

Markus Terenius

POLIISIN
VOIMANKÄYTTÖ

Rikosoikeudellinen tutkimus sallitun
voimankäytön rajoista

POLIISIN VOIMANKÄYTTÖ



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 318

Markus Terenius

Poliisin voimankäyttö

Rikosoikeudellinen tutkimus sallitun
voimankäytön rajoista

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen
tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi
Porthanian salissa PIV, lauantaina 16.11.2013 klo 10.

WITH AN ENGLISH ABSTRACT

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. 09 6120 300

f. 09 604 668

toimisto@lakimiesyhdistys.fi

www.lakimiesyhdistys.fi

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-462-5

© 2013 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Markus Terenius

ISSN-L 0356-7206

ISSN 0356-7206

ISBN 978-951-855-333-8

Vammalan Kirjapaino Oy, Sastamala 2013

Esipuhe

Matka on tulossa päätökseen ja on kiitosten aika.

Parivuotisen taipaleen varrella tutkimuksen tekemistä ovat eri tavoin edistäneet kollegani Minna Ketola, Taina Neira ja Jari Yli-Pelkonen Keskusrikospoliisista. Tutkimuksen mahdollisista ansioista on kiittäminen myös Poliisiammattikorkeakoulun voimankäytön kouluttajaa Juha Mielosta sekä väitöskirjani esitarkastajia emeritusprofessori Martti Majasta ja dosentti Jukka Lindstedtiä. Martti Majanen on myös ystävällisesti suostunut ottamaan hoitaakseen vastaväittäjän työteliäitä tehtävät. Lisäksi haluan osoittaa erityiset kiitokset työnohjaajalleni professori Raimo Lahdelle. Hänen kanssaan käymäni keskustelut ovat olleet niin tärkeitä, että voidaan liioittele-matta puhua väitöskirjan syntymisen välttämättömistä edellytyksistä.

Lähdeaineistooni kuuluvia hovioikeuksien ratkaisuja ovat etsineet minulle Mi-kaela Dyrendahl-Nyblin ja Henri Ihalmo Helsingin hovioikeudesta, Riitta Vainio Itä-Suomen hovioikeudesta, Teija Aalto Kouvolaan hovioikeudesta, Marja-Leena Pitkä-niemi Rovaniemen hovioikeudesta, Nina Ovaska Turun hovioikeudesta sekä Kaisa Sundholm Vaasan hovioikeudesta. Lähdeaineiston hankinnassa ovat auttaneet myös Mervi Heikinheimo Keskusrikospoliisista ja Poliisiammattikorkeakoulun kirjaston henkilökunta. Suuret kiitokset heille kaikille!

Tutkimus on lähetetty esitarkastukseen 18.2.2013 ja kustantajaksi lupautuneelle Suomalaiselle Lakimiesyhdistykselle 14.6.2013. Nämä päivämäärät ovat rajoittaneet mahdollisuuksia uusimpien lähteiden hyödyntämiseen. Kustannustoimittaja Pipsa Kostamon panos on ollut korvaamaton väitöskirjan painoasuun saattamisessa. Hänen työtaakkaansa on lisännyt entisestään tutkimukseni laajuus.

Taloudellista tuesta haluan esittää kiitokset työnantajalleni Keskusrikospoliisille ja erityisesti sen pitkäaikaiselle päällikölle poliisineuvos Rauno Rannalle sekä Hel-singin yliopistolle.

Väitöskirjatutkimuksen tekeminen ei olisi ainakaan minulle ollut mahdollista il-man lähimmäisteni varauksetonta tukea. Kiitokset Mia, äiti ja isä!

Lahdessa 2.10.2013

Markus Terenius

Sisällys

ESIPUHE	V
LÄHTEET	XVII
LYHENTEET	XLI
I JOHDANTO	1
1 TUTKIMUKSEN KOHTEESTA JA METODISTA	3
2 Aiempi tutkimus ja uuden tutkimuksen tarve	9
3 Eriteltyä kysymyksenasettelua ja rajauksia	11
4 OIKEUSNORMIT SÄÄNTÖINÄ JA PERIAATTEINA	13
4.1 Tiivistys Ronald Dworkinin ja Robert Alexyn teeseistä	13
4.2 Kotimaista keskustelua	17
4.3 Säännöt ja periaatteet kansainvälisessä kontekstissa	25
4.4 Yhteenvetoa tutkimuksen tavoitteiden näkökulmasta	29
5 OIKEUDEN OLEMUS – TUORIN MODERNIN OIKEUDEN TASOT	33
5.1 Oikeuden tasot	34
5.2 Oikeuden dynamiikka	36
5.3 Lopuksi	38
6 OIKEUSLÄHTEISTÄ, TULKINNASTA JA SYSTEMATISOINNISTA	41
6.1 Käytetyt oikeuslähteet	44
6.2 Tulkinta osana systematisointityötä	54
6.2.1 Teleologinen argumentointi	55
6.2.2 Erilaisia periaatteita	57
6.2.3 Perusoikeudet huomioon ottava laintulkinta	62
6.2.3.1 Perustuslainmukainen tulkinta	65
6.2.3.2 Perustuslain ja tavallisen lain ristiriitatilanteet ..	68
6.2.3.3 Perusoikeusnäkökulma – puolesta ja vastaan	71
6.3 Yhteenvetoa	77

