivallan uhriksi joutuneet 1980–2003 (1000).

	1980	1988	1993	1997	2003
Uhkailu ja väkivalta yhteensä (1000 tapausta)	629	501	533	652	627
Lyönti, haavoja tai luun murtumia	21	20	27	16	20
Potkiminen, aseellinen väkivalta	14	11	16	10	11

Lähde: Heiskanen ym. 2004, 15, taulukko 2

Näistä havainnoista ei voi päätellä, että väkivallan vakavuustaso olisi pysynyt samana. Mutta ne eivät myöskään tue otaksumaa, että väkivalta olisi yleisesti raaistunut.¹³

3. *Pitääkö laskut maksaa?* Kolmas ongelma koskee kustannusten laskennallisuuteen. Olisi aika mutkatonta väittää, ettei tällä tavalla lasketun rangaistuskäytännön hintaa tarvitse maksaa, jos ei halua. Vankiloihin voidaan laittaa enemmän ihmisiä, eikä henkilökunnankaan määrää tarvitse lisätä. Näinhän toki onkin – ja juuri näin on käytännössä myös menetelty. Tästä huolimatta nämäkin laskut tulevat jossakin vaiheessa maksuun – olettaen, ettei vankeinhoidon tasoa tahdota pysyvästi alentaa.

Myös budjettikirja kertoo, ettei kyse ole yksin imaginaarisista luvuista.

¹³ Toisaalta ne eivät myöskään ole ristiriidassa yksittäisten henkirikoksia koskeneiden havaintojen kanssa, jotka paikansivat 2000 luvun alkuun sijoittuvan – mutta jo nyt ohi menneen – nuorten henkirikollisuuspiikin (ks. Lehti – Kivivuori 2005, 22).

Taulukko 11. Vankeinhoitolaitoksen kokonaismenot 1999–2006.

	<i>Vankeinhoitolaitoksen budjetti</i>	<i>[e/vankivuosi]</i>
1999	127 166 891	46 361
2000	135 324 006	47 399
2001	136 062 351	43 401
2002	144 593 000	42 119
2003	147 270 000	41 160
2004	160 818 000	41 233
2005	163 100 000	44 081
2006	166 820 000	43 670
Kasvu	39 653 111	

Lähde: Valtion tulo- ja menoarvio 1998–2005, 25.50.21 ja 25.50.21 ja .74

Vuonna 1999 vankeinhoidon kokonaisbudjetti oli 127 miljoonaa euroa, vuonna 2002 145 ja vuonna 2004 160 miljoonaa euroa. Kasvua on vuosien 1999 ja 2006 välillä ollut 40 miljoonaa euroa ja vuosien 1999 ja 2004 välillä 34 miljoonaa euroa. Edellä vuosien 1998 ja 2004 väliseksi rangaistuskäytännön ankaroitumisen tuottamaksi laskennalliseksi lisälaskuksi saatiin 50 miljoonaa euroa (netto). Luvut on (myös aikavälin ero huomioon ottaen) hyvin lähellä toisiaan.¹⁴

Laskelmat ovat toistaiseksi sivuuttaneet vankilan vaihtoehtojen tuottamat kustannukset. Vankilaan määräämättä jätetty olisi mitä todennäköisimmin tullut tuomituksi johonkin toiseen seuraamukseen, luultavimmin ehdolliseen vankeusrangaistukseen tai yhdyskuntapalveluun, joissain tapauksissa myös sakkoon. Näiden vaihtoehtojen kustannuksia voidaan alustavasti arvioida käyttäen perusteena Kriminaalihuoltolaitoksen laskemia yhdyskuntaseuraamusten suoritehintoja.

Taulukko 12. Yhdyskuntapalvelun suoritehinnat 2004.

	Suoritteet	Suoritehinnat
	N	€
Ehdollisesti rangaistujen nuorten valvonta		
(valvontapäivä)	597 505	4,4
Nuorisorangaistus		
(vuoden aikana toimeenpanossa oleva nuorisorangaistus)	56	4 944
Ehdonalaisesti vapautettujen valvonta		
(valvontapäivä)	496 400	5,3
Yhdyskuntapalvelu		
(suoritettu yhdyskuntapalvelutunti)	271 916	27,3

Lähde: Kriminaalihuoltolaitos

¹⁴ Kokonaisbudjettia on kasvattanut vankiluvun ohella vuoden 2001 organisaatiouudistus sekä pääomavuokrien mukaantulo vuonna 2001. Vuonna 2003 toimitilavuokrien osuus toimintamenois-

Ehdollisen vankeuden valvonta maksaa 4,4 euroa/vrk.. Ehdolliseen vankeusrangaistukseen liitetty vuoden valvontajakson hinnaksi tulee 1600 euroa ja kuuden kuukauden valvonnan (mikä lienee toteutettuna valvontana lähempänä totuutta) hinnaksi 800 euroa. Arviolta noin 5–10 % kaikista ehdollisista määrätään valvonnan kera. Keskimääräiset valvontakustannukset yhtä ehdollista vankeusrangaistusta kohden lienevät siten 100–150 euron paikkeilla. Yhdyskuntapalvelu maksaa 27 euroa/tunti. Yhdyskuntapalveluvuodelle kertyy siten hintaa vajaa 10 000 euroa. Vastaava vankilavuoden hinta oli 41 200 euroa, mutta nettohinta noin 25 000 euroa. Tähän on päälle laskettava vielä ehdonalaisen vapauden valvonnan kulut (5,3 euroa/päivä). Nuorisorangaistuksen hinnaksi tulee vuoden aikana 5000 euroa. Vertailu osoittaa yhdyskuntaseuraamukset vankilaa selvästi edullisemmaksi. Se, kuinka suureksi ero muodostuu, riippuu käytetystä vaihtoehdosta.

Välipäätelmiä

Rangaistuskäytäntö ei ole ilmaista. Onkin merkillepantavaa, kuinka kevyesti poliittinen keskustelu sivuuttaa rangaistuskäytännön hinnan, mutta kiinnittää kustannuksiin tavattoman paljon huomiota kun kysymys on seuraamusjärjestelmän sisältöön tehtävistä muutoksista. Pitkään valmisteltu sopimushoitoa koskeva lainsäädäntö jäi toteutumatta 700 000 euron vuosittaisten kustannusten vuoksi. Nuorisorangaistuksen valtakunnallistaminen jäi riippumaan 200 000 euron määrärahan löytymisestä. Molemmat ovat – olisivat olleet – merkittäviä etappeja suomalaisen seuraamusjärjestelmän kehittämisen tiellä. Samaa tuskin voi sanoa kustannusvaikutuksiltaan 30-kertaisista tiukennoksista rangaistusjärjestelmään.

Kritiikkiä voi suunnata myös tapaan, jolla lainuudistusten taloudellisia vaikutuksia on hallituksen esityksissä arvioitu. Yksittäisiä rikostyyppejä koskevien lainuudistusten taloudellisten vaikutusten arviointi on huomattavan ylimalkaista silloin, kuin kyse on rangaistuskäytäntöjen muutosten kustannusvaikutuksista. Esitettyjen laskelmien perusteella nämä arviot näkyvät ollen myös pahasti alimitoitettuja. Seksuaalirikoksia koskevan lainuudistuksen perusteluissa (HE 6/1997 vp. todettiin: ” – – Esitykseen sisältyvillä lakiehdotuksilla *ei ole myöskään sellaisia taloudellisia vaikutuksia* (kurs. T.L-S), jotka välittömästi heijastuisivat valtion tulo- ja menoarvioon. ... Uusien säännösten omaksuminen edellyttää tuomareille, syyttäväviranomaisille, poliisille ja eräille muillekin viranomaisille järjestettäviä koulutustilaisuuksia eri puolilla maata. Tästä aiheutuu koulutusmenojen tilapäistä kasvua erityisesti oikeusministeriöl-

ta oli 11 %. Lukuihin eivät sisälly lisämenoarvioon vuosittain otetut 3–6 miljoonaa euroa. Vuodelle 2005 tämä luku on 5,6 miljoonaa euroa.

le ja sisäasiainministeriölle.” Lainuudistuksen jälkeen kasvaneiden vankilavuosien lisälasku oli vuonna 2004 1,3 miljoonaa euroa. Törkeän pahoinpitelyn minimirangaistus kuudesta kuukaudesta vuoteen korottaneen hallituksen esityksen perusteluissa (HE 213/2000 vp) todettiin: ”Ehdotettu lainmuutos on omiaan pidentämään alentuneesti syntyneille tuomittavia vankeusrangaistuksia niissä tilanteissa, joissa tuomioistuin päätyy enimmäisrangaistukseen. Tämä lisää *jonkin verran* vankeusrangaistusten täytäntöönpanon kustannuksia. Nämä kustannukset lisääntyisivät myös sen vuoksi, että ainakin lyhimmat törkeistä pahoinpitelyistä tuomittavat vankeusrangaistukset pitenisivät ja yhdyskuntapalvelua ei enää voitaisi käyttää. Koska rangaistusten tuomitseminen on riippumattomien tuomioistuinten tehtävä, tarkkoja arvioita siitä, kuinka paljon uudistus vaikuttaisi vankeusrangaistusten täytäntöönpanon kustannuksiin, ei ole mahdollista esittää.” Yhden määräraikaisen vankeusrangaistuksen muuntuminen elinkautisrangaistukseksi pidentää laitosaikaa 6–8 vuodella, mikä vastaa 250–350 000 euron lisälaskua. Kymmenen uutta elinkautisrangaistusta maksaa noin 3 miljoonaa euroa. Pahoinpitelyrikoksista vuonna 2004 tuomittujen n. 350 lisävankilavuoden lasku oli n. 9 miljoonaa euroa ja vuosien 1999–2004 kumulatiivisen kasvun (928 vuotta) lisälasku 23 miljoonaa euroa. Tästä noin 60–70 % on laskettavissa tiukentuneen käytännön tiliin.

Rangaistusten hintaa ei ole poliittisessa keskustelussa otettu riittävän vakavasti. Väitteet vankipäivän hinnasta on voitu torjua huomautuksin, että ”mitä enemmän vankeja, sitä halvemmaksihan vankila näyttää (henkilöä kohden) tulevan”. Näiden kustannusten ongelma onkin, että ne *tiettyyn pisteeseen saakka* ovat *jossain määrin* laskennallisia. Kun tuo piste ylittyy, ne muuttuvat reaalisiksi (ja tällöin tulee ehkä maksettavaksi myös aikaisemmin rästiin jääneitä velkoja). Kuten Helsingin Sanomat (16.10.2005) toteaa, vankeinhoidon vuoden 2006 lisäbudjettiin esittämän 4 miljoonaa euroa (tarkkaan ottaen 3,47 miljoonaa euroa) ei vielä ratkaise nyt syntynyttä ongelmaa. Ennen jatkoinvestointeja ja uusien vankiloiden rakentamista kannattaisi kuitenkin ehkä pysähtyä miettimään, miten laskut pääsivät syntymään, mitä tarvittavalla ja haettavalla lisärahalla saa, sekä kuinka viisaita vankilan käyttöä lisäävät lainuudistukset ylipäänsä ovat ja mistä nämä poliittikkamuutokset todellisuudessa kertovat.

Viimeistään tässä vaiheessa on palautettava mieliin myös, ettei kriminaalipoliitikassa ole kyse yksin – tai edes ensisijaisesti – rahasta. Edellä on kiinnitetty taloudellisiin kustannuksiin huomiota siitä yksinkertaisesta syystä, että rangaistuskäytäntö on poliittisessa päätöksenteossa ilmeisesti oletettu ilmaiseksi – tai joka tapauksessa varsin huoheaksi. Sitä se ei ole. Tästä ei kuitenkaan voi vielä päätellä, *mikä osa* taloudellisille kustannuksille päätöksenteossa tulisi antaa, ja mille *muille* seikoille kriminaalipoliitikassa (ja sen analyysissä) pannaan ja/tai tulisi panna painoa.

EI YKSIN RAHASTA

Vastattavaksi tulee mm. seuraavanlaisia jatkokysymyksiä: kuinka tehokkaiksi valitut keinot ovat osoittautuneet, miten oikeudenmukaisiksi ne on koettu, millä muilla toimin samaan päämäärään olisi päästy ja mikä olisi ollut näiden muiden keinojen kustannus/tehokkuus suhteessa valittuihin keinoihin? Keskustelu laajenee väistämättä kriminaalipolitiikan ja rikosentorjunnan perusteisiin. Kysymyksistä jokainen vaatisi oman tarkastelunsa. Tämän esityksen päätteeksi on mahdollista poimia esille vain eräitä päähavaintoja.

Tehokkuudesta. Rangaistusten tehokkuus ja vaikuttavuus on yksi kriminologian tutkituimpia kysymyksiä. Aineiston runsaus ei ole yksimielisyyden tae. Tästä huolimatta tulosten perussanoma on selvä. Rangaistusten maltilliset kovennukset eivät ole johtaneet tilastoista havaittaviin pysyviin rikollisuusmuutoksiin.¹⁵ Tilastoidun kokonaisrikollisuuden ja vankilukujen pohjoismainen vertailu vuosilta 1950–2000 osoittaa rikollisuuden kehittyneen näissä maissa jokseenkin identtisesti, huolimatta vankilukujen toisistaan jyrkästi poikenneista kehityskaarista (Lappi-Seppälä 2001). Sama tulos vahvistuu verrattaessa toisiinsa Englannin ja eräiden Keski-Euroopan maiden rikos- ja vankilukutilastoja (Tonry 2004 ja Lewis 2004). Tämä perustulos tiivistetään viimeisessä kattavassa analyysissä: ”The time has come to conditionally accept the null hypothesis: severity of sentences does not affect crime levels (Doob – Webster 2003, 191). Tästä kaikesta ei tietenkään seuraa, että rangaistusjärjestelmä olisi rikollisuuden torjunnan kannalta merkityksetön. Sen mekanismit vain ovat hieman toisenlaiset ja mutkikkaammat kuin yksinkertainen pelotepreventioon rakentuva taloustieteellinen malli olettaa.¹⁶

¹⁵ Verraten tuore yleiskatsaus löytyy teoksesta Lappi-Seppälä 2000, 60 viitteineen. Tuon jälkeen ilmestyneistä kokoavista katsauksista tutustumisen arvoinen on ennen kaikkea Doob – Webster 2002.

¹⁶ Väkiluonnetarangaistusten ja rikollisuuden suhteita on selitetty myös kotimaisissa tutkimuksissa. Vuonna 1999 julkaistu tutkimus ei löytänyt tilastollisesti merkitseviä yhteyksiä tilastoidun pahoinpitelyrikollisuuden ja rangaistustason muutoksien välillä vuosina 1950–1997 (Sirén 1999). Tulosten alustava päivittäminen vuosille 1997–2004 toi niihin kuitenkin eräitä tarkennuksia. Regressioanalyysiin sisällytettiin selittäviksi muuttujiksi vuorotellen sakon ja vankilan käyttöosuus, vankeusrangaistusten keskipituus (vuosilta 1950–1977 mukana olivat kaikki vapausrangaistukset ja vuosilta 1977–2004 vain ehdottomat vankeusrangaistukset) sekä aiemmassa analyysissä vahvimaksi selittäjäksi noussut alkoholin kokonaiskulutus. Selitettäväksi muuttujaksi otettiin vuoroin kaikki tilastoidut pahoinpitelyrikokset ja vuoroin vain törkeät ja tavalliset pahoinpitelyt. Differentioituihin sarjoihin perustuvien regressioanalyysien keskeiset tulokset (R^2 sekä standardoidut b-kertoimet ja P-arvot rangaistusmuuttujien osalta) eri malleilla olivat seuraavat:

Oikeudenmukaisuudesta. Rangaistusten oikeudenmukaisuus on tehokkuutta perustavampi ja vaikeampi kysymys. Perustavampi se on siksi, että tehokkuusargumentaatio voidaan torjua toteamalla ykskantaan, ettei tehokkuudella ole väliä kun pohdittavana ovat oikeudenmukaisuuden kaltaiset perusarvot. Vaikka rangaistuksista ei olisi mitään hyötyä, on niiden oltava oikeudenmukaisia. Ja juuri oikeudenmukaisuus on vaatinut rangaistusten asettumista tasolle, jolla ne nyt ovat (tai jonne ne ovat vasta matkalla).¹⁷ Vaikeampi kysymys on siksi, ettei oikeudenmukaisuudelle löydy helppoa mittaa, eikä ole selvää kenen oikeudenmukaisuuskäsitykset asiassa ovat ratkaisevia.

Yksi ratkaisu on vedota kansan tahtoon ja ns. yleiseen oikeustajuntaan. Tutkimukset ovat toisaalta jo aikaa sitten paljastaneet ”yleisen oikeustajunnan” ongelmallisuuden. Oikeustajunta on erilainen eri vastaajaryhmissä (ei ole olemassa yleistä, mutta paljon ”erityisiä” oikeustajuntoja) ja usein myös vaatimuksissaan summittainen (vaikea saada tietoa oikeustajunnan tarkasta sisällöstä). Oikeustajunta on lisäksi sisällöltään ailahteleva, se vaatii tänään yhtä ja huomenna toista. Oikeustajuntaa ohjaa harvemmin järkijohtoinen harkinta, se reagoi tunnepohjalta ja vaatii helposti toimia, jotka tutkimustieto osoittaa tehottomiksi tai huonosti harkituiksi. Samalla se jättää rauhaan käyttäytymismuodot, joiden voidaan perustellusti arvioida aiheuttavan mittaviakin vahinkoja. Oikeustajunta on usein myös sisällöltään ristiriitainen; se tahtoo samaan aikaan erisuuntaisia asioita.

	Kaikki pahoinpitelyt			Tavalliset ja törkeät		
	R ²	beta	P	R ²	beta	P
Sakon % osuus ja alkoholi	.44		.00	.61		.00
– Sakon % osuus		.27	.04		–.09	.41
Vankila % ja alkoholi	.27		.00	.49		.00
– Vankilan % osuus		.02	.88		.01	.89
Vankeuden pituus ja alkoholi	.31		.00	.21		.00
– Vankeusrangaistuksen keskipituus		–.17	.17		–.31	.02

Tulos eroaa aikaisemmasta analyysistä, jossa vertailukohteena oli ehdottomien ja ehdollisten suhde. Samalla se antaa tukea sille sinänsä uskottavalle päätelmälle, jonka mukaan rangaistuksen ankaruuden ja rikollisuuden välillä on jonkinasteinen yhteys, joskaan ei kovin vahva.

Tässä yhteydessä on vältettävä kaikkinaisia yksinkertaistuksia ja yleistyksiä. On pidettävä mielessä muutosten ja niiden vaikutusten kontekstisidonnaisuus (mikä on ollut sovellettu rangaistustaso, mitkä siihen tehtyjä muutoksia, mikä on rikollisuuden taso ja millaisia muita muutosvoimia rikollisuuteen on kohdistunut). Tyypillisiä virhepäätelmiä on ulottaa myös marginaalipreventiota koskevat tulokset kokonaispreventioon ja siis päätellä, että koska mitatulla marginaalisella muutoksella ei ollut havaittavia rikollisuusvaikutuksia, ei rangaistusjärjestelmällä (tai vankeusrangaistuksella) kokonaisuudessaan sellaisia ole (ks. lähemmin Lappi-Seppälä 2000, 63–64). Ks. tältä osin Lappi-Seppälä 1995, Doob – Webster 2003 ja Tyler 2003.

¹⁷ Sama voidaan tosin kääntää myös toisin päin: Oikeudenmukaisuudella ei ole väliä, jos tehokkuus (yhteiskunnan suojele) vaatii käytettäväksi myös epäoikeudenmukaiseksi koettuja rangaistuksia. Tähän perusteluun kiinnittyy ns. valikoivaan eristämiseen pohjaava rangaistuksen määräämisen ideologia..

Oikeustajunta perustuu valitettavan usein puutteellisiin tai virheellisiin käsityksiin empiirisistä faktoista.¹⁸ Tästä kaikesta seuraa tukku ongelmia, toiset niistä ovat suurempia, toiset pienempiä.

Vaikka oikeustajunnan vaatimat toimet olisivatkin epätarkoituksenmukaisia – tai jopa vahingollisia yhteiskunnassa tärkeinä pidettyjen arvojen kannalta – ei tämä sellaisenaan anna perustetta yleisen oikeustajunnan vaatimusten sivuuttamiseen: ”Demokratiassa ihmisillä on oikeus tehdä huonojakin päätöksiä”. Rangaistustasosta päättämiseen vastaus soveltuu kuitenkin kehnosti, sillä tässä ”huonoilla päätöksillä” puututaan perusoikeuksiin. Lisäksi päätöksiä tekevät ne, jotka eivät itse joudu kärsimään huonojen ratkaisujensa seurauksista (tai ainakin he näin olettavat). Tämä kaikki sopii huonosti yhteen sen demokratia-ideaalin perustavoitteen kanssa, joka vaatii vähemmistöjä suojattavaksi enemmistön mieli-vallalta.

Puutteet oikeustajunnan tiedollisessa perustassa luovat toisenlaisia pulmia. Oikeustajuntamittausten mukaan ihmiset yliarvioivat rikollisuuden kasvun, aliarvioivat rangaistusten ankaruuden ja odottavat helposti kovin paljon rangaistusten kyvystä alentaa rikosten määrää. Virhekäsitysten yhteys rangaistusenteisiin on selvä: Mitä kovemmassa kasvussa rikollisuuden uskotaan olevan – silloinkin kun rikollisuus todellisuudessa on laskussa – sitä ankarampia rangaistuksia vaaditaan. Toisaalta, mitä tarkemmaksi kuva rikollisuuden kehityksestä ja rangaistusjärjestelmän toiminnasta tulee, sitä lievemmäksi suhtautuminen muuttuu (Hough – Roberts 2003).¹⁹ Tämä jättää vastattavaksi hankalan kysymyksen: Mitä suhtautua sellaisiin oikeustajunnan vaatimuksiin, joiden voisi hyvin peruste-in arvella olevan sisällöltään toisenlaisia, jos käsitysten taustalla oleva tietopohja olisi toinen?

Kolmas ongelma liittyy tutkittavia asioita yksinkertaistavaan mittaustekniikkaan. Gallup-mittausten kysymykset ovat yksinkertaisia ja sisältävät niukasti informaatiota. Tämä pakottaa vastaajat täyttämään puuttuvat osat omien mielikuviensa pohjalta. Näitä taas värittävät mediasta saatavat tiedot. Niinpä rattijuo-

¹⁸ Nämä oikeustajunnan ominaisuudet on dokumentoitu lukuisissa tutkimuksissa. Pohjoismaisia selvityksiä ovat mm. Kutschinsky 1970, Lindén-Similä 1982 ja Axberger 1996. Samat perushavainnot vahvistuvat laajoissa Angloamerkkalaisen oikeuskulttuurin vertailevissa tutkimuksissa (Walker – Hough 1988, Roberts – Stalans 1997, Roberst – Stalans – Hough 2002 sekä Roberts – Stalans – Indmauer – Hough 2003).

¹⁹ Tämä on todennettu lukuisia kertoja fokusryhmätutkimuksissa sekä ns. ”Deliberate Polling” tekniikkaa hyödyntävässä mittauksessa, jossa haastateltavissa tarjotaan kahden mittauksen välillä mahdollisuus osallistua esim. teemaa käsittelevään seminaariin jossa osallistujille jaetaan – mahdollisimman tasapuolisesti – tietoa aihepiiristä sekä tarjotaan mahdollisuus pohdintoihin ja keskusteluihin. Näin saatu ”harkittu mielipide” eroaa sisällöltään ja suunnaltaan gallup-mittausten tavoit-tamasta intuitiivisesta ensikäsityksestä, jota ei oikeustajuntatutkimuksen piirissä yleensä edes yh-distetä käsitteeseen ”public opinion” (ks. Roberts – Hough 2002, 27, 152–156 sekä 163–183).

poista puhuttaessa mielessä ovat kuoleman aiheuttaneet rattijuopot, eivät rikoksen normaalimuodot. Kysymysten laatimistekniikka tuottaa siten rankaisuhakuisia vastauksia. Tästä syystä yleisluonteisiin kysymyksiin annetut vastaukset yleensä aina lievenevät kysymyksiä tarkennettaessa ja yksinkertaisissa mittauksissa rangaistushakuiseksi arvioitu oikeusvakaumus saattaa varsinaisissa tutkimuksissa näyttää lopulta hyvinkin toisenlaiselta.²⁰

Edellisiä perustavampi ongelma liittyy tapaan irrottaa kysyttävät asiat niiden sosiaalisesta kontekstista. Ihmiset ovat kiinnostuneita heitä itseään koskevista asioista. He ovat huolissaan rikollisuudesta, paljon enemmän kuin rikoksin liittyvistä rangaistuksista. Rangaistuksista he ovat kiinnostuneita etenkin siltä kannalta, missä määrin niistä voisi olla apua heitä uhkaavan rikollisuuden torjunnassa. Siten heidän vastauksensa rangaistusten oikeudenmukaisuuteen ovat myös suureksi osaksi vastauksia kysymykseen, ovatko yhteiskunnan toimet rikollisuuden torjumiseksi riittäviä. Kun haastattelun edustamassa keskustelussa on tarjolla on vain yksi toimi – rangaistus – he vastaavat siihen, antavatko rangaistukset heidän kaipaamaansa suojaa.²¹ Jos tarjolla olisi muita rikoksentorjunnan vaihtoehtoja, olisi vastaajilla niistä ehkä paljonkin sanottavanaan, ja jos näitä muita vaihtoehtoja kyselyihin sisällytettäisiin, ne havaittaisiin myös helposti rikosoikeutta suosittumiksi.²²

²⁰ Oman lukunsa muodostavat Ilta- ja Aamulehtien nettikyselyt, joilla ei ole mitään tekemistä oikeustajunnan sisällön selvittämisen kanssa. Toisinaan johdattelevia kysymyksiä sisältyy myös varsinaisiin tutkimuksiin. Niinpä esim. Valittujen Pajojen Taloustutkimuksella teettämässä mittauksessa kysyttiin, ”Onko oikein, että nuoret *selviävät* (kurs. T.L.-S) ehdollisella rangaistuksella” (Taloustutkimus 1996). Tämän selvityksen päätulos oli sama kuin mediagallupeissa eri puolilla maailmaa. Yleiseen kysymykseen ”saavatko rikoksentehtäjät riittävän ankan rangaistuksen” saa 70–80 %:n todennäköisyydellä kieltävän vastauksen siihen katsomatta, mikä on maan kulloinenkin rangaistustaso (ks. Walker – Hough 1988). Kysymyksiä sitten tarkennettaessa sekä lisäämällä vastaajien vaihtoehtoja suhtautuminen lievenee. Kun Taloustutkimuksen yllämainittu selvitys kertoi, että vastaajista 72–74 % pitää rattijuoppojen tai pahoinpitelijöiden rangaistuksia liian lievinä, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen Tilastokeskuksella teettämässä pilottitutkimuksessa valtaosa tuhannesta vastaajista (60 %) piti niin liikenne rikkomusten kuin rattijuoppumustenkin todellisia normaalarangaistuksia oikeudenmukaisina (ks. tulosten raportoinnista Lappi-Seppälä 2002). Sama asetelma toistui pahoinpitelyesimerkkien kohdalla. Niistä toisessa vastaajien piti kertoa kantansa tyypillisestä ravintolapahoinpitelystä (nyrkillä kasvoinhin seurauksena musta silmä ja haava poskeen, ei sairaalahoitoa) sekä seurueen kesken sattuneesta puukotuksesta (jatkoilla riittää naisista, puukoniskukeskivartalon, syvä pistohaava ilman hengenvaaraa, tekijä tuomittu aiemmin omaisuusrikoksista) langetetuista normaalarangaistuksista. Ravintotappelusta seuraavaa normaalisakkoa pidettiin yleensä joko sopivana (60 %) tai liian ankarana (28 %). Puukotuksesta törkeänä pahoinpitelynä langetettua 1,5 vuoden ehdotonta vankeutta piti sopivana 59 %, liian lievänä 30 % ja liian ankarana 11 %.

²¹ Ks. myös Axberger 1996. Ottaen huomioon rangaistusten suhteellinen tehottomuus, tyytymättömyyttä vallitsevaan tilanteeseen tuskin voi pitää yllätyksenä. Tästä ei seuraa, että ongelma poistuisi rangaistuksia koventaen.

²² Samalla alenisi myös vastaajien rankaisumielisyys (ks. Beckett 1997, 4 viitteineen).

Oikeustajuntaan vetoaminen on helppoa, muttei ongelmatonta. Miten painavana on pidettävä sellaista mielipidettä, joka olisi luultavasti sisällöltään toisenlainen, jos tietopohja olisi toinen? Entä miten ottaa huomioon mielipidemittauksen sivuuttama oikeustajunnan ja rangaistusvaatimusten dynaamisuus ja kontekstisidonnaisuus? Vaikka siis saisimme tuloksen, jonka mukaan ihmiset vaativat pidempiä vankeusrangaistuksia, niin mitä tuon tuloksen perusteella on päättävissä, jos toinen mittausta osoittaa, että heidän mielestä on tärkeämpää ehkäistä rikoksia käyttämällä ongelmaan sijoitettavissa olevat varat esikouluopetukseen, nuorisotoiminnan tukemiseen ja päihdehoidon järjestämiseen kaikille siihen pyrkiville. Saattaisimme lopultakin jäädä ihmettelemään, kuinka tyytyväisiä ihmiset olisivat, jos heille kerrotaisiin, että taloudellisen niukkuuden pakottamassa valintatilanteessa on politiikassa päädytty ratkaisuun, joka oli muita vaihtoehtoja kalliimpi, vastoin heidän omia käsityksiä asioiden tärkeysjärjestyksestä, ja lisäksi rikosten ehkäisykeinona muita keinoja tehottomampi.

Oikeustajuntaan ja sen mittaamiseen liittyvien ongelmien esiin nostamista ei tule pitää oikeustajunnan merkityksen vähättelynä. Ainoastaan legitiimiksi koetun rangaistusjärjestelmän voi odottaa toimivan tahdotulla ja toivotulla tavalla. Yksinkertaistaen tämä tarkoittaa, ettei epäsuhta rangaistustason ja hyvin informoidun oikeustajunnan välillä saa kasvaa liian suureksi. Tämä on kysymys, josta voidaan esittää, ja josta esitetään eri tulkintoja. Keskustelun tueksi tarvitaan mediagalluppien sijasta hyvin toteutettuja oikeustajuntamittauksia. Niitä odotellessa kannattaa kuitenkin suhtautua terveellä epäluulolla rangaistussuosituksiin, joita lähemmin erittelemättä perustellaan vetoamalla ”oikeustajuntaan, demokratiaan tai kansaan tahtoon”.

Vaihtoehtoista ja kustannustehokkuudesta. Kritiikin esittäjältä on kohtuullista vaatia perusteltuja vaihtoehtoja. Mitkä olisivat siis esimerkiksi väkivallan torjumisessa mahdollisia keinoja, ja millaisia näyttöjä tutkimuksella olisi esittää näiden menetelmien kustannus-tehokkuudesta?

Vuonna 2005 valmistunut kansallinen ohjelma väkivallan vähentämiseksi sisältää yhden luettelon tällaisista toimista. Lähtökohtana on puuttuminen väkivallan taustaehtoihin, kuten. syrjäytymiskehitykseen ja mielenterveystyöhön. Yksityiskohtaisemmat toimenpiteet on eriytetty väkivaltatyypin- ja tilanteiden mukaan. Alkoholiehtoisen väkivallan vähentämisen keinoja etsitään toimista, joilla vähennetään kokonaiskulutusta ja säädellään nauttimistilanteita ja riskikäyttöä. Lasten ja nuorten väkivaltaa pyritään ehkäisemään tunnistamalla kasvuajan riskitekijöitä sekä vahvistamalla suojatekijöitä erilaisin sosiaaliprevention keinoin. Tällaisia ovat mm. sosiaalisten ja kognitiivisten taitojen opettaminen (rationaalinen ongelmanratkaisukyvyyn kehittäminen ja konfliktien ratkaiseminen neuvotteluin) sekä ohjelmat, joilla kohennetaan vanhempien kasvatustaitoja. Naisiin kohdistuvaa väkivaltaa ja sen seurausvaikutuksia pyritään torjumaan muun ohella uhripalveluja ja katkaisuohtelmia tehostamalla. Työväkivaltaa torjutaan nosta-

mallalla väkivalta myös työturvallisuusongelmaksi, johon tulisi puuttua työympäristöä koskevalla suunnittelutyöllä jne (ks. lähemmin ohjelmasta <http://www.om.fi/29887.htm>).

Ovatko nämä toimet sitten tehokkaita, mitä niillä saavutetaan ja millä hinnalla? Tämäkään ohjelma ei sisällä erillistä panostusta tutkimuksen ja seurannan järjestämiseksi. Useista ohjelman keinoista on kuitenkin kansainvälistä tutkimustietoa. Sen sanoma rikosoikeudellisten keinojen ja sosiaaliprevention menetelmien keskinäisestä kustannustehokkuudesta on yksiselitteinen: Etenkin lasten ja nuorten häiriökäyttäytymiseen varhaisessa vaiheessa puuttuvat sosiaaliprevention ohjelmat ovat olennaisesti perinteistä rikosoikeusjärjestelmää tehokkaampia, ja ne myös ylittävät kustannustehokkuudeltaan moninkertaisesti toistaiseksi tutkitut rangaistusjärjestelmän kokeilut.²³

Kriminaalipolitiikan strategioiden kustannustehokkuutta on tutkittu verraten lyhyen aikaa. Ensimmäiset alan tutkimukset julkaistiin Yhdysvalloissa 1990-luvun puolenvälissä. Sitten voimakkaasti kasvavan ekonometrisen vaikuttavuustutkimuksen merkittävimmät analyysit on julkaissut Washingtonin osavaltion oikeuspoliittinen tutkimuslaitos (Washington State Institute for Public Policy), joka yhdistää perinteisiin vaikuttavuutta mittaaviin meta-analyysihin ekonometrisen analyysin toimenpiteiden kustannuksista ja saaduista hyödyistä.²⁴ Tuloksia voi illustroida suppealla otoksella vuoden 2001 raportista. Taulukko kertoo tutkittujen ohjelmien keskimääräisen vaikutusasteen (kerroin voidaan kääntää karkeasti onnistumisprosentiksi, esim. uusimisen alenemisena). Toinen sarake kertoo nettohinnan (USD) paljonko ohjelma maksaa nuorta kohden. Kolmas sarake (nettohyöty) kertoo yhteiskunnan säästöt uhrin kustannukset pois lukien ja neljäs sisällyttää näin laskettuun nettohyötyyn myös alentuneina uhrikokemuksina saavutetut edut.²⁵

²³ Lapsiin ja nuoriin kohdistettavien varhaisen puuttumisen ohjelmista ja niiden toimivuudesta löytyy perinpohjaiset ja ajantasaiset esitykset mm. teoksista Farrington – Coid (2003) sekä Ferrer-Wreder et al (2004). Vakavamman nuorisoväkivallan taustoja ja puuttumiskeinoja esittelevistä teoksista perinpohjaisin on edelleen Loeber – Farrington 1998.

²⁴ Ks. esim. Aos et al 2001 ja sama 2005. Tutkimuksen metodiikasta sekä hyötyjen ja haittojen mittareista löytyy 120-sivuinen esittely osoitteesta <http://www.wsipp.wa.gov/rptfiles/04-07-3901a.pdf>. Meta-analyysihin sisällytettyjen tutkimusten 134-sivuinen lista on osoitteessa <http://www.wsipp.wa.gov/rptfiles/04-07-3901b.pdf>. Sosiaaliprevention toimivuutta mittaava perusraportti (Aos et al 2001) löytyy osoitteesta <http://www.wsipp.wa.gov/rptfiles/costbenefit.pdf>. Aineiston läpikäyminen auttaa ymmärtämään miksi tämänlaatuista tutkimusta ei tehdä sen enempää Suomessa kuin muissakaan pohjoismaissa (meiltä esim. puuttuu jo se perusmateriaali, jonka varaan meta-analyysit voitaisiin rakentaa).

²⁵ Tutkimuksen mittaristoa tarkastellessa kiinnittyy huomio myös ohjelmilla saavutettavien hyötyjen laajaan määrittelyyn. Hyödyiksi arvioitiin rikollisuuden alenemisen ohella päihteiden käytön väheneminen, koulutus- ja oppimistulosten tehostuminen, teiniraskauksien ja itsemurhayritysten aleneminen sekä lasten pahoinpitelyjen (child abuse) ja koti/parisuhdeväkivallan väheneminen. Mittariston sosiaalista orientaatiota hämmästelevälle voi olla tarpeen muistuttaa, että Washingtonin osavaltio sijaitsee länsirannikolla Kanadan rajan tuntumassa, Washingtonin kaupunki ("the other" Washington) taas itärannikon tuntumassa.

	Vaikutus (kerroin)	Nettohinta /asiakas	Nettohyöty /asiakas	Kokonaishyöty (uhrit ml.)/as.
Yksinhuoltajaäitien hoito ja neuvontatuki	-0,29	7 000	2 000	15 000
Monitoimitterapia (MST)	-0,31	5 000	32 000	132 000
Diversioprojekti	-0,27	1 100	6 000	27 000
Intensiivivalvonta vankilan vaihtoehtona	0,00	-18 000	19 000	19 000
Peloteltu kunnolliseksi	+0,13	50	-7 000	-25 000
Kovan kurin vankilat	+0,10	-15 000	10 000	-4 000

Taulukon ohjelmista tehokkain (-0.31) oli monitoimitterapia jonka kokonaishyöty oli myös selvästi korkein. Intensiivivalvonta vankilan vaihtoehtona ei vaikuttanut itse rikoskäyttäytymiseen (0.00), mutta ohjelma säästi kuitenkin vankilakustannuksissa, mikä johti 19 000 laskennalliseen hyötyyn/rikosentekijä. Sen sijaan kovan kurin vankiloiden (Boot Camps) ja ”peloteltu kunnolliseksi” ohjelmien todettiin lisäävän uusimista. Kovan kurin vankilat kuitenkin lyhentävät vankila-aikaa, mistä koituu yhteiskunnalle säästöjä. Kokonaissaldo jäi molemmissa kuitenkin miinuksen puolelle.²⁶

LOPUKSI

Kirjoituksen alkuosan havaintojen edessä on vaikea välttyä päätelmältä, että 1990-luvun lopun mediajulkisuudessa näkyvästi etsitty kriminaalipolitiikan linjanmuutos saatiin kuin saatiinkin aikaiseksi. Kirjoituksen jälkiosassa herätellään pohdintoja siitä, kuinka järkevä ja perusteltu tämän muutos mahtaa olla. Mutta vielä jää mietittäväksi mistä muutos pohjimmiltaan kertoo. Myös tätä koskevat huomautukset joudutaan tiivistämään lyhimpään mahdolliseen (ks. seuraavan johdosta myös Lappi-Seppälä 2003).

Vaikka uuden linjan etsintä olisikin pienessä maassa helposti personifioitavissa muutamaan keskustelijaan ja yksittäisiin medioihin, olisi kriminaalipoliittisten muutosten redusointi yksittäisten toimijoiden aikaansaannoksiksi liian helppoa (siihen katsomatta mihin suuntaan muutokset ovat kulloinkin vieneet). Populististen piirteiden sisääntulo ja kriminaalipolitiikan politisoituminen sekä erityisesti väkivalta- ja seksuaalirikosten rangaistuskäytäntöjen tiukentuminen ovat kansainvälisiä ilmiöitä. Samat angloamerikkalaisesta oikeuskulttuurista

²⁶ Ks. tarkemmin Aos et al 2001 ja hieman toisenlaista esitystekniikkaa soveltaneesta myöhemmästä raportista Aos et al 2005. Uusia analyyseja julkaistaan jatkuvasti laitoksen kotisivulla <http://www.wsipp.wa.gov/>.

lähteneet trendit olivat näkyvillä jo pitkään. Oli jossain määrin ajan kysymys, milloin ne tulevat Suomeen – ja missä muodossa.

Poliittisen liikkeen levinneisyys ei vielä kerro sen moraalisesta/poliittisesta arvosta eikä sellaisenaan tee siitä kannatettavaa. Suomalainen kriminaalipolitiikka ei muutu sisällöltään välttämättä yhtään sen viisaammaksi, jos se omaksuu ratkaisumalleja muista maista vain sen vuoksi, että ”näin tehdään muuallakin”. Pohjoismainen yhteiskuntamalli on useilla elämänalueille koettu itsessään arvokkaaksi ja vertailun kestäväksi. Kansainväliset vertailut ja hyvinvointikatsaukset piirtävät johdonmukaisen myönteisen kuvan pohjoismaisen mallin taloudellisista, sosiaalisista ja moraalista ominaisuuksista (ks. esim. Lijphart 1999). Pohjoismaat ovat kärjessä, oli mitattavana sitten elämisen laatu, koettu turvallisuus, tyytyväisyys elämään ja luottamus toisiin ihmisiin ja yhteiskunnan instituutioihin, kilpailukykyyn tai korruption vähäisyys.²⁷ Emme myöskään lähde mielellämme muuttamaan esim. kansanterveystyön linjaa taikka koulutus- tai sosiaalipolitiikan suuntaa muista maista kantautuvien hajatietojen perusteella.

Saman soisi koskevan pohjoismaista kriminaalipolitiikkaa ja sen keskeisiä sosiaalipoliittisia lähtökohtia, joihin kuuluvat mm. rikollisuuden sosiaalisen kasvuperustan tunnistaminen yhdistyneenä hyvinvointipalvelujen ja sosiaalisten turvaverkkojen ylläpitoon ja vahvistamiseen, sekä laajapohjainen ja verkottunut rikosentorjuntatyö painopisteinään sosiaalinen ja tilanteellinen rikosentorjunta. Ja saman soisi pätevän myös rikosoikeudelliseen järjestelmään, jossa seuraamusten kehittämistavoitteina on ollut yhdyskuntaseuraamusten aseman vahvistaminen ja rikosoikeuspolitiikan yleisenä arvolähtökohtana kaikkien prosessin osapuolten perusoikeuksista ja oikeusturvasta huolehtiminen.

Käytännössä tämän linjan seuraaminen on merkinnyt kykyä ja halua välttää tarpeetonta vankilan käyttöä. Tässä kriminaalipolitiikan sisällön ja eri yhteiskuntamallien vertailu saattaisi tuoda näkyviin yleisemmältäkkin kannalta kiintoisia yhteyksiä. Ne osoittaisivat, kuinka maltilliseen rangaistustasoon yhdistyy keskimääräistä tasaisempi tulonjako, vahva panostus sosiaalisiin tulonsiirtoihin, korkeaksi koettu turvallisuus sekä yleinen tyytyväisyys omaan elämään, yhteiskunnan perustituutioihin ja demokratian toimivuuteen. Sosiaalinen pääoma ja luottamus sekä alhainen rikosoikeudellinen repressio kulkevat käsi kädessä. Luottamus oikeusjärjestykseen, poliisiin, parlamenttiin ja toisiin ihmisiin on systemaattisesti korkealla tasolla maissa, joissa on vähän vankeja.²⁸

²⁷ Ks. esim. European Social Survey 2005 <http://ess.nsd.uib.no> sekä <http://www.weforum.org/>.

²⁸ Tilastolliset yhteydet eivät tunnetusti kerro syy-seuraussuhteista. Toisaalta esim. Downes – Hansen 2005 ovat kyenneet paikantamaan kausaaliiteettihypoteesia tukevia muutoksia sosiaalimeinojen ja repression tason välillä. Yhteyksiä tarkastellaan lähemmin kirjoituksessa Lappi-Seppälä 2006. Ks. myös demokratiamallin ja kriminaalipolitiikan yhteyksistä Lijphart 1999 sekä Green 2004.

Näiden havaintojen uskoisi kiinnostavan niitä, jotka vaativat rangaistusten koventamista vedoten oikeusjärjestyksen legitimitettiin ja demokratian toimivuuteen. On vaikea löytää empiiristä tukea päätelmälle, että juuri legitimitetti ja demokratia-arvojen kunnioitus vaatisivat rangaistusten ankaroittamista ja vankilukujen nostamista, kun eri maissa toteutetut laajat väestöhaastattelut kertovat johdonmukaisesti luottamuksen oikeusjärjestykseen ja demokratian toimivuuteen olevan vahvassa ja käänteisessä suhteessa vankilukuun ja repression tasoon. Huomiot vahvan legitimitetin ja rangaistusten lievyyden yhteyksistä antavat myös perusteen ennustaa, etteivät poliittiset yritykset vahvistaa poliittisen vallan perusteita ja politiikan uskottavuutta rikoslakeja ankaroittamalla tule tuottamaan sanottavaa tulosta.

Viime kädessä nämä havainnot antavat aiheen pitää kiinni – myös kansainvälistyvässä maailmassa – perinteisen pohjoismaisen kriminaalipolitiikan perussanomasta: Hyvinvointiyhteiskunnan ylläpitäminen ja vahvistaminen on parasta kriminaalipolitiikkaa. On vaikea keksiä banaalimpaa tapaa toteuttaa globalisointiohjelmaa kuin vaatia ”yhtenäisyyden nimissä” rangaistusten korottamista ”eurooppalaiselle tasolle”. Meillä on mitä painavimmat perusteet panostaa – Raimo Lahden suositamin tavoin (Lahti 2000) – käytännön toimiin hyväksi havaitun pohjoismaisen yhteiskuntamallin ja sen heijastaman kriminaalipoliittisen ajattelun levittämiseksi laajenevilla kansainvälisillä forumeilla.

LÄHTEET

- Aos, Steve – Lieb, Roxanne – Mayfield, Jim – Miller, Marna – Pennucci, Annie 2004
Benefits and Costs of Prevention and Early Intervention Programs for Youth. Olympia: Washington State Institute for Public Policy 2004.
- Aos, Steve – Phipps, P. – Barnoski, R. – Lieb, R. 2001
The Comparative Costs and Benefits of Programs to Reduce Crime. Washington State Institute for Public Policy, <http://www.wsipp.wa.gov>.
- Axberger, Hans-Gunnar 1996
”Det allmänna rättsmedvetandet”. Stockholm: Brottsförebyggande rådet 1996.
- Beckett, Katherine 1997
Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics. New York: Oxford University Press 1997.
- Caplow, Theodore – Simon, Jonathan 2004
 ”Understanding Prison Policy and Population Trends”. Teoksessa *Prisons*, edited by M. Tonry – J. Petersilia. Vol. 26, 63–120. The University of Chicago Press 2004.
- Christie, Nils 1965
 ”Changes in Penal Values.” *Scandinavian Studies in Criminology* 2, 161–172. Oslo 1968.
- Doob, Anthony N. – Webster, Cheryl Marie 2003
 ”Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis.” Teoksessa *Crime and Justice. A Review of Research*, edited by M. Tonry. Vol. 30, 143–195. The University of Chicago Press 2003.

Downes, David – Hansen, Kristine 2004

”Welfare and Punishment in Comparative Perspective”. Teoksessa *Perspectives on Punishment: The Contours of Control*, edited by Armstrong – McAra. Oxford University Press (forthcoming).

Farrington, David P. – Coid, Jeremy W. (eds) 2003

Early Prevention of Adult Antisocial Behaviour. Cambridge University Press 2003.

Ferrer-Wreder, Laura – Stattin, Håkan – Lorente, Carolyn Cass – Tubman, Jonathan G. – Adamson, Lena 2004

Successful Prevention and Youth Development Programs. Across Borders. New York: Kluwer Academic / Plenum Publishers 2004.

Garland, David 2001

The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society. The University of Chicago Press 2001.

Garland, David (ed.) 2001a

Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences. London: Sage Publications 2001.

Green, David 2004

”Repairing Damaged Democracy? Toward an improved model of public consultation in penal policy making”. ASC Paper Draft. Nashville 19.11.2004.

Hannula, Ilari 2004

Rikosoikeudellinen järjestelmä kriisissä. Tutkimus kansalaissodan ja 1930-luvun alun kriisin vaikutuksesta vankilukuun, rikoslainsäädäntöön ja oikeudenkäyttöön. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 251. Vammala 2004.

Heiskanen, Markku – Sirén, Reino – Aromaa, Kauko 2004

Suomalaisten turvallisuus 2003. Vuoden 2003 haastattelututkimuksen ennakkotietoja suomalaisten tapaturmien ja rikosten kohteeksi joutumisesta ja pelosta. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 58. Poliisiammattikorkeakoulun tiedotteita 29. Helsinki 2004

von Hofer, Hanns 2003

”Prison populations as Political Constructs: The Case of Finland, Holland and Sweden”. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* 4:21–38, 2003.

Kivivuori, Janne (2005)

”Nuoret rikosten tekijöinä, uhreina ja kontrollin kohteina 1995–2004.” Teoksessa Janne Kivivuori – Venla Salmi: *Nuorten rikoskäyttäytyminen 1995–2004*. Teemana sosiaalinen pääoma. OPTL:n julkaisuja 214, Helsinki.

Kutschinsky, Berl 1970

Den almindelige retsbevidsthed. Stockholm: Almqvist – Wiksell Förlag AB 1970.

Lahti, Raimo 2000

”Towards a Rational and Humane Criminal Policy – Trends in Scandinavian Penal Thinking.” *Journal of Scandinavian Studies in Crime Prevention*. Vol 1/2000, 141–155.

Lahti, Raimo – Lappi-Seppälä, Tapio (toim.) 2003

Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII. Pekka Koskiselle 1.1.2003 omistettu. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 237. Vammala 2003.

Lappi-Seppälä, Tapio 1995

”General Prevention – Hypotheses and Empirical evidence.” Teoksessa *Ideologi og Empiri i Kriminologien*. Rapport fra NSfKs 37. Forskerseminar, Rusthållargården, Arild, Sverige 1995, 136–159. Nordisk Samarbejdsråd for Kriminologi.

Lappi-Seppälä, Tapio 2000

Rikosten seuraamukset. Werner Söderström Lakitieto Oy 2000.

- Lappi-Seppälä, Tapio 2001
 "Sentencing and Punishment in Finland: The Decline of the Repressive Ideal". Teoksessa *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, edited by M. Tonry and R. Frase. New York: Oxford University Press 2001.
- Lappi-Seppälä, Tapio 2002
Yleisökäsitykset ja vuoden 1999 sakkouudistus. Haastattelututkimus väestön sakkojärjestelmää ja liikennesakkoja koskevista käsityksistä vuosina 1999–2001. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 195. Helsinki.
- Lappi-Seppälä, Tapio 2003
 "Muuttuuko kriminaalipolitiikka – ja mihin suuntaan?" Teoksessa *Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII*. Pekka Koskiselle 1.1.2003 omistettu (toim. Raimo Lahti – Tapio Lappi-Seppälä), 155–180.
- Lappi-Seppälä, Tapio 2003
 "Syyntakeisuussäännösten soveltamiskäytäntöjen tutkimisesta." Juhlajulkaisu Eero Backman 2005.
- Lappi-Seppälä, Tapio 2006
 "Penal Policy in Scandinavia". Teoksessa *Crime and Justice. A Review of Research*, edited by M. Tonry. Vol. 36. The University of Chicago Press. Ilmestyy 2006.
- Lehti, Martti – Kivivuori, Janne 2005
 "Kuolemaan johtanut väkivalta." *Rikollisuustilanne 2004* s. 11–40. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 215. Helsinki 2005.
- Lewis, Chris 2004
 "Trends in crime, victimization and punishment". Teoksessa *Alternatives to Prison*, edited by A. Bottoms – S. Rex – G. Robinson. Willan Publishing 2004.
- Lijphart, Arend 1999
Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries. Yale University Press 1999.
- Lindén, Per – Similä, Matti 1982
 Rättsmedvetandet i Sverige. Brå-Rapport 1982:1. Stockholm.
- Loeber, Rolf – Farrington, David P. (eds) 1998
Serious – Violent Juvenile Offenders. Risk Factors and Successful Interventions. California: Sage Publications 1998.
- Matravers, Matt (ed.) 2005
Managing Modernity. Politics and the Culture of Control. Routledge, Taylor – Francis Group 2005.
- Pratt, John 2002
Punishment – Civilization. Penal Tolerance and Intolerance in Modern Society. London: Sage Publications 2002.
- Pratt, John – Brown, David – Brown, Mark – Hallsworth, Simon – Morrison, Wayne 2005
The New Punitiveness. Trends, theories, perspectives. Willan Publishing 2005.
- Roberts, Julian V. – Hough, Mike (eds) 2002
Changing Attitudes to Punishment. Public opinion, crime and justice. Willan Publishing 2002.
- Roberts, Julian V. – Stalans, Loretta J. – Indermaur, David – Hough, Mike 2003
Penal Populism and Public Opinion. Lessons from five countries. Oxford: Oxford University Press 2003.
- Ryan, Mick 2003
Penal Policy and Political Culture in England and Wales. Four Essays on Policy and Process. Waterside Press 2003.

Sirén, Reino 2000

Pahoinpitelyrikollisuus 1950–1997. Kehityspiirteitä ja kehitystä selittäviä tekijöitä. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 169. Helsinki 2000.

Sirén, Reino – Honkatukia, Päivi 2005

Suomalaiset väkivallan uhreina. Tuloksia 1980–2003 kansallisista uhrihaastattelututkimuksista. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 216. Helsinki 2005.

Sirén, Reino – Tuominen, Martti 2003

Pahoinpitelyrikokset 1995 ja 1999. Miten poliisi kontrolliviranomaisena reagoi lainmuutokseen? Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 197. Helsinki 2003.

Taloustutkimus 1996. Oikeustutkimus. Valitut Palat. Tammikuu 1996.

Tonry, Michael (ed.) 2001

Penal Reform in Overcrowded Times. New York: Oxford University Press 2001.

Tonry, Michael 2004

Thinking about Crime. Sense and sensibilities in American penal culture. Oxford University Press 2004.

Tonry, Michael – Frase, Richard S. (eds) 2001

Sentencing and Sanctions in Western Countries. New York: Oxford University Press 2001.

Tyler, Tom R. 2003

”Procedural Justice, Legitimacy, and the Effective Rule of Law.” Teoksessa *Crime and Justice. A Review of Research*, edited by M. Tonry. Vol. 30, 283–357. The University of Chicago Press 2003.

Törnudd, Patrik. 1993

Fifteen Years of Decreasing Prisoner Rates in Finland. National Research Institute of Legal Policy. Research Communication 8/1993.

Walker, Nigel – Hough, Mike (eds) 1988

Public Attitudes to Sentencing. Surveys from Five Countries. Cambridge Studies in Criminology LIX. Gower 1988.

Walmsley, Roy 2002

World Prison Population List (third edition). Home Office. Research Findings 166/2002.

Walmsley, Roy 2005

World Prison Population List (sixth edition). International Centre for Prison Studies. Kings College London. 2005.

.....

Lasse Lehtonen

Suostumusoikeudet ja ihmiskudoksen käyttö

TAUSTAA

Potilaan hoitotoimenpiteeseen antama suostumus on lääketieteellisen hoidon suorittamisen juridinen oikeutus. Potilaan suostumuksen periaate on kirjattu lakiin potilaan asemasta ja oikeuksista (785/1992), jonka 6 § edellyttää, että potilasta tulee hoitaa yhteisymmärryksessä hänen kanssaan. Lääkintäoikeudellisen suostumusopin kehittymisen taustalla Suomessa on Inkeri Anttilan 1940-luvun lopulla esittämä rikosoikeudellinen malli *loukatun suostumuksesta* muutoin oikeudenvastaisen teon oikeuttamisperusteena¹. Ajatusmallin mukaan kirurgin tekemä veitsenpisto leikkauksen yhteydessä ei loukatun toimenpiteeseen antaman suostumuksen vuoksi ole rangaistava, vaikka veitsellä pistäminen sitä yleensä on. Muita vastaavia oikeuttamisperusteita ovat hätävarjelu, pakkotila tai ns. toimintalupa, joka voi yhteiskunnassa olla jotain yhteisön kannalta tärkeää asiaa toimittavilla². Professori Raimo Lahti on 1970-luvulta lähtien monissa julkaisuissa tutkimuksissaan käsitellyt yksityiskohtaisesti potilaan suostumuksen edellyttämisen oikeusperusteita³. Perustuslakimme perusoikeussäännökset ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset edellyttävät, että potilaan itsemääräämisoikeutta ja ihmisarvoa kunnioitetaan hoitotilanteessa⁴.

¹ Inkeri Anttila: Loukatun suostumus oikeudenvastaisuuden poistavana perusteena. Vammala 1946, s. 172–181.

² Esim. hälytysajoneuvo voi toimintaluvan perusteella ajaa ylinopeutta ilman, että teko on rangaistava, vaikka hälytys osoittautuisi vääräksikin. Yksittäisen henkilön toteuttaman pelastustoiminnan yhteydessä suorittamien muutoin rangaistavien tekojen sallittavuus perustuu sen sijaan pakkotilaan tai hätävarjeluun. Ks. esim. HelHo 1989:13.

³ Esimerkiksi seuraavat artikkelit: Raimo Lahti: Potilaalta hoitotoimenpiteeseen hankittavan suostumuksen oikeudellista arviointia. Teoksessa: Rikosoikeudellisia kirjoitelmia III, Niilo Kulervo Salovaaralle 13.10.1972 omistettu. Vammala 1972; Lausunto potilaan hoitotoimenpidettä koskevan tahdonilmaisun merkityksestä yleensä ja erityisesti eräässä lääkintöhallituksen käsiteltävänä olleessa kantelussa tarkoitettussa tapauksessa 17.10.1974. Teoksessa: Rikosoikeudellisia lausuntoja, s. 114–122. Turku 1977; Esitelmä aiheesta ”Potilaan suostumus hoitotoimenpiteeseen”. Pidetty Lakimiesliiton koulutuskeskuksen Suomen Lääkäriliiton myötävaikutuksella järjestämässä koulutustilaisuudessa ”Oikeusturva terveydenhuollossa” 24.4.1975. Teoksessa: Rikosoikeudellisia lausuntoja, s. 138–161. Turku 1977.

⁴ Jokaisen henkilökohtainen vapaus ja yksityiselämän suoja on turvattu perustuslain 7 ja 10 §:ssä. Näillä perusoikeussäännöksillä tulee olla keskeinen merkitys tulkittaessa terveydenhoitolainsäädännön aineellisten hoitoon pääsyä ja hoidon toteuttamista koskevien normien sisältöä.

Loukatun suostumus ja henkilön itsemääräämisoikeus ovat kuitenkin kovin eri asioita kuvaavia ja erilaajuisia käsitteitä: Klassisen suostumusopin taustalla on lähtökohtaisesti ollut pyrkimys oikeuttamisperusteen löytämiseen yksittäiselle ja sinänsä oikeudenmukaiseksi koetulle teolle (potilaan hoitaminen)⁵. Henkilön itsemääräämisoikeus voidaan sen sijaan nähdä hyvin laaja-alaisena persoonallisuusoikeutena, joka olemassaolo on muiden vapausoikeuksien käyttämisen perustana⁶. Potilaan itsemääräämisoikeuden ulottuvuus on viime vuosina laajentunut koskemaan paitsi varsinaista päätöksentekoa hoidon toteuttamisesta, myös potilastietojen tai ihmisperäisen näyttemateriaalin käyttöä⁷. Osana Euroopan neuvoston biolääketiedettä koskevan yleissopimuksen (ns. bioetiikkasopimus) voimaan saattamista Suomessa uudistettiin v. 2001 ihmiskudoksen käyttöä koskevaa lainsäädäntöä⁸. Uuden lainsäädännön vaatimuksena on mm., että kudoksenäytteen käyttötarkoituksen muutos edellyttää lähtökohtaisesti sen luovuttajan suostumusta.

Vaikka suostumuksen edellyttäminen ihmisestä irrotetun materiaalin myöhemmälle käytölle tuntuu ensi alkuun hyvältä järjestelyltä, johtaa kudoksenäytteiden ja muun irrotetun ihmisperäisen materiaalin näkeminen ihmisen osina, joiden käytöstä kudoksen luovuttaja voi edelleen päättää, monenlaisiin käytännön vaikeuksiin. Terveystieteiden toimintayksiköissä säilytetään jopa satojentuhansien potilaiden näytteitä, ja kudoksenäytetarkistoa on perinteisesti hallinnoitu sairaalan potilasarkiston erillisenä osana, vaikkei solu-, kudosis- ja elinnäytteitä sinänsä pidetä potilasasiakirjoina⁹. Toisaalta julkisuuslain 5 §:n mukainen asiakirjakäsitys on sisällöltään varsin laaja¹⁰. Potilasarkiston tutkimuskäyttöä säätelee

⁵ Raimo Lahti: Lääkintätoimi ja rikosoikeus. Teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoitelmia, Sylvi Inkeri Anttilalle 29.11.1986 omistettu. Vammala 1986, s. 125–138.

⁶ Ahti Saarenpää: Potilas – oikeus – potilasoikeus. Teoksessa: Potilaan asema ja oikeudet (toim. Eila Sundman), Tampere 2000, s. 21–39. Saarenpää erottelee itsemääräämisoikeudessa neljä osaa: 1) oikeus sisäiseen vapauteen; 2) oikeus ulkoiseen vapauteen; 3) oikeus kompetenssiin; 4) oikeus valtaan.

⁷ Potilaan tiedollinen itsemääräämisoikeus on lainsäädännössä vahvistettu mm. potilaslain 13 §:ssä sekä erikoissairaanhoidon 13 §:ssä, joissa edellytetään potilaan suostumusta häntä koskevien sairaskertomustietojen käytölle myös terveydenhuollon sisällä.

⁸ HE 93/200 vp laiksi ihmisen elimien ja kudoksien lääketieteellisestä käytöstä.

⁹ Sosiaali- ja terveysministeriö: Potilasasiakirjojen laatiminen sekä niiden ja muun hoitoon liittyvän materiaalin säilyttäminen, STM:n oppaia 2001:3, s. 13 ja 55.

¹⁰ Yleisten asiakirjain julkisuudesta annetun lain aikana korkein hallinto-oikeus tulkitsi asiakirjakäsitettä potilasasiakirjojen osalta (KHO 1971 II 17 ja KHO 1971 II 30). Asiakirjakäsitteen piiriin on luettiin mm. sairauskertomuksen kansilehti, lisälehti, status praesens, hoitotaulukko, erilaiset tutkimuslomakkeet, yleistarkkailulomakkeet, yleistarkkailulehdet ja yhteenvedot. Hallituksen esityksessä eduskunnalle laiksi viranomaisen toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi (HE 30/1998 vp) todetaan mm., että asiakirjaan rinnastetaan tekniset tallenteet. Niillä tarkoitetaan magnetoimalla tai muulla näihin verrattavalla tavalla aikaansaattua tallennetta, joka on tarkoitettu luettavaksi, kuunneltavaksi tai muuten ymmärrettäväksi teknisin apuvälinein. Ehdotuksessa on luovuttu teknisen tallenteen käsitteestä. Sääntely on pyritty tekemään mahdollisimman välinen-

lähtökohtaisesti laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta. Julkisuuslain 28 § mahdollistaa potilasasiakirjojen käytön tutkimustoimintaan viranomaisen luvalla. Kudoslain säätämisen jälkeen on ongelmia ilmennyt erityisesti siinä, missä määrin se terveydenhuollon toimintayksikkö, jonka hallussa kudokset ovat, voi määrätä kudokset myöhemmästä käytöstä, vaikka julkisuuslain perusteella on selvää, että se voi muilta osin antaa luvan potilasasiakirjojen tutkimuskäyttöön. Kudokset halutaan käyttää toimintayksikön sisäisenä vertailumateriaalina (esim. ns. positiiviset näytekontrollit lääketieteellisessä diagnostiikassa), lääketieteellisen tutkimuksen tutkimusmateriaalina sekä ulkopuolisten yritysten kanssa toteutettavissa bioteknologisissa tuotekehityshankkeissa.

Kudosten ja solujen ”inhimillistäminen” edellyttämällä niiden käytölle yhtä lailla potilaan suostumusta kuin muullekin hoidolle hämärtää perinteistä käsitystä siitä, mikä voi olla oikeuksien ja velvollisuuksien kohteena. Anglosaksisessa maailmassa ilmiöstä on käytetty nimeä ”sacralization” eli pyhäinjäännöstäminen¹¹. Tällöin luonteeltaan lähinnä irtaimien esineiden (kudosten) käyttöön halutaan sovellettavaksi samoja sääntöjä kuin varsinaisen potilaan hoitoon. Maailmalla tämä kysymys on myös oikeuspoliittinen, sillä bioteknologian kehityksen tuomat mahdollisuudet hyödyntää geeniperimää tai tuottaa lisääntymiskykyisiä kantasoluja koetaan monen ideologian piirissä uhkana perinteiselle maailmanjärjestykselle¹².

SUOSTUMUSOIKEUDET PERSOONALLISUUS-OIKEUKSINA

Ihmiskudoksen käyttöä koskevat oikeustapaukset ovat keskittyneet käsittelemään kysymystä siitä, ovatko ihmisestä irrotetut elimet, kudokset tai solut ir-

raaliksi, mikä turvaisi säännösten soveltamisen riippumatta siitä, minkälaiselle alustalle ja minkälaisin menetelmin informaatio talletetaan ja millä menetelmillä se saadaan selville. Epäselväksi kuitenkin jää, onko esim. kudokset patologin tarkastelua varten valmistettu näytelasi lain tarkoittama asiakirja. Kirjoittajan käsityksen mukaan ainakin asianosaisjulkisuutta koskevat säännökset saattaisivat kuitenkin tulla sovellettavaksi, mikäli potilas vaatisi tällaista näytelasia itselleen ja esim. haluaisi tutkimustuloksesta toisen patologien asiantuntijalausannon.

¹¹ Bertha Knoppers – Claude Laberge: Research and stored tissues. Persons as sources, samples as persons? Journal of American Medical Association 1995, s. 1806–1807.

¹² U.S. National Bioethics Advisory Commission Genetics Subcommittee 18.9.1997, http://www.georgetown.edu/research/nrcbl/nbac/transcripts/sep97/gen_pt1.pdf. Ks. myös <http://www.catholic-ew.org.uk/faith/living/medicalresearch.htm> sekä Hodges M: http://www.orthodoxresearchinstitute.org/articles/ethics/hodges_stem_cell_research.htm: ”Many influential groups have taken sides in the debate. You can guess where the pro-abortion groups stand (to find a positive justification for abortion is their dream come true!)...The central question in this debate is simple: Is the human embryo a person or a piece of property? If unborn persons are living beings, they have

taimia esineitä, joihin voidaan soveltaa omistusoikeutta koskevia sääntöjä, vai tuleeko niiden käytön osalta ottaa huomioon myös persoonallisuus oikeuksia koskeva sääntely. Kudosnäytteen omistusoikeuteen liittyy oleellisesti kysymys ihmiskudokseen liittyvistä immateriaalioikeuksista eli se, kuka päättää ja kenelle kuuluvat oikeudet kudoksen tai solujen tutkimisen perusteella tehtyyn keksintöön. Tätä kysymystä on käsitelty Euroopassa mm. osana EU:n bioteknologisia keksintöjen patentoitavuutta koskevan direktiivin (98/44) voimaan saattamista. Alankomaiden hallitus eräiden muiden maiden tukemana vaati Euroopan yhteisöjen tuomioistuinta (EYT) kumoamaan ko. direktiivin säännökset mm., koska direktiivi jätti huomioimatta kudoksen luovuttajan suostumuksen edellyttämisen ehtona kudosnäytteen tutkimisen perusteella tehdyn keksinnön patentoitavuudelle¹³. EYT kuitenkin katsoi, että kyseisen direktiivin ei tarvitse sisältää määräyksiä suostumusedellytyksen vaatimisesta bioteknologisen keksinnön patentoitavuudelle, koska tällaisista asioista säädetään muussa lainsäädännössä ja ihmisoikeussopimuksissa. Vastaavan tyyppisiä kysymyksiä kudosnäytteen ja siitä johdettujen immateriaalioikeuksien omistuksesta on ollut esillä myös Yhdysvaltojen oikeusistuimissa¹⁴.

dignity and worth, and they deserve protection under the law from harm and destruction. If, however, unborn persons are a piece of property, then they can be destroyed with the consent of their owner.”

¹³ EU Case C-377/98, *Kingdom of the Netherlands v European Parliament and Council of the European Union*. Kanneperusteena tapauksessa oli mm., se, että ihmisen kehosta eristetty ainesosa voidaan direktiivin 5 artiklan 2 kohdan mukaan patentoida, merkitsee ihmisestä peräisin olevan eloperäisen materiaalin välineellistämistä, joka loukkaa ihmisarvoa. Lisäksi ihmisten itsemääräämisoikeutta saatetaan loukata sillä, ettei direktiivissä ole säännöstä, jonka mukaan olisi tutkittava, onko bioteknologian avulla tuotettujen aineiden luovuttaja tai vastaanottaja antanut suostumuksensa.

EYT totesi tältä osin, että tämä kanneperuste koskee yksilön oikeutta integriteetinsä suojaamiseen siltä osin kuin tämä oikeus kattaa lääketieteen ja biologian alalla luovuttajan ja vastaanottajan oikeuden vapaasti ja asioista riittävästi perillä ollen antaa suostumuksensa. Tähän perusoikeuteen ei voida menestyksekkäästi vedota sellaista direktiiviä vastaan, joka koskee ainoastaan patentin myöntämistä ja jonka soveltamisalaan eivät siis kuulu patentin myöntämistä edeltävät ja sen jälkeiset toimet, onpa kyse tutkimuksesta tai patentoitujen tuotteiden käyttämisestä. Patentin myöntäminen ei vaikuta sellaisiin lakisääteisiin rajoituksiin tai kieltoihin, joita sovelletaan patentoitaviin tuotteisiin liittyvään tutkimukseen tai patentoitujen tuotteiden hyödyntämiseen, kuten direktiivin 14. perustelukappaleessa todetaan. Direktiivin tarkoituksena ei ole se, että direktiivin säännöksiä sovellettaisiin sellaisten rajoittavien säännösten sijasta, joilla turvataan direktiivin soveltamisalaa laajemmin tiettyjen sellaisten eettisten normien noudattaminen, joista yksi on henkilöiden oikeus määrätä itseään koskevista seikoista riittävien tietojen perusteella antamallaan suostumuksella.

¹⁴ *Moore v. Regents of University of California*, 793 P.2d 479 (Cal. 1990). Tapauksessa oli kyse potilaan oikeudesta saada korvausta siitä, että hänen hoitotoimenpiteen yhteydessä poistetusta pernastaan oli eristetty immuunivaihteista proteiinia (lymfokiiniä) tuottava solulinja, mitä proteiinia oli sittemmin alettu tuottaa solulinjan avulla kaupallisiin tarkoituksiin. Potilas väitti Kalifornian osavaltion korkeimmassa oikeudessa, että solujen kaupallinen hyödyntäminen oli tapahtu-

Kudosnäytteen omistukseen perustuva tarkastelutapa ei ole kovin hyvin pystynyt toteuttamaan ihmisoikeussopimusten vaatimusta kudoksen luovuttajan itsemääräämisoikeuden huomioimisesta kudosten jatkokäytöstä päätettäessä. Kudosnäytteen luovuttajan suostumuksen edellyttämistä kudoksen tai siihen liittyvien tietojen hyödyntämiselle ei voikaan pitää perinteisenä esineoikeutena, koska henkilö ei voi tästä oikeudestaan disponoida¹⁵. Kudosnäytteeseen liitetyt persoonallisuusosoikeudet johdetaan näet suoraan ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteesta¹⁶, joka rajoittaa paitsi kudosnäytteen haltijan myös sen luovuttajan toimintavapautta. Euroopan neuvoston bioetiikkasopimuksen 21 artikla kieltää ihmisarvon kunnioittamisen vaatimuksen mukaisesti ihmisen ruumiin ja sen osien taloudellisen hyödyntämisen. Kieltoa ei kuitenkaan ole tarkoitettu koskemaan kudoksen säilömisestä tai käsittelystä perittävää maksua, eikä sen tarkoituksena ole toisaalta kieltää ihmisolujen tai kudosten käyttöä osana lääketieteellistä laitetta (esim. sydänläppäproteesia), kunhan ihmiskudosta ei myydä sellaisenaan¹⁷. Bioetiikkasopimuksen ihmiskudoksen kaupallisen hyödyntämisen kiello ei myöskään koske hävitettäväksi tarkoitettua ihmisperäistä materiaalia, kuten kynsiä tai hiuksia, koska niiden hyödyntämisen ei katsota loukkaavan ihmisarvoa.

Ihmiskudoksen käsittelyn persoonallisuusosoikeudellisessa tarkastelussa joudutaan ääritapauksessa pohtimaan kysymystä siitä, onko pakastimeen varastoitu solujoukko oikeussuojaa nauttiva henkilö¹⁸. Tämä oikeuskysymys on ollut maailmalla esillä ratkaistaessa kysymyksiä ns. koeputkihedelmöitystä varten luotujen ihmisalkioiden hallinnan luovuttamisesta¹⁹. Vaikka jokaisesta varastoidusta ih-

nut ilman hänen suostumustaan. Kalifornian korkein oikeus hylkäsi potilaan vaatimukset mm., koska hän oli antanut kirjallisen suostumuksen pernan poistoa koskevaan toimenpiteeseen, koska hän ei ollut missään vaiheessa hoitonsa aikana vaatinut poistettua kudosta itselleen, koska lainsäädäntö ei Kaliforniassa rajoittanut lääkärin tekemää tutkimustyötä ihmiskudoksilla ja koska kehittäjien solulinjan identifioimiseen ja eristämiseen kohdistama työpanos edusti sellaista investointia, jota potilas ei missään tapauksessa olisi voinut omin avuin tehdä. Oikeudenkäyntihetkellä keksinnön kaupalliseksi arvoksi arvioitiin n. 3 miljardia USD.

¹⁵ Kudosnäytteen luovuttaja ei siis voi rahallista korvausta vastaan pysyvästi luovuttaa määräämisoikeuttaan omiin elimiinsä tai soluihinsa.

¹⁶ Liisa Nieminen: Ihmisarvon loukkaamattomuus perus- ja ihmisoikeussuojan lähtökohtana. Lakimies 2005, s. 49–78.

¹⁷ Convention for the protection of Human Rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS no. 164), Explanatory Report, paragraph 132.

¹⁸ Tällainen tarkastelu kuuluu klassiseen oikeussubjektiooppiin. Ks. Ahti Saarenpää: Personrätt – integritetsrätt. Teoksessa: Finlands civil- och handelsrätt. En introduktion (toim. Johan Bärlund – Frey Nybergh – Katarina Petrell), Helsinki 2000.

¹⁹ Englannin oikeuden osalta ks. Hadley v Midland Fertility Services Ltd and Others [2003] EWHC 2161 (Fam), Yhdysvaltojen osalta esim. J.B. v. M.B. and C.C., 331 N.J. Super. 223 (2000) ja Kass v. Kass, 91 N.Y.2d 554, 696 N.E.2d 174, 673 N.Y.S.2d 350 (N.Y. 1998).

missolusta ei nykyisen bioteknologian keinoin voida kloonata uutta yksilöä, eivät pelot geneettisen informaation väärinkäytöstä ole aivan aiheettomia. Pakastetun alkion juridisen suojaamisen taas tekee epäjohtonmukaiseksi se, että Suomen lainsäädäntö toisaalla sallii raskauden keskeyttämisen ja sikiön tuhoamisen tiettyyn raskauden vaiheeseen saakka. Olisi juridisesti ja moraalisesti vaikeasti perusteltavissa antaa suurempaa suojaa irralliselle kudoksenäytteelle kuin äitinsä kohdussa olevalle sikiölle. Edellisen tapaisen analogiapäätelyn perustella on kuitenkin ilmeistä, että erityisesti Yhdysvalloissa ja Euroopan katollisissa maissa kudosten ”pyhäinjäännöstämistä” ajavat tahot näkevät kudoksenäytteiden suojaa koskevan keskustelun osana abortinvastaista agendaansa: määrittämällä pakastetut embryot tai ihmisen multipotentit kantasolut persoonallisuusoikeuksien suojaa nauttiviksi kohteiksi voidaan edistää ajatusta siitä, että sikiölle tulisi antaa samanlainen suoja ja aborttioikeus kokonaan kieltää. Jos toisaalta mitä solulinjaa hyvänsä voidaan käyttää uuden inhimillisen elämän tuottamiseen tai ihmisperimän muuttamisen, tulisi solujen käyttöä koskevien rajoitusten koskea kaikkea ihmisperäistä materiaalia.

Kudoksenäytteen käyttöä koskevat rajoitukset eivät edellisen perusteella ole luontevasti perusteltavissa näytteen luovuttajan näytteeseen kohdistuvilla esineoikeuksilla, vaan *suostumusoikeudet* tulee nähdä osana persoonallisuusoikeuksia²⁰. Suostumusoikeudet ovat omalajisensa persoonallisuusoikeuksien tyyppi, jonka olemassaolo johdetaan suoraan ihmisoikeussopimusten edellyttämästä ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteesta.

SUOSTUMUSOIKEUDET SUOMEN LÄÄKINTÄLAINSÄÄDÄNNÖSSÄ

Suostumusoikeudet ovat erittäin tyypillisiä lääkintäoikeudelliselle lainsäädännölle. Vaikka vielä 1980-luvulla oli epäselvää, mihin kaikkeen potilaan suostumusta hoidon yhteydessä tarvitaan²¹, on suostumuksen edellyttämistä koskevia nimenomaisia säädöksiä 1990-luvulta lähtien otettu useisiin potilaan hoitoa koskeviin lainsäädännöksiimme. Vaatimuksia suostumuksen hankkimisesta on kuitenkin liitetty myös muuhun yksityiselämän suojaa koskevaan lainsäädäntöön (esim. henkilötietolakiin ja julkisuuslain salassapitosäännöksistä poikkeamiseen)²².

²⁰ Ahti Saarenpää: Potilas, oikeus, ihminen – näkökohtia itsemääräämisoikeutemme suojasta. Oikeustiede – Jurisprudentia XXX: 1997. Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937 – 14/5 – 1997, s. 265–278.

²¹ Lasse Lehtonen: Om vård som sker utan samtycke av patienten och utan särskild rättsgrund. JFT 1985:3; s. 273–316.

²² Lasse Lehtonen: Potilaan yksityisyyden suoja. Helsinki 2001, s. 340–350.

Kudosnäytteiden käyttöä koskevien suostumusoikeuksien osalta keskeisiä säännöksiä ovat laki potilaan asemasta ja oikeuksista (potilaslaki), laki lääketieteellisestä tutkimuksesta (tutkimuslaki), laki ihmisen kudosten ja elinten lääketieteellisestä käytöstä (kudoslaki) sekä henkilötietolaki.

Perussäännös potilaan suostumuksen edellyttämisestä hoidon toteuttamisen yhteydessä sisältyy potilaslain 6 §:ään, jonka mukaan potilasta on hoidettava yhteisymmärryksessä hänen kanssaan. Täysivaltaisen potilaan oikeus kieltäytyä tarjotusta hoidosta on saman säädöksen perusteella selvä, sillä potilaan kieltäytyessä hoidosta häntä on mahdollisuuksien mukaan hoidettava muulla lääketieteellisesti hyväksyttävällä tavalla. Potilaalla on mahdollisuus mm. kieltäytyä näytteenotosta ja siten estää solujen tai kudosten irrottaminen. Näytteenotto on useimmissa tapauksissa tarpeellista potilaan tutkimusta tai hoitoa varten, joten potilaalle aiheutuisi haittaa, mikäli hän rajoittaisi tätä toimintaa, eikä potilaan asettama näytteenottokiello yleensä tulekaan kyseeseen keinona estää kudosnäytteiden myöhempää käyttöä. Potilaalla on uuden lainsäädäntömme mukaan mahdollisuuksia vaikuttaa kudosnäytteiden käyttöön näytteenoton jälkeenkin. Kudoslain 20 §:n mukaan potilaan tutkimista tai hoitoa varten otettujen kudosnäytteiden käyttötarkoituksen muuttaminen edellyttää pääsääntöisesti potilaan suostumusta. Kudoslain 20 § koskee myös (diagnostista) tutkimusta tai potilaan hoitoa varten otettujen näytteiden käyttöä myöhempään lääketieteelliseen tutkimukseen. Tutkimuslain 6 § edellyttää puolestaan, että ihmiseen kohdistuvaa lääketieteellistä tutkimusta ei saa suorittaa ilman tutkittavan kirjallista, tietoon perustuvaa suostumusta. Niinpä erillistä suostumusta edellytetään (eri lakeihin kirjattujen vaatimusten perustella) sekä kudosnäytteen ottoon, hoitoa varten otetun kudosnäytteen käyttötarkoituksen muuttamiseen että lääketieteellisen tutkimuksen suorittamiseen kudosnäytettä hyväksikäyttäen.

Kudosnäytteen fyysistä käsittelyä koskevien suostumusvaatimusten lisäksi myös potilasta koskevien tietojen käyttö edellyttää suostumusta. Potilaslain 13 §:n mukaan potilastietojen luovuttaminen edellyttää pääsääntöisesti potilaan suostumusta, mutta joissain tapauksissa suostumuksen olemassaolon voidaan katsoa ilmenevän asiayhteydestä (ns. oletettu suostumus)²³. Lisäksi viranomaisen toiminnan julkisuudesta annetun lain 26 § mukaan viranomainen voi antaa salassa pidettävästä viranomaisen asiakirjasta tiedon vain, jos se, jonka etujen suojaamiseksi salassapitovelvollisuus on säädetty, antaa siihen suostumuksensa, taikka jos tiedon antamisesta tai oikeudesta tiedon saamiseen on laissa erikseen nimenomaisesti säädetty. Paitsi että potilaan suostumusta pääsääntöisesti edelly-

²³ Esimerkiksi terveydenhuollon sisäiset tiedonsiirrot ovat mahdollisia potilaan asiayhteydestä muutoin ilmenevän suostumuksen perusteella. Potilaan kieltäessä tiedonsiirrot terveydenhuollon toimintayksiköstä toiseen, tulee kieltoa toisaalta noudattaa.

tetään häntä koskevien terveydentilätietojen luovuttamiseen, edellytetään myös suostumusta erikseen arkaluonteisten terveydentilätietojen sisältävän henkilörekisterin perustamiseen. Arkaluonteisten terveydentilätietojen käsittely muuta kuin potilaan tutkimusta ja hoitoa varten edellyttää nimittäin henkilötietolain 12 §:n mukaan lähtökohtaisesti tiedon kohteen nimenomaista suostumusta tai käsittelyyn erikseen oikeuttavaa lainsäädännöstä²⁴.

Kun potilaan suostumuksen saamista edellyttäviä säännöksiä on otettu useaan erilliseen lakiin, aiheutuu säännösten soveltamisjärjestyksestä ongelmia. Erityisesti tutkimuslain ja kudoslain suhde on epäselvä. Kudoslain 20 § toteaa, että hoidon tai taudinmäärityksen vuoksi otettuja kudosnäytteitä saa luovuttaa ja käyttää lääketieteelliseen tutkimukseen potilaan suostumuksella. Jos henkilö on alaikäinen tai vajaakykyinen, suostumus tulee saada hänen lailliselta edustajaltaan. Terveydenhuollon oikeusturvakeskus voi kuitenkin antaa luvan hoidon, taudinmäärityksen tai kuolemansyyn selvittämisen vuoksi otettujen kudosnäytteiden luovuttamiseen tai käyttämiseen tilanteissa, joissa henkilön suostumusta ei näytteiden suuren määrän, näytteiden iän tai muun sellaisen syyn tai henkilön kuoleman vuoksi ole mahdollista hankkia. Terveydenhuollon oikeusturvakeskus voi siis antaa luvan hoitoa tai tutkimusta varten alun perin otettujen näytteiden käyttöön tieteellisen tutkimukseen ilman potilaan suostumustakin. Se ei kuitenkaan voi antaa lupaa alun perin tutkimustarkoitukseen otettujen näytteiden käyttöön toiseen tutkimukseen muulloin kuin silloin, jos tutkittava on kuollut²⁵.

Lääketieteellisestä tutkimuksesta annetun lain hiljattain uudistettu 6 § määrittää sekin niitä edellytyksiä, joiden vallitessa lääketieteellinen tutkimus voidaan tehdä ilman tutkittavan suostumusta. Mainitun säännöksen mukaan ihmiseen kohdistuvaa lääketieteellistä tutkimusta ei saa suorittaa ilman tutkittavan kirjallista, tietoon perustuvaa suostumusta. Tästä voidaan poiketa vain, jos suostumusta ei asian *kiireellisyyden* ja potilaan terveydentilan vuoksi voida saada ja toimenpiteestä on odotettavissa välitöntä hyötyä potilaan terveydelle.

²⁴ Henkilötietolain 12 §:ssä on muitakin poikkeuksia arkaluonteisten tietojen käsittelykiellosta. Tietojen käsittely voidaan mm. perustaa erilliseen lainsäädännökseen, joka oikeuttaa terveydentilätietojen käsittelyyn. Tällaisia säännöksiä on mm. eräitä julkisia tutkimuslaitoksia koskeissa laeissa, esim. laki kansanterveyslaitoksesta (327/2001) 1 a §.

²⁵ Kudoslaki 20 § 3 mom: Lääketieteellistä tutkimusta varten otettuja kudosnäytteitä saa luovuttaa ja käyttää muuhun kuin suostumuksessa tarkoitettuun lääketieteelliseen tutkimukseen vain tutkittavan suostumuksella. Jos tutkittava on kuollut, voi Terveydenhuollon oikeusturvakeskus kuitenkin perustellusta syystä antaa luvan tällaiseen tutkimukseen.

OLETETTU SUOSTUMUS JA IHMISKUDOKSEN KÄYTTÖ

Oikeuskirjallisuudessa ja potilaslain esitöissä omaksutun kannan mukaan voidaan hoitotoimenpiteen ulottuvuuden laajentamiseen ryhtyä ilman potilaan nimenomaista suostumusta (ts. potilaan suostumuksen olemassaolo olettaa), jos hoitotoimenpide koituu hoidettavan hyväksi ja jos jälkeensä suoritetun objektiivisen arvioinnin perusteella todetaan hoitoa antaneella olleen syytä otaksua hoidettavan tilanteen tuntiessaan suostuvan toimenpiteeseen²⁶. Oletetun suostumuksen perusteella on yleensä katsottu voitavan paitsi laajentaa sellaisen toimenpiteen, johon potilas on suostunut, ulottuvuutta, myös ryhtyä uuteen vähäiseen ja potilaan hoidon kannalta tarpeelliseen toimenpiteeseen. Samoin on pidetty luonnollisena olettamusta potilaan suostumuksen ulottumisesta myös toisenlaisen, mutta samaan tarkoitukseen tähtäävän toimenpiteen suorittamiseen, jos hoitotoimenpiteen yhteydessä lääkärin primaaridiagnoosi osoittautuu virheelliseksi ja vaiva, jonka takia potilas on hoitoon hakeutunut, hoidoltaan toisenlaiseksi kuin alun perin oli ajateltu.

Oletetun suostumuksen malli perustuu yleiseen elämäkokemukseen siitä, miten hengen tai terveyden menettämisen vaarassa olevat ihmiset hoitotoimenpiteeseen suhtautuvat, ja periaate on kirjattu mm. Euroopan neuvoston bioetiikkasopimuksen 8 artiklaan, joka sallii hätätilanteissa potilaan hoitamisen ilman hoitoon hankittua nimenomaista suostumusta. Hoitotoimenpiteiden oikeudenmukaisuuden perusteleminen potilaan oletetulla suostumuksella voi kuitenkin olla sikäli kyseenalaista, ettei potilas välttämättä ole osoittanut minkäänlaista oma-aloitteisuutta hoitoon hakeutumisen suhteen tai päinvastoin esimerkiksi itsemurhaa yrittänyt potilas on voinut lähtökohtaisesti pyrkiä saamaan itsensä lääketieteellisen hoidon ulottumattomiin.

Myös kudoslaki tuntee oletetun suostumuksen käsitteen. Lain 8 §:n 1 momentin mukaan elimiä ja kudoksia saadaan irrottaa, jollei ole syytä olettaa, että vainaja eläessään olisi vastustanut irrotusta tai että hänen lähiomaisensa vastustaisi sitä. Kokonaisten elinten irrottaminen aivokuolleelta luovuttajalta on siis mahdollista oletetun suostumuksen perusteella, mutta taudinmäärittystä varten otettujen kudoksenäytteiden muuttunut käyttötarkoitus edellyttää joko potilaan nimenomaista suostumusta tai Terveystieteiden tutkimuskeskuksen lupaa.

Jotta potilas voisi antaa nimenomaisen suostumuksen hoitotoimenpiteeseen tai päättää hänestä otettujen kudoksenäytteiden käyttötarkoituksen muuttamisesta, tulee hänellä olla päätöksentekoa varten riittävä fyysinen ja psyykinen kompe-

²⁶ Lasse Lehtonen: Mitä käytännössä tarkoittaa yhteisymmärrys hoidosta. Suomen Lääkärilehti 2004, s. 1685–1690.

tenssi. Hän voi myös toimintakyvyn menettämisen varalta ilmoittaa toiveen siitä, miten häntä tulee hoitaa (ns. hoitotestamentti)²⁷. Suomalaisessa käytännössä ennakolta laaditun hoitotoiveen tulee vastata suhteellisen tarkasti käsillä olevaa hoitotilannetta, jotta toiveelle voidaan käytännössä antaa merkitystä. Mitä enemmän kuluu aikaa hoitotestamentin laatimisen ja hoitotilanteen välillä, sitä todennäköisempää on, että joko potilaan käsitykset hoidosta tai lääketieteen kehityksen tarjoamat hoitomahdollisuudet ovat muuttuneet alun perin ajatellusta. Useimmissa maissa, esimerkiksi Ruotsissa, hoitotestamenttia ei pidetäkään suoraan oikeudellisesti sitovana asiakirjana, vaan vain eräänä osoituksena potilaan tahdonsuunnasta²⁸. Eräissä ulkomaisissa tapauksissa on hoitotestamentin perusteella jouduttu ottamaan kantaa myös siihen, miten esimerkiksi vainajan suku-
soluilla hedelmöitettyjä alkioita tulisi kohdella ja niinpä esim. Isossa-Britannias-
sa on lainsäädännöllä täsmennetty isän kuoleman jälkeen äidin kohtuun siirretyn
alkion oikeudellista asemaa²⁹.

SUOSTUMUSVAATIMUS JA KUDOSNÄYTTEIDEN TUTKIMUSKÄYTTÖ

Arvioitaessa sitä, kuinka tiukasti potilaan suostumusta vaaditaan hänestä otettujen näytteiden tutkimuskäyttöön, on tulkinnan lähtökohdaksi otettava kansainväliset tutkittavan asemaa koskevat sopimukset ja suositukset, joita kansallisella lainsäädännöllä on ollut tarkoitus toteuttaa. Näistä keskeisimpiä ovat Euroopan neuvoston bioetiikkasopimus ja Maailman lääkäriliiton Helsingin julistus³⁰. Vaikka Helsingin julistus ei ole juridisesti sitova asiakirja, on se laajalti hyväksyttyä ja tunnettuna tutkimusetiikkaa koskevana asiakirjana ollut pohjana mm. Euroopan neuvoston suosituksille. Helsingin julistus edellyttää varsin yksiselitteisesti, että lääketieteelliselle tutkimukselle, oli kyseessä sitten potilaan hengen tai hänestä otettujen näytteiden tutkiminen, tulee hankkia tutkittavan tietoinen suostumus³¹. Bioetiikkasopimuksen 5 ja 16 artikla edellyttävät nekin poti-

²⁷ Irma Pahlman: Potilaan itsemääräämisoikeus. Helsinki 2003, s. 243–286.

²⁸ Suomessa sitovana pidetään elinluovutustestamenttia eli elin voidaan kudoslain 9 §:n mukaisesti irrottaa vainajalta (tai aivokuolleelta) omaisten kiellosta huolimatta, jos henkilö eläessään on antanut suostumuksensa toimenpiteeseen.

²⁹ Ks. Ison-Britannian Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003.

³⁰ Declaration of Helsinki: 1 §: The World Medical Association has developed the Declaration of Helsinki as a statement of ethical principles to provide guidance to physicians and other participants in medical research involving human subjects. Medical research involving human subjects includes research on identifiable human material or identifiable data.

³¹ Helsingin julistuksen 22 artikla toteaa: ”In any research on human beings, each potential subject must be adequately informed of the aims, methods, sources of funding, any possible conflicts

laan asiasta perillä ollen annetun suostumuksen hankkimista tutkimushankkeeseen osallistumiseen. Bioetiikkasopimuksen 22 artikla toteaa kudosten käytön osalta erityisesti seuraavaa:

”When in the course of an intervention any part of a human body is removed, it may be stored and used for a purpose other than that for which it was removed, only if this is done in conformity with appropriate information and consent procedures.”

Sopimuksen 22 artiklaa koskevassa bioetiikkasopimuksen selityksessä todetaan suostumuksen osalta lisäksi seuraava³²:

”The information and consent arrangements may vary according to the circumstances, thus allowing for flexibility since *the express consent of an individual to the use of parts of his body is not systematically needed*. Thus, sometimes, it will not be possible, or very difficult, to find the persons concerned again in order to ask for their consent. In some cases, it will be sufficient for a patient or his or her representative, who have been duly informed (for instance, by means of leaflets handed to the persons concerned at the hospital), not to express their opposition. In other cases, depending on the nature of the use to which the removed parts are to be put, express and specific consent will be necessary, in particular where sensitive information is collected about identifiable individuals.”

Kudosnäytteillä tehtävä tieteellinen tutkimus on lääketieteellisestä tutkimuksesta annetun lain tarkoittamaa lääketieteellistä tutkimusta³³, jonka suorittamisen edellytyksenä on riippumaton eettinen arvio ja eettisen toimikunnan antama myönteinen lausunto tutkimussuunnitelmasta³⁴. Suomessa eettinen toimikunta on velvollinen huomioimaan lausunnossaan paitsi puhtaan eettiset näkökohdat myös ottamaan kantaa tutkimussuunnitelmassa ehdotettujen menettelyjen laillisuuteen³⁵. Kysymys siitä, voidaanko ihmiskudosta käyttää tutkimukseen luovut-

of interest, institutional affiliations of the researcher, the anticipated benefits and potential risks of the study and the discomfort it may entail. The subject should be informed of the right to abstain from participation in the study or to withdraw consent to participate at any time without reprisal. After ensuring that the subject has understood the information, the physician should then obtain the subject’s freely-given informed consent, preferably in writing. If the consent cannot be obtained in writing, the non-written consent must be formally documented and witnessed.”

³² Convention for the protection of Human Rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS no. 164), Explanatory Report, paragraph 137.

³³ HE 229/1998 vp.

³⁴ Eettiset toimikunnat ovat tutkimuslakiin perustuvia viranomaisia, joiden tehtävänä on arvioida lääketieteellisen tutkimuksen suorittamisen hyväksyttävyyttä.

³⁵ Tutkimuslaki 17 § 3 mom: Eettisen toimikunnan on lausuntoaan varten selvitettävä, onko tutkimussuunnitelmassa otettu huomioon tämän lain säännökset, tietosuoja säännökset, tutkittavien

tajan suostumuksesta riippumatta tai mihin saakka luovuttajan suostumuksen voidaan katsoa ulottuvan, on varsin tavanomainen eettisten toimikuntien käytännössä ja erityisesti ns. tautialttiusgeenejä koskevassa epidemiologisissa tutkimuksissa³⁶.

Vaikka ihmiseen kohdistuvassa lääketieteellisessä tutkimustoiminnassa vaatimus tutkittavan suostumuksesta on suhteellisen ehdoton, eikä Suomen tutkimuslaki salli tältä osin poikkeuksia kuin ns. hätätilatutkimuksen osalta ja vain silloin kun tutkimukseen osallistumisesta voi tutkittavalle olla suoraa terveyshyötyä, ei Euroopan neuvoston bioetiikkasopimus välttämättä edellytä nimenomaisen suostumuksen hankkimista kudосnäytteiden muuttuneelle tutkimuskäytölle. Sitä pidetään tarpeellisenä lähinnä silloin, kun tutkimuksessa käsitellään tutkittavaa koskevia arkaluonteisia terveydentilatietoja. Toisaalta Suomen julkisuuslainsäädäntö mahdollistaa tutkimusluvan myöntämisen näiden arkaluonteisten tietojen käyttöön täysin tutkittavan suostumuksesta riippumatta. Julkisuuslaki on ensisijainen säädös päätettäessä viranomaisen hallussa olevien henkilötietojen luovuttamisesta, ja julkisuuslain tutkimuslupaa koskevat säännökset syrjäyttävätkin tältä osin henkilötietolain arkaluonteisten tietojen käsittelykieltoa koskevat säännökset.

Arvioitaessa kudосnäytteiden ja niihin liittyvien potilastietojen käyttöä lääketieteelliseen tutkimukseen joudutaan siis käytännössä soveltamaan kolmea eri lainsäädännöstä ja niiden suhdetta perustuslaissa taattuun yksityiselämän suojaan. Kudосnäytteen ja siihen liittyvien arkaluonteisten terveydentilatietojen käyttöä koskeville suostumusvaatimuksille voidaan edellisen perusteella esittää seuraavat tulkinnot:

- 1) Kudосnäytteen käyttö ilman tutkittavan suostumusta on mahdollista vain ns. hätätilatutkimuksissa (tutkimuslain sanamuodon mukainen tulkinta).
- 2) Kudосnäytteen käyttö ilman tutkittavan suostumusta on mahdollista, jos sekä eettinen toimikunta että Terveydenhuollon oikeusturvakeskus sitä puoltavat.
- 3) Kudосnäytteen käyttö on mahdollista ilman tutkittavan suostumusta Terveydenhuollon oikeusturvakeskuksen luvalla, joka voidaan antaa aina, kun tutkittavat suostumusta ei voida hankkia ilman kohtuutonta vaivaa (kudосlain sanamuodon mukainen tulkinta).
- 4) Kudосnäytteeseen liittyvien tietojen käyttö on mahdollista ilman tutkittavan suostumusta terveydenhuollon toimintayksikön antamalla tutkimuslu-

asemaa koskevat kansainväliset velvoitteet sekä lääketieteellistä tutkimusta koskevat määräykset ja ohjeet.

³⁶ Tyypillinen tilanne on esimerkiksi tutkimus, jossa syövän diagnostisoimiseksi tehdystä näytteestä haluttaisiin myöhemmin tehdä geenitestejä mahdollisen syöpäalttiusgeenin olemassaolon toteamiseksi/poissulkemiseksi ja selvittää geenin olemassaolon ja taudin aggressiivisuuden suhdetta.

valla, joka voidaan antaa aina, kun salassapidolla suojattavaa intressiä ei vaaranneta (julkisuuslain mukainen tulkinta).

Ensimmäisen vaihtoehdon mukaisen tulkintalinjan omaksuminen merkitsisi käytännössä sitä, että kudosnäytteiden tutkimuskäyttö vaatisi *aina* tutkittavan nimenomaisen suostumuksen. Vaikka hoitotutkimuksissa onkin suhteellisen tavallista, että tutkittavan suostumusta ei hoidon toteuttamisen kiireellisyyden vuoksi pystytä ajoissa hankkimaan, on tällainen ehdoton kiire harvinaista lääketieteellisissä tutkimuksissa, joissa käytetään kudosnäytteitä. Nimenomaisen suostumuksen edellyttäminen kaikkeen kudosnäytteillä tehtävään tutkimukseen ei myöskään olisi kansainvälisten käytäntöjen mukaista eikä Euroopan neuvoston bioetiikkasopimus sitä ehdottomasti edellytä.

Toisessa vaihtoehdossa kudosnäytteiden käyttö edellyttää vähintään kahden eri viranomaisen myötävaikutusta. Käytännössä tarvitaan lisäksi kolmannen viranomaisen eli sen terveydenhuollon toimintayksikön, jossa näytteitä säilytetään, antama lupa tutkimuksen tekemiseen, jotta tutkimus yleensä voidaan suorittaa. Eettisen toimikunnan antama lausunto siitä, että tutkimus yleensä on hyväksyttävä, ja Terveydenhuollon oikeusturvakeskuksen antama lupa siihen, että kudosnäytteitä voidaan käyttää tutkittavan suostumuksesta riippumatta, eivät nimittäin suoraan velvoita terveydenhuollon toimintayksikköä myötävaikuttamaan tutkimuksen toteuttamiseen. Niinpä tämän tulkinnan mukaisessa toiminnassa tarvitaan ennen tutkimuksen toteuttamista kolmen eri viranomaisen suorittama arviointi tutkimuksen hyväksyttävyydestä. Tutkimusbyrokratian lisääntymistä viime vuosina on voimakkaasti kritisoitu ja joustavampaa käytäntöä tutkimusten arvioinnissa on toivottu mm. eduskunnan sosiaali- ja terveysvaliokunnassa käsiteltäessä EU:n lääketutkimusdirektiivin implementaation aiheuttamia muutoksia lakiin lääketieteellisestä tutkimuksesta³⁷.

Kolmannessa tulkintavaihtoehdossa kudosnäytteiden käyttöä lääketieteelliseen tutkimukseen tarkastellaan omana erityisenä tilanteenaan. Tällöin kudoslain säännösten Terveydenhuollon oikeusturvakeskuksen oikeudesta luvan antamiseen näytteiden käyttöön katsottaisiin olevan ensisijaisia erityissäännöksiä tutkimuslain säännöksiin nähden. Tämä tulkinta olisi siinä mielessä ongelmallinen, että viranomaisen oman harkintansa perusteella antama lupa korvaisi kansainvälisten sopimusten ja julistusten edellyttämän tutkimuksen eettisen arvioinnin. Sinänsä se, että luvan myöntäminen ihmiskudoksen käyttöön siirretään terveydenhuollon toimintayksiköltä valtion viranomaiselle, ei paranna tutkittavan itsemääräämisoikeutta, koska kummassakin tapauksessa lupa voidaan myöntää henkilön suostumuksesta riippumatta. Itse asiassa luvan myöntämisen erottami-

³⁷ Sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintö 5/2004 hallituksen esityksestä laeiksi lääketieteellisestä tutkimuksesta annetun lain ja lääkelain muuttamisesta.

nen tutkimuksen eettisestä arviosta on ongelmallista bioetiikkasopimuksen konkreettavoitteiden kannalta, koska laki ei velvoita Terveystieteiden tutkimuskeskusta noudattamaan eettisen toimikunnan kantaa, vaikka se käytännössä näin tekeekin³⁸.

Myös neljäs tulkintamalli on ongelmallinen siltä osin, että siinä viranomaisen antama lupa korvaa tutkittavalta hankitun suostumuksen. Tämä on kuitenkin voimassa olevan julkisuuslain mukainen käytäntö potilastietojen tutkimuskäytön osalta. On varsin epäjohdonmukaista, että kudoksenäytteiden käyttöä fyysisinä esineinä ja niihin liitettyjä potilastietojen käyttöä koskevat erilaiset arviointimenettelyt ja suostumusvaatimukset.

JOHTOPÄÄTÖKSET

Irrotettua ihmiskudosta on aiemmin tarkasteltu irtaimena esineenä, jonka käytöstä päättämiseen on sovellettu esineoikeudellisia säännöksiä³⁹. Kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja Suomen perustuslain perusoikeussäännökset ovat liittäneet ihmiskudoksen käyttömahdollisuuksiin ihmisarvon kunnioittamisen periaatteesta lähteviä rajoituksia. Nämä rajoitukset ilmenevät suostumusoikeuksina eli kudoksen (tai solut) luovuttaneen henkilön oikeutena vielä kudosten irrottamisen jälkeenkkin vaikuttaa irrotettujen kudosten jatkokäyttöön.

Suostumusvaatimuksen ulottaminen varsinaisista hoitopäätöksistä myös ihmisestä irrotettujen kudosten ja solujen myöhempään käyttöön on kuitenkin monella tapaa ongelmallista, koska se johtaa solujen ja kudosten ”pyhänjäännöstyttämiseen”. Vaikka lähtökohtana on jokaisen ihmisarvon kunnioittaminen, lienee jossain määrin ylikorostettua nähdä kudoksenäytteiden käyttöä koskevat päätökset yhtä tärkeitä kuin elävää yksilöä koskevat hoitopäätökset. Suostu-

³⁸ Historialliset kokemukset tutkittavan itsemääräämisoikeuden karkeasta loukkaamisesta ovat peräisin juuri hallintomalleista, joissa valtion viranomaisen antamalla luvalla voidaan korvata tutkittavan suostumus. Ihmisoikeussopimusten vaatimus tutkittavan asiasta perillä ollen antaman suostumuksen edellyttämiseltä pyrkii suojaamaan tutkittavia mm. tällaisilta suostumuksen hankkimisen kiertäviltä järjestelyiltä.

³⁹ Kiistelyssä keskiaikaisen pyhänjäännöksen piispa Henrikin väärtinälään kappaleen sijoituspaikasta Helsingin katolisen ja Turun ja Kaarinan seurakuntayhtymän (ks. esim. Helsingin Sanomat 25.2.2005: ”Piispa Henrikin luita vaaditaan Museovirastolta takaisin Turkuun”) välillä väiteperusteina käytetään perinteistä omistusoikeuden säilymistä tai siirtymistä koskevia väitteitä. Jos keskusteluun tuotaisiin vielä vaatimus Piispa Henrikin oletetun tahdonsuunnan noudattamisesta tai kudoksen luovuttajan suostumuksen hankkimisesta, keskustelusta tulisi todella mielenkiintoinen argumentaatioharjoitus siitä, miten 1100-luvulla elänyt ja ruotsalaisten ristiretkeen Suomeen mahdollisesti osallistunut piispa suhtautuisi uskonpuhdistukseen ja Suomen valtion ja kirkon itsenäistymiseen ja siitä seuranneeseen kiistaan jäännöksiensä sijoittamisesta. Hän luultavasti haluaisi luunsa mahdollisimman kauas koko paikasta.

muksen hankkimisen edellyttäminen tilanteissa, joissa solu tai kudosa on jo erillään hoidettavasta yksilöstä, johtaa myös moniin käytännön hankaluuksiin, koska suostumusta voi käytännössä olla vaikea hankkia tai todentaa, vaikka potilaiden mahdollisesti olisi halukas antamaan.

Euroopan neuvoston biolääketiedettä koskeva yleissopimus ei sinänsä välttämättä edellytä tutkittavan nimenomaisen suostumuksen hankkimista kudostenäytteiden tutkimuskäytölle. On kuitenkin selvää, että tutkittavalla on oltava mahdollisuus kieltää itsemääräämisoikeuttaan ja yksityisyyttään loukkaava tutkimustoiminta. Tältä osin suomalainen lainsäädäntö on ristiriitainen, koska kudostenäytteiden tutkimuskäytön osalta laki edellyttää nimenomaisen suostumuksen hankkimista, mutta potilasasiakirjojen tutkimuskäyttö voidaan toteuttaa viranomaisen luvalla kokonaan ilman asianomaisen henkilön suostumusta.

Useissa maissa, mm. Yhdysvalloissa, tutkimusta arvioiva riippumaton eettinen toimikunta voi yksittäisen tutkimuksen osalta arvioida, onko tutkimus senlaatuinen, että sen toteuttamiseen tarvitaan potilaan nimenomainen suostumus. Jos eettinen toimikunta katsoo, ettei tutkimus puutu merkittävästi potilaan integriteettiin, voi se Yhdysvalloissa antaa poikkeusluvan ("waiver") terveydenhuollon toimintayksikköön kerättyjen potilastietojen ja kudostenäytteiden käyttöön tutkimuksessa⁴⁰. Suomessa lääketieteellisen tutkimuksen tekeminen ilman tutkittavan nimenomaista suostumusta on mahdollista vain eräissä hätätilatutkimuksissa. Meilläkin olisi kansainvälisen esimerkin mukaisesti vakavasti harkittava mahdollisuutta muuttaa lääketieteellisestä tutkimuksesta annettua lakia siten, että sellaisia näytteillä tehtäviä tutkimuksia, joissa vain vähäisessä määrin puututaan henkilön itsemääräämisoikeuteen, voitaisiin tehdä eettinen toimikunnan hyväksynnän perusteella. Tämä järjestely on välttämätön, mikäli Suomessa aiotaan rakentaa erityisesti tutkimuskäyttöä varten tarkoitettuja kudostenäytetarkistoja (ns. biopankkeja). Vastaavasti potilastietoja käyttävä tutkimustoiminta tulisi selkeästi saattaa pakollisen eettisen ennakkoarvioinnin piiriin⁴¹.

⁴⁰ Ks. <http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/45cfr46.htm>, 45 Code of Federal Regulations 46.116. Tällöin tietojen ja näytteiden käyttö itse asiassa perustetaan potilaan oletettuun suostumukseen tilanteessa, jossa suostumuksen hankkiminen on suhteettoman vaikeaa ja potilaan objektiivisesti arvioitu intressi kieltää näytteidensä tutkimuskäyttö on pieni.

⁴¹ Kudosten käyttöä koskevien lupien myöntämisen keskittäminen valtion keskushallintoon (Terveydenhuollon oikeusturvakeskukseen) luo kudostenäytteillä tehtävien tutkimusten osalta ylimääräisen ja tutkimuksen aloittamista hidastavan hallinnollisen portaan ilman, että tutkittavan oikeudet tosiasiallisesti paranevat. Esimerkiksi kansainvälisten lääketutkimusten arvioinnin osalta keskushallintoon keskitetty menettely on osoittautunut hallinnollisesti hankalaksi. Vaikeudet ajantasaisten ja tutkimuspaikan olosuhteiden huomioivien arviointien toteuttamisessa ovat johtaneet siihen, että valtakunnallisen eettisen neuvottelukunnan tutkimuseettinen jaosto delegoi valtaosan sille käsiteltäväksi toimitetuista kliinisistä lääketutkimuksista sairaanhoitopiirien eettisiin toimikuntiin (Sosiaali- ja terveysministeriön asetus kliinisistä lääketutkimuksista 316/2005).

Jukka Lindstedt

Terrorismipuitepäätös ja suomalaiset terrorismia koskevat rangaistussäännökset

Yksi professori *Raimo Lahden* viimeaikaisen kirjallisen tuotannon keskeisistä aiheista on ollut rikosoikeuden kansainvälistyminen muun muassa Euroopan unionin toimenpitein. Lahti on muistuttanut tarpeesta ylläpitää pohjoismaista humanin kriminaalipolitiikan perinnettä myös Euroopan unionissa.¹ Hän on maininnut terrorismin torjuntaa koskevan unionin puitepäätöksen kuvaavan hyvin EU:ssa tapahtuvan rikosoikeudellisen harmonisoinnin ongelmia.²

Euroopan unionin neuvosto hyväksyi puitepäätöksen terrorismin torjumisesta 13. kesäkuuta 2002.³ Neuvosto oli kuitenkin saavuttanut poliittisen yhteisymmärryksen puitepäätösehdotuksesta jo 6. joulukuuta 2001, ja kansallinen lainvalmistelu aloitettiin Suomessa keväällä 2002. Suomessa puitepäätös pantiin täytäntöön lisäämällä rikoslakiin uusi 34 a luku (Terrorismirikoksista) ja tekemällä eräitä muita pienempiä lainmuutoksia. Laeilla 17 ja 18/2003 tehdyt muutokset tulivat voimaan helmikuun 2003 alussa.⁴

Uusi rikoslain 34 a luku on ainakin toistaiseksi selkein esimerkki Euroopan unionissa toteutettavan rikosoikeudellisen harmonisoinnin⁵ vaikutuksista Suo-

¹ Esim. *Raimo Lahti*, Kohti kansainvälistä ja eurooppalaista kriminaalipolitiikkaa?, *Lakimies* 1999, s. 1123–1133; Towards a Rational and Humane Criminal Policy – Trends in Scandinavian Penal Thinking, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, Vol 1. 2000, s. 141–155; Straffrättsligt samarbete i EU:s tredje pelare – något att sträva efter? Julkaisussa *Förhandlingarna vid Det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors 15–17 augusti 2002. Del I. Utgivna av lokalstyrelsen för Finland*, Jyväskylä 2002, s. 433–444; Harmonisering av den straffrättsliga lagstiftningen och konsekvenser för den nationella lagstiftningen. Materiella och rättskipningsrelaterade stötestenar, *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 2004, s. 377–385.

² *Lahti* 2002, s. 442–443 ja *Lahti*, Pohjoismaat aktiivisiksi EU:n kriminaalipolitiikassa, *OHOI* 3/2004, s. 26–28.

³ 2002/475/YOS, EYVL N:o L 164, 22.6.2002, s. 3.

⁴ Osallistuin puitepäätöksestä EU:ssa käytyihin neuvotteluihin, jotka lisäksi työllistivät useita muita oikeusministeriön virkamiehiä, erityisesti kansainvälisen yksikön päällikkö *Matti Joutsenta*. Lisäksi valmistelin puitepäätöksen kansallista täytäntöönpanoa koskevan hallituksen esityksen yhdessä tutkija *Sakari Melanderin* kanssa. Kirjoituksessa esitetyt käsitykset ovat henkilökohtaisia eivätkä minkään viranomaisen näkemyksiä.

⁵ Unionin toiminnassa on käytetty terminä paitsi tässä kirjoituksessa käyttämäni harmonisointia, myös lähentämistä ja vähimmäissääntöjen vahvistamista. Unionin asiakirjoissa ei näitä termejä ole määritelty tai käytetty johdonmukaisesti. *Sakari Melander*, Rikosoikeuden harmonisointi

men rikoslakiin. Harmonisointiin myönteisesti suhtautuva pitänee terrorismipuitepäätöstä hyvänä ainakin siksi, että puitepäätöksen valmistelu ja sen täytäntöönpano Suomessa tapahtuivat nopeasti. Varauksellisemmin harmonisointiin suhtautuva taas pitänee puitepäätöstä lähinnä osoituksena harmonisoinnin kyseenalaisuudesta.

Terrorismin torjumista koskevaa puitepäätöstä ja uutta rikoslain 34 a lukua on syytä tarkastella ainakin kolmesta lähtökohdasta: lainvalmistelun rationaalisuuden kannalta, kansalaisten perusoikeuksien ja oikeusturvan kannalta sekä suhteessa rikoslain vakiintuneisiin linjauksiin.

”TERRORISMIN VASTAINEN SOTA”

Syyskuun 11. päivän 2001 terrori-iskut New Yorkiin ja muualle Yhdysvaltoihin järkyttivät koko maailmaa. Iskut vaativat lähes 3000 ihmishenkeä.⁶ Ensijärkytyksestä huolimatta varsin yleisesti toivottiin maltillisuutta terrori-iskujen aiheuttamissa vastatoimissa. Muistutettiin myös tarpeesta toimia tavalla, joka vähentäisi terrorismin syitä.

Esimerkiksi brittiläinen politiikantutkija *Mary Kaldor* kirjoitti pian syyskuun terrori-iskujen jälkeen:

Ensinnäkin meidän on sitouduttava lain eikä sodan voimaan. Siviilejä on suojeltava, ja terroristit on otettava kiinni ja tuotava kansainvälisen oikeuden eteen. Heitä on kohdeltava rikollisina eikä sotilaallisina vihollisina. Tämä saattaa edellyttää sotilaallisia toimia, mutta ainoastaan eräänlaista kovaa poliisitoimintaa, jonka avulla voidaan suojella siviilejä ja ottaa rikolliset kiinni. Lisäksi tämänkaltaisen toiminnan on noudatettava äärimmäisen tarkasti sekä sotaan että ihmisoikeuksiin liittyvää lainsäädäntöä.⁷

Käytännössä on menetelty aivan toisin kuin mitä Kaldor toivoi. Yhdysvallat on ilmoittanut taistelun terrorismia vastaan olevan sotaa. Varsinkin Yhdysvallat, mutta myös muut valtiot ovat tässä ”sodassa” rikkoneet sekä sotaan että ihmisoikeuksiin liittyvää säännöstöä. Erityisesti hyökkäys Irakiin, Guantánamon, Abu Ghraibin ja muiden vankileirien tapahtumat sekä suunnitelmat terrorismista syytettyjen asioiden käsittelystä erityistuomioistuimissa ovat osoittaneet Yhdysvaltojen olevan valmis rikkomaan kansainvälistä voimankäytön kieltoa, sotavan-

Euroopan unionissa – harmonisointiteoreettisia näkökulmia, s. 218–220, Lakimies 2005, s. 214–233.

⁶ Esim. *Stefan Aust – Cordt Schnibben* (toim.), 11. syyskuuta, Dokumentti terrori-iskusta, Hämeenlinna 2002.

⁷ *Mary Kaldor*, Uudet ja vanhat sodat, Helsinki 2001, s. 10.

kien oikeuksia, velvoitetta suojella siviiliväestöä sodassa, kidutuksen kieltoa, oikeutta saada vapaudenriiston laillisuus viipymättä tutkituksi tuomioistuimessa ja oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin – eikä luettelo ole tyhjentävä.⁸ Vaikka esimerkiksi Yhdistyneissä kansakunnissa, Euroopan neuvostossa ja Euroopan unionissa on pidetty tärkeänä ihmisoikeuksien turvaamista terrorismin vastaisissa toimissa,⁹ ovat tarmokkaat vaatimukset vaikkapa Guantánamon vankeiden oikeuksien puolesta jääneet lähinnä kansalaisjärjestöjen eivätkä valtioiden huoleksi.¹⁰

Myös Yhdistyneiden kansakuntien ja Euroopan unionin terrorismiepäilyihin kohdistamat taloudelliset pakotteet ovat osoittautuneet oikeusturvan kannalta ongelmallisiksi.¹¹ Vielä voidaan mainita, että taistelua terrorismia vastaan ovat monet valtiot käyttäneet tekosyynä paitsi hyökkäyssotaan, myös itsenäisyyspyrkimysten tukahduttamiseen, miehityksen jatkamiseen ja hallituksen vastustajien vainoamiseen.

Yhdysvaltojen ja eräiden muiden maiden toimet ja niiden laimea kritiikki tuntuvat osoittavan, että kansainvälinen oikeus ja yleensä laillisuusajattelu ovat kärsineet takaiskuja.¹² Toivottavaa ja luultavaa on, että ne ovat vain väliaikaisia eikä ajattelutavan muutoksen tarvitse odottaa ”terrorisminvastaisen sodan” loppumista – varsinkin kun sen loppua ei ole näköpiirissä.¹³ Moniin terrorisminvas-

⁸ Esim. *Philippe Sands*, *Lawless world. America and the Making and Breaking of Global Rules*, Penguin Books 2005, erityisesti s. 143–222, ja Irakin sodan siviiliuhreista Iraq Body Count, *A Dossier of Civilian Casualties 2003–2005*, http://reports.iraqbodycount.org/a_dossier_of_civilian_casualties_2003-2005.pdf. – *Sands* (mt., erit. s. 21, 227) kiinnittää huomiota siihen, että kansainvälisen oikeuden, esimerkiksi Kansainvälisen rikostuomioistuimen väheksyntä alkoi Yhdysvalloissa jo ennen ”terrorisminvastaista sotaa” ja tapahtumat 11.9.2001 vain vauhdittivat tuota kehitystä.

⁹ Esim. United Nations, General Assembly, Fifty-ninth session, resolution 59/191 of 20 December 2004, Protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism; Human rights and the fight against terrorism, The Council of Europe Guidelines 2005; EU Network of Independent Experts in Fundamental Rights (CFR-CDF), Annual report on the situation of fundamental rights in the European Union in 2002, Thematic comment, The balance between freedom and security in the response by the European Union and its member states to the terrorist threats, March 31 2003, http://europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/doc/obs_thematique_en.pdf.

¹⁰ Esim. Amnesty International, United States of America, Guantánamo and beyond: The continuing pursuit of unchecked executive power, 13 May 2005, AI Index: AMR 51/083/2005, <http://web.amnesty.org/library/index/engamr510832005> ja *Frank Johansson*, USA kiduttaa salaisissa vankiloissaan, Helsingin Sanomat 24.6.2005, s. A 5.

¹¹ Esim. *Inger Österdahl*, FN-sanktioner och mänskliga rättigheter eller Hur kunde det bli på detta viset?, *Svensk Juristtidning* 2002, s. 894–916.

¹² Yhdysvalloissaakaan laillisuutta ei toki ole täysin hylätty, sillä hallinnossa ja armeijassa toimivat lakimiehet ovat todistelleet ”sodassa” noudatettujen käytäntöjen olevan lainmukaisia. Ks. *Sands* 2005.

¹³ ”Yksi asia ei kuitenkaan ole muuttunut miksikään: viimeistä sissiä ei ole vielä koskaan ammuttu.” *Erno Paasilinna*, *Lausui alustaja*, joka korosti. Kootut aforismit ja aforistiset lauseet 1967–1987, Helsinki 1989, s. 15.

taisiin toimiin liittyvä laillisuuden väheksyminen on epäilemättä vaikuttanut siihen epäluuloon, millä esimerkiksi kansalaisjärjestöissä on suhtauduttu myös vahvemman laillisella pohjalla oleviin toimiin kuten Euroopan unionin puitepäätökseen.¹⁴

TERRORISMIPUITEPÄÄTÖS OSANA RIKOSOIKEUDEN HARMONISOINTIA EU:SSA

Rikosoikeudellinen harmonisointi Euroopan unionissa on lisääntynyt erityisesti Amsterdamin sopimuksen vuonna 1999 tapahtuneen voimaantulon jälkeen. Sopimuksella Euroopan unionin perustamissopimukseen lisättiin aikaisempaa yksityiskohtaisemmat määräykset jäsenvaltioiden yhteistyöstä rikosoikeuden alalla.

Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 29 artiklan mukaan unionin tavoitteena on antaa kansalaisille korkeatasoinen suoja vapauteen, turvallisuuteen ja oikeuteen perustuvalla alueella muun muassa kehittämällä oikeudellista yhteistyötä rikosasioissa. Tavoite saavutetaan ehkäisemällä ja torjumalla järjestäytynyttä tai muuta rikollisuutta, erityisesti terrorismia, ihmiskauppaa ja lapsiin kohdistuvia rikoksia, laitonta huumausainekauppaa ja laitonta asekauppaa, lahjontaa ja petoksia. Yhtenä keinona on tarvittaessa toteutettava jäsenvaltioiden rikosasioita koskevien säännöksiin lähentäminen 31 artiklan e alakohdan määräysten mukaisesti.

Kyseisen 31 artiklan e alakohdan mukaan oikeudellista yhteistyötä rikosasioissa koskevaa yhteistoimintaa on toimenpiteiden toteuttaminen asteittain järjestäytynyttä rikollisuutta, terrorismia ja laitonta huumausainekauppaa koskevia rikostunnusmerkistöjä ja seuraamuksia koskevien vähimmäissääntöjen vahvistamiseksi.

Puitepäätöksiä koskee 34 artiklan 2 kohdan b alakohta. Sen mukaan neuvosto voi jäsenvaltion tai komission aloitteesta yksimielisesti tehdä puitepäätöksiä jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä. Puitepäätökset velvoittavat jäsenvaltiota saavutettavaan tulokseen nähden, mutta jättävät kansallisten viranomaisten valittavaksi muodon ja keinot. Puitepäätöksistä ei seuraa välitöntä oikeusvaiikutusta.

Lisäksi on hyväksytty yksityiskohtaisempia toimintasuunnitelmia unionin toiminnasta rikollisuuden torjumiseksi. Keskeisessä asemassa ovat olleet puheen-

¹⁴ Ks. *Jukka Lindstedt, Vilket är förhållandet mellan EU:s rambeslut om bekämpande av terrorism och de grundläggande fri- och rättigheterna?*, s. 439, 441, Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2002, s. 436–449.

johtajan päätelmät Tampereen Eurooppa-neuvoston kokouksesta 15. ja 16. loka-kuuta 1999. Päätelmien 48. kohdassa Eurooppa-neuvosto katsoo, että kansallisen rikoslainsäädännön osalta pyrkimyksissä sopia yhteisistä määritelmistä, syytteen asettamisesta ja seuraamuksista olisi keskityttävä ensi vaiheessa vain joihinkin erityisen tärkeisiin aloihin, joita kohdassa sitten luetaan. Kuten *Sakari Melander* on huomauttanut, kohtaa on luettava yhdessä rikollisuuden torjuntaa koskevan jakson aloittavan 40. kohdan kanssa, jossa puhutaan sitoutumisesta ”vakavan järjestäytyneen rikollisuuden ja valtioiden rajat ylittävän rikollisuuden torjuntaan”.¹⁵ Siten Tampereen päätelmienkin linjana on unionisopimuksen mukaisesti ainakin lähtökohtaisesti suhteellisen rajattu harmonisointi. Sama koskee Eurooppa-neuvoston marraskuussa 2004 hyväksymää monivuotista Haagin ohjelmaa (”Vapauden, turvallisuuden ja oikeuden lujittaminen Euroopan unionissa”).¹⁶ Käytännössä harmonisoinnissa on välillä menty pitemmälle kuin mitä unionisopimus sallisi. Esimerkiksi muutakin kuin järjestäytyntä lasten seksuaalista hyväksikäyttöä on säännelty puitepäätöksellä.¹⁷

Rikosoikeudellisia puitepäätöksiä on hyväksytty vuodesta 2000 lähtien kaksitoista.¹⁸ Puitepäätökset ovat muuttuneet vähitellen yhä yksityiskohtaisemmiksi, joten ne jättävät yhä rajoitetummin toimivaltaa kotimaisessa lainvalmistelussa.¹⁹ Näin siitä huolimatta, että puitepäätösten tulisi määrittää vain tavoiteltava tulos ja jättää keinot niihin pääsemiseksi kansallisesti ratkaistaviksi. Lisäksi on hyväksytty huhtikuussa 2002 neuvoston päätelmät rangaistusten yhdenmukaistamisesta noudatettavasta lähestymistavasta. Päätelmissä sovittiin tietyistä puitepäätök-

¹⁵ *Sakari Melander*, Rangaistusten yhdenmukaistamisesta Euroopan unionissa, s. 967–968, *Defensor Legis* 2002, s. 966–975.

¹⁶ 2005/C 53/01, EUVL N:o C 53, 3.3.2005, s. 1. Rikosoikeudellisen lainsäädännön lähentämisen osalta ohjelma ei tuo paljonkaan uutta: sen todetaan koskevan rajat ylittävän, erityisen vakavan rikollisuuden alueita. Etusija lähentämisessä olisi annettava perussopimuksissa erityisesti mainituille rikollisuuden aloille (kohta 3.3.2).

¹⁷ *Fredrik Wersäll*, EU och straffrätten, s. 670, *Svensk Juristtidning* 2004, s. 665–675. – Työryh-
mätasolla käydyssä keskustelussa tätä perusteltiin sillä, että lapsiin kohdistuvien seksuaalirikosten
jättäminen pois puitepäätöksestä antaisi yleisölle väärän viestin.

¹⁸ Ne koskevat – hyväksymisvuosiin – rahanväärennystä (2000), muihin maksuvälineisiin kuin
käteisrahaan liittyviä petoksia ja väärennyksiä (2001), rahanpesua (2001), terrorismia (2002), ih-
miskauppaa (2002), laittomassa maahantulossa ja maassa oleskelussa avustamista (2002), ympä-
ristörikoksia (2003), lahjontaa yksityisellä sektorilla (2003), lasten seksuaalista hyväksikäyttöä ja
lapsipornografiaa (2003), huumausainerikoksia (2004), tietojärjestelmiin kohdistuvia rikoksia
(2005) sekä konfiskaatiota (2005).

¹⁹ Esimerkiksi puitepäätös lasten seksuaalisen hyväksikäytön ja lapsipornografian torjumisesta
sisältää velvoitteen varmistaa – kaikki puitepäätöksessä erikseen kuvatut tekotavat laskien – 25
erilaisen teon rangaistavuus, sekä lisäksi näitä koskevien yllytyksen, avunannon ja yritysten ran-
gaistavuus. Puitepäätös velvoittaa säätämään tiettyjä nimenomaisesti määriteltyjä enimmäisran-
gaistuksia, joista säädettäessä on lisäksi otettava huomioon erilaisten tarkkaan lueltujen raskaut-
tavien asianhaarojen mahdollinen olemassaolo. (2004/68/YOS, EYVL N:o L 13, 20.1.2004,
s. 44.)

sissä noudatettavista asteikoista, joihin jäsenvaltioiden enimmäisrangaistusten vähintään pitää sijoittua.²⁰

Komissio antoi ehdotuksen neuvoston puitepäätökseksi terrorismin torjumisesta 19.9.2001 eli pian Yhdysvaltoihin tehtyjen terrori-iskujen jälkeen. Komissio ei tietenkään ollut valmistellut ehdotustaan näin nopeasti. Tarkoitus oli antaa muutenkin terrorismia koskeva puitepäätösehdotus syyskuussa 2001.²¹ Yhdysvaltain tapahtumat kuitenkin vauhdittivat ehdotuksen viimeistelyä ja saattamista jäsenvaltioiden käsiteltäväksi.

Ylimääräinen oikeus- ja sisäasiain neuvoston kokous pidettiin 20. syyskuuta. Keskustelu terrorismin torjumista koskevasta puitepäätöksestä oli tuossa vaiheessa alustavaa. Ehdotukseen ei ollut käytännössä juuri ollut mahdollisuutta tutustua. Neuvosto päätti, että puitepäätöksestä – kuten myös laajasta niin sanottua eurooppalaista pidätysmääräystä koskevasta puitepäätöksestä²² – tuli päästä poliittiseen yhteisymmärrykseen joulukuussa 2001 pidettävässä neuvoston kokouksessa. Aikataulu oli siis hyvin kunnianhimoinen, koska yleensä puitepäätösten käsittely unionissa on kestänyt pikemminkin muutamia vuosia kuin muutamia kuukausia.

Tiukassa aikataulussa kuitenkin pysyttiin. Lopullisesti terrorismipuitepäätös hyväksyttiin siis kesäkuussa 2002. Jäsenvaltioiden tuli toteuttaa puitepäätöksen edellyttämät toimenpiteet viimeistään vuoden 2002 lopussa. Tämäkin aikataulu oli tavallista tiukempi: tyypillinen määräaika rikosoikeudellisten puitepäätösten täytäntöönpanolle on ollut kaksi vuotta. Kansallinen lainvalmistelu oli Suomessa aloitettu jo joulukuussa 2001 hyväksytyn sanamuodon perusteella, mutta silti Suomi myöhästyi kuukaudella määräajasta. Tämä ei ollut kuitenkaan mikään poikkeus, sillä myös monet muut jäsenvaltiot hyväksyivät puitepäätöksen täytäntöön panevia lainmuutoksia vasta määräajan jälkeen.²³

PUITEPÄÄTÖKSEN SISÄLTÖ

Puitepäätöksen 1 artiklan 1 kohta sisältää terroristisen tarkoituksen määritelmän. Kun tekijä on tehnyt tietyn artiklassa olevaan yksityiskohtaiseen luetteloon sisäl-

²⁰ Euroopan unionin neuvoston asiakirja 9141/02 DROIPEN 33, 27.5.2002. Tarkemmin siitä on kirjoittanut *Melander* (Rangaistusten yhdenmukaistamisesta... 2002).

²¹ *Lindstedt* 2002, s. 440.

²² Pidätysmääräystä koskevalla puitepäätöksellä on vain vähän tekemistä terrorismin kanssa, mutta silti se oli EU:ssa yhdistetty ”terrorismipakettiin”.

²³ Kertomus terrorismin torjumisesta 13 päivänä kesäkuuta 2002 tehdyn neuvoston puitepäätöksen täytäntöönpanosta, Euroopan unionin neuvoston asiakirja 11687/2/04 REV 2 DROIPEN 40 REV 2, 12.10.2004, s. 6.

tyvän rikoksen terroristisessa tarkoituksessa, tekoa on pidettävä kansallisessa laissa terrorismirikoksena.

Määritelmän mukaan tarkoitus on terroristinen, kun teko on tehty tarkoituksena pelotella vakavasti väestöä, tai pakottaa aiheettomasti viranomaiset tai kansainvälinen järjestö johonkin tekoon tai pidättymään jostakin teosta, taikka horjuttaa vakavasti jonkin maan tai kansainvälisen järjestön poliittisia, perustuslailisia, taloudellisia tai sosiaalisia perusrakenteita tai tuhota ne.²⁴

Puitepääätöksen 2 artiklan 1 kohdassa on terroristiryhmän määritelmä. Artiklan 2 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on varmistettava, että terroristiryhmän johtaminen ja terroristiryhmän toimintaan osallistuminen ovat rangaistavia tekoja.

Puitepääätöksen 3 artikla koskee eräitä terroritoimintaan liittyviä rikoksia ja 4 artikla yllyttämistä, avunantoa ja yritystä, joiden rangaistavuudesta on huolehdittava.

Puitepääätöksen 5 artikla koskee seuraamuksia. Sen 2 kohdassa määrätään, että 1 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuista rikoksista on voitava langettaa ankarampi rangaistus kuin vastaavista rikoksista, jotka on tehty ilman terroristista tarkoitusta. Artiklan 3 kohta puolestaan koskee terroristiryhmän johtamisesta ja tällaisen ryhmän toimintaan osallistumisesta tuomittavia rangaistuksia. Kohdassa on määritelty tarkkaan, kuinka pitkiä näiden rangaistusten enimmäispituuksien tulee vähintään olla.

Puitepääätöksen 6 artiklan mukaan jäsenvaltiot voivat tiettyjen lieventävien asianhaarojen vallitessa lieventää rangaistuksia. Lisäksi puitepääätöksessä on määräyksiä oikeushenkilöiden vastuusta (7 artikla), oikeushenkilöihin kohdistuvista seuraamuksista (8 artikla), alueellisesta tuomiovallasta (9 artikla) sekä uhrien suojelusta ja auttamisesta (10 artikla). Puitepääätöksen 11 artikla sisältää määräykset ajoista, joiden kuluessa puitepääätös on pantava täytäntöön sekä raportoitava täytäntöönpanosta neuvoston pääsihteeristölle ja komissiolle.

²⁴ Suomen rikoslakiin otettu määritelmä perustuu suoraan puitepääätökseen, mutta kotimaista määritelmää on yritetty tehdä täsmällisemmäksi ja selkeämmäksi. Rikoslain 34 a luvun 6 §:n 1 momentin mukaan rikoksentehtijällä on terroristinen tarkoitus, jos hänen tarkoituksenaan on:

- 1) aiheuttaa vakavaa pelkoa väestön keskuudessa;
- 2) pakottaa oikeudettomasti jonkin valtion hallitus tai muu viranomainen taikka kansainvälinen järjestö tekemään, sietämään tai tekemättä jättämään jotakin;
- 3) oikeudettomasti kumota jonkin valtion valtiosääntö tai muuttaa sitä tai horjuttaa vakavasti valtion oikeusjärjestystä taikka aiheuttaa erityisen suurta vahinkoa valtiontaloudelle tai valtion yhteiskunnallisille perusrakenteille; tai
- 4) aiheuttaa erityisen suurta vahinkoa kansainvälisen järjestön taloudelle tai sellaisen järjestön muille perusrakenteille.

Kansainvälinen järjestö on puolestaan määritelty saman pykälän 3 momentissa.

PUITEPÄÄTÖS JA KRIMINALISOINTIPERIAATTEET

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa on kirjoitettu paljonkin kriminalisointiperiaatteista, joita tulisi noudattaa osana suunnitelmallista kriminaalipolitiikkaa. Usein on siteerattu *Tapio Lappi-Seppälän* esittämiä ”hyväksyttävän rikosoikeuden käytön ehtoja”, jotka hän on kuvannut seuraavasti:

- a) rikosoikeutta on lupa käyttää ainoastaan oikeushyvien suojeluun
- b) edellyttäen, että käsillä ei ole toista moraalisesti hyväksyttävämpää sitä tehossaan kohtuullisessa määrin lähestyvää ja kohtuullisin kustannuksin toimeenpantavissa olevaa järjestelmää
- c) ja rangaistuksin saavutettavat edut ovat niiden tuottamia haittoja suuremmat.

Koska rikoslain tulisi olla viimeinen keino (*ultima ratio*), on selvítettävä, millaisia vaihtoehtoisia menetelmiä rikosoikeudelle voidaan esittää, toimivatko ne, ja mitkä ovat niihin mahdollisesti liittyvät haittavaikutukset.²⁵ *Ari-Matti Nuutilan* lista on hieman laajempi: hänen mielestään kriminalisointiperiaatteina voidaan pitää ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatetta, oikeushyvien suojelun periaatetta, hyöty-haitta-vertailun periaatetta sekä *ultima ratio* -periaatetta. Ihmisarvon loukkaamattomuuden periaate merkitsee Nuutilan mukaan objektiivisen rangaistusvastuun kieltoa.²⁶

Vaikka tällaiset periaatteet eivät ole sitovia, niiden merkitystä lisää niiden yhteys perusoikeuksiin.²⁷ Eduskunnan perustuslakivaliokunnan mukaan ”kullakin perusoikeudella voidaan katsoa olevan sellainen ydinalue, jonka turvaamaa käyttäytymistä ei saa säätää rangaistavaksi. Perusoikeusrajoituksen hyväksyttävyyksvaatimuksen nojalla kriminalisoinnille on oltava esitettävissä painava yhteiskunnallinen tarve ja perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä peruste. Suhteellisuusvaatimus puolestaan edellyttää sen arvioimista, onko kriminalisointi välttämätön sen taustalla olevan oikeushyvän suojaamiseksi. Tältä osin tulee arvioida, onko vastaava tavoite saavutettavissa muulla perusoikeuteen vähemmän puuttuvalla tavalla kuin kriminalisoinnilla.”²⁸

²⁵ *Tapio Lappi-Seppälä*, Miksi rikosoikeus?, s. 33–36, teoksessa *Ari Hirvonen* (toim.), Kohti 2000-luvun rikosoikeutta, Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksen julkaisuja A:8, Helsinki 1994, s. 19–82.

²⁶ *Ari-Matti Nuutila*, Rikosoikeudellinen huolimattomuus, Lakimiesliiton Kustannus, Helsinki 1996, s. 76–90.

²⁷ Ks. *Sakari Melander*, Kriminalisointiperiaatteet ja perusoikeuksien rajoitusedellytykset, Lakimies 2002, s. 938–961, *Jussi Virtanen*, Rikosoikeuden yleiset opit ja oikeuslähdeoppi, s. 1054–1067, Lakimies 2004, s. 1048–1071.

²⁸ Eduskunnan perustuslakivaliokunnan lausunto (PeVL) 23/1997 vp, s. 2.

Kriminalisointiperiaatteiden ja perusoikeuksien vaatimukset käyvät hyvin ilmi lakivaliokunnan vuonna 2004 antamasta lausunnosta, jossa todettiin eräästä lakialoitteesta muun muassa:

– – ehdotuksen tulee täyttää samat edellytykset, joita rangaistussäännösten hyväksyttävälle käyttämiselle yhteiskunnallisina sääntelyvälineinä yleensäkin asetetaan. Näiden edellytysten mukaan kaikelle rikoslainsäädännölle tulee ensinnäkin olla *hyväksyttävä peruste*. Toiseksi on kyettävä osoittamaan, että on *painava yhteiskunnallinen tarve*, joka edellyttää juuri uuden rikostunnusmerkitön säätämistä hyväksyttäväksi arvioidun tavoitteen saavuttamiseksi. Tällöin huomioon tulevat otettaviksi ennestään voimassa oleva muu sääntely samoin kuin mahdolliset tavoitellun päämäärän saavuttamiseen johtavat vaihtoehtoiset menettelyt. Kolmanneksi säädettävän kriminalisoinnin tulee olla *ennaltaehkäisevä* eli uuden rangaistussäännöksen on voitava perustellusti olettaa edes jossain määrin vaikuttavan tarkoitetulla tavalla. Neljänneksi jo perustuslain 8 §:ssä säädetyistä rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta johdettua, että tunnusmerkitön on oltava *täsmällinen ja tarkkarajainen*.²⁹

Euroopan unionissa tapahtuva rikosoikeudellisista puitepäätöksistä päättäminen voitaisiin periaatteessa rinnastaa kansalliseen lainvalmisteluun. Suomessa – ja monessa muussakin maassa – vakiintuneita käsityksiä rationaalisesta lainvalmistelusta toiminta unionissa ei kuitenkaan juuri vastaa.

Rikosoikeudellinen yhteistyö tapahtuu siis unionin kehittämiseksi ”Vapauden, turvallisuuden ja oikeuden alueena”. Käsitteitä ei ole tarkemmin määritelty; käytännössä yhteistyössä vaikuttaa korostuvan lähinnä turvallisuus.³⁰ Turvallisuutta on tarjolla ”kunnon kansalaisille”: EU-retoriikka rakentuu kansalaisten ja rikollisten väliselle vastakkainasettelulle.³¹ Rikollisuuden yhteiskunnallinen ulottuvuus sekä mahdollisuus vaikuttaa rikollisuuteen tilannekohtaisin torjuntakeinoin ja esimerkiksi sosiaalipolitiikan keinoilla jäävät huomiotta.³² Monelta osin EU:n

²⁹ Eduskunnan lakivaliokunnan lausunto (LaVL) 9/2004 vp. Kursivoinnit alkuperäisiä.

³⁰ *Valsamis Mitsilegas*, Defining organised crime in the European Union: the limits of European criminal law in an area of ”freedom, security and justice”, s. 580, *European Law Review*, vol. 26, dec. 2001, s. 565–581.

³¹ *Thomas Elholm*, Den Europæiske Unions harmonisering af straffretten, s. 101, *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab* 2002, s. 77–105; *Ari Hirvonen*, Uusi matka uuteen kriminologiaan. Eurooppalaisesta rikosoikeudesta ja kritiikin mahdollisuudesta, s. 77, teoksessa *Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII*, *Pekka Koskisen* 1.1.2003 omistettu, Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 2003, s. 71–88; *Kimmo Nuotio*, Euroopan unioni kriminaalipolitiikan tekijänä – järkevän kriminaalipolitiikan päätepiste?, s. 1227, *Lakimies* 2003, s. 1213–1235.

³² *Elholm* 2002, s. 100; *Ari-Matti Nuutila*, Muutamia reunaehtoja ”EU:n kriminaalipolitiikalle”, s. 162–163, 165–166, teoksessa *Eurooppalainen yhteistyö ja kansalliset vaikutusmahdollisuudet EU:n rikosoikeudellisessa ja poliisiyhteistyössä*, Eduskunnan kanslian julkaisu 9/2002, Helsinki 2002, s. 159–166; *Tarja Halonen*, Tal av republikens president Tarja Halonen vid Nordiska kriminalismötet vid Helsingfors universitet den 10.6.2004, s. 272, *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab* 2004, s. 269–272.

yhteistoiminnan tulokset lisäävät rikoksenteikomahdollisuuksia (avustusjärjestelmä, rajavalvonnan poistaminen), ja tätä on kompensoitava ”halpana” keinona käytettävillä rangaistussäännöksillä. Koska rangaistusuhkien vaikutus rikollisuuden määrään on marginaalinen rikollisuustilaisuuksien vähentämiseen verrattuna, rikoksia tulee jatkossakin tapahtumaan. Tyytymättömyys tähän voi johtaa jatkuvaan rangaistustason koventamiseen. Lisäksi jo harmonisoinnin luonteesta on arveltu seuraavan, että ne jäsenvaltiot, joilla rangaistavan toiminnan ala on pienin tai rangaistustaso matalin, joutuvat tiukentamaan rikoslakiaan. Tätä ei käytännössä ole tarvinnut perustella: ankarampi kontrolli on aina esitetty toivottavana ja yhteistyön saavutuksena. Harmonisoinnilla tavoiteltua rangaistustasoa on vaikea sovittaa yhteen pohjoismaissa noudatetun kanssa.³³

Rikosoikeudellinen harmonisointi tapahtuu siis ”tarvittaessa”. Periaatteessa tämä tarkoittaisi tapauskohtaista punnintaa, mutta käytännössä on epäilty, tapahtuuko tällaista tarveharkintaa lainkaan.³⁴ Perustelut harmonisoinnille ovat puutteellisia, eikä kansallisen rikoslainsäädännön säätämisessä noudatettavia periaatteita kuten säännöksen tarpeellisuuden pohdintaa, rikosoikeuden käyttöä viime sijaisena keinona, seuraamusten suhteellisuuden periaatetta ja rikosoikeudellisen järjestelmän sisäistä johdonmukaisuutta noudateta EU:n rikosoikeudellisessa harmonisoinnissa. Järjestelmä on pikemminkin politisoitunut: tarkoitus on antaa yleisölle signaaleja poliitikkojen halusta ja kyvystä puuttua päättäväisesti tiettyihin rikollisuuden lajeihin.³⁵ Useissa tapauksissa puitepäätöksinä näkyvä harmonisointi on sattumanvaraista: se voi perustua tiettyihin sinänsä valitettaviin yksittäistapauksiin tai ainakin sellaiset voivat vaikuttaa merkittävästi puitepäätöksen käsittelyaikatauluun tai sisältöön.³⁶

³³ *Nils Jareborg – Petter Asp*, Kommentar till ordförandeskapets förslag ur straffrättsligt perspektiv, s. 318–321, *Svensk Juristtidning* 1997, s. 317–325; *Petter Asp*, EU & straffrätten. Studier rörande den europeiska integrationens betydelse för den svenska straffrätten, Iustus förlag 2002, s. 61–64; *Lahti* 2002, s. 441; *Per Ole Träskman*, Samma straff för lika brott – strävandena att uppnå en enhetlig rättstillämpning inom Europa, s. 315–316, teoksessa *Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII, Pekka Koskiselle* 1.1.2003 omistettu, Helsinki 2003, s. 303–316; *Wersäll* 2004, s. 673.

³⁴ *Petter Asp*, EU och den svenska straffrätten, s. 565, *Svensk Juristtidning* 2001, s. 554–570; *Melander*, Rangaistusten yhdenmukaistamisesta... 2002, s. 967, 974.

³⁵ *Elholm* 2002, s. 86–101; *Per Ole Träskman*, Strafflagen för Europeiska Unionen – Fakta och fiktion, *Svensk Juristtidning* 2002, s. 345–362; *Nuotio* 2003, s. 1234–1235; *Hälonen* 2004, s. 272.

³⁶ *Kimmo Nuotio*, Kriittisiä näkökohtia rikosoikeuden paikasta Euroopan unionin oikeudessa, s. 150, 152, teoksessa *Eurooppalainen yhteistyö ja kansalliset vaikutusmahdollisuudet EU:n rikosoikeudellisessa ja poliisiyhteistyössä*, Eduskunnan kanslian julkaisu 9/2002, Helsinki 2002, s. 143–158; *Nuotila* 2002, s. 160; *Melander* 2005, s. 227. Tällaisia vahvasti yksittäisiin tapahtumiin perustuvia toimia ovat ainakin terrorismin torjumista koskeva puitepäätös, direktiivi ja puitepäätös laittomassa maahantulossa avustamisesta sekä ehdotus puitepäätökseksi alusten aiheuttaman ympäristön pilaantumisen ehkäisemisestä.

Terrorismipuitepäätöksen käsittely perustui pitkälti yksittäistapaukseen ja tapahtui ilmapiirissä, joka ei ollut otollinen harkinnalle. Onneksi syyskuun 2001 ylimääräisessä ministerineuvoston kokouksessa ei sentään sitouduttu puitepäätöksen sisältöön, vaan vain käsittelyaikatauluun. Ruotsin oikeusministeri *Thomas Bodström* on päiväkirjamerkinnöissään kuvannut kokouksen tunnelmaa näin:

Torsdag 20 september. EU:s justitieministrar höll ett extra möte med anledning av terroristdåden mot World Trade Center. Det märktes direkt att det var ett helt annat debattklimat än tidigare. Vissa länder, och då särskilt Storbritannien, kände sig hårt drabbade. Vid mötet lät det som om man skulle kunna vidta vilka åtgärder som helst. Ordet rättssäkerheten fanns inte i vokabulären. Nu handlade det om att se till att det här inte kunde upprepas. Att ändamålen helgar medeln var den princip som nu gällde.

Det är nog tur att det inte finns möjlighet att fatta spontana beslut i EU. Frågorna måste beredas på olika nivåer och tillsammans med EU-kommissionen. Några beslut fattades sålunda inte utan vad man kom överens om var ett antal riktlinjer.³⁷

Nopealla käsittelyaikataululla oli kuitenkin se hyvä puoli, että pikaisten kompromissien saavuttamiseksi osa kiistanalaisimmista ehdotuksista jäi puitepäätöksestä käsittelyn edetessä pois, mikä Suomen näkökulmasta paransi lopputulosta.

Todellista pohdintaa siitä, missä määrin jo olemassa olevat kansalliset säännökset riittäisivät, ei komission ehdotuksessa esitetty. Suomessa vakiintunutta ajattelua, jonka mukaan uusi sääntely on ultima ratio -periaatteen mukaisesti tarpeen vain jos vanha ei riitä, ei juuri harrastettu. *Ben Saul* on arvioinut, että esitetyistä perusteluista huolimatta keskeinen erillisten kriminalisointien syy oli terrorismille siten annettava symbolinen moraalinen tuomio.³⁸

Ehdotuksen perusteluissa arveltiin, että terroristit saattavat käyttää hyväkseen sääntelyn eroja eri jäsenvaltioissa. Todettiin kyllä, että niissä maissa, joissa ei ole erityisiä säädöksiä terrorismista, terroriteoista rangaistaan kuten tavallisista rikoksista. Sen jälkeen silti todettiin tärkeänä perusteena puitepäätöksen välttämättömyydelle, ”että ainoastaan kuudella jäsenvaltiolla on terrorismin kattavia oikeudellisia välineitä”. Lisäksi todettiin, sinänsä asianmukaisesti, että yhteiset määritelmät helpottavat oikeudellista ja poliisiyhteistyötä sekä EU:n sisällä että

³⁷ *Thomas Bodström*, 700 dagar i Rosenbad, Bonnier Fakta 2004, s. 138–139. – Omat muistikuvani kokouksesta ovat vähän erilaiset: keskustelua leimasi mielestäni pikemmin sekavuus kuin yleisesti esitetty tiukat vaatimukset.

³⁸ *Ben Saul*, International terrorism as a European crime: the policy rationale for criminalization, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol 11/4, 2003, s. 323–349.

unionin ulkopuolisten maiden kanssa. Myös korostettiin terroritekojen poikkeuksellisuutta rikoksina verrattuina ”tavallisiin rikoksiin”.³⁹

Kimmo Nuotio on katsonut, että myös EU:ssa olisi edellytettävä rangaistusten hyväksyttävän käytön ehtojen aina täyttyvän, samaan tapaan kuin Suomessa otetaan huomioon perustuslakivaliokunnan kehittämät kriteerit.⁴⁰ Sakari Melander on toivonut syvällisempää EU:n rikosoikeudellisten harmonisointiperiaatteiden pohdintaa samalla tavalla kuin pohdittaessa esimerkiksi Suomessa kansallisesti kriminalisointiperiaatteita.⁴¹ Tällainen harkinta olisikin mitä tarpeellisinta, mutta ainakaan tähänastiset kokemukset EU:n rikosoikeudellisesta harmonisoinnista eivät anna aihetta optimismiin siitä, että tuollaista syvällisempää periaatteellista pohdintaa tultaisiin EU:n toimielimissä harjoittamaan.