II PERUSOIKEUKSIEN RAJOITTAMINEN	85
1 YLEISET RAJOITUSEDELLYTYKSET	87
2 VERTIKAALIN PERUSOIKEUSSUHTEN KESKEISIÄ PIIRTEITÄ	91
2.1 Perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvoite	91
2.2 Valtiovallan ”väkivaltamonopoli”	93
2.3 Julkisen vallan käytön lakisidonnaisuusvaatimus	98
2.3.1 Perustuslain 2 § 3 momentti	98
2.3.2 Lainalaisuuden vaatimus perusoikeuksien yleisenä rajoitusedellytyksenä	101
3 HYVÄKSYTTÄVÄT RAJOITTAMISPERUSTEET	105
3.1 Preventiivisen poliisitoiminnan ja perusoikeuksien jännitteestä	105
3.1.1 Turvallisuus perusoikeutena	108
3.1.2 Painava yhteiskunnallinen tarve	111
3.2 Perusoikeuksien, rikosoikeuden ja rikostorjunnan jännite	116
3.2.1 Rikosoikeuden ja perusoikeuksien jännitteestä	119
3.2.2 Rikostorjunnan ja perusoikeuksien jännitteestä	124
3.3 Johtopäätöksiä	127
4 HYVÄKSYTTÄVIEN RAJOITUSTEN LAAJUUDESTA	131
4.1 Perusoikeuden ytimeen ulottuvia rajoituksia ei voida säätää tavallisella lailla	131
4.2 Rajoitusten on oltava välttämättömiä ja suhteellisuus- vaatimuksen mukaisia	134
4.3 Virkamiesaseman merkitys	138
4.4 Yhteenvetoa	139
5 LYHYESTI PERUSOIKEUKSIEN HORISONTAALI- VAIKUTUKSESTA SEKÄ PERUSOIKEUSKOLLISIÖIDEN RATKAISUSTA	143
5.1 Perusoikeuksien kunnioittaminen, suojeleminen ja takaaminen	143
5.2 Horisontaalivaikutus (drittwirkung)	145
5.3 Eri perusoikeuksien painoarvosta	148
6 PERUSOIKEUKSIEN SUHDE IHMISOIKEUKSIIN	153
6.1 Ihmisoikeusvelvoitteiden noudattaminen perusoikeuksien yleisenä rajoitusedellytyksenä	153
6.2 Muita huomioita perus- ja ihmisoikeuksien suhteesta	154
6.3 Loppuhuomioita	157

III TOIMIVALLAN RAJOJEN MÄÄRITTÄMINEN	161
1 JULKISOIKEUDELLISISTA TOIMIVALTA MÄÄRITTÄVISTÄ NORMILÄHTEISTÄ	163
1.1 Yleistoisivallasta lakisidonnaisuuteen	163
1.2 Tehtävät, primääritoimivalta ja sekundääritoimivalta	171
1.2.1 Yleistä	171
1.2.2 Erityisesti poliisitoiminnasta	174
1.2.2.1 Yleistä poliisin toimivaltasäätelyn luonteesta ...	174
1.2.2.2 Oikeusvaltiollinen lainalaisuusperiaate käytännössä	180
1.2.2.3 Säätelytavat	184
1.2.2.4 Virkavelvollisuudet ja toimivalta	186
1.2.2.5 Lopuksi	187
1.3 Yleiset hallinto-oikeudelliset periaatteet toimivallan rajoittajina ..	189
1.3.1 Yleiset hallinto-oikeudelliset periaatteet	189
1.3.2 Objektiviteettiperiaatteesta	190
1.3.3 Suhteellisuusperiaatteesta	191
1.3.4 Periaatteet uudessa poliisin toimintaa koskevassa lainsäädännössä	195
2 RIKOSOIKEUDEN ROOLISTA TOIMIVALLAN MÄÄRITTÄJÄNÄ	197
2.1 Rikosoikeuden yleiset opit tutkimuskohteena	197
2.2 Yleistä rikoksen rakenteesta – kaksi vai kolme osaa?	201
2.3 Tunnuksmerkistön mukaisuus	205
2.3.1 Yleistä teosta, teon huolimattomuudesta ja tunnuksmerkistön mukaisuudesta	205
2.3.2 Kielletyn riskin määrittäminen	211
2.3.3 ”Toimivallan mukainen ei ole tunnuksmerkistön- mukaista”	221
2.4 Lyhyesti laillisuusperiaatteesta	228
2.5 Yleiset rikosoikeudelliset vastuuvapausperusteet poliisitoiminnassa – yleistoisivallan paluu?	235
2.5.1 Tunnuksmerkistöerehdys ja olosuhdetahallisuus	236
2.5.1.1 Vaadittava tietoisuus olosuhteista	236
2.5.1.2 Selonottovelvollisuus	244
2.5.1.3 Tunnuksmerkistötekijöistä	245
2.5.1.4 Tietoisuuden heijasteet poliisitoimintaan	249
2.5.1.5 Lopuksi	253
2.5.2 Kieltoerehdys	254
2.5.2.1 Vallitseva oikeustila	256

2.5.2.2	Soveltamiserehdyksestä ja selonotto- velvollisuudesta	262
2.5.2.3	Lopuksi	265
2.5.3	Yleisiä huomioita poliisin oikeudesta hätävarjeluun, pakkotilaan ja voimakeinojen käyttöön	268
2.5.3.1	Hätävarjeluun osalta oikeustilasta esitettyä	274
2.5.3.2	Pakkotila poliisitoiminnassa – oikeustilasta esitettyä	277
2.5.3.3	Voimakeinojen käyttö	280
2.5.3.4	Lopuksi	283
2.6	Kriminalisointien vaikutus toimivaltanormien tulkintaan	284
2.6.1	Yllytyksen kieltä varoittavana esimerkkinä	286
2.6.1.1	Rajauksia	286
2.6.1.2	Rikosoikeuden näkökulma	287
2.6.1.3	Poliisioikeuden näkökulma	295
2.6.1.4	Perus- ja ihmisoikeusnäkökulma	302
2.6.1.5	Uudessa poliisin toimivaltuuslainsäädännössä säädettyä	309
2.6.1.6	Yhteenvetoa	316
IV	IHMIS- JA PERUSOIKEUDET POLIISIN VOIMANKÄYTÖN KONTEKSTISSA	323
1	ERITYISESTI KANSAINVÄLISISTÄ OIKEUSLÄHTEISTÄ	325
1.1	Kansainvälisten ihmisoikeussopimusten asemasta Suomen oikeudessa	327
1.2	Kansainväliset sopimukset oikeuslähteinä	331
1.2.1	EIS ja EIT:n ratkaisukäytäntö	332
1.2.1.1	Yleistä	332
1.2.1.2	Lyhyesti EIS:n valvontamekanismista	333
1.2.1.3	EIT:n soveltamat tulkintaperiaatteet	339
1.2.1.4	EIT:n ratkaisukäytäntö oikeuslähteenä	347
1.2.1.5	Eräitä huomioita rikostorjunnan näkökulmasta .	350
1.2.2	KP-sopimus	353
1.2.3	Perusoikeudet EU:ssa	357
1.3	Soft law -aineisto	360
1.3.1	Yleistä	360
1.3.2	Tutkimuksen teeman kannalta relevantti soft law	363
1.4	Yhteenvetoa kansainvälisistä oikeuslähteistä	365
2	IHMISOIKEUSPERIAATTEET – SÄÄNNÖT JA EHDOTTOMAT KIELLOT	367