Siinä missä puitepäättöksen käsittely aiheutti suuria työ- ja aikataulupaineita sekä oikeusministeriölle että eduskunnalle, puitepäättöksen täytäntöön panevien lakien käsittely tapahtui normaalimmalla vauhdilla. Vaikka käsittely oli nopeaa – oikeusministeriön ehdotus valmistui kesäkuussa 2002⁴², hallituksen esitys annettiin lokakuussa 2002⁴³ ja eduskunnan vastaus tammikuussa 2003 – se oli kuitenkin ainakin omasta mielestäni riittävän perusteellista. Valmisteluun oli myös varattu oikeusministeriössä riittävästi työvoimaa.

TERRORISMIN SÄÄNTELY, PERUSOIKEUDET JA OIKEUSTURVA⁴⁴

Puitepäättöksen käsittelyn yhteydessä esitettiin huoli, että se olisi suunnattu kansalaisliikkeitä vastaan ja rajoittaisi perusoikeuksia, kuten sananvapautta.⁴⁵ Myös rikoslain 34 a lukua vastaan on esitetty tällaisia epäilyksiä, varsinkin ajatellen tilannetta, jossa yhteiskunnallinen vakaus Suomessa horjui nykyisestä.⁴⁶

³⁹ Ehdotus neuvoston puitepäättökseksi terrorismin torjumisesta, Euroopan yhteisöjen komissio 19.9.2001, KOM(2001) 521 lopullinen, s. 2–3, 6–8. Samaan aikaan ehdotetun ja myöhemmin hyväksytyn eurooppalaisen pidätysmääräyksen mukaan etsitty henkilö luovutetaan toiseen jäsenvaltioon teon kaksoisrangaistavuutta tutkimatta muun muassa silloin, kun kyseessä on terrorismi. Järjestely ei siis suoraan edellytä aineellisen rikosoikeuden harmonisointia. *Nuotion* (2002, s. 146) arvion mukaan pidätysmääräyksen mukainen pitkälle menevä yhteistyövelvoite ei kuitenkaan voi olla lisäämättä tarvetta lähentää myös aineellista lainsäädäntöä.

⁴⁰ *Nuotio* 2002, s. 150.

⁴¹ *Melander* 2005, s. 233.

⁴² Terrorismia koskeva rikoslain ja pakkokeinolain muuttaminen, oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä 2002:13.

⁴³ Hallituksen esitys 188/2002 vp.

⁴⁴ Luonnollisesti seuraavassa jaksossa käsiteltävät rikoslainsäädännölliset kysymyksetkin koskevat osaltaan perusoikeuksia ja oikeusturvaa.

⁴⁵ Ks. alaviite 14.

⁴⁶ Ks. erityisesti 34 a luvun kritiikistä *Ari Hirvonen*, Kriitikko vastaa lainvalmistelijalle, *Yliopisto* 3/2003, s. 33–34.

Terroristisen tarkoituksen määritelmään sisältyy myös tavoitteita, joihin voidaan pyrkiä muutenkin kuin terrorismilla, kuten lakolla tai mielenosoituksilla – esimerkiksi viranomaisten pakottaminen johonkin tai maan poliittisten rakenteiden horjuttaminen. Myös jotkin erikseen luetellut rikosten tekotavat ovat sellaisia, että lakkojen tai mielenosoitusten yhteydessä voisi esiintyä sellaista.

Erityisesti alkuperäisessä komission puitepäättösehdotuksessa monen huomiona kiinnitti ehdotus, jonka mukaan ”valtion laitosten, julkisten liikennevälineiden, julkisia palveluja tuottavien laitosten, julkisten paikkojen ja omaisuuden laitton haltuunotto tai vahingoittaminen” voisi olla terrorismia. Perustelujen mukaan tämä tekotapa voi käsittää ”esimerkiksi kaupunkiväkivallan”.⁴⁷ Selvää on, ettei mielessä ollut mikä tahansa väkivalta, vaan kansainvälisten huippukokousten yhteydessä tapahtuneet väkivaltaiset mielenosoitukset – Göteborgin ja Genovan mielenosoitukset kesältä 2001 olivat silloin tuoreessa muistissa. Myöhemmin kohdan sanamuotoa täsmennettiin lisäkriteerein, jotka kaventavat mahdollisuutta soveltaa sitä esimerkiksi mielenosoitusten yhteydessä tehtyihin rikoksiin. Toisaalta kohdan soveltamisala laajeni myös yksityiseen omaisuuteen.⁴⁸

Ainakaan Euroopan unionissa ei ole todennäköistä mielenosoitus- tai lakko-oikeuden rajoittaminen sellaisenaan terrorismin kriminalisoinnin varjolla. Kuitenkin varsinkin alkuperäisen puitepäättösehdotuksen sanamuodon mukaan olisi ehkä ollut mahdollista pitää mielenosoitusten yhteydessä esiintyviä vahingonteitoja terrorismina, jolloin vahingonteosta olisi voitu rangaista tekoon nähden suhteettoman ankarasti tai jopa pitää koko mielenosoitusta terrorismina.

Puitepäättökseen lisättiin tämän välttämiseksi erilaisia perusoikeuksia koskevia kannanottoja. Johdannon 10 kohdan mukaan ”puitepäättästä ei miltään osin voida tulkita niin, että sillä pyritäisiin rajoittamaan tai estämään perusoikeuksia ja -vapauksia, kuten lakko-oikeutta, kokoontumisvapautta, yhdistymisvapautta, sananvapautta, mukaan lukien oikeus perustaa ammattiyhdistyksiä ja liittyä niihin etujensa turvaamiseksi, sekä niihin liittyvää oikeutta osoittaa mieltään”.

Varmemmaksi vakuudeksi, ajatellen tilanteita, joissa mielenosoitus ei ole rauhallinen vaan sen yhteydessä tehdään rikoksia, neuvosto hyväksyi joulukuussa 2001 puitepäättökseen poliittisen hyväksymisen yhteydessä erillisen lausuman. Sen mukaan puitepäättökseen perusteella ei voida asettaa terrorismista syytteen henkilöitä, jotka käyttävät laillista oikeuttaan tuoda julki mielipiteensä,

⁴⁷ Ehdotus neuvoston puitepäättökseksi terrorismin torjumisesta, s. 9 ja 17 (ehdotetun 3 artiklan 1 kohdan f alakohta).

⁴⁸ Lopullisesti hyväksytyn sanamuodon mukaan kyse on (terroristisen tarkoituksen toteutuessa) terrorismista, kun joku ”aiheuttaa hallinnollisille tai julkisille laitoksille, liikennejärjestelmille, infrastruktuureille atk-järjestelmät mukaan luettuina, mannerjalustalla sijaitsevalle kiinteälle laualle, julkisille paikoille tai yksityiselle omaisuudelle suuria tuhoja, jotka voivat saattaa vaaraan ihmishenkiä tai aiheuttaa huomattavia taloudellisia menetyksiä” (1 artiklan 1 kohdan d alakohta).

vaikka he kyseistä oikeutta käyttäessään syyllistyvät rikoksiin.⁴⁹ Lausuma hyväksyttiin Ruotsin vaatimuksesta.⁵⁰

Kotimaisessa hallituksen esityksessä tarkasteltiin näistä lähtökohdista terrorismin määritelmän soveltumista lakkoihin ja mielenosoituksiin, ja lähdettiin siitä, että niiden yhteydessä tehtyjä rikoksia ei yleensä voida pitää terrorismina. Poikkeuksettomana tätä sääntöä ei kuitenkaan pidetty.⁵¹

Alkuperäisessä puitepäättösehdotuksessa oli myös sananvapauden kannalta kyseenalainen kohta, jonka mukaan terrorismina rangaistavaa olisi ”terroristiryhmän tukeminen, kannattaminen tai toimintaan osallistuminen”. Tätä kohtaa ei ollut mitenkään perusteltu.⁵² Neuvottelujen edetessä terroristiryhmän ”tukeminen ja kannattaminen” jäivät nopeasti pois rangaistavien tekojen listalta. Kotimaisessa hallituksen esityksessä todetaan kahteenkin kertaan, että ryhmän tukeminen mielipiteitä esittämällä tai sen muu kannattaminen ei ole terrorismirikoksesta rangaistavaa.⁵³

Kansalaisliikkeitä sivuavana kysymyksenä on mainittava myös terrorismin määritelmän mahdollinen soveltuminen turkistarhaiskuihin. Tällaisissa teoissa ei tietenkään ole kysymys mistään perusoikeutta sivuavasta toiminnasta. Kuitenkin oikeusturvan kannalta kyseenalaista olisi rikosoikeudellisen terrorismikäsitteen soveltaminen sellaisiin tekoihin, joihin sitä ei ole tarkoitettu, koska terrorismirikoksista on tarkoitus rangaista ankarasti.

Turkistarhaiskujen ainakin välillinen tavoite on valtion oikeudeton pakottaminen toimenpiteisiin eli kieltämään turkistarhaus. Tarkoitusta voitaisiin siten pitää terroristisena. Itse tekoa voidaan usein pitää törkeänä vahingontekona, joka sisältyy terroristisessa tarkoituksessa tehtyjen rikosten luetteloon. Puitepäättökseen sekä vastaavasti rikoslain 34 a luvun 1 §:ään sisältyy kuitenkin tärkeä lisäkritiikki: teon on oltava omiaan aiheuttamaan vakavaa vahinkoa jollekin valtiolle tai kansainväliselle järjestölle.⁵⁴ Turkistarhaiskut tuskin yleensä täyttävät tätä terrorismin määritelmän lisäkriteriä. Esimerkiksi poliisin tai poliittisten päättäjien puheenvuoroissa terrorismin käsite olisikin syytä pitää selkeänä.⁵⁵

⁴⁹ Euroopan unionin neuvoston asiakirja 14845/1/01 REV 1 DROIPEN 103 CATS 49, 7.12.2001. – Silti eräät tahot ovat EU:ssa yrittäneet puitepäättökseen hyväksymisen jälkeenkin saada mielenosoituksiin liittyvän vandalismin rinnastetuksi terrorismiin. Ks. *Lindstedt* 2002, s. 444–445.

⁵⁰ *Bodström* 2004 s. 160–161.

⁵¹ Terrorismia voisi olla esimerkiksi valtion hallituksen ottaminen panttivangiksi mielenosoituksen yhteydessä tai tahallinen tulipalon sytyttäminen lakon yhteydessä, jos myös muut terroristisessa tarkoituksessa tehdyn rikoksen tunnusmerkistön osat täyttyvät. Hallituksen esitys 188/2002 vp, s. 58–59.

⁵² Ehdotus neuvoston puitepäättökseksi terrorismin torjumisesta, s. 17–18 (ehdotetun 3 artiklan 1 kohdan m alakohhta).

⁵³ Hallituksen esitys 188/2002 vp, s. 52, 54.

⁵⁴ Tämä ei sisällynyt alkuperäiseen puitepäättösehdotukseen.

⁵⁵ Sisäasiainministeri *Kari Rajamäki* vaikuttikin olevan väärässä katsoessaan eduskunnan kyselytunnilla, että turkistarhaiskuja voitaisiin pitää terrorismina. Samassa keskustelussa oikeusministeri

TERRORISMISÄÄNNÖKSET OSANA SUOMEN RIKOSLAKIA

Puitepäätöksen kotimainen toimeenpano oli haasteellinen tehtävä: toisaalta täytäntöönpanon oli tapahduttava riittävän tarkasti suhteessa puitepäätökseen. Toisaalta oli tavoitteena poiketa mahdollisimman vähän muualla rikoslaissa käytetystä kirjoitustavasta. Tässä mielessä terrorismirikokset haluttiin pitää mahdollisimman ”normaalina” osana rikoslakia eikä tarpeettoman paljon korostaa näiden rikosten poikkeuksellisuutta. Useita periaatteellisia ja käytännöllisiä ongelmia oli ratkaistavana. Seuraavassa tarkastellaan niistä keskeisiä.

Hyväksytty rikoslain 34 a luvun 1 § koskee terroristisessa tarkoituksessa tehtyjä rikoksia ja sisältää puitepäätöksen 1 artiklan tapaan rikosluettelon. Jos luettelon mukaiset rikokset on tehty terroristisessa tarkoituksessa, niistä on tuomittava ankarammat rangaistukset kuin mitä voitaisiin tuomita ilman terroristista tarkoitusta tehtynä. Tämä puitepäätöksen edellyttämä velvoite olisi voitu toteuttaa useammalla eri tavalla. Olisi voitu luoda erillinen ”terrorismirikos”-niminen rikos, joka olisi kattanut kaikki puitepäätöksen mukaiset tekotavat.⁵⁶ Tällaiselle rikokselle olisi kuitenkin tullut säätää enimmäisrangaistukseksi elinkautinen vankeusrangaistus, jotta puitepäätöksen vaatimus normaalia ankarammasta rangaistuksesta olisi toteutunut. Tämä olisi merkinnyt vakavuudeltaan aivan eri luokkaa olevien rikosten – laittomasta uhkauksesta murhaan – saattamista saman rangaistusasteikon piiriin. Sen vuoksi jokaisen rikoksen rangaistusasteikot on määritelty pykälässä erikseen. Tästä tosin seurasi se rikoslaissa vakiintuneeseen linjaan sopimaton ratkaisu, että pykälä sisältää nyt peräti kahdeksan erilaista rangaistusasteikkoa.

Periaatteellisestikin hankalampia kysymyksiä liittyy 34 a luvun 3 §:ään, joka koskee terroristiryhmän johtamista. Tästä rikoksesta tuomitaan rangaistukseen vähintään kahdeksi ja enintään 12 vuodeksi. Terroristiryhmän johtaja on lisäksi tuomittava tekemästään tai hänen johdollaan terroristiryhmän toiminnassa tehdystä terrorismirikoksesta. Tämän poikkeuksellisen säännöksen taustalla on se, että puitepäätöksen mukaan terroristiryhmän johtajalle on voitava langettaa vankeusrangaistus, jonka enimmäispituus on ainakin 15 vuotta. Ankarin määräaikainen rangaistus on Suomessa 12 vuotta. Sen sijaan tuomitsemalla yhteinen ran-

Johannes Koskinen oikaisi kollegaansa todeten, että rikoslaissa terrorismin määritelmän kynnys on olennaisesti korkeammalla kuin mihin Rajamäki viittasi. Eduskunta, pöytäkirja 65/2003 vp, n:o 62.

⁵⁶ Ruotsissa säädettiin erillisestä ”terrorismirikoksesta”. Lag (2003:148) om straff för terroristbrott, 3 §.

gaistus voidaan tuomita 15 vuoden rangaistus.⁵⁷ Toisaalta ei haluttu säätää terroristiryhmän johtamisesta elinkautisen vankeusrangaistuksen uhkaa.⁵⁸

Omaksuttu ratkaisu on jossain määrin ongelmallinen suhteessa objektiiviseen vastuuseen. Velvoite säätää puitepäätöksen mukaisesti 15 vuoden enimmäisrangaistuksesta tuntuu edellyttävän, että johtajalle tuomittaisiin aina yhteinen vankeusrangaistus. Toisaalta rikoslainsäädännön yhtenä lähtökohtana voidaan pitää syyksiluettavuudesta riippumattoman objektiivisen vastuun kieltoa.⁵⁹ Hallituksen esityksessä lähtökohdaksi otettiin, ettei puitepäätös edellytä johtajan tuomitsemista myös ryhmän tekemistä rikoksista kun ilmenee, että häntä ei voida pitää niistä vastuullisena. Vastuun luonnehdittiin ulottuvan laajemmalle kuin mitä yleisestä osallisuusvastuusta seuraa, mutta vastuu ei ole kuitenkaan objektiivista.⁶⁰ Lisäksi eduskuntakäsittelyssä pykälän sanamuotoa muutettiin ehdotusta sen korostamiseksi, että kyse ei ole objektiivisesta vastuusta.⁶¹ Hallituksen esityksen sisältämistä eri tilanteiden pohdinnasta huolimatta säännöksen soveltaminen saattaa käytännössä olla vaikeaa.

Suomessa tehty ratkaisu, jonka mukaan 15 vuoden enimmäisrangaistukseen päästään yhteisen rangaistuksen kautta, ei tullut komission puitepäätöksen täytäntöönpanosta tekemässä raportissa ymmärretyksi. Siinä todettiin terroristiryhmän johtajalle voitavan Suomessa tuomita 12 vuoden enimmäisrangaistus, joten rangaistus ei vastaa puitepäätöstä.⁶² Tämän jälkeen Suomi ilmoitti näkemyksensä, että artikla on pantu Suomessa asianmukaisesti täytäntöön, ja selosti vielä uudelleen neuvostolle laskutavan 15 vuoteen pääsemiseksi.

Myös luvun 4 §, terroristiryhmän toiminnan edistäminen, on aiheuttanut päänvaivaa. Puitepäätöksestä ei selvinnyt kuin pääpiirteinen lähtökohta: sen 2 artiklan 2 kohdan b alakohdan mukaan rangaistavaa on oltava ”terroristiryhmän toi-

⁵⁷ Hallituksen esitys 188/2002 vp, s. 47. Puitepäätösneuvotteluissa Suomi pyrki siihen, että terroristiryhmän johtajalle tuomittavasta rangaistusasteikosta päätettäessä olisi voitu ottaa huomioon kansalliset enimmäisrangaistukset. Näin ei kuitenkaan tapahtunut Suomen jäätyä näkemyksineen yksin.

⁵⁸ Jos johtaja on samalla tehnyt rikoksen, josta voidaan tuomita elinkautinen vankeusrangaistus, kuten esimerkiksi murhan, elinkautinen tulee luonnollisesti tällöin kysymykseen.

⁵⁹ Rikoslain 3 luvun 5 §:n 1 momentin mukaan rangaistusvastuun edellytyksenä on tahallisuus tai tuottamus. Vaikka tämä nimenomainen säännös tulikin voimaan vasta vuoden 2004 alussa rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevien rikoslain lukujen uudistuksen myötä, periaate ei ole uusi (ks. hallituksen esitys 44/2002 vp, s. 69). Nuutila (1996, s. 76–79) pitää objektiivisen rangaistusvastuun kieltoa keskeisenä osana kriminalisointiperiaatteena noudatettavaa ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatetta.

⁶⁰ Ks. tarkemmin hallituksen esitys 188/2002 vp, s. 49.

⁶¹ PeVL 48/2002 vp, s. 3, LaVM 24/2002 vp, s. 5.

⁶² Annex to the Report from the Commission based on Article 11 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on combating terrorism, Euroopan unionin neuvoston asiakirja 10528/04 ADD 1, 15.6.2004, s. 22.

mintaan osallistuminen mukaan lukien tietojen tai aineellisten välineiden antaminen sille tai sen toiminnan rahoittaminen jollakin tavalla”. Hallituksen esityksessä tulkittiin, että terroristiryhmän toimintaan osallistuminen⁶³ on puitepäätöksen panemiseksi täytäntöön säädettävä rangaistavaksi silloinkin kun itse tekoa tai sen valmistelua ei ole vielä tehty. Samoin esityksessä katsottiin puitepäätöksen yleisluonteisuudesta seuraavan, että pykälässä olisi käytettävä myös yleisluonteista viittausta muihin vakavuudeltaan rinnastettaviin tekoihin.⁶⁴

Eduskuntakäsittelyssä ehdotusta pidettiin sekä perustuslakivaliokunnassa että lakivaliokunnassa ongelmallisena sääntelyn täsmällisyyttä edellyttävän rikosoikeudellisen legaliteettiperiaatteen kannalta. Lakivaliokunnan mielestä puitepäätöstä ei voida lukea hallituksen esityksen tavoin. Valiokunta lisäsin rangaistavuuden edellytykseksi sen, että terroristiryhmän toiminnassa tehdään luvun 1 tai 2 §:n mukainen teko eli terroristisessa tarkoituksessa tehty rikos tai sen rangaistava yritys taikka tällaisen rikoksen valmistelu. Samoin lakivaliokunta katsoi, että kaikki tekotavat on yksilöitävä eikä voida käyttää hallituksen ehdottamaa yleisluonteista muotoilua ”muulla vakavuudeltaan näihin rinnastettavalla tavalla toimii terroristiryhmän hyväksi”.⁶⁵

Eduskunnan tekemät muutokset 4 §:ään olivat rikoslainsäädännön täsmällisyyden kannalta parannuksia.⁶⁶ Se, että ryhmän toiminnan edistämisen rangaistavuus edellyttää rikoksen (tai yrityksen tai valmistelun) todella tapahtuneen, herätti kuitenkin komission epäilyn, että Suomi ei ole pannut puitepäätöstä asianmukaisesti täytäntöön, vaan on jättänyt ”porsaanreiän”.⁶⁷ Ilmeisesti tätä ei silti pidetty suorastaan puitepäätöksen vastaisena, sillä toisessa yhteydessä Suomi on mainittu yhtenä kolmesta jäsenmaasta, jotka ovat täydellisesti panneet täytäntöön puitepäätöksen.⁶⁸ Komissio antanee puitepäätöksen täytäntöönpanosta seuraavan raportin vuoden 2005 lopussa.⁶⁹ Siinä komission suhtautuminen kyseiseen Suomen rikoslain pykälään täsmentyyne.

Samassa 4 §:ssä jouduttiin omaksumaan myös rikoslain sisältämien rangaistusasteikkojen johdonmukaisuuden kannalta erikoinen sääntely. Terroristiryh-

⁶³ Eduskunnan hyväksymässä muodossa siis ”terroristiryhmän toiminnan edistäminen”.

⁶⁴ Hallituksen esitys 188/2002 vp, s. 51.

⁶⁵ LaVM 24/2002 vp, s. 5–7, ks. myös PeVL 48/2002 vp, s. 2–3.

⁶⁶ Pekka Hallberg mainitsee hallituksen esittämään 4 §:ään eduskunnassa tehdyt muutokset osoituksena oikeusvaltion periaatteiden merkityksestä valmistelussa. Hallberg, *The Rule of Law*, Helsinki 2004, s. 263–264.

⁶⁷ ”Punitive loophole”. Alaviitteessä 62 mainittu asiakirja, s. 14.

⁶⁸ Implementation of the legislative instruments listed in the Declaration on terrorism of the European Council of 25 March 2004 – state as on 30 May 2005, s. 2, <http://ue.eu.int/uedocs/cmsUpload/WEBad02.en05.pdf>.

⁶⁹ Note to the European Council, 16–17 June 2005, submitted by the Presidency and the EU Counter-Terrorism Coordinator. Implementation of the Action Plan to combat terrorism, s. 7, <http://ue.eu.int/uedocs/cmsUpload/newWEBre01.en05.pdf>.

män toiminnan edistämisestä tuomittava enimmäisrangaistus on kahdeksan vuotta vankeutta eli puitepäättöksen edellyttämä taso. Kuitenkin ryhmän toiminnan edistämistä koskevaa 4 §:ää ei sovelleta, jos teko on rangaistava osallisuutena terroristisessa tarkoituksessa tehtyyn rikokseen, vaikka 4 § johtaisikin ankarampaan rangaistukseen. Tätä perusteltiin järjestelmän sisäisellä johdonmukaisuudella. Ryhmän toiminnan edistäminen on vähäisempi teko kuin osallisuus tehtyyn rikokseen. Rangaistusasteikoissa tätä ei voitu ottaa huomioon: hallituksen esityksen mukaan 4 §:n rangaistusasteikko perustuu puitepäättökseen, ”jossa ei tältä osin ole otettu huomioon kansallisen rikosoikeusjärjestelmän sisäistä johdonmukaisuutta”.⁷⁰ Vastaavasti on säännöksen toissijaisuudesta säädetty myös terrorismin rahoittamista koskevassa 5 §:ssä.

Säännökset terroristiryhmän johtamisesta, terroristiryhmän toiminnan edistämisestä ja terrorismin rahoittamisesta koskevat tekotapoja, joita voidaan pitää poikkeuksina meillä yleensä noudatetusta osallisuusopista. Vastaavanlainen säännös on myös rikoslain 17 luvun 1 a §:n säännös järjestäytyneen rikollisryhmän toimintaan osallistumisesta, sekin kansainvälisistä velvoitteista johtuva säännös. Tällaiset uudenlaiset säännökset ovat ainakin toistaiseksi jääneet irrallisiksi yleisestä osallisuusjärjestelmästäme eikä niiden suhdetta esimerkiksi uudistettuihin rikosoikeuden yleisiin oppeihin ole juuri pohdittu.⁷¹

LOPPUARVIO

Käsitykseni on, että lähtökohtiinsa ja käsittelyajankohtaansa nähden terrorismipuitepäätös olisi saattanut olla vieläkin ongelmallisempi sekä kansalaisten oikeusturvan että kansalliseen rikoslakiin sovittamisen kannalta. Kun puitepäätös-hanke paljolti perustui kuohuttavaan yksittäistapaukseen, hankkeen tarpeellisuutta ei riittävästi tutkittu, tavoitteena oli vahvan signaalin lähettäminen kansalaisille ja puitepäättöksen käsittely tapahtui kiireellä, olisi puitepäättöksestä ai-

⁷⁰ Hallituksen esitys 188/2002 vp, s. 54–55. Suomen näkemys, jonka mukaan ryhmän toimintaan osallistumisesta säädettyjen rangaistusten tulisi järjestelmän johdonmukaisuuden vuoksi jäädä kansalliseen harkintaan, ei saanut puitepäättöksen käsittelyssä tukea. Myös eduskunnassa lähdettiin puitepäättöstä käsiteltäessä siitä, että kansallisen järjestelmän johdonmukaisuus ei saisi vaarantua. Lakivaliokunta muun muassa kiinnitti kriittistä huomiota siihen, että sillä hetkellä käsiteltävänä olleessa puheenjohtaja Belgian laatimassa puitepäätösversiossa rangaistusjärjestelmän yhdenmukaistamista oli perusteltu heikosti – lähinnä tarpeella vahvaan poliittiseen signaaliin. Ks. PeVL 41/2001 vp, s. 3–4, LaVL 20/2001 vp, s. 6.

⁷¹ Raimo Lahti on pitänyt ongelmallisena, ettei rikollisorganisaatiota koskevia sääntelykysymyksiä käsitelty rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevia lakeja uudistettaessa. Lahti, Rikosoikeuden yleisten oppien uudistamisesityksen arviointia, s. 152, teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII, Pekka Koskiselle 1.1.2003 omistettu, Helsinki 2003, s. 137–153.

heutunut vahinko voinut olla suurempikin. Tästä huolimatta on esimerkiksi tutkijoiden ja kansalaisjärjestöjen esittämä kritiikki otettava vastaisen varalle huomioon.⁷²

Tätä kirjoitusta heinäkuussa 2005 laadittaessa on Lontoossa tapahtunut vakavia terrori-iskuja. Valitettavasti iskuja lienee jatkossakin odotettavissa eri puolilla maailmaa. Rikosoikeudellisia keinoja terrorismin estämiseksi tullaan luultavasti tehostamaan, joten haasteita rikoslainsäädännön valmistelulle tulee jatkossakin. Vireillä on ainakin Euroopan neuvostossa luonnos yleissopimukseksi terrorismin ehkäisemisestä. Se koskisi lähinnä julkista yllyttämistä terrorismiin sekä terroristien värväystä ja koulutusta.⁷³ Varsinkin rangaistusasteikkojen ankaruuden ja niiden sisäisen johdonmukaisuuden kannalta Suomelle ongelmallisia piirteitä liittyy, paitsi terrorismin, myös järjestäytyneen rikollisuuden torjuntaan, josta on tehty Euroopan unionissa puitepäätösehdotus.⁷⁴

Euroopan perustuslaista tehty sopimus, jonka kohtalo on tätä kirjoitettaessa avoin, lisäisi rikosoikeudellista harmonisointia.⁷⁵ Vaikka sopimusta ei hyväksytäkään, harmonisointi Euroopan unionissa tulee varmaankin jatkumaan. Terrorismipuitepäätöksen ja muiden puitepäätösten valmistelusta ja kotimaisesta täytäntöönpanosta saaduilla kokemuksilla on siis jatkossakin käyttöä.⁷⁶

Nähtäväksi jää, kuinka paljon kansallisen rikoslainsäätäjän harkintavalta loppujen lopuksi kaventuu ja kuinka paljon rikoslakimme systematiikka murentuu. Tältä kannalta on eniten vaikutusta toimilla, jotka koskevat usein sovellettavaa

⁷² Oikeusministeri *Johannes Koskinen* on lehtihaastattelussa kesällä 2005 suhtautunut kriittisesti yksittäisten terrori-iskujen synnyttämiin Euroopan unionin hankkeisiin: ” – Järkyttävien tapahtumien jälkeen heti seuraavalla viikolla tehdään joku lakiesitys. Osaksi on kysymys siitä, että näin saadaan aikaan mielikuva tehokkuudesta. Aina tulee uusia ja uusia esityksiä, joilla ongelmaa hoidetaan, Koskinen kuvailee. – – Ei ole hyvä, että esityslista vaihtelee maailman tapahtumien mukaan kuukausittain.” *Raisa Korkki*, EU säätää sirpaleisia lakeja terrorismin pelossa. Uhka: Johannes Koskinen mielestä syvälinen keskustelu tekojen syistä unohtui, *Aamulehti* 24.7.2005, A 1, A 5.

⁷³ Rangaistavuus tulisi ulottaa kovin laajalle: muun muassa yritykseen värvätä tai kouluttaa terroristeja silloinkin, kun mitään rikosta ei tehdä. Ks. luonnoksesta rikosoikeudelliselta kannalta: oikeusministeriön lausunto ulkoasiainministeriölle 6.5.2005, OM 14/84/2005.

⁷⁴ Ks. valtioneuvoston kirjelmä eduskunnalle 31.3.2005, U 12/2005 vp. – Nykyinen rikoslain 17 luvun 1 a §, joka koskee järjestäytyneen rikollisryhmän toimintaan osallistumista, perustuu kansainvälisiin velvoitteisiin (EU:n yhteinen toiminta ja kansainvälisen järjestäytyneen rikollisuuden vastainen YK:n yleissopimus). Mainittu pykälä on jo nykymuodossaan koettu monessa suhteessa varsin ongelmalliseksi (ks. hallituksen esitys 183/1999 vp, LaVM 26/2002 vp ja 5/2003 vp). Näyttää siltä, että puitepäätös – ainakin mainitussa U-kirjelmässä selostetussa muodossa – tulisi aiheuttamaan vielä huomattavasti suurempia ongelmia erityisesti rangaistusasteikkojen johdonmukaisuuden kannalta.

⁷⁵ Ks. *Wersäll* 2004.

⁷⁶ Tiettyjä rikoslajeja koskevia puitepäätöksiä on jo varsin paljon (ks. alaviite 18). Jatkossa harmonisoiminen saattaaakin liittyä enemmän seuraamusjärjestelmään, jota koskien on tähän mennessä tehty vain konfiskaatiota koskeva puitepäätös.

normistoa, kuten esimerkiksi huumausainerikoksia koskevia säännöksiä.⁷⁷ Jos-sain vaiheessa ehkä joudutaan toteamaan, että kaikkia kansainvälisiä velvoitteita ei voida enää panna täytäntöön yhtä pikkutarkasti kuin mitä Suomessa on tähän asti tehty.⁷⁸

⁷⁷ *Nuotio* 2002, s. 153. Hän huomauttaa, että aikaisempien periaatteiden uudelleen muotoilulla kansainvälisen yhteistyön vuoksi on vähemmän merkitystä silloin, kun kysymys on harvinaisista rikoksista kuten terrorismista tai sotarikoksista.

⁷⁸ ”On syytä kysyä, kuinka kirjaimellisesti on ollut välttämätöntä muuntaa puitepäättöksen edellyttämät velvoitteet Suomen rikoslain tunnusmerkistöiksi, kun tällöin on jouduttu huomattavasti poikkeamaan rikoslakimme kirjoittamisessa ja myös rikoslain kokonaisuudistuksessa omaksutuis-ta lainkirjoitusperiaatteista.” *Raimo Lahti*, lausunto eduskunnan perustuslakivaliokunnalle ja laki-valiokunnalle 13.11.2002 hallituksen esityksestä 188/2002 vp terrorismia koskeviksi rikoslain ja pakkokeinolain säännöksiksi, s. 2.

Salla Lötjönen

Tutkittavan itsemääräämisoikeuden suojaaminen jälkikäteisten sanktiomekanismien ja korvausjärjestelmien turvin¹

JOHDANTO

Sekä Euroopan neuvoston ihmisoikeuksia ja biolääketiedettä koskeva yleissopimus (biolääketiedesopimus) että kansallinen lakimme lääketieteellisestä tutkimuksesta (9.4.1999/488, tutkimuslaki) edellyttävät tutkittavan suostumusta yhtenä edellytyksenä osallistumiselle lääketieteelliseen tutkimukseen.² Suostumusedellytyksestä on poikkeuksia, mutta tutkittavan fyysiseen koskemattomuuteen puuttuvissa tutkimuksissa poikkeukset eivät ole perusteltavissa pelkästään tutkimusperäisillä intresseillä: yksilön etu on ensisijainen tieteen tai yhteiskunnan etuun nähden.³ Viimeksi mainittu periaate on vahvistettu useissa kansainvälisissä asiakirjoissa, mm. jo mainitun biolääketiedesopimuksen 2 artiklassa. Pelkästään henkilötietoja tai kudosnäytteitä hyödyntävää tutkimusta voidaan joissain tapauksissa tehdä myös ilman tutkittavan tai hänen edustajansa myötävaikutusta.⁴ Rajaan tämän artikkelin siitä syystä koskemaan pääsääntöisesti lääketieteellisiä tutkimuksia, joissa on puututtu tutkittavan fyysiseen koskemattomuuteen.

Tämän artikkelin tavoitteena on tarkastella tutkittavan toimintamahdollisuuksia tilanteissa, joissa asianmukaista suostumusta ei syystä tai toisesta ole saatu tai edes kysytty. Nämä tilanteet ovat kuitenkin varsin harvinaisia, mutta sanomalehdistössäkin on käsitelty tapauksia, joissa tutkija on ollut joko tietämätön tai välinpitämätön vallitsevasta lainsäädännöstä.⁵ Suurinta julkisuutta lienee saanut

¹ Tämä artikkeli on tuotettu osana Helsingin yliopiston käytännöllisen filosofian laitoksen tutkimushanketta *Ethical and Social Aspects of Bioinformatics* (ESABI), jota rahoittaa 2004–2007 Suomen Akatemia (SA 105139). Esitän lämpimät kiitokset artikkelin eri versioita kommentoineille henkilöille, erityisesti apulaisjohtaja Tarja Holille, professori Matti Häyrylle, korvauspäällikkö Reima Paloselle ja dosentti Tuija Takalalle. Olen kirjoittanut artikkelia Sheffieldin yliopiston vieraillevana tutkijana, ja esitän parhaat kiitokseni myös Sheffield Institute of Biotechnological Law and Ethics (SIBLE):n johtajalle professori Deryck Beyleveledille antoisista keskusteluista ja miellyttävästä tutkimusympäristöstä.

² European Treaty Series 164, 5 ja 16 artiklat.

³ Suostumusedellytyksen poikkeuksista yleisesti, ks. esim. Lötjönen Salla, *Lääketieteellinen tutkimus ihmisillä*, s. 128–130, Helsinki 2004. Erityisesti hätätilatutkimuksista, ks. Lötjönen Salla,

neurologian professori Urpo Rinteen lääketutkimuksia koskeva tapaus, joka liittyi tapahtumiin aikana, jolloin nykyinen lainsäädäntö ei ollut sellaisenaan voimassa.⁶

Mahdollisuus virheisiin etenkin tutkijoiden tietämättömyyden tai ymmärtämättömyyden vuoksi on nyttemmin vähentynyt lisääntyneellä ennakkovalvonalla. Esimerkiksi tutkimuslain voimaantulon jälkeen 1.11.1999 kaikki lääketieteelliset tutkimukset alistetaan sairaanhoitopiirien eettisten toimikuntien käsitteelyyn, jossa mm. tutkimussuunnitelma, tutkittaville jaettavat tiedotteet sekä suostumuslomakkeet tarkistetaan ennen kuin eettinen toimikunta antaa myönteisen lausunnon tutkimuksen eettisyydestä ja varsinainen tutkimuksen toimeenpanovaihe voidaan aloittaa.⁷ Lääkelain (10.4.1987/395) 87 §:n mukaan kaikki lääkkeillä tehtävät tutkimukset tulee lisäksi ilmoittaa ennalta Lääkelaitokselle. Jotkut lääketutkimukset tarvitsevat jopa Lääkelaitoksen myöntämän tutkimusluvan.⁸ Myös terveydenhuollon laitteilla tai tarvikkeilla tehtävät tutkimukset tulee il-

Medical research in clinical emergency settings in Europe, Journal of Medical Ethics 2002, s. 183–187.

⁴ Ks. esim. henkilötietolain (30.4.1987/471) 12 ja 14 § ja laki ihmisen kudoksien ja elimien lääketieteellisestä käytöstä (2.2.2001/101, kudoslaki) 20 §. Vertailusta henkilötietolain, kudoslain ja tutkimuslain suostumusedellytysten välillä, ks. Lötjönen Salla, Ihmisperäisten biologisten näytteiden käyttö lääketieteellisessä tutkimuksessa, Lakimies 2005, s. 718–745.

⁵ Ks. esim. Lindberg Marjut, Professori Tuomilehto huijasi Akatemiaa ja rikkoi tutkimusetiikkaa, Helsingin Sanomat 2.9.2005, Lampinen Elina, Parkinson-sotkusta Tyksiin suursiivous, Turun Sanomat 3.2.2002, Patronen Katja, Poliisille tutkintapyyntö Tyksin vastuusta Rinteen tutkimuksissa, Turun Sanomat 24.1.2002, Saavalainen Heli, WWF:n lopetettava perheiden kemikaalitestit, Helsingin Sanomat 20.4.2005 ja Halila Ritva, Mitä tavoitellaan kemikaalitestauskampanjalla?, Helsingin Sanomat 5.5.2005. Ks. myös Palo Jorma, Oravasyndrooma, Helsinki 2003.

⁶ Kyseisten tutkimusten lähempi tarkastelu alkoi tutkimusrahoitusta koskevista epäselvyyksistä. Näiltä osin Rinne tuomittiin vuonna 2001 neljäksi vuodeksi vankeuteen 16 törkeästä petoksesta, 10 törkeästä virka-aseman väärinkäytöstä, 5 osittain raskauttavien asianhaarojen vallitessa hyötymistarkoituksessa tehdystä virkarikoksesta ja osittain törkeästä virka-aseman väärinkäyttämisestä, petoksesta, törkeästä veropetoksesta ja virka-aseman väärinkäytöstä (Turun käräjäoikeuden 8. osaston tuomio 01/3688, asia no. R 01/515, 21.12.2001). Vuosina 2003–2004 ratkaistiin Rinteen tutkimuspotilaiden tekemät potilasvahinkoilmoitukset (ks. jakso ”Vahingonkorvausoikeudelliset toimintavaihtoehdot”). Potilaiden tekemien kanteluiden osalta Terveydenhuollon oikeusturvakeskus teki tammikuussa 2005 päätöksen, jolla se rajoitti professori Urpo Rinteen ammatinharjoittamisoikeutta (ks. jakso ”Hallinto-oikeudelliset ja kurinpidolliset toimintamallit”). Rinteen toiminta on parhaillaan uudelleen poliisiviranomaisten tarkasteltavana potilaiden kohtelua koskevien rikosilmoitusten osalta.

⁷ Eettisiä toimikuntia on toiminut Suomessa 1960-luvulta lähtien, mutta niiden viranomaissääntely on ollut hajanaista. Ks. eettisten toimikuntien sääntelyn kehityksestä Immonen Timo, Ihmiseen kohdistuva lääketieteellinen tutkimus: eettisten toimikuntien asema, teoksessa Lahti Raimo (toim.), Biolääketiede ja laki s. 19–78, Helsinki 1992. Eettisten toimikuntien toiminnan nykytilanteesta, ks. esim. Lehtonen Lasse – Halila Ritva, The General Legal Responsibility of Research Ethics Committees in Finland, teoksessa Beylerveld D. – Townend D. – Wright J. (eds), Research Ethics Committees, Data Protection and Medical Research in European Countries s. 45–53, Aldershot 2005.

⁸ Tällaisia tutkimuksia ovat geenihoidon, somaattiseen soluhoidon tai ksenogeneeniseen soluhoidon tarkoitetut lääkkeet sekä muuntogeenisiä organismeja sisältävät lääkkeet (87.2 §).

moittaa ennalta Lääkelaitokselle (laki terveydenhuollon laitteista ja tarvikkeista 29.12.1994/1505, 8 §).

KÄYTETTÄVISSÄ OLEVAT JÄLKIKÄTEISET SANKTIOMEKANISMIT TAI KORVAUSJÄRJESTELMÄT

Lääketieteellisen tutkimuksen erityispiirteenä on vahva ennakkovalvonta, ja käytettävissä olevat jälkikäteiset sanktiomekanismit tai korvausjärjestelmät eivät yleisellä tasolla poikkea juurikaan niistä toimintavaihtoehtoista, jotka ovat laajemminkin käytössä terveydenhuollossa. Toimintavaihtoehdot voidaan jakaa perinteistä jaottelua käyttäen rikosoikeudellisiin, hallinto-oikeudellisiin ja vahingonkorvausoikeudellisiin toimiin. Kansallisten oikeussuojakeinojen jälkeen tutkittava voi valittaa myös kansainvälisiin tuomioistuimiin, joista lääketieteellisten tutkimusten yhteydessä voivat tulla harkittavaksi erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuin tai Yhdistyneiden kansakuntien ihmisoikeuskomitea.⁹ Tässä artikkelissa keskityn kuitenkin lähinnä kansallisten oikeussuojakeinojen esittelyyn.

Rikosoikeudelliset sanktiot

Yleensä jälkikäteisiä sanktio- ja korvausjärjestelmiä koskevissa esityksissä rikosoikeudelliset toimintavaihtoehdot esitellään viimeisenä kuvaamaan rikosoikeuden viimesijaisuutta yhteiskunnallisena toimintavaihtoehtona. Olen rikosoikeudellisten sanktioiden käytön viimesijaisuudesta kollegojeni kanssa samaa mieltä. Rikosoikeudellisiin sanktioihin tulisi turvautua vain silloin, jos loukattua intressiä ei voida hyvittää muulla tavoin. Jälkikäteisten sanktio- tai korvausmekanismien näkökulmasta tutkimuslaki itsessään ei kuitenkaan mainitse muita kuin rikosoikeudellisia vaihtoehtoja tutkittavan itsemääräämisoikeuden loukkauksen hyvittämiseksi.

Tutkittavan itsemääräämisoikeuden kannalta mielenkiintoisin tutkimuslain rangaistussäännös on tutkimuslain 27 §, jolla kriminalisoidaan *lääketieteellisestä tutkimuksesta annetun lain rikkomisena* mm. lain 6–8, 12 ja 14 §:ssä tarkoite-

⁹ Euroopan ihmisoikeustuomioistuin käsittelee yksilövalituksia, jotka perustuvat Euroopan ihmisoikeussopimuksen (SopS 63/1999) suojaamien oikeuksien rikkomuksiin, ja Yhdistyneiden kansakuntien ihmisoikeuskomitea käsittelee valituksia, jotka perustuvat YK:n kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen (SopS 7–8/1976) vastaisiin menettelyihin. Edellä mainittujen kansainvälisten tuomioistuinmenettelyiden soveltuvuudesta terveydenhuollon oikeussuojakeinoina, ks. esim. Tuori Kaarlo, *Sosiaalioikeus* s. 627–629, Helsinki 2004 ja Narikka Jouko (toim.), *Sosiaali- ja terveyspalveluiden lainsäädäntö käytännössä* s. 509–513, Helsinki 2001.

tun suostumuksen saamisen laiminlyönti. Samalla säännöksellä saatetaan rangaistavaksi myös eettisen toimikunnan myönteisen lausunnon saamisen laiminlyönti, tutkimuksesta vastaavan henkilön pätevyyttä ja velvollisuuksia koskevien säännösten laiminlyönti sekä sellaisten tutkimuksen erityisedellytysten laiminlyönti, jotka koskevat alaikäisiä tai vajaakkyisiä tutkittavia tai joihin osallistuu raskaana olevia tai imettäviä naisia tai vankeja. Lisäksi tutkimuslain 27 §:ssä kriminalisoidaan joidenkin kliinisiltä lääketutkimuksilta vaadittavien erityisedellytysten laiminlyönti. Nämä keväällä 2004 tutkimuslakiin lisätyt edellytykset koskevat kliinisen tutkimuksen toimeksiantajan vakuuttamisvelvollisuutta, velvollisuutta saattaa tutkimus eettisen toimikunnan ja Lääkelaitoksen käsiteltäväksi ja velvollisuutta ilmoittaa haattatapahtumista ja -vaikutuksista sekä laatia niistä luetteloita Euroopan unionin jäsenvaltioille ja eettiselle toimikunnalle.¹⁰ Kaikista mainituista laiminlyönneistä enimmäisrangaistus on sakkoa.

Muut tutkimuslain rangaistussäännökset koskevat laitonta alkioiden ja sulusolujen tutkimusta (25 §), laitonta perimään puuttumista (26 §) sekä salassapitosäännösten rikkomista (28 §). Yllä olevista rikostunnusmerkistöistä ankarimmin rangaistavaksi on katsottu *laiton perimään puuttuminen*, josta voidaan tutkimuslain 26 §:n mukaan tuomita sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi. Laittomasta perimään puuttumisesta voidaan rangaista tutkijaa, joka ryhtyy tutkimukseen tarkoituksenaan ihmisen toisintaminen (kloonaaminen), ihmisen aikaansaaminen alkioita yhdistämällä tai ihmisen aikaansaaminen yhdistämällä ihmisen sulusoluja ja eläimen perintötekijöitä. Säännös vastaa toisintamisen kriminalisoinnin osalta Euroopan neuvoston ihmisoikeuksia ja biolääketiedettä koskevan sopimuksen ensimmäisen lisäpöytäkirjan sisältöä.¹¹

Enimmäisrangaistuksen avulla mitattuna toiseksi ankarimmin on tutkimuslaissa kriminalisoitu *laiton alkioiden ja sulusolujen tutkimus*. Lain 25 §:n mukaan, joka ryhtyy ilman tutkimuslain 11 §:ssä tarkoitettua lupaa (ns. laitoslupa) taikka 11 ja 13 §:ssä säädettyjen rajoitusten vastaisesti alkiotutkimukseen tai 15 §:ssä tarkoitetun kiellon vastaisesti alkioiden tai sulusolujen tutkimukseen, on tuomittava laittomasta alkioiden tai sulusolujen tutkimuksesta sakkoon tai vankeuteen enintään yhdeksi vuodeksi.

Lain 28 §:ssä viitataan vielä erityisesti rikoslain 38 luvun 1 ja 2 §:n sekä 40 luvun 5 §:n säännöksiin, joiden mukaan voidaan rangaista tutkimuslain 23 §:ssä säädetyn salassapitovelvollisuuden rikkomisesta. Salassapitovelvollisuutta kos-

¹⁰ Tutkimuslain muutoksilla toimeenpantiin EU:n direktiivi 2001/20/EY, joka koskee hyvän kliinisen tutkimustavan noudattamista ihmisille tarkoitettujen lääkkeiden kliinisissä tutkimuksissa. EYVL L 121/34, 1.5.2001.

¹¹ Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings, Paris, 12.1.1998, European Treaty Series 168.

keva säännös lisättiin tutkimuslakiin sen vuoksi, että rikosoikeudellinen vastuu haluttiin ulottaa myös eettisten toimikuntien käyttämiin asiantuntijoihin.¹² Sekä tutkimuksesta vastaava henkilö että eettisen toimikunnan jäsenet toimivat jo tutkimuslain 23 §:n mukaan virkavastuulla, joten erityistä kriminalisointisäännöstä ei heitä varten olisi tarvittu.

Tutkimuslain kriminalisointisäännöksiä tarkastellessa on mielenkiintoista huomata, että lakia säädettäessä erityisesti laitton perimään puuttuminen ja laitton alkuiden ja sukusolujen tutkimus arvotettiin rangaistusuhaltaan huomattavasti vakavammiiksi rikoksiksi kuin tutkittavan fyysisen koskemattomuuden loukkaus ilman hänen suostumustaan. Edellä mainittujen rikosten rangaistusuhka on sakkoa tai 1–2 vuotta vankeutta, kun taas potilaan ottaminen mukaan tutkimukseen ilman suostumusta on rangaistavissa vain sakkorangaistuksella. Suojeltavana intressinä etenkin laittomassa perimään puuttumisessa on ihmisarvon kunnioittaminen, joka tässä yhteydessä on tulkittava yhteiskunnalliseksi intressiksi.¹³ Rangaistussäännösten erilaisuus viittaa siihen, että intressivertailussa yhteiskunnallinen ihmisarvon kunnioittaminen on arvioitu tässä tapauksessa yksilön itsemääräämisoikeutta arvokkaammaksi. Olisikin ehkä tarpeen arvioida uudelleen, tulisiko tutkittavan suostumussäännösten laiminlyönti irrottaa tutkimuslain 27 §:n muista, pikemmin hallinnollisiksi laiminlyönneiksi luokiteltavista kriminalisoinneista omaksi säännöksekseen. Tätä arviota tukee se, että yksilön henkilökohtainen koskemattomuus on ihmisarvon tavoin asetettu Suomen perustuslaissa erityisesti suojattavaksi.¹⁴

Tutkimuslain erityisten rangaistussäännösten lisäksi voivat tulla sovellettavaksi rikoslain yleiset tunnusmerkistöt. Fyysisten lääketieteellisten toimenpiteiden yhteydessä harkittavaksi tulevat ensinnäkin rikoslain 21 luvun henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten tunnusmerkistöt ja 40 luvun virkamiehiä koskevat erityissäännökset. Rikoslain 21 luvun tunnusmerkistöt edellyttävät lähes

¹² HE 229/1998 vp, yksityiskohtaiset perustelut, 28 §.

¹³ HE 229/1998 vp yksityiskohtaiset perustelut, 26 §. Ihmisarvon käsitteestä sen eri merkityksissä, ks. esim. Nieminen Liisa, Ihmisarvon loukkaamattomuus perus- ja ihmisoikeussuojan lähtökohtana, Lakimies 2005 s. 49–78; Hannuniemi Anja, Skadestånd för kränkningar av patienters självbestämmanderätt i det personrättsbaserade medicinalrättsliga systemet, JFT 2004 s. 324–339; Lötjönen Salla, Lääketieteellinen tutkimus ihmisillä s. 73–91, Helsinki 2004; Lahti Raimo, Ihmisarvon toteutuminen, Ihmisarvo hoito- ja auttamistyössä, Elimäki 20.–31.10.1988, Seminaariraportti, Kymenlaakson kesäyliopiston julkaisuja 1/1989 ja Beyleveld Deryck – Brownsword Roger, Human Dignity in Bioethics and Biolaw, Oxford 2001.

¹⁴ Suomen perustuslaki (11.6.1999/731) 1.2 § ja 7 §. Ruumiillisen koskemattomuuden suojan katsottiin kuuluvan jo Suomen perustuslakia edeltäneen Hallitusmuodon (17.7.1919/94) suojaamiin perusoikeuksiin. Ks. Lahti Raimo, Potilaalta hoitotoimenpiteeseen hankittavan suostumuksen oikeudellista arviointia, teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoitelmia III s. 64–92, Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1972. Ks. myös Lahti Raimo, Lääkintätoimi ja rikosoikeus, teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V s. 125–138, Suomalainen Lakimiesyhdistys 1986.

kaikki, että tutkittavalle on hänen itsemääräämisoikeutensa loukkauksen johdosta aiheutunut ruumiillinen vamma, joka on aiheutettu vähintäänkin tuottamuksellisesti. Poikkeuksena edellisestä ovat vaaran aiheuttamista, heitteillepanoa ja pelastustoimen laiminlyöntiä koskevat säännökset (13–15 §). Pelkkä itsemääräämisoikeuden loukkaus ilman objektiivisesti osoitettavissa olevia kielteisiä seurauksia tai erityisolosuhteita ei siis rikoslain 21 luvun tunnusmerkistöjen mukaan ole rikos.¹⁵

Rikoslain 40 luvun virkamiesrikoksia koskevat säännökset sen sijaan sisältävät yleisempiä tunnusmerkistöjä, jotka voivat tulla sovellettaviksi ilman aiheutunutta konkreettista terveyshaittaa tai objektiivista vaaratilannetta. Esimerkkinä tällaisesta säännöksestä on virkavelvollisuuden rikkomista koskeva säännös (RL 40:9). Jotta virkamies voisi tulla rangaistuksi virkavelvollisuutensa rikkomisesta, on kuitenkin ensin osoitettava ne virkavelvollisuudet, joita hänen on katsottu rikkoneen. Tunnusmerkistö edellyttää lisäksi, että mainitut velvollisuudet perustuvat ”virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin tai määräyksiin”. Koska esimerkiksi tutkimuksesta vastaava henkilö rinnastetaan virkamieheen tutkimuslain 23 §:n nojalla ja tutkimuksesta vastaavan henkilön velvollisuudet ovat tutkimuslaissa verraten tarkkaan säänneltyjä, katsoisin, että tutkija, joka jättää kysymättä tutkittavan tai hänen edustajansa suostumuksen ennen tutkimukseen ryhtymistä, voi syyllistyä paitsi tutkimuslain oman rangaistussäännöksen mukaan lääketieteellisestä tutkimuksesta annetun lain rikkomiseen, myös virkavelvollisuuden rikkomiseen, jonka enimmäisrangaistus on vankeutta enintään yksi vuosi. Ennen tutkimuslain voimaantuloa tutkijan velvollisuuksien osoittaminen edellyttää perehtymistä muuhun kotimaiseen viranomaisohjeistukseen ja kansainvälisiin ohjeisiin. Lääketieteellistä tutkimusta on ohjeistanut Suomessa ensin lääkintöhallitus vuodesta 1965 alkaen ja sitten sosiaali- ja terveyshallitus vuosina 1991–1993.¹⁶ Nykyään lääketieteellisiä tutkimuksia lääkkeillä ja terveydenhuollon laitteilla ja tarvikkeilla ohjeistaa ja valvoo vuonna 1993 perustettu Lääkelaitos. Näissä viranomaisohjeissa tehdään viittauksia kansainvälisiin ohjeisiin, joista tärkeimpänä ennen biolääketiedesopimuksen voimaantuloa voidaan pitää Maail-

¹⁵ Ks. myös Lahti Raimo, *Towards a Comprehensive Legislation Governing the Rights of Patients: The Finnish Experience*, teoksessa Westerhäll Lotta – Phillips Charles (eds.), *Patient's Rights – Informed Consent, Access and Equality* s. 207–221, Nerenius & Santérus Publishers, Stockholm 1994. Ennen tutkimuslain 27 §:n kriminalisointisäännöstä voidaan sanoa, että Suomen lainsäädäntö ei ole ollut täysin yhdenmukainen YK:n kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskevan yleissopimuksen 7 artiklan kanssa, joka rinnastaa lääketieteelliseen tutkimukseen ryhtymisen ilman asianomaisen vapaata suostumusta kidutukseen ja epäinhimilliseen ja halventavaan kohteluun.

¹⁶ Lääketieteellisen tutkimuksen ohjauksen kehityksestä ks. Immonen Timo, *Ihmiseen kohdistuva lääketieteellinen tutkimus: eettisten toimikuntien asema* s. 24–32, teoksessa Lahti Raimo (toim.), *Biolääketiede ja laki* s. 19–78, Helsinki 1992.

man lääkäriiliiton Helsingin julistusta. Se hyväksyttiin Helsingissä vuonna 1964 ja sitä on tarkistettu säännöllisesti siitä lähtien.¹⁷

Tiedossani ei ole yhtään tuomioistuintapausta, jossa esimerkiksi rikoslain 21 luvun vammantuottamus- (10 ja 11 §) tai vaaran aiheuttamisrikosten (13 §) tunnusmerkistöjä olisi sovellettu lääketieteellisen tutkimuksen yhteydessä tutkimushenkilökunnan toimintaan. Rikoslain 40 luvun säännöksiä on kuitenkin arvioitu myös lääketieteen tutkijoiden kohdalla. Kummassakaan tapauksessa kyseessä ei kuitenkaan ollut tilanne, jossa olisi ollut samalla kertaa arvioitavana tutkittavan itsemääräämisoikeuden loukkaus tai ylipäänsä kyse tutkittavan ruumiillisen koskemattomuuden loukkauksesta.¹⁸ Lääketieteellistä *hoitoa* koskevia tapauksia on sen sijaan useampiakin.¹⁹

Hallinto-oikeudelliset ja kurinpidolliset toimintamallit

Tilanteessa, jossa tutkijan tai tutkimuksen toimeksiantajan laiminlyönnin vakuus ei yllä rikosoikeudellisiin sanktioihin, on mahdollista saattaa asia viranomaisten arvioitavaksi terveydenhuollon ammattilaisia koskevan erityislainsäädännön tai virkamiesten valvontaa yleisesti koskevien säännösten nojalla. Tutkittava voi kannella kohtelustaan Terveydenhuollon oikeusturvakeskukseen tai sosiaali- ja terveysministeriölle, jotka ohjaavat ja valvovat terveydenhuollon ammattihenkilöitä valtakunnallisella tasolla, tai lääninhallitukseen, joka ohjaa ja valvoo alueellaan toimivia terveydenhuollon ammattihenkilöitä (laki terveydenhuollon ammattihenkilöistä 28.6.1994/559, 24 §).²⁰ Tutkittava voi edelleen ottaa yhteyttä myös ylimpiin lainvalvontaviranomaisiin, kuten eduskunnan oikeusasias-

¹⁷ Hyväksytty Maailman lääkäriiliiton 18. yleiskokouksessa Helsingissä 1964, ja tarkistettu Tokiossa 1975, Venetsiassa 1983, Hongkongissa 1989, Somerset Westissä 1996 ja Edinburghissa 2000 (ks. esim. <http://www.laakariliitto.fi/etiikka/helsinginjulistus.html>, haettu 21.8.2005).

¹⁸ Ks. esimerkiksi KKO 1999:46 ja Turun käräjäoikeuden 8. osaston tuomio 01/3688, asia no. R 01/515, 21.12.2001 ja molempien tapausten tapausanalyysit teoksessa Lötjönen Salla, Lääketieteellinen tutkimus ihmisillä, s. 188–190, Helsinki 2004. Professori Urpo Rinnettä koskevat rikosilmoitukset tutkittavan itsemääräämisoikeuden loukkauksista ovat edelleen Keskusrikospoliisin tutkittavina, mutta siirtymässä piakkoin syyteharkintaan (kirjoittamisajankohdan tieto elokuussa 2005).

¹⁹ Ks. esim. KKO 1988:34 ja KKO 1994:8.

²⁰ Terveydenhuollon oikeusturvakeskuksen ja lääninhallitusten välisestä työnjaosta on sovittu siten, että pääsääntöisesti potilaan menehtymiseen ja vaikeaan vammautumiseen johtanutta hoitoa koskevat kantelut, oikeuslääkärin toimintaa kuolemansyyn selvittämisen yhteydessä koskevat kantelut sekä asiat, joissa on aihetta epäillä olevan syytä puuttua terveydenhuollon ammattihenkilön ammatinharjoittamisoikeuteen, käsitellään keskitetysti oikeusturvakeskuksessa ja muut kantelut lääninhallituksissa. Terveydenhuollon valvonta-asiat lääninhallituksissa ja Terveydenhuollon oikeusturvakeskuksessa vuonna 2003, Terveydenhuollon oikeusturvakeskuksen muistio 30.3.2004 (http://www.teo.fi/Hakemistot/h14/14_t.htm, haettu 2.8.2005)

mieheen (laki eduskunnan oikeusasiamiehestä, 14.3.2002/197)²¹ tai valtioneuvoston oikeuskansleriin (laki valtioneuvoston oikeuskanslerista 25.2.2000/193).²² Jos tutkittava on tutkimukseen osallistuessaan ollut samanaikaisesti hoidettavana terveydenhuollon toimintayksikössä, hänellä on käytettävissään myös laissa potilaan oikeuksista ja asemasta (17.8.1992/785) mainittu muistutusmenettely (10 §). Tutkijan työnantajalla on luonnollisesti käytössään myös yleiset työnantajaoikeudet irtisanoa tai purkaa laiminlyöntiin syyllistyneen tutkijan työ- tai virkasuhde voimassaolevan työ- ja virkamieslainsäädännön asettamissa rajoissa.²³ Sairaanhoidopiiriin eettiset toimikunnat tai valtakunnalliset eettiset neuvottelukunnat eivät pääsääntöisesti ratko yksittäisten tutkittavien ja tutkijoiden välisiä erimielisyyksiä, mutta niiden kautta voi saada tietoa valittavana olevista toimintavaihtoehtoista.²⁴ Neuvontaa antavat myös terveydenhuollon toimintayksiköiden potilasasiamiehet.²⁵

Mikäli viranomainen tai työnantaja katsoo laiminlyönnin tapahtuneeksi, tutkijalle koitua seuraus riippuu sanktionasettajan toimivaltuuksista ja sanktionasettajan harkinnasta sen käyttämisessä. Terveydenhuollon oikeusturvakeskuksen toimenpiteet ovat jaettavissa turvaamistoimenpiteisiin, kurinpitomenettelyyn ja hallinnolliseen ohjaukseen. Turvaamistoimenpiteitä ovat terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun lain 26 §:n mukaan 1) tarkempien määräyksien ja ohjeiden antaminen ammattitoimintaa varten, 2) laillistetun ammattihenkilön ammatinharjoittamisoikeuden rajoittaminen määrääjäksi tai toistaiseksi, 3) laillistetun ammattihenkilön ammatinharjoittamisoikeuden poistaminen määrääjäksi tai toistaiseksi, 4) nimikesuojatun ammattihenkilön kieltäminen käyttämästä asetuksessa säädettyä ammattinimikettä määrääjäksi tai toistaiseksi, ja 5) ammatinharjoittamisoikeuden peruuttaminen. Kurinpidollisena toimena Terveydenhuollon oikeusturvakeskus voi antaa kirjallisen varoituksen (33 §). Turvaamistoimenpiteitä ja kirjallista varoitusta koskevat päätökset tehdään Terveydenhuollon oikeusturvakeskuksen valvontalautakunnassa. Yleisen valvonta- ja ohjaustehtä-

²¹ Eduskunnan oikeusasiamies valvoo lain 1 §:n mukaan tuomioistuimia ja muita viranomaisia sekä virkamiehiä, julkisyhteisön työntekijöitä ja muitakin julkista tehtävää hoitavia. Oikeusasiamies valvoo myös valtioneuvoston, valtioneuvoston jäsenten sekä tasavallan presidentin päätösten ja toimenpiteiden laillisuutta sen mukaan kuin Suomen perustuslain 112 ja 113 §:ssä säädetään.

²² Valtioneuvoston oikeuskansleri valvoo siitä annetun lain 1–3 §:n mukaan valtioneuvoston, tasavallan presidentin, viranomaisten, julkista tehtävää hoitavien ja asianajajien toimintaa.

²³ Ks. työsopimuslain (26.1.2001/55) 7 ja 8 lukujen sekä valtion virkamieslain (19.8.1994/750) 6, 7 ja 9 luvuissa mainitut edellytykset.

²⁴ Ks. esim. valtakunnallisten eettisten neuvottelukuntien yhteisesite Tutkimuksen eettinen arviointi Suomessa (<http://pro.tsv.fi/tenk/eettinen.pdf>, haettu 21.8.2005).

²⁵ Potilasasiamiestoiminnasta, ks. esim. Sundman Eila (toim.), Potilaan asema ja oikeudet, Helsinki 2000; Koivisto Jari (toim.), Potilaan oikeudet ja potilasasiamiestoiminta, Helsinki 1994; Narikka Jouko (toim.), Sosiaali- ja terveystieteiden laitoksen julkaisu 328, Helsinki 2001 ja Lohiniva-Kerkelä Mirva, Terveydenhuollon juridiikka s. 185–186, Helsinki 2004.

vänsä nojalla Terveysturvakeskus antaa hallinnollisena ohjauksena myös huomautuksia, vakavia huomautuksia tai se kiinnittää ammatinharjoittajan huomiota tapahtuneeseen. Läänihallituksen valtuudet kattavat vain hallinnollisen ohjauksen. Jos kantelu edellyttää voimakkaampia toimenpiteitä, lääninhallitus siirtää asian Terveysturvakeskuksen ratkaistavaksi. Kantelulla ei voida muuttaa jo tehtyä hoitopäätöstä tai hallinnollista ratkaisua eikä sen perusteella voida myöntää vahingonkorvausta. Sillä ei ole myöskään vaikutusta mahdolliseen tuomioistuinkäsittelyyn.

Eduskunnan oikeusasiamiehellä ei ole samankaltaisia toimintavaltuuksia puuttua terveydenhuollon ammatinharjoittajien ammatinharjoittamisoikeuksiin kuin Terveysturvakeskuksella, mutta hän voi antaa valvottavalle huomautuksen vastaisen varalle, kiinnittää kantelun kohteen huomiota hyvän hallintotavan vaatimukseen, saattaa kantelun kohteen tietoon käsityksensä lain mukaisesta menettelystä tai saattaa asian kurinpitomenettelyyn. Vakavimmissa tapauksissa hän voi myös saattaa asian syytteeseen nostettavaksi. Oikeusasiamies voi myös tehdä toimivaltaiselle viranomaiselle esityksen tapahtuneen virheen oikaisemiseksi tai epäkohdan korjaamiseksi. Hän voi kiinnittää myös valtioneuvoston tai muun lainsäädännön valmistelusta vastaavan toimielimen huomiota säännöksissä tai määräyksissä havaitsemiinsa puutteisiin ja tehdä esityksiä niiden kehittämiseksi ja puutteiden poistamiseksi (laki eduskunnan oikeusasiamiestä 10 ja 11 §).

Valtioneuvoston oikeuskansleri voi samoin antaa kantelun kohteelle huomautuksen vastaisen varalle tai kiinnittää asianomaisen huomiota lain tai hyvän hallintotavan mukaiseen menettelyyn. Jos yleinen etu vaatii, oikeuskanslerin tulee ryhtyä toimenpiteisiin oikaisun saamiseksi lainvastaiseen tai virheelliseen päätökseen tai menettelyyn tai saattaa asia syytteeseen nostettavaksi (laki valtioneuvoston oikeuskanslerista 6 §).²⁶

Professori Urpo Rinteen tapauksessa Terveysturvakeskus teki 27.1.2005 päätöksen, jolla se rajoitti Rinteen ammatinharjoittamisoikeutta siten, että hänellä on oikeus toimia lääkärinä vain julkisen terveydenhuollon toimintayksikössä toisen lääkärin johdon ja valvonnan alaisena. Oikeusturvakeskus oli aikaisemmin, helmikuussa 2004 tekemällään päätöksellä kieltänyt väliaikaisesti Rinnettä harjoittamasta lääkärin ammattia, kunnes kysymys hänen ammatinharjoittamisoikeudestaan voitiin hankitun lisäselvityksen jälkeen lopullisesti ratkaista. Terveysturvakeskus katsoi arvioimiensa 29 potilastapauksen perusteella, että Rinne oli laiminlyönyt potilaidensa asianmukaisen hoidon vuosien ajan ja että potilaita oli hoidettu lääketutkimusten ehdoilla. Uudet Parkinsonin tautia sairastavat potilaat oli kotiutettu osastotutkimusten

²⁶ Vertailevia näkökohtia eri kanteluviranomaisten toimivaltarajoista, ks. Ellilä Kalevi, Terveyskantelumenettely s. 59–62, Oikeustiede – Jurisprudentia 2000 s. 5–134.

jälkeen lähes säännönmukaisesti ilman mitään lääkitystä, ilmeisesti odottamaan seuraavan lääketutkimuksen alkamista. Lääketutkimuksen päätyttyä oli myös potilaan hoito poliklinikalla päättynyt. Monien potilaiden hoitoa oli viivytetty useita kuukausia. Osaa tutkimuspotilaiksi otetuista ei voitu oikeusturvakeskuksen mukaan pitää esimerkiksi heidän sairastamansa dementiaan vuoksi kykenevinä arvioimaan tutkimukseen osallistumisen merkitystä. Potilaille oli osassa lääketutkimuksista annettu harhaanjohtava kuva tilanteesta ja tutkimukseen liittyvistä yksityiskohdista, kuten esimerkiksi lumelääkityksestä. Oikeusturvakeskus piti menettelyjä potilaan itsemääräämisoikeutta loukkaavina.²⁷

Vahingonkorvausoikeudelliset toimintavaihtoehdot

Biolääketiedesopimuksen 24 artiklan ja sen tutkimusta koskevan lisäpöytäkirjan 31 artiklan mukaan tutkittavalla, joka on osallistunut tutkimukseen ja tästä johdun kärsinyt vahinkoa, on oikeus kohtuulliseen vahingonkorvaukseen lailla määriteltujen edellytysten ja menettelytapojen mukaan. Säännös jättää korvauksen edellytysten sisällön ja menettelytavat kansallisesti määriteltäviksi. Myös lääketutkimusdirektiivi (2001/20/EY) viittaa vahingonkorvauksellisiin näkökohtiin. Kliinistä lääketutkimusta ei direktiivin mukaan saa suorittaa, ellei tutkijan ja tutkimuksen toimeksiantajan vastuun kattavasta vakuutuksesta tai korvauksesta ole säädetty (3.2 artikla f kohta). Eettisen toimikunnan (tai lääkevalvontaviranomaisen – riippuen miten jäsenmaassa on työnjaosta päätetty) on lisäksi otettava huomioon lausuntoa antaessaan järjestelyt kliinisestä tutkimuksesta aiheutuneen vahingon tai kuolemantapauksen korvaamiseksi sekä tutkijan ja toimeksiantajan vastuun kattamiseksi (6.3 artikla h ja i kohdat). Direktiivin asettamat edellytykset otettiin huomioon tutkimuslain muutosten yhteydessä keväällä 2004. Tutkimuslain uuden 10 b §:n mukaan kliinisen lääketutkimuksen toimeksiantajan on huolehdittava, että hänen ja tutkijan vastuun kattamiseksi on voimassa vakuutus tai muu asianmukainen vakuus. Tutkimuslain 10 d § 8 kohta puolestaan säättää nimenomaan eettisen toimikunnan tehtäväksi ottaa lausuntoa antaessaan huomioon ne perusteet, joiden mukaisesti tutkimuksesta mahdollisesti aiheutuva vahinko korvataan ja vahingon tai kuolemantapauksen johdosta suoritettavan korvauksen kattamiseksi otetut vakuutukset ja muut järjestelyt.

Suomessa lääketieteellisestä tutkimuksesta aiheutuneiden vahinkojen korvaus on pääsääntöisesti perustunut potilasvakuutuksen ja lääkevahinkovakuutuksen asettamalle pohjalle. Jos potilas- ja lääkevahinkovakuutus kattavat tutkimuksen,

²⁷ Ks. tarkemmin Terveystieteiden tutkimuskeskuksen päätös 27.1.2005, Dnrot 1069/47/100/01 ja 588/47/100/03. Ks. myös TEO tiedottaa 1/2005, 1.2.2005 (http://www.teo.fi/Hakemistot/h14/14_c.htm, haettu 2.8.2005).

eettiset toimikunnat eivät ole vaatineet tutkijoilta tai toimeksiantajilta erillistä vastuuvakuutusta, vaikka useimmilla monikansallisilla lääkeyrityksillä sellainen on. Mikäli potilas- ja lääkevahinkovakuutukset eivät kata tutkimusta, toimeksiantajan tulee liittää eettisen toimikunnan lausuntohakemukseen erillinen selvitys tutkittavan vakuutusturvasta.²⁸

Potilasvakuutuksen ottamista ja korvausperusteita säätelee potilasvahinkolaki (25.7.1986/585). Jokainen terveyden- ja sairaanhoitoa harjoittava (ml. yksityiset ammatinharjoittajat) on velvollinen ottamaan vakuutuksen. Potilasvakuutuksesta korvataan laissa tarkemmin säädetyin edellytyksin ne henkilövahingot, jotka ovat aiheutuneet terveyden- ja sairaanhoidon yhteydessä. Potilasvahinkolain 1 §:n mukaan potilasvakuutus kattaa sekä terveillä koehenkilöillä että potilailla tehtävän lääketieteellisen tutkimuksen. Vakuutuskorvaus myönnetään tuottamuksesta riippumatta ns. vältettävyysskriteeriä soveltaen, mutta jos terveydenhuollon ammattihenkilö on syyllistynyt toiminnassaan törkeään huolimattomuuteen tai tahallisuuteen, vakuutuskorvauksen maksanut vakuutusyhtiö voi periä maksetun korvauksen aiheuttamat kustannukset takaisin huolimattomasti toimineelta henkilöltä tai hänen työnantajaltaan (9.2 §).

Potilasvakuutuskeskuksen mukaan potilasvakuutus voidaan myöntää kuitenkin vain sille taholle, joka käytännössä tekee tutkimuksen, eikä esimerkiksi tutkimuksen tilaajalle.²⁹ Jos tutkimuksen toimeksiantaja on eri taho kuin tutkimuksen suorittaja, ei potilasvakuutus kata tutkimuksen toimeksiantajan vastuuta lääketutkimusdirektiivin 3.2 artiklan f kohdan tai tutkimuslain 10 b §:n tarkoittamalla tavalla. Toimeksiantajan on siis huolehdittava lääketutkimusdirektiivin ja tutkimuslain edellyttämästä vakuuttamisvelvollisuudestaan jollain muulla hyväksyttävällä tavalla tai asetettava muu hyväksyttävä vakuus.

Lääkeaineen aiheuttamat henkilövahingot korvataan pääsääntöisesti lääkevahinkovakuutuksesta, joka on lääkkeiden valmistajien, maahantuojien ja markkinoijien yhdessä muodostaman Suomen lääkevahinkokorvausosuuskunnan ottama poolivakuutus. Lääkevahinkovakuutus ei perustu lainsäädäntöön, vaan osuuskunnan toiminta alkoi vapaaehtois pohjalta vuonna 1984. Uusimmat vakuutusehdot ovat voimassa 1.1.2004 alkaen.³⁰ Vakuutuksesta korvataan myös lääkevahinko, joka johtuu tutkimuslääkkeestä, kun sillä tehdään Suomessa vakuutukseen liittyneen toimesta tai myötävaikutuksella lääketieteellisistä tutki-

²⁸ Sosiaali- ja terveysministeriön Valtakunnallisen terveydenhuollon eettisen neuvottelukunnan lääketieteellisen tutkimuseettisen jaoston toimintaohje 7.2.2001 (päivitetty 19.5.2005), kohta 3.2: eettisen lausunnon hakeminen TUKIJA:lta tai alueelliselta eettiseltä toimikunnalta.

²⁹ Potilasvakuutuskeskus tiedottaa 4/2005 (<http://www.vakes.fi/pvk/PVKpdf/pvk-4-2005-www.pdf>, haettu 2.8.2005). Ks. myös potilasvahinkolain 4.1 §.

³⁰ <http://www.vakes.fi/lpo/PDF/EHDOT-04.pdf>, haettu 2.8.2005.

muksista annetun lain mukaista kliinistä lääketutkimusta.³¹ Lääkevahinkovakuutus kattaa siihen liittyneen tekemät tai liittyneen myötävaikutuksella tehtävät kliiniset lääketutkimukset, mukaan lukien siis yliopistotutkijat, jotka suorittavat lääketutkimuksen kliinisen osion lääkeyrityksen toimeksiannosta tai joille lääkeyritys on toimittanut lääkkeitä tutkimusta varten. Jo markkinoilla olevilla lääkkeillä tehtävät tutkimukset kuuluvat lisäksi vakuutuksen piiriin aina, mikäli vakuutukseen liittynyt on luovuttanut ne elinkeinotoiminnassaan kulutukseen Suomessa.³²

Potilas- tai lääkevahinkovakuutus eivät kumpikaan poista mahdollisuutta korvauksen hakemiseen myös muuta kautta, esimerkiksi vahingonkorvauslain (31.5.1974/412), tuotevastuulain (17.8.1990/694) tai kuluttajansuojalain (20.1.1978/38) perusteella. Potilasvakuutuskeskuksen mukaan lääkevahinkovakuutus tarjoaa kuitenkin tutkimukseen osallistujalle vähintään tuotevastuulain tarjoaman suojan.³³ Vahingonkorvauslakiin vuonna 2004 tehdyn muutoksen jälkeen korvausta voidaan myöntää henkilökohtaiseen koskemattomuuteen kohdistuvan loukkauksen aiheuttamasta kärsimyksestä, jos yksilön henkilökohtaista koskemattomuutta on vakavasti loukattu tahallaan tai törkeästä huolimattomuudesta (VahKL 5:6).³⁴ Säännös tulee voimaan 1.1.2006. Säännös ei kuitenkaan kuulu niihin vahingonkorvauslain säännöksiin, joita sovelletaan määriteltäessä potilasvahinkolain mukaan maksettavia korvauksia (potilasvahinkolain 3 §).

Vaikka lääketieteellisiin tutkimuksiin osallistuvat kuuluvat kummankin korvausjärjestelmän soveltamisalan piiriin, tutkimuksiin osallistuvia terveitä koehenkilöitä tai potilaita ei ole asetettu erityisasemaan normaalihoitoa saaviin potilaisiin nähden. Asia otettiin viimeksi esille potilasvahinkolakia uudistettaessa 1997,³⁵ jolloin lakia valmistellut työryhmä ei ehdottanut tilanteeseen muutosta.³⁶ Uudistuksen yhteydessä lain sanamuotoa kuitenkin selkiytettiin siten, että enää ei ole epäilystäkään siitä, että sekä terveet että potilastutkittavat kuuluvat lain soveltamisalaan.³⁷ Samat vahingon vältettävyyss- ja siedettävyysskriteerit, vähäis-

³¹ Lääkevahinkovakuutuksen vakuutusehdot 1.1.2004, kohta 1.1.

³² Potilasvakuutuskeskus tiedottaa 4/2005.

³³ Potilasvakuutuskeskus tiedottaa 4/2005.

³⁴ Ks. säännöksen soveltuvuudesta potilas-lääkäri-suhteeseen, Hannuniemi Anja, Skadestånd för kränkningar av patienters självybestämmanderätt i det personrättsbaserade medicinalrättsliga systemet, JFT 2004 s. 324–339. Vahingonkorvauslain soveltamisesta potilaan itsemääräämisoikeuden suojana, ks. Lahti Raimo, Lääkintätoimi ja rikosoikeus s. 127–128, teoksessa Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V s. 125–138, Helsinki 1986.

³⁵ Lakimuutos (27.11.1998/879) tuli voimaan 1.5.1999.

³⁶ Ks. kuitenkin potilasvahinkolautakunnan lausunto potilasvahinkolakiyöryhmän muistioon (22.9.1997), jossa potilasvahinkolautakunta ehdottaa tutkittavien vakuutusturvan nostamista yli muiden potilaiden vakuutusturvan, s. 2.

³⁷ Potilasvahinkolakiyöryhmän muistio, sosiaali- ja terveysministeriön työryhmämuistiot 1997:14 s. 15 ja HE 91/1998 vp s. 19.

tä vahinkoa koskevat säädökset³⁸ ja terveydenhuollon ammattihenkilön ammatistandardit koskevat siis sekä tutkittavia että normaalihoitoa saavia potilaita.

Lääketeieteellisistä tutkimuksista aiheutuvia potilasvahinkokorvaustapauksia ei aivan viimeaikaisia tapauksia lukuun ottamatta ole juurikaan ilmaantunut tai niistä ei ole keskusteltu julkisuudessa. Heinäkuun 2003 ja huhtikuun 2004 välisenä aikana Potilasvakuutuskeskus teki kuitenkin korvauspäätöksen 50 potilasvahinkotapauksessa, jotka koskivat professori Urpo Rinteen suorittamia lääketutkimuksia Parkinsonin tautia sairastavilla potilailla. Näistä 50 tapauksesta 2 oli tapauksia, joissa potilas ei ilmoituksestaan huolimatta ollut Potilasvakuutuskeskuksen käytössä olevien asiakirjojen perusteella osallistunut lääketutkimuksiin. Jäljelle jäävistä 48 tapauksesta yhteensä 17 tapauksessa potilaalle myönnettiin korvaus potilasvahingosta. Loput korvaushakemuksista hylättiin. Useimmissa korvattavista tapauksista katsottiin, että potilaan oireiden mukainen lääkitys olisi tullut aloittaa tutkimuksesta riippumatta aikaisemmin tai että potilaan lääkitys katsottiin puutteelliseksi tutkimuksen aikana tai sen jälkeen (13 tapausta). Pisimmät viivästyksyet lääkityksen aloittamisessa tai sen tehostamisessa olivat 2–3 vuotta. Kolmessa tapauksessa tutkimuslääkitys olisi Potilasvakuutuskeskuksen mukaan tullut keskeyttää haittavaikutusten ilmaannuttua ja yhdessä tapauksessa tutkijalääkärin olisi tullut reagoida tutkimuksen aikana ilmenneisiin muihin oireisiin aikaisemmin.³⁹ Yleisimpinä korvaushakemuksen hylkäysperusteina oli mainittu hoidon asianmukaisuus lääketutkimukseen osallistumisesta huolimatta ja Parkinson-lääkkeiden haittavaikutusten luonne asianmukaisen hoidon väistämättöminä komplikaatioina. Taudille ei ole edelleenkään olemassa parantavaa hoitoa, ja lääkityksellä pystytään lievittämään oireita tai viivyttämään taudin etenemistä vain väliaikaisesti. Perussairauden etenemistä ei näin ollen myöskään pidetty korvattavana potilasvahinkona.⁴⁰

³⁸ Lääkevahinkovakuutus edellyttää korvattavuudelta 85 euron taloudellisia kustannuksia tai vähintään 14 päivän työkyvyttömyyttä, potilasvakuutuksen korvausedellytysten mukaan vahingosta tulee olla aiheutunut 170 euron taloudelliset kustannukset tai merkittävä kipu ja särky tai pysyvä haitta. Käytännössä n. 1–2 viikossa täydellisesti paraneva vamma voidaan vielä määritellä vähäiseksi.

³⁹ Kirjoittaja on sosiaali- ja terveysministeriön tutkimusluvalla (Dnro 7/07/2004, 20.2.2004) käynyt läpi 55 Potilasvakuutuskeskuksen päätöstä liittyen Parkinsonin taudin lääketutkimuksiin liittyviä vahinkoilmoituksia, joissa päätös oli annettu 1.7.2003–26.4.2004 välisenä aikana. Mainitusta 55 tapauksesta poistettiin 5 tapausta, jotka eivät Potilasvakuutuskeskuksen päätöksen tai potilaan oman ilmoituksen mukaan liittyneet lääketutkimuksiin vaan potilaan hoitoon. Ks. myös Potilasvakuutuskeskuksen lehdistötiedote ensimmäisten 38 päätöksen osalta 3.7.2003 http://www.vakes.fi/pvk/suomi/index.jsp?cid=pvk_fi_03072003, haettu 2.8.2005.

⁴⁰ Useimmissa tapauksissa Potilasvakuutuskeskus oli käyttänyt useaa hylkäysperustetta samanlaisesti, joten hylkäysperusteiden jaottelu numeerisesti esiintymistiheyden mukaan ei ollut tässä mahdollista.

Potilasvakuutuskeskuksen keskeiset arviointiperusteet Parkinson-tutkimuksia koskeissa tapauksissa olivat: 1) oliko potilaan tutkimuksesta tai hoidosta aiheutunut henkilövahinkoa, 2) oliko tutkimus tai hoito toteutettu asianmukaisesti ja 3) olisiko henkilövahinko voitu todennäköisesti välttää asianmukaisella toiminnalla.

Ensinnäkin vahingon tuli olla henkilövahinko (potilasvahinkolain 2 §) ja aiheuttaa potilaan terveydentilan tilapäistä tai pysyvää objektiivisesti todettavissa olevaa heikentymistä. Tällä tarkoitetaan esimerkiksi sairauden tai vamman aiheutumista tai jo olemassa olevan tilan pahentumista tai pitkittymistä. Pelkästään taloudellista vahinkoa ei korvata potilasvakuutuksesta. Potilasvahinkolain 3 §:n mukaan korvaus määrätään noudattaen vahingonkorvauslain (31.5.1974/412) säännöksiä. Potilasvakuutuskeskus viittaa esimerkkinä taloudellisista vahingoista arviointiperusteissaan potilaalle mahdollisesti aiheutuneisiin ylimääräisiin kustannuksiin, jotka ovat aiheutuneet siitä, että hänen hoitonsa on siirretty julkiselta sektorilta yksityisvastaanotolle. Näitä ei ollut pidetty korvattavina vahinkoina.

Edellä mainitusta johtuen Potilasvakuutuskeskus ei pitänyt myöskään potilaan itsemääräämisoikeuden mahdollista loukkaamista korvattavana, ellei rikkomisesta ollut samalla aiheutunut henkilövahinkoa. Tällainen tilanne saattaa syntyä esimerkiksi silloin, kun potilas tietämättään tai vasten tahtoaan osallistuu tutkimukseen, josta aiheutuu henkilövahinko. Jos potilas oli tutkimuksen aikana saanut asianmukaista hoitoa, ei tutkimukseen osallistumista pidetty korvattavana, vaikka osallistuminen olisi loukannut potilaan itsemääräämisoikeutta.

Toiminnan laadun eli tutkimuksen ja hoidon asianmukaisuuden arviointi oli suoritettu ratkaisujen mukaan käyttäen ns. kokeneen terveydenhuollon ammattihenkilön mittapuuta (potilasvahinkolain 2.1 §). Arvioinnissa oli kiinnitetty Potilasvakuutuskeskuksen mukaan huomiota siihen, oliko toiminta vastannut sitä, mitä kunakin ajankohtana on pidetty Parkinsonin taudin käypänä hoitona ja oliko tutkimuslöydöksiin ja potilaan oireisiin reagoitu asianmukaisesti. Kokeneen terveydenhuollon ammattihenkilön mittapuu mainitaan erityisesti arviointiperusteena potilasvahinkolain lakitekstissä vasta vuonna 1999 tehtyjen muutosten jälkeen, mutta samaa arviointiperustetta on käytetty taustalla apuna toiminnan asianmukaisuutta arvioitaessa jo ennen lakiuudistusta.⁴¹ Useimmissa vahinkoilmoituksissa viitataan potilaan hoitoon ja tutkimukseen usean vuoden aikana, ja useimpiin tapauksiin tulikin sovellettavaksi sekä uusi että vanha potilasvahinkolaki. Potilasvakuutuskeskus ei ollut kuitenkaan tapauksia arvioidessaan painottanut sovellettavien säännösten eroja. Sen sijaan Potilasvakuutuskeskus oli useassa tapauksessa jättänyt arvioimatta ennen 1.5.1987 sattuneita tapahtumia, koska

⁴¹ Ks. esim. Lötjönen Salla, Potilasvahinkolaki uudistuu s. 1715–1716, Suomen Lääkärilehti 1999 s. 1713–1718.

potilasvahinkolain ensimmäinen versio tuli tuolloin voimaan, eikä Potilasvakuutuskeskuksen toimivalta ulotu tuon päivämäärän takaisin tapahtumiin.

Erityisen kiinnostava toiminnan laadun arvioinnin kannalta oli Potilasvakuutuskeskuksen kuvaus siitä, miten potilasvahinkolain hoidon tai tutkimuksen laatua koskevia arviointiperusteita tuli soveltaa nimenomaan kliiniseen lääketutkimukseen. Sen mukaan:

”kliinisen lääketutkimuksen yhteydessä voidaan potilaan suostumuksen perusteella poiketa siitä, mitä muuten pidettäisiin asianmukaisena hoitona. Arvioidessaan sitä, onko lääketutkimuksesta aiheutunut potilasvahinkolain perusteella korvattavaa henkilövahinkoa, Potilasvakuutuskeskus on kiinnittänyt huomiota siihen, missä määrin lääkehoito nyt käytettävissä olevien tietojen perusteella arvioiden on poikennut asianmukaisesta hoidosta, onko mahdollisiin haittavaikutuksiin reagoitu asianmukaisesti ja onko muu tutkimuksen aikainen lääkitys ollut asianmukaista.”⁴²

Kliinisessä lääketutkimuksessa on Potilasvakuutuskeskuksen mukaan siis lupa *potilaan suostumuksella* poiketa siitä, mitä muuten pidettäisiin asianmukaisena hoitona. Tämä on yhdenmukainen esimerkiksi nykyisen lääketieteellistä tutkimusta koskevan lainsäädännön ja Helsingin julistuksen 28 periaatteen kanssa, jonka mukaan potilaan hoitoon voi yhdistää lääketieteellisen tutkimuksen silloin, kun siihen oikeuttaa tutkimuksen mahdollinen sairauksien ehkäisyyn liittyvä, diagnostinen tai hoidollinen arvo. Säännös jättää tarkoituksella tähdentämättä mm. hoidollisen arvon kohteen. Tutkimuksesta koituvan hoidollisen arvon ei tarvitse siis välttämättä kohdistua juuri kyseiseen tutkittavaan, vaan se voi kohdistua myös muihin nyt tai tulevaisuudessa hoidettaviin potilaisiin. Hoidon yhteydessä tehtävään lääketieteelliseen tutkimukseen on saman periaatteen mukaan kuitenkin sovellettava erityisperiaatteita suojelemaan tutkittavina olevia potilaita ja eräs tällainen on julistuksen 31 periaate, jonka mukaan lääkärin on kerrottava potilaalle, mikä osuus hoidosta on tutkimukseen liittyvää ja mikä ei. Julistuksen 28 periaatetta on täydennetty vuosien varrella useaan otteeseen, ja edellä siteeratussa muodossaan se hyväksyttiin vasta vuonna 2000. Suurin osa arvioitavina olleista tutkimuksista oli suoritettu kuitenkin ennen vuotta 2000.⁴³

Lisäksi korvattavaa henkilövahinkoa arvioitaessa oli yleisten arviointiperusteiden mukaan kiinnitetty huomiota siihen, missä määrin lääkehoito oli *nyt käytettävissä olevien tietojen* perusteella poikennut asianmukaisesta hoidosta. Tämä

⁴² Ks. esim. tapaus PO 2001-2422-39.

⁴³ Aiemman, vuonna 1996 hyväksytyn version mukaan tutkimuksesta koituvan hoidollisen arvon tuli julistuksen toisen luvun 6 periaatteen mukaan koitua kyseiselle tutkittavalle (...for the patient). Ks. julistuksen englanninkielinen versio kirjassa Lääkärin etiikka (4. painos) s. 140, Suomen Lääkäriliitto, Helsinki 2000.

näyttäisi olevan ristiriidassa saman alaotsikon alla aiemmin mainitun kokeneen terveydenhuollon ammattihenkilön yleisen kriteerin kanssa, jonka mukaan huomiota tulisi kiinnittää siihen, oliko toiminta vastannut sitä, mitä *kunakin ajan-kohtana* oli pidetty taudin käypänä hoitona. Tämä tulkinta ei olisi yhdenmukainen potilasvahinkolain uudistamisen yhteydessä tehtyjen lainvalmisteluasiakirjojen kanssa, joissa ns. jälkikäteisarvion käyttöön suhtauduttiin kielteisesti.⁴⁴ Toiminnan asianmukaisuutta arvioitaessa tulisi siis ottaa huomioon vain tapahtuma-ajankohtana pidetyn normaalihoidon laatukriteerit. Potilasvakuutuskeskus oli kuitenkin liittännyt nyt käytettävissä olevien tietojen tuoman lisäinformaation henkilövahingon ja toiminnan *syy-yhteyden* arviointiin eikä hoidon asianmukaisuuden arviointiin. Vaikka jälkikäteisarvion käyttö on kielletty toiminnan asianmukaisuuden arvioinnissa, tapahtumahetken jälkeen kertynyttä tieteellistä tietoa voidaan käyttää hyväksi vahingon ja teon syy-yhteyttä arvioitaessa. Siksi Potilasvakuutuskeskuksen ratkaisu noudattaa potilasvahinkolain linjauksia mm. tapauksessa, jossa se perusteli kielteistä korvauspäätöstä mm. sillä, että tutkimuksessa käytetty lääkeaine otettiin *myöhemmin* yleiseen käyttöön Parkinsonin taudin hoidossa.⁴⁵ Lisäperusteluna Potilasvakuutuskeskuksen kielteiselle päätökselle oli, että sen käytettävissä olevien selvitysten perusteella Parkinsonin taudin tutkimus ja hoito oli potilaan tapauksessa ollut lääketieteellisesti perusteltua ja asianmukaisesti toteutettua. Hoidon asianmukaisuuden arvioinnista voidaan kuitenkin olla Potilasvakuutuskeskuksen ratkaisun kanssa tässä tapauksessa toista mieltä, sillä kokeneen terveydenhuollon ammattihenkilön standardiin tulisi lainvalmisteluasiakirjojenkin mukaan kuulua myös varmistuminen tutkittavan itsemääräämisoikeuden kunnioittamisesta. Tapauksen yhteydessä Potilasvakuutuskeskus myönsi, että sen saamien asiakirjojen joukossa ei ollut asianmukaisesti täytettyä asiakirjaa, josta olisi ilmennyt, että potilaalle olisi annettu suullisesti ja kirjallisesti tieto tutkimuksesta ja että potilas olisi antanut suostumuksensa tutkimukseen osallistumisesta.⁴⁶ Sillä, tiesikö potilas osallistuvansa lääketutkimukseen vai ei, ei ollut kuitenkaan Potilasvakuutuskeskuksen mukaan olennaista merkitystä arvioitaessa asiaa potilasvahinkolain kannalta, mikä pitää paikkansa, sillä ollakseen korvattava vahinko kaikkien korvauskriteerien tulee täyttyä yhtäaikaaisesti.

Evätyen korvaushakemuksen vastapainoksi on tarpeellista käsitellä myös ratkaisua, jossa potilasvakuutuskorvaus myönnettiin. Tässäkään tapauksessa potilaan itsemääräämisoikeudelle ei annettu merkitystä, vaikka päätökseen sisältyy

⁴⁴ Ks. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi potilasvahinkolain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 91/1998 vp), yleisperustelut, kohta 3.2.

⁴⁵ Tapaus PO 2001-2422-39.

⁴⁶ Ks. HE 91/1998 vp, s. 24 ja StVM 16/1998 vp, s. 3.

kaksikin mielenkiintoista viittausta potilaan tiedonsaantioikeuden merkitykseen suhteessa korvattavuuden edellytyksiin. Tapauksessa Potilasvakuutuskeskus myönsi, että tutkittavien tiedotus oli epäasianmukaista ja ristiriidassa eettiselle toimikunnalle annetun tiedotteen kanssa, mutta korvausta ei myönnetty pelkäämällä tällä perusteella, eikä myöskään sillä perusteella, että tutkimukseen osallistuminen olisi automaattisesti tarkoittanut normaalista hoidosta poikkeamista.⁴⁷ Potilasvakuutuskeskuksen mukaan hoidon asianmukaisuuden arviointi riippui siitä, miten muu kuin tutkimuslääkitys oli toteutettu. Koska Potilasvakuutuskeskus katsoi potilaan oireiden mukaisen hoidon viivästyneen, viivästyksestä aiheutunut korvaus myönnettiin. Tutkittavan itsemääräämisoikeuden kannalta huomion arvoista on se, että vaikka potilaan etukäteisen tiedottamisen puutteellisuudelle ei annettu tämänkään tapauksen kohdalla merkitystä korvausperusteena, ei Potilasvakuutuskeskus myöskään käyttänyt potilaan itsemääräämisoikeutta hantä vastaan (potilas oli itsekin halunnut lykätä lääkityksen aloittamista).

JOHTOPÄÄTÖKSET

Kuten edellä läpikäydyistä toimintavaihtoehtoista huomataan, eri sanktio- ja korvausjärjestelmien vaikutusmekanismit tutkittavan itsemääräämisoikeuden kannalta vaihtelevat merkittävästi. Tutkittavien ehkä parhaiten tuntema potilasvakuutusjärjestelmä ei ota juuri ollenkaan potilaan itsemääräämisoikeuden loukkauksia huomioon arvioidessaan aiheutuneen mahdollisen henkilövahingon korvattavuutta. Potilasvahinkolaki sulkee vahingonkorvauslain uuden henkilökohittaisen koskemattomuuden loukkausta koskevan korvaussäännöksen potilasvakuutuskorvausten suuruutta ja laatua määrittelevien säännösten ulkopuolelle. Tuottamusperusteisen vahingonkorvauslain nojalla voidaan sen sijaan maksaa 1.1.2006 alkaen korvausta henkilökohtaisen koskemattomuuden loukkauksen aiheuttamasta kärsimyksestä, jos loukkaus on tehty tahallaan tai törkeästä huolimattomuudesta. Tämän lisäksi esimerkiksi Terveysturvakassalle tehty kantelu voi olla hyvin tehokas, koska tämän valvontajärjestelmän kautta voidaan suoraan vaikuttaa laiminlyöntiin syyllistyneen terveydenhuollon ammattihenkilön ammatinharjoittamisoikeuteen ja edellyttää mahdollista uudelleen kouluttautumista ja nostaa tällä tavoin terveydenhuollon ammatinharjoittajien toimintastandardeja. Lievissä tapauksissa, joissa kyse on lähinnä käyttäytymis- tai kommunikaatio-ongelmista tutkijan ja tutkittavan välillä, tulisi olla mahdollista käyttää potilaslain tarjoamaa muistutusmahdollisuutta. Potilaslaki ei tarkasti ottaen ulotu terveitä tutkittavia koskeviin tutkimuksiin. Potilaslain muis-

⁴⁷ Tapaus PO 2002-3898-39.

tutusmenettely muistuttaa kuitenkin läheisesti työnantajan yleisiin toimintamahdollisuuksiin vetoamista, eikä perinteinen yhteydenotto esimiestahoon ole terveiltäkään tutkittavilta poissuljettu.

Yllättävästi lääketieteellistä tutkimusta koskevan erityislainsäädännön nojalla selkein toimintavaihtoehto tutkittavan itsemääräämisoikeuden loukkaustilanteessa on kuitenkin turvautua rikosoikeudellisiin sanktioihin. Tutkittavan tiedottamista ja suostumuksen saantia koskevien säännösten rikkominen on säädetty tutkimuslain 27 §:ssä rangaistavaksi sakon uhalla. Mikäli tutkimuslain rikkomista koskeva syyte yhdistetään rikoslain 40 luvun virkavelvollisuuden rikkomista koskeviin säännöksiin, rangaistusuhka nousee yhteen vuoteen vankeutta. Tämä lienee jo riittävä kannuste tutkijoiden kiinnostuksen heräämiselle ja perehtymiselle lääketieteellisiä tutkimuksia koskeviin säännöksiin ja pelote tutkittavan itsemääräämisoikeuden kunnioittamiseksi. Se, että tutkittavan selkein oikeusturvatie kulkee rikosoikeudellisen järjestelmän kautta, ei kuitenkaan vastaa sitä ihannetta, että rikosoikeudelliset sanktiot toimitaisivat laiminlyöntien viimesijaisina reaktiomahdollisuuksina. Itsemääräämisoikeuden loukkausta on vaikea mitata rahassa, ja vahingonkorvaus- tai vakuutus oikeudellisten vaikutusmekanismien kehittäminen ei vaikuta lupaavalta kehityssuunnalta tässä suhteessa. Hallinnollisia vaikutusmekanismeja ja kurinpitäjärjestelmiä pitäisikin terveydenhuollossa kehittää ja resursoida siten, että tästä reaktiomahdollisuudesta voitaisiin kehittää nopea ja tehokas vaikutusmalli terveydenhuollon ammatinharjoittajien toiminnan laadunvalvonnan tueksi ja potilaan itsemääräämisoikeuden turvaamiseksi.

.....

Martti Majanen

Rikoksen uusiminen ja rikoslainsäädäntö

YLEISTÄ

Rikoslain uusimista koskevat säännökset ovat ehtineet muuttua vuoden 1889 rikoslain säätämisen jälkeen useampaan kertaan. Rikoslain alkuperäinen järjestelmä rakentui erikoisuusuusimisen periaatteen pohjalle. Uusimisen rangaistusta enentävä vaikutus rajattiin laissa erikseen mainittuihin rikoksiin. Kyseiset rikokset olivat lähinnä varallisuusrikoksia, kuten varkaus, näpistys, ryöstö, kiristys ja varastetun tavaran kätkeminen. Uusiminen edellytti, että aikaisempi rikos oli samanlainen tai samankaltainen myöhemmän kanssa. Lisäksi aikaisemmin tehdystä rikoksesta tuomitun rangaistuksen tuli olla loppuun kärsitty.¹

Vuonna 1939 uudistettiin perusteellisesti koko rikoksen uusimista koskeva säännöstö siirtymällä erikoisjärjestelmästä yleisjärjestelmään. Uusimisen edellytyksenä ei enää ollut se, että uusijan teko oli samanlainen tai samankaltainen kuin rikos, josta rangaistus oli kärsitty. Nyt edellytyksenä oli, että uuden rikoksen tekijä on alkanut kärsiä jostakin rikoksesta määrätynlaista rangaistusta tai kärsinyt laissa edellytetyn määrän rangaistusta. Tämä vaikutti laissa tarkemmin määritellyin tavoin rangaistuksen koventamiseen ja antoi tietyin edellytyksin mahdollisuuden nostaa rikoksesta säädetyn rangaistusmaksimin puolitoista- tai kaksinkertaiseksi.²

Seuraava suuri uusimisjärjestelmää koskeva uudistus toteutettiin vuonna 1976. Rikoslain 6 lukuun otettiin uudet rangaistuksen mittaamista koskevat säännökset ja samalla kumottiin aikaisemmat rikoksen uusimista koskevat säännökset. Uusiminen otettiin tästä eteenpäin huomioon vain yhtenä rangaistus-

¹ Ks. tarkemmin Lahti, Raimo, Suhtautuminen uusijaan s. 49–51 julkaisussa Grönqvist, Henrik – Lindholm, Per – Heinonen, Olavi – Takala, Hannu – Lahti, Raimo, Rikoslain uudistaminen. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisu (OLJ) 2/1977, Helsinki 1977. Könkkölä, Mikko, Uusimissäännösten kehitys Suomessa, Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisu (OLJ) 8/1975, Helsinki 1975 s. 15–18.

² Honkasalo, Brynolf – Ellilä, Reino, Rikosten uusimisesta, Rikoslain 6 luvun kommentaari, Hämeenlinna 1945. Könkkölä OLJ 1975 s. 23–27. Lahti, Raimo, Om eftergifter vid upprepad brottslighet, Nordisk tidsskrift för kriminalvidenskap 1976 s. 268–269. Lahti, Raimo, Suomen rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän kehitysvaiheista, Turku 1977 s. 17–18. Lahti OLJ 2/1977, s. 51–53.

teikon sisällä vaikuttavana koventamisperusteena.³ Vuoden 2004 alusta voimaan tullut rikoslain yleisen osan uudistus ei tuonut sisällöllisiä muutoksia tähän sääntelyyn.

Rikoksen uusimisen merkitystä tarkasteltaessa on otettava huomioon myös vuonna 1932 säädetty laki vaarallisista rikoksen uusijoista. Tämän lain korvasi vuonna 1953 säädetty laki vaarallisten rikoksenuusijain eristämisestä. Tämän lain soveltamisalaa rajattiin merkittävästi vuonna 1971 ja nyttemmin vankeuslainsäädännön uudistuksen yhteydessä koko laki tullaan kumoamaan.⁴

Rikoksen uusimisella on ollut merkitystä myös rangaistuslajin valinnassa sekä harkittaessa ehdollisen rangaistuksen täytäntöönpanoa, ehdonalaiseen vapauteen päästämistä tai ehdonalaisten vapauden menettämistä. Näitä koskevia säännöksiä on uudistettu useaan kertaan. Tässä artikkelissa on tarkoitus keskittyä aihepiiriä koskevan lainsäädännön nykytilan tarkasteluun ottaen kuitenkin huomioon uudet 1.10.2006 voimaan tulevat vankeusrangaistusta koskevat säännökset.

UUSIMINEN RANGAISTUKSEN KOVENTAMISPERUSTEENA

Rikoslain yleisen osan uudistuksen yhteydessä vuonna 2003 uudistettiin myös rangaistuksen mittaamista koskeva 6 luku. Vuodelta 1976 oleva rangaistuksen koventamisperusteita koskeva 6 luvun 2 § siirtyi hieman uusittuna uudeksi 6 luvun 5 §:ksi. Pykälän 5 kohdan mukaan yhtenä rangaistuksen koventamisperusteena on ”tekijän aikaisempi rikollisuus, jos sen ja uuden rikoksen suhde rikosten samankaltaisuuden johdosta tai muuten osoittaa tekijässä ilmeistä piittaamattomuutta lain kielloista ja käskyistä”.

Raimo Lahti totesi jo vuonna 1977 artikkelissaan, että rangaistuksen koventamisperusteena ei ole rikoksen uusiminen sinänsä. Jotta uusiminen koventaisi rangaistusta, on aikaisemman rikollisuuden ja uuden rikoksen suhteen osoitettava tekijässä sanotussa lainkohdassa kuvatuista erityisen suurta syyllisyyttä (moitittavuutta). Ei ole riittävää todeta, että tekijällä on tilillään aikaisempaa rikollisuutta, vaan kussakin yksittäistapauksessa on erikseen lisäksi selvitettävä uusimisen ehkä osoittama syyllisyys, ilmeinen piittaamattomuus lain kielloista ja käskyistä. Tämä piittaamattomuus selvitetään tutkimalla aikaisemman rikolli-

³ Ks. Hallituksen esitys (HE) 125/1975 II vp rikoslain 6 luvun ja siihen liittyvien säännösten muuttamisesta ja Lahti OLJ 2/1977 s. 63–94.

⁴ Eduskunta hyväksyi kesäkuussa 2005 laajan vankeusrangaistusta koskevan lakipaketin (HE 261–263/2004 vp), jonka tasavallan presidentti vahvisti 23.9.2005 (L. 767–788/2005). Lait tulevat voimaan 1.10.2006.

suuden ja uuden rikoksen suhdetta.⁵ Tärkein rikosten yhteyteen viittaava seikka on niiden samankaltaisuus. Riittävänä on pidetty rikosryhmittäistä yhtenevyyttä.⁶ Samankaltaisuudenkaan ei ole katsottu riittävän, jos rikosten toistaminen on ollut pikemminkin osoitus urautuneesta elämäntavasta kuin tietoisesta ja ilmeisestä oikeusjärjestyksen uhmaamisesta. Myöskään satunnaisen uusimisen ei katsota täyttävän säännöksen tarkoittaman uusimisen kriteerejä. Usein satunnaisuuteen viittaa rikosten välinen pitkä aika.⁷ Säännöksen soveltamisen kannalta tekojen ei kuitenkaan tarvitse edes olla samankaltaisia, jos rikosten uusiminen muuten osoittaa tekijän ilmeistä piittaamattomuutta lain kielloista ja käskyistä.

Hallituksen esityksessä vuodelta 1975 todettiin, että säännös ei edellytä, että rikosentekijä on tuomittu rikoksesta aikaisemmin, mutta ”aikaisemmasta rikoksesta annettu varoittava tuomio on yleensä asiallinen, vaikka ei muodollinen edellytys sille, että uusimisen voidaan katsoa osoittavan säännöksessä tarkoitettua piittaamattomuutta”.⁸ Lahti on todennut, että pykälän sanamuoto ei estä tässä suhteessa auktoritatiivisen varoituksen väljää tulkintaa. Hän kuitenkin puoltaa hallituksen esityksessä mainittua pääsääntöä, että aikaisemmasta rikollisuudesta on annettu myös tuomio.⁹

EHDOLLINEN VANKEUS

Ehdollisena voidaan tuomita määräaikainen, enintään kahden vuoden vankeusrangaistus (RL 6:9). Kahden vuoden raja koskee yhtä hyvin yhdestä rikoksesta tuomittua rangaistusta kuin useasta rikoksesta tuomittua yhteistä vankeusrangaistusta. Yli kahden vuoden pituinen vankeus on aina tuomittava ehdottomana vankeutena.

Valinta ehdollisen ja ehdottoman vankeuden käytön välillä on RL 6:9:ssä ilmaistu melko yleisluonteisesti ja väljästi. Vankeus voidaan tuomita ehdollisena, jollei rikoksen vakavuus, rikoksesta ilmenevä tekijän syyllisyys tai tekijän aikaisempi rikollisuus edellytä ehdottoman vankeuden tuomitsemista.

Hallituksen esityksessä todetaan, että rikoksen vakavuus viittaa ensisijassa ulkoiseen teon kuvaan, ennen kaikkea teolla aiheutettuun vahinkoon ja teolla

⁵ Lahti OJL 2/1977 s. 63–66. Ks. myös Lappi-Seppälä, Tapio, Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa, Vammala 1987 s. 463–464, ja Lappi-Seppälä, Tapio, Rangaistuksen määrääminen s. 390–391 teoksessa Heinonen, Olavi ym. Rikosoikeus, Juva 2002 ja Hallituksen esitys (HE) 44/2002 vp rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi s. 194.

⁶ Lappi-Seppälä 1987 s. 466.

⁷ Lappi-Seppälä 2002 s. 391.

⁸ HE 125/1975 II vp s. 13.

⁹ Lahti OJL 2/1977 s. 75. Ks. myös Lappi-Seppälä 1987 s. 470–471.

tuotettuun vaaraan. Ulkoisen teonkuvan ohella teon moitittavuus- ja törkeysarvosteluun vaikuttaa tekijän tekemästä konkreettisesta rikoksesta ilmenevä syyllisyys. Kolmas lajivalintaperuste on tekijän aikaisempi rikollisuus. Aikaisemmallalla rikollisuudella tarkoitetaan ennen kaikkea rikoksia, joista syytetty on jo tuomittu rangaistukseen ennen kuin hän syyllistyi myöhemmin tuomittavana olevaan rikokseen. Toisaalta jos samaan konkurrenssiryhmään kuuluvista eri rikoksista tuomitaan rangaistukseen kahdessa eri oikeudenkäynnissä, ensimmäisessä oikeudenkäynnissä käsitellyt rikoksia ei voida pitää syytetyn aikaisempaan rikollisuutena, vaan ehdollisen vankeusrangaistuksen mahdollisuus määräytyy rikosten vakavuuden ja tekijän syyllisyyden perusteella.¹⁰

Tässä lajivalinnassa tulee ottaa huomioon myös se, mitä on lausuttu RL 6:5:n osalta uusimisesta rangaistuksen koventamisperusteena. Hallituksen esityksessä todetaan, että aikaisemman rikollisuuden vaikutusta uuden rangaistuksen ehdollisuuteen ei voida laissa määritellä täsmällisesti, koska tilanteet poikkeavat toisistaan. Asia edellyttää kokonaisharkintaa. Uusien ja aikaisempien rikosten määrän ja törkeyden lisäksi asiaan vaikuttaa myös uusimisnopeus. Mitä pitempi aika on kulunut aikaisemmasta tuomiosta, sitä pienempi merkitys on uusimiselle syytä antaa.¹¹

Rikoksen uusimisella on merkitystä harkittaessa ehdollisen vankeuden määräämistä pantavaksi täytäntöön. Ehdollinen vankeus voidaan määrätä RL 2b:5:n nojalla pantavaksi täytäntöön, jos tuomittu tekee koeaikana rikoksen, josta hänet olisi tuomioistuimen harkinnan mukaan tuomittava ehdottomaan vankeuteen ja josta syyte on nostettu koeaikana tai 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. Tuomioistuin voi määrätä myös ehdollisen vankeuden pantavaksi täytäntöön vain osaksi, jolloin rangaistus jää muulta osin ehdolliseksi entisiin koeajoin. Myös tällöin määrätään yhteinen ehdoton vankeusrangaistus koeaikana tehdystä rikoksesta tulevasta rangaistuksesta ja täytäntöönpannusta ehdollisen vankeuden osasta. Käytännössä täytäntöönpantu ehdollinen vankeus sisältyy aina osana uudesta rikoksesta tai uusista rikoksista tuomittuun yhteiseen ehdottomaan vankeusrangaistukseen. Tuomioistuin ei voi tuomita erikseen koeaikana tehdyistä rikoksista ehdotonta vankeutta ja määrätä erikseen täytäntöön aikaisemman ehdollisen vankeuden. Näistä on aina määrättävä yksi yhteinen ehdoton vankeusrangaistus noudattaen RL 7 luvussa yhteisestä vankeusrangaistuksesta

¹⁰ HE 44/2002 vp s. 205. Ks. myös Lappi-Seppälä teoksessa Heinonen ym.: Rikosoikeus 2002 s. 257–262 ja KKO 2001:37.

¹¹ HE 44/2002 vp s. 206.

säädettyjä periaatteita. Tuomioistuimella on kuitenkin täytäntöönpanon suhteen aina harkintavalta. Vaikka se tuomitsee koeaikana tehdyistä rikoksista ehdotonta vankeutta, sen ei ole pakko määrätä aikaisempaa ehdollista vankeutta täytäntöön. Lainsäädännöstä on vuosien kuluessa poistettu säännökset, jotka ovat edellyttäneet aikaisemman ehdollisen rangaistuksen pakollista täytäntöönpanoa.¹²

Samalla kertaa on mahdollista määrätä myös useampi aikaisempi ehdollinen vankeus täytäntöönpantavaksi. 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.¹³

YHDYSKUNTAPALVELU

RL 6:11:n mukaan ”rikoksentekijä, joka tuomitaan pituudeltaan määrättyyn, enintään kahdeksan kuukauden ehdottomaan vankeusrangaistukseen, tuomitaan sen sijasta yhdyskuntapalveluun, jollei ehdottomien vankeusrangaistusten, aiempien yhdyskuntapalvelurangaistusten tai muiden painavien syiden ole katsottava olevan esteenä yhdyskuntapalveluun tuomitsemiselle”.

Säännöksessä tarkoitetun enintään kahdeksan kuukauden ehdottoman vankeusrangaistuksen tuomitsemisessa on noudatettu normaaleja rangaistuksen mitaamisperusteita, joiden soveltamisessa on jo kertaalleen otettu huomioon aikaisemman rikollisuuden vaikutus rangaistuksen määrään. Harkittaessa yhdyskuntapalvelun käyttöä joudutaan vielä uudelleen arvioimaan aikaisempien tuomioiden vaikutusta tehtäessä lajivalintaa ehdottoman vankeuden ja yhdyskuntapalvelun välillä. Kysymyksessä voi olla aikaisemman vankeustuomion täytäntöönpanon muodostama tosiasiallinen este yhdyskuntapalvelun käytölle. Hallituksen esityksen mukaan törkeästä rikoksesta äskettäin tuomitulle ei yleensä tulisi tuomita yhdyskuntapalvelua silloinkaan, kun vankeusrangaistuksen täytäntöönpano ei konkreettisesti estä yhdyskuntapalvelun täytäntöönpanoa. Huomiota on myös kiinnitettävä siihen aikaan, mikä on kulunut aikaisemmasta tuomiosta uuden rikoksen tekemiseen. Vuosien takaisille rikoksille ei tulisi enää antaa merkitystä.

¹² Vuonna 1992 siirryttäessä yhtenäisrangaistusjärjestelmään poistettiin ehdollisesta rangaistuksesta annetun lain 4 §:stä se osa, jossa oli säädetty, että aikaisempi ehdollinen rangaistus on pantava täytäntöön, jos koetusajana tehdystä uudesta rikoksesta tuomitaan vuotta pitempään ehdottomaan vankeusrangaistukseen. Ks. Hallituksen esitys (HE) 40/1990 vp rikosten yhtymistä koskevan lainsäädännön uudistamisesta s. 44 ja L. 19.4.1991/700.

¹³ Ks. ehdollisen vankeusrangaistuksen täytäntöönpanosta Frände, Dan, Yleinen rikosoikeus, Helsinki 2005 s. 384–388.

Sama koskee myös aikaisempia yhdyskuntapalvelutuomioita. Lähtökohtaisesti yksi aikaisempi yhdyskuntapalvelutuomio ei vielä estäisi uutta yhdyskuntapalvelurangaistusta, mutta kaksi aikaisempaa jo voisi estää, mutta ei välttämättä. KKO on tuomiossaan 2003:34 katsonut, että kahdesti yhdyskuntapalveluun tuomittu voidaan vielä tuomita yhdyskuntapalveluun, jos käsillä on seikkoja, joista voidaan päätellä henkilön kykenevän jatkossa lainkuuliaiseen elämään.¹⁴

Uusi ehdoton vankeusrangaistus voi yhdyskuntapalvelusta annetun lain 11 §:n mukaan johtaa kieltoon jatkaa aikaisemman yhdyskuntapalvelun täytäntöönpanoa. Tällöin tulee tuomioistuimen samalla määrätä, että jäljellä oleva osa yhdyskuntapalvelusta on suoritettava vankeutena. Yhdyskuntapalvelun täytäntöönpano voidaan kieltää jo syytevaiheessakin, jos syyttäjä päättää syyttää yhdyskuntapalvelua suorittavaa rikoksesta, josta syyttäjän arvion mukaan voi olla seuraamuksena vankeutta. Näissä tapauksissa on lähinnä kyse siitä, että uusi ehdoton vankeusrangaistus tosiasiallisesti estää yhdyskuntapalvelun suorittamisen. Rikoksen uusimisen näkökulmasta tilanteet voivat vaihdella. Vain osassa tapauksista voidaan puhua rikoksen uusimisesta. Käsillä voi olla tilanteita, joissa käsiteltävät rikokset on tehty yhtä hyvin ennen kuin jälkeen aikaisemmin tuomittuja rikoksia.

NUORISORANGAISTUS

Nuorisorangaistus otettiin pitkän kokeiluvaiheen jälkeen Suomessa pysyvään käyttöön 1.1.2005. RL 6:10a:n mukaan ”alle 18-vuotiaana tehdystä rikoksesta voidaan tuomita nuorisorangaistus, jos: 1) sakko on rikoksen vakavuus, rikoksesta ilmenevä tekijän syyllisyys ja tekijän aikaisemmat rikokset huomioon ottaen riittämätön rangaistus eivätkä painavat syyt vaadi ehdottomana vankeusrangaistuksen tuomitsemista; ja 2) nuorisorangaistuksen tuomitsemista on pidettävä perusteltuna tekijän sosiaalisen selviytymisen edistämiseksi ja uusien rikosten ehkäisemiseksi”.

Seuraamusten ankaruusasteikolla nuorisorangaistus sijoittuu sakon ja ehdottoman vankeuden väliin. Samalle tasolle sijoittuu ehdollinen vankeus. Niinpä keskeiset arviointiperusteet harkittaessa nuorisorangaistuksen käyttöä on säädetty laissa samoin kuin ehdollisen vankeuden osalta RL 6:9:ssä: rikoksen vakavuus, tekijän syyllisyys ja aikaisemmat rikokset. Hallituksen esityksessä todetaan, että perusteiden tulkintaan pätevät samat lähtökohdat. Asteittain ankaroitu-

¹⁴ Ks. Frände 2005 s. 389 ja HE 44/2002 vp s. 208.

vassa seuraamusjärjestelmässä tekijän aikaisemmillä rikoksilla on merkitystä rangaistuslajin valinnassa.¹⁵

Jos nuorisorangaistukseen tuomittu olisi tuomittava ehdottomaan vankeusrangaistukseen ennen nuorisorangaistuksen tuomitsemista tehdystä rikoksesta tai nuorisorangaistuksen tuomitsemisen jälkeen, mutta ennen täytäntöönpanon päättymistä tehdystä rikoksesta, hänet voidaan tuomita tästä rikoksesta ja nuorisorangaistukseen johtaneesta rikoksesta yhteiseen ehdottomaan vankeusrangaistukseen (RL 7:8).¹⁶ Näissä tapauksissa on useimmiten kyse tilanteista, joissa ilmi tulleen vakavan rikoksen tai vakavien rikosten johdosta nuorisorangaistuksen täytäntöönpanon jatkaminen ei ole käytännössä mahdollista tai on ainakin epätarkoituksenmukaista. Asia on joka tapauksessa tuomioistuimen harkinnassa.

EHDONALAINEN VAPAUTTAMINEN

Ehdonalainen vapauttaminen tarkoittaa ehdottomaan vankeusrangaistukseen tuomitun vangin päästämistä suorittamaan loppuosa rangaistuksesta vapaudessa. Vapauttamisaikaa määriteltäessä on merkitystä ollut sillä, onko vanki vankeinhoidollisesti ensikertainen vai uusija. Ehdonalaista vapauttamista koskevat säännökset tulevat muuttumaan, kun vuonna 2005 tehty laaja vankeusrangaistusta koskeva uudistus tulee voimaan 1.10.2006.

Ehdonalaisen vapauttamisen osalta ratkaiseva merkitys on sillä, onko vanki rikosta edeltäneiden kolmen vuoden aikana suorittanut vankeusrangaistusta vankilassa vai ei. Vielä toistaiseksi voimassa olevan rangaistuksen täytäntöönpanosta annetun lain (RTL) 2:13:n mukaan uusijat pääsevät vapaaksi pääsääntöisesti suoritettuaan kaksi kolmasosaa ja muut puolet rangaistuksestaan. Tästä on kuitenkin poikkeuksena nuorisovankilaan määrätty, jotka pääsevät vapaaksi suoritettuaan rangaistustaan yhden kolmasosan (RTL 5:9).

Syksyllä 2006 voimaan tulevan lainmuutoksen mukaan jatkossa pääsee ehdonlaiseen vapauteen, jos tuomittu ei ole suorittanut kolmen vuoden aikana ennen uusia rikoksia vankeusrangaistusta vankilassa, kun rangaistuksesta on suoritettu puolet tai 21 vuotta nuorempana tehdyn rikoksen perusteella tuomitusta rangaistuksesta yksi kolmasosa. Tässä tarkoitettua määräänsä soveltamista ei estä se, että henkilö on rikosta edeltäneiden kolmen vuoden aikana suorittanut vankilassa sakon muuntorangaistusta tai rangaistusta siviilipalveluslaissa tarkoi-

¹⁵ Hallituksen esitys (HE) 102/2004 vp laiksi nuorisorangaistuksesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi s. 16. Ks. myös Marttunen, Matti, Nuorisorangaistus: tausta, kokeilu-aika ja tuomitseminen, Lakimies 3/2005 s. 392–393.

¹⁶ HE 102/2004 vp s. 18.

tetusta siviilipalvelusrikoksesta. Muutoin määräaikaista vankeusrangaistusta suorittava päästetään ehdonalaiseen vapauteen, kun hän on suorittanut rangaistuksesta kaksi kolmasosaa tai alle 21-vuotiaana tehdyn rikoksen perusteella puolet (uusi RL 2c:5).¹⁷

Samassa yhteydessä muutettiin pakkolaitokseen eristäminen koko rangaistuksen suorittamiseksi vankilassa. Käytännössä 1970-luvulta lähtien pakkolaitokseen eristetyt vaaralliset rikoksenuusijat ovat päässeet ehdonalaiseen vapauteen suorittettuaan rangaistuksensa kokonaan. Kun muutetut säännökset tulevat voimaan, tuomioistuimien voi uuden RL 2c:11:n nojalla rangaistukseen tuomitessaan syyttäjän vaatimuksesta päättää, että tuomittu vapautuu vankilasta vasta suorittettuaan rangaistuksensa kokonaan. Edellytyksenä on määräaikainen vähintään kolmen vuoden pituinen vankeusrangaistus laissa olevassa luettelossa mainitusta törkeästä rikoksesta¹⁸ tai sellaisen rikoksen yrityksestä tai osallisuudesta sellaiseen rikokseen ja että rikoksentehtäjä on rikosta edeltäneiden 10 vuoden aikana syyllistynyt johonkin luettelossa mainittuun rikokseen tai uusi rikos on tehty kolmen vuoden kuluessa siitä, kun hän on vapautunut suorittamasta koko rangaistusaikaa vankilassa tai elinkautista vankeutta. Lisäksi rikoksentehtäjää on rikoksesta ilmenevien seikkojen perusteella pidettävä erittäin vaarallisena toisen hengelle, terveydelle tai vapaudelle. Koko rangaistusta suorittava voidaan kuitenkin päästää RL 2c:12:n mukaan ehdonalaiseen vapauteen hänen suorittettuaan rangaistuksesta viisi kuudesosaa, jos häntä ei enää ole pidettävä erittäin vaarallisena toisen hengelle, terveydelle tai vapaudelle. Ehdonalaisten vapauttaminen voi tässä tapauksessa tapahtua aikaisintaan, kun vankilassaoloaikaa on kertynyt kolme vuotta.¹⁹

Kun tuomittu päästetään ehdonalaiseen vapauteen, alkaa koeaika, joka on vapauttamishetkellä jäljellä olevan jäännösrangaistuksen pituinen. Koeaika on kuitenkin enintään kolme vuotta. Nykyinen RTL 2:17:n määräämä koeajan minimi kolme kuukautta tulee uudistuksen yhteydessä poistumaan. Elinkautiseen vankeuteen tuomitun ehdonalaisten vapauden koeaika ja jäännösrangaistus ovat kolme vuotta (RL 2c:13).

Jäännösrangaistuksen täytäntöönpanoa koskevat säännökset tulevat muuttumaan. Voimassa olevassa RTL 2:15:ssä säädetään, että jos vapaaksi päästetty

¹⁷ Ks. Hallituksen esitys (HE) 262/2004 vankeutta ja ehdonalaista vapauttamista koskevaksi lainsäädännöksi s. 40–42 ja 64 sekä lakivaliokunnan mietintö (LaVM) 9/2004 vp.

¹⁸ RL 2c:11: murha, tappo, surma, törkeä pahoinpitely, törkeä raiskaus, törkeä lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö, törkeä ryöstö, törkeä tuhotyö, törkeä sodankäyntirikos, törkeä ihmisoikeuksien loukkaaminen poikkeuksellisissa oloissa, joukkotuhonta, törkeä ihmiskauppa, panttivangin ottaminen, törkeä terveyden vaarantaminen, ydinräjähdერიკος, kaappaus, terroristisessa tarkoituksessa tehty rikos.

¹⁹ Ks. HE 262/2004 vp s. 48–49 ja LaVM 9/2004.

tekee koeaikana uuden rikoksen, tulee sen oikeuden, joka siitä tuomitsee, samalla määrätä, menettääkö tuomittu sen johdosta ehdonalaisen vapautensa vai ei. Mitään muita tarkempia edellytyksiä uudelle rikokselle ei laissa ole asetettu. Jos ehdonalainen vapaus määrätään menetetyksi, joutuu tuomittu pääsäännön mukaan suorittamaan jäännösrangaistustaan sen pituudesta riippumatta yhden kuukauden, ellei jäännösrangaistus ole kuukautta lyhyempi, jolloin hän suorittaa sen kokonaan (RTL 2:16). Tämän lisäksi tulee suoritettavaksi uudesta rikoksesta tai uusista rikoksista tuomitusta vankeusrangaistuksesta rikoksen uusijana pääsääntöisesti kaksi kolmasosaa.

Uuden RL 2c:14:n mukaan tuomioistuim voi syyttäjän vaatimuksesta määrätä jäännösrangaistuksen pantavaksi täytäntöön, jos tuomittu tekee koeaikana rikoksen, josta tuomioistuimen harkinnan mukaan hänet olisi tuomittava ehdottomaan vankeuteen ja syyte on nostettu vuoden kuluessa koeajan päättymisestä. Tällöin aivan vastaavasti kuin määrättäessä ehdollinen vankeus täytäntöön määrätään täytäntöönpantavasta jäännösrangaistuksesta ja koeajalla tehdystä rikoksesta tuomittavasta rangaistuksesta yhteinen ehdoton vankeusrangaistus. Tuomioistuimella on laaja harkintavalta. Se voi määrätä jäännösrangaistuksen täytäntöön joko kokonaan tai osittain, mutta se voi olla myös määräämättä sitä täytäntöön. RL 2c:14:ssä mainitaan määräämättä jättämisen perusteina, että suuri osa koeajasta oli suoritettu ennen kuin uusi rikos oli tapahtunut, jäännösrangaistus on lyhyt, koeajalla tehdystä rikoksesta tuomittava rangaistus on lyhyt tai yhteinen rangaistus johtaisi kohtuuttomaan lopputulokseen. Uusittu jäännösrangaistuksen täytäntöönpanoa koskeva säännös poikkeaa merkittävästi nykyisestä RTL 2:16:n säännöksestä.

Uusimisvaikutuksen kannalta on vielä mainittava, että RL 2c:13.2:n mukaan, jos tuomioistuimen päätöksellä koko rangaistuksen vankilassa suorittanut tekee uuden rikoksen, josta hänet olisi tuomittava ehdottomaan vankeuteen, on tätä pidettävä rangaistuksen koventamisperusteena. Tällaisissa koko rangaistuksen suorittamistapauksissa ei ole jäännösrangaistusta eikä koeaikaa, mutta lainsäätäjä on halunnut kuitenkin huomioida tällaiset tilanteet rangaistusta koventavana perusteena.²⁰ Säännöksen tarpeellisuuden voi kyseenalaistaa, koska aikaisempi rikollisuus vaikuttaa rangaistuksen mittaamisessa ja täytäntöönpanossa jo muutoinkin monin tavoin koventavasti.

²⁰ HE 262/2004 vp s. 51.

AJOKIELTO

Tieliikennelain (TLL) 5 luvussa ”Ajoneuvon kuljettaja ja ajo-oikeus” on ajokieltoa koskevat säännökset. Ajokiellon voi määrätä joko poliisi tai tuomioistuin. Tässä keskitytään lähinnä tuomioistuimen määräämään ajokieltoon.

TLL 75.1 §:n mukaan moottorikäyttöisen ajoneuvon kuljettaja on määrättävä ajokieltoon, jos hänen todetaan syyllistyneen törkeään liikenneturvallisuuden vaarantamiseen, rattijuopumukseen tai törkeään rattijuopumukseen. TLL 78 §:n mukaan tuomioistuin määrää rattijuopumukseen syyllistyneen kuljettajan ajokieltoon vähintään yhdeksi kuukaudeksi ja törkeään liikenneturvallisuuden vaarantamiseen ja törkeään rattijuopumukseen syyllistyneen vähintään kolmeksi kuukaudeksi. Ajokiellon enimmäismäärä on viisi vuotta.

Jos rattijuopumukseen syyllistynyt kuljettaja on viiden vuoden aikana syyllistynyt uudelleen rattijuopumukseen, törkeään rattijuopumukseen tai törkeään liikenneturvallisuuden vaarantamiseen, hänet on määrättävä ajokieltoon vähintään kuudeksi kuukaudeksi. Kysymyksessä voi olla myös tilanne, jossa aikaisempi rikos on törkeä rattijuopumus ja uusi on rattijuopumus. Jos kuljettaja syyllistyy viiden vuoden aikana kahteen tekoon, jotka ovat joko törkeä rattijuopumus tai törkeä liikenneturvallisuuden vaarantaminen, ajokiellon vähimmäispituus on yksi vuosi. Ajokiellon enimmäispituus on myös uusimistapauksissa viisi vuotta.²¹

TLL 79 §:n mukaan tuomioistuin voi, jollei yleinen etu muuta vaadi, määrätä ajokiellon ehdollisena, jos ajo-oikeus on ajokieltoon määrättävälle ammatin takia välttämätön tai jos siihen on muu erityinen syy, eikä teosta ole aiheutunut vaaraa toisten turvallisuudelle. Tuomioistuin määrää koetusajan, joka on vähintään yksi ja enintään kolme vuotta. Tuomioistuimen on määrättävä ehdollisena määrätty ajokielto täytäntöön, jos ajokieltoon määrätty syyllistyy koetusajana rattijuopumukseen, törkeään rattijuopumukseen tai törkeään liikenneturvallisuuden vaarantamiseen. Täytäntöönpano on pakollinen, jos syytetty tuomitaan rangaistukseen ja harkinnanvarainen, jos tekijä jostakin syystä syyllisyydestä huolimatta jätetään tuomitsematta rangaistukseen.

TLL 75 §:n nojalla poliisi voi määrätä vähintään yhden ja enintään kuuden kuukauden ajokiellon toistuvien laissa tarkemmin lueteltujen liikenne rikkomusten perusteella.

²¹ Hallituksen esitys (HE) 104/2004 vp laiksi tieliikennelain muuttamisesta s. 18 ja Tolvanen, Matti: Ajokielto säännösten muuttamiseen liittyvistä ongelmista, Suomen Poliisilehti 2/2005 s. 4–5.

LOPUKSI

Keskeisin sinänsä melko itsestään selvä johtopäätös edellä olevasta tarkastelusta on se, että rikoksen uusimista koskeva lainsäädäntö rakentuu asteittain ankaroituvan järjestelmän pohjalle. Meillä on hyvin pitkälle luovuttu kaavamaisesta uusimisvaikutuksen huomioon ottamisesta. Lainsäädäntö ilmaisee asian hyvin yleisluonteisesti. Aikaisempi rikollisuus tulee ottaa huomioon valittaessa rangaistuslajia ja mitattaessa rangaistusta, mutta kaikki jätetään yksityiskohtien osalta lainkäyttäjän harkinnan varaan. Samoin kysymyksen ollessa ehdollisen vankeuden määräämisestä täytäntöönpantavaksi tai ehdonalaisen vapauden menettämisestä tuomioistuimelle on jätetty paljon harkintavaltaa. Yleensä on luovuttu pakottavista säännöksistä. Tässä suhteessa näyttää ainoan merkittävän poikkeuksen tekevän tieliikennelainsäädäntö. Siellä on ajokieltoseuraamuksen osalta annettu uusimistapauksissa erilaisia tuomioistuinta sitovia määräyksiä. Tuomioistuimen vapaata harkintavaltaa on kavennettu. Toisaalta tieliikenteen rikokset ovat siinä määrin massarikollisuutta, että käytännön yhtenäistämiseksi saatetaan tarvita kaavamaisempia määräyksiä kuin muun rikosoikeuden alueella. Valitettavasti tieliikennelain ajokieltoa koskeva säännöstö on sekavaa ja lakiteknisesti kömpelöä. Säännöstö kaipaasi monien paikkailujen jälkeen kokonaisvaltaisen uudistuksen.

.....

Jussi Matikkala

Murha 2000-luvun alussa

JOHDANTOA

Murha on aina aktuelli teema. Media pitää osaltaan huolen aiheen esilläolosta. Vuonna 2004 käytiin keskustelua murhan ja tapon välisestä rajanvedosta¹. Nyt syyskesällä 2005 seurataan tiiviisti Bodom-jutun alioikeuskäsittelyn vaiheita. Juttu ilmentää mm. murhan vanhentumattomuuden merkitystä käytännön rikosprosessin näkökulmasta. Yksi tapauksen esiintuoma juridinen kysymys on ns. lievemmän lain säännön sisältö. Raimo Lahti on monipuolisessa tuotannossaan eri yhteyksissä arvioinut niin henkirikosvastuuta kuin monia muitakin elämään ja kuolemaan liittyviä tärkeitä oikeudellisia kysymyksiä.

Seuraavassa arvioidaan murharikoksen sisältöä ja seuraamuksia. Ajallinen perspektiivi rajoittuu paljolti viimeiseen kymmeneen vuoteen, jonka ajan rikoslain kokonaisuusdistuksen II-vaiheessa uudistettu RL 21 luku on ollut voimassa. Lähinnä on kyse 2000-luvun alkuvuosiin ajoittuvasta kehityksestä.

MURHAVASTUUN LAAJUUDESTA

Tappaminen ja kielletty tappaminen

Kuoleman tapahtuminen merkitsee henkirikoksen, myös murhan täyttymistä. Ennen sitä kyse voi olla enintään yrityksestä. Kuolemaa ei kuitenkaan ole määriteltä rikoslaissa eikä viime aikoihin asti muuallakaan lainsäädännössä. Laki ihmisen elimien ja kudoksien lääketieteellisestä käytöstä (101/2001) on muuttanut tilanteen. Lain 21 §:ssä on seuraava kuoleman määritelmä: ”(i)hminen on

¹ Ks. lähemmin Pekka Koskinen, Näkökohtia henkirikoskeskustelun johdosta teoksessa Nuutila, Ari-Matti – Pirjatanniemi, Elina (toim.): Rikos, rangaistus ja prosessi. Juhlajulkaisu Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005, Turku 2005 s. 81–89. Henkirikoskeskustelun taustalla olivat etenkin KKO:n ratkaisut 2004:57 ja 63. Keskustelu jatkuu Terttu Utraisen tässä teoksessa olevassa kirjoituksessa Ovatko väkivaltarikosten tuomiot kohdallaan? – Henkirikoksista mediassa ks. esim. Tuomo Mörä, Henkirikos iltapäivälehdessä: mikä murhassa kiinnostaa? teoksessa Kenestä saa kertoa? Viestintäoikeuden vuosikirja 2004, Helsinki 2005 s. 73–78 ja siinä mainittuja lähteitä.

kuollut, kun kaikki hänen aivotoimintansa ovat pysyvästi loppuneet”. Aivokuolemakriteeri vastaa aiempaa yleiskirjepohjaista lähtökohtaa lääkintäoikeudessa. Ulkorikosoikeudellinen legaalityöarvio ei välttämättä ole ratkaiseva rikosoikeudessa, joskin muun kriteerin soveltaminen edellyttäisi hyviä syitä.²

Kuolevan potilaan hoito ja eutanasia muodostavat oikeudellisesti kiinnostavan kysymyksen. Siltä osin kuin kyse on sallitusta kuolinhoidosta, (tahallisen henkirikoksen tunnusmerkistö ei toteudu tai ainakaan teko ei ole oikeudenvastainen. Kielletyn ja sallitun raja ei kuitenkaan ole yksiselitteinen. Lääketieteen kehittyminen on johtanut elinajan pitenemiseen ja potilaan itsemääräämisoikeus on noussut aiempaa keskeisempään asemaan hoitopäätöksissä, millä kehityksillä voisi olla vaikutusta suhtautumisessa eutanasiaan. Eutanasiakysymys on ollut esillä juuri mm. RL 21 luvun uudistuksissa, sekä vuoden 1969 että vuoden 1995 uudistuksen yhteydessä. Asiaa ei kuitenkaan ole nimenomaisesti säännelty, eikä kielletyn ja sallitun rajanvedossa muutoinkaan liene tapahtunut erityisen merkittäviä muutoksia. Eutanasiaa ja kuolevan potilaan hoitoa koskeva eettis-oikeudellinen keskustelu on joka tapauksessa viime vuosina voimistunut sekä meillä että muualla Euroopassa.³

Yleisten oppien uudistus voi sisältää tahallisen henkirikosvastuun näkökulmasta merkittäviä seikkoja, vaikka uudistuksella on useissa kysymyksissä selitetty lähinnä vain kodifioitua se, mikä jo on voimassa olevaa oikeutta. RL 3:1 sisältää säännöksen laillisuusperiaatteesta. Sen 1 momentti voisi sanamuotonsa mukaisesti tulkittuna olla omiaan vähintäänkin estämään murhavastuun laajentumisen ekstensiivisten tulkintojen kautta, mutta nähtäväksi jää, kuinka vakavasti lainkohdan nimenomaan-kvalifikaatio otetaan.

RL 3:6:ssä on määritelty seuraustahallisuus. Sen alin aste on yksinkertaisen todennäköisyystahallisuuden (= tekijä mielsi seurauksen yli 50 %:n todennäköiseksi) mukainen. Tällä on merkitystä tahallisen henkirikosvastuun alan kannalta, joskin murhissa on monesti kysymys tahallisuuden ylemmistä asteista. Myös ehdollisen varmuustahallisuuden sisällyttäminen RL 3:6:ään voi olla merkittävää.

Yritys- ja osallisuusoppi on pyritty sääntelemään voimassa ollutta oikeustilaa vastaavaksi. Tehokkaan katumisen (RL 5:2) ja erityisten henkilöön liittyvien olosuhteiden (RL 5:7) aiempaa yksityiskohtaisemmalla ja välillisen tekemisen

² Ks. lähemmin Irma Pahlman, Potilaan itsemääräämisoikeus, Helsinki 2003 s. 301–304.

³ Ks. lähemmin HE 94/1993 rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittävistä rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksista s. 91, sitä koskeva LaVM 22/1994 s. 7, Pahlman mts. 301–365, Vilja Hahto, Uurin myötävaikutus ja rikoksentehtävän vastuu, Helsinki 2004 s. 259–269 ja Raimo Lahti, Eutanasia ja kuolevan potilaan hoito, teoksessa Nuutila, Ari-Matti – Pirjatanen, Elina (toim.): Rikos, rangaistus ja prosessi. Juhlajulkaisu Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005, Turku 2005 s. 91–112.

kokonaan uudella sääntelyllä (RL 5:4) voi olla vaikutusta joihinkin rangaistavuuskysymysten rajanvetoihin.

Oikeuttamisperusteiden näkökulmasta huomio kiinnittyy etenkin hätävarjelun sääntelyyn (RL 4:4). Säännöksessä ei enää mainita niitä oikeushyviä, joiden suojelemiseksi hätävarjeluteko – kenties jopa tappaminen – voi tulla kyseeseen. Hätävarjelu-oikeuden relatiivisuus ilmenee ennen kaikkea siinä, että hätävarjelun oikeudenmukaisuus edellyttää, ettei teko ilmeisesti ylitä sitä, mitä on pidettävä puolustettavana. Siten vaikka oikeushyvien mainitsemattomuus uudessa hätävarjelusäännöksessä on omiaan avaamaan hätävarjelu-oikeutta olennaisesti, merkitsee puolustettavuuskriteeri merkittävää rajoitinta sille, mikä voi olla hätävarjelutekona oikeudenmukaista. Niinpä, HE:n 44/2002 s. 115 esimerkin mukaan, hengen uhraamista pelkkien omaisuusetujen pelastamiseksi voi tuskin missään olosuhteissa katsoa oikeudenmukaiseksi hätävarjeluteoksi. Entä millaisin toimin saadaan torjua esimerkiksi törkeä vakoilu, josta voidaan tuomita jopa elinkaudeksi vankeuteen? HE:ssä (s. 114–115) korostetaan myös, että oikeudenmukaisessa hätävarjelussa ei ole kyse pakkotilaan rinnastettavasta intressivertailusta ja siis siitä, että hätävarjeluteolla aiheutettavan vahingon tulisi lähtökohtaisesti olla pienempi kuin mikä hyökkäyksestä olisi seurannut. Pakkotilan yhteydessä s. 123 todetaan lisäksi, että ”(i)hmishengen riistäminen ei pakkotilasäännöksen perusteella voi olla sallittua tai oikeudenmukaista”⁴.

Murha

Murha koostuu RL 21:2:n mukaan taposta, yhdestä tai useammasta kvalifiointiperusteesta sekä kokonaistörkeydestä. Ennen kvalifiointiperusteisiin siirtymistä tarkasteltakoon lyhyesti 1.2.2003 voimaan tullutta terrorismirikoksia koskevaa RL 34 a lukua⁵. Luvun 1 § koskee terroristisessa tarkoituksessa tehtyjä rikoksia. Joka terroristisessa tarkoituksessa siten, että teko on omiaan aiheuttamaan vakavaa vahinkoa jollekin valtiolle tai kansainväliselle järjestölle, tekee pykälässä mainitun rikoksen, tuomitaan rangaistusasteikolta, jonka maksimi ylittää (yleensä kahdella vuodella) ao. rikoksen rangaistusasteikon maksimin. RL 34 a:1:ssä ei olisi kyse uudesta rikoslajista, vaan terroristinen tarkoitus ja mainittu abstrakti vaara ankaroittavat pykälässä mainittujen rikosten rangaistusasteikkoja. Niinpä

⁴ Ks. myös Eero Backman, Pakkotila ja velvollisuuksien kollisio rikosoikeudessa, LM 2004 erit. s. 401. – Tässä ei ole mahdollista arvioida sitä sängen tärkeää keskustelua, jota käytiin HE:n 187/2004 laiksi puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta eduskuntakäsittelyssä terroristien haltuun ottaman matkustajakoneen alasampumisesta. – Kappaleen kysymysten arvioinnissa on luonnollisesti otettava huomioon perus- ja ihmisoikeusnäkökulma.

⁵ Näistä rikoksista ja niiden taustasta ks. lähemmin tässä teoksessa olevaa Jukka Lindstedtin kirjoitusta Terrorismipuitepäätös ja suomalaiset terrorismia koskevat rangaistussäännökset.

surman maksimirangaistus nousee 10 vuodesta 12 vuoteen (RL 34 a:1.1:n 6 kohta). Terroristisessa tarkoituksessa tehdystä taposta (RL 34 a:1.1:n 7 kohta) voidaan tuomita 8–12 vuoden määräaikaiseen taikka elinkautiseen vankeusrangaistukseen. RL 34 a:1.2:n mukaan joka terroristisessa tarkoituksessa tekee murhan, on tuomittava vankeuteen elinkaudeksi. Näinhän on murhan kohdalla muutenkin. 2 momentissa ei edellytetä abstraktia vaaraa. Terroristinen tarkoitus on määritetty RL 34 a:6.1:ssä.

RL 34 a luvun 2–5 §:ssä tarkoitetuissa teoissa on sen sijaan kyse uusista rikostyypeistä: terroristisessa tarkoituksessa tehtävän rikoksen valmistelu (RL 34 a:2), terroristiryhmän johtaminen (RL 34 a:3), terroristiryhmän toiminnan edistäminen (RL 34 a:4) ja terrorismin rahoittaminen (RL 34 a:5). Niissä operoidaan mm. (terroristisessa tarkoituksessa tehdyllä) murhalla, joten ne laajentavat osaltaan murhaan liittyvän rangaistavan menettelyn aluetta. Luvussa mainittuihin rikoksiin sovelletaan myös, mitä oikeushenkilön rangaistusvastuusta on säädetty (RL 34 a:8). Viitattakoon tässä yhteydessä vielä järjestäytyneen rikollisryhmän toimintaan osallistumiseen (RL 17:1a).⁶

HE:ssä 94/1993 oli ehdotettu RL 21:2.1:n 4 kohdan virkamieistä teon kohteena koskevan kvalifointiperusteen muotoilemista sellaiseksi, että virkamies tapetaan ”yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämisen estämiseksi”. Lakivaliokuntakäsittelyn seurauksena pitäydyttiin kuitenkin vuoden 1969 murhasäännöksen kaltaisessa laajemmassa virkamiesperusteessa. Murhasäännöksen 4) kohta sisältää kvalifointiperusteena virkamiehen tappamisen ”hänen ollessaan virkansa puolesta ylläpitämässä järjestystä tai turvallisuutta taikka virkatoimen vuoksi”.⁷

HE:n mukainen kvalifointiperuste olisi erottanut soveltamisalaan kuuluvat virkamiehet virkatehtäviensä sisällön perusteella. Virkatoimen vuoksi tapahtuva tappaminen tuo soveltamisalaan virkamiehet yleensä. RL 21 luvun voimaan tullessa oli vastikään uudistettu virkarikoksia koskeva sääntely. Siinä oli uudistettu RL 2:12:n virkamiehen määritelmä. RL 21 luvun uudistuksessa sekä HE että lakivaliokunta lähtivät siitä, että virkamiesperusteen tarkoittama virkamies määrittyy RL 2:12:n (1 momentin) mukaan. Tuo määritelmä oli laaja kattaen virkai tai siihen rinnastettavassa palvelussuhteessa olevien (1 mom 1 kohta) lisäksi luottamushenkilöitä (2 kohta) ja julkista valtaa käyttäviä henkilöitä (3 kohta).

Virkarikossäännökset uudistettiin vastikään 1.10.2002 voimaan tulleella lailla 604/2002. Tässä yhteydessä RL 21 lukuun lisättiin seuraava soveltamisalasäännös (21:18):

⁶ Kansainvälisiin velvoitteisiin pohjautuvassa HE:ssä 52/2005 RL 21 lukuun ehdotetaan lisättäväksi uusi 19 §, jossa jopa murha tuotaisiin oikeushenkilön rangaistusvastuun piiriin, kun rikos on tehty saattamalla, päästämällä tai jättämällä ainetta, säteilyä tai muuta sellaista ympäristöön.

⁷ Ks. HE 94/1993 s. 93 ja LaVM 22/1994 s. 11.

Sovellettaessa tämän luvun 2 §:n 4 kohtaa rikollisen teon kohteena olevaan virkamieheen rinnastetaan 40 luvun 11 §:ssä tarkoitettu julkista luottamustehtävää hoitava henkilö, sellainen ulkomainen virkamies, joka toimii Kansainvälisen rikostuomioistuimen palveluksessa taikka Suomen alueella kansainvälisen sopimuksen tai muun kansainvälisen velvoitteen nojalla tarkastus-, tarkkailu-, takaa-ajo- tai esitutkintatehtävissä, julkista valtaa käyttävä henkilö ja 16 luvun 20 §:n 5 momentissa tarkoitettu henkilö.

Virkarikosuudistuksessa kumottiin RL 2:12, mutta RL 40:11:ssä on uusi määritelmäsäännös. RL 40:11:n 1 kohdassa on omaksuttu asiallisesti hallinto-oikeudellinen virkamiehen määritelmä, ja se vastaa kutakuinkin kumotun RL 2:12.1:n 1 kohtaa. Julkista luottamustehtävää hoitavat ja julkista valtaa käyttävät henkilöt onkin RL 40:11:ssä erotettu virkamiehen määritelmästä, ja vastaavasti RL 21:18:ssä nämä ryhmät rinnastetaan virkamiehiin murhasäännöksen soveltamisessa. Näiltä osin virkamiesperusteen ala on siis pysynyt pitkälti entisen kaltaisena.

Siteerattu RL 21:18 sisältää vielä kaksi muuta henkilöryhmää, jotka rinnastetaan virkamieheen. Niitä ovat säännöksessä mainittu ulkomainen virkamies ja RL 16:20.5:ssä tarkoitettut henkilöt. Ulkomainen virkamies on määritelty RL 40:11:n 4 kohdassa, mutta RL 21:2:n kannalta relevantteja on heistä vain osa, eli RL 21:18:ssä mainitut Kansainvälisen rikostuomioistuimen palveluksessa toimiva ja Suomen alueella kansainvälisen sopimuksen tai muun kansainvälisen velvoitteen nojalla tarkastus-, tarkkailu-, takaa-ajo- tai esitutkintatehtävissä toimiva ulkomainen virkamies. Tarkkailu- ja takaa-ajotehtävät voivat liittyä mm. Schengenin yleissopimukseen ja tarkastustehtävät esimerkiksi tulliyhteistyöhön.⁸

RL 21:18:ssä viitattu RL 16:20.5 koskee rikosoikeudellista virkavastuuta koskevia säännöksiä muualla kuin rikoslaissa. Sen mukaan ”(j)os muualla kuin tässä laissa säädetään rikosoikeudellista virkavastuuta koskevien säännösten soveltamisesta muuhun kuin 1–4 momentissa tarkoitettuun henkilöön, hänet rinnastetaan rikollisen teon kohteena olevaan virkamieheen sovellettaessa tämän luvun 1–3, 9, 13 ja 14 §:ää”. Tarkoituksena on, että rikosoikeudellisen virkavastuun piiriin tällaisilla rikoslain ulkopuolisilla säännöksillä saatetut henkilöt rinnastetaisiin virkamiehiin myös rikoksen kohteina. Tällaiset rikoslain ulkopuoliset säännökset on laadittu jossain määrin vaihtelevin sanakääntein, mikä voi aiheuttaa tulkintavaikeuksia ja ehkä jopa ongelmia legaliteettiperiaatteen näkökulmasta.⁹

⁸ Ks. HE 77/2001 lahjontaa koskevan Euroopan neuvoston rikosoikeudellisen yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä eräiden virkarikoksia ja niihin liittyviä rikoksia koskevien säännösten muuttamisesta s. 37–40, 51–52 ja 55.

⁹ Ks. HE 77/2001 s. 39–40 ja 55.

MURHAN SEURAAMUKSISTA

Murhasta seuraa RL 21:2:n mukaan elinkautinen vankeusrangaistus. Muut säännökset ovat kuitenkin modifioineet tätä lähtökohtaa. Tuomitsemisen tasolla merkittävimmät ovat olleet rangaistuksen yleiset vähentämisperusteet. Ennen yleisten oppien uudistusta nuoruus, alentunut syyntakeisuus, yritys ja avunanto johtivat automaattisesti asteikon muunnokseen, ja mahdollisuus oli olemassa myös hätävarjelen liioittelun ja oikeudenvastaisen pakkotilan yhteydessä. Murhassa elinkautinen vankeus muuntui yleisen vähentämisperusteen käsilläollessa 2–12 vuoden vankeudeksi. Usea vähentämisperuste merkitsi useaa asteikon muuntamisoperaatiota.¹⁰

Rangaistussäännöksestä ilmenevää rangaistusta lievempään tulokseen voitiin erityisesti syystä päätyä myös RL 3:5.2:n nojalla. Säännöstä sovellettiin myös murhaan. Tapauksessa KKO 1988:42 rikoskumppanina murhaan syyllistynyt, jonka syyllisyys läheni avunantajan syyllisyyttä, tuomittiin RL 3:5.2:ää soveltuen 10 vuoden vankeusrangaistukseen.

Yleisten oppien uudistukseen kuului rangaistuksen määräämistä koskeva uusi 6 luku. Siinä uudistettiin mm. juuri selostettu sääntely. Keskeinen säännös on RL 6:8. Järjestelmä sisältää edelleen yleisiä vähentämisperusteita ja mahdollisuuden asteikon alitukseen muillakin perusteilla. Vähentämisperusteen vaikutus on saman kaavan mukainen kuin ennenkin – elinkautinen vankeusrangaistus muuntuu 2–12 vuoden vankeusrangaistukseksi. Systeemiä ankaroittava piirre on se, että vähentämisperusteiden vaikutus ei enää ole kumulatiivinen, vaan muunto suoritetaan vain kerran.

Erityisesti murhan kannalta merkittävä järjestelmän ankaroituminen on tapahtunut siinä, että alentunut syyntakeisuus ei enää vaikuta sovellettavaan enimmäisrangaistukseen, vaikka minimin osalta menetellään kuten muissakin vähentämisperusteissa. Alentuneesti syyntakeisena tehdyn murhan asteikko on siis vankeutta 2–12 vuotta tai elinkaudeksi. Alentuneesti syyntakeisen tuomitsemista automaattisesti vain määräaikaiseen vankeusrangaistukseen pidettiin ongelmana. Tämä vaikutti siihen, että täyttä ymmärrystä vailla oleviksi katsottujen määrä pieneni sängen huomattavasti viimeisen parinkymmenen vuoden aikana. Tarvetta tähän ei enää ole, ja nähtäväksi jääkin, johtaako mahdollisuus tuomita alentu-

¹⁰ HE:ssä 94/1993 s. 93–94 ehdotettiin 12 vuoden määräaikaisen rangaistuksen ottamista mukaan murhasäännökseen elinkautisen vankeusuhan lisäksi. LaVM:ssä 22/1994 s. 11 ehdotuksen perusteluja pidettiin varteenotettavina, mutta ehdotusta ei tuossa vaiheessa katsottu voitavan hyväksyä. Murhan vaihtoehtoista rangaistusta voitaisiin harkita sitten, kun tiedetään, miten ehdonalaisen vapauden edellytyksiä tullaan muuttamaan. Nyt tämä on jäljempänä selostettavin tavoin tiedossa. Koskisen mks. 88–89 mukaan murhan rangaistusasteikkoa saattaisi olla aihetta arvioida uudelleen.

neesti syyntakeinen täyteen rangaistukseen kyseisen alentuneesti syyntakeisiksi katsottavien kategorian laajenemiseen.

HE:n 44/2002 s. 204 mukaan alentunut syyntakeisuus tekee ”yleensä” perustelluksi elinkautista lievemmän rangaistuksen tuomitsemisen. Edelleen todetaan, että ”(s)aattaa kuitenkin esiintyä tapauksia, joissa rikos on tekotapaan, teon olosuhteisiin ja vaikkapa uhrien lukumäärään nähden murhaksikin aivan poikkeuksellisen törkeä”. Silloin voitaisiin tuomita elinkautinen vankeusrangaistus. Näin esitöissä luodaan eräänlainen jaottelu ensimmäisen ja toisen asteen murhaan. Poikkeuksellisen törkeän murhan kriteerit jäävät ongelmallista kumulaatioperustetta lukuun ottamatta jokseenkin täysin avoimiksi.¹¹

Uudistuksen myötä aiempaa useampi seikka mainitaan nimenomaisesti sellaisena, joka voi merkitä vähentämisperustetta. Monesti kyse on kuitenkin seikoista, jotka olisivat mahdollistaneet aiemmin RL 3:5.2:n soveltamisen. Myös uusi RL 6:8.1 5 kohta tuntee yleislauseketyyppisen ”muut poikkeukselliset perusteet”, jotka voivat johtaa rangaistuksen määräämiseen lievennetyltä asteikolta.

Uusi nimenomaisesti mainittu vähentämisperuste on se, että henkilön ”osallisuus rikokseen on muutoin (= kuin avunantajana, JM) muiden osallisuutta selvästi vähäisempi” (RL 6:8.1 3 kohta). Syynä tähän on HE:n (s. 203) mukaan se, että tekninen rajanveto avunantajan ja tekijän välillä on usein varsin keinotekoinen tapa ryhmittää osalliset kahteen rangaistavuuskategoriaan tilanteessa, jossa moitittavuuserot tosiasiaassa vaihtelevat jatkumona. Lisäaiheen säännökseen antaa avunantovastuun alan kaventuminen oikeuskäytännössä. Yhä useampi osallinen tuomitaan tekijänä.

Säännöksen takana on ollut merkittävästi mm. yllä mainittu KKO 1988:42, jossa toinen tekijäkumppani tuomittiin murhasta määräaikaiseen rangaistukseen. Ratkaisu vaikutti taustalla jo murhasäännöksen uudistuksessa arvioitaessa, pitäisikö rangaistussäännöksessä elinkautisen ohella olla myös määräaikaisen vankeusrangaistuksen mahdollisuus. RL 6:8.1:n 3 kohta herättää tiettyjä kysymyksiä. Mikä on vähäisemmän ja suuremman osallisuuden suhde aineellisobjektiiviseen tekijäkumppanuusmalliin, joka on perustana rajanvedossa tekijyyden ja avunannon välillä? Jatkumargumentin ohella säännöstä perusteli avunantovastuun kaventuminen ja tekijyyden alan kasvu. Kun tällainen kehitys otetaan jotenkin annettuna, herää kysymys, missä muualla tällaisen kehityksen hyväksyttä-

¹¹ Vaikka sitaatissa käytetään ja-konjunktia, tuntuisi ”vaikkapa” viittaavan perusteiden vaihtoehtoisuuteen. Kumulaatioperusteen osalta huomattakoon, että jo RL 7:2 mahdollistaisi maksimirangaistuksen korottamisen kolmella vuodella. HE:ssä 94/1993 s. 94 todetaan murhasta, että ”(t)uo rikosnimi olisi varattava henkirikoksinakin todella poikkeuksellisen törkeitä tekoja varten ...”. Ks. myös Hilppa Piirtola, Alentunut syyntakeisuus ja enimmäisrangaistuksen käyttö, teoksessa Lahti, Raimo – Ojala, Timo (toim): Rikosoikeuden uudistuneet yleiset opit, Helsinki 2005 erit. s. 328–332.

vyyttä ja kriminaalipoliittisia perusteita olisi tullut arvioida kuin yleisten oppien uudistuksessa? Lisäksi ratkaisua KKO 1988:42 on kritisoitu voimakkaasti, joten se ei vaikuta erityisen vahvalta syytä lain muuttamiseen vaan juuri rikoskumppanuuden kriteerien arvioimiseen.¹²

Lainkohta puhuu jonkun muiden osallisuutta selvästi vähäisemmästä osallisuudesta. Se ei sanamuotonsa mukaan edellytä, että vähäisempi osallisuus olisi juuri rikoskumppanin osallisuutta. Kyseeseen voisi kaiketi tulla myös esimerkiksi yllyttäjä. Rikoksentelekoapäätöksen aikaansaaminen toisessa ei tosin usein liene vähäisempää osallisuutta, mutta samanhan luulisi koskevan myös aineellisojektiivisen rikoskumppanuusopin mukaista keskeistä osallistumista rikokseen.

Huomioon tulee ottaa myös rangaistuksen täytäntöönpanon taso, erityisesti ehdonalaista vapautumista koskeva sääntely. Keskeisiä muuttujia tässä ovat olleet tuomittu rangaistus, murhan yhteydessä etenkin rangaistuksen elinkautisuus tai määrävuoitusuus, ikä tekohetkellä, mahdollinen uusimistausta ja mahdollinen katsominen vaaralliseksi rikoksenuusijaksi. Esimerkiksi muutokset siinä, missä tapauksissa murhasta seuraa elinkautinen, heijastuvat luonnollisesti ehdonalaista vapauttamista koskeviin kysymyksiin.

Tähän asti lähtökohtana on ollut elinkautisvängin pääsy ehdonalaiseen vapauteen vain tasavallan presidentin armahduksella. Määräaikaisesta vapausrangastuksesta on päässyt ehdonalaiseen suoritettuaan rangaistuksesta 1/2, uusijat 2/3 ja nuorisovankilasta 6 kuukauden – 4 vuoden tuomion tilanteissa 1/3. Vaarallisia rikoksenuusijoita on koskenut oma järjestelmänsä.

1.10.2006 tulevat voimaan uudet säännökset ehdonalaisesta vapauttamisesta, jotka sijoittuvat mm. uuteen vankeutta koskevaan rikoslain 2 c lukuun. Uudistuksen mukaan elinkautisvanki voi päästä ehdonalaiseen vapauteen aikaisintaan, kun vankilassaoloaikaa on kertynyt 12 vuotta. Rikoksen alle 21-vuotiaana tehneen kohdalla aikaraja on 10 vuotta (RL 2 c:10). Ratkaisun tekee Helsingin HO, ja ratkaisuun vaikuttaa mm. rangaistukseen johtaneen tai johtaneiden rikosten laatu. Kriteerin sisältöä selostetaan jossain määrin esitöissä¹³. Hakemus voidaan tehdä vuoden väliajoin. Uudistus ei vaikuta tasavallan presidentin armahdusoikeyteen (PL 105 §).

¹² Ks. Raimo Lahti, KKO 1988:42, DL 1988 oikeustapausosasto s. 59–68 ja sama, Om gränsdragning mellan medgärningsmannaskap och medhjälp till brott, JFT 1989 s. 116: ”... långtgående utvidgning av medgärningsmannaskapet som en efterlevnad av rättsregeln i HD 1988:42 skulle innebära”. Ks. vielä Sanna Repo, Tekijäkumppanuus ja avunanto, teoksessa Lahti, Raimo – Ojala, Timo (toim.): Rikosoikeuden uudistuneet yleiset opit, Helsinki 2004 s. 274–276.

¹³ Ks. lähemmin HE 262/2004 vankeutta ja ehdonalaista vapauttamista koskevaksi lainsäädännöksi s. 47–48.

Määräaikaisten vankeusrangaistusten osalta pysytään murtoluvuissa 1/2 ja 2/3. Nuori rikosentekijä pääsee määräaikaisen vankeusrangaistuksen pituudesta riippumatta ehdonalaiseen vapauteen suoritettuaan rangaistuksesta 1/3, uusija suoritettuaan 1/2 (RL 2 c:5). Vaarallisten rikoksenuusijoiden eristäminen korvataan koko rangaistuksen suorittamisella vankilassa, johon liittyy mahdollisuus päästä ehdonalaiseen vapauteen, kun rangaistusta on suoritettu 5/6 (RL 2 c:11–12). Kaiken kaikkiaan ehdonalaisen vapautumisen järjestelmä muodostuisi selostetuilta osin aiempaa ennakoitavammaksi ja osin jossain määrin lievemmäksi.

MURHAA KOSKEVASTA OIKEUSKÄYTÄNNÖSTÄ 2000-LUVULLA

Murha edellyttää tappoa, kvalifointiperustetta ja kokonaistörkeyttä. Kvalifointiperusteet ovat tapon tekeminen vakaasti harkiten, erityisen raa’alla tavalla, erityisen julmalla tavalla ja vakavaa yleistä vaaraa aiheuttaen sekä virkamiehen tappaminen hänen ollessaan virkansa puolesta ylläpitämässä järjestystä tai turvallisuutta taikka virkatoimen vuoksi.

Kvalifointiperusteet ovat pitkälti samoja kuin jo vuoden 1969 RL 21 luvun uudistuksessa. Näin myös vuoden 1969 murhasäännöstä koskevat prejudikaatit ovat edelleen merkittäviä. Niiden hyödyntämisessä on kuitenkin noudatettava varovaisuutta, sillä vaikka monet kvalifointiperusteet ovat samankaltaisia kuin vuoden 1969 säännöksessä, kyse ei kuitenkaan ole täysin samanlaisista perusteista. Lisäksi vuoden 1969 murhasäännöksen kvalifointiperusteet eivät olleet tyhjentävät, vaan surmaamista saatiin pitää erityisen törkeänä myös muista syistä. Erityisesti vuosina 2004–2005 on annettu monia murhaprejudikaatteja, jolloin vuoden 1995 säännöksen ”oma” käytäntö muodostuu vähitellen hallitsevaksi säännöksen tulkinnassa.

Tappaminen ja kvalifointiperuste eivät siis vielä automaattisesti johda murhan toteutumiseen, vaan vaaditaan, että rikos oli myös kokonaisuutena arvostellen törkeä. Myös kokonaistörkeys täytyy voida perustella. Yksittäinen kvalifointiperuste voi toteutua yli 100 %:sesti. Surmaaminen on esimerkiksi voitu tehdä niin raa’alla tavalla, että paljon vähempikin olisi jo riittänyt RL 21:2:n tarkoittamaan ”erityisen raakaan” tekotapaan. Ylimenevää osaa voidaan käyttää kokonaistörkeyden perusteleamiseen. Sama koskee esimerkiksi tilannetta, jossa toteutuu useampi kvalifointiperuste. Merkitystä on tällöin myös sillä, kuinka lähellä toisiaan kvalifioivat perusteet ovat. Kokonaistörkeyteen vaikuttavat monet muutkin seikat. Kyse on nimenomaan kokonaisarvostelusta. Kokonaistörkeysarviointi ei ylipäätään suinkaan liity vain henkirikoksiin ja murhaan vaan yleensä muihinkin törkeisiin tekemuotoihin. Kokonaistörkeysarvioinnin yleiset

perusteet eivät liene täysin selviä, eikä niiden kehittelyyn voida yrittää paneutua tässä.¹⁴

KKO on 2000-luvulla antanut 10 murhaprejudikaattia: 2000:3 (vaimon ja kolmen pienen lapsen tappaminen kymmenin puukoniskuin), 2000:29 (5-vuotiaan lapsen kaulan viiltäminen), 2003:53 (autopommi), 2004:57 (taksiryöstö), 2004:63 (ojassa tukehduuttaminen), 2004:80 (vaimon tappaminen 12 laukausta ampumalla), 2004:119 (rikolliskerhon jäsenen ampuminen), 2005:7 (kuoliaaksi pahoinpiteleminen), 2005:44 (kirveenisku päähän) ja 2005:48 (kehitysvammaisen tytären tappaminen lääkkeillä).

Tapauksista kahdeksassa päädyttiin murharikokseen, ratkaisuisa 2004:57 ja 63 tappoon. Murhista autopommitapauksessa kyse oli yritykseen jääneestä, muissa täytetystä teosta. Täytettyjen murhien tapauksista 2005:48:ssa tekijä tuomittiin määrävuotiseen rangaistukseen (hän oli täyttä ymmärrystä vailla), muissa tekijä(t) tuomittiin elinkautiseen vankeusrangaistukseen. Useita uhreja oli vuoden 2000 tapauksissa (ratkaisussa 2000:29 lapsen lisäksi äitiin kohdistunut tapon yritys) ja tapauksessa 2003:53 (vastaajia syytettiin myös kohteen vaimon murhaamisen yrityksestä, syyte kuitenkin hylättiin tältä osin). Useampia osallisia oli puolestaan tapauksissa 2003:53 ja 2005:7. Äänestysratkaisuja oli kolme: tapauksessa 2004:57 yksi jäsen olisi tuominnut murhasta eikä vain taposta, tapauksessa 2005:44 päinvastoin. Tapauksessa 2005:48 äänestettiin kokonaistörkeydestä ja syyntakeisuuden alentuneisuudesta kaikkien oikeusneuvosten päätyessä kuitenkin samaan 10 vuoden rangaistukseen.

Tapon tekemistä vakaasti harkiten on arvioitu seitsemässä ratkaisussa (muissa paitsi vuoden 2000 ratkaisuisa ja ratkaisussa 2005:7). Vakaa harkinta on ollut äänestyksen kohteena kahdesti (2004:57 ja 2005:44). Muissa asiaa käsitelleissä ratkaisuisa kuin 2003:115:ssä ja 2005:48:ssa KKO on muotoillut kriteerin sisältöä koskevan normipremissin. Normipremissit ovat melko samankaltaisia, ja tässä voidaan siteerata tuoreinta eli ratkaisussa 2005:44 esitettyä:

16. Vakaa harkinta ilmenee yleensä teon etukäteissuunnitteluna. Päätelmiä voidaan tehdä sekä teko-olosuhteiden että tekijän vaikuttimien perusteella.

17. Korkeimman oikeuden käytännössä on katsottu, että tappo on tehty vakaasta harkinnasta esimerkiksi silloin, kun tappaminen oli suunniteltu etukäteen ja sitä varten oli hankittu välineitä (KKO 1980 II 59, 1981 II 32, 1988:42, 1995:119 ja 2004:80). Harkinnan vakautta arvioitaessa on kiinnitetty huomiota muun muassa tekijän jo ennen tekoa lausumiin tappouhkauksiin, jos nämä

¹⁴ Koskinen mks. 87 toteaa, ettei ole mitään ”luonnollista” murhaa, joten teon suhteuttaminen rikosnimikkeeseen ei ratkaisevasti auttaisi. Sen sijaan teon rangaistusarvo tarjoaisi luonnollisen lähtökohdan: onko henkirikos niin törkeä, että elinkautinen on siitä perusteltu seuraamus. – Tosin vähentämisperusteen, esimerkiksi yrityksen, käsilläollessa peruste saatettaisiin ehkä joutua ”ajattelemaan pois”.

olivat olleet vakavasti otettavia (KKO 2004:80). Sen sijaan tappoa ei ole katsottu tehdyksi vakaasti harkiten esimerkiksi silloin, kun tappaminen oli johtunut tilanteen yllättävyydestä, odottamattomasta tai hallitsemattomasta kehityksestä taikka tekijän kiihtymystilasta (KKO 1984 II 142, 1985 II 112, 1996:76 ja 2004:57).

Erityisen selvää vakaa harkinta on, kun nimenomaan surmaaminen on huolellisesti suunniteltu ja sen mukaisesti tyvenin mielin toteutettu. Kyse voi olla myös siitä, että suunnitelmaan liittyy jokin ehto, jonka toteutumisesta surmaamiseen ryhtyminen riippuu, jos myös tuon ehdon toteutuminen todetaan vakaassa mielentilassa. Pelkästään se seikka, että kyse ei ollut tilanteen odottamattomasta tai hallitsemattomasta kehityksestä, ei merkitse e contrario sitä, että kyse oli vakaasta harkinnasta.

Erityisen raakaa tekotapaa arvioitiin kuudessa ja erityisen julmaa tekotapaa viidessä ratkaisussa. Kyseessä on kaksi eri kvalifointiperustetta, mutta niitä arvoidaan usein yhdessä. Myös niistä KKO esitti usein normipremissin. Sellaiseen voidaan siteerata ratkaisun 2005:7 kohtaa 14:

14. Niin kuin hallituksen esityksen perusteluistakin ilmenee (HE 94/1993 vp s. 93), erityisellä raakuudella tai julmuudella tarkoitetaan todellista tekotapaa eikä sitä, miltä teko ulkonaisesti näyttää. Arvioitaessa tappamisen julmuutta on merkitystä esimerkiksi sillä, tehdäänkö tappo tarkoituksellisesti kovia tuskia aiheuttaen tai pitkitetäänkö tekoa tuskien lisäämiseksi. Teon raakuutta arvioitaessa on oikeuskäytännössä puolestaan annettu merkitystä esimerkiksi sille, että tappo on tehty käyttämällä useaa eri välinettä lukuisia kertoja sekä osoittamalla päättäväisyyttä ja sitkeää surmaamispyrkimystä (KKO 1995:102).

Erityisen raakaan ja erityisen julmaan tekotapaan liittyy osin vähemmän ongelmia oikeustosisaikkaja- ja todistusosisaikkatasojen erilläänpidossa kuin subjektiivisen vakaan harkinnan yhteydessä. Toisaalta kriteerit ovat arvostuksenvaariaisia. Ratkaisusta KKO 2004:63 (kappale 17) voidaan ehkä päätellä, että esimerkiksi kuristamista ei sellaisenaan pidetä erityisen raakana tai erityisen julmana tappamisen tekotapana. Näin on laita myös tekotavan ollessa yksi äkillinen ja voimakas kirveenisku päähän, josta on välittömästi seurannut kuolema (KKO 2005:44, kappale 27). Erityisen raaka ja erityisen julma tekotapa oli kyseessä tapauksissa KKO 2000:3, 2004:80, 2005:7, ja erityisen raaka tapauksessa KKO 2000:29.

RL 21:2.1 3 kohdan mukainen kvalifointiperuste on tapon tekeminen ”vakaavaa yleistä vaaraa aiheuttaen”. Vaaradogmatiikan näkökulmasta kyse on siis 1) vakavasta, 2) yleisestä ja 3) konkreettisesta vaarasta. Vakavuudella haluttiin korostaa vaaran laatua verrattuna pelkkään yleiseen vaaraan. Yleinen vaara on ollut jossain määrin hankala käsite. HE:ssä 94/1993 todettiin tuhotyön yhteydessä

(s. 119), että ”(v)aaraa voidaan pitää yleisenä silloin, kun se ei kohdistu yhteen ainoaan henkilöön tai tiettyihin henkilöihin, vaan se uhkaa määrältään tai muilta ominaisuuksiltaan ennalta rajaamatonta ihmisjoukkoa. Vaaran ollessa yleinen ei voida etukäteen tietää, keiden henki tai terveys on uhattuna tai muuten vaaralle alttiina.” Lakivaliokunta piti luonnehdintoja liian suoraviivaisina ja jäykinä. Se ei kuitenkaan tarjonnut omaa yleistä yleisen vaaran luonnehdintaa.¹⁵ Murhasäänöksessä tulkinnanvaraisuutta lisää se, että siitä ei ilmene, mille vakava yleinen vaara aiheutuu.

Tarkastelluista prejudikaateista yhdessä, autopommijutussa KKO 2003:53, on arvioitu vakavan yleisen vaaran tunnusmerkkiä. Siinä B oli ollut asentamassa pommia auton alle asuinkerrostalon pysäköintialueella 30 metrin päässä talosta. Pommi räjähti B:n asentaessa sitä. Pommin oli ollut tarkoitus räjähtää, kun autolla peruutetaan. Asiantuntijaselvityksen mukaan alue, jolla välitön vakavan loukkaantumisen tai kuoleman vaara oli ollut olemassa, oli ollut suojaavista esteistä riippuen säteeltään noin 20 metriä, ja varoalue oli tällaisessa tapauksessa noin 100 metriä. KKO katsoi ensinnäkin tuhotyön muttei törkeän tuhotyön vaaratunnusmerkin toteutuneen. Myös murhan tunnusmerkki ”vakavaa yleistä vaaraa aiheuttaen” toteutui, sillä ”A:n ja B:n syyksi luettu pommin räjäyttäminen asuinkerrostalon pysäköintialueella olisi onnistuessaan epäilyksittä aiheuttanut teko- tapansa ja -paikkansa sekä suunnitellun tekoajankohdan johdosta vakavaa hengen ja terveyden vaaraa monille ihmisille”.

2000-luvun murhaprejudikaateissa ei ole ollut kyse virkamiesperusteesta.

Niissä tapauksissa, joissa kvalifiointiperusteen on katsottu olleen käsillä, on tullut ottaa kantaa siihen, onko rikos myös kokonaisuutena arvostellen törkeä. Vaikka kvalifiointiperuste ei edellä todetuin tavoin sellaisenaan riitä myös kokonaistörkeyden käsilläoloon, ei yhdessäkään tarkastelluista tapauksista päädytty siihen, että kvalifiointiperuste on käsillä mutta kokonaistörkeysvaatimus ei täyty. Yhdessä tapauksessa eli kehitysvammaisen tyttären tappamista lääkkeiden yliannostuksella koskevassa KKO 2005:48:ssa asiasta kuitenkin äänestettiin. Kaksi oikeusneuvosta katsoi, ettei kokonaistörkeysvaatimus täyttynyt. Asiaa koskevat perustelut kappaleissa 15–22 ja eri mieltä olleiden jäsenten lausunnoissa ilmentävät hyvin kokonaistörkeysvaatimuksen punnintaluonnetta. Edellä todettiin, että tärkeä kysymys kokonaistörkeysarvioinnin yleisistä perusteista ei ole vielä täysin selvä.

¹⁵ Ks. LaVM 22/1994 s. 16–17 ja yleisvaarallisten rikosten problematiikasta laajemmin Kimmo Nuotio, Teko, vaara, seuraus, Helsinki 1998 s. 436 ss.

Panu Minkkinen

Rikoksesta, kaunasta ja anteeksiannosta

TOTUUSKOMISSIOT JA ANTEEKSIANTO

Kansainvälisen rikostuomioistuimen ohella totuuskomissiot ovat olleet yksi teoreettisesti mielenkiintoisimpia ilmiöitä kansainvälisen rikosoikeuden alalla. Noin kolmenkymmenen totuuskomission toiminta viimeisen neljän vuosikymmenen aikana Keski- ja Etelä-Amerikassa, Aasiassa, Afrikassa ja Euroopassa on ymmärrettävästi synnyttänyt myös runsaasti oikeudellista kirjallisuutta, joka käsittelee ennen kaikkea sovittelun ja menneisyydenhallinnan mahdollisuuksia sisäisten konfliktien ja tavanomaista vakavampien ihmisoikeusrikkomusten ja rikosten jälkeen. Suurin osa mainitusta kirjallisuudesta käsittelee ongelmaa, jonka kokoelman *Lethe's Law* toimittajat ovat johdannossaan osuvasti kuvanneet näin:

[...] koska yhä useammin vaaditaan, että menneisyys on selvitettävä jotta yhteinen tulevaisuus olisi mahdollista, ja koska yleisimmät tavat ymmärtää oikeudenmukaisuus eivät ole tähän pystyneet, oikeus joutuu omaksumaan rakenteellisen ja symbolisen käsityksen anteeksiannosta osaksi itseään. Tämä johtaa siihen, että oikeudelle esitetään ennennäkemättömän suuressa mittakaavassa uusi vaatimus: oikeuden on oltava armollista pikemminkin kuin vain oikeudenmukaista sanan tavanomaisessa mielessä.¹

Olen pitkälti samaa mieltä, mutta jatkaisin kuitenkin, että kysymyksessä on nimenomaan muutos mittakaavassa eikä uusi ja radikaali tapa ymmärtää oikeus. Kirjoittajien huomioima ”uusi vaatimus” jäljittelee nimittäin uskollisesti logiikkaa, jota voisimme kutsua vaikkapa modernin oikeuden kriittiseksi dilemmaksi. Keskeinen teema lähes kaikessa kriittisessä oikeuskirjallisuudessa viime vuosisadalta tähän päivään asti on ollut modernin oikeuden rajallinen kyky edistää yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta, jota moderni oikeus kuitenkin nimenomaisesti katsoo tavoittelevansa. Teema näkyy yhtä hyvin sosiologisesti painotuneissa yrityksissä korvata oikeuden muodollinen rationaalisuus hyvinvointi-

¹ Christodoulidis Emilios – Veitch Scott, Introduction, s. ix–xv teoksessa *Lethe's Law. Justice, Law and Ethics in Reconciliation*. Oxford/Portland, OR 2001, s. x.

valtion tavoiterationaalisella eetoksella kuin pohdinnoissa arvojen suhteesta lakiin ja oikeuteen.²

Viimeaikaiset keskustelut totuuskomissioista ja sovittelusta ovat saaneet myös lisävauhtia esimerkiksi ranskalaisen filosofin Jacques Derridan teoreettisista pohdinnoista, joiden eettiset ja poliittiset painotukset ovat koskettelleet erityisesti anteeksiannon mahdollisuutta. Derridan usein lainattu lause ”vain anteeksiantamaton voidaan antaa anteeksi” näyttäisi heijastavan myös oikeuden ja armon ongelmallista suhdetta. Derrida rinnastaa ehdollisen anteeksiannon, joka edellyttää sovituksen vastavuoroista rakennetta, ehdottomaan anteeksiantoon, ”armolliiseen, äärettömään, ei-ekonomiseen anteeksiantoon, joka suodaan syyllisille syyllisinä, vastineetta, jopa heille, jotka eivät kadu tai pyydä anteeksi”. Ja vaikka anteeksiannon on aina oltava muutakin kuin ”sovitteluterapiaa”, Derrida tähden-tää, että ehdollisen ja ehdottoman on aina oltava keskenään yhteydessä:

[...] jos haluamme – ja meidän tulisi haluta – että anteeksianto on tehokasta, konkreettista, historiallista, jos haluamme, että annetaan anteeksi jotta asiat muuttuisivat, anteeksiannon puhtauden on oltava tekemisissä kaikenlaisten ehtojen kanssa (psykososiaalisten, poliittisten, jne.). Päätökset tehdään ja vastuu otetaan näiden kahden yhteen sovittamattoman mutta toisistaan erottamattoman navan välillä [PM: ehdottoman ja ehdollisen].³

”Jos haluamme”, ”meidän tulisi haluta” – Derridan käsitteellisen ajattelun keskiössä näyttäisi olevan kuitenkin tahto. Mutta kenen tahto? Koska vain uhri voi antaa anteeksi, meidän on myös oletettava, että vain uhri – joko itse tai edustajiensa välityksellä – saattaa tahdonilmaisullaan käynnistää prosessin, jossa anteeksiannon ennakkoehdot määritellään. Mutta entä hän, joka ei tahdo? Kuinka meidän tulisi ymmärtää uhri, joka hakematta sovitusta taikka anteeksipyyntöä ei ole halukas antamaan anteeksi eikä edes osallistumaan prosessiin, joka tunnustaisi anteeksiannon mahdollisuuden? Kuinka voimme sovittaa yhteen – ja kaikesta huolimatta pitää erillään – anteeksiannon ja ainaisen kaunan?

² ”Rationaalisuudella ei pidä ymmärtää vain tavoiterationaalisuutta (hyödyllisyyttä ja tehokkuutta), vaan myös arvorationaalisuuden kriteerit (oikeudenmukaisuus, legitimitetti, humanisuus) on otettava huomioon. Viimeksi mainittujen merkitystä on korostanut lisääntynyt tietoisuus demokration, ihmisoikeuksien ja oikeusvaltion arvojen tärkeydestä.” Lahti Raimo, Kohti kansainvälistä ja eurooppalaista kriminaalipolitiikkaa?, s. 1123–1133, Lakimies 1999, s. 1126–1127.

³ Derrida Jacques, Le siècle et le pardon, s. 10–17, Le Monde des Débats N° 9, Décembre 1999.

KAUNAINEN UHRI

Mitä on kauna?

Moraalin alkuperästä -kirjan ensimmäisessä osassa Friedrich Nietzsche määrittelee kaunan – tai yleisemmin *ressentimentin* – alhaiseksi moraalisuuden muodoksi, joka pystymättä arvottamaan itseään kieltää reaktiivisesti ulkoisen maailman. *Ressentiment* on ”orjamoraalia”, vallantahtoa, jolta puuttuu kyky toimia sen pohjalta, moraalista heikkoutta, joka myöhemmin kiinnittyy kristillisen moraalin arvoiksi:

[...] voimattomuus, joka ei kosta [PM: muuttuu] ”hyvyydeksi”; pelokas halpamaisuus ”nöyryydeksi”; alistuminen niiden edessä joita vihataan ”kuuliaisuudeksi” [...] Heikon hyökkäämättömyys, pelkuruuskin, jota hänessä on runsaasti, hänen ovessaseisomisensa, hänen välttämätön odottamaan-joutumisen saa tässä hyvän nimen, se on ”kärsivällisyyttä”, sanotaan sitä ”päähyveeksikin”; kun ei kykene kostamaan puolestaan merkitsee ettei tahdo kostaa, ehkäpä ”anteeksiantoakin” [...] ⁴

Nietzschen vastakkainasettelusta kaunaisen ”orjamoraalin” ja vallantahdon ”ylhäisen” moraalien välillä saksalainen filosofi ja yhteiskuntatieteilijä Max Scheler luo yksityiskohtaisemman *ressentimentin* fenomenologian, joka tulkitsee Nietzschen kristillisen moraalien kritiikin uudelleen eräänlaisena porvarillisena eetoksena. Scheler pitää kostonhalua, yhtä hyvin perusteltua kuin perustelema-
tontakin, kaunan keskeisimpänä lähteenä. Kosto on aina hyökkäystä tai vahinkoa seuraava reaktiivinen kimmoke, mutta jos välitön kimmoke ja sitä seuraavat vihantunteet koetaan kaikesta huolimatta tappiona, todellinen reaktio lykätään tulevaisuuteen. *Ressentimentin* tunne edellyttää kuitenkin vielä lisäpiirteitä:

Kosto, kateus, taipumus väheksyä, halveksunta, vahingonilo ja pahansuopeus johtavat *ressentimentiin* vain sillä edellytyksellä, että emme kykene voittamaan itseämme moraalisesti (kuten antamalla *aidosti* anteeksi silloin kun on kysymys koston tai ilmaisemaan tunteitamme muulla soveliaalla tavalla (kuten solvaamalla sanallisesti tai puistamalla nyrkkiä), ja että tämän rajoituksen aiheuttaa korostunut voimattomuuden tunne. [...] *Ressentiment* voi syntyä vain, jos nämä tunteet ovat erityisen voimakkaita mutta ne joudutaan kaikesta huolimatta tukahduttamaan. Niihin liittyy tunne, että niitä ei voi ilmaista toiminnallisesti – joko fyysisen tai henkisen heikkouden tai pelon takia. ⁵

⁴ Nietzsche Friedrich, *Zur Genealogie der Moral*. Ein Streitschrift, s. 257–430 teoksessa *Werke*. Kritische Gesamtausgabe. Sechste Abteilung. Band II. Berlin 1968, s. 295. Suomennos tässä on JA Hollon.

⁵ Scheler Max, *Ressentiment*, New York, NY 1961, s.48.

Schelerille aivan kuten Nietzschekin ”kaunainen ihminen” ei pysty kostaamaan. Hän olisi halukas ilmaisemaan kaunansa toiminnallisesti tai aineellistamaan sen armollisella anteeksiannon eleellä tai psykologisesti puhdistavan reaktion avulla, mutta myötäsyntynen heikkous estää häntä tekemästä niin. Sekä Nietzsche että Scheler tuntuvat ajattelevan, että ihmisellä on viettiperäinen taipumus välttää tuhoisaa käyttäytymistä ja purkaa ristiriitoja ja jännitteitä, jotka vaarantaisivat sosiaalisen maailman rauhan.

Belgialainen mutta saksaksi kirjoittava kirjailija Jean Améry tarjoaa hätkädyttävän erilaisen näkökulman kaunaan. Améry, alkuperäiseltä nimeltään Hans Mayer, syntyi vuonna 1912 Wienissä juutalais-kristittyyn perheeseen. Vuonna 1938 hän pakeni natsihallintoa Ranskaan ja sieltä myöhemmin Belgiaan, missä hänet pidätettiin vuonna 1943 osallisuudestaan vastarintaliikkeessä. Vietettyään kaksi vuotta usealla keskitysleirillä, Améry palasi sodan jälkeen Belgiaan, mistä käsin hän kirjoitti aluksi artikkeleita useisiin saksankielisiin lehtiin Sveitsissä. Vuonna 1966 hän julkaisi ensimmäisen kirjansa *Jenseits von Schuld und Sühne*. Tämä lyhyt kirja ilmeisine viitteineen Nietzscheen (”syyllisyyden ja sovituksen tuolla puolen”) koostuu viidestä esseestä, jotka kaikki tutkivat kidutetun keskitysleirivangin kokemuksia hyvin henkilökohtaisesta näkökulmasta.

Yksi kirjan esseistä, ”Ressentiments”, pohtii kaunaa, jota Shoah’n uhri jatkuvasti tuntee kiduttajiaan kohtaan. Améry toteaa, että hänen kykenemättömyytensä ja haluttomuutensa hillitä vihan tunteitaan erottaa hänet sekä entisistä vankitovereistaan ”jotka nyt vaahtoavat sovinnosta” että ”suvaitsevaisuuteen kääntyneistä” vihollisistaan. Hellittämätön viha velvoittaa kaunaisen uhrin kuitenkin selvittämään tunteensa tarkemmin niille, joita vastaan ne on suunnattu. Keskeisin tekijä Améryn selvityksessä ”uhrina olemisen olemuksesta” on aika:

[...] *ressentiment* ei ole ainoastaan luonnoton vaan myös loogisesti ristiriitainen olotila. Se naulaa jokaisen meistä tuhotun menneisyytemme ristille. Järjenvastaisesti se vaatii, että peruuttamaton käännetään ympäri, että tapahtunut tehdään tekemättömäksi. *Ressentiment* estää ulospääsyn ihmisen aitoon ulottuvuuteen eli tulevaisuuteen.⁶

Emme tunne kaunaa ainoastaan niitä kohtaan, jotka ovat rikoksillaan meitä vastaan rikkoneet. Ilmeisestä vaivattomuudesta, jolla sekä uhria vastaan rikkoneet että välittävien kolmansien tahojen ”ylevä eettinen lennokkuus” pystyy suuntaamaan katseensa kohti yhteistä tulevaisuutta, muodostuu Améryn kaunan keskeinen lähde:

⁶ Améry Jean, *Jenseits von Schuld und Sühne*, s. 7–177, teoksessa *Werke*. Band 2. Stuttgart 2002, s. 128.

Minun on mahdotonta hyväksyä rinnastusta, joka saisi oman tieni kulkemaan samansuuntaisesti kuin minua hevospiiskalla ruoskineiden kavereiden tie. En halua tulla kiduttajieni rikoskumppaniksi vaan vaadin pikemminkin, että heidän on kiellettävä itsensä ja kiellossa rinnastuttava minuun.⁷

Améry näkee selvästikin kaikki muodolliset yritykset selvittää tehtyjen rikosten ”totuus” moraalisenä loukkauksena. Jotta väärintekijä voisi ottaa vastuun rikoksistaan, totuuskomission kaltainen prosessi pyrkii aina objektivoidaan historian todennettavaksi tarinaksi syistä ja seurauksista, mikä Améryn mukaan kieltää uhrin oikeuden tuntea kaunaa. Ja juuri tässä suhteessa hän pitää kiduttajiaan ja prosesseista vastaavia rikoskumppaneina:

Kun pidän kiinni *ressentimentistäni*, kun tunnustan, että ongelmaamme pohtiessamme olen puolueellinen, tiedän silti, että juuri minä olen konfliktin *moraalisen totuuden* haltija. [...] Hirmutyöllä ei hirmutyönä ole minkäänlaista objektiivista luonnetta. Joukkomurha, kidutus, kaikenlainen vamman aiheuttaminen, nämä ovat objektiivisesti ainoastaan luonnollisten tapahtumien ketjuja, joita voidaan kuvata luonnontieteiden muodollisella kielellä. [...] Vain minä tunsin ja tunnen yhä moraalisen totuuden iskuista, jotka vielä tänä päivänäkin kumisevat kallossani, ja siksi minulla on suurempi oikeus tuomita, ei ainoastaan suurempi oikeus kuin rikoksentekijällä vaan myös suurempi oikeus kuin yhteiskunnalla, jota ei kiinnosta muu kuin oman olemassaolonsa jatkuvuus.⁸

Siksi kaikki tulevaisuuteen suuntautuvat muodolliset anteeksiannon prosessit ovat moraalittomia, ja anteeksi antaminen tällaisissa olosuhteissa olisi Améryn mukaan häpeällistä alistumista toipumisen ”luonnolliselle ajalle”. Koska käsitys ajan myötä toipumisesta on ”luonnollinen”, se on Améryn mielestä myös radikaalisti moraalin vastainen. Ihmisellä on moraalisenä olentona sekä oikeus että etuoikeus kieltää luonnollisten tapahtumien välttämättömyys, myös toipumisen, jonka ajan väitetään tuovan mukanaan. Toipuminen ei siten ole luonnollinen tapahtumaketju, johon totuuskomission kaltainen prosessi voisi saattaa uhrin. Toipuminen on valinta, jota Améry pitää sekä moraalin vastaisena että osoituksena alistumisesta.

Mutta Améry tunnistaa kaunassaan myös kaksi funktionaalista ulottuvuutta. Yhtäältä kauna edustaa uhrin pyrkimyksiä puhdistaa itsensä, palata menneisyyteen ja tehdä uhrin kokema kärsimys tekemättömäksi. Améry tunnustaa avoimesti, että pyrkimys on ”absurdi”. Hän kuitenkin jatkaa, että se on uhrin oikeus, koska luonnollisen ajan vaatimukset eivät koske moraalisia olentoja. Mutta toisaalta kaunalla on myös objektiivisempi historiallinen tehtävä, aivan yhtä absur-

⁷ Améry, *Jenseits von Schuld und Sühne*, s. 129.

⁸ Améry, *Jenseits von Schuld und Sühne*, s. 130–131.

di kuin uhrin vaatimus saada tehty tekemättömäksi: kauna vaalii ajatusta saksalaisesta vallankumouksesta, jota ei koskaan tapahtunut. Pyrkiessään vastaamaan kahteen moraaliseen mutta absurdiin vaatimukseen, Améry näkee vain yhden mahdollisen ratkaisun:

[...] yhtäällä vaalitaan *ressentimentiä* ja sen synnyttämää itsensä epäilyä toisaalla. Pelkän *ressentimentimme* varassa – mutta ei missään tapauksessa sovinnollisuuden, joka on subjektiivisesti lähes aina epäilyttävää ja objektiivisesti historian vastaista – Saksan kansa joutuisi aina olemaan tietoinen siitä, että se ei voi antaa ajan naturalisoida osaa sen kansallisesta historiasta vaan että sen on sisäistettävä se [...] se ei enää tukahduttaisi tai vaientaisi kahtatoista vuotta, jotka olivat meille muille pikemminkin tuhat, vaan se omaksuisi sen maailmana ja itsensä kieltämisenä, jonka se itse sai aikaiseksi, omana negatiivisena omaisuutenaan.⁹

Ei siis ole mitään objektiivista totuutta, jonka kaikki osapuolet voisivat tunnustaa, ei yhteistä historiaa, vaan ainoastaan kaunaisen anteeksiantoon halua-mattoman uhrin subjektiivinen moraalinen totuus. Ja koska jokainen yritys löytää sovittelulle käytännölliset yhteiskunnalliset puitteet kieltää uhrin moraalisen oikeuden tuntoa kaunaa, anteeksiantoon perustuvan uuden oikeudenmukaisuuden mahdollisuudet näyttäisivät olevan verraten rajalliset.

OIKEUSTEORIAN VASTUU

Humanistisen perinteen kasvattina juristi tunnustaa epäilemättä auliisti uhrin oikeuden olla antamatta anteeksi ja tuntoa jatkuvaa kaunaa niitä kohtaan, jotka ovat häntä vastaan rikkoneet. Juristi joutuu kuitenkin tekemään näin jo olemassa olevan sovitteluprosessin puitteissa eli toisin sanoen anteeksiannon ehdollisten vaatimusten mukaisesti. Tunnustaessaan uhrin oikeuden juristi on nimittäin jo tehnyt uhrista asianosaisen prosessissa; uhrin oikeus tunnustetaan vain osana prosessia. Kaksoiseleellä juristi sekä tunnustaa uhrin oikeuden tuntoa kaunaa että samalla pitää yllä prosessia, joka ei alun alkaenkaan olisi voinut kunnioittaa prosessille vierasta ehdotonta oikeutta. Hän tekee näin asemasta, jossa hän samastaa itsensä uhuriin, jossa juristi myötäelää uhrin kokeman kärsimyksen ja pitkittää prosessin kestoja uhrin nimissä. Mutta myötäeläjän asema voi olla vain tunkeilijan asema, kolmannen tahon interventio, joka – mikäli Derridaan on uskomista – väistämättä korruptoi anteeksiannon rakenteelliset ennakkoehdot ”yhteiskunnalliseksi terapiaksi”.

⁹ Améry, *Jenseits von Schuld und Sühne*, s. 142–143.

Mikäli haluamme, että anteeksiannolla olisi edes jonkinlainen asema uudessa käsityksessä oikeudenmukaisuudesta, on myös prosessista vastaavan juristin omaksuttava uusi rooli.

Minä olen väärintekijä. Uhri tuntee kaunaa juuri minua kohtaan riippumatta siitä, olenko tosiasiallinen kiduttaja vai olenko myötävaikuttanut uhrin kärsimykseen kömpelöillä ja yksipuolisilla yrityksilläni ymmärtää ja myötäelää. Kasvotusten käsittämättömän kärsimyksen ja sovittamattoman kaunan kanssa, juristi on asemassa, josta käsin hän ei voi pyytää anteeksi – uhrini ei halua minun niin tekevän enkä saa yrittää yksipuolisesti vapautua vastuusta – eikä hän voi liioin järjestellä anteeksiantoa toimiviksi yhteiskunnallisiksi käytännöiksi, jotka väistämättä vähätelisivät kärsittyä vääryyksiä. Uhrina vastaan rikkoneena juristi voi vain hyväksyä sovittamattoman ristiriidan ja umpikujan, johon se väistämättä johtaa.

Voimme ymmärtää umpikujan kahdella eri tavalla.

Jos ymmärrämme sen kyynisesti, vetäydymme ja haemme lohtua modernin oikeuden liberalistisesta perinteestä, joka muista mahdollisista puutteistaan huolimatta voisi hahmottaa väärintekijän ja uhrin kohtaamisen edes toimivana muotona. Mikäli anteeksianto ei ole mahdollista, moderni oikeus tyytyy korvaukseen ja armahdukseen. Siksi totuuskomissiot saavat menetelmällisesti ja hallinnollisesti niin helposti oikeudellisen kehikon. Ja vaikka ne kuuluvatkin virallisen oikeuden marginaaleihin, niiden toiminta ei ole millään radikaalilla tavalla uutta. Kysymys on aina enemmän tai vähemmän muodollisesta kohtaamisesta väärintekijän ja uhrin välillä näennäisesti puolueettoman kolmannen osapuolen edessä, jolloin viimeksi mainitun tehtäväksi jää siunata objektivoitu lopputulos oman auktoriteettinsa kautta.

Mutta minusta umpikujaa voidaan tulkita radikaalimmallakin tavalla.

Kaunainen uhrini on absoluuttisesti toinen. Kasvotusten anteeksiantoon halua-mattoman toisen kanssa, otan vastuun kärsimyksestä, jota minulla ei ole lupa eikä kyky ymmärtää. Vältän kaikkia ymmärtämisen tai myötäelämisen eleitä, jotka pelkistäisivät uhrini kaltaiseksi yhteisen jaetun ja totalisoivan ihmisyyden puitteissa.

Uutta oikeudenmukaisuutta tavoitteleva oikeusteoria puhuttelee anteeksianton ehdottomuutta kieltämällä itsensä tai, kuten Améry asian ilmaisee, vaatimalla tapahtuneet hirmutyöt omaksi negatiiviseksi omaisuudekseen. Hyväksymällä ehdottomasti uhrin oikeuden tuntea kaunaa ja tunnustamalla oman osuutensa hänen kärsimyksessään, oikeusteoria voi aloittaa työn, joka selvittäisi uuden oikeudenmukaisuuden ja anteeksiannon eettisiä ennakkoehtoja. Oikeusteorian ja sen kaunaisen uhrin kohtaaminen on anteeksiannon aporia, josta myös Derrida puhuu, ja vain tämän aporian puitteissa oikeusteoria, jolle kaunainen uhri ei anna anteeksi, voi tunnustaa vastuunsa.

Johanna Niemi-Kiesiläinen

Feministinen toimintaohjelma väkivaltaa vastaan Ruotsissa

JOHDANTO¹

Karhu tappoi syksyllä 2004 metsästäjän Piteåssa Pohjois-Ruotsissa. Samalla viikolla Piteåssa mies tappoi entisen puolisonsa, kolmen lapsen äidin. On helppoa arvata, kumpi tapahtumista sai enemmän huomiota tiedotusvälineissä: metsästäjän tappanut karhu. Yllättäen kuitenkin piteälainen Hans Hansson raivostui reaktioista. Kuinka oli mahdollista, ettei raaka kirveellä tehty murha herättänyt enemmän huomiota ja järkytystä kuin kuolema metsästysonnettomuudessa?

Elämä Piteåssa ei enää palannut ennalleen. Siellä käynnistyi uudenlainen toiminta, miesten liike naisiin kohdistuvaa väkivaltaa vastaan. Piteån miehet organisoituivat ja tarjoutuivat auttamaan paikallisia naisia. He keräsivät yli 10 000 nimeä oikeusministeri Thomas Bodstömille osoitettuun adressiin, jossa vaadittiin tehokkaampaa ohjelmaa miesten tekemää väkivaltaa vastaan.² Piteåssa järjestettiin 8.–9.3.2005 maanlaajuinen konferenssi, jossa käsiteltiin miesten tuntemiensa naisiin kohdistamaa väkivaltaa. Edellä mainituissa tapahtumissa uutta on vain se, että järjestäjinä toimivat miehet, mutta Piteån toiminnassa on aidosti uusia ja radikaaleja piirteitä. Uutta oli se, että Piteån miehet alkoivat pohtia omaa vastuutaan väkivallasta ja miehisestä kulttuurista. Kuinka he tukevat miehiin vaikuttavia rakenteita, jotka voivat johtaa väkivaltaan? Miten ne vaikuttavat heidän poikiensa vapaa-ajan harrastuksissa, kuten esimerkiksi urheilussa ja metsästysseuroissa? Hyväksyvätkö he naisia halventavan kielenkäytön tai rohkaisevatko sitä? Piteåssa on aloitettu ainutlaatuinen keskustelu maskuliinisuudesta, mikä ei ehkä olisi mahdollista missään muualla kuin Ruotsissa.

Piteån miehet eivät toimi yksin, vaikka heidän aloitteensa on ainut laatuaan. Ruotsissa on alkanut myös laajempi keskustelu miesten vastuusta naisiin kohdistuvasta väkivallasta. Esseisti ja kolumnisti Johan Ehrenberg aloitti keskustelun

¹ Artikkelin perustuu CAHRV:n (EU:n rahoittama verkosto Co-ordinated Action on Human Rights Violations) seminaarissa Protection from Violence: Implementing Legislation and Law Across Europe Varsovassa 20.5.2005 pidettyyn alustukseen. Artikkelin on englannin kielestä kääntänyt Suvi Kiesiläinen.

² Dagens Nyheter 27.1.2005.

väittämällä kaikkien miesten olevan vastuussa raiskauksista.³ Viime syksynä käydyssä tv-keskustelussa Ehrenberg puolusti näkökantaansa yhdessä tasa-arvovaltuutettu Claes Borgströmin kanssa väittämällä, että kaikilla miehillä on mahdollisuus syrjiä naisia jollain tapaa ja että kaikkien miesten tulisi olla vastuussa toiminnasta väkivaltaa vastaan. Ehrenbergin mielestä miesten tulisi jopa tuntea syyllisyyttä siitä, että he eivät toimi väkivaltaa vastaan ja välillisesti hyötyvät siitä. Konservatiivinen kolumnisti, professori Bo Rothstein Göteborgin yliopistosta edusti keskustelun oppositiota ja vastusti jyrkästi kollektiivista syyllistämistä. Keskustelun päätteeksi hänkin myönsi voivansa ottaa vastuuta toiminnasta miesten tekemää väkivaltaa vastaan, kunhan miesten ei vaadita tuntevan syyllisyyttä sellaisesta, mitä he eivät ole tehneet.

Ruotsissa jo pitkään vaikuttanut feministinen toimintaohjelma miesten naisiin kohdistamaa väkivaltaa vastaan on mahdollistanut tämän keskustelun syntymisen. Toimintaohjelma alkoi muodostua 1980-luvun alussa, mutta nykyisen, valtasuhteet tiedostavan muotonsa se sai 1990-luvun alussa tehdyn ruotsalaisen valtatutkimuksen jälkeen.⁴ Valtatutkimus käsitteli valtasuhteita myös sukupuolen näkökulmasta. Valtatutkimuksen jälkeen Ruotsin hallitus nimitti komitean valmistelemaan lainmuutoksia ja muita toimenpiteitä miesten naisiin kohdistamaa väkivaltaa vastaan. Komitean mietintö, Naisrauha, joka julkaistiin vuonna 1995,⁵ oli kattava arvio jo olemassa olevasta lainsäädännöstä ja eri tahojen toiminnasta, mukaan lukien rikosoikeusjärjestelmä, sosiaali-viranomaiset, terveydenhuollon ja kansalaisjärjestöt. Ehdotus sisälsi ehdotuksia useiksi lainsäädännön uudistuksiksi, joista tärkein oli *naisrauharikos*. Sen tarkoitus oli sisällyttää rikoslakiin tekijän tuntemaansa naiseen kohdistama jatkuva ja nöyryyttävä väkivalta. Myös seksuaalirikoslainsäädäntöön ehdotettiin uudistuksia. Lisäksi tehtiin monia ehdotuksia, joilla voitaisiin parantaa kuntien ja valtion virastojen mahdollisuuksia toimia naisiin kohdistuvaa väkivaltaa vastaan. Samoihin aikoihin ilmestyi mietintö, joka johti myöhemmin seksin oston kriminalisointiin.⁶

Seuraavassa pyrin ensin valottamaan sitä teoreettista käsitystä väkivallasta, joka on lainsäädännön muutosten taustalla. Sen jälkeen tarkastelen Ruotsissa ja kansainvälisesti eniten julkisuutta saaneita uudistuksia; naisrauharikosta ja sek-

³ Ehrenberg Johan, Alla män ansvarar för våldtäkterna. Aftonbladet 1.12.2003.

⁴ SOU 1990:44 Demokrati och makt i Sverige. Feministisistä toimintaohjelmista ja lainuudistuksista ks. Svensson Eva-Maria, Sex Equality: Changes in Politics, Jurisprudence and Feminist Legal Studies. Teoksessa Nousiainen, K. – Gunnarsson, Å. – Lundström, K. – Niemi-Kiesiläinen, J. (eds), Responsible Selves. Women in the Nordic Legal Culture. Ashgate 2001 s. 71–104; Svensson Eva-Maria – Pykkänen Anu, Contemporary Challenges in Nordic Feminist Legal Studies. Teoksessa Svensson – Pykkänen – Niemi-Kiesiläinen (eds), Nordic Equality at a Crossroads. Feminist Legal Studies Coping with Difference. Ashgate 2004 s. 17–46.

⁵ SOU 1995:60 Kvinnofrid.

⁶ SOU 1995:15 Könshandel.

sin oston kriminalisointia. Pyrin seuraavassa osoittamaan, että niiden tärkein vaikutus on ollut naisiin kohdistuvan väkivallan esille tuominen, minkä vuoksi niillä on tärkeä symbolinen merkitys. Esittelen vielä lyhyesti toteutettua systemaattista uudistusohjelmaa, joka auttaa ymmärtämään edellä mainittujen uudistuksien symbolisen arvon. Viimeiseksi olen listannut aiheita, jotka tulisi ottaa huomioon naisiin kohdistuvaa väkivaltaa käsittelevistä laeista ja niiden uudistuksista keskusteltaessa.

VÄKIVALLAN TEOREETTINEN YMMÄRTÄMINEN

Uudistusohjelman taustalla on feministiseen tutkimukseen perustuva teoreettinen käsitys miesten puolisoihinsa kohdistamasta väkivallasta, erityisesti Liz Kellyn käsite väkivallan jatkumo ja Eva Lundgrenin käsite väkivallan normalisaatioprosessi.⁷ Varsinkin viimeksi mainittu on saavuttanut Ruotsissa siinä määrin laajan kannatuksen ja on toteutettujen uudistusohjelmien perusta, että esittelen sen pääpiirteet lyhyesti.

Lundgren on sosiologian ja naistutkimuksen professori Uppsalan yliopistossa, ja hänen teoriansa perustuu väkivaltaisissa suhteissa eläneiden naisten ja miesten haastatteluihin.⁸ Lundgrenin mukaan väkivaltaisessa suhteessa sekä nainen että mies pitävät väkivaltaa normaalina osana suhdetta. Miehellä on avioliitosta normatiivinen käsitys, johon kuuluu miehen ylivalta ja naisen alistaminen. Mies reagoi poikkeamiin tästä mielikuvasta kiristämällä naiseen kohdistuvaa kontrollia henkisesti vaihtelulla läheisyyden ja aggressiivisuuden välillä sekä väkivallalla. Vähitellen nainen sisäistää miehen käsityksen itsestään arvottomana ja syyllisenä, joka jopa ansaitsee pahoinpitelyn. Lopulta hän omaksuu väkivallan normaalina osana alistamistaan. Kansainväliselle lukijalle yhteydet ja samankaltaisuudet Lenore Walkerin hakatun naisen syndroomaan ovat ilmeiset.⁹ Lundgren korostaa yhteyksiä väkivallan ja sukupuolten välisten yhteiskunnallisten rakenteellisten valtaerojen välillä enemmän kuin Walker, mutta konkreettisella tasolla teorioiden johtopäätökset vaikuttavat olevan samankaltaisia.

Väkivallan normalisaatioteoria on Ruotsissa yleisesti hyväksytty sekä tutkimuksessa että toimintaohjelman perustaksi. Siihen on kohdistunut vain vähän kritiikkiä. Myös nuoret tutkijat, jotka ovat käsitelleet väkivaltaa ja sukupuolta kielen näkökulmasta ja analysoineet sitä, miten kuvauksia väkivallasta ja suku-

⁷ Lundgren Eva, Våldets normaliseringsprocess. ROKS 2004.

⁸ Lundgren Eva, Gud och alla andra karlar. Natur och kultur, Stockholm 1992.

⁹ Walker Lenore, The Battered Woman. Harper and Row, New York 1979, sama The Battered Woman Syndrome. Springer, New York 1984.

puolta tuotetaan teksteissä ja käytännöissä, usein yhdistävät tarkastelunsa väkivallan rakenteelliseen ymmärtämiseen.

Julkinen keskustelu naisiin kohdistuvan väkivallan feministisestä ymmärtämisestä sitä vastoin on voimistunut aivan viime aikoina, ja siinä on esitetty hyvinkin kärjistettyjä käsityksiä. Kuten edellä esittämäni esimerkit keskustelusta miesten vastuusta naisiin kohdistuvasta väkivallasta osoittavat, pääosa keskustelusta on kuitenkin asiallista ja sen sisältö on muuttunut. Väkivallan vakavuutta, sen jatkuvaa luonnetta ja sen yhteyksiä sukupuolten välisiin valtarakenteisiin ei juurikaan kyseenalaisteta. Keskustelua käydään sen sijaan siitä, voidaanko käytännön toiminnassa väkivaltaa vastaan ottaa huomioon yhteiskunnan sukupuolituneet valtarakenteet ja mitä se käytännössä voisi tarkoittaa.

Kaiken kaikkiaan väkivallan normalisaatioteoria on tuonut esiin sen, että naisiin lähisuhteissa kohdistuva väkivalta on laajalle levinnyt yhteiskunnallinen ongelma. Normalisaatioteoria on tuonut esiin tällaisen väkivallan vakavuuden, toistuvuuden ja sen, että nainen ei useinkaan yksin pysty lopettamaan väkivaltaa ja irrottautumaan väkivallan tekijästä. Sen avulla monet naiset ovat tajunneet, ettei väkivalta ole heidän syytään eikä heillä ole mitään syytä hävetä ja tuntea syyllisyyttä siitä, että he ovat olleet väkivallan uhreja eivätkä ole pystyneet lopettamaan väkivaltaa. Nämä ovat olleet myös teorian vahvuuksia, kun siihen on tukeuduttu väkivallan vastaisia toimintaohjelmia laadittaessa.

NAISRAUHAUUDISTUS

Teoria väkivallan normalisaatiosta oli yksi Naisiin kohdistuvan väkivallan komitean (Naisrauhakomitea) työn lähtökohdista.¹⁰ Komitea ehdotti uuden naisrauharikoksen ottamista rikoslakiin. Komitea piti tärkeänä, että uusi rikos kattaisi tekoja, jotka eivät ole rikoksia rikoslain mukaan, mutta joita esiintyy kontrollin, väkivallan ja henkisen väkivallan prosesseissa lähisuhteissa. Kuten komitea toteaa, puolison pahoinpitelyyn liittyy usein käytöstä, josta ei nykyään voida rangaista: mies on voinut esimerkiksi piilottaa yhteistä omaisuutta kuten puhelimen tai avaimen, kieltää naista tapaamasta ystäviään ja sukulaisiaan tai haukkunut ja loukannut naista.¹¹ Pitkään jatkuneeseen väkivaltaan liittyy usein muuta kontrollia ja naisen vapauden rajoittamista, jonka nainen voi joskus kokea jopa väkivaltaa pahemmaksi.

Komitea halusi sisällyttää nämä kontrolloivat toimet uuteen rikoslakiin ja teki ehdotuksen uudesta rikoksesta, jossa tämä oli otettu huomioon. Lakiehdotus lä-

¹⁰ SOU 1995:60 Kvinnovåld s. 102.

¹¹ SOU 1995:60, s. 102, 300, 305.

hetettiin laajalle lausuntokierrokselle. Palaute oli kriittistä. Sen johdosta ehdotukseen tehtiin muutoksia siten, että lopulta uusi rikos, naisrauharikos, kattaa vain teot, jotka jo muutenkin ovat rikoslainsäädännön piirissä.¹² Naisrauharikos ei kata kontrolloivaa käytöstä, joka ei ole rikos, eikä verbaalisia loukkauksia, vaikka osa niistä täyttää kunnianloukkauksen tunnusmerkistön. Lopputulos on, että uuden lain mukaan lähisuhteessa tehdyt erilaiset rikokset, kuten pahoinpitely, laiton uhkaus ja pakottaminen voidaan tuomita yhdessä naisrauharikoksena, jonka maksimirangaistus on kuusi vuotta vankeutta eli selvästi enemmän kuin siihen sisältyvien rikosten rangaistusasteikot.¹³ Näin ollen naisrauharikos tarkoittaa siis useiden eri rikosten tuomitsemista yhdessä ankaramman asteikon mukaan.

Viime vuonna poliisille ilmoitettiin noin 1850 naisrauharikosta.¹⁴ Tuomiot ovat enintään viiden pahoinpitelyn tapauksissa vaihdelleet puolesta vuodesta vuoteen, ja tapauksissa, joissa pahoinpitelyjä ja uhkauksia on ollut vielä enemmän, rangaistukset ovat olleet pidempiä, mutta harvoin yli kaksi vuotta.¹⁵

Komitea halusi tuoda esiin läheisissä suhteissa tapahtuvan naisiin kohdistuvan väkivallan, ja tämä näkyy uuden rikoksen nimen valinnassa.¹⁶ Läheisissä suhteissa tapahtuvaan väkivaltaan voidaan puuttua myös sukupuolineutraalin mutta muuten sisällöltään samanlaisen rauharikoksen avulla. Uuden lain tärkein vaikutus on ollut lisääntynyt tietoisuus naisiin kohdistuvasta väkivallasta. Tietoisuus on kasvanut sekä yleisön, tiedotusvälineiden että viranomaisten piirissä.

Poliisi ja syyttäjät ovat alkaneet kiinnittää aikaisempaa enemmän huomiota toistuviin väkivaltaisuuksiin rikosten tutkinnassa ja syyteharkinnassa. Ruotsin laki (kuten myös Suomen) sallii laajan kumulaation eli useiden rikosten käsitteilyn samassa oikeudenkäynnissä, mutta koska esitutkinta on keskittynyt ilmoitettuun rikokseen itsenäisenä tapahtumana, rikosten käsittelyä yhdessä ei ole perheväkivallassa käytetty aikaisemmin kovin paljon hyväksi. Naisrauharikoksen säätämisen jälkeen poliisi ja syyttäjät ovat alkaneet sekä esitutkinnassa että syyteharkinnassa kiinnittää aikaisempaa paljon enemmän huomiota väkivallan toistumiseen.

¹² Brottsbalken, luku 4, 4a §. Lag 1999:845.

¹³ Vakavammat rikokset, kuten törkeä pahoinpitely tai raiskaus, eivät sisälly naisrauharikokseen.

¹⁴ Kriminalstatistik 2003. Brå 2004, s. 28. – <http://www.bra.se>.

¹⁵ Kahdessa Korkeimpaan oikeuteen päätyneessä tapauksessa vastaajille annettiin 10 ja 8 kuukautta vankeutta toistuvista pahoinpitelyistä. NJA 2003 s. 144, NJA 2004 s. 97. Eräessä tapauksessa, jossa väkivallan uhri oli vastaajan tytär, rangaistus oli 1,5 vuotta vankeutta, NJA 2004 s. 437.

¹⁶ Lainsäädäntöprosessia käsittelevästä keskustelusta ks. Nordborg Gudrun – Niemi-Kiesiläinen Johanna, *Women's Peace: A Criminal Law Reform in Sweden*. Teoksessa Nousiainen K. – Gunnarsson Å. – Lundström K. – Niemi-Kiesiläinen J. (eds), *The Responsible Selves. Women in Nordic Legal Culture*. Ashgate 2001, s. 353–373.

KAUPALLINEN SEKSI

Seksin oston kriminalisointi on naisrauhauudistuksen eniten keskustelua herättänyt osa. Kyseistä kriminalisointia voidaan kuvata sekä varsin lieväksi että erittäin urauurtavaksi. Rikos on suhteellisen lievä, jos sitä mitataan rangaistuksen ankaruudella, sillä maksimirangaistus on puoli vuotta vankeutta ja käytännössä rangaistus on vain sakko. Kriminalisointi on periaatteellisella tasolla radikaali, sillä siihen ei liity vastapuolen toiminnan, eli seksin myynnin, kriminalisointia.¹⁷ Prostituoituihin ei kohdistu lain mukaan muutakaan kontrollia tai toimenpiteitä. Sen sijaan heille tarjotaan sosiaalipalveluita ja heitä rohkaistaan lopettamaan toiminta. Yksipuolinen seksin oston kriminalisointi on radikaali, sillä se perustuu siihen, että prostituutio ymmärretään sukupuolten välisten valtasuhteiden seuraukseksi ja ilmentymäksi.

Jos kyseisen lain merkitystä mitataan annettujen rangaistusten määrällä, sitä ei voida pitää menestyksenä. Vain muutamia ostajia on sakotettu.¹⁸ Jossain määrin tätä tilannetta itsessään voidaan pitää merkinä menestyksestä, sillä katuprostituutio on vähentynyt, vaikei kadonnut kokonaan. Siitä, onko lailla ollut vaikutusta sisätiloissa ja internetin kautta tapahtuvaan prostituutioon, on kiistelty paljon. Tällainen toiminta on aina ollut piilossa, joten muutoksia on hyvin vaikeaa mitata. Sinä aikana kun laki on ollut voimassa, prostituutio on siirtynyt internetiin kaikissa maissa, riippumatta lainsäädännön sisällöstä, joten on vaikea arvioida, onko seksin oston kriminalisointi nopeuttanut tätä kehitystä. Toisaalta pahimmat uhkakuvat eivät ole toteutuneet. Ei ole näyttöä siitä, että naiskauppiaiden ja parittajien prostituoituihin kohdistuva kontrolli olisi lisääntynyt. Lailla on ollut myös ennakoimattomia vaikutuksia, laki on nimittäin tehnyt Ruotsista naapurimaita vähemmän houkuttelevamman kohdemaan naiskaupalle.

Seksin oston kriminalisoinnin merkittävin seuraus on kuitenkin kasvanut tietoisuus naiskaupasta, niin mediassa kuin tavallisten ihmisten keskuudessa. Kyselytutkimuksissa 85 % ruotsalaisista ilmoittaa hyväksyvänsä lain ja pitävänsä sitä hyvänä lakina. Mediassa kirjoitetaan edelleen kaupallisesta seksistä, sillä se myy, mutta ilmiö on käsitteellistetty seksuaaliseksi ja/tai kaupalliseksi hyväksikäytöksi, eikä eräänlaiseksi seksuaaliseksi valinnaksi.¹⁹ Viime talvena tiedotus-

¹⁷ Monissa maissa prostituutio on laitonta. Yleensä prostituoidun toiminta on kriminalisoitu, mutta joissain maissa myös seksin osto on kriminalisoitu (kuten esimerkiksi joissain Yhdysvaltojen osavaltioissa). Käytännössä kontrolli on kuitenkin keskittynyt seksin myyjän toimintaan.

¹⁸ Sakot sitä vastoin ovat olleet tuntevia. Paljon huomiota herättänyt korkeimman oikeuden jäsenen sakko seksin ostamisesta oli 50 päiväsakkoa ja yli 40 000 kruunua. Dagens Nyheter 26.5.2005.

¹⁹ Paritusta, ihmiskauppaa ja lapsipornografiaa koskeva lainsäädäntö on ajan tasalla ja pantu täytäntöön varsin tehokkaasti.

välineissä on raportoitu lähinnä lapsipornografiasta, nuorista, jotka poseeraavat internetissä, ja lasten seksuaalisesta hyväksikäytöstä internetin kautta.

Tietenkään laki itsessään ei ole muuttanut asenteita. Laki tulisi nähdä seurauksena lisääntyneestä tietoisuudesta ja osana laajempaa naisiin kohdistuvan väkivallan vastaista ohjelmaa. Sen tärkeimpiä seurauksia on prostituution feministin ymmärtäminen sukupuolten välisten rakenteellisten epätasa-arvoisuuksien seurauksena.

POLIISIN JA SYYTTÄJÄN TOIMINNAN TEHOSTAMINEN

Toimintaohjelmat naisiin kohdistuvaa väkivaltaa vastaan muuttuivat avoimesti feministisiksi 1990-luvulla, mutta työ väkivaltaa vastaan alkoi jo 1980-luvulla. Vuonna 1965 avioliitossa tapahtuneesta raiskauksesta tehtiin rikos. Pahoinpitelyn syyteoikeuden uudistusta vuodelta 1982 voidaan pitää käännekohtana. Vuoden 1982 uudistuksen myötä kaikista pahoinpitelyistä tuli virallisen syytteen alaisia rikoksia, jotka poliisin tulee tutkia ja joista nostetaan syyte riippumatta uhrin ilmoituksesta. Tämän uudistuksen toteuttaminen käytännössä ei tapahtunut ongelmitta ja nopeasti. Vielä vuonna 1995 melkein puolet perheväkivaltatapausten tutkinnoista jouduttiin keskeyttämään näytön puutteen takia.²⁰ Vielä nykyäänkin on syytä seurata sitä, miten suuri osa pahoinpitelyistä saadaan selvitettyä ja johtaa syytteen nostamiseen. Ilmoitetuista 1850 naisrauharikoksesta, joka on erittäin vakava rikos, vain alle 300 johti syytteisiin.²¹ Naisiin kohdistuvien pahoinpitelyjen selvitysprosentissa on edelleenkin toivomisen varaa.²²

Vuoden 1995 jälkeen hallitus on Naisrauhakomitean suositusten mukaisesti toteuttanut laajaa toimintaohjelmaa, jonka myötä poliiseja, syyttäjiä, tuomareita, sosiaaliviranomaisia ja terveydenhuoltohenkilöstöä on koulutettu naisiin kohdistuvasta väkivallasta.

Yritykset kouluttaa asian parissa toimivia ovat onnistuneet vaihtelevasti. Tuore arvio suhtautui erittäin kriittisesti koulutusohjelmiin, toimintaohjelman toimeenpanoon ja eri tahojen yhteistyöjärjestelyihin. Poliisi, syyttäjät ja oikeuslaitos ovat ottaneet naisiin kohdistuvan väkivallan osaksi sisäisiä koulutusohjelmiaan, mutta koulutus ei ulotu vielä koko henkilökuntaan ja on usein riittämätöntä, vain muutamia teemapäiviä silloin tällöin. Paikallisella tasolla on tehty

²⁰ SOU 1995:60 Kvinnofrid s. 201.

²¹ Kriminalstatistik 2003. Brå 2004, s. 128.

²² Erään tutkimuksen mukaan niistä oli saatu selvitettyä 44 %.

aloitteita paikallisista tavoitteista sopimiseksi, eri tahojen toiminnan koordinoimiseksi ja uusien toimintatapojen kehittämiseksi, mutta yhteistyön puutetta kansallisella tasolla kritisoitiin. Paikallistasolla hyväksi todetut toimintatavat tuntuivat leviävän liian hitaasti, eikä niitä ole pystytty hyödyntämään laajemmin.²³

LÄHESTYMISKIELLOT

Laki lähestymiskiellosta säädettiin jo 1988 niiden ihmisten turvaksi, joita uhkaa rikoksen, seuraamisen tai vakavan häirinnän kohteeksi joutuminen.²⁴ Vuodesta 2003 lähestymiskielto voidaan antaa yhdeksi kuukaudeksi myös ihmisille, jotka asuvat samassa asunnossa,²⁵ kun taas lähestymiskielto muissa tapauksissa voi kestää vuoden. Uhattu henkilö voi pyytää lähestymiskielloa tai se voidaan asettaa poliisin omasta aloitteesta. Syyttäjä voi asettaa lähestymiskiellon nopeasti uhan tultua poliisin tietoon. Lähestymiskiellon rikkomisesta seuraa sakot tai enintään vuosi vankeutta, mutta pienistä rikkeistä ei anneta rangaistusta.

Lähestymiskieltoja haetaan paljon, 6 500 vuosittain, ja se myönnetään noin puolessa tapauksista. Lähestymiskielto on auttanut monia naisia, vaikkakin uuden tutkimuksen mukaan sen tarjoama tuki on usein enemmän psykologista kuin todellista suojaa väkivaltaa vastaan.²⁶ Lähestymiskieltoja rikotaan usein. Melkein yhtä monta rikettä ilmoitetaan kuin lähestymiskieltoja on voimassa. Ilmoitusten määrä on kuitenkin alhainen verrattuna tapahtuneisiin rikkomisiin,²⁷ sillä monet naiset pitivät rikkomisten ilmoittamista turhauttavana ja he ovat kyllästyneet ilmoittamaan niistä.

SEKSUAALIRIKOKSET

Väkivallan normalisaatioteoria ei ole osoittautunut samalla tavalla hyödylliseksi seksuaalisen väkivallan kohdalla kuin lähisuhdeväkivallan. Seksuaalisesta väkivallasta on keskusteltu tiedotusvälineissä vilkkaasti useiden pahamaineisten tapausten jälkeen. Näillä tapauksilla, jotka on nimetty tapahtumapaikkojen mu-

²³ Slag i luften SOU 2004:121.

²⁴ Lag om besöksförbud 1988:688.

²⁵ Lag 2003:484.

²⁶ http://www.bra.se/extra/pod/?module_instance=12&action=pod_show&id=354. Edlund Monica – Svanberg Karin, Besöksförbud. En utvärdering av lagen och dess tillämpning. Brå Rapport 2003:2 s. 15.

²⁷ Brå Rapport 2003:2 s. 8. Ks. myös Westlund Olle – Qvarnström Jennifer, Nya regler i lagen om besöksförbud. Delrapport. Brå 2005. <http://www.bra.se>.

kaan (Rissne, Södertälje, Tumba), on paljon yhteistä: päihtyneen, usein nuoren naisen joukkoraiskaus. Joissain näistä tapauksista syytteet ovat johtaneet tuomioon, yleensä seksuaalisesta hyväksikäytöstä, mutta ei raiskauksesta. Viimeiseksi mainitussa tapauksessa, Tumbassa, Korkein oikeus vapautti kaikki vastaajat syytteistä sillä perusteella, ettei seksuaalista hyväksikäyttöä ollut tapahtunut. Ihmiset kokivat tapauksen, jossa oli neljä vastaajaa,²⁸ erittäin vastenmielisenä. Syytteet kuitenkin hylättiin, koska uhri, aikuinen nainen, ei ollut vastaajien kertomusten mukaan vastustanut vaan suorastaan ollut aktiivinen osapuoli. Naisen päihtyneisyydelle ja hasiksen vaikutukselle ei annettu Korkeimmassa oikeudessa mitään merkitystä todistusaineistona.

Myös selvitettyjen raiskausten alhainen määrä viittaa siihen, ettei ohjelman toimeenpano ole täysin toteutunut seksuaalirikosten kohdalla. On todettu, että ainakin 60 % seksuaalirikoksista on jäänyt selvittämättä ja että vain 12 % poliisille ilmoitetuista 2500sta raiskauksesta johti syytteisiin.²⁹

TOIMINTAOHJELMAN TULOKSET

Seksuaalirikoksia lukuun ottamatta ruotsalainen toimintaohjelma on ollut erittäin onnistunut. Ruotsissa väkivallan määrä on alhainen. Kaikkein luotettavimmat tilastot väkivallasta koskevat henkirikoksia. Ruotsissa kuolee keskimäärin 16 naista vuosittain parisuhdeväkivallan takia.³⁰ Suomessa vastaava luku on yli 20, vaikka Suomen asukasluku on vain hieman yli puolet Ruotsin asukasluvusta.³¹ Vertailu näiden maiden välillä on mielenkiintoista, sillä Suomella ja Ruotsilla on enemmän samankaltaisuuksia kuin eroja: molemmissa maissa on korkea teknologian taso, edistyneet hyvinvointipalvelut, koulutuksen taso on korkea ja molemmat maat lukeutuvat maailman tasa-arvoisimpiin maihin.³² Toisin kuin

²⁸ Todistusaineisto viittasi siihen, että tekijöitä oli enemmänkin, mutta vain neljää voitiin syyttää.

²⁹ Martens Peter L., Sexualbrott. Brottsutvecklingen i Sverige 2001–2003. Brå-rapport 2004:3 s. 85–104 p. 94. Grevholm Erik – Nilsson Lotta – Carlstedt Malena, Våldtäkt – en kartläggning av anmälda våldtäkter. Brå 2005:7.

³⁰ BRÅ-rapporten 2001:11, Dödligt våld mot kvinnor i nära relationer, s. 6.

³¹ Kivivuori Janne, Suomalainen henkirikos. Teon piirteet ja tekojen olosuhteet vuosina 1988 ja 1996. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos 159/1999; Hurta Olli, Kuoleman aiheuttanut lähisuhdeväkivalta. Poliisiammattikorkeakoulun tiedotteita 21/ 2002. Ruotsissa on 9 miljoonaa asukasta ja Suomessa 5 miljoonaa.

³² Viimeksi World Economic Forum nimesi Ruotsin tasa-arvoisimmaksi maaksi ja Suomen viidenneksi tasa-arvoisimmaksi. Lopez-Claros Augusto – Zahidi Saadia, Women's Empowering: Measuring the Global Gender Gap. – http://www.weforum.org/pdf/Global_Competitiveness_Reports/Reports/gender_gap.pdf.

Ruotsissa, Suomessa ei ole ollut avoimesti feminististä toimintaohjelmaa väkivaltaa vastaan ja naisiin kohdistuvasta väkivallasta alettiin keskustella vasta 1990-luvun loppupuolella. Molemmissa maissa on tehty tutkimus naisiin kohdistuvan väkivallan yleisyydestä, ja seuraavaksi vertailen joitakin tutkimusten tuloksia.³³ Tutkimukset eivät olleet täysin samanlaisia, joten vertailun kanssa on syytä olla varovainen.

Naisiin kohdistuva väkivalta parisuhteen ulkopuolella näyttää olevan yleisempää Ruotsissa kuin Suomessa. Tähän tulokseen on syytä suhtautua varoen, sillä ruotsalainen tutkimus korosti kaikkien väkivaltaisuuksien ilmoittamista, mukaan lukien uhkaukset. Väkivalta parisuhteessa näyttää sen sijaan olevan vähemmän yleistä Ruotsissa. Suomessa noin puolet eronneista naisista oli joutunut entisten puolisoitensa tekemän väkivallan kohteeksi. Luku on korkea myös Ruotsissa, noin 35 % eronneista naisista.

Nykyisen kumppanin tekemää väkivaltaa ilmoitti 11 % ruotsalaisista naisista ja puolet heistä ilmoitti väkivallasta viimeisen vuoden ajalta. Nämä ovat alhaisia lukuja missä tahansa kansainvälisessä vertailussa. Suomessa vastaavat luvut ovat kaksi kertaa korkeampia ja ovat samalla tasolla monien muiden länsimaiden kanssa.³⁴

Taulukko 1. Koettu väkivalta Suomessa ja Ruotsissa.

Koettu	Suomi	Ruotsi
Väkivalta (yli 15-vuotiaat) ¹	40 %	46 %
Seksuaalinen häirintä (yli 15-vuotiaat)	52 %	56 %
Entinen kumppani väkivaltainen	50 %	35 %
Nykyinen kumppani väkivaltainen, ainakin joskus	22 %	11 %
Nykyinen kumppani väkivaltainen viimeisen vuoden aikana	10 %	5,5 %

¹ Sisältää väkivallalla uhkaamisen, seksuaalisen pakottamisen ja raiskausyrityksen, mutta ei seksuaalista häirintää.

Molemmat kyselytutkimukset kiinnittivät huomiota miesten kontrolloivaan käytökseen parisuhteissa. Tässäkin selvityksessä ruotsalaiset luvut ovat alhaisempia kuin suomalaiset. Molemmissa maissa esiintyy merkittävä määrä kontrollointia, mikä viittaa siihen, että fyysisen väkivallan lisäksi psykologinen kontrolli on otettava vakavasti huomioon.

³³ Lundgren Eva – Heimer G. – Westerstrand J. – Kalliokoski A-M., The Captured Queen: Men's violence against women in "equal" Sweden. A prevalence study. (Slagen dam) Brottsoffermyndigheten. Umeå 2002; Heiskanen Markku – Piispa Minna, Faith, hope and battering. A survey of men's violence against women in Finland. (Usko, toivo, hakkaus) SVT, Oikeus 1998:20.

³⁴ Health, Well-Being and Personal Safety of Women in Germany. A Representative Study of Violence against Women in Germany. Federal Ministry for Family Affairs, Senior Citizens, Women and Youth. 2005 – <http://www.bmsfsj.de>.

Taulukko 2. Miesten kontrolloiva käytös parisuhteessa.³⁵

	Suomi	Ruotsi
Kateellisuus	8,1%	5,8%
Nimittely	6,4%	3,5%
Rahan käytön kontrollointi	3,9%	2,2%
Tapaamisten kontrollointi	5,7%	2,1%
Uhkaus vahingoittaa itseään	2,6%	1,1%
Työn teon estäminen	1,4%	0,2%
Uhkaus vahingoittaa lapsia	0,2%	0,1%
Vähintään yksi mainituista keinoista kontrolloida	27,4%	12%

MITÄ TÄSTÄ VOIDAAN OPPIA?

Rikosprosessia ja parisuhdeväkivaltaa koskevassa tutkimuksessani olen vertailut Suomen, Ruotsin ja Yhdysvaltojen Wisconsinin osavaltion lainsäädäntöä.³⁶ Ruotsissa ja Wisconsinissa on pitkään tehty perheväkivallan vastaista työtä, joka on perustunut feministisiin kannanottoihin ja jonka aloittamiseen on vaikuttanut aktiivisen feministisen liikkeen toiminta. Suomessa toiminta tällä alueella alkoi vasta 1990-luvun lopulla. Päätelmäni onkin, että toimiakseen tehokkaasti toimintaohjelma tarvitsee niin muutosta asenteissa kuin lain säännösten systemaattista analyysia. Oikeudellisen uudistusproessin suhteen ainakin seuraavat asiat ovat oleellisia.

1) Naisiin kohdistuva väkivalta tulisi tutkia ja syyte nostaa siitäkin huolimatta, että uhri ei tee ilmoitusta (yleisen syyttäjän alaiset rikokset). Tämän sääntelyn tulisi kattaa kaikki väkivaltarikokset, eriasteisten pahoinpitelyjen ja kaiken asteisen väkivallan lisäksi myös uhkaukset, kaikki pakottaminen sekä kaikki seksuaalirikokset, mukaan lukien raiskaus avioliitossa. Syyttämiskäytäntöä tulee seurata ja mahdollisesti ohjeistaa siten, että painotetaan velvollisuutta nostaa syyte tällaisista rikoksista.

2) Lähestymiskieltoja tarvitaan, mutta niiden tehokkuus tulisi ottaa kriittisen arvioinnin kohteeksi. Lähestymiskieltojen ei pitäisi olla ensisijainen ratkaisu naisiin kohdistuviin rikoksiin, eikä sitä tulisi pitää näiden rikosten hidasta ja te-

³⁵ Heiskanen – Piispa 1998 s. 18, Lundgren et al. s. 30.

³⁶ Niemi-Kiesiläinen Johanna, Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. WSOY 2004. (Yhteenveto sisällöstä löytyy osoitteesta http://www.jus.umu.se/personal/johanna_niemi/Johanna_CrimProcDV.htm). Ks. myös Niemi-Kiesiläinen Johanna, Criminal Law or Social Policy as Protection Against Violence. Nousiainen K. – Gunnarsson Å. – Lundström K. – Niemi-Kiesiläinen J. (eds), Responsible Selves. Women in Nordic Legal Culture. Ashgate 2001, s. 289–310.

hotonta tutkintaa korvaavana toimenpiteenä. On ensisijaisen tärkeää, että nämä rikokset tutkitaan tehokkaasti ja niistä nostetaan syytteet. Lähestymiskieltojen pitäisi olla yhteydessä rikosprosessiin, ja niiden rikkomisesta pitäisi seurata riittävä sanktio.

Siviiliprosessuaaliset lähestymiskiellot, joiden käsittely on yksinkertaisempaa ja joiden toimeenpano helppoa, voivat olla osa väkivallan vastaista keinovalikkoa, mutta niiden ei tule korvata rikosprosessia.

3) Sovittelua ei tulisi käyttää naisiin kohdistuvan väkivallan tai perheväkivallan käsittelyssä. Osallistuminen sovitteluprosessiin ei ole tasa-arvoista, kun on olemassa uhka väkivallasta. Sitä paitsi yhteiskunnan tulisi viestittää, että väkivalta ei ole hyväksyttävää, varsinkin niissä tapauksissa, joissa uhri ei voi tai uskalla vaatia rangaistusta.

4) Uhreille suunnattujen tukipalvelujen merkitystä ei voi liiaksi korostaa. Tämä koskee niin tiedonsaantia, turvakoteja kuin oikeudellista apua ja henkistä ja konkreettista tukea rikosprosessissa.

5) Poliisin ja sosiaaliviranomaisten välistä suhdetta tulisi tarkastella huolella. Milloin sosiaaliviranomaisten tulee tehdä ilmoitus poliisille naisiin ja lapsiin kohdistuvasta väkivallasta? Erityisesti kun väkivallan uhrin ovat lapset, ilmoitus tulisi tehdä aina. Aikuinen nainen voi usein tehdä päätöksen omasta puolestaan, mutta tapauksista, joissa on vaara on välitön, tulisi tehdä ilmoitus.

6) Viimeisten kymmenen vuoden aikana väkivaltaisille miehille suunnatut ohjelmat ovat tulleet suosituiksi. Nämä ohjelmat ovat varteenotettava vaihtoehto rangaistuksille, mutta niiden lähtökohtana tulisi silloin olla sukupuolten välisten valtasuhteiden ymmärtäminen väkivallan dynamiikassa ja se, että tekijä ottaa täyden vastuun väkivallasta.³⁷ Kuten Ruotsissa säädetty naisrauharikos osoittaa, rangaistuksia voidaan käyttää naisiin kohdistuvan väkivallan vakavuuden korostamiseksi.

YHTEENVETO

Mikä tahansa oikeudellinen uudistus epäonnistuu ilman kunnollista täytäntöönpanoa. Naisiin kohdistuvaan väkivaltaan liittyvien lakien uudistusten toimeenpano on vielä ratkaisevampaa kuin monissa muissa uudistuksissa, koska niihin liittyvät asenteet heijastelevat vielä vanhentuneita arvoja, kuten näiden rikosten

³⁷ Edwards Susan – Hearn Jeff, Working Against Men's "Domestic Violence": Priority Policies and Practices for Men in Intervention, Prevention and Societal Change. Council of Europe, Strasbourg 2004.

ymmärtäminen ”yksityisasiolina” tai ”vähäisinä kiistoina”. Lakien uudistamisessa ja uudistusten täytäntöönpanossa törmätään varmaankin aina ongelmiin. Monet edellä mainituista toimenpiteistä on Ruotsissa lainsäädännön tasolla toteutettu. Sen jälkeen huomio on kiinnittynyt täytäntöönpanoon ja viranomaisten koulutukseen. On yhtä tärkeää muuttaa asenteita ja naisiin kohdistuvan väkivallan ymmärtämistä kuin muuttaa lakeja. Ruotsin esimerkki osoittaa kuitenkin, että jatkuva ja systemaattinen yritys muuttaa asioita voi onnistua.

Paavo Nikula

Kirjakieli ja virkakieli

Hyvä ja ymmärrettävä kieli on itsestäänselvyys kirjailijalle, olipa kyseessä tiedetai taidekirja. Myös byrokraatit työskentelevät kielessä ja kielellä, mutta heidän kielensä kuntoa on jatkuvasti pitänyt valvoa. Virkakielen vaikeaselkoisuus ei ole yksin meidän suomalaisten murheena, ongelma on yleismaailmallinen, vaikka sen syyt vaihtelevat.

Suomen kieli määrättiin kielimanifestilla periaatteessa yhdenvertaiseksi ruotsin kielen kanssa tunnetusti jo keisari Aleksanteri II:n ja J.W. Snellmanin tapaamisessa Parolan nummella 1863. Kesti kuitenkin vielä puolisen vuosisataa ennen kuin suomen kielestä käytännössä tuli tasavertainen ruotsin kanssa viranomaisissa asioitaessa. Kirjallisuudessa ja tutkimuksessa oltiin nopeampia. Suomen rikosoikeuden isäksi kutsuttu Jaakko Forsman väitteli tiettävästi ensimmäisenä juristina suomeksi teoksellaan Pakkotilasta kriminaali-oikeudessa, vain 11 vuotta kielimanifestin antamisen jälkeen 1874.¹

Vain pari vuosikymmentä aiemmin oli julkaistu viimeinen latinankielinen yliopistollinen väitöskirja, ei tosin rikosoikeudessa. Voi tosin perustellusti kysyä, jääkö tuo latinankielinen väitöskirja viimeiseksi, koska juristilaitoksen tutkimus näyttää olevan vahvassa vedossa. Rikosoikeudessa opimme jo peruskursseilla *nullum crimen ja nulla poena* -säännöt. Ne ovat nyt saaneet perustuslaissa perusoikeuden muodon (8 §) ja sisältävät myös rangaistussäännösten kielellisen yksiselitteisyyden vaatimuksen.

Latinan tutkimustilannetta on seikkaperäisesti kuvannut Heikki Mattila artikkeleissaan ja viimeksi Suomalaisen Tiedeakatemian vuosikirjassa 2004.² Mattila siteeraa 1600-luvun hovioikeustuomareiden äänestyslausuntoja, joissa on enemmän latinaa kuin ruotsia. Hauska yksityiskohta siinäkin mielessä, että kielitaistelun aikana suomen kieltä vastaan olevat vetosivat siihen, että oikeudenkäymiskaaren mukaan ”vierasta kieltä” ei saanut käyttää.

Se tosiasia, että suomenkieliset virkatekstit olivat oikeastaan vuosisatojen ajan olleet käännöksiä ruotsista, kielestä, jolla tuomioistuinten ja muiden viran-

¹ Ks. esim. Venla Saikon henkilöartikkelia Jaakko Forsmanista Suomen Kansallisbiografiasa, 3. osa, Suomalaisen Kirjallisuuden Seura 2004, s. 37.

² Suomalaisen Tiedeakatemian vuosikirja 2004. Vammala 2005, s. 87 ss.

omaisten päätökset ja lakitekstit alun perin oli kirjoitettu, löi vahvan leimansa virkasuomeen. Se on vasta muutaman sukupolven ikäinen, joten ei ihme, että vieläkin joudutaan sveltisimejä kitkemään viranomaisteksteistä, kun edelleen joku haluaa tutkimuksensa lopuksi vetää johtopäätöksen esim. teon rangaistavuudesta, tai jopa pelata asiassa roolia.

Sen sijaan suomen virkakielessä ei enää juurikaan hienostella sivistyssanoilla, mikä taas on tunnusomaista brittien virkakielelle. Siinä missä ruotsin kieli on jossain määrin leimannut suomen virkakieltä, ranska (ja sitä kautta latina) on tuonut tuntuvasti ilmaisuja virkaenglantiin. Minulla on se käsitys kielentutkijoiden havainnoista, että tavallisen brittikansalaisen on vaikeampi ymmärtää virkamiestensä tekstien kaikkia ilmaisuja kuin meikäläisen hallintoalamaisen omien virkamiestemme kirjoituksia. – Ilmaisua ”hallintoalamainen” ei kylläkään enää virkateksteissä käytetä, nyt puhutaan asiakkaista.

Tosin on meillä ollut myös aivan omaperäisiä vaikeita sanoja lakitekstissä. Vielä 1960-luvulla minun ja opintosuoritustensa nopeusennätyksistä kuulun Raimo Lahden opiskellessa rikoslaissa säädettiin (tuolloinen 21:13), että jos pahoinpitelyssä tai tappelussa oli käytetty ”hengenvaarallista astaloa”, tämä oli raskauttava asianhaara. Sana astalo aiheutti päänvaivaa paitsi opiskelijoille joskus myös tuomioiden puhtaaksikirjoittajille. Kerran käsin kirjoitetun tuomion – niissä käytettiin aika paljon lyhenteitä – syyksilukeminen astalon käyttämisestä sai puhtaaksikirjoitettuna muodon: asianomistajan talosta otettu väline. Tällä tutulla väline-sanalla astalo sittemmin korvattiinkin rikoslaissa (nyt 21:6).

Virkakielen yksi ominaisuus on ankara proosallisuus, oikeastaan tunteettomuus, vaikka ainakin joitakin poikkeuksia on ollut. Rikoslaissa pysyäkseeni, aiemmin varkaus oli törkeä, jos anastettiin jotain ”ulkona kedolla nukkuvalta”. Tällä tarkoitettiin peltomiestä, joka raskaan työn lomassa otti lyhyen lepo hetken, mutta ei joutilaisuuttaan nukkuvaa. Tästä on korkeimman oikeuden tulkinta.³ Juoponunen tuli KKO:n mukaan olla niin syvää, että asianomainen ei enää ollut tunnossa, jotta anastaminen olisi ollut törkeää.

Aitoo tunnetta oli vanhassa kättilöohjesäännössä, jonka mukaan kättilön tuli hoitaa vastasyntynyttä ja äitiä hellästi ja huolellisesti sekä teroittaa imettämisen tärkeyttä. Meille kuusikymppisille juristeille on tuttu 1734 vuoden lain perintökaaren sanonta (4:1): ”Jos niin onnettomasti käy, että ne, jotka ovat toistensa perilliset, kuolevat sotaan, vedenvaaraan tai ruttoon tahi muuhun sellaiseen, eikä tiedetä, kuka jälemmäksi on elänyt, perikööt kunkin hänen lähimmät sukulaisensa”. Saattaa olla, että lainsäätäjät on ollut todella pahoillaan kamalasta yhteensattumasta, mutta yhtä mahdollista on, että juridisessa mielessä onnetonta on se, ettei tiedetä edesmenneisyyden järjestystä.

³ 1958 II 81.

Virkakielemme pahin ongelma ovat pitkät virkkeet ja mutkikkaat rakenteet, erityisesti kiilalauseet. Jo Aleksis Kivi tekee niistä pilkkaa antaessaan lukkarin aloittaa puheensa: ”Perkele, joka käy ympäri kuin kiljuva jalopeura, puhallellen myrkyä maailmaan, on – –”. Viimeksi kiilalauseista on kirjoittanut Kielitoimiston erikoistutkija Aino Piehl aiheeseen sopivan nimisessä julkaisussa Virallinen lehti. Hänen esimerkkinsä, josta otan tähän vain alkuosan, on puhuva: ”Henkilölle, jonka asuinpaikka ei ole jäsenvaltiossa, kuuluvan hyötyajoneuvon vakavista puutteista, erityisesti niistä, jotka ovat aiheuttaneet ajoneuvon käyttökiellon, on ilmoitettava sen jäsenvaltion toimivaltaisille viranomaisille, jossa – –.”⁴

Pitkät virkkeet peräytyvät jo niihin aikoihin, jolloin ruotsi oli meillä johtava virkakieli. Jostain syystä ilmeisesti ajateltiin, että pisteen laittaminen tekstiin pyyhki kaiken edellä lausutun pois, joten esim. tuomiot saattoivat olla useamman sivun mittaisia mutta yhtä ainoaa virkettä. Hovioikeuksien ruotsinkielisistä ratkaisuista sanottiin, että niitä luettaessa oli harjoitettava ”har jaktia”. Tämä johtui siitä, että hovioikeus aloitti tuomionsa selostamalla, mitä asiassa oli aikaisemmin vaadittu ja tuomittu ja mitä sitten hovioikeudelle oli esitetty. Vasta tämän jälkeen – tosin ilman pistettä – ikään kuin vedettiin henkeä, ja hovioikeus alkoi kertoa, mitä se on päättänyt: ”...har hovrätten..”. Har-sanana löytyminen oli siis tärkeää, koska vasta siitä voitiin alkaa lukea, mitä hovioikeus oli tuominut.

Edellä mainitsemissani Aino Piehlin esimerkkipirkkeessä on kaikkiaan 48 sanaa ja sivulauseet katkaisevat päälauseen kolmessa kohdassa. Jokseenkin yhtä monta kertaa katkeaa lukijan ajatus ainakin ensimmäisellä lukukerralla. Piehl mainitsee, että ruotsalaisten kielen ymmärrettävyyden vaalijoiden mielestä virkkeen pituudeksi pitäisi riittää noin 25 sanaa. Tämän säännön noudattamista voidaan Piehlin tietämän mukaan seurata eräillä tekstinkäsittelyohjelmilla.

Yksi tapa lisätä kielen ymmärrettävyyttä on käyttää graafisia keinoja. Lomakeilla voidaan pyytää ja esittää tietoja melko yksiselitteisesti. Lomake on itse asiassa eräänlainen vakio-otsikointi, joten myös pelkillä otsikoilla voidaan viedä tekstin asiaa eteenpäin sen sijaan, että monisanaisesti selostettaisiin, mihin seuraavaksi edetään. Otsikoinnit ovatkin yleistyneet ja tulleet säännöksi niin viranomaispäätöksissä kuin lakitekstissäkin.

Pykälän otsikoinnille on oikeusministeriö antanut yksiselitteisen ohjeen: ”Kun säädöksessä käytetään pykälän otsikoita, on *jokainen* pykälä otsikoitava, huolimatta siitä, että sopivan otsikon löytäminen saattaakin joissakin tapauksissa olla vaikeata.”⁵ Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen lakiesityksessä, jonka valmistelussa Raimo Lahti oli keskeisesti mukana, rikoslain luku-

⁴ Virallinen lehti 11/2005.

⁵ Lainlaatijan opas, s. 22, Helsinki 1996.

ten uudistettujen lukujen säännöksille oli löydetty luontevat ja lyhyet, pääsääntöisesti 1–2 sanan otsikot (HE 66/1988).

Viranomaisten tekstien vaikeaselkoisuutta lienee arvosteltu yhtä kauan kuin näitä tekstejä on jouduttu lukemaan. Tosin myös tekstin ymmärrettävyyttä on varmaan yhtä kauan koetettu parantaa. Vankimmin tässä ovat olleet mukana varsinaiset kielenhuollon asiantuntijat, kuten Kotimaisten kielten tutkimuskeskuksen Kielitoimisto (nykyisin Kielenhuolto-osasto). Mutta myös muunlaista harastusta on ilmennyt. On kirjoitettu erilaisia kielenoppaita, joista haluan mainita erityisesti yhden. Sen kirjoitti kolmisenkymmentä vuotta sitten silloinen kollegani Helge Rontu, ja julkaisu oli muistio nimeltään ”Ymmärrettävää virastokieltä”. Kyseessä on tietääkseni ainoa viranomaismuistio, josta on otettu toinen painos.⁶

Jo ennen Rontua oikeusministeriön tarkastustoimisto oli julkaissut lakien kirjoitusohjeita. Niissä osattiin viljellä kuivaa huumoriakin, kun opetettiin, että imperatiivimuotoja -kään ja -köön ”älkөөn käytettäkö”. Myös Rontu kirjoittaa vakavasta asiasta tilaisuuden tullen kevyesti: ”Henkilölisäys on uudissana, jossa ei ole muuta vikaa kuin molemmat osat, henkilö ja lisäys.” – Viime vuosina ei tosin ole ollut käytännön tarvetta käyttää koko ilmaisua, kun työpaikoilla ei henkilöstöä ole lisätty.

Kolmessa vuosikymmenessä virkakieli on tietysti kehittynyt ja parantunut, mutta uudet kielenoppaat kertovat, että valvottavaa on jatkuvasti. Uudet virkamiessukupolvet ovat paremmin koulutettuja kuin me vanhemmat, mutta hekin tarvitsevat kielenparren tukemista. Samoja virheitä näkee toistettavan, esim. paperikieli ja substantiivivauti vaanivat alati.

Opetusministeriön aloitteesta asetettiin 1979 komitea, jonka tehtävänä oli parantaa viranomaisten kielenkäytön ymmärrettävyyttä. Tämä virkakielikomitea, jonka työhön osallistuin, päätyi laajahkon tarkastelunsa jälkeen varsin yksinkertaiseen johtopäätökseen: ”Viranomaisten on virka-asioissa käytettävä sellaista kirjakielen sääntöjen mukaista kieltä, jota peruskoulun käynyt kansalainen pystyy ymmärtämään.”⁷ Komitea ei siis vaatinut, että jokainen peruskoulun käynyt todella ymmärtää virkakielen, vaan ainoastaan, että voi sitä ymmärtää. Myös lukijalta on voitava odottaa tiettyä vaivannäköä ja paneutumista tekstiin.

Virkakielikomitean aloitteesta valtioneuvosto antoi päätöksen toimenpiteistä valtion viranomaisten kielenkäytön parantamiseksi (497/1982). Siinä oli tavoite asetettu varsin korkealle: ”Säädökset, suunnittelu- ja päätösasiakirjat, viranomaisten antamat ohjeet sekä yksityisille tarkoitetut asiakirjat on kirjoitettava siten, että niiden sisältö on vaikeuksitta ymmärrettävissä ja olennaiset kohdat

⁶ Ilmestynyt oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisuna 1/1977.

⁷ KM 1981:26, s. 120.

sekä tärkeimmät perustelut helposti havaittavissa.” Pieni myönnytys tosin tehtiin: ”Muissa kuin pelkästään asiantuntijoille tarkoitetuissa asiakirjoissa on vältettävä ilmauksia, jotka eivät ole yleisesti tunnettuja tai selity asiayhteydestä.”

Tällainen valtioneuvoston päätös itsestään selvässä asiassa voi tuntua kovin byrokraattiselta, mutta päätöksen antamisen takana oli se, että päätöksestä saatiin oikeusperuste viime kädessä laillisuusvalvonnassa vaatia viranomaisilta ja virkamiehiltä ymmärrettävää ja selkeää virkakieltä. Lisäksi päätös antoi tukea kielikoulutukselle, jollaista eri viranomaisissa onkin sittemmin harjoitettu.

Valtioneuvoston virkakielipäätös kumottiin kymmenisen vuotta sitten. Tapaus herätti hämmästyksiä ja kysyttiin, eikö enää vaaditakaan ymmärrettävää ja selkeää virkakieltä. Vastaus on varsin yksinkertainen. Elokuun alusta 1995 tuli voimaan perusoikeusuudistus. Siihen sisältyi tuolloiseen perustuslakiin, Suomen hallitusmuotoon, otettu uusi säännös oikeusturvasta ja hyvästä hallinnosta. Hyvään hallintoon kuuluu myös, että kansalaisille kirjoitetaan kielellä, jota he ymmärtävät. Hyvän hallinnon perusoikeussäännös siirtyi sittemmin sellaisenaan maaliskuun alusta 2000 voimaan tulleen uuteen perustuslakiimme (21 §).

Hyvä hallinto turvataan perustuslain mukaan lailla. Vuoden 2004 alusta voimaan tulleen hallintolain (9 §) mukaan: ”Viranomaisen on käytettävä asiallista, selkeää ja ymmärrettävää kieltä.” Näin on alun perin pelkän valtioneuvoston päätöksen varassa ollut vaatimus noussut perusoikeudeksi ja saanut velvoittavan ilmaisuksensa kaikkea hallintotoimintaa ohjaavassa menettelylaissa. – Todettakoon, että Euroopan unionin vuoden 2000 perusoikeuskirjassa on niin ikään hyvän hallinnon artikla. Perusoikeuskirja on osana II unionin perustuslaillisessa sopimuksessa. Sehän on tunnetusti joutunut vastatuuleen, mutta perusoikeuskirjaa ei vastustus esimerkiksi kansanäänestyksissä koskenut.

EU:n perusoikeuskirjan ja sen mukana hyvää hallintoa ja sen yhtä osatekijää, ymmärrettävää virkakieltä koskevan säännöksen oikeudellinen asema on hieman kiistanalainen. Jotkut sanovat, että kyse ei ole oikeudellisesti velvoittavasta määräyksestä. Omasta puolestani korostaisin sitä, että perusoikeuskirjaan koottiin Euroopan tasolla voimassa olevat perusoikeudet, joten perusoikeuskirjalla on reaalinen oikeudellinen painoarvo esimerkiksi EU:n oikeussääntöjen tulkinna.

Vaatimus siitä, että lakitekstin tulee olla sellaista, jonka peruskoulun käynyt kansalainen voi ymmärtää, ei ehkä voi olla täysin aukoton. Jo virkakielikomiteassa muisteltiin opiskelua ajoilta sitä, että teekkariystävämme joutuivat melkein opintojensa ensi töiksi paneutumaan paineistioita koskeviin säännöksiin. Niiden pykälät olivat kuin matematiikan ja fysiikan oppikirjoista, ja varmasti tavallisen peruskoululaisen käsityskyvyn ulottumattomissa. Nämä säännökset oli kuitenkin tarkoitettu asiantuntijoille. Sen sijaan ongelma on, että eräissä sosiaaliturvan ja verotuksen laskentamääräyksissä on paljon tavalliselle kansalaiselle käsittämätöntä. Asia on merkityksellinen tietysti siitä syystä, että kyse on asioista, joi-

den kanssa ihmiset joutuvat tekemisiin. Tältä osin tuotteiden ja ratkaisujen oikeellisuus on viranomaisten ammattitaidon ja valvonnan varassa. Laillisuusvalvojille tehtyjen kanteluiden runsaus kertoo, että epäluuloa ratkaisujen oikeellisuuteen on paljon varsinkin sosiaaliturvan alalla.

Säädöskielen ymmärrettävyyttä pyritään käytännössä turvaamaan siten, että ehdotukset laeiksi ja asetuksiksi on lähetettävä oikeusministeriön laintarkastustoimistoon tarkastettaviksi. Tällä voidaankin ymmärrettävyyttä parantaa, mutta yksi ongelma on se, että lakiesitykset tapaavat ruuhkaantua, jolloin tarkastusta ei ehditä suorittaa. Toinen pulma on, että verolait melko usein ohittavat tarkastuksen.

Lainvalmistelussa on luotu sääntö, joka alkuun kuulostaa omituiselta, mutta joka käytännössä palvelee ymmärrettävyyttä hämmästyttävän tehokkaasti. Nimi kuvastaa säännön yksinkertaisuutta, sitä sanotaan kolmen säännöksi. Tämä tarkoittaa, että pykälässä saa olla enintään kolme momenttia ja momentissa enintään kolme virkettä (eikä virkkeessä saisi olla kolmeakaan kiilalausetta). Tämän säännön noudattaminen pakottaa lainlaatijan jäsentämään ja ryhmittelemään säädettävät asiat ymmärrettäviksi ja johdonmukaisesti eteneviksi kokonaisuuk-siksi. Valitettavasti sääntöä laiminlyödään yleisesti, koska sen noudattaminen vaatii miettimistä ja aikaa. Aika onkin yksi hyvän virkakielen tuottamisen tärkeimpiä resursseja, mutta se on käynyt aika vähiin. Lakeja ja päätöksiä kirjoitetaan kiireen paineessa, jolloin tekstillä on taipumus pitkittyä ja sitä mukaa sekautua.

Kolmen sääntöä on pyritty noudattamaan sekä Suomen uutta perustuslakia että Euroopan unionin perusoikeuskirjaa laadittaessa. Sen vaikutus näkyy myös uudistetuissa rikoslain luvuissa. Perustuslaissa ja perusoikeuskirjassa on vain pari poikkeusta säännöstä. Perustuslaki oli lisäksi Kotimaisten kielten tutkimuskeskuksessa tarkastettavana, ja jokseenkin kaikki keskuksen asiantuntijoiden ehdotukset otettiin tekstiä viimeisteltäessä huomioon.

Euroopan unionista on tullut yksi ongelma lisää virkakielen ymmärrettävyyden vaatimukselle. Säädöstekstistä tulee laatimisvaiheessa, jolloin käytetään yleensä vain ranskaa ja englantia, helposti yleispiirteistä, kun sen pitää sopia nyttemmin jo 25 valtion oikeusjärjestyksiin ja se on käännettävä kunkin jäsenmaan kielelle. EU-säädöksillä on lisäksi yksi erityisominaisuus. Eri kieliversioissa virkkeiden lukumäärä on sama ja ymmärrettävästi tämä lisää eri kieliversioissa ymmärtämisvaikeuksia. Tuloksena on ainakin suomalaisissa versioissa pitkät, puolipisteiden varassa vaivoin etenevät virkkeet. Yhtenevä virkkeiden lukumäärä on tarpeen, jotta säädösmuutokset voidaan kaikissa kieliversioissa kohdistaa oikeisiin paikkoihin. Suomalainen lakien johtolauseoppi joskus sivunkin mittaisine muutos-, lisäys- ja kumoamisluelloineen on havaitakseni ainutlaatuinen, muualla muutokset saattavat olla tyyppiä: ”muutetaan x artiklan y kappaleen kolmannen virkkeen sana nn sanaksi mm”.

Näin siis samanaikaisesti kun tehostetaan ponnisteluja virkakielen ymmärrettävyyden lisäämiseksi, ilmaantuu uusia vaikeuksia. Ehkä lohdutukseksi voi sanoa, että ymmärrettävyyden vaatimus on nyt tajuttu sekä meidän maassamme että kansainvälisesti aiempaa selvemmin oikeusturvan ja kansanvaltaisuuden takeeksi. Eteneminen voi olla hidasta ja vaivalloista, mutta paluuta vanhaan ei ole.

Säädöstekstimme julkaistaan suomeksi ja ruotsiksi ja tarvittaessa saamen kielellä. Vielä 1900-luvun alkuun saakka säädösvalmistelu tehtiin ruotsin kielellä ja suomalainen tekstiversio oli käännös. Nytemmin tilanne on päinvastainen. Tekstin kääntäminen kielestä toiseen ymmärrettävästi lisää työtä ja viivyttaaikin lainvalmistelua, mutta se hyvä puoli kääntämisestä on, että perustekstin vaikeaselkoisuus tai suoranainen käsittämättömyys paljastuu. Helge Rontu siteeraa valtioneuvoston käännöstoimiston tuolloisen päällikön Gustaf Laurentin kirjoitusta vuodelta 1973: ”Niinä kymmenenä vuotena, jonka olen ollut käännöstoimistossa, olen todennut suomen kielen käytännön vuosi vuodelta huonontuvan – –. Elleivät tulevat virkamiehet opi ilmaisemaan ajatuksiaan lyhyesti ja selvästi äidinkielellään, olemme pian siinä tilanteessa, ettei valtionhallinnon kieltä ymmärrä kukaan valtioneuvoston linnan ulkopuolella.”

Yksi 1970-luvun muotisanoista oli ”kokonaisvaltainen”. Sanan tyhjiys ilmeni, kun piti kääntää ruotsin kielelle sen tapaisia fraaseja kuten ”yhteiskunnan kokonaisvaltainen kehittäminen edellyttää...”. Ei vain kääntynyt, ei ainakaan yhdellä sanalla, ja tähän perustui vahva epäily siitä, että koko kokonaisvaltainen jouti jäädä pois käytöstä.

Käännökseen puuttui myös Jaakko Forsman. Vaikka hänen väitöskirjansa oli suomenkielinen, vuoden 1889 rikoslaki valmisteltiin viime kädessä Forsmanin johdolla ruotsin kielellä. Allan Serlachius kirjoittaa Oma maa -teoksessa⁸, miten Forsman osasi ”asettua yhtä objektiiviselle kannalle myöskin, kun kysymys on hänen omasta työstään”. Forsman nimittäin oli jo 1898 arvostellut rikoslakia, jonka ”koko suunta ja perustus ei voi enää tyydyttää nykyajan kriminalistisia uudistajia”. Serlachius kirjoittaa, että Forsman kuului ”niin sanottuun klassilliseen kouluun ja oli vakaumukseltaan indeterministi”. Serlachiuksen mukaan Forsman kuitenkin esitti ”useammin kuin yhden kerran avoimesti ja ennakkoluulottomasti, että se rikosoikeuden uusi virtaus, jota varsinkin kansainvälinen kriminalistiyhdistys edustaa, on saanut melkoista vauhtia juuri niistä ’heikoista tuloksista, joita hänen itsensä edustamille vanhoille periaatteille rakennetut lain-säädännöt ovat saavuttaneet’.”

Lakikieleen palataksemme, Serlachius kirjoittaa myös, miten Jaakko Forsman runttasi rikoslain kieliasun: ”Kiiteltyään ensin Sveitsin alkujansa saksaksi kirjoi-

⁸ V nidos, Porvoo 1910, s. 369.

tetun ja siitä ranskaksi käännetyn rikoslakiehdotuksen oivallista kieltä ranskalaisessakin asussaan, jatkaa hän lakonisesti: 'Meillä ovat kyllä molemmat lakitekstit, sekä suomen- että ruotsinkielinen virallisesti ja laillisesti samanarvoiset ja alkuperäisinä pidettävät, mutta useimmiten on suomenkielinen teksti orjallisesti mukaeltu ruotsinkielisen mukaan ja sentähden kankea, puinen ja tymeä'."

Vaiheittain 1990-luvun alusta pitäen tuloksiin johtaneessa rikoslain kokonaisuudistuksessa kiinnitettiin alusta alkaen huomiota rikossäännösten selkeyteen. Raimo Lahti kirjoittaa, että tällainen selkeys "parantaa niiden kansalaisiin kohdistuvaa ohjausvaikutusta ja liittyy siten yleisestäävyyden tavoitteeseen. Mahdollisimman täsmällinen lainkirjoitus on lakisidonnaisuusperiaatteen mukaista – –".⁹

Hyvin kirjoitettujen kansallisten rangaistussääntöjen soveltamisen rinnalla yhteys muihin valtioihin sekä ihmisoikeuksien kunnioittamisen velvoite tuottavat hyvinkin vaikeaselkoisia tunnusmerkistöjä. Myös Suomi kuuluu niihin valtioihin, jotka tarvittaessa voivat turvautua oikeuteen rangaista ns. kansainvälisiä rikoksia. Tämä toimivalta perustuu kansainväliseen tapaoikeuteen, josta hallituksen esityksessä Suomen rikosoikeuden soveltamisalaa koskevan lainsäädännön uudistamisesta lausutaan: "valtiot ovat oikeutetut rankaisemaan tietyistä rikoksista riippumatta rikoksen tekijän kansalaisuudesta, rikoksen tekopaikasta tai rikoksen kohteesta."¹⁰ Tämän jälkeen hallitus toteaa niin hyvin legaliteettiperiaatteen materiaalsen kuin muodollisen sisällön kannalta vakavan ongelman: "Mitkä rikokset ovat kansainvälisiä sanan varsinaisessa merkityksessä eli kansainoikeusrikoksia, on epäselvää". – Onko nyt palattu siihen, mistä lähdettiin, juristien perusongelmaan, työskentelyyn kielessä ja kielellä? Kun kotimaassa on ongelmat tajuttu ja saatu korjaukset ainakin alkuun, jollei aikaankin, olemme kansainvälisen yhteisön jäseninä myös rikosoikeuden kansainvälistyessä uusien kielellisen yksiselitteisyyden ja ymmärrettävyyden ongelmien edessä. Vastausta etsiessämme voimme ainakin todeta, että laissa ja sen käytössä sisältö ja muoto ovat erottamattomassa yhteydessä; ilman toista ei ole toistakaan.

⁹ LM 1991, s. 281.

¹⁰ HE 1/1996, s. 23.

Esimiehen laiminlyöntiperusteinen vastuu alaisen tahallisesta rikoksesta liike-elämässä

YHTEISÖMUOTOINEN TOIMINTA MODERNIN RIKOSOIKEUDEN YHTENÄ KEHYKSENÄ

On yhä tyypillisempää, että rikosoikeudellisessa vastuussa tapahtumien sosiaalisena ympäristönä on muodollisesti järjestäytynyt organisaatio. Työelämässä toimiessaan ihmiset toimivat paitsi yksilöinä, myös taloudellisen organisaation toimihenkilöinä ja jäseninä. Sanottu toimintaympäristön muutos tulee ottaa huomioon rikosvastuun periaatteissa, koska perinteiset rikosoikeudellisen vastuun mallit on luotu lähinnä puhtaita yksilötoimijoita ajatellen. Esimerkiksi osallisuusopin ja laiminlyöntivastuun periaatteiden kehittelyyn on selvää tarvetta, kun siirrytään arvioimaan toimintaa liikeyrityksissä. Tällainen lainsäädännön ja lainopillisen tutkimuksen keinoin toteutettu kehitystyö, jota on sinänsä tehty jo vuosikymmeniä, on tuottanut runsaasti tuloksia.¹ Silti lainopilliseen kehittelyyn ja uudelleentulkintoihin on edelleen tarvetta.²

Oikeushenkilön rangaistusvastuun käyttöönotto yhteisövastuun muotona on ollut yksi merkittävä askel kehityksessä.³ Sillä pyritään reagoimaan organisoitumisen vastuuta hajauttavaan vaikutukseen. Oikeushenkilön rangaistusvastuun soveltamisalaa on voimakkaasti laajennettu, ja siitä on tullut pakollisena määrätävä seuraamus. Keskityn tässä kirjoituksessani kuitenkin yhteisövastuun sijasta erityisesti vastuun henkilölliseen ulottuvuuteen, ja siinäkin erityisesti esimiesten

¹ Esimerkiksi Hans Thornstedt näkee liike-elämän kasvaneen sosiaalivaltioillisen sääntelyn merkinneen muutoksia yrittäjän oikeudelliseen asemaan jo 1870-luvulta lähtien. Thornstedt, Hans, *Företagaransvar. Studier i specialstraffrätt*. Stockholm 1948, s. 1.

² Tällaiset aiheet ovat olleet hyvin tärkeitä juhlinnan kohteen, professori Raimo Lahden laajassa tieteellisessä tuotannossa. Hän on usein korostanut tarvetta kehittää rikosoikeutta, rikosoikeuden yleiset opit mukaan lukien, dynaamiseen suuntaan. Ks. esim. Lahti, Raimo, ”Rikoslain kokonais-uudistuksen ensimmäinen vaihe: varallisuus- ja talousrikossäännökset, I”, *Lakimies* 3/1991, s. 258–290, s. 269, ja sama, ”Talousrikosoikeuden yleisistä opeista”, teoksessa Raimo Lahti – Pekka Koponen (toim.), *Uudistuva talousrikosoikeus*. Helsinki 2004, s. 3–16.

³ Ks. rikosvastuun modernisaation temasta, erityisesti oikeushenkilön rangaistusvastuun kehittämistä, Jönsson, Sverker, *Straffansvar och modern brottslighet. En idékritisk studie av straffansvar för juridiska personer*. Justus: Uppsala 2004.

laiminlyöntiperusteisen rikosoikeudellisen vastuun periaatteiden selvittelyyn. Kyse on siten siitä, miten organisaatio ”asiayhteytenä” vaikuttaa vastuun periaatteisiin (jos kohta esimiesasema jokseenkin käsitteellisesti edellyttää, että kyse on organisaatiosta). Yhteisövastuun ja yksilövastuun keskinäistä suhdetta kuitenkin sivutaan eräin kohdin, koska näillä on tiettyjä liittymiä toisiinsa ja koska näiden vastuumuotojen välillä saattaisi olla keskinäistä dynamiikkaa.

Kyse on olennaisesti siitä, millä tavoin se seikka, että joku henkilö on toiseen nähden esimiesasemassa, luo hänelle velvollisuuksia rangaistuksen uhalla puuttua tämän toisen toimintaan. Toisin muotoillen: selvittelen esimiesaseman vaikutusta erityisesti laiminlyöntiin perustuvan rikosvastuun periaatteisiin. Vastuun kohdentamisen kysymykset ovat esillä, mutta eivät erityishuomion kohteena.

Tarkastelun kohteena ovat organisaatiot, joiden puitteissa harjoitetaan sinänsä laillista toimintaa, mikä rajaa rikollisjärjestöt käsittelyn ulkopuolelle. Sivumallelle rajataan ne tilanteet, joissa esimiehen vastuusta on erillissääntelyä. Suomen oikeudessa tämä tarkoittaa ennen muuta sotilaita, mutta myös poliisia ja virkamiehiä yleisemminkin. Tietynä vertailukohtana tarkastelulle pidetään niitä tilanteita, joissa rikoslainsäädännössä tai muussa lainsäädännössä on asiaan vaikuttavaa erityissääntelyä (työrikokset, ympäristörikokset). Päähuomio on, kuten otsikosta ilmenee, tilanteissa joissa alaisen rikos on tahallinen, mutta myös tuotamuksellisia rikoksia sivutaan eräin kohdin.

Rikosvastuun perusasetelmat ovat sinänsä suhteellisen yksinkertaisia. Suurimmat ongelmat liittynevät siihen, kuinka eri vastuuasetelmien keskinäisistä suhteista tulisi ajatella.⁴ Tämänäyttypiset näkökohdat on tutkimuksessa lähes sivuutettu, vaikka juuri niiden avulla olisi selvitettävissä erilaisten yleisten oppien instituutioiden keskinäistä vuorovaikutusta säänneltäessä moderneja ilmiöitä.

Otetaan tyyppitilanteeksi, jota pyrimme kuljettamaan läpi tämän esityksemme, seuraava: B toimii lomaosakkeiden markkinointia harjoittavassa X Oy:ssä toimitusjohtaja A:n alaisuudessa myyjä C:n esimiehenä. Myyjä C syyllistyy asiakkaisiin nähden liiketoiminnassa petoksiin, jotka tehdään yhtiön puolesta ja hyväksi. Vastaavatko C:n ohella A ja B rikoksesta, jos he ovat olleet tietoisia siitä, mitä heidän alaisensa on tekemässä?

Käsittelen ensin osallisuusopillisia asetelmia edeten sen jälkeen vastuun kohdentumisen kautta varsinaiseen laiminlyöntivastuun problematiikkaan. Osallisuusopista aloittamista voi perustella sillä, että aktiivinen myötävaikuttaminen tulee selvittää ensin ja vasta sen jälkeen laiminlyöntiin perustuva vastuu, joskaan näidenkään kategorinen erottelu ei ole mahdollista. Näkisin, että aihe todellisuudessa vaatii tällaista ”pehmeää” ja varovaisen koettelevaa tarkastelua, koska

⁴ Matti Nissinen on osuvasti luonnehtinut sitä epämääräisyyttä, joka liittyy vastuun kohdentamista koskevaan oppiin ja sen suhteisiin perinteisiin vastuurakennelmiin. Ks. Nissinen, Matti, *Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä*. Helsinki 1997, s. 6–7.

monet aihetta sivuavat kysymykset ovat viime kädessä toisiinsa yhteydessä, minkä osoittaminen on yksi tutkimustehtävistä. Esimerkki on tietoisesti valittu sellaiselta alueelta, jolla esimiesten velvollisuuksista on vain hyvin niukasti sääntelyä.

Liikeryitys muistuttaa perinteisiä yhteisöjä, kuten perhettä, siinä, että sekin voi koostua läheisistä ja pitkäkestoisista suhteista, joihin liitetään erilaisia sosiaalisia odotuksia. Liikeryitykset edustavat kuitenkin sellaista muodollista organisoitumista, jonka taustasyyt ovat kokonaan toiset. Perhe on ihmiselämän yksityisintä aluetta, kun taas työelämässä vaikuttamme ”julkisessa roolissa”. Työelämän suhteissa ihmiset ovat vapaaehtoisesti, ja heidän asemansa ja tehtävänsä perustuvat sopimuksiin, kuten työsopimukseen. Toisaalta julkinen valta sääntelee monin tavoin liikeryitysten toimintaa asettaen niille velvoitteita. Työsopimuslaissa (55/2001) on säännöksiä sekä työnantajan että työntekijän velvollisuuksista.

Silloin, kun toimijana on yhteisö, yksilövastuun toteuttamiseen liittyy perustavanlaatuisia ongelmia. Kun vaikkapa tehdas tuottaa paperia, on mahdotonta sanoa, kuka sen paperin loppujen lopuksi tekee. Yksittäiset toimijat osallistuvat paperin tuotantoon joskus aivan marginaalisella, mutta varmasti silti tarpeellisella panoksellaan. Yksittäisestä paperirullasta ei voi mielekkäästi erottaa, mikä osuus siitä on kenenkin aikaansaannosta, vaan lopputuote on yhteinen. Vastaa- vasti esimerkiksi ympäristöpäästökin muodostuvat toiminnasta kokonaisuutena, eikä niiden kohdentaminen yksittäisiin toimiin tai päätöksiin ole useinkaan mahdollista, vaikka oikeudellisesti tätä on yritettävä.

Ilman oikeudellista sovittamista ja kehittelyä ei olisi mahdollista tuottaa kohtuullisesti toimivia yksilövastuun rakenteita yhteisölliseen toimintaympäristöön. Se hallinta, joka on rikosoikeudellisen vastuun kiinnekohtana yhteisöllisissä toimintaympäristöissä, on nykyisin pikemminkin yksilön *valtaa estää* kuin saada aikaan. Tätä taustaa vasten on luonnollista, että laiminlyöntiperusteinen vastuu korostuu aiheuttamisperusteiseen nähden. Vaikka yksilöt eivät voisi erikseen saada aikaan jotakin tiettyä seurausta, he saattavat pystyä estämään sen syntymisen. Vastuu voidaan kiinnittää aiheuttamisen sijasta siihen, että ei ole estetty seurausta syntymästä, vaikka olisi pitänyt.

Oikeudellisin keinoin pyritään siis varmistamaan, että tällaisia tilanteenhallintaa varmistavia ”jarruja” on olemassa ja että niitä tarvittaessa käytetään. Vastuu- asemaan liitetään toimimisvelvollisuus. Tuotannon yhä suuremman tehokkuuden vastapainoksi on edellytettävä, että joku vastaa siitä, ettei tästä toiminnasta koidu haitallisia sivuvaikutuksia, oli sitten kyse vaarasta ympäristölle, työturvallisuudelle tai vaikkapa suurelle yleisölle. ”Takuuhenkilöiden” asettaminen on keino varmistaa, että ei ole sellaista tärkeää toiminnan ulottuvuutta, josta kukaan ei olisi vastuussa. Vastuun tuottamisessa on kuitenkin rajansa: vastuu tulee ko- kea oikeudenmukaiseksi, mikä edellyttää vastuulta ennakoitavuutta ja selkeyttä.

OSALLISUUS TOISEN RIKOKSEEN

Esimies voisi luonnollisesti tulla rangaistavaksi osallisuudestaan alaisen tekemisiin rikoksiin. Millä tavoin sitten se asiayhteys, että kaikki kolme toimihenkilöä kuuluvat samaan muodolliseen, suhteellisen pysyvään organisaatorakenteeseen, vaikuttaa osallisuusopillisesti?

Osallisuudessa lähtökohtana on aktiivinen tahallinen myötävaikuttaminen toisen rikokseen, mitä taas toinen vastuureitti, vastuuasemaan perustuva vastuu epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta tekijänvastuun erityistapauksena, asiallisesti ottaen täydentää. Osallisuusoppi koskee käytännössä ainoastaan vastuuta tahallisesta rikoksesta, kun taas epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktia sovellettaessa myös tuottamusperusteinen vastuu tulee kysymykseen. Osallisuusopin kannalta yksilöiden asema ja keskinäiset suhteet voivat vaihdella monin tavoin organisaatiosta riippuen. Hierarkkinen linjaorganisaation mukainen välitön esimies–alainen-suhde on näistä tilanteista yksinkertaisin. Merkitystä voisi olla myös tilanteilla, joissa esimerkiksi esimiestason henkilö myötävaikuttaa muun kuin alaisensa rikokseen.⁵

”Organisaation herruus”

Jos kyse olisi organisaatiosta, jonka avulla rikoksia laajamittaisesti ja systemaattisesti toteutetaan, toimitusjohtajan, tosiasiallista valtaa organisaatiossa käyttävän tai jopa omistajan rikosoikeudellinen vastuu saatettaisiin perustaa siihen, että sillä, joka tuota organisaatiota hallitsee ja voi käyttää tarkoituksiinsa, on tuon organisaation ”herruus”.

Organisaatioherruus-ajatuksen pohjalta on kehitelty välilliseen tekemiseen perustuvaa organisaatiovastuuta, joka soveltuisi organisoituneiden valtakoneistojen toimintaan. Sanottua oppia, jolla koetetaan vastata joidenkin luonteeltaan kollektiivisten tekojen luomiin vastuuongelmiin, on Saksassa kehitelty erityisesti Claus Roxin⁶. Eräitä Saksan korkeimman oikeuden (BGH:n) ratkaisuja, kuten DDR:n poliittisen johdon vastuuta Berliinin muurilla tapahtuneista surmaamisista koskevia, on pidetty ilmauksena tämän opin hyväksymisestä.⁷

Oppia vastaan on kuitenkin esitetty kritiikkiä erityisesti siihen perustuen, ettei organisaation huipulla olevilla useinkaan ole niin ehdotonta valta-asemaa, että

⁵ Toisessa yhteydessä olisi aihetta pohtia myös käänteistä kysymystä: alaista myötävaikuttamassa esimiehen rikokseen.

⁶ Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*. 7. Auflage. Walter de Gruyter: Berlin 2000, § 24 ja § 44 B II 5.

⁷ Kessler, Heinz ja Streletz, Fritz, *BGHSt* 26.7.1994 (DDR:n rajatapot). Ks. myös samaa asiaa koskevaa EIT:n ratkaisua *Case of Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*. 22.3. 2001.

organisaation piirissä tehdyt rikokset voitaisiin lukea suoraan heidän tekijänvastuuseensa. Esimiehet eivät nimittäin voi olla varmoja siitä, kuinka organisaatiossa loppujen lopuksi toimitaan, eikä heillä suinkaan aina ole alaisten tahtoon saakka ulottuvaa valtaherruutta.

Yksityisen sektorin liike-elämässä organisaatiot ovat siinä määrin epämuodollisia, ettei ole perusteita pitää ylimmän johdon asemaa riittävän vahvana, jotta organisaatiovastuu tulisi kysymykseen. Kirjallisuudessa opin soveltuvuus talouselämän ilmiöihin on kiistetty mitä jyrkimmin.⁸

Tekijäkumppanuus ja avunanto?

Esimiehen rikosoikeudellinen vastuu perustuu lähtökohtaisesti aina hänen omaan toimintaansa, jolla alaisen rikoksentekoa on tavalla tai toisella edistetty. Esimies voi aivan normaaliin tapaan yllyttää alaista rikokseen tai toimia siinä avunantajana. Näissäkin tilanteissa esimies–alainen-suhteella on merkitystä tulkittaessa esimiehen vastuun perusteita. Esimiesasema sisältää vaikutusvaltaa, minkä vuoksi vastuun kynnyksiä on syytä hallitusti madaltaa.

Entä voisiko esimiesasema organisaatiossa sitten suoraan perustaa tekijäkumppanuuden tai tehdä esimiehestä avunantajan alaisen rikokseen ilman mitään konkreettista myötävaikutusta alaisen tahallaan tekemään rikokseen? Olisiko mahdollista, että organisaatioon kuulumiseen sisältyvä valta ja vastuu sosiaalisine odotuksineen ja merkityksineen riittäisivät synnyttämään tekijän- tai avunantajavastuun ilman muita vastuun kiinnekohtia?

Ei voitane perustella yleisesti esimiehille näin pitkälle ulottuvaa vastuuta. Tekijäkumppanuus edellyttää tekijäkumppanien kesken vallitsevaa yhteisymmärrystä, mikä voi olla vain vaivoin konstruoitavissa, ellei esimies ole suoranaisesti ottanut asiaan kantaa, vaan ainoastaan laiminlyö puuttua. Lisäksi rikoskumppanuuden on lähtökohtaisesti katsottu edellyttävän tekijöiltä osallistumista täytäntöönpanotoimien suorittamiseen. Vaatimusta ei ole viety niin pitkälle, että tekijäkumppanuuteen vaadittaisiin aktiivista täytäntöönpanotoimiin osallistumista joka suhteessa. Muodollis-objektiivisesta teoriasta on kotimaisessa doktriinissa siirrytty kohti aineellis-objektiivista teoriaa, jonka mukaisesti kunkin osallisen panosta kokonaisuudessa tarkastellaan erikseen. Tämä on johtanut siihen, että tekijäkumppanuuden ala on laajentunut, kun taas avunantajavastuun ala on vastaavasti supistunut.⁹

⁸ Brammsen, Joerg, "Unterlassungshaftung in formalen Organisationen", teoksessa Amelung, Knut (Hrsg.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*. Pro Universitate Verlag. Sinzheim 2000, s. 105–144, erit. s. 140 ss.

⁹ Nuutila, Ari-Matti, *Rikoslain yleinen osa*. Helsinki 1997, s. 357.

Esimies–alainen-suhde merkitsee pysyvää työnjakoa, jolle on leimallista hierarkisuus. Esimies kantaa enemmän vastuuta yhteisistä päätöksistä kuin alainen. Organisaatio toteuttaa tämän ohella myös sellaisia tavoitteita, joita kumpikaan heistä ei ole erikseen asettanut. Linjaorganisaatiossa esimies on itsekin alainen. Organisaatiotausta merkitsee sitä, että koko yhteisö toimii jäsentensä välityksin, eikä yksilöiden panosta voi täysin erottaa muusta organisaation toiminnasta. Organisaatio mahdollistaa yksilöiden teot. Esimiesten valta ilmenee paitsi valta-
na antaa tehtäviä, myös valvontavaltana: valtana rajoittaa ja estää. Esimies, joka edellyttää alaisensa syyllistyvän tiettyyn rikokseen, voidaan tuomita joko rikoskumppanina tai yllyttäjänä.

Honkasalo, joka selvittelee osallisuusoppia perinteisessä mielessä, mainitsee, että yhtä hyvin avunanto kuin rikoksen tekeminen voivat tapahtua laiminlyönnillä. Jotakin sekavuutta on hänen mukaansa kuitenkin sen suhteen, milloin laiminlyönnistä seuraa tekijän-, milloin avunantajanvastuu. Jos laiminlyöjän velvollisuus seurauksen estämiseen on ollut erikoisvelvollisuus, tulisi hänen mukaansa laiminlyöjä katsoa tekijäksi. Ja jos tuollainen laiminlyöjä-tekijä toimii yhteisymmärryksessä varsinaisen tekijän kanssa, heitä voi pitää tekijäkumppaneina. Vastaavasti jos yhteisymmärrys puuttuu, olisi kyse laiminlyöjän osalta satunnaisesta myötävaikuttamisesta ja sen mukaisesta muusta tekijänvastuusta.

Tekijänvastuun ja avunantajanvastuun erottaminen jää kuitenkin hankalaksi, koska myös laiminlyöjän avunantajanvastuu syntyisi erityisvelvollisuuden rikkomisesta. Avunantajanvastuun sisältönä ei kuitenkaan ole seurauksen estämättä jättäminen, kuten tekijänvastuun osalta, vaan sellaisen toimenpiteen tekemättä jättäminen, jonka tekeminen muodostaisi esteen rikoksen täytäntöönpanolle ja jonka laiminlyömistä voidaan verrata positiivisella toimella tapahtuvaan täytäntöönpanon edistämiseen.¹⁰

Tämän perusteella lieene selvää, että on helpompi perustella esimiehen avunantajavastuutasoinen vastuu kuin vastuu tekijäntoimesta. Jos esimiehellä on asemansa puolesta riittävän vahva erityinen toimimisvelvollisuus, jopa tekijänvastuu tulee kuitenkin kyseeseen, mutta ei yleensä rikoskumppanuutena vaan satunnaisena myötävaikuttamisena.

Avunannosta on siis kyse, jos esimies on tahallaan edistänyt alaisen tahallista rikosta. Rangaistavaa edistämistä voisi olla sellaiseenkin toimenpiteeseen ryhtyminen, joka vaikkapa välillisesti lisää riskiä alaisen tietystä tahallisesta rikoksesta. Esimiehen vastuu edellyttäne useimmiten käytännössä, että hän on toiminut aktiivisesti. Avunanto voi toteutua esimerkiksi estämällä muita saamasta tietää asiasta, hävittämällä asiakirjoja, tms. Laiminlyöntiperusteisessa avunantajavas-

¹⁰ Honkasalo, Brynolf, *Suomen rikosoikeus. Yleiset opit II*, Helsinki 1967, s. 230–231.

tuussa kysymys kuuluu, olisiko esimiehen tullut ryhtyä sellaiseen toimeen, joka olisi muodostanut esteen rikoksen täytäntöönpanolle.

Psyykkinen kannustus rikokseen tai sen muu hyväksyminen voivat tuoda esimiehelle avunantaja- tai yllyttäjänvastuun. Se, että alainen tietää esimiehen saaneen alaisen tekemän rikoksen tietoonsa, voinee joissain tapauksissa merkitä sitä, että alainen tulkitsee esimiehen hyväksyneen menettelyn, jollei siihen ole puututtu. Tämä voi päteä, vaikka esimies ei olisikaan tarkoittanut varsinaisesti hyväksyä rikosta, ellei tahallisuuden puute tule esteeksi.

Kuten edellä mainittiin, avunantokin voi tapahtua laiminlyönnillä. Näin tullaan jälleen niihin periaatteisiin, joiden mukaisesti laiminlyöjän vastuu on konstrooitavissa. Niistä erikseen jäljempänä. Varovaisesti voisi kuitenkin väläyttää ajatusta, että esimiehen laiminlyöntiperusteinen vastuu avunantajana voi joskus tulla kyseeseen, vaikka hän ei olisi vastuuasemassa.

On lisäksi otettava tarkkaan huomioon, minkä tyyppisen rikostunnusmerkistön valossa tapahtumia arvioidaan. Lisäksi silläkin on merkitystä, onko alaisen rikoksessa kyse tekorikoksesta vai seurausrikoksesta. Muita vastaavia asiaan vaikuttavia näkökohtia ovat mm.: onko kyse sellaisesta rikoksesta, jossa tekijäasema on rajoitettu; onko kyse rikoksesta, jossa käyttäytyminen on säännöksessä kuvattu; onko kyse rikostyyppistä, jossa tunnusmerkistö voidaan toteuttaa teon ohella laiminlyönnillä; onko kyse tahallisuutta edellyttävästä rikoksesta, vai riittääkö huolimattomuus. Tällaisilla seikoilla on olennainen merkitys muun muassa sen suhteen, millainen soveltamisala jää yhtäältä osallisuusopille ja toisaalta epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktiolle.

YKSILÖLLISEN VASTUUN PERIAATE

Mistä sitten lähtökohtaiset rajoitukset esimiesten vastuuseen alaisten rikoksista pohjimmiltaan juontavat juurensa? Vastausta voi hahmotella siitä lähtökohdasta, että moderni rikosoikeus rakentuu yksilöllisen vastuun periaatteelle. Jokainen vastaa lähtökohtaisesti vain omista teoistaan ja laiminlyönnistään. Rikosoikeudelliselle moitteelle on oltava perusta henkilön omassa toiminnassa. Tämä näkökohta puolestaan palautuu viime kädessä ihmisarvon ja yksilön autonomian kunnioittamiseen. Yksilöllisen vastuun vaatimus rajoittaa mahdollisuuksia saat-taa yksilö vastuuseen toisen tekemästä rikoksesta, eikä toimiminen organisaatiossa muuta tätä lähtökohtaa. Esimiehellä ei ole yleistä velvollisuutta valvoa sitä, että alaiset noudattavat lakia.

Voi pitää luonnollisena, että epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktion pääasiallista sovellusala-a ovat tuottamukselliset rikokset. Kun esimies on toimimisvelvollinen ja siis vastuuasemassa, hänen toimiaan arvioidaan sanottujen

velvoitteiden näkökulmasta. Esimiehen vastuu on tietynlaista kontrollivastuuta, velvollisuutta valvoa ja varmistaa, että yrityksen toimintaan kohdistetut velvoitteet tulevat asianmukaisesti toteutetuiksi. Jos toimimisvelvollisuuden täyttämällä olisi ollut vaikutusta seurausrikoksen toteutumiseen (ja jos soveltuvasta tuottamuksellisesta rikostunnusmerkistöstä on säädetty), esimiehen vastuu saattaa tulla ajankohtaiseksi. Esimiehen vastuu tahallisesta rikoksesta ei kuitenkaan ole poissuljettu. Jos taas esimiehen vastuu perustetaan osallisuuteen, ei vastuu perustu toimimisvelvollisuuden laiminlyöntiin, vaan esimiehen menettelyyn sinänsä.

Myös rikokseen osallisuuteen perustuva vastuu on henkilökohtaista eikä kollektiivista. Kollektiivin organisaatiossa toimiminen vaikuttaa kuitenkin siihen, millaiseksi yksilön vastuu tuossa ympäristössä määräytyy. Se, että pyritään toteuttamaan rikosvastuuta uudenaikaisessa toiminnallisessa ympäristössä, ei muuta rikosoikeudellisen vastuun perusluonnetta. Rikosvastuu sisältää aina henkilökohtaisen moitteen. Organisaatioympäristö tuo rikosvastuulle tietyllä tapaa dynaamisen toiminnallisen ympäristön, koska vastuutarkastelut edellyttävät yksilöiden osuuden tarkastelua osana laajempaa toiminnallista kokonaisuutta. Tämä vaikuttaa väistämättä myös tulkintaperiaatteisiin lisäten tulkinnan tavoitteellisuutta ja dynaamisuutta. On tiettyä painetta ja tarvetta hyväksyä se, että vastuun perusteet laajenevat siitä, mitä ne olisivat perinteisissä henkilöasetelmissä.

Kun arvioidaan henkilökohtaista rikosoikeudellista vastuuta oikeushenkilön toiminnan yhteydessä, on pidettävä lähtökohtana, että ensin selvitetään organisaatiolla sinänsä olevat velvoitteet, mitä sitten käytetään luonnollisten henkilöiden henkilökohtaisen vastuun puitteena ja lähtökohtana. Kotimaisesta oikeuskäytännöstä voidaan mainita ahvenanmaalaisen vedonlyöntiyhtiön (PAF) toimintaa koskenut arpajaisrikosjuttu (KKO 2005:27), jonka perusteluissa johtohenkilöiden vastuusta lausutaan mm. seuraavaa:

49. ... Enligt 9 § 1 mom. landskapsförordningen om PAF ingår det i styrelsens uppgifter att leda föreningens verksamhet och att utöva tillsyn över den. Styrelseuppgifterna innebär således ansvar för både ledning och tillsyn av den verksamhet som bedrivs. Även straffrättsligt ansvar för lotteribrott kan uppstå för styrelsemedlemmar antingen på grund av medverkan till beslutsprocessen eller genom underlåtenhet att ingripa i det som sker.

Kyseisessä tapauksessa johtoon kuuluneiden henkilöiden vastuu voitiin perustaa heidän aktiivisiin toimiinsa. Oikeushenkilö oli toimielimensä päätöksellä nimenomaisesti päättänyt harjoittaa internet-vedonlyöntitoimintaa tavalla, joka korkeimmassa oikeudessa tulkittiin valtakunnallista lupaa edellyttäväksi ja johon ryhtyminen sitten toi rikosoikeudellisen vastuun arpajaisrikoksesta. Eräiden toimihenkilöiden henkilökohtainen vastuu seurasi siitä, että he olivat toimineet kahdessa roolissa yhtä aikaa: oikeushenkilön toimeilimen jäsenenä ja henkilö-

kohtaisesti. Toiminta oikeushenkilön puolesta ei merkinnyt vapautumista tavanomaisesta henkilökohtaisesta rikosoikeudellisesta vastuusta. Ellei aktiivista myötävaikutusta olisi ollut, olisi seuraavaksi tarkasteltu hallituksella olleen valvontavelvollisuuden laiminlyönnin rikosoikeudellista merkitystä.

OSALLISUUS JA VASTUUN KOHDENTUMINEN

Osallisuusopin ja vastuun kohdentumista koskevan opin keskinäinen suhde ei ole kaikilta osin selvä. Niiden sovellusalue eroaa siinä, että osallisuusopin pääasiallista sovellusaluetta ovat tahalliset rikokset, kun taas vastuun kohdentumisen kysymyksiin törmätään useimmin tuottamuksellisissa rikoksissa. Osallisuusoppi ja vastuun kohdentumista koskeva oppi muodostavat kaksi erityyppistä kehikkoa vastuukysymykselle. Osallisuusopissa painopiste on aktiivisessa myötävaikuttamisessa eikä niinkään toimimisvelvollisuuden laiminlyönnissä, mikä ei ole kuitenkaan estänyt sitä, että myös osallisen vastuu voi perustua laiminlyöntiin.

Vastuun kohdentumista koskevan opin pääasiallista sovellusaluetta ovat tuottamuksellisen laiminlyöntivastuun tilanteet, mutta tuonkin opin sovellusalue on jäänyt rajoiltaan epätarkaksi, koska sitä voidaan soveltaa esimerkiksi eräisiin tahallisiin tekorikoksiin. Esimerkiksi joissakin ympäristörikostapauksissa voidaan joutua pohtimaan, ketkä kaikki organisaatiossa tulee saattaa vastuuseen, kun useampikin henkilö on sinänsä tiennyt, että kaikki ei ole kunnossa. Erityisesti todennäköisyystahallisuusmalli saa aikaan sen, että teko voidaan tulkita tahalliseksi pelkän riittävän tietoisuuden perusteella, millä on tavanomaista suurempi merkitys laiminlyöntiperusteisessa vastuussa. Teko voidaan katsoa tahalliseksi, vaikka tekijä ei ole tarkoittanut saada aikaan seurausta eikä sen syntyä hyväksynyt eikä sitä pitänyt varmana.

Laiminlyöntiperusteisessa rikosvastuussa tarve vastuunrajaukseen syntyy siitä, että organisaatioasiayhteydessä rikosoikeudellinen vastuu saattaisi laajeta kattamaan lähes kaikki organisaatiossa toimivat. Syyksiluettavuusvaatimus ei nimittäin useinkaan riitä tähän rajaukseen, koska jokin epäkohta, kuten että tiettyjä rikoksia tehdään, voi olla organisaatiossa yleisesti tiedossa. Erityisesti ankaroituva huolellisuusvaatimus uhkaa laajentaa mahdollisten rikosvastuulisten piiriä hallitsemattomasti tuottamuksellisen myötävaikuttamisen tilanteissa. Moni organisaatioon kuuluva olisi nimittäin voinut silloin halutessaan toimia rikoksen estämiseksi.

Vastuun kohdentumista koskeva oppi vaikuttaa eräin osin myös kilpailevan osallisuusopin kanssa, erityisesti kun on kyse ns. varsinaisesta osallisuudesta eli yllyttäjän- tai avunantajan vastuusta. Vastuun kohdentumisoppi merkinnee lähtö-

kohtaisesti sitä, että sen vastuulliseksi osoittamaa henkilöä tai henkilöitä pidetään nimenomaan tekijänä, eikä rikokseen osallisena. Etenemisjärjestys olisi, että tekijänvastuun piiri määritettäisiin ensin vastuun kohdentumisen periaatteiden mukaisesti, ja varsinaista osallisuutta koskeva sääntely sitten täydentäisi tätä. Asiaa mutkistaa se, että vastuumallin valinnassa on otettava huomioon yhtä aikaa useita eri muuttujia: erottelu tahallisuus/huolimattomuus, aktiivinen teko/laiminlyönti, tekijänvastuu/varsinainen osallisuus.

Osallisuusopin ja vastuun kohdentumista koskevan opin suhteen määrittämisen kannalta olisi olennaista tietää, onko rikosoikeudellisessa vastuussa yleisenä lähtökohtana ”osallisen vastuu”, jonka piirissä tekijänvastuu merkitsee tiettyä erityissääntelyä, vai ovatko osallisuussäännöt pikemminkin laajennuksia lähtökohtaisesti suppeampaan tekijänvastuuseen. Mikäli lähdetään viimeksi mainitusta vaihtoehdosta, jota muun muassa Raimo Lahti on vahvasti puoltanut,¹¹ on luontevaa ajatella, että vastuun kohdentumisen problematiikka koskee ennen muuta sitä, ketä on pidettävä tekijänä. Jos taas osallisuus rikokseen olisi rikosoikeudellisen vastuun yleisenä lähtökohtana, olisi luontevaa, että vastuun kohdentamisproblematiikkakin koskisi kaikkia mahdollisia osallisuuden asemia.

Aktiivista tekemistä edellyttävän rikosvastuun puolella vastuun kohdentumista koskeva oppi voisi ainakin periaatteessa laajentaa tekijänä rikosvastuussa olevien piiriä, koska sen nojalla saatettaisiin katsoa tekijöiksi henkilöitä, jotka ilman tuollaisen opin vaikutusta jäisivät varsinaisina osallisina rangaistaviksi. Vastuun kohdentumisen ja laiminlyöntivastuun suhdetta käsitellään erikseen jäljempänä.