2.1	Ihmisarvon loukkaamattomuus	371
2.2	Ehdottomat kiellot ja ihmisoikeuksien loukkaamattomat ytimet	376
3	OIKEUS ELÄMÄÄN JA VÄKIVALLAN KIELTO	379
3.1	YK:n ihmisoikeuksien yleismaailmallinen julistus ja KP-sopimus	379
3.2	Euroopan ihmisoikeussopimus	382
3.2.1	EIS 2 artiklan 1 kappaleen merkityksestä	386
3.2.1.1	Yleistä	386
3.2.1.2	Operaation suunnittelu ja johto	389
3.2.1.3	Kansallisen voimankäytön sääntelyn taso	395
3.2.1.4	Yhteenvetoa	399
3.2.2	EIS:n 2 artiklan 2 kappaleen ratkaisukäytäntö	403
3.2.2.1	Yleistä	403
3.2.2.2	Laittomalta väkivallalta puolustaminen	408
3.2.2.3	Paon estäminen	409
3.2.2.4	Mellakan tai kapinan kukistaminen	415
3.2.2.5	Linnoittautumistilanteet	418
3.2.2.6	Subjekttiivisen tilannearvion merkityksestä	425
3.2.2.7	Yhteenvetoa EIT:n ratkaisukäytännöstä soft law -aineiston valossa	429
3.2.3	EIS 3 artiklan soveltamiskäytäntöä	436
3.2.3.1	Yleistä	436
3.2.3.2	Hätävarjelun kaltaisia tilanteita	447
3.2.3.3	Vastarinnan murtaminen kiinniottamisen yhteydessä	449
3.2.3.4	Vastarinnan murtaminen muissa tilanteissa	454
3.2.3.5	Muita tilanteita	457
3.2.3.6	Lopuksi	461
3.3	EU:n perusoikeuskirja	465
3.4	Säännöt ja periaatteet kansainvälisissä soft law -instrumenteissa	466
3.5	Perustuslain 7 §	468
V	POLIISIN OIKEUDENMUKAINEN VOIMANKÄYTTÖ SUOMESSA	475
1	VOIMAKEINON MÄÄRITELMÄ	479
2	VOIMAKEINOJEN KÄYTÖN OIKEUTTAMINEN RIKOSLAISSA	483
2.1	Yleistä	483
2.2	Rikoslaissa määritetyt sallitun voimakeinojen käytön uloimmat rajat	485

3	POLIISIOIKEUDELLINEN SÄÄNTELY	489
3.1	Poliisilain 27 §	489
3.1.1	”Virkatehtävää suorittaessaan”	490
3.1.2	Säännöt voimakeinojen käyttötilanteista	491
3.1.2.1	Vastarinnan murtaminen ja henkilön paikalta poistaminen	492
3.1.2.2	Kiinnioton toimittaminen	498
3.1.2.3	Muut voimakeinojen käyttötilanteet	504
3.1.3	Voimakeinojen käytössä noudatettavat periaatteet	505
3.1.3.1	Tarpeellisuusvaatimus	505
3.1.3.2	Puolustettavuusvaatimus	510
3.1.3.3	Käytettävistä voimakeinoista, varautumisesta ja varoittamisesta	515
3.2	Poliisilain muut säännökset	519
3.3	Sisäasiainministeriön asetus poliisin voimakeinojen käyttämisestä (979/2004)	522
3.4	Sisäasiainministeriön asetus kulkuneuvon pysäyttämisestä (1087/2001)	524
4	VOIMAKEINOJEN KÄYTTÖ OIKEUSKÄYTÄNNÖSSÄ	527
4.1	Vastarinnan murtaminen ja henkilön paikalta poistaminen	527
4.2	Kiinnioton toimittaminen	528
4.3	Muita tilanteita	537
5	VÄLITILINPÄÄTÖS	543
6	POLIISIMIEHEN OIKEUS HÄTÄVARJELUUN – SÄÄNNÖT	551
6.1	Yleistä oikeudesta itsensä puolustamiseen ja hätävarjeluun	551
6.2	Yleisten oppien uudistuksen vaikutus hätävarjelusääntelyyn	554
6.3	Hätävarjeluun oikeuttava teko	559
6.4	Hätävarjeluun aikarajoista	565
6.5	Hätävarjelusäännöksen soveltamisala poliisitoiminnassa	580
7	OIKEUDENMUKAISEN HÄTÄVARJELUN RAJAT OIKEUS- KÄYTÄNNÖSSÄ JA OIKEUSKIRJALLISUUDESSA – PERIAATTEIDEN SOVELTAMINEN	583
7.1	Tarpeellinen puolustusteko	586
7.2	Velvollisuus väistää tai paeta	589
7.3	Hyökkäyksen laatu ja voimakkuus	601
7.4	Puolustautujan ja hyökkääjän henkilö	607
7.5	Muut olosuhteet	612
7.6	Kokonaisuutena arvioiden puolustettavana pidettävän ilmeinen ylittäminen	613

7.7	Lopuksi	614
8	ERÄITÄ ERITYISKYSYMYKSIÄ	623
8.1	Voiko tahallinen surmaaminen olla oikeutettua voimakeinojen käyttöä?	623
8.1.1	Tarkoitus- ja varmuustahallisuus seurauksen suhteen	623
8.1.2	Tarkoituksellisen surmaamisen sallittuus	625
8.1.3	Johdetut tilanteet	629
8.1.3.1	Yleistä	629
8.1.3.2	Poliisimiehen yleinen velvollisuus käskyjen noudattamiseen	631
8.1.3.3	Erityisesti johdetuista voimankäyttötilanteista ...	635
8.2	Sotilaallinen voimankäyttö poliisioperaatioiden yhteydessä	638
8.3	Pakkotilan merkityksestä voimankäytön perusteena – erityisesti silmällä pitäen oikeutta sivullisen vaarantamiseen	651
8.3.1	Yleistä pakkotilasta	651
8.3.2	Sivullisen loukkaaminen voimankäytön yhteydessä	655
8.3.2.1	Pakkotilan merkityksestä	655
8.3.2.2	Sivullisen asema poliisioikeudellisessa sääntelyssä	660
8.3.2.3	Riski, vaara, vaaran vähentäminen ja vähäinen vaaran korottaminen	662
8.3.3	Itsemurhan estämisestä voimakeinoin	671
9	ERÄITÄ TÄYDENTÄVIÄ HUOMIOITA SALLITUISTA VOIMAKEINOISTA	675
10	LOPUKSI	683
10.1	Hätävarjelun ja voimakeinojen käytön suhde	683
10.1.1	Rajan määrittäminen	683
10.1.2	Rajanvedon merkityksestä	691
10.1.3	Johtopäätöksiä rajan määrittämisestä	692
10.2	Tietoisuuden ja voimankäytön motiivin merkityksestä	694
10.3	Voimakeinojen käyttö uudessa poliisilaissa – mikä muuttuu? ...	698
VI	OIKEUDENVASTAINEN VOIMANKÄYTTÖ	713
1	ANTEEKSIANTOPERUSTEET	715
1.1	Hätävarjelun liioittelu	716
1.2	Voimakeinojen käytön liioittelu	722
1.3	Pakkotila anteeksiantoperusteena	727
1.4	Lopuksi	730
2	VIRKARIKOSVASTUU	735

2.1	Virkavastuun perusteet	735
2.2	Virka-aseman väärinkäyttäminen	737
2.3	Virkavelvollisuuksien rikkominen	740
2.3.1	”Virkaansa toimittaessaan”	741
2.3.2	Säännöksiin tai määräyksiin perustuvan virka- velvollisuuden rikkominen	745
2.3.3	Teko ei ole kokonaisuutena arvostellen vähäinen	748
2.3.4	Tuottamuksellinen virkavelvollisuuden rikkominen	751
2.4	Velvollisuus voimankäyttöön erityisesti hengen suojaa silmällä pitäen	753
2.4.1	Yleinen rikosoikeudellinen laiminlyöntivastuu – epävarsinaiset laiminlyöntirikokset	754
2.4.2	Velvoite hengen suojaamiseen	763
2.4.3	Poliisin tehtävät	772
2.4.4	Velvollisuus voimankäyttöön hengen suojaamiseksi	775
2.4.5	Lopuksi	779
2.5	Virkavastuu hätävarjelutilanteissa – nykytila	781
2.5.1	Oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden kannanotot	781
2.5.2	Kaksoisstandardiajattelu oikeuskirjallisuudessa	785
2.5.3	Laillisuusperiaatteen vaikutuksesta	786
2.5.4	Velvollisuuksien merkityksestä virkavastuun syntyyn	787
2.5.5	Lopuksi	788
2.6	Virkavastuun laajentaminen hätävarjelutilanteisiin uudessa poliisilaissa	790
2.6.1	Muutos oikeustilassa	790
2.6.2	Muutoksesta yleisten kriminalisointiperiaatteiden valossa	793
2.6.3	Ihmisen toiminta hätävarjelutilanteissa	802
2.6.3.1	Yleistä	802
2.6.3.2	Päätöksenteko hätävarjelutilanteissa	803
2.6.3.3	Pelko ja vastahakoisuus kuolettavan voiman käyttöön	806
2.6.3.4	Loppuhuomioita	811
3	VASTUU YLEISESTÄ RIKOKSESTA	813
3.1	Teon ja seurauksen suhde	813
3.1.1	Sallittu riski ja huolimaton voimankäyttö	816
3.1.2	Kielletyn riskinoton relevanssi ja tunnusmerkistön ulottuvuus	818
3.1.3	Johtopäätöksiä	822
3.2	Tekijän huolimattomuus	824
3.2.1	Yleistä	824

3.2.2	Tietoinen ja tiedoton tuottamus	826
3.3	Vastuu tahallisesta teosta	831
3.3.1	Seurauksen todennäköisyys tahallisuuden alimpana asteena	831
3.3.2	Voimankäytön motiivin merkitys	837
3.3.3	Harha-iskut	839
4	PUTATIIVITILANTEET – HUOLELLINEN JA HUOLIMATON EREHDYS	841
VII	JOHTOPÄÄTÖKSET	853
	ABSTRACT	867
	OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO	871
	ASIAHAKEMISTO	879

Lähteet

Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis*: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Porvoo 1989. (Aarnio 1989a)
- Aarnio, Aulis*: Laintulkinnan regulatiivinen periaate. Pohdintaa yhden oikean ratkaisun mahdollisuudesta. LM 1989, s. 594–617. (Aarnio 1989b)
- Aarnio, Aulis*: Ottakaamme oikeussäännöt vakavasti. Oikeus 1989/2, s. 112–122. (Aarnio 1989c)
- Aarnio, Aulis*: Uusi varallisuus oikeus – vai vanha? LM 2002, s. 515–534.
- Aarnio, Aulis*: Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta. Helsinki 2011.
- Alanen, Aatos*: Hätävarjelus yksityisen käyttämänä oikeussuojakeinona. Helsinki 1925.
- Alderson, John*: Human Rights and the Police. Directorate of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg 1984.
- Alexy, Robert*: A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification. Oxford 1989. (Alexy 1989a)
- Alexy, Robert*: Oikeusjärjestelmä, oikeusperiaate ja käytännöllinen järki. LM 1989, s. 618–633. (Alexy 1989b)
- Alexy, Robert*: A Theory of Constitutional Rights. Translated by Julian Rivers. Oxford 2002.
- Alho, Rainer*: Pelastustoimen operaatiosuunnittelu ja pelastustoiminnan johtaminen. Helsinki 1999.
- Alpert, Geoffrey P. – Smith, William C.*: How Reasonable is the Reasonable Man? Police and Excessive Force. Journal of Criminal Law and Criminology 1994, s. 481–501.
- Anttila, Inkeri*: Loukatun suostumus oikeudenvastaisuuden poistavana perusteena. Rikosoikeudellinen tutkimus. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 1946.
- Anttila, Inkeri – Heinonen, Olavi*: Rikos ja seuraamus. Rikosoikeuden perusteet. Helsinki 1974.
- Anttila, Inkeri – Heinonen, Olavi*: Rikosten lajit. Rikosoikeuden erityisen osan perusteet. Helsinki 1975.
- Artwohl, Alexis – Christensen, Loren W.*: Deadly Force Encounters: What Cops Need to Know to Mentally and Physically Prepare for and Survive a Gunfight. Boulder, Colorado 1997.
- Ashworth, Andrew*: Self-defence and the right to life. Cambridge Law Journal 1975, s. 282–307.
- Ashworth, Andrew*: Re-drawing the Boundaries of Entrapment. The Criminal Law Review 2002, s. 161–179.
- Ashworth, Andrew*: Principles of criminal law. Oxford 2009.
- Auglend, Ragnar L. – Mæland, Henry John – Røsandhaug, Knut*: Politirett. Oslo 2004.
- Axberger, Hans-Gunnar*: Brottsprovokation. Stockholm 1989.
- Axberger, Hans-Gunnar*: Brottsprovokation – en uppdatering. Teoksessa: Flores juris et legum, festskrift till Nils Jareborg (red. Petter Asp, Carl Erik Herlitz, Lena Holmqvist). Uppsala 2002, s. 59–79.
- Backman, Eero*: Rikosoikeuden yleiset opit korkeimmassa oikeudessa vuosina 1980–1986. Ensimmäinen osa. LM 1988, s. 770–801.
- Backman, Eero*: Rikosoikeuden yleiset opit korkeimmassa oikeudessa vuosina 1980–1986. Toinen osa. LM 1989, s. 561–593.
- Backman, Eero*: KKO 2000:90 Huumetestin vastustamisen oikeudellinen arviointi. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein II 2000 (toim. Pekka Timonen). Helsinki 2001, s. 115–118.