LAIMINLYÖNTIIN PERUSTUVA VASTUU

Osallisuusopin rinnalla toinen mahdollinen vastuupolku kulkee laiminlyöntivastuun kautta. Tämän mukaisesti vastuu perustetaan toimimisvelvollisuuden laiminlyöntiin. Vastuu alaisen petoksesta voisi toteutua epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktion mukaisesti sillä perusteella, että esimiehellä on ollut velvollisuus estää rikoksen syntyminen. Tämän mukainen vastuuasema toisi mukanaan vastuun tekijänä: esimiehen katsotaan laiminlyönnillään toteuttaneen tekijänä sen saman rikostunnusmerkistön, johon alainen on syyllistynyt.¹² Myös

¹¹ Lahti, Raimo, *Osallisuudesta rikokseen. Osallisuussäännösten tulkintaan ja uudistamiseen liittyviä kysymyksiä I*. Turku 1975, s. 36.

¹² Epävarsinaisten laiminlyöntirikosten problematiikasta yleisesti ks. Schünemann, Bernd, *Grund und Grenzen der Unterlassungsdelikte*. Verlag O. Schwarz: Göttingen 1971, passim ja Freund, Georg, *Erfolg und Unterlassen*, Carl Heymans Verlag KG: Köln 1992, passim.

esimiehen laiminlyöntiperusteinen avunantajavastuu on mahdollinen, kuten edellä on selvitelty.

Vastuuasemaan perustuva vastuu ei siis ole mitään toissijaista ja ”johdettua” vastuuta, vaan itsenäinen rikosvastuun muoto. Mikä tahansa laiminlyönti estää seuraus ei voi rinnastua seurauksen aiheuttamiseen aktiivisin toimin. Eri-tyisen olennaista on, kuinka voidaan tämentää ja perustella ne konkreettiset velvollisuudet, jotka ilmenevät toimimisvelvollisuutena. Saksalaisessa kirjallisuudessa on tähdenntetty, ettei mikä tahansa velvollisuus voi perustella vastuuasemaa, koska vastuuasema on takuuasema, jossa henkilö asetetaan sen takuumieheksi, ettei tietty seuraus pääse toteutumaan.¹³ Suomeksi voitaisiin puhua, joskin epäluontevasti, ”takuuhenkilönä olemisesta”.

Laiminlyöntivastuun perusteet

Vastuuasemaoppi on ehdotus jäsentää ja tyypitellä laiminlyöntivastuun perustavia velvoitteita.¹⁴ Keskeisin erottelu tehdään yleensä saksalaisittain suojeluvastuun ja valvontavastuun välillä. Tälläkään erottelulla ei silti ole kovin merkittäviä normatiivisia seuraamuksia, vaan kyse on kahdesta toisistaan poikkeavasta velvoitetyyppistä. Esimiesasemaan perustuva vastuuasema voi olla yhtä hyvin suojeluvastuun kuin valvontavastuunkin tyyppistä.¹⁵ Rikoslakiin uutena otettu RL 3:3.2:n (515/2003) säännös ei rakennu sanotun erottelun varaan. Säännöksessä nimittäin kuvataan neljä erilaista toimimisvelvollisuuden syntyperustetta, minkä lisäksi velvollisuus estää seuraus voi vielä perustua ”muuhun niihin rinnastettavaan syhyhyn”.

Esimiesasema ei sellaisenaan esiinny RL 3:3.2:n luettelossa. 1 kohdan mukainen virka, toimi tai asema voi tarkoittaa esimiesasemaa. Tekijän ja uhrin välisellä suhteella saattaisi joissain tapauksissa olla merkitystä esimiesasemaan liittyvän vastuun kannalta, joskin säännöksessä tarkoitetaan läheiseen yhteiselämään pohjaavaa huolenpitovelvollisuutta.¹⁶ Velvollisuus huolehtia esimerkiksi kuluttajien tai ns. suuren yleisön eduista ei voine olla riittävän konkreettinen esimiesvastuun perusteeksi.

Tehtäväksi ottaminen tai sopimus voi joissakin tapauksissa tuoda lisäyksen siihen, mitä virka, toimi tai asema jo itsessään merkitsevät. Tekijän vaaraa aiheuttanut toiminta voinee joissakin tilanteissa olla merkityksellistä myös esimiesvastuun kannalta. Olennainen havainto on, että esimiesvastuun näkökul-

¹³ Ks. Herzberg, Rolf Dietrich, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Walter de Gruyter: Berlin 1972, s. 208.

¹⁴ Ks. Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*. Iustus förlag: Uppsala 2001, s. 188 ss.

¹⁵ HE 44/2002, s. 43–44.

¹⁶ HE 44/2002, s. 44.

masta yhtä useammalla näkökohdalla voi olla merkitystä. Myös avoin yleislauseke tuo tarpeellista joustavuutta, joten silläkin voi olla jatkossa merkitystä esimiesvastuun periaatteiden kehittäessä.

Suojeluvastuusta

Suojeluvastuussa jollakulla henkilöllä on velvollisuus suojella haavoittuvaa ja alistettua osapuolta erilaisilta vaaroilta. Vanhemman vastuu pikkulapsesta on tämältyypistä samoin kuin opettajan vastuu oppilaistaan. Suojeluvastuussa joku on pysyväisluontoisesti asetettu sellaiseen auktoriteetin asemaan, jonka perusteella hän voi ja hänen tulee kontrolloida toisen käyttäytymistä. Tällaista pysyväisluontoista valvontavaltaa edustaa esimerkiksi sotilasesimiesten vastuu alaisistaan ja mahdollisesti myös vankeinhoitoviranomaisten vastuu vangeista. Suojeluvastuussa olevalla tulee olla lain hyväksymät keinot vaadittuun puuttumiseen. Luokittelua vaikeuttaa se, että yksi suojeluvastuun tunnusmerkeistä on valvontavelvollisuus. Kaikki suojeluvastuutyypinen vastuu ei myöskään ilmenä mainittua ”paternalistista” alistussuhdetta.

Kotimainen terminologia ei ole täysin vakiintunut. Suojeluvastuu-termi soveltuu erityisen hyvin silloin, kun kyse on velvollisuudesta torjua pikkulasta kohtaavat vaarat. Lapsia suojellaan, mutta aikuisten turvallisuutta turvataan. Viimeksi mainitussa yhteydessä voitaisiin puhua velvollisuudesta suojata tai turvaamisesta. Tämän mukaisesti voitaisiin puhua suojelu- ja turvaamisvastuusesta.

Uimahallin uimavalvojalla on velvollisuus valvoa (= turvata), että uimarit eivät joudu vaaraan. Syvä vesi on ihmiselle vaarallinen elementti, joten on aiheellista edellyttää hallinpitäjän vastaavan siitä, että paikalla on pelastamiseen kykenevä valvoja. Valvojan vastuu on suojeluvastuu- ja turvaamisvastuutyypistä, eli se edellyttää laaja-alaista vaarallisiin tilanteisiin puuttumista. Valvojan vastuuta voisi myös pitää – nimensä mukaisesti – valvontavastuuna, kun ajatellaan, että hänet on asetettu valvomaan vaarallista toimintaa. Valvontavelvollisuuden perusteena olisi silloin se, että on ryhdytty harjoittamaan vaarallista toimintaa, mitä on kompensoitava valvonnan järjestämisellä. Uimavalvoja lienee velvollinen puuttumaan myös esimerkiksi aikuisten keskinäiseen nahisteluun, jos siitä on vaaraa heille itselleen tai ulkopuolisille. Hallinpitäjän vastuulla on valita sopivat valvojat ja valvoa sitä, että nämä hoitavat tehtävänsä, joten hallinpitäjän vastuu on taas eräällä tapaa ”kerrannaista” valvontavastuuta: velvollisuutta järjestää valvonta asianmukaisesti ja valvoa valvontaa.

Suojeluvastuutyypinen (tai: turvaamistyyppinen) vastuu voinee perustua myös vaikkapa siihen, että jokin ryhmä ryhtyy yhdessä johonkin vaaralliseen toimintaan, kuten kiipeää vuorelle. Suojeluvelvollisuus perustuu tällöin voimakkaaseen vastavuoroiseen odotukseen siitä, että kukin ottaa myös toisia kohtaavat

vaarat huomioon. Suojeluvollisuus edellyttää vaaralta määrätynlaisen intensiteettikynnyksen ylittymistä (vuorikiipeilyn vaarat) sekä ryhmän keskinäiseltä yhteydeltä riittävää kiinteyttä (yhteinen yritys). Vuorikiipeilyssä vaaraan antautaan yhdessä ja tietoisena siitä, että tarvittaessa apua sekä saadaan toisilta että annetaan toisille. Perhesiteet edustavat totunnaista lähtökohtaa velvollisuudelle pitää toisesta huolta, kun taas vaarallisessa yhteisessä hankkeessa muodostuu toisenlainen pienyhteisö, jonka piirissä voi puhua vastaavista velvollisuuksista. Suojeluvollisuuden sijasta voitaisiin puhua myös huolenpitovelvollisuudesta, huolenpitovastuusta. Huolenpitovelvollisuus merkitsee oikeudellisesti tuettua odotusta siitä, että toisen etuja suojataan kuin omia.

Esimerkiksi yhteinen ryypiskely ei voine perustaa suojeluvastuuta suoraan, mutta edellä käyneen yhteisen toiminnan perusteella tällaiseenkin tulkintaan saatettaisiin päätyä. Silloinkin kyse olisi turvaamistyyppisestä velvoitteesta eikä puhtaasti suojeluvastuusta. Edellä käynyt toiminta ei asetu täysin selkeästi sanottuun kahtiajakoon. Edellä käyneen toiminnan vastuuta luova merkitys perustuu ajatukseen, että vaaran syntymisestä vastuussa oleva on velvolinen torjumaan tuosta lähteestä koituvat vaarat.

Valvontavastuusta

Valvontavastuu merkitsee tyypillisesti vastuuta asemansa perusteella valvoa, ettei jokin henkilö tai laite tai eläin aiheuta vaaraa muille. Esimerkiksi rakennustyömaan vastaavan mestarin tulee huolehtia, että työmaalla noudatetaan työturvallisuusmääräyksiä ja ettei vaaralliseksi havaittua laitetta käytetä. Vastaavan mestarin tulee valvoa määräysten noudattamista ja puuttua tilanteeseen, jos jokin tärkeä sahan suojakaari tai tilapäinen rakennuksen turvakaide on puutteellinen.¹⁷ Kiinteistön, kuten liikuntahallin, laitteiden tulee olla sen käyttäjille turvallisia.¹⁸

Tietysti viime kädessä myös valvontavastuu palautuu suojelun tarpeeseen, koska esimerkiksi koneiden ja laitteiden turvamääräykset on tarkoitettua suojelemaan yhtä hyvin käyttäjää kuin ulkopuolisia vahingoilta. Olennaisin ero suojeluvastuun ja valvontavastuun välillä lienee näin ajatellen se, että suojeluvastuu koskee määrättyä sosiaalista henkilösuhdetta, kuten vanhemman ja lapsen suhdetta, jossa valvonta-asemaa tulee käyttää valvotun tai alaisen eduksi ja suojaksi. Suojeluvastuu on tällöin paternalistista luonteeltaan. Turvaamisvastuussa puo-

¹⁷ Suojeluvastuun ja valvontavastuun erottamisesta ks. yleisesti Brammsen, Joerg, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*. Duncker & Humblot: Berlin 1986, s. 149–283.

¹⁸ Ratkaisussa KKO 2002:43 (ään.) oli esillä kysymys kahden kiinteistöstä vastaavan henkilön velvollisuudesta huolehtia siitä, että liikuteltavan katsomorakennelman käyttö oli turvallisesti järjestetty. Kumpikin tuomittiin muun ohella kuolemantuottamuksesta, kun eräs henkilö oli saanut surmansa jäätyään puristuksiin rakennelmaa liikuteltaessa.

lestaan valvotaan vaaran lähdeä, esimerkiksi uima-allasta. Suojeluvastuuase-
maan perustetaan odotus puuttumisesta ja seurausten estämisestä, jos suojeltava
joutuu vaaraan. Suojeluvastuuta täydentää kuitenkin turvaamistyyppinen vastuu,
joka merkitsee tiettyä vastuuta vaaran torjunnasta.

Paternalismi selittää sen, ettei esimerkiksi vanhemman suojelu- tai valvonta-
velvollisuuteen perustuva rikosvastuu lapsen ja nuoren rikoksen perusteella
voi olla kovinkaan laajaa. Lapset eivät ole tekijöinä rikosoikeudellisessa vas-
tuussa itsekään, kun taas nuoret vastaavat pääosin itse. Mitä tulee lapseen ri-
koksen uhrina, vanhempi voinee joutua vastuuseen, jos hän jättää puuttumatta
lapseen kohdistuvaan tiedossaan olevaan uhkaan, jos lapsi on pieni ja van-
hemmasta riippuvainen. Mieleen tulee tilanne, jossa pientä lasta käytetään
vanhemman tietien seksuaalisesti hyväksi. Rikostunnusmerkistöistä voi kui-
tenkin aiheutua vastuunrajoituksia tällaisissa tilanteissa.

Esimiesasema voi perustaa laiminlyöntivastuun myös ”ketjussa” ylemmälle
esimiehelle, siis alemman esimiehen laiminlyönnin perusteella, jos hänen toi-
mintaansa on laiminlyöty valvoa. Sellaisen vastuun alan määrittäminen edellyt-
tää tietyllä tapaa kerroksittaista kehittelyä. Onko alais-esimiehen laiminlyönti
sellainen, että ylemmän esimiehen valvontavelvollisuudella oli merkitystä sen
suhteen?

Hallituksen esityksessä todetaan, että esimiehen vastuun ala ja kriteerit
”ovat... vaikeasti täsmennettävissä”. ”Pelkästään se seikka, että tehtävänä on
valvoa alaisten työtä, ei riitä laiminlyöntivastuuseen. Lienee perusteltua edellyt-
tää varsin konkreettista valvontasuhdetta ja vastuuasemaa.”¹⁹

Valvontavastuussa suojattava taho voidaan ajatella laajemmaksi kuin suojelu-
vastuussa. Valvontavastuu on voitu asettaa sen vuoksi, että jokin laajahko henki-
löjoukko saisi näin suojaa. Valvontavastuusta on kysymys, kun esimies on vel-
vollinen puuttumaan siihen, että rangaistuslaitoksessa vanki pahoinpitelee toista
(joskin sama asia voitaneen perustella toisesta näkökulmasta myös suojeluvastuuna:
velvollisuutena taata vangin henkilökohtainen turvallisuus ja koskemattomuus).
Esimies/vartija on yhteen vankiin nähden valvontavastuussa, toiseen
nähden suojeluvastuussa.²⁰ Vaarallisen eläimen valvontavelvollisuus ei perustu
samanlaiseen symmetriaan, vaan siinä on takana ajatus, että järjestämällä eläi-
men valvonta asianmukaisesti voidaan taata ”suuren yleisön” suojelu tältä vaa-
ran lähteeltä, josta omistaja/eläimenpitäjä vastaa.

¹⁹ HE 44/2002, s. 44.

²⁰ Vankeinhoitoalalla varmistetaan erilaisilla säännöillä, määräyksillä ja rutineilla vankilajärjes-
tyksen ylläpitoa. Ratkaisussa KKO 2004:132 oli esillä kysymys vankilan esimiesportaan vastuusta
tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomuksen perusteella siitä, ettei ruokailuajoja koskevia
määräyksiä ollut noudatettu, mistä oli ollut seurauksena se, että ns. pelkääjävanki oli tullut ruokai-
lun yhteydessä pahoinpidellyksi.

Valvontavelvollisuus voi perustua erilaisiin syihin. Esimiehellä oleva käskyvalta samoin kuin sotilaiden aseistus ja heidän aiheuttamansa ”vaarapotentiaali” perustelevat sotilasorganisaatiossa esimiesten suhteellisen tiukan valvontavastuun alaisten toimista. Organisaation luominen ja organisaation sisäiset suhteet edellyttävät tällaisissa yhteyksissä vastuurakenteiden vahvistamista tavalla, jolla on merkitystä oikeudelliseen vastuuseen yleensä, ja siten myös rikosoikeudelliseen vastuuseen. Virkamiesten toimia säännellään virkavelvollisuuksien välityksin. Myös muunlainen eri tahojen velvollisuuksia konkretisoiva sääntely vaikuttaa rikosvastuuseen. Erityisesti vastuun kohdentumista koskeva oppi sekä vastuuasemaoppi ovat normatiivisesti suhteellisen avoimia. Niiden ajatuksena on tavoittaa sosiaalisten suhteiden oikeutta luovat merkitykset, mukaan lukien se, että vastuun tulisi seurata valtaa. Toimimisvelvollisuus laiminlyöntirikoksessa perustuu osaltaan sosiaalisiin rooliodotuksiin.

Aiheemme kannalta valvontavastuu on ensi katsomalta selvästi suojeluvastuuta merkittävämpi kysymys. Esimiehillä voi nimittäin tuskin olla selkeästi suojeluvastuuseen perustuvaa vastuuasemaa petosten uhreihin nähden, koska heillä ei ole näihin nähden mitään erityistä suhdetta, ellei voida esimerkiksi olettaa, että rikos tulisi kohdistumaan alaikäisiin. Turvaamistyyppinen vastuu sen sijaan olisi ehkä konstruoitavissa, jos esimiesten velvollisuus puuttua on siihen riittävä.

Esimiesten valvontavelvollisuuden sisältönä ei voine olla estää yleisesti alaisiaan joutumasta rikosvastuuseen, koska alaiset ovat aikuisia teoistaan vastaavia ihmisiä. Vaikka petollista lomaosakekauppaa tai muuta kauppaa käytäisiin alaikäisten kanssa, suojeluvastuussa eivät olisi yksin esimiehet, vaan myös ne aikuiset, joiden tehtävänä on kantaa lapsista vastuu. Välillisesti vastuuta olisi tällöin julkisella vallallakin, jonka tulee ylläpitää riittävää sääntelyä alaikäisten suojaksi.

Esimerkiksi alaikäisten suojaamista uhkapeleiltä voidaan toteuttaa erilaisin alan yleisin sääntelyin. Esimiehen suojeluvastuu saattaa kohdistua petoksen uhreihin, mutta heihin nähden ei välttämättä vallitse mitään sellaista oikeudellista suhdetta, joka oikeuttaisi ja velvoittaisi toimimaan siten kuin edellä edellytettiin. Toisaalta: tekijän ja uhrin välinen suhde voitaneen ottaa toisinaan huomioon vastuuta perustavana, jos asetelmassa uhrilla tai uhritaholla on erityinen suojelun tarve.

Turvaamis- ja valvontavastuun olemassaoloa voi perustella muillakin kriteereillä. Edellä käyneen toiminnan perusteella esimiesten vastuuta voi perustella, jos katsotaan heidän omalta osaltaan luoneen edellytyksiä sille, että vaara alaisen petoksista on olemassa. Yrityksen johdolla voi katsoa olevan velvollisuus järjestää yrityksen toiminta lailliselle tolalle, mikä sisältää velvollisuuden huolehtia aktiivisesti siitä, että yhtiössä täytetään erilaiset lakimääräiset velvoitteet. Muun

muassa yhtiöoikeudellinen normisto täsmentää yritysjohdon velvollisuuksia tässä suhteessa. Liiketoiminnan ydinalueen suhteen lähtökohtana lienee, että esmiesten tulee suojata omaa yritystä taloudellisilta vahingoilta, vahingonkorvausvastuulta ja väärinkäytöksiltä. On kuitenkin tulkinnanvaraista, voidaanko tällaisiin yleisluonteisiin ”solidaarisuusvelvoitteisiin” perustuen konstruoida vastuuasemaa.

Tiiviisti ja väljemmin säännelty toimintaympäristöt

Jos yrityksen toiminta on esimerkiksi ympäristölle vaarallista, aiheutuu yritykselle ympäristölainsäädännön mukaisesti velvoitteita huolehtia siitä, että sen toiminnassa täytetään ympäristönsuojelun vaatimukset. Yritysjohdon velvollisuuksiin kuuluu mm. tarvittavan organisaation luominen ja sen riittävä resursointi. Ympäristölainsäädännössä asetetaan liikkeenharjoittajalle hyvin pitkälle menevä velvollisuus toimia huolellisesti ja varovaisesti sekä olla selvillä toimintaan liittyvistä ympäristöriskeistä.²¹

Työturvallisuusrikoksissa sääntely perustuu niin ikään suhteellisen ankaraan yleiseen velvollisuuteen huolehtia työntekijöiden turvallisuudesta ja terveydestä, kuten työturvallisuuslain 2 luvun säännöksistä ilmenee. TTurvL 8 §:n mukaan työnantaja on velvollinen mm. jatkuvasti tarkkailemaan työympäristöä, työyhteisön tilaa ja työtapojen turvallisuutta. Luvun säännöksistä seuraa lukuisia suhteellisen yksityiskohtaisia vaatimuksia sen suhteen, miten työturvallisuuden vaatimukset tulee ottaa huomioon.

Työturvallisuusrikoksen tunnusmerkistössä on lisäksi, RL 47:1 2 kohdassa, ”organisaatiotasoisin” eriytettyä vaatimuksia sen suhteen, kuinka vastuu työturvallisuusrikoksesta voi konstituoitua työturvallisuusmääräysten vastaisen puutteellisuuden tai epäkohdan aiheuttamisena.

On kiistatonta, että työ- ja ympäristörikoksissa liikkeenharjoittajan/työnantajan ja sen edustajien velvollisuuksien kattava sääntely vaikuttaa siihen, että esmiesten velvollisuutena on aktiivisesti ja ennakollisesti tunnistaa riskejä ja puuttua riskitilanteisiin sekä muihin epäkohtiin. Tämä kiristää tuottamusmittapua ja ankaroittaa samalla vastuuta tahallisesta rikoksesta. Yksityiskohtainen sääntely konkretisoi vastuuaseman perustavan toimimisvelvollisuuden ja ”mobilisoi” valvojaorganit toimimaan rangaistuksen uhalla. Pitkälle menevät velvollisuudet mahdollistavat sen, että organisaatiossa ehkä yhtä useampikin taho voi tulla määritellyksi vastuun piiriin. Tähän nähden voi pitää luonnollisena, että

²¹ Ks. esimerkiksi ympäristönsuojelulain 4 § (Yleiset periaatteet) ja 5 § (Yleiset velvollisuudet). Ympäristön turmelemista koskevassa kriminalisoinnissa (RL 48:1) ei kuitenkaan ole eritelty organisaation eri tasojen velvollisuuksia.

vastuun kohdentumista tarkoittavilla säännöillä (RL 47:7, 48:7) on tässä asiayhteydessä vastuuta rajoittavaa merkitystä.

Tällaisten erityisen tarkkaan ja velvoittavasti säänneltyjen toiminta-alueiden ohella on kuitenkin myös sellaisia aihealueita, joilla liikkeenharjoittajan ja yleensä esimiestahon velvollisuuksista on huomattavasti niukemmin säännöksiä. Silloin vastuuasemaan perustuvan rikosvastuun analyysi on erityisen tähdellistä. Vastuuaseman käsilläolon edellytykset jäävät avoimemmiksi, koska valvonta- ja suojeluvastuun perustana ovat lähinnä erilaisiin esimiestehtäviin liittyvät yleiset odotukset.

Saksalaisessa keskustelussa yksi tunnetuimmista valvontavastuun tapauksista on ollut ns. nahkaspray-tapaus (*Lederspray*-tapaus, BGHSt 37, 106), jota on pidetty rikosoikeudellisen tuotevastuun läpimurtona Saksan oikeudessa. Erään yhtiön hallituksen jäsenet tuomittiin tekijöinä lukuisista vammantuottamuksista. Yhtiö, jossa oli saatu tietää erään uuden, vastikään liikkeelle lasketun nahkaspraytuotteen aiheuttavan astmaattisia oireita joillekin kuluttajille, ei ollut täyttänyt velvollisuuttaan vetää tuotteet pois markkinoilta. Uusi tämän-tyyppinen tuote on aina tietynlainen vaaran lähde, ja yrityksellä katsottiin olleen velvollisuus seurata tuotteen turvallisuutta.

Tuotteen liikkeelle laskijalla katsottiin olleen velvollisuus rikosoikeudellisen vastuun uhalla vetää tuotteet pois markkinoilta siinä vaiheessa, kun tuotteen vaarallisuus oli käynyt selville. Tuomioon lieene vaikuttanut se, että menettely vaaransi suuren kuluttajajoukon terveyttä kohdistuen tärkeään oikeushyvään. Kyse oli olennaisesti enemmästä kuin tuotteen tavanomaisesta virheestä tai toimimattomuudesta. Yhtiön ei sen sijaan katsottu menetelleen virheellisesti vielä siinä, että tuote laskettiin markkinoille, koska tuotteen turvallisuutta oli selvitetty ennakolta riittävästi.²²

Entä se tilanne, että lomaosakkeita petollisesti kauppaava myyjä syyllistyy petoksiin lukuisiin asiakkaisiin nähden? Voisiko esimiehillä olla valvontavastuun rikosten estämiseksi? Ongelmana on, ettei sellaiselle valvontavastuulle ole – erityislainsäädännön puuttuessa – kovin luontevia kiinnekohtia. Esimiesten vastuulla lieene joka tapauksessa ollut organisaation luominen ja myyjien kouluttaminen tehtäviinsä. Jos alainen on normaalissa työsuhteessa, työnantajan edustajilla on direktio-oikeus työn suorittamiseen nähden, mikä merkitsee oikeutta määrätä työn suoritustavasta. Esimiehellä ei kuitenkaan ole suoranaista käsky-

²² Mainittakoon kotimaisesta oikeuskäytännöstä toimitusjohtajan vastuuta kilpailumenettelyrikkomuksesta koskeva KKO 1992:159: Osakeyhtiön toimitusjohtaja oli antanut yhtiön mainosesitteen kuvituksen yhtiön markkinointiosaston vastaavan johtajan tehtäväksi yhdessä erään mainostoimiston kanssa. Tämä oli yhtiön kokoon nähden ollut johdollisesti perusteltua. Toimitusjohtaja oli heti saatuaan tietää, että esitteessä oleva kuva oli harhaanjohtava ja omiaan vahingoittamaan toisen elinkeinotoimintaa, huolehtinut siitä, ettei esitettä enää levitetty. Toimitusjohtajan ei katsottu törkeästä tuottamuksesta rikkoneen sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annettua lakia eikä siten syyllistyneen kilpailumenettelyrikkomukseen.

valtaa alaiseensa, eikä alaisen työtä välttämättä valvota erityisen intensiivisesti, ellei siihen sisälly turvallisuusriskejä tms. Valvontavastuun perusteena ei liene erityistavoitetta estää alaisen rikoksia.

Työelämässä lähdetään siitä, että jokainen täyttää sopimuksen mukaiset velvollisuutensa. Alainen ei menetä perustavanlaatuaista itsenäistä vastuusubjektin asemaansa sillä perusteella, että hänellä on esimies, jolla on oikeuksia ohjata häntä työtehtävissä. Itsenäisyyttä ilmentää sekin, että alaisella on velvollisuus olla toteuttamatta saamansa lainvastaiset tehtävät, eikä hän voi vedota esimiehen käskyyn vapautuakseen vastuusta. Esimiehen ja työnantajan direktio-oikeudella on olennaisesti muu funktio kuin toimia keinona ehkäistä rikoksia.

Saksalaisessa kirjallisuudessa kysymys liikkeenharjoittajan vastuuasemasta sillä perusteella, että alainen työntekijä syöllistyy rikokseen, käsitellään suojeluvastuun alaisuudessa, sen erityistapauksena. Tätä rinnastusta perustellaan sillä, että kyse on yleisestä, joskin heikosta, alistussuhteesta, jonka vuoksi työnantajalla ja tämän edustajalla on valtaa määrätä työn suorittamisesta. Tähän luokitteluun lienee vaikuttanut niin ikään se lähtökohta, että työntekijä on itsenäinen toimija eikä esimerkiksi esine tms., joten työnantajan velvollisuus puuttua työntekijään toimintaan voidaan perustaa ainoastaan tärkeiden ulkopuolisten etujen suojaamisen tarpeeseen.

Saksalaisessa kirjallisuudessa on yhtä tärkeänä kriteerinä pidetty sitä, kuinka esimiehet sitten olisivat voineet reagoida saadessaan tietää rikoksia olevan tekeillä. Vain jos yhteisöllä ja esimiehillä oli oikeudelliset keinot ehkäistä rikosten syntyminen, heidän vastuutaan on mielekästä pohtia. Toisin kuin esimerkiksi vanginvartijalla, jonka voidaan nimenomaan virkatehtävänänsä edellyttää estävän vangin toisiin kohdistuvan rikoksen, mikäli se on virkavaltuuksien puitteissa mahdollista, liike-elämässä esimiehellä ei ole, etenkin rikoksen valmistelu- tai yritysaiheessa, välttämättä oikeutta puuttumisellaan estää rikosta. Esimiehellä ei myöskään yleensä ole velvollisuutta edes ilmoittaa hankkeilla olevasta rikoksesta poliisiviranomaisille tai uhrille, ellei kyse ole vakavasta rikoksesta.

Esimiehen tulisi voida toteuttaa toimimisvelvollisuutensa eli estää rikos syöllistymättä itse oikeudenvastaiseen menettelyyn. Eritoten liikkeenharjoittajien ja taloudellisissa organisaatioissa toimivien esimiesten valta estää alaistensa toimintaa on rajallinen, koska näitä tilanteita varten ei ole erityisiä työnantajalle oikeuksia luovia normeja.

Joerg Brammsen on lausunut kantanaan, ”etteivät yksityisessä työ- ja liike-elämässä työsuorituksen saamiseen liittyvät ohjausvaltuudet riitä siihen, että työnantajan ja sen johtovormien tosiasialliset direktioasemat voisivat välittyä suojeluvastuuaseman tasoisesti”.²³

²³ Brammsen, Joerg, ”Unterlassungshaftung in formalen Organisationen”, s. 125; ei myöskään valvontavastuun tasoisesti; ks. sama, *Die Entstehungsvoraussetzungen*, 1986, s. 233.

Tämä ei kuitenkaan vielä lopullisesti ratkaise asiaa, koska suojeluvastuu voi osaltaan perustua, tämän henkilöllisen vallanalaisuuden ohella, myös siihen, että työnantajalla on valtaa sellaiseen esineeseen, joka yleisenä vaaran lähteenä edellyttää työnantajalta suojeluvastuuta. Brammsen on esittänyt, että tällainen suojeluvastuu saattaisi tulla kyseeseen, kun kyse on hyvin tärkeiden (korvaamattomien) yksilön oikeushyvien suojasta, mutta vain hyvin rajoitetusti, kun kyse on omaisuusrikoksista.

Omaisuusrikosten kohdalla velvollisuus estää rikos olisi perusteltavissa lähinnä silloin, kun liiketoiminnassa käytetään omaisuusesineitä määräysten vastaisesti, kuten vaikkapa silloin, kun kasinolla croupier manipuloi ruletilaitteistoa liikeyrityksen hyväksi. Rahapelitoiminta on Suomessa luvanvaraista, ja koko lupajärjestelmä perustuu tarpeeseen suojella asiakkaita pelaamisen riskeiltä ja houkutuksilta.²⁴ Tällaisessa tapauksessa suojeluvastuun olemassaoloa perustelisi se, että laitteen manipulointi vääristää pelitoiminnan kokonaisuutena ja tietyllä tavoin kohdistuu kaikkiin pelaajiin. Lisäksi manipuloinnin uhrit eivät luultavasti koskaan tulisi tietämään asiasta, ellei nimenomaan asiasta vihiä saanut työnantaja siihen puutu. Suojelutarve on tämän vuoksi olennainen.

Brammsen arvelee yleisesti ottaen, että liikkeenharjoittamiseen perustuvat velvoitteet estää alaisten rikoksia lienevät käytännössä vaikeammin perusteltavissa, kun kyse on rikoksista, kuten kunnianloukkaus, joissa velvoitteet ovat jokamiehen velvoitteita, kun taas silloin, kun kyse on erityisvelvoitteiden, kuten elintarvikelainsäädännön tai ympäristölainsäädännön vaatimusten täyttämisestä, suojeluvastuu olisi luontevimmin ajateltavissa.²⁵

Suojeluvastuuta voisi tarkastella vielä siitä valtanäkökohdasta, joka liittyy tiedon epäsymmetriaan. Jos esimerkiksi liikeyrityksen puolesta annetaan liikekumppaneille tai asiakkaille tietoisesti vääriä informaatiota asiasta, joka kuuluu juuri kyseisen yrityksen erityiseen asiantuntemukseen, yrityksen ja sen ulkopuolisten tahojen suhteessa suojeluvastuu saatettaisiin perustaa yrityksen tiedolliseen etumatkaan ja siihen välttämättömään luottamukseen, joka saatujen tietojen oikeellisuuteen on oltava. Organisaatioiden kasvava valta perustuu merkittävästi niiden kykyyn käsitellä informaatiota, minkä vuoksi esimerkiksi kuluttajaoikeudessa on etsitty keinoja reagoida tästä aiheutuvaan tiedon epäsymmetriaan. Voinee sanoa, että tietty heikomman suojaamisen tarve on olemassa, mikä saattaisi joissain tapauksissa perustella suojeluvastuun käsilläoloa.

Olisi myös täsmennettävä toimimisvelvollisuuden konkreettinen sisältö. Mitä vaaditaan esimieheltä? Se, että saa rikoksen tietoonsa, voisi lähinnä merkitä velvollisuutta välittää tieto omille esimiehille, koska rikokset merkitsevät yrityksel-

²⁴ Ks. perusteluita KKO:n ratkaisussa 2005:27, erityisesti kohdat 6–11, 23–38.

²⁵ Brammsen, Joerg, "Unterlassungshaftung in formalen Organisationen", s. 128–129.

le merkittävää riskiä ja vastuita. Tiedon välittäminen eteenpäin ei varmista rikoksen toteutumisen estymistä, mutta mahdollistaa sen, että muut tahot voivat toimia tässä tarkoituksessa. Tiedon välittäminen eteenpäin mahdollistaisi sen, että yhtiön toimiva johto tulee velvolliseksi päättämään tarkemmin siitä, kuinka asiaan puututaan – tai muussa tapauksessa se tulee ottaneeksi vastuun puuttumatta jättämisestä. Astetta ankarampi velvollisuus olisi itse estää rikosten seurauksia esimerkiksi varoittamalla asiakkaita tai oikaisemalla heillä olevat väärät tiedot. Tämä saattaa usein olla mahdotonta.

Epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktion kuuluu, että tunnusmerkistön mukaisen seurauksen synty jätetään estämättä. Esimies, joka ei välitä tietoa alaisensa hankkeilla olevasta rikoksesta organisaatiossa ylöspäin, luo yhden edellytyksen sille, että seuraus sittenkin syntyy.

Matti Nissinen on pyrkinyt hahmottamaan esimieheltä vaadittavan valvonnan luonnetta sellaisen taulukon avulla, jossa otetaan huomioon kokonainen joukko erilaisia tekijöitä, jotka joko lisäävät valvonnalta edellytettävää intensiteettiä tai vähentävät sitä. Tällainen joustava lähestymistapa on hyödyllinen, joskin sen edut tulevat näkyviin erityisesti silloin, kun liikutaan suhteellisen tiiviisti säännellyllä aihealueella, kuten työ- ja ympäristörikoksissa.²⁶

”Mopotapaus”

Kotimaisesta oikeuskäytännöstä voi mainita tapauksen KKO 2003:42 (ään.), joka koski isän vastuuta siitä, että 14-vuotias poika, jolle hän oli hankkinut mopon, oli lähtenyt sillä yleiselle tielle. Poika oli kahdesti aiemminkin toiminut samoin, vaikka hänellä oli ollut lupa harjoitella ajoa ainoastaan pihapiirissä. Mopoa oli säilytetty lukitsemattomana. Kolmannella kerralla isä oli poissa kotoa. Isän katsottiin tahallaan luovuttaneen mopon pojan kuljetettavaksi.

Tapauksessa on sekä suojeluvastuun, turvaamisvastuun että valvontavastuun piirteitä. Isä oli hankkinut alaikäiselle lapselleen mopon, joten hän oli vastuussa tästä vaaran lähteestä oman toimintansa perusteella. Alaikäisyys nostaa esiin kysymyksen suojeluvastuusta ja valvontavastuusta. On ollut tarpeen kieltää mopon kuljettaminen yleisellä tiellä, koska mopon oikeudettomasta kuljettamisesta yleisellä tiellä seuraisi vaaraa paitsi muulle liikenteelle, myös lapselle itselleen. Vanhemman ja mopon hankkijan rooliin voitiin ehkä perustaa odotus, että kieltoa myös valvotaan tehokkaasti.

Korkeimman oikeuden enemmistö katsoi isän menettelyn olleen tahallista kulkuneuvon luovuttamista, koska oli A:n tietten ollut varsin todennäköistä, että poika vielä kolmannenkin kerran lähtisi kuljettamaan mopoa yleiselle tielle.

²⁶ Nissinen, Matti, *Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä*. Helsinki 1997, s. 181.

Ratkaisun ytimeksi tuli tahallisuus, jonka katsottiin täyttyvän. Esittelijä ja kaksi oikeusneuvosta olisivat hylänneet syytteen.

Korkein oikeus ei kuitenkaan välttämättä pitänyt juttua nimenomaisesti laiminlyöntivastuuta koskevana. Tapahtumat oli mahdollisesti suoraan mielletty sosiaaliselta merkitykseltään kulkuneuvon luovuttamiseksi. Kyse oli lisäksi teorikoksesta eikä seurausrikoksesta. Asiasanana annetaan tahallisuus, mutta ei mitään laiminlyöntiin viittaavaa.

Ratkaisun perusteluissa on muunkinlaisia viitteitä. A:lla katsottiin nimittäin olleen kahden ajokerran jälkeen ”erityinen velvollisuus huolehtia siitä, ettei mopon kiellonvastainen käyttö enää uusiudu”. Sanotussa tilanteessa pelkkä kiello ei enää riittänyt. Ainoastaan siihen vetoamalla A ei voinut ”vapautua valvontavelvollisuutensa laiminlyönnin rikosoikeudellisista seurauksista”.

Kyseinen ratkaisu sijoittuu siten joka tapauksessa lähelle aihepiiriämme. Se saattaisi merkitä jopa tietynlaista läpimurtoa sen suhteen, että vastuuasemassa oleva henkilö voi joutua vastuuseen toisen tahallisestakin teosta valvontavelvollisuutensa vuoksi siitä huolimatta, että olisi koettanut toimia rikoksen ehkäisemiseksi. Kovin paljon tästä yksittäisestä ratkaisusta ei silti ole nähdäkseni lupa päätellä.

On sinänsä yllättävää, että tahallisuuden katsottiin olleen käsillä, vaikka isä oli poissa ja vaikka hän oli kuitenkin ryhtynyt joihinkin varotoimiin, jotka tosin eivät olleet riittäviä. Voitiinko isän todella katsoa tulleen riittävän tietoiseksi siitä, että poika tulisi jälleen lähtemään yleiselle tielle, ja lähtemään vielä juuri nyt kun hän itse olisi poissa? Isä oli siis toiminut ”oikean suuntaisesti”, koska hän oli kieltänyt poikaansa lähtemästä yleiselle tielle, mutta kun tuo kiello sitten osoittautui tehottomaksi, isän vastuuhehto laukesi tuoden mukanaan vieläpä vastuun tahallisesta rikoksesta (liikennerikkomus).

Olisi ollut hyväksi, jos perusteluiden tasolla olisi nimenomaisemmin otettu esille paitsi valvontavelvollisuuden viimekätinen perustelu, myös isän mahdollisuus ja oikeudelliset keinot kieltää tehokkaasti pojan ajo yleisellä tiellä, olihan poika jo 14-vuotias. Mopon ottaminen pois pojalta tai muu ajamisen täydellinen kieltäminen olisivat olleet varsin ankara toimenpide rikkomuksen johdosta, eikä isällä tietenkään ollut mahdollisuutta tehostaa kieltoaan esimerkiksi uhkaamalla ruumiillisella kurituksella. 14-vuotias kantaa jo itsekin oikeudellisesti vastuuta teoistaan, vaikka häntä ei olisi voitu tuomita rangaistukseen. Lainsäädännössä tunnetaan varsin laajasti 12–14-vuotiaiden lasten itsemääräämisoikeus.

Tilanne olisi suojelutarpeen osalta ollut toinen, jos poika olisi ollut vaikkapa kahdeksanvuotias. Silloin suojeluvastuuta perustelisi se, ettei pienellä lapsella voi olla riittävää harkintaa asiassa, mikä korostaa vanhempien vastuuta. Isän vastuu perustui osaksi vastuuseen vanhempänä, osaksi taas mopon omistajana. Isän vastuu oli myös valvontavastuuta: isän olisi mitä ilmeisimmin pystyä

paremmin valvomaan sitä, että mopoa ei käytetty yleiseen liikenteeseen. Olisiko isä ollut vastaavin perustein velvollinen estämään myös sen, jos poika olisikin ollut lähdössä vaikkapa myymälävarkaaisiin? Olisiko isä tuomittava tekijänä näpistyksestä tai varkaudesta, ellei hän sitä estä? Onko ainoa erottava piirre näillä kahdella tilanteella se, että isä hankki mopon, mikä oli syynä ongelmaan?

Rinnastuiko isän menettely sosiaaliselta merkitykseltään todella siihen, että hänen voi katsoa luovuttaneen mopon pojan kuljetettavaksi? Eikö se, että vanhempi ja omistaja kielsi poikaa, jo täyttänyt sen velvollisuuden, jota isä-lapsisuhteessa edellytettiin? Kun kyse on 14-vuotiaasta pojasta, joka on hyvin lähellä mopon kuljettamiseen oikeuttavaa ikää, suojeluvastuun tarve lienee kaikkiaan hyvin vähäinen. Suojelutarpeen olemassaoloa voi tosin perustella sillä, että liikenne on toimintaympäristönä niin vaarallinen, että siihen liittyminen moottoriajoneuvolla liian varhain on estettävä. Tällöinkin vastuu on pikemminkin valvonta- ja turvaamisvastuuta.

Vanhemman vastuu lapsesta voi perustua suojelunäkökohdan ohella myös valvontavastuuseen: vanhempi on velvollinen estämään lapsesta muille koituvia vaaroja. Joissakin ääritilanteissa voitaneen konstruoida vanhemmalle valvontavastuuasematasoinen velvollisuus puuttua lapsen oikeudenvastaiseen toimintaan. Tämän konstruktion ongelmat liittyvät yhtäältä siihen, että pienten lasten ollessa kyseessä suojeluvastuu on luontevampi lähtökohta, ja vastaavasti nuorten suhteen heidän oma lisääntyvä oikeudellinen vastuunsa heikentää tarvetta konstruoida vanhemmille valvontavastuuasema.

Kulkuneuvon luovuttamista koskeva sääntely on itsessäänkin poikkeuksellinen teemamme kannalta. Isää ei tuomittu kulkuneuvon oikeudettomasta kuljettamisesta, kuten olisi loogista, jos kyse kerran oli epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta, vaan kulkuneuvon luovuttamisesta. Luovuttamista koskeva sääntely puolestaan on osallisuusoppia korvaavaa erityissääntelyä, jonka tarve osaltaan perustuu liikenne rikosten erityispiirteisiin omakätisinä rikoksina. Ellei erilliskriminalisointia olisi ollut, isän vastuuta olisi ollut pohdittava varsinaista osallisuutta koskevien periaatteiden mukaisesti yllytys- ja avunantovastuuna kulkuneuvon oikeudettomaan kuljettamiseen.

KKO 2003:42 ei merkinne muutosta sen suhteen, että epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktiolla voidaan vain tiukoin edellytyksin päätyä siihen, että vastuuasemassa oleva voisi vastata hänen vastuullaan olevan henkilön tahalliseen menettelystä itsenäisesti tahallisen rikoksena, ellei tekijöiden kesken vallitse yhteisymmärrystä eikä itse menettelyyn ole myötävaikutettu.²⁷

²⁷ Samansuuntaisesti Frände, Dan, *Yleinen rikosoikeus*. Helsinki 2005, s. 246 av. 416.

Laiminlyöntivastuun rajoitusehtoja

Epävarsinaisten laiminlyöntirikosten soveltamisalaa rajaavat myös eräät muut näkökohdat, joista lyhyesti. On joitakin rikostyyppisiä, kuten ns. omakätiset rikokset, joihin sitä ei sovelleta.²⁸ Liikennerikos, kuten rattijuopumus, käy esimerkiksi rikostyyppistä, jossa vaaditaan, että täytäntöönpanotoimiin ryhdytään itse. Omakätisten rikosten voikin katsoa selittyvän rajauksina epävarsinaisten laiminlyöntirikosten ulkopuolelle.

Epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktio soveltuu *seurausrikoksiin* luontevammin kuin toimintarikoksiin, koska vain edellisissä on mielekästä puhua velvollisuudesta estää seuraus. Rajaus seurausrikoksiin on merkittävä, mutta tuon rajauksen merkitystä suhteellistaa se, että rikostunnusmerkistöjen jako teko- (toiminta-)rikoksiin ja seurausrikoksiin on itsessään sopimuksenvarainen. Lisäksi on ajateltavissa, että abstraktille vaaralle rakentuvien rikostunnusmerkistöjen lisääntyminen ei automaattisesti supista epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktion soveltamisalaa, vaan tämän kehityksen vuoksi myös laiminlyöntivastuun periaatteita saatetaan tulkita uudestaan.

Esimerkiksi jos vastuuasemassa oleva on velvollinen estämään seurauksen, tämä voisi merkitä velvollisuutta puuttua myös esimerkiksi jatkuvan rikoksen tilanteessa. Ei liene mieltä ajatella, että jos yrityksessä toteutuu ympäristön turmelemista (RL 48:1) merkitseviä tapahtumia, niihin ei olisi velvollisuutta puuttua sen jälkeen, kun tuon rikoksen toteutumista ei enää voida estää. Lienee selvää, että kun ympäristöä rikollisella tavalla pilaavasta menettelystä tullaan tietoiseksi, tarkoitus on, että rikosvastuun uhalla laukeaa toimimisvelvollisuus puuttua asiaan.

Monissa rikostyypeissä on ns. erikoisrikoksen piirteitä, mikä tarkoittaa, että tekijäasema on sillä tavoin rajautunut, ettei kuka tahansa voi joutua tekijänä rikosvastuuseen. Esimerkiksi kirjanpitorikoksen tunnusmerkistössä (RL 30:9) mainitaan tekijäksi ”kirjanpitovelvollinen, tämän edustaja tai se, jonka tehtäväksi kirjanpito on toimeksiannolla uskottu”. Tämä rajaa rikosvastuun ulkopuolelle koko joukon sellaisia henkilöitä, joiden työtehtävät liittyvät tavalla tai toisella taloushallintoon ja kirjanpitoon. Koska he eivät tule kyseeseen rikoksentehtäjinä, myös heidän vastuuasemaperusteinen rikosvastuunsa sulkeutuu pois, ellei sitten siirrytä varsinaisen osallisuuden puolelle.

Petos (RL 36:1) poikkeaa rikostunnusmerkistönä yleislinjasta siinä, että se mahdollistaa rangaistavaan menettelyyn syyllistymisen yhtä hyvin erehdyttämällä kuin erehdyttä hyväksi käyttämällä. Erehdyksen hyväksi käyttäminen taas perustuu jo itsessään tietänytapaaiseen laiminlyöntikonstruktion, koska siinä toi-

²⁸ Nuutila, Ari-Matti, *Rikoslain yleinen osa*. Helsinki 1997, s. 125.

sella ollutta väärää käsitystä ei oikaistu, kuten olisi pitänyt. Tietoisuus siitä, että toinen on erehdyksen vallassa, laukaisee oikeastaan tietynlaisen karenssin, mikä merkitsisi velvoitetta olla ryhtymättä toisen kanssa sellaiseen toimeen, josta tämä kärsii vahinkoa.

Petosrikoksen teoriassa ei kuitenkaan ole puollettu näin laajaa vastuuta erehdyksen hyväksikäyttäjälle. Esimerkiksi Nils Jareborg lähtee siitä, ettei laiminlyönti korjata toisen erehdyistä tule kyseeseen petoksena: ”Den här företrädda standpunkten ... innebär, att underlåtenhet att häva redan uppkommen villfarelse inte kan konstituera bedrägeri, såvida inte underlåtenheten eller en följd därav påverkar B så att han förstärks eller vidmakthålls i en villfarelse när han överblickar förefintliga (föregivna) fakta innan han medvetet företar en disposition.”²⁹ Käytännössä laiminlyönnin rangaistavuuden ehdoksi tulee tietynlainen sosiaalinen sidos tekijän (= laiminlyöjän) ja uhrin välillä, johon sitten voidaan perustaa odotus, että erehdys tulee oikaista tai että vähintäänkin tulee pidättyä tuota erehdyistä hyväksikäyttämästä.

Jos kyse on esimiehen laiminlyönnistä oikaista alaisen ulkopuolisille tahoilla aikaansaama erehdys, voinee ajatella, että sellainen sosiaalinen sidos mahdollisesti olisi perustettavissa esimiesasemaan sinänsä. Kuitenkin siinä tilanteessa, että alainen on tahallaan saanut asiakkaan erehdytetyksi, ei liene mielekäs arvioida tilannetta lainkaan erehdyksen hyväksi käyttämisen tapauksena, vaan kyse on aktiivisesta erehdyttämisestä ja sen mukaisesta esimiehen toiminnan tai laiminlyönnin vaikutuksesta petoksen täyttymiseen.

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa Ari-Matti Nuutila katsoo, että erehdyksen hyväksikäyttötilanteessa, jos siis toisen erehdyistä ei ole aiheutettu itse, velvollisuus erehdyksen korjaamiseen eli informointivelvollisuus voi perustua oikeussäännöksiin, kuten kauppalakiin. Laiminlyönnin rangaistavuus edellyttää, että toisen erehdyistä hyväksi käyttäneellä on ollut erityinen oikeudellinen velvollisuus virheen korjaamiseen.³⁰ Jussi Tapani korostaa sitä, että vaikeneminen on sosiaaliselta merkitykseltään informaation välittämistä, mikä merkitsee, että epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen soveltamisala jää petoksessa ”erittäin suppeaksi”.³¹ Tämä pätee siinä tilanteessa, että osapuolia on ainoastaan kaksi.

Tapauksemme eroaa kuitenkin tästä tilanteesta siinä, että erehdyksen ovat aikaansaaneet alaiset, mutta esimies on tullut tietoiseksi asiasta. Esimies ja alainen kuuluvat samaan organisaatioon, jonka puolesta toimien erehdys on aikaansaatu. Voinee lähteä siitä, että esimiehellä ja hänen edustamallaan organisaatiolla saattaa juuri tällaisessa tilanteessa olla ollut aktiivinen velvollisuus korjata erehdys antamalla oikeaa informaatiota, mutta on toinen kysymys,

²⁹ Jareborg, Nils, *Brotten II*, 1986, s. 200.

³⁰ Nuutila, Ari-Matti, ”RL 36 luku: petos ja muu epärehellisyys”, teoksessa Heinonen ym., *Rikos-oikeus*, 2002, s. 1159.

³¹ Tapani, Jussi, *Petos liikesuhteessa. Talousrikosoikeudellinen tutkimus*. Helsinki 2004, s. 158 ss.

onko siihen ollut käytännössä mahdollisuus ja voitiinko sitä edellyttää toimimisvelvollisuuden asteisesti. Voidaanko esimerkiksi edellyttää liikeyrityksen ottavan yhteyttä asiakkaisiinsa ja oikaisevan annetut tiedot tai varmistavan annettujen tietojen oikeellisuuden sillä uhalla, että muuten yrityksen henkilöstön piirissä on syyllistytty petoksiin vastuuasemassa?

VASTUUN HENKILÖLLISESTÄ KOHDENTUMISESTA EPÄVARSINAISISSA LAIMINLYÖNTIRIKOKSISSA

Jos katsotaan liikkeenharjoittajan olleen suojelu- ja valvontavastuussa työntekijän tahallisesta rikoksesta, on seuraavaksi ratkaistava se, ketä velvollisuus estää tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntyminen tarkkaan ottaen koskee. Koska kyse on organisaatiossa tapahtuvasta toiminnasta, on selvää, ettei kuka tahansa organisaatioon kuuluva voi olla henkilökohtaisessa rikosoikeudellisessa vastuussa, koska vastuuasema edellyttää syyksiluettavuuteen kuuluvan tietoisuuden ohella myös normatiivisesti tuettua odotusta puuttua sekä valtaa puuttua. Tarve vastuunrajoitukseen on ilmeinen. Tavallisilla työntekijöillä voi tuskin olla sanottua velvollisuutta toisiinsa nähden yhtä vähän kuin vaikkapa siivoojalla tai toimistotyöntekijällä, joka saa tietää rikoksen olevan tekeillä yrityksessä. Ellei vastuuta kohdennettaisi, tultaisiin siihen kestävämpään tulokseen, että jokainen laiminlyöjä olisi, syyksiluettavuuden tähän riittäessä, yhtä lailla suojelu- ja valvontavastuussa. Kyse olisi eräänlaisesta laiminlyöjien tekijänvastuusta, jopa jonkinlaisesta hiljaisesta tekijäkumppanuudesta.

Teon ja laiminlyönnin ”samanarvoisuus”

Vastuun kohdentamisen doktriinin ”funktionaalisena vastinparina” voinee pitää Saksan rikosoikeudessa StGB 13 §:ään kirjattua oppia, jonka mukaan epävarsinaisessa laiminlyöntirikoksessa laiminlyönnin tulee vastata (”entsprechen”) laisaa tarkoitettua rikostunnusmerkistön toteuttamista.³² Mikä tahansa laiminlyönti siis ei riitä vastuuseen, vaan vastuun tulee olla perusteltu myös ottaen huomioon

³² Kühl mainitsee, että tämän vastaavuuslausekkeen sisältö on epäselvä ja että sitä on kirjallisuudessa pidetty joskus jopa merkityksettömänä. Toisaalta hän mainitsee, että erityisesti käyttäytymiseen perustuvassa seurausrikoksessa, kuten petoksessa, on tarpeen pitää kiinni siitä, että laiminlyönnillä erehdyttämisen merkityssisältö riittävästi rinnastuu erehdyksen aikaansaamiseen. Laiminlyönnin tulee olla ”luonteeltaan petollista”. Tämä pätee esimerkiksi, jos erehdys palautuu juuri laiminlyöjältä saatuu väärään informaation, joka tietoisesti jätetään korjaamatta. Kühl, Kristian, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Verlag Vahlen: München 2002, s. 734–735 (5. luku, rn 122–123).

se näkökohta, että laiminlyönti vertautuu arvoltaan aktiivisella tekemisellä toteutettuun tunnusmerkistön mukaisen seurauksen aiheuttamiseen.³³

Saksalaisessa opissa nostetaan aiheellisesti esille se, että mikäli vastuuaseman perusteella laiminlyöjä saatetaan vastuuseen, hänen vastuunsa on asiallisesti ottaen tekijänvastuuta. Jos croupierin esimies tai petoksia tehtailleen lomaosakemyyjän esimies saatetaan vastuuseen, hänen vastuunsa rinnastuu tekijänvastuuseen. Tämän vuoksi on tarpeen etsiä lisärajausta ja varmistua siitä, ettei vastuuseen joudu liian kevein perustein. Rajausongelma on niin ikään yhteydessä tarpeeseen määritellä rikosvastuu laillisuusperiaatteen edellyttämällä tarkkuudella, mikä vuorostaan on yhteydessä lainanalogian torjumiseen ja vastuun ennakoitavuuteen.

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa samanarvoisuusedellytystä on edustanut Ari-Matti Nuutila, joka on meillä laajimmin selvitelty modernin saksalaisen laiminlyöntivastuuta koskettelevan kirjallisuuden kehitemiä. Nuutila korostaa hallinnan merkitystä laiminlyöntiä ja aktiivista tekemistä lähentävänä näkökulmana, mikä tuo epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktion teon huolimattomuutta koskevan opin laajennukseksi tai erityistapaukseksi.³⁴

Kotimaisessa rikosoikeuden yleisten oppien lainuodistuksessa otettiinkin esille se vaihtoehto, että samanarvoisuusvaatimus olisi kirjattu laiminlyönnin rangaistavuutta koskevaan yleissäännökseen. Rikoslakiprojektin ehdotuksen (ERL 3:3.2) mukaan tällainen muotoilu olisi liitetty epävarsinaista laiminlyöntirikosta koskevaan lainkohtaan (”... laiminlyönti estää tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntyminen on katsottava samanarvoiseksi kuin sen aiheuttaminen toiminnalla ...”). Ehdotuksen perusteluissa ei kuitenkaan tarkemmin selitetty, miksi tällaista lisävaatimusta esitettiin.³⁵ Yleisiä oppeja koskevassa hallituksen esityksessä samanarvoisuusvaatimus oli poistettu laiminlyönnin rangaistavuutta koskevasta säännöksestä korkeimman oikeuden kiinnitettyä asiaan lausunnossaan huomiota. Hallituksen esityksen säännösmuotoilussa korostettiin sitä, että tekijällä tuli olla ollut ”vastuuasemansa vuoksi erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen syntyminen”. Eduskuntakäsittelyn myötä säännöksestä poistettiin kokonaan viittaus vastuuasemaan. Hyväksytyssä lakitekstissä puhutaan sen sijaan erityisestä oikeudellisesta velvollisuudesta estää seuraus.³⁶

³³ Schönke – Schröder – Stree, *Strafgesetzbuch*. Kommentar. 26 Auflage. § 13 RN 4.

³⁴ Ks. Nuutila, Ari-Matti, *Rikosoikeudellinen huolimattomuus*. Helsinki 1996, s. 230 ss., s. 263: ”Ilman muuta olennaisin etu tapahtumankulun hallintaan palautettavilla tekemisen ja laiminlyönnin käsitteillä on se, että käsitteen avulla voidaan arvioida täsmällisesti sitä, mitä samanarvoisuusvaatimus laiminlyönnin rangaistavuudelta edellyttää.” Ks. myös Nuutila, *Rikoslain yleinen osa*, s. 126.

³⁵ Ks. *Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevat säännökset*. Rikoslakiprojektin ehdotus. LavO 5/2000, s. 41–49.

³⁶ ”Erityisestä oikeudellisesta velvollisuudesta” oli puhuttu yhdessä alan kotimaisessa klassikossa, nimittäin Mikael Livsonin väitöskirjatutkimuksessa *Epävarsinainen laiminlyöntirikos* vuodelta

Mikäli laiminlyönnin rangaistavuutta koskevalla säännöksellä on tavoiteltu tiettyä tunnusomaista lisäkynnystä vastuun perustavaan asemaan, sellainen lie-
nee lähinnä saatavissa termin ”erityinen oikeudellinen velvollisuus” tulkinnasta.
Tämä termi saattaisi nimittäin merkitä jotakin enemmän kuin mitä vastuuasema-
perusteisiin jo itsessään sisältyy. Organisaatioiden esimiestahoilla tuskin yleensä
olisi tällaista ”erityistä oikeudellista velvollisuutta” estää alaistensa tekemiä ri-
koksia, vaikka esimiesasemaan sinänsä erityyppisiä muita tehtävän ja aseman
mukanaan tuomia velvollisuuksia liittyisikin. Vaikuttaa siltä, että vastuuasema,
erityinen oikeudellinen toimimisvelvollisuus sekä valvonta- ja suojeluvastuu
(tai: -velvollisuus), tulevat normatiivisina käsitteinä hyvin lähelle toisiaan.

Voi myös pohtia sitä, mitä tuo erityisyys oikeastaan tarkoittaa: se saattaa ni-
mittäin tarkoittaa joko juuri tietyn henkilön asemaan liittyvää piirrettä, tai
sitten kyse voisi olla itse *velvollisuuden* erityisyydestä. Mopo-tapauksessa
isällä oli erityinen velvollisuus estää mopon kuljettaminen yleisellä tiellä.
Velvollisuus oli erityinen juuri isän ja mopon omistajan velvollisuutena.

Jos otetaan vakavasti pyrkimys rajoittaa epävarsinaisten laiminlyöntirikosten
soveltamisalaa niihin tilanteisiin, joissa vastuuaseman perusteena on ollut suh-
teellisen konkreettinen valvontasuhte, olisi syytä edellyttää, että erityiselle oi-
keudelliselle toimintavelvollisuudelle annetaan merkitystä tietyn kynnyksen
asettajana.³⁷ Tällaisella tulkinnalla olisi nimittäin samankaltaista vastuuta rajoit-
tavaa merkitystä kuin mihin samanarvoisuusvaatimuksen avulla pyrittiin.³⁸ Li-
säksi näin voitaisiin korjata myös siitä puutteesta aiheutuvia ongelmia, ettei
vastuun kohdentumista tarkoitetaan yleisempään sääntelyyn yleisten oppien
lainuudistuksen yhteydessä päästy, mikä puolestaan merkitsi sitä, että vastuun
kohdentumisoppien soveltamisala rajautui erityissääntelyiden yhteyteen. Vas-
tuun kohdentumisoppi olisi nimittäin sekin omalla tavallaan varmistanut sitä,
ettei epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta joudu vastuuseen muut kuin ne ta-
hot, ”joiden velvollisuuksien vastainen teko tai laiminlyönti on” (esim. RL 48:7).
Vastuun kohdentumista koskevan opin soveltamisaluetta ovat selvästikin ne ti-
lanteet, joissa yhteisön ja sen toimijoiden velvollisuudet on tarkimmin oikeudel-
lisesti säännelty.

1949, ks. erit. luku IV Oikeusvelvollisuusryhmät, s. 159 ss. Ks. myös Palmén, Harri, *Laiminlyön-
tirikoksista. Tutkimus erityisen toimintavelvollisuuden merkityksestä laiminlyönnin rankaisemisese-
sa*. Helsinki 1978, s. 54 ss.

³⁷ Ks. jo Honkasalon samansuuntaisia pohdintoja aiheesta, Honkasalo, Brynolf, *Suomen rikosoi-
keus. Yleiset opit I*, Helsinki 1965, s. 126 ss.

³⁸ Ks. termin ”erityinen oikeudellinen velvollisuus” merkityksestä, Virtanen, Jussi, ”Laiminlyö-
jän petos”, teoksessa *Oikeustiede – Jurisprudentia XXXVIII:2005*. Jyväskylä 2005, s. 546–550.

MUITA KYSYMYKSIÄ

Työntekijän syyllistyessä tahalliseen rikokseen esimiesten mahdollisuudet torjua rikoksia saattavat kaikkiaan olla vähäiset. Voi asettaa kysymyksen, kuinka oikeudenmukaista ja reilua on saattaa esimies rangaistusvastuuseen alaisen rikoksesta, ellei esimies ole voinut varautua siihen ennakolta tai puuttua siihen tehokkaasti. Alaisen tahallinen rikos voi olla esimiehen näkökulmasta ennakoimaton. Esimiehen vastuu ei voinekaan koskea kaikkia alaisen rikoksia, vaan ainoastaan niitä, joihin on ryhdytty sen jälkeen kun esimies on tullut tietoiseksi rikoshankkeista tai alaisen aikaisemmista rikoksista. Esimiehellä tulee olla ollut konformiteettiperiaatteen mukaisesti reilu mahdollisuus estää seurauksen syntyminen.

Entä mitä asiaan vaikuttaa se, että alainen on syyllistynyt sellaiseen rikokseen, jonka täytäntöönpanotoimet on kuvattu hyvin yksityiskohtaisesti rikostunnusmerkistössä, verrattuna tekotavaltaan avoimiin rikostyyppihin, kuten vammaantuottamukseen? Esimerkiksi petosta on pidettävä tekotavaltaan yksityiskohtaisesti kuvattuna rikostyyppinä.³⁹ Merkitseekö tämä näkökohta rajoituksia sen suhteen, missä laajuudessa petokseen on ylipäättään mahdollista syyllistyä epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktion mukaisesti? Vaikka rikostyyppillä ei tässä ole ratkaisevaa merkitystä, pitäisin suhteellisesti ottaen työläämpänä konstruoida yksityiskohtaisesti kuvattujen tunnusmerkistöjen perusteella rikosvastuuta epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen pohjalta. Tämän vuoksi on ymmärrettävää, että lainsäädännössä on yleistynyt se tapa, että laiminlyönti kirjataan tunnusmerkistöön yhdeksi tekotavaksi.

Vaikka vastuuasemassa olleen laiminlyöjän toimimisvelvollisuuden sisältönä on estää seurauksen syntyminen, lienee aktiivisen tekijän (alaisen) ja laiminlyöjän (esimiehen) menettelyn samantarvoisuus käytännössä luontevammin käsillä silloin, kun rikostunnusmerkistö on tekotavan suhteen avoin. Samantarvoisuusoppi voisi edellyttää tiettyä lisäperustelua esimiesvastuuseen, kun kyse on yksityiskohtaisesti kuvatusta rikostunnusmerkistöstä.

Voimme ajatella esimiehen velvollisuutta puuttua alaisen toistuviin liikennerikoksiin, kuten liikenneturvallisuuden vaarantamiseen ja (törkeään) rattijuopumukseen. Lienee varsin kaukaa haettua konstruoida esimiehille valvonnan laiminlyöntiin perustuvaa rikosvastuuta tällaisista rikoksista, vaikka he olisivatkin tietoisia työntekijän niihin syyllistyvän, ellei kyse ole osallisuudesta ja ellei luovuttamista koskeva erityissäätely sovellu. Mitä lähemmäs tullaan ns. omakätisiä rikoksia, sitä haetumpaa on pohtia muiden vastuuta valvontavastuun tai suojeluvastuun perusteella. Yhteiskunnallisessa työnjaossa liikennerikosten kont-

³⁹ Ks. jo Honkasalo, Brynolf, *Suomen rikosoikeus. Yleiset opit II*, s. 167.

rolli on jätetty poliisille, eikä ole tarvetta ulottaa tätä tehtävää laajasti laiminlyöntivastuun kautta erilaisille yksityisille organisaatioille.

Erityisen oikeudellisen toimimisvelvollisuuden käsilläoloa olisi aihetta pohtia myös legaliteettiperiaatteen näkökulmasta. Voinee lähteä siitä, että tällaisen velvollisuuden tulee myös perustua riittävän selkeään ja yksiselitteiseen ja riittävän korkealla säädöstasolla asetettuun normiin. Legaliteettiperiaatteen tiukimman tulkinnan mukainen kanta voisi merkitä hyvinkin radikaalia vastuunrajausta. Vastuuasemaopin tietty käytännöllisyys ja avoimuus kuitenkin edellyttävät, ettei vaatimusta sääntelyn nimenomaisuudesta ja laintasoisuudesta viedä äärimmilleen.

Osallisuusopin sovelluksia laiminlyöntivastuun puolelle on käsitelty suhteellisen harvoin. Silti on ajateltavissa, että myös laiminlyöntiperusteiseen vastuun voi liittyä osallisuusasetelmia. Ajatellaan että esimies, joka on havainnut alaisen syyllistyneen ja syyllistyvän rikokseen, keskustelee asiasta kollegansa tai oman esimiehensä kanssa, joka erikseen neuvoo olemaan puuttumatta asiaan. Tätä voi pitää osallisuutena (tekijäkumppanuus, yllytys tai avunanto) laiminlyöntirikokseen.⁴⁰

Täytynee lähteä siitä, että suojeluvastuu/turvaamisvastuu kohdentuvat pääasiallisesti ja ensisijaisesti yhtiön johtoon eli siihen tahoon, jolla on valta tehdä velvoitteen täyttämiseen tarvittavat päätökset. Työntekijöiden rikollisen toiminnan estäminen voi edellyttää esimerkiksi työteon keskeyttämistä ja työsuhteen irtisanomista. Tällaisista päätetään yleensä ylemmässä esimiesportaassa. On myös huomattava, että tuollaiseen menettelyyn liittyy yhtiön kannalta riskejä sen suhteen, ettei työsuhteen irtisanomisen perustetta pystyittäisi näyttämään toteen. Tämäkin perustelisi sitä, että työnantajan tulee ryhtyä irtisanomiseen vasta, kun rikoksesta on riidatonta näyttöä. On myös työoikeudellinen kysymys, millaisia vaihtoehtoja työnantajalla on käytettävissään.

Sanotun perusteella voisi esittää yleisarvion, että alemman esimiehen vastuu alaisten rikoksista kuuluu suhteellisen vaikeasti perusteltaviin. Tämä perustuu yhtäältä siihen, että tällaisen esimiehen päätösvalta on rajallinen ja koskee ennen muuta työntekijöiden ohjaamista tehtävissään, mutta toisaalta suojelu-, turvaamis- ja valvontavastuu ovat tälle tasolle johdettavissa vasta välillisesti, ikään kuin heijastuksena yritysjohdon vastaavasta vastuusta.

Toiseen suuntaan puhuvana seikkana tulee kuitenkin mainita siitä, että lähiesimiehen valvontasuhte alaiseen nähden on varsin konkreettinen, joten sen varaan voidaan sen vuoksi rakentaa. Olisi ajateltavissa, että esimerkiksi jos on tiedossa, että yrityksessä on esiintynyt asiakkaisiin kohdistuvia petoksia, esimiehille asetetaan nimenomaisia tehtäviä toimia tällaisten torjumiseksi. Jos he nämä täsmen-

⁴⁰ Ks. laajaa esitystä aihepiiristä: Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, § 37–39.

netyt tehtävänsä laiminlyövät, he joutuisivat mahdollisesti laiminlyöntinsä perusteella rikosoikeudelliseen vastuuseen. Ellei yrityksessä ryhdytä mihinkään toimenpiteisiin ongelman johdosta, vastuu kohdentuisi niihin henkilöihin, joiden olisi tullut toimista asianmukaisesti päättää. Yhteisön ydintoimintaan liittyvissä tehtävissä esimiesten valvontavelvollisuutta voi pitää pidemmälle menevänä, kuin jos kyse on alaisten valvonnasta muussa suhteessa.

Vastuun kohdentumista koskevat ratkaisut tulee tehdä tapauskohtaisesti, eikä mitään selvää sääntöä vastuuprioriteeteista voi asettaa. Ylempien esimiesten rikosvastuu on toisinaan luontevampi lähtökohta, mutta mitään yleistä sellaista tulkinnallista presumptiosääntöä ei ole.⁴¹

OIKEUSHENKILÖN RANGAISTUSVASTUU JA LUONNOLLISTEN HENKILÖIDEN VASTUU

Vaikka oikeushenkilön rangaistusvastuu ja luonnollisten henkilöiden vastuu eräällä tapaa edustavat kahta erilaista vastuun linjaa, niiden välillä on myös eräitä yhtymäkohtia. Mikäli harkitaan sitä, tulisiko työntekijän ohella vastuuseen saattaa työnantaja tai sen edustajia, oikeushenkilön rangaistusvastuun linja ja luonnollisten henkilöiden vastuun linja voivat näyttäytyä vaihtoehtoina. Jos oikeushenkilölle vaaditaan rangaistusta esimerkiksi sillä perusteella, että työntekijän valvonta oli laiminlyöty, tämä voidaan toteuttaa joko erikseen tai sitten niin, että samalla syytteeseen asetetaan myös luonnollisia henkilöitä.

Onkin aiheellista kysyä, voisiko sanotulla kaksilinjaisuudella olla vaikutusta siihen, kuinka laiminlyöntiin perustuva rikosvastuu oikeushenkilön organisaation piirissä toteutetaan. Raimo Lahti on korostanut tarvetta pitää yhteisö- ja yksilövastuun muotoja ”uudenlaisen vastuujärjestelmän vuorovaikutteisina osina” [kurs. alkup.], vaikka kyseisiä vastuumuotoja ei olekaan lähtökohtaisesti sovitettu toisiinsa.⁴²

Asialla on merkitystä myös sitä silmällä pitäen, että viime vuosina oikeushenkilön rangaistusvastuun alaa on laajennettu erityisesti sellaisiin rikostyyppeihin, jotka tulevat kysymykseen oikeushenkilöiden toiminnassa. Toisaalta sääntely ei ole vielä kukaan kattavaa. Esimerkiksi RL 36 luvun osalta oikeushenkilön rangaistusvastuu tulee kysymykseen vain hyvin rajoitetusti.⁴³

⁴¹ Nissinen, Martti, *Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä*. Helsinki 1997, s. 168.

⁴² Lahti, Raimo, ”Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä ja sen sääntelystä”. *Lakimies* 8/1998, s. 1271–1284 (1275).

⁴³ Esimerkiksi yksityisen sektorin lahjontarikoksissa keskeiseksi uhrilahoksi katsotaan se liikeyritys, jonka palveluksessa työntekijä on. Onkin tietyllä tapaa ristiriitaista, että jos työntekijä syyllistyy lahjuksen vastaanottamiseen, oikeushenkilö on yhtä aikaa sekä asianomistaja että mahdolli-

Rikoslain 9:2.1:n mukaan oikeushenkilö ”tuomitaan yhteisösakkoon, jos sen lakisääteiseen toimielimeen tai muuhun johtoon kuuluva taikka oikeushenkilössä tosiasiallista päätösvaltaa käyttävä on ollut osallinen rikokseen tai sallinut rikoksen tekemisen taikka jos sen toiminnassa ei ole noudatettu vaadittavaa huolellisuutta ja varovaisuutta rikoksen ehkäisemiseksi”.

Oikeushenkilön vastuuedellytykset ovat kahdenlaisia. Vastuun perusteena voi olla, että organisaation tietynlaiseen vaikutusvaltaiseen elimeen kuuluva henkilö tai se, joka oikeushenkilössä käyttää tosiasiallista valtaa, on ollut rikokseen osallinen tai on sen sallinut. Toinen vaihtoehto on yleisen huolellisuusvelvollisuuden laiminlyönti oikeushenkilön toiminnassa.

Mitä edelliseen tulee, ehdot täyttävän luonnollisen henkilön osallisuus rikokseen laukaisee oikeushenkilön rangaistusvastuun tietyn automatiikan mukaisesti. Tällöin siis vastuuseen asetetaan sekä luonnollinen henkilö että oikeushenkilö. Teemamme kannalta on erityisen mielenkiintoista, mitä säännöksessä mainittu salliminen oikeastaan tarkoittaa.

Hallituksen esityksessä (HE 95/1993 vp, s. 31) selitetään, että ”Oikeushenkilön johdolla on ... velvollisuus estää rikoksen tekeminen silloin, kun johto tietää, että lakia tullaan rikkomaan tai sitä rikotaan parhaillaan. Kun oikeushenkilön on tietyissä rajoissa ryhdyttävä toimiin sellaisten rikosten ehkäisemiseksi, joita oikeushenkilön toiminnassa saattaa esiintyä, ei johto luonnollisesti voi sallia sellaisten rikosten tekemistä, joista on jo tietoinen. Sallimisen käsitteeseen sisältyy vaatimus siitä, että rikos on ollut estettävissä. Jos rikosta ei ole voitu estää, pelkkä johdon tietoisuus rikoksesta ei voi perustaa oikeushenkilölle rangaistusvastuuta.”

Osakeyhtiön johdolla katsottaneen olevan suhteellisen pitkällemenevä velvollisuus estää ja torjua yhtiön toiminnassa tehtäviä rikoksia. Oikeushenkilön rangaistusvastuun laukaisee jo rikoksen salliminen, joka sanotun mukaisesti merkitsee tietoista puuttumattomuutta tilanteessa, jossa rikos olisi voitu estää. On tarpeen korostaa sitä, että oikeushenkilön rangaistusvastuun sääntely ei seuraa suoraan vastaavia luonnollisen henkilön rikosvastuun periaatteita, vaan on tietoisesti tarkoitettu ankarammaksi ja laajemmaksi. Esitöissä mainitaan myös (ibid.), että säännöksellä ei luoda uusia velvollisuuksia, vaan ne ”sisältyvät jo Suomen oikeusjärjestykseen”.

Hallituksen esityksessä on yksityiskohtaisesti esitelty sitä normistoa, johon voidaan tukeutua huolellisuusvelvollisuuksien täsmentämiseksi. Samalla on kuitenkin mainittu siitä, että kyseisen joustavan normin täsmentäminen jää väistämättä oikeuskäytännössä tapahtuvaksi. Lisäksi tiettyjen yleisten periaatteiden

sesti myös vastuussa rikoksesta oikeushenkilön rangaistusvastuuta koskevien periaatteiden mukaisesti. Ks. RL 30 lukua.

todetaan ohjaavan oikeushenkilöiden tällaisten velvollisuuksien määräytymistä. Oikeushenkilöillä todetaan olevan erityisen pitkälle menevät velvollisuudet ehkäistä omassa toiminnassaan sellaisia rikoksia, joita koskevat säännökset ”kohdistuvat oikeushenkilön pääasiallisiin toimintamuotoihin” (ibid. s. 32). Vaadittavat toimenpiteet on lisäksi ”suhteutettava siihen merkitykseen, joka velvollisuudella oikeushenkilön kokonaisuudessa on” (ibid.). Siis: mitä lähempänä oikeushenkilön pääasiallista toimintaa rikokset ovat, sitä korostuneempi on velvollisuus niitä ehkäistä.

Lain esitöihin kirjattu ajattelutapa vie suhteellisen ankaraan vastuuseen, mikä tuottaa selvän eron oikeushenkilön rangaistusvastuun ja luonnollisten henkilöiden vastuun välille. Voi kuitenkin kysyä, seuraako tästä erityisen vastuumallin omaksumisesta myös luonnollisten henkilöiden rikosvastuun ankaroitumista? Jos vastuussa ovat sekä rikokseen syyllistynyt henkilö, kuten työntekijä, että oikeushenkilö sillä perusteella, ettei sen toiminnassa ole riittävästi toimittu rikoksen estämiseksi, oikeushenkilöön kohdistettava syyllisyysmoite voisi vaikuttaa takaisin henkilöllisen vastuun puolelle. Jos korostetaan yhteisövastuun ja yksilövastuun välistä vuorovaikutusta, vastuumallien lähentymistä saatettaisiin pitää hyvänä asiana. Toisaalta tämä voisi hiljaisesti laajentaa yksilövastuuta tavalla, joka ei tekisi oikeutta sen lähtökohdille.

Vaikka lainsäätäjä on omaksunut suhteellisen pragmaattisen linjan sen suhteen, millä kriteereillä oikeushenkilö voidaan tuomita rangaistukseen sen piirissä tehdystä rikoksesta, nämä samat kriteerit eivät ilman muuta sovellu luonnollisten henkilöiden, kuten esimiesten, vastuun perusteeksi. Yksilövastuu ei voi määräytyä yhtä pragmaattisin ja konstruktiivisin kriteerein kuin yhteisövastuu. Rikoksen salliminen, joka yhteisövastuun puolella riittää perusteeksi, ei ole osallisuusopin tuntema osallisuuden muoto, eikä se voi perustaa rikosvastuuta, ellei samalla ole kyse sellaisesta vastuuasemasta, johon liittyy erityinen velvollisuus estää rikos ja mahdollisuus siihen.

Edes oikeushenkilön rangaistusvastuun yhteydessä tavattava oikeushenkilön yleinen velvollisuus järjestää toimintansa laillisesti ja toimia rikosten ehkäisemiseksi ei voi suoraan kääntyä luonnollisten henkilöiden laiminlyöntiperusteisen rikosvastuun perusteeksi. Tästä huolimatta on selvää, että oikeushenkilön lakiin perustuvilla velvollisuuksilla on merkitystä eräänlaisina yleisinä lähtökohtina myös vastuun henkilöllisen ulottuvuuden puolella.

Dan Frände on kiinnittänyt huomiota siihen, että jostain syystä Suomen oikeuskäytännössä epävarsinaisten laiminlyöntirikosten sovellutusalaksi ovat jääneet tuottamukselliset rikokset. Ainakaan korkeimman oikeuden ratkaisukäytännöstä ei löydy juurikaan esimerkkejä siitä, että joku olisi tullut tuomituksi epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktion mukaisesti tilanteessa, jossa se rikos, joka olisi tullut estää, tehtiin tahallisesti ja jossa sen tekijä olisi täysi-ikäinen ja syyntakeinen. Frände katsoo tämän asiointilan johtuvan ”vallitsevasta

moraalikatsomuksesta”, joka edelleen korostaa tekemisen ja laiminlyönnillä aiheuttamisen eroa.⁴⁴

Fränden havainto kertoo siitä, että vastuuasemaoppi on onnistunut vastuunrajaustehdävässään, mutta samalla herää kysymys, toteutuuko vastuunrajaus liiankin hyvin. Saattaa olla, että lähinnä intuitiiviset syyt ovat estäneet laiminlyöntivastuun periaatteiden dynaamista kehittämistä tavalla, joka on arvostelulle altis. Vaikka ei olisikaan erityistä tarvetta laajentaa epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktion soveltamisalaa tahallisten rikosten puolella, tuskin on myöskään tarvetta rajata tahallisia rikoksia *kokonaan* tuon konstruktion soveltamisalan ulkopuolelle. Vastaavasti tuottamuskriminalisointien puolella olisi syytä korostaa sitä, ettei laiminlyöntiperusteinen vastuu saisi lähettää siviilioikeudellisia esikuviaan ja niiden mukaista ankarahkoa vastuuta.

Miksi sitten viime kädessä toisen tahallisen rikoksen estämisen tilanteet ovat näin pitkälle rajautuneet epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen soveltamisalan ulkopuolelle? Onko kyse vain Fränden esittämästä syystä?

Näkinsin taustalla myös muita, syvempiä perusteita. Henkilöiden yksilölliseen vastuuseen liittyvät tärkeät näkökohdat perustelevat sitä, ettei tahallinenkaan laiminlyönti estää rikosta voi rutiininomaisesti rinnastua rikoksen tahalliseen tekemiseen. Silloin, kun vastuussa on jo joku rikoksensa perusteella, on syytä pyrkiä rajaamaan toisten tähän liitännäistä vastuuta, koska muu ratkaisu vaarantaisi rikosvastuun reilua allokaatiota, siis kohdentamista tässä sanan yleisessä merkityksessä. Kollektiivisen vastuun malli ei sopisi oikeusjärjestyksemme läh-
tökohtiin, eikä siihen sopisi sekään malli, että valvonta- ja suojeluvastuuta korostettaisiin niin pitkälle, että laiminlyönti korotettaisiin tekemisen tasolle. Sannottu asetelma selittää sen, miksi juuri tahallisten rikosten estäminen tuntuu rajoituvan laiminlyöntivastuun ulkopuolelle. Toisaalta juuri organisaation puitteissa toimittaessa tarvetta laiminlyöntiperusteiselle esimiesvastuulle on selvästi olemassa. On kompensoitava vastuumallien keinoin se toiminnan merkityksen lisäys, mikä seuraa siitä, että toimitaan yhteisömuodossa.

Laiminlyöntivastuun periaatteiden väljentäminen voisi sekin johtaa ongelmiin ja kohtuuttomiin tilanteisiin. Jos psyykkisesti sairas potilas tai vanki surmaa laitoksessa toisen potilaan tai vangin, tultaisiin herkästi kysymyksiin vartijan tai sairaanhoitajan vastuusta jopa tahallisesta surmaamisesta tai vastaavasta tuottamuksellisesta rikoksesta. Jollei poliisi tai pelastuskeskus reagoi hätäviestiin, tulisiko viestin vastaanottaja tuomita tekijänä siitä rikoksesta, jonka se saa kuulla olevan meneillään? Vaikka rikoksen estämistä koskevat mahdollisuudet tuovat tiettyä vastuunrajoitusta, jää tarvetta lisärajoitukseen tämän jälkeinkin.

⁴⁴ Frände, Dan, *Yleinen rikosoikeus*. Helsinki 2005, s. 247.

On kaikkiaan varsin luonnollista, että laiminlyöntivastuun tärkeintä käyttöalaa ovat olleet tuottamukselliset rikokset, ja että alan ja vastuuperiaatteiden kehitys on tapahtunut selkeästi sillä puolella.⁴⁵ Mitä tulee petosesimerkkiimme, kohtalaisen luonteva jäsenitys olisi, että esimiehet, elleivät he ole osallisia petoksiin, vastaisivat enintään tuottamuksellisista rikoksista, mikä petoksen ollessa kyseessä merkitsisi vastuuvapautta kokonaan.

Erityisesti kansainvälisen rikosoikeuden piirissä on viime vuosina korostettu esimiesten vastuuta alaisten rikoksista. Tämä on johtanut siihen, että esimerkiksi kansainvälisen rikostuomioistuimen perussäännössä (artikla 28) on erikseen todettu rangaistavaksi se, että sotilasesimies tai vastaava esimies laiminlyö estää tekeillä olevan perussäännön tarkoittaman rikoksen. Tällainen periaate, joka ulottaa suhteellisen ankaran vastuun esimiehiin, on jo varsin vakiintunut kansainvälisessä rikosoikeudessa yhtä hyvin kansainvälisten sopimusten kuin oikeuskäytännön tasolla. Ks. esim. ns. Geneven oikeuteen kuuluvan kansainvälisten aseellisten selkkausten uhrien suojelemista koskevan I lisäpöytäkirjan (SopS 82/1980) artikloita 86 ja 87. Niistä edellinen koskee laiminlyöntivastuuta ja jälkimmäisessä määrätty päällystön velvollisuuksista.⁴⁶

Erityisesti sotarikoksissa alaiset ovat saattaneet tietoisesti syyllistyä rikoksiin, kun taas esimiehen laiminlyönti ilmenee siinä, ettei niihin tietoihin, joita sanotujen rikosten esiintymisestä on saatu, ole suhtauduttu riittävällä vakavuudella. Kansainvälisessä rikosoikeudessa ei siten yksilöllisen vastuun ja autonomian periaatetta sovelleta samalla tavoin kuin vaikkapa liike-elämän rikoksissa, koska yhtäältä sotilaallinen organisaatio perustelee sotilasesimiesten ankaramman vastuun ja koska samalla on kyse hyvin vakavista rikoksista, joiden estämiseen kansainvälinen yhteisö on määrätietoisesti sitoutunut. Asiayhteys perustelee tuolloin sen, että esimiesten vastuu konstruoidaan tavanomaista ankarammaksi.

⁴⁵ Olen toisessa yhteydessä sivunnut poliisiesimiesten vastuuta mainiten siitä, että ns. Mikkeli-jutussa (KKO 1993:50 [ään.]) – tai oikeastaan asetelmaltaan sen tyyppisissä jutuissa –, kun sulu-tuksen purun laiminlyönnistä sai alkunsa räjäytykseen johtanut tilanteen kärjistyminen, poliisiesimiehen vastuu taktisen virheensä perusteella tahallisetakin henkirikoksesta olisi teoriassa ollut mahdollinen, vaikka alaiset poliisimiehet toimivat hätävarjelussa. Ks. asiasta tarkemmin Nuotio, Kimmo, ”Merkitseekö poliisimiehen oikeus hätävarjeluun oikeusturva-aukkoa?”, teoksessa *Rikos, rangaistus ja prosessi. JJ Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005*, s. 215–244, erit. s. 220–221.

⁴⁶ Ks. yleisesti Werle, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, The Hague 2005, s. 128 ss.

.....

Ari-Matti Nuutila

Sotilaallinen kriisinhallinta ja rikosoikeus

JOHDANTO

Vuonna 2006 Suomi voi juhlistaa 50 vuotta kestänyttä osallistumistaan kansainvälisiin rauhanturvaoperaatioihin. Vaikka rauhanturvaamiseen osallistuminen on jokaisen YK:n jäsenvaltion periaatteellinen velvoite, voidaan kysyä, miksi Suomi on ollut asiassa poikkeuksellisen aktiivinen. Joskus on sanottu, että taustalla on paitsi yleinen solidaarisuus kansainvälistä yhteisöä kohtaan, myös oman kansallisen turvallisuuden ylläpitäminen.

Pitkän kansallisen turvallisuuspoliittisen keskustelun päätteeksi hallitus esitti alkusyksystä 2005 eduskunnalle nykyisen rauhanturvaamislain korvaamista laila sotilaallisesta kriisinhallinnasta (HE 110/2005). Vuodelta 1984 peräisin oleva rauhanturvaamislaki (514/1984) ei enää vastaa kansainvälisen kehityksen ja Suomen kansainvälisen aseman vaatimuksia, vaikka lakia onkin muutettu useita kertoja osittaisuudistuksin.

Poliittinen keskustelu on keskittynyt ennen kaikkea siihen, miten Suomi voisi jatkossa osallistua täysimääräisesti kriisinhallintatehtäviin YK:n, ETYJ:n ja NATO:n rauhankumppanuusyhteistyön ohella uutuutena myös EU:n puitteissa. Nykyisen rauhanturvaamislain 1 §:n 1 momentin (750/2000) mukaan ”Suomi voi osallistua sellaiseen Yhdistyneiden Kansakuntien (YK) tai Euroopan turvallisuus- ja yhteistyöjärjestön (ETYJ) päätökseen perustuvaan sotilaalliseen kriisinhallintaan ja rauhanturvaamiseen – –, joka tähtää kansainvälisen rauhan ja turvallisuuden ylläpitämiseen tai humanitaarisen avustustoiminnan ja siviiliväestön suojaamiseen.”

Mainitun 1 §:n kolmannessa momentissa (750/2000) todetaan, että rauhanturvaamislakia ”ei sovelleta YK:n peruskirjan 42 tai 51 artiklan nojalla toteutettaviin sotilaallisiin pakotetoiimiin osallistumiseen.” Määräyksen taustalla voidaan nähdä suomalainen käsitys rauhanturvaamisesta nimenomaan rauhanomaisena toimintana, eikä Suomen siis tarvitse osallistua muunlaisiin pakotetoiimiin. Jokaisesta operaatiosta päätetään erikseen.

Rauhanturvaamislain 1 §:n 2 momentin (750/2000) mukaan suomalainen rauhanturvaamisorganisaatio voi osallistua lisäksi ”humanitaariseen avustustoimintaan tai sen suojaamiseen YK:n erityisjärjestön tai viraston pyynnöstä”.

Tämän vuonna 2000 lakiin tehdyn muutoksen taustalla oli eräiden maiden aika ajoin yllättävä äänestyskäyttäytyminen YK:n turvallisuusneuvostossa. Esimerkiksi vuonna 1998 Kiina käytti veto-oikeuttaan ja siten pakotti suomalaiset rauhanturvaajat poistumaan Makedoniasta kesken kaiken ja yllättäen. Tuon ns. FYROM-operaation tarkoitus oli turvata alueen siviiliväestön turvallisuutta. Sinänsä 1 §:n 2 momentin ”laajennettua” mandaattia ei ole vielä kertaakaan sovellettu.

Kriisinhallintalakia koskevan hallituksen esityksen keskeisenä tavoitteena on lainsäädännön uudistaminen siten, että Suomi voisi osallistua Euroopan unionin valmiusjoukkojen toimintaan. En puutu tähän, sinänsä tärkeään kysymykseen Suomen kansainvälispoliittisesta roolista. Nostan esille eräitä perinteisiä ja eräitä uusia rikos- ja rikosprosessioikeudellisia ongelmia, joita rauhanturvaamislakiin on liittynyt ja nyt säädettävään kriisinhallintalakiin liittyy, ja joihin ei vielä kukaan kiinnitetä riittävää huomiota.

Periaatteellisesti ongelmia voi liittyä jatkossa vähitellen todennäköisesti laajeneviin voimakeinojen käyttöoikeuksiin sotilaallisessa kriisinhallinnassa. Käytännöllisiä ongelmia aiheutuu puolestaan ennen kaikkea monikansallisten joukko-osastojen käyttöön, jos eri osallistujamaiden joukkoja koskevat erilaiset määräykset ja valtuutukset ja kun eri maiden rikosprosessuaaliset säännökset poikkeavat toisistaan huomattavasti.

SOTILAALLISET VOIMAKEINOT KANSAINVÄLISESSÄ KRIISINHALLINNASSA

Käytännössä NATO:n kanssa rauhankumppanuusyhteistyön puitteissa toteutettu KFOR-operaatio Kosovossa vuonna 1999 muutti meillä ratkaisevasti asenteita voimakeinojen käytön suhteen. Kosovossa toimi kansainvälinen kriisinhallinta-operaatio, jonka toimintaan osallistui noin kymmenen valtion sotilaita ja muuta henkilöstöä. YK:n turvallisuusneuvoston päätöslauselmassa 1244/1999 oli määriteltä turvallisuusjoukon tehtäviksi muun muassa ”ylläpitää pelotetta vihollisuuksien uudelleen puhkeamisen estämiseksi, valvoa tulitaukoa ja tarvittaessa pakottaa kriisin osapuolet siihen sekä varmistaa Jugoslavian liittotasavallan sotilaallisten yksiköiden, poliisivoimien ja puolisolilaallisten järjestöjen vetäytyminen”. Turvallisuusjoukon tuli myös ”riisua aseista Kosovon vapautusarmeijan joukot ja muut aseistautuneet Kosovon albaaneja edustavat ryhmittymät”.

KFOR-operaatioon asti rauhanturvaamislakia oli tulkittu siten, että voimankäyttö oli suomalaisille rauhanturvaajille mahdollista itsepuolustuksen lisäksi vain ”tehtävän turvaamiseksi”, ottaen huomioon, että tehtävät olivat rauhanturvaamisen kaltaisia eivätkä varsinaisesti kriisinhallintaa. Eduskunnan puolustus-

valiokunta (PuVM 2/1999) totesi, että ”voimankäytön on – oltava reaktiivista ja rajoitettua. Kansallinen lainsäädäntömme ei mahdollista aloitteellista, aktiivista ja rajoittamatonta voimankäyttöä, jonka tarkoituksena on sotatoimin koko konfliktin hallitseminen, rauhan palauttaminen tai vihollisuuksien tukahduttaminen”.

Samalla puolustusvaliokunta totesi, että ”KFOR-kriisinhallintaoperaatio on luonteeltaan pitkälle samantyyppinen kuin Bosniassa jo toteutettu IFOR/SFOR-operaatio. – Operaation voimankäytösäännöt rakentuvat itsepuolustukselle ja tehtävän turvaamiselle. Se ei valiokunnan tulkinnan mukaan edellytä aktiivista ja rajatonta voimankäyttöä”.

”Aktiiviseen ja rajattomaan” voimankäyttöön ei tietenkään ollut tuolloin – eikä vielääkään – mitään laillisia oikeuksia. Rauhanturvaamislaista puuttuu kokonaisuudessaan voimakeinojen käytösäännös. Tarkkaan ottaen kriisinhallintajoukkoja koskee tällä hetkellä ainoastaan rikoslain 45 luvun 26 a §:ssä (515/2003) säädetty vartio-, päivystys- tai poliisitehtävää suorittavan sotilaan oikeus voimakeinojen käyttöön. Toinen asia on, jos sotilas joutuu puolustamaan itseään tai toista hätävarjelua koskevan rikoslain 3 luvun 4 §:n (515/2003) tai pakkotilaa koskevan rikoslain 3 luvun 5 §:n (515/2003) nojalla. Tällaisten oikeuttamisperusteiden käyttöön ei tarvita erityisvaltuutusta rauhanturvaamis- tai kriisinhallintalaista, eikä niistä säännellä kansainvälisissä sopimuksissakaan.

Kyseessä on ollut meillä periaatteellinen ratkaisu, jonka mukaan suomalaiset rauhanturvaajat ovat enimmäkseen toimineet esimerkiksi humanitäarisissä tehtävissä, miinanraivaustehtävissä, konfliktin osapuolten pitämisessä erossa toisistaan ja rajavyöhykkeiden valvontatehtävissä. Vasta uudet operaatiot viimeisen kymmenen vuoden aikana ovat tuoneet mukanaan kysymyksen mellakoiden hajottamisesta, laittomien aseiden takavarikoinnista ja muista uudentyyppisistä siviiliväestön suojaamiseen tähtäävistä toimintatavoista.

Muutospaineita aiheuttaa NATO:n ohella myös EU, joka on kehittänyt kriisinhallintavalmiuksiaan vuodesta 1999 lähtien. EU:n tehtävät sotilaallisessa kriisinhallinnassa, niin sanotut Petersbergin tehtävät, perustuvat aikanaan Länsi-Euroopan unionissa WEU:ssa hyväksyttyyn kuvaukseen, jonka tarkoituksena oli kattaa mahdollisimman laaja asteikko erilaisia ja vaativuudeltaan eritasoisia sotilaallisen kriisinhallinnan tehtäviä. Tehtävät on lueteltu Euroopan unionista tehdyn sopimuksen eli unionisopimuksen 17 artiklan 2 kappaleessa. Näihin kuuluvat humanitaariset ja pelastustehtävät, rauhanturvaaminen sekä taistelujoukkojen tehtävät kriisinhallinnassa, rauhanpalauttaminen mukaan lukien.

Voimassa olevasta rauhanturvaamislaista puuttuu siis kokonaisuudessaan voimakeinojen käyttöä koskeva säännös. Voimakeinojen käyttö operaatioissa perustuu tällä hetkellä osin keinotekoisesti rikoslain 4 luvun 4–5 §:ien (515/2003) hätävarjelu- ja pakkotilasäädöksiin sekä valtio-, päivystys-, ja poliisitehtävää suorittavan sotilaan 45 luvun 26 a §:ssä (515/2003) säädettyihin valtuuksiin.

Edellä mainittu on ristiriidassa perustuslain 8 §:ssä (731/1999) ja rikoslain 3 luvun 1 §:ssä (515/2003) säädetyn laillisuusperiaatteen kanssa. Kaiken julkisen vallan käytön on perustuttava lakiin ja erityisesti voimakeinojen käytöstä on säädettävä yksityiskohtaisesti kutakin erityisalaa koskevassa lainsäädännössä.

Tähän myös pyrittiin uuden rikoslain yleisen osan säätämisen yhteydessä vuonna 2003 puhuttaessa siviiliolosuhteissa tapahtuvasta julkisen vallan käytöstä. Nimenomainen voimakeinojen käyttösäännös on välttämätön voimakeinojen kohteiden kannalta, sotilaalliseen kriisinhallintatehtävään osallistuvan henkilön oikeusturvan varmistamiseksi sekä myös suomalaisen kriisinhallintajoukon toimintakyvyn turvaamiseksi.

Kriisinhallintalakiehdotuksen 20 §:ssä säädetään kriisinhallintaoperaatiossa palvelevan sotilaan ja sotilasosaston oikeudesta käyttää voimakeinoja palvelustehtävää suorittaessaan. Voimakeinojen käytössä saisi turvautua vain tehtävän kannalta välttämättömiin voimakeinoihin. Voimakeinoja voitaisiin käyttää vain siinä määrin ja siihen saakka, kun ne ovat tehtävän kannalta tarpeen. Säännökseen sisältyy myös vaatimus voimakeinojen hyväksyttävyydestä suhteessa operaation tavoitteisiin. Säännökseen tulisi viittaus rikoslain voimakeinojen käytön liioittelua koskevaan 4 luvun 6 §:n 3 momenttiin ja 7 §:ään (515/2003). Tähän ei ole huomauttamista.

Ehdotetulla voimakeinojen käyttöä koskevalla säännöksellä ei ole tarkoitus rajoittaa rikoslain 45 luvun 26 a §:ssä (515/2003) säädettyä vartio-, päivystys- tai poliisitehtävää suorittavan sotilaan oikeutta voimakeinojen käyttöön. Mainitussa lainkohdassa säädettyihin voimakeinoihin voi ilmetä tarvetta esimerkiksi kriisinhallintajoukon tukikohtaa, ase- ja ammusvarastoa tai muuta vastaavaa kohdetta vartioitaessa. Lisäksi säännös tulisi sovellettavaksi kriisinhallintajoukossa palvelevan sotilaan suorittaessa päivystystehtävää.

Voimankäytön asteikko alkaa yksittäisen kriisinhallintatehtävässä palvelevan sotilaan fyysisen voiman käyttämisestä tai hänen välineistön tai henkilökohtaisen aseistuksen avulla tapahtuvasta voimankäytöstä. Tyypillisiä esimerkkitalanteita ovat henkilön poistaminen kieltoalueelta, operaatioalueen turvallisuutta vaarantavan toiminnan estäminen ja tekijöiden kiinniottaminen, kiellettyjen aseiden etsinnät, joukkojenhallinta siihen tarkoitettujen välineiden avulla tai kansainvälisen siviilipoliisin tukeminen rikoksista epäiltyjen kiinniottamisessa. Voimankäyttö niihin tehtäviin toteutetaan joko yksittäisen sotilaan toimintana tai sotilasosaston yhteistoimintana. Jo nämä voimankäytön muodot ovat enemmän kuin meillä perinteisesti rauhanturvaamiseen kuuluviksi on ajateltu.

Jos henkilökohtaisella aseistuksella ja vastaavalla välineistöllä varustetun sotilasosaston voimankäytöllä ei saavutettaisi tavoiteltua tulosta, saatetaan joutua käyttämään raskaampaa aseistusta tai välineistöä. Esimerkiksi panssaroidun puskutraktorin tai miehistönkuljetusvaunun käyttäminen tiesulun purkamiseen tai joukkojenhallintatoiminnan avustamiseen ovat käytännössä kriisinhallinnassa jo toteutuneita esimerkkitalanteita.

Tulevissa kriisinhallintaoperaatioissa kriisinhallintajoukon toiminta saattaa ääritilanteissa edellyttää rajoitetusti suoranaisia taistelutehtäviä esimerkiksi pelastettaessa suojeltavaa ihmisjoukkoa aseistetun joukon hyökkäykseltä. Tehtävän suorittaminen edellyttää tällaisessa tilanteessa raskaampaa voimankäyttöä, mukaan lukien konetuliaseiden ja muun raskaamman sotavarustuksen käytöllä uhkaamisen tai jopa käyttämisen.

Lisäksi hallituksen esityksen mukaan Suomi valmistautuu tulevaisuudessa osallistumaan kriisinhallintaoperaatioihin muillakin kuin maavoimien joukoilla. Ilma- ja merivoimien yksiköiden aseellinen voimankäyttö eroaa selkeästi yksittäisen sotilaan voimankäytöstä. Esimerkiksi lentokieltoalueen valvominen ja siellä kielletyn toiminnan estäminen saattaa edellyttää ääritapauksissa voimakeinojen käyttöä myös ilmavoimien yksiköiltä ohjus- tai tykkitulta käyttämällä. Merivoimien aluksien voimankäyttö voisi olla vastaavissa tilanteissa myös raskain aseinen tapahtuvaa, jos sota-alusta käytetään esimerkiksi aseidentuontisaarron valvontaan tai muuhun operaatioon, jonka tavoitteena on valvoa ja rajoittaa meriliikennettä ja kansainvälistä kauppaa.

Ongelmia saattaa ilmetä etenkin, jos monikansallisissa sotilasosastoissa jouduttaisiin soveltamaan monenlaisia voimankäytösäännöksiä. Kriisinhallintalakiehdotuksen 20 §:n mukaan voimakeinojen olisi oltava myös kullekin operaatiolle vahvistettujen yhteisten voimankäytösääntöjen mukaisia. Kullekin sotilaalliselle operaatiolle vahvistetaan voimankäytösäännöt. Niiden lisäksi voimankäyttöä sääntelevät kansainvälisen humanitäarisen oikeuden normit ja periaatteet. Voimankäytösäännöillä ei rajoiteta hätävarjelun oikeutta, jota harjoitettaessa yksilöt ja yksiköt toimivat kansallisen lainsäädäntönsä mukaisesti.

Tilanteissa, joissa voimankäyttö ei ole oikeutettua hätävarjelua itsen tai toisen puolustamisen tarkoituksessa, voimaa voidaan käyttää sotilaallisissa kriisinhallintaoperaatioissa vain voimankäytösääntöjen asettamissa puitteissa. YK:n, EU:n ja NATO:n johtamissa operaatioissa voimankäytösäännöt (*Rules of Engagement, ROE*) ovat olleet sisällöllisesti pitkälti samanlaiset ja itse asiassa erittäin yksityiskohtaiset sekä päätöksentekotason että sallitun voimankäytön kannalta. Niissä on yksityiskohtaiset, operaatiokohtaiset määräykset siitä, kuka saa päättää ja minkälaisesta sotilaallisen voiman käytöstä. Operaation voimankäytösäännöt valmistellaan yleensä operaatioesikunnassa (*Operations Headquarters, OHQ*) operaatiokomentajan johdolla. EU:n kriisinhallinnassa tämä tapahtuu kuitenkin neuvostossa yksimielisyysperiaatteella.

Vakiintuneen kansainvälisen käytännön mukaan sotilaallisen kriisinhallintaoperaation voimankäytösäännöt valmistellaan rinnakkain operaatiosuunnitelman (*OPLAN*) kanssa. Operaatiosuunnitelman sisältää voimankäyttölinjauksia, -ohjeita ja -rajoituksia, mutta varsinaiset voimankäytösäännöt hyväksytään erillisessä menettelyssä.

ROE:n valmistelussa käytetään koodistoja – tietynlaisia ”mallivoimankäytösääntöjä” niin YK:ssa, NATO:ssa kuin EU:ssakin. EU:n koodisto on laadittu

käytännön syistä mahdollisimman yhteensopivaksi NATO:n vastaavan asiakirjan kanssa. EU:n jäsenmaat ovat lokakuussa 2002 laatineet yhteisen ohjeen (*EU Use of Force Concept*), joka pyrkii ohjeistamaan ja yhdenmukaistamaan operaation voimankäyttöohjeiden ja -sääntöjen laatijoiden toimia operaatioesikunnassa.

Voimankäyttökoodistoilla YK, NATO ja EU pyrkivät vähentämään voimankäytösäännöksissä esiintyviä kansallisia eroja. Lähtökohtaisesti kansalliset vauramat joukkojen käytöstä ovat mahdollisia jatkossakin, mutta käytännössä ne aiheuttavat ongelmia. Konkreettiselle kriisinhallintaoperaatiolle hyväksytyt yksiselitteiset voimankäytösäännökset ovat sellaisenaan oikea lähtökohta voimankäytölle.

Puolustusvaliokunta korosti lausunnossaan (PuVL 8/2005), ”ettei monikansallisessa joukossa voida hyväksyä voimankäytön osalta erilaisia kansallisia käytäntöjä. Selkeä ja yhtenäinen voimankäyttökäytäntö lisää henkilöstön turvallisuutta ja vahvistaa joukon uskottavuutta tehtävässään. Selkeä voimankäyttöä koskeva ohjeistus ei alenna voimankäytön kynnystä eikä siten lisää voimankäyttöä. Operaatioissa toimivien sotilaiden oikeusturvan kannalta on välttämätöntä, että voimankäytön perusteista on säädetty kansallisessa lainsäädännössä.”

Puolustusvaliokunnan lähtökohta on oikea. Sääntöjen yhtenäisyyttä puoltavat jo monimutkaiset kansainväliset komentosuhteet ja erilaiset kansalliset säännökset sotilasesimiehen käskyn täyttämättä jättämisestä. Meillä niistä säädetään rikoslain 45 luvun 26 b §:ssä (515/2003). Jos siis eri osallistujavaltioiden sotilaita sitovat erilaiset voimankäytösäännökset ja lisäksi erilaiset oikeudet ja velvollisuudet kieltäytyä lainvastaisiksi koettujen käskyjen täyttämisestä, monikansallisten joukkojen esimiehen asema käy mahdottomaksi.

Silti voitaneen sanoa, että hyvin valmistellulla OPLAN:illa eli operaatiosuunnitelmalla voidaan usein turvata se, että eri valtioiden sotilasosastoille osoitetaan tehtäviä, joissa tarvittavat voimakeinojen käyttövaltuudetkin eroavat asianmukaisesti toisistaan. Koska en ole sotilas, en tiedä, miten pitkälle tämä on mahdollista, mutta ainakin hyvällä etukäteissuunnittelulla tulee mielestäni pyrkiä siihen, että suomalaiset kriisinhallintajoukot eivät joudu itselleen vieraisiin tehtäviin. Jatkossakin tulee olla mahdollista, että suomalaisjoukot osallistuvat miinanraivaukseen, puhtaan humanitääriseen työhön, osapuolten hallintasektorien välisen liikenteen kontrolliin ja muihin selkeästi rauhan turvaamista toteuttaviin tehtäviin joidenkin muiden maiden joukkoja enemmän.

Käytännössä tärkein esimerkki erilaisista ajattelutavoista on niin sanotun ”enakoivan hätävarjelun” (*pre-emptive self-defence*) sallittavuus. Osassa NATO-valtioita, ennen kaikkea USA:ssa, halutaan sallia tietyin sisällöllisin ja menetellyllisin rajauksin menettely, jossa hätävarjelutilanteeksi todennäköisesti eskaloitumassa oleva tilanne saadaan torjua hätävarjelussa sallituin keinoin. Kyse voi olla vaikkapa uhkaavasti käyttäytyvästä väkijoukosta tai oletettavan terroristisen

hyökkäysuhan torjumisesta. Häätävarjelun aikarajojen venyttäminen ennakoitseen puolustautumiseen on kuitenkin useimpien eurooppalaisten oikeusjärjestelmien perusteiden vastaista.

RIKOSOIKEUDELLINEN JA RIKOSPROSESSUAALINEN TUOMIOVALTA KRIISINHALLINNASSA

Suomalaisen sotilaan kriisinhallinnassa tekemä rikos

Rikosoikeudellisesta ja rikosprosessuaalisesta tuomiovallasta säädetään eräissä kansainvälisissä sopimuksissa, jotka ovat meillä laintasoisina voimassa tai ovat sellaisen aseman saamassa. Tällaisia sopimuksia ovat voimavarojen antamisesta YK:n rauhanturvaamisoperaatioon YK:n ja osallistuvan valtion välillä tehty malliyhteistyöpöytäkirja, NATO:n kanssa tehty PfP SOFA (*Partnership for Peace, Status of Forces Agreement*) ja sen lisäpöytäkirjat, sekä EU SOFA ja korvausvaatimuksista luopumisesta Euroopan unionin kriisinhallintaoperaatioiden yhteydessä tehty sopimus.

NATO:n PfP SOFA:a ja sen ensimmäistä lisäpöytäkirjaa (SopS 64–65/1997) koskevat perussäännökset sisältyvät meillä lakiin (744/1997). EU SOFA:n, korvausvaatimuksista luopumista koskevan EU-sopimuksen ja PfP SOFA:n toisen lisäpöytäkirjan osalta laintasoiset säännökset sisältyvät lakeihin 488–490/2005, joskaan EU SOFA ja korvausvaatimuksista luopumista koskeva sopimus eivät ole vielä kansainvälisesti voimassa. Myöskään YK:n mallisopimus ei vielä ole kansainvälisoikeudellisesti voimassa.

Tuomiovallan selvä pääsääntö NATO:n ja EU:n PfP SOFA:ssa on sellainen, että suomalaisessa kriisinhallintakoulutuksessa, -harjoituksissa ja -palveluksessa olevat sotilaat ja muut henkilöt kuuluvat vain Suomen lainkäyttöviranomaisten tuomiovallan alaisuuteen niin rikos-, rikosprosessi- kuin vahingonkorvausoikeudellisestikin. Joukko säilyy lähettäjävaltion kansallisen lainsäädännön piirissä ja esimerkiksi rikosoikeudellinen toimivalta mukaan luettuna kurinpitotoimivalta ei milloinkaan siirry operaation toimeenpanijalle. Tällä suojataan kotimaisia kriisinhallintajoukkoja paitsi muiden operaatioon osallistuvien kriisinhallintajoukkojen sotilasoikeudenhoidolta, myös kohdemaan tuomiovallalta. Nimenomaan kohdemaiden oikeusjärjestelmät ja tuomiovallan käyttö saattaisivat olla meikäläisittäin vieraita.

Ainoana poikkeuksena voidaan mainita kansainvälisen humanitaarisen oikeuden sopimusten vastainen toiminta, josta säädetään rikoslain 11 luvussa (578/1995) sotarikoksina ja rikoksina ihmisyyttä vastaan. Periaatteessa kriisinhallintajoukkoja ei pidetä kansainvälisessä oikeudessa taistelujoukkoina, mutta

esimerkiksi vuoden 1949 Geneven sotarikossopimukset ja niiden vuoden 1977 lisäpöytäkirjat soveltuvat toki myös kriisinhallintajoukkoihin, jos kriisinhallinta-operaatioita kohdistetaan esimerkiksi siviilikohteisiin.

Taistelutehtävissä suomalaiseseen kriisinhallintajoukkoon kuuluvan sotilaan toiminta voi periaatteessa toki tulla arvioitavaksi myös Suomen rikoslain 11 luvun (578/1995) mukaisesti. Edellä tarkoitetuista teoista voi joutua oikeudelliseen vastuuseen myös kansainvälisesti. Suomi on ratifioinut Haagissa toimivan kansainvälisen rikostuomioistuimen perussäännön (SopS 56/2002, L 1284/2000), mutta senkin mukaan ensisijaisesti lainkäyttövaltaa käyttää Suomi, ja vain jos Suomi ei kykene tai halua tuomiovaltaansa käyttää, epäily on luovutettava kansainväliselle rikostuomioistuimelle.

Suomi ratifioi Rooman sopimuksen kahdeksantena EU:n jäsenvaltiona ja oli muutenkin sopimuksen laatimisvaiheessa erittäin aktiivinen. Lainsäädännöllisten muutosten tarve oli Suomessa melko vähäinen. Juridisteknisesti Suomessa sovelletaan näissä tapauksissa ensi sijassa kansainvälisestä oikeusavusta rikosasioissa annettua lakia (4/1994).

Uusia säännöksiä tarvittiin lähinnä omien kansalaisten luovuttamiskiellosta luopumiseksi ja kaksoisrangaistusvaatimuksesta luopumiseksi. Ongelmia uuteenkin lainsäädäntöön jäi todistajansuojelusta, jos kansainvälinen rikostuomioistuin pyytää Suomea luovuttamaan todistajaksi Haagiin esimerkiksi Suomessa pakolaisstatuksen saaneen henkilön. Laissa ei ole vielääkään todistajansuojelusta nimenomaisia määräyksiä, vaikka niille mielestäni olisi selvää tarvetta. Määräyksiä ei ole siitäkään, että Suomesta voitaisiin pakottaa Haagiin vastentahtoinen todistaja.

Kriisinhallintapalveluksessa ja -koulutuksessa olevat henkilöt ovat rikoslain 45 luvun (559/2000) sotilaita koskevien säännösten alaisia kuitenkin siten, että heidän kriisinhallintaoperaation toimialueella tekemiinsä sotilasoikeudenkäyntilaissa (326/1983) tarkoitettuihin rikoksiin ei sovelleta sota-aikana tehtyjä rikoksia koskevia säännöksiä. Tämä on ymmärrettävää, koska rikoslain 45 luvussa sota-aikaa koskevat huomattavan korkeat rangaistusasteikot verrattuna rauhan-aikaisiin. Asevelvollisuutta suorittamattomiin miehiin ja vapaaehtoista asepalvelusta suorittamattomiin naisiin rikoslain 45 lukua sovelletaan kriisinhallintajoukoissa vain rajatusti.

Käytännössä tämä on tarkoittanut sitä, että kriisinhallintapalveluksessa ja -koulutuksessa oleviin henkilöihin sovelletaan sotilaskurinpitolaain (331/1983) ja sotilaskurinpitoasetuksen (969/1983) säännöksiä. Yleensä kysymys on erilaisesta melko vähäisestä järjestyshäiriöiden aiheuttamisesta palveluspaikassa, vapaaajan viettokohteissa tai muualla kohdemaassa. Heille voidaan määrätä kurinpitomenettelyssä palveluspaikassa tai Suomessa sotilaskurinpitolaissa tarkoitettuja sotilaskurinpidollisia seuraamuksia. Säännökset kurinpitoesimiehistä ja heidän toimivallastaan ovat rauhanturvaamistoiminnan käytännön toimeenpanosta an-

netussa puolustusministeriön asetuksessa (1154/2000), jota puolustusministeriö täydentää paikallisten olosuhteiden niin vaatiessa.

Jos asia on riittävän vakava, Helsingin käräjäoikeus on yksinomainen sotilas-oikeudenkäyntilain 5 §:n 1 momentissa tarkoitettu kotimainen tuomioistuin kriisinhallintahenkilöstön tekemiksi epäiltyjen rikosten tuomitsemisessa. Helsingin käräjäoikeus voi tarvittaessa pitää istunnon myös kriisinhallintaorganisaation toimialueella ulkomailla, mutta käytännössä näin ei ole kertaakaan tähän mennessä menetelty.

Taustalla lienee sekin periaate, että kansainvälisissä sopimuksissa Suomi on kieltäytynyt siitä, että ulkomainen tuomioistuin voisi toimia Suomen alueella, eikä siksi ole halunnut lähettää omia ”sotilasrikostuomareitaan” ulkomaille. Käytännön tarvettakaan tälle ei ole ollut, koska sotilaiden tekemät sotilas- tai yleiset rikokset ovat olleet lieviä.

Rauhanturvaamislain 14 §:n 2 momentin mukaan pakkokeinolain (450/1987) 1 luvun 14 §:n 1 momentissa säädetty määräaika pidätettyä koskevan vangitsemisvaatimuksen käsiteltäväksi ottamista varten pitenee pidätetyn kuljettamiseen kriisinhallintaorganisaation toimialueelta Suomeen tai tuomioistuimen jäsenten matkaan Suomesta toimialueelle käytetyllä ajalla. Säännöstä on perusteltu sillä, että vangittavan kuljettaminen palvelusalueelta Suomeen ja vastaavasti käräjäoikeuden matkustaminen Suomesta palvelusalueelle voi olosuhteista johtuen jopa ylittää säädetyn neljän vuorokauden määräajan. Vastavaa säännöstä ehdotetaan vanhoilla perusteilla myös uuden kriisinhallintalain 21 §:n 2 momentiksi.

On epäselvää, voidaanko Euroopan ihmisoikeussopimuksen pidätysaikaa koskevasta ns. neljän päivän säännöstä poiketa puhtaasti käytännön kuljetusaikaa koskeviin syihin vedoten. Tiedossani ei ole Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöä kriisinhallintajoukoista, mutta oikeusturvanäkökohtien valossa arvioitaessa vapaudenmenetyksen käsittely mahdollisimman nopeasti on ollut yksi perinteinen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen painopistealue.

Niin ikään ehdotetaan säilytettävän kriisinhallintalaissa se rauhanturvaamislain järjestely, jonka mukaan ulkomailla palvelevalle kriisinhallintahenkilöstöön kuuluvalla ei tarvitsisi järjestää mahdollisuutta osallistua kurinpitovallituksen oikeuskäsittelyyn Suomessa, jos kurinpitoseuraamuksena on määrätty varoitus tai kurinpitosakko, jollei tuomioistuin toisin määrää. Tältä osin ratkaisu lienee helpommin hyväksyttävissä, koska seuraamusvalikoimassa ei ole käytössä arestia eli vapaudenmenetystä.

Mitä sitten tulee ”siviilirikoksiin” eli lähinnä pahoinpitelyihin, varkauksiin, vahingontekoihin ja paikallisen virkamiehen tai järjestyshenkilön vastustamisiin, Suomen rikoslain soveltamisala on laaja. Kaikki suomalaisessa aluksessa tai ilma-aluksessa tehdyt rikokset voidaan rangaista Suomessa rikoslain 1 luvun 2 §:n (626/1996) mukaan. Lisäksi kaikki suomalaisen tai Suomessa pysyvästi

asuvan ulkomaalaisen ulkomailla tekemät rikokset kuuluvat suoraan Suomen rikoslain soveltamisalaan 1 luvun 6 §:n (626/1996) mukaan.

Lähtökohtaisesti meillä edellytetään kaksoisrangaistavuuden vaatimuksen täyttymistä, josta säädetään rikoslain 1 luvun 11 §:ssä (626/1996). Niin sanotut kansainväliset rikokset, joista säädetään saman luvun 7 §:ssä (626/1996) ja sen nojalla annetussa asetuksessa (627/1996), muodostavat kuitenkin merkittävän poikkeuksen. Yhä useampi rikos määritellään kansainväliseksi, ja esimerkiksi huumausainerikos tai lapsen seksuaalinen hyväksikäyttö rangaistaan suomalaisen tekemänä Suomessa – riippumatta siitä, oliko teko rangaistava tekomaas- saan. Prosessuaalisesti tapauksiin liittyy usein vaatimus valtakunnansyyttäjän syytemääräyksestä rikoslain 1 luvun 12 §:n (205/1997) mukaisella tavalla.

Suomalainen kriisinhallintasotilas on suojattu erityisjärjestelyillä tehokkaasti kohdealueen lainkäyttövallasta, samoin kuin muiden kriisinhallintaan osallistu- vien valtioiden lainkäyttövallasta. Tulkintani mukaan tämä pätee myös Pohjois- maiden ja EU:n lainkäyttövaltaan, vaikka näillä alueilla sinänsä myös oman kansalaisen luovuttaminen on mahdollista. PFP SOFA:n mukaan yksinomaista tuomiovaltaa käyttää sotilaan lähettäjävaltio.

Suomalaiseen tai Suomen valtioon kriisinhallinnassa kohdistunut rikos

Kaikki Suomeen tai suomalaiseen kohdistuneet rikokset kuuluvat Suomen lain- käyttöpiiriin rikoslain 1 luvun 3 ja 5 §:ien (626/1996) nojalla. Esimerkiksi jos rikoksella on – riippumatta tekijänsä kansallisuudesta tai tekopaikasta – ”vaka- vasti loukattu tai vaarannettu Suomen sotilaallisia oikeuksia”, asia voidaan käsi- tellä Suomessa Suomen rikoslain mukaan. Niin ikään jos suomalaiseen tai Suo- messa pysyvästi asuvaan ulkomaalaiseen kohdistuu ulkomailla rikos, se voidaan käsitellä Suomessa, mikäli teosta Suomen lain mukaan voi seurata yli kuusi kuu- kautta vankeutta tai mikäli kyse on ns. kansainvälisestä rikoksesta.

Periaatteessa siis sekä suomalaisten tekemät ”siviilirikokset” että heitä vas- taan tehdyt ”siviilirikokset” voidaan käsitellä Suomessa. Käytännössä näin ei tapahdu kansainvälisessä rikosasioiden oikeusavussa olevien ongelmien vuoksi. Ehkä suomalaiseen oikeuskäsittelyyn ei ole syytäkään. Esimerkiksi suomalaisil- ta kriisinhallintajoukoilta Kosovossa aseita varastaneen tai sellaista yrittäneen teko onkin paras hoitaa tavalla tai toisella paikan päällä, paikallisessa tuomiois- tuimessa.

Tässä suhteessa eri maiden kriisinhallintajoukoilla on kovin erilaisia yhteis- työn muotoja paikallisten viranomaisten kanssa. Osassa maita nämä jutut pyri- tään viemään paikallisiin tuomioistuimiin sen jälkeen, kun paikallisiin poliisi- ja syyttäjäviranomaisiin on oltu säännöllisessä yhteydessä; osassa maita ”tyydy- tään kohtaloon” ja annetaan enemmän vaivan välttämiseksi kohdemaan kansa-

laisten tekemät rikokset jäädä tarkemman tutkinnan ulkopuolelle, jos kansallinen lainkäyttöjärjestelmä ei toimi.

Kansainvälinen oikeusapu rikosasioissa on usein liian jäykkä ja hidas menettely – etenkin, kun otetaan huomioon se pääsääntö, että oman maan kansalaisia ei yleensä luovuteta koskaan ulkomaille. Suomalainen kriisinhallintayksikkö voi lähinnä ilmoittaa Suomeen tai suomalaiseen kohdistuneesta rikoksesta paikallisille viranomaisille, jotka hoitavat asian omalla tavallaan paikallisen lainkäyttöjärjestelmän puitteissa.

Jos rikoksen suomalaista kriisinhallintasotilasta vastaan tekee toinen kriisinhallintasotilas, sovellettavaksi tulee puolestaan edellä selostettu järjestelmä, jonka mukaan sotilaan lähettänyt valtio vastaa tuomiovallan käytöstä. Tämä pätee myös pohjoismaalaisiin ja EU-kansalaisiin.

Vahingonkorvausvastuu

Kriisinhallintahenkilöstöön kuuluvilla on mukanaan yksityisomaisuuttaan ja he voivat myös tietyissä palvelustehtävissä käyttää ja pitää hallussaan yksityisomaisuuttaan. Normaalisissa palvelustilanteissa tapahtunut tällaisen omaisuuden vahingoittuminen tai tuhoutuminen ei ole vahingonkorvauslain (412/1974) perusteella korvattavaa vahinkoa, koska minkään tahon tuottamusta vahingon aiheutumiseen ei voida käytännössä osoittaa. Kriisinhallintaoperaatiossa palvelevalla sotilaalla ei siis ole normaalin vahingonkorvausoikeuden perusteella mahdollisuutta saada valtiolta – tai vahingon aiheuttajalta – korvausta tällaisessa tilanteessa vahingoittuneesta tai tuhoutuneesta omaisuudesta.

Rauhanturvaamislain 16 §:ssä on asiaa koskeva erityissäännös. Vaikka käytännössä ongelma ei ole suuri – vuositasolla muutama tuhat euroa aiheutuneita vahinkoja –, myös uuden kriisinhallintalain 22 §:ssä säädettäisiin sotilaan oikeudesta saada korvaus valtion varoista. Vahinkotapahtuman on liityttävä palvelustehtävän suorittamiseen. Vahinko korvataan, jos se on esimerkiksi aiheutunut palvelustehtävään kuuluvan työsuorituksen yhteydessä. Palvelustehtävällä tarkoitetaan niitä tehtäviä, joita kriisinhallintatehtävässä palveleva sotilas saa sotilasesimiehiltään tai joita hänen edellytetään suorittavan palvelusasemansa perusteella. Lepovuorossa tai palvelusvapaalla olevilla sotilailla ei ole tätä oikeutta vahingonkorvaukseen, vaikka he oleskellisivatkin palvelusalueella. Korvattavan yksityisen omaisuuden on oltava sellaista, että kriisinhallintaoperaatiossa palvelevalla sotilaalla on perusteltua syytä käyttää sitä palvelustehtävää suorittaessaan, kuten rannekello tai silmälasit.

Mikäli puolestaan suomalaissotilas on rikoksen uhrina, rikosvahinkolaki (935/1973) tulee sovellettavaksi. Lain 2 a §:n mukaan jos rikos on tehty Suomen ulkopuolella, suoritetaan korvausta vain henkilövahingosta. Rikoksen uhrin tulee asua pysyvästi Suomessa ja hänen oleskelunsa ulkomaille on täytynyt johtua

esimerkiksi työstä. Perinteinen suomalaiselle vahinkoa aiheuttaneen ulkomaalaisen henkilön korvausvastuun toteuttaminen lienee käytännössä lähes mahdotonta, ja rikosvahinkolaki lienee ainoa todellinen oikeussuojatie suomalaissotilaille.

Mikäli taas suomalainen kriisinhallintasotilas itse aiheuttaa kohdemaassaan vahinkoa, esimerkiksi ajamalla huolimattomuudellaan liikennekolarin sotilasajoneuvolla tai tuhoamalla kotietsinnän yhteydessä tarpeettomasti omaisuutta, Suomen tuomiovaltaa koskeva säännös periaatteessa soveltuu. Käytännössä tällaisissa paikallisissa liikennekolareissa ja muissa vastaavissa tapauksissa lienee pyritty varsin vapaamuotoisiin sopimuksiin ”paikan päällä”.

Kuten edellä korostin, tapausta ei voida käsitellä kohdealueen tuomiovallan piirissä, ja Suomessa toteutettava vahingonkorvausvastuu lienee käytännössä mahdotonta toteuttaa. Tässäkin suhteessa käytännöt vaihtelevat. Joissakin kriisinhallintajoukkoja lähettävissä maissa kohdealueen siviiliväestölle aiheutettuja vahinkoja ei korvata lainkaan, joissakin korvataan erilaisin oikeudellisesti epäselvin menettelyin.

Tapaustyyppiin soveltuvat Suomessa työnantajan korvausvastuuta koskevat säännökset työntekijän aiheuttaessa työtehtävissään ulkopuoliselle henkilölle vahinkoa.

LOPUKSI

Kansainväliseen kriisinhallintaan liittyy paljon muitakin kysymyksiä kuin se, voidaanko operaatioihin lähteä YK:n turvallisuusneuvoston sijasta pelkällä EU:n mandaatilla. Kansainvälisen turvallisuusympäristön muutokset pakottavat meidät miettimään mandaattikysymysten ohella ennen kaikkea voimakeinojen käytön kansallisia rajoja kriisinhallinnassa. Mihin voimakeinoin olemme valmiita antamaan valtuutuksen suomalaissotilaille? Milloin riskit Geneven sopimusten rikkomisesta nopeasti etenevissä tilanteissa koskevat myös meitä eivätkä ainoastaan perinteisiä NATO-suurvaltoja?

Samalla joudumme miettimään, missä määrin olemme valmiit nykyistä enemmän voimankäyttöä edellyttäviin hankkeisiin muiden asettamilla ehdoilla ja missä määrin haluamme jatkossakin itse määritellä voimankäytön rajat operaatiokohtaisesti. Kuinka yhteisiä ja monoliittisia kansainvälisten kriisinhallintaoperaatioiden tulee olla? Yksityiskohtiaan myöten vai ainoastaan yleisellä, operatiivisella tasolla?

Sotilasrikosoikeudellinen ja sotilaskurinpidollinen tuomiovalta on periaatteessa johdonmukaisesti järjestetty suojaamaan suomalaista kriisinhallintaan osallistuvaa sotilasta, mutta siihenkin liittyy monia käytännön ongelmia, oli rikoksentekijänä ja rikoksen uhrina sitten suomalaissotilas, ulkomainen kriisinhallinta-

lintasotilas tai kohdealueen asukas. Vahingonkorvauksissa ongelmat ovat samaa luokkaa. Asioista pitäisi puhua perusteellisemmin kuin nyt tapahtuu. Monikan-salliset joukot tuovat mukanaan useita uusia tai ainakin uudella tavalla painottu-via kansainvälisen rikosoikeuden ja rikosprosessioikeuden ongelmia. Onko krii-sinhallintaan osallistuvan sotilaan oikeusturvasta pidetty huolta, oli hän sitten sotilas- tai muusta rikoksesta syylliseksi epäilty taikka rikoksen asianomistaja?

Lopuksi onnea Raimolle merkkipäivän johdosta! Raimolla on laaja, syvälli-nen ja pitkäaikainen kokemus kansainvälisen rikosoikeuden alueelta. Tämän ar-tikkelin teeman valitsin Raimon uusimman kansainvälisen rikosoikeuden tehtä-vän innoittamana. Onnea myös tuomarintoimen johdosta!

Jussi Ohisalo

Rikosprosessi viestintänä: marginaalista ydinalueelle?

Tämän kirjoituksen lähtökohta on, että rikosprosessissa tapahtuva keskustelu tulee nähdä osana niitä sosiaalisia käytäntöjä, jotka määrittävät rikollisen käytäytymisen alan. Tällaisena oikeudellisena käytäntönä se soveltuu parhaiten materiaalsen rikosoikeuden näkökulmasta tutkittavaksi. Kommenttini pohjautuu osittain Laura Ervon tuoreessa väitöskirjassaan esittämään.¹ Luonnostelen loppuksi lyhyesti niitä lähtökohtia, joista käsin rikosprosessin viestinnän normatiivisen mallin perusteleminen on nähdäkseni mahdollista.² Vaikka jälkimmäinen elementti saa volyymiin nähden etusijan, näen kirjoitukseni puheenvuorona siinä keskustelussa, jota myös Ervo on käynyt.

RIKOSPROSESSIN DISKURSIIVISUUS

Ervon tutkimus koostuu kolmesta tasosta: oikeusteoreettinen, kansainvälinen ja kansallinen.³ Analyysin valossa on helppo yhtyä hänen keskeiseen tulokseensa yleisellä tasolla, toisin sanoen, että Euroopan ihmisoikeussopimuksen vaatimukset edellyttävät oikeudenkäynniltä kommunikatiivisuutta. Myös yleinen lopputulos siitä, että diskursiivisuus (parhaan argumentin voimaan perustuvan keskustelun merkityksessä) on oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin keskeinen tekijä, on hyväksyttävä.⁴ Sen sijaan näiden tavoitteiden toteuttamiseksi tarjottu ideaalin puhetilanteen malli ei vakuuta.⁵

¹ Ervo, *Laura*, Oikeudenmukainen oikeudenkäynti, Helsinki 2005. Ervo on kirjoittanut aiheesta aiemminkin, Ervo, *Laura*, Pääsykoekirja 2/2000 ja Ervo, *Laura*, Materiaalinen prosessinjohto rikosprosessissa ja menettelyn diskursiivisuus, teoksessa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 40 vuotta, Turku 2001.

² Tässä luonnosteltu tarkastelutapa lainaa aineksia useasta eri suunnasta paitsi oikeustieteen ja eri kriminaalitieteiden sisällä, myös niiden ulkopuolelta. Tällaisena se tavoittelee prof. Lahden usein korostamaa monitieteellistä ja oikeudenalarajat ylittävää lähestymistapaa. Se, onko tavoitteessa yhtään onnistuttu tai onko omaksuttu lähtökohta potentiaalisesti hedelmällinen, on luonnollisesti yksin kirjoittajan vastuulla.

³ Ervo 2005 s. 426.

⁴ En tässä tilanpuutteen vuoksi paneudu Robert Alexyn esityksille perustuvaan ideaalin puhetilanteen juridiseen sovellukseen. Viitataan Ervon tutkimukseen ja Alexyn tutkimukseen, joka on ilmestynyt myös englanniksi. (Alexy, *Robert*, A Theory of Legal Argumentation, Oxford 1989).

⁵ Pahoittelen, mikäli olen seuraavassa tehnyt Ervon ajatuksille väkivaltaa.

Tuori on esittänyt, että osallistujien rooleihin ja motiiveihin liittyvät poikkeamat johtavat siihen, ettei Alexyn erityistapausteesiä voida hyväksyä.⁶ Mikäli näin olisi, saisi lainkäyttö osakseen myös diskursiivisuuden legitimoivaa voimaa. Kuitenkaan siitä seikasta, että tuomioistuimen ratkaisu on pätevyysvaatimuksen alainen, ei voida vetää johtopäätöksiä koskien sitä edeltävää prosessia, jossa tuo ratkaisu on tuotettu.⁷ Tuori yhtyy ajatukseen modernille oikeudelle ominaisesta menettelyllisestä legitimititeetistä ja esittää, että menettelyllinen justifikaatioperiaate edellyttää toteutuakseen diskursiivista ideaalia lähestyviä institutionaalisia järjestelyjä. Mikäli kuitenkin esim. rikosprosessia kuvataan rationaalisenä diskurssina, on vaarana että diskurssin ehtojen kriittinen potentiaali menetetään ja se muuttuu käytäntöä legitimoivaksi ideologiaksi.

Ervon mukaan Alexyn erityistapausteesi ja sen sisältämät lukuisat poikkeukset aiheuttavat sen, että (muiden muassa) Tuorin esittämässä kritiikissä on kyse lähinnä painotuseroista.⁸ Kuten seuraavassa esitetään, tuo ideaali on kuitenkin saavuttamaton, ja voi pahimmillaan muodostaa todellisia käytäntöjä naamioivan ja perusteettomasti legitimoivan diskursiivisen kaavun.⁹

Ervon tutkimuksesta on luettavissa, että diskursiivisuuden ydinsisältö voidaan jakaa kahteen keskeiseen vaatimukseen. Toisaalta sen muodostavat asianosaisen oikeudet osallistua prosessiin ja toisaalta saada sen päätteeksi perusteltu ja oikeudenkäyntiaineistoon perustuva päätös.¹⁰

Osapuolten kannalta kontradiktorisuus edellyttää etenkin, että osapuolia informoidaan kaikesta oikeudenkäyntiaineistosta ja heille varataan mahdollisuus kommentoida ja myös itse tuottaa aineistoa. Tähän aktiiviseen osallistumiseen kuuluu paitsi muodollisen tilaisuuden varaaminen, myös konkreettisten ja todellisten mahdollisuuksien luominen, esimerkiksi tarjoamalla heikommalle osapuolelle (syytetylle) oikeusapua.¹¹

Tuomion perustelut puolestaan suodattavat prosessissa käydyn keskustelun ja palauttavat sen takaisin asianosaisille, toimien eräänlaisen ”kommunikaation kruununa”. Mikäli olisi niin, että perustelut todella olisivat luotettava väline ku-

⁶ Tuori, Kaarlo, Oikeus, valta ja demokratia, Helsinki 1990, s. 262.

⁷ Tuori, Kaarlo, Kriittinen oikeuspositivismi, Helsinki 2000, s. 128–130, Tuori, Kaarlo, Oikeuden rationaalisuus. Max Weber ja Jürgen Habermas oikeuskehityksen tulkitsijoina, Helsinki 1988, s. 167–168.

⁸ Ervo 2005 s. 434.

⁹ Ervo 2005 s. 438 ei näe tässä ongelmallisuutta: ”Reaalisten diskurssien poikkeavuudet ideaaliseen puhetilanteeseen nähden eivät kuitenkaan ole peruste hylätä oikeudenmukaisen menettelyn tavoitetta.”

¹⁰ Tähän luonnollisesti liittyy myös menettelyn suullisuuteen ja välittömyyteen liittyviä ja muita prosessin järjestämiseen liittyviä tekijöitä, mutta ydinsisältö varsinaisen kommunikaation kannalta on nähdäkseni tämä. Ervo 2005 s. 113–232.

¹¹ Ervo 2005 s. 425–426.

vaamaan sitä, miten osapuolten esitykset on otettu vastaan, tämä ehkä pitäisi paikkansa.¹² Näin ei kuitenkaan välttämättä ole. Ratkaisija voi tarkoituksellisesti esittää sellaiset fasadiperustelut, jotka eivät kuvaa todellisia ratkaisuperusteita. Hän voi näennäisen aktiivisesti toimien turvata syytetyn osallistumisoikeuden ja antaa monipuolisesti perustellun päätöksen, joka ei kuitenkaan heijasta niitä todellisia syitä, joilla asia on ratkaistu. Perustelun sanavalinnoilla ei ole välttämättä yhteyttä siihen yksilölliseen motivaatioprosessiin jolla ratkaisuun on päästy. Ratkaisija voi käyttää jotain tiettyä sanajoukkoa rutiininomaisesti juuri siitä syystä että se näyttää ulospäin voimassa olevan oikeuden mukaan hyväksyttävältä.¹³ Tuomari voi myös olla siinä määrin omien tapausta tai osapuolia koskevien ennakkokäsitystensä vanki, ettei kykene ottamaan vastaan muuta kuin tuon käsityksen kanssa sopusoinnussa olevaa informaatiota. Legitiimin prosessin ydin ei olekaan mahdollisuus vain osallistua keskusteluun ja saada perusteltu päätös, vaan etenkin saada sanomansa otetuksi vakavasti. Tämä vaatii huomion kiinnittämistä ennen kaikkea niihin yksilöpsykologisiin ja sosiaalisiin prosesseihin, joiden kautta informaatio prosessissa kulkee.

Diskursiivisuuden prosessioikeudellisen tarkastelun katvealueet

Ervon prosessuaalista lähestymistapaa rasittaa kaksi keskeistä puutetta. Ensinnä siinä ei tehdä riittävää eroa prosessilajien substanssin välillä. Rikosoikeudessa on soveltamistasolla kyseessä tarkoituksellisen pahan aiheuttamisesta rikokseen syyllistyneelle. Esimerkiksi syytetyn aseman erityisluonne ei tyhjenny siihen, että hänen on pakko osallistua keskusteluun (joskin voi siinä vaieta). Olennaisempaa on, että rikosoikeudenkäynnin päätteeksi syytetylle voidaan langettaa rangaistus.¹⁴ Tämän rangaistuksen käyttö tuleekin ottaa lähtökohdaksi, joka erottaa prosessilajit toisistaan. Tämän lähtökohdan tulisi välittyä myös prosessin keskustelua koskevaan tarkasteluun.

Suhteessa viestintään rikosprosessissa osana rikosoikeudellisen järjestelmän kokonaisuutta, voidaan tukeutua konsensus- tai konfliktilähtöiseen malliin yhteiskunnasta.¹⁵ Konsensusmallin mukaan yhteiskunta on suhteellisen pysyvä ja integroitunut rakennelma. Sen kaikilla osilla on jokin funktio, joiden kautta sys-

¹² Ervo näyttäisi edellyttävän näin, *Ervo* 2005 s. 420–421.

¹³ Esimerkiksi rikosoikeudellinen seuraustahallisuus voidaan perustella tietyllä sanajonolla (”on pitänyt varsin todennäköisenä”), jolloin ratkaisu näyttää ulospäin hyväksyttävältä. Käytetyt sanavalinnat eivät kuitenkaan kerro mitään siitä, mitä tällä on tarkoitettu.

¹⁴ Syytetyn alisteista asemaa rikosprosessissa on korostanut mm. *Kaufmann, Arthur*, Hauptverhandlung in Strafsachen als rationaler Diskurs, teoksessa *Dogmatik und Praxis des Strafverfahrens*, toim. Heike Jung – Heinz Müller-Dietz, Berlin 1989.

¹⁵ *Quinney, Richard*, *The Social Reality of Crime*, Boston 1970, s. 9–10.

teemiä pidetään yllä. Rakennelman toimivuus riippuu suhteellisen yhtenäisestä arvomaailmasta. Konfliktimalli sen sijaan olettaa, että yhteiskunta on altis muutokselle ja sen joka osa-alueella havaitaan konflikteja ja dissensusia. Yhteiskunnan pysyvyys perustuu joidenkin ryhmien toisiin kohdistamaan pakkoon. Yhteiskunnallisilla konflikteilla on epäilemättä vaikutuksensa demokraattisen prosessin kautta myös lainsäädäntöön ja myös niiden ylläpitämisestä vastuussa olevien organisaatioiden toimintaan. On kuitenkin liian suoraviivaista vetää yhteys yksittäisten tapausratkaisujen ja yhteiskunnallisten konfliktien välille, vaikka nämä muodostavatkin soveltamisprosessin yhteiskunnallisen taustan.

Konfliktimallin taustaa vasten ei kuitenkaan voida ajatella, että rikosprosessin keskustelua tulisi luonnehtia konsensuksen tavoitteluksi. Prosessin päätteeksi syyttäjät palaa kotiinsa, syytetty usein vankilaan. Kyse ei ole suoranaisesti näiden henkilöiden tai heidän edustajiensa välisestä, arvoihin tai yhteiskuntaluokkiin liittyvästä, vaan funktionaalisesta konfliktista.¹⁶ Voidaan esimerkiksi kuvitella puolustusasianajajasta syyttäjäksi (tai päinvastoin) siirtyvä henkilö, jonka näkökulma oikeuteen ja esille tuleviin juttuihin muuttuu, mutta yhteiskunnallinen asema ja arvot silti pysyvät samana. Samantyyppinen näkökulman muutos tapahtuu asianajajan lähestyessä juttua milloin syytetyn, milloin asianomistajan näkökulmasta.

Toisekseen Ervo ei kiinnitä huomiota todellisten keskustelujen piirteisiin, vaan keskittyy lähinnä positiivisen oikeuden tarjoaman kehikon asettamien rajoitusten analysointiin. Sellaisena se heijastelee prosessioikeustieteessä valitsevaa käsitystä tutkimuskohteensa alueesta, suhteessa materiaalliseen oikeuteen ja prosessin empiiriseen tutkimukseen. Suomalaista prosessioikeudellista paradigmaa onkin kritisoitu viimeaikaisissa tutkimuksissa, joista voidaan mainita Vaula Haaviston ja Kaijus Ervastian uudehkot väitöskirjat.

Haavisto kritisoi siviiliprosessiuudistuksen ympärillä käytyä keskustelua mm. teknisiin yksityiskohtiin keskittymisestä ja siitä, että se tarjosi vain vähän konkreettisia toimintamalleja prosessin toimijoille.¹⁷ Haavisto korostaa, että konkreettisten toimintatapojen muutosten ei voida olettaa tapahtuvan pelkillä lainsäätäjän toimenpiteillä, vaan huomioon tulee ottaa myös paikallisten ja yksilöllisten toimintamallien ja tottumusten vaikutus. Muutos tulee käsittää paitsi ylhäältä-

¹⁶ Konfliktihan konkretisoituu syyttäjän ja (useimmiten) puolustusasianajajan välillä. Näillä lakimiehinä on suunnilleen sama sosioekonominen tausta, kenties myös arvomaailma. Yhtä tärkeää on, että konfliktia ei ymmärretä myöskään pelkästään yksittäisenä interaktiona. Tilannetta hallitsevat aina vastaavien kielten suhteet, suhteet jotka vallitsevat näitä kahta diskurssia käyttävien ryhmien välillä. *Bourdieu, Pierre*, Sosiologian kysymyksiä, Jyväskylä 1985, s. 115.

¹⁷ *Haavisto, Vaula*, Court work in transition, Helsinki 2002, s. 35.

päin saneltuna, myös ”alhaalta”, ruohonjuuritasolta kumpuavana prosessina.¹⁸ Tämä luonnollisesti edellyttää ymmärrystä siitä, miten ruohonjuuritason käytännöt todellisuudessa toimivat.

Ervasti kritisoi prosessioikeudellista paradigmaa vielä kärkkäämmin kuin Haavisto. Hänen mukaansa ”perinteinen prosessioikeus on usein ollut sisäänpäin kääntynyttä ja keskittynyt pitkälti välitöntä käytäntöä hyödyttävään tulkintajuridiikkaan”.¹⁹ Ongelmallisena hän pitää prosessioikeudellisen tutkimuksen rajamista oikeusdogmaattiseksi, jonka tutkimuskohteena ovat vain normit.²⁰

Jutun rakentamisen prosessin ja sen merkityksen ymmärtäminen on hankalasti sovitettavissa yhteen prosessioikeudellisen paradigman tiedonintressin ja taustatoumusten kanssa. Tästä syystä, ja siksi, että rikosoikeudellisen järjestelmän erityisluonne ja siitä aiheutuvat erityisvaatimukset, lähinnä lainkäytön ennustettavuus, tulevat paremmin huomioon otetuiksi materiaalisen rikosoikeuden yhteydessä katson, että prosessin keskustelu tulee ymmärtää osana rikosoikeusjärjestelmää ja sen osana sen jäsenitys tulee tapahtua konfliktimallista käsin.

RIKOSOIKEUS JA OIKEUDELLISET KÄYTÄNNÖT

Oikeustieteen ydinalueen eli lainopin tutkimustehtäväksi on katsottu oikeutta koskevien tulkintojen esittäminen, eikä toimintaa oikeusjärjestyksen puitteissa ole otettu suuremman huomion kohteeksi.²¹ Rikosoikeus voidaan jakaa eri kriminaalitieteisiin, ja rikosoikeusjärjestelmän toiminta on kuulunut lähinnä kriminologisen tai kriminalistisen tutkimuksen alaan.²² Oikeuden positiivisuuden korostaminen voidaan nähdä modernin oikeuden vastarintana suhteessa luonnonoikeudellisiin ajattelumalleihin.²³ Oikeus, ja siten myös rikosoikeus, on lainsäätäjän (mutta ei muiden) päätöksin muutettavissa.

¹⁸ Haavisto 2002 s. 305: ”The findings and conclusions of this study seem to encourage the laying aside of the idea of organizational change as merely forceful breakthroughs dictated from above, and the recognition that it is also gradual, often consisting of small but interconnected alterations and adjustments from below.”

¹⁹ Ervasti, *Kaijus*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, Helsinki 2004, s. 10.

²⁰ Ervasti 2004 s. 9.

²¹ Kuten tunnettua, *Tuori* katsoo myös oikeudellisten käytäntöjen kuuluvan oikeuteen. Konkreettisia välineitä noiden käytäntöjen tutkimiseen hänen kirjoituksistaan ei kuitenkaan liene saatavissa. *Tuori* tosin luonnehtii oikeudellisia käytäntöjä nimenomaan viestintäkäytännöiksi, johtuen oikeuden erottamattomasta yhteydestä kieleen. *Tuori*, *Kaarlo*, Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt, Helsinki 2003, s. 13–15, ks. myös *Tuori* 2000 s. 138, 147.

²² Kriminaalitieteiden luokittelusta *Frände*, *Dan*, Yleinen rikosoikeus, Helsinki 2005, s. 3–8, *Jareborg*, *Nils*, Allmän kriminalrätt, Uppsala 2001, s. 19–21 ja *Backman*, *Eero*, Oikeustiede yhteiskuntatieteenä, Helsinki 1992, s. 50–61.

²³ *Tuori* 2000 s. 163–170.

Rikosprosessi ja kriminalisointi

Jotta oikeudelliset käytännöt voidaan sisällyttää rikosoikeustutkimukseen, tulee ”kriminalisointi” käsittää tietyllä tavalla. Olennaista ei ole vain abstraktien rangaistussäännösten laatiminen, vaan myös niiden soveltaminen. Kyse on nimenomaan jonkin rikoksen merkityksen määrittämisestä.²⁴ Kriminalisoinnista vastaavat valtion organit eivät ole homogeeninen yksikkö, vaan kriminalisointi sisältää useita toisistaan eroavia instansseja ja niiden puitteissa useita toisistaan poikkeavia sosiaalisia prosesseja. Rikollisen käyttäytymisen alan määrittäminen on pikemminkin monimutkainen ja dynaaminen luokittelun ja valinnan kuin staattinen deduktiivisen päättelyn prosessi, jossa johtopäätökset suoraviivaisesti johdetaan annetuista premissistä. Käsitettäessä kriminalisointi laajemmin valtiolliseksi reaktioksi rikosoikeuden keinoin, edellytetään näiden erilaisten prosessien huomioonottamista tutkimuksessa.²⁵ Yleisellä tasolla määritellyt rikosten luokat sisältävät useita sävyjä ja merkityksenanto niiden puitteissa ei ole sidottu siihen joko/tai-luonteeseen, joka on rikoslain kriminalisoinnille lain tasolla ominainen. Myös merkityksen rakentuminen prosessin ajallisella jatkumolla tulee ottaa huomioon.²⁶

Ajatus rikollisuudesta lainsäätäjän ja kontrollikoneiston valintoihin perustavana ilmiönä on ollut tunnusomainen kriminologian kriittisille suuntauksille, niiden keskittyessä rikosoikeudellisen järjestelmän käyttöön vallan välineenä.²⁷ Tällöin oikeudellisten määrittelyjen lainsäätäjistä riippuva luonne näyttäytyy erivalossa. Kuten Nelken asian ilmaisee: ”The political motivation for showing that ”censures” are socially defined is to offer a critique of the pretence that neutral choices shape criminal law and its implementation.”²⁸

²⁴ Rikoksen ja deliktin erottelusta *Frände* 2005 s. 2–3. On makuasia mitä termejä käytetään. Olennaista on nähdä yleisen rangaistusuhun asettaminen ja rangaistuksen langettaminen yksittäistapauksissa kiinteässä yhteydessä toisiinsa, samalla merkityksenannon jatkumolla.

²⁵ *Lacey, Nicola*, Contingency and Criminalisation, teoksessa *Frontiers of Criminality*, toim. Ian Loveland, London 1995, s. 16: ”Whilst formal legal proscription is certainly one important index of how a society draws the ’boundaries of criminality’, it cannot be regarded as anything more than a preliminary and highly flexible interpretive move in a long and complex set of social processes.” Tästä Lacey johtaa vaatimuksen sisällyttää myös muita prosesseja kuten esim. poliisin ja syyttäjän toiminnan kriminalisoinnin tutkimuksen alaan. Samantyyppistä ymmärrystä peräänkuuluttaa myös *MacCormick*, teoksessa *MacCormick Neil – Weinberger, Ota*, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht 1986, s. 74.