- Backman, Eero*: Onko luonnonoikeus tullut takaisin rikosoikeuteen, joskin toisella nimellä? Teoksessa: Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII (toim. Raimo Lahti, Tapio Lappi-Seppälä). Helsinki 2003, s. 1–13.
- Backman, Eero*: Pakkotila ja velvollisuuksien kollisio rikosoikeudessa. LM 2004, s. 395–403. (Backman 2004a)
- Backman, Eero*: Huomioita hätävarjelusta ja todistustaakan jaosta hätävarjeluasioissa. Teoksessa: Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä. Juhlajulkaisu Antti Jokela 26.1.2005 (toim. Jarkko Männistö). Turku 2004, s. 3–11. (Backman 2004b)
- Berggren, Nils-Olof – Munck, Johan*: Polislagen. En kommentar. Stockholm 2011.
- Boucht, Johan*: Polisens befogenhet att bruka maktmedel och dess relation till nödvärnet – några reflexioner. JFT 2006, s. 517–523.
- Boucht, Johan*: Polisiär våldsanvändning. En straff- och offentligrättslig undersökning. Uppsala 2011. (Boucht 2011a)
- Boucht, Johan*: Om objektivitetsprincipen i den polisiära verksamheten – Utkast till problemställningar. NTfK 2011, s. 284–299. (Boucht 2011b)
- Boucht, Johan*: Om polisiär maktmedelsanvändning enligt nya finska polislagen. Särskilt beträffande polismäns nödvärnsrätt och användning av skjutvapen. JFT 2011, s. 747–776. (Boucht 2011c)
- Boucht, Johan – Frände, Dan*: Suomen rikosoikeus. Rikosoikeuden yleisten oppien perusteet. Poliisiammattikorkeakoulun oppikirjat. Tampere 2008.
- Bourke, Joanna*: An Intimate History of Killing: Face-To-Face Killing in Twentieth-Century Warfare. 1999.
- Bronitt, Simon – Gani, Miriam*: Regulating Reasonable Force: Policing in the Shadows of the Law. Teoksessa: Shooting to Kill. Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force (edited by Simon Bronitt, Miriam Gani and Saskia Hufnagel). Oxford and Portland, Oregon, s. 143–169.
- Bruun, Niklas – Mäenpää, Olli – Tuori, Kaarlo*: Uusi virkamiesoikeus. Helsinki 1988.
- Buttle, John W.*: Officer Safety and Public Safety: Training the Police to Use Force in the United Kingdom. Teoksessa: Police Use of Force. A Global Perspective (edited by Joseph B. Kuhns, Johannes Knutsson). Oxford 2010, s. 32–42.
- Cambell, Tom*: The Rule of Law, Legal Positivism and States of Emergency. Teoksessa: Shooting to Kill. Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force (edited by Simon Bronitt, Miriam Gani and Saskia Hufnagel). Oxford and Portland, Oregon, s. 3–17.
- Cassese, Antonio*: Prohibition of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Teoksessa: The European System for the Protection of Human Rights (Edited by R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold.). Dordrecht 1993, s. 225–275.
- Clarkson, C. M. V.*: Understanding criminal law. London 2005.
- Crank, John P.*: Understanding police culture. 2004.
- Crawshaw, Ralph*: Introduction to the seminar on human rights and the police: Human rights, the rule of law and policing. Teoksessa: Human rights and the police. Seminar Proceedings Strasbourg, 6–8 December 1995, s. 11–20.
- Crawshaw, Ralph – Cullen, Stuart – Williamson, Tom*: Human Rights and Policing. Second Revised Edition. Leiden 2007.
- Danielius, Hans*: Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna. Stockholm 2007.
- van Dijk, Pieter – van Hoof, Fried – van Rijn, Arjen – Zwaak, Leo (eds.)*: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. Antwerpen 2006.
- Duff, R A*: Answering for Crime. Responsibility and Liability in Criminal Law. Oxford and Portland, 2007.