²⁶ Teoksessa *Quinney, Richard – Wildeman, John*, *The problem of crime: a Critical Introduction to Criminology*, New York 1977, s. 8–10 jaotellaan rikoksen käsitteelle eritasoisia merkityksiä riippuen siitä prosessin vaiheesta, josta kulloinkin on kyse.

²⁷ *Taylor, Ian – Walton, Paul – Young, Jock*, Editors’ Introduction, teoksessa *Critical criminology*, toim. Taylor, Ian – Walton, Paul – Young, Jock, London 1975, s. 1–5. Oikeudellisen näkökulman tärkeyttä korostaa *McBarnet, Doreen*, *Conviction*, Oxford 1981, s. 1–9.

²⁸ *Nelken, David*, *Reflexive criminology?*, teoksessa *The Futures of criminology*, toim. Nelken, David, London 1994, s. 7.

Sen myöntäminen, että kriminalisointi on inhimillisten ja sosiaalisten päätöksentekoprosessien tuotosta ja sellaisena historiallisesti ja poliittisesti kontingentti, on välttämätöntä, sillä rikosoikeuden ala ei suinkaan rajoitu johonkin yhteisen moraalien ydinalueeseen, vaan sitä voidaan käyttää ja käytetään sujuvasti erilaisen sääntelytarpeiden tyydyttämiseen yhteiskunnassa.²⁹ Ei ole syytä kuitenkaan ”heittää lasta pesuveden mukana” tekemällä tästä havainnosta liian suoraviivaisia yleistyksiä. Rikosoikeusjärjestelmä tulee ymmärtää monitasoisena ja hienovaraisena merkityksenannon prosessina, jossa normia luova elementti on löydetävissä jokaiselta tasolta. Rikollisuus rakentuu pitkän päätöksenprosessien sarjan kautta.³⁰ Abstraktit kiellot eivät ole lopullista merkityksenantoa, vaan vasta tulkinnan raaka-aineita. Oikeustapausten tosiasiakuvaukset eivät myöskään ole objektiivisia tosiasioita, joita tulkitaan, vaan tulkinnan objekti on aina enemmän tai vähemmän tulkitsijan omien ennakkokäsitysten konstituoina.³¹ Joidenkin tekojen lähtökohtaisesti läheisempää yhteyttä moraaliin ei kuitenkaan voida kiistää. Rikosprosessissa teoille annetut merkitykset eivät ole vain kulloinkin vallalla olevien intressien ajamien luokitteluprosessien tuotetta. Tämä johtaisi myös kielämään rikollisten tekojen aiheuttaman kärsimyksen ja vahingot.³²

Prosessuaalista sääntelyä, materiaalisien oikeuden normeja ja ratkaisutoiminnan todellista luonnetta ei voida tarkastella toisistaan erillisinä. Merkitysten rakentumista prosessissa on tarkasteltava rikosoikeudellisesta normistosta tai tapauksen faktoista (tai muista syistä) aiheutuvia rajoituksia sivuuttamatta.³³

²⁹ Lahti, Raimo, Kohti 2000-luvun rikosoikeutta, Lakimies 1995, s. 942.

³⁰ Christie, Nils, Four Blocks against Insight, Theoretical Criminology 1997, s. 20. ”Crime is not the object but the product of criminal policy. Criminalisation is one of the many ways to construct social reality.”

³¹ Tontti, Jaakko, Hans-Feorg Gadamer – oikeus, traditio ja tulkinta, teoksessa Filosofien oikeus 2, Helsinki 2001 s. 235. Viranomaisten päätöksenteon tutkimuksessa tämänsuuntainen näkökulma on myös tunnustettu. Hawkins, Keith, Law as Last Resort, Oxford 2002 s. 31: ”Indeed, the approach does not make the positivist assumption that decision-makers employ ‘criteria’ or ‘factors’ in their decision-making, nor that the use of certain criteria or factors leads inexorably to a particular outcome. Instead, the decision-makers are regarded as ascribing meaning to salient features in a case. Decisions are treated as interpretive practices.” Prosessin toimijan näkökulmasta Tolvanen, Matti, Tosiseikat rikosprosessissa, teoksessa Rikos, rangaistus ja prosessi, Juhlajulkaisu Eero Backman, Jyväskylä 2005, s. 306–310.

³² Young, Jock, Working-class criminology, teoksessa Critical Criminology, s. 89, Ks. myös Nelken 1994 s. 17.

³³ Tässä käyttökelpoisesta ”maltillisesta konstruktionismista” ks. Heiskala, Risto, Toiminta, tapa ja rakenne, Helsinki 2000, s. 197: ”Käsite konstruktionismi on vakiintumassa yleisnimitykseksi joukolle erilaisia ihmistieteellisiä lähestymistapoja, joiden mukaan yhteiskunnallisen todellisuuden olemassaolo on riippuvainen inhimillisissä käytännöissä syntyvistä kulttuurisista rakenteista.”

Rikosprosessi ja institutionaalinen oikeusteoria

Tutkimuskohteen ”laajennuksen” ohella tarvitaan oikeudellisten käytäntöjen relevanssin hahmottamiseksi myös tietynlainen oikeudellinen taustateoria. Institutionaalinen oikeusteoria näyttäisi kykenevän käsittelemään oikeutta näkökulmasta jolla voidaan ylittää perinteisiä katsomuseroja suhteessa yksittäisnormien ja (etenkin) niiden asettajien toimintaan nähden.³⁴ Institutionaalisen oikeusteorian pyrkimyksenä on tarjota oikeusteoria, joka olisi positivistinen siinä mielessä, että se tunnistaisi normeille ideaalisen olemassaolon mutta välttäisi puhtaan oikeusoppiin realististen suuntausten suunnalta kohdistetun idealismikritiikin. Tämä merkitsee normien ideaalisen olemassaolon ja todellisten sosiaalisten prosessien yhteyden korostamista. Tällöin oikeutta ei nähdä deduktiivisena pyramidina, vaan sen jokaiselle tasolle sisältyvän normeja luovan elementin merkitys tunnistetaan avoimesti. Institutionaalinen oikeusteoria poikkeaa kelseniläisestä dynaamisen oikeusjärjestyksen mallista siinä, että se ei näe oikeudellista dynamiikkaa normatiivisen systeemin sisäisenä ja todellisista sosiaalisista prosesseista eristettynä vaan yhteydessä niihin. Institutionaalinen oikeusteoria korostaa normien ja sosiaalisen todellisuuden vuorovaikutusta.³⁵

”Institutionaalisuus” viittaa oikeudellisten entiteettien olemassaolon ideaaliin puoleen. Ne eroavat tässä ”raaoista tosiasioista” (brute facts), jotka ovat fysikaalisina asiantiloina täysin riippumattomia ihmisen sosiaalisesta toiminnasta.³⁶ Institutionaaliset tosiseikat sen sijaan ovat niiden syntyä, kestoja ja olemassaolon päättymistä koskevien sääntöjen verkoston puitteissa sosiaalisesti syntyviä tosiseikkoja, kuten esim. kansainväliset ja henkilöiden väliset sopimukset, urheilukilpailujen pokaalit jne. Niillä on merkitystä lähinnä tämän ideaalisen, merkitysten maailmassa sijaitsevan ontologisen aspektinsa takia. Ne ovat ajatussisältöjä objektiivisessa mielessä.³⁷

³⁴ *Siltala, Raimo*, Oikeutieteen tieteenteoria, Vammala 2003 s. 32: ”Analyyttisen oikeuspositivismin ja analyttisen oikeusrealismin välillä on itse asiassa vain painotusero: edellinen painottaa lainsäätäjän ja muodollisesti pätevällä tavalla voimaan saatetun säädännäisen oikeuden merkitystä, kun taas jälkimmäinen korostaa tuomioistuinten ja muiden virnaomaisten roolia tosiasiallisesti toteutuneen ja myös vastaisuudessa toteutettavissa olevan oikeuden merkityksessä. Molemmat mieltävät oikeuden yhteiskunnallisena tosiasiana, joka on palautettavissa määrättyjen oikeudellisten toimijoiden tekemiin päätöksiin, oli sitten kyse suvereenista lainsäätäjistä tai oikeudellisesti toimivaltaisista tuomioistuimista ja muista lakia soveltavista viranomaisista.”

³⁵ *MacCormick Neil – Weinberger, Ota*, teoksessa *MacCormick Neil – Weinberger, Ota*, An Institutional Theory of Law, Dordrecht 1986, s. 7: ”Legal science without consideration of social reality is unthinkable.”

³⁶ *Ibid.* s. 9.

³⁷ *Ibid.* s. 10, 33. Institutionaalisen tosiasian määritelmän ja esimerkkejä esittää myös *Siltala* 2003, s. 885.

Institutionaalinen olemassaolo on kuitenkin yhteydessä niihin sosiaalisiin instituutioihin, joiden puitteissa normeja (tässä tapauksessa valtion oikeutta) säädetään, valvotaan ja pannaan toimeen. Tällaisia ovat esimerkiksi lakeja säätävät parlamentaariset elimet, tuomioistuimet, poliisi jne.³⁸ Näillä institutionaalisilla toimijoilla on mahdollisuus suorittaa sellaisia puhetekoja, jotka saavat oikeusvaikutuksia. Toisaalta siis oikeusnormien ja niiden instanssien institutionaalinen olemassaolo tunnustetaan, mutta niiden olemassaolo kiinnitetään etupäässä tiettyjen, kulloinkin valtuutettujen henkilöryhmien toimintaan, heidän suorittamiinsa puhetekoihin. Toisaalta joskus myös yksityishenkilöt voivat suorittaa tällaisia puhetekoja.³⁹

Annettaessa viranomaisten soveltamistoiminnalle sijaa oikeudellisena tutkimuskohteena joudutaan omaksumaan perusteltu kanta myös oikeudellisen realismin lähtökohtiin. Kysymys siitä, miten oikeudellisten käytäntöjen tutkimukseen soveltuva oikeudellinen taustateoria olisi muotoiltava etääntymättä liiaksi vallitsevasta juristien itseymmärryksestä, on kuitenkin jätettävä toiseen kertaan ja tyydyttävä oikeudellisten käytäntöjen ja oikeusjärjestyksen sisällön kiinteän vuorovaikutuksen alleviivaamiseen, kuten institutionaalinen oikeusteoria opettaa.

Ennustettavuus viestinnän keskeisenä arvona

Edellä kuvatun oikeusteorian edustamat käsitykset ovat kuitenkin kaukana rikosoikeudessa omaksutuista käsityksistä koskien esim. kielen suhdetta maailmaan.⁴⁰ Käsitys kielestä ja sen tulkinnasta on lukkiutunut abstraktiin merkitysanalyysiin, joka puolestaan perustuu formaaliseen käsitykseen kielestä ja sen käytöstä.⁴¹ Mikäli rikosprosessia halutaan tarkastella oikeudellisena käytäntönä, tarvitaan myös kielen elävän puolen huomioon ottamista.

³⁸ Ibid. s. 41, 74.

³⁹ Mielenkiintoinen kysymys on miten institutionaalista oikeusteoriaa ja sen pohjalla olevaa kielitekojen teoriaa tulisi soveltaa rikosoikeuteen? Helin tekee rinnastuksen oikeudellisten legaali-määritelmien ja kielitekojen teorian tarkoittamien konstitutiivisten sääntöjen välillä. *Helin, Markku*, Kielitekojen teoriasta institutionaaliseen oikeusteoriaan, teoksessa Oikeuden kielet, toim. Jyränki, Antero, Helsinki 1999, s. 49. Häneltä on peräisin myös ajatus institutionaalisten tosiseikkojen kerrostuneisuudesta. *Helin, Markku*, Kielitekojen teoriasta institutionaaliseen oikeusteoriaan, teoksessa Oikeus, kieli ja kritiikki, toim. Hirvonen, Ari ja Tuori, Kaarlo, Helsinki 1990, s. 155. *Tuori* (2000 s. 144–145) on puolestaan soveltanut tätä oikeudellisen pitämisen tuottamisen kuvauksena. Näistä elementeistä voitaisiin rakentaa institutionaalisten tosiasioiden jatkumo, jossa raja ulkomaailman tapahtumien ja prosessin toimijoiden kielitekojen (laajasti ymmärrettynä) välillä ei olisi niin dramaattinen kuin nyt.

⁴⁰ Erottelusta delikteihin ja rikoksiin ks. *Frände* 2005 s. 3. Oikeustieteen formalistisesta kielikäsitteestä yleisesti *Wennström, Bo*, The lawyer and language, Uppsala 1996.

⁴¹ Formaalisesta ja funktionaalisesta kielikäsitteestä tiivistetysti ks. *Luukka, Minna-Riitta*, Näkökulma luo kohteen: Diskurssintutkimuksen taustaoletukset, teoksessa Kieli, diskurssi ja yhteisö, toim. Sajavaara, Kari – Piirainen-Marsh, Arja, Jyväskylä 2000, s. 135–140.

Rikosoikeudellisen tulkinnan kulmakivi, legaliteettiperiaate, heijastaa rikosoikeudelliseen paradigmaan kuuluvaa käsitystä tutkimuskohteestaan sitomalla tarkastelun ensi sijassa lainsäätäjän käyttämään kieleen ja sen sallittuun tulkintaan. Rikosoikeudellisen sanktion luonteen vuoksi sillä on rikosoikeudessa erityisasema. Periaatteen avulla pyritään sitomaan rikosoikeusjärjestelmän puitteissa tapahtuva vallankäyttö ja siten suojaamaan yksilöä ennustettavuuden avulla.⁴² Periaate korostaa rikosoikeudellisen vastuun langettamisen perustuvan aina lainsäätäjän artikuloimalle tai oikein valtuuttamalle normille.

Legaliteettiperiaatteen ulottuvuus on kuitenkin riittämätön näiden tavoitteiden saavuttamiseksi. Laillisuusperiaatteen soveltajaa velvoittavat piirteet rakentuvat lopullisen ratkaisun tekevän tuomarin näkökulmasta. Ne ovat kiinnittyneet vain yhteen rikosoikeuden tarjoaman kielen käyttötarkoitukseen, juttujen ratkaisemiseen, ei niiden rakentamiseen. Toisekseen periaate sisältää lähinnä kieltoja. Positiivisten toimintaohjeiden puute vähentää sen arvoa ratkaisuheuristiikassa.

Kolmanneksi periaatteen heijastama käsitys kielestä näyttäisi rakentuvan ajatukselle kielen ja maailman suhteesta, jossa tuomarin tehtävänä on lähinnä löytää oikea vastaavuus, ei aktiivisesti rakentaa sitä.⁴³ Periaate olettaa ratkaisutilanteen, jossa ratkaisijalla on valittavanaan erilaisia selkeitä vaihtoehtoja, joista jotkin eivät ole legaliteettiperiaatteen valossa hyväksyttäviä, johtuen niiden sijoittumisesta kielellisen ilmaisun merkitysalueen ulkopuolelle.

Ennustettavuus kielen käytössä voidaankin joissain tapauksissa saavuttaa pelkästään tunnusmerkistön kielellisen ulkoasun piirteiden avulla. Tämä rajoittuu lähinnä niihin oikeustositseikkoihin, jotka ovat suoraan palautettavissa havainnoitaviin tosiasioihin, ns. raakoihin faktoihin. Tällainen on esimerkiksi rattijuopumuskriminalisoinnin tarkoittama veren alkoholipitoisuus. Lainsäätäjä on jo määrittänyt tietyn olosuhteen merkityksen, jolloin sen käsilläolo voidaan todeta ”tieteellisellä” tavalla. Tällöin kielen käyttö kiinnittyy seikkoihin, jotka ovat kiistattomasti todettavissa.⁴⁴

Rangaistuksen aiheuttaa siis teolle annettava merkitys, mutta tuo merkitys on etukäteen lyöty lukkoon kaikkia käyttötarkoituksia varten. Tällöin ei tule ilmi se, että kielelliseen muotoon puetuilla normeilla ja todellisuudella ei ole suoraa yh-

⁴² *Frände* 2005 s. 31. Legaliteettiperiaatteesta näiltä osin tarkemmin *Frände, Dan*, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, Ekenäs 1989, s. 160–214, 259–263. Periaatteen asema on entisestään vahvistunut sen sisältyessä nykyään rikoslakiin ja perustuslakiin.

⁴³ *Frände* 2005 s. 50 toteaa tosin, että ”rikoslakiin sisältyvät yksittäiset säännöt ovat abstraktisia olioita vailla välitöntä yhtymäkohtaa todellisuuteen.”

⁴⁴ Luonnollisesti esimerkiksi verikokeen tuloksen ja rikosvastuun välinen yhteys perustuu moniin olettamuksiin, jotka voidaan kyseenalaistaa. Testi on voitu suorittaa väärin, huonoilla laitteilla, tuloksia on voitu vääristellä jne. Olettaen, että nämä taustaehdot täyttyvät, itse havainnon merkitys on kuitenkin kiistaton.

teyttä keskenään. Soveltajan rooliksi jää todellakin vain oikeiden vaihtoehtojen erottaminen vääristä.

Rikosoikeus on kuitenkin ihmisten oikeutta, ei mekaanista kurinpitotekniikkaa.⁴⁵ Tällaisena sen ytimessä on erilaisten kertomusten ja merkitysten kertominen ja arviointi, vaikka joidenkin tekojen kohdalla onkin katsottu parhaaksi rajata tämä rikosprosessin ulkopuolelle. Antamalla (tai olemalla antamatta) merkityksiä sellaisille tekijöille kuin henkilön motiivit ja syyt toimintaansa, tietoisuus toiminnastaan, toiminnan tarkoitus jne. määritetään myös rikosvastuun ala. Tämä eri tasoille sijoittuva merkityksenannon prosessi on rikosoikeudellisten käytäntöjen keskeisin piirre ja myös rikosprosessin keskustelu tulisi ymmärtää osana tätä kokonaisuutta.

Rikosoikeuden vastuuedellytykset kielellisenä rakenteena

Rikosvastuuta koskevat institutionaaliset keskustelut tapahtuvat kielellisesti, joko kirjallisessa tai puhutussa muodossa. Keskeinen piirre kielessä on, että se muokkaa tapaamme hahmottaa ympäröivää todellisuutta. Erilaisten kielten tarjoamien linssien läpi myös maailma näyttää erilaiselta ja sitä myötä myös sitä koskevat lausumat poikkeavat toisistaan. Kyse ei ole vain siitä, miten havaitut asiat ilmaistaan, vaan kieli on peruuttamattomasti sidottu havaitsemisen ja merkitykselliseksi mieltämisen prosesseihin.⁴⁶ Tämä lähtökohta edellyttää käsitystä kielestä, joka ottaa huomioon sen eri piirteet riittävän monipuolisesti.⁴⁷

Rikosvastuun edellytykset on ilmaistu tunnusmerkistöissä ja rikosvastuun yleisiä oppeja koskevissa lainkohdissa. Nämä (ja myös muu oikeuslähteopillisesti relevantti aineisto) muodostavat abstraktin järjestelmän, jonka avulla rikosoikeudellista vastuuta koskevat keskustelut käydään. Tässä merkityksessä voidaan puhua strukturalistisen teorian tavoin kielestä rakenteena, joka sisäisten erottelujensa avulla tekee eroja kategorioiden välillä. Esimerkiksi ”sininen” väri on ”sininen” juuri siksi että se eroaa muista väreistä, kuten ”punaisesta”, ei siksi

⁴⁵ Rikosvastuun arvioinnissa suoraan raakoihin faktoihin kiinnittyvillä oikeustositseikoilla lieneekin vain rajattu merkitys. Ks. *Helin* 1990 s. 155. Esim. veren alkoholipitoisuus karkiesimerkkinä on sekin vain yksi osa rattijuopumuksen tunnusmerkistöstä.

⁴⁶ *Tuori* 2000 s. 192 korostaa nimenomaan oikeudellisten käsitteiden tehtävää: ”Oikeuskäsitteet hiovat sen käsitteellisen linssin, jonka lävitse oikeudellisissa käytännöissä lähestytään yhteiskunnallista todellisuutta.” Ulkomaailman tapahtumat muodostuvat rikosjutuiksi ”through the interplay between a domain of scrutiny and a set of discursive practices being deployed within a specific activity. The object being investigated is thus analogous to what Wittgenstein called a language game, a ”whole, consisting of language and the actions into which it is woven”.⁴⁶ *Goodwin, Charles*, *Professional Vision*, *American anthropologist* 1994 s. 606–607.

⁴⁷ *Backman* 1992 s. 12–13: ”...oikeusjärjestys on muutakin kuin kieltä erotettuna käyttöyhteyksistään... jos oikeustiede haluaa etsiä kielifilosofioista ajatusvälineitä, katse on suunnattava sellaisiin lingvistisiin teorioihin, jotka käsittävät avoimesti kielen yhteiskunnallisen luonteen. Oikeudellisen kieliteorian on sisällettävä kehittynyt sosiolingvistiikka.”

että sanoilla olisi jotain yhteyttä ympäröivään todellisuuteen.⁴⁸ Rikosoikeudessa merkitykselliset erottelut koskevat paitsi eroa kriminalisoidun ja ei-kriminalisoidun käyttäytymisen välillä, myös erottelua eri rikosten ja niiden törkeysasteiden välillä. Petos on petos, sillä se poikkeaa esimerkiksi varkaudesta. Voidaan sanoa, että lainopin tulkinta- ja systematisointitehtävä totunnaisesti kiinnittää huomiota juuri tähän puoleen kielestä. Sen tehtävänä voidaan pitää järjestelmän sisäisen johdonmukaisuuden ylläpitämistä sekä sen puitteissa mahdollisten tulkintalauseiden selvittämistä.

Oikeuden kieli on tekninen kieli, joka rakentuu tavallisen kielen päälle ja jatkeeksi, jotta voidaan ilmaista nimenomaan oikeuteen kuuluvia asioita.⁴⁹ Edelleen, yleisen oikeuden kielen sisällä voidaan erottaa erilaisia kieliä, kuten rikosoikeuden kieli. Jotta voidaan puhua riittävän eritellysti ja rikosoikeudellisten periaatteiden valossa asianmukaisella tavalla, tarvitaan esimerkiksi riittävän tarkkarajaiset tahallisuuden ja tuottamuksen käsitteet. Tämän välineistön kehittäminen on siten tärkeä tehtävä. Koska se kuitenkin on vain sisäisille erotteluilleen perustuva järjestelmä, ei se riitä kuvaamaan kielen käyttöä, puhuntaa.⁵⁰

Kielen käyttö on sääntösidonnaista toimintaa. Kielen säännöt määrittävät sen, mitä tuon kielen puitteissa on mielekästä sanoa. Kielen avulla tapahtuva puhunta, kielen käytön yksittäiset instanssit (parole) ja niiden kautta suoritettut puhe-teot ovat tässä mielessä riippuvaisia kulloinkin kyseessä olevasta kielestä abstraktissa mielessä (langue). Tämä tarjoaa yksittäisille ilmaisuille taustan, jota vasten ne tulevat ymmärrettäviksi. Tämä toisaalta myös rajoittaa niitä mahdollisuuksia, joita kulloisellakin kielellä on, mitä sillä voidaan mielekkäästi ilmaista. Esimerkiksi se merkitys joka esimerkiksi tahallisuuskäsitteelle voidaan antaa syyttäjien, tuomarien tai puolustusasianajajien kielenkäytössä riippuu luonnollisesti pitkälti siitä, minkälaisia rajoitteita esim. lainsäätäjä ja vakiintunut oikeustiede sille asettavat. Lausumat, jotka eivät kuulu tämän kielen puitteissa merkityksellisiksi tunnustettuihin, eivät kuulu kieleen lainkaan, eivätkä voi saada niitä vaikutuksia, joita kielen käytöllä tyypillisissä tilanteissa on.⁵¹

Strukturalistisen ajattelun mukaan merkki on määriteltävä ei suhteessa referentteihin vaan suhteessa muihin saman systeemin tason merkkeihin. Ricoeur on kritisoinut strukturalistista mallia kielestä siitä, että esimerkiksi puhetapahtuma yksittäisenä tekona ja uusien ilmausten luomisena, ei saa mallissa sijaa. Kielen

⁴⁸ *de Saussure, Ferdinand*, *Course in general linguistics*, La Salle 1988, esim. s. 8–10, 65–69.

⁴⁹ *Jareborg, Nils*, *Begrepp och brottsbeskrivning*, Stockholm 1974, s. 83, *Frände* 2005 s. 54–55.

⁵⁰ "While language is only a prior condition of communication for which it provides the codes, it is in discourse that all messages are exchanged." *Ricoeur, Paul*, *Hermeneutics & the Human Sciences*, Cambridge 1981, s. 133.

⁵¹ Voitaisiin ajatella haastehakemus, jossa ei kuvattaisi mitään lain tasolla kriminalisoitua käyttäytymistä. Asia voitaisiin toisesta näkökulmasta ilmaista myös niin, että puhetekona se ei täyty sille asetettaville vaatimuksille.

keskeinen alue (viestintätapahtuma) jää katveeseen.⁵² Tästä syystä onkin tarpeen omaksua sellainen malli kielestä, jossa puhunta tapahtumana, sen ajallinen, paikallinen ja konkreettinen luonne pystytään ottamaan paremmin huomioon.⁵³

Bourdieu on samantapaisesti esittänyt, että strukturalistinen malli supistaa puheen vain toteutukseksi käskyn toteuttamisen mielessä.⁵⁴ Se olettaa universaalin, sosiaalisesta riippumattoman ja itsenäisen merkkijärjestelmän, kun taas Bourdieulle merkkien maailma on juuri siksi kiintoisa, että sen substanssi löytyy aina sosiaalisesta.⁵⁵ Asioiden esittäminen kielen avulla, tapa jolla ihmiset ilmaisevat itseään ovat keskeisiä strategisia kysymyksiä. Kieli muodostaa markkina-alueen, jossa myydään ja vaihdetaan merkityksiä. Nämä merkitykset eivät riipu vain kielestä, vaan ne ovat olennaisesti sosiaalisia.⁵⁶

Rikosoikeudellisen puhunnan funktionaalinen eriytyminen

Kieleen kuuluu siis myös sen käyttö. Rikosprosessin keskustelun tehtävä onkin sen ratkaiseminen, onko aiheellista käyttää kieltä juuri tietyllä tavoin tietyssä tapauksessa. Kielen käyttäminen eli puhunta on tekojen suorittamista tiettyjen sääntöjen mukaan. Esimerkiksi syytteen nostamista harkittaessa kiinnitetään näytön osalta huomiota juuri sille ominaiseen standardiin, joka poikkeaa esim. ratkaisuharkinnassa sovellettavasta.

Funktionaalisen ajattelutavan mukaan esim. rikosprosessin keskustelu ja sen parissa suoritettavat puheteot ovat sidottuja paitsi siihen abstraktiin erottelujen järjestelmään jonka rikosoikeudellinen sääntely tarjoaa, myös näiden välineiden käyttöön tietyssä kontekstissa, niiden tilannesidonnaiseen funktioon.⁵⁷ Yksittäistä lausumaa ei voida ymmärtää erillään siitä funktiosta, jonka täyttämiseksi se on

⁵² "The structuralist model presupposes that in any state of the system there are no absolute terms but only relations of mutual dependence, so that language 'becomes a system of signs defined by their difference alone'. Thompson, John B., Editor's introduction, teoksessa Ricoeur, Paul, Hermeneutics & the Human Sciences, s. 8–10.

⁵³ Ricoeur 1981 s. 132–133.

⁵⁴ Bourdieu 1985 s. 112: "Tilanteen käsite muistuttaa, että suorituksella on oma logiikkansa; ettei se mikään tapahtuu suorituksen tasolla ole johdettavissa yksinkertaisesti kompetenssista."

⁵⁵ Roos, J.-P., Pelin säännöt: intellektuellit, luokat ja kieli, teoksessa Sosiologian kysymyksiä 1985 s. 25.

⁵⁶ Roos 1985 s. 24, Bourdieu 1985 s. 92–104, 111–123.

⁵⁷ Wittgenstein, Ludwig, Filosofisia tutkimuksia, Juva 1999 § 11 (s. 29–30): "Ajattele työkaluläähtikon työkaluja: siellä on vasara, pihdit, saha, ruuvimeisseli, viivotin, liima-astia, liimaa, nauvoja ja ruuveja. Yhtä erilaisia kuin näiden esineiden tehtävät ovat sanojen tehtävät. Meitä hämmentää tietenkin sanojen esiintymisen yhdenmuotoisuus, kun kohtaamme niitä puhuttuina tai painettuina. Niiden käyttötapa ei näet näy meille niin selvästi." Jareborg 1974 s. 45–47 suhtautuu epäilevästi kielen käyttöön perustuviin merkityksen teorioihin ja pitää niitä lähinnä ohjelmallisina. Juridisen kielen intressisidonnaisuudesta ks. myös Eriksson, Lars D., Oikeuden polyfonia, teoksessa Oikeuden kielet.

muotoiltu. Voisi sanoa, että rikosoikeudellisilla käsitteillä, samalla tavalla kuin muilla työkaluilla on tietty yleinen käyttötarkoitus. Tämän lisäksi niillä on myös tilannesidonnainen funktio. Esimerkiksi vasaraa voidaan käyttää jossain tilanteessa astalona, toisessa taas lautojen naulaamiseen. Samalla tavoin tahallisuuden käsitettä voidaan käyttää syyttämiseen, jolloin argumentoidaan tahallisuuden täyttymisen puolesta, tai syytettyä vastaan puolustautumiseen, jolloin argumentoidaan vastakkaiseen suuntaan. Ilman kontekstin tuntemista emme voi tietää kummasta on kysymys.⁵⁸

Strukturalistinen kielitiede lähtee siitä, että (oikeudellinen tai muu) puhunnan tutkimus on pidettävä erillään ja alisteisena kielellisten rakenteiden tutkimukselle.⁵⁹ Lähden kuitenkin siitä, että yksittäisiin puhetekoihin välittyvät säännönmukaisuudet takaavat kieliyhteisön puhunnan omaleimaisen luonteen ja erottavat sen muista tavoista käyttää kieltä. Pysin seuraavassa taustoittamaan tätä lähtökohtaa.

Oikeuskulttuuri puhunnan ennustettavuuden tukena

Tuori nostaa esiin modernin oikeuden kerrostuneisuuden mallissaan oikeuden syvempien tasojen kaksi piirrettä, niiden historiallisuuden ja praktisuuden.

Historiallisuudella viitataan oikeuden luonteeseen historiallisena tuotteena ja tasojen erilaisiin muutosnopeuksiin. Oikeus ei tyhjene vain pintatason sääntelyyn, vaan sisältää myös muita, hitaammin muuttuvia elementtejä. Tämä oikeudellisen kulttuurin hidas muuttuvuus on avainasemassa tarkasteltaessa ennustettavuusvaatimuksen merkitystä kielen käytön osalta. Tapa, jolla kieltä käytetään, on sidoksissa oikeudelliseen kulttuuriin, siinä vallitsevaan oikeudelliseen itseyymmärrykseen. Näin ollen hitaasti muuttuvana se on myös ennustettavuuden yksi tae.

Toinen tärkeä oikeuskulttuurista tasoa luonnehtiva tekijä on siihen kuuluvan tiedon praktisuus.⁶⁰ Tällä tarkoitetaan toimijan hiljaista ymmärrystä siitä, miten esim. suomalaisen lakimiehen yleensä ottaen tulee argumentoida. Weberin ajatuksia seuraten normiaineiston ennustettavan soveltamisen yksittäistapaukseen takaa yhtenäinen menetelmä, jota voidaan kuvata loogiseksi merkitystulkinnaksi.⁶¹ Edellä esitetty käsitys kielen käytöstä asettaa tämän takeen riittävytyden kyseenalaiseksi. Onko todellisen puhunnan luonne todellakin sellainen, että se voidaan hallita vain yhtenäisen, abstraktin merkitystulkinnan avulla? Ainakaan omaksuttaessa funktionaalinen käsitys kielestä näin ei voida ajatella.

⁵⁸ Tästäkin näkökulmasta jonkinlainen konstruktionistinen analyysi vaikuttaa perustelluimmalta, ks. *Luukka* 2000 s. 151–157.

⁵⁹ *de Saussure* 1988 s. 18–20.

⁶⁰ *Tuori* 2000 s. 165–166.

⁶¹ *Tuori* 2000 s. 179, 186.

Tuori käyttää hyväkseen Bourdieun habituksen käsitettä kuvatessaan lakimieskunnan itseymmärrystä oikeuskulttuurin kantajana.⁶² Habitus on jotain, joka on hankittu, mutta on muuttunut osaksi henkilöä pysyvinä dispositioina. Se on ehdollistamisen tuote, eräänlainen muuntaja, joka pyrkii uudistamaan ehdollistamisen objektiivisen logiikan, mutta ei mekaanisesti vaan luovasti. Tämä erottaa sen tottumuksesta.⁶³ Lakimieshabitukseen kuuluu myös aineksia, jotka eivät suoraan perustu oikeuskulttuurin omaksumiselle, esimerkiksi tutkijan tieto siitä, miten tulkintakannanotto tulee ilmaista ollakseen vakuuttava.⁶⁴

Oikeuden kentällä kilpaillaan vallasta sanoa, mitä oikeus on.⁶⁵ Analyysiä voidaan jatkaa käyttämällä lingvistisen habituksen käsitettä.⁶⁶ Bourdieun mukaan kielellinen esitys on paitsi puhujan kompetenssin, myös hänen diskurssinsa ”markkinoiden” tulos. Puheessa (puhunnassa) ilmenevät siis myös se tilanne ja funktio, jossa se esitetään. Kielen oppiminen on sen oppimista mitä kieltä kannattaa käyttää missäkin tilanteessa. Lingvistinen habitus ei ole pelkästään yhteiskunnallisten olojen, vaan kenttään sopeutuneen diskurssin tuote.⁶⁷ Voisi-kin sanoa, että oikeudenkäynnin kontekstiin sovellettuna tuo pääoma on kyky luoda tilannetulkinta, joka vakuuttaa. Tähän parhaat edellytykset lienee sillä, joka kykenee monipuolisimmin tarkastelemaan rikosjuttua ja esittämään monipuolisinta argumentaatiota.

Oikeudelliseen kulttuuriin liittyy useita diskursseja, erilaisia tapoja käyttää kieltä.⁶⁸ Kokenut ja erilaisissa tehtävissä kouliintunut juristi voi liikkua tällaisten diskurssien välillä vaivatta, katsoa asiaa vuorotellen esimerkiksi syyttäjän, puolustusasianajajan, tuomarin tai asianomistajan edustajan näkökulmista.⁶⁹ Tämä

⁶² Tuori 2000 s. 183: ”Sosiaalisilla kentillä toimiminen vaatii, paitsi kentällä hyödynnettävää pääomaa, myös kentälle ominaisten pelisääntöjen sisäistämistä, pelisilmää; kukin kenttä edellyttää ’pelaajilta’ tiettyä habitusta, tietyntylaisia ajattelu- ja käyttäytymistapoja ja -asenteita, dispositioita.”

⁶³ Bourdieu 1985 s. 121. Habituksen merkityksestä rakenteen ja toiminnan välittäjänä (Bourdieuun ajatteluun perustuen) ks. Sulkunen, Pekka, Johdatus sosiologiaan, Juva 1999 s. 72–76.

⁶⁴ Tuori 2000 s. 183.

⁶⁵ Tuori 2000 s. 182 – 183. Ks. myös Roos 1985 s. 11–12, Tuori, Kaarlo, Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota, Lakimies 2004 s. 1208–1209.

⁶⁶ Bourdieu 1985 s. 121

⁶⁷ Bourdieu 1985 s. 94, s. 111. ”Kielen käytön hyväksyttävyyttä edellyttää sitä, että sanat noudattavat sekä kielen immanentteja lakeja että intuitiivisesti hallittuja sääntöjä, jotka ovat immanentteja tietyille ’tilanteille’, tai tarkemmin, tietyille kielen markkinoille.” Bourdieu 1985 s. 112.

⁶⁸ Diskurssilla tarkoitetaan tällöin eheää merkityssysteemien kokonaisuutta, joka rakentaa todellisuutta tietyllä tavalla. Suoninen, Eero, teoksessa Diskurssianalyysi liikkeessä, Tampere 1999, s. 21, vastaavasti Jokinen, Arja – Juhila, Kirsi – Suoninen, Eero, Diskurssianalyysin aakkoset, 3. painos, Tampere 2004, s. 26–27.

⁶⁹ Roolien ja toiminnan suhdetta sekä roolien väliaikaisuudesta ks. Bauman, Zygmunt (Sosiologin ajattelu, Tampere 1997, s. 99): ”Rooli on sanana tietenkin lähtöisin tietenkin teatterin kielestä. Näytelmä, jonka juonenkulku on päätetty etukäteen ja kirjoitettu käsikirjoitukseksi, joka puoles-

taito edellyttää paitsi kaikille yhteisen abstraktin erottelujärjestelmän, myös kielen käyttöä koskevien funktioiden ja niiden vaikutusten tuntemista.⁷⁰ Tällaista tietoa käytetään kuitenkin aina, kun esimerkiksi tuomari tai syyttäjä harkitsee toimintaansa ja ainakin periaatteessa tämä hiljaisena tietona esiintyvä praktinen tieto on artikuloitavissa ns. diskursiiviseksi tiedoksi.⁷¹

Ennustettavuuden näkökulmasta edellä kuvattu erottelu tarkoittaa uusia haasteita ja mahdollisuuksia. Mikäli tarkasteluun otetaan paitsi abstraktin kielen merkitys sen käytölle, myös erilaisten funktioiden ja niihin liittyvien diskurssien merkitys, voidaan saada todenmukaisempi kuva siitä, miten ennustettavuutta voidaan edistää.

Mielenkiintoisia kysymyksiä ovat esimerkiksi millaisia ovat ne sosialisointiprosessit, jossa tietynlainen kielenkäyttö syntyy (onko kyse enemmän muodollisesta juristikoulutuksesta vai työssä oppimisen kautta tapahtuvasta sosialisointista) ja tietenkin se, miten vakiintunutta kielenkäyttöä ylipäättään on? Missä määrin on hahmotettavissa sellaisia vakiintuneita toimintakulttuureja, jotka sääntelisivät kielen käyttöä?⁷² Toisin sanoen, miten vakiintunut ja omaleimainen on esimerkiksi syyttäjistön tapa hahmottaa maailmaa ja käyttää kieltä sen kuvaamisessa? Onko tällä ylipäättään jotain syvempää tarjottavaa prosessin ymmärrykselle vai palautuuko se merkityksettömiin retorisiin tyyliheikkoihin?

Adversariaalista rikosprosessia ja myös meillä läpivietyä rikosprosessin uudistusta keskeinen luonnehtiva piirre on roolijako sen toimijoiden kesken.⁷³ Tuomarin puolueettomuus on pyritty takaamaan asettamalla tehtäviä syyttäjälle, korostamalla tämän roolia prosessin moottorina. Tämä merkitsee toisaalta syyttäjistön aseman korostamista nimenomaan syyttämiseen keskittyvänä ryhmänä. Tällöin tullaan korostaneeksi myös sen omaleimaisuutta kieliyhteisönä. Muuttuneeseen tehtäväkuvaan kuuluu myös muuttunut kieli.⁷⁴

taan jakaa kullekin näytelmään osallistuvalla näyttelijälle omat repliikit, tarjoaa organisaatiolle mallin toimintansa järjestämiseksi. Teatterin voidaan katsoa olevan malli toisessakin mielessä: näyttelijät eivät 'pane kaikkea likoon' roolisuorituksissaan. He 'muuttuvat' kuvatuiksi henkilöiksi vain esityksen keston ajaksi ja ovat sen jälkeen vapaita lähtemään (eikä kukaan odota heidän jäävän)."

⁷⁰ Tätä voidaan kutsua kielelliseksi pääomaksi bourdieulaisessa mielessä. *Bourdieu* 1985 s. 112–114.

⁷¹ *Tuori* 2000 s. 180–181.

⁷² Esim. *Quinney* 1970 s. 19–20 korostaa oikeudellisten toimijoiden ideologian ja toimintakulttuurin merkitystä normien soveltamisessa.

⁷³ Tästä esim. *Ervo, Laura*, Asianosaisten roolikehitys uudistuneessa rikosprosessissa, Juhlajulkaisu Leena Kartio 1998, Turku 1998 ja *Pölonen, Pasi*, Henkilötodistelu rikosprosessissa, Jyväskylä 2003, s. 17–23.

⁷⁴ Kielenkäyttö ja merkitykset ovat sidonnaisia kieliyhteisöihin, ks. esim. *Kakkuri-Knuuttila, Marja-Liisa*, Argumentti ja kritiikki, Tampere 1999 s. 27–28.

Puhunta tarinankerrontana

Rikosprosessin keskustelu etenee institutionaalisten puhetekojen kautta. Ne muuttavat maailmaa illokutionaaristen vaikutustensa kautta.⁷⁵ On kuitenkin havaittava, että ne ovat myös peruuttamattomasti sidoksissa niitä edeltäviin prosesseihin. Ne epävarmuustekijät, jotka esim. syytteen nostamisessa ovat hyväksyttäviä, eivät poistu sillä, että puheteke suoritetaan. Sillä, että jokin rikosepäily saa hyväkseen ”virallisen” leiman, ei vaikuta niihin argumentteihin, joista se koostuu.

Paitsi edellä luonnosteltu kontekstuaalisuus, puhuntaa luonnehtii myös sen inhimillinen ja sosiaalinen luonne. Ihmisellä on taipumus nähdä todellisuus mielekkäinä kokonaisuuksina. Tarkastellessamme maailmaa kielen lävitse, erottelemme sen merkitykselliset ja merkityksettömät osat. Puettaessa jokin teko tai tapahtuma prosessin edellyttämään kielelliseen muotoon tullaan siis paitsi sanooneeksi jotain, myös jättäneeksi jotain sanomatta. Asian olisi aina voinut ymmärtää ja sanoa toisinkin. Samoin kuin tähtikuviot jäsentävät taivasta sellaisena kuin sen havaitsemme, rikosoikeudellisen kielen tarjoamat käsitteelliset kategoriat auttavat poimimaan ja valaisemaan todellisuudesta kulloisellekin puheteolle ominaiset elementit ja painamaan samalla siihen kuulumattomat taustalle.⁷⁶ Vaikka todistusaineisto ja sen pohjalta muotoiltavat argumentit valaisevatkin vain pieniä fragmentteja ja olisivat ristiriitaisia, on ihmiselle luonnollista mieltää tapahtunut eräänlaisena mielekkäänä tarinana. Tarinat ovat ihmiselle luontaisia viestinnällisiä välineitä, jotka helpottavat asian käsittelyä ja ymmärtämistä.⁷⁷ Tarinat auttavat päätöksentekijää:

1. paikallistamaan keskeisen toiminnan (central action), jota tarina selittää.
2. yhdistelemään tarinan muita, keskeistä toimintaa ympäröiviä elementtejä.
3. arvioimaan muodostettujen yhteyksien sisäistä ristiriidattomuutta, täydellisyyttä ja merkitystä keskeisen toiminnan arvioimiselle.⁷⁸

⁷⁵ Scarry, Elaine, *Speech Acts in Criminal Cases*, teoksessa Law’s stories, toim. Brooks, Peter – Gewirtz, Paul, New Haven 1996, s. 166: ”Each major speech act by the in a criminal case comes to define the defendant. Each becomes a verb that acts on the defendant. An accusation is made and the defendant becomes the accused. A verdict is reached and the defendant becomes the convicted, or, as we more often say, the convicted.”

⁷⁶ Tuori 2000 s. 192 ”Oikeudellisten käsitteiden avulla esimerkiksi tuomari erottaa tapahtumien virrasta sen, mitä hän ratkaistavanaan olevassa jutussa pitää merkityksellisenä.”

⁷⁷ Bennett, Lance – Feldman, Martha, *Reconstructing reality in the courtroom*, London and New York 1981, s. 4–5. Tarinoiden merkityksestä jyrkästi eri tavoin Gräns, Minna, Onko hyvä kertomus puoli näyttöä? teoksessa Oikeuden tavoitteet ja menettelyt, Turku 2003, s. 187–214.

⁷⁸ Bennett – Feldman 1981 s. 67, 41. Tarinan funktioita erittelee samantapaisesti Twining, William, *Rethinking Evidence*, Oxford 1990 s. 223–225. Voidaan myös erottaa tarina ja diskurssi siten että tarina käsittää sisällön ja diskurssi esitystavan. Tarinan tapahtumat käännetään juoneksi diskurssin, esitystavan avulla. Diskurssi-käsitteessä painottuu tällöin konkreettinen kielellinen ilmaisutapa, juoni-käsitteessä konkreettinen rakenne. Pohjola, Riitta, *Näytelmäkirjallisuus – dramatiikka*, teoksessa Johdatus kirjallisuustieteeseen, toim. Palmgren, Marja-Leena, Porvoo 1986 s. 404.

Apuna tässä käytetään erilaisia ennakkokäsityksiä maailmasta.⁷⁹ Kohdatesaan samanlaisia tapauksia toimijoilla on taipumus kehittää ymmärrys siitä, mitkä ovat ”normaaleja tapauksia” ja niitä vastaavia ”normaaleja päätöksentekotapoja” sekä pyrkiä näkemään uudet eteensä tulevat tapaukset näiden valossa.⁸⁰ Tällaiset heuristiset apuvälineet ovat välttämättömiä, jotta jutusta voidaan saada ote ja suhteuttaa se alustavasti tunnusmerkistöön. Tätä sapluunaa vasten myös tapauksen yksityiskohdat tulevat ymmärrettäviksi.⁸¹ Todellisuus saadaan kohtamaan tunnusmerkistö juuri tällaisten apuvälineiden avulla.

”Tarinankerronta” prosessissa voidaan ymmärtää myös mahdolliseksi kritiikin välineeksi rikosoikeuden tarjoamia kategorioita kohtaan tai mahdollisuutena saada jokin jutun oikean ymmärtämisen kannalta välttämätön ”tarina” kerrotuksi.⁸² On varmaankin totta, että tarinat tarjoavat enemmän tilaa jutun yksityiskohdille ja erityispiirteille. Ilman tarinoita ei voi olla myöskään ihmisten välistä viestintää, ainakaan siinä muodossa kuin nykyinen prosessi edellyttää.⁸³ Niiden ominaisuus viestinnän välineenä on kuitenkin erotettavissa niiden kriittisestä potentiaalista. Samalla tavoin kuin funktionaalisuus, ne ovat puhunnan luonteen kuuluvia välttämättömiä piirteitä.

Muodon ja sisällön jännite?

Onkin syytä erottaa toisistaan prosessin viestinnän muoto eli tarinankerronta ja sisältö eli puheteot. Muoto eräällä tavalla kätkee sisälleen puhetekojen todellisen luonteen. Pyrkinessään esittämään koherentin ja oikeusjärjestyksen tunnistaman kertomuksen puhuja yrittää ”myydä” sen tuomioistuimelle ja esittää sen parhaassa mahdollisessa valossa, kokonaisena tarinana, joka ratkaisijan on helppo hyväksyä. Puhuja pyrkii kertomaan tarinan joka kutsuu ymmärtämään, jolloin sen heikkoudet ja ristiriitaisuudet jäävät helposti piiloon.

Kielellisen ilmaisun muoto ja sisältö edellyttävät toisiaan. Sisältö tekee ilmaisun rikosoikeudellisesti merkitykselliseksi, mutta toisaalta se on väistämättä sidottu siihen konkreettiseen muotoon, jonka se puhunnassa saa.⁸⁴ Muoto ja sisältö

⁷⁹ Esiymmärrykseen kuuluvat paitsi tyypilliset tapaukset, myös yleinen käsitys inhimillisistä motiiveista ja kokemussääntöihin perustuva käsitys siitä mikä on todennäköistä. *Tuori* 2000 s. 321 korostaa lainopin tulkintamallien merkitystä esiyymmärryksenä, todeten kuitenkin että lainoppi ei askartelee konkreettisten tapahtumainkuvausten kanssa.

⁸⁰ *Hawkins* 2002 s. 35, *Tolvanen* 2005 s. 310–313. Tyypitapausajattelusta *Nuutila, Ari-Matti*, Rikosoikeudellinen huolimattomuus, Helsinki 1996 s. 152–172.

⁸¹ *Gadamer, Hans-Georg*, Hermeneutiikka, Tampere 2004 s. 35–37, *Tontti* 2001 s. 224.

⁸² *Brooks, Peter*, The Law as Narrative and Rhetoric, teoksessa *Law’s stories*, s. 16.

⁸³ *Brooks* 1996 s. 19.

⁸⁴ *de Saussure* 1988 s. 18 vertaa konkreettista puhuntaa musiikkiesitykseen, jonka inhimilliset virheet eivät vaikuta musiikkikappaleeseen abstraktissa mielessä. Kääntäen voidaan sanoa, että ilman esitystä ei musiikkiakaan voi kuulla.

ovat kuitenkin myös jännitteessä keskenään. Siinä missä puheteko koostuu niistä yksittäisistä elementeistä, joiden nojalla yhteys tosiasiamailman ja oikeuden kielen välillä voidaan kulloisessakin yhteydessä luoda, muoto on yhtenäinen kokonaisuus, eräänlainen kokonaisnäkemys asiasta. Vaarana on, että muoto saa liian suuren merkityksen. Juttua voidaan ryhtyä tiedostetusti tai tiedostamatta rakentamaan sellaiseksi, että se sopii tiettyyn muottiin.⁸⁵ Kerran valittu tarina voi lukkiutua ja muodostua eräänlaiseksi itseään toteuttavaksi ennusteeksi. Kilpailevien, vaihtoehtoisten versioiden esittäminen voidaan helposti tulkita asiaan kuulumattomaksi ja selvän asian ”sotkemiseksi”.

Rikosprosessissa syyttäjä panee prosessin alulle ja valitsee oikeudenkäynnin kulun määrittävän kertomuksen.⁸⁶ Mikäli vaihtoehtoisten teorioiden ja tarinoiden mahdollisuutta ei havaita, on vaarana, että syntyy eräänlainen syyttäjädiskurssin hegemonia.⁸⁷ Muodolle ei tule siis antaa muuta kuin välinearvoa.⁸⁸ Legitimiteettiä tuottava viestintä edellyttää, että näissä prosesseissa pyritään katsomaan viestin muodon taakse sen sisältämään puhetekoon ja nähdään sen funktiosidonnaisuus.⁸⁹ Rikosprosessin legitimiteetti edellyttää esitettyjen merkitysten näkemistä luotuina merkityksinä. Institutionaaliset lainsoveltajat ovat aina kielenä vankeja. Ratkaisijalta vaaditaan rohkeutta murtaa prosessin kestäessä kasautuneet ja luutuneet merkitykset ja ymmärtää syytettyä vastaan kohdistettu puheteko funktiosidonnaisena, testaten sen todellista painavuutta.

JOHTOPÄÄTÖS: RIKOSPROSESSI VIESTINTÄNÄ

Kuten institutionaalinen oikeusteoria korostaa, ei normeja voida ymmärtää irrallaan niistä todellisista prosesseista joissa ne syntyvät. Rikosprosessin hahmottaminen viestintänä ei tarkoita kuitenkaan sen merkityksen rajoittamista vain interpersoonalliseksi, ajalliseksi tapahtumaksi, jossa yksi henkilö puhuu toiselle. Kyseessä on ensi sijassa funktioita toteuttavien henkilöiden puhe. Tuottaessaan puheensa juuri tiettyssä tuohon funktioon kuuluvassa diskurssissa henkilöt ovat siis eräänlaisia funktion suokappaleita. Koska nämä diskurssit eivät palaudu toisiinsa, ei viestien kulkeutuminen suoraan niiden välillä ole myöskään mahdollista. Suoritettaessa puheteko itse teksti etääntyy puhujasta ja muodostuu itsenäi-

⁸⁵ Esimerkkejä tästä, ks. *McConville, Mike – Sanders, Andrew – Leng, Robert*, *The Case for the Prosecution*, London 1991 passim.

⁸⁶ *Kauffman* 1989 s. 22–23.

⁸⁷ Diskurssien hegemonisoitumisesta *Jokinen, Arja – Juhila, Kirsi – Suoninen, Eero* 2004 s. 89.

⁸⁸ *Leval, Pierre*, *Judicial Opinions as Literature*, teoksessa *Law's Stories*, s. 206–210.

⁸⁹ Väitelauseden taakse kätkeytyvistä kysymyksistä *Gadamer* 2004 s. 22.

seksi objektiksi.⁹⁰ Voidaan vain tarkastella esitettyä viestiä autonomisena ja lähettäjästään irrallisena.⁹¹ Puhunta tulee nähdä samaan aikaan irrallaan sen syntyyn vaikuttaneista seikoista, mutta toisaalta tähän voidaan päästä vain näkemällä se näiden valossa. Tarvitsemme samanaikaisesti puheteon piirteisiin liittyvää todenmukaista selittämistä (miksi puhuja sanoo niin kuin sanoo?) ja viestin oma-kohtaista ymmärtämistä (mitä tämä viesti merkitsee minulle?).⁹² On myös huomattava, että puhuja, joka siis on ymmärtänyt asian omista lähtökohdistaan, yrittää usein saada myös kuulijan ymmärtämään asian vastaavalla tavalla. Tällöin hänen toimintansa selittäminen siihen vaikuttavien tekijöiden valossa auttaa ehkä murtamaan sen näennäisen ristiriidattomuuden ja erottamaan siitä ne tekijät, jotka ovat relevantteja oman ymmärryksen kannalta. Näytämme palaavan juuri siihen, mistä Ervo totesi ideaalin puhetilanteen ytimessä olevan kyse, toisin sanoen ”parhaan argumentin voimaan”, joskin välttämätöntä kiertotietä.⁹³

Normatiivisia ohjeita annettaessa huomiota tuleekin kiinnittää kahteen erilliseen ongelmaryhmään: yhtäältä viestien vastaanottamiseen ja toisaalta niiden rakentamiseen sekä lähettämiseen.⁹⁴ Viestintään tulee siis suhtautua refleksiivisesti, omista lähtökohdista ja epävarmuustekijöistä tietoisena. Asia voidaan ilmaista siten, että toimijan tulee ymmärtää suuntaavansa puheensa ensi sijassa omalle kieliyhteisölleen. Syyttäjän tulee toisin sanoen argumentoida fiktiiviselle syyttäjäauditoriolle eli pyrkiä esittämään muiden syyttäjien silmissä hyväksyttävä syyte, eikä suinkaan vakuuttamaan tuomaria viestinnän muodon tasolla. Regulaatiivisena periaatteena tämä voidaan muotoilla: ”Pyri esittämään sellainen puheteko, joka olisi funktionaalisen kieliyhteisösi rationaalisesti harkitsevan enemmistön hyväksyttävissä.”

Vastaanottajalle tämä merkitsee edellä sanotun peilikuvaa. Pyrkiessään ymmärtämään prosessin kohteen omassa roolissaan toimijan tulee myös ymmärtää, että toinen henkilö ei itse asiassa puhu hänelle, vaan ainoastaan esittää selontekonsa omista lähtökohdistaan nähtynä. Vaikka prosessin dynamiikka asettaakin tiettyjä vaatimuksia selkeyden ja vakuuttavuuden suhteen, on nämä nähtävä juuri prosessin kontekstista johtuvina. Tämän lisäksi on otettava huomioon inhimil-

⁹⁰ Ricoeurin käyttämästä kirjoittajan ja tekstin etäännyttämisen käsitteestä ks. *Thompson*, 1981 s. 13–14, tekstin käsitteestä *Ricoeur* 1981 s. 139, 145–164.

⁹¹ ”In short, the text must be able, from the sociological as well as the psychological point of view, to ‘decontextualise’ itself in such a way that it can be ‘recontextualised’ in a new situation.” *Ricoeur* 1981 s. 139.

⁹² Teoreettista taustaa tähän tarjoaa ajatus hermeneutiikasta sekä selittämisenä että ymmärtämisenä *Ricoeur* 1981 s. 36, 133, 150.

⁹³ Voidaan sanoa, että itse viestintätapahtumalla on vain välineellinen merkitys. ”The surpassing of the event by the meaning is characteristic of discourse as such.” *Ricoeur* 1981 s. 134

⁹⁴ Viestinnän peruselementeistä esim. *McQuail, Denis*, *Communication*, London 1975 s. 18–22.

lisen tiedonkäsittelyn hermeneuttiset ominaisuudet, tarve esittää yhtenäisiä kertomuksia. Viestin sisältö on purettava osiin ennen rekonstruktiota kyseisen kieliyhteisön ehtojen mukaan. Mitä tiedostetumpi ja reflektoidumpi tämä vakuutetuksi antautumisen prosessi on, sen parempi. Iskulauseeksi muotoiltuna: ”Pyri ymmärtämään puhunta sen muotoiluun vaikuttaneiden tekijöiden valossa ennen sen suhteuttamista oman kieliyhteisösi vaatimuksiin.”

LOPUKSI

Edellä on lyhyesti käsitelty niitä oletuksia ja lähtökohtia, joille rikosprosessin keskustelun normatiivinen malli voitaisiin rakentaa. Ennen kuin edes mistään mallista voidaan puhua, on paitsi teoreettisten perusteiden muotoilua, myös niiden hedelmällisyyttä empiirisen tutkimuksen pohjana testattava. Esim. bourdieulaista analyysia kuvataan tiettävästi usein liian raakaksi ja suoraviivaiseksi, johtuen sen taipumuksesta käsitellä ”pyhiä” asioita valta- ja intressitaisteluina.⁹⁵ Voi hyvin olla, että suomalaisessa rikosoikeuskulttuurissa pyhinä pidetyt asiat, kuten syyttäjän puolueettomuus tai ainakin maltillinen suhtautuminen syyllisyyttä itseensä ja rikosoikeuden taipumus nähdä itsensä ja kumppaninaan toimiva (hyvinvointi)valtio perustaltaan ”hyväntahtoisina” eivät helposti taivu konfliktien ja intressitaistelujen sosiolingvistisen (tai ylipäänsä sosiologisen) analyysin kohteeksi. Lähden kuitenkin siitä, että pelkkä prosessuaalisen kehikon abstrakti analyysi ei ole riittävä väline rikosprosessin legitimiteetin turvaamiseksi. Myös oikeustieteen on liattava kätensä. Käytännössä tämä merkitsee rikosprosessin viestinnän ja siinä esiintyvän institutionaalisen puhunnan ja kuuntelun nostamista marginaalista ydinalueelle.

⁹⁵ Roos 1985 s. 25–26

.....

Jussi Pajuja

Jäännösrangaistuksen määrääminen täytäntöönpantavaksi

VANKEUSRANGAISTUKSEN KOKONAISUUDISTUKSEN PÄÄKOHDAT

Jäännösrangaistuksen täytäntöönpanoa koskevat uudet säännökset ovat osa vankeinhoidon lainsäädännön kokonaisuudistusta eli ns. vankeuspakettia (767–788/2005). Vankeuspakettiin sisältyy kolme hallituksen esitystä: laki rangaistusten täytäntöönpanon hallinnosta annetun lain muuttamisesta (HE 261/2004 vp), vankeutta ja ehdonalaista vapauttamista koskevaksi lainsäädännöksi (HE 262/2004 vp) sekä vankeusrangaistuksen täytäntöönpanoa ja tutkintavankeuden toimeenpanoa koskevaksi lainsäädännöksi (HE 263/2004 vp). Uudistus tulee voimaan 1.10.2006.

Vankeuspaketissa määritetään uudelleen vankeusrangaistuksen tavoitteet. Lähtökohtana on uusi rikoslain 2 c luvun 1 §, jonka mukaan vankeusrangaistuksen sisältönä on vapauden menetys tai rajoittaminen. Vankeuden täytäntöönpanon tavoitteesta säädetään vankeuslain 1 luvun 2 §:ssä. Tavoitteena on lisätä vangin valmiuksia rikoksettomaan elämäntapaan, edistää vangin elämänhallintaa ja sijoittumista yhteiskuntaan sekä estää rikosten tekeminen rangaistusaikana. Tätä varten kaikille vankilaan saapuville vangeille laaditaan vankeuslain 4 luvun 6 §:n mukainen rangaistusajan suunnitelma. Se sisältää suunnitelman vangin toiminnasta ja sijoittamisesta rangaistusaikana, poistumisluvan edellytyksistä, valvotusta koevapaudesta ja ehdonalaisesta vapauttamisesta. Vapautumisvaiheessa rangaistusajan suunnitelmaa täydennetään vapauttamis- ja valvontasuunnitelmalla. Lisäksi vankeuslaissa uudistetaan henkilökunnan toimivaltuudet, voimakeinojen käyttö, turvaamistoimenpiteet, vankien muutoksenhakuoikeus jne. Tutkintavankeuslaissa uutuutena on mm. se, että tutkintavangin sijoittamisesta ja yhteydenpitorajoituksista päättää tuomioistuin.

Vankeuslain tavoitteisiin liittyy myös vankeinhoidon organisaatiouudistus. Nykyisten 21 itsenäisen vankilan ja Vankimielisairaalan sijaan tulee viisi aluevankilaa ja valtakunnallinen terveydenhuoltoyksikkö. Keskusvirastona toimii nykyiseen tapaan Rikosseuraamusvirasto. Kuhunkin aluevankilaan kuuluu sijoittajayksikkö, jossa laaditaan rangaistusajan suunnitelma, sekä rangaistuksen täytäntöönpanosta ja tutkintavankeuden toimeenpanosta vastaavia vankiloita.

Rikoslakiin tulee uusi vankeutta käsittelevä 2 c luku, johon sisältyvät yleissäännökset vankeudesta ja ehdonalaisesta vapauttamisesta. Kuten aikaisemminkin, ensikertaiset vangit pääsevät ehdonlaiseen vapauteen suoritettuaan rangaistuksestaan puolet. Ensikertaisiin rinnastetaan myös vangit, jotka rikosta edeltäneiden kolmen vuoden aikana eivät ole suorittaneet vankeusrangaistusta vankilassa. Vankeusrangaistuksen uusijoilla ehdonalaisen vapauttamisen määräosa on kaksi kolmasosaa. Uutta on kuitenkin se, että rikoslain 2 c luvun 5 §:n 2 momentin mukaan alle 21-vuotiaana tehdystä rikoksesta tuomittu vanki pääsee ehdonlaiseen vapauteen suoritettuaan rangaistuksestaan yhden kolmasosan edellyttäen, että rikosta edeltäneiden kolmen vuoden aikana hän ei ole suorittanut vankeusrangaistusta vankilassa. Jos mainittu edellytys ei täyty, alle 21-vuotiaana tehdyn rikoksen perusteella vankeusrangaistusta suoritettava voi päästä ehdonlaiseen vapauteen suoritettuaan rangaistuksestaan puolet.

Nuorilla ensikertaisilla ehdonalaisen vapauttamisen määräosa on siis 1/3, nuorilla uusijoilla 1/2, muilla ensikertaisilla 1/2 ja uusijoilla 2/3. Näin ollen ehdonalainen vapauttaminen on porrastettu sekä iän että vankeusrangaistuksen uusimisen suhteen. Tämä poikkeaa hallituksen esityksestä, jossa nuorten ehdonalaisen vapauttamisen määräosaksi ehdotettiin kaikissa tapauksissa 1/2 määräosaa. Lakivaliokunnan perustelut ilmenevät valiokunnan mietinnöstä 9/2005 vp.

Tämän artikkelin aihe, jäännösrangaistuksen täytäntöönpantavaksi määrääminen, on ehdonalaisen vapauttamisen liitännäiskysymys. Ennen kuin siirrytään käsittelemään sitä, on vielä syytä lyhyesti todeta muut rikoslain 2 c luvun keskeiset uudistukset. Uutuutena rikoslain 2 c luvussa on säännös valvotusta koevapaudesta. Valvottu koevapaus on uusi vaihe asteittaisessa vapauttamisjärjestelmässä. Vanki voidaan sijoittaa valvottuun koevapauteen enintään kuusi kuukautta ennen ehdonalaista vapauttamista. Koevapaus on vankilan ulkopuolella suoritettava tehostetun valvonnan aika, johon kuuluu mm. ehdoton päihteiden käyttökielto ja jota voidaan valvoa teknisin laittein.

Rikoslain 2 c luvussa säädetään myös elinkautisvängin ehdonalaisesta vapauttamisesta. Elinkautisvanki voidaan päästää ehdonlaiseen vapauteen aikaisintaan hänen suoritettuaan rangaistuksesta kaksitoista vuotta. Rikoksen alle 21-vuotiaana tehneellä minimiaika on kymmenen vuotta. Elinkautisvängin ehdonlaiseen vapauteen päästämisestä päättää Helsingin hovioikeus. Jos elinkautisvankia ei päästetä ehdonlaiseen vapauteen, asia voidaan saattaa hovioikeuden uudelleen ratkaistavaksi vuoden kuluttua hylkäävästä päätöksestä. Elinkautisvängien ehdonalaisella vapauttamisella ei puututa tasavallan presidentin armahdusoikeutta koskevaan sääntelyyn. Edelleen rikoslain 2 c luvun myötä nykyinen pakkolaitosjärjestelmä muuttuu koko rangaistuksen suorittamiseksi vankilassa. Koko rangaistusta vankilassa suoritettava voi kuitenkin päästä Helsingin hovioikeuden päätöksellä ehdonlaiseen vapauteen suoritettuaan rangaistuksesta viisi

kuudesosaa, jos häntä ei enää ole pidettävä erittäin vaarallisena toisen hengelle, terveydelle tai vapaudelle. Samalla vankilaoikeus lakkautetaan.

EHDONALAISEN VAPAUTTAMISEN JÄRJESTELMÄ

Rikoslain 2 c luvun 5 §:n 1 momentin mukaan ehdonalainen vapauttaminen tarkoittaa sitä, että ehdottomaan vankeusrangaistukseen tuomittu vanki päästetään suorittamaan loppuosa rangaistuksesta vapaudessa. Ehdonalaisen vapauden koeaikana tehdyn uuden rikoksen tai valvontaan kuuluvien velvollisuuksien rikkomisen vuoksi vapaudessa suoritettava loppuosa – jäännösrangaistus – voidaan määrätä pantavaksi täytäntöön. Uuden rikoksen vuoksi tapahtuvasta jäännösrangaistuksen täytäntöönpanosta säädetään rikoslain 2 c luvun 14 §:ssä ja valvottavalle kuuluvien velvollisuuksien rikkomisen vuoksi tapahtuvasta täytäntöönpanosta ehdonalaisen vapauden valvonnasta annetun lain 10 §:ssä.

Kysymys jäännösrangaistuksen täytäntöönpanosta on keskeinen osa ehdonalaisen vapauttamisen järjestelmää. Tässä yhteydessä on syytä todeta, että rikoslain 2 c lukua säätäessään eduskunta päätyi yksiselitteisesti sille kannalle, että rangaistusjärjestelmää kehitetään jatkossa nimenomaan ehdonalaisen vapauttamisen, ei reaalarangaistusjärjestelmän pohjalta. Eduskunnan lakivaliokunnan mietinnön 9/2005 vp yleisperusteluissa ehdonalaisen vapauttamisen ja reaalarangaistusjärjestelmän eduista ja haitoista tehdään seuraava analyysi:

Hallituksen esityksen perusratkaisuna on säilyttää nykyinen ehdonalaisen vapauttamisen sisältävä vankeusrangaistuksen täytäntöönpanojärjestelmä ja kehittää sitä. Näin ollen siinä ei ehdoteta siirtymistä niin sanottuun reaalarangaistusjärjestelmään, jossa tuomioistuimen päätös suoraan määrittää myös vankilassa suoritettavan ajan pituuden.

Reaalarangaistusjärjestelmä on Suomen rangaistusjärjestelmälle vieras. Nykyisin vain sakon muuntorangaistuksen täytäntöönpano edustaa puhdaspiirteistä reaalarangaistusjärjestelmää, koska koko rangaistus suoritetaan vankilassa eikä rangaistuksen suorittamisesta vapautuviin voida enää sen jälkeen kohdistaa mitään valvontatoimenpiteitä tai muitakaan toimia. Kuten hallituksen esityksen perusteluissa (s. 17/II) todetaan, reaalarangaistusjärjestelmän etuna voidaan pitää sen selkeyttä ja ymmärrettävyyttä. Puhdas reaalarangaistusjärjestelmä korostaa tuomioistuinten roolia, koska tuomio pannaan aina sellaisenaan täytäntöön.

Rangaistuksen tarkoituksen kannalta tarkasteltuna reaalarangaistusjärjestelmässä jossain määrin korostuu rangaistuksen merkitys nimenomaan tehdyn rikoksen sovitukseksi. Koska reaalarangaistusjärjestelmässä tehdään periaatteessa jyrkkä ero vankeuden ja vapauden välillä, se voi samalla johtaa siihen, että vankiin ja hänen yhteiskuntaan sijoittumiseensa liittyvät näkökohdat jäävät suhteellisen vähälle huomiolle. Valiokunnan mielestä ehdonlaiseen vapauteen perustuvan järjestelmän keskeisiä etuja on juuri se, että sen kautta on

mahdollista liittää välittömästi vapautumista seuraavaan aikaan erilaisia toimenpiteitä, joilla voidaan yrittää tukea vankilasta vapautuneen henkilön valmiuksia rikoksettomaan elämäntapaan. Ehdonalaiseen vapauteen liittyy kuitenkin uhka, että jäljelle jäänyt rangaistus eli ns. jäännösrangaistus voidaan määrätä täytäntöönpantavaksi koeaikana tehdyn uuden rikoksen vuoksi, mikä osaltaan muodostaa yhden syyn pidättäytyä uusien rikosten tekemisestä. Lisäksi ehdonalaisella vapauttamisella on myös asialliseen vankilakäyttäytymiseen kannustava vaikutus siitä huolimatta, että vapauttaminen sekä nykyisellään että käsiteltävänä olevan ehdotuksen mukaan on kaavamaista. Tältä osin ehdonalaisen vapauttamisen järjestelmään liittyvät ongelmat eivät siis toteuttavan uudistuksen myötä poistu.

Jos reaalarangaistusjärjestelmä haluttaisiin ottaa käyttöön, sillä olisi myös tuntuvia käytännön vaikutuksia etenkin siirtymävaiheessa. Hallituksen esityksen perustelujen (s. 17 s.) mukaan reaalarangaistusjärjestelmään siirtyminen toteuttamistavasta riippuen joko huomattavasti lisäisi vankilukua tai johtaisi mittavaan rangaistusasteikkojen uudistamistarpeeseen ja sitä kautta pitkälliseen lainsäädäntöprosessiin. Edellä esitetyistä sekä periaatteellisista että käytännöllisistä syistä lakivaliokunta tukee hallituksen esityksessä valittua perusratkaisua.

LAKIVALIOKUNNAN TEKEMÄT MUUTOKSET JÄÄNNÖSRANGAISTUKSEN TÄYTÄNTÖÖNPANOON

Merkittävä osa eduskunnan hyväksymästä vankeuspaketista noudattelee alussa mainittuja hallituksen esityksiä. Uudessa rikoslain 2 c luvussa tärkeimmän poikkeuksen muodostavat säännökset nuorten ehdonalaisesta vapauttamisesta ja jäännösrangaistuksen määräämisestä täytäntöönpantavaksi. Nuorten ehdonalaisen vapauttamisen määräosat eduskunta sääti hallituksen esityksestä poikkeavalla uudella tavalla, jäännösrangaistuksen täytäntöönpantavaksi määräämistä koskevaa säännöstä eduskunnan lakivaliokunta taas muotoili ja tarkensi.

Näin ollen jäännösrangaistuksen täytäntöönpanosäännöstä tulee tulkita sekä eduskunnan lakivaliokunnan kannanottojen että hallituksen esityksen pohjalta. Eduskunnan hyväksymä rikoslain 2 c luvun 14 § kuuluu kokonaisuudessaan seuraavasti. Eduskunnan pykälään tekemät muutokset on merkitty kursiivilla:

Jäännösrangaistuksen määrääminen täytäntöönpantavaksi. Tuomioistuim voi *syöttäjän vaatimuksesta* määrätä jäännösrangaistuksen pantavaksi täytäntöön, jos tuomittu tekee koeaikana rikoksen, josta tuomioistuimen harkinnan mukaan hänet olisi tuomittava ehdottomaan vankeuteen ja josta syyte on nostettu vuoden kuluessa koeajan päättymisestä. Tällöin täytäntöönpantavasta jäännösrangaistuksesta ja koeajalla tehdystä rikoksesta tuomittavasta rangaistuksesta määrätään yhteinen ehdoton vankeusrangaistus muista rikoksista samalla kertaa tuomittavien vankeusrangaistusten kanssa noudattamalla, mitä 7 luvussa säädetään. *Jäännösrangaistusta ei kuitenkaan ole pidettävä mainitun*

luvun 5 §:n 2 momentissa tarkoitettuna ankarimpana rangaistuksena. Täytäntöönpanavan jäännösrangaistuksen pituutta määrätessään tuomioistuimen tulee ottaa huomioon, mitä 2 momentissa säädetään.

Jäännösrangaistus voidaan jättää määräämättä täytäntöön pantavaksi erityisesti silloin, jos:

- 1) suuri osa koeajasta on suoritettu ennen kuin 1 momentissa tarkoitettu rikos on tapahtunut;
- 2) jäännösrangaistus on lyhyt;
- 3) koeajalla tehdystä rikoksesta tuomittava rangaistus on lyhyt tai;
- 4) tekijälle koeajalla tehdystä rikoksesta johtuvan tai tuomiosta aiheutuvan muun seurauksen vuoksi yhteinen rangaistus johtaisi kohtuuttomaan lopputulokseen.

Tuomioistuin voi myös määrätä jäännösrangaistuksen täytäntöönpantavaksi vain osaksi, jolloin ehdonalainen vapaus jatkuu entisin koeajoin.

Kun tuomioistuin määrää jäännösrangaistuksen pantavaksi täytäntöön, sen on ilmoitettava täytäntöön pantavan jäännösrangaistuksen tai sen osan pituus.

Syyttäjän vaatimus

Lakivaliokunta muutti ehdotettua rikoslain 2 c luvun 14 §:n 1 momentin alkusosaa niin, että jäännösrangaistuksen täytäntöönpano tapahtuu syyttäjän vaatimuksesta. Valiokunta perusteli tätä lisäystä seuraavasti:

Valiokunta on jäännösrangaistuksen täytäntöönpanoon liittyvien aineellisten kysymysten lisäksi kiinnittänyt huomiota siihen, että pykälään ei sisälly minikäänlaisia menettelyä koskevia säännöksiä. Pykälässä lähdetään siitä, että jäännösrangaistuksen määrääminen täytäntöönpantavaksi on tuomioistuimen harkinnan varassa. Valiokunnan näkemyksen mukaan tällainen ratkaisu ei sovi hyvin yhteen rikosprosessissa nykyisin vallitsevan ns. akkusatorisen menetelmän kanssa, jossa asian selvittäminen ja eteenpäin vieminen pääkäsittelyssä on nimenomaan syyttäjän velvollisuutena. Tämän vuoksi valiokunta ehdottaa pykälän 1 momentin alkuosaa täydennettäväksi niin, että jäännösrangaistus voidaan määrätä pantavaksi täytäntöön syyttäjän vaatimuksesta. Tällainen ratkaisu on sopusoinnussa sen kanssa, että myös koko rangaistusajan määrääminen suoritettavaksi edellyttää ehdotetun 12 §:n mukaan syyttäjän esittämää vaatimusta.

Valiokunnan ehdottama lisäys parantaa syytetyn asemaa oikeudenkäynnissä. Haasteen tiedoksiantamisen yhteydessä syytetty saa ensinnäkin tiedon siitä, että siellä tullaan käsittelemään myös jäännösrangaistuksen täytäntöönpantavaksi määräämistä. Tällöin syytetty voi jo hyvissä ajoin etukäteen valmistautua vastaamaan vaatimukseen ja esittämään selvitystä etenkin nyt säädettyään pykälän 2 momentissa mainituista seikoista. Toiseksi syyttäjälle säädettyä velvollisuus vaatimuksen esittämiseen aiheuttaa sen, että syyttäjän tulee aina ennen oikeudenkäyntiä selvittää vaatimuksen käsittelyn kannalta merkitykselliset seikat. Ennen kaikkea syyttäjän tulee selvittää rikosasiain käsittelyjärjestelmästä, onko samalla henkilöllä samanaikaisesti jossain muualla käsi-

teltävänä muitakin rikosasioita, joissa voi tulla esiin kysymys saman jäännös-rangaistuksen määräämisestä täytäntöönpantavaksi. Koska syyttäjillä on kyselyoikeus myös poliisin tietojärjestelmään, heillä on mahdollisuus saada tietoa myös sellaisista asioista, jotka ovat vasta tulossa syyteharkintaan. Tällaisella syyttäjälle säädettävällä toimintavertaisuudella voidaan näin ollen mahdollisimman pitkälle pyrkiä turvaamaan se, että tuomioistuimet eivät samaan aikaan määrää täytäntöönpantavaksi samaa jäännösrangaistusta. Näin voidaan välttää mahdollisten purkutilanteiden syntymistä.

Periaatteellisten seikkojen lisäksi syyttäjän aktiivista roolia jäännösrangaistuksen täytäntöönpanossa tukevat käytännön näkökohdat. Olennaista on, että nykyisten tietojärjestelmien avulla voidaan syyttäjävaiheessa tehokkaasti ennaltaehkäistä se, että sama jäännösrangaistus pantaisiin eri tuomioistuimessa samanaikaisesti täytäntöön. Tämän selvittäminen ei merkittävästi lisää syyttäjän työtaakkaa, koska oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 5 luvun 18 §:ssä (689/1997) säädetään rikosten yhdessä käsittelemisestä, mikä edellyttää tietoa vastaajan muista käsiteltävänä olevista rikosasioista. Samalla voidaan selvittää kysymys jäännösrangaistuksesta. Tässä yhteydessä on syytä todeta, että syyttäjälaitoksen käynnissä oleva organisaatiouudistus tulee olennaisesti tehostamaan ja syventämään syyttäjien alueellista yhteistoimintaa. Aikaisempaa laajempi organisatorinen pohja luo entistä paremmat edellytykset rikosasioiden yhdessä käsittelemiselle ja tähän liittyen sen ennaltaehkäisemiselle, että samoja jäännösrangaistuksia tuomittaisiin samanaikaisesti toisista tietämättä.¹

Jäännösrangaistus ei ole ns. pohjarangaistus

Toinen lakivaliokunnan tekemä muutos hallitukseen esitykseen on tarkentava lause, jonka mukaan jäännösrangaistusta ei ole pidettävä rikoslain 7 luvun 5 §:n 2 momentissa tarkoitettuna ankarimpana rangaistuksena. Tästä valiokunta toteasi:

Hallituksen esityksen mukainen malli perustuu siihen, että koeaikana tehdystä rikoksesta tuomittavasta ehdottomasta vankeusrangaistuksesta ja täytäntöönpantavasta jäännösrangaistuksesta muodostetaan muiden samalla kertaa mahdollisesti tuomittavien vankeusrangaistusten kanssa yhteinen vankeusrangaistus noudattaen, mitä rikoslain 7 luvussa säädetään. Lakivaliokunta kannattaa hallituksen esityksen mukaista perusratkaisua muun muassa juuri sen joustavuuden vuoksi. Samalla valiokunta kuitenkin toteaa, että hallituksen esityksen perustelutkin huomioon ottaen jää epäselväksi, miten ehdotettua mallia on käytännössä tarkoitus soveltaa. Muodostettaessa koeaikana tehdystä uudesta

¹ Oikeusministeriön vastine eduskunnan lakivaliokunnalle 25.5.2005 dnro 3/69/2002.

rikoksesta ja jäännösrangaistuksesta yhteinen vankeusrangaistus kyse ei ole sellaisesta rikosten yhtymistilanteesta, jota silmälläpitäen rikoslain 7 luku aikoinaan säädettiin. Yhteisen rangaistuksen mittaamista koskevan 7 luvun 5 §:n 2 momentin mukaan yhteinen rangaistus on mitattava siten, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa rikosten lukumäärään, vakavuuteen ja keskinäiseen yhteyteen. Jäännösrangaistuksen kohdalla voi kuitenkin olla kyse useita vuosia sitten tehdystä rikoksesta, joten mainittujen mittaamissäännösten soveltaminen ei voi täytäntöönpanavan jäännösrangaistuksen pituutta määrättäessä olla samanlaista kuin varsinaista yhteistä rangaistusta mitattaessa.

Hallituksen esityksen perusteluista välittyy käsitys, jonka mukaan jäännösrangaistus ei rinnastu rikoslain 7 luvun 5 §:n 2 momentissa tarkoitettuun ”rikoksesta tuomittavaan rangaistukseen”. Näin ollen se ei myöskään voi olla siinä tarkoitettu ns. pohjarangaistus eli sellainen ankarin rangaistus, joka otetaan yhteisen rangaistuksen mittaamisen lähtökohdaksi. Jäännösrangaistuksesta täytäntöönpanavan määrän mittaaminen on siten aina tietyllä tavalla liitännäinen kysymys suhteessa uuteen, koeaikana tehtyyn rikokseen. Tämä on luonnollista jo sen vuoksi, että jäännösrangaistuksen täytäntöönpanoa koskeva kysymys ei – tiettyjä ehdonalaisen vapauden valvonta-aikaisia vakavia rikkomustilanteita lukuun ottamatta – voi ylipäänsä tulla esille ilman uutta rikosta. Tämän seikan selventämiseksi valiokunta ehdottaa 1 momentissa nimenomaisesti todettavaksi, että jäännösrangaistusta ei voida pitää rikoslain 7 luvun 5 §:n 2 momentissa tarkoitettuna ankarimpana rangaistuksena.

Lakivaliokunnan perustelujen valossa itse perusasia on selvä: jäännösrangaistus ei ole koskaan se ankarin rangaistus, joka otetaan rikoslain 7 luvun mukaisen yhteisen rangaistuksen mittaamisen perustaksi. Ratkaisu pikemminkin tarkentaa kuin muuttaa hallituksen esitystä. Hallituksen esityksessä on – ehkä virheellisesti – pidetty itsestään selvänä, että jäännösrangaistus on uuden rikoksen tuomitsemiseen nähden aina liitännäiskysymys. Tämä pitää paikkansa voimassa olevan rangaistusten täytäntöönpanosta annetun lain näkökulmasta, mutta ei välttämättä rikoslain 7 luvun näkökulmasta.² Tästä syystä eduskunnan lakivaliokunnan tarkentava lisäys on vähintäänkin aiheellinen.

Jäännösrangaistuksen täytäntöönpano perustuu kokonaisarviointiin

Kolmas lakivaliokunnan tekemä muutos jäännösrangaistuksen täytäntöönpanoon on 1 momentin lopussa oleva viittaussäännös. Sen mukaan jäännösrangaistuksen pituutta määrätessään tuomioistuimen tulee ottaa huomioon se, mitä saman pykälän 2 momentissa säädetään. Pykälän 2 momentti käsittelee tilannetta, jossa jäännösrangaistus voidaan jättää määräämättä täytäntöönpantavaksi. Ky-

² Ibid.

seistä viittaussäännöstä käsitellessään lakivaliokunta pelkisti samalla jäännös-rangaistuksen täytäntöönpanon peruslähtökohdat seuraavasti:

Kuten hallituksen esityksen perusteluista (s. 25 ja s. 51/II) ilmenee, jäännös-rangaistuksen täytäntöönpanoa koskeva käytäntö on Suomessa varsin kaava-maista. Lain sanamuodosta huolimatta jäännös-rangaistusta suoritetaan vakiin-tuneen tulkinnan mukaan aina yksi kuukausi jäännös-rangaistuksen pituudesta riippumatta. Tätä ei voida pitää hyväksyttävänä rangaistusten täytäntöönpa-nojärjestelmän yleisen uskottavuudenkaan kannalta. Nykyiseen tilanteeseen nähden hallituksen esityksessä ehdotettu uudenlainen tapa täytäntöönpan-tavan jäännös-rangaistuksen pituuden määrittämiseksi on merkittävä uudistus palauttaessaan jäännös-rangaistuksen todelliseksi osaksi rikosoikeudellista seuraamusjärjestelmää. Menettely sallii tarvittavan joustavuuden, jolloin tuo-mioistuim voi täytäntöön-pantavan jäännös-rangaistuksen pituutta määrätessään ottaa huomioon kaikki siihen vaikuttavat seikat. Tämän seurauksena jäännös-rangaistuksen täytäntöönpano voi merkitä myös pitkiä rangaistusaikoja. Jous-tavuudessaan toteutettava uudistus on lisäksi omiaan parantamaan jäännös-rangaistusta suorittavien keskinäistä yhdenvertaisuutta. (...)

Lakivaliokunnan mielestä jäännös-rangaistuksen täytäntöön-pantavan osan mittaaminen voidaan edellä ehdotetuin tavoin täydennetyin pykälän mukaan hahmottaa kolmivaiheisena harkintaprosessina, jossa ainoastaan lähtökohdan muodostaa rikoslain 7 luvun mittaamissäännöstö. Kuten pykälän rakennekin osoittaa, tämän jälkeen on harkittava sitä, tulisiko jäännös-rangaistus jättää määräämättä täytäntöön ottaen huomioon pykälän 2 momentissa mainitut seikat. Näitä ovat koeajasta suoritettu osuus ennen uuden rikoksen tekemistä, jäännös-rangaistuksen lyhyys, uudesta rikoksesta tuomittavan rangaistuksen lyhyys ja sanktiokumulaation estäminen eli rikoksesta tai tuomiosta aiheutu-van muun seurauksen huomioon ottaminen. Tuomioistuimen tulee jäännös-rangaistuksen täytäntöönpanoa yksittäistapauksessa harkitessaan kiinnittää huomiota paitsi kuhunkin seikkaan erikseen myös niiden yhdessä muodosta-maan kokonaisuuteen. Tässä yhteydessä lakivaliokunta korostaa erityisesti, että jäännös-rangaistuksen täytäntöön-pantavaksi määräämistä harkittaessa tu-lee ottaa huomioon se koeajan osa, joka on kulunut ilman rikoksia, koska näin menetellen ehdonalaisessa vapaudessa olevaa henkilöä voidaan osaltaan kan-nustaa rikoksettomaan elämäntapaan. Jotta mainittu harkintavelvollisuus kä-visi säännöksestä selvästi ilmi, valiokunta ehdottaa, että 1 momentin lopussa nimenomaisesti viitataan 2 momenttiin.

Jos tuomioistuim harkinnassaan päättyy 2 momentissa säädetty huomioon ottaen siihen, että jäännös-rangaistus on – esimerkiksi sen pituuden vuoksi – määrättävä täytäntöön-pantavaksi, sen tulee vielä pykälän 3 momentin mukaan arvioida, kuinka paljon jäännös-rangaistuksesta pannaan täytäntöön. Valiokun-nan mielestä 2 momentissa mainittujen seikkojen tulee ohjata myös tätä har-kintaa.

Sekä hallituksen esityksen että eduskunnan lakivaliokunnan mukaan jäännös-rangaistuksen täytäntöönpanouudistuksen keskeinen tavoite on, että nykyisestä yhden kuukauden säännöstä poiketen täytäntöön-pantavan jäännös-rangaistuksen tulee olla suhteessa edeltäneestä rangaistuksesta suorittamatta olevaan osaan.

Perusteluna ovat yhdenvertaisuus- ja suhteellisuusnäkökohdat. Kyseisiä periaatteita ilmentävät rikoslain 2 c luvun 14 §:n 2 momentissa luetellut seikat. Jäännösrangaistus voidaan jättää määräämättä täytäntöönpantavaksi erityisesti silloin, jos: 1) suuri osa koeajasta on suoritettu ennen kuin 1 momentissa tarkoitettu rikos on tapahtunut, 2) jäännösrangaistus on lyhyt, 3) koeajalla tehdystä rikoksesta tuomittava rangaistus on lyhyt tai 4) tekijälle koeajalla tehdystä rikoksesta johtuvan tai tuomiosta aiheutuvan muun seurauksen vuoksi yhteinen rangaistus johtaisi kohtuuttomaan lopputulokseen.

Rikoslain 2 c luvun 14 §:ää sovellettaessa on huomattava 2 momentin ensimmäisessä kohdassa esitetty uusi periaate. Se koeajan osa, joka ehdonalaisessa vapaudessa on suoritettu ilman rikoksia, koituu jäännösrangaistusta täytäntöönpantavaksi määrättäessä henkilön hyväksi. Kuten eduskunnan lakivaliokunnan lausunnossa korostetaan, tavoitteena on, että näin menetellen ehdonalaisessa vapaudessa olevaa henkilöä voidaan osaltaan kannustaa rikoksettomaan elämäntapaan. Sen selventämiseksi, että rikoksettoman ajan huomioon ottaminen koskee kaikkia soveltamistilanteita, lakivaliokunta lisäsi rikoslain 2 c luvun 14 §:n 1 momentin loppuun nimenomaisen viittauksen 2 momenttiin. Rikokseton aika tulee siis ottaa huomioon kaikissa täytäntöönpanotilanteissa silloin kun jäännösrangaistus pannaan 1 momentin mukaisesti täytäntöön, silloin kun se pannaan 3 momentin mukaisesti osaksi täytäntöön ja silloin kun se jätetään 2 momentin mukaisesti täytäntöönpanematta. Näin ollen se, että jäännösrangaistuksen tulee olla suhteessa rangaistuksesta suorittamatta olevaan osaan, ei tarkoita jäännösrangaistusta ehdonalaisen vapauttamisen hetkellä vaan tilannetta sen uuden rikoksen tapahtuessa, jonka vuoksi jäännösrangaistus määrätään täytäntöönpantavaksi.

Toisaalta samoja periaatteita ilmentää rikoslain 2 c luvun 14 §:n 2 momentin toinen kohta, jonka mukaan jäännösrangaistus voidaan jättää määräämättä täytäntöönpantavaksi silloin, jos jäännösrangaistus on lyhyt. Säännöksen potentiaalinen soveltamisala on suuri, koska valtaosa vangeista suorittaa lyhyitä vankeusrangaistuksia. Vuonna 2004 vankiloista vapautuneista rangaistusvangeista 47 prosenttia oli rangaistuslaitoksessa enintään kolme kuukautta (2193 vankia 4637 vapautuneesta), 66 prosenttia enintään kuusi kuukautta (3056 vankia 4637 vapautuneesta) ja 81 prosenttia enintään vuoden (3756 vankia 4637 vapautuneesta).³ Vastaavasti suurin osa jäännösrangaistuksista on muutamien päivien, viikkojen tai kuukausien mittaisia. Kun otetaan huomioon edellä esitetty periaate, jonka mukaan ilman rikoksia suoritettu koeaika koituu henkilön hyväksi, rikoslain 2 c luvun 14 §:n 2 momentin 1 ja 2 kohdat rajoittavat – yhdessä tai erikseen

³ Kriminaalihuoltolaitos ja Vankeinhoitolaitos. Vuosikertomus 2004. Tilastoliite, s. 5.

– merkittävällä tavalla täytäntöön pantavaksi tulevien jäännösrangaistusten määrää.

Edellä mainittua suhteellisuusperiaatetta ilmentää myös rikoslain 2 c luvun 14 §:n 2 momentin kolmas kohta. Sen mukaan jäännösrangaistus voidaan jättää määräämättä täytäntöön pantavaksi, kun koeajalla tehdystä rikoksesta tuomittava rangaistus on lyhyt. Tällä on merkitystä erityisesti tilanteissa, joissa jäännösrangaistus on pitkä ja pykälän 2 momentin 1 ja 2 kohdat eivät siihen sovellu. Vaikka uusi rikos johtaisi lyhyeen ehdottomaan vankeusrangaistukseen, 2 momentin 3 kohdan mukaan tämä ei välttämättä edellytä pitkän jäännösrangaistuksen täytäntöönpanoa.

Kun jäännösrangaistus määrätään täytäntöön pantavaksi, vaarana on sanktiokumulaatio. Tämä tarkoittaa, että sama peruste – rikoksen uusiminen – voi koventaa rangaistusta samanaikaisesti monella eri tavalla. Tämä ei vastaa rikosoikeusjärjestelmän peruseriaatteita. Sen vuoksi pykälän 2 momentin 4 kohtaan sisältyy erityissäännös asiasta. Esimerkkeinä tilanteista, joissa sanktiokumulaation vaara on olemassa, ovat hallituksen esityksen mukaan muun muassa:

- 1) kun tekijän aikaisempi rikollisuus on rikoslain 6 luvun 9 §:n 1 momentissa tarkoitetulla tavalla vaikuttanut siihen, että koeajalla tehdystä rikoksesta tuomitaan ehdoton eikä ehdollinen vankeusrangaistus;
- 2) kun tekijän aikaisempi rikollisuus vaikuttaa koventamisperusteena 6 luvun 5 §:n 5 momentissa tarkoitetulla tavalla;
- 3) kun tekijän aikaisempi rikollisuus on vaikuttanut rangaistuksen mittaamiseen ilman, että 6 luvun 5 §:n 5 momenttia on sovellettu;
- 4) kun tekijän aikaisempi rikollisuus on syynä 11 §:ssä tarkoitetun koko rangaistusajan suorittamiseen vankilassa tai;
- 5) kun koeaika on pitkä, ja tekijä sen kuluessa lähenee tilannetta, jossa uudesta vankeustuomiosta suoritettava määräosa olisi 1/2.⁴

Kaiken kaikkiaan lakivaliokunnan kanta siitä, että jäännösrangaistuksen täytäntöönpanon tulee perustua kokonaisarviointiin, on vaativa. Tällöin on harkittava paitsi jäännösrangaistukseen ja uuteen rikokseen liittyvät seikat (koeajasta ilman rikoksia suoritettu osa, jäännösrangaistuksen pituus ja uudesta rikoksesta tuomittavan rangaistuksen pituus), myös mahdollisen sanktiokumulaation vaikutus. Oleellista on sen välttäminen, ettei sama seikka (rikoksen uusiminen) kovenna rangaistusta samanaikaisesti usealla eri tavalla.

⁴ Hallituksen esitys 262/2004 vp, s. 51–52.

JÄÄNNÖSRANGAISTUKSEN TÄYTÄNTÖÖNPANOSÄÄNNÖKSEN ARVIOINTIA

Sekä hallituksen esityksen että eduskunnan lakivaliokunnan mietinnön lähtökohtana on yhdenvertaisuus- ja suhteellisuusperiaate, jonka kannalta nykyinen jäännösrangaistuksen kaavamainen yhden kuukauden täytäntöönpano on ongelmallinen. Yhdenvertaisuus- ja suhteellisuusperiaatteen näkökulmasta on vaikea hyväksyä, että pitkät jäännösrangaistukset kuittautuvat samalla tavoin kuin lyhyet. Eduskunta on omalta osaltaan korostanut jäännösrangaistuksen merkitystä säätämällä nuorten ehdonalaisen vapauttamisen 1/3 määräosan, josta voi aiheutua erittäin pitkiä jäännösrangaistuksia. Nykyisin voimassa oleva yhden kuukauden sääntö voisi tällöin aiheuttaa esimerkiksi seuraavanlaisen epäsuhtan. Määräaikaisen vankeusrangaistuksen enimmäisaika on yhteistä rangaistusta määrättäessä viisitoista vuotta.⁵ Tällöin 1/3 määräosalla vapautuva nuori suorittaa rangaistuslaitoksessa viisi vuotta ja jäännösrangaistukseksi jää kymmenen vuotta. Jos sovellettaisiin nykyistä yhden kuukauden sääntöä, kymmenen vuoden jäännösrangaistuksesta suoritettaisiin vain yksi kuukausi. Yhdenvertaisuus- ja suhteellisuusperiaatteen kannalta olisi erittäin vaikea perustella sitä, että aikuisella rikoksenuusijalla sama tulos eli yhden kuukauden jäännösrangaistus aiheutuisi kolmen kuukauden vankeusrangaistuksesta, josta henkilö on jo suorittanut vankeudessa kaksi kuukautta.

Kun uusi jäännösrangaistuksen täytäntöönpanosäännös korostaa yhdenvertaisuus- ja suhteellisuusperiaatetta, se irrottautuu vanhasta käytännöstä kahdella tavalla. Ensiksi se mahdollistaa reagoimisen pitkiin jäännösrangaistuksiin. Toiseksi se antaa perusteet luopua lyhyiden jäännösrangaistusten rutiininomaisesta täytäntöönpanosta. Kuten hallituksen esityksessä todetaan, vuosittain on pantu täytäntöön noin 1500 jäännösrangaistusta,⁶ mikä merkitsee keskimääräisessä vankiluvussa hieman yli sataa vankia. Kun otetaan huomioon hallituksen esityksessä arvioitu vaikutus vankilukuun⁷ ja lakivaliokunnan kannanotot, jotka tarkentavat esitystä, kysymys on ennen muuta järjestelmän kehittämisestä aikaisemman volyymin puitteissa, ts. tuomittavien jäännösrangaistusten kokonaismäärä on tarkoitus jyvittää uudelleen niin, että ne kohdentuvat yhdenvertaisuuden ja suhteellisuuden kannalta entistä paremmin.

Jäännösrangaistuksen täytäntöönpanouudistuksen eräänä tavoitteena on rangaistusjärjestelmän yhdenmukaistaminen. Tästä syystä jäännösrangaistuksen

⁵ Yhteisen rangaistuksen enimmäismäärästä säädetään rikoslain 2 luvun 2 §:n 1 momentissa (697/1991). Vankeuspaketin myötä tämä säännös siirtyy uuteen rikoslain 2 c luvun 2 §:n 2 momenttiin.

⁶ Hallituksen esitys 262/2004 vp, s. 12.

⁷ Ibid., s. 36.

täytäntöönpanoa koskevat säännökset noudattavat mahdollisimman pitkälti samoja periaatteita kuin ehdollisen vankeuden täytäntöönpano.⁸ Yhdenmukaistamistavoitetta ilmentää jäännösrangaistuksen täytäntöönpanoa koskevan rikoslain 2 c luvun 14 §:n 1 ja 3 momentin sekä ehdollisen vankeuden täytäntöönpanoa koskevan rikoslain 2 b luvun 5 §:n 1 ja 2 momentin (520/2001) samankaltaisuus. Niiden mukaan tuomioistuim voi määrätä jäännösrangaistuksen tai ehdollisen vankeuden pantavaksi täytäntöön, jos tuomittu tekee koeaikana rikoksen, josta tuomioistuimen harkinnan mukaan hänet olisi tuomittava ehdottomaan vankeuteen ja josta syyte on nostettu vuoden kuluessa koeajan päättymisestä. Tuomioistuim voi myös määrätä jäännösrangaistuksen tai ehdollisen vankeuden täytäntöönpantavaksi vain osaksi, jolloin ehdonalainen vapaus jatkuu entisin koeajoin tai ehdollinen vankeus jää muilta osin ehdolliseksi entisin koeajoin.

Tästä näkökulmasta voidaan kysyä, missä määrin yhdenmukaistamista tulisi jatkaa nimenomaan ehdollisen vankeuden puolella. Soveltuvatko lakivaliokunnan kannanotot myös ehdolliseen vankeuteen niin, että senkin täytäntöönpanosta määräämisen tulisi tapahtua syyttäjän vaatimuksesta? Ja tulisiko ehdollisen vankeuden yhteydessä säätää ns. pohjarangaistuksesta samalla tavoin kuin jäännösrangaistuksessa? Lisäksi on syytä pohtia, olisiko myös ehdollisen vankeuden yhteydessä tarpeen säätää yksityiskohtaisesti niistä seikoista, joiden perusteella rangaistus voidaan jättää täytäntöönpanematta samalla tavoin kuin uudessa rikoslain 2 c luvun 14 §:n 2 momentissa tehdään.

⁸ Ibid., s. 51.

Antti Pihlajamäki

Julkisen sektorin lahjonta Suomen rikoslaissa ja korruptionvastaiset kansainväliset sopimukset

YLEISTÄ KORRUPTIOSTA

Korruptio on ilmiö, jonka käsittelemiseen on viimeksi kuluneiden kymmenen vuoden kuluessa kansainvälisellä tasolla käytetty tuntuvasti aikaa ja voimavaroja. Paitsi hallitustenväliset järjestöt – Euroopan unioni, Euroopan neuvosto, Taloudellisen yhteistyön ja kehityksen järjestö OECD, Amerikan valtioiden järjestö OAS, Yhdistyneet Kansakunnat – myös tieteelliset järjestöt kuten Kansainvälinen rikosoikeusyhdistys (Association Internationale de Droit Pénal, AIDP) ja Kansainvälinen oikeustieteiden yhdistys (International Academy of Comparative Law, AIDC)¹ samoin kuin kansalaisjärjestöt, erityisesti Transparency International², ovat tehneet aktiivista työtä korruption tutkimiseksi ja ehkäisemiseksi. Euroopassa on toteutettu useita alueellisia projekteja, esimerkiksi Balkanilla ja Baltiassa,³ minkä lisäksi Euroopan unioni on rahoittanut lukuisia yksittäisiä projekteja erityisesti Itä-Euroopan valtioissa.⁴

Suomi on maailmalla tunnettu maana, jossa korruptiota ei enemmälti esiinny. Tämä käsitys perustuu paljolti Transparency Internationalin vuosittain julkaisemaan Corruption Perception Indexiin (CPI),⁵ jonka mukaan Suomi vuosina 2001–2004 arvioitiin maailman vähiten korruptoituneeksi valtioksi. Vaikka täl-

¹ Näistä ks. esimerkiksi kansalliset raporttini, AIDP:n osalta ”Corruption and Related Offences in International Economic Activities” julkaisussa *Revue Internationale de Droit Pénal* 1–2/2003 s. 195–214 ja AIDC:n osalta ”Fighting International and National Corruption by Means of Criminal Law” teoksessa *Aspects of Finnish Contemporary Law*, ed. by Tore Modeen, Helsinki 2002, s. 231–256.

² Ks. <http://www.transparency.org>.

³ Euroopan unioni, Euroopan neuvosto ja OECD ovat yhdessä toteuttaneet Kaakkois-Euroopan vakauttamissopimukseen perustuvaa korruption vastaista aloitetta (SPAI) ja OECD Baltian maita koskevaa aloitetta (BACI).

⁴ Esimerkiksi syksyllä 2004 alkoi Bulgariassa vuoden kestävä PHARE-rahoitteinen projekti, johon minullakin on ollut tilaisuus osallistua, ja syksyllä 2005 alkaa Romaniassa twinning-projekti; kummankin projektin hallinnointi kuuluu HAUS kehittämisskeskus oy:lle.

⁵ <http://www.transparency.org>, <http://www.transparency.fi>.

lainen indeksi ei tietenkään koko totuutta kerro, on selvää, että korruptio ei missään tapauksessa ole tyypillistä suomalaiselle hallinnolle ja elinkeinoelämälle. Tätä käsitystä tukevat voimakkaasti OECD:n ja Euroopan neuvoston yhteydessä toimivan GRECO:n (Groupe d'États contre la Corruption) suorittamien maatarkastusten perusteella tehdyt johtopäätökset.⁶

Syyt Suomen korruption vähäisyyteen ovat herättäneet kiinnostusta ympäri maailman ja suomalaiset asiantuntijat tapaavat toistuvasti vieraiden valtioiden tai niissä toimivien kansalaisjärjestöjen edustajia, jotka yrittävät Suomesta löytää keinot korruption kitkemiseksi omista maistaan.⁷ Vaikkei korruptiota olekaan Suomessa koettu kovin suureksi ongelmaksi, on aktiivinen kiinnostus pakottanut suomalaiset pohtimaan Suomen hyvän tilanteen taustoja.⁸ Ryhtymättä tässä enemmälti käsittelemään korruption vähäisyyden syitä totean, että pitkän pohjoismaisen tradition ja viranomaistoiminnan läpinäkyvyyden ohella kattava lainsäädäntö, rikoslainsäädäntö mukaan lukien, on yksi tärkeistä korruptiota vähentävistä tekijöistä.

Korruptio käsitteenä on hieman epämääräinen. Transparency Internationalin esittämän ja laajemmaltikin käytetyn määritelmän mukaan korruptio on jollekulle uskotun vallan väärinkäyttöä yksityiseksi hyödyksi⁹ ja näin määriteltynä käsite onkin melko laaja; esimerkiksi rikoslain 40 luvussa tarkoitetut virka-aseman väärinkäytämiset ja virkavelvollisuuden rikkomiset voidaan tämän määritelmän valossa usein katsoa korruption ilmenemismuodoiksi. Useimmiten korruptiosta puhuttaessa ajatellaan kuitenkin lahjontaa, joka lieneekin yleisin tai ainakin näkyvin korruption ilmenemismuodoista.

Lahjonta jaetaan yleensä toisaalta aktiiviseen (lahjuksen antaminen) ja passiiviseen (lahjuksen ottaminen) lahjontaan sekä toisaalta julkisen ja yksityisen sektorin lahjontaan. Lahjuksen antamisella tarkoitetaan sellaisen lahjan tai muun edun lupaamista, tarjoamista tai antamista, jolla vaikutetaan tai pyritään vaikuttamaan tai joka on omiaan vaikuttamaan lahjottavan toimintaan, ja lahjuksen ottamisella puolestaan sanotunlaisen edun pyytämistä tai vastaanottamista taikka sitä koskevan tarjouksen hyväksymistä.

⁶ Tarkastusraportit löytyvät esimerkiksi osoitteista <http://www.oecd.org> ja <http://greco.eu.int>.

⁷ Tätä toimintaa tapahtuu niin hallitusten välisellä kuin järjestötasollakin: esimerkiksi Transparency Suomi ry., Transparency Internationalin kansallinen osasto, vastaanottaa jatkuvasti yhteydenottoja yhteistyöpyyntöjä veljesjärjestöiltään mm. Kaukoidästä, Oseaniasta ja Itä-Euroopan maisista.

⁸ Suomalaisten asiantuntijoiden yhteistyön tuloksena on mm. vuonna 2005 syntynyt ulkoasiainministeriön kehitysyhteistyöosaston julkaisu ”Combating Corruption. The Finnish Experience”, jossa on selvitetty korruption vähäisyyteen vaikuttavia tekijöitä.

⁹ Ks. <http://www.transparency.org>: ”Corruption is the misuse of entrusted power for private benefit.”

Tässä kirjoituksessa keskityn pelkästään julkisen sektorin lahjontaan, joka on ollut selvästi yksityisen sektorin lahjontaa korostuneemmassa asemassa kansainvälisessä yhteistyössä, ja selvitän, millaisia muutoksia Suomen rikoslakiin on jouduttu tekemään, jotta se on saatu vastaamaan kansainvälisten Suomea velvoittavien sopimusten vaatimuksia. Todettakoon kuitenkin, että yksityisen sektorin aktiivinen ja passiivinen lahjonta on Suomessa kriminalisoitu rikoslain 30 luvun 7 ja 8 §:ssä tavalla, joka täyttää kansainvälisten sopimusten asettamat standardit.

SUOMEN LAHJONTAA KOSKEVA LAINSÄÄDÄNTÖ

Julkisen sektorin lahjontaa koskevat säännökset ovat rikoslain 16 ja 40 luvussa. Ensin mainitun, viranomaisia vastaan tehtyjä rikoksia koskevan luvun 13 § koskee lahjuksen antamista, 14 § törkeää lahjuksen antamista ja 14 a § lahjuksen antamista kansanedustajalle. Luvun 20 §:n soveltamisalasäännöksissä määritellään virkamies-käsitteen ulottuvuus luvun säännösten kannalta. Virkarikoksia koskevan 40 luvun 1 §:ssä on säännös lahjuksen ottamisesta, 2 §:ssä törkeästä lahjuksen ottamisesta, 3 §:ssä lahjusrikkomuksesta ja 4 §:ssä lahjuksen ottamisesta kansanedustajana. Luvun 11 § sisältää virkamiehen ja sellaiseen rinnastetun henkilön määritelmiä ja 12 §:ssä on soveltamisalasäännöksiä.

Ennen 1990-luvun lopulla ja 2000-luvun alussa toteutettuja lahjusrikoksia koskevien säännöksiä uudistamisia oli säännökset uudistettu rikoslain 40 luvun uudistamisen yhteydessä 1.1.1990 voimaan tulleella lailla (792/1989). Näiden säännösten mukaan lahjusrikoksia olivat lahjuksen antaminen (16:13), törkeä lahjuksen antaminen (16:13 a), lahjuksen ottaminen (40:1), törkeä lahjuksen ottaminen (40:2) ja lahjusrikkomus (40:3). Virkamiehen käsite oli määritelty rikoslain 2 luvun 12 §:ssä.

Rikoslain kokonaisuudistus

Osana rikoslain kokonaisuudistusta muutettiin 24.7.1998 annetulla ja 1.1.1999 voimaan tulleella lailla 563/1998 oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan tehtyjä rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevat säännökset. Lahjusrikoksia koskeviin säännöksiin ei vielä tässä yhteydessä juurikaan puututtu, sillä ainoa oleellinen muutos oli se, että säännösten soveltamisala laajennettiin käsittämään myös Euroopan yhteisöjen palveluksessa olevan tekemä lahjuksen ottaminen ja lahjuksen antaminen tällaiselle henkilölle. Muutosta perusteltiin sillä, että Euroopan unionin jäsenyyden johdosta osa asioista, joista aikaisemmin oli päätetty kansallisesti, oli siirtynyt EU:ssa muiden jäsenvaltioiden kanssa pää-

tettäväksi. Euroopan yhteisöjen palveluksessa olevat tekivät nyt päätöksiä sellaisissakin asioissa, joista aikaisemmin päättivät suomalaiset virkamiehet.¹⁰

Muutokset toteutettiin lisäämällä 16 luvun 13 §:ään sanat ”Euroopan yhteisöjen palveluksessa olevalle” sekä sisällyttämällä lukuun 20 §:ksi uusi määritelmäsäännös, jossa käsitteelle ”Euroopan yhteisöjen palveluksessa oleva” annettiin täsmällinen sisältö.¹¹ Rikoslain 40 luvun 9 §:ään lisättiin uusi 3 momentti, joka sisälsi viittauksen 16 luvun 20 §:ään.

Koska rangaistavuuden ala nyt ensimmäistä kertaa laajennettiin ulottumaan muuhun kuin suomalaisen virkamiehen lahjontaan, on perusteluissa käsitelty myös kysymystä Suomen rikoslain soveltamisalasta ja todettu, että sikäli kuin on kysymys muista kuin Euroopan yhteisöjen palveluksessa olevista, lahjusrikoksia koskevat säännökset säilyvät kansallisesti rajoitettuina. Rikoslain 1 luvun 4 §:n perusteella suomalainen virkamies ja julkisyhteisön työntekijä voitiin tuomita lahjuksen ottamisesta edellyttämättä kaksoisrangaistavuuden vaatimuksen täytymistä, mutta lahjuksen antamisen samoin kuin Euroopan yhteisöjen palveluksessa olevan tekemän lahjuksen ottamisen kohdalla kaksoisrangaistavuutta tuli edellyttää rikoslain 1 luvussa säädetyn tavoin.

Ulkomaisen virkamiehen lahjonta

Vaikka edellä käsitellyllä lainmuutoksella lahjusrikossäännösten soveltamisala oli laajennettu koskemaan muidenkin kuin suomalaisten virkamiesten lahjontaa, ei laajennus ollut riittävä. Jo ennen lain 563/1998 voimaantuloa hallitus antoi eduskunnalle kaksi esitystä: (1) esityksen 46/1998 Euroopan yhteisöjen taloudellisten etujen suojaamista koskevaan yleissopimukseen liittyvän pöytäkirjan eräiden määräysten hyväksymisestä ja sellaisen lahjonnan torjumisesta, jossa on osallisina Euroopan yhteisöjen virkamiehiä tai Euroopan unionin jäsenvaltioiden virkamiehiä, tehdyn yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä laiksi rikoslain muuttamisesta ja (2) esityksen 102/1998 kansainvälisissä liikesuhteissa tapahtuvan ulkomaisiin virkamiehiin kohdistuvan lahjonnan torjuntaa koskevan yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä laiksi rikos-

¹⁰ Ks. HE 6/1997, LaVM 3/1998.

¹¹ *Euroopan yhteisöjen palveluksessa olevalle* tarkoitetaan henkilöä, joka on pysyvässä tai tilapäisessä palvelussuhteessa Euroopan parlamentissa, Euroopan unionin neuvostossa, Euroopan yhteisöjen komissiossa, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimessa, tilintarkastustuomioistuimessa, alueiden komiteassa, talous- ja sosiaalikomiteassa, Euroopan oikeusasiamiehen palveluksessa, Euroopan investointipankissa, Euroopan keskuspankissa tai Euroopan yhteisöjen perustamissopimusten nojalla perustetussa muussa elimessä taikka toimeksiannon perusteella hoitaa jonkin Euroopan yhteisöjen toimielimen tai Euroopan yhteisöjen perustamissopimusten nojalla perustetun muun elimen antamaa tehtävää.

lain 16 luvun 13 ja 20 §:n muuttamisesta. Kummassakin esityksessä ehdotettiin lailla 563/1998 muutettujen säännösten muuttamista.

Euroopan unionin korruptionvastaiset yleissopimukset¹²

Euroopan unionin oikeus- ja sisäasioiden yhteistyössä oli valmistunut kaksi korruption torjuntaa koskevaa yleissopimusta: Euroopan yhteisöjen taloudellisten etujen suojaamista koskevaan yleissopimukseen liittyvä pöytäkirja¹³ sekä yleissopimus sellaisen lahjonnan torjumisesta, jossa on osallisina Euroopan yhteisöjen virkamiehiä tai Euroopan unionin jäsenvaltioiden virkamiehiä.¹⁴

Korruptiopöytäkirjassa edellytetään kunkin jäsenvaltion ryhtyvän tarpeellisiin toimenpiteisiin sen varmistamiseksi, että sen kansallisia virkamiesten lahjontaa koskevia säännöksiä voidaan soveltaa myös Euroopan yhteisöjen virkamiehen tai toisen Euroopan unionin jäsenvaltion virkamiehen lahjontaan silloin, kun kysymyksessä ovat Euroopan yhteisöjen varoja loukkaavat lahjusrikokset. Korruptiosopimus on lähes samansisältöinen mutta edellyttää kriminalisoimaan mainittujen virkamiesten lahjusrikokset yleisesti eli siis muissakin kuin yhteisöjen varoja loukkaavissa tilanteissa.

Hallituksen esityksessä 46/1998, joka oli annettu eduskunnalle ennen edellä selostetun lain 563/1998 antamista mutta sitä koskeneen hallituksen esityksen 6/1997 käsittelyn päätyttyä, ehdotettiin pöytäkirjan ja sopimuksen määräykset implementoitaviksi niin, että rikoslain 16 luvun 13 §:ään lisätään maininta Euroopan yhteisöjen palveluksessa olevasta ja Euroopan yhteisöjen toisen jäsenvaltion virkamiehestä sekä että luvun määritelmäsäännökseen (ehdotuksessa 27 a §) otetaan säännökset siitä, keitä on pidettävä Euroopan yhteisöjen palveluksessa olevina sekä Euroopan unionin toisen jäsenvaltion virkamiehinä.

Rikoslain 40 lukuun ehdotettiin uutta soveltamisalasäännöksen sisältävää 13 §:ää. Soveltamisalan laajennus tarkoitti sitä, että myös Euroopan yhteisöjen palveluksessa olevan ja Euroopan unionin toisen jäsenvaltion virkamiehen tekemä lahjuksen ottaminen on rangaistavaa.

OECD:n korruptionvastainen yleissopimus¹⁵

OECD:ssä 17.12.1997 tehty yleissopimus kansainvälisissä liikesuhteissa tapahtuvan ulkomaisiin virkamiehiin kohdistuvan lahjonnan torjunnasta on ensimmäinen maailmanlaajuinen korruptionvastainen yleissopimus, jonka tavoitteena

¹² HE 46/1998.

¹³ Euroopan yhteisöjen virallinen lehti (EYVL) nro C 313, 23.10.1996, s. 1.

¹⁴ EYVL nro C 195, 25.6.1997, s. 1.

¹⁵ HE 102/1998.

on vähentää viranomaisiin ja virkamiehiin kohdistuvaa kansainvälisissä liikesuhteissa, erityisesti kaupan ja investointien yhteydessä, esiintyvää lahjontaa. Sopimuksen taustalla oli OECD:n neuvoston 23.5.1997 hyväksymä kansainvälisissä liikesuhteissa tapahtuvan lahjonnan torjumista koskeva suositus ja siihen liittyvät yhteiset periaatteet, joiden pohjalta neuvosto päätti aloittaa pikaiset sopimusneuvottelut asiaa koskevasta yleissopimuksesta.

Vajaat puoli vuotta kestäneisiin tiiviisiin sopimusneuvotteluihin¹⁶ osallistuivat kaikki OECD:n silloiset 29 jäsenmaata sekä lisäksi Argentiina, Brasilia, Bulgaria, Chile ja sittemmin OECD:hen liittynyt Slovakia, jotka kaikki olivat jäseninä OECD:n lahjonnanvastaaisessa työryhmässä. Työryhmän jäsenyyden saavuttaminen on edellytyksenä yleissopimukseen liittymiselle.

Sopimukseen liittyneet valtiot sitoutuvat kriminalisoimaan sellaisen kansainvälisissä liikesuhteissa tapahtuvan oikeudettoman edun tarjoamisen, lupaamisen tai antamisen ulkomaiselle virkamiehelle, jonka tarkoituksena on, että tämä virkatoimissaan menettelisi vastoin virkavelvollisuuksiaan. Ulkomaisella virkamiehellä tarkoitetaan sopimuksessa vieraan valtion lainsäädännölliseen, hallinnolliseen tai oikeudelliseen virkaan nimitettyä tai valittua samoin kuin muuta vieraan valtion puolesta julkista tehtävää hoitavaa. Myös julkisen kansainvälisen järjestön toimihenkilöt kuuluvat käsitteen piiriin.

Hallituksen esityksen 102/1998 antamishetkellä minkään ulkomaisen virkamiehen lahjonta ei ollut vielä rangaistavaa, joskin laki 563/1998 oli jo annettu ja samoin eduskunnalle oli annettu hallituksen esitys 46/1998. Nyt puheena olevaan esitykseen liitetty ehdotus rikoslain muuttamisesta sisälsi lisäykset rikoslain 16 luvun 13 §:ään ja 20 §:ään. Ensin mainittuun ehdotettiin lisättäväksi ulkomainen virkamies niiden henkilöiden joukkoon, joihin aktiivinen lahjonta voi kohdistua, ja viimeksi mainittuun ulkomaisen virkamiehen yleissopimuksen tekstiä noudatteleva määritelmä.

Lakiehdotusten käsittely ja rikoslain muutokset

Lakivaliokunta päätti käsitellä hallituksen esitykset 46/1998 ja 102/1998 yhdessä, koska molemmissa esityksissä ehdotettiin muutettavaksi samoja rikoslain 16 luvun pykälää, jotka lisäksi oli sovitettava yhteen 1.1.1999 voimaan tulevan rikoslain muuttamisesta annetun lain 563/1998 kanssa.¹⁷

Lakivaliokunnan mietinnön mukaisesti eduskunta hyväksyi lain rikoslain 16 ja 40 luvun muuttamisesta (815/1998), joka tuli voimaan 1.1.1999.

¹⁶ Minulla oli ilo osallistua neuvotteluihin Suomen edustajana.

¹⁷ LaVM 7/1998.

Rikoslain 16 luvun 13 §:n mukaan rangaistavan lahjuksen antamisen kohteena voi olla virkamies, julkisyhteisön työntekijä, sotilas, Euroopan yhteisöjen palveluksessa oleva, Euroopan unionin toisen jäsenvaltion virkamies tai ulkomainen virkamies. Luvun 20 §:n määritelmiin sisällytettiin laissa 563/1998 säädetyn *Euroopan yhteisöjen palveluksessa olevaa* koskevan, nyt pykälän 1 momentiksi tulleen määritelmän¹⁸ lisäksi *Euroopan unionin toisen jäsenvaltion virkamiestä* (2 mom.) ja *ulkomaista virkamiestä* (3 mom.) koskevat määritelmät.¹⁹

Kolmen alun perin erillisen lainsäädäntöhankkeen seurauksena syntynyt lopputulos ei varmastikaan ollut tyylikkään mahdollinen, sillä Euroopan unionin toisen jäsenvaltion virkamiestä ja ulkomaista virkamiestä koskevat määritelmät olivat selkeästi päällekkäisiä. Selvää päällekkäisyyttä oli havaittavissa myös Euroopan yhteisöjen palveluksessa olevan ja ulkomaisen virkamiehen määritelmässä. Kattavina ja sopimusvelvoitteet hyvin täyttävinä määritelmiä toki voidaan pitää.

Rikoslain 40 luvun 9 §:n soveltamisalasäännöksen 3 momentin viittaus 16 luvun 20 §:ään laajennettiin koskemaan myös Euroopan unionin toisen jäsenvaltion virkamiestä. Koska OECD:n yleissopimus koski vain ulkomaisen virkamiehen aktiivista lahjontaa, ei passiivisen lahjonnan soveltamisalaa ollut tarpeen laajentaa *kaikkia* ulkomaisia virkamiehiä koskevaksi.

Euroopan neuvoston korruptionvastainen yleissopimus

Lahjontaa koskeva Euroopan neuvoston rikosoikeudellinen yleissopimus tuli kansainvälisesti voimaan heinäkuun alussa 2002 ja sen aiheuttamat muutokset lainsäädäntöömme (604/2002) puolestaan tulivat voimaan 1.10.2002 osana laajempaa virkarikoksia ja niihin liittyviä rikoksia koskevien säännösten uudistamista.

Edellä käsiteltyihin kansainvälisiin sopimuksiin verrattuna Euroopan neuvoston yleissopimus on selvästi laaja-alaisempi. Se velvoittaa sopimuspuolet kriminalisoimaan niin kansallisen kuin ulkomaisenkin virkamiehen aktiivisen ja passiivisen lahjonnan samoin kuin kansallisen ja ulkomaisen kansanedustuslaitoksen jäsenen aktiivisen ja passiivisen lahjonnan. Kriminalisointivelvoite koskee

¹⁸ Ks. edellä alaviite 11.

¹⁹ *Euroopan unionin toisen jäsenvaltion virkamiehellä* tarkoitetaan henkilöä, joka on kyseisen valtion lainsäädännössä tarkoitettu rikosoikeudellisessa vastuussa oleva virkamies tai viranomainen.

Ulkomaisella virkamiehellä tarkoitetaan henkilöä, joka vieraassa valtiossa on nimitetty tai valittu lainsäädännölliseen, hallinnolliseen tai oikeudelliseen virkaan tai tehtävään tai joka muuten hoitaa julkista tehtävää vieraan valtion puolesta taikka joka on julkisen kansainvälisen järjestön toimihenkilö tai edustaja.

myös yksityisen sektorin aktiivista ja passiivista lahjontaa, minkä ohessa yleis-sopimuksessa on määräykset kansainvälisten järjestöjen virkamiesten, kansainvälisten parlamentaaristen yleiskokousten sekä kansainvälisten tuomioistuinten tuomareiden ja viranhaltijoiden lahjonnasta. Sopimuksessa on lisäksi määräys vaikutusvallan väärinkäytöstä (trading in influence).

Yleissopimus ei edellyttänyt kovin suuria muutoksia rikoslakimme rangaistussäännöksiin. Ulkomaisen virkamiehen lahjonta oli jo melko kattavasti kriminalisoitu ja yksityisen sektorin lahjontaa koskevat säännökset vastasivat sopimusmääräyksiä. Täysin uudentyyppinen vaatimus oli kuitenkin kotimaisen kansanedustajan aktiivisen ja passiivisen lahjonnan kriminalisoiminen ja tämä osoittautuikin hallituksen esitykseen 77/2001 sisältyneen rikoslain muuttamista koskevan ehdotuksen ongelmallisimmaksi kysymykseksi.

Esityksessä ehdotettiin rikoslain 16 lukuun uutta 14 a §:ää, jonka mukaan *lahjuksen antaminen kansanedustajalle* olisi tarkoittanut lahjan tai muun edun lupaamista, tarjoamista tai antamista kansanedustajalle tai kansanedustajaehdokkaalle, jotta tämä menettelisi jonkin asian ratkaisemiseksi tietyllä tavalla siten, että tavoiteltu menettely on omiaan heikentämään luottamusta eduskunnan päätöksentekoon. Vastaavasti 40 lukuun ehdotettiin säännöstä, jossa olisi kriminalisoitu kansanedustajan tai kansanedustajaehdokkaan tekemä lahjuksen pyytäminen, vastaanottaminen tai hyväksyminen.

Perustuslakivaliokunta antoi lakivaliokunnalle lausunnon, jossa se asettui vastustamaan kansanedustajaan liittyviä lahjontasäännöksiä ja piti aiheellisena niiden poistamista lakiehdotuksesta.²⁰ Valiokunnan mielestä ehdotetulla kriminalisoinnilla oli lähinnä symbolinen merkitys eikä rikoslakia valiokunnan mielestä tullut käyttää tällaiseen tarkoitukseen. ”Epämääräiseksi jäävä kriminalisointi yhdessä mahdollisuuden kanssa esittää kansanedustajaan kohdistuvia vihjailuja, väitteitä ja epäilyjä voivat aiheuttaa edustajantoimen hoitamiselle ja poliittiselle kulttuurille suurempia haittoja kuin rangaistussäännöksellä saavutettaviksi arvioidut hyödyt olisivat”, arveli valiokunta lausunnossaan.

Lakivaliokunta käsitteli mietinnössään²¹ perusteellisesti kysymystä kansanedustajan lahjomisesta ja totesi kansanedustajan lahjontasäännösten tarkoituksena olevan suojata eduskunnan päätöksentekoa epäasialliselta vaikuttamiselta ja kansalaisten luottamusta päätöksenteon asianmukaisuuteen. Suojeltavan oikeushyvän tärkeyden vuoksi valiokunta katsoi kriminalisointia voitavan pitää perusteltuna. Valiokunta kiinnitti huomiota siihen, että lahjuksen ottaminen kansanedustajana oli säädetty rangaistavaksi lähes kaikissa Euroopan unionin jäsenmaissa ja totesi lisäksi kriminalisointia harkittaessa olevan syytä ottaa huomioon

²⁰ PeVL 29/2001.

²¹ LaVM 10/2002.

ehdotuksen perustuvan Euroopan neuvoston yleissopimukseen, jonka voimaansaattamisen yhteydessä varauman tekeminen keskeiseen säännökseen todennäköisesti herättäisi kansainvälistä huomiota.

Valiokunta ehdotti kansanedustajan lahjonnan kriminalisoimista siten, että maininta kansanedustajaehdokkaasta poistettiin säännöksistä, joihin tehtiin lisäksi eräitä muitakin tarkistuksia. Eduskunta hyväksyi säännökset valiokunnan ehdottamassa muodossa.²²

Rikoslain 2 luvun 12 §:n ja 16 luvun 20 §:n määritelmäsäännökset korvattiin rikoslain 40 luvun 11 §:n uudella säännöksellä, joka sisältää virkamiestä, julkista luottamustehtävää hoitavaa henkilöä, julkisyhteisön työntekijää, ulkomaista virkamiestä, julkista valtaa käyttävää henkilöä ja ulkomaista parlamentin jäsentä koskevat määritelmät.²³ Näistä on syytä kiinnittää huomiota ulkomaisen virka-

²² 16 luku 14 a §. *Lahjuksen antaminen kansanedustajalle*. Joka kansanedustajalle lupaa, tarjoaa tai antaa hänelle tai toiselle tarkoitetun lahjan tai muun oikeudettoman edun, jotta tämä edun vuoksi edustajantoimissaan menettelisi jonkin eduskunnassa käsiteltävänä olevan tai käsiteltäväksi tulevan asian päättämiseksi tietyllä tavalla, on tuomittava *lahjuksen antamisesta kansanedustajalle* sakkoon tai vankeuteen enintään neljäksi vuodeksi.

40 luku 4 §. *Lahjuksen ottaminen kansanedustajana*. Jos kansanedustaja itselleen tai toiselle

1) pyytää lahjan tai muun oikeudettoman edun taikka tekee muutoin aloitteen sellaisen edun saamiseksi taikka

2) ottaa vastaan tai hyväksyy lahjan tai muun oikeudettoman edun taikka hyväksyy sitä koskevan lupauksen tai tarjouksen ja lupaa toimia edun vuoksi edustajantoimissaan jonkin eduskunnassa käsiteltävänä olevan tai käsiteltäväksi tulevan asian päättämiseksi tietyllä tavalla, hänet on tuomittava *lahjuksen ottamisesta kansanedustajana* sakkoon tai vankeuteen enintään neljäksi vuodeksi.

²³ 40 luku 11 §. Tässä laissa tarkoitetaan

1) *virkamiehellä* henkilöä, joka on virka- tai siihen rinnastettavassa palvelussuhteessa valtioon, kuntaan taikka kuntayhtymään tai muuhun kuntien julkisoikeudelliseen yhteistoimintaelimeen, eduskuntaan, valtion liikelaitokseen taikka evankelisluterilaiseen kirkkoon tai ortodoksiseen kirkkokuntaan tai sen seurakuntaan tai seurakuntien yhteistoimintaelimeen, Ahvenanmaan maakuntaan, Suomen Pankkiin, Kansaneläkelaitokseen, Työterveyslaitokseen, kunnalliseen eläkelaitokseen, Kuntien takauskeskukseen tai kunnalliseen työmarkkinalaitokseen;

2) *julkista luottamustehtävää hoitavalla henkilöllä* kunnanvaltuutettua ja muuta yleisillä vaaleilla valittua 1 kohdassa mainitun julkisyhteisön edustajiston jäsentä kuin kansanedustajaa edustajantoimissaan sekä 1 kohdassa mainitun julkisyhteisön tai laitoksen toimielimen, kuten valtioneuvoston, kunnanhallituksen, lautakunnan, johtokunnan, komitean, toimikunnan ja neuvottelukunnan, jäsentä sekä muuta mainitun julkisyhteisön tai laitoksen luottamushenkilöä

3) *julkisyhteisön työntekijällä* henkilöä, joka on työsopimussuhteessa 1 kohdassa mainittuun julkisyhteisöön tai laitokseen

4) *ulkomaisella virkamiehellä* henkilöä, joka on nimitetty tai valittu vieraan valtion tai julkisen kansainvälisen järjestön, toimielimen tai tuomioistuimen hallinnolliseen tai oikeudelliseen virkaan tai tehtävään tai joka muuten hoitaa julkista tehtävää vieraan valtion tai julkisen kansainvälisen järjestön, toimielimen tai tuomioistuimen puolesta

5) *julkista valtaa käyttävällä henkilöllä*

a) sitä, jonka tehtäviin lain tai asetuksen nojalla kuuluu antaa toista velvoittava määräys tai päättää toisen edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta taikka joka lain tai asetuksen nojalla tehtävässään tosiasiallisesti puuttuu toisen etuun tai oikeuteen, sekä

miehen määritelmään, joka nyt kattaa aikaisemmin 16 luvun 20 §:ssä määritellyt Euroopan yhteisöjen palveluksessa olevan, Euroopan unionin toisen jäsenvaltion virkamiehen ja ulkomaisen virkamiehen samoin kuin 25.3.2001 voimaan tulleella lailla 234/2001 lisätyssä 5 momentissa määritellyn Schengenin yleissopimuksessa tarkoitetun vieraan valtion virkamiehen.²⁴ Ulkomaisen virkamiehen käsite ei kuitenkaan kata ulkomaisen parlamentin jäsentä, josta on oma määritelmänsä, sillä kansanedustajaa ei nähty aiheelliseksi kaikilta osin rinnastaa virkamieheen, olipa tämä sitten kotimainen tai ulkomainen.

Lahjusrikoksia koskevien säännösten sovellettavuus rikoslain 40 luvun 11 §:ssä tarkoitettuihin henkilöryhmiin määritellään 16 luvun 20 §:n ja 40 luvun 12 §:n soveltamisalasäännöksissä. Ensin mainitun lainkohdan 3 momentin mukaan luvun 13 ja 14 §:ssä tarkoitettu rangaistava aktiivinen lahjonta voi kohdistua paitsi virkamieheen myös julkista luottamustehtävää hoitavaan henkilöön, julkisyhteisön työntekijään, ulkomaiseen virkamieheen, julkista valtaa käyttävään henkilöön ja sotilaaseen. Sovellettaessa luvun 14 a §:ää rinnastetaan 20 §:n 4 momentin mukaan ulkomaisen parlamentin jäsen suomalaiseen kansanedustajaan.

Rikoslain 40 luvun 12 §:n soveltamisalasäännöksen mukaan luvun 1–3 §:n passiivista lahjontaa koskevia säännöksiä sovelletaan virkamiehen ohella julkista luottamustehtävää hoitavaan henkilöön, julkista valtaa käyttävään henkilöön, julkisyhteisön työntekijään ja ulkomaiseen virkamieheen. Neljännen pykälän säännös lahjuksen ottamisesta kansanedustajana soveltuu myös ulkomaisen parlamentin jäseneneen. Kaikkiin edellä mainittuihin soveltuu myös 40 luvun 14 §, jonka mukaan 1–4 §:ssä tarkoitettulla teolla vastaanotettu lahja tai etu taikka sen arvo on tuomittava valtiolle menetetyksi.

Yleissopimuksen 12 artiklassa edellytetään kriminalisoitavaksi ns. vaikutusvallan väärinkäyttö eli sellaisen henkilön aktiivinen lahjominen, joka väittää pystyvänsä epäasiallisesti vaikuttamaan sellaisen henkilön päätöksentekoon, jonka lahjominen sinänsä olisi rangaistavaa. Tältä osin Suomi teki varauman, jonka mukaan se ei säädä rangaistavaksi kysymyksessä olevaa toimintaa siltä

b) sitä, jonka lain tai asetuksen nojalla taikka viranomaiselta lain tai asetuksen nojalla saadun toimeksiannon perusteella kuuluu osallistua a kohdassa tarkoitettun päätöksen valmisteluun tekemällä päätösesitys tai -ehdotus, laatimalla selvitys tai suunnitelma, ottamalla näyte tai suorittamalla tarkastus taikka muulla vastaavalla tavalla

6) *ulkomaisen parlamentin jäsenellä* henkilöä, joka on vieraan valtion kansanedustuslaitoksen tai kansainvälisen parlamentaarisen yleiskokouksen jäsen.

²⁴ Pykälään oli kansainvälisen rikostuomioistuimen perussäännön hyväksymisen yhteydessä lailla 1285/2000 lisätty 4 momentti, jossa oli määritelty kansainvälisen rikostuomioistuimen palveluksessa oleva. Sanottu laki, joka oli ollut tarkoitus saattaa myöhemmin voimaan asetuksella, kumottiin lailla 604/2002.

osin kuin sitä ei voida pitää rangaistavana lahjusrikoksena tai rangaistavana osallisuutena sellaiseen rikokseen tai muuna rikoksena.

Aikaisemmin voimassa olleisiin lahjuksen antamista ja ottamista koskeviin säännöksiin ei Euroopan neuvoston yleissopimuksen voimaan saattaminen aiheuttanut olennaisia muutoksia. Rikoslain 16 luvun 13 § voitiin soveltamisaläsäännöksen ansiosta kirjoittaa yksinkertaisempaan muotoon ja törkeää lahjuksen antamista koskevaan 14 §:ään ei ollut tarvetta puuttua.²⁵

Passiivisen lahjonnan osalta ainoa asiallinen muutos oli tunnusmerkistötekijän ”vaatii lahjan tai muun oikeudettoman edun” muuttaminen muotoon ”pyytää lahjan tai muun oikeudettoman edun saamiseksi taikka tekee muutoin aloitteen sellaisen edun saamiseksi”. Tähän oli syynä paitsi se, että vaatia-verbi oli jo käytännössä osoittautunut merkityssisällöltään tarpeettoman ahtaaksi, myös se, että Euroopan neuvoston yleissopimuksessa käytettiin verbiä ”request”. Aloitteen tekeminen lisättiin tekemuodoksi tarkoituksin saada epäsuorastikin esitetyt lahjustoivomukset rangaistavuuden piiriin.²⁶ Muutokset tehtiin sekä 40 luvun 1 §:n lahjuksen ottamista että 3 §:n lahjusrikkomusta koskeviin säännöksiin. Muita 1–3 §:ään tehtyjä vähäisiä muutoksia voidaan pitää lähinnä selvennyksinä.²⁷

²⁵ 13 §. *Lahjuksen antaminen*. Joka virkamiehelle lupaa, tarjoaa tai antaa hänen toiminnastaan palvelussuhteessa hänelle tai toiselle tarkoitetun lahjan tai muun edun, jolla vaikutetaan tai pyritään vaikuttamaan taikka joka on omiaan vaikuttamaan virkamiehen toimintaan palvelussuhteessa, on tuomittava *lahjuksen antamisesta* sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi. Lahjuksen antamisesta tuomitaan myös se, joka virkamiehen toiminnasta palvelussuhteessa lupaa, tarjoaa tai antaa 1 momentissa tarkoitetun lahjan tai edun toiselle.

¹⁴ §. *Törkeä lahjuksen antaminen*. Jos lahjuksen antamisessa

1) lahjalla tai edulla pyritään saamaan asianomainen toimimaan palvelussuhteessa velvollisuuksiensa vastaisesti lahjojaa tai toista huomattavasti hyödyttäen tai toiselle tuntuvaa vahinkoa tai haittaa aiheuttaen tai

2) lahjan tai edun arvo on huomattava

ja lahjuksen antaminen on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä, rikoksentehtäjä on tuomittava *törkeästi lahjuksen antamisesta* vankeuteen vähintään neljäksi kuukaudeksi ja enintään neljäksi vuodeksi.

²⁶ HE 77/2001 s. 40.

²⁷ 1 §. *Lahjuksen ottaminen*. Jos virkamies toiminnastaan palvelussuhteessa itselleen tai toiselle

1) pyytää lahjan tai muun oikeudettoman edun taikka tekee muutoin aloitteen sellaisen edun saamiseksi,

2) ottaa vastaan lahjan tai muun edun, jolla vaikutetaan tai pyritään vaikuttamaan taikka joka on omiaan vaikuttamaan hänen toimintaansa palvelussuhteessa, taikka

3) hyväksyy 2 kohdassa tarkoitetun lahjan tai edun tai lupauksen tai tarjouksen siitä, hänet on tuomittava *lahjuksen ottamisesta* sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi. Virkamies on tuomittava lahjuksen ottamisesta myös, jos hän toiminnastaan palvelussuhteessa hyväksyy 1 momentin 2 kohdassa tarkoitetun lahjan tai muun edun antamisen toiselle taikka lupauksen tai tarjouksen siitä.

Virkamies voidaan tuomita myös viralta pantavaksi, jos rikos osoittaa hänet ilmeisen sopimattomaksi tehtävänsä.

KAKSOISRANGAISTAVUUDEN VAATIMUS JA LAHJUSRIKOKSET

Niin kuin edellä on mainittu, ei rikoslain kokonaisuudistukseen liittyneellä lailla 563/1998 muutettu kaksoisrangaistavuutta koskevaa rikoslain 1 luvun 11 §:ää lajusrikossäännösten sovellettavuuteen vaikuttavalla tavalla. Pykälään tosin lisättiin uusi toinen momentti, jolla kaksoisrangaistavuuden vaatimuksesta luovuttiin eräiden sukupuolisiveellisyyttä loukkaavien tekojen ja seksuaalirikosten osalta.

Näin ollen lajusrikoksiin soveltui edelleen se pääsääntö, että milloin rikos oli tehty vieraan valtion alueella, Suomen lain soveltaminen edellytti paitsi rangaistavuutta tekopaikan lain mukaan myös sitä, että teosta olisi voitu tuomita rangaistus asianomaisen vieraan valtion tuomioistuimessa. Teosta ei siis olisi Suomessa voitu tuomita rangaistusta esimerkiksi siinä tapauksessa, että syyteoikeus olisi tekovaltion lain mukaan ollut jo vanhentunut. Rikoslain 1 luvun 4 §:n nojalla virkamiehen passiivinen lahjominen oli ja edelleen on rangaistavaa tekopaikan laista riippumatta, ja jos lajusrikoksen voitaisiin joskus katsoa kohdistuvan Suomeen sillä tavoin kuin luvun 3 §:ssä tarkoitetaan, ei kaksoisrangaistavuutta myöskään vaadittaisi.

Euroopan neuvoston yleissopimuksen 17 artiklassa edellytetään, että sopimusvaltion ulottavat lainkäyttövaltansa yleissopimuksessa tarkoitettuihin rikoksiin myös silloin, kun rikos on tehty sopimusvaltion alueen ulkopuolella ja rikoksentekijä on sopimusvaltion kansalainen tai virkamies tai jonkin kansanedustuslaitoksen jäsen taikka rikos koskee sen virkamiestä tai kansanedustuslaitoksen jäsentä taikka kansainvälisen järjestön virkamiestä, kansainvälisen parlamentaarisen yleiskokouksen jäsentä tai kansainvälisen tuomioistuimen tuomaria tai vi-

2 §. *Törkeä lahjuksen ottaminen.* Jos lahjuksen ottamisessa

1) virkamies asettaa lahjuksen toimintansa ehdoksi taikka toimii tai hänen tarkoituksenaan on toimia lahjan tai edun vuoksi palvelussuhteessaan velvollisuuksiensa vastaisesti lahjanantajaa tai toista huomattavasti hyödyttäen tai toiselle tuntuvaa vahinkoa tai haittaa aiheuttaen taikka

2) lahjan tai edun arvo on huomattava

ja lahjuksen ottaminen on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä, virkamies on tuomittava *törkeästä lahjuksen ottamisesta* vankeuteen vähintään neljäksi kuukaudeksi ja enintään neljäksi vuodeksi sekä lisäksi viralta pantavaksi.

3 §. *Lahjusrikkomus.* Jos virkamies itselleen tai toiselle

1) pyytää lahjan tai muun oikeudettoman edun taikka tekee muutoin aloitteen sellaisen edun saamiseksi taikka

2) ottaa vastaan tai hyväksyy lahjan tai muun edun taikka hyväksyy sitä koskevan lupauksen tai tarjouksen

siten, että menettely on omiaan heikentämään luottamusta viranomaistoiminnan tasapuolisuuteen, hänet on tuomittava, jollei tekoa ole rangaistava lahjuksen ottamisena tai törkeänä lahjuksen ottamisena, *lahjusrikkomuksesta* sakkoon tai vankeuteen enintään kuudeksi kuukaudeksi.

ranhaltijaa, joka samalla on sopimusvaltion kansalainen. Tältä osin Suomen rikoslaki ei vastannut yleissopimuksen vaatimuksia ja mahdollista olisi esimerkiksi ollut, että suomalainen liikemies olisi seuraamuksitta voinut lahjoa vaikkapa saksalaisen virkamiehen, jos teko olisi tehty sellaisen valtion alueella, joka ei ollut kriminalisoinut ulkomaiseen virkamieheen kohdistuvaa lahjontaa.²⁸

Puute korjattiin muuttamalla rikoslain 11 luvun 2 momenttia niin, että momentin poikkeusluetteloon lisättiin viittaukset rikoslain 16 luvun 13, 14 ja 14 a §:ään ja 40 luvun 1–4 §:ään seuraavasti:

”Vaikka teosta ei säädetä rangaistusta tekopaikan laissa, siihen sovelletaan Suomen lakia, jos sen on tehnyt Suomen kansalainen tai 6 §:n 3 momentin 1 kohdassa tarkoitettu henkilö ja teosta säädetään rangaistus – – (4) 16 luvun 13, 14 ja 14a §:ssä ja vaikka lainkohtia sovelletaan mainitun luvun 20 §:n nojalla; – – (8) 40 luvun 1–4 §:ssä, jos rikoksen tekijä on kansanedustaja, ulkomainen virkamies tai ulkomaisen parlamentin jäsen.”

Aktiivisen lahjonnan osalta kaksoisrangaistavuutta on siis luovuttu vaatimasta paitsi lahjottavan ollessa suomalainen virkamies tai kansanedustaja myös silloin, kun teon kohteena on 16 luvun 20 §:n 3 ja 4 momentissa tarkoitettu henkilö eli julkista luottamustehtävää hoitava, julkisyhteisön työntekijä, ulkomainen virkamies, julkista valtaa käyttävä henkilö, sotilas tai ulkomaisen parlamentin jäsen.

Koska kaksoisrangaistavuuden vaatimuksesta luopumisen yleisenä edellytyksenä on, että rikoksen tekijä on Suomen kansalainen tai Suomessa pysyvästi asuva, voidaan rikoslain 40 luvun 1–4 §:ää soveltaa ulkomaisen virkamiehen tai ulkomaisen parlamentin jäsenen tekemään rikokseen ainoastaan silloin, kun tällainen henkilö *samalla* on Suomen kansalainen tai asuu pysyvästi Suomessa. Suomalaisen virkamiehen, julkista luottamustehtävää hoitavan, julkisyhteisön työntekijän ja julkista valtaa käyttävän henkilön ulkomailla tekemään 40 luvun 1–3 §:ssä tarkoitettuun tekoon Suomen rikoslakia sovelletaan 1 luvun 4 §:n 1 momentin nojalla.²⁹

Näiden muutosten seurauksena Suomen rikoslain soveltamisalaa koskeva lainsäädäntö vastaa Euroopan neuvoston yleissopimuksen vaatimuksia, ja julkisen sektorin lahjusrikokseen syyllystynyttä suomalaista voidaan rangaista Suomen lain mukaan, olipa teko tehty kotimaassa tai ulkomailla.

²⁸ OECD:n lahjonnanvastaisen yleissopimuksen implementoinnin ensimmäisen evaluointikierroksen arvioinnissa oli jo vuonna 1999 kiinnitetty huomiota siihen, että Suomi edellytti kaksoisrangaistavuutta ulkomaisen virkamiehen lahjonnan osalta, ja vaikkei tilanne sinänsä ollutkaan yleissopimuksen määräysten vastainen, pidettiin sitä epätydyttävänä.

²⁹ 4 § 1 mom. *Virkarikos ja sotilasrikos*. Tämän lain 40 luvun 11 §:n 1, 2, 3 ja 5 kohdassa tarkoitettun henkilön Suomen ulkopuolella tekemään 40 luvussa mainittuun rikokseen sovelletaan Suomen lakia.

LOPPUHUOMIOITA

Kansainvälisessä rikosoikeudellisissa korruptionvastaisessa yhteistyössä ei ole keskitytty yksinomaan lahjusrikoksiin. Erityisesti rahanpesu- ja kirjanpitorikoksia koskevan lainsäädännön tehokkuus on nähty tärkeäksi sekä OECD:n että Euroopan neuvoston yleissopimuksissa.³⁰ Näiltä osin Suomen lainsäädäntö vastaa kansainvälisiä vaatimuksia.

Yleissopimuksissa on myös seuraamusjärjestelmää koskevia määräyksiä. Rangaistusten edellytetään olevan tehokkaita, tekoon oikeassa suhteessa olevia ja riittäviä, ja yhteisöt on voitava saattaa rikosoikeudelliseen tai muuhun vastuuseen niiden toiminnassa tehdyistä lahjusrikoksista.³¹

Sopimusten määräykset kansainvälisestä yhteistyöstä koskevat lähinnä keskinäistä oikeusapua ja rikoksen johdosta tapahtuvaa luovuttamista.³² Jatkuva kansainvälisen vuorovaikutuksen lisääntyminen ja ns. maapalloistumiskehitys (globalisaatio) vaikuttavat myös korruptiorikosten luonteeseen: esimerkiksi vientikauppa, ulkomaiset investoinnit ja kansainväliset tarjouskilpailut ovat omiaan paitsi luomaan korruptiolle hedelmällisen maaperän myös oleellisesti muuttamaan perinteistä käsitystä korruptiorikoksista. Tästä syystä viranomaisten tehokkaan kansainvälisen yhteistyön edellytyksiä pyritään sopimusteitse kehittämään.

Rikoslainsäädäntö on vain osa siitä lainsäädännöstä, jolle korruption vastustaminen asettaa vaatimuksia. Vero-, kirjanpito-, tilintarkastus-, yhtiö- ja virkamieslainsäädännön merkitys on keskeinen; muun muassa OECD:n ja GRECO:n maatarkastusten yhteydessä on perusteellisesti tutkittu juuri näitä lainsäädännön alueita.

Joulukuun 9. päivänä 2003 allekirjoitettiin Yhdistyneiden Kansakuntien korruptionvastainen yleissopimus, jonka kansallista voimaansaattamista koskeva hallituksen esitys 197/2005 on annettu eduskunnalle 18.11.2005. Esityksessä ei ehdoteta merkittäviä muutoksia Suomen lainsäädäntöön.³³

³⁰ OECD:n yleissopimus 7 ja 8 artikla, EN:n yleissopimus 13 ja 14 artikla.

³¹ OECD:n yleissopimus 3 artikla, EN:n yleissopimus 18 ja 19 artikla.

³² OECD:n yleissopimus 9 ja 10 artikla, EN:n yleissopimus 26 ja 27 artikla.

³³ OM:n hankeluettelossa (<http://www.om.fi/29059.htm>) todetaan seuraavasti: ”Yhdistyneiden Kansakuntien korruptionvastaiseen yleissopimukseen sisältyy velvoitteita, jotka koskevat muun muassa ehkäiseviä toimenpiteitä, kriminalisointeja, sanktiota, vahingonkorvausta, takavarikointia, konfiskaatiota, tuomiovaltaa, oikeushenkilöiden vastuuta, todistajien ja uhrien suojelua, täytäntöönpanojärjestelmiä, kansainvälistä yhteistyötä, laittomasti maasta vietyjen varojen palauttamista, teknistä apua, tietojen keräämistä, vaihtoa ja analysointia sekä täytäntöönpanon valvontamekanismeja. Maasta laittomasti vietyjen varojen palauttamista koskevia määräyksiä ei sisälly muihin jo olemassa oleviin korruption vastaisiin sopimuksiin. Myös sopimukseen sisältyy laajoja ennaltaehkäiseviä toimenpiteitä. Sopimuksen kaikki määräykset eivät ole ehdottomasti velvoittavia, vaan ongelmallisimpina pidetyt määräykset ovat harkinnanvaraisia.”

Vielä pari vuosikymmentä sitten tyypillinen suomalainen lahjusrikos oli ehkäpä pienehkön rahalahjan tarjoaminen katsastus- tai tullimiehelle, ja lahjukseksi katsottavan edun arvoa yritettiin määritellä ”lämmin voileipä, kylmä olut – kylmä voileipä, lämmin olut” -konkretisointien avulla. Vaikka oikeuskäytäntö lahjusrikosten osalta on Suomessa kovin vähäistä, on kuitenkin viime vuosina ollut havaittavissa myös sellaisten lahjusrikosten tai ainakin niitä koskevien epäilyjen lisääntymistä, joilla on ollut kansainvälisiä ulottuvuuksia. Vaikka tilastot ja indeksit tukevatkin käsitystä lahjusrikosten ja korruption vähäisyydestä Suomessa, on ilmeistä, että sellaista korruptiota, joka jää tulematta viranomaisten tietoon, jossain määrin esiintyy. Näin ollen asianomaisten viranomaisten on syytä pysytellä valppaina ja mm. osallistua tehokkaasti kansainväliseen yhteistoimintaan sen eri tasoilla ja muodoissa.