- Duffy, Peter*: Case-law under the European Convention on Human Rights relevant to the police. Teoksessa: Human rights and the police. Seminar Proceedings Strasbourg, 6–8 December 1995, s. 21–45.
- Dworkin, Ronald*: Taking Rights Seriously. London 1978.
- Eide, Asbjørn*: Ihmisoikeuksien väliset suhteet ja ihmisoikeuksien opettaminen. Teoksessa: Kansainväliset ihmisoikeudet (toim. Marjut Helminen, K. J. Lång). Helsinki 1988, s. 35–53.
- Elholm, Thomas*: Politiets brug af skydevåben – juridiske aspekter. København 2003.
- Elholm, Thomas*: Nye regler for politiets brug af skydevåben i Danmark. Teoksessa: Politiets bruk av skytevåpen i Norden (red. Johannes Knutsson). Oslo 2005, s. 11–27.
- Ellonen, Erkki – Nurmi, Lasse*: Konfliktinhallinnan psykologiaa. Teoksessa: Poliisityön psykologiaa – koulutusta ja kenttää varten (Erkki Ellonen – Lasse Nurmi – Petri Raivola – Tarmo Väliä – Unto Väliä). Helsinki 1997, s. 67–134. (Ellonen – Nurmi 1997a)
- Ellonen, Erkki – Nurmi, Lasse*: Stressi poliisityössä. Teoksessa: Poliisityön psykologiaa – koulutusta ja kenttää varten (Erkki Ellonen – Lasse Nurmi – Petri Raivola – Tarmo Väliä – Unto Väliä). Helsinki 1997, s. 207–256. (Ellonen – Nurmi 1997b)
- Emmerson, Ben – Ashworth, Andrew – Macdonald Alison*: Human rights and Criminal justice. London 2007.
- Eriksson, Lars D. – Scheinin, Martin*: Kansalais- ja poliittiset oikeudet. Teoksessa: Kansainväliset ihmisoikeudet (toim. Marjut Helminen, K. J. Lång). Helsinki 1988, s. 94–122.
- Ervo, Laura*: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Helsinki 2005.
- Ervo, Laura*: Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus – käsikirja lainkäyttäjille. Helsinki 2008.
- Eränen, Liisa*: Katastrofipsykologia. Helsinki 1991.
- Fisher, Jim*: SWAT Madness and the Militarization of the American Police. A National Dilemma. Santa Barbara, California 2010.
- Fredman, Markku*: Tarvitseeko poliisi valeosto-oikeutta? Oikeus 1998/4, s. 458–460.
- Fredman, Markku*: Perus- ja ihmisoikeudet Suomen oikeudessa ja asianajajan työssä. DL 2011, s. 480–493.
- Frände, Dan*: Oikeustapauksia. Kommentteja. KKO 1994:101. LM 1996, s. 482–488.
- Frände, Dan*: Oikeustapauksia. Kommentteja. KKO 2000:112. LM 2001 s. 513–536.
- Frände, Dan*: Näkökohtia todiste- ja rikosprovokaatiosta. LM 2004, s. 404–411. (Frände 2004a)
- Frände, Dan*: Vaikuttaako uhrin laiminlyönti hoitoon hakeutumisessa henkirikoksen arviointiin? Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommenttein I 2004 (toim. Pekka Timonen). Helsinki 2004, s. 112–114. (Frände 2004b)
- Frände, Dan*: Yleinen rikosoikeus. Suomentanut Markus Wahlberg. Helsinki 2005. (Frände 2005a)
- Frände, Dan*: Den finska polisens användning av skjutvapen – juridiska aspekter. Teoksessa: Politiets bruk av skytevåpen i Norden (red. Johannes Knutsson). Oslo 2005, s. 45–60. (Frände 2005b)
- Frände, Dan*: KKO 2008:119 Kalastuskilpailu ja arpajaisten tunnusmerkistö. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommenttein II 2008 (toim. Pekka Timonen). Helsinki 2009, s. 341–344.
- Frände, Dan*: Onko viimeinen sana sanottu olosuhdetahallisuudesta? DL 2010, s. 157–165.
- Frände, Dan*: Yleinen rikosoikeus (suomentanut ja seuraamusosan päivittänyt Markus Wahlberg). Helsinki 2012.
- Frände, Dan – Wahlberg, Markus*: Yksityisyys, rauha, kunnia ja vapaus. Teoksessa: Keskeiset rikokset (Dan Frände, Jussi Matikkala, Jussi Tapani, Matti Tolvanen, Pekka Viljanen, Markus Wahlberg). Helsinki 2010, s. 259–333.
- Gordon, Ian – Miller, Seumas*: The Fatal Police Shooting of Jean Charles de Menezes: Is Anyone Responsible? Teoksessa: Shooting to Kill. Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force

- (edited by Simon Bronitt, Miriam Gani and Saskia Hufnagel). Oxford and Portland, Oregon, s. 215–237.
- Green, Penny – Ward, Tony*: State Crime: A Dialectical View. Teoksessa: The Oxford Handbook of Criminology (edited by Mike Maguire, Rod Morgan and Robert Reiner). Oxford 2012, s. 717–740.
- Grossman, Dave*: On killing. The Psychological Cost of Learning to Kill in War and Society. New York 1996.
- Grossman, Dave*: On combat. The Psychology and Physiology of Deadly Conflict in War and in Peace. PPCT Research Publications 2004.
- von Gruenewaldt, Virpi (toim.)*: Henkisen hyvinvoinnin edistäminen turvallisuusaloilla. Helsinki 2004.
- Hahto, Vilja*: Uhrin myötävaikutus ja rikoksenteikijän vastuu. Rikos- ja vahingonkorvausoikeudellinen tutkimus tekoa edeltävästä uhrikäyttäytymisestä fyysisistä koskemattomuutta loukkaavissa rikoksissa. Helsinki 2004.
- Hakonen, Kimmo*: Hätättilaoikeudellinen voimankäyttö? Teoksessa: Väkivalta. Seuraamukset ja haavoittuvuus. Terttu Utraisen juhla kirja (toim. Mirva Lohiniva-Kerkelä). Helsinki 2006, s. 67–78.
- Hali joki, Juha*: Kiinniotto-oikeus ja itseapu. Jokamiehen kiinniotto-oikeutta ja itseapua koskevien pakkokeinolain säännösten tarkastelua. DL 2004, s. 183–215.
- Hallberg, Pekka*: Perusoikeusuudistus. LM 1992, s. 1275–1282.
- Hallberg, Pekka*: Perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa: Perusoikeudet (Pekka Hallberg, Heikki Karapuu, Tuomas Ojanen, Martin Scheinin, Kaarlo Tuori, Veli-Pekka Viljanen). Helsinki 2011, s. 29–59.
- Hankilanoja, Arto*: Työturvallisuus ja vastuun kohdentuminen poliisihallinnossa. Poliisiammattikorkeakoulun oppikirjat 10/2003. Espoo 2007.
- Hannikainen, Lauri*: Valtionsisäinen vs. kansainvälinen toimivalta ihmisoikeuskysymyksissä. Teoksessa: Kansainväliset ihmisoikeudet (toim. Marjut Helminen, K. J. Lång). Helsinki 1988, s. 54–72.
- Hanski, Raija – Scheinin, Martin*: Leading cases of the Human Rights Committee. Turku 2007.
- Hautamäki, Veli-Pekka*: Perusoikeuden ydinalue argumenttina. LM 2011, s. 82–98.
- Hautamäki, Veli-Pekka*: Kotirauhan suoja perusoikeutena. LM 2012, s. 33–52.
- Heinonen, Tuuli*: Valtiosääntöoikeus ja oikeuslähdeoppi. Teoksessa: Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen (toim. Tuuli Heinonen – Juha Lavapuro). Helsinki 2012, s. 179–199.
- Helander, Petri*: Perusoikeuskirjan yleiset määräykset ja perusoikeuksien konstitutionaalinen konteksti. Teoksessa: Perusoikeudet EU:ssa (toim. Liisa Nieminen). Helsinki 2001, s. 89–136.
- Helin, Markku*: Perusoikeuksilla argumentoinnista. Teoksessa: Varallisuus, vakuudet ja velkojat. Juhlajulkaisu Jarmo Tuomisto 1952 – 9/6 – 2012 (toim. Tero Iire). Turku 2012, s. 11–30.
- Helminen, Klaus*: Uudistettu virkarikoslainsäädäntö. Suomen Poliisilehti. Poliisikunnan ammattilehti. 1989, s. 322–328.
- Helminen, Klaus*: Turvallisuusviranomaisten toimivaltuussäännösten uudistamistarpeet. Sisäasiainministeriön julkaisusarjan julkaisu 32/2006.
- Helminen, Klaus – Kuusimäki, Matti – Salminen, Markku*: Poliisioikeus. Helsinki 1999.
- Helminen, Klaus – Lehtola, Kari – Virolainen, Pertti*: Esitutkinta ja pakkokeinot. Helsinki 2005.
- Helminen, Klaus – Fredman, Markku – Kanerva, Janne – Tolvanen, Matti – Viitanen, Marko*: Esitutkinta ja pakkokeinot. Helsinki 2012. (Helminen et al. 2012a)
- Helminen, Klaus – Kuusimäki, Matti – Rantaeskola, Satu*: Poliisilaki. Helsinki 2012. (Helminen et al. 2012b)

- Helmius, Ingrid*: Polisens rättsliga befogenheter vid spaning. Uppsala 2000.
- Hidén, Mikael*: Perusoikeudet Hallitusmuodon II luvussa. Helsinki 1980.
- Hidén, Mikael*: Perusoikeuksien yleiset opit – muuttuvaa ja muuttumatonta. LM 1996, s. 753–769.
- Hidén, Mikael*: Perusoikeuksien yleisiä kysymyksiä. Teoksessa: Perusoikeudet Suomessa (toim. Liisa Nieminen). Helsinki 1999, s. 1–27. (Hidén 1999a)
- Hidén, Mikael*: Hard cases make bad law? Eräs perusoikeussuojan ja terrorismin estämisvaltuuksien yhteensovittamisongelma perustuslakivaliokunnan lausuntojen 10/2005 vp ja 23/2005 vp valossa. Teoksessa: In memoriam Kari S. Tikka 1944–2006 (toim. Edward Andersson, Kai Kalima, Timo Viherkenttä, Pekka Vihervuori). Helsinki 2007, s. 64–76.
- Hirvelä, Päivi*: Ihmisoikeusvalitusten tutkiminen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa. DL 2011, s. 393–411.
- Hogg, Russell*: Law, Death and Denial in the "Global War on Terror". Teoksessa: Shooting to Kill. Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force (edited by Simon Bronitt, Miriam Gani and Saskia Hufnagel). Oxford and Portland, Oregon, s. 83–104.
- Holmberg, Lars*: Politiets brug af skydevåben i Danmark. Teoksessa: Politiets bruk av skytevåpen i Norden (red. Johannes Knutsson). Oslo 2005, s. 29–44.
- Honkasalo, Brynolf*: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Ensimmäinen osa. Helsinki 1965.
- Honkasalo, Brynolf*: Suomen rikosoikeus. Yleiset opit. Toinen osa. Helsinki 1967.
- Honkasalo, Brynolf – Ellilä, Reino*: Rikosoikeuden yleiset opit pääpiirteittäin. Helsinki 1966.
- Holder, Jeremy*: Excusing crime. Oxford 2004.
- Howitt, Dennis*: Introduction to Forensic and Criminal Psychology. Harlow 2006.
- Hufnagel, Saskia*: Fundamental Rights and Fundamental Difference: Comparing the Right to Human Dignity and Criminal Liability in Germany and Australia. Teoksessa: Shooting to Kill. Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force (edited by Simon Bronitt, Miriam Gani and Saskia Hufnagel). Oxford and Portland, Oregon, s. 193–211.
- Huldén, Johan*: Svårbegriplig miljöstraffrätt och tillståndspliktig verksamhet – utrymmet för förbudsvillfarelse som ansvarsfrihetsgrund. JFT 2007, s. 200–209.
- Huovila, Mika*: Oikeuslähdeoppi ja oikeudellinen argumentaatio rikostuomion perusteluissa. Teoksessa: Rikostuomion perusteleminen (toim. Mika Huovila, Raimo Lahti, Timo Ojala). Helsinki 2005, s. 13–99.
- Husa, Jaakko*: Perusoikeudet valtiosääntöoikeudessa ja valtiosääntöoikeustieteessä. Teoksessa: Perusoikeudet Suomessa (toim. Liisa Nieminen). Helsinki 1999, s. 273–312.
- Husa, Jaakko*: Perusoikeusvalvonta EU:n alueella – riitasointuinen triangeli. Teoksessa: Perusoikeudet EU:ssa (toim. Liisa Nieminen). Helsinki 2001, s. 43–64.
- Husa, Jaakko*: Perusoikeudet ja vallanjako – suomalaisen perusoikeuskeskustelun sokea piste? Oikeus 2003/1, s. 4–25.
- Husa, Jaakko*: Konstitutionalismi mahdottomuus? LM 2009, s. 1141–1153.
- Häkkinen, Timo*: Grand Chamberin prejudikaatti poliisin saartorenkkaan käyttämisestä mielenosoituksessa – EIT:n tapaus Austin and Others v. the United Kingdom. LM 2013, s. 131–138.
- Jareborg, Nils*: Allmän kriminalrätt. Uppsala 2001.
- Jokela, Antti*: Rikosprosessi. Helsinki 2008.
- Jonkka, Jaakko*: Syytekytnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Helsinki 1991.
- Jonkka, Jaakko*: Eräitä näkökohtia perusoikeuksien toteutumisesta erityisesti rikosprosessissa. LM 1998, s. 1255–1270. (Jonkka 1998a)
- Jonkka, Jaakko*: Perusoikeudet ja lainkäyttö. Suomen Poliisilehti. Poliisipäällystön ammattilehti, n:o 4/1998, s. 136–141. (Jonkka 1998b)