Jaan Sootak – Elina Elkind

The concept of corporate criminal responsibility and its further developments in the Estonian case law

INTRODUCTION

The goal of this paper is twofold: first, we describe the rules of criminal liability for legal persons in Estonian law together with their practical implementation and interpretation by judicial system; additionally, links are made to the other countries' legislation and international documents. An important role in the writing of this paper is played by the decisions of the Supreme Court of Estonia.

The question of criminal responsibility of legal persons remains highly debated on both national and international forums. Most European countries have accepted the fact that current economical and environmental challenges demand more stringent measures of enforcing corporate responsibility than the rules on civil damages permit. To a large extent, this has to do with implementing international legal instruments, such as Council of Europe criminal law convention on corruption, OECD convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions, the United Nations convention against transnational organized crime, and European Union documents. While most of the documents do not specifically require criminal responsibility for legal persons as such, they do insist on effective, proportionate, and dissuasive sanctions for certain offences. Nevertheless, in the process of mutual review and adjustment of its legislation to the international standards, many countries have chosen the path of criminal law liability. The focus is now mainly on the choice between administrative and criminal responsibility, and the conditions on which the legal person is to be held responsible for criminal offence. Potential problems with the punitive administrative sanctions or so-called quasi-criminal liability can arise in the area of mutual legal assistance.¹

¹ M. Pieth. Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities: International Developments; published in A. Eser, G. Heine, B. Huber (ed). Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities. International Colloquium. Berlin, 1998, p. 115.

Administrative responsibility is still “the weapon of choice” e.g. in Germany and Italy. German approach, for example, is based on the constitutional principle of individual guilt in criminal offences, which does not allow for criminal responsibility of a collective entity.² Legal persons are held responsible under German Administrative Offences Act, which imposes non-criminal fines up to 1 000 000 euro in the most serious cases.

On the other side on the scale remain such European countries as Denmark, whose experience in prosecuting legal entities dates back to 1926, applying the negligence standard³, or Great Britain with common law concept of “directing mind”⁴.

As to the conditions on which responsibility is to be incurred, the main problems to be resolved are:

- the types of legal entities held responsible;
- the connection with the natural person act;
- the categories of offences for which punishment is possible;
- the criteria of legal entity’s advantages or interest in the commission of the offence.

Another important issue is that of the sanctions available for corporations, which can differ quite significantly from country to country. While we briefly address this issue in this paper, our main focus is on the conditions of legal person’s liability.

ESTONIAN LEGISLATION: SHORT INTRODUCTION

Legal person’s criminal responsibility has been introduced in Estonia with coming into force of the new Penal Code⁵ (came into force September 1, 2002). Previous Criminal Code was based on the Soviet criminal legal theory that did not accept legal person as a subject of crime.⁶ At the same time, corporate responsibility was available for the administrative offences. The offences them-

² J. Pradel. *Droit penal compare*. Dalloz, 1995 no 217, p. 307.

³ J. C. Coffee, Jr. *Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey*; Berlin International Colloquium (see note 1), p. 24.

⁴ For the origins of directing mind theory see e.g. C. Wells. *Corporations and Criminal Responsibility*. Clarendon Press. Oxford, 1993, p. 107–108.

⁵ RT (State Gazette) I 2001, 61, 364; 2004, 88, 600 (English translation of legal acts is available at www.legaltext.ee).

⁶ Eesti NSV Kriminaalkoodeks. Kommenteeritud väljaanne (Soviet Estonian Criminal Code: commented edition). Tallinn: Eesti raamat, 1980, § 7 komm 5c.

selves were contained in the different legal acts, the general procedure rules of the Code of Administrative Offences applied with exceptions provided for in the specific laws.

Estonian new Penal Code foresees two categories of offences: criminal offences and misdemeanours, for both of which legal person's responsibility can be incurred. Generally, it can be said that Estonia has followed a middle-of-the-road approach that was largely based on the French Penal Code⁷, including the principle of derived responsibility and the rule that criminal liability of legal persons is foreseen for specific offences. The legal provisions in the General Part of Penal Code set the rules, allowing, however, room for judicial interpretation.

The main conditions for legal person responsibility can be found in the sections 14 and 37 of Estonian Penal Code:

§ 14. Liability of legal persons

- (1) In the cases provided by law, a legal person shall be held responsible for an act which is committed by a body or senior official thereof in the interest of the legal person.
- (2) Prosecution of a legal person does not preclude prosecution of the natural person who committed the offence.
- (3) The provisions of this Act do not apply to the state, local governments, or to legal persons in public law.

§ 37. Guilt capacity of legal persons

Legal persons with passive legal capacity are capable of guilt.

Those sections contain central issues in Estonian legal person's responsibility doctrine, which shall be analyzed further in this paper.

THE SUBJECT OF RESPONSIBILITY: DEFINING A LEGAL PERSON

To comment on the text of abovementioned provisions from the perspective of general questions that usually arise in the discussion of legal person's responsibility, we should start with the definition of a legal person in Estonian law. The definition is given in the section 24 of the General Part of the Civil Code Act⁸, under which a legal person is a subject of law founded pursuant to law. A legal person is either a legal person in private law or a legal person in public law. As

⁷ J. Sootak. Kaks aastat karistusseadustikku – uus õigus ja uued probleemid? (Two Years of the Penal Code – New Law and New Problems?), *Juridica* 2005/I, p. 40.

⁸ RT I 2002, 35, 216; 2003, 78, 523.

can be seen from the subsection 3 of the section 14, legal persons in public law are excluded from criminal responsibility; the same applies to the state and local governments. This is due to the fact that public entities are considered to act in the public interest and the conditions for exercising of public functions are foreseen in the specific laws. In case of infringement of the rules, a natural person (state official) can be punished. The state as a bearer of punitive function cannot punish itself; besides, it would lead to an absurd situation, when money (in fines) would be taken from the state only to give it right back.

In this aspect, Estonia is no exception to the rule, as similar regulations are in force in several European countries. According to the art 121-2 of French Penal Code, state cannot be criminally liable; however, local public authorities and their associations are not excluded.⁹ Under subsection 2 of section 1 of chapter 9 of Finnish Penal Code the acts committed in the exercise of public authority are also excluded from liability.¹⁰

It should be clarified, though, that a private legal person founded by state or local government or with their participation (i.e. public enterprise) is not excluded from prosecution under Estonian law. The state has the same conditions for participating in the market. This is supported by the actual case law, as in 2004 misdemeanour proceedings were initiated against AS Eesti Raudtee (public limited company) which is a company that provides railway services in the Baltics; 34 % of its shares belong to the Estonian state. Proceedings were eventually terminated because other elements of the offence were not fulfilled.¹¹

The types of legal persons in private law are listed in the subsection 1 of the section 25 of the General Part of the Civil Code Act and include general partnerships, limited partnerships, private limited companies, public limited companies, commercial associations, foundations, and non-profit associations.

Accordingly, the subject of criminal responsibility, i.e. “legal person”, is defined quite clearly, without leaving much room for interpretation. In all other cases (e.g. civil-law partnerships, sole proprietor) natural person(s) are held individually responsible.

Questions still arise over the application of the criminal law responsibility to the so-called one-person-companies, i.e., companies with only one shareholder, who is usually also the manager. It was argued that such application would imply a violation of *ne bis in idem* principle for the natural person, who, in addition to

⁹ J. Pradel (note 2) no 220, p. 312.

¹⁰ Unofficial English translation available at: <http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E8890039.PDF> (22.06.2005).

¹¹ The decision of the Supreme Court from March 23, 2005, case number 3-1-1-9-05 (RT III 2005, 12, 118).

being punished himself, incurs the damages from punishment to the company. This position was overruled in the Supreme Court judgment in the case of illegal tree cutting.¹² The court explained that under the law, a legal person is an independent entity, which cannot be identified with its shareholders or managers. It is capable of being an addressee of legal responsibilities, so it can also be punished for breaking the law. The court remarked that punishment for a legal person can be damaging for its shareholders or managers, but it should be approached as an economic risk rather than a punishment. Furthermore, under the principle of equality before the law (subsection 1 of section 12 of Estonian Constitution) it is impossible to exclude those companies from prosecution, creating unfair advantages for one-person companies and the persons running those companies. A possible solution is introduced in Finnish Penal Code (chapter 9: clause 6 of the subsection 2 of section 4), where it is up to court to decide whether to waive the punishment for corporation in such cases.

In the same decision, the court has then discussed another problem that had to do with simultaneous responsibility of a natural person and a legal person. It is to be clearly understood that punishment of a legal person does not exclude the punishment of a natural person; the same is stated in the subsection 2 of section 14 of Estonian Penal Code. Their responsibility should be viewed as cumulative (or simultaneous), where both legal and natural person are held liable. The section 14 should not be interpreted to mean that the legal person and the human being are joint principal offenders, or that the legal person is an accessory to the crime of the natural person.

THE LINK TO NATURAL PERSON: BODY AND MIND

Continuing on the subject started in the previous chapter, we have to return to the first subsection of section 14. It should be noted that “independency” of legal person in criminal law is still quite heavily limited with the connection to the act of the natural person or (to be more specific) its body or a senior (leading) official. Estonian lawmaker has chosen the path of derived liability, which follows the identification doctrine, equaling the company with its ruling bodies or officials, whose actions can be therefore attributed to the legal person. The same approach, as already mentioned, is found, e.g., in French Penal Code.¹³ Addition-

¹² The decision of Supreme Court from March 23, 2004, case number 3-1-1-7-04 (RT III 2004, 9, 105).

¹³ J. Pradel (note 2) no 220, pp. 311–312.

ally, the act of the natural person has to correspond to the definition of a punishable act in the Penal Code, i.e. the act comprises the necessary elements of an offence, is unlawful and the person is guilty of the commission of the offence.¹⁴

This is an approach that is based on the acceptance of fictional essence of a legal entity and continues the tradition of civil law, which transfers the actions of the representative of the company (its agent) to the legal person.¹⁵ The subsection 5 of section 31 of the General Part of Civil Code Act states that the activities of a body of a legal person are deemed to be the activities of the legal person.

The definition of body is bound to the civil law: under section 31 of the General Part of the Civil Code Act the bodies of a legal person in private law are the general meeting and the management board unless otherwise provided by law. The exceptions can be found in different laws regulating such types of legal persons; the most common example is supervisory board.

The senior (or leading) official is, on the other hand, an invention of criminal law theory, bearing in mind the concept of “directing mind” of the company, but extending it to the limits beyond the highest level of the management. It is not defined by law but given instead to the judges to interpret. The question if a person is a senior official of a specific company is always to be resolved depending on his authority and position within the legal person; the person must have some sort of regulating or decision-making power within the company that enables us to identify him with the legal person and its course of action.¹⁶ This includes e.g. executive directors, accountants etc. In one case the court has pointed out that it is understandable that in a big enterprise the management board does not deal with everyday issues. Such decisions are taken on the lower levels by executive officials, who have the right to make independent decisions in certain areas. Those executive officials can also be senior officials in the meaning of Penal Code.¹⁷

Estonian Supreme Court has addressed the issue on quite a few occasions, stressing the need to identify the senior official or a body responsible for the act before punishing the legal person. The court has gone further than the law and stressed that it is not enough to identify the body as a collective entity, responsible for the act. Legal person’s liability is dependent on the acts of the specific

¹⁴ 3-1-1-7-04; the decision of the Supreme Court from September 28, 2004, case number 3-1-1-82-04 (RT III 2004, 24, 263).

¹⁵ K. Saare. Esindusorgani liikme käitumise omistamisest eraõiguslikule juriidilisele isikule seoses vastutuse küsimusega. (Judgement of a private law legal person on the basis of the conduct of a member of the management body) Juridica X/2003, p. 674.

¹⁶ J. Sootak, P. Pikamäe. Karistusseadustik. Kommenteeritud väljaanne (Penal Code. Commented edition). Tallinn: Juura 2005, § 14 komm 5.1.2.

¹⁷ 3-1-1-9-05.

natural persons, who are members of the body or senior officials.¹⁸ In another decision in case of forbidden advertising it was mentioned that this is a general rule, exceptions are possible only in special cases; e.g. in the situation, where the decision to act unlawfully has been taken in the meeting of the management board by secret voting, and it is not possible to prove who has voted for or against it. Under the principles of individual responsibility and presumption of innocence no natural person can be punished, still it can be established that the unlawful decision has been made by the body in the interests of legal persons. The body conducting the investigations has not identified the member of a body or the senior official responsible for the act, failing to mention in fact any natural person connected with the act. The court has remarked that the liability of legal person does not exclude the punishment for actual perpetrators.¹⁹ The important conclusion is that a natural person cannot “hide” behind the legal person, shifting their responsibility onto it. The same opinion was voiced in yet another case, also connected with forbidden advertising.²⁰

The point was once again introduced in the recent decision, where the Supreme Court explained that identifying elements of the punishable act in the behaviour of the body means going to the level of a specific natural person and identifying the elements of the offence in his behaviour, except under special circumstances.²¹

In the same case the court has, however, specified that when the proceedings against natural person are discontinued for reasons of expediency or because of the death of the accused, there should be no obstacles for continuing the proceedings in the respect of legal person, if a punishable act itself has been identified.

The strict interpretation of principle of derived liability can certainly pose some problems in actual investigations, especially in case of misdemeanours, but the different approach could lead to the strict liability, which is in conflict with principle of guilt underlying Estonian legal theory.

The problems with the “directing mind”-like approach can arise in the cases where the person actually committing the crime is a blue-collar worker of the company or an agent who does not have a position within the company but works under an authorization contract or a contract for services. In all cases, the Supreme Court has remarked, that the Penal Code requires an act by the senior official or a body to be established. Certainly, in many cases workers or agents do not act of their own accord but have been given instructions from the manage-

¹⁸ 3-1-1-7-04.

¹⁹ 3-1-1-82-04.

²⁰ The Supreme Court decision from December 22, 2004, case number 3-1-1-121-04 (RT III 2005, 3, 21).

²¹ The Supreme Court decision from May 6, 2005, case number 3-1-1-137-04.

ment. In such cases the doctrine of committing the crime through other person (the Penal Code section 21 subsection 1) by using organizational power can be applied. There could be some practical problems with collecting the evidence because of the unwillingness of the worker to testify against the company in fear of losing the job. Obviously such instructions are usually not provided in written form. So there is a definite danger of senior officials hiding behind the low-level workers in committing the crime or “outsourcing” the risky decisions.

First, Estonian Supreme Court has had to deal with the problem in the case of truck driver, who had violated the rules of permitted load of the vehicle. The court of first instance considered it a responsibility of the company. The Supreme Court pointed out that a truck driver is not a senior official or a body. In the previous proceedings it was established that in driving the truck to the destination point the worker was certainly fulfilling the instructions of the management, however there was no evidence available to support an allegation that the decision to disregard the rules of loading the truck was made by the senior official or the body of the legal person. The court stressed once more that even if such instruction had been given it would not free the employee himself from the responsibility according to the subsection 2 of the section 14 of Penal Code.²²

Another group of cases involved agents of a company, who were acting on the authorization by the legal person. In the name of the legal person they have submitted tax declarations with incorrect data. The Supreme Court decision stated that as the offence was committed by the agents of the company and not the body or the senior officials, the legal person cannot be punished.²³ In those cases the Supreme Court has not analyzed further the possibility to trace the responsibility to the management.

It should be noted, that some countries have specific provisions on the liability of legal person in case its management has failed to fulfil the duty to take supervisory or other measures to prevent the offence and this has made possible the commission of the offences by a natural person under legal person’s authority. Such provisions can be expressly found e.g. in the section 130 of German Administrative Offences Act, which foresees liability of owner of the operation or an undertaking for intentional or negligent violation of obligatory supervisory duty. The subsection 1 of section 2 of chapter 9 of Finnish Penal Code also foresees such liability. The precondition of such responsibility is that the necessary care and diligence to prevent the offence were not observed in the operation of

²² The Supreme Court decision from October 16, 2003, case number 3-1-1-100-03 (RT III 2003, 32, 326).

²³ The Supreme Court decision from October 19, 2004, case number 3-1-1-70-04 (RT III 2004, 27, 292); the Supreme Court decisions from October 28, 2004, case numbers 3-1-1-83-04 and 3-1-1-84-04.

the company.²⁴ The obligation to establish such responsibility also ensues from the second protocol to the Convention on the protection of the European Communities' financial interests of 26 July 1995, numerous framework decisions and from Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption. In the last evaluation report on Estonia GRECO has noted possible lack of such type of responsibility of legal persons in Estonian Penal Code.²⁵

It can be argued that if the General Part of Penal Code applies to the legal persons that it does so also in connection with rules on omission to act and negligence (Penal Code section 13 and 18 respectively).²⁶ Under the principle of derived liability the responsibility of a senior official or a body should still be identified.

The general crimes of breach of duty by an official (such as misuse of official position in section 289 of Penal Code and negligence related to office in section 290) do not include the clause of legal person's liability. So the liability should be established for specific crime through the general rules on negligence and/or omission.

Under subsection 1 of section 15 the criminal liability for negligence is only possible in cases, where the Penal Code specifically criminalizes a negligent act (e.g. negligent homicide or negligent storage of firearms). According to the subsection 3, misdemeanours are punishable both as intentional or negligent acts. In all such cases it would be possible to establish a senior official's liability for carelessness and lack of due diligence in fulfilling his supervising duties, which led to the breach of law. This would enable holding the legal person responsible for the negligent acting or omitting to act.

It is important to note that there are specific conditions to establish liability for omission to act under section 13 of Penal Code, when an offence can be committed both by acting or omitting to act;

- there has to be a specific legal consequence described in the law as an element of the offence;
- a person was obligated to prevent this consequence (duty to act)

The Supreme Court has mentioned the subject of responsibility for omission in the case of company failing to fulfil an obligation to keep its premises clean. There was again an issue of identifying specific senior official responsible for the misdemeanour, which has not been done by the investigator. The court has re-

²⁴ R. Lahti. Die Jüngsten Entwicklungen im finnischen Strafrecht. – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2003 (115), p. 759.

²⁵ See p. 17 of the report; available at: <http://www.greco.coe.int/>.

²⁶ J. Sootak, P. Pikamäe (note 16), § 14 komm 2.

marked that legal person's liability for omission is also dependent on establishing the elements of the offence in the behaviour of a natural person (a member of a body or a senior official). In case of omission the specific person's duty to act, the act that had to be done and, additionally, the subjective elements of the offence (such as intent or negligence) have to be shown and explained in the decision.²⁷ Such duty can presumably be foreseen in the person's job contract or other document. In another case the Supreme Court has stressed that a specific official who has not fulfilled his duties has to be identified. It is not enough to establish general responsibility of a legal person's body to act in certain cases.²⁸

Still, the standards described above are impossible to apply e.g. to the crime of bribery, which can be only committed by acting and does not require a specific consequence. The lack of supervision by a senior official, which enables a company representative or a lower level worker to give bribes in the interests of the company, is apparently not covered, which could create some problems in implementing international documents and in prosecuting actual cases.

THE QUESTION OF GUILT

This paper has shown that most of the constructions in the doctrine of legal person's liability are based on the principle of derived responsibility, which connects the liability of legal person to the natural person's act. Still, the question remains to be solved in the rather philosophical area of criminal law – the substance of guilt. Estonian law is based on the normative guilt theory, which states that a person is guilty if he could avoid committing the offence and act according to the norm, but did not do so.²⁹

Subsection 1 of section 32 of the Penal Code states that a person can be punished only if the person is guilty of the commission of the act. Every mentally capable natural person, who is at least 14 years old, is supposed to be able to act lawfully. His responsibility is only excluded in the circumstances given in the Penal Code (so-called excuses). The standard is obviously a bit different for legal persons. Under section 37 of Penal Code a legal person is capable of guilt if it has passive legal capacity. Basically, we assume that every legal person with passive legal capacity is able to prevent his employees from committing the offences, thus preventing its own responsibility. There are no so-called organizational excuses in Estonian law.

²⁷ 3-1-1-9-05.

²⁸ 3-1-1-137-04

²⁹ J. Sootak. *Karistusõiguse alused* (The Bases of Penal Law) Tallinn: Juura 2003, p. 100.

According to the subsection 2 of section 26 of General Part of Civil Code Act a private legal person has passive legal capacity as of entry of the legal person in the register prescribed by law. Such registers are at the moment commercial register and non-profit associations and foundations register. As the Penal Code does not give any special references to the passive legal capacity of legal person, it is reasonable to take the civil law approach into account. Offences committed before entry in the register by the founders should not be considered the acts of legal person.

The legal person is no longer capable of guilt when it is deleted from the register, but the legal person can be held responsible for the acts of interim trustee or liquidator committed in its interests.³⁰ However there is little practical value to that point, because usually if the legal person is being liquidated because of the bankruptcy proceedings, it is quite hard to find a way to punish it. Firstly, it is usually liquidated before the criminal proceedings are finished and secondly, monetary sanctions are hard to collect.

The subsection 2 of section 32 states a very important principle of Estonian law – every person’s guilt is individual and does not depend on the guilt of other offender. This is mostly used in the cases of joint principal offenders and accomplices, but some interesting issues can be raised in the area of legal person’s liability. If the liability is derived it is usually said that all the elements of the offence, including the guilt, have to be established in the behaviour of the natural person. On the other hand, under section 32, there seems to be an understanding that every offender’s guilt is individual and there are no exceptions as to the legal person. The practical issue is to decide whether legal person can be punished if a natural person is acting without guilt, e.g. is not mentally capable or is mistaken as to the unlawfulness of the act. The authors of this paper are of the opinion that it should still be possible, although it puts quite a heavy burden on the legal person to avoid the commission of the offences.

THE CRITERIA OF LEGAL PERSON’S INTEREST

As an additional requirement, the law foresees that the crime must be committed in the interests of legal person. This is another side of the principle of derived liability. The rationale behind the rule is to separate persons’ acts for their own benefit or committed outside their capacity as a senior official from the acts that bring on legal person’s liability.

³⁰ J. Sootak, P. Pikamäe (note 16) § 37 kott 3.

This principle is also intertwined with the fact that criminal liability of legal person in Estonian law is foreseen only in relation to specific offences. The section 14 of Penal Code stipulates that legal person is only punished in the cases provided by law. The same principle is contained in the French law and in the Finnish law.³¹ The so-called “general clause” approach is found e.g. in Netherlands Penal Code, however it is still to be interpreted consistently with the legal person’s nature.³²

A look inside the Penal Code and other laws gives us an understanding that most cases, where the responsibility of legal person is foreseen, are economical or environmental offences – the traditional area of risk for legal persons, where the crime is usually connected with the benefits for legal person (e.g. bribery, tax evasion etc). The criterion of “legal person’s interest” can be restrictive for introducing legal person’s liability, depending on the way it is interpreted.

The legal commentary makes general remarks on the subject of legal person’s interest in the offence, submitting that the crime must be committed in the sphere of action of legal person or at least in the areas connected with that.³³ Nevertheless, one of the latest decisions of Supreme Court states that such restrictiveness is not justified and the act outside undertaking’s usual areas of activity can also be committed in its interests. The decision should be made on the case-to-case bases depending on the factual circumstances.³⁴ The similar opinion is found in the Finnish law, where the act is considered to be committed in the sphere of action of legal person e.g. when the person is acting under the authorization or in the interests of legal person, when he belongs to the management of such company or to the personnel of the company.³⁵

If the official abuses his or her position to receive benefits for himself or other persons, the legal person should not be punished.³⁶ For example, if the employee would be driving the company vehicle when he was off-duty and not fulfilling his job-related responsibilities and was found to be using illegal liquid fuel marked with fiscal marker, the company should not be punished.³⁷

The term “interest” should still be interpreted broadly, including every pecuniary or non-pecuniary advantage for legal entity; it does not necessarily mean that

³¹ For French law see J. Pradel (note 2) no 220 p. 312; for Finnish law see R. Lahti (note 24), p. 758.

³² J. Pradel (note 2) no 220 p. 311.

³³ J. Sootak, P. Pikamäe (note 16) § 14 kumm 4.

³⁴ 3-1-1-9-05.

³⁵ R. Lahti (note 24), p. 759.

³⁶ 3-1-1-137-04.

³⁷ The Supreme Court decision from October 8, 2003, case number 3-1-1-108-03 (RT III 2003, 30,311), clause 5.

the benefits for legal person can be identified immediately and the specific monetary income can be shown in the book-keeping.³⁸

The question arises if the benefits for legal person have to be covered by the natural person's intent? The Supreme Court has mentioned that the interest of legal person is not an independent issue but is part of the necessary elements of the offence.³⁹ This could be interpreted to mean that interests of legal person are an objective element of an offence and as such have to be covered by intent.

THE SANCTIONS

The punishments for legal persons are foreseen in the General Part of Penal Code.

Under subsection 2 of section 47 of the Penal Code the legal person can be punished for a misdemeanour by a fine of five hundred kroons up to fifty thousand kroons (approximately 32 to 3195 euros). The specific limit is foreseen in the offence. The separate clause for crimes relating to competition can be found in the subsection 3 of the same section, it is possible to impose a fine of up to five hundred thousand kroons (31949 euros).

As to the criminal offences, under subsection 8 of the section 44 the legal person can be punished by the pecuniary punishment of fifty thousand to two hundred and fifty million kroons (up to 15 974 441 euros) for any criminal offence. A pecuniary punishment may be imposed on a legal person also as a supplementary punishment together with compulsory dissolution.

As can be seen, the amount for monetary punishment is foreseen by the law and is not dependent on the proceeds of the crime or the income of the legal person. However the courts definitely take all the circumstances of the case into account when choosing the exact sum of a fine.

Compulsory dissolution itself is foreseen under section 46 of the Penal Code and can be imposed only in cases when commission of criminal offences has become part of the activities of the legal person. It has not been widely used, so there is no extensive case law on the issue. The procedure itself is supposed to take place on the bases of general (civil) procedure of mandatory dissolution, since no specific references are made otherwise.

Under section 83 of the Penal Code a confiscation of proceeds of crime is also available against a legal person under the general rules.

³⁸ J. Sootak, P. Pikamäe (note 16) § 14 kott 5.1.4.

³⁹ 3-1-1-137-04.

It must be said, that confiscation is also possible against other persons beside the offender, although the grounds are quite restrictive at the moment (a person has, at least through recklessness, aided in the use of the object for the commission or preparation of the offence or has acquired the device, object or assets knowingly in order to avoid confiscation).

However Estonia is moving in the direction of widening such responsibility with an aim to make confiscation measures more effective.

A possible sanction is also a revocation of authorisation of legal person to act in specific area (e.g. banking). This is a discretionary decision of specific administrative agency with supervisory functions and such possibility is prescribed in individual laws. E.g. the Financial Supervision Authority may revoke authorisation of a credit institution if the credit institution has repeatedly or severely violated the rules regulating its activity, or if credit institution or its manager had been punished for an offence, relating to the office, economic offence, offence against the property or offence against the public trust and the data has not been deleted from the Punishment Register Act⁴⁰ (Credit Institutions Act⁴¹ section 17 subsection 2 clause 5).

CONCLUSIONS

This paper attempts to show that despite a relative novelty of the concept of legal person's liability to the Estonian legal system, the judiciary has been ready and vigorous in implementing and interpreting the new rules. So far, it can be noted that the Supreme Court has been quite strict in following the principles of derived liability of legal persons, demanding identification of the responsible member of a body or a senior official and establishing all the elements of the punishable act in their behaviour.

The main problem for the investigators seems to be the requirement to identify a senior official or a member of a body, whose offence can be imputed to the legal person. The issue is particularly prominent in cases of misdemeanours, where the bodies conducting extra-judicial investigations are unwilling to spend additional time and resources on establishing the natural person behind the legal entity.

Some concerns can also be raised in relation to the breach of supervisory duty by the senior officials or the body of legal person when the crime has been committed by a simple employee or the agent of the company in such cases as brib-

⁴⁰ RT I 1997, 87, 1467; RT I 2002, 82, 477; RT I 2004, 18, 131.

⁴¹ RT I 1999, 23, 349; RT I 2005, 8, 32; RT I 2005, 13, 64.

ery. Till now, the Supreme Court has not had to decide on the issue, but it seems that it would be problematic to find a solution on the basis of existing legislation.

In conclusion, the modern world of private companies and intricate decision schemes has penetrated Estonia, and being able to control the behaviour of these entities is one of the requirements of being recognized as an equal partner in European community. The first steps are being made, and hopefully the future developments on the issue made by the courts and the legislature can contribute to the healthy business environment and fair competition both within our country and abroad.

Jussi Tapani

RIKOSOIKEUDEN YLEISET OPIT TUTKIMUSKOHTENA*

JOHDANTO

Rikosoikeuden yleiset opit ovat entistä mielenkiintoisempi tutkimuskohde sen jälkeen, kun lainsäätäjät uudisti 1.1.2004 alkaen rikosoikeuden yleisiä oppeja sääntelevät RL 3–5 luvut (515/2003). Perustelen väitettäni kahdella seikalla. Lainsäätäjät ei ensinnäkään pysty sisällyttämään rikoslakiin kaikkia keskeisiä teoreettisia käsitteitä ja normatiivisia periaatteita. Rikosoikeuden yleiset opit ovat sellaista oikeuskulttuurin ainesta, jonka positivoituminen voi olla vain osittaista.¹ Rikoslain yleisen osan säännöksissä ei ole esimerkiksi määriteltä tekoa tai syy-yhteyttä.

Toiseksi lainsäätäjät voi pukea tietyn rikosoikeudellisen vastuun yleisen edellytyksen sellaiseen kielelliseen ilmiösuun, että lainkäyttäjän ja rikosoikeustutkijan on todella pinnisteltävä selvittääkseen säännöksen tulkinnallisen merkityssisällön. Hyvänä esimerkkinä on tahallisuuden määrittely. Rikoslaisissa ei säädetä suoraan ns. olosuhdetahallisuudesta eli siitä, millaista tietoisuutta tekijältä edellytetään niistä tosiseikoista, joiden perusteella päätellään muiden kuin seuraustunnusmerkkien täytyminen.² Sen sijaan lainkäyttäjän on määriteltävä olosuhdetahallisuus tunnusmerkistöerehdysäännöksen (RL 4 luvun 1 §) avulla, mikä hämärtää tahallisuusarviointia ja tuottaa täysin tarpeetonta päänvaivaa lainkäyttäjälle.³

* Professori Jaakko Husa ja professori Matti Tolvanen ovat lukeneet artikkelikäsikirjoitukseni. Kiitän heitä hyödyllisistä kommentteista.

¹ Raimo Lahti, Talousrikosoikeuden yleisistä opeista s. 10, teoksessa Raimo Lahti – Pekka Koponen (toim.), Uudistuva talousrikosoikeus, Helsinki 2004 s. 3–16. Ks. laajasti Nuotio Kimmo, Oikeuslähteet ja yleiset opit, s. 1282, Lakimies 7–8/2004 s. 1267–1291.

² Hallituksen esitys (HE 44/2002 vp s. 87) sisälsi ehdotuksen, jonka mukaan olosuhdetahallisuus määräytyisi todennäköisyysarvioinnin perusteella (olosuhteiden mieltäminen varsin todennäköiseksi). Lakivaliokunnan (LaVM 28/2002 vp s. 9–10) mukaan tällainen ehdotus soveltuu kuitenkin erittäin huonosti tahallisuusrikoksiin. Niinpä tahallisuussäännös (RL 3 luvun 6 §) koskee ainoastaan seuraustahallisuutta.

³ Ks. tarkemmin Tapani Jussi, Mistä puhumme, kun puhumme olosuhdetahallisuudesta?, teoksessa Ari-Matti Nuutila – Elina Pirjatanniemi (toim.), Rikos, rangaistus ja prosessi, Juhlajulkaisu Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005, Turku 2005 s. 283–301.

Pohdin tässä kirjoituksessa sitä, millaisena tutkimuskohteena rikosoikeustieteilijä näkee rikosoikeuden yleiset opit. Keskityn arvioimaan erityisesti rikoslainopin teoreettis-metodologista perustaa. Tarkoitukseni on vastata seuraavaan kysymykseen: *miten rikosoikeustieteilijä voi tutkia lainkäytössä tapahtuvaa rikosoikeuden yleisten oppien tuottamista ja uusintamista?*

Hahmottelen aluksi pääpiirteisen kuvan rikosoikeuden yleisten oppien aineksista ja erityispiirteistä. Sen jälkeen arvioin rikosoikeuden yleisten oppien erityispiirteitä ja näiden erityispiirteiden vaikutusta rikoslainopin metodologiaan. Lopuksi esitän yhteenvedon.

RIKOSOIKEUDEN YLEISET OPIT

Yleistä

Rikosoikeustutkijat nimeävät vakiintuneesti rikosoikeuden yleisiksi opeiksi selkaiset elementit ja rakenteet, jotka ovat yhteisiä kaikille rikostyypeille.⁴ Esimerkiksi *Dan Frände* sisällyttää rikosoikeuden yleisiin oppeihin oikeusperiaatteet, teoriat, käsitevälineistön, oikeuslähdeopin ja oikeudellisen metodiopin.⁵ Kyse on tällöin rikosoikeuden yleisten oppien *käsitteellisistä* (käsitevälineistö), *normatiivisista* (oikeusperiaatteet) ja *menetelmällisistä* (oikeudellinen metodioppi) ainesosista.⁶

Jos rikosoikeuden yleiset opit ymmärretään laajassa merkityksessä, ne sisältävät myös rangaistuksen määräämisen yleiset opit.⁷ Kyse on siitä, että rikosoikeudelliset normit vaikuttavat sellaisenaan ihmisten käyttäytymiseen. Lisäksi rikosoikeusjärjestelmän tehokkuus edellyttää menettelyä, jossa rikosoikeudellinen vastuu toteutetaan käytännössä (rikos- ja rikosprosessioikeuden yhteenkietoutuminen).

Miksi sitten termi rikosoikeuden yleiset opit kattaisi pelkästään rikosvastuun ja rangaistuksen määräämisen yleiset opit? Eikö myös rangaistuksen täytäntöön-

⁴ *Nuotio Kimmo*, Lainsäätäjä rikosoikeuden yleisten oppien parissa s. 243, teoksessa Raimo Lahti – Tapio Lappi-Seppälä (toim.): Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII. Pekka Koskiselälle 1.1.2003 omistettu. Helsinki 2003 s. 243–269 ja *Tolvanen Matti*, Tieliikenneerikokset ja kriminaalipolitiikka s. 5–6, Helsinki 1999.

⁵ *Frände Dan*, Yleinen rikosoikeus s. 5, suomentanut Markus Wahlberg, Helsinki 2005.

⁶ Ks. yleisesti *Tuori Kaarlo*, 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.

⁷ Näin esim. *Träskman Per Ole*, Föränderligt och oföränderligt inom straffrättens allmänna läror s. 161, NTfK 2–3/2004 s. 160–179 ja *Tolvanen* 1999 s. 6. Ks. myös *Jareborg Nils*, Allmän kriminalrätt s. 23, Uppsala 2001.

panon yleiset opit pitäisi sisällyttää rikosoikeuden yleisiin oppeihin? Ihmiset muodostavat käsityksensä rikosoikeudesta pitkälti sen kautta, mitä he tietävät rangaistuksista ja niiden täytäntöönpanosta eli millainen rangaistus tekijälle voidaan tosiasiallisesti tuomita ja mikä on rangaistuksen konkreettinen sisältö sitä täytäntöönpanossa.

Pitäisin kuitenkin perusteltuna ymmärtää rikosoikeuden yleiset opit *suppeassa merkityksessä*, koska muuten termin sisältämiä ainesosia on vaikea täsmentää ja erottaa toisistaan. Erottelen siten toisistaan rikosoikeuden yleiset opit (vastuupoppi), rangaistuksen määräämisen yleiset opit (seuraamusoppi) ja rangaistuksen täytäntöönpanon yleiset opit (täytäntöönpano-oppi).⁸

Eri oikeudenalajien – kuten rikosoikeuden – yleisille opeille on ominaista niiden sijoittuminen modernin oikeuden kerrostuneisuudessa oikeuskulttuurin tasolle. *Kaarlo Tuorin* mukaan yleiset opit muodostavat keskeisen osan oikeudellisten toimijoiden esiymmärrystä (hiljainen tekijäntieto).⁹ *Raimo Siltala* näkee puolestaan oikeudenalakohtaiset yleiset opit ja argumentaatiomallit vakiintuneeseen yhteisölliseen käytäntöön rinnastuvaksi ainekseksi, joka jäsentää keskeisesti lakimieskunnan ammatillista itseymmärrystä.¹⁰ Kyse on toisin sanoen ammatillisesta traditiosta, jota ammatillisesti eriytynyt lakimieskunta ylläpitää ja uusin-
sintaa.¹¹

Ammatilliselle itseymmärrykselle ja oikeudelliselle esiymmärrykselle on yhteistä *kollektiivis-individuaalinen* ulottuvuus. Oikeudellinen toimija, kuten tuomari, on yhtäältä aina tietyn oikeuskulttuurin ja profession jäsen (kollektiivisuus). Toisaalta tuomari hankkii omassa työssään tietyn käsityksen siitä, millaisen tulkinnallisen merkityssisällön korkein oikeus ja rikosoikeustutkijat ovat antaneet vaikkapa tahallisuudelle (individuaalisuus).

Lisäksi tuomarille muovautuu koulutuksen ja ratkaisutoiminnan kautta tietovaranto tai tietorakenne, jossa tieto yleisistä opeista on *praktisessa* muodossa.¹² Tuomari voi myös ottaa nimenomaisesti oikeuskulttuurin ainesosia tarkasteltavaksi, kun hän antaa perusteluissa tietylle yleisten oppien kysymykselle tulkin-

⁸ Erottelu on loppujen lopuksi lähellä *Tolvasen* (1999 s. 6) jaottelua yleisen osan vastuu- ja seuraamusoppiin.

⁹ *Tuori Kaarlo*, Kriittinen oikeuspositivismi s. 214 ja 303, Helsinki 2000.

¹⁰ *Siltala Raimo*, Oikeustieteen tieteenteoria s. 653, Helsinki 2003.

¹¹ Ks. laajemmin *Cotterrell Roger*, The Sociology of Law, An Introduction, Second Edition s. 180–184 ja 194–200, London, Butterworths 1992.

¹² *Kaarlo Tuori* (Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt s. 38–39, Helsinki 2003) nojautuu ajattelussaan *Anthony Giddensin* käsitepariin praktinen-diskursiivinen tieto (ks. tarkemmin *Giddens Anthony*, Yhteiskuntateorian keskeisiä ongelmia, Toiminnan, rakenteen ja ristiriidan käsitteet yhteiskunta-analyysissä s. 24–25, suomentaneet Pasi Andersson ja Ilkka Heiskanen, Helsinki 1984).

nallisen merkitysisällön. Tällöin praktisen tiedon tasolta nousee *diskursiivisen* tiedon tasolle.¹³

Rikosoikeuden yleisillä opeilla on yksinkertaistaen neljä piirrettä: ne ovat 1) teoreettisia käsitteitä ja normatiivisia periaatteita, 2) rikoslain lakitekstin lauseita, jotka antavat informaatiota rikosoikeudellisen vastuun yleisiä edellytyksiä koskevista oikeusnormeista,¹⁴ 3) lainkäyttäjän tietovarantoon kerrostunutta praktista tietoa ja 4) oikeudellisen toimijan ammatillista itseymmärrystä jäsentävä ainesosa.

Erityispiirteet

En väitä, että rikosoikeuden yleiset opit olisivat sinänsä mielenkiintoisempi, tärkeämpi ja hankalampi tutkimuskohde kuin esimerkiksi siviilioikeuden yleiset opit. Tällaisen vertailun tekeminen on itse asiassa yhtä mieletöntä kuin verrata sitä, onko rikosoikeus tärkeämpi oikeudenala kuin velvoiteoikeus. Sen sijaan on keskeistä tunnistaa tietyt rikosoikeuden yleisten oppien erityispiirteet, joilla on merkitystä rikosoikeustieteilijälle hänen konstruoidessaan tutkimuskohdetta.

Keskityn arvioimaan kahta tärkeää piirrettä: 1) toimijanäkökulmaa ja 2) rikos- ja rikosprosessioikeuden yhteenkietoutumista. Rajaen kirjoitukseni ulkopuolelle keskustelun siitä, eriytykö rikosoikeus, miten eriytyminen voi näkyä rikosoikeuden yleisissä opeissa ja muodostuuko rikosoikeuden eri lohkoille omia yleisiä oppeja.¹⁵ En käsittele myöskään mielenkiintoista analyysiä siitä, näkyykö rikosoikeuden yleisten oppien tasolla sukupuolittuminen eli käsitys siitä, että yleisten oppien sisällä kulkee analysoimattomana oletuksena käsitys tekijän ja uhrin sukupuolesta.¹⁶

Toimijanäkökulman ideana on, että oikeudelliset toimijat käsitteellistävät rikosoikeuden yleiset opit eri tavoin. *Lainsäätäjän* mukaan laillisuusperiaate ja oikeusturvaodotus edellyttävät rikosvastuun yleisten edellytysten kodifointia rikoslakiin:¹⁷ ihmisten pitäisi pystyä periaatteessa lukemaan rikoslaista, milloin teko on rikosoikeudellisessa mielessä tahallinen, milloin laiminlyönti voi johtaa rikosoikeudelliseen vastuuseen ja mikä vaikutus on erehdyksellä.

¹³ Tuori 2003 s. 39.

¹⁴ Kun tuomari tutkii lakitekstejä, hän ei tutki itse oikeusnormeja, vaan yrittää saada selville, millaisia oikeusnormeja on olemassa. Näin erityisesti *Makkonen Kaarlo*, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia, Rakennanalyttinen tutkimus s. 46, Helsinki 1981.

¹⁵ Ks. kokoavasti *Lahti* 2004 s. 9–14. Ks. keskustelusta myös *Pirjatanniemi Elina*, Ympäristörikkokset talouden rikoksina s. 274–278, teoksessa Ari-Matti Nuutila – Elina Pirjatanniemi (toim.), Rikos, rangaistus ja prosessi, Juhlajulkaisu Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005, Turku 2005 s. 261–282 ja *Tapani Jussi*, Petos liikesuhteessa, Talousrikosoikeudellinen tutkimus s. 91–102, Helsinki 2004.

¹⁶ *Niemi-Kiesiläinen Johanna*, Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta s. 73–112, Helsinki 2004.

¹⁷ HE 44/2002 vp s. 8.

Lainsäätäjä kohdistaa rikoslain säännökset kansalaisille ja lakia soveltaville viranomaisille.¹⁸ Ongelmana on kuitenkin, että rikoslain yleisen osan ja erityisen osan säännökset ovat rakenteellisesti täysin erilaisia.¹⁹ Erityisen osan rikossäännöksille on tyypillistä yhtenäinen rakenne: rikossäännös koostuu rikoksen nimestä, tunnusmerkistöstä, joka määrittelee rangaistuksen uhalla kielletyn teon ja rangaistussäännöksestä, jossa säädetään, millainen rangaistus teosta voidaan tuomita. Kansalaiset ymmärtävät, että toisen omaisuuden anastaminen on rangaistavaa RL 28 luvun 1 §:n perusteella varkautena, vaikka he eivät pystyisi kertomaan tarkasti, mitä säännöksessä käytetty termi irtain omaisuus tarkoittaa.

Sen sijaan on utopistista olettaa, että ihmiset pystyisivät lukemaan rikoslain alkuluvuista, mitkä ovat rikosoikeudellisen vastuun yleiset edellytykset. Hyvinä esimerkkeinä toimivat tahallisuussäännös (RL 3 luvun 6 §) ja tuottamussäännös (RL 3 luvun 7 §), joissa on irtaannuttu yleiskielen eli luonnollisen kielen mukaisesta merkityssisällöstä. Vaikka säännöksissä käytetään yleiskieltä, lakitekstin termit määrittävät oikeudellisen erityiskielen (*juridis-tekninen erityismerkitys*) kautta; termien taakse kätkeytyy erilaisia käsitteitä, konstruktioita ja vakiintuneita kielenkäytön sääntöjä.

Niinpä lainsäätäjä on suunnannut säännökset rikosoikeudellisen vastuun yleisistä edellytyksistä ennen kaikkea lainkäyttäjille (poliiseille, syyttäjille ja tuomareille). Poliisin on esitutkintalain 5 §:n (692/1997) perusteella selvitettävä muun muassa rikos, sen teko-olosuhteet, sillä aiheutettu vahinko ja siitä saatu hyöty, ketkä ovat asianosaisia ja muut syyteestä päättämistä varten tarvittavat seikat. Esitutkinta kattaa tietenkin myös rikosoikeudellisen vastuun yleisten edellytysten selvittämisen, vaikka käytännössä tutkinnan painopiste on tunnusmerkistön mukaisuuden objektiivisten elementtien selvittämisessä. Syyttäjän on puolestaan oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain 6 §:n mukaan nostettava syyte, kun on olemassa todennäköisiä syitä rikoksesta epäillyn syyllisyyden tueksi. Syyttäjän on luonnollisesti arvioitava rikosvastuun yleisten edellytysten täyttämistä.

Rikosoikeuden yleiset opit ovat lainkäyttäjälle *aina* yleisiä oppeja tietyssä konkreettisessa tapauksessa. Esimerkiksi tuomari tarkastelee tiettyä yleisten oppien alaan kuuluvaa kysymystä tietyn rikossäännöksen näkökulmasta ja niiden kysymystenasetteluiden varassa, joita oikeudenkäyntiaineistosta nousee esille. Jotta syytetty voidaan asettaa rikosoikeudelliseen vastuuseen hänen syykseen

¹⁸ Ks. *Marmor Andrei*, The Rule of Law and Its Limits s. 5–38, Law and Philosophy 2004, s. 1–43. Hän arvioi sitä, millaisia edellytyksiä laille on asetettava, jotta sen voidaan ylipäänsä olettaa ohjaavan ihmisten käyttäytymistä. Ks. laajemmin *Frände Dan*, Den straffrättsliga legalitetsprincipen, Ekenäs 1989.

¹⁹ Ks. *Paul H. Robinsonin* erinomaista artikkelia Rules of Conduct and Principles of Adjudication s. 731–733, University of Chicago Law Review 1990 s. 729–771.

väitetystä teosta, sekä rikosvastuun yleisten edellytysten että tunnusmerkistön on täyttyvä.

Rikosoikeustieteilijä lähestyy normaalisti rikosoikeuden yleisiä oppeja tulkintatieteellisestä näkökulmasta.²⁰ Rikoslainoppi on metodiopillisesti tulkintatiede; rikoslainopin metodina on oikeudellinen argumentaatio. Kyse on ensinnäkin rikosoikeudellisten säännösten systematisoinnista ja tulkinnasta, toiseksi oikeusperiaatteiden ja prejudikaattinormien systematisoinnista ja kolmanneksi punninnasta, joka koskee oikeudellisia ratkaisustandardeja ohjaavia argumentaatio-sääntöjä.²¹

Nils Jareborg huomauttaa painokkaasti, että lainopin tehtävänä on oikeusjärjestelmän tieteellinen rekonstruktio.²² Tämä merkitsee käytännössä rikoslainopin mahdollisuutta kritiikkiin: rekonstruktio ei perustu koskaan neutraaliin näkemykseen rikosoikeusjärjestelmän oikeutuksesta ja järjestelmän eri tasojen välisistä suhteista. Rikosoikeustieteen teoreettis-metodologinen perusta on viime aikoina kiinnitetty ns. kriminaalipoliittiseen orientaatioon,²³ jossa on kyse kriminaalipolitiikan ja rikosoikeuden välisen suhteen jäsentämisestä ja siitä, millaisia tulkintaperusteita voidaan käyttää oikeudellisessa ratkaisu- ja tulkintatoiminnassa.

Mitä sitten merkitsee rikosoikeuden yleisten oppien näkökulmasta rikos- ja rikosprosessioikeuden yhteenkietoutuminen? Kyse on yksinkertaistaen siitä, että rikosoikeustutkija ei pysty *abstraktilla* tasolla tavoittamaan yleisten oppien dynamiikkaa. Hyvänä esimerkkinä toimii laillisuusperiaatteen (RL 3 luvun 1 §) ja teleologisen laintulkinnan välinen suhde. Laillisuusperiaate edellyttää, että tulkinnassa ei ylitetä rikossäännöksen sanamuodon ulointa rajaa. Jokaisella rikossäännöksillä on kuitenkin toisistaan eroava teleologisuus, mikä johtuu siitä, että rikossäännösten taustalla on erilaisia, perustuslaissa perusoikeuksiksi arvotettuja intressejä.

Rikossäännöksen sanamuodon uloin raja on ylipäänsä ongelmallinen ilmiö, koska kieli asettaa rajat myös kielen välineistön toimintakyvylle.²⁴ *Hans-Georg*

²⁰ Muita lähestymistapoja voivat olla oikeuden ihmistieteellinen, kulttuuritieteellinen, yhteiskuntatieteellinen ja filosofinen analyysi (ks. *Siltala* 2003 s. 103–106). Ks. empiirisen tutkimuksen ja oikeustieteen välisestä suhteesta esim. *Ervasti Kaijus*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, Empiirinen tutkimus sovinnon edistämisestä riitaprosessissa s. 12–20, Helsinki 2003.

²¹ *Siltala* 2003 s. 137–138 ja 328–330. *Siltala* on esittänyt oman näkemyksensä oikeudellisesta tulkinnasta monumentaalisessa teoksessaan *Oikeudellinen tulkinta*, Helsinki 2004.

²² *Jareborg Nils*, Rättsdogmatik som vetenskap s. 4, SvJT 1/2004 s. 1–10.

²³ Ks. tarkemmin ns. kriminaalipoliittisesta orientaatiosta *Lappi-Seppälä Tapio*, Rikosoikeustutkimus, kriminaalipoliittinen orientaatio – ja metodi, teoksessa Juha Häyhä (toim.), *Minun metodini*, Helsinki 1997 s. 189–218 ja *Tolvanen* 1999 s. 224–249.

²⁴ Näin esimerkiksi *Jareborg Nils*, Begrepp och brottsbeskrivning, Semantik och läran om normativa rekvisit s. 240, Stockholm, P.A. Norstedt & Söners förlag 1974.

Gadamer huomauttaa aiheellisesti, että kieli määrittelee itse kielen konventiot. Hän esittää vakuuttavia argumentteja sen tueksi, että kaikki ymmärtäminen on pohjimmiltaan kielellistä.²⁵ Ymmärtämisen kielellisyys lienee kuitenkin tulkinanvaraista tilanteessa, jossa kaksi ihmistä saavuttaa sanattoman yhteisymmärryksen istuessaan täysin hiljaa kahvipöydän ääressä (nonverbaalinen kommunikaatio).

Rikos- ja prosessioikeuden yhteenkietoutuminen tarkoittaa, että lainkäyttäjän arvioi esimerkiksi tahallisuutta tietyn rikostunnusmerkistön näkökulmasta. Tietoisuusvaatimus asetetaan käytännössä joka kerta uudelleen konkreettisesti oikeudenkäynnissä ja lopulta tuomioistuimen antamassa tuomiossa.²⁶ Mutta miten rikosoikeustutkija kykenee tavoittamaan tämän dynamiikan ja konkreettisuuden, jos rikoslainopin tehtävänä on muodostaa normatiivisesta materiaalista rationaalinen ja koherentti systeemi?

TUTKIMUSKOHTEN KONSTRUOINTI²⁷

Yleistä

Siltala on määritellyt oikeustieteen tutkijan itseymmärryksen niiden tieteenteoreettisten sitoumusten kokonaisuudeksi, jotka koskevat oikeustieteen tieteenalaa, tutkimuskohdetta, tiedonintressiä, tutkimusmetodia, tutkijanideologiaa, tieteenkuvaa sekä tavoiteltavia tai jo saavutettuja tutkimustuloksia.²⁸

Hänen mukaansa oikeustieteen tutkimuskohde määärtyy sen mukaan, mistä oikeustieteen osa-alueessa on kyse: oikeuden tulkintatieteellinen, ihmistieteellinen, kulttuuritieteellinen, yhteiskuntatieteellinen ja oikeus(filosofinen) analyysi määrittelevät tutkimuskohteensa eri tavoin. Yhdistävänä tekijänä on tutkimuskohteen määritelmällinen oikeudellisuus ja jonkinasteinen liittymä oikeuden institutionaaliseen perustaan.²⁹

²⁵ *Gadamer Hans-Georg*, Hermeneutiikka, Ymmärtäminen tieteissä ja filosofiassa s. 90–109, valikoinut ja suomentanut Ismo Nikander, Tampere 2004.

²⁶ Ks. erityisesti *Hassemer Winfried*, Tatbestand und Typus, Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik s. 126, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG 1968.

²⁷ En viittaa konstruoinnilla relativismiin tai jyrkkään konstruktionismiin, jotka perustuvat ajatuksen siitä, että tutkittava todellisuus on täysin kielen ja käsitteiden soveltamisen konstruoimaa. Ks. *Raatikainen Panu*, Ihmistieteet ja filosofia s. 42–45, Helsinki 2004 ja *Töttö Pertti*, Pirullisen positivismin paluu, Laadullisen ja määrällisen tarkastelua s. 88–92, Tampere 2000.

²⁸ *Siltala* 2003 s. 103, 155–158 ja 742. Hän jäsentää kuitenkin tutkimusmetodin osaksi oikeustieteen tieteenkuvaa (2003 s. 103 av. 2 ja 742 av. 16).

²⁹ *Siltala* 2003 s. 106–130.

Määrittäykö tutkimuskohde todella niin kategorisesti kuin Siltala antaa ymmärtää? Onko rikoslainopin tutkimuskohteeksi määritettävä Siltalan käsitteistön perusteella voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö eli rikosoikeudellisten sääntöjen, oikeusperiaatteiden ja ratkaisustandardien tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö.³⁰ Eikö ole pikemminkin niin, että rikoslainopin ei pidä luokitella mitään tutkimusmenetelmää ennakkollisesti pois käytettävistään?³¹ Käytettävät tutkimusmenetelmät on mielekästä määritellä kulloisestakin tutkimusongelmasta käsin.³² Tällöin rikoslainopin tulkintatieteellinen perusluonne pysyy ennallaan, mutta metodologinen asenne on avoin, ennalta lukkiintumaton ja joustava.

Täsmentäminen

Gadamerin mukaan kyky nähdä kysymyksiä seuloa esiin todellisen tutkijan. Kysymysten näkeminen tarkoittaa kykyä murtaa vakiintuneita ennakkomielipiteitä, jotka hallitsevat ajatteluamme ja tietoaamme suljetun, läpäisemättömän kerroksen tavoin. Tutkija on tutkija vasta sitten, kun hän kykenee murtamaan ennakkomielipiteitä niin, että pystyy näkemään uusia kysymyksiä ja löytämään uusia vastauksia.³³ *Jareborgin* mukaan tieteellinen asenne ilmenee niin, että tutkija ei lopeta miksi-kysymysten esittämistä ennen kuin hän on sillä hetkellä tyytyväinen tai kysymysten esittäminen ei ole enää tutkimusekonomisesti mahdollista.³⁴

Gadamerin asettama vaatimus on yksinkertainen ja sympaattinen. Vaatimuksen yksinkertaisuudessa piilee kuitenkin sen haasteellisuus. Kyky asettaa kysymyksiä ja myös *vastata* niihin edellyttävät tutkijalta tradition tuntemusta, laaja-alaista lukeneisuutta, ennakkoluulottomuutta, herkkää silmää ja korvaa uusille asioille sekä päämäärätietoista puurtamista. Tutkija palaa yhä uudelleen ja uudelleen samoihin, jo kertaalleen analysoituihin kysymyksiin.

Tutkimuskysymyksen näkeminen ja asettaminen eivät onnistu, jos tutkimuskohdetta ei pystytä rajaamaan mielekkääksi kokonaisuudeksi. Kyse ei ole kui-

³⁰ Ks. oikeuden tulkintatieteellinen analyysin määrittämästä tutkimuskohteesta *Siltala* 2003 s. 126.

³¹ Näin lainopin metodologiasta *Husa Jaakko*, Julkisoikeudellinen tutkimus, Tutkimus julkisoikeudessa harjoitettavan oikeusdogmatiikan metodologiasta s. 270, Jyväskylä 1995.

³² *Husa* 1995 s. 276. *Perti Töttö* (Syvällistä ja pinnallista, Teoria, empiria ja kausaalisuus sosiaalitutkimuksessa s. 12–16, Tampere 2004) korostaa perustellusti, että tutkimukset eroavat toisistaan siten, että niissä käytetään erilaisia aineistoja ja kysytään erilaisia kysymyksiä.

³³ *Gadamer* 2004 s. 23.

³⁴ ”Men det finns en allmän *vetenskaplig inställning*: att inte sluta att fråga ’Varför’ förrän man för tillfället är nöjd eller inte har tid att hålla på lägre [kursivointi alkuperäisessä tekstissä J.T.]” (*Jareborg* 2004 s. 8).

tenkaan siitä, että tutkija valitsee ikään kuin valmiin palasen normatiivisesta järjestelmästä ja ryhtyy sitten analysoimaan kohdetta perusteellisesti. Sen sijaan tutkija konstruoi tutkimuskohdettaan, kun hän asettaa tutkimuskysymyksen ja rajaa kohteensa.

Rikosoikeustutkijan on pohdittava, tutkiiko hän yleisten oppien käsitteellistä ainesosaa, kuten rikoksen rakennemallia vai yleisten oppien normatiivista ainesosaa eli oikeudellisia periaatteita ja niiden normatiivis-argumentatiivista ulottuvuutta. Haluaako hän kenties perehtyä rikosoikeuden oikeuslähde- ja metodioppiin? Entä jos rikosoikeustutkija haluaa analysoida rikosoikeuden yleisten oppien käsitteellistämistä ja merkityssisällön antamista lainkäytössä?

Tutkimuskohteen konstruointi sisältää myös pohdinnan siitä, kenen yleisistä opeista rikosoikeustutkija oikeastaan kirjoittaa.³⁵ Selvennän väitettäni seuraavalla esimerkillä: oikeustieteilijät saattavat kuvata yleisten oppien käyttöä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa siten, että kuvaus perustuu tutkijan omaan teoreettiseen käsitteellistämiseen, omaan käytännön kokemukseen ja mahdollisiin keskusteluihin lainkäyttäjien kanssa.

Rikosoikeustutkija voi esimerkiksi todeta, että kokenut tuomari ei todennäköisesti pohdi tahallisuusongelmaa teoreettisen lainopin tarjoamin välinein. Tuomari muistelee pikemminkin sitä, missä aikaisemmissa jutuissa samantyyppisiä ongelmia on tullut vastaan ja miten niihin siinä yhteydessä suhtauduttiin. Hän tuntee eri oikeudenalojen yleiset opit pikemminkin sellaisina kuin ne ilmenevät hänen kokemusmaailmassaan.³⁶ Soveltamiskokemus kuljettaa tärkeää tietoa mukanaan rikosoikeuden yleisistä opeista, eikä yksittäinen lakitekstin muutos tai tutkijan vakuuttavakaan teoreettinen innovaatio välttämättä saa täydellistä muutosta aikaan ratkaisutoiminnan tasolla.³⁷

Tällainen kuvaus kelpaa aivan mainiosti rikoslainopillisen tutkimuksen peruslähtökohdaksi, jos tuomarikunnan kollektiivisesti hyväksymää oikeuslähde- ja laintulkintaoppia pidetään vakioituna tieto- ja metodiopillisena kiintopisteenä lainopin vallitsevalle doktriinille. Tutkija voi pitää tavoitteenaan sitä, että hän tuottaa voimassa olevasta oikeudesta sellaisia tulkinta- ja punnintakannanottoja, joiden tarkoittamat oikeudet ja velvollisuudet saisivat todennäköisesti tehokasta oikeussuojaa lainkäytössä.³⁸

Toinen esimerkki koskee rikosoikeuden oikeuslähdeoppia. *Kimmo Nuotio* on esittänyt, että korkeimman oikeuden ratkaisun perustelut olisivat yksi hyvä lähde

³⁵ Myös *Pirjatanniemi* (2005 s. 274–278) viittaa tähän. Hän käsittelee lähinnä sitä, kuka rikosoikeustieteessä määrittelee rikosoikeuden yleisille opeille annettavan sisällön.

³⁶ *Nuotio* 2004 s. 1284.

³⁷ *Nuotio* 2004 s. 1284–1285.

³⁸ Näin *Siltala* 2003 s. 163. Ks. myös *Siltala* 2003 s. 32–67, erit. 40–43, jossa hän arvioi *Alf Rossin* ja *H.L. Hartin* vaikutusta omaan oikeuskäsitykseen.

selvittää kotimaista oikeuslähdeoppia. Korkeimman oikeuden ratkaisujen prejudikaattiaseman vahvistumista voisi selvittää tarkastelemalla esimerkiksi muuta oikeuskäytäntöä, oikeuskirjallisuutta ja lain esitöitä.³⁹

Pidän kuitenkin täysin selvänä, että rikoslainopin metodilla – kirjallisessa muodossa annetun tekstiaineiston tulkinnalla – ei pystytä kunnolla tutkimaan sellaista oikeudellista päättelyä, jonka kohteena ovat rikosoikeuden yleiset opit oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Oikeudellinen päättely pakenee ratkaisuheuristiikan alueelle, jota ei kyetä tavoittamaan pelkästään tutkimalla tuomioistuimen ratkaisuiden perusteluita.⁴⁰

Perusteluiden käyttöön liittyy väistämättä myös epävarmuuselementti, sillä oikeudellisilla ratkaisuilla voi olla kahdet erilaiset perustelut: todelliset ja julkituodut. Todelliset perustelut viittaavat niihin perusteisiin, jotka ovat todellisuudessa vaikuttaneet lainkäyttäjän päätöksentekoon. Julkituodut perusteet tarkoittavat niitä perusteluita, jotka lainkäyttäjä ilmoittaa muille päätöksensä argumenteiksi. Fasadi- eli kulisiperustelut merkitsevät puolestaan sitä, että julkituodut perustelut eivät ole ratkaisun todelliset perustelut, vaan perusteluiksi esitetään muita seikkoja kuin ne, jotka ovat todellisuudessa olleet ratkaisevia.⁴¹

Miksi sitten korostan rikoslainopin metodin rajoitteita? Rikoslainopin harjoittaja voi aivan hyvin soveltaa voimassa olevan oikeuden tulkintaan perusteita, jotka on johdettu oikeuden ihmis-, kulttuuri- tai yhteiskuntatieteiden tutkimustuloksista.⁴² Oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan apuna on mahdollista käyttää tietoa esimerkiksi oikeudellisesti merkityksellisistä mentaalitajunnallisista rakenteista tai prosesseista sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksista. Tutkija voi hyödyntää myös tietoa oikeuden yhteisöllis-kulttuurisista merkityksistä ja merkitysrakenteista sekä oikeuden yhteiskunnallisista vaikutuksista ja vaikutussuhteista. Lisäksi hän voi käyttää tietoa oikeuden määritelmällisistä tai muuten filosofian näkökulmasta merkityksellisistä ominaisuuksista.⁴³

³⁹ Nuotio 2004 s. 1272.

⁴⁰ Vaikkeudet eivät katoa mihinkään, vaikka tutkija kiinnittäisi tahallisuusoppia analysoidessaan huomiota siihen, miten tietyt tosiseikat voidaan näyttää toteen ja milloin vastaaja on ollut tietoinen niistä tosiseikoista, joiden vastaavuutta tiettyyn tunnusmerkistöön arvioidaan. Ks. *Tapani* 2005 s. 283–301 ja *Tolvanen Matti*, Tosiseikat rikosprosessissa, teoksessa Ari-Matti Nuuttila – Elina Pirjatanniemi (toim.), Rikos, rangaistus ja prosessi, Juhlajulkaisu Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005, Turku 2005 s. 303–325.

⁴¹ *Virolainen Jyrki – Martikainen Petri*, Pro & contra, Tuomion perustelemisen keskeisiä kysymyksiä s. 60–62, Helsinki 2003.

⁴² *Jareborg* (2004 s. 9) muistuttaa, että ”[t]vårtom blir rättsdogmatik tämligen meningslös om den inte beaktar vad som sker i omvärlden –”. Ks. myös *Husa* 1995 s. 268–270 ja *Tolvanen Matti*, Kriminaalipolitiikka, kriminologia ja rikosoikeuden tutkimus – tutkimusnäkökulmien hahmottelua s. 186–190, teoksessa Tarmo Miettinen (toim.), Oikeustieteellinen opinnäytetyö, Joensuu 2004 s. 167–194.

⁴³ *Siltala* 2003 s. 140–141.

Oikeustieteen eri osa-alueet on pedagogisesti tarkoituksenmukaista ja perusteltua pitää toisistaan erillään, mutta luokittelu on loppujen lopuksi sopimuksenvarainen asia.⁴⁴ Niinpä olen sitä mieltä, että rikosoikeuden tulkintatieteellinen analyysi eli rikoslainoppi on myös oikeuden kulttuuritieteiden analyysiä, koska kyse on yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten tulkintasidonnaisesta analyysistä. *Nuotio* korostaa aiheellisesti, että oikeustieteen ja oikeuden itsensä ”ydin” voidaan käsittää sellaisen filosofian avulla, joka kiinnittyy humanistiseen tieteeseen ja tulkintaan.⁴⁵

Rikoslainopin määrittely oikeuden kulttuuritieteeksi ei tietenkään merkitse esimerkiksi hermeneuttisen filosofian asettamista automaattisesti lainopin tietenteorian kivijalaksi.⁴⁶ Vaikka oikeustieteen tietenteoreettiset kysymykset ovat erittäin tärkeitä, siirryn tarkastelemaan ajatusta rikoslainopin *metodologisesti avoimesta asenteesta*. Millaisia menetelmiä rikoslainopillisessa tutkimuksessa on mielekästä käyttää, kun tutkitaan rikosoikeuden yleisiä oppeja?⁴⁷

Laadullinen tutkimus

Yhteiskuntatieteilijät nimeävät laadullisen (kvalitatiivisen) tutkimuksen tunnusmerkeiksi muun muassa aineistonkeruumenetelmän erityispiirteet, tutkittavien näkökulman, harkinnanvaraisen tai teoreettisen otannan, aineiston laadullis-induktiivisen analyysin, hypoteesittomuuden, tutkimuksen tyyllilajin ja tulosten esittämistavan, tutkijan aseman ja narratiivisuuden.⁴⁸ *Pertti Töttö* huomauttaa kuitenkin aiheellisesti, että puhe laadullisesta ja määrällisestä tutkimuksesta on harhaanjohtavaa. Hän perustelee väitettään toteamalla, että on vain tutkimusta, joka käyttää erilaisia aineistoja ja kysyy erilaisia kysymyksiä. Tutkimukset eroavat toisistaan aineistonsa perusteella.⁴⁹

⁴⁴ Näin myös *Siltala* 2003 s. 129.

⁴⁵ *Nuotio Kimmo*, Oikeustiede humanistisena tieteenä s. 41, teoksessa Kaijus Ervasti – Nina Meincke (toim.), Oikeuden tuolla puolen, Helsinki 2002 s. 41–66.

⁴⁶ Näin *Husa Jaakko*, Hermeneuttinen filosofia ja lainopin tietenteoria s. 1026, Lakimies 7/1997, s. 999–1031, jonka mukaan lainoppi tähtää erityistieteenä ontologian ohi. Ks. yleisesti myös *Nuotio* 2002, s. 51–66.

⁴⁷ Vrt. *Siltala* 2003 s. 182–184 ja 795–796, joka kannattaa *tutkimuksellista vuorovaikutusmallia*: lainopin ja yhteiskuntatieteiden tutkimusmenetelmät on pidettävä erillään, mutta lainoppi voi ottaa huomioon yhteiskuntatieteiden empiirisen tiedon tieteenalan premissejä ja saavutettuja tutkimustuloksia arvioitaessa.

⁴⁸ *Jari Eskola – Juha Suoranta*, Johdatus laadulliseen tutkimukseen, 7. painos (1. painos 1998) s. 15, Tampere 2005. Ks. myös laajasti *Alasuutari Pertti*, Laadullinen tutkimus, 3. uudistettu painos s. 23–54, Tampere 2001.

⁴⁹ *Töttö* 2004 s. 9 ja 12–15.

Laadullisella aineistolla tarkoitetaan usein tekstimuodossa olevaa aineistoa.⁵⁰ Töttö esittää kuitenkin tärkeän kysymyksen: mitä laadullista on nauhalta puretuissa haastatteluissa, kirjeissä, muistelmassa, elämänerroissa, eläytymismenettelmällä tai kirjoituskilpailulla saaduissa kirjoitelmissa, yleisönosastokirjoituksissa, lehtijutuissa, pöytäkirjoissa, tekstiviesteissä tai litteroiduissa puhelinkeskusteluissa? Aineisto ei muutu laadulliseksi sillä perusteella, että ne ovat kirjallisessa muodossa, eivätkä numeroina. Kyse on viime kädessä *tekstiaineistosta*.⁵¹

Tutkija voi kerätä tekstiaineistoa muun muassa tutkimushaastattelulla,⁵² jossa on kolme päätyyppiä: strukturoitu haastattelu (lomakehaastattelu), teemahaastattelu ja avoin haastattelu.⁵³ Teemahaastattelulle on esimerkiksi ominaista, että haastattelun aihepiirit eli teema-alueet ovat tiedossa, mutta kysymysten tarkka muoto ja järjestys puuttuvat.⁵⁴

Millaisia erityispiirteitä tutkimushaastatteluun liittyy? *Sinikka Hirsjärven* ja *Helena Hurman* mukaan tutkimushaastattelulle on luonteenomaista seuraavat piirteet:⁵⁵ 1) Haastattelu on ennalta suunniteltu, 2) haastattelija on tutustunut tutkimuksen kohteeseen sekä käytännössä että teoriassa, 3) haastattelu on haastattelijan alulle panema ja ohjaama, 4) haastattelija joutuu tavallisesti motivoimaan haastateltavaa ja ylläpitämään hänen motivaatiotaan, 5) haastattelija tuntee roolinsa, mutta haastateltava oppii sen haastattelun kuluessa ja 6) haastateltava voi luottaa siihen, että annettuja tietoja käsitellään luottamuksellisesti.

Miksi sitten käsittelen pelkästään tutkimushaastattelua? Eikö esimerkiksi lomaketutkimuksella⁵⁶ ole mitään merkitystä rikoslainopin metodologisen avoimuuden näkökulmasta? Valintani johtuu siitä, että olen haastatellut kahtatoista tuomaria⁵⁷ tehdessäni tutkimusta rikosoikeuden yleisistä opeista. Tarkoitukseni

⁵⁰ *Eskola – Suoranta* 2005 s. 15.

⁵¹ *Töttö* 2004 s. 11.

⁵² *Sinikka Hirsjärvi – Pirkko Remes – Paula Sajavaara*, Tutki ja kirjoita, 10., osin uudistettu laitos s. 193, Helsinki 2004. Ks. myös *Heini Kainulainen*, Teemahaastattelu kriminologisessa tutkimuksessa s. 19, teoksessa Heidi Lindfors (toim.), *Empiirinen tutkimus oikeustieteessä*, Helsinki 2004 s. 17–26.

⁵³ *Hirsjärvi et al.* 2004 s. 197–199. *Eskola ja Suoranta* (2005 s. 86) jakavat puolestaan haastattelut neljään ryhmään.

⁵⁴ *Hirsjärvi et al.* 2004 s. 197. Ks. myös *Ohisalo Jussi*, Talousrikosprosessin teoriaa ja käytäntöä s. 34–37, teoksessa Raimo Lahti – Pekka Koponen (toim.), *Uudistuva talousrikosoikeus*, Helsinki 2004 s. 17–48.

⁵⁵ *Sinikka Hirsjärvi – Helena Hurma*, Tutkimushaastattelu, Teemahaastattelun teoria ja käytäntö s. 43, Helsinki 2000.

⁵⁶ Ks. lomaketutkimuksesta *Marja Alastalon* mielenkiintoinen väitöskirja *Metodisuhdanteiden määti*. Lomaketutkimus suomalaisessa sosiologiassa 1947–2000, Tampere 2005.

⁵⁷ Olen haastatellut käräjätuomareita, hovioikeudessa työskenteleviä tuomareita ja korkeimmassa oikeudessa työskentelevää tuomaria.

ei ole kuitenkaan tässä kirjoituksessa pohtia tutkimushaastattelun – erityisesti teemahaastattelun – etuja ja rajoitteita⁵⁸ tai sitä, miten tutkijan kannattaa valmistautua haastatteluihin.⁵⁹ Sen sijaan pohdin teoreettis-metodologisten sitoumusten vaikutusta tekstiaineiston analysointiin.

Siltala kuvaa hyvin, miten oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään* eli tieteen- ja oikeusteoreettisista sitoumuksista täydellisen irrallista ja riippumatonta näkökulmaa. Mielekäs ja ymmärrettävä puhe oikeudesta edellyttää sitoutumista jonhonkin kieli- ja oikeusyhteisön tunnistamaan tapaan käsitteellistää oikeudelliset ilmiöt.⁶⁰ Kyse on tieteenteoreettisista määreistä ja premisseistä, jotka koskevat oikeuden ontologiaa, epistemologiaa, metodioppia ja käsitelingvistiikkaa.⁶¹

Oikeustieteilijä voi ottaa oikeuden käsitteellistämisen tieteellisen analyysin kohteeksi (oikeustieteen tieteenteoreettinen tutkimus). Toista ääripäätä edustaa *Siltalan* mielestä käytännönläheinen lainoppi, josta puuttuu tutkijan filosofinen tai tieteenteoreettinen reflektio. Tällaisen tutkimuksen ”metodi” perustuu hänen mukaansa ulkoa opetellun mallin, kaavan tai esikuvan soveltamiseen.⁶²

Olen samaa mieltä *Siltalan* kanssa siitä, että tieteen- ja oikeusteoreettisten sitoumusten aukikirjoittaminen voi olla puutteellista – varsinkin silloin, kun itse-reflektiota arvioidaan niillä mittapuilla, jotka *Siltala* asettaa omassa teoksessaan. Hän antaa kuitenkin käytännöllisen lainopin harjoittajasta kuvauksen, joka on pelkästään teoreettinen fiktio. *Siltalan* kuvaus viittaa oikeustieteen tutkijaan, joka konemaisesti tuottaa tulkintakannanottoja konstruoimastaan tutkimuskohteesta. On täysin selvää, että malli, kaava tai esikuva ei kykene koskaan lukitsemaan lainopin metodia tyhjentävästi, vaan tutkijan oma panos tulee väistämättä näkyviin.

Myös lainkäyttäjällä – kuten tuomarilla – on tietty tieteen- ja oikeusteoreettisiin sitoumuksiin ankuroituva näkökulma oikeuteen, oikeudelliseen ratkaisutoimintaan ja oikeustieteeseen. Tämä käsitteellistäminen tulee selkeästi esille tuomareiden haastatteluissa: rikosoikeustutkijoiden yleiset opit eivät ole tuomareiden yleisiä oppeja – eikä niiden pidäkään olla.

Rikosoikeuden yleiset opit ovat tuomarin näkökulmasta *lähtökohtaisesti* rikoslain lakitekstiin kiteytettyjä oikeuslähteitä. Tuomari voi asettaa syytetyn rikosoikeudelliseen vastuuseen vain, jos sekä rikosoikeudellisen vastuun yleiset

⁵⁸ Ks. *Hirsjärvi – Hurma* 2000.

⁵⁹ *Kainulainen* 2004. Ks. laajasti *Ervasti Kaijus*, Käräjäoikeuksien sovintomenettely, Empiirinen tutkimus sovinnon edistämisestä riitaprosessissa s. 321–324, Helsinki 2003.

⁶⁰ *Siltala* 2003 s. 30. Ks. myös *Niemi Matti Ilmari*, Päämäärien valtakunta, Konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista s. 2 ja 9, Helsinki 1996.

⁶¹ *Siltala* 2003 s. 396.

⁶² *Siltala* 2003 s. 521, 575–577.

edellytykset että tietty tunnusmerkistö täyttyvät. Yleisten oppien merkitys ei kuitenkaan tyhjene tähän. Ne näyttäytyvät tuomarille ratkaisutoiminnan kautta kerrostuvana kokemuksena, joka rakenteistuu tuomarin tietovarantoon – kutsuttiinpa tätä hiljaiseksi tekijän tiedoksi tai ammatilliseksi itseymmärrykseksi.

Rikosoikeuden yleiset opit ovat selkeästi traditio-, toimija-, yhteisö- ja merkityssidonnainen ilmiö. Tuomarit tarkastelevat positivoituja säännöksiä tulkintaa edellyttävänä tekstinä, jossa tulkitsijan tuottelias panos kuuluu ymmärtämiseen erottamattomasti. Tuomarilla ja rikoslain tekstillä on oma ”horisonttinsa” ja ymmärtämisenä voidaan pitää näiden horisonttien sulautumista. Tuomarin on tutkittava omaan tietorakenteeseen kerrostuneita ennakoasenteitaan ja puettava ymmärretty uudelleen sanoiksi.⁶³

Haastatteluilla hankitulla tekstiaineistolla voidaan pyrkiä vastaamaan yleisten oppien *merkitystä* ja *merkityksenantoa* koskeviin kysymyksiin.⁶⁴ Termit merkitys ja merkityksenanto herättävät helposti miellelyhtymän tuomari-ideologiasta⁶⁵ ja sen vaikutuksesta yleisten oppien käsitteellistämiseen. Ongelmana on kuitenkin termin tuomari-ideologia tulkinnanvaraisuus. Mistä osatekijöistä se muodostuu? Onko tuomari-ideologian ominaispiirteenä *kollektiivisuus*?⁶⁶ Vai onko kyse fiktiosta – jostakin, jota ei ole olemassa?

LOPUKSI

Olen tässä kirjoituksessa pohtinut rikosoikeuden yleisten oppien *kohteellistamista* ja *käsitteellistämistä*. Rikosoikeusopin tutkija ei kuitenkaan valitse ennalta määriteltä valmista kohdetta normatiivisesta järjestelmästä. Sen sijaan tutkija konstruoi tutkimuskohdettaan, kun hän asettaa tutkimuskysymyksen ja rajaa kohdettaan.

Rikosoikeuden yleiset oppien konstruointi tutkimuskohteeksi on eittämättä haasteellinen tehtävä, sillä rikoslainopin tulkintamenetelmällä – tulkinnalla, systematisoinnilla ja punninnalla – on vaikea tavoittaa yleisten oppien dynaami-

⁶³ Gadamer 2004 s. 64.

⁶⁴ Töttö 2004 s. 14. Ks. myös Alasuutari 2001 s. 59–63, joka pohtii merkityksen merkitystä.

⁶⁵ Alf Ross (Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi s. 55, 3. oplag, København, Nyt nordisk forlag 1971) toteaa, että ”[r]etsvidenskabens beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommere –”.

⁶⁶ Oikeusneuvos Pertti Välimäki (Valitusluparatkaisun viestit syyttäjälle av. 1, [viitattu 7.6.2005], saatavilla <http://www.kko.fi/30083.htm>) painottaa mielenkiintoisella tavalla, että ”[t]ässä esitelmässä selostamani käsitykseni ovat omiani. Joistakin asioista korkeimmassa oikeuden jäsenten keskuudessa vallitsee minun näkemyksistäni poikkeavia käsityksiä. Uskoakseni kuitenkin päälinjoista jäsenet ovat yhtä mieltä”.

suutta ja tilannesidonnaisuutta. Lisäksi ongelmia aiheutuu siitä, että yleiset opit ovat oikeudellisen toimijan ammatillista itseymmärrystä jäsentävä kollektiivis-individuaalinen ainesosa.

Näin ollen rikoslainopin ei pidä luokitella mitään tutkimusmenetelmää ennakkolisesti pois käytettävistään, sillä tutkimusmenetelmät on mielekästä määritellä kulloisestakin tutkimusongelmasta käsin.⁶⁷ Rikoslainoppi on tulkintatiede, mutta sen metodologinen asenne voi olla avoin, ennalta lukkiintumaton ja joustava. Vaikka olen käsitellyt kirjoituksessani ainoastaan tutkimushaastattelua, en suinkaan väitä, että pelkästään tämä menetelmä olisi hyödyllinen. Esimerkiksi kyselyn tekeminen tuomareille voisi tuottaa erittäin mielenkiintoista aineistoa yleisten oppien merkityksestä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Niinpä keskeistä on, että tutkija tiedostaa, *miksi* hän valitsee tietyn menetelmän – tai tietyt menetelmät – ja *hallitsee* niiden käytön.

Tuomareiden haastatteluilla kerättyä tekstiaineistoa voi tarkastella hyvin erilaisista näkökulmista.⁶⁸ Tutkijan on mietittävä omia teoreettis-metodologisia sitoumuksiaan ja hänellä on oltava ainakin jonkinlainen teoreettinen käsitteistö, jonka avulla aineisto aukenee hänelle. Kyse ei ole kuitenkin joko–tai-tilanteesta: joko teoria on olemassa ennen tutkimusta, jolloin tutkimus on teorian testaamista, tai teoria on olemassa vasta, kun tutkimus on saatu valmiiksi.⁶⁹ Tieteellisen tutkimuksen hyvänä – ja samalla huonona – puolena on, että tutkija ei voi olla koskaan varma, mihin teoreettisesta perustasta ja aineistosta kumpuavat vihjeet ja johtolangat johdattavat hänet.

⁶⁷ Husa 1995 s. 276.

⁶⁸ Ks. havainnollisesti *Alasuutari* 2001 s. 80–81.

⁶⁹ Näin erityisesti *Töttö* 2000 s. 106, joka kritisoi voimakkaasti laadullisen tutkimuksen oppikirjoissa esitettyjä näkemyksiä teorian ja aineiston välisestä suhteesta.

.....

Matti Tolvanen

Liiketoimintakielto rikosoikeudellisena seuraamuksena ja turvaamistoimenpiteenä

JOHDATUS AIHEESEEN

Liiketoimintakielto tuli Suomessa käyttöön vuonna 1986 (laki liiketoimintakiellosta 1059/1985). Lakia on muutettu merkittävästi 1.3.1998 voimaan tulleella lainmuutoksella. Liiketoimintakielloon määrättiin ennen lainmuutosta vuosittain kahdesta kahteenkymmeneen henkilöön. Aivan viime vuosina liiketoimintakielloon määrättyjen määrä on lisääntynyt: liiketoimintakieltoja määrättiin 55 kappaletta vuonna 2000, 74 kappaletta vuonna 2001, 135 kappaletta vuonna 2002, 170 kappaletta vuonna 2003 ja 194 kappaletta vuonna 2004. Vuonna 2005 kieltoja on määrätty 31.5. mennessä 87.¹

Tässä kirjoituksessa pohdin lähinnä liiketoimintakielloon määräämisen edellytyksiä, liiketoimintakieltolain tavoitteita sekä sitä, miten tavoitteet voisivat vaikuttaa tuomioistuimen harkitessa konkreettisessa tapauksessa liiketoimintakielloon määräämistä syyttäjän vaatimuksesta. Kysymys on teleologisesta eli säännöksen tarkoituksen huomioon ottavasta tulkinnasta. Teleologisen tulkinnan sallittavuutta rikosprosessissa ei tarvinne tässä tapauksessa enemmälti perustella. Lain tavoitteet on luonnollisesti otettava huomioon liiketoimintakielloon määräämistä harkittaessa, koska tavoitteet on kirjattu lain 1 §:ään. Tarkastelen näitä kysymyksiä lain, sen esitöiden sekä korkeimman oikeuden soveltamiskäytännön pohjalta. Pohdin myös, onko liiketoimintakielto ensi sijassa elinkeino-oikeudellinen turvaamistoimenpide vai rikosoikeudellinen seuraamus. Jatkokeskusteluksena on, miten tämä käsitelmääritys vaikuttaa liiketoimintakieltolain tulkintaan ja soveltamiseen.

LIIKETOIMINTAKIELLON HENKILÖPIIRI JA KIELLON SISÄLTÖ

Liiketoimintakiellon määrää yleinen tuomioistuin syyttäjän vaatimuksesta. Liiketoimintakielloon voidaan määrätä liiketoimintakieltolain 3 §:ssä säädetyn

¹ Lähde: Oikeusrekisterikeskuksen liiketoimintakieltorekisteri.

edellytyksin 1) yksityinen elinkeinonharjoittaja, jonka harjoittamasta liiketoiminnasta on kirjanpitolaissa säädetty kirjanpitovelvollisuus; 2) avoimen yhtiön yhtiömies, kommandiittiyhtiön vastuunalainen yhtiömies ja eurooppalaisen taloudellisen etuyhtymän henkilöjäsen; sekä 3) se, joka on yhteisön hallituksen jäsenenä tai toimitusjohtajana taikka muussa siihen rinnastettavassa asemassa, samoin kuin se, joka tosiasiallisesti johtaa yhteisön tai säätiön taikka ulkomaisen siviili liikkeen toimintaa taikka hoitaa sen hallintoa. Liiketoimintakieltoon voidaan määrätä vähintään kolmeksi ja enintään seitsemäksi vuodeksi.

Liiketoimintakiellon sisällöstä säädetään liiketoimintakielto lain 4 §:ssä. Liiketoimintakieltoon määrätty ei saa 1) itse tai toista välikätenä käyttäen harjoittaa sellaista liiketoimintaa, josta kirjanpitolaissa on säädetty kirjanpitovelvollisuus; 2) olla avoimen yhtiön yhtiömiehenä tai kommandiittiyhtiön vastuunalaisena yhtiömiehenä taikka eurooppalaisen taloudellisen etuyhtymän henkilöjäsenenä; 3) olla yhteisön tai säätiön hallituksen jäsenenä, varajäsenenä, toimitusjohtajana taikka muussa niihin rinnastettavassa asemassa yhteisössä tai säätiössä; 4) itse tai toista välikätenä käyttäen tosiasiallisesti johtaa yhteisön tai säätiön taikka ulkomaisen siviili liikkeen toimintaa tai hoitaa sen hallintoa; 5) olla itse tai toista välikätenä käyttäen osakeyhtiön tai osuuskunnan perustajana; taikka 6) hankkia itse taikka toista välikätenä käyttäen omistukseen tai sopimukseen perustuvaa määräysvaltaa liiketoimintaa harjoittavassa yhteisössä.

Kielto ei koske tehtäviä tai toimintaa sellaisessa julkisoikeudellisessa yhteisössä tai yhteisöön kuuluvassa säätiössä tai laitoksessa, jonka pääasiallisena tarkoituksena ei ole liiketoiminnan harjoittaminen. Kielto ei myöskään koske tehtäviä tai toimintaa sellaisessa aatteellisessa yhdistyksessä tai säätiössä, joka ei lainkaan harjoita liiketoimintaa tai harjoittaa sitä vain vähäisessä määrin.

Erityisistä syistä voidaan määrätä, ettei kielto koske tiettyä tai tietynlaista liiketoimintaa taikka tehtäviä tai toimintaa tiettyssä yhteisössä tai säätiössä taikka määräysvallan hankkimista yhteisössä.

Suomalaisen tuomioistuimen määräämä liiketoimintakielto on voimassa vain Suomessa. Tämä on ongelma valvonnan kannalta. Liiketoimintakieltoon määrätty voi operoida ulkomailta käsin ulkomaisen yrityksen nimissä Suomen markkinoilla esimerkiksi vuokraamalla Suomeen ulkomaisia työntekijöitä. Liiketoimintakieltojen valvonnan yhteydessä on viime aikoina havaittu, että Suomessa liiketoimintakieltoon määrätyt henkilöt ovat perustaneet yhtiöitä Viroon. Yritykset toimivat samoilla toimialoilla, joilla tapahtuneiden väärinkäytösten vuoksi henkilöt on liiketoimintakieltoon määrätty. Poliisin suorittamien esitutkintojen yhteydessä on ilmennyt, ettei näillä yrityksillä ole Viron viranomaisten mukaan toimintaa Virossa ja että nämä yritykset käytännöllisesti katsoen toimivat ainoastaan Suomessa.²

² Sisäasiainministeriö, Talousrikistorjuntaan vaikuttavan lainsäädännön kehittäminen, Työryhmän loppuraportti, Sisäinen turvallisuus 36/2004, s. 33.

Oikeusrekisterikeskus pitää rekisteriä liiketoimintakielloista. Kiellon noudattamista valvoo poliisi. Valvonnasta on voimassa, mitä poliisilaisissa säädetään poliisitutkinnasta. Liiketoimintakieltoon määrätyn asema poliisitutkinnassa määräytyy poliisilain 38 §:n 2 momentin mukaisesti. Kun liiketoimintakielto on tullut voimaan, poliisin on laadittava selvitys siitä, mitä liiketoimintaa liiketoimintakieltoon määrätty on harjoittanut ennen kiellon määräämistä ja mihin toimenpiteisiin hän on ryhtynyt kiellon johdosta. Liiketoimintakieltoon määrätty on velvollinen antamaan selvitystä varten tarpeelliset tiedot. Hänen on kiellon voimassaoloaikana toimitettava poliisille tämän kehotuksesta selvitys toimen tulostaan ja tiedot työpaikastaan.

Liiketoimintakiellon uskottavan valvonnan toteuttaminen on perusedellytys koko järjestelmän toimivuudelle ja sille asetettujen kriminaalipoliittisten tavoitteiden toteutumiselle. Yhteiskunnan näkökulmasta liiketoimintakiellon tehokas valvonta on selkeä keino yritysten yhdenvertaisen kilpailuaseman turvaamiseksi ja harmaan talouden sekä talousrikollisuuden torjumiseksi. Sisäasianministerin työryhmä on esittänyt, että liiketoimintakiellon valvontavelvollisuus ulotetaan poliisin lisäksi muihin viranomaisiin. Valvonta soveltuisi luontevasti verohallinto-, tulli-, ja ulosottoviranomaisille sekä patentti- ja rekisteriviranomaisille. Muita mahdollisia valvovia viranomaisia voisivat olla konkurssiasiamies ja yritystutkijat myöntävät ja maksavat viranomaiset. Jos viranomainen havaitsisi, että toimenpiteen kohde on määrätty liiketoimintakieltoon, viranomaisella olisi velvollisuus ilmoittaa poliisille epäilystä liiketoimintakiellon rikkomisesta. Muille viranomaisille tulisi turvata oikeus tarvittaessa saada ilmoitusvelvollisuuden toteuttamiseksi konekielisessä muodossa tiedot liiketoimintakieltorekisteristä.³

Liiketoimintakieltoain 17 §:ssä on säädetty sanktio kiellon rikkomisesta. Jos liiketoimintakieltoa rikotaan eikä rikkomista voida pitää vähäisenä, tuomioistuimien voi syyttäjän vaatimuksesta pidentää kieltoa yhteensä enintään viidellä vuodella. Liiketoimintakiellon pidentämistä on vaadittava ennen kiellon päättymistä. Liiketoimintakiellon rikkomisen on säädetty *rangaistavaksi* rikoslain 16 luvun 11 §:ssä.

LIIKETOIMINTAKIELTOON MÄÄRÄÄMISEN EDELLYTYKSET

Liiketoimintakielto voidaan määrätä joko rikoksen perusteella tai ilman rikospesustetta. Yleensä liiketoimintakieltoon on määrätty lain 2 §:ssä tarkoitettu henki-

³ Sisäasiainministeriö, Talousrikostorjuntaan vaikuttavan lainsäädännön kehittäminen, Työryhmän loppuraportti, Sisäinen turvallisuus 36/2004, s. 33.

lö, joka on liiketoiminnassa syylistynyt *rikolliseen* menettelyyn, jota *ei* voida pitää *vähäisenä*. Vaikka henkilö ei olisi syylistynyt rikokseen, hänet voidaan määrätä liiketoimintakieltoon, jos hän on liiketoiminnassa *olennaisesti* laiminlyönyt siihen liittyviä lakisääteisiä velvollisuuksia. Kummassakin tapauksessa edellytyksenä on lisäksi, että tekijän toimintaa on *kokonaisuutena arvioiden* pidettävä velkojen, sopimuskumppaneiden, julkisen talouden taikka terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun kannalta vahingollisena.⁴

Rikosperusteisesti liiketoimintakielto voidaan siis määrätä vain, jos rikollinen menettely ei ole ollut vähäistä. Käytännössä liiketoimintakielto on valtaosassa tapauksista määrätty samassa yhteydessä, kuin liiketoiminnassa tehdystä rikoksesta on tuomittu rangaistus. Vuosina 1986–1994 määrättyjä liiketoimintakieltoja koskevan selvityksen mukaan vain yhdessä tutkituista tapauksista oli ilmeistä, että liiketoimintakiellon perusteena oleva menettely ei täyttänyt minkään rikoksen tunnusmerkistöä.⁵ Rangaistavan menettelyn määrittäminen liiketoimintakiellon perusteeksi on lain perustelujen mukaan omiaan vähentämään kiellon määräämiseen liittyviä tulkinnanvaraisuuksia ja siten lisäämään lain ennustettavuutta.

Voimassa olevan lain rangaistavaa menettelyä koskeva edellytys vastaa lähinnä aikaisemmin voimassa olleen lain 3 §:n 1 momentin 1 kohdassa säädettyä edellytystä ”törkeän sopimaton menettely velkojaa kohtaan”. Nykyinen säännös on aiempaa laajempi siinä, että muukin kuin velkojiin kohdistuva menettely liiketoiminnassa voi olla perusteena liiketoimintakieltoon määräämiselle. Lain tavoitteena ei ole hallituksen esityksen mukaan yksinomaan velkojen etujen, vaan myös muiden liiketoiminnan sidosryhmien etujen suojaaminen vahingolliselta ja sopimattomalta liiketoiminnalta. Kiellon perusteena voi siis periaatteessa olla mikä tahansa sellainen rangaistava menettely liiketoiminnassa, jonka perusteella liiketoimintaa harjoittavan toimintaa voidaan pitää muiden kannalta vahingollisena.

Tavallisimmat säännöksen soveltamisalaan lukeutuvat rikokset ovat verorikkomus, kirjanpitorikos tai -rikkomus, veropetos, velallisen petos ja velallisen epärehellisyys. Petos, osakeyhtiörikos- tai rikkomus sekä rekisterimerkintärikos ovat myös olleet muutamassa tapauksessa perusteena liiketoimintakiellon määräämiselle. Liiketoimintakielto on mielletty ensi sijassa keinoksi puuttua talou-

⁴ Alun perin liiketoimintakiellon määräämisen edellytyksenä oli konkurssi. Konkurs siedellytys poistettiin lain muutoksella vuonna 1998. Tämä oli johdonmukaista siksi, että velallisen rikoksien tunnusmerkistöjen täyttyminen ei enää edellytä konkurssia. Edellytys rajoitti tarpeettomasti liiketoimintakiellon soveltamismahdollisuuksia.

⁵ HE 198/1996 vp ja Jyrki Tala – Risto Jaakkola – Marja Tuokila, Liiketoimintakielto ja yrittäjien väärinkäytökset, 1995.

delliseen rikollisuuteen. Estettä ei olisi määrätä liiketoimintakieltoa myös ympäristörikokseen tai työrikokseen syyllistyneelle. Vakavanlaatuisen ympäristön pilaamiseen syyllistyneen yrittäjän tai työntekijöiden turvallisuudesta täysin piittaamattoman työnantajan määrääminen liiketoimintakieltoon vastaisi hyvinkin lain tavoitteita.

Jos liitetoimintakieltoain 2 §:ssä tarkoitettu henkilö on epäiltynä liiketoiminnassa tehdystä rikoksesta, jota ei voida pitää vähäisenä, *esitutkinna yhteydessä* tulee tutkia myös, onko liiketoimintakiellon määräämiseen edellytykset. Liiketoimintakiellon edellytysten tutkinta on siis tällöin *suoritettava*, toisin sanoen edellytysten tutkinta ei ole poliisin tai syyttäjän harkinnan varassa. Poliisin on lisäksi syyttäjän pyynnöstä toimitettava liiketoimintakiellon määräämistä tai pidentämistä koskevassa asiassa tutkinta.

Liiketoimintakiellon määräämistä harkittaessa on lain mukaan otettava huomioon, onko ja missä määrin liiketoimintaa kokonaisuutena pidettävä vahingollisena velkojen, sopimuskumppaneiden, julkistalouden tai terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun kannalta. Vahingollisuuden arviointi edellyttää kokonaisuuden harkintaa, jossa tulee ottaa huomioon laiminlyöntien ja rangaistavan menettelyn ohella se, miten liiketoimintaa muuten on harjoitettu. Lain esitöiden mukaan laiminlyöntien olennaisuutta arvioitaessa on otettava huomioon erityisesti laiminlyöntien suunnitelmallisuus, niiden kesto ja toistuvuus sekä laiminlyönneistä aiheutuneiden vahinkojen määrä. Laiminlyöntiä on aina pidettävä olennaisena, jos lain 2 §:ssä tarkoitettu henkilö on laiminlyönyt kirjanpitovelvollisuuden niin, ettei kirjanpitovelvollisen taloudellista tulosta ja asemaa tai kirjanpitovelvollisen liiketoiminnan kannalta olennaisia liiketapahtumia kyetä selvittämään ilman kohtuutonta vaivaa.

Korkein oikeus on ottanut kantaa liiketoimintakiellon määräämiseen edellytyksiin kolmessa ennakkoratkaisussa. Ratkaisussa KKO 2002:118 korkein oikeus pohti ensinnäkin sitä, millaista rikosta on pidettävä muuna kuin vähäisenä. Hovioikeus oli tuominnut syytetyn, joka oli ollut yhtiön omistaja ja hallituksen ainoa varsinainen jäsen, törkeästä velallisen epärehellisyydestä kuuden kuukauden ehdolliseen vankeusrangaistukseen. Syytetyn syyksi oli luettu se, että hän oli vuosina 1997 ja 1998 ottanut yhtiöstä osakeyhtiölain säännösten vastaisesti varoja käyttöönsä 291 000 markkaa eli noin 49 000 euroa sekä ylisuurta palkkaa yhteensä 60 000 markkaa eli noin 10 000 euroa. Hovioikeus oli katsonut syytetyn tavoitelleen teollaan itselleen huomattavaa hyötyä ja hovioikeus oli pitänyt myös velkojille aiheutunutta vahinkoa huomattavana.

Syyttäjä vaati korkeimmassa oikeudessa syytetyn määräämistä hovioikeuden hänen syykseen lukeman menettelyn johdosta liiketoimintakieltoon. Korkeimmassa oikeudessa ei ollut enää kysymys rikosoikeudellisen vastuun edellytyksistä. Törkeästä velallisen epärehellisyydestä, josta syytetty oli tuomittu rangaistukseen, on säädetty rangaistukseksi vähintään neljä kuukautta ja enintään neljä

vuotta vankeutta. Lähtökohta on korkeimman oikeuden mukaan, että liiketoimintakiellon määräämisen edellytyksiä arvioitaessa näin vakavaa rikollista menettelyä ei voida pitää vähäisenä. Syytetyn menettelyä ei voitu myöskään ilmenemismuodoltaan tai menettelyyn liittyvän muun yksilöllisen olosuhteen perusteella pitää vähäisenä.

Tapauksessa KKO 2002:118 syytetty oli aiheuttanut yhtiön velkojille huomattavaa vahinkoa, menettely oli jatkunut pitkään ja syytetty oli laiminlyönyt kaikki tilintarkastajan kehotukset yhtiön selvitystilaan saattamisesta ja puutteellisen kassakirjanpidon korjaamisesta. Syytetyn menettelyä oli siten KKO:n mukaan pidettävä kokonaisuutenakin arvioiden velkojien kannalta vahingollisena ja liiketoimintakiellon määräämiselle olivat liiketoimintakiellosta annetun lain 3 §:ssä tarkoitettut perusteet.

Korkein oikeus on ottanut kokonaisarvosteluun kantaa myös ratkaisussa KKO 2002:117. Alempien oikeuksien tavoin korkein oikeus katsoi syytettyjen syyksi luettujen tekojen osoittavan, että he olivat liiketoiminnassa olennaisesti laiminlyöneet liiketoimintaan liittyviä lakisääteisiä velvollisuuksia ja syyllistyneet siinä sellaiseen rikolliseen menettelyyn, jota ei voida pitää vähäisenä. Tätä seikkaa sinänsä eivät syytetty olleet korkeimmassa oikeudessa riittaneetkaan.

Asiassa oli enää kysymys siitä, oliko syytettyjen toimintaa liiketoimintakiellosta annetun lain 3 §:n 1 momentin mukaisesti kokonaisuutena arvioiden pidettävä velkojien, sopimuskumppanien, julkisen talouden taikka terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun kannalta vahingollisena niin, että liiketoimintakiellon määräämiselle on sen vuoksi perusteet.

Laiminlyömällä kirjanpitoon liittyvät velvollisuudet syytetty olivat aiheuttaneet sen, että luotettavan kuvan saaminen yhtiön taloudellisesta asemasta oli vaikeutunut. Tässä tapauksessa mainittu laiminlyönti oli ollut KKO:n mukaan vahingollista erityisesti yhtiön velkojille, koska yhtiö oli asetettu konkurssiin ja velallisen toimien ja konkurssipesän taloudellisen tilan selvittäminen oli puutteellisen kirjanpidon vuoksi vaikeutunut.

Yhtiö oli laiminlyönyt ennakonpidätysten, tilitettävän arvonlisäveron ja lakisääteisten työnantajamaksujen suorittamisen lähes koko yhtiön toiminta-ajalta. Käräjäoikeus oli alustavaan erikoistilintarkastuskertomukseen viitaten todennut, että yhtiö ei ilmeisesti ole lainkaan ottanut työntekijöitä varten lakisääteisiä vaakuutuksia.

Verojen ja muiden lakisääteisten maksuvelvoitteiden laiminlyönti oli aiheuttanut taloudellista vahinkoa maksunsaajille eli tässä tapauksessa erityisesti verovirastolle, joka pesäluettelon mukaan on ollut yhtiön suurin velkoja. Laiminlyötyjen verojen ja työnantajamaksujen määrä oli ollut jo sellaisenaan, mutta myös yhtiön liikevaihtoon nähden huomattava. Laiminlyöntien vaikutukset olivat kohdistuneet julkiseen talouteen ja välillisesti myös muihin maksuvelvollisiin, joiden maksurasitusta tällaiset laiminlyönnit ovat omiaan lisäämään.

Lakisääteisten maksuvelvoitteiden laiminlyönti oli lisäksi ollut omiaan antamaan yhtiölle oikeudettoman kilpailuedun samalla alalla toimiviin velvollisuutensa asianmukaisesti hoitaviin yrityksiin nähden. Muut yritykset eivät myöskään voi tavanomaisin keinoin suojautua tällaista toimintaa vastaan.

Kirjanpidosta sekä lakisääteisistä maksuista huolehtiminen on yritystoimintaan kuuluvia perusvelvoitteita. Niiden kerrotunlainen ja osin laajamittainenkin laiminlyönti ei ollut voinut KKO:n mukaan johtua syytettyjen taitamattomuudesta. Syytettyjen toiminta oli siten ollut kokonaisuutena arvioiden vahingollista velkojien, julkisen talouden sekä terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun kannalta.⁶

Vain kokonaisarvostelusta oli kysymys myös tapauksessa KKO 2004:131. Syyttäjä oli vaatinut syytetyn määräämistä liiketoimintakieltoon, koska syytetty oli liiketoiminnassaan olennaisesti laiminlyönyt siihen liittyviä lakisääteisiä velvollisuuksia ja siinä syyllistynyt rikolliseen menettelyyn, jota ei voitu pitää vähäisenä. Hänen toimintaansa oli syyttäjän mukaan myös kokonaisuutena arvioiden pidettävä julkisen talouden sekä terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun kannalta vahingollisena. Syytetty oli tuomittu kirjanpitorikoksesta ja törkeästä veropetoksesta yhden vuoden kahden kuukauden mittaiseen ehdolliseen vankeusrangaistukseen ja sen ohessa 40 tunniksi yhdyskuntapalveluun.

Syytetty oli kiistänyt vaatimuksen liiketoimintakieltoon määräämisestä. Hän oli toiminut esimerkiksi verotusasian selvittämiseksi ja ollut aktiivisesti yhteistyössä veroviranomaisten kanssa sekä maksanut kaikki verot korotuksineen. Hänellä oli nuhteeton 30-vuotinen yrittäjän ura, eikä hän ollut syyllistynyt minäkäänlaisiin rikoksiin. Kirjanpito täytti syytetyn mielestä kaikki lain vaatimukset. Verojen maksun vuoksi otettu velkataakka oli raskas ja edellytti täysipainoista työntekoa yrittäjänä. Hänen ikänsä ja koulutuksensa huomioon ottaen hänen oli vaikea työllistyä toisen palveluksessa.

Korkein oikeus hylkäsi liiketoimintakieltoon määräämistä koskevan vaatimuksen. Korkein oikeus katsoi tosin, että syytetty oli liiketoiminnassaan olennaisesti laiminlyönyt lakisääteisiä velvollisuuksia edellä kerrotuin tavoin ja syyllistynyt rikolliseen menettelyyn, jota ei voitu pitää vähäisenä. Syytetty oli kuitenkin korvannut menettelyllään aiheuttamansa vahingot täysimääräisesti. Korkein oikeus katsoi, ettei syytetyn toiminta ollut kokonaisuutena arvioiden ollut laissa tarkoitettulla tavalla vahingollista julkisen talouden eikä terveen ja taloudellisen kilpailun kannalta. Näihin toiminnan kokonaisarviointiin liittyvien seikkojen perusteella asiassa ei ollut tarvetta määrätä häntä liiketoimintakieltoon. Käräjäoikeus oli hylännyt liiketoimintakieltoa koskevan vaatimuksen samoilla

⁶ Ks. tapauksista KKO 2002:117 ja KKO 2002:18 myös *Jussi Tapani* ja *Ari-Pekka Koivisto*, teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein II/2002.

perusteilla, mutta hovioikeus oli määrännyt syytetyn liiketoimintakielttoon. Jutussa ei ollut enää korkeimmassa oikeudessa kysymys siitä, oliko syytetty syylistynyt käräjäoikeuden hänen syykseen lukemiin vakaviin rikoksiin. Syytetty ei ollut myöskään valituksessaan korkeimmalle oikeudelle väittänyt, että hänen menettelyään voitaisiin pitää vähäisenä.

LIKETOIMINTAKIELTOLAIN TAVOITTEET LAIN SOVELTAMISEN OHJAAJINA

Liiketoimintakieltolain 1 §:ään on kirjattu lain tavoitteet. Liiketoimintakiellolla pyritään estämään sopimaton ja vahingollinen liiketoiminta sekä ylläpitämään luottamusta liiketoimintaan. Säättämällä liiketoimintakiellosta eduskunta uskoi luovansa toimivan ja tehokkaan keinon ehkäistä velkojien eduista ja yhteiskunnan asettamista velvoitteista piittaamatonta elinkeinotoimintaa. Ainakin lain alkutaipaleen kokemusten perusteella näyttää siltä, ettei eduskunnan toive ole toteutunut. Liiketoimintakielloja on määrätty aika vähän, eikä kieltojen valvonta ole sujunut toivotulla tavalla osaksi vähäisten valvontaresurssien, osaksi viranomaisten välisen tiedonsiirron ongelmien takia. Tuomioistuimien käytäntö on ollut epäyhtenäistä.⁷ Valvonnan määräämisellä poliisille pyrittiin tehostamaan kiellon valvontaa. Aivan viime vuosina liiketoimintakielloja onkin määrätty merkittävästi enemmän kuin 1990-luvulla. Pitävää näyttöä ei kuitenkaan ole siitä, ovatko liiketoimintakiellot vähentäneet liiketoimintakielttoon määrättyjen rikollista toimintaa, jonka ehkäisemiseen kiellolla pyritään. Vielä vaikeampi on osoittaa kieltojen vaikutusta yleiseen liike-elämän moraaliin tai ihmisten luottamukseen liiketoiminnan lainmukaisuudesta.

Tapauksessa KKO 2004:131 korkein oikeus totesi syytetyn saaneen merkittävän kilpailuedun vältettyään maksamasta liiketoiminnassa tavanomaisesti suoritettavia veroja. Syytetyn rikollinen toiminta oli jatkunut varsin pitkään ja hänen menettelynsä oli siten ollut veronsaajan ja terveen taloudellisen kilpailun kannalta vahingollista. Korkein oikeus katsoi näiden seikkojen puoltavan liiketoimintakiellon määräämistä. Tapauksessa oli kuitenkin käsillä seikkoja, jotka vaikuttivat punninnassa toiseen suuntaan. Syytetty oli harjoittanut liiketoimintaa pitkään samalla alalla ja samassa liikkeessä syylistymättä liiketoiminnassaan aiemmin rangaistavaan menettelyyn. Syytetyn menettelylleen ilmoittama syy, omakotitalon rakentamisesta johtuneet maksuvaikeudet, oli ollut luonteeltaan tilapäinen. Syytetty oli teon tultua ilmi korjannut liikkeensä kirjanpidon lain

⁷ Ongelmia on tuotu esiin muun muassa lakivaliokunnan mietinnössä LaVM 15/1997.

vaatimusten mukaiseksi ja korvannut veronsaajalle aiheuttamansa vahingot. Korkeimman oikeuden mukaan syytetyn ei voinut katsoa saaneen pysyvää kilpailuetua veron välttämisen johdosta. Korkein oikeus ei pitänyt ilmeisenä vaaraa siitä, että syytetty jatkaisi sopimatonta liiketoimintaa. Tämän vuoksi ei ollut lain tavoitteista lähtevää tarvetta määrätä syytettyä liiketoimintakieltoon.

Korkeimman oikeuden enemmistö ei pohtinut tapausta lainkaan luottamuksen ylläpitämisen kannalta. Vähemmistöön jäänyt oikeusneuvos Kari Raulos sen sijaan pohti liiketoimintakieltoa ansiokkaasti myös tästä näkökulmasta. Hänen mukaansa liiketoimintakieltoon määräämistä puolsi tarve pitää yllä liiketoimintamoraalia ja sitä kautta liiketoimintaan kohdistuvaa luottamusta. Raulos myös katsoi, ettei vahingon korvaaminen voinut korjata syytetyn toiminnasta terveille ja toimivalle taloudelliselle kilpailulle koituvaa haittaa. Syytetty oli käyttänyt veropetoksella käyttöönsä saamansa varat muun muassa omakotitalon rakentamiseen. Näin oli oletettavaa, että vahingon korvaaminen ei ole ollut pelkästään syytetyn vapaaehtoisuuden varassa, vaan korvaus olisi ollut perittävissä myös ulosottotoimin. Rauloksen mukaan myöskään kirjanpidon kuntoon paneminen ei välttämättä riittänyt takeeksi siitä, että syytetty olisi pysyvästi muuttanut toimintatapansa. Raulos päätyi kuitenkin siihen, että pelkän vaarallisuusarvion perusteella liiketoimintakieltoa ei ehkä olisi ollut välttämättä määrättävä, mutta luottamuksensuojan ylläpitäminen olisi sitä vaatinut.

ONKO LIIKETOIMINTAKIELTO ELINKEINO-OIKEUDELLINEN TURVAAMISTOIMENPIDE VAI RIKOSOIKEUDELLINEN SEURAAMUS?

Hallituksen esityksessä ja oikeuskirjallisuudessa on korostettu liiketoimintakielton olevan ennen kaikkea elinkeino-oikeudellinen turvaamistoimenpide.⁸ Siihen on myös katsottu liittyvän piirteitä, jotka ovat tyypillisiä rikosoikeudellisille seuraamuksille.⁹ Tämä ilmenee suoraan laistakin. Lain tavoitteena on myös luottamuksen ylläpitäminen liiketoiminnan asianmukaisuuteen. Jos kiellon perusteena on rikos ja kielto määrätään rikosprosessissa, yhteys rikosoikeuteen on hyvin ilmeinen.

Korkein oikeus näyttää ratkaisussa KKO 2004:131 ensinnäkin sekoittavan toisiinsa liiketoimintakiellosta annetun lain 1 §:ssä määritellyt lain *tavoitteet* ja 3 §:ssä säädetty kiellon *edellytykset*. Lain tavoitteena on sopimattoman ja vahin-

⁸ HE 198/1996 vp ja *Erkki Havansi*, Suomen konkurssioikeus, 1992, s. 149.

⁹ *Tapio Lappi-Seppälä*, teoksessa *Heinonen. Olavi ym.*, Rikosoikeus, 2002, s. 520 ja *Dan Frände*, Yleinen rikosoikeus, 2005, s. 36.

gollisen liiketoiminnan estäminen sekä liiketoimintaan kohdistuvan luottamuksen ylläpitäminen. Lain *tavoitteet* suuntautuvat *tulevaan* aikaan, liiketoimintakiello on ennen kaikkea turvaamistoimenpide. Kiellon määrittämisen edellytykset taas ovat sidoksissa siihen, miten liikkeenharjoittaja on hoitanut liiketoiminnan vaatimat lakisääteiset velvoitteensa *menneisyydessä*. On kysyttävä, onko hänen *toimintaansa* kokonaisuutena arvioiden pidettävä velkojien, sopimuskumppaneiden, julkisen talouden taikka terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun kannalta vahingollisena. Sanalla ”toiminta” on viitattu selkeästi liikkeenharjoittajan aiempaan toimintaan, siihen ei sisälly mitään tulevaisuuteen kohdistuvan ennusteen tarvetta.

Liiketoimintakieltoa ei ole kuitenkaan pakko määrätä, jos siihen ei ole lain tavoitteiden valossa ilmeistä tarvetta. Ensimmäinen tavoite on siis sopimattoman ja vahingollisen liiketoiminnan estäminen. Tämä tavoite korostaa liiketoimintakiellon luonnetta turvaamistoimenpiteenä. Korkeimman oikeuden mukaan vaaraa sopimattoman ja vahingollisen menettelyn jatkamisesta ei ole, jos rikoksiin syylistynyt on korvannut aiheuttamansa vahingon ja saattanut kirjanpidon lain vaatimuksia vastaavaksi. Johtopäätös on varsin rohkea. Saman logiikan mukaan aseensa myynyttä metsästysrikokseen syylistynyttä metsästäjää ei olisi tarpeen määrätä metsästyskieltoon tai autonsa myynyttä rattijuoppoa, joka vakuuttaa lopettavansa sekä alkoholin käytön että autolla ajamisen, ei olisi syytä määrätä ajokieltoon. Hovioikeus oli katsonut syytetyn saaneen menettelyllään oikeudetoman kilpailuedun samalla alalla toimiviin, velvollisuutensa asianmukaisesti hoitaviin yrityksiin nähden. Näin asianlaita onkin. Tätä etua ei tee tyhjäksi se, että syytetty on myöhemmin joutunut korvaamaan veronsaajille veropetoksella saamansa varat.

Liiketoimintaan kohdistuvan luottamuksen ylläpitäminen voi toiseksi olla perusteena liiketoimintakieltoon määrittämiselle, vaikka vaara sopimattoman ja vahingollisen menettelyn jatkamisesta ei olisi ilmeinen. Luottamuksensuojan kriteeri heijastaa liiketoimintakiellon kriminaalipoliittista ulottuvuutta. Liiketoimintakiello on myös rikosoikeudellinen *seuraamus* ja siihen liittyy siten myös tietty rankaisullinen elementti, vaikka lain esitöissä on korostettu liiketoimintakiellon olevan turvaamistoimenpide eikä rangaistus. Rikosoikeuden yhtenä perimmäisenä päämääränä on pitää yllä ihmisten luottamusta siihen, että sääntöjä kannattaa noudattaa ja että sääntöjä ei voida seuraamuksitta rikkoa. Hallituksen esityksessä (HE 198/1996 vp) on korostettu liiketoimintakiellon myös muihin kuin liiketoimintakieltoon määrättyyn kohdistuvaa ennaltaestävää vaikutusta. Tätä yleisestävää näkökohtaa korkeimman oikeuden enemmistö ei näytä ottaneen lainkaan huomioon. Korkein oikeus on aiemmassakin käytännössään (KKO 1998:43) korostanut liiketoimintakiellon olevan lähinnä elinkeino-oikeudellinen turvaamistoimenpide. Luottamuksensuojakin liittyy kyllä osaksi vaarallisuusarvioon: liiketoimintakiellon tavoitteena on tietenkin pyrkiä varmistumaan myös

siitä, ettei kieltoon määrätty harjoita taloudellista kilpailua vahingoittavaa liiketoimintaa (HE 198/1996 vp).

Vähemmistöön jäänyt oikeusneuvos olisi viitatussa tapauksessa KKO 2004:131 määrännyt syytetyn liiketoimintakieltoon luottamuksensuojan ylläpitämiseksi. Voidaan perustellusti väittää, että menettely, joka täyttää liiketoimintakiellosta annetun lain 3 §:ssä säädetty edellytykset, on *lähtökohtaisesti* omiaan horjuttamaan liiketoimintaan kohdistuvaa luottamusta. Luottamusta ei välttämättä palauta se, että rikokseen syyllistynyt korvaa aiheuttamansa vahingon ja saattaa kirjanpidon lain vaatimalle tasolle. Mitä törkeämmästä teosta on kysymys, sitä vahvempi on oletama liiketoimintakiellon tarpeellisuudesta. Puheena olevassa tapauksessa A oli syyllistynyt järjestelmälliseen myyntiin ohi kirjanpidon, eikä hän ollut suinkaan omasta aloitteestaan poistanut rikoksensa vaikutuksia, vaan jäätyään verotarkastuksessa teostaan kiinni. Tähän nähden kokonaisarvostelussa olisi ollut perusteita päätyä päinvastaiseen lopputulokseen kuin korkeimman oikeuden enemmistö.

Korkein oikeus on ratkaisussaan KKO 1998:43 ottanut vielä selkeämmin kantaa sen puolesta, että liiketoimintakielto on elinkeino-oikeudellinen turvaamistoimenpide. Korkeimman oikeuden mukaan liiketoimintakielto ei ollut sellainen rikoksesta tuomittavaan rangaistukseen verrattava rikosoikeudellinen seuraamus tai rangaistukseen liittyvä lisäseuraamus, josta voitaisiin armahtaa. Korkeimman oikeuden kanta on vaikeasti ymmärrettävissä, kun korkein oikeus on pitänyt konfiskaatiota (KKO 1980 II 66), elinkeino-oikeuden menetystä (KKO 1948 II 266) ja ajokieltoa (KKO 2674/1964) armahduskelpoisena seuraamuksena. Korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 1998:43 vaikutti tosin sekin, että liiketoimintakiellosta annetun lain 15 §:n mukaan tuomioistuin voi liiketoimintakieltoon määrätyn hakemuksesta kumota kiellon osittain tai kokonaan lainkohdassa säädettyillä edellytyksillä. Kun liiketoimintakiellosta vapautuminen on mahdollista lakiin nimenomaan kirjatuilla perusteilla normaalissa tuomioistuinmenettelyssä, armahdukselle viimesijaisena seuraamuksen huojentamisväylänä ei ole tarvetta. Tällä perusteella arvioituna korkeimman oikeuden armahdusasiassa ottamaa kantaa voidaan pitää ymmärrettävänä ja jopa puolustettavana.

Kysymys liiketoimintakiellon oikeudellisesta luonteesta tuli myös esiin eduskunnan lakivaliokunnan antaessa mietintönsä (LaVM 15/1997 vp) hallituksen esityksestä laeiksi liiketoimintakiellosta annetun lain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta (HE 198/1996 vp). Esityksen mukaan uusia säännöksiä liiketoimintakiellosta voitiin soveltaa, jos yksikin kiellon määräämisen perusteena oleva laiminlyönti oli tapahtunut tai rikos oli tehty lain voimaantulon jälkeen. Säännös merkitsi sitä, että lievemman lain aikana tehdystä rikoksesta tai laiminlyönnistä voitiin tuomita uuden lain voimaantulon jälkeen ankarampi ja vähäisemmin perustein määrättävä liiketoimintakielto. Lakivaliokunta katsoi, perustuslakivaliokunnan vuonna 1985 liiketoimintakiellon taannehtivuudesta anta-

maan lausuntoon (PeVL 12/1985 vp) viitaten, että liiketoimintakiellon taannehtivuus ei ollut ristiriidassa hallitusmuodon kanssa tai kansainvälisten ihmisoikeussopimusten vastaista. Tämä kannanotto perustui lähinnä siihen, että lakivaliokunnan näkemyksen mukaan liiketoimintakiello ei ollut rangaistus eikä muukaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 7 artiklan soveltamisalan mukainen seuraamus.

Lakivaliokunnan ja perustuslakivaliokunnan kannanottoja voidaan kritisoida. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on käyttänyt lähinnä kolmea kriteeriä arvioiessaan sopimuksen 6 ja 7 artiklan sovellettavuutta. Yksi kriteeri on menettelyn ja sen kohteena olevan rikkeen luonnehdinta valtionsisäisessä oikeudessa. Liiketoimintakiello määrätään Suomessa syyttäjän tai poliisin aloittaman tutkinnan perusteella syyttäjän vaatimuksesta tuomioistuimessa rikosprosessuaalisessa järjestyksessä, yleensä samassa oikeudenkäynnissä, jossa käsitellään kieltovaatimuksen perusteena olevaa rikosta. Toinen ihmisoikeustuomioistuimen määrittelemä kriteeri on teon luonne. Liiketoimintakielloa vaaditaan lähes poikkeuksetta rikokseen syyllistymisen perusteella. Kolmas kriteeri on seuraamuksen ankaruus ja luonne. Liiketoimintakiello on ankara seuraamus, koska se estää kieltoon määrätyltä toimeentulon hankkimisen yrittäjänä. Ainakin liiketoimintakieltolain toinen tavoite, luottamuksen ylläpitäminen, rinnastaa liiketoimintakiellon luontevasti rangaistukseen. Kun lakivaliokunta antoi puheena olevan mietinnön, laillisuusperiaatteesta oli säädetty hallitusmuodon 6a §:ssä. Hallitusmuodon säännöksessä laillisuusperiaate oli rajattu vain rangaistukseen. Vuoden 2004 alusta voimassa olleessa rikoslain 3 luvun 1 §:ssä on säädetty, että laillisuusperiaate koskee muitakin rikosoikeudellisia seuraamuksia kuin rangaistuksia. Näin ollen ainakin laillisuusperiaatetta pitäisi nyt soveltaa myös liiketoimintakieltoon.¹⁰

Silloin kun kiello määrätään lakisääteisten velvollisuuksien olennaisen laiminlyönnin perusteella, kytkentä ei ole yhtä selvä. Tarkoitin täällä, että nimenomaan kytkentä *rikosoikeuteen* voi olla etäisempi. Määrättäessä kiello lakisääteisten velvollisuuksien olennaisen laiminlyönnin perusteella emme kuitenkaan voi välttää havaitsematta kiellon *sanktion* luonnetta. Laiminlyöntien olennaisuutta arvioitaessa on otettava huomioon erityisesti laiminlyöntien suunnitelmallisuus, niiden kesto ja toistuvuus sekä laiminlyönneistä aiheutuneiden vahinkojen määrä. Laiminlyöntiä on aina pidettävä olennaisena, jos lain 2 §:ssä tarkoitettu henkilö on laiminlyönyt kirjanpitovelvollisuuden niin, ettei kirjanpitovel-

¹⁰ Tulkitsen rikoslain 3 luvun 1 §:n säätämiseen johtanutta hallituksen esitystä (HE 44/2002 vp, s. 35), tällä tavalla. Hallituksen esityksessä on nimenomaan katsottu laillisuusperiaatteen soveltuvan rikosoikeudellisiin turvaamistoimenpiteisiin, joista yhtenä esimerkkinä on mainittu liiketoimintakiello. Samoin *Lappi-Seppälä*, Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus I, Lakimies 5/2003, s. 758. Vrt. kuitenkin *Lappi-Seppälä* 2002, s. 520.

vollisen taloudellista tulosta ja asemaa tai kirjanpitovelvollisen liiketoiminnan kannalta olennaisia liiketapahtumia kyetä selvittämään ilman kohtuutonta vai-
vaa. Vastaavia seikkoja punnitaan, kun harkitaan erinäisten rikosten tunnusmer-
kistön täyttymistä tai rangaistuksen mittaamista.

ILMENTÄVÄTKÖ KORKEIMMAN OIKEUDEN RATKAISUJEN PERUSTELUT KÄSITELAINOPPIA?

Korkein oikeus on toistuvasti korostanut liiketoimintakiellon olevan ensi sijassa elinkeino-oikeudellinen turvaamistoimenpide. Tämän korostaminen on jopa niin vahvaa, että korkein oikeus näyttää unohtavan toisen lain tavoitteen eli luotta-
muksen ylläpitämisen. Periaatteelliselta kannalta huolestuttavinta on se, että korkein oikeus näyttää päättelevän ratkaisujensa aineellisen lopputuloksen läh-
tien liiketoimintakiellon *käsitemäärittelystä*. Päättely kulkee seuraavaan tapaan. Liiketoimintakielto on elinkeino-oikeudellinen turvaamistoimenpide, jolla pyri-
tään estämään sopimaton ja vahingollinen liiketoiminta. Vaaraa sopimattoman ja vahingollisen menettelyn jatkamisesta ei ole, jos rikoksiin syyllystynyt on kor-
vannut aiheuttamansa vahingon ja saattanut kirjanpidon lain vaatimuksia vastaa-
vaksi. Tästä päätellään edelleen, ettei perusteita liiketoimintakiellon määräämi-
selle ole olemassa.

Tässä päättelyssä sivuutetaan ensinnäkin täysin *lakiin* kirjattu rinnakkainen tavoite eli luottamuksen ylläpitäminen. Samalla sivuutetaan pohdinta siitä, miten liiketoimintakielto *todellisuudessa* vaikuttaa. Käytännön tasolla erot rangaistuk-
sen ja liiketoimintakiellon vaikutuksissa eivät ole niin dramaattiset kuin käsit-
teellisellä tasolla. Rangaistuksenkin, erityisesti vapausrangaistuksen, täytän-
töönpano ehkäisee *konkreettisesti* uusien rikosten tekemistä ja vaikuttaa tässä mielessä kuten turvaamistoimenpide. Yhdyskuntapalvelua ei voi suorittaa hallit-
sematta sen aikana päihteiden käyttöä. Näin yhdyskuntapalvelun täytäntöönpano ”turvaa” toisten oikeushyviä ehkäisemällä runsaasta alkoholien käytöstä seuraa-
via rikoksia, esimerkiksi liikennejuopumuksia ja pahoinpitelyitä. Liiketoiminta-
kiellon kriminaalipoliittisista ulottuvuuksista on jo kirjoitettu edellä. Ne ovat jokseenkin samoja kuin varsinaisen rankaisemisen kriminaalipoliittiset funktiot.

Tässä kirjoitettu soveltuu myös muihin rikosprosessin yhteydessä määrättä-
viin seuraamuksiin, joita on pidetty luonteeltaan ensi sijassa turvaamistoimenpi-
teinä. Ajokiellolla pyritään *estämään* määrääjäksi liikenteeseen osallistuminen sen sääntöjä karkeasti rikkoneelta, *varoittamaan* häntä vastaisen varalle, *suojaa-*
maan toisten ihmisten henkeä ja terveyttä, *vaikuttamaan* toisten kuljettajien *motivaatioon* niin, etteivät he rikkoisi sääntöjä sekä pitämään yllä *luottamusta* siihen, että järjestelmä toimii tehokkaasti ja oikeudenmukaisesti. Vastaavia ta-
voitteita on menettämisseuraamuksella, metsästyskiellolla ja lähestymiskiellol-

la. Näitä seuraamuksia sääntelevien säännösten tulkinnassa ei päästä pitkälle määrittelemällä ne turvaamistoimenpiteeksi tai rangaistukseksi ja yrittämällä johtaa tästä luokittelun tuloksesta ratkaisu pulmalliseen lain soveltamisongelmaan.

Pidän pohdiskelua liiketoimintakiellon oikeudellisesta luonteesta jokseenkin tarpeettomana. Laista ilmenevät selkeästi kiellon tavoitteet ja kiellon määräämisen edellytykset. Niiden tulkintaan on saatavissa johtoa lain esitöistä. Käsite-määrittely ei tuo laista ja sen esitöistä muodostuvaan kuvaan mitään tulkinnan apuneuvoja. Rikoslain 3 luvun 1 §:n mukaan rikosoikeuden keskeisintä periaatetta, laillisuusperiaatetta taannehtivan rikoslain kieltoineen, sovelletaan muihin-kin rikosoikeudellisiin seuraamuksiin kuin rangaistukseen, ja rikoslain 3 luvun 1 §:n esitöiden mukaan liiketoimintakielto on kiistatta (myös) rikosoikeudellinen turvaamistoimenpide.

Sen sijaan *empiirinen tieto* kiellon vaikuttavuudesta voi tuoda uusia työkaluja myös säännöksen soveltamiseen. Tämänhetkisen tiedon valossa on vaikea arvioida, missä laajuudessa kiellot todella estävät kieltoon määrättyjä toimimasta yrityksissä määräävässä asemassa, miten lakiin kirjattu kiellon mahdollisuus ja kieltojen määrääminen yksittäistapauksissa vaikuttavat potentiaalisiin lakisääteisten velvollisuuksien rikkojiin sekä missä määrin luottamus liiketoiminnan yleiseen lainmukaisuuteen paranee tai pysyy yllä, kun liiketoimintakieltoja määrätään. Jos empiirinen tutkimus osoittaisi, että juuri luottamusaspekti onkin keskeinen ennaltaestävyyttä edistävä tekijä, laintulkinnan painopistettä pitäisi siirtää turvaamisesta rikosoikeudellisen seuraamuksen määräämisen suuntaan.

.....

Per Ole Träskman

Äppel eller päron? Om de straffrättsliga jurisdiktionsreglernas riktiga hemvist

*The demand of justice is evaluated first and foremost by asking whether or not the penal system accords with the principles of equality, fairness and predictability. The definitions of criminal acts and penal sanctions are legally bound – this proposition is known as the legality principle in criminal law.**

STRAFFRÄTT OCH STRAFFPROCESSRÄTT – ETT RÄTTSLIGT TVILLINGOMRÅDE I STÄNDIG INTERAKTION

I straffrättsliga och straffprocessuella läroböcker finner man ibland en viss begreppsbestämning av vad som avses med de två rättsområden, ”straffrätt” respektive ”straffprocessrätt”. I läroboken ”Allmän straffrätt”¹ skriver t.ex. Dan Frände att

[b]egreppet straffrätt har en dubbelbetydelse. En betydelse tar fasta på det senare ordet i sammansättningen; vem har rätt, befogenhet att straffa? Enligt den andra betydelsen är straffrätt summan av de statliga rättsnormer som reglerar brott och straff.

På motsvarande sätt skriver han i läroboken om ”Finsk straffprocessrätt”² att

[s]traffprocessen är ett intentionellt, strukturellt och reglementerat förfarande, där staten i avsikt att förverkliga den materiella straffrätten förfogar över enskilda medborgare.

* Raimo Lahti: Recodifying the Finnish Criminal Code of 1889: Towards a More Efficient, Just and Humane Law. Israel Law Review, Volume 27. Numbers 1–2 1993, s. 102.

¹ Dan Frände: Allmän straffrätt. Publikationer från Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet. Helsingfors 2004, s. 1.

² Dan Frände: Finsk straffprocessrätt I. Publikationer från Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet. Helsingfors 1999, s. 3.

Han konstaterar dock också att en så vid definition inte helt har omfattats i den dogmatiska forskningen, och att det därför finns skilda uppfattningar om huruvida t.ex. straffverkställigheten hör till den materiella straffrätten eller till straffprocessrätten. Det kan också noteras att det finns en viss "skolstrid" mellan företrädare för olika uppfattningar om vilka straffprocessens funktioner är och om hur dessa funktioner får betydelse som tolkningsargument i doktrinen. Företrädarna för den ena skolan betonar att straffprocessrätten både skall realisera brottsbekämpningen, alltså förverkliga den materiella straffrättens innehåll i verkligheten, och fungera som en garanti för rättsskyddet, alltså den brottsanklagades rätt till en rättvis och rättssäker rättegång. Den andra skolan nedvärderar straffprocessens rättsskyddande funktion och betonar det primära syftet att realisera den materiella straffrättens krav.³

Definitioner och klassificeringar av detta slag är alltför oprecisa och vaga för att kunna användas för en säker klassificering av alla regler och bestämmelser. Det finns ofta ett visst utrymme för varierande uppfattningar om en regel i en viss lag egentligen är straffrättslig eller straffprocessuell. Det primära antagandet är naturligtvis att de bestämmelser som finns i "strafflagen" ingår i den materiella straffrätten, och omvänt, att regler som ingår i en "processlag" är processuella. Men en närmare granskning kan visa att detta förstahandsantagande inte alltid stämmer. Vissa av bestämmelserna i en strafflag kan mycket väl vara processuella, lika väl som vissa straffrättsliga regler kan ingå i en processlag. Och därtill finns det alltid en växelverkan mellan de straffrättsliga och de straffprocessuella normerna.

I litteraturen finner man flera exempel på diskussioner som gällt en viss regels riktiga klassificering. I många fall kan en sådan diskussion vara tämligen likgiltig; klassificeringen av regeln saknar betydelse för tolkningen och tillämpningen av den. Men i andra fall får klassificeringen betydelse som ett tolkningsargument och därför också för tillämpningen.

I Sverige och i Finland fördes länge en diskussion om den riktiga målsägandedefinitionen. Särskilt i Finland berodde detta på att det inte fanns någon legal definition om vem det är som skall anses vara målsägande för ett visst brott. De flesta av de definitioner som uppställdes i den rättsliga litteraturen grundades på en materiellrättslig uppfattning om målsäganderättens innebörd, men några av definitionerna var utformade enligt en processuell uppfattning.⁴ Den utgångs-

³ Johanna Niemi-Kiesiläinen: Tomt prat, igen? Om straffprocessens modeller och funktioner. Festskrift till Per Henrik Lindblom. Uppsala 2004, s. 524–525. Se också Dan Frände: Om växelverkan mellan straffrätt och straffprocessrätt ur ett finländskt perspektiv. Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab 1998, s. 221–227.

⁴ Se samlat om denna diskussion P. O. Träskman: Åtalsrätt. De offentliga åklagarna, deras behörighet och uppgifter enligt gällande finsk rätt. Juridiska föreningens i Finland publikationsserie Nr

punkt som man valde fick också en viss betydelse för hur frågan om vem som hade målsäganderätt i ett enskilt fall löstes.

En annan diskussion har gällt frågan om hur reglerna om åtalspreskription bör klassificeras. Bestämmelserna om åtalspreskription ingår både i Sverige och i Finland i strafflagen (brottsbalken),⁵ och deras placering antyder därför att bestämmelserna primärt kan anses vara straffrättsliga. I Finland har bestämmelserna också tolkats på detta sätt då det gäller den allmänna preskriptionsregeln om väckande av åtal. Däremot har den speciella regel som gäller den tid inom vilken målsäganden skall framställa en särskild åtalsbegäran (SL 8:6) ansetts vara processuell till sin natur. Om åtalsbegäran därför inte har framställts inom fastställd tid skall åtalet lämnas utan prövning.⁶

Frågan om preskriptionsbestämmelsernas rätta klassificering har aktualiserats i det internationella arbetet som gällt preskription av internationella brott.⁷ I samband med att tidpunkten för preskription närmade sig för de brott som begåtts under nazismen i Tyskland blev frågan viktig i en rad europeiska länder. Frågan behandlades bl.a. av Europarådets parlamentariska församling som 1965 antog en rekommendation om lagstiftningsåtgärder för att förhindra att möjligheterna till bestraffning av brotten före och under andra världskriget föll bort på grund av preskription. I en rad länder genomfördes också lagstiftningsåtgärder som innebar att preskriptionstiderna för tidigare begångna brott förlängdes. En viss enighet fanns dock om att retroaktiviteten inte skulle utsträckas till fall där preskription redan hade inträffat.⁸ De nordiska länderna ställde sig generellt sett negativa till en retroaktiv förlängning av preskriptionstiderna och till att införa regler som innebar att rätten att åtala brott aldrig preskriberas.⁹

Frågan om preskription av internationella brott aktualiserades åter genom Romstadgan för Internationella Brottmålsdomstolen (ICC). Enligt artikel 29 i denna stadga skall brott som omfattas av den Internationella Brottmålsdomstolens jurisdiktion inte preskriberas. Genom att tillträda stadgan accepterar därför också en stat regeln om att de internationella brott som omfattas av domstolens jurisdiktion inte skall vara föremål för preskription. En konsekvens av detta är att

47. Helsingfors 1980, s. 47–58. Se också Dan Frände: Något om målsägandedefinitioner i finsk straffprocess. JFT 1986, s. 163–176. Det kan noteras att man inte heller har utformat en generell målsägandedefinition i den finska lagen om rättegång i brottmål (11.7.1997/689), se Frände, i fotnot 2 a.a., s. 162.

⁵ I Finland finns bestämmelserna i strafflagens 8 kap. med rubriken "Om preskription" och i Sverige i brottsbalkens 35 kap. som har rubriken "Om bortfallande av påföljd".

⁶ Frände, i fotnot 2 a.a., s. 143.

⁷ Se SOU 2002:98. Internationella brott och svensk jurisdiktion. Betänkande av Internationella straffrättsutredningen. S. 348–351.

⁸ Hans Danelius: Preskription och legalitet. SvJT 1966, s. 207–217.

⁹ Se SOU 2002:98, s. 348–349.

också stater som tidigare har avvisat att införa regler som innebär att vissa brott aldrig preskriberas nu har anledning att ompröva sin tidigare ståndpunkt. Detta har också skett i Sverige.¹⁰

En central fråga blir då om de nya preskriptionsreglerna skall ges en retroaktiv verkan och hur undantagslös en sådan verkan skall vara. Bl.a. i Sverige har man av tradition haft en mycket restriktiv inställning till retroaktiv tillämpning av nya preskriptionsbestämmelser. Denna inställning har sin solida grund i att en sådan retroaktiv lagstiftning till nackdel för en enskild person kan anses strida mot rättsstatliga grundprinciper. Vad som kränks – eller åtminstone kommer i riskzonen för en kränkning – är ju en av legalitetsprincipens dimensioner, nämligen förbudet mot en retroaktiv tillämpning av strafflag.¹¹

Något formellt hinder har visserligen inte i Sverige ansetts föreligga för att ge nya preskriptionsbestämmelser en retroaktiv tillämpning.¹² Som en viss typ av kompromiss mellan en mycket restriktiv och en mer öppen inställning till retroaktiva preskriptionsregler, har man i Sverige föreslagit att den nya lagstiftningen som behövs för den nationella implementeringen av Romstadgan bygger på att nya regler som anger att de relevanta internationella brotten inte preskriberas införs, men att detta bara gäller för sådana brott som ännu inte har preskriberats enligt tidigare regler vid den tidpunkt då de nya reglerna börjar gälla. Att de nya reglerna inte skall omfatta sådana brott som redan är preskriberade antogs vara självklart.

Ett tredje område där man också har diskuterat frågan om bestämmelserna är materiellt straffrättsliga eller straffprocessuella utgörs av vissa av reglerna om påföljdsbestämningen.

För att illustrera denna diskussionsfråga genom ett exempel kan man hänvisa till den debatt som fördes i Finland sedan man 1976 hade infört nya bestämmelser om fastställande av dagsbotens storlek. Enligt de nya bestämmelserna (som intogs som en ny paragraf, SL 2 kap. 4a §) skulle dagsbotens storlek inte längre fastställas fritt utgående från den anklagades nettointkomst, utan med stöd av vissa tämligen precisa regler utgående från bruttointkomsten. Denna reform mötte stark kritik och kraftigt motstånd, inte minst på grund av att bötesstraffen som en följd av reformen i flera fall blev betydligt strängare än tidigare.¹³ En del av

¹⁰ Ibidem, s. 350–351.

¹¹ Se också Raimo Lahti: De grundläggande rättigheterna och straffrätten. Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab, s. 295–307. Lahti framhåller bl.a. att förbudet mot retroaktiv strafflagstiftning historiskt sett är det krav som med tanke på legalitetsprincipen är viktigast. Detta förbud mot retroaktiv lagstiftning har man "hos oss" (alltså i Finland) ansett vara en sedvanerättslig norm med grundlagsstatus. Ibidem s. 297.

¹² Ibidem, s. 350.

¹³ Se t.ex. Edward Andersson: Bötesreformens verklighet, Hbl-debatt 7.1.1977, samt flera av inläggen vid Finlands Juristförbunds debatt den 7 april 1989. Förberedda inlägg hölls bl.a. av över-

den kritik som riktades mot reformen var att de strängare bötesstraffen också utdömdes för brott som hade begåtts före lagändringen. Också försöken att följa upp bötesreformen genom att kriminalisera att den anklagade uppgav sina inkomster alltför lågt för att uppnå ett lägre bötesbelopp ("bötesfusk"), kritiserades starkt. En sådan kriminalisering ansågs strida mot den anklagades rätt till tystnad.

Det finns inte anledning att återuppväcka denna debatt. Kritiken torde dock ha varit tämligen grundlös. Regeln om fastställandet av bötesbeloppet kan närmast klassificeras som en teknisk regel som tillkommit för att underlätta förfarandet varigenom domstolen finner fram till vilket bötesbelopp som är skäligt i det enskilda fallet. Före fastställandet av dagsbotens storlek bör naturligtvis den anklagades skuld var fastställd och i detta avseende har han full rätt till tystnad enligt de internationella normerna om mänskliga rättigheter. Också straffmätningen, alltså fastställandet av antalet dagsböter så att påföljden blir proportionell till brottet, föregår beslutet om hur stor dagsboten skall vara.

På goda grunder har man också diskuterat de lindrigaste påföljdsoptionerna, särskilt åtalsunderlåtelsens, karaktär. De lindrigaste straffreaktionerna finns i gråzonen mellan processuella lösningar och kriminalrättsliga straff. Det finns därför inte enighet om huruvida åtgärder som innebär åtgärdseftergift eller åtgärdsunderlåtelse skall klassificeras och behandlas som en rent straffprocessuell lösning, eller om fråga är om en processuell åtgärd som samtidigt utmynnar i en straffrättslig reaktion med karaktär av påföljd.¹⁴ I sin omfattande doktorsavhandling om åtgärdseftergift kommer t.ex. Raimo Lahti, efter en lång och konstfärdig analys, till slutsatsen att åtgärdseftergift "är ett blandat begrepp" och att det därför skall behandlas "som en företeelse *sui generis*".¹⁵ Fråga är enligt Lahti således varken om päron eller äpple, utom om en riktig pärla.

Ett femte intressant område, där frågan om reglernas karaktär aktualiseras, utgörs av bestämmelserna om straffrättslig jurisdiktion. Denna fråga behandlas närmare nedan. Men före detta finns det anledning att göra en exkurs till den straffrättsliga legalitetsprincipens betydelse på straffrättens respektive straffprocessrättens område.

kommissarie Olavi Lempinen, redaktör Keijo Himanen, advokat Jukka Peltonen, justitierådman Olli Veneskoski och professor Per Ole Träskman.

¹⁴ Se närmare Per Ole Träskman: De lindrigaste påföljdsoptionerna vid en internationell harmonisering av det straffrättsliga reaktionssystemet. Rapportunderlåtelse, åtalsunderlåtelse, påföljdseftergift etc. som en del av straffsystemen i Norden. NSfK:s 20:e kontakseminarium. Lunds universitet 2002, s. 5–23.

¹⁵ Raimo Lahti: Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä erityisesti silmällä pitäen tuomitsematta jättämistä. Vammala 1974, s. 63–68, särskilt s. 76–77.

DEN STRAFFRÄTTSLIGA LEGALITETSPRINCIPEN INOM STRAFFRÄTTEN RESPEKTIVE STRAFFPROCESSRÄTTEN

Legalitetsprincipen är en grundläggande princip inom straffrätten. Den uttrycks – på något olika sätt – i flera internationella instrument (t.ex. Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter artikel 15 stycke 1 och Europeiska människorättskonventionen art.7) och i många staters nationella lagar (i Finland i grundlagen (11.6.1999/731) 8 § och i strafflagen (13.6.2003/515) 3 kap. 1 §, i Sverige bl.a. i regeringsformen (2003:393) 2:10, brottsbalken 1 kap. 1 § och lag om införande av brottsbalken (1964:163) 5 §).

Trots dess centrala betydelse för straffrätten (och straffprocessrätten) är legalitetsprincipens innehåll inte till alla delar tydligt och klart. Ofta anges att legalitetsprincipen skall uppfylla följande krav:¹⁶ Kravet på att de straffbara gärningarna alltid skall definieras som brott i lagen och att de straff och andra påföljder som följer på brotten skall definieras i lagen (det s.k. *praeter legem* förbudet), förbudet mot retroaktiv lagstiftning skall uttryckas klart liksom också förbudet mot analog strafflagstillämpning. Också förbudet mot utdömande av strängare straff än vad som gällde då gärningen begicks är ett krav som ingår i legalitetsprincipen. Ofta anför man också att brottsbeskrivningarna skall vara exakta och att de straffrättsliga normerna bör ha lagstatus.

Legalitetsprincipen är inte bara en straffrättslig princip, utan en allmän rättsstatlig princip som också har betydelse inom andra rättsområden. Då det gäller straffprocessen är det t.ex. uppenbart att *praeter legem* förbudet gäller vid användningen av de straffprocessuella tvångsmedlen. Detta beror på tvångsmedlens karaktär av ingrepp mot enskilda personer:

Eftersom tvångsmedlen innebär ingripanden mot enskilda personer är det nödvändigt att de inte innebär mer tvång än nödvändigt för att deras syften skall uppnås. Alla medborgaren är gent emot det allmänna tillförsäkrade vissa fri- och rättigheter, exempelvis rätten att förflytta sig fritt i riket och lämna det, att inte påtvingas kroppsliga ingrepp och att skyddas mot husrannsakan och frihetsberövanden. Begränsningar i dessa fri- och rättigheter får göras endast för att tillgodose ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle och får aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett dem. Tvångsmedlen griper in i dessa rättigheter och det uppställs därför krav på *lagstöd* för att de skall få användas. De får endast användas under strängt begränsade förutsättningar och beslut om deras användning måste fattas på ett rättssäkert sätt. Med tanke på *legalitetsprincipen* bör reg-

¹⁶ Se också Lahti, i fotnot 11 a.a., s. 298.

lerna vara *obligatoriska* och *tvingande* och handlingsmönstren bör *regleras i detalj i lagen*.¹⁷

Som det framgår av citatet ovan kan man också sluta sig till att analogiförbudet och kravet på precis lagstiftning gäller för de bestämmelser som reglerar användningen av straffprocessuella tvångsmedel. Vilka krav som ställs på andra straffprocessuella regler kan anses variera, framför allt beroende på hur ingripande en viss förfaranderegler är med avseende på den personliga friheten och vilket individuellt rådrum parterna har getts. Som en generell regel för alla straffprocessuella bestämmelser gäller dock att det inte finns något förbud mot en retroaktiv tillämpning i relation till den brottsliga gärning som en process avser. Huvudregeln för processlagens tillämpning i tid är att den processlag skall tillämpas som gäller vid processens genomförande. I detta avseende skiljer sig således de straffrättsliga reglerna klart från de straffprocessuella, och härigenom kan det också bli betydelsefullt att klassificera en regel som antingen straffrättslig eller processuell.

JURISDIKTIONSREGLERNAS RIKTIGA PLACERING

Den nationella straffrättens tillämpning i rummet utgör en av de ”klassiska” straffrättsfrågorna. I den positiva rätten regleras denna fråga genom bestämmelser som anger vad som kallas för straffrättslig jurisdiktion.¹⁸ Under denna samlade benämning faller tre skilda frågor: frågan om de nationella straffbudens tillämpningsområde (alltså frågan om vilka gärningar som utgör nationella brott),¹⁹ frågan om den nationella straffrättens tillämpningsområde (alltså frågan om den nationella straffrättsliga domsrätten) och slutligen frågan om de nationella brottmålsdomstolarnas internationella kompetens (frågan om när en nationell domstol är behörig att döma för ett brott).

Det rättsområde vari reglerna om den straffrättsliga jurisdiktionen ingår är inte lätt att klassificera utgående från en traditionell uppdelning av rättsområden. Fråga är om ett gränsområde som utvecklas genom växelverkan med flera andra

¹⁷ Bengt Lindell, Hans Eklund, Petter Asp och Torbjörn Andersson: *Straffprocessen*. Uppsala 2005, s. 56.

¹⁸ Se t.ex. Nord 1992:17. *Straffrättslig jurisdiktion i Norden*.

¹⁹ *Straffbudens nationella respektive territoriella begränsningar* framgår inte alltid omedelbart av den skrivna lagen. Frågan måste därför avgöras in casu genom tolkning som också inbegriper en granskning av intentionen bakom kriminaliseringen (vilket intresse avses kriminaliseringen skydda) och andra omständigheter som kan framgå ur respektive förarbeten. Se också Nils Jareborg: *Straffrättens gärningslära*. Stockholm 1995, s. 145–156. Se också Nord 1992:17, s. 72–74.

områden, som folkrätt, internationella mänskliga rättigheter, straffrätt och straffprocessrätt.²⁰ I det följande skall endast frågan om jurisdiktionsbestämmelserna som en del av straffrätten respektive straffprocessrätten beröras. Som utgångspunkt tas gällande svenska bestämmelser i brottsbalkens 2 kap. ("Om tillämpligheten av svensk lag"). En viss jämförelse görs därvid med motsvarande bestämmelser i den finska strafflagen (1 kap. "Om tillämpningsområdet för finsk straffrätt").

Det är i verkligheten flera skilda frågor som regleras i kapitlet som enligt sin rubrik handlar om tillämpligheten av svensk lag. I kapitlet finns följande regler:

- (1) De jurisdiktionsregler (som bygger på vissa allmänt erkända jurisdiktionsprinciper) som medför att Sverige har straffrättslig domsrätt över ett brott och att svensk domstol har internationell behörighet. Dessa bestämmelser finns i paragraferna 1, 2, 3 och 3a.²¹ Bland dessa finns också en regel som uppställer ett krav på dubbel straffbarhet.²²
- (2) En regel som anger hur gärningsorten för ett brott skall bestämmas i en internationell kontext. Regeln finns i 4 §.²³
- (3) Regler som uppställer särskilda krav för väckande av åtal i vissa fall. Till en del handlar det närmast om åklagarinterna begränsningar av åtalsrätten. Sådana åtalsregler finns i 5 §. Till en del handlar det om åklagarexterna begränsningar. Åtal kräver särskilt förordnande av regeringen. Bestämmelser av detta slag finns i 7a och 7b §§.²⁴
- (4) En regel som anger hur frågan om *ne bis in idem* skall lösas, då samma gärning varit föremål för rättegång utomlands. Regeln finns i 5a §.²⁵
- (5) En regel som gäller tillgodoräknande av påföljd för samma gärning som den anklagade har dömts till utomlands och utstått tidigare. Bestämmelsen finns i 7 §.²⁶
- (6) En regel som förpliktar de nationella myndigheterna att iaktta allmänt erkända folkrättsliga grundsatser vid lagföring och bestraffning av brott som har främmande inslag. Bestämmelsen finns i 7 §.²⁷

²⁰ Se t.ex. Christoffer Wong: Criminal Act, Criminal Jurisdiction and Criminal Justice. Krakow 2004, s. 26–31.

²¹ I Finland finns motsvarande bestämmelser i SL 1 kap. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 och 8 §§.

²² Detta krav uppställs i Finland i SL 1:11.

²³ Motsvarande bestämmelse finns i Finland i SL 1:10.

²⁴ Regler beträffande åtalsbegränsningar finns i Finland i SL 1:12.

²⁵ Motsvarande regler finns i Finland i SL 1:13.

²⁶ I Finland finns motsvarande regel i SL 6 kap. 14 §, alltså bland bestämmelserna som gäller straffmätning och påföljdsval.

²⁷ Motsvarande bestämmelse finns i Finland i SL 1: 15

- (7) En hänvisningsregel till de särskilda bestämmelser som finns om överlämnande och utlämning av personer till annan stat. Bestämmelsen finns i 8 §.²⁸

Det är ställt utom tvivel att en del av dessa bestämmelser till sin karaktär är processuella. Detta gäller reglerna som innehåller åtalsbegränsningar och särskilda krav på åtalsförordnande (punkten 3 ovan), samt *ne bis in idem* bestämmelserna (punkten 4). Regeln om beaktande av tidigare verkställd påföljd som utdömts för samma gärning av utländsk domstol, är en normal straffmättningsregel och torde därför böra klassificeras som en straffrättslig bestämmelse. Regeln om beaktande av folkrättsliga normer, alltså internationella överenskommelser och allmänt erkända folkrättsliga regler, är uppenbart en folkrättslig regel som får betydelse både för fastställandet av statens domsmakt och de nationella brottmålsdomstolarnas internationella kompetens. Stadgandet som hänvisar till bestämmelser som finns om överlämnande och utlämning för brott är rent tekniskt. Det intressanta – och omdebatterade – är hur jurisdiktionsbestämmelserna och regeln om bestämmandet av gärningsorten skall klassificeras.

Det är uppenbart att jurisdiktionsbestämmelserna (punkterna 1 och 2 ovan) har en dubbel funktion.²⁹ De är samtidigt både straffrättsliga och processuella.

I de allra flesta fall är det samma normer inom det nationella rättssystemet som reglerar både frågan om en nationell *brottmålsdomstols internationella behörighet* och frågan om den nationella *strafflagens tillämpningsområde*. Detta följer av att en nationell domstol i ett brottmål i allmänhet faller sin dom i sak bara med stöd av strafflagen i hemstaten. Om ett straffbud i hemstatens strafflag omfattar ett visst konkret brott, m a o om en viss gärning utgör ett straffbart brott enligt strafflagen i en stat, har en domstol i denna stat också (internationell) jurisdiktion över brottet.³⁰

Denna jurisdiktionsbestämmelsernas dubbel funktion är förmodligen orsaken till att bestämmelserna klassificeras på olika sätt. I Finland behandlas de av tradition som en del av den materiella straffrätten. Enligt Forsman³¹ utgör reglerna

²⁸ Motsvarande hänvisningsstadgande finns i Finland i SL 1:14. Bland de finska bestämmelserna finns ytterligare en som saknar motsvarighet i Sverige, nämligen bestämmelsen som gäller jurisdiktionsfrågor i samband med juridiska personers straffansvar (SL 1:9).

²⁹ På denna grund kan man med fog hävda att det mest rationella är att behandla den internationella straffrätten och den internationella straffprocessrätten som en helhet, som ett eget självständigt rättsområde. Se också Per Ole Träskman: Den internationella straffrätten. I Raimo Lahti (Toim.): *Nykyajan rikosoikeus II. Rikosoikeuden julkaisuja 4*. Helsingin yliopisto. Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos. Helsinki 1997, s. 317–319.

³⁰ Ibidem, s. 318.

³¹ Jaakko Forsman: Anteckningar enligt professor Jaakko Forsmans föreläsningar öfver straffrättens allmänna läror med särskild hänsyn till strafflagen af den 19 december 1889. Med tillstånd af föreläsaren utgifna af Lars Wasastjerna. Helsingfors 1893, s. 381–426.

om ”strafflagens värksamhet i afseende å rummet” en del av det som gäller ”straffets användning mot brottet genom straffjustisen” och därigenom en del av tillämpningen av strafflagen ”såsom statsmaktens författningsenligt uttalade vilja angående behandlingen af förbrytelser”. Honkasalo hänvisar i sin klassiska lärobok till jurisdiktionsbestämmelsernas dubbel funktion,³² men behandlar dock frågan om straffrättens tillämpningsområde som primärt en straffrättslig fråga. Träskman har uppenbart samma utgångspunkt i sin doktorsavhandling om den finska straffrättens tillämpningsområde,³³ liksom också Kimpimäki i hennes 28 år senare publicerade avhandling.³⁴

Frändes ståndpunkt är mer försiktig. I läroboken ”Allmän straffrätt” konstaterar han att

[d]et råder en viss systematisk oenighet i fråga om brotten med internationell anknytning. Skall de relevanta reglerna behandlas inom ramarna för den materiella straffrätten eller hör de till något som kan kallas internationell straffprocessrätt? Något enda riktigt svar finns inte på frågan, bl.a. eftersom gränsen mellan olika juridiska discipliner är flytande.”³⁵

Noteras bör dock att Frände sedan behandlar frågan om tillräcklig anknytning finns mellan ett visst brott och en stat för att berättiga att staten utsträcker sin domsrätt över brottet som en materiellt rättslig fråga – alltså som en förutsättning för att ett brott skall föreligga och straffansvar därför skall kunna fastställas. Ett undantag i den finska doktrinen presenteras genom Nuutila, som i en lärobok anser att jurisdiktionsbestämmelserna är straffprocessuella.³⁶

I en närmast klassisk artikel ser Palmgren på den växelverkan som finns mellan processrätten och straffrätten bl.a. då det gäller fastställande av brottets gärningsort och därigenom också ifråga om fastställande av statens straffrättsliga jurisdiktion över ett brott.³⁷ Palmgren utgår från den gamla bestämmelsen i 1734 års rättegångsbalk (10 kap. 23 §) om bestämmandet av behörig domstol: ”*Står någor i thet ena Häradet, och skadar then, som är i annat; svare ther skadan timade. Skrifver någor smädeskrift, och sänder then til annan ort; dömes ther den framgavs.*” Denna bestämmelse ger han avgörande betydelse för faststäl-

³² Brynolf Honkasalo: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Ensimmäinen osa. Toinen painos. Helsinki 1965, s. 64–73.

³³ P. O. Träskman: Straffrättsliga åtgärder vid brott med främmande inslag. I. En granskning av den finska straffrättens tillämpningsområde. Borgå 1977, s. 32–33.

³⁴ Minna Kimpimäki: Universaaliperiaate kansainvälisessä rikosoikeudessa. Helsinki 2005, s. 11–12.

³⁵ Frände, i fotnot 1 a.a., s. 327.

³⁶ Ari-Matti Nuutila: Rikoslain yleinen osa. Jyväskylä 1997, s. 10.

³⁷ Om rättsregeln i RB 10:23 och dess betydelse för den materiella straffrätten. JFT 1937, s. 744–765.

landet av innehållet i vissa materiellt straffrättsliga regler, bl.a. för fastställande av orten för brottet och därigenom också för fastställandet av området för tillämpning av inhemsk strafflag.

Också i tysk straffrättslitteratur behandlas frågorna som gäller strafflagens tillämpningsområde som materiellt straffrättsliga frågor, men med en särskild karaktär.³⁸ Däremot anser flera av straffrättsforskarna i Sverige att fråga är om primärt straffprocessuella bestämmelser. Jareborg fastslår kategoriskt att det är missvisande att kapitel 2 i brottsbalken har rubriken om tillämpligheten av svensk lag. ”Kapitlet handlar om när svensk domstol är behörig att döma för brott enligt svensk lag, dvs. reglerna är närmast processuella”.³⁹ I antologin ”Svensk internationell straffprocessrätt”⁴⁰ ingår ett långt avsnitt om de svenska jurisdiktionsreglerna och dessa jurisdiktionsregler behandlas som primärt straffprocessuella, också om de samtidigt reglerar ”tillämpligheten av svensk lag”. På samma sätt ingår ett omfattande avsnitt om ”svensk jurisdiktion” i läroboken ”Straffprocessen”,⁴¹ och också i detta fall behandlas jurisdiktionsreglerna som primärt straffprocessuella. Också Wong ser jurisdiktionsfrågorna som primärt processuella frågor.⁴²

Vilken reell betydelse har då frågan om jurisdiktionsbestämmelsernas klassificering som straffrättsliga eller straffprocessuella. Jag skall börja med att referera ett svensk rättsfall som i viss mån berör denna fråga, och som under något annorlunda faktiska förhållanden, hade fått utgången avgjord genom jurisdiktionsreglernas klassificering. Efter detta presenterar jag ett annat fiktivt fall för att belysa problematiken.

I fallet RH 2000:84 yrkade åklagaren ansvar för tilltalade A och tilltalade B för att dessa någon gång under våren eller försommaren 1999 i *Sverige eller i Irak* [kursivering här] tillsammans och i samråd med ytterligare personer hade beslutat att beröva offret O livet. Tilltalade B fick i uppdrag att utföra mordet. Planerna sattes i verket den 24 juni 1999 i staden Dhok i irakiska Kurdistan. B och A begav sig tillsammans med två av de ovannämnda personerna som deltagit i planläggningen av brottet till det hus i Dhok där offret befunnit sig. B har där skjutit offret med tre skott, varav ett i huvudet, så att hon avlidit. A deltog i verkställandet av mordet, dels genom att närvara och därigenom psykiskt stödja genomförandet av detta, dels genom att han tillsammans med övriga tre gärnings-

³⁸ Se t.ex. Günter Stratenwerth: *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*. 4. Auflage. Berlin 2000, s. 60–68.

³⁹ Jareborg, i fotnot 19 a.a., s. 146.

⁴⁰ Petter Asp och Jörgen Samuelsson: *De svenska jurisdiktionsreglerna*. I Nils Jareborg och Petter Asp (Utg.): *Svensk internationell straffprocessrätt*. Uppsala 1995, s. 21–102.

⁴¹ Lindell m.fl., i fotnot 17 a.a., s. 93–130.

⁴² Wong, i fotnot 20 a.a., s. 29–30.

män med våld bestående av slag och knuffar hindrat offrets mor och syster från att hjälpa offret.

Gärningen behandlades i rättegång vid domstolen för kriminalbrott i Dhok. Domstolen fann B skyldig till mord och dömde honom till ett års fängelse villkorligt med en prøvotid om tre år. A frikändes från ansvar.

Sverige kan ha domsrätt över ett mord begånget i Irak med stöd av jurisdiktionsregeln i brottsbalken 2 kap. 2 § på grund av att den anklagade är svensk medborgare, har hemvist i Sverige, har blivit svensk eller nordisk medborgare efter gärningstidpunkten, eller, på grund av att han/hon finns i Sverige vid tidpunkten för rättegångens inledande. Med stöd av bestämmelsen i brottsbalken 2 kap. 3 § har Sverige domsrätt över ett sådant brott på grund av att det lindrigaste straffet för mord är strängare än fyra års fängelse.

Den avgörande förutsättningen för en rättegång i Sverige var dock i detta fall att regeln om *ne bis in idem* i brottsbalken 2 kap. 5a § inte ställde hinder för en ny lagföring. Under handläggningen vid tingsrätten uppmärksammades att det på grund av en ändring av lydelsen av 2 kap. 3 § brottsbalken saknades möjlighet att lagföra de tilltalade med stöd av 2 kap. 5 a § andra stycket, eftersom hänvisningen i denna paragraf inte längre avsåg den punkt i 2 kap. 3 § som omfattar brott med ett minimistraff om fängelse i fyra år. Detta berodde på ett oavsiktligt misstag från lagstiftarens sida. Genom ett rent tekniskt fel under lagstiftningsprocessen hade man missat en hänvisning till denna punkt, också om intentionen hela tiden hade varit att detta skulle utgöra ett fall då en utländsk dom inte utgjorde ett rättegångshinder för en process i Sverige.⁴³

Åklagaren gjorde gällande att åtalet ändå kunde prövas. Till stöd för sin ståndpunkt anförde han att brottet i verkligheten också kunde lokaliseras till Sverige och enligt bestämmelsen i brottsbalken 2 kap. 5a § var detta alltid ett sådant undantag som medförde att *ne bis in idem* regeln inte gällde och en ny lagföring därför var möjlig i Sverige trots en tidigare utländsk dom för samma gärning. Åklagaren anförde att:

⁴³ Det komplicerade rättsläget berodde på att vissa ändringar hade genomförts i 2 kap. 3 § brottsbalken (SFS 2000:345) och 5 a § brottsbalken (SFS 2000:563). Dessa ändringar trädde i kraft den 1 augusti respektive den 1 oktober 2000. Vid ändringen i 3 § flyttades den tidigare punkten 7 oförändrad ned till punkten 8. I samband med den ändring som gjordes i 5 a § observerades inte att ändringen i 3 § borde ha lett till en följdändring i 5 a §. Enligt uppgift från Justitiedepartementet var detta ett misstag, ett förbiseende, sannolikt till följd av att det i ett sent stadium gjordes vissa redaktionella ändringar i lagtexten. Den tidigare bestämmelsen i punkten 7 (BrB 2 kap. 3 §) upphävdes således inte utan fanns kvar i punkten 8. Men misstaget innebar att det – innan misstaget uppdagades och rättades till genom en ny ändring av BrB 2:5a – i lagtexten saknades en koppling mellan 5 a § och 3 § i det hänseende som var aktuellt i fallet. Denna bristande koppling var ett faktum då brottmålsrättegången mot A och B var anhängig vid tingsrätten.

I gärningspåståendet anges att gärningsmännen i Stockholm eller Irak tillsammans och i samråd har utfört en del av den brottsliga handlingen. Det påstås nu att gärningen i första hand har planerats i Stockholm. Lagföring av denna del av den brottsliga handlingen skall därför enligt 2 kap. 1 § brottsbalken ske efter svensk lag och vid svensk domstol. Nämda bestämmelse skall läsas i förening med 2 kap. 4 § brottsbalken, i vilken det stadgas att brott anses begånget där den brottsliga handlingen företogs, så och där brottet fullbordades eller, vid försök, det tillämnade brottet skulle ha fullbordats. [...] [S]å snart någon del av den brottsliga handlingen har ägt rum här i riket är handlingen i sin helhet att anse som begången inom Sverige, ej blott i den del därav som faller inom landets gränser. Bestämmelsen i 2 kap. 5 a § första stycket brottsbalken är därför inte tillämplig i den nu aktuella situationen, eftersom det i andra stycket görs undantag i fråga om brott som avses i 2 kap. 1 § brottsbalken.

De anklagade invände däremot att hinder förelåg mot att pröva åtalet och att detta därför skulle avvisas. Till stöd för sin ståndpunkt anförde de att:

Bestämmelsen i 2 kap. 5 a § brottsbalken reglerar frågan i vilken utsträckning en utomlands meddelad brottmålsdom skall utgöra hinder mot lagföring i Sverige för samma gärning. Huvudregeln i bestämmelsens första stycke är att en person som har dömts för en gärning i ett främmande land inte får lagföras för samma gärning i Sverige. I bestämmelsens andra stycke görs vissa undantag från denna huvudregel. Där stadgas att första stycket inte gäller i fråga om brott som avses i 2 kap. 1 § [avser brott begånga i Sverige] eller 3 § punkterna 4, [avser brott mpt Sverige, svensk kommun eller annan menighet eller svensk allmän inrättning] 6 [vissa uppräknade världsbrott] och 7 [brott som begåtts i tjänsten av någon som är anställd i utlandsstyrkan inom Försvarsmakten eller som tiullhör Polisens utlandsstyrka]⁴⁴ brottsbalken. Bestämmelsen i 2 kap. 1 § brottsbalken rör brott som har begåtts här i riket. I sådant fall skall svensk lag tillämpas och prövning ske i svensk domstol. Det aktuella brottet har emellertid begåtts i Kurdistan, som är en del av den suveräna staten Irak. Lagföring kan därför inte ske i Sverige med stöd av den bestämmelsen. Inte heller de övriga undantag som anges i 2 kap. 5 a § andra stycket brottsbalken är tillämpliga i nu aktuellt fall.

Strafflagstiftning skall tolkas enligt sin ordalydelse. Stöd för detta finns i 2 kap. 10 § regeringsformen som förbjuder analog strafftillämpning och också förbjuder tolkning som strider mot strafflagstiftningens ordalydelse. Lagstift-

⁴⁴ Detta var i denna hänvisning som misstaget hade skett. Senare flyttades just denna punkt 7 till en ny punkt 3a: Bestämmelsen om att ne bis in idem regeln inte gällde i de fall då det lindrigaste straffet för ifrågavarande brott enligt svensk lag var fängelse i mist fyra år – som blivit punkt 8 – blev efter denna ändring åter punkt 7. [Informationen i citatet, om vad de aktuella jurisdiktionsreglerna i BrB 2 kap. 3 § gäller, tillfogade av POT.] Se beträffande det lagtekniska misstaget Lena Holmqvist, Madeleine Leijonhufvud, Per Ole Träskman och Suzanne Wennberg: Brottsbalken. En kommentar. Del I (1–12 kap.). Brotten mot person och förmögenhetsbrotten m.m. Studentutgåva 4. Stockholm 2005, s. 2:30a.

ning har alltså högsta rang som rättskälla inom straffrätten. Om lagtextens ordalydelse inte ger stöd för lagföring, får sådan inte ske. Sådant stöd saknas i förevarande fall. Åklagaren har åberopat 2 kap. 1 § brottsbalken i förening med 2 kap. 4 § brottsbalken. Även sistnämnda bestämmelse skall tolkas enligt sin ordalydelse. Det aktuella brottet har fullbordats i Irak. Det finns därför inte något stöd för att bestämmelsen i 2 kap. 4 § brottsbalken skulle vara tillämplig i detta fall.

Tingsrätten ogillade de tilltalades invändning om rättegångshinder. I beslutet anfördes bl.a. att vid prövningen av frågan om de tilltalade kan lagföras i Sverige för mordet har tingsrätten att utgå ifrån vad åklagaren påstått i sin gärningsbeskrivning. Enligt denna hade mordet begåtts genom ett gärningsförlopp som omfattade två sammanhängande delar. Den första delen bestod av att de anklagade i samråd med ytterligare personer hade beslutat att beröva offret livet samt att B fått i uppdrag att utföra mordet. Åklagaren har i första hand gjort gällande att denna del av den brottsliga handlingen har begåtts i Sverige. Den andra delen – själva mordet – hade skett i Irak genom att B skjutit offret medan A (enligt åklagarens gärningsbeskrivning) deltagit i verkställandet av mordet genom att närvara och därigenom psykiskt stödja genomförandet av detta, och genom att tillsammans med de övriga gärningsmän med våld hindrat offrets mor och syster från att ge hjälp. Det föreligger ett sådant samband mellan de båda delarna av den påstådda brottsliga handlingen att brottet enligt 2 kap. 4 § brottsbalken i sin helhet skall anses vara begånget inom Sverige. Vid ett sådant förhållande utgör den lagakraftvunna irakiska domen avseende mordet inte hinder mot att de tilltalade nu lagförs i Sverige för samma gärning. Hovrätten delade denna uppfattning.

Det refererade hovrättsavgörandet gäller egentlig bara frågan om den utländska domen utgjorde ett rättegångshinder eller inte. Lagrummet som innehåller förbudet mot dubbel bestraffning (brottsbalken 2 kap. 5a §) är processuellt. Det innebär att den bestämmelse skall tillämpas, som gäller vid tidpunkten för prövningen av om ett rättegångshinder föreligger eller inte. I det aktuella fallet var det alltså bestämmelsen med den ”felaktiga” lydelsen som skulle tillämpas. Domstolen valde att välja en annan undantagslösning från regeln som förbjuder dubbel bestraffning, genom att – på något tveksamma faktiska grunder – lokalisera brottet till Sverige. De tilltalade dömdes i den svenska rättegången för mord och straffet bestämdes till livstids fängelse.

Men hur skulle fallet lösas om fråga hade varit om en ändring av jurisdiktionsbestämmelserna. Låt oss helt enkelt anta att fråga verkligen var om ett brott som bara kunde lokaliseras till Irak, och att det vid tidpunkten för brottets begående inte fanns någon jurisdiktionsbestämmelse som gav Sverige domsrätt över brottet. Kan en senare jurisdiktionsbestämmelse som utsträcker domsrätten till brott av detta slag ges retroaktiv verkan?

Men låt oss dock innan jag försöker besvara frågan se på det andra (fiktiva) exempelfallet.

Adam (som är dansk medborgare och bosatt i Danmark) vill gärna köpa en sexuell tjänst. I detta syfte deltar han i en diskussionsklubb som han hittar på en dansk hemsida genom sin hemdator. Också Eva (som är en dansk kvinna men bosatt i Sverige) deltar i denna diskussionsklubb och så småningom tar de direkt kontakt med varandra genom elektronisk post. De bestämmer sig för att mötas på hotellet Amadeus i Danmark för att Adam där mot betalning skall få den sexuella tjänst han vill ha. Mötet avlöper sedan i verkligheten till Adams och Evas ömsesidiga tillfredsställelse helt enligt planen. Adam var helt säker på att den elektroniska korrespondensen mellan honom och Eva (genom vilken avtalet ingicks) ägde rum mellan två elektroniska postadresser i Danmark. I verkligheten var Evas adress dock svensk och avtalet om det sexuella köpet mellan honom och Eva ingicks medan Eva satt vid sin hemdator i Sverige.

Vad Adam trodde sig göra var att ingå ett helt lagligt avtal med en kvinna i Danmark. Detta var också vad han gjorde bedömt enligt dansk rätt.⁴⁵ Men enligt svensk rätt gjorde han sig skyldig till brottet köp av sexuell tjänst (Brottsbalken 6 kap. 11 §), ett brott som på grund av att avtalet ingicks i Sverige också kan lokaliseras till Sverige.⁴⁶ Om detta faktum hade Adam dock ingen insikt och han kan därför inte sägas ha handlat med uppsåt. Hans uppsåt täcker inte en väsentlig omständighet i gärningen: att den också enligt svensk rätt kan lokaliseras till Sverige.⁴⁷

Enligt min mening bör de relevanta jurisdiktionsbestämmelserna i båda exempelfallen klassificeras som (materiellt) straffrättsliga. I det första exempelfallet kan den senare jurisdiktionsbestämmelsen därför inte ges en retroaktiv verkan, och i det andra exempelfallet har vi att göra med ett element som är väsentligt vid bedömningen av gärningens rättsstridighet. Detta överensstämmer också med de kriminalpolitiska värderingarna som ligger bakom besluten att utsträcka en viss stats domsrätt till vissa brott utomlands. Den primära kriminalpolitiska frågan vid formuleringen av en jurisdiktionsbestämmelse är ”varför skall vissa extrater-

⁴⁵ Vagn Greve: Prostitution – Former for indgreb og deres begrundelser. Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab 2005, s. 1–21.

⁴⁶ Per Ole Träskman: ”Den som betalar för sex är en brottsling.” Om den svenska kriminaliseringen av sexköp som ett medel för att motverka prostitutionen. Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab 2005, s. 73–92.

⁴⁷ Om problemen då det gäller jurisdiktionsfrågor i Internetkontext, se bl.a. Karin Cornils: Die territorialen Grenzen der Strafgerichtsbarkeit und Internet; Thomas Weigend: Unbegrenzte Freiheit oder grensenlose Strafbarkeit im Internet; Christoffer Wong: Criminal Jurisdiction over Internet Crimes, och Per Ole Träskman: Internet and Crime, alla i Gerhard Hohloch (Hrsg.): Recht und Internet. Arbeiten zur Rechtsvergleichung 197. Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung. Baden-Baden 2001, s. 71–120.

ritoriella brott (framför allt brott som begåtts i en främmande stat) vara straffbara också enligt strafflagen i hemstaten”? Vad är det som berättigar att kriminaliseringen ges en så vidsträckt omfattning?⁴⁸ Dessa frågor har sin relevans när det gäller utformningen av den materiella rätten. En annan sak är att det också finns en relevant följdfråga: Hur bör den materiellrättsliga regleringen följas upp genom processuella regler, gällande t.ex. brottmålsdomstolens internationella behörighet.

Om de behandlade reglerna däremot skulle klassificeras som processuella skulle det inte finnas något hinder för att ge den nya jurisdiktionsregeln i det första exempelfallet en retroaktiv verkan eller att anse att gärningsmannens felaktiga uppfattning i det andra exempelfallet saknar betydelse för uppsåtsbedömningen.

KONKLUSION

Den internationella straffrätten (eller möjligen straffprocessrätten) kännetecknas inte av enhetlig och stringent terminologi eller systematik.⁴⁹ Ett enhetligare och stringentare system kunde uppnås genom att erkänna att den internationella straffrätten på samma sätt som den internationella privaträtten är ett eget rättsområde med vissa egna områdesspecifika drag. I detta ämnesområde ingår både straffrättsliga och straffprocessuella samt folkrättsliga regler samt regler som gäller för de mänskliga rättigheterna. Vilka regler som har vilken karaktär och vilka egenskaper, och vad detta innebär vid tolkningen och tillämpningen av dem bör avgöras specifikt från fall till fall. Detta gäller också för jurisdiktionsbestämmelserna. Men att beteckna dem som primärt processuella kan knappast vara rätt.

⁴⁸ Per Ole Träskman: Provisions on Jurisdiction in Criminal Law – The Reform of Law Caught in the Tension Between Tradition and Dynamism. I Raimo Lahti – Kimmo Nuotio (Ed.): Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Helsinki 1992, s. 511–526.

⁴⁹ Asp och Samuelsson, i fotnot 40 a.a., s. 28.

Terttu Utriainen

Ovatko väkivaltarikosten tuomiot kohdallaan?

SUOJELEEKO RIKOSOIKEUS ENEMMÄN JÄRJESTELMÄÄ KUIN IHMISIÄ?

Henki ja ihmisen koskemattomuus ovat perinteisesti olleet arvoja, jotka rikosoikeudessa on asetettu oikeushyvähierarkian huipulle. Näin tekee uusimmassa oppikirjassaan myös Dan Frände, kun hän korostaa yksilön itsemääräämisoikeutta ja viittaa perustuslain 7 §:n 1 momenttiin, jonka mukaan: ”Jokaisella on oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen.”¹

Myös Olavi Heinonen esittää rikosoikeuden lähtökohdiltaan suojajärjestelmänä, mutta suojeluobjektit hän kuvaa laajemmin. Heinosen mukaan rikosoikeudessa pyritään turvaamaan yksilön ja yhteiskunnan tärkeitä etuja loukkauksilta. Oikeushyvät hän jakaa yksilöllisiin ja yhteisöllisiin, joista edelliset kuuluvat henkilölle ja ne on lueteltu perustuslain perusoikeussäännöksissä. Yhteisölliset oikeushyvät puolestaan liittyvät valtion, sen elinten ja yhteiskuntaelämän toimintaan. Yhteisöllisillä oikeushyvillä voidaan turvata myös välillisesti yksilön oikeuksia.²

Eri oikeushyvien rangaistusarvot ovat historian kuluessa vaihdelleet. Koska omaisuutta oli Suomessa aina 1950-luvulle saakka vähän, omaisuusrikoksista

¹ Frände tunnustautuu oppikirjansa alussa demokratian ja moniarvoisen yhteiskunnan kannattajaksi sanoessaan: ”Demokraattisessa ja moniarvoisessa yhteiskunnassa, kuten Suomessa ei voida hyväksyä suojeluintresseiksi muita arvoja kuin ne, jotka suoraan tai epäsuorasti hyödyttävät yksilön vapauspiiriä. Voidaan puhua myös yksilön oikeudesta itsetoteutukseen eli itsemääräämiseen.” – Frände, Dan, Yleinen rikosoikeus. Suomentanut Markus Wahlberg. s. 23. Helsinki 2005. – Oppikirjoissa joudutaan yksinkertaistamaan asioita, eikä idealistisesta liberalismista otettu yksilön vapauspiirikään määrity pelkästään rikosoikeuden kautta, koska ihmiset elävät koko elämänsä ajan sosiaalisen kontrollin ja myös erilaisten oikeudellisten järjestelmien sisällä. – Vrt. Terttu Utriainen, Rikosten rangaistuksen ja muut seuraamukset s. 58. Helsinki 1989.

² Heinonen, Olavi, Rikosoikeus s. 67–68. Toinen, uudistettu painos. Helsinki 2002: Keskustelu yhteisöllisistä tai yli-individuaalisista oikeushyvistä on viimeaikoina saanut uutta ulottuvuutta, kun liberalistisen ajattelun mukaisesti talouselämän toimivuutta on pidetty yhä tärkeämpänä suojeltavana oikeushyvinä. Vrt. Vento, Harri, Maksukyvyttömyys ja konkurssi rangaistavuuden edellytyksenä. s. 112–118. Helsinki 1994. – Ympäristönsuojelu on noussut myös rikosoikeudellisen suojelun kohteena. Sekä talouselämä että ympäristö ovat myös ylikansallisia kohteita, jotka laajentavat problematiikkaa kansainvälisen rikosoikeuden puolelle.

tuomittiin erittäin ankaria rangaistuksia suhteessa väkivaltarikoksiin. Heinonenkin toteaa: ”Nykyään, kun hengen ja ruumiillisen koskemattomuuden arvo on suurempi, myös väkivaltarikosten rangaistukset suhteessa omaisuusrikosten rangaistuksiin ovat muuttuneet ankarammiksi.”³ Se, että ylikorkeat omaisuusrikosten rangaistukset on saatu laskemaan, ei tietysti välttämättä merkitse sitä, että väkivaltarikosten rangaistukset olisivat tällä hetkellä oikeudenmukaisia. Rikosten rangaistusarvot määräytyvät tietysti ensi sijassa lainsäädännössä ja vasta sen jälkeen oikeuskäytännössä. Kvantitatiivisista tilastoista voidaan kuitenkin nähdä, miten eri oikeushyvien loukkaukset arvotetaan rangaistuskäytännössä. Suomalaista rangaistusjärjestelmää on siinä mielessä helppo kuvata, että ehdoton vankeusrangaistus on ankarin rangaistus kaikille loukkauksille ja juuri tässä mielessä tehdyn loukkauksen ja tuomitun rangaistuksen tulisi olla oikeassa suhteessa.⁴

Vielä toisen maailmansodan jälkeen tuomittiin ehdottomia vankeusrangaistuksia erittäin usein sellaisista järjestelmään kohdistuneista rikoksista kuin väärästä valasta, konkurssirikoksista ja asiakirjaväärennöksistä, koska ne vaaransivat oikeusjärjestyksen tai talouselämän luotettavuutta. Vielä 1990-luvullakin tuomittiin yksityisen asiakirjan väärentämisestä pääsääntöisesti ehdottomaan vankeusrangaistukseen.⁵

Järjestytyneen yhteiskunnan täytyy huolehtia monien oikeushyvien suojelusta ja on luonnollista, että yhteiskunta suojelee myös itseään rikosoikeuden keinoin. Kysymys onkin lähinnä siitä, miten sekä yksityisen kansalaisen että yhteiskunnan edut tulevat suojelluiksi. Voidaan kysyä, reagoiko rikoslainsäädäntö nopeammin ja voimakkaammin yhteiskuntaa vastaan tehtyjen rikosten torjumisessa kuin yksityisen kansalaisen hengen ja koskemattomuuden suojelemisessa. Länsimaiset yhteiskunnat ovat viime vuosina olleet erittäin nopeita säätäessään terrorismin vastaista lainsäädäntöä. Myös poliisivaltuuksia on laajennettu tarpeen mukaan ja kansainvälistä poliisiyhteistyötä organisoitu.

Demokratian on tietysti puolustettava itseään, koska jos yhteiskuntajärjestys häiriintyy tai romahtaa, silloin myös yksityisten ihmisten oikeudet vaarantuvat

³ Heinonen 2002 s. 68.

⁴ Yksi kummajainen rangaistuksia tarkasteltaessa on totaaliikieltäytyjien ehdoton vankeusrangaistus, joka tällä hetkellä on puolet palvelusajasta eli 197 vuorokautta. Voidaan kysyä, onko totaaliikieltäytyjien tuomitseminen näin pitkään vankeusrangaistukseen loogista ja järkevää, kun esimerkiksi heinäkuun 2005 saapumiserästä ensimmäisen kuukauden aikana keskeytti palveluksensa 500 henkilöä, ja toisaalla törkeitä pahoinpitelijöitä ja raiskaajia tuomitaan ehdollisiin vankeusrangaistuksiin.

⁵ Suomen virallinen tilasto. XXIII B:106. Tuomioistuinten tutkimat rikokset 1970. s. 9. Helsinki 1973; XXIII B:111. Rikollisuus 1975. Tuomioistuinten tutkimat rikokset. s. 7. Tilastokeskus. Helsinki 1977; Kaleva 17.7.2005 s. 30; Tuomioistuinten tutkimat rikokset 1987–1990. s. 468. Tilastokeskus. Oikeus 1993:9. Helsinki 1993.

lopullisesti. Kysymys ei olekaan oikeushyvien vastakkaisasettelusta vaan siitä, että samalla kun järjestelmä suojelee itseään, sen täytyy ulottaa oikeudenmukainen oikeussuoja myös ruohonjuuritasolle eli suojella myös yksityistä kansalaista niiltä oikeuden loukkauksilta, jotka tulevat yksittäiseltä taholta. Viimeksi mainitut eivät suinkaan aina ole seurausta sosiaalisista ongelmista. Myös aggressiivisia, sadistisia, egoistisia ja narsistisia ihmisiä on olemassa, eikä heidän tekoihin-
sa pidä reagoida vain symbolisin rangaistuksin. Humanismilla ja naivismilla on ero.

OIKEUDEN VAI VÄÄRYYDEN JAKAMISTA?

Viime vuosien keskustelussa rangaistuskäytännön ja tuomioiden perusteluiden kritiikki on kulminoitunut muutamaan raiskauksesta ja taposta annettuun päätökseen. Itä-Suomen hovioikeus antoi vuonna 2002 päätöksen, jonka perusteella raiskauksesta ja pahoinpitelystä 1 ½ vuodeksi vankeuteen tuomitun miehen rangaistus muuttui ehdolliseksi vankeudeksi ja 70 tunnin yhdyskuntapalveluksi.⁶ Tapauksessa taustalla oli erotilanne, jossa tekijä noin tunnin ajan potki ja löi uhria, repi häntä hiuksista, kuristi kurkusta ja raiskasi hänet.

Kysymys oli siitä, oliko rangaistus oikeudenmukainen. Korkeimman oikeuden käsityksen mukaan ilmeisesti oli, koska se ei antanut valituslupaa (KKO 7.4.2003). Asiasta voidaan tietysti olla myös toista mieltä ja kysyä suojellaanko rikosoikeussäännöksillä todella perinteisiä yksilön oikeuksia, kuten henkeä, terveyttä ja kunniaa, niin kuin rikosoikeuskomitea vielä vuonna 1976 väitti.⁷

Syntyneen mediakohun seurauksena eduskunnan lakivaliokunta pyysi 12.2.2004 oikeusministeriötä selvittämään rikoslain 20 luvun seksuaalirikosten rangaistuskäytäntöä. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos teki työtä käskettyä ja tulokset olivat odotetunlaisia. – Suomessa rangaistuksissa ei ole suuria eroja vaan rangaistuskäytäntö on suhteellisen yhtenäinen.⁸

Tästä ei kuitenkaan lainkaan ollut kysymys keskusteltaessa Itä-Suomen hovioikeuden raiskaustuomiosta vaan siitä, ovatko raiskausrikosten rangaistukset

⁶ Itä-Suomen HO 19.9.2002 R01/733 nro 1093.

⁷ Rikosoikeuskomitean mietintö 1976:72. s. 56–58.

⁸ Ministeriön tuli tutkia, miten seksuaalirikosten rangaistustaso on muuttunut 1990-luvulta lähtien. Lisäksi oli kartoitettava, onko seksuaalirikosten rangaistuksissa osoitettavissa selviä alueellisia eroja ja miten hovioikeudet muuttavat käräjäoikeuksissa annettuja tuomioita. Oikeusministeriö osoitti selvityspyynnön edelleen Oikeuspoliittiselle tutkimuslaitokselle, joka vastasi selvityksen käytännön toteuttamisesta. – Lappi-Seppälä, Tapio – Hinkkanen, Ville, Selvityksiä raiskausrangaistuksista ja rangaistuskäytännön yhtenäisyydestä. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen tutkimustiedonantoja 61. Helsinki 2004.

tässä tapauksessa niin kuin Suomessa yleensäkin lieviä verrattuna esimerkiksi muiden maiden rangaistustuomioihin. Tätä asiaa ei Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen selvityksessä kuitenkaan tutkittu lainkaan. Myöskään minkäänlaisia selvityksiä ei ole siitä, minkälaiset asenteet määräävät raiskausrikosten rangaistustasoa. Tällaiset tutkimukset edellyttäisivät tietysti toisenlaista metodologista lähestymistapaa kuin mihin Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos on yleensä tottunut.⁹

Viralliskoneiston tapa reagoida ja yrittää hoitaa tilanne oli kuitenkin tässä tapauksessa viime vuosina harjoitetun kriminaalipoliitiikan mukainen: lakivaliokunta, Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos ja oikeusministeriö sekä tässä tapauksessa myös Itä-Suomen hovioikeuden presidentti toinen toistaan tukien koettivat todistaa, että maassa kaikki on hyvin. Voidaan tietysti kysyä, onko tällainen menettely kehittyneen demokratian pelisääntöjen ja vallanjaon mukaista, vai ilmentääkö se enemmänkin kriminaalipoliittista sääntely-yhteiskuntaa.¹⁰ Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen asema ja rooli tässä yhteydessä on ongelmallinen, koska sen tilastoesityksiä on jo vuosikausia käytetty rangaistuskäytännön ohjailuun.¹¹

Raiskausrikosten ja törkeiden pahoinpitelyrikosten ongelma ei siis ole rangaistuskäytännön yhtenäisyydessä tai epäyhtenäisyydessä vaan niiden laadussa

⁹ Metodeja ollaan kuitenkin Euroopassa kehittelemässä ja tähän suuntaan Suomessakin olisi syytä mennä. Esimerkkinä mainittakoon: Kania, Harald – Brand, Thomas – Zimmermann, Sina – Walter, Michael, Die Einschätzung von Gewaltdelikten im europäischen Vergleich Köln 2000; ja Siber, Ulrich, The Punishment of Serious Crimes. A comparative analysis of sentencing law and practice. Volume 1: Expert report. Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht. Reihe A: Arbeitsberichte. Band A 5.7.

¹⁰ Tuomioistuimen riippumattomuuden perään voi myös kysellä Rovaniemen hovioikeuspiirin tuomioistuimen laatuhankeessa, kun päämääränä hankkeessa on nimenomaan etsiä keinoja yhtenäisyyden saavuttamiseksi ja ylläpitämiseksi. Ks. Rovaniemen hovioikeuspiirin tuomioistuimen laatuhanke työryhmäraportti I–II s. 35–50. Saarijärvi 2003.

¹¹ On selvää, että oikeusministeriö tarvitsee oman sektoritutkimuslaitoksensa, joka tuottaa sekä lainvalmisteluun että yhteiskunnalliseen keskusteluun luotettavaa ja moniarvoista tietoa. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos on kuitenkin jäänyt kehityksestä jälkeen, mitä osoittaa myös Jussi Huttunen sektoritutkimuslaitoksista laatima raportti. Huttunen, Jussi, Valtion sektoritutkimus järjestelmän rakenteellinen ja toiminnallinen kehittäminen. Selvitysraportti s. 51–52, 64. Helsinki 31.8.1004.

Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen kokonaisbudjetti oli vuonna 2003 noin 1,3 miljoonaa euroa ja sillä oli kymmenkunta budjettirahoitteista virkaa. Ulkopuolista rahoitusta oli erittäin vähän ja kansainvälisen tutkimusrahoituksen osuus oli 4 %. Laitos ei myöskään niukoilla voimavaroillaan ollut hakeutunut EU-hankkeisiin ja Suomen Akatemiankin rahoitusta oli vähän; Utriainen, Terttu, Finsk Lagberedning, integration och globalisering. – JFT 2004 s. 521. – Oikeusministeriön sektoritutkimuslaitoksella tulisi olla aivan toisensuuriset resurssit kuin mitä oikeuspoliittisella tutkimuslaitoksella tällä hetkellä on. Uuden sektoritutkimuslaitoksen pitäisi myös tehtävänasettelultaan ja ideologialtaan ankuroitua nykypäivään ja tulevaisuuteen eikä niinkään 1970- ja 1980-luvun sääntelytarpeisiin. Sen tulisi tuottaa lainvalmistelun ja yhteiskunnallisen keskustelun tarpeisiin luotettavaa, monipuolista ja moniarvoista tietoa sekä suomalaisista, ulkomaisista että kansainvälisistä ratkaisuista.

ja ankaruudessa. Törkeissä pahoinpitelyissä (RL 21:6) vuonna 2002 ehdollisia rangaistuksia oli 61,5 % ja ehdottomia 36,5 %. Vastaavasti raiskausrikoksissa (RL 20:1) ehdollisia oli 30,6 % ja ehdottomia 69,4 %. Silloin kun kysymyksessä on törkeä väkivaltarikos, rangaistus ei saa jäädä symboliseksi.

Alussa mainitussa Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisussakin (19.9.2002, R01/733) ongelma oli juuri siinä, että tunnin kestänyt pahoinpitely ja raiskaus kuitattiin 70 tunnin yhdyskuntapalvelulla. Tätä on vaikea hyväksyä, vaikka yhdyskuntapalvelu sinänsä on erittäin sosiaalistava rangaistus.

Ongelma ei koske yksinomaan yhdyskuntapalvelua vaan koko ehdollista rangaistusta, koska ehdollinen rangaistus on muuttunut pelkäksi varoitukseksi, kun ainoastaan muutama prosentti määrätään pantavaksi täytäntöön.¹² Jos ajattelee rikosprosessia, joka päättyy ehdolliseen rangaistukseen, konkreettiset seuraamukset tuomitulle muodostuvat vahingonkorvauksista ja oikeudenkäyntikuluisista sekä itse prosessiin osallistumisen vaivasta. Rikoksen uhrille tuleva vahingonkorvauskin jää usein valtiokonttorin maksettavaksi. Varsinaiset hyötyjät prosessista ovat lakimiehet, jotka joka tapauksessa palkan tai palkkioiden muodossa saavat omansa takaisin. Tietysti täytyy miettiä sitä, onko näin raskas prosessi näin mitättömän seuraamuksen aikaansaamiseksi järkevää.¹³ Suomessa ei esimerkiksi juuri tuomita lyhyitä ehdottomia vankeusrangaistuksia kuten Norjassa. Ne olisivat konkreettisuudessaan kuitenkin väkivaltarikoksiin soveltuvia, sillä rikoksen ja rangaistuksen välinen suhde on tavalla tai toisella säilytettävä. Voltaire sanoi aikoinaan taskuvarkaiden hirttämistä vastustaessaan, ettei ihmishengellä ja serviettitusinalla ole mitään vastaavuutta. Vertaus toimii myös päinvastoin eli: ei ihmishengen menettämistä voi kuitata muutamalla servietillä.¹⁴

¹² Hallituksen esitys ehdollista vankeutta koskeviksi rikoslainsäännöksiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi HE 177/2000 s. 2.

¹³ Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos voisi tietysti taloustieteen metodein selvittää sitä, minkä hintaiseksi ehdollisen rangaistuksen muodossa annettu varoitus yksityisille ihmisille ja yhteiskunnalle tulee. Olisi ehkä syytä saada nykypäivää koskevaa tietoa myös tämän rangaistuksen hinnasta. – Vrt. Määttä, Kalle – Pihlajamäki, Heikki, Rikoksen hinta – taloustieteellinen näkökulma rikosoikeushistoriaan. Helsinki 2003.

¹⁴ Lakivaliokunta on ehdotuksessaan 9/2005 vp. HE 262/2004 esittänyt perustuslakivaliokunnan lausuntoon viitaten, että alle 21-vuotiaana tehdystä rikoksesta voidaan päästä ehdonalaiseen vapauteen yhden kolmasosan suorituksella. Henkirikoksissa ja muissa törkeissä väkivaltarikoksissa esityksen hyväksyminen merkitsisi rikoksen ja rangaistuksen vastaavuuden häviämistä, kun tuomittu palaa vankilasta 1–2 vuoden kuluttua. Perustuslakivaliokunta (PeVL 21/2005 vp. – HE 262/2004 vp) viittaa lapsen oikeuksia koskevan yleissopimuksen 37 artiklan b kohtaan ja pyrkimykseen välttää muuten syrjäytymistä vankilaseuraamuksella. Valiokunta ei kuitenkaan esitä, miten muissa maissa on ko. artiklaa sovellettu ja edellyttääkö se 1/3 säännön säilyttämistä: näin ei ole. Vankeusrangaistuskomitean mietintö 2001:6 s. 125–127. Helsinki 2001. – Nuorten tekemissä henkirikoksissa todella syrjäytynyt osapuoli on rikoksen uhri – hän on nimittäin kuollut – ja hankin saattoi olla nuori. – Lahti, Raimo, Rikoslain kokonaisuudistus ja seuraamusjärjestelmän kehittämislinja. s. 142. Teoksessa: Kohti rationaalista ja humaania kriminaalipolitiikkaa. Omistettu Inkeri Anttilalle 29.11.1996. Helsinki 1996.

SYMBOLISIA VAHINGONKORVAUKSIA

Myös vahingonkorvauksista on keskusteltu raiskausrikosten yhteydessä. Alkuisysäyksenä tällekin keskustelulle oli Itä-Suomen hovioikeuden vuonna 2003 antama päätös.¹⁵ Kysymyksessä oli valitus Kajaanin käräjäoikeuden antamaan päätökseen, jossa vastaaja oli tuomittu raiskauksesta 2 vuodeksi vankeuteen. Hovioikeus muutti rangaistuksen 1 vuodeksi 8 kuukaudeksi ehdollista vankeutta ja 70 tunniksi yhdyskuntapalvelua. Paitsi tuomio myös perustelut herättivät keskustelua, koska Itä-Suomen hovioikeus katsoi ehdollisen rangaistuksen puolesta puhuvan paitsi sen, ettei tuomittua oltu aikaisemmin rikoksista rekisteröity myös sen, että hänet velvoitettiin suorittamaan asianomistajalle taloudellisiin oloihinsa nähden melko huomattavat vahingonkorvaukset. Lähinnä kysymys oli 7 000 euron korvauksesta henkisestä kärsimyksestä.

Korkein oikeus ei kuitenkaan perusteluja hyväksynyt, vaan muutti ehdollisen vankeusrangaistuksen ehdottomaksi (KKO 15.3.2005 R2003/116 taltio 603). Toisin sanoen rikosentekijän itse itselleen tahallisella teolla aiheuttamia vahingonkorvauksia ei voitu tässä tapauksessa lukea sanktiokumulaation piiriin.

Sinänsä oli hyvä, että rikosten uhrien vahingonkorvaukset nousivat jälleen keskusteluun, vaikkakin näin ikävässä yhteydessä. Nykyäänhän vahingot korvataan vuonna 1974 voimaan tulleen vahingonkorvauslain (412/1974) 5 luvun mukaan, kun aikaisemmin rikoslain 9 luvussa säädettiin nimenomaan rikoksella aiheutettujen vahinkojen korvaamisesta. Vahingonkorvaukset ikään kuin siviilistettiin 30 vuotta sitten. On kuitenkin muistettava, että on eri asia tulla loukatuksi siviilioikeudellisen tuottamuksen kuin tahallisen rikoksen kautta. Aineettoman vahingon mittaaminen on harkinnanvaraista ja objektiivisen mittapuun puuttessa korvauksia harkittaessa sovelletaan yleensä liikennevahinkolautakunnan suosituksia.¹⁶

Tuomittuja vahingonkorvauksia ei tilastoida erikseen, mutta Leena Sisula-Tulokas on julkaissut vuonna 1995 tutkimuksen korkeimman oikeuden korvauskäytännöstä raiskausrikoksissa. Vuosina 1982–1984 korvaukset olivat 8 350–17 640 markkaa keskiarvon ollessa siten 13 442 markkaa.¹⁷ Vaikka tuomioistuिन-

¹⁵ Itä-Suomen HO 23.10.2003 R03/81 Nro 1245. – Hovioikeus totesi perusteluissaan, että tuomittuun perheeseen kuuluu puoliso ja 3 alaikäistä lasta ja että tuomittu työtodistuksesta ilmenee, että hän on työskennellyt yli 13 vuoden ajan saman työnantajan palveluksessa ja että hän on suoriutunut työtehtävistään kiittävästi. Ehdoton rangaistus olisi työnantajan mukaan lopettanut tämän työsuhteen. – Hovioikeus oli seuraamusharkinnassaan siten siirtynyt tekijärikosoikeuden kannalle. Myös vahingonkorvausta pidettiin huomattavana ei niinkään aiheutetun vahingon vaan tekijän omien taloudellisten olojen valossa.

¹⁶ Ks. Lappi-Seppälä, Tapio, Rikosten seuraamukset s. 465. Porvoo 2000.

¹⁷ Sisula-Tulokas, Lena, Sveda, värk och annat lidande. En skadeståndsrettslig studie. s. 128. Helsingfors 1995. – Tiedot oli tässä tutkimuksessa kerätty korkeimman oikeuden vuosikirjoista ja

tenkaan tuomitsemat vahingonkorvaukset eivät ole suuria, huomiota on kiinnitettävä myös rikosvahinkolain (935/1973) nojalla maksettaviin vahingonkorvauksiin, koska tämä laki on viimekätinen mahdollisuus rikoksen uhrille saada korvauksia siinä tapauksessa, ettei rikoksentekijä niitä maksa. Tekijän ja valtion korvausvastuu ei ole kuitenkaan sama, vaan valtiokonttorille on annettu itsenäinen oikeus harkita tuomittujen korvausten oikeasuhtaisuutta. Niinpä valtiokonttorin määrittelemät korvaukset voivat olla huomattavastikin alhaisempia kuin tuomioistuimien määräämät.¹⁸

Valtiokonttorin maksukäytäntö perustuu rikosvahinkolautakunnan sille antamiin lausuntoihin. Vuosina 1999–2004 raiskauksissa lausuntoja oli yhteensä 24. Tuomioistuimet olivat tuominneet kärsimyksestä keskimäärin 9 098 euroa mediaanin ollessa 8 409. Rikosvahinkolautakunnan korvaussuosituksot puolestaan olivat keskimäärin 5 654 euroa mediaanin ollessa 5 046 euroa.¹⁹

Tärkeistä raiskauksista rikosvahinkolautakunta antoi vastaavana aikana 25 lausuntoa. Kärsimyksestä tuomioistuimet olivat tuominneet keskimäärin korvausta 9 754 euroa rikosvahinkolautakunnan korvaussuosituksen ollessa 6 358 euroa. Mediaanit olivat vastaavasti 8 409 ja 6 728 euroa. Korvaussummat liikuivat tuomioistuinten osalta 5 000–16 819 euron ja rikosvahinkolautakunnan suosituksot 5 000–8 500 euron välillä. Kivun ja särryn osalta tuomioistuimet tuomitsivat keskimäärin 1 011 euroa, josta lausuntojen perusteella korvattiin 962 euroa. Mediaanit vastaavilta osilta olivat 821 ja 841 euroa.²⁰ Huomiota kiinnittää

muutettu vuoden 1993 rahanarvon mukaisiksi. Korvausten kokonaissummista ei tarkemmin eritelty kivun ja särryn osuutta, mutta tapauksissa kuitenkin mainittiin, että summa sisälsi korvauksen myös kärsimyksestä.

¹⁸ Valtiokonttorin vuonna 2003 maksamien korvausten osalta on karkeasti arvioitu, että rikosvahinkokorvausten osuus vastaavissa vahinkotapauksissa tuomituista vahingonkorvauksista on ollut kivun ja särryn osalta noin 90 %, kärsimyksen osalta noin 50 %, kipuun ja särkyyn verrattavan kärsimyksen osalta noin 45 % ja pysyvän vian, haitan ja kosmeettisen haitan osalta noin 60 %. – Rikosvahinkolain uudistamistyöryhmän mietintö. s. 7–8. Oikeusministeriön työryhmämietintö 2004:16. Helsinki 2004.

¹⁹ Ajanjakson suurimman korvaussumman rikosvahinkolautakunnan raiskauksista koskevista lausunnoista tuomioistuin oli tuominnut tapauksessa (18/2000), joka sisälsi raiskauksen lisäksi myös lapsen kohdistuvan haureuden. Uhria oli kuristettu, uhattu tappaa ja pakotettu molemminpuoliseen suuseksiin sekä sukupuoliyhdyntään. Henkisestä kärsimyksestä tuomittiin korvausta 6 728 euroa ja kipuun ja särkyyn verrattavasta psyykkisen tilan häiriintymisestä 8 409 euroa. Rikosvahinkolautakunta suositeli lausunnossa korvaukseksi 7 568 euroa henkisestä kärsimyksestä sekä 841 euroa kivusta ja särystä. Lausunnon mukaan korvausta harkitessa rikosvahinkolautakunta oli ottanut huomioon rikoksen vakavan uhkauksen, fyysistä väkivaltaa sisältävän ja nöyryyttävän tekotavan sekä uhrin nuoren iän rikoksentekohetkellä. Lautakunta katsoi, että 7 568 euron kärsimyskorvaus sisälsi tässä tapauksessa kokonaiskorvauksen hakijalle aiheutetusta psyykkisestä kärsimyksestä sekä muusta kärsimyksestä. – Laitinen, Saija, Rikokseen perustuva vahingonkorvaus raiskausrikoksissa – erityisesti aineettomat vahingot. s. 28–29. Tutkielma. Rovaniemi 2005.

²⁰ Laitisen kokoamassa tapausmateriaalissa suurimman kärsimyksestä tuomitun korvauksen eli 16 819 tuomioistuimet olivat tuominneet neljä kertaa. Yhdessä tapauksessa tekijä oli ottanut uhrin

näissä tapauksissa erityisesti se, että kivusta ja särystä valtiokonttori korvasi törkeissä raiskaustapauksissakin alle 1 000 euroa. Summia voidaan pitää lähinnä symbolisina.

Yleisarviona voidaan sanoa, että rikosvahinkojen korvausjärjestelmä on varsin mutkikas, kun uhrille maksettavat korvaukset muodostuvat useista eristä. Tämän vuoksi onkin hyvä, että rikosvahinkojen korvausjärjestelmää ollaan selkiyttämässä.

PÄÄTÖSTEN KIRJOITUSTAVAN ON HEIJASTETTAVA IHMISELÄMÄN KUNNIOITUSTA

Vaikka taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet ovat viimevuosina nousseet klassisten vapausoikeuksien rinnalle, kansalaisen henki, vapaus ja fyysinen koskemattomuus ovat yhä perustavaa laatua olevia oikeushyviä, joiden suojaa toteutetaan pääasiassa kriminalisoinnein eli säätämällä näihin oikeushyviin kohdistuvat teot rangaistaviksi vahingonkorvausvelvollisuuksin.²¹ Oikeusjärjestyksen tehtävänä on rikos- ja prosessioikeudellisia säännöksiä noudattamalla tuottaa oikeusturvaa tässäkin suhteessa sekä rikoksen tekijälle, uhrille että koko yhteiskunnalle.

Päätösten lopputuloksen ohella perustelut ovat tulleet yhä tärkeämmiksi median kiinnostuksen kasvaessa. Perustelujen tullessa julkisiksi lainsäädännön puutteet voivat paljastua aivan uudella tavalla, kun arvoissa tapahtuneet muutokset tulevat konkreettisesti näkyville. Luottamus oikeusjärjestykseen voi perustelujen myötä joko kasvaa tai vähetä eli kuten Jyrki Virolainen sanoo: ”jos perustelut eivät ole oikeusyhteisöä tyydyttäviä eivätkä siis vastaa perusteltua oikeusturvaodotusta, niiden julkituominen saattaa olla omiaan vähentämään luottamusta lainkäyttöön: paradoksaalista on, että ratkaisujen perusteleminen voi olla välillisesti jopa tuomioistuinlaitoksen uskottavuutta ja lainkäytön legitimitteettiä heikentävä vaikutus.”²² Tämänkään vuoksi ei ole lainkaan yhdentekevää miten

panttivangikseen aseella uhaten pankkiryöstön yhteydessä, pitänyt uhria vankinaan 3 tunnin ajan ja pelkotilaa hyväksikäyttäen raiskannut hänet (182/2000). Toisessa tapauksessa tekijä oli raahannut uhrin pensaikkoon, jossa pakottanut tämän yhdyntään ja anaaliyhdyntään aiheuttaen uhrille traumaperäisen stressireaktion ja keskivaikean masennustilan (181/2001). Kolmannessa tapauksessa tekijä oli tiirikoimalla tunkeutunut uhrin kotiin jalkajousella ja sähköiskulaitteella aseistautuneena. Tekijä oli raiskannut uhrin ja sitonut tämän käsirautoilla lämpöpatteriin. Vapaudenriistoa oli kestänyt koko yön (200/2002). Neljännessä tapauksessa uhri oli 14-vuotias, ja tämän yrittäessä paeta häntä oli hakattu seinää vasten, heitetty lattialle, potkittu ja lopuksi saatu menettämään tajunta painamalla tyyny kasvoja vasten. (204/2002). – Laitinen 2005 s. 34–36.

²¹ Saraviita, Ilkka, Perustuslaki 2000. s. 123–126. Helsinki 2000.

²² Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri, Pro & Contra. Tuomion perustelemisen keskeisiä kysymyksiä. s. 13. Helsinki 2003.

tuomioistuinten päätökset rakennetaan ja minkälaisella kielellä ne kirjoitetaan. Yksittäinen päätös ei ole vain ratkaisu tiettyyn oikeuskysymykseen, joka kohdistetaan asianosaisille, vaan sillä voi olla paljon laajempiakin vaikutuksia. Heikki Mattila ilmaisee asian seuraavasti: ”juridisella kielellä pyritään vaikuttamaan yksittäisen henkilön, henkilöryhmän tai jopa koko kansan käyttäytymiseen”.²³

Vuoden 2004 aikana julkisuudessa keskusteltiin ahkerasti kahdesta korkeimman oikeuden henkirikostuomiosta. Alkusysäyksenä olivat Imatralla tapahtuneen 14-vuotiaan tytön tappaneen nuorukaisen ja Oulussa taksinkuljettajan surmanneen miehen saamat tuomiot (KKO 2004:63 ja 57). Kummassakin tapauksessa korkein oikeus piti tekoja murhan sijasta tappoina. Lopputuloksen ohella huomio keskustelussa kiinnittyi päätösten rakentamistapaan ja siihen minkälaisia seikkoja korkein oikeus poimi päätöstensä perusteluiksi.

Edellä mainituissa kahdessa korkeimman oikeuden tapauksessa päätöksiin oli kerätty koko joukko tapahtumakulkujen yksityiskohtia, joissa tekoa tarkasteltiin melkeinpä myötäeläen tekijän eikä uhrin kannalta. Eveliina Lappalaisen surmajutussa (KKO 2004:63) Imatran käräjäoikeuden tuomiosta (19.6.2002) löytyvät seuraavat maininnat:

- ”Näyttö perustui A:n kertomukseen... A:n kertomusta oli pääosin pidettävä luotettavana. Oli kuitenkin mahdollista, että tapahtumien kulkuun liittyi seikkoja, joita *A ei tekonsa aiheuttaman järkytyksen vuoksi muistanut*” ja
- ”*huonolla tuulella ollut A oli päättänyt pahoinpidellä ulkonäöltä tuntehansa B ja kääntynyt sen vuoksi hänen peräänsä*” ja
- ”*B oli yrittänyt paeta, huutanut apua ja raapaissut kynnellä A:ta kasvoihin. Tästä A oli entisestään suuttunut ja lyönyt vielä enintään 3 kertaa päänalueelle, minkä seurauksena B oli kaatunut selälleen pyörätielle ja menettänyt tajuntansa.*”

Ajan arviointiin liittyvien epävarmuustekijöiden vuoksi käräjäoikeus arvioi, että:

- ”A:n teko oli kokonaisuudessaan kestänyt enimmillään 10 minuuttia ja vähimmillään 3 minuuttia.”

Saman asian voisi tietysti sanoa toisinkin, jos tappamista sinänsä pidetään tärkeänä esimerkiksi siten, että teko oli kestänyt jopa 10 minuuttia ja vähimmilläänkin 3 minuuttia. Lopuksi käräjäoikeus vielä toteaa, että:

²³ Kysymys on oikeuden jakamisesta mutta myös oikeuden arvovalan tukemisesta, sillä ”lähtökohtaisesti laki on tarkoitettu koko kansan noudatettavaksi, ja rikostuomiolla pyritään ohjaamaan rikoksentehtäjiä takaisin kaidalle tielle ja samalla pelottamaan yleisesti rikoksiin taipuvaisia henkilöitä. Näin oikeuskieli on yhteiskunnallisen ohjailun instrumentti: oikeuskielen keskeisin tehtävä onkin tukea yhteiskuntarakenteita, lakeja ja niihin liittyvää ratkaisutoimintaa”. Mattila, Heikki E. S., Vertaileva oikeuslingvistiikka s. 54. Helsinki 2002.

- ”Teko oli johtunut paljolti tilanteen odottamattomasta kehitymisestä, jossa pahoinpitelytarkoituksessa aloitettu teko oli *vastarinnan aiheuttaman suuttumustilan vuoksi johtanut toisen surmaamiseen*.” – Ikään kuin pahoinpidellyn vastarinta olisi joku anteeksiantoperuste tappamiselle.²⁴

Korkein oikeus jatkoi samalla linjalla siteeraamalla kohtia hallituksen esityksestä ja viittaamalla itse aikaisemmin luomaansa oikeuskäytäntöön. Murhan tunnusmerkistöstä korkein oikeus totesi sen rikosnimikkeenä tarkoittavan henkirikoksinakin *poikkeuksellisen törkeitä* tekoja, kuten murhaa koskevan säännöksen esitöistä ilmenee (HE 94/1993 vp s. 93–94): ”vasta surmaaminen, joka on tapon perustunnusmerkistöä selvästi törkeämpi, voidaan arvioida murhana.”

Korkein oikeus ei ilmeisesti näitä perusteluja kirjoittaessaan lainkaan ajatellut, miten tällainen viesti menee perille. Sitaattia luultavasti luetaan siten, että tässä tapauksessa, jolloin 14-vuotias tyttö on tahallaan tapettu kuristamalla, tukehduttamalla ja mudansekaiseen veteen sotkemalla, korkein oikeus ei pidä tekoa poikkeuksellisen törkeänä eikä julmana, koska kovia tuskia ei ole aiheutettu tarpeeksi murhaan eikä uhria myöskään ole kidutettu riittävästi.²⁵

Vastaavaa kirjoitustapaa korkein oikeus on harrastanut toki aikaisemminkin esimerkiksi vuonna 1984, kun 13-vuotias tyttö oli raiskattu ja tapettu kuristamalla (KKO 1984 II 142). Korkeimman oikeuden mielestä ”kuristamisen voimakkuudesta huolimatta surmaamistapa ei kuitenkaan osoittanut tekijässä erityistä raakuutta ja julmuutta, koska sitä ei edeltänyt suunnitelmallisuus tai vakaa harkinta”. Tappohan liittyi vain tapahtumien ”odottamattomaan kehitykseen”, joka tässä tapauksessa oli ilmeisesti se, että uhri yritti huutaa ohikulkijalta apua. Tätäkö ei olisi saanut tehdä? Näyttääkin siltä, että uhrin puolustautuminen ja hätävarjeluoikeuden käyttäminen on oikeuskäytännössä käännetty uhria vastaan tekijän pakkotilanluonteiseksi anteeksiantoperusteeksi, jolla pyritään osoittamaan, ettei teko ollut suunnitelmallinen; ikään kuin vastarinta ei olisi oikeutettua ja odotettua.

Perustelujen kirjoitustavan ei kuitenkaan välttämättä tarvitse olla sellainen, joksi se on Suomessa muotoutunut. Ruotsissa on erilainen lainsäädäntö siinä

²⁴ Myös oululaisen taksinkuljettajan surmajutussa Rovaniemen hovioikeuden päätöksestä löytyy eriväen mielipiteen esittäneen hovioikeudenneuvos Seppo Karvosen lausuma, jonka mukaan ”perustellusti voidaan myös arvioida, että ensimmäinen ja viimeinen laukaus on ammuttu samassa kiihtymystilassa, jonka valtaan Markku M on joutunut N:n vastustettua ryöstöä”. – Rovaniemen HO 13.9.2002/KKO 2004:57.

²⁵ Dogmaattinen eufemismi kukkii usein juuri julmuuden ja raakuuden määrittelyssä. Tämä on havaittu myös Yhdysvalloissa terrorismin vastaisessa sodassa. Kidutusta ei tarkastella uhrin näkökulmasta, vaan se abstrahoidaan kauniimmiksi sanoiksi: nukkumista ei estetä, vaan ”säännellään uniakatauluja”; uhria ei lyödä eikä tökitä, vaan harrastetaan ”lievää fyysistä painostusta”. – Johansson, Frank, USA kiduttaa salaisissa vankiloissaan. Helsingin Sanomat. Vieraskynä 24.6.2005.

mielessä, että henkirikosten lähtökohtana on murha ja jollei tekoa pidetä murhana, se on tappo (BrB3:1 ja 2 §). Suomessa perustelujen näkökulma oli ensisijaisesti tekijän puolella. Ruotsalaisissa oikeustapauksissa näkökulma on toinen, siellä katsotaan tilannetta enemmän uhrin ja yhteiskunnan kannalta kuten seuraavassa:

”Som TR:n angett har det också varit fråga om ett oprovcerat överfall och H. S. Har varit helt hjälplös... att gärningen måste ha inträffat helt överraskande för H. S. och sannolikt utan att hon hunnit uppfatta vad som skulle inträffa. Något utrymme för dödsångest har därför knappast funnits” (NJA:2002 syd 116; D:B4605-01 A:2002-03-19). Omaisten kannalta on tietysti lohdullisempaa kuulla, että hyökkäys oli niin nopea, ettei uhri tajunnut, mitä tapahtui eikä luultavasti kokenut kuolonkautta kuin, että sanotaan tappamisen kestäneen ”enimmillään 10 minuuttia”.²⁶

Parhaimmillaan korkeimpien oikeuksien päätökset ovat pitkälle hiottuja ja rakenteeltaan loppuun saakka mietittyjä esityksiä, joissa reaali maailma, juridinen normisto, oikeuskirjallisuus ja yhteiskunnan arvot nivoutuvat saumattomaksi kokonaisuudeksi. Tällainen on esimerkiksi Israelin korkeimman oikeuden päätös, joka koski terroristien kiduttamisen tuomitsemista.²⁷ Näin tuleekin olla: oikeuden päätösten tulee ilmentää ihmisarvon kunnioittamista ja sivistystä – eikä jotain päinvastaista.

²⁶ Aikakäsite on ilmeisesti Ruotsissa myös hieman erilainen, kun Ruotsin korkein oikeus toteaa: ”Trots det mycket höga antalet knivhugg och knivstick som Miitri L tilladelade Peter K kan det med hänsyn till Miitri L:s uppgifter inte heller anses utrett annat än att händelseförloppet varade under helt kort tid, kanske endast ett par minuter.” Samassa yhteydessä Ruotsin korkein oikeus totesi, että tekoa voidaan pitää murhana huolimatta siitä, että tekijä on toiminut pikaistuksissa. (NJA:1995 sid 464; D:B3478/95, DB 133/95 A:1995-08-30).

²⁷ The Supreme Court of Israel 6.9.1999: Public Committee against torture in Israel v. The State of Israel. –http://www.hamoked.org.il/items/260_eng.pdf. – Israelin terrorismin vastainen komitea haastoi Israelin valtion oikeuteen syyttäen sitä terroristeiksi epäiltyjen kiduttamisesta. Päätöksessä sisältyy päätökseen verrattaessa Irlannin tilanteen käsittelyä Englannissa (Ireland v. United Kingdom 1978 EHRR 25). Tämän jälkeen käsitellään hätävarjelu- ja pakkotiläsäännöksiä eli sitä oliko olemassa mahdollinen oikeuttamis- tai anteeksiantoperuste. Lopuksi päätöksessä nimenomaan selostetaan, kuinka lainsäätäjän tehtävä on määritellä rajat sosiaalisessa, eettisissä, poliittisissa kysymyksissä silloin, kun kysymyksessä on fyysisen pakkovallan käyttäminen. Lopputuloksena on, ettei pakkotila voi toimia toimivaltaperusteena kidutustapauksissa. Israelin korkein oikeus oli täysin tietoinen, että päätös ei saa varauksetonta hyväksyntää, kun se totesi, että toisenlainen ratkaisu edellyttäisi lain muuttamista ja lain muuttamisen täytyy tapahtua parlamentaarissa järjestyksessä siten, että lainsäätävä edustaa kansaa.

Pekka Viljanen

Yhteisen rangaistuksen käyttöala laajenee – valitettavasti

JOHDANNOKSI

Maassamme siirryttiin yhtenäisrangaistusjärjestelmään 1.4.1992 voimaan tulleella uudistuksella, jonka keskeisin osa oli laki rikoslain 7 luvun muuttamisesta 697/1991. Yhtenäisrangaistusjärjestelmässä useista samalla kertaa tuomittavina olevista rikoksista määrätään yksi yhteinen sakko- tai vankeusrangaistus, olipa rikokset tehty yhdellä tai useammalla teolla ja riippumatta siitä, millaisen kokonaisuuden rikokset muodostavat.¹ Järjestelmää tarkistettiin olennaisesti vuonna 1997, jota ennen yhteinen *vankeusrangaistus* oli voitu määrätä tietyissä tilanteissa myös jälkikäteen.²

Tavoitteena yhtenäisrangaistusjärjestelmään siirryttäessä oli rangaistuksen tuomitsemisen yksinkertaistaminen. Siinä ei suinkaan kaikilta osin onnistuttu. Tuomioiden havainnollisuus on myös kärsinyt merkittävästi, koska mistään ei enää voida nähdä, millaisen rangaistuksen tuomioistuin on katsonut kunkin rikoksen erikseen ansainneen. Vastaavasti tuomioistuintilastoista ei voida enää luotettavasti päätellä, mikä on eri rikoslajien normaali rangaistus.

Oma kantani onkin, että yhtenäisrangaistusjärjestelmään ei olisi pitänyt koskaan siirtyä, olkoonkin, että saman tyyppisiä järjestelmiä on voimassa lukuisissa muissakin maissa. Realistista on kuitenkin alistua tosiasioiden edessä: yhtenäisrangaistusjärjestelmä on ja pysyy. Sitä saatetaan kyllä jatkossakin muuttaa, mutta kokonaan siitä tuskin luovutaan. Silti pidän aiheellisena kritisoida toteutettuja uusia yhteisen rangaistuksen käyttöalan laajennuksia, pääasiassa kahdesta syystä: niillä ei ole yksinkertaistettu vaan päinvastoin monimutkaistettu rangaistuksen määräämistä, ja lisäksi ne ovat järjestelmän itsensäkin yhden perusajatuksen vastaisia merkitessään tosiasiaa yhteisen rangaistuksen määräämistä jälkikäteen.

¹ Ks. järjestelmästä laajasti Viljanen Pekka, Uusi yhtenäisrangaistusjärjestelmä, Helsinki 1992.

² Ks. uudistuksesta erityisesti Viljanen Pekka, Yhtenäisrangaistusjärjestelmän muutokset, Helsinki 1998, passim.

YHTEINEN RANGAISTUS JA NUORISORANGAISTUS

1. Uusia³ yhteistä rangaistusta koskevia säännöksiä on lisätty lainsäädäntöömme ensinnäkin 1.1.2005 voimaan tulleen, nuorisorangaistuksen vakinaistamista koskeneen lainsäädäntöuudistuksen yhteydessä. RL 7 lukuun lisätyssä uudessa 8 §:ssä (L 1195/2004) säädetään:

”Jos nuorisorangaistukseen tuomittu olisi tuomittava ehdottomaan vankeusrangaistukseen ennen nuorisorangaistuksen tuomitsemista tehdystä rikoksesta tai nuorisorangaistuksen tuomitsemisen jälkeen, mutta ennen sen täytäntöönpanon päättymistä tehdystä uudesta rikoksesta, hänet voidaan tuomita tästä rikoksesta ja nuorisorangaistukseen johtaneesta rikoksesta yhteiseen ehdottomaan vankeusrangaistukseen. Jo täytäntöön pantua nuorisorangaistusta vastaava osa on otettava huomioon siten kuin nuorisorangaistuksesta annetun lain 19 §:ssä säädetään.”

Viitatussa NuorRangL (1196/2004) 19 §:ssä puolestaan säädetään: ”Kun nuorisorangaistukseen tuomittu tuomitaan uuteen rangaistukseen rikoslain 7 luvun 8 §:ssä taikka tämän lain 6 §:n 3 momentissa tai 18 §:n 1 momentissa tarkoitetussa tapauksessa, jo suoritettu nuorisorangaistuksen osa on otettava kohtuuden mukaan huomioon uutta rangaistusta alentavana seikkana. Kahden nuorisorangaistuspäivän katsotaan vastaavan yhtä päivää ehdotonta vankeutta, jollei tästä jo suoritetun nuorisorangaistuksen osan sisältö huomioon ottaen ole erityistä syytä poiketa.”

RL 7:8:ssa omaksuttua ratkaisua on NuorRangL:n valmistelutöissä perusteltu vain viittaamalla NuorKokL:n suurelta osin samansisältöisen 12.1 §:n perusteluihin.⁴ Tätä voidaan pitää tietynlaisena taka-askelena siihen nähden, että RL 7 lukua uudistettiin NuorKokL:n säätämisen jälkeen 1.10.1997 lukien (L 751/1997) siten, että yhteisen vankeusrangaistuksen jälkikäteisestä määräämisestä pääsääntöisesti luovuttiin. RL 7 luvun tuolloisen uudistuksen pohjana olleessa HE:ssä kiinnitettiin huomiota siihen, että NuorKokL 12 § ei tarkkaan ottaen ollut uudistettavan RL 7 luvun perusratkaisun mukainen. Yhtenä syynä sen muuttamatta jättämiselle esitettiin, että määräaikaista kokeilulakia jouduttaisiin kuitenkin muuttamaan kokeilukauden päättyessä, ja siinä yhteydessä voitaisiin myös selvittää, miten nuorisorangaistukseen liittyvät konkurrenssikysymykset ratkaistaan.⁵ Nyt voidaan siis havaita, että ratkaisu on jokseenkin sama kuin ennenkin eli RL 7 luvun muutokselle ei näytä annetun merkitystä.

³ Tosin myös jo nuorisorangaistuksen kokeilemisesta annetun lain (NuorKokL; 1058/1996) 12.1 §:ssä säädettiin yhteisen rangaistuksen määräämisestä.

⁴ Ks. Hallituksen esitys (HE) Eduskunnalle laiksi nuorisorangaistuksesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, n:o 102/2004 vp s. 18.

⁵ Ks. HE Eduskunnalle laiksi rikoslain 7 luvun muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi, n:o 48/1997 vp s. 6.

NuorKokL 12.1 §:n ennallaan pysyttämiseksi vuonna 1997 esitettiin ao. HE:ssä kaksi muutakin syytä. Ensinnäkin huomautettiin siitä, että nuorisorangaistuksen keskeyttämisestä tarvittaisiin joka tapauksessa erityissäännös niitä tilanteita varten, joissa nuorisorangaistukseen tuomittu tuomitaan myöhemmin ehdottomaan vankeusrangaistukseen.⁶ Tämä on totta, mutta ei mielestäni riittänyt perusteluksi järjestelmän kannalta epäjohtonmukaisen säännöksen säilyttämiselle. Nuorisorangaistuksen keskeyttämisestä tarkoitettunlaisissa tilanteissa olisi voitu säätää nimenomaisella tätä koskevalla säännöksellä.⁷

Toiseksi NuorKokL 12 §:n muuttamatta jättämisen perusteeksi vedottiin siihen, että säännöksen mukainen lopputulos on lähes sama kuin mihin päädytään uuden RL 7:6:n nojalla.⁸ Tämän väitteen paikkansapitävyys onkin jo kyseenalainen. NuorKokL 12.1 §:n ja uuden RL 7:8:n mukaanhan yhteinen ehdoton vankeusrangaistus määrätään nuorisorangaistukseen johtaneesta rikoksesta ja ennen nuorisorangaistuksen tuomitsemista tehdystä rikoksesta sekä nuorisorangaistuksen tuomitsemisen jälkeen, mutta ennen sen täytäntöönpanon päättymistä tehdystä rikoksesta. HE:ssä esitetty perustelu voisi pitää paikkansa siltä osin kuin yhteinen rangaistus tuomitaan nuorisorangaistukseen johtaneesta ja ennen sen tuomitsemista tehdystä rikoksesta. Tämä nimittäin vastaa RL 7:6:ssa tarkoitettua periaatteellista asetelmaa, joskin siinä tekninen toteutustapa on toinen: ei määrätä enää jälkikäteen yhteistä rangaistusta, mutta tavoitteena on, että kokonaisrangaistus pysyisi samana kuin jos rikokset olisi tuomittu samalla kertaa (jolloin olisi tuomittu yhteinen rangaistus).⁹

Sen sijaan yhteisen rangaistuksen tuomitseminen aikaisemmin tuomitusta rikoksesta ja sen tuomitsemisen jälkeen tehdystä uudesta rikoksesta on yhtenäis-

⁶ Ks. HE 48/1997 vp s. 6.

⁷ Nuorisorangaistuksen täytäntöönpanon keskeyttämisestä tarkoitettunlaisissa tapauksissa ks. Viljanen 1998 s. 99–101.

Kuten HE:ssä 109/1996 vp s. 19–20 on huomautettu, olisi epäjohtonmukaista, jos nuorisorangaistuksen täytäntöönpanoaikana tehty ehdottomaan vankeusrangaistukseen johtava rikos ei vaikuttaisi nuorisorangaistukseen millään tavalla, mutta täytäntöönpanosuunnitelman ehtojen rikkomisen voi johtaa nuorisorangaistuksen muuntamiseen toiseksi rangaistukseksi. Kysymyksen ollessa ennen nuorisorangaistuksen tuomitsemista tehdystä rikoksesta voidaan taas pitää todennäköisenä, että kun sen erikseen arvioituna katsotaan ansainneen ehdottoman vankeusrangaistuksen, samaan rangaistuslajiin olisi päädytty myös siinä tapauksessa, että molemmat rikokset olisivat olleet tuomittavina samanaikaisesti jo silloin, kun nuorisorangaistus tuomittiin.

⁸ Ks. HE 48/1997 vp s. 6.

⁹ RL 7:6 (L 751/1997): ”*Aikaisemmin tuomitun vankeusrangaistuksen huomioon ottaminen.* Jos ehdottomaan vankeusrangaistukseen tuomitua 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 – – .” Ks. lainsäätäjän tarkoituksesta tarkemmin HE 48/1997 vp s. 5 ja 7 sekä Viljanen 1998 s. 15–17.

rangaistusjärjestelmän perusajatuksen vastaista. Nämä rikokset eivät olisi voineet olla tuomittavina samanaikaisesti silloin, kun ensimmäinen tuomio annettiin. Kun rikoksentehtijä on tehnyt uuden rikoksen saamansa tuomion jälkeen, ei ole mitään syytä antaa hänelle uuden rikoksen rangaistukseen sitä lievennystä, mitä yhteisen rangaistuksen tuomitseminen säännönmukaisesti merkitsee.

Vastaavanlainen epäjohdonmukaisuus omaksuttiin lainsäädäntöömme tosin jo vuonna 1992 yhtenäisrangaistusjärjestelmään siirryttäessä. Tarkoitan yhteisen rangaistuksen tuomitsemista ehdollista vankeusrangaistusta täytäntöönpantavaksi määrättäessä. Alun perin tästä säädettiin ehdollisesta rangaistuksesta annetun lain 4 §:ssä (L 700/1991),¹⁰ ja sama periaate on edelleen säilytetty RL 2 b:5:ssä siirrettäessä ehdollista vankeutta koskevat säännökset RL:iin 1.9.2001 voimaan tulleella lailla 520/2001.

2. Uusi RL 7:8 on NuorKokL 12.1 §:n tavoin hieman harhaanjohtava sen sanamuodon viitatessa siihen, että myöhemmin tuomittavaksi tulevan rikoksen olisi oltava ns. puhdas vankeusrikos. Tosiasiassa kuitenkin tarkoitetaan tilanteista, joissa tuomioistuin päätyy harkinnassaan ehdottoman vankeusrangaistuksen kannalle, vaikka muitakin rangaistusvaihtoehtoja olisi ehkä ollut käytettävissä.¹¹ Harkintavaltaa tuomioistuimella on myös siinä mielessä, että se *voi* tuomita tarkoitettunlaisessa tilanteessa yhteisen ehdottoman vankeusrangaistuksen, mutta sen ei ole pakko tehdä niin. Harkintavaltaa on jätetty lähinnä niitä tapauksia varten, joissa nuorisorangaistuksesta on jäljellä enää pieni osa eikä tuomittua määrätä vangittavaksi. Silloin nuorisorangaistus ehditään suorittaa loppuun ennen vankeusrangaistuksen täytäntöönpanoa. Jos sitä vastoin on ilmeistä, ettei nuorisorangaistuksen täytäntöönpanoa voida ehdottoman vankeusrangaistuksen johdosta jatkaa, on määrättävä yhteinen vankeusrangaistus.¹²

RL 7:8:n mukaan yhteinen ehdoton vankeusrangaistus määrätään *nuorisorangaistukseen johtaneesta rikoksesta* ja säännöksessä tarkoitetuista muista rikoksista. Yhteiseen rangaistukseen ei siis sisällytetä mainittujen muiden rikosten rangaistusten ohella yksinomaan sitä osaa aikaisemmasta nuorisorangaistuksesta, joka on vielä suorittamatta. Omaksuttu ratkaisu on sama kuin aikaisemmassa NuorKokL 12.1 §:ssä.

NuorKokL 12.1 §:n mukaan siinä tarkoitettussa tapauksessa tuomitusta yhteisestä vankeusrangaistuksesta oli vähennettävä jo täytäntöönpantua nuorisorangaistusta vastaava kohtuullinen määrä. RL 7:8:n mukaan jo täytäntöönpantua

¹⁰ Ks. säännöksen kritiikistä erityisesti Viljanen 1992 s. 236–237.

¹¹ Ks. Viljanen 1998 s. 98–99. – Po. suhteessa onnistuneempaa muotoilua on käytetty jäljempänä tarkasteltavassa RL 2 c:14:ssä.

¹² Ks. HE 109/1996 vp s. 20.

nuorisorangaistusta vastaava osa on otettava huomioon siten kuin NuorRangL 19 §:ssä säädetään. Viimeksi mainitun mukaan jo suoritettu nuorisorangaistuksen osa on otettava kohtuuden mukaan huomioon uutta rangaistusta alentavana seikkana.

NuorRangL 19 §:ssä on käytetty vastaavaa sanamuotoa kuin RL 7:6:ssa. Viimeksi mainitussa se tarkoittaa, että rangaistuksen lieventäminen/alentaminen tapahtuu jo yhteistä vankeusrangaistusta määrättäessä, toisin sanoen ei määrätä ensin yhteistä vankeusrangaistusta ja sitten vähennetä siitä jo suoritetun rangaistusosan perusteella jotakin. Menettely on RL 7:6:n mukaan sitä paitsi samanlaista, olipa aikaisemmin tuomittu ehdoton vankeusrangaistus pantu jo täytäntöön tai ei. RL 7:8:ssa ja NuorRangL 19 §:ssä säädetään sitä vastoin nimenomaan ja vain jo *suoritettun* nuorisorangaistuksen osan huomioon ottamisesta.

NuorRangL 19 § viittaa muutoinkin RL 7:6:sta poikkeavaan menettelyyn, koska siinä säädetään vielä äsken sanotun lisäksi, että kahden nuorisorangaistuspäivän katsotaan pääsääntöisesti vastaavan yhtä päivää vankeutta. Näyttää siltä, että on tarkoitettu samaa kuin NuorKokL 12.1 §:ssä. Olisi ollut syytä ilmaista ajatus samalla tavalla kuin aikaisemminkin, sillä NuorRangL 19 §:n muotoilu tekee säännöksen vain vaikeaselkoisemmaksi.

Koska NuorKokL 12.1 §:n kaltaista vähentämistä näyttää tarkoitetun, on ollut myös harhaanjohtavaa valita RL 7:8:n otsikoksi ”Aikaisemmin tuomitun nuorisorangaistuksen huomioon ottaminen”. Tällaisena otsikko muistuttaa liikaa RL 7:6:n otsikkoa ”Aikaisemmin tuomitun vankeusrangaistuksen huomioon ottaminen”. Näin ei saisi olla, koska edellytetyt menettelytavat – näin olen asian ymmärtänyt – yhteisen vankeusrangaistuksen tuomitsemisessa poikkeavat toisistaan ja koska, kuten sanottu, huomioon edellytetään otettavaksi vain jo suoritettu nuorisorangaistuksen osa.

Vaikka siis tulkintani mukaan RL 7:8:ssa ja NuorRangL 19 §:ssä on tarkoitettu samaa kuin NuorKokL 12.1 §:ssä, tuomioistuimen ei ilmeisestikään enää pidä tai ainakaan tarvitse kirjoittaa tehtyä vähennystä (sen täsmällistä määrää) näkyviin tuomioonsa. Riittänee vähennyksen tekeminen ajatusoperaationa ja epämääräinen ilmoitus, että nuorisorangaistuksesta suoritettu osa on otettu kohtuuden mukaan huomioon rangaistusta alentavana seikkana.

Syynä NuorRangL 19 §:n kirjoitustapaan lieenee itse asiassa se, ettei siinä säännellä yksinomaan RL 7:8:ssa tarkoitettuja yhteisen vankeusrangaistuksen määräämistilanteita vaan myös NuorRangL 6.3 ja 18.1 §:ssä tarkoitettuja. Näistä edellinen liittyy tapaukseen, jossa nuorisorangaistuksen täytäntöönpano on aloitettu tuomitun suostumuksella käräjäoikeuden tuomion perusteella ennen sen lainvoimaiseksi tuloa ja jossa tuomittu muusta kuin omasta valituksestaan tuomitaan muutoksenhau johdosta muuhun rangaistukseen. Jälkimmäinen puolestaan koskee tapausta, jossa nuorisorangaistukseen tuomittu on rangaistuksen toimeenpanosuunnitelman ehtojen tai siihen liittyvien määräysten vakavan rik-

komisen vuoksi tuomittava suorittamatta jääneen nuorisorangaistuksen osan sijasta muuhun rangaistukseen. Tässä jälkimmäisessä tapauksessa ei olisi asianmukaista puhua siitä, että tuomittavasta muusta rangaistuksesta olisi vähennettävä suoritettun nuorisorangaistuksen osan perusteella jotakin, koska muu rangaistus tuomitaan nimenomaan ja vain suorittamatta jääneen nuorisorangaistuksen osan sijasta eli vähennys tehdään jo ennen muun rangaistuksen tuomitsemista. Kun näyttää halutun laatia 19 §:stä kaikki mainitut erilaiset tapaukset kattava, on päädytty kompromissiin, joka on valitettavan epäselvä.

RL 7:8:ssa on kyse nimenomaan yhteisen ehdottoman vankeusrangaistuksen tuomitsemisesta. Vain tätä rangaistuslajia silmällä pitäen NuorRangL 19 §:ssä säädetään sovellettavasta muuntosuhteesta: kaksi nuorisorangaistus päivää vastaa yhtä päivää ehdotonta vankeutta. Mutta tämä on vain lähtökohta, ei sitova määräys. Siitä voidaan jo suoritettun nuorisorangaistuksen osan sisältö huomioon ottaen erityisestä syystä poiketa. NuorRangL 19 §:n perusteluissa ei kuitenkaan ole mainittu esimerkkejä seikoista, jotka antaisivat aiheen poiketa lähtökohtaisesta muuntosuhteesta silloin, kun uusi rangaistus on ehdotonta vankeutta.¹³

YHTEINEN RANGAISTUS MÄÄRÄTTÄESSÄ JÄÄNNÖSRANGAISTUS PANTAVAKSI TÄYTÄNTÖÖN

1. Yhteinen rangaistus on tuoreimman lainuudistuksen mukaan määrättävä myös tilanteessa, jossa ehdonalainen vapaus julistetaan koeaikana tehdyn uuden rikoksen johdosta menetetyksi tai, niin kuin lain uusi sanamuoto kuuluu, jäännösrangaistus määrätään pantavaksi täytäntöön. Uudessa RL 2 c:14.1:ssä (L 780/2005) säädetään:

”Tuomioistuin voi syyttäjän vaatimuksesta määrätä jäännösrangaistuksen pantavaksi täytäntöön, jos tuomittu tekee koeaikana rikoksen, josta tuomioistuimen harkinnan mukaan hänet olisi tuomittava ehdottomaan vankeuteen ja josta syyte on nostettu vuoden kuluessa koeajan päättymisestä. Tällöin täytäntöön pantavasta jäännösrangaistuksesta ja koeajalla tehdystä rikoksesta tuomittavasta rangaistuksesta määrätään yhteinen ehdoton vankeusrangaistus muista rikoksista samalla kertaa tuomittavien vankeusrangaistusten kanssa

¹³ Sakon ja ehdollisen vankeusrangaistuksen osalta, joista NuorRangL 19 §:ssä ei mainita mitään, HE:n perusteluissa sitä vastoin on annettu suosituksia.

NuorRangL:n säätämisen yhteydessä muutettuun RL 16:13:n 4 momenttiin otettiin nimenomainen säännös, jonka mukaan vapaudenmenetysvähennystä tehtäessä yksi vapaudenmenetysvuorokausi vastaa kahta nuorisorangaistus päivää, jollei tästä ole erityistä syytä poiketa. Ks. HE 102/2004 vp s. 18 ja 35–36.

noudattamalla, mitä 7 luvussa säädetään. Jäännösrangaistusta ei kuitenkaan ole pidettävä mainitun luvun 5 §:n 2 momentissa tarkoitettuna ankarimpana rangaistuksena. Täytäntöönpanavan jäännösrangaistuksen pituutta määrätessään tuomioistuimen tulee ottaa huomioon, mitä 2 momentissa säädetään.”

On helposti nähtävissä, että säännöksen mallina on käytetty ehdollisen vankeuden täytäntöönpantavaksi määräämistä koskevaa RL 2 b luvun 5 §:ää. Ehdonalaisen vapautensa menettäneen rangaistusajasta säädettiin aiemmin rangaistusten täytäntöönpanosta annetun lain (RTL) 2 luvun 16 §:ssä (L 506/1988). Nimenomaan sen 3 momentissa säädettiin RL 2 c:14:n 1 momenttia vastaavasta tilanteesta eli ehdonalaisen vapauden menettämisestä koeaikana tehdyn uuden rikoksen perusteella.¹⁴

RTL 2:16.3:n mukaan vanki, joka jäännösrangaistuksen lisäksi suoritti muuta vankeusrangaistusta, voitiin päästää uudelleen ehdonalaiseen vapauteen hänen suoritettuaan yhteenlaskettua rangaistusta ajan, joka vastasi RTL 2:13.1:ssä säädettyä osaa mainitusta muusta rangaistuksesta, sekä sen lisäksi yhden kuukauden, kuitenkin enintään jäännösrangaistuksen määrän. Tämä vaikeaselkoinen säännös tarkoitti, että RTL 2:13.1:ssä mainittuja murto-osia eli puolikasta tai kahta kolmasosaa ei laskettukaan yhteenlasketusta rangaistuksesta vaan ainoastaan muusta kuin jäännösrangaistuksesta, siis lähinnä koeaikana tehdystä uudesta rikoksesta tuomitusta ehdottomasta vankeusrangaistuksesta. Tämän murtoosan lisäksi oli suoritettava yksi kuukausi jäännösrangaistusta tai, jos jäännösrangaistus oli yhtä kuukautta lyhyempi, sen määrä.

RTL 2:16.3:a pidettiin yleisesti epäasianmukaisena siksi, että sen mukaan jäännösrangaistusta oli suoritettava aina korkeintaan vain yksi kuukausi riippumatta jäännösrangaistuksen pituudesta.¹⁵ Lakivaliokunnan mukaan tämä ei ollut hyväksyttävää rangaistusten täytäntöönpanojärjestelmän yleisen uskottavuuden kannalta.¹⁶ Lukuisissa asiantuntijalausunnoissa esitetystä kritiikistä huolimatta lakivaliokunta hyväksyi HE:ssä ehdotetun perusratkaisun (= yhteisen ran-

¹⁴ Oikeastaan mainitussa lainkohdassa säädettiin vangin mahdollisuudesta päästä uudestaan ehdonalaiseen vapauteen sen jälkeen, kun hän oli menettänyt ehdonalaisen vapautensa koeaikana tekemänsä uuden rikoksen johdosta. Huomion arvoista on, ettei uudessa lainsäädännössä ole erityisiä säännöksiä *uudestaan* ehdonalaiseen vapauteen pääsemisestä. Sovellettaviksi tulevat siten normaalit RL 2 c luvun säännökset.

Jäännösrangaistusta voidaan määrätä pantavaksi täytäntöön myös ”käytösrikkomuksen” perusteella. Ehdonalaisen vapauden valvonnasta annetun uuden lain (782/2005) 10 §:n mukaan valvottavan velvollisuuksien törkeä rikkominen voi johtaa siihen, että tuomioistuin määrää syyttäjän vaatimuksesta jäännösrangaistusta pantavaksi täytäntöön vähintään neljä ja enintään 14 päivää. Ks. HE 262/2004 vp s. 61 ja 72 ja Lakivaliokunnan mietintö (LaVM) n:o 9/2005 vp s. 13–14.

¹⁵ Ks. myös HE 262/2004 vp s. 25 ja LaVM 9/2005 vp s. 8.

¹⁶ Ks. LaVM 9/2005 vp s. 8.

gaistuksen määrittämisen) ja piti uudenlaista tapaa täytäntöönpanavan jäännös-rangaistuksen pituuden määrittämiseksi merkittävänä uudistuksena, joka palauttaa jäännös-rangaistuksen todelliseksi osaksi rikosoikeudellista seuraamusjärjestelmää. Menettely sallii valiokunnan mukaan tarvittavan joustavuuden, jolloin tuomioistuimien voi täytäntöönpanavan jäännös-rangaistuksen pituutta määrätessään ottaa huomioon kaikki siihen vaikuttavat seikat. Siten jäännös-rangaistuksen täytäntöönpano voi merkitä myös pitkiä rangaistusaikoja. Joustavuudessaan uudistus on lakivaliokunnan mielestä omiaan parantamaan jäännös-rangaistusta suorittavien keskinäistä yhdenvertaisuutta.¹⁷

Omasta puolestani on kyllä vaikeata nähdä, miten erittäin merkittävä tuomioistuinten harkintavallan lisääminen edistää tuomittujen yhdenvertaisuutta. Täytäntöönpantava jäännös-rangaistus olisi HE:n perustelujen mukaan vastaisuudessa aiemmasta poiketen ”suhteessa edeltäneestä rangaistuksesta suorittamatta olevaan osaan”.¹⁸ Täytyy valitettavasti todeta, että tämä suhteellisuus on, lakivaliokunnan RL 2 c:14:ään tekemien täsmennysten jälkeenkin, jäämässä kovin epämääräiseksi, kun sen on ajateltu toteutuvan yhteisen rangaistuksen määrittämisen avulla.

2. RL 2 c:14.1:ssa viitataan yhteisen rangaistuksen määrittämisen osalta RL 7 lukuun. Keskeisin on nyt kysymys yhteisen rangaistuksen mittaamisesta. Siitä on RL 7 luvussa vain 5 §:n varsin suurpiirteinen säännös. Sen 2 momentin mukaan yhteistä rangaistusta mitattaessa lähtökohdaksi on otettava siitä rikoksesta tuomittava rangaistus, josta tuomioistuimen harkinnan mukaan olisi tuleva ankarin rangaistus, sekä mitattava rikoksista yhteinen rangaistus siten, että se on oikeudenmukaisessa suhteessa myös rikosten lukumäärään, vakavuuteen ja keskinäiseen yhteyteen. Lisäksi momentissa mainitaan RL 6 luvun säännösten huomioon ottamisesta.

Jonkinasteista yhtenäisyyttä mittaamiseen saadaan noudattamalla jo ennen yhtenäisrangaistusjärjestelmään siirtymistä käytännössä vakiintunutta ns. kolmasosalisäystä: ottamalla pohjaksi ankarin (ajatuksissa) tuomittava yksikkörangaistus ja lisäämällä siihen kolmasosa muista (ajatelluista) yksikkörangaistuksista.¹⁹ Yhteisen vankeusrangaistuksen minimin ja maksimin rajat on säädetty puolestaan RL 7:2:ssa. Näissä puitteissa olisi siis toimittava myös määrättäessä jäännös-rangaistusta uuden RL 2 c:14:n nojalla täytäntöön pantavaksi.

¹⁷ Ks. LaVM 9/2005 vp s. 8.

¹⁸ Ks. HE 262/2004 vp, s. 51.

¹⁹ Ks. yhteisen vankeusrangaistuksen mittaamistekniikasta esim. Viljanen 1992 s. 91–99.

Lakivaliokunta lisäsi HE:ssä ehdotettuun pykälän 1 momenttiin kuitenkin täsmennyksen, jonka mukaan jäännösrangaistusta ei ole pidettävä RL 7:5.2:ssa tarkoitettuna ankarimpana rangaistuksena.²⁰ Jäännösrangaistus ei siten voi olla ns. pohjarangaistus eli sellainen ankarin rangaistus, joka otetaan yhteisen rangaistuksen mittaamisen lähtökohdaksi. Valiokunta huomautti jäännösrangaistuksen kohdalla voivan olla kyse useita vuosia sitten tehdystä rikoksesta, joten RL 7:5:n mittaamissäännösten soveltaminen ei voi täytäntöönpanavan jäännösrangaistuksen pituutta määrättäessä olla samanlaista kuin varsinaista yhteistä rangaistusta mitattaessa. Jäännösrangaistuksesta täytäntöönpanavan määrän mittaaminen on valiokunnan mukaan aina tietyllä tavalla liitännäinen kysymys suhteesta uuteen, koeaikana tehtyyn rikokseen.²¹

Lakivaliokunnan RL 2 c:14:n 1 momenttiin lisäämä kielto käyttää jäännösrangaistusta RL 7:5.2:ssa tarkoitettuna pohjarangaistuksena poisti epäilemättä yhden ongelman. HE:n perusteluissa mainittu ”suhteellisuus” olisi nimittäin toteutunut HE:ssä ehdotetun säännöksen mukaisessa menettelyssä varsin huonosti. Määrättäessä jäännösrangaistus pantavaksi täytäntöön kokonaisuudessaan ja noudatettaessa kolmasosasääntöä jäännösrangaistus olisi vaikuttanut yhteisen rangaistuksen pituuteen tosiasiaassa joko kolmasosallaan tai koko määrällään riippuen siitä, kumpi olisi ollut ankarampi, uudesta rikoksesta tuleva (ajateltu) yksikkösrangaistus vai jäännösrangaistus.

Mutta ongelmaton ei säännös ole tältä(kään) osin edes lakivaliokunnan tekemän täsmennyksen jälkeen. Jäännösrangaistuksen määrääminen pantavaksi täytäntöön *kokonaisuudessaan* ei täsmennyksen jälkeenkään välttämättä merkitse, että se lisäisi vankeusrangaistuksen pituutta koko määrällään.²² Yhteisestä rangaistuksesta tai – näin oletan – tuomion perusteluistakaan ei tule näkymään, mikä jäännösrangaistuksen todellinen vaikutus tuomion pituuteen on ollut. Kun tuomioistuimien määrää jäännösrangaistuksen pantavaksi täytäntöön, sen on RL 2 c:14.4:n mukaan kuitenkin ilmoitettava täytäntöön pantavan jäännösrangaistuksen (tai sen osan) pituus. Ilmoitus, jonka mukaan ”jäännösrangaistus pannaan täytäntöön kokonaisuudessaan”²³ tulee siten useimmiten olemaan harhaanjohta-

²⁰ Lakivaliokunta teki myös sellaisen lisäyksen, että jäännösrangaistus voidaan määrätä pantavaksi täytäntöön (vain) *syyttäjän vaatimuksesta*. Valiokunnan mukaan akkusatorinen menetelmä edellyttää tällaista, ja lisäksi parantaa sen mielestä myös syytetyn asemaa oikeudenkäynnissä. Ks. LaVM 9/2005 vp s. 9.

²¹ Ks. LaVM 9/2005 vp s. 8.

²² Vastaava ongelma on RL 2 b:5:ssä tarkoitettussa ehdollisen vankeuden täytäntöönpantavaksi määräämisessä.

²³ Kyseenalaista on, onko tällainen ilmoitus lain edellyttämän mukainen vai tulisiko jäännösrangaistuksen pituus tässäkin tapauksessa ilmoittaa aikayksikköinä tyyliin ”6 kuukauden 25 päivän mittainen jäännösrangaistus pannaan täytäntöön kokonaisuudessaan”.

va.²⁴ Voi käydä niinkin, että tuomioon sisällytetystä sanotunlaisesta ilmoituksesta huolimatta yhteinen rangaistus on lyhyempi kuin pelkkä jäännösrangaistus!

RL 2 c:14:n 3 momentin mukaan tuomioistuin voi myös määrätä jäännösrangaistuksen täytäntöönpantavaksi vain osaksi, jolloin ehdonalainen vapaus jatkuu entisin koeajoin. Yhteinen rangaistus olisi tässä tapauksessa kaiketi määrättävä uudesta rikoksesta ja täytäntöönpantavaksi määrätystä jäännösrangaistuksen osasta.²⁵ Esimerkki valaiskoon asiaa: Jäännösrangaistus on 6 kk ja koeaikana tehdyn uuden rikoksen katsotaan erikseen arvioituna ansainneen 10 kk:n vankeusrangaistuksen. Tuomioistuin harkitsee oikeaksi määrätä täytäntöönpantavaksi jäännösrangaistuksesta 3 kk. Se tuomitsee tästä 3 kk:n jäännösrangaistus-osasta ja em. 10 kk:n ajatellusta rangaistuksesta yhteisen 11 kk:n ehdottoman vankeusrangaistuksen ja ilmoittaa määränneensä jäännösrangaistuksesta pantavaksi täytäntöön 3 kk.²⁶ Paikallaan olisi ilmoittaa myös edelleen jäljelle jäävän jäännösrangaistusosan pituus. Samaa jäännösrangaistusta koskevista mahdollisista useammista osittaisista täytäntöönpanomääräyksistä voitaisiin silloin havaita, ovatko tuomioistuimet tehneet ratkaisunsa toisistaan tietoisina. Tiedolla tai sen puutteella voi epäilemättä olla merkitystä, kun tuomioistuin harkitsee jäännösrangaistuksen täytäntöönpantavaksi määräämisen tarpeellisuutta.

3. Jäännösrangaistuksen osittaisen täytäntöönpanpantavaksi määräämisen mahdollisuutta on syytä verrata ehdollisen vankeuden osittaiseen täytäntöönpanomääräykseen. Ehdollisesta rangaistuksesta annetun lain 4 §:n 1 momentin 2. virkkeessä, sellaisena kuin pykälä oli yhtenäisrangaistusjärjestelmään siirtymisen yhteydessä muutetussa muodossaan (L 700/1991), säädettiin: ”Jos ehdollisesta rangaistuksesta määrätään pantavaksi täytäntöön vain osa, tuomioistuimen on päätöksessään mainittava edelleen ehdolliseksi jäävän rangaistuksen pituus ja koetusajan päättymispäivä.” Tällaista säännöstä pidettiin tarpeellisena sen vuoksi, että samaa vastaajaa koskevia rikosjuttuja samoihin aikoihin käsittelevät eri tuomioistuimet voivat toisistaan tietämättä määrätä pantavaksi täytäntöön osan samasta ehdollisesta rangaistuksesta. Jos näin on käynyt, HE:n tulkintaohjeen mukaan ”samanaikaisesti tuomioistuinten toisistaan tietämättä määräämistä eh-

²⁴ Harhaanjohtava tällainen ilmoitus on jo siltäkin osin kuin ilmoitetaan, että jäännösrangaistus pannaan täytäntöön kokonaisuudessaan. Näinhän ei tosiasiaassa juurikaan tapahdu, koska tuomittu päästetään aikanaan uudestaan ehdonalaiseen vapauteen. Aikaisempi terminologia, ehdonalaisen vapauden julistaminen menetetyksi, oli mielestäni parempi.

²⁵ Ks. ehdollisen vankeuden osittaisen täytäntöönpanomääräyksen osalta vastaavasti Viljanen 1992 s. 183.

²⁶ RL 2 c:14.4:n sanamuodosta huolimatta lienee tuomioistuimen asiallisempaa ilmoittaa, että jäännösrangaistus tai sen tietyn mittainen osa *määrätään pantavaksi täytäntöön* (eikä: pannaan täytäntöön).

dollisen rangaistuksen osista olisi tuolloin ilmeisestikin pantava täytäntöön vain pisin niistä”.²⁷ Huomattakoon, että RL 2 b:5 ei sisällä vastaavanlaista säännöstä.

Ongelmatilanteet eivät kylläkään ole selvitettävissä niin yksinkertaisesti kuin sanotusta HE:n tulkintaohjeesta voitaisiin päätellä. Syynä on se, että täytäntöön-pantavaksi määrätty osat ehdollisesta rangaistuksesta sisältyvät yhteisiin ehdot-tomiin vankeusrangaistuksiin, jotka muilta osin koostuvat eri rikosten rangais-tuksista. Eivät eri tuomioistuimet sentään tuomitse samasta rikoksesta, vaikka olisivatkin tietämättömiä toistensa suhtautumisesta syytetyn aikaisempaan eh-dolliseen rangaistukseen. Ei siten ole mitenkään mahdollista noin vain sivuuttaa sitä tuomiota, jolla on määrätty pantavaksi täytäntöön pienempi osa aiemmasta ehdollisesta tuomiosta. Yhteisestä rangaistuksesta ei myöskään voida yksinker-taisesti poistaa siihen sisältyvää aiemman ehdollisen rangaistuksen osuutta, kos-ka mistään ei näy, missä määrin se on tuomion kokonaispituuteen vaikuttanut.

Jos tarkoitettunlaisessa tilanteessa ylipäänsä on jotakin korjaamisen aihetta, korjauksen täytyy tapahtua muutoksenhaun kautta. Pelkin täytäntöönpanoviran-omaisen toimin sitä ei ole mahdollista tehdä. Korjausta välttämättä vaativa tilan-ne on käsillä siinä tapauksessa, että eri tuomioistuimet ovat määränneet samaa ehdollista rangaistusta pantavaksi täytäntöön yhteensä enemmän kuin koko eh-dollisen vankeusrangaistuksen määrän.²⁸

Eri tuomioistuimet voivat vastaavalla tavalla määrätä samaa jäännösrangais-tusta pantavaksi täytäntöön enemmänkin kuin sen koko määrän. Kun aikaisem-man lainsäädännön mukaan tuomioistuimen käytettävissä oli vain kaksi vaihto-ehtoa, joko määrätä ehdonalainen vapaus kokonaan menetetyksi tai sitten olla määräämättä sitä lainkaan menetetyksi, voitaneen olettaa, että nämä ovat vastai-suudessakin yleisimmin käytettävät vaihtoehdot osittaisen täytäntöönpanomää-räyksen mahdollisuudesta huolimatta. Siten tarkoittamani ongelmatilannekin tulee esiintymään useimmiten siinä muodossa, että sama jäännösrangaistus on määrätty pantavaksi täytäntöön kokonaisuudessaan useampaan kertaan.

Aikaisemmankin lainsäädännön voimassa ollessa saattoi tietysti käydä niin, että eri tuomioistuimet määräisivät saman ehdonalaisen vapauden menetetyksi. Näin ei olisi pitänyt tehdä, jos aikaisempi tällainen tuomio oli jo lainvoimainen. Jos aiempi tällainen tuomio ei myöhempää annettaessa vielä ollut lainvoimai-nen, ehdonalaisen vapauden menetetyksi julistamisessa uudelleen ei sitä vastoin

²⁷ Ks. HE Eduskunnalle rikosten yhtymistä koskevan lainsäädännön uudistamisesta, n:o 40/1990 vp s. 45.

²⁸ Ks. myös KKO 2004:15: Hovioikeus oli kahdessa tuomiossaan määrännyt A:lle tuomitut samat ehdolliset vankeusrangaistukset täytäntöönpantavaksi ja tuominut hänet yhteisiin vankeusran-gastuksiin, joihin kumpaankin oli A:n vahingoksi sisältynyt mainitut ehdolliset vankeusrangais-tukset. Tuomiot purettiin. Ks. ratkaisusta Viljanen, Pekka, oikeustapauskommentti KKO 2004:25, teoksessa KKO:n ratkaisut kommentein I/2004 s. 176–179, Helsinki 2004.

ollut mitään virhettä. Lopulta saattoi kuitenkin käydä niin, että molemmat tällaisen määräyksen sisältävät tuomiot tulivat lainvoimaisiksi. Sama lopputulos voi johtua myös tuomioistuimen tekemästä virheestä. Aikaisemmassa järjestelmässä tästä ei kuitenkaan aiheutunut suurempaa ongelmaa: kun tuomioistuin ei mitenkään liittänyt jäännösrangaistusta koeaikana tehdystä rikoksesta tuomitsemaansa uuteen rangaistukseen, täytäntöönpanovaiheessa voitiin muutta mutkitta ottaa huomioon se tosiasia, että samaa jäännösrangaistusta ei kuulunut suorittaa enempää kuin yhteen kertaan. Tuomioita ei tarvinnut ryhtyä mitenkään korjaamaan esim. purkuteitse.

Uuden RL 2 c:14:n mukainen jäännösrangaistuksen sisällyttäminen yhteiseen rangaistukseen ei mahdollista enää virheiden korjaamista mainitulla yksinkertaisella tavalla. Lakivaliokunta huomautti mietinnössään, että syyttäjän tulee selvittää rikosasiain käsittelyjärjestelmästä, onko samalla henkilöllä samanaikaisesti jossakin muualla käsiteltävänä muitakin rikosasioita, joissa voi tulla esille kysymys saman jäännösrangaistuksen määramisestä pantavaksi täytäntöön. Koska syyttäjillä on kyselyoikeus poliisin tietojärjestelmään, heillä on mahdollisuus saada tietoa myös sellaisista asioista, jotka ovat vasta tulossa syyteharkintaan. Tällaisella syyttäjän selvittelyvelvollisuudella voidaan lakivaliokunnan mielestä mahdollisimman pitkälle pyrkiä turvaamaan se, että tuomioistuimet eivät samaan aikaan määrää samaa jäännösrangaistusta pantavaksi täytäntöön. Näin voidaan välttää mahdollisten purkutilanteiden syntymistä.²⁹

Tuomionpurkua edellyttävien tilanteiden syntyminen on keskeinen syy, jonka takia yhteisen rangaistuksen määramistä ei olisi tullut RL 2 c:14:ään sisällyttää. Ja tilanteita syntyy lakivaliokunnan hurskaista toiveista huolimatta. Aikaisempi tuomio saattaa esim. muutoksenhaun takia olla lainvoimaa vailla siinä vaiheessa, kun uutta tuomiota ollaan antamassa. Molemmissa tuomittavina olevat rikokset voivat olla samana koeaikana tehtyjä. Myöhemmin tuomitsevan tuomioistuimen ei pidä omassa ratkaisussaan ruveta arvailemaan, miten muutoksenhakutuomioistuin tulee aiemmasta tuomiosta tehtyä valitusta käsitellessään suhtautumaan kysymykseen jäännösrangaistuksen täytäntöönpanosta. Näin ollen syntyy väistämättä tilanteita, joissa sama jäännösrangaistus määrätään pantavaksi täytäntöön useampaan kertaan. Usein ne voidaan tietysti korjata normaalin muutoksenhaun kautta, mutta ei aina.

4. RL 2 c:14:n 2 momentin mukaan jäännösrangaistus voidaan jättää määräämättä täytäntöön pantavaksi erityisesti silloin, jos 1) suuri osa koeajasta on suoritettu ennen kuin 1 momentissa tarkoitettu rikos on tapahtunut, 2) jäännösrangaistus on lyhyt, 3) koeajalla tehdystä rikoksesta tuomittava rangaistus on lyhyt tai 4) te-

²⁹ Ks. LaVM 9/2005 s. 9.

kijälle koeajalla tehdystä rikoksesta johtuvan tai tuomiosta aiheutuvan muun seurauksen vuoksi yhteinen rangaistus johtaisi kohtuuttomaan lopputulokseen. Säännökseen sisällytetyt harkintakriteerit ovat epätasällisia, mutta kieltämättä sellaisinakin suuntaa antavia.

Lakivaliokunnan mukaan jäännösrangaistuksesta täytäntöönpanavan osan mittaaminen voidaan hahmottaa kolmivaiheisena harkintaprosessina, jossa RL 7 luvun mittaamissäännöstö muodostaa vain lähtökohdan. Tämän jälkeen tulisi harkita sitä, olisiko jäännösrangaistus jätettävä määräämättä pantavaksi täytäntöön ottaen huomioon RL 2 c:14.2:ssa mainitut seikat. Täytäntöönpanokysymystä yksittäistapauksessa harkitessaan tuomioistuimen tulisi kiinnittää huomiota paitsi kuhunkin seikkaan erikseen myös niiden kaikkien muodostamaan kokonaisuuteen. Valiokunta korosti erityisesti, että harkinnassa tulee ottaa huomioon se koeajan osa, joka on kulunut ilman rikoksia, koska näin ehdonalaisissa vapaudessa olevaa henkilöä voidaan kannustaa rikoksettomaan elämäntapaan. Tämän harkintavollisuuden osoitukseksi valiokunta lisäsi RL 2 c:14.1:n loppuun nimenomaisen viittauksen pykälän 2 momenttiin.³⁰

Erityisesti HE:n perusteluissa on kannettu huolta mahdollisesta sanktiokumulaatiosta eli siitä, että määrättäessä jäännösrangaistusta täytäntöön pantavaksi sama peruste, rikoksen uusiminen, voi koventaa rangaistusta samanaikaisesti usealla eri tavalla. Tästä syystä 2 momentin 4 kohtaan otettiin erityissäännös asiasta. Sanktiokumulaation vaaran on katsottu olevan olemassa mm. tilanteessa, jossa aikaisempi rikollisuus on vaikuttanut siihen, ettei koeajalla tehdystä rikoksesta tuomita ehdollista vaan ehdotonta vankeutta, tai jossa tekijän aikaisempi rikollisuus on vaikuttanut koventamisperusteena.³¹

Sanktiokumulaatio on kuitenkin vain yksi mahdollinen näkökulma kyseisiin tilanteisiin. Omasta puolestani korostaisin sitä, että ehdonalaiseen vapauteen pääseminen merkitsee tuomitulle erittäin huomattavaa helpotusta verrattuna siihen, mitä tuomioistuin oikeastaan on tuominnut. Se, että tämän edun voi menettää, jos koeaikana, joka on pääsääntöisesti jäännösrangaistuksen pituinen, tekee uuden tietynlaisen rikoksen, on edellä sanottu huomioon ottaen vain luonnollista. Systeemiin nimenomaan kuuluu, että koeaikana tehdystä rikoksesta voi aiheutua ankarakin kokonaisseuraamus. En siis puhuisi niinkään sanktiokumulaatiosta kuin myönnetyn edun menettämisestä tilanteessa, jossa tuomittu ei ole noudattanut niitä ehtoja, jotka hänelle etua myönnettäessä asetettiin. Tässä on merkittävä näkökulmaero.

³⁰ Ks. LaVM 9/2005 vp s. 8–9.

³¹ Ks. HE 262/2004 vp s. 51–52.

LOPUKSI

On mielestäni hämmästyttävää, että RL 2 c:14 hyväksyttiin edellä tarkastellun muotoisena, vaikka yhteisen rangaistuksen määrittämiseen liittyvät ongelmat olivat tiedossa. Tarjolla olisi ollut huomattavasti yksinkertaisempia ratkaisumalleja, jotka olisivat myös taanneet paremmin tuomitsemiskäytännön yhtenäisyyden.

Ehdonalaisen vapauden menettämisen/jäännösrangaistuksen täytäntöönpantavaksi määrittämisen tulisi merkitä sananmukaisesti sitä, että tuomittu joutuu suorittamaan sen rangaistusosan, joka jäi suorittamatta hänen päästessään ehdonalaiseen vapauteen. Aiempi järjestelmä oli kaukana tästä ajatuksesta, ja kauaksi siitä jää myös RL 2 c:14:n mukainen sääntely.

Täytäntöönpantavaksi määrätty jäännösrangaistus tai sen osa tulisi laskea, täytäntöönpanovaiheessa, täysin määrin yhteen koeaikana tehdystä rikoksesta ja muista mahdollisesti samalla kertaa tuomittavista rikoksista määrättävän yhteisen vankeusrangaistuksen kanssa. Jäännösrangaistusta ei siis tulisi sisällyttää tähän yhteiseen rangaistukseen, koska ei ole mitään asiallista perustetta myöntää jäännösrangaistukseen sellaista lievennystä, mitä sen sisällyttäminen yhteiseen rangaistukseen säännönmukaisesti merkitsee.

Mahdollisen uuden ehdonalaisen vapauttamisen edellyttämät määräosat (1/2 tai 2/3) voitaisiin laskea uuden rangaistuksen ja täytäntöönpantavaksi määrätyn jäännösrangaistuksen (tai sen osan) summasta. Toinen mahdollisuus olisi määräosien laskeminen pelkästään uudesta rangaistuksesta, jolloin täytäntöönpantavaksi määrätty jäännösrangaistus tai sen osa olisi suoritettava ensin täysimääräisesti.

Markus Wahlberg

Relatiivisten rangaistusteorioiden kritiikistä Bernerillä ja Ehrströmillä

Haavemaailmassa voidaan kuvitella maapalloistuva poikkeavaa käyttäytymistä sääntelevä yhteisöjen verkosto, jonka ”siteenä ja substanssina on omatunnon-tarkkuuden ja hyvien tarkoitusten vastavuoroinen valvonta ja iloitseminen tästä keskinäisestä puhtaudesta, mutta ennen kaikkea voipumus tämän itsensä tietämissen ilmaisemisen kirkkaudesta sekä rauhoituksen ja hoivan ihanuudesta”.¹ Näiden kauniiden sielujen eettinen verkosto olisi nykyisen rikosoikeudellisen kontrollikoneiston ja erityisesti vankilalaitoksen totaalinen vastakohta. On helppo mieltää tämänkaltaisen hoivaideologian yhtäkkisen toteuttamisen reaaliset seuraukset nyky-yhteiskunnassa. Muun muassa tämän vuoksi lienee tunnustettava, että modernissa markkinatalousyhteiskunnassa oikeusvaltiollinen rikosoikeusjärjestelmä on tarpeen niin kauan kun ei ole parempaa keinoa järjestyneen yhteiskuntaelämän takaamiseksi.²

Nykyjärjestelmä tarvitsee radikaalitkin kriitikkonsa. Tämähän on kaiken modernin, ja kait jälkimoderninkin, välttämätön edellytys: kultivoitunut, enemmän tai vähemmän juuriin menevä kriittinen järki. Seuraavassa en keskity uudempaan rangaistusteoreettiseen keskusteluun. Sen sijaan kuvaan suomalaisen juuriin menneen teoreetikon *Karl Gustaf Ehrströmin* vuoden 1860/61 rikosoikeuden yleisten oppien Berner-luennoillaan esittämän relatiivisten rangaistusteorioiden kritiikin.³ Ehrström oli hegeliläinen ja rikosoikeusteoriassaan valtaosin riip-

¹ Hegel, G.W.F.: Oikeusfilosofian pääpiirteet. Suomentanut Markus Wahlberg. Oulu 1994 s. 152 (OF).

² Ks. ja vrt. Frände, Dan: Yleinen rikosoikeus. Helsinki 2005 s. 19–21. Fränden mukaan rangaistusteoreettiset kysymykset on käsiteltävä useammalla tasolla, jotka hänen esityksessään muodostuvat kriminalisoinnista, konkreettisesta rangaistuksesta ja rangaistusten täytäntöönpanosta (s. 20–30). Säilyttään ”pragmaattis-rationalistisemman” perustelun rikosoikeuden käytölle esittää Lappi-Seppälä, Tapio: Miksi rikosoikeus? Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. Toim. Ari Hirvonen. Helsinki 1994 s. 19–82. Myös Lappi-Seppälä, mts. 26, tähdentää monitasoajattelun merkitystä rikosoikeuden käytön oikeutuksessa.

³ Ehrströmin elämästä ja tuotannosta ks. Wahlberg, Markus (red.): Karl Gustaf Ehrström. Föreläsningar över straffrättens allmänna läror. Helsingfors 1994 s. 1–45 ja s. 225–233. Myös Ehrströmin professorinväitös *Om principen för fängelsestraffets ordnande* (Helsingfors 1859) tulee jatkossa jossakin määrin huomioon otetuksi.

puvainen saksalaisista esikuvistaan, erityisesti *Christian Reinhold Köstlinistä* (1813–1856)⁴ ja *Albert Friedrich Berneristä* (1818–1907). Ehrström oli kyllä hyvitysopillisessa parannusidealismissaan ja sen perusteluissa itsenäinen ajattelija, mutta ylivertainen esikuva hänen rangaistusteoriaansa muodostumiselle oli juuri Berner, joka vuonna 1845 julkaisi perustaltaan hegeliläisen ja myös pohjimmiltaan muuttumattomana pysyneen rangaistusteorioiden fenomenologiansa.⁵ Valotan asian aatehistoriallista taustaa hieman tarkemmin.

RANGAISTUSTEORIOIDEN ESITYKSEN FENOMENOLOGINEN METODI

Fenomenologista metodia Hegelillä ja sen rangaistusteoreettista sovellusta Bernerillä luonnehdin kohta jäljempänä. Kysymme ensin:

Kuka oli Albert Friedrich Berner?

Albert Friedrich Berner syntyi 30.11.1818 Uckermarkin Strasburgissa. Hänen isänsä oli tämän preussilaisen pikkukaupungin tuomari, myöhemmin oikeusneuvos. Berner kävi Berliinin ranskalaisen kymnaasin, minkä jälkeen hän opiskeli filosofiaa ja juridiikkaa Berliinin yliopistossa. Berner valmistui juristiksi ja promovoitiin vuonna 1842. Opponenttina oli toiminut hänen läheinen ystävänsä, sittemmin intressilainopiksi kutsutun oikeudellisen ajatussuuntauksen perustaja *Rudolf von Jhering*.⁶ Berner toimi aluksi Berliinin yliopistossa yksityisdosenttina, sitten vuodesta 1848 apulaisprofessorina ja nimitettiin vuonna 1861 rikosoikeuden vakinaiseksi professoriksi. Bernerin pitkä ja vaikuttava ura professorina oli kestänyt yhteensä yli 50 vuotta hänen jäädessä eläkkeelle vuonna 1899.⁷

⁴ Köstlinin rikosoikeusteorian esikuvavaroista ks. Wahlberg, Markus: Den finska straffrättsvetenskapens födelse I. Helsingfors 2003 s. 170–209.

⁵ Entwurf zu einer phänomenologischen Darstellung der bisherigen Straftheorien, somit zu einer begriffsmässigen Vereinigung der relativen Theorien mit der absoluten. Archiv des Criminalrechts. Neue Folge. Jahrgang 1845. Erstes Stück. s. 144–171 (BE). Berner täydensi kritikoitavaa henkilögalleriaansa vuonna 1857 ilmestyneessä teoksessa Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1857 (BL). Olennainen ajatuskulku ja pääpiirteinen jäsenyys on kuitenkin sama sekä artikkelissa että opikirjassa. Rikosoikeuden käytön eettisen perustelun painoarvoa Bernerillä kuvaa se, että filosofisen ja historiallisen esityksen supistaminen ja uuden positiivioikeudellisen normiston vahvempi syntetisointi tapahtui vasta pitkään Saksan valtakunnanrikoslain säätämisen (1871) jälkeen kirjan 13. ja 14. painoksissa, mihin Berner itsekin viittaa 15. painoksen (1886) esipuheessa s. VII–VIII.

⁶ Von Jheringistä ks. Nuotio, Kimmo: Rudolf von Jhering – oikeus yhteiskunnan elinehtoja suojaamassa. Filosofien oikeus I. Toim. Jarkko Tontti & al. Saarijärvi 2001 s. 285–311.

⁷ Perustavan, joskin filosofisessa suhteessa naiivin kuvan Bernerin tuotannosta, erityisesti rangaistusteoriasta saa artikkelista Aure, Andreas Harald: Theorie der Strafe bei Albert Friedrich

Jo Hegelin eläessä ja varsinkin hänen vuonna 1831 tapahtuneen kuolemansa jälkeen Preussin taantumuksellisen hallituksen nimityspolitiikka oli pyrkinyt takaamaan sen, ettei valtiota ja uskontoa arvostelleille, liberaalisti tai radikaalisti ajatteleville hegeliläisille avautuisi etenemismahdollisuuksia yliopistossa ja valtionhallinnossa.⁸ Maltillisempi hegeliläisyys oli kuitenkin saavuttanut Berliinin yliopistossa merkittävän aseman, jota toteutettiin myös vuonna 1826 Hegelin ja hänen oppilaittensa perustaman ”Tieteellisen kritiikin seuran” ja sittemmin 1843 perustetun ”Filosofisen yhdistyksen” toiminnan kautta. Kaikki Bernerin filosofian opintojen ohjaajat olivatkin hegeliläisiä ja itse Hegelin välittömiä oppilaita. *Karl Ludvig Michelet*, joka katsoi kuuluvansa yhdessä *J. V. Snellmanin* kanssa Hegelin koulukunnan ”keskustaan”⁹, oli opettanut Bernerille luonnonfilosofiaa, ”oikeistolaisemmin” suuntautunut *Georg Andreas Gabler* puolestaan fenomenologiaa ja ideologisissa kiistakysymyksissä neutraalimpi *Karl Werder* logiikkaa.¹⁰

Engisch mainitsee Bernerin juridiikan opettajiksi *Friedrich Carl von Savignyn* ja rikoslainoppinut *August Wilhelm Heffterin*.¹¹ Näiden konservatiivisten oikeusoppineiden opetuksen vastapainona Bernerin liberaalisen ja humanin rikosoikeusideologian muodostumiselle oli merkittävää, että hän sai oikeusfilosofian opettajakseen hegeliläisen *Eduard Gansin*, jota voidaan pitää liberaalisen ja ”vasemmistolaisen” Hegel-tulkinnan perustanlaskijana.¹²

Berner. Forum historiae iuris. Erstveröffentlichung 16.2.2002. <http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/zitat/0204aure.htm>. Seikkaperäisemmin Bernerin koko tuotannon analysoi Engisch, Irmgard: *Das Strafrechtliche Lebenswerk Albert Friedrich Berners*. Inauguraldissertation. Ruprecht-Karls-Universität. Heidelberg 1952. Ks. myös Landsberg, Ernst: *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*. Dritte Abteilung. Zweiter Halbband. München und Berlin 1910 s. 680–687.

⁸ Hegelin koulukunnasta 1830- ja 1840-luvuilla eri ryhmittymiseen ja kiistakysymyksiin ks. Jaeschke, Walter: *Hegel Handbuch. Leben – Werk – Wirkung*. Stuttgart 2005 s. 501–537, ja Oikeusfilosofia-teoksesta oppilaiden käsissä 1820-luvulta 1860-luvulle ks. OF:n johdantokirjotustamme s. 24–34.

⁹ Rein, Thiodolf: *Juhana Vilhelm Snellman I*. 4. p. Keuruu 1981 s. 244.

¹⁰ Aure 2002 reunanumero 41. Lisäksi reunanumero 29 av. 36 mukaan Berner seurasi myös myöhemmässä elämässään konfirmaatio-opettajansa F. D. Schleiermacherin etiikan opetuksia samoin kuin tämän ”poliittisten periaatteiden antirevolutionaarista liberalismia”. Määrittely soveltuu myös Hegeliin, vaikka hän Schleiermacherin tunnepainotteista etiikkaa ja uskonnonfilosofiaa ankarasti arvostelikin. Ks. esim. OF s. 290.

¹¹ Engisch 1952 s. 14. Konservatiivisesta von Savignystä ja historiallisesta oikeuskoulusta ks. Nousiainen, Kevät: F. C. von Savigny ja ”historiallinen koulu”. *Filosofien oikeus I*. Saarijärvi 2001 s. 249–271 ja Backman, Eero: *Oikeustiede yhteiskuntatieteenä*. Helsinki 1992 s. 24–31. Heffter puolestaan kirjoitti mm. oppikirjan *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*. 1833. Teoksessa vertaillaan yleissaksalaisen oikeuden perinteeseen yhdistettynä tuolloisia partikulaarioikeuksia (*Landesrechte*). Heffteristä lyhyesti Wahlberg, 2003 s. 495 viittauksineen, ja yleissaksalaisesta rikosoikeudesta sama s. 57–58.

¹² Gansista Hegelin oikeusfilosofian omaksujana, kriitikkona ja kehittäjänä ks. OF:n johdantokirjoitustamme s. 26–30. Kun juutalainen Gans sai viimein vuonna 1825 nimityksen Berliinin yli-

Tässä ei ole mahdollisuuksia Bernerin rikosoikeudellisen kokonaistuotannon lyhyeenkään läpikäyntiin.¹³ Seuraava yleinen huomio on syytä tehdä. Kaikki ennen vuonna 1857 ilmestynyttä *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*ä syntyneet monografiat ja pitemmät artikkelit tulivat syntetisoiduiksi tähän oppikirjaan, jota Berner sitten muuttuvan lainsäädännön ja oikeuskäytännön myötä työsti aina vuonna 1898 ilmestyneeseen 18. painokseen asti. Teoksen perusrakenne samoin kuin yleisten oppien käsitesisällöt ja periaatteet säilyvät suuristakin lainsäädäntömuutoksista – erityisesti Saksan valtakunnan rikoslain voimaantulosta 1871 – huolimatta substanssiltaan järkkymättä. Vielä oppikirjansa 18. painoksessa nyt jo 80-vuotias rikosoikeusoppinut kirjoittaa: ”Tekijä on pyrkinyt oppikirjansa läpikotaiseen filosofiseen konstruktion. Hän on rajoittunut uudempien lakikirjojen esityksessä pääpiirteisiin ja tarjonnut puuttuvan yksityiskohtaisuuden sijasta rikosoikeuden filosofisten ja historiallisten elementtien kehittelyn” (BL s. 59).

Kuinka olisi käynyt, jos Berner olisi valinnut Hegelin ja hegeliläisyyden sijasta varsinaisten juridiikan opettajiensa von Savignyn ja Heffterin ideologian ja metodit ja rajoittanut tarkastelunsa vain historialliseen ja paikalliseen tai vain partikulaarisen voimassa olevan normiston vertailuun? Kysymys on tietenkin spekulatiivinen. Berner ei näitä metodeja valinnut. Hän ei suinkaan väheksynyt historiallisen aineiston käyttöä. Mutta historiallinen oikeuskoulu ja Heffterin yleissaksalaisen oikeuden traditioon nojautunut ”empiirisesti” vertaileva metodi nimenomaan rajoitti tarkastelunsa historiallisesti erityiseen ja paikalliseen ja pyrki jopa kiistämään yleisen oikeushistorian ja filosofisen rikosoikeustieteen mahdollisuuden.¹⁴ Berner puolestaan hahmotti hegeliläis-gansilaisen esikuvan mukaan rikosoikeuden ja rikosoikeustieteen universaalihistoriaa.¹⁵ Historiallista koulua ja sen metodeja Berner luonnehti ”muinaismuistokaupusteluksi”, ”elämästä vetäytymiseksi” ja ”ylhäisen pilkalliseksi filosofian torjunnaksi”.¹⁶ Selvää tietenkin on, ettei mikään vuonna 1857 ensipainoksena julkaistu rikosoikeuden oppikirja olisi voinut elää tällaisella ”muinaismuistokaupustelulla” 18. painok-

opiston varsinaiseksi professoriksi, niin von Savigny vetäytyi vastalauseeksi oikeustieteellisen tiedekunnan kokoustyöskentelystä. Tuolloinen kruununprinssi, tuleva Preussin kuningas Friedrich Wilhelm IV, osoitti ymmärtämystä von Savignylle: ”...joutsen ja hanhi eivät ui samassa lammessa.” Mts. 27.

¹³ Aure 2002 reunanumerot 31–40 listaa Bernerin tärkeimmät rikosoikeudelliset teokset. Ks. myös Wahlberg 2003 s. 492–493, jossa luettelen Bernerin aivan keskeisimmän tuotannon.

¹⁴ BL s. 1–3. Myös Ehrströmin tuomio Heffterin järjestelmästä ja rangaistusteoriasta on suorastaan tyly: Heffter sanoo lähtevänsä oikeudenmukaisuuden periaatteesta (ns. *Gerechtigkeitsstheori*). Mutta tämä järjestelmä on itse asiassa hybridi eikä siten mikään järjestelmä lainkaan, vaan ”perustuu mielivaltaisiin olettamuksiin”. Ks. Wahlberg 1994 s. 56.

¹⁵ Ks. erit. BL s. 41–87.

¹⁶ Landsberg 1910 s. 685.

seen – ja vaikutuksiltaan itse asiassa pitkälle 1900-luvun puolelle.¹⁷ ”Käsitteen mukainen” filosofinen konstruktio siis voitti. Mutta miten se itse asiassa syntyi? Seuraavassa tarkastelen asiaa yksinomaan relatiivisten rangaistusteorioiden kritiikin kannalta ja siten hyvin abstraktisesti, rikosoikeusjärjestelmän ”käsitteen mukaisista” yhteyksistä irrallaan.¹⁸

Hengen fenomenologia ja Bernerin rangaistusteoreettinen sovellus

Hengen fenomenologian luonne

Hegelin Jenassa 36-vuotiaana viimeistelemä ensimmäinen filosofinen kokonaisuus, Hengen fenomenologia, valmistui Napoleonin joukkojen tulviessa kaupunkiin. Kirja saatiin vaikeuksien kautta painoon ja julki vuonna 1807.¹⁹ Teoksen ajatussisältö on runsaudessaan ja monitahoisuudessaan suorastaan pakahduttava ja metodi edetä asiasta toiseen aluksi hämmäntävä. Siksi on ymmärrettävää, että suomenkielinen kommentaari saa jäädä toiseen yhteyteen. Menetelmäni on seuraavassa yksinkertainen. Luonnehdin mahdollisuuksien mukaan suomenkielisen kirjallisuuden avulla muutamia yleispiirteitä Hengen fenomenologian metodista ja perusrakenteesta. Näin Bernerin ja Ehrströmin relatiivisiin rangaistusteorioihin kohdistamat kritiikit voidaan nähdä Hegelin fenomenologisen metodin sovelluksina.²⁰

Hengen fenomenologian metodi voidaan ymmärtää henkisen itsekehityksen tieksi ja tavaksi saavuttaa määrätarkoitus tällä tiellä. Perimmäistä päämäärää, järjen ideaalia ja sen absoluuttista tietämistä, ei voi tavoittaa kuin valmiiksi annettuna. Tämä merkitsee samalla, ettei Hegel tunnusta mitään elämästä ja sen

¹⁷ Sattuman leikkiä taas lienee se, että Heffterin oppikirjasta otettiin viimeinen painos juuri vuonna 1857.

¹⁸ Mainittakoon lopuksi, että viimeisen ”käsitteen mukaisiin” hegeliläisiin lähtökohtiin perustuvan artikkelinsa ”Wie kommt es, dass Adolf Merkel im Strafrecht den Determinismus vertritt” Berner julkaisi 82-vuotiaana vuonna 1900. Engisch 1952 s. 139.

¹⁹ Viittaan seuraavassa teokseen G.W.F. Hegel: *Phänomenologie des Geistes*. Werke. Hrsg. von Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel. Bd. 3. Frankfurt am Main 1986 (HFE). Ajantasainen lyhyt kommentaari runsaine, myös englannin- ja ranskankielisine sekundaarikirjallisuuskielisiin löytyy teoksesta Jaeschke 2005 s. 175–198.

²⁰ J. V. Snellmanin suojattina, oppilaana ja aikuisiän ystävänä myös Ehrström oli tietoinen Hengen fenomenologian ”johdatusluonteesta” ja erosta Hegelin myöhäistuotantoon, erityisesti itselleen tärkeään Oikeusfilosofiaan. Ks. Wahlberg 2003 s. 153–158. Ehrström kirjoitti opiskeluaikanaan sanasta sanaan muistiin Snellmanin tärkeimmän, tavallaan fenomenologisen dosenttiluennon ”Hengen olemuksesta”. Ks. J. V. Snellmanin keväällä 1843 hengen olemuksesta pitämien luentojen rekonstruktio. Toimittanut ja johdannolla varustanut Markus Wahlberg. *Oikeustiede – Jurisprudentia XXVII*. Jyväskylä 1995 s. 376–434. Ks. myös Manninen, Juha: *The Essence of Spirit*. J. W. Snellman and the Post-Hegelian Debate. *Ajatus* 38 (1980) s. 10–30, erit. s. 27.

kokemuksellisesta tiestä erillistä järjen aluetta. *Hänninen* kiteyttää asian osuvasi niin, että tieto avautuu elämän ja elämä tiedon kautta. Tahto välittää elämää ja tietoa, totuuden tahto, joka toteutuu itsekehityksen vastakohtaisten jännitteiden kautta ja ne ylittää.²¹ Jo aivan nuoruudestaan lähtien Hegel pyrki käsitteellisesti yhdistämään ja ylittämään eli ”kumoamaan” erilaisia tiedollisia ja kulttuurin kriisiä ilmentäviä dikotomioita.²² Juuri Hengen fenomenologia on tällaisten dikotomioiden – kahtiajakautumisten ja konfliktien – kumoamisen metodinen mestarinäyte ja samalla Hegelin nuoruudentuotannon päättävä huipentuma.²³

Lyhyesti ilmaistuna Hengen fenomenologia kuvaa tietämisen kehitystä välittömästä luonnollisesta tietoisuudesta itsetajunnan vähittäiseen tiedostumiseen, ymmärryksen syvenemiseen ja järkeen – hengen järjelliseen ja sosiaaliseen kehitykseen ja toimintaan, jonka kulminaatio on ”absoluuttinen tietäminen”.²⁴ Näitä tietoisuuden itsekehityksen positioita Hegel nimittää ilmenevän hengen ja sen kehityksen ”hahmoiksi”. Luonnollinen tietoisuus tarkastelee asioita – kohteitaan – vastakohtana itselleen ja tietää itsensä välittömänä vastakohtana ulkopuolisille kohteille. Tällaisella tietoisuudella Hegel tarkoittaa erilaisia perustavanlaatuisia oletuksia todellisuuden ja sen tietämisen luonteesta. Mutta kaikille näille tietoisuuden hahmoille eli ilmiöille on ominaista toisistaan enemmän tai vähemmän riippumattoman subjektin ja objektin dikotomian olettaminen, jolloin kysymys ei ole pelkästään tietämisestä ja sen tavasta vaan myös sosiaalista elämänmuodoista ja käytännöistä tietynlaisine kyseenalaistamattomine perusolettamuksineen. Kehitys näissä tietoisuuden hahmoissa toteutuu niiden immanentin eli sisäisen ristiriidan voimasta, mikä implikoi aina siirtymää tai paremminkin kumoavaa ylittymää seuraavaan hahmoon – ja lopulta kehityssarjan päätepisteessä absoluuttiseen tietämiseen. Siksi absoluuttinen tietäminen kuuluu sinänsä luonnolliseen tietoisuuteen sen immanenttina teloksena eli päämääränä.²⁵

²¹ Hänninen, Sakari: Aika, paikka, politiikka. Oulu 1981 s. 19 ja s. 23. Ks. myös Juntunen, Matti ja Mehtonen, Lauri: Ihmistieteiden filosofiset perusteet. Jyväskylä 1977 s. 26–27.

²² Ks. Mäki, Markku: Hegelin tie transsendentaalifilosofiaan. Hegel-tutkimuksia. Toim. Marja-Liisa Kakkuri ja Ilkka Patoluoto. Helsinki 1986 s. 4–5 ja laajemmin Toews, John Edward: Hegelianism. The path toward dialectical humanism. Cambridge University Press 1980 s. 13–67.

²³ Hegelillä jonkin käsitteen, asian tai näkökannan ”kumoaminen” merkitsee yleisesti sanottuna sen kieltämistä eli siihen sisältyvän pinnallisen, epätoden yms. aspektin poissulkemista mutta samalla käsitteen, asian tai näkökannan olennaisen puolen säilyttämistä ja ylittämistä uusia tiedonakteja varten. Ks. Wahlberg 2003 s. 5.

²⁴ Viimeksi mainittu termi on herättänyt paljon pahaa porua. HFE:n Esipuheessa Hegel itse kritisoi mitä voimakkaimmin ”absoluutin” välittömän tietämistavan edustajia. Totean tässä vain, että Hegel nimittää nuoruudenystävänsä F.W.J. Schellingin absoluutin välittömään tuntemukseen perustuvaa intellektuaalista havaintoa ”yöksi, jossa kaikki lehmät ovat mustia”. HFE s. 22.

²⁵ Ks. tark. Ikäheimo, Heikki ja Martikainen, Ossi: Hegelin Phänomenologie des Geistes ja sen johdanto. Niin & Näin 2/1997 s. 6–9. Ks. myös Jaeschke 2005 s. 186–197.

Vastakohtien kumoajana Hegel otti tosissaan modernin ajatuksen subjektin ja objektin välisestä kuilusta.²⁶ Tämä merkitsee samalla ratkaisun hakemista varsinkin Kantin filosofian myötä terävöityneeseen kysymykseen erosta ”olion sinänsä” ja sen välillä, miten tuo olio sinänsä meille ilmiöinä näyttäytyy. Snellman ilmaisee asian tiiviissä muodossa: ”*Kant* päätyi nimitykseen ”Ding an sich” toteamalla, että [tietämisen] yleispätevät muodot ovat vain meidän; emme kykene ratkaisemaan, onko objekti jotakin muuta, vaan voimme vain sanoa, että sen on oltava ihmisen tietoisuudelle sitä, mitä me siitä tiedämme. Huomaamme näin ollen, että tiedon perusta on Kantin mukaan kaksinainen: sekä olio että tietoisuus.”²⁷ Hengen fenomenologiassa on viime kädessä kysymys juuri tämän subjekti–objekti–kuilun ja sen erilaisten seurannaisten ylittämisestä, jolloin dikotominen ajattelu osoitetaan eri hahmoissaan itseymmärrykseltään riittämättömäksi ja ristiriitoihin ajautuvaksi. Tämä tapahtuu niin, että tietoisuus omien lähtökoh-
tiansa perusteella ylittyy seuraavaan hahmoon ilmiöitä ja itseään jatkuvasti syvällisemmin tiedostaessaan.²⁸ Kuvaan enää *Ikäheimon* ja *Hännisen* perusteella jatkon kannalta tärkeän metodia koskevan tiivistyksen Hengen fenomenologian johdannosta.

Fenomenologian fundamentaalinen tehtävä siis on kumota eli poissulkea mut-
ta säilyttävästi ylittää jakoja ja vastakohtia, joihin puutteellinen ajattelu törmää.²⁹ Olennaista on kuitenkin se, ettei kritisoitavia ja kumottavia kantoja tule arvioida muilla mittapuilla kuin ne asettavat itselleen. Fenomenologisen kritiikin on oltava immanenttia, joka tapahtuu kulloinkin käsillä olevien näkökantojen omilla kriteereillä. Tämä taas on mahdollista, koska jokaisella ”tietoisuuden kokemuksen tieteen” eli fenomenologisen esityksen kohteeksi otettavalla tietoisuuden hahmolla on tietty vähintäänkin implisiittinen käsitys kohteestaan ja samoin tietty käsitys kohdetta koskevasta tietämisestä. Jokainen hahmoista myös kykenee reflektoiden vertailemaan näiden käsitysten yhteensopivuutta. Mikäli käsitykset ovat keskenään ristiriitaisia, kyseinen tietoisuuden hahmo joutuu hylkäämään käsityksensä. Kyseessä on immanentti ristiriita, sillä jos tietoisuus esimerkiksi ilmaisee, että sillä on sellaista tietoa kohteesta, jota sen tulkitseva ymmärrys ei itse asiassa kohteesta mahdollista, tietoisuuden hahmon on luovuttava käsityksestään.³⁰

²⁶ Kuten otti Ehrströmin oppi-isä Snellmankin. Itse asiassa Ehrström Snellmania vuonna 1843 kuunnellessaan ja tämän sanelua muistiin pannaan kirjasi ylös koko uudemman länsimaisen filosofian historian pähkinäkuoressa Cartesiuksesta Hegeliin – ja tietenkin Snellmaniin itseensä.

²⁷ Snellmanin luennon Kant-jakso on dialektisuudessaan tiivistys, jota voi edukseen verrata mo-
niin meidän aikamme Kant-introduktioihin. Ks. Wahlberg 1995 s. 395–399.

²⁸ Ks. *Ikäheimo*, Heikki: Tunnustus, subjektiviteetti ja inhimillinen elämänmuoto; tutkimuksia Hegelistä ja persoonien välisistä tunnustussuhteista. Jyväskylä 2003 s. 43.

²⁹ Hänninen 1981 s. 22.

³⁰ *Ikäheimo* 2003 s. 44.

Kriisiin tällainen tietoisuuden hahmo joutuu, kun se kokee, että sen annetuksi oletama – ”sinänsä oleva” – normatiivisuuden lähde osoittautuu sen omien oletusten määrittämäksi eli tulee sille ”itselleen”, sen itsensä tiedostamaksi. ”Meidän” eli fenomenologisen tarkastelun tehtäväksi jää vain järjestää kulttuuri- ja filosofianhistoriassa esiintyneet tietoisuuden hahmot johdonmukaiseen synteettiseen järjestykseen – viime kädessä pääfenomenologin, Hegelin itsensä, Hengen fenomenologian kokonaisuudessa esittämien osviittojen mukaan.³¹

Fenomenologista tietoisuuden kokemusta voi luonnehtia myös niin, että siinä on kysymys arkitajunnan ja empiirisen tieteen itsetajunnan kohoamisesta teoreettiseen tietoon. Arkitajunnassa ja empiirisen tieteen harjoittamisessa ajaudutaan välttämättä jakoihin ja vastakohtiin, kun asioita tarkastellaan ”abstraktisesti” eli yhteyksistään irrallaan. Tällainen jakoihin ja vastakohtiin ajautuminen on tyypillistä nimenomaan empiiriselle tieteelle, joka voi kyllä avata erilaisia, usein vastakkaisiakin näkökulmia todellisuuteen muttei yllä asioiden esittämiseen niiden kokonaisyhteydessä siten, että käsitteet saavat merkityksen tästä jäsentyneestä kokonaisuudesta. Tämä taas on filosofisen ja teoreettisen järjen tehtävä, joka on keskitetty synteesi.³²

Dialektiseen synteisiin rikosoikeusteorian alalla pyrki aikanaan myös Adolf Friedrich Berner. Tarkastelen asiaa seuraavassa ensi sijassa jatkossa esitettävää relatiivisten rangaistusteorioiden kritiikkiä silmällä pitäen.³³

Bernerin rangaistusteoreettinen sovellus

Vastattavaksi nousee kaksi kysymystä. Miksi Berner ryhtyy aiemmasta poikkeavalla tavalla ”tähänastisten” rangaistusteorioiden esitykseen ja ”käsitteen mukaiseen” yhdistämiseen?³⁴ Toiseksi on kysyttävä sitä, millainen Bernerin rangaistusteoreettinen sovellus fenomenologiana itse asiassa on?

Ensimmäiseen kysymykseen Berner vastaa pääpiirteittäin seuraavasti. Aikojen kuluessa esitettyjen erilaisten ja ristiriitaisten rangaistusteorioiden joukko on omiaan johtamaan näitä asioita pohdiskelevan terveen arkijärjenkin suoranaiseen skeptisyyteen sen suhteen, onko mitään uutta enää löydettävissä auringon

³¹ Ks. ja vrt. Ikäheimo ja Martikainen 1997 s. 8.

³² Hänninen 1981 s. 22.

³³ Absoluuttisten teorioiden osalta esitän vain niiden ja relatiivisten teorioiden päädikotomian ja tarkennan paikka paikoin Bernerin ja Ehrströmin esitystä lähinnä suorilla sitaateilla Hegelin OF:sta.

³⁴ ”Tähänastisuus” tarkoittaa Bernerillä lähinnä aikakautta 1700-luvun puolivälistä hänen omaan aikaansa. 1800-luvun ensimmäinen puolisko oli eritoten Saksassa todellinen rangaistusteorioiden kukoistuskausi. Niistä kirjoitettiin myös useita monisatasivuisia ”tähänastisia” kuvauksia ja vertailuja. Viittaan yleisluonteisesti henkilöhakemistoon teoksessa Wahlberg 2003 s. 492–500.

alla.³⁵ Mutta myös varsinaisen tieteen edustajan osalta voitaisiin pitää ”lumeena ja typerän omahyväisenä mielettömyytinä”, jos hän luulisi vielä kykenevänsä uusiin ratkaisuihin rangaistusteorian perimmäisissä ongelmissa, joihin ”menneiden vuosisatojen, jopa vuosituhanten etummaisiet henget ovat turhaan tuhlanneet jaloimmat voimansa”.³⁶

Mutta fenomenologisen tiedostuksen tie ei ole vain epäilyn tie. Se on myös epätoivon tie. Linaan muutaman passuksen itse Hengen fenomenologiasta. Luonnollinen tietoisuus näet pitää itseään välittömän reaalisen tietämisenä, mutta sen alkaessa teoretisoida, merkitsee tämä ”käsitteen realisoituminen” itse asiassa sen tietoisuuden itsemenetystä. Näin luonnollinen tietoisuus – ja myös empiirisen tieteen itsetajunta – menettää fenomenologian tiellä totuutensa. Siten kyseessä ei ole vain epäilyn vaan epätoivon tie: ei tapahdu vain ”tämän tai tuon oletetun totuuden ravistelua, josta seuraa epäilyn asiaan kuuluva hälveneminen ja paluu tuohon totuuteen siten, että asia lopulta ymmärretään aivan kuten ennen”. Päinvastoin kyseessä on ”tiedostuva näkemys ilmenevän tietoisuuden epä-totuudesta”; ja näin siksi, että ilmenevälle tietoisuudelle reaalista on juuri se, mikä ”on itse asiassa vain realisoitumaton käsite”.³⁷ Filosofisen ”käsitteen” eli käsittämistävän päämäärän Hegel puolestaan kiteyttää seuraavasti:

”Tavoite kuitenkin asettuu tietämisessä yhtä välttämättä kuin etenemisen sarakin; se on siinä, missä tietämisen ei enää tarvitse ylittää omaa itseään, missä se löytää itsensä ja missä käsite vastaa kohdetta ja kohde käsitettä. Siksi eteneminen tähän tavoitteeseen on myös vääjäämätön, eikä tyydytystä saata löytää mil-tään aiemmalta asemalta” (HFE s. 74).

Berner soveltaa nyt mestarinsa metodia rangaistusteorioiden fenomenologia-na sen perustelemiseksi, miksi valtiolla on ”subjektiivinen” eli valtasubjektin oikeus rangaistuksen käyttöön. Skeptisismiin Berner kokee ylityksi kannaksi juuri Hegelin filosofian antamien tukipuiden vuoksi ja sanoo siksi tiedostaneensa jo käsillä olevissa rangaistusteorioissa jatkuvan edistyksen eli ”vähittäisen lähes-tymisen päämäärää kohti” sekä kokeneensa omissa pyrkimyksissään ”sen onnis-tumisen rohkeuden, jota ilman mitään kelvollista ei ole saatavissa aikaan” (BE s. 146).

Rangaistusteorioiden esitys ei voi kuitenkaan olla pelkää luokittelua tai ryh-mittelyä vaan juuri fenomenologiaa. Toisin sanoen tietoisuuden kokemuksen

³⁵ Hegel toteaa terveestä arkijärjestyä: ”Tämä on kulloisenkin ajan ajattelutapa, joka sisältää aika-na kaikki ennakkoluulot. Ajatusmääritykset hallitsevat sitä ilman, että se on tästä tietoinen.” OF s. 294.

³⁶ BE s. 144–145. Vrt. Lappi-Seppälän tiivistystä siitä, miksi rangaistusteoreettinen keskustelu on niin vaikeaa. Lappi-Seppälä 1994 s. 21–26.

³⁷ HFE s. 72. Ks. laajemmin HFE:n osaston ”Itsetajunta” (Selbstbewusstsein) jaksoa ”Itsetajun-nan vapaus” ja sen alajaksoa ”Skeptisismi”.

tieteen sovelluksena esityksen on todistettava, miten kukin seuraava rangaistus-teoria on aina edistysaskel edellisen suhteen niin, että jälkimmäinen osoittaa edellisessä jonkin puutteellisuuden ja kumoaa sen, kun taas jälkimmäinen itse eli kumoava tulee jälleen sitä seuraavan toimesta todistettua puutteelliseksi ja asemastaan syöstyksi: ”Tämän toisiaan seuraavien yritysten negatiivisen seuraannon kautta jokaisesta edeltävästä tulee mennyt, ohimenevästi viipyvä ilmiö eli fenomeeni.” (BE s. 146).

Fenomenologinen metodi suo Bernerin mukaan sen edun, ettei jokaista teoriaa tarvitse paljastaa kaikissa puutteissaan, mitä pidetään muunlaisissa tarkastelutavoissa yksinomaan tyhjentävänä. Fenomenologisessa esityksessä kukin teoria onkin aina kumottava oman itsensä kautta, vieläpä niin, että tällaisen negatiivisen itsesuhteen välityksellä näyttäytyy kokonaisuuden ”käsitteen mukainen” edistyminen. Siten kukin teoria tulee oman kriittisen puolensa kautta koskemaan vain sitä edeltävän teorian olennaista puutetta, jonka se itse välttää samalla, kun eri teorioita koskevien kriittisten huomausten ”kokonaisuudessa kumoutuvat olennaiset puutteet tulevat esitetyiksi, ja vieläpä ilman turhia toistoja, systemaattisessa seuraannossaan” (BE s. 147).

Berner selvittelee lyhyesti oman metodinsa suhdetta myös kronologisesti etenevään tutkimukseen todeten tietenkin selviöksi, että kykenemme tietoisuudessamme lähestymään totuutta vain vaiheittain: vain peräkkäin totuus tulee tietoisuuteemme. Peräkkäisyys on aika, ja ajan käsite muodostaa kehityksen käsitteen perustan. Siksi Berner asettaa vaatimuksen, että rangaistusteorioiden historiallisen peräkkäisyyden on osuttava pääpiirteissään yhteen fenomenologisen esityksen kanssa. Hegeliläiseen tapaan tämä ei kuitenkaan ole mikään tiukasti sitova välttämättömyys, onhan rangaistusteorioilla sekä käsitteellinen olemuksensa että ajallinen ilmentymänsä ja hahmottumansa. Tämän vuoksi ”rangaistusteorioiden fenomenologinen seuraanto kyllä noudattaa yleisesti ottaen, muttei kaikkialla ja kaikissa yksityiskohdissaan, historiallista seuraantoa”.³⁸

Mutta mistä kehitys alkaa? Eli onko alku perusteltavissa? Hegeliläiseen tapaan Berner perustelee alun, liikkeelle lähdön, lopusta eli lopullisesta päämäärästä.³⁹ Berner kysyy ensin: jos nyt haluamme esittää fenomenologisen etenemi-

³⁸ BE s. 147–148. Lisäksi Berner sanoo ottaneensa huomioon joukon erilaisista perusajatuksista lähteviä teorioita, jotka rinnakkain asetettuina eivät muodosta mitään edistystä. Fenomenologinen kokonaiskehitys ei hänen mukaansa vähimmässäkään määrin tästä häiriinny, koska kulloinenkin taso eli kehitysvaihe itse – näiden teorioiden kokonaisuutena – esiintyy ”edistyksellisenä lenkinä kokonaisuuden ketjussa”. Mts. 148.

³⁹ Varto, Juha: Kannettava filosofinen sanakirja (Tampere 1992) s. 21 määrittelee jo filosofian historian alkuhämäryissä oivalletun ’arkhén’ eli ’principiumin’ – siis alun tai alkuperusteen – merkityksen: Alku ja loppu ovat yksi ja sama asia, koska jokainen loppu on samalla se, mistä uusi voi alkaa, ja jokainen alku tarkoittaa, että sitä edeltää loppu.

sen relatiivisista teorioista absoluuttisiin, niin minkä alkuperusteen tai periaatteen mukaan meidän on meneteltävä? Millä teorialla meidän on aloitettava? Berner vastaa: ilmeisesti sillä, joka on kaikkein etäimmällä absoluuttisesta teoriasta ja siis relatiivisin. Seuraavaksi Berner määrittelee rangaistusteorian rikosoikeuden ja rangaistuksen oikeudenmukaisen mitan perustelemiseksi ja jatkaa: näiden teorioiden joukossa kutsumme relatiivisiksi niitä, jotka liittävät perustelun johonkin ”toiseen” kuin rangaistuksen itsensä sisäiseen luonteeseen. Loppulema kuuluu: ”Mitä etäännyneempi tämä toinen siis on rangaistuksen sisäisestä luonteesta, sitä relatiivisemmaksi voimme myös nimittää jotakin siihen nojautuvaa perustelua” (BE s. 148).

Mikä sitten on relatiivista teorioista absoluuttiseen tapahtuvan kehityksen johtava ajatus? Se ei voi olla tietenkään muu kuin ”kaikkien relatiivisten teorioiden kumoaminen”. Jokainen relatiivinen teoria voi muodostaa edistysaskeleen vain siten, että sen rangaistuksen perustelu lähenee absoluuttista. Vastaavasti absoluuttisen teorian – lopusta perusteltuna – on oltava se, mikä etenee kaikkien relatiivisten teorioiden kautta omaksi itsekseen, sillä se mikä kumoaa relatiivisen, on jo itse absoluuttinen: ”Näin relatiivisten teorioiden fenomenologiasta käy lopulta esiin absoluuttinen teoria, joka kumoaa ilmenemisellään koko relatiivisen näkökannan” (BE s. 149).

BERNER JA EHRSTRÖM RELATIIVISTEN TEORIOIDEN KRITIIKKOINA

Bernerin ja Ehrströmin rangaistusteoreettisen fenomenologian lähtökohta on siis relatiivisissa teorioissa. Pelkkä porvarillisen kansalaisyhteiskunnan ja sen yksittäisten jäsenten oikeushyvien suojele ei kuitenkaan voinut olla se, mistä rikosoikeus saa viimekätisen oikeutuksensa. Berner ja Ehrström olivat kumpikin hegeliläisiä valtiokäsityksissään. Tämä merkitsi myös rangaistuksen oikeutusta porvarillisen kansalaisyhteiskunnan ”äärellisen” ilmiömaailman intressit ylittävällä tavalla. Seuraavassa ei ole mahdollisuutta Hegelin valtion käsitteen eri aspektien tarkempaan selvittelyyn eikä niiden erittelyyn Bernerin ja Ehrströmin rangaistusteoreettisten perustelujen kannalta.⁴⁰ Kiteytän seuraavassa vain sen, miten

⁴⁰ Ehrströmin ja Hegelin suhteesta ks. kirjoituksiani Wahlberg, Markus: G.W.F. Hegelin ja K. G. Ehrströmin rangaistusteorian ykseydestä eroavuudessaan. Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI. Vammala 1989 s. 493–522 ja Punishment as ideal reconciliation and real regeneration. Right, Morality, Ethical Life. Studies in G.W.F. Hegel's Philosophy of Right. Ed. Jussi Kotkavirta. Jyväskylä 1997 s. 5–27.

Ehrström ymmärsi relatiivistien ja absoluuttisten teorioiden perustavan vastakainasettelun.⁴¹

Rangaistusteoreettinen perusdikotomia

Ehrströmin mukaan rikosoikeuden filosofisen johdannon tulee jäsentää oikeuden käsitteen vaatimusten mukaan rikosoikeuden yleiset periaatteet; ja nimenomaan ”rangaistuksen käsitteen mukaan” nämä periaatteet sisältyvät rangaistusteorioihin. Kaikki teoriat eivät ole ammattifilosofien esittämiä ja lisäksi niiden joukko on kasvanut hyvin suureksi. Tämän vuoksi ja kun useat ovat vain toisten vähäisiä muunnelmia, Ehrström katsoo riittäväksi pelkästään parhaiden selvittelyn.⁴²

Aikaisemmin näissä teorioissa paneuduttiin rangaistuksen tarkoituksen löytämiseen eli niissä pyrittiin selvittämään se, mitä hyötyä rangaistuksesta on valtiolle ja sen jäsenille.⁴³ ”Viime aikoina” on puolestaan pyritty selvittämään se, mikä rangaistus on, ts. on käännytty tutkimaan rangaistuksen käsitettä. Ehrström ei mitenkään kiellä, että kumpikin näistä ”tutkimussuunnista” on ollut merkittävä rikosoikeudelle pyrittäessä selvyteen siitä, mikä rikosoikeudessa on subjektiivista ja mikä objektiivista, ja siten yritettäessä ymmärtää ja perustella valtion oikeus rangaistuksen käyttöön sekä ne periaatteet, joihin sen tulee nojautua rangaistusvallan käytössään.⁴⁴

Näin ollen Ehrström ei lainkaan väheksy valistuksen hyötysuuntautuneiden relatiivistien teorioiden tai Hegeliä edeltäneiden absoluuttisten teorioiden merki-

⁴¹ Ehrström kyllä käyttää luennollaan Bernerin otsikkoa ”Ylimpien rikosoikeudellisten periaatteiden johtaminen filosofiasta eli rangaistusteorioista” (BL s. 6), mutta jakson tämä osa on paljolti Ehrströmin omaa kehittelyä. Jakson jälkiosassa hän seuraa jälleen melko tarkkaan Bernerin esitystä.

⁴² Ehrström, Karl Gustaf: *Föreläsningar öfver Kriminalrättens allmänna del*. (Enligt Berner). 16.4.1860–17.5.1861. Helsingin yliopiston kirjasto. Bö II 1 s. 27–28 (EL). Koska luennon rangaistusteoria-jakso on saatavilla myös painettuna, Wahlberg 2003 s. 370–390, viittaa jatkossa lisäksi sen sivuille puolipisteen jälkeen.

⁴³ Viittaus koskee lähinnä 1700-luvun valistusfilosofiaa. Seelmann, Kurt: *Hegel und die Strafrechtsphilosophie der Aufklärung. Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie*. Hrsg. von Christoph Jermann. Stuttgart-Bad Canstatt 1987 s. 227–233 tiivistää näiden relatiivistien teorioiden perustelujen lähtökohdat neljään hakusanaan: yhteiskuntasopimus, hyötysuuntaus, siviilioikeudellinen vahingonkorvausrinnastus ja ahistoriallinen rangaistuksen ankaruuden määrittäminen.

⁴⁴ Berner erottaa ”Strafrechtin” kaksi perusmerkitystä, jotka ”vasta yhdessä vastaavat rikosoikeuden koko käsitettä”. ”Strafrecht” subjektiivisessa mielessä merkitsee valtion oikeutta rangaistuksen käyttöön eli niiden toimivaltojen kokonaisuutta, jotka kuuluvat valtiolle rangaistustoimintaa harjoittavana valtasubjektina. ”Strafrecht” objektiivisessa mielessä taas merkitsee niiden periaatteiden (normien) kokonaisuutta, jotka valtion on objektiivisesti otettava huomioon noita toimivaltoja käyttäessään. BL s. 3–4. Ehrström omaksuu nämä määritelmät myös muualla luennollaan. Ks. Wahlberg 2003 s. 63. ”Strafrechtissä” on tietenkin kyse rikosoikeudesta, mutta suomenkielen ilmaisussa rankaiseminen subjektiivinen oikeus ei tule eksplisiittisesti esiin. Fränden 2005 s. 1 määrittely on sisällöllisesti identtinen esitetyn kanssa.

tystä ”rikosoikeuden yleisten periaatteiden” selvitystyössä. Hänen kritiikkinsä kohdistuu noiden perustelupyrkimysten yksipuolisuuteen. Kyseessä on perusdi-kotomia, joka fenomenologisessa esitystavassa on kumottava monitasoisempaan synteisiin – mutta ei pelkkänä yhdistelmäteorianä.⁴⁵ Relatiivisissa teorioissa et-sittiin rangaistuksen tarkoitusta ja siitä kansalaisyhteiskunnaksi ymmärretylle valtiolle seuraavaa hyötyä. Tällöin oli luonnollista, että oletetulla hyödyllä oi-keutettiin myös valtion subjektiivinen rangaistusoikeus ja samalla asetettiin tuo hyöty objektiivisen rangaistusoikeuden eli niiden periaatteiden perusteeksi, jot-ka tuli ottaa huomioon rangaistusvallan käytössä siten, että rangaistuksen oli joka tapauksessa mukauduttava siitä odotettavaan hyötyyn.⁴⁶

Myös absoluuttisten teorioiden selvittäessä rangaistuksen käsitettä, siis sitä mitä rangaistus on, niissä pyrittiin perustelemaan valtion subjektiivinen rangais-tusoikeus sekä ne objektiiviset periaatteet, jotka sitä käytettäessä tuli noudattaa. Valtiohan ei – järjellisenä oikeusvaltiona – tietenkään voi käyttää rangaistusta muutoin kuin rangaistuksen oman luonteen eli käsitteen mukaisesti: ”Mikään järjellinen ei voi olla tarkoitettu kuin juuri siihen, mitä se käsitteensä mukaan on. Siten rangaistus ei ole muuta eikä valtio järjellisenä instituutiona voi olla oikeu-tettu käyttämään rangaistusta muuna kuin rangaistuksena.” Tämä merkitsee, että rangaistusvallan käyttö voidaan oikeuttaa vain valtion sisäisten objektiivisten oikeudenmukaisuusperiaatteiden mukaan asetettuna, tuomittuna ja täytäntöön-pantuna toimenpiteenä.⁴⁷

Ehrströmin mukaan erilaisten hyötytarkoitusten etsiminen rangaistuksesta ja toisaalta rangaistuksen käsitteen selvittäminen on johtanut mitä erilaisimpiin selityksiin valtion subjektiiviselle rangaistusoikeudelle ja niille periaatteille, joi-ta valtion tulee noudattaa rangaistuksen käytössä. Nämä periaatteet taas muodos-tavat koko rikosoikeuden perustan, ja siksi niistä tietenkin on johdettu yhtä monta rikosoikeusjärjestelmää kuin rangaistuksen tarkoituksen ja käsitteen pe-rusteella on saatu tulokseksi. Tämän vuoksi rikosoikeustieteessä on ajauduttu moniin ristiriitaisuuksiin. Hegeliläisenä dialektikkona Ehrström ei kuitenkaan näe ristiriitoja miksiäkään yksinomaan pahaksi, vaan niiden ratkaisuyritykset

⁴⁵ Ehrström nimittää yhdistelmäteorioita jopa hieman halveksivaan sävyyn ”niin sanotuiksi hybri-diteorioiksi”. Ks. tark. Wahlberg 2005 s. 383–385.

⁴⁶ EL s. 29. ”Joka tapauksessa” merkitsee viime kädessä syyttömän tai syyntakeettoman rankaise-mista tai myös laillisuusperiaatteen, yhdenvertaisuusperiaatteen ja suhteellisuusperiaatteen vas-taista rangaistusta, jos se on tarpeeksi hyödyllistä hyötypoliittisia näkökohtia seuraavalle valtioval-lalle. Kyse on siten rikoksenteikijän ihmisarvon loukkaamattomuuden ja hänen rangaistuksen oi-keutensa syrjäyttämisestä. Ks. Hegelin käsitystä rangaistuksesta rikoksenteikijän abstraktisena luonnonoikeutena OF s. 121 ja modernissa kansalaisyhteiskunnassa oikeusvaltiollisesti toteutetta-vana positiivisena oikeutena OF s. 191 ja tark. Wahlberg 1989 s. 502–504.

⁴⁷ EL s. 29–30. Ehrström tietenkin kehittää eksplisiittisesti tätä lähtökohtaa monin paikoin luen-noillaan. Ks. esim. Wahlberg 2003 s. 382 ja s. 392–394 sekä s. 458–461.

ovat hänen mukaan johtaneet itse asiassa paljon hyvään eli selvempään käsitykseen siitä, mitä rangaistus todella on. Siten ”rikosoikeustieteen on täytynyt päästä yhä täydellisempään selkeyteen aina sen mukaan kuin on opittu käsittämään, mitä tämän tieteen pääkohde eli itse rangaistus on”.⁴⁸

Rangaistusta käyttävän oikeusvaltiollisen valtasubjektin absoluuttisena velvollisuutena on tietää, mitä rangaistus on. Vasta tämän jälkeen valtio voi edes olettaa jotenkin relatiivisesti hyötyvänsä rangaistuksen käytöstä. Siten valtiolla on oikeus rangaista vain sikäli kuin objektiiviset periaatteet sitä vaativat ja asettavat sen valtion velvollisuudeksi.⁴⁹ Mikä toisaalta ilmenee valtion oikeutena, esittäytyy toisaalta sen velvollisuutena, ja tämä rikosoikeuden objektiivisten periaatteiden mukaan syntyvä velvollisuus osoittautuu siten myös valtion rangaistusoikeuden lähteeksi.⁵⁰ Ehrströmin mukaan onkin yksinkertaisesti niin, että rangaistusoikeus ei voi tulla kysymykseen kuin tapauksissa, joissa ”rikosoikeuden käyttöä koskevat yleiset periaatteet sitä vaativat”.

Nämä oikeusvaltion sisäiset oikeudenmukaisuusperiaatteet toteutuvat tietenkin myös ulkoisessa suhteessa kansalaisyhteiskuntaan ja sen yksilöiden elämään ja toimintaan nähden. Ehrström jatkaa välittömästi, että vailla objektiivisia periaatteita ja niiden soveltamista valtio toimisi mielivaltaisesti puuttumalla sattumanvaraisesti ”järjelliseen yhteiskuntajärjestykseen” kuuluviin oikeuksiin. Siksi valtion toimesta tapahtuva yksilön ja kansalaisyhteiskunnan oikeudelliseen vapauspiiriin kohdistuva rangaistuvallan käyttö ”on käsitettävä emanaatioksi sen rikosoikeudesta objektiivisessa merkityksessä, toisin sanoen rangaistuksen yleisiin periaatteisiin perustuvaksi” (EL s. 21). Bernerin ja Ehrströmin kritiikin taivote on nimenomaan osoittaa relatiivisten teorioiden kyvyttömyys tämän tehtävän ymmärtämisessä, perustelemissä ja siten myös niiden epäonnistuminen rangaistuksen justifiikaatiossa.

Relatiivisten teorioiden fenomenologia

Se, että Ehrström tunsii läpikotaisin Bernerin oppikirjan lisäksi myös tämän vuoden 1845 artikkelin, käy ilmi Ehrströmin professorinväitöksestä vuodelta

⁴⁸ EL s. 31. Vastaavasti Frände 2005 s. 3 lausuu lyhyesti: ”Rikosoikeuden peruskivenä on ... rangaistuksen käsite, joka lasketaan lainsäätäjän legaalimääritelmien varaan. Tälle perustalle sitten rakennetaan rikoksen käsite ja muut lähikäsitteet”.

⁴⁹ Nämä ”objektiiviset periaatteet” merkitsevät lyhyesti nykytermein ilmaistuna rikoslain yleiseen ja erityiseen osaan sisältyviä vastuuedellytyksiä sekä rangaistuksen määräämisen ja täytäntöpanon normeja ja perusperiaatteita. Ks. Ehrströmin tiivistystä Wahlberg 2003 s. 211–212.

⁵⁰ Tämän voi ymmärtää oikeuslähteiden oikeaa käyttöä koskevaksi ”käsitteen vaatimukseksi”. Siten yhtä hyvin kriminalisointeja valtiosäännön mukaisesti hyväksyttäessä kuin myös lakia tuomioistuinissa ja muissa viranomaisissa sovellettaessa on velvollisuus noudattaa objektiivista oikeuslähdeoppia, jonka selvittäminen puolestaan on teoreettisen (”filosofisen”) ja positiivisen rikosoikeustieteen asia. EL s. 21–27.

1859.⁵¹ Bernerin oppikirjan esitys on relatiivistien teorioiden osalta tietyissä kohdin tiivistetynpi kuin artikkelin monipuolisempi argumentaatio. Silti perusjäsenitys on kummassakin täysin sama. Ehrström taas seuraa luennollaan muuttamaa laajempaa poikkeusta lukuun ottamatta Bernerin oppikirjan esikuvaa vain omine lyhyine lisäyksineen ja kriittisine huomautuksineen. Tämän vuoksi myös seuraava esitys perustuu ensi sijassa Bernerin oppikirjan ja Ehrströmin luennon tekstiin. Bernerin artikkelia hyödynnän lähinnä silloin, kun se tuo lisävalaistusta myös Ehrströmin esittämiin kritiikkeihin.

Ehrströmin mukaan relatiiviset porvarillisen kansalaisyhteiskunnan suojeluun rangaistuksen oikeutuksen perustavat teoriat lähestyvät ”rangaistuksen tosi olemusta” siinä määrin kuin ne liittävät rangaistuksen jo tehtyyn rikokseen ja rikoksentekijään itseensä. Vastaavasti ne etääntyvät rangaistuskäsitteen oikeusvaltiollisesta olemuksesta ja rangaistuksen ”siveellisestä” eli eettisestä oikeutuksesta samassa määrin kuin ne yrittävät perustella rangaistuksen tulevaisuudessa tapahtuvien rikosten ehkäisemisellä ”jopa muiden henkilöiden kuin rikoksentekijän itsensä osalta” (BL s. 14; EL s. 45). Ehrström päättelee ”tämän ajatuksen ohjaamana”, että kaikkien relatiivistien teorioiden mukaan rangaistuksen perusta on siinä hyödyssä, joka siitä seuraa ”valtion jäsenten yhteiselämälle” (EL s. 45). Berner taas lausuu, että relatiivistien teorioiden mukaan rangaistuksen perusta – ja samalla tietenkin niiden rangaistuksen perustelun peruspuute – on hyödyssä, joka rangaistuksesta oletetaan seuraavan ”yhteiskunnallisten tavoitteiden kannalta” (BE s. 158 ja BL s. 14).

Arvostelun perustava lähtökohta on siten ytimeltään sama. Mutta voidaan sanoa, että Ehrströmin relatiivistien rangaistusteorioiden kritiikki on kirjoitettu paikka paikoin Berneriäkin vahvemmin ”siveellisen idean todellisuuden” (OF s. 204) aspektista, siis sivistysvaltion ideaalieettisen edusmiehen kriittiseltä näkökannalta.⁵² Kokonaisuutena ottaen relatiivistien teorioiden kritiikin lähtökohta ja tulos on kuitenkin kummallakin auktorilla varsin yhtenevä.

Vanha eli välitön pelotusteoria

Rangaistustietoisuuden kokemuksen ensimmäinen hyötytavoitteinen hahmo ei ole järin kaunis. Se on etäimmillään siveellisen idean mukaisesta valtiosta ja sitä vastaavasta absoluuttisesta rangaistuksen oikeutuksesta juuri siksi, että se yrittää

⁵¹ Varsinaisen rangaistusteoreettisen lähteistön osalta Ehrströmin käyttää, vaikka tietenkin omiin tarkoituksiinsa sovellettuna, paljon samoja lähteitä kuin Berner. Ks. Ehrströmin omaa ilmoitusta tässä suhteessa 1859 s. 41 ja s. 95.

⁵² Varsinkin Ehrströmin luennon pitkä Hegelin rangaistusteoriaa kuvaava ja arvosteleva jakso on selvästi idealistisemmin painottunut kuin BL:n (s. 19–21) vastaava varsin niukka Hegel-esitys. Ks. Wahlberg 2003 s. 380–383.

perustella rangaistuksen käytön tulevaisuudessa tapahtuvien rikosten ehkäisemisellä ja nimenomaan ”muiden henkilöiden kuin rikoksentehtäjän itsensä osalta”. Hyödyllinen keino on tässä rankaisemisen välitön raakuus ja julmuus noiden muiden tietoisuuden hyödylliseksi kauhistuttamiseksi.⁵³

Tämän rangaistusteorian mukaan ”suuret massat” ovat aina taipuvaisia rikoksiin. Siksi pelkästään hyötypoliittisesti ymmärretyn valtion etua ajavalla ”valtiomiehellä” on aina vastassaan vaarallista ”kuohunta-ainetta, jota on viilennettävä”. Välineenä tähän valtiomies käyttää rangaistusta. Tarkoitus on pelottaa niitä, joissa taipumus rikoksiin on hallitsevana piirteenä. Näin mahdollisia rikollisia on vavisutettava rangaistuksella, joka kohtaa todellista rikoksentehtäjää. Toki on niin, ettei kaikkia rangaistuksia voida panna julkisesti täytäntöön, eivätkä ne siten voi aina pelottaa yleisöä aistimellisesti rikoksentehtäjän piinan ja kärsimyksen näkemisellä. Silti välittömän täytäntöönpanon aikaansaama tietoisuuden kokemus siitä, että rikoksesta seuraa välttämättä rangaistus pysyy aina ”tarkoituksen mukaisimpana keinona rikollisten taipumusten tukahduttamisessa” (BL s. 7–8, EL s. 33–34).⁵⁴

Ehrströmin arvostelu on Berneriä mukaillen armoton. Tämä ”terroristinen oppi” ei tahdo rangaista rikoksentehtäjää niistä rikoksista, jotka hän on todella tehnyt, vaan päinvastoin niistä rikoksista, joita toiset tulevat mahdollisesti tulevaisuudessa tekemään. Näin ollen se alentaa ihmisen persoonasta esineeksi siivuuttaen sen, että järjellisenä persoona on tarkoitus itsessään eikä häntä saa käyttää pelkästään toisten etupyyteiden välineenä.⁵⁵ Tämän eettisen argumentin lisäksi Ehrström lausuu, että välittömän pelotusteorian hyötypoliittinen lähtökohta on perin juurin väärä sen katsoessa, että rangaistuksen pelko olisi tehokain vaikutukin rikosten ehkäisemiseksi (EL s. 34). Näin ei tietenkään ole, vaan jäljempänä esitettävät muut näkökohdat ovat toimivampia. Näiden kummankin väitteen välityksellä tapahtuu siirtymä rangaistustietoisuuden kokemuksen seuraavaan hahmoon.⁵⁶

⁵³ Ehrström korostaa aistikokemuksellisuuden aspektia lisäämällä Berneriä täydentäen teorian nimeen määrittelyn ”välitön”. EL s. 33; 370.

⁵⁴ Julkisia ja näyttäviä rangaistusten täytäntöönpanoja alettiin käyttää Keski-Euroopassa jo sydänkeskijällä. Ruotsi-Suomessa näin tapahtui vasta uuden ajan alussa. Pihlajamäki, Heikki: *Delictum publicum, delictum privatum*. LM 4/2005 s. 539–540 ja Ylikangas, Heikki: Miksi oikeus muuttuu. Juva 1983 s. 153–154. Damiensin 2.3.1757 Pariisissa täytäntöönpanutia pitkitettyä ja äärimmäisen kiduttavaa, neljällä hevosella eri suuntiin vetämällä tapahtunutta teloitusta voidaan pitää tämän rangaistustietoisuuden kokemuksen myöhäisempänä tyyppiesimerkkinä. Ks. Foucault, Michel: Tarkkailla ja rangaista. Keuruu 2000 s. 7–11.

⁵⁵ Ehrström käsittelee tätä kantilaista periaatetta jopa Berneriä vivahteikkaammin luentonsa absoluuttisia teorioita koskevassa jaksossa. Ks. EL s. 50–53; 376–377. Maininnan tarkoitus on tässä toimia ennakoivana kriittisenä kontrastina välittömästä pelotusteoriasta etenemiseksi.

⁵⁶ Välitön pelotusteoria on siis fenomenologisesti alimmalla tasolla, koska siinä rangaistus oikeutetaan pelkästään suhteessa toisten tulevaan käyttäytymiseen. Artikkelissaan Berner (BE

Relatiivinen parannusteoria

Bernerin vuoden 1845 artikkelissa on vain lyhyt maininta parannusteoriasta. Oppikirjassa, jota Ehrström luennollaan pääasiassa seuraa, esitys on pitempi. Ehrströmin tästä rangaistustietoisuuden kokemuksen hahmosta antama kuva on pääpiirteittäin seuraava.⁵⁷

Välittömän pelotusteorian vastakohtana relatiivinen parannusteoria arvostaa rikoksenteekijässä ihmistä, persoonaa, ja katsoo sen vuoksi, että ihmistä ei voida alentaa pelkäksi välineeksi toisten hyötytarkoituksiin. Teorian mukaan rangaistuksella ei tule tavoitella ensi sijassa toisten rikosten ehkäisyä, vaan sillä tulee ennen kaikkea suojata itse rikoksenteekijää rikoksen uusimiselta. Tätä teoria ei usko saavuttavansa pelolla vaan ”jalommin ja tehokkaammin ihmisen parannuksen kautta”. Relatiivisen parannusteorian mukaan on näet niin, että kaikissa ihmisissä elävä riippumattomuuden tunne saa myös rikoksenteekijän nousemaan ”jokaista terroristista rangaistusta vastaan”, tällaisen rangaistusterrorin tehdessä rikoksenteekijästä pelkän lannistettavan hyötyvälineen toisten tarkoituksiin. Siksi terroristisesta rankaisemisesta olisi itse asiassa seurauksena tavoitellun vastakohta eli se, ettei rikoksenteekijä suinkaan pyrkisi tulevaisuudessa välttämään rikoksia, vaan yrittäisi vain toteuttaa ne ovelammin ja varovaisemmin. Taajimmin uusimistapauksia esiintyy juuri niissä maissa, joissa käytetään julmimpia rangaistuskeinoja.⁵⁸ Relatiivisen parannusteorian ydin kiteytyykin ajatukseen, että hyvä tulos uusimisen ehkäisemisessä voidaan saavuttaa vain ”lievällä kurilla, joka ei synnyttä kostonhalua eikä vihaa” (BL s. 8–9; EL s. 35; 371).

Ehrström omaksui tämän sinänsä eettisen lähtökohdan omaan teoriaansa. Reseptio tapahtui kuitenkin hyvin kriittisesti, minkä osalta viitataan vuoden 1859 väitökseen.⁵⁹ Luennolla kritiikki saa tiivistetyn muodon. Siten relatiivisten parannusteorioiden mukaan rikollisten parantaminen olisi heidän rankaisemisensa ”oikeusperuste”. Mutta ideaalisen oikeusvaltion siveellisen idean edustajana Ehr-

s. 149) ryhmittelee seuraavat kolme relatiivista teoriaa yläotsikolla ”Rangaistuksen teoreettinen perustelu sen suhteen välityksellä rikoksenteekijään itseensä”. Kyse on relatiivisista ”täytöntöönpanoteorioista” kuitenkin niin, että nämä kolme teoriaa ovat fenomenologisesti välitöntä pelotusteoriaa edistyneempiä kiinnittäessään huomion rikoksenteekijään itseensä. Oppikirjassa Berner ei enää käytä mainittua yläotsikointia ja siihen liittyviä tarkennuksia, jotka Ehrström puolestaan lainaa BE:stä luentonsa paljolti ylipyyhittyyn yhteenvetoon. EL s. 46–48.

⁵⁷ Ehrström lisää Bernerin otsikkoon tarkennuksen ”relatiivinen”. Vaikka asiayhteys on tietenkin selvä, hän ilmeisesti tahtoi korostaa kuulijoilleen relatiivisten parannusteorioiden olennaista eroa omaan hyvitysopilliseen parannusteoriaansa nähden. Ks. erit. myös suhteessa Hegelin rangaistus-teoriaan Wahlberg 1989 s. 509–522.

⁵⁸ Ehrström käytti toisinaan esityksissään myös erilaista tilastollista materiaalia, erityisesti rikollisuustilastoja. Ks. esim Ehrström 1859 s. 79–81.

⁵⁹ Ks. erit. Ehrström 1859 s. 30–32, jossa hän arvostelee mm. Lucasin, Roscoen ja Steltzerin kantoja asiassa. Näistä Wahlberg 2003 s. 497 ja s. 499.

ström kysyy, millä tavoin relatiivisissa parannusteorioissa oikeutetaan itse valtion rangaistusoikeus. Sellaista perustetta näistä teorioista saa turhaan etsiä. Relatiivinen parannusteoreetikko tahtoo rangaista, koska rikoksenteikijä tulee parantaa. Mutta näistä teorioista jää kokonaan puuttumaan peruste sille, miksi parannuksen pitäisi tapahtua juuri oikeusvaltiollisen rangaistuksen välityksellä. Siten valtion subjektiivinen rangaistusoikeus jää täysin oikeuttamatta. Jos näet ”rangaistuksen oikeusperuste” riippuisi pelkästä relatiivisesta, ihmisystävällisyyteen perustuvasta parannustarkoituksesta, pitäisi parantumaton konna itse asiassa jättää rankaisematta, koska parannustarkoitus ei häneen sovellu.⁶⁰

Ehrström myöntää, että relatiivisissa parannusteorioissa on esitetty myös monivaihteisempia perusteluja, jolloin parannustarkoitus on pyritty oikeuttamaan sillä turvallisuudella, jonka rikoksenteikijän parannus tarjoaa valtiolle. Siten esim. Steltzerin mukaan ei ole mielekästä tavoitella vain rikoksenteikijän muodollista eli juridista parannusta, ts. sitä, että hän jättää uusimatta pelkästä uuden rangaistuksen pelosta.⁶¹ Siksi on pyrittävä rikoksenteikijän materiaalsen – eli Ehrströmillä myös autonomisen itsekehityksen kautta toteutuvan – parannuksen mahdollistamiseen ja edistämiseen.⁶² Kaikki relatiivisten parannusteorioiden edustajat kuitenkin olettavat rangaistuksen pelkäksi kärsimykseksi hyötytavoitteen valtion turvallisuuden edistämiseksi, johon keinona olisi juuri rikoksenteikijän parannus. Mutta Ehrströmin mukaan rangaistuksen käsite jää tässä itse asiassa selvittämättä siten kuin se on käsitettävä valtion rangaistusvallan objektiivisten periaatteiden mukaan aktualisoitavana käyttönä.⁶³ Paremminkin ei tässä suhteessa menesty myöskään seuraava rangaistustietoisuuden kokemuksen relatiivinen hahmo.

Valtion itsepuolusteoria

Relatiivinen parannusteoria ei kyennyt selvittämään oikeudenmukaisen rangaistuksen perustetta eikä mittaa. Pahin parantumaton konna pitäisi jättää rankaisematta, kun taas parannuskelpoiseksi katsottua pikkurikollista voitaisiin pyrkiä

⁶⁰ EL s. 36; 371. Johtopäätös on Ehrströmin oma.

⁶¹ Ehrström lainaa hyväksyvästi Steltzerin näkemyksen, jonka mukaan muodollisesti lainmukainen käyttäytyminen ”pelosta ei ole parempaa eikä turvallisempaa kuin kammioonsa eristetyin nunnan siveys”. Ehrström 1859 s. 31.

⁶² Ks. Wahlberg 2003 s. 138.

⁶³ Ks. Ehrström 1859 s. 32 ja edellä rangaistusteoreettista perusdikotomiaa käsittelevää jaksoa. Hegeliläisesti asian voi ilmaista myös niin, että relatiivinen parannusteoreetikko kyllä ihmisystävällisesti arvostaa rikoksenteikijässä ihmistä, mutta jättäessään objektiiviset oikeusvaltiolliset normit ja periaatteet huomioon ottamatta, hän ei voi kunnioittaa rikollista autonomisena persoonana eli kohdella häntä ”ihmisen oikeuden ja kunnian mukaan”. OF s. 139 ja s. 191.

parantamaan ”lievällä kurilla” määräämättömän ajan, jos toivoo tämän ”kuriteorian” onnistumisesta yhä olisi. Tämän vuoksi teoriasta tulee rangaistustietoisuuden kokemuksen esityksessä ohimenevästi viipyvää ilmiötä, fenomeeni. Sen olemus eli ”lievän kurin” edellytys ja vaatimus kuitenkin kumottuna säilyy rangaistustietoisuuden kokemuksellisella matkalla kohti absoluuttista teoriaa. Tämä absoluuttinen tietoisuus häivähtää kokonaisperustelun muodossa jo valtion itsepuolustusteoriassa eli hätävarjeluteoriassa.⁶⁴

Valtion itsepuolustusteorian lähtökohta on sen itsensä rangaistustietoisuuden kokemukselle reflektioimattomasti absoluuttinen. Teorian mukaan rangaistusvalan käytön perustelun lähtökohta on siinä, että ”valtiolla on oikeus olemassaoloon, koska ihmiset ovat velvoitettuja siveelliseen yhteiselämään valtiossa”. Tästä olemassaolon oikeudesta seuraa luonnollisesti valtion oikeus säilyttää ja suojella itseään. Mutta jokainen rikos on hyökkäys yksilöiden yhteiselämää vastaan valtiossa ja sisältää näiden yksilöiden oikeuksien loukkauksen kautta vaaran valtiolle. Siksi valtiolla on myös ”oikeus määrätä tämän vaaran alkuunpanijalle sellainen paha, joka voi toimia vaaran torjumiseksi eli rangaistus” (BL s. 9; EL s. 37; 372).

Tässä teoriassa voidaan havaita kaksi perustavaa puutteellisuutta. Ensimmäistä voisi kutsua teorian reflektioimattomasti absoluuttiseksi valtiokäsitykseksi, toista taas tälle vastakohtaiseksi relatiivisen hätävarjeluperustelun vääristymäksi. Ensin mainittua Ehrström ei suorasanaisesti eksplikoivassa yhteydessä, mutta se on esitettävissä hänen luentonsa Hegelin rangaistusteoria-jaksoa lyhyesti referoimalla. Jälkimmäiseen palaan tämän kohdan lopuksi.

Ehrström selostaa ensin Hegelin absoluuttisen, oikeudenmukaiseen hyvitykseen perustuvan rangaistusteorian pääpiirteet (EL s. 63–71; 380–382). Absoluuttisuus, rikosoikeuden perustelun olemus, kuitenkin yhdistyy Hegelillä ilmiömaailman historialliseen ja empiiriseen suhteellisuuteen. Rikoksen oikeudenmukainen kumoaminen eli rangaistus on ollut, on ja tulee aina olemaan käsitteeltään hyvitystä.⁶⁵ Mutta modernissa sivistysvaltiossa kyse ei voi olla rikoksen ja rangaistuksen spesifisestä samankaltaisuudesta, vaan kysymys on ”niiden arvon yhtäläisyydestä siten, että kullakin rikoksella on sitä arvoltaan vastaava rangaistus”.⁶⁶ Abstraktisen rangaistusarvon määrittäminen ei voi kuitenkaan johtaa pelkäs-

⁶⁴ Todellakin vain häivähtää. Esim. vuoden 1845 artikkelissa Berner toteaa koko teoriasta vain sen, että ”itsepuolustusteoria tarjoaa todellisen ylityskohdan” seuraavaan eli relatiiviseen erityispreventioteoriaan. BE s. 150.

⁶⁵ Bernerin kannasta tältä osin ks. erit. BE s. 165–171. Vrt. myös Frände 2005 s. 20 ja s. 26.

⁶⁶ Tässä on kyse niin sanotuista abstraktisesta rangaistusarvosta. Siitä ja konkreettisesta rangaistusarvosta ks. esim. Frände 2005 s. 407. Vuoden 1859 väitöksessään Ehrström kehittää hegeliläisten Abeggin, Wirthin, Köstlinin ja Bernerin näkemysten kritiikin kautta rangaistusarvon ”mittamäärityksiä” kaikkiaan noin 40 sivulla. Ks. tältä osin myös Ehrströmin lyhyempiä kritiikkejä luennoillaan Wahlberg 2003 s. 385–390.

tään käsitteellisesti, vaan ”se riippuu kulttuuriolosuhteista ja lainsäätäjän viisaudesta, joiden osalta yksikään absoluuttinen määrittäminen ei ole mahdollinen (OF s. 187). Oikeudenmukaisuus tosin vaatii ”tiettyä rangaistusmittaa jokaiselle rikokselle”, ts. lainsäädäntötasolla on edellytettävä rikoksista säädettyjen abstraktisten rangaistusarvojen oikeudenmukaista suhdetta. Mutta mitään absoluuttisesti oikeudenmukaista määrittäystä ei rangaistustietoisuuden kokemuksen perusteella kyetä säätämään.⁶⁷ Vielä vähemmän kykenee filosofinen spekulatio tarjoamaan ”järjenlakeja yksittäisten rangaistuksen määräämiseksi”, ts. rikoksen konkreettisen rangaistusarvon vahvistamiseksi ja sitä vastaavan rangaistuksen mittaamiseksi. ”Jo yksi päivä vankeutta liikaa tai liian vähän tai muutama sakko-lantti liikaa tai liian vähän voi olla yksittäisen rikoksen osalta epäoikeudenmukaista.” Absoluuttinen määrittäminen ei kuitenkaan voi tulla kysymykseen, vaan tärkeintä on se, että sekä lainsäädäntötasolla että tuomioistuinkäytännössä pyritään ”yhä enenevässä määrin löytämään oikeita määrittäyksiä”.⁶⁸

Ehrström omaksui nämä lähtökohdat ja kehitteli niitä muun muassa juuri Bernerin avulla mitä moninaisimmilla tavoilla. Valtion itsepuolustusteorian absoluuttiseen perusteluun vivahtava lähtökohta oli se, että ”ihmiset ovat siveellisen luonteensa kautta velvoitettuja yhteiselämään valtiossa” ja että valtiolla sen vuoksi olisi oikeus itsesuojeluun rikoksilta. Ehrströmille tällainen argumentti vailla yleisimpiäkään rangaistusarvoa koskevia määrittäyksiä on huonoa idealistista spekulatiota. Sellaiseen pelkästään annettuna otettuun lähtökohtaan itsepuolustusteoriassa sitten liittyy käsiteseakaannus rangaistuksen ja hätävarjelu välillä. Ehrström toteaa, että rangaistus ja itsepuolustus ovat tyystin eri asioita. Rangaista voidaan vasta loukkauksen jo tapahduttua, kun taas hätävarjelu tulee kysymykseen vain ja ainoastaan ennen rikoksen etenemistä loukkaukseksi. Tehdy rikos ei ole enää pelkkä vaara, vaan nimenomaan jo toteutettu loukkaus; ja jo toteutettuna oikeudenloukkauksena rikos ei ole tietenkään pelkästään yksittäiseen persoonaan vaan aina sinänsä myös valtioon kohdistuva loukkaus (EL s. 37; 372).

Siten itsepuolustusteorian ”siveellisen ihmisluonnon” mukaisen rangaistuksen käytön hätävarjeluperustelun ristiriitaisuus on niin ilmeinen, että Ehrström

⁶⁷ Hegelillä on yksi absoluuttinen rangaistusarvo. Hän nimittäin hyväksyi kuolemanrangaistuksen yhdessä tapauksessa eli murhasta. Elämä on ihmisen koko objektiivisen läsnäolon eli kaikkeuden ala. Siksi subjektiivisesti täysin tarkoituksellisesta ja harkitusta toisen ihmisen hengen riistämisenestä rankaiseminen ei voi perustua suhteelliseen rangaistusarvoon, koska sellaista ei ole, vaan vain vastaavasti hengen riistämiseen. Ehrström puolestaan oli mitä omistautunein kuolemanrangaistuksen vastustaja. Ks. Wahlberg 2003 s. 133.

⁶⁸ EL s. 71–72; 382. Hegel toteaa lainsäädäntötasoa koskien: ”[r]angaistussäännöstö on etupäässä oman aikansa ja sen kansalaisyhteiskunnan tilan tuote”. Hän lausuu realistisesti julki myös tuomioistuinkäytännössä välttämättömän rajoitetun desisionismin: rangaistusarvo on ”päättävä täytäntöönpanoa varten” ja siksi ratkaisu tapahtuu vahvistetun konkreettisen rangaistusarvon rajan sisällä viime kädessä ”satunnaisesti ja harkinnanvaraisesti”. OF s. 187 ja s. 190.

jätti lisäkritiikin silleen. Mielenkiintoinen on sen sijaan Ehrströmiltä puuttuva Bernerin lausuma fenomenologisesta siirtymästä seuraavan rangaistusteoreettiseen hahmoon. Itsepuolustusteoria ei näet perustelekaan mitään oikeudenmukaisesti rajattua valtion ”hätävarjelu-oikeutta” rangaistuksen käyttöön, vaan se perustelee vain ”preventiopakon ja johtaa siten oman johdonmukaisuutensa vuoksi preventioteoriaan” (BE s. 151).

*Erityispreventioteoria*⁶⁹

Relatiivisen erityisestävyysteorian perusväittämän mukaan oikeustilaan ei kuulu vain vaatimus, että oikeudenvastaisuuksia tapahtuu niin vähän kuin mahdollista, vaan myös se, ”ettei yhtäkään oikeudenvastaista tahtoa olisi olemassa”. Pakottaminen siviilioikeudellisen vahingonkorvauksen suorittamiseen kumoaa vain jo tapahtuneen oikeudenvastaisuuden. Tämä ei kuitenkaan riitä, vaan valtion täytyy kumota myös ”mahdollinen oikeudenloukkaus, joka sisältyy rikoksiin taipuaiseen tahtoon”, toisin sanoen valtion on torjuttava se vaara, joka piilee rikollisessa tahdossa. Tämä tapahtuu rangaistuspakon käyttämisen avulla; ja koska rangaistus näin ollen ”hävittää vaarallisen tahdon”, se oikeutetaan juuri ”tämän valtiota uhkaavan vaaran kumoamisen kautta” (BL s. 9–10; EL s. 38; 372).

Ehrströmin kritiikki, jonka hän lainaa suoraan Berneriltä, on hyvin lyhyt. Ehkä hän katsoi tällaisen perimmältään valtion ”hätävarjelutarpeesta” johdetun ja vain rikoksenuusijoihin kohdistettavan ”rikollisen tahdon kumoamisen” ja ”vaaran torjumisen” niin toissijaiseksi perusteluksi rikosoikeuden käytölle, että jätti asian oman hyvitysojallisen parannusteoriaansa vastakohdan varaan. Niin tai näin; mutta se, että rikollisen tahto voitaisiin erityispreventiivisesti pakottaa oikeudenmukaiseksi, on Ehrströmin mukaan *contradictio in adiecto*. Vaatimus sisäisesti oikeudenmukaisesta tahdosta ei kuulu oikeuden vaan moraalin alueelle. Edelliseen liittyy olennaisesti se, että erityispreventioteoria näkee rangaistuksen oikeutusperusteen nimenomaan valtiota uhkaavassa vaarassa eli rikoksissa, jotka uusijoiden toimesta saattavat mahdollisesti tapahtua tulevaisuudessa. Vaara tarkoittaa tässä kokonaisuutena ottaen vaaraa porvarilliselle kansalaisyhteiskunnalle ja sen yksilöiden elämälle ja toiminnalle. Siten rangaistusarvoa ei määrää oikeudenmukainen hyvitys vaan oletetun tulevan vaaran torjunta ja uusijan aina uudestaan oletetun rikollisen tahdon tukahduttaminen. Viimeisessä argumentissa Ehrström jännittää kritiikkinsä äärimmilleen. Jos relatiivinen erityispreventio voisi oikeuttaa rangaistuksen, tällöinhän olisi paras antaa rangaistuksen edeltää

⁶⁹ Berner ja Ehrström puhuvat tässä vain ”preventioteoriasta”. Kyse on kuitenkin yksiselitteisesti erityispreventiosta. Berner luokittelee ”preventioteorian” nimenomaan ”täytännönpänteorioihin”. BE s. 149.

rikosta (EL s. 38–39; 372).⁷⁰ Mutta selviääkö edes nykyisin negatiiviseksi yleis-preventioksi kutsuttu rangaistustietoisuuden kokemuksen hahmo tästä dilemmasta?

Psykologisen pakon teoria

Tässä on kysymys *Feuerbachin* kuuluisasta yleipreventiivisestä perustelusta rikosoikeuden käytölle. Asia vaatisi Bernerin ja Ehrströmin esittämää huomattavasti laajemman kuvauksen ja kritiikin. Seuraavassa on kuitenkin tyydyttävä heidän hegeliläisestä aspektista kiteyttämäänsä olemusnäkemykseen.

Feuerbach näet arvosteli erityispreventioteoriaa siitä, että sen silmämääränä oli vain pelotus tulevista rikoksista, ts. että pelotus kohdistettiin tekijään aina vasta sen jälkeen, kun hän oli jo tehnyt rikoksen. Mutta oli pelotettava jo ensimmäisestä rikoksesta. Näin ollen Feuerbachilla pelotustavoite tulevista rikoksista siirtyi koskemaan itse laillisia rangaistusuhkia (BE s. 151). Siten tämä teoria tahtoo pelottaa rikoksista jo abstraktisilla rangaistuksilla ja vaatii niiden järjestämistä niin, että pahan eli kärsimyksen, jonka rangaistus rikoksenteikijälle tuottaa, on oltava suurempi kuin sen edun tai nautinnon, jonka hän odottaa saavansa rikoksesta. Teorian mukaan jokaisella rikollisella tahdolla on alkunsa siinä nautinnon mielikuvassa, jonka rikoksen tekeminen lupaa; jos nyt rangaistusuhan kautta tätä nautinnon mielikuvaa vastaan asetetaan mielikuva vielä suuremmasta epämiellyttävyydestä, niin rikokseen viettymystä vastaan asettuu sitä voimakkaampi vaikutin. Näin tahdolta riistetään sen yllyke pahaan. Tämän yllykkeen estää sisäinen psykologinen pakko, ja rikos jää näin tekemättä.⁷¹

Ehrströmin kritiikki on lyhyt ja yksinkertainen. Psykologisen pakon teorian ainoa oikeutusperuste rangaistukselle on vaara kansalaisyhteiskunnan oikeustilalle ja sen ehkäisy.⁷² Edeltävään erityispreventioteorian kohtaan viitaten Ehrström katsoo esityksensä osoittaneen, kuinka vähän tämä oikeutusperuste voi

⁷⁰ Tämä ad absurdum -perustelu osuu asian ytimeen. Erilaisia esimerkkejä tämänkaltaisesta erityispreventiiviseen lannistukseen ja ”turvaamiseen” perustuvasta lainsäädännöstä ja käytännöstä löytyy aina 1970-luvun alkuun asti. Ks. Lahti, Raimo: Suomen rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän kehitysvaiheista. Turku 1977 s. 9–31 ja Hannula, Ilari: Vankeinhoitoon liittyvän lainsäädännön historiaa 1881–1973. Suomen vankeinhoidon historiaa. Osa 1. Helsinki 1981 s. 88–177 eri kohdin.

⁷¹ BL s. 10; EL s. 39; 372. Edes Bernerin saksankielinen teksti ei vastaa tarkasti muotoilultaan eikä terminologialtaan Feuerbachin alkuperäistä. Ks. Feuerbach, P.J.A.: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 11 Auflage. Giessen 1832 s. 15–16. Feuerbachin teoriasta laillisuusperiaatteen yhteydessä Frände, Dan: Den straffrättsliga legelitetetsprincipen. Ekenäs 1989 s. 108–116 ja laajemmin Naucke, Wolfgang: Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs. Hamburg 1962 s. 39–91.

⁷² EL s. 6; 373. Kielenkäytöllisistä syistä Berner on suorasukaisempi ja puhuu ”vaarasta porvarilliselle tilalle”. BL s. 11.

sellaisenaan pitää paikkansa. Tarkempi, jälleen Bernerin oppikirjaan suoraan perustuva kritiikki, kuulostaa seuraavalta. Psykologisen pakon teoriaa ei voida hyväksyä:

1) Koska tahtoa ei voi pakottaa. Tämän tosiasian todistaa jokainen rangaistusuhasta huolimatta tehty rikos eli psykologisen pakon epäonnistuminen tehtävässä.⁷³

2) Rikoksenteijä on harvoin niin tarkkaan perillä rikoslaista, että hän kykenisi punnitsemaan rangaistuksesta aiheutuvan epämiellyttävyyden rikoksesta mahdollisesti saatavaa nautintoa vasten.⁷⁴

3) Kokemus osoittaa, että useimmat rikoksenteijät toivovat heitä rikoksiin ajavien halujen vaikutuksen alaisinakin jäävänsä paljastumatta ja siten välttävänsä rangaistuksen.⁷⁵

Tämän vuoksi Ehrström päättelee, että psykologisen pakon teorian on – riittävän pelotuksen aikaansaadakseen – päädyttävä ”drakoniseen lainsäädäntöön”. Siten lailla täytyisi yleisprevention saavuttamiseksi ”asettaa rikollisia haluja vastaan mahdollisimman kovia ja pelottavia rangaistuksia” (BL s. 11; EL s. 40; 373). Millaisin varauksin tätä yleistystä voidaan pitää pätevänä, ei ole tämän kirjoituksen aiheena.⁷⁶ Itse Ehrström hakee apua drakonisen pelotuksen ongelmaan ”feuerbachilaista järjestelmää lievemässä hengessä muuntelevan” *Anton Bauerin* rangaistusteoriasta.⁷⁷

Varoitusteoria

Tämän rangaistustietoisuuden kokemuksen hahmon mukaan valtiolla on käytettävissään oikeudenloukkausten estämiseksi pääasiassa kolme keinoa eli kansan-

⁷³ Hegel sanoo saman asian hieman filosofisemmin. Elävän olentona ihmisen voi kyllä kukistaa alistamalla hänen fyysinen tai muuten ulkonainen puolensa toisten väkivallalla. Ehdottoman vapaata tahtoa ei kuitenkaan voi pakottaa paitsi, jos tahto ei vetäydy takaisin itseensä ulkonaisuudesta, johon se kiinnittyy tai tämän ulkonaisuuden mielikuvasta. ”Vain sitä, joka tahtoo antaa itseään pakottaa, voi johonkin pakottaa.” OF s. 117.

⁷⁴ Tietyt vakavimpiin rikoksiin syyllistyvät rikolliset eivät tee minkäänlaista riskikalkyyliä vaan toimivat tunnekuohun vallassa tai päihteiden vaikutuksen alaisena. Frände 2005 s. 27. Lienee lisäksi niin, että keskivertoisella porvarillisen kansalaisyhteiskunnan jäsenenä on suhteellisen hämärä käsitys eri rikosten abstraktisista rangaistusarvoista ja varsinkin konkreettisesta rangaistuskäytännöstä. Ks. myös Lappi-Seppälä 1994 s. 56–59.

⁷⁵ Tämä argumentti suuntaa kärkensä myös nykyisin negatiivisessa yleispreventiossa keskeisenä pidetyn kiinnijoutumisriskin merkitykseen. Vrt. Lappi-Seppälä 1994 s. 58.

⁷⁶ Hegel on eettiseltä kannalta suorasukaisempi: ”Rangaistuksen perusteleminen tällä tavoin on kuin kohotettaisiin keppi koiraa vastaan eikä ihmistä kohdella hänen kunniansa ja vapautensa mukaan vaan kuten koiraa”. Hegel. Werke (1986). Bd. 7. s. 190.

⁷⁷ Ks. tark. Wahlberg 1994 s. 53–54. BE:n, s. 152–156, Bauer-esitys taas on oppikirjan jaksoa huomattavasti pitempi ja argumentatiivisempi. Ehrström kuitenkin nojautuu suoraan oppikirjan tekstiin, joten seuraan pääosin sitä.

kasvatus, valistus ja hallinto-oikeudellinen rikostentorjunta (politiaoikeus).⁷⁸ Jo tämä lähtökohta osoittaa Bauerin pyrkimyksen irrottautua ”drakoniseen rikoslainsäädäntöön” johtavasta negatiivisesta yleispreventioteoriasta. Mutta niin idealistisesta rangaistustietoisuuden kokemuksen hahmosta ei ole kysymys, että koko rikoslaki ja rangaistusjärjestelmä katsottaisiin tarpeettomaksi. Päinvastoin rikoslaki on Bauerin mukaa ”välttämätön, koska ensin mainitut eivät ole riittäviä”.⁷⁹

Rikosten estämisen tarkoituksessa rikoslain on varoitettava kansalaisia rikoksista niin, että varoitus vaikuttaa kaikkia rikosten lähteitä vastaan. Siksi varoituksen ei ole vedottava vain ihmisen fyysiseen vaan myös hänen ”siveelliseen ole-mukseensa”. Varoituksen täytyy vaimentaa aistihalut sen epämiellyttävyyden mielikuvan kautta, jonka rangaistus aiheuttaa, kun rikollinen pyrkii tyydyttämään halunsa. Mutta lisäksi varoituksen ”täytyy elävöittää siveellinen tietoisuus rikoksen rangaistusarvoisuudesta ja vahvistaa kansalaisten velvollisuutta toimia harkitsevasti”.⁸⁰

Tarkemmin tulkittuna: rikoslain ja rangaistuksen negatiivisesti yleispreventiivinen tarkoitus on vaikuttaa ihmisen fyysisiin rikosentekohaluihin, ei ”drakonisesti pelottamalla” vaan ”varoittavasti vaimentamalla” nuo halut epämiellyttävien rangaistusmielikuvien kautta. Positiivisesti yleispreventiivinen tarkoitus taas on ”vahvistaa kansalaisten velvollisuutta toimia harkitsevasti” mutta rangaistuksella on pyrittävä myös moraalia luovasti ”elävöittämään” yksilön ”siveellistä tietoisuutta”. Rangaistuksen ”oikeusperuste” puolestaan löytyy siitä, että ”varoitus on edeltänyt rikosta ja siitä, että ollakseen muuta kuin tyhjä sana, tuon varoituksen on osoitettava tehokkuutensa silloin, kun sitä ei kunnioiteta” (BL s. 11–12; EL s. 41; 373).

Ehrströmin miltei suoraan Berneriä mukaileva kritiikki on hyvin lyhyt. Varoitusteoria näet selittää rangaistusuhan sallituksi, koska juuri varoituksena uhka ei itse asiassa puutu kenenkään persoonan vapauteen. Rangaistuksen tuomitseminen ja täytäntöönpano taas oikeutetaan edeltä käyneellä uhalla eli varoituksella. Mutta, Ehrström päätelee, tällä tavoin voitaisiin myös mitä vähäisintä rikosta

⁷⁸ Viimeksi mainitusta käsitteestä ks. Pihlajamäki, Heikki: *Jus politiae* – havainnot politiaoikeuden pirstaloitumisesta ja rikosoikeuden kehityksestä 1800-luvulla. LM 4/1999 s. 511–529.

⁷⁹ BL s. 11; EL s. 41; 373. Bauerin hyvin modernin käsityksen mukaan rikoslailla tulee kriminalisoida vain teot, jota ovat niiden vaarallisuuden vuoksi ”rangaistusarvoisia”. Tekojen tulee vaarantaa oikeusjärjestystä, eikä ”muuta suojelukeinoja ole käytettävissä”. BE s. 152–153. Kyseessä on yksiselitteinen ultima ratio -periaatteen ilmaus.

⁸⁰ BL s. 11; EL s. 41; 373. Tässä on kyse positiivisen yleisprevention ja rangaistuksen moraalia luovan vaikutuksen perusmäärittämisestä. Ks. ja vrt. Frände 2005 s. 27–28 ja Lappi-Seppälä 1994 s. 59–61. Positiivisen yleisprevention ”sovelluskenttien” jäsenyyksenä ks. Frisch, Wolfgang: *Schwächen und berechnigte Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention. Zur Schwierigkeit des 'Abschieds von Kant und Hegel'. Positive Generalprävention.* Schünemann, von Hirsch, Jareborg (Hrsg.). Heidelberg 1998 s. 128–133.

vastaan heti asettaa kuolemanrangaistus rangaistusuhaksi ja sitten oikeuttaa sen käyttö edeltäneellä uhalla (BL s. 12; EL s. 41–42; 373).

Tämä kritiikki, jonka paikkansa pitävyyden arviointi vaatisi koko bauerilaisen järjestelmän analyysin, tuntuu sellaisenaan ilmaistuna hyvin yksipuoliselta, koska Bauer edellä mainittuun tapaan vaatii jopa ultima ratio -periaatteen huomioon ottamista ”varoitusuhkia” asetettaessa. Lisäksi on mielestäni niin, että Berner ja Ehrström eivät syvällisemmin oivaltaneet Bauerin teorian – toki hapuilevasti ilmaistua – luonnetta positiivisen yleisprevention ja konkreettisen rangaistuskäytännön oikeudenmukaiseksi kokemisen aspektien ykseytenä. Heille Bauer oli perimmältään relativisti, jolle rikoksen rangaistusarvoiseksi katsomisen perustelu oli sen reaalisessa vaarallisuudessa kansalaisyhteiskunnalle. Näin viime kädessä olikin. Mutta seuraava teoria sen sijaan perustelee rangaistuksen käytön suoraan rikoksen eettisellä vahingollisuudella.

Ideaalisen vahingon korvaamisteoria

Bernerin oppikirjan ja Ehrströmin luennon esitys on myös tässä varsin lyhyt. Mielenkiintoisinta onkin se, miten Berner luonnehtii fenomenologista siirtymää varoitusteoriasta tähän rangaistustietoisuuden kokemuksen hahmoon. Varoitusteoriassa ei näet Bernerin mukaan haluta arvottaa rangaistusta rikoksenteikijän subjektiivisen vaarallisuuden vaan itse rikoksen objektiivisen vaarallisuuden perusteella. Mutta tehty rikos ei ole enää mikään pelkkä vaara vaan jo objektiivisesti tapahtunut oikeudenloukkaus. Kun näin ollen puhutaan itse rikoksen vaarallisuudesta, tällä voidaan tarkoittaa vain sitä, mitä nimitetään ideaaliseksi vahingoksi. Siten Bauerin olisi tullut liittää rangaistuksen perustelu johdonmukaisesti ja avoimesti jo käsillä olevaan tekoon. Näin menetellään ideaalisen vahingon korvaamisteoriassa (BE s. 155–156).

Tämän teorian kannattajat näkevät rikoksessa siviilioikeudellisella vahingonkorvauksella korvattavan materiaalisen vahingon ohella juuri ideaalisen vahingon. Tämä perustuu ensinnäkin huonon esimerkin antamaan kiihokkeeseen rikoksiin. Ideaalisen vahinko perustuu toiseksi rikoksen johdosta vähentyneeseen lainkunnioitukseen ja kolmanneksi rikoksen aiheuttamaan yleiseen epävarmuuden tunteeseen. Tämä ”ideaalinen vahinko rikoksenteikijän on korvattava tai hyvitettävä alistumalla rangaistukseen ja siten sovittamalla tekonsa”. Varoitusteoriassa häivähtäneet positiivisen yleisprevention keskeiset piirteet saavat tässä avoimesti absoluuttista hyvitysoppia lähenevän hahmon. Siten fenomenologinen kehitys on saavuttanut absoluuttisen rangaistusteorian partaan.⁸¹ Ehrström indi-

⁸¹ Ideaalisen vahingon korvaamisteorian etummaisın edustaja Welcker esittää toisaalta voimakkaan kritiikin vanhempia eli Hegeliä edeltäneitä absoluuttisia hyvitysoppeja kohtaan. Ks. Welcker, C. T.: Die letzten Gründe von Staat, Recht und Strafe. Giessen 1813 s. 189–213.

koi tätä lähestymistä kääntämällä edellä Bernerin ilmauksen ”wieder gut machen” vastineella ”ersätta eller godtgöra” eli ”korvattava tai hyvitetävä”. Mutta tässä on saavutettu todellakin vasta absoluuttisen rangaistusteorian raja, sillä pitäähän myös absoluuttisen teorian eri variantit ensin kumota yhtenäiseksi kokonaisteoriaksi. Fenomenologinen kritiikki päättyykin tältä osin kahteen lyhyeen huomautukseen:

Ideaalisen vahingon korvaamisteoriaa vastaan voidaan todeta, että korvaus ja rangaistus ovat eri käsitteitä.⁸² Olennaisempi, mutta tässä tilasyistä tarkempaa käsittelyä vaille jäävä kriittinen huomautus on se, että oletettu ideaalinen vahinko ei ole itse rikoksessa, vaan sen enemmän tai vähemmän satunnaisessa seurauksessa, joka toisinaan jää puuttumaan.⁸³ Tässä Ehrström näkee teorian suurimman epäjohdonmukaisuuden. Sen sijaan porvarillisen kansalaisyhteiskunnan suojelusta ja rangaistuksen muista hyötytarkoituksista oikeutuksensa ammentavista relatiivisista teorioista on Johan Gottlieb Fichten opissa ”suurimmalla johdonmukaisuudella ja täydellisyydellä ilmaistu se, mihin kaikki relatiiviset teoriat pyrkivät” (EL s. 44; 374). Tarkastelemme lopuksi miten.

*Fichten sovittamisteoria*⁸⁴

Filosofi J. G. Fichten teksteistä löytyy viljalti myös rikosta ja rangaistusta käsitteleviä jaksoja ja kohtia.⁸⁵ Ehrströmin tavoitteena on osoittaa Fichten yhteiskuntasopimusperusteluun ja porvarillisen kansalaisyhteiskunnan suojeluun nojautuvan relatiivisen teorian riittämättömyys valtion ”korkeamman siveellisen ja ikuisesti vallitsevan järjen” näkökulmasta, siis sivistysvaltion ideaalieettisen edusmiehen absoluuttisen rangaistusteorian aspektista.⁸⁶ Ehrströmin esitys keskittyy nimenomaan Fichten yhteiskuntasopimusteoriaan ja sen kritiikkiin. Seuraan sitä lähinnä lyhyin aatehistoriallisin kommentein.

⁸² Tämä ero voidaan palauttaa käsitehistoriallisesti vähintään 1100-luvulle. Pihlajamäki LM 4/2005 s. 542.

⁸³ BL s. 12; EL s. 42–43; 373. Kleszczewski, Diethelm: Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft. Berlin 1990 s. 68–75 käsittelee tähän olennaisesti liittyvää mutta kiistanalaista seurausvääryyden ja toimintavääryyden käsiteparia.

⁸⁴ Termiä ”Abbüssung” eli ”avbotning” on vaikea suomentaa adekvaatisti Fichten teorian yhteydessä. Olen valinnut ”sovittamisteorian”, koska Fichten teoria on Bernerin ja Ehrströmin mukaan relatiivisten teorioiden kulminaatio mutta ei vielä absoluuttinen sellaisenaan.

⁸⁵ Näitä on erityisesti teoksessa Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre. Jena 1796.

⁸⁶ Ehrström seuraa Fichte-jaksossakin ensi sijassa Bernerin oppikirjan kuvausta, joka taas puuttuu kokonaan Bernerin vuoden 1845 artikkelista. Yllä olevan kaltaiset subliimit karakterisoinnit, vaikka Hegeliin perustuvatkin, ovat Ehrströmillä kuitenkin paljolti snellmanilaisia nuoruuden peruja.

Fichten mukaan valtio siis perustuu yhteiskuntasopimukseen eli kansalaisso-
pimukseen.⁸⁷ Näin synnyttävän valtion päämääränä on kansalaisten yleisen
turvallisuuden takaaminen. Tälle yhteiskuntasopimusidealle Fichte rakentaa
seuraavan rangaistusteorian:

Vain yhteiskuntasopimus perustaa yksittäisten kansalaisten oikeudet. Joka
rikkoo yhteiskuntasopimuksen rikoksella, tulee rikoksensa vuoksi näin ollen
täysin oikeudettomaksi. Hänet on toisin sanoen katsottava lainsuojattomaksi, ja
valtion pitäisi itse asiassa sulkea hänet porvarillisen kansalaisyhteiskunnan yk-
seydestä. Valtiohan muodostuu yhteiskuntasopimuksella ja on siten myös ole-
massa vain niille, jotka sopimuksen pitävät ja sen täyttävät.⁸⁸ Rikoksentekijä on
nyt loukannut porvarillista yhteiskuntasopimusta ”eikä valtio sen vuoksi ole
enää hänelle olemassa”. Rikos asettaa hänet valtion ulkopuolelle. Siksi hänet
pitäisi rikoksensa vuoksi karkottaa valtiosta, ja tiukkaan ottaen tämän maasta-
karkoituksen tulisi seurata vähäisimmästäkin rikoksesta (BL s. 13; EL s. 43;
374).

Tiukkaa porvarillista *pacta sunt servanda* -periaatetta heijastavan perustelun
jälkeen Fichte lieventää rigorismiaan hyötypoliittisella rajoituksella eli *utilitas
rei publicae* -näkökulmalla.⁸⁹ Yhteiskuntasopimuksen velvoittavuuden takaami-
sen lisäksi valtion päämäärä ei ole muu kuin porvarillisen kansalaisyhteiskunnan
jäsenten keskinäinen turvallisuus. Jos näin ollen on olemassa jokin muu keino,
jolla tämä turvallisuus voidaan saavuttaa yhtä hyvin kuin sulkemalla rikoksentekijä
valtiosta, ei ”valtion tarvitse mennä äärimmäisyyksiin”. Tämän keinon Fichte
löytää ”rangaistuksen sovittamisesta”.⁹⁰ Siksi Fichte vaatii valtion kansalais-
ten välistä seuraavansisältöistä lisäsopimusta, jota hän kutsuu ”sovittamissopi-
mukseksi”: ”Kaikki lupaavat kaikille, että he, sikäli kuin yleinen turvallisuus sen
sallii, eivät sulje rikoksentekijöitä heidän rikostensa takia valtion ykseydestä,
vaan antavat heidän muulla tavoin sovittaa rikoksensa.”⁹¹

⁸⁷ Termi on ”Bürgervertrag”, jonka voisi kääntää myös ”porvarillistuvan kansalaisyhteiskunnan
perustussopimukseksi”.

⁸⁸ Hegel taas toteaa, ettei valtio voi perustua porvarillisen kansalaisyhteiskunnan sopimussuhteis-
siin, pidetäänpä valtiota kaikkien keskinäisenä sopimuksena tai näiden kaikkien sopimuksena
hallitsijan ja hallituksen kanssa. Juuri yksityisomistussuhteiden ”sekoittaminen valtiotsuhteeseen
on aiheuttanut suurimmat sekasotkut valtio-oikeudessa ja valtion todellisuudessa”. OF s. 110.

⁸⁹ Fichteä edeltäneen vanhemman valitusfilosofian osalta ks. Seelmann 1987 s. 231–232.

⁹⁰ Ehrström lisää sulkuihin ”utståendet” eli kärsimisestä tai suorittamisesta.

⁹¹ EL s. 44; 374. Sitä, kuinka hyötypoliittinen Fichten teoria kuitenkin on, kuvaa hyvin seuraava
täsmennys: ”Tämä sopimus on hyödyllinen sekä kaikille (valtiokokonaisuudelle) että jokaiselle
yksilölle. Kokonaisuus saa sen kautta mahdollisuuden sen valvomiseen, että kansalainen, jonka
hyödyllisyys on hänen vahingollisuuttaan suurempaa, tulee säilymään.” Yksilölle taas kuuluu so-
pimuksen mukaan ”hyvin hyödyllinen ja tärkeä oikeus rangaistukseen.” Fichte, J. G.: Gesamtaus-
gabe. Hrsg. R. Lauth und H. Gliwitsky. Bd. 4. Stuttgart-Bad Canstatt 1970 s. 60. Muotoilu on
täydellinen vastakohta Hegelin aiemmin mainitulle käsitykselle rangaistuksesta rikoksentekijän
ihmisoikeutena.

”Sovittaminen” merkitsee aatehistoriallisesti tarkasteltuna sitä, että myöhäis-valituksen rikosoikeusfilosofian tavoin rangaistuksen oikeutusta oli myös Fichten mukaan etsittävä yhä enemmän itse tehdystä rikosteosta. Tässä nojaututtiin esimerkiksi ajatukseen, jonka mukaan rikoksentekijä menettää jo itse teollaan hyökkäyskohteena olleen oikeuden, koska kaikki oikeudet ovat vain vastavuo-roisesti voimassa.⁹² Fichte edustaa kaikessa hyötypoliittisessa argumentaatio-saankin juuri tätä ”sovittamisopin” kehityslinjaa. Mistään absoluuttisesta oikeu-denmukaisuusperiaatteisiin perustuvasta hyvitysopista tässä ei ole kuitenkaan kysymys. Ehrström jatkaa:

Tavoittaakseen varmemmin sovittamissopimuksen päämäärän Fichte pyrkii ”valtionsa” puitteissa pelotukseen rangaistusuhan kautta. Jos taas tämä uhka ei ole täyttänyt tehtävänsä, hän pyrkii järjestämään rangaistusten täytäntöönpanon niin, että rikoksentekijä sen avulla parantuu; ja tällainen relatiivisin pakkomene-telmin parannettu tekijä ”pääsee lopulta takaisin valtion ykseyteen, koska tuleva rikos hänen osaltaan ehkäistyy” (EL s. 44; 374).

Fichtelle rikoksentekijä oli täydellinen viettiolento, joka oli ”parannettavissa” vain mitä ankarimmalla kurilla, pakkotyöllä ja viime kädessä täydellisellä eris-tyksellä. Rikoslain pelottava vaikutus taas oli luonteeltaan ”mekaanisuutta lä-henevää välttämättömyyttä”.⁹³ Tältä kannalta on mielestäni ymmärrettävä Ehr-strömin arvio siitä, että Fichten teoriassa on johdonmukaisimmin ilmaistu se, mihin edellä kuvatut relatiiviset rangaistustietoisuuden kokemuksen hahmot ovat olemuksessaan ”pyrkineet”, siis se mikä on ollut niiden rangaistuksen oi-keutuksen ilmenemismuodon todellinen tendenssi. Hegeliläisen sivistysvaltion ideaalieettisen edusmiehen kriittiseltä näkökannalta Fichten sopimusperusteisen valtion – itse asiassa porvarillisen kansalaisyhteiskunnan – päätehtäväksi jäi juuri ja vain ”keskinäisen turvallisuuden takaaminen”. Siksi Fichten teorian oli hävittävä hegeliläiselle ”korkeammalle kutsumukselle”, joka näkee valtiossa muuta kuin porvarillisen kansalaisyhteiskunnan ”turvallisuuslaitoksen”, eli nä-kee valtiossa ”siveellisen instituution, jolla myös on täysi merkitys omassa itses-sään” (EL s. 45; 374).

LOPPUHUOMAUTUS

Valtio on hegeliläisen Ehrströmin mukaan olemukseltaan oikeudenmukaisuuden instituutio, ei mikään porvarillisen yhteiskunnan preventiivinen ja repressiivinen

⁹² Seelmann 1987 s. 230–231.

⁹³ Ks. tark. Lesch, Heiko: Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision. München 1999 s. 41–44.

turvallisuuslaitos. Hyötypoliittisessa konfliktinratkaisutoiminnassaan valtio saattaa ilmetä tietoisuudelle tuona turvallisuuslaitoksena. Valtion substanssin eli itsensä edellyttävän, uusintavan ja uudistavasti tuottavan oikeudenmukaisuuden kannalta tämä ilmentyminen on kuitenkin ”ohimenevästi viipyvää” hyötypoliittista aksidentiaalisuutta, usein pelkkää näennäistarkoituksenmukaisuutta. Relatiiviset rangaistustietoisuuden kokemuksen hahmot eivät kykene tiedostamaan oliota sinänsä eli valtion substanssia vaan vain hyötyhakuisen porvarillisen kansalaisyhteiskunnan ilmiöpinnan, joka pelkän ”vapautensa” eli mielivaltansa varaan jätettynä tarjoaakin vastakohdissaan, eturistiriidoissaan ”ja niiden sotkuisuudessa irstailun, kurjuuden ja näille kummallekin yhteisen fyysisen ja siveellisen turmeltumisen näytelmän” (OF s. 173–174).

Tämän vuoksi sellainen tietoisuus on taipuvainen vaatimaan mitä erilaisimpia ”turvallisuuslaitoksia” ja muita preventiivisiä ja repressiivisiä keinoja tuon ”turmeltumisen näytelmän” kurissapitämiseksi ja kontrolloimiseksi. Perustava väärinymmärrys ilmenevän tietoisuuden kokemuksessa on juuri porvarillinen kansalaisyhteiskunnan ilmiömaailman sekoittaminen olion sinänsä eli valtion idean todellisuuteen. Porvarillinen kansalaisyhteiskunta on ”kaikinpuolisen riippuvuuden järjestelmä”, jota voidaan pitää ”lähinnä ulkoisena eli pakollisen tarpeen tai ymmärryksen valtiona” (OF s. 173). Relatiivisia rangaistusteorioita kutsutaan ”relatiivisiksi”, koska ne koettavat suhteuttaa ja palauttaa rangaistuksen välttämättömyyden tämän ”ulkoisen valtion” hyötyyn ja näin ollen tarkoitukseen, joka piilee valtion itsensä ulkopuolella (EL s. 33; 370). Sisäinen, siveellisen idean mukainen valtio, absoluuttisen teorian syntykohta ja kotipaikka, ei ole turvallisuuslaitos vaan oikeudenmukaisuuden ideaalinen instituutio. *Raimo Lahti* kiteyttää Ehrströmin hyvityso pillisen parannusidean:

”Ehrström oli jo varhaisemmassa kirjallisessa tuotannossaan korostanut, ettei ainoastaan ulkoisen oikeudenloukkauksen suuruuden vaan myös rikoksentekijän syyllisyyden asteen huomioon ottaminen oli rangaistuslajia valittaessa ja rangaistusta mitattaessa tärkeää. Tekijän syyllisyyden asteen selvittäminen oli tarpeen, jotta rangaistus kyettäisiin määräämään hänen parantamistaan edistäväksi. Parannus ja katumus ovat ainoa keino tekijän rikollisen tahdon hävittämiseksi, kun taas pakkoa sisältävällä rangaistuksella kumotaan oikeudenloukkaus.”⁹⁴

Totean lopuksi, että Hegel, Berner ja Ehrström pyrkivät ”kumoamaan” erilaisia käsitteellisiä jakoja, vastakohtia ja pelkän hyötysuuntauneen oikeuskulttuurin näennäisperusteluja matkalla kohti oikeusvaltiollista, rationaalista ja humaa-

⁹⁴ Lahti 1997 s. 6. Lisättäköön lyhyesti, että Ehrströmin mukaan pelotus ei kuulu lainkaan rangaistuksen ”olemukseen ja sisältyy siten yhtä vähän sen objektiiviseen kuin subjektiiviseenkaan puoleen”. Ks. tark. Wahlberg 2005 s. 190–191.

nia rikosoikeutta. Samalla erityisesti Ehrström tahtoi luoda ensi sijassa alemmista yhteiskuntaluokista lähtöisin oleville rikoksentekijöille ja uusijoille normatiivisia ja reaalisia mahdollisuuksia elämäntavan muutokseen ja aitoon moraaliseen parannukseen. Todellisuus ei tietenkään muodostunut ”täysin” käsitettä vastaavaksi; eikä ehrströmiläiseen konseptioon ole sellaisenaan paluuta. Idea on silti aina aktuaalinen.

Kirjoittajaluettelo

<i>Backman, Eero</i>	rikosoikeuden professori, Turun yliopisto
<i>Burrell, Riitta</i>	OTT, LL.M., tutkija, Helsingin yliopisto
<i>Elkind, Elina</i>	master student, University of Tartu
<i>Frände, Dan</i>	professor i straff- och processrätt, Helsingfors universitet
<i>Greve, Vagn</i>	professor i strafferet, Københavns universitet
<i>Hirvonen Ari</i>	OTT, yleisen oikeustieteen yliopistonlehtori, oikeusfilosofian ja oikeusteorian dosentti, Helsingin yliopisto
<i>Jonkka, Jaakko</i>	OTT, apulaisoikeuskansleri, prosessioikeuden dosentti, Helsingin yliopisto
<i>Jääskeläinen, Petri</i>	OTT, apulaisoikeusasiamies
<i>Kekkonen, Jukka</i>	oikeushistorian ja roomalaisen oikeuden professori, dekaani, Helsingin yliopisto
<i>Kiuru, Hannu</i>	OTL, esittelijäneuvos
<i>Koponen, Pekka</i>	OTT, valtionsyyttäjä
<i>Koskinen, Pekka</i>	rikosoikeuden professori, Helsingin yliopisto
<i>Kurenmaa, Tero</i>	OTT, apulaispäälikkö, keskusrikospoliisi
<i>Kuusimäki, Matti</i>	OTL, valtakunnansyyttäjä
<i>Lappi-Seppälä, Tapio</i>	OTT, johtaja, Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos; rikosoikeuden dosentti, Helsingin yliopisto
<i>Lehtonen, Lasse</i>	LT, OTT, hallinnollinen osastonylilääkäri, HUSLAB; lääkintä- ja bio-oikeuden dosentti, Helsingin yliopisto
<i>Lindstedt, Jukka</i>	OTT, apulaisoikeusasiamies
<i>Lötjönen, Salla</i>	OTT, M.A., terveysoikeuden ja -etiikan lehtori, Manchesterin yliopisto
<i>Majanen, Martti</i>	rikosoikeuden professori, Helsingin yliopisto
<i>Matikkala, Jussi</i>	OTT, rikosoikeuden assistentti
<i>Minkkinen, Panu</i>	professori, Leicesterin yliopisto; oikeusteorian dosentti, Helsingin yliopisto
<i>Niemi-Kiesiläinen, Johanna</i>	oikeustieteen professori, Uumajan yliopisto; prosessioikeuden dosentti, Helsingin yliopisto
<i>Nikula, Paavo</i>	OTL, OTT h.c., oikeuskansleri
<i>Nuotio, Kimmo</i>	oikeustieteen professori, Helsingin yliopisto
<i>Nuutila, Ari-Matti</i>	oikeustieteen professori, Turun yliopisto
<i>Ohisalo, Jussi</i>	OTK, tutkija, Helsingin yliopisto

<i>Pajuoja, Jussi</i>	OTT, apulaisosastopäällikkö, kriminaalipoliittinen osasto, oikeusministeriö; kriminaalipoliitiikan dosentti, Helsingin yliopisto
<i>Pihlajamäki, Antti</i>	OTT, johtava kihlakunnansyyttäjä, Turun kihlakunnan syyttäjänvirasto
<i>Sootak, Jaan</i>	professor of criminal law, University of Tartu
<i>Tapani, Jussi</i>	OTT, rikos- ja prosessioikeuden yliassistentti, Joensuun yliopisto
<i>Tolvanen, Matti</i>	rikos- ja prosessioikeuden professori, Joensuun yliopisto
<i>Träskman, Per Ole</i>	professor i straffrätt, Lunds universitet
<i>Utriainen, Terttu</i>	rikosoikeuden professori, Lapin yliopisto
<i>Viljanen, Pekka</i>	rikosoikeuden professori, Turun yliopisto
<i>Wahlberg, Markus</i>	OTL, FK, tutkija, Helsingin yliopisto

Bibliografia

1967

Onko ylioppilaalla oikeusturvaa Helsingin yliopistossa? Miilu [Keskisuomalaisen osakunnan lehti] 1/1967, 7–8. – Myös: Kissoidi 1/1967, 5–8.

1968

Lainkonkurensista. Lakimies 66:709–737.

Om minoriteternas rättsliga ställning i Finland. Fossegrimen 15:119–124 (Brevik).

(toim.) Oikeustieteellisen tiedekunnan opinto-opas 1968. Helsinki 1968. 109 + XVII s.

Arvostelu (jälj.: Arv.) teoksesta Cramer, Peter: Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt. Tübingen 1962. Lakimies 66:447–449.

1969

Ns. yhdistetystä rikoksesta. Defensor Legis 50:480–485.

Oikeussosiologian opetuksesta ja tutkimuksesta Pohjoismaissa. Contra 1:3:26–29, 42–43.

Opiskelijan oikeusturva. – Tala, Jyrki (toim.): Kantajana kansalainen. Tammi. Helsinki 1969, 124–145.

Raskauden keskeyttämistä koskevista rangaistussäännöksistä de lege ferenda. Lakimies 67:417–431.

Rikoslain 16 luvun 8 ja 9 §:stä, erityisesti niiden uudistamisesta. Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 105:487–505.

(& Kaarlo Tuori) (toim.) Oikeustieteellisen tiedekunnan opinnot 1969. Helsingin yliopisto 1969. 114 s.

Arv. teoksesta Helasvuo, Kaarlo: Ken oikeutta maassa saa. Jyväskylä 1969. Lakimies 67:823–824.

Aborttilakikomitean mietintöä koskevat kirjoitukset. Puheenvuoro. Ylioppilaslehti 18/16.5.1969.

1970

Mitä on oikeussosiologia? – Kriminaaliclubi 1920–1970. Pohjois-Pohjalaisten Kriminaaliclubi. Oulu 1970, 55–72.

Näkökohtia potilaan oikeusturvasta. Suomen Lääkärilehti 25:1900–1907. – Myös: Sairaala 5/1970.

Om de förnyade finska stadgandena rörande avbrytande av havandeskap, sterilisering och kastrening. Nordisk Tidskrift för Kriminalvidenskab 58:16–47 (København).

Uuden sterilöislain tulkintaa. Lääkäri ja yhteiskunta 21:89–90.

Uudistuksia Englannin rikosprosessi- ja rikosoikeudessa. Lakimies 68:293–298. – Myös: liite teoksessa Petersen, Theodor & Soukka, Paavo: Englannin oikeuslaitos. Vammala 1971.

Uusituista raskauden keskeyttämistä, sterilöimistä ja kastroimista koskevista säännöksistä. Suomen Lääkärilehti 25:1462–1468.

- Vuoden 1970 abortti-, sterilisaatio- ja kastreerolainsäädäntö. – Festschrift utgiven i anledning av Juristklubben Codex' 30-års jubileum. Borgå 1970, 67–105.
- Abortti- ja sterilisaatiolait. – Mitä Missä Milloin 1971. Otava. Keuruu 1970, 174–178.
- Lapsen oikeudellinen asema yhteiskunnassa. Kommentti. – Pro Juventute II. Mannerheimin Lastensuojeluliitto [1970], 36–41.
- Arv. teoksesta Baumann, Jürgen: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bielefeld 1968. Lakimies 68:311–312.
- Arv. teoksesta Hoflund, Olle: Om farebegreppet i straffrätten. Stockholm 1967. Lakimies 68:171.
- Arv. teoksesta Jareborg, Nils: Handling och uppsåt. Stockholm 1969. Lakimies 68:170–171.
- Arv. teoksesta Jescheck, Hans-Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. Berlin 1969. Lakimies 68:312.
- Arv. teoksista Nelson, Alvar: Brott och påföljd. Lund 1968 ja Greve, Vagn – Jensen, Sv. Gram: Forbrydelse og Straf. København 1969. Lakimies 68:311.
- Arv. teoksesta Smith, J. C. – Hogan, Brian: Criminal Law. London 1969. Lakimies 68:313.

1971

- Minkäläinen riski olisi ilmoitettava potilaalle hänen kysymättä? Sairaala 34:452–454.
- Yhteiskuntatieteellinen tutkimus ja tuomarin toiminta. Lakimies 69:326–347.
- Abortti- ja sterilisaatiosäännökset Suomessa. – Reuben, David: Kaikki mitä olet aina halunnut tietää seksistä... Otava. Keuruu 1971, 326–329.
- Kansainvälinen kriminologikongressi Madridissa. Lakimies 69:188–190.
- Arv. teoksesta Hauge, Ragnar: Kriminalitet som ungdomsfenomen. Oslo 1970. Lakimies 69:179–181.

1972

- Kriminaalipolitiikan tavoitteiden ja keinojen tarkastelua. Vankeinhoito 53:2–3:2–14.
- Perhesuunnittelupolitiikka ja syntyvyyden säännöstelyä koskeva lainsäädäntömme. Oikeus I:1:15–40.
- Potilaalta hoitotoimenpiteeseen hankittavan suostumuksen oikeudellista arviointia. – Rikosoikeudellisia kirjoitelmia III. Niilo Kullervo Salovaaralle 13.10.1972 omistettu. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 99. Vammala 1972, 64–92.
- Rikollisuudesta johtuvien kustannusten vähentämisestä ja jakamisesta. Kriminaalipolitiikan tavoitteiden ja keinojen tarkastelua. With an English Summary. Oikeustiede – Jurisprudentia II:1972:1. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja. Vammala 1972, 221–313.
- Arv. teoksesta Raiser, Thomas: Einführung in die Rechtssoziologie. Berlin 1972. Lakimies 70:548–549.
- Arv. teoksesta Reh binder, Manfred: Internationale Bibliographie der rechtssoziologischen Literatur. Berlin 1972. Lakimies 70:967–968.
- Arv. teoksesta Scandinavian Studies in Criminology 3. Oslo 1971. Lakimies 70:546–548.

1973

- Om verkningarna av och framtidsutsikterna för de finländska abort- och steriliseringslagarna av år 1970. Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 61:159–177.

Uusien abortti- ja sterilöimislakien vaikutus maassamme. Suomen Lääkärilehti 28:303–314.
Perhesuunnittelu. – Kodin lakikirja I. Valitut Palat. Helsinki 1973, 215–218.
Rikoksista yleensä. Rikosten lajit. Rikoksen seuraamukset ja niiden täytäntöönpano. – Kodin lakikirja II. Valitut Palat. Helsinki 1973, 983–1022, 1046–1059.

1974

Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä erityisesti silmällä pitäen tuomitsematta jättämistä. Mit deutscher Zusammenfassung. Väitöskirja. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 106. Vammala 1974. LXIV + 632 s.
Kriminaalipolitiikan rajaaminen. – Anttila, Inkeri – Heinonen, Olavi – Koskinen, Pekka – Lahti, Raimo: Rikollisuus ongelmana. Kriminaalipolitiikan perusteet. Tammi. Helsinki 1974, 11–49.
Arv. teoksesta Raiser, Thomas: Einführung in die Rechtssoziologie. 2. Aufl. Berlin 1973. Lakimies 72:864.

1975

Osallisuudesta rikokseen. Osallisuussäännösten tulkintaan ja uudistamiseen liittyviä kysymyksiä. I. Tutkimuksen lähtökohtia ja yleisiä kysymyksiä. Turun yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksen julkaisusarja A n:o 1. Turku 1975. III + 93 s. (moniste).
Vainaja ja oikeusturva. Suomen Lääkärilehti 30:1688–1694. – Myös: Rikospoliisi 4/1975, 1–8.
Luvut I ja V.A.–B. – Koskinen, Pekka – Lahti, Raimo: Vapausrangaistusjärjestelmän uudistus 1974. Turun yliopiston rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja B n:o 2. Turku 1975, 1–11, 35–40 (moniste). – 2. painos 1977.
Perhesuunnittelu. – Kodin lakikirja I. Ensimmäinen uudistettu painos. Valitut Palat. Helsinki 1975, 222–225.
Yleistä rikoksista. Rikosten lajit. Rikosten seuraamukset ja niiden täytäntöönpano. – Kodin lakikirja II. Ensimmäinen uudistettu painos. Valitut Palat. Helsinki 1975, 1011–1051, 1076–1089.

1976

Kriminaalipolitiikan arvopäämäärät. Suomen Poliisilehti 56:254–260. – Myös: Vankeinhoito 57:5:4–9.
Om eftergifter vid upprepad brottslighet. Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 64:263–276.
Rikollisuus tutkimuksen ja päätöksenteon kohteena. Lakimies 74:507–546.
Kriminaalipolitiikan kustannukset ja hyöty. Puheenvuoro. Uusi Suomi 11.5.1976.
Rikollisuus tutkimuksen ja päätöksenteon kohteena Suomessa, I–II. [Yliökirjoitus.] Keskisuomalainen 29.–30.4.1976.

1977

Criminal Sanctions in Finland: A System in Transition. Scandinavian Studies in Law 21:119–157 (Stockholm).
Rangaistuksen mittaamisesta sotilasrikosasioissa – RL 6 luku. – Kadettikoulussa 20.5.1977 pidetystä sotatuomarikokouksesta laadittu pöytäkirja. [Pääsikunta], 9–21 (moniste).

- Rikosoikeudellisia lausuntoja 1970–1976. Turun yliopiston julkisoikeuden laitos, Rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja A n:o 2. Turku 1977. V + 166 s.
- Suhtautuminen uusijaan. – Grönqvist, Henrik – Lindholm, Per – Heinonen, Olavi – Takala, Hannu – Lahti, Raimo: Rikoslain 6 luvun uudistaminen. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisu 2/1977. Helsinki 1977, 46–94 (moniste).
- Suomen rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän kehitysvaiheista. Turun yliopiston julkisoikeuden laitos, Rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja A n:o 3. Turku 1977. VI + 63 s.
- Vielä kriminaalipolitiikan tavoitteenasettelusta. Suomen Poliisilehti 57:74–77. – Myös: Rikospoliisi 7/1977, 11–16.
- Rikosoikeuden soveltamistapauksia. Rikosoikeudellisia tenttitapauskysymyksiä sekä vastauksia ja vastausohjeita niihin. Turun yliopiston julkisoikeuden laitos. Rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja B n:o 3. Turku 1977, VI + 98 s. (moniste). – 2., lisätty painos 1978. – 3., lisätty painos 1979.
- [gästredaktör] Modern strafflagstiftning. Finsk-svenskt symposium i Åbo 29–30 augusti 1977. – Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab 65:217–307. – Det finsk-svenska symposiet om modern strafflagstiftning [inledning], ibid., 217–218. – Även: Publikationer i straff- och processrätt, Serie A nr 5, Institutionen för offentlig rätt vid Åbo universitet.

1978

- Kontrollipolitiikka – kriminaalipolitiikka. Suomen Poliisilehti 58:163–167.
- Kriminaalipolitiikan kehityksestä. Vankeinhoito 59:72–76.
- Kriminologia. – Otavan Suuri Ensyklopedia 5. Helsinki 1978, 3273–3274.
- Rikosoikeuskomitean kriminalisointeja koskevat ehdotukset. Lakimies 76:808–833. – Myös: Rikosoikeuskomitean mietintöä käsittelevä seminaari. Suomen Kriminalistiyhdistys – Kriminallistföreningen i Finland ry. Katajanokan Kasino 9.11.1977, 19–46 (moniste).
- (& Lauri Lehtimaja) Selected Papers on Penal Problems. The Institute of Public Law, University of Turku, Series of Publications in Criminal and Procedural Law. Volume A No 7. Turku 1978, V + 41 p. (mimeographed).
- Arv. teoksesta Otto, Harro: Grundkurs. Strafrecht. Lehrbücher. Berlin 1976–1977. Lakimies 76:294–296.

1979

- Idéutvecklingen beträffande kriminalitet och straffsystem. Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 115:650–667. – Även: Rapport fra kontaktseminaret, Sundvolden, Norge 1979. Nordisk samarbeidsråd for kriminologi, 73–89 (stencil).
- Kriminaalipolitiikan kehitys ja painopisteet viimeisten vuosikymmenien aikana. Suomen Poliisilehti 59:187–200.
- Lapsen oikeudellinen asema. – Lapsi ja tutkimus. Kansainvälisen lapsen vuoden 1979 Suomen komitea. Lastensuojelun Keskusliitto, Julkaisu 59. Kuopio 1979, 7–25.
- Mistä rangaistava ja miten. Uudistuvassa Pohjoismaiden kriminaalipolitiikassa samanlaisia painotuksia. Poliisimies 50:157–159.
- Rikosoikeudellisia lausuntoja 1977–1979. Turun yliopiston julkisoikeuden laitos, Rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja A n:o 11. Turku 1979, III + 84 s. (moniste).
- The Role of Criminology in the Development of Criminal Policy. – Backman, E. – Koskinen, P.

- Lahti, R. – Lehtimaja, L.: Finnish Criminal Policy in Transition. Publications of the Department of Criminal Law, University of Helsinki, No. 4. Helsinki 1979, 33–44.
- Syyntakeisuus rikosoikeudellisena ja kriminaalipoliittisena kysymyksenä. *Lakimies* 77:221–236.
- Taloudelliseen rikollisuuteen liittyviä vastuunjakautumisongelmia. – Taloudellinen rikollisuus. Turun yliopiston julkisoikeuden laitos, Rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja A n:o 9. Turku 1979, 17–34 (moniste).
- Tieliikennettä koskevien rangaistussäännösten uudistus. – Hirsto, Jarmo – Kantola, Antero – Lahti, Raimo – Reinikainen, Paavo – Taxell, Christoffer: Uudistuva tieliikenneoikeus. Turun yliopiston julkisoikeuden laitos, Rikos- ja prosessioikeuden julkaisusarja A n:o 10. Turku 1979, 26–44 (moniste).
- Voluntary or Compulsory Treatment – Some Trends in Finnish Law. – Reports I. 5th World Congress on Medical Law, Gent 19–23/8/1979. World Association for Medical Law, 11–16 (mimeographed). – Also: *Jus Medicum* 7:II, Gent 1982, 23–27.
- Raskauden keskeyttäminen. Sterilointi. – Kodin lakikirja I. Käytännön laintietoa. Toinen uudistettu painos. Valitut Palat. Helsinki 1979, 225–227.
- Yleistä rikoksista. Rikosten lajit. Rikosten seuraamukset ja niiden täytäntöönpano. – Kodin lakikirja. Käytännön laintietoa. Toinen uudistettu painos. Valitut Palat. Helsinki 1979, 1102–1143, 1170–1182.
- Kansainvälinen kriminologikongressi Lissabonissa. *Lakimies* 77:95–97.
- Medisiininen oikeus – lakimiesten ja lääkärien yhteistä aluetta. *Lakimiesuutiset* 35:12:23–24.
- Mistä rangaistava ja miten. Kriminaalipoliitiikan peruskysymykset selvitettävänä Pohjoismaissa. [Yliökirjoitus.] Helsingin Sanomat 21.3.1979.
- Taloudellinen rikollisuus. *Pykälän uutiset* 4/1979, 5–7.

1980

- Näkökohtia taloudellisesta rikollisuudesta. *Suomen Poliisilehti* 60:53–55.
- Oikeusturvasta terveydenhuollossa. *Oikeus* 9:3:143–149.
- Raimo Blomin tutkimuksen arviointia. *Lakimiesuutiset* 36:3:17–20.
- Rikosoikeuden uudistaminen ja tutkimus. *Poliisimies* 51:162–165.
- Rikosseuraamukset ja niihin verrattavat pakkotoimenpiteet. Eräiden kontrollipoliitiikan kysymysten tarkastelua. – Rikosoikeudellisia kirjoitelmia IV. Reino Kalervo Ellilälle 26.6.1980 omistettu. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 144. Vammala 1980, 104–122.
- Vägrafikstraffrätten i omvandling. *Tidskrift, utgiven av Juridiska föreningen i Finland* 116:223–238.
- Yhdistyneiden kansakuntien merkitys rikollisuuden ehkäisyssä korostunut. *Poliisimies* 51:424–425.
- Kriminaalipoliittikka. – Otavan Suuri Ensyklopedia 8. Helsinki 1980, 5748–5751.
- Rikos ja rikosoikeus. – Otavan Suuri Ensyklopedia 8. Helsinki 1980, 5745–5747.
- Voimakas tutkimuspanos tarpeen rikoslakia uudistettaessa. [Alakerta.] Helsingin Sanomat 14.2.1980.
- Taloudellisen ja julkisen vallan väärinkäyttöä syytä tutkia. [Alakerta.] Helsingin Sanomat 23.10.1980.
- Crime and the Abuse of Power: Offences and Offenders beyond the Reach of the Law? A Review of the Finnish Position. A Paper for the Sixth United Nations Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders, Caracas, 25.8.–5.9.1980. 7 p. (mimeographed).
- Millä edellytyksillä toisen kuoleman aiheuttaminen on katsottava tahalliseksi? *Juridiska Föreningen*’in keskustelukysymyksen alustus 13.3.1980. 14 s. (moniste).

Verkehrsstrafrecht im Wandel. Ein Bericht für das finnisch-ungarische Strafrechtsseminar, Helsinki, 22.–24.9.1980. 22 S. (Vervielfältigung.)

1981

- Deprivation of Liberty and Loss of Civil Rights. – Scandinavian-Polish Workmeeting 1981. Scandinavian Research Council for Criminology. Oslo 1981, 203–220.
- Rikesakkolahdotuksen kritiikkiä. Suomen Poliisilehti 61:292–294.
- Rikoslain uudistaminen ja syynäkeisuus. Suomen Poliisilehti 61:177–181.
- Taloudelliseen rikollisuuteen liittyvät vastuunjako-ongelmat. – Taloudellinen rikollisuus. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja 32. Helsinki 1981, 37–57.
- Avauspuheenvuoro. – Taloudellinen rikollisuus (op.cit.), 7–12.
- Taloudellisen rikollisuuden ehkäisy- ja kontrolloikeinoja syytä kehittää. Lakimiesuutiset 37:2:4–5.
- Potilaan suostumuksesta oikeudelliselta kannalta. Lääkintöhallitus tiedottaa 9/1981, 17.
- Talousrikokset. – Otavan Suuri Ensyklopedia 9. Helsinki 1981, 6950–6951.
- Verorikokset. – Otavan Suuri Ensyklopedia 10. Helsinki 1981, 7784.
- Arv. teoksesta Sieverts, Rudolf – Schneider, Hans Joachim (Hrsg.): Handwörterbuch der Kriminologie. Vierter Band. Berlin 1979. Lakimies 79:409–410.

1982

- Tieliikennelainsäädännön teoreettinen tarkastelu. – Uutta tieliikennelainsäädäntöä. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja 34. Helsinki 1982, 41–58.
- Tieliikennelain rangaistussäännökset. – Uutta tieliikennelainsäädäntöä (op.cit.), 138–158.
- Vad bör bestraffas och hur strängt bör straffet vara. Den grundläggande frågeställningen vid en totalrevision av straffrätten. – Lov og frihet. Festskrift til Johs. Andenæs på 70-årsdagen, 7. september 1982. Universitetsforlaget. Oslo 1982, 205–220.
- Rikos ja rangaistus. – Simola, Heikki (toim.): Lakitieto 2. Otava. Helsinki 1982, 786–808.
- Patienters rättigheter. [Diskussionsinlägg.] – Förhandlingarna vid Det tjugonionde nordiska juristmötet i Stockholm 19–21 augusti 1981. Del I. Utgivna av den svenska styrelsen. Norstedts tryckeri 1982, 155–157.
- (& Pekka Koskinen & Martti Majanen & P. O. Träskman) Rikosoikeuden oikeustapaosopas. Rättsfallsövningar i straffrätt. Helsingin yliopiston rikosoikeuden laitoksen julkaisuja 5. Helsinki 1982, IX + 142 s.

1983

- Amerikkalainen lakimieskoulutus kriisissä? Lakimiesuutiset 39:7–8:28–29.
- Concept and Principles of Economic and Business Criminal Law (Including Consumer Protection). Finland. National Report. Revue Internationale de Droit Pénal 54:249–262 (Toulouse).
- Kommenttipuheenvuoro rikollisuuden ennaltaehkäisystä. Rikospoliisi 15:11–12:26–29.
- Kriminologisen tutkimuksen merkitys käytännön kriminaalipolitiikalle. Suomen Poliisilehti 63:56–59.
- Lääketieteen kehityksen synnyttämiä lääkintäoikeudellisia ja -eettisiä ongelmia. – Vastuu ja oikeusturva terveydenhuollossa. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja 36. Helsinki 1983, 139–144.

- Oikeusturva terveydenhuollossa. – Vastuu ja oikeusturva terveydenhuollossa (op.cit.), 7–16.
- Den reviderade finska vägtrafikstraffrätten. – Festskrift till Hans Thornstedt. P.A. Norstedt & Söners Förlag. Stockholm 1983, 431–447.
- Suomalais-neuvostoliittolainen yhteistyö alkuun rikosoikeuden alalla. Lakimiesuutiset 39:2:39.
- Arv. teoksesta Raekallio, Jyrki ym.: Oikeuslääketiede. Kolmas painos. Porvoo 1981. Lakimies 81:1162–1163.
- Arv. teoksesta Lääkintäetiikka. Suomen Lääkäriliitto. Vaasa 1982. Lakimies 81:1163.

1984

- (& Jukka Lindstedt & Esa Läärä) Sotilasrikosten seuraamuskäytäntö. Sotilasoikeudenhoidon uudistaminen II. Oikeusministeriön oikeushallinto-osaston julkaisusarja 4/83. Helsinki 1984. VI + 91 s.
- Bestickning och andra otillbörliga förmåner. – Forhandlingene ved Det 30. nordiske juristmøtet, I. Oslo 1984, 377–400.
- Bestikkelser og andre utilbørlige fordeler. – Forhandlingene ved Det 30. nordiske juristmøtet, II. Oslo 1984, 565–570.
- Diversions from Criminal Justice – Some Experiences from Finland. – Feher, Lenke: Hungarian-Finnish Penal Law Seminary on Petty Offences, 1983. Budapest 1984, 119–134 (mimeographed).
- Korruptio oikeudellisena ja yhteiskunnallisena ilmiönä. – Lahjomat. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja 41. Helsinki 1984, 7–28.
- Rikollisuuden ennaltaehkäisyä. Suomen Poliisilehti 64:4–6.
- Sotilasoikeudenhoidon uudistuksesta kriminaalipolitiikan ja rikosoikeuden yleisten periaatteiden kannalta. – Sotilasoikeudenhoidon uudistaminen I: esitelmää, lainsäädäntöaineistoa. Oikeusministeriön oikeushallinto-osaston julkaisusarja 4/83. Helsinki 1984, 9–22.
- Taloudellinen rikollisuus ja rikosoikeusuudistus. Suomen Poliisilehti 64:200–204. – Myös [toisella otsikolla]: Taloudellisesta rikollisuudesta erityisesti rikosoikeuden uudistamisen kannalta. – Keski-suomalaisen osakunnan juristikerho 50 vuotta. Keski-Suomea ja keski-suomalaisia V. Jyväskylä 1984, 28–38.
- (& Asko Lehtonen & Patrik Törnudd & Reijo Virtanen & Lauri Valkonen & Lauri Lehtimaja & Hannu Takala & Jarmo Littunen & Ilkka Rautio) Talousrikostyöryhmän ehdotus rikoslain vero-, tukipalkkio- ja elinkeinorikoksia sekä eräitä muita rikoksia koskevien säännösten muuttamisesta. Oikeusministeriön lainvalmisteluosasto. Helsinki 1984. VII + 159 s. (moniste).
- Arv. (virallisen vastaväittäjän lausunto) teoksesta Viljanen, Pekka: Virkarikoksista. Rikosoikeudellinen tutkimus rangaistavan teon virkarikosominaisuudesta ja sen merkityksestä. Vammala 1984. Lakimies 82:887–900.

1985

- (& Jukka Lindstedt & Jorma Partanen) Lääkintöhallitus terveydenhuoltohenkilöstön valvojana. Lääkintöhallitukselle vuonna 1980 tehdyt kantelut ja sen vuosina 1979–1982 terveydenhuoltohenkilöstölle määräämät seuraamukset. – Lääkintöhallituksen julkaisuja, nro 66. Helsinki 1985. VII + 127 s.
- (& Maria Reh binder) (toim.) Oikeustieteen tila ja tulevaisuus. Raportti ensimmäisistä Oikeustieteen päivistä. Lakimiesliiton Kustannus. Helsinki 1985.
- Ensimmäisten oikeustieteen päivien saatteeksi. – Oikeustieteen tila ja tulevaisuus (op.cit.), 11–16.

- Rikosoikeudellisen tutkimuksen kehitysnäkymistä. – Oikeustieteen tila ja tulevaisuus (op.cit.), 96–99.
- Current Trends in Criminal Policy in the Scandinavian Countries. – Bishop, Norman (ed.): Scandinavian Criminal Policy and Criminology 1980–85. Scandinavian Research Council for Criminology. Copenhagen 1985, 59–72.
- Freiheitsstrafe und Jugendgefängnis in Finnland. – Jugendstrafe und Jugendstrafvollzug. Stationäre Massnahmen der Jugendkriminalrechtspflege im internationalen Vergleich. Teilband 1. Herausgegeben von Frieder Dünkel und Klaus Meyer. Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band 20/1. Freiburg i. Br. 1985, 425–461.
- Kriminalität, Kriminologie und Kriminalpolitik in den nordischen Wohlfahrtsstaaten. – Kriminologische Forschung in der Diskussion: Berichte, Standpunkte, Analysen. Herausgegeben von Helmut Kury. Carl Heymann. Köln 1985, 169–218.
- Lainsäädännön luonne ja rooli yhteiskunnassa. – Kekkonen, Jukka (toim.): Studia Juridica 1984–85. Laki vallankäytön välineenä. Helsinki 1985, 42–50.
- Narkotikalovgivning i de nordiske lande set fra en retspolitisk synsvinkel: En kritisk vurdering af gældende lovgivning og dens anvendelse. Finland. – Narkotika og kontrolpolitik. Seminar-raport. Nordiska rådet. Stockholm 1985, 112–117.
- Om allokering av företagarens straffansvar. – Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson. Iustus Förlag. Uppsala 1985, 155–167.
- Punishment and Justice – A Finnish Approach. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. Beiheft 24, 1985, 257–261 (Stuttgart).
- Toimenpiteistä luopuminen rikosten seuraamusjärjestelmässä. Uusi Kriminaalihuolto 2:2:18–21.
- Utvecklandet av rättskyddssystemet för patienter i Finland. Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 121:444–455. – Även [med annan titel]: Forslaget til ny pasientlov i Finland. – Pasientenes rettslige stilling. Institutt for privatrett. Universitetet i Oslo. Stensilserie Nr. 106, 1985, 4–30.
- Vuoden 1970 abortti-, sterilöimis- ja kastroimislait, niiden soveltaminen sekä abortti- ja sterilöimislakien muutokset vuosina 1978 ja 1985. Suomen Lääkärilehti 40:1809–1814.
- Zur Entwicklung der Kriminalpolitik in Finnland. – Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag. Zweiter Halbband. Herausgegeben von Theo Vogler. Duncker & Humblot. Berlin 1985, 871–892.
- (& Pekka Koskinen & Martti Majanen & P. O. Träskman) Rikosoikeuden oikeustapausopas. Rättsfallsövningar i straffrätt. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksen julkaisuja A 1. Toinen, tarkistettu painos. Helsinki 1985, IX + 142 s.
- Oikeustieteen tutkijat itsekritiikin harjoittajina: raportti oikeustieteen päivistä. Korkeakoulutieto 12:7:38–39.

1986

- Büntetjog és kriminálpolitika Finnországban. Magyar Jog 33:1:59–63 (Budapest).
- Kriminalvetenskaplig forskning och kriminalpolitik. Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 73:353–362.
- Lääkintätoimi ja rikosoikeus. – Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V. Sylvi Inkeri Anttilalle 29.11.1986 omistettu. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 168. Vammala 1986, 125–138.
- Inkeri Anttilan merkkipäivänä 29.11.1986. – Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V (op.cit.), VII–XV.

- Pakkohoito terveydenhuollossa. Kommentti K. J. Långille. Sosiaalinen Aikakauskirja 80:2:37–39.
- Pohjoismaiden kriminaalipolitiikan ajankohtaisia kehityssuuntia. – Kairinen, Martti (toim.): Jurisprudencia Turkuensis. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 1961–1986. Turku 1986, 232–243.
- Rikollisuuden tutkimus ja kriminaalipolitiikka. – Suomalainen Tiedeakatemia. Vuosikirja 1985–1986. Helsinki 1986, 145–154.
- Tahdonvastainen hoito oikeudelliselta kannalta. ”Tahdosta riippumatta”. Lapinlahti 19:1:26–32.
- Terminaalipotilas ja lainsäädäntö. Käytännön Lääkäri 29:3:26–29.
- Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer an der Straftat. – Buure-Häggglund, Kaarina (ed.): The Finnish National Reports to the Twelfth Congress of the International Academy of Comparative Law. Studia Iuridica Helsingiensia 13. Helsinki 1986, 173–188.
- (& Albin Eser) Droit pénal et techniques biomédicales modernes. Commentaire. Criminal Law and Bio-Medical Techniques. Commentary. Revue Internationale de Droit Pénal 57:187–197, 226–234.
- (& Albin Eser) Strafrecht und moderne bio-medizinische Behandlung. Kommentar. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 98:800–809 (Berlin).
- (& Paula Kokkonen) Finnish National Report for the Handbook on Medicine and Human Rights. Council of Europe, DECS/ESR Mod h (86) 7 and 9, 39+3 p.

1987

- Aktuelle Entwicklungstendenzen in der Kriminalpolitik der nordischen Länder. – Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik. Herausgegeben von Albin Eser und Karin Cornils. Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band S 6. Freiburg i. Br. 1987, 1–14.
- Juridisia vastuukysymyksiä arkaluonteisen tiedon keruussa. – Koskela, Riitta-Sisko (toim.): Altistumis- ja sairaushistoriatiedon keruu reproduktio- ja takenevissa sairastavuuden ja kuolleisuuden tutkimuksissa. Työterveyslaitos. Helsinki 1987, 80–83.
- Scandinavian Criminal Policy: Trends and Interactions. Kansainoikeus – Ius Gentium 4:128–148.
- Syyntakeisuus kriminaalitieteellisenä ja kontrollipoliittisena kysymyksenä. – Lahti, Raimo – Keisu, Pirjo – Wagner-Prenner, Marianne – Minkinen, Panu: Syyntakeettomuuden määräytymien ja kriminaalipotilaat. Syyntakeettomuus, mielentilalausunnot 1925–1980 ja kriminaalipotilaat 1970–1979. Lääkintöhallituksen julkaisuja 97. Helsinki 1987, 1–17.
- Syyntakeisuuskysymys viimeaikaisessa KKO:n käytännössä. Defensor Legis 68:289–299.
- Vapaaehtoisuus vai pakko immuunikadon torjunnassa? Lakimiesuutiset 43:6:14–15. – Myös [toisella otsikolla]: Pakko vai vapaaehtoisuus terveydenhuollossa. Lääkintöhallitus tiedottaa, n:o 32, 1987:2, 24.
- Arv. (virallisen vastaväittäjän lausunto) teoksesta Lappi-Seppälä, Tapio: Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa. Vammala 1987. Lakimies 85:705–720.

1988

- Criminal Law and Modern Bio-Medical Techniques. General Report. Revue Internationale de Droit Pénal 59:603–628.
- (& Albin Eser) Droit pénal et techniques biomédicales modernes. Commentaire. Criminal Law and

- Modern Bio-Medical Techniques. Commentary. Strafrecht und moderne biomedizinische Verfahren. Kommentar. Ibid., 575–601.
- Eristäminen pakkolaitokseen – rikoslain uudistamisen näkökulma. – Hakola, Panu (toim.): Oikeuspsykiatrian päivät 1987. Kuopion yliopiston täydennyskoulutuskeskuksen julkaisuja 1/1988. Kuopio 1988, 105–110.
- Mitä virikkeitä rikosoikeusuudistuksemme on saatavissa common law -maista? Lakimiesuutiset 44:10:20–21, 42–43.
- Oikeustapauskommentaari: KKO 1987:130 (Syyntakeisuus). Defensor Legis 69, oikeustapaussasto, n:o 1, 1–7.
- Oikeustapauskommentaari: KKO 1988:42 (Rikokseen osallisuus – Rikoksen tekijä – Murha). Defensor Legis 69, oikeustapaussasto, n:o 23, 59–68.
- Rechtfertigungs- und Entschuldigungsprobleme im Bereich medizinischer Tätigkeit. – Eser, Albin – Fletcher, George P. (Hrsg./Eds.): Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven. Justification and Excuse. Comparative Perspectives. Band II Volume. Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band S 7/2, Freiburg i. Br. 1988, 1415–1442.
- Rikosvastuun kohdentamisen perusteita. – Ympäristövastuu. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja n:o 50. Helsinki 1988, 72–80.
- Vankeinhoidon vähimmäissäännöt ihmisoikeusnormistona. Uusi Kriminaalihoito 5:1:21–26.
- Vorbeugung und Bekämpfung der Kriminalität – Kriminologische und kriminalpolitische Ausgangspunkte. – Aktuelle kriminalpolitische Grundfragen – Zum Begriff der Straftat. Humboldt-Universität zu Berlin, 1988, 8:1, 39–45.
- Scandinavian Criminal Policy and the Role of Special Categories of Offenders (the Mentally Disordered and Dangerous Offenders). A Paper for the Conference of the International Society for the Reform of Criminal Law, Ottawa (Canada), 1–4 August 1988. 16 p. (mimeographed).

1989

- (toim.) Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI. Rikosoikeuden juhluvuonna 1989: Rikoslaki 1889 – 19/12 – 1989. Jaakko Forsman (1839–1899). Brynolf Honkasalo (1889–1973). Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 185. Helsinki 1989. XIII + 542 s.
- Rikosoikeuden juhluvuonna 1989: Rikoslaki 1889 – 19/12 – 1989. Jaakko Forsman (1839–1899). Brynolf Honkasalo (1889–1973). – Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI (op.cit.), VII–XIII.
- Rikosoikeus ja moderni biolääketieteellinen teknologia. – Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI (op.cit.), 203–230.
- Oikeustapauskommentaari: KKO 1988:109 (Varkausrikos – Rikoksen yritys). Defensor Legis 70, oikeustapaussasto, n:o 1, 1–11.
- Om gränsdragning mellan medgärningsmannaskap och medhjälp till brott. Tidskriften, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 125:100–118.
- On Finnish and Scandinavian Criminal Policy. Cahiers de Défense Sociale, Bulletin de la Société internationale de défense sociale, Milano 1989 [1990], 64–73.
- Straffrättsliga reaktioner för psykiskt störda lagöverträdare – ett korreferat. Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab 76:166–169.
- Ihmisarvon toteutuminen. – Ihmisarvo hoito- ja auttamistyössä. Seminaariraportti. Kymenlaakson kesäyliopiston julkaisuja 1/1989, 17–21.
- Perestroika ja ihmisoikeudet. Oikeus 18:260–262.

1990

- (& Kimmo Nuotio) (eds.) Towards a Total Reform of Finnish Criminal Law. Publications of the Department of Criminal Law and Judicial Procedure, B:2, University of Helsinki, Helsinki 1990. 222 p.
- Recodifying the Finnish Criminal Code of 1889 – A Scandinavian Way to Make the Criminal Law More Efficient, Just and Humane. – Towards a Total Reform of Finnish Criminal Law (op.cit.), 55–85.
- Strafrecht und Medizin. – Towards a Total Reform of Finnish Criminal Law (op.cit.), 87–99.
- The Utilization of Criminological Research in Finnish Criminal Law Reform. – Towards a Total Reform of Finnish Criminal Law (op.cit.), 39–54.
- Mitä uutta rikosoikeustieteessä ja rikosoikeuden yleisissä opeissa? Defensor Legis 71:200–220.
- Politische Implikationen und Probleme einer Nationalen Patientenrechtsgesetzgebung: Erfahrungen in Finnland. – Pichler, Johannes W. (Hrsg.): Einführung in die Patientenrechtspolitik. Böhlau. Wien 1990, 73–85.
- Sub-Regional Criminal Policy – The Experience of the Nordic Countries. – Bishop, Norman (ed.): Scandinavian Criminal Policy and Criminology 1986–90. Scandinavian Research Council for Criminology. Stockholm 1990, 93–99.
- Totalrevideringen av den finska strafflagen och de allmänna lärorna. – Christie, Nils et al. (red.): ... den urett som ikke rammer deg selv. Festskrift til Anders Bratholm 70 år. Universitetsforlaget. Oslo 1990, 513–522.
- (& Paula Kokkonen) Rapport national de la Finlande. – Le médecin face aux droits de l'homme. Conseil de l'Europe. CEDAM. Padova 1990, 431–475.
- Jaakko Forsman ja Brynolf Honkasalo juhlaKirjan aiheina. Yliopisto 3/1990, 9.
- Oikeustieteen muutospaineet. – Perko, Touko (toim.): Tiede muutosten maailmassa. Jyväskylä 1990, 76–81. – Myös: [Yliökirjoitus.] Keskisuomalainen 11.3.1990.
- ”Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI, Rikosoikeuden juhluvuonna 1989” julkistettiin rikoslain sata-vuotispäivänä 19.12.1989. Lakimies 88:145–146.
- Tutkijat pohtivat rikoslakimme kokonaisuudistusta. Lakimiesuutiset 46:9:42–43.
- Ylikansallinen rikosoikeudenhoito tähtäimessä. Lakimiesuutiset 46:11:44–45, 33.
- Arv. teoksesta Radzinowicz, Leon – Hood, Roger: A History of English Criminal Law and Its Administration from 1750. Volume 5. The Emergence of Penal Policy. London, Stevens & Sons 1986. Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 77:146–149.

1991

- Life's Beginnings: Law and Moral Dilemmas. – The Finnish Yearbook of International Law, Volume 2, Helsinki 1991, 438–468. – Also: Law and Moral Dilemmas Affecting Life and Death. Proceedings of the 20th Colloquy on European Law. Glasgow, 10–12 September 1990. Strasbourg 1992, 60–81.
- Neues in der finnischen Strafrechtswissenschaft und in den allgemeinen Lehren des finnischen Strafrechts. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 103:521–540.
- Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäinen vaihe: varallisuus- ja talousrikossäännökset. I, II ja III. Lakimies 89:258–290, 873–901, 1168–1201.
- Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäinen vaihe. – Rovaniemen hovioikeuspiirin IX tuomari-päivät 5.–6.9.1991. [Kokouspöytäkirja.] 9 s. (moniste)
- Rikoslain kokonaisuudistus. – Otavan Suuri Ensyklopedia. Täydennysosa 2. Helsinki 1991, 10288.

Uudistuva rikosoikeus. Lakimies 89:845–846.

Keskisuomalainen Osakunta 1990-luvulla – inspektorin tervehdys. – Kosunen, Mikko (toim.): Keski-Suomea ja keskisuomalaisia VI. Keskisuomalaisen Osakunnan 60-vuotisjuhlajulkaisu. Jyväskylä 1991, 7–15.

1992

(toim.) Biolääketiede ja laki. Sosiaali- ja terveyshallitus 1992, Raportteja 54. VAPK-Kustannus. Helsinki 1992. 336 s.

Johdanto. – Biolääketiede ja laki (op.cit.), 7–18.

Moderni biolääketiede ja rikosoikeus. – Biolääketiede ja laki (op.cit.), 292–336.

(& Kimmo Nuotio) (eds./Hrsg.) Criminal Law Theory in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Strafrechtstheorie im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven. Finnish Lawyers' Publishing Company. Helsinki 1992. XIV + 604 p.

Criminal Sciences and the Finnish Criminal Code Reform. Die Kriminalwissenschaften und die Gesamtreform des finnischen Strafgesetzes. – Gesamtreform des finnischen Strafgesetzes. – Criminal Law Theory in Transition / Strafrechtstheorie im Umbruch (op.cit.), 4–9.

Die Gesamtreform des finnischen Strafgesetzes: Zielsetzung und Stand der Reformarbeit bis 1991 – insbesondere im Blick auf die erste Phase der Gesamtreform. – Criminal Law Theory in Transition / Strafrechtstheorie im Umbruch (op.cit.), 27–52.

(& Kimmo Nuotio & Panu Minkkinen) (eds./Hrsg.) Criminal Policy and Sentencing in Transition. Finnish and Comparative Perspectives. Kriminalpolitik und Strafzumessung im Umbruch. Finnische und vergleichende Perspektiven. Publications of the Department of Criminal Law and Judicial Procedure, B:3, University of Helsinki. Helsinki 1992. V + 313 p.

Article 11. – Eide, Asbjørn et al. (eds.): The Universal Declaration of Human Rights. A Commentary. Scandinavian University Press. Oslo 1992, 175–186.

Sub-Regional Co-operation in Criminal Matters: The Experience of the Nordic Countries. – Eser, Albin – Lagodny, Otto (eds.): Principles and Procedures for a New Transnational Criminal Law. Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Band S 33. Freiburg i. Br. 1992, 305–310.

Lakimiehen 90. vuosikerta. Lakimies 90:3–6.

Oikeustapauksia. Kommentteja. KKO 1990:136 (hätävarjelu, poliisi); KKO 1991:88 (hätävarjelu, rangaistuksen tuomitsematta jättäminen, vahingonkorvaus, korvauksen sovittelu). Lakimies 90:89–103.

Oikeustieteellinen jatkokoulutus. Oikeus 21:59–62.

Tutkimusyhteistyö tiedeyhteisön ja poliisin välillä. – Poliisin tutkimuspoliittinen seminaari. Sisäasiainministeriön poliisiosaston julkaisuja, Sarja A, 2/1992, 17–19 (moniste).

Kansainvälisen Juristikomission Euroopan alueellinen kokous. Lakimies 90:615–616.

Lahden talo: 450 vuotta saman suvun omistuksessa. – Lähteenmäki, Seppo (toim.): Wanha Keljo – osa nykyistä Jyväskylää. Keljon perinnekirjatoimikunta. Jyväskylä 1992, 54–58.

Viidestoista sukupolvi. – Wanha Keljo (op.cit.), 469–472. – Myös: Strang, Mikko: Samalta mäeltä suureksi suvuksi. Parkkolan sukukirja. Jyväskylä 2001, 38–40.

1993

Recodifying the Finnish Criminal Code of 1889: Towards a More Efficient, Just and Humane Criminal Law. Israel Law Review 27:100–117 (Hebrew University of Jerusalem).

(& Irma Lehtonen) Die Regionalisierung des internationalen Strafrechts und der Schutz der Menschenrechte bei der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 105:939–948.

Tahallisuuden arviointi. Suomen Poliisilehti 73:19–20.

1994

[guest editor] La régionalisation du droit pénal international et la protection des droits de l'homme dans les procédures de coopération internationale en matière pénale. The Regionalization of International Criminal Law and the Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings. Revue Internationale de Droit Pénal 65:1–2. 624 p.

Introduction/Preface. Revue Internationale de Droit Pénal 65:11–14.

(& P. O. Träskman) Finland. The Regionalization of International Criminal Law and the Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings. Finland. Revue Internationale de Droit Pénal 65:251–287.

Towards a Comprehensive Legislation Governing the Rights of Patients: The Finnish Experience. – Westerhäll, Lotta – Phillips, Charles (eds.): Patient's Rights – Informed Consent, Access and Equality. Nerenius & Santérus. Stockholm 1994, 207–221.

Internationaliseringen av straffrätten. Aktuella utvecklingsdrag och problem. Nordisk Tidskrift for Kriminalvidenskab 81:77–87.

Kansainvälistyvä rikosoikeus – ajankohtaisia kehityspiirteitä ja ongelmia. – Asianajajan työkentältä – Från advokatens arbetsfält. Suomen Asianajajaliitto. Helsinki 1994, 185–195.

Muutuva rikollisuus – uudistuva rikosoikeus. Mistä 2000-luvulla rangaistaan ja minkälaisin rikosvastuun edellytyksin? – Hirvonen, Ari (toim.): Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksen julkaisuja A:8. Helsinki 1994, 5–17.

Jälkikirjoitus. – Kohti 2000-luvun rikosoikeutta (op.cit.), 223–226.

Suomen kommenttipuheenvuoro. – Selin, Paavo (toim.): Rikollisuus ja rikosoikeus Venäjällä. Siisäasiainministeriön poliisiosaston julkaisu 11/1994. Helsinki 1994, 86–91 (moniste).

Redefining the Area of Criminal Behavior: Offences against the Person. A Paper presented at a Colloquium during the 15th International Congress of Penal Law, 4–10 September 1994, Rio de Janeiro (Brazil). 15 p. (mimeographed).

Emäntä Helvi Lahti. [Muistokirjoitus.] Keskisuomalainen 10.7.1994.

1995

(& Antti Jokela & Heikki E. S. Mattila) (toim.) Encyclopædia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja. Neljäs osa. Rikos- ja prosessioikeus. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 27. Helsinki 1995. XLVI s. + 1045 palstaa.

Kontrollipolitiikka. – Encyclopædia Iuridica Fennica (op.cit.), palstat 185–187.

Kriminaalipolitiikka. – Encyclopædia Iuridica Fennica (op.cit.), palstat 193–203.

Rikoslaki. – Encyclopædia Iuridica Fennica (op.cit.), palstat 536–541.

Rikosoikeus. – Encyclopædia Iuridica Fennica (op.cit.), palstat 569–579.

(& Kimmo Nuotio) Organisaattorikokset. – Encyclopædia Iuridica Fennica (op.cit.), palstat 373–376.

The Finnish Patient Injury Compensation System. – McLean, Sheila A. M. (ed.): Law Reform and Medical Injury Litigation. Aldershot. Dartmouth 1995, 147–162.

Kohti 2000-luvun rikosoikeutta. Lakimies 93:935–949. – English Summary, ibid., 1201.

- Rikos ja seuraamukset. – Kodin lakikirja. Käytännön oikeustietoa. II osa. Valitut Palat. Helsinki 1995, 1217–1241.
- Esipuhe. – Kjell Sevón: Rikollinen ja rikostilastointi, tutkimus ja kritiikki. Kriminologian julkaisuja 1, Helsingin yliopisto, Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos. Helsinki 1995, V–VI.
- Lääkintäoikeuden asema. Yliopisto 9/1995, 30–31.
- Oikeamielisin oikeusasiamiehiksi. [Yleisönosastokirjoitus.] Helsingin Sanomat 14.8.1995.

1996

- (toim.) Kohti rationaalista ja humaania kriminaalipolitiikkaa. Omistettu Inkeri Anttilalle 29.11.1996. Kriminologian julkaisuja 2, Rikosoikeuden julkaisuja 3. Helsingin yliopisto, Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos. Helsinki 1996. X + 331 s.
- Rikoslain kokonaisuudistus ja seuraamusjärjestelmän kehittämislinja. – Kohti rationaalista ja humaania kriminaalipolitiikkaa (op.cit.), 134–143.
- (& Pekka Koskinen & Patrik Törnudd) (toim.) Inkeri Anttila haastateltavana. Kohti rationaalista ja humaania kriminaalipolitiikkaa (op.cit.), 3–20.
- (toim.) Nykyajan rikosoikeus. Rikosoikeuden julkaisuja 2. Helsingin yliopisto, Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos. Helsinki 1996. V + 357 s.
- Die finnische Strafrechtstheorie im Umbruch. – Sootak, J. (Hrsg.): Estnische Strafrechtsreform: Quellen und Perspektiven. Juristide Täienduskeskus. Tartu 1996, 34–43.
- Eutanasiasta – oikeudellinen näkökulma. – Gabrielsson, Ulrica (toim.): Eutanasia – elämän loppuvaiheen etiikka. Tutkas [Eduskunta], Julkaisuja 5/1996, 1–7.
- Perusoikeusuudistus ja rikosoikeus. Lakimies 94:930–939. – English Summary, *ibid.*, 979.
- The Rule of Law and Finnish Criminal Law Reform. – Acta Juridica Hungarica, 1995/96 [1997], 37:251–258 (Akadémiai Kiadó, Budapest).
- Strafrechtliche Probleme des HIV-Tests. Diskussionsbericht. – AIDS und Strafrecht. Szwarc, Andrzej J. (Hrsg.): Schriften zum Strafrecht, Heft 107. Duncker & Humblot. Berlin 1996, 119–132.
- Inkeri Anttila 80 vuotta. Lakimies 94:1287–1289.
- Lakimies-lehden toimituspolitiikasta. Lakimies 94:554–555.
- Suomen Akatemia ja oikeustieteen tutkimusrahoitus. Lakimies 94:661–663.
- Kaksi vuosikymmentä Keskisuomalaisessa osakunnassa. Ksoidin [Keskisuomalaisen osakunnan lehti] 2/1996, 5–7.

1997

- (& Matti Joutsen) Finland. Criminal Justice Systems in Europe and North America. HEUNI, European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations. Helsinki 1997. 44 p. – Also a Chinese version.
- (toim.) Nykyajan rikosoikeus II. Rikosoikeuden julkaisuja 4. Helsingin yliopisto, Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos. Helsinki 1997. V + 372 s.
- Finnland: Perspektiven der Patientenrechtspolitik. – Kranich, Christoph – Böcken, Jan (Hrsg.): Patientenrechte und Patientenunterstützung in Europa. Anregungen und Ideen für Deutschland. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden 1997, 21–30.
- Lääkintäoikeus – kehittyvä uusi tieteenala. Lakimies 95:753–759. – English Summary, *ibid.*, 967.
- Lakimies-lehdestä referee-julkaisu. Lakimies 95:160.

1998

- De grundläggande rättigheterna och straffrätten. *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab* 85:295–307. – English Summary, *ibid.*, 383.
- Neoklassicismus und danach. Zur neuesten Entwicklung der finnischen Kriminalpolitik. – Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag. Herausgegeben von Hans-Jörg Albrecht et al. Zweiter Halbband. Duncker & Humblot. Berlin 1998, 873–884.
- Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä ja sen sääntelystä. *Lakimies* 96:1271–1284. – English Summary, *ibid.*, 1436.
- Uudistuvan rikosoikeuden haasteita vuosituhaten vaihtuessa. *Lakimies* 96:1189–1197. – English Summary, *ibid.*, 1226–1227.
- Oikeusjärjestelmä kehitysyhteistyön kohteeksi. *Kehitys – Utveckling* 1/1998, 38–39.
- Lakimies-aikakauskirjan toimitukselta. *Lakimies* 96:183, 340–341.
- Satavuotias Lakimiesyhdistys ja Lakimies-aikakauskirja. *Lakimies* 96:917–918.
- Edelliset sukupolvet esikuvina. *Ksoidin* 3/1998, 19.
- KSO:n synnystä ja vuosijuhlapäivästä vähäsen. *Ksoidin* 4/1998, 14, 16.
- The Model Penal Code – Finnish Experience from a Total Reform of the Penal Code. A Paper presented at the International Conference on "Toward a Model Penal Code for Democratic Societies", Columbia University in the City of New York, 2–6 March 1998. 10 p. (mimeographed).
- Kihlakunnantuomari Niilo Lahti. [Muistokirjoitus.] *Keskisuomalainen* 22.2.1998.

1999

- (& Anne Alvesalo) (toim.) Kirjoituksia talousrikollisuudesta II. Poliisiammattikorkeakoulun tiedotteita 10/1999. Helsinki 1999. 329 s.
- Talousrikosoikeus ja kansainvälisyys oikeustieteellisen tutkimuksen haasteina. – Kirjoituksia talousrikollisuudesta II (op.cit.), 5–9.
- Article 11. – Alfredsson, Gudmundur – Eide, Asbjørn (eds.): *The Universal Declaration of Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague 1999, 239–249.
- The Challenge of Organized Crime. Finlande/Finland. *Revue Internationale de Droit Pénal* 70:539–543.
- Constitutional Rights and Finnish Criminal Law and Criminal Procedure. *Israel Law Review* 33: 592–606.
- Towards an International and European Criminal Policy? – Tupamäki, Matti (ed.): *Liber Amicorum Bengt Broms*. Publications of the Finnish Branch of the International Law Association No. 9. Helsinki 1999, 222–240.
- Kohti kansainvälistä ja eurooppalaista kriminaalipolitiikkaa? *Lakimies* 97:1123–1133. – English Summary, *ibid.*, 1156.
- Lääkintä- ja bio-oikeudellisen tutkimuksen haasteita. – Thure, Veli Matti (toim.): *Oikeus ja oikeudenmukaisuus*. Oikeustieteen päivät 3.–4.6.1999 Joensuussa. Joensuun yliopisto. Joensuu 1999, 277–282.
- Lakimies-aikakauskirjan päätoimittajakauden (1991–1999) päättyessä. *Lakimies* 97:1260–1267.
- Pertti Niemistö in memoriam. *Lakimies* 97:171–172.
- Suomalainen Lakimiesyhdistys, sen suhde Suomen Lakimiesliittoon ja Lakimiesyhdistyksen toiminnan kehittämishaasteita. *Lakimies* 97:173–175.

Ajankohtaista Suomalaisessa Lakimiesyhdistyksessä ja Lakimies-aikakauskirjassa. Lakimies 97:815–816, 1339–1341.

2000

Demokratie im Kleinen – Erfahrungen aus Finnland. – Bürgerbeteiligung im Gesundheitswesen – eine länderübergreifende Herausforderung. Hrsg.: Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung. Köln 2000, 180–183.

The European Union Membership and Finnish Criminal Justice and Criminal Policy. Agon No. 27, 2–5 (Associations des juristes européens pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, Liège). – Also: Lévy, Miklós (ed.): Transnational Crime – Transnational Criminal Justice. Proceedings of Criminal Justice Publication, University of Miskolc, Miskolc 2001, 37–44. – Also (in Hungarian): Az Európai Unió tagság hatása a finn büntető igazságszolgáltatási rendszerre, *ibid.*, 37–44.

National report of Finland (Comments on Articles 1–17). – Delmas-Marty, M. – Vervaele, J. A. E. (eds.): The implementation of Corpus Juris in the Member States. Volume II. Intersentia. Antwerpen–Groningen–Oxford, 2000, 251–271.

Om den nordiska kriminalpolitikens utveckling. Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 87:177–192.

Towards a Rational and Humane Criminal Policy – Trends in Scandinavian Penal Thinking. Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention 1:2:141–155 (Stockholm). Lääkintä- ja bio-oikeus Suomessa. – Koskenvuo, Kimmo (toim.): Lääkärintyö ja laki. Duodecim. Helsinki, 2000, 447–451.

Oikeustapauksia. Kommentteja. KKO 2000:3 (Murha. Syyntakeisuus.) Lakimies 98:763–776.

Arv. (virallisen vastaväittäjän lausunto) teoksesta Tolvanen, Matti: Tieliikenneregistrit ja kriminaalipolitiikka. Helsinki 1999. Lakimies 98:276–286.

Suomalainen Lakimiesyhdistys ja oikeuskulttuurin vaaliminen. Lakimies 98:206–210.

Ajankohtaista Suomalaisessa Lakimiesyhdistyksessä. – Lakimies 98:291–292, 477–478, 658–661, 851–852, 1035–1036, 1373–1376.

2001

(& Matti Joutsen & Pasi Pölönen) Finland. Criminal Justice Systems in Europe and North America. HEUNI, The European Institute for Crime Prevention and Control, affiliated with the United Nations, Helsinki 2001. 53 p.

(& Patrik Törnudd) (eds.) Inkeri Anttila, *Ad ius criminale humanius*. Essays in Criminology, Criminal Justice and Criminal Policy. Publications of the Finnish Lawyers' Association, Series D (*Ius Finlandiae*) No. 7. Helsinki 2001. 240 p.

(& Patrik Törnudd) Introduction. – *Ad ius criminale humanius* (op.cit.), IX–XIV.

Legal Protection of Human Life – a Finnish Point of View. – Proceedings of the International Conference on Criminal Law: Lebensschutz im Strafrecht. The Protection of Life in Criminal Law. September 12 to 15, 2001, in Seoul. The Korean Criminal Law Association, 252–265. – Also (in Korean): Journal of Criminal Law [The Korean Criminal Law Association], Vol. 16, Winter 2001, 321–336.

Oikeus- ja yhteiskuntatieteellisen yhdistyksen perustaminen ja oikeussosiologian esiinnousu. Oikeus 30:92–99.

Rikoslain kokonaisuudistusta 30 vuotta – entä nyt? Lakimies 99:718–725.

- Rikosoikeudellisen seuraamusjärjestelmän kehittämislinjasta. – Elektroninen juhlaKirja Harri Montoselle 31.1.2001: http://www.saunalahti.fi/~toke/juhlaKirja/raimo_lahti.htm (viittauspäivä: 26.5.2001).
- Ammatillista OTL-tutkintoa tarvitaan. Lakimiesuutiset 57:3:52–53.
- Inkeri Anttila 85 vuotta. Haaste 2/2001, 7.
- Oikeuskulttuuri ja tuomioistuinalaitos. Lakimies 99:287–290.
- Ajankohtaista Suomalaisessa Lakimiesyhdistyksessä. Lakimies 99:182–190, 773–777, 1199–1204 ja 1363–1368.
- Kaksi vuosikymmentäni Keski-suomalaisessa Osakunnassa. – Korsberg, Hanna – Sajavaara, Timo (toim.): Keski-Suomea ja keskisuomalaisia VII. Keski-suomalaisen Osakunnan 70-vuotisjuhla-julkaisu. Helsinki 2001, 98–111.

2002

- Country Report Finland. – Taupitz, Jochen (Hrsg.): Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin des Europarates – taugliches Vorbild für eine weltweit geltende Regelung? The Convention on Human Rights and Biomedicine of the Council of Europe – a Suitable Model for World-wide Regulation? Springer. Berlin 2002, 573–576.
- Kuolevan hoitoon liittyviä oikeudellisia näkökohtia. – Kuolemaan liittyvät eettiset kysymykset terveydenhuollossa. ETENE-julkaisuja 4. Helsinki 2002, 27–32.
- Om fördelning av straffansvar i samfund och regleringen av den. – Flores juris et legum festskrift till Nils Jareborg. Iustus Förlag. Uppsala, 2002, 385–399.
- Rikosoikeuden kehitys Lakimies-aikakauskirjan heijastamana. Lakimies 100:1247–1268. – English Summary, *ibid.*, 1338.
- Straffrättsligt samarbete i EU:s tredje pelare – något att sträva efter? – Förhandlingarna vid Det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors 15–17 augusti 2002. Del I. Utgivna av lokalstyrelsen för Finland. Jyväskylä 2002, 431–444.
- Terveydenhuollon etiikan ja oikeuden rajankäyntiä. – Eettisyyttä terveydenhuoltoon. Valtakunnallinen terveydenhuollon eettinen neuvottelukunta 1998–2002. ETENE-julkaisuja 5. Helsinki 2002, 18–21.
- Jatkotutkinnon opetuskokeilu jatkuu. Lakimiesuutiset 58:2:34–35.
- Oikeuskulttuuri, tutkimus ja koulutus. Lakimies 100:87–91.
- On the Green Paper on the protection under criminal law of the Communities' financial interests and the establishment of a European Public Prosecutor. Contribution at a public hearing, Brussels on 16–17 September 2002. Available via internet: http://europa.eu.int/comm/anti_fraud/green_paper/public_hearing/contributions/pdf/pif_r_lahti_en.pdf.
- Inkeri Anttila: Ad ius criminale humanius. Lakimies 100:322–323.

2003

- (& Tapio Lappi-Seppälä) (toim.) Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII Pekka Koskiselle 1.1.2003 omistettu. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 237. Helsinki 2003. XIII + 349 s.
- Rikosoikeuden yleisten oppien uudistamisesityksen arviointia. – Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII (op.cit.), 137–153.
- (& Tapio Lappi-Seppälä) Pekka Koskinen 60 vuotta. – Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII (op.cit.), IX–XIII.

- Die jüngsten Entwicklungen im finnischen Strafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 115 (2003), 753–764. – Auch [mit anderem Titel]: Über die neueste Strafrechtsentwicklung in Finnland. *Juridica international*, VIII, 2003, 62–67 (University of Tartu). – Auch eine japanische Version.
- Straffrättsligt samarbete i EU:s tredje pelare – något att sträva efter? – Förhandlingarna vid Det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors 15–17 augusti 2002. Del II. Utgivna av lokalstyrelsen för Finland. Jyväskylä 2003, 459–462, 475.
- Tillsammans och i samförstånd – ett nytt begrepp för gärningsmannaskap. [Diskussionsinlägg.] – Förhandlingarna vid Det 36 nordiska juristmötet (op.cit.), 295–296.
- Lääkintäoikeuden kehitys Suomessa. *Lakimies* 101:1008–1015.
- Poikien ympärileikkaus kyseenalaista. *Lakimiesuutiset* 59:5:15–17.
- Tohtoriopiskelijana yhteiskunnallisessa ja kriminaalipoliittisessa murrosvaiheessa. – Halila, Heikki – Timonen, Pekka (toim.): Miten meistä tuli oikeustieteen tohtoreita? Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 34. Helsinki 2003, 165–172.

2004

- (& Pekka Koponen) (toim.) Uudistuva talousrikosoikeus. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja E-sarja N:o 10. Helsinki 2004. IX + 325 s. – Esipuhe, ibid., VII–IX.
- Talousrikosoikeuden yleisistä opeista. – Uudistuva talousrikosoikeus (op.cit.), 3–16.
- (& Timo Ojala) (toim.): Rikosoikeuden uudistuneet yleiset opit. Helsingin hovioikeus. Helsinki 2004. 392 s. – Alkulause, ibid., 6–7.
- Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem. Finland. [National report.] – *Revue Internationale de Droit Pénal* 73:901–911.
- Harmonisering av den straffrättsliga lagstiftningen och konsekvenser för den nationella lagstiftningen. Materiella och rättskipningsrelaterade stötestenar. Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 140:377–385.
- Harmonization of Criminal Law and Its Relation to National Law. Problems of Substance and in the Administration of Justice. – Györgyi Kálmán ünnepi kötet [Festschrift Györgyi Kálmán]. Szerkeszt: Gellér Balázs. Bibliotheca Iuridica, Az ELTE Állam- és Jogtudományi Karának tudományos kiadványai Libri Amicorum 11. Budapest 2004, 347–355.
- Kielto – oikeudellinen näkökulma. – Gylling, Heta – Kivinen, S. Albert – Vilkkö, Risto (toim.): Kielto. Yliopistopaino. Helsinki 2004, 169–181.
- Medizinrecht in Finnland. – Eser, Albin – Just, Hanjörg – Koch, Hans-Georg (Hrsg.): Perspektiven des Medizinrechts. Ethik und Recht in der Medizin, Band 38. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden 2004, 137–142.
- Potilastietojen luottamuksellisuuden suoja kolmen lainsäädäntöuudistuksen valossa. – Juhlaulkaisu Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja C-sarja N:o 35. Helsinki 2004, 206–216.
- Rikosoikeuden kokonaisuudistus ja seuraamusjärjestelmän kehittäminen. *Lakimies* 102:412–421. – English Summary, ibid., 583.
- Towards Harmonization of the General Principles of International Criminal Law. – Proceedings of the International Conference held in Siracusa, Italy, 28 November – 3 December 2002, on the Occasion of the 30th Anniversary of ISISC. *Nouvelles Études Pénales* No 19, 2004, Éditions érès, 345–351.
- Arv. (virallisen vastaväittäjän lausunto) teoksesta Tapani, Jussi: Petos liikesuhteessa. Talousrikosoikeudellinen tutkimus. Helsinki 2004. *Lakimies* 102:929–938.

- Lainkäyttöhenkilöstön koulutus ja Helsingin hovioikeuspiirin laatuhanke. OHOI (oikeusministeriö) 3/2004, 10–13.
- Pohjoismaat aktiivisiksi EU:n kriminaalipoliitikassa. OHOI 3/2004, 26–28.
- Pohjoismaiset kriminaalipoliitikot puolustuskannalla ilmapiiriin koventuessa. Lakimiesuutiset 60:5:36–37.
- Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen kustannustoiminta 70-vuotias. Lakimies 102:1173–1177.
- Det XIII Nordiska Kriminalistmötet 10.–12.6.2004 vid Helsingfors universitet. [Inledning.] Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab 91:77.
- Maine, mammona ja rötökset. Kolumni. Ksoidin 2/2004, 12.

2005

- (& Mika Huovila & Timo Ojala) (toim.) Rikostuomion perusteleminen. Helsingin hovioikeus. Helsinki 2005. 482 s. – Alkulause, ibid., 9–10.
- Rikosoikeudellisesta oikeuslähde- ja lainsoveltamisopista. – Rikostuomion perusteleminen (op. cit.), 100–112.
- Eutanasia ja kuolevan potilaan hoito. – Nuutila, Ari-Matti – Pirjatanniemi, Elina (toim.): Rikos, rangaistus ja prosessi. Juhlajulkaisu Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005. Turun yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta. Jyväskylä 2005, 91–112.
- In Memoriam Johs. Andenæs (1912–2003). *Revue Internationale de Droit Pénal* 75:673–674.
- Zur Kriminal- und Strafrechtspolitik des 21. Jahrhunderts. Der Blickwinkel eines nordischen Wohlfahrtsstaates und dessen Strafrechtskodifikation (1972–2003). – *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Jörg Arnold et al. Verlag C.H. Beck. München 2005, 1393–1408.

2006

- Towards an Efficient, Just and Humane Criminal Justice. *Nordic Essays on Criminal Law, Criminology and Criminal Policy*. Publications of the Finnish Lawyers' Association, Series D (Ius Finlandiae) No. 8. Helsinki 2006 (in preparation).

Helsingin yliopiston rikosoikeuden professori Raimo Lahti täyttää 60 vuotta 12.1.2006. Suomalainen Lakimiesyhdistys kunnioittaa entisen puheenjohtajansa, professori Lahden elämäntyötä julkaisemalla artikkelikokoelman Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII. Näiden rikosoikeudellisten artikkelikokoelmien perinne on jatkunut jo vuodesta 1949. Nyt julkaistavan teoksen ovat toimittaneet apulaisoikeusasiamies Petri Jääskeläinen sekä professorit Pekka Koskinen ja Martti Majanen.

Raimo Lahti on usean vuosikymmenen ajan ollut Suomen rikosoikeuden ja kriminaalipolitiikan keskeisiä hahmoja. Hänellä on merkittävä asema myös alan kansainvälisessä tiedeyhteisössä. Lahden akateeminen ura alkoi jo 1960-luvulla Helsingin yliopistossa, jatkui rikosoikeuden professorina Turun yliopistossa 1970-luvulla, ja vuodesta 1979 lähtien Lahti on ollut Helsingin yliopiston rikosoikeuden professori.

Raimo Lahti on aina ymmärtänyt rikosoikeuden laajassa merkityksessä: kriminaalitieteisiin kuuluu rikoslainopin lisäksi kriminologia ja kriminaalipolitiikka. Lahden tieteellinen harrastuspiiri on ulottunut myös kriminaalitieteiden ulkopuolelle. Hän on ollut ratkaisevalla tavalla vaikuttamassa siihen, että lääkintä- ja bio-oikeudesta on meillä muodostunut oma oikeudenalansa.

Juhlakirjaan sisältyy 34 artikkelia, joissa käsitellään Raimo Lahden tutkijaprofiilin mukaisesti eri aihepiirejä. Kirjoituksissa ovat esillä rikosoikeuden yleiset opit, eri rikosten lajit, seuraamusjärjestelmä ja rikosprosessi. Kirjoituksissa tarkastellaan myös oikeusfilosofisia ja kriminaalipoliittisia kysymyksiä. Lääkintä- ja bio-oikeus on niin ikään edustettuna. Raimo Lahti on ansioitunut myös nuorten tutkijoiden kouluttajana. Teokseen kirjoittaneiden johtavien asiantuntijoiden joukossa onkin lukuisia Lahden oppilaita.