- Jonkka, Jaakko*: Poliisin johtamisjärjestelmä ja sisäinen laillisuusvalvonta. Sisäasiainministeriön selvitys. Sisäasiainministeriön julkaisusarja 48/2004.
- Jyränki, Antero*: Uusi perustuslakimme. Turku 2000.
- Jyränki, Antero*: Leonista Nizzaan: Eurooppalaisen perusoikeusajattelun historiallisia linjoja. Teoksessa: Perusoikeudet EU:ssa (toim. Liisa Nieminen). Helsinki 2001, s. 1–41.
- Jyränki, Antero*: Valta ja vapaus. Valtiosääntöoikeuden yleisiä kysymyksiä. Helsinki 2003.
- Jyränki, Antero – Husa, Jaakko*: Valtiosääntöoikeus. Helsinki 2012.
- Järvelin, Juha*: Poliisin työturvallisuudenjohtamisen toimivuus kriisitilanteiden yhteydessä. Kolme kouluampumistapausesimerkkiä. Tampere 2011. Saatavilla osoitteessa <http://www.tsr.fi> (16.9.2013).
- Kaminski, Robert J. – Adang, Otto*: Pepper Spray: Practice, Policy, and Research in the Netherlands. Teoksessa: Police Use of Force. A Global Perspective (edited by Joseph B. Kuhns, Johannes Knutsson). Oxford 2010, s. 167–176.
- Kamppinen, Matti – Raivola, Petri*: Riski, päätöksenteko ja rationaalisuus. Teoksessa: Riskit yhteiskunnassa (toim. Matti Kamppinen, Petri Raivola, Pekka Jokinen, Hasse Karlsson). Helsinki 1995, s. 15–78.
- Karapuu, Heikki*: Taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet. Teoksessa: Kansainväliset ihmisoikeudet (toim. Marjut Helminen, K. J. Lång). Helsinki 1988, s. 73–93.
- Karapuu, Heikki*: Perusoikeuksien käsite ja luokittelu. Teoksessa: Perusoikeudet (Pekka Hallberg, Heikki Karapuu, Tuomas Ojanen, Martin Scheinin, Kaarlo Tuori, Veli-Pekka Viljanen). Helsinki 2011, s. 63–87.
- Karhu, Juha*: Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi. LM 2003, s. 789–807.
- Karhu, Juha*: Perusoikeusnäkökohtia esineoikeudellisista kollisionratkaisuperiaatteista. Teoksessa: Varallisuus, vakuudet ja velkojat. Juhlajulkaisu Jarmo Tuomisto 1952 – 9/6 – 2012 (toim. Tero Iire). Turku 2012, s. 117–133.
- Kastari, Paavo*: Kansalaisvapauksien perustuslainturva. Helsinki 1972.
- Keravuori-Rusanen, Marietta*: Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus julkisen hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle. Helsinki 2008.
- Kerttula, Timo*: Vartijat ja järjestyksenvalvojat julkisen vallan käyttäjinä. Helsinki 2010.
- Ketola, Minna*: Modernien tiedonhankintamenetelmien kehittäminen. Teoksessa: Rikostorjunnan etulinjassa. Keskusrikospoliisi 80 vuotta. Helsinki 2006.
- Kiehelä, Hannu*: Rikollisuuskäsitykset ja ammattiorientaatio. Poliisin oppikirjasarja 6/97. Helsinki 1997.
- Kiehelä, Hannu – Hakonen, Kimmo*: Rikostorjunnan perusteet. Poliisin oppikirjasarja 2/93. Helsinki 1993.
- Klabbers, Jan*: Reflections on soft international law in a privatized world. LM 2006, s. 1191–1205.
- Klami, Hannu Tapani*: Analogiapäätely. Teoksessa: Encyclopaedia Iuridica Fennica. VII Oikeuden yleistieteet (toim. Jukka Kekkonen et al.). Helsinki 1999, s. 11–14.
- Kleinig, John – Kasachkoff, Tziporah*: Civil Emergencies and the Claims of Innocence. Teoksessa: Shooting to Kill. Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force (edited by Simon Bronitt, Miriam Gani and Saskia Hufnagel). Oxford and Portland, Oregon, s. 19–46.
- Klockars, Carl B.*: A Theory of Excessive Force and Its Control. Teoksessa: Police Violence. Understanding and Controlling Police Abuse of Force (edited by William A. Geller, Hans Toch). New Haven 1996, s. 1–22.
- Knuts, Mårten*: Kursmanipulation på värdepappersmarknaden. Helsinki 2010.
- Knutsson, Johannes*: Polisens bruk av skjutvapen – det svenska exemplet. Teoksessa: Politiets bruk av skytevåpen i Norden (red. Johannes Knutsson). Oslo 2005, s. 123–138.

- Knutsson, Johannes*: Police Use of Firearms in Sweden. Teoksessa: Police Use of Force. A Global Perspective (edited by Joseph B. Kuhns, Johannes Knutsson). Oxford 2010, s. 105–114.
- Knutsson, Johannes – Norée, Annika*: Polisens bruk av skjutvapen i Norden – en jämförelse. Teoksessa: Politiets bruk av skytevåpen i Norden (red. Johannes Knutsson). Oslo 2005, s. 123–138.
- Knutsson, Johannes – Norée, Annika*: Police Use of Firearms in the Nordic Countries: A Comparison. Teoksessa: Police Use of Force. A Global Perspective (edited by Joseph B. Kuhns, Johannes Knutsson). Oxford 2010, s. 115–123.
- Koponen, Pekka*: Talousrikokset rikos- ja prosessioikeuden yhtymäkohdassa. Erityisesti tahallisuuden ja syytesidonnaisuuden kannalta tarkasteltuna. Helsinki 2004.
- Korkea-aho, Emilia*: Eurooppalaiset virastot vapauden, turvallisuuden ja oikeuden alueella. Teoksessa: Vapauden, turvallisuuden ja oikeuden Eurooppa (toim. Kimmo Nuotio ja Leena Malkki.). Helsinki 2010, s. 75–95.
- Koskelo, Pauliine*: Perusoikeusjärjestelmän ongelmakohtia kansallisen lainkäyttäjän näkökulmasta. Teoksessa: Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen (toim. Tuuli Heinonen – Juha Lavapuro). Helsinki 2012, s. 95–123.
- Koskinen, Pekka*: Rikoksen rakenneopin kehityslinjoja Suomessa Honkasalosta nykypäivään. LM 2004, s. 516–520.
- Koskinen, Pekka*: Rikosoikeuden perusteet. Helsinki 2008.
- Koskinen, Pekka*: Rikosoikeuden yleiset opit ja rikosvastuun perusteet. Teoksessa: Rikosoikeus (Tapio Lappi-Seppälä, Kaarlo Hakamies, Pekka Koskinen, Martti Majanen, Sakari Melander, Kimmo Nuotio, Ari-Matti Nuutila, Timo Ojala, Ilkka Rautio). Helsinki 2009, s. 159–194.
- Kukkonen, Reima*: KKO 2009:87. Tahallisuus ja avunanto törkeään velallisen petokseen. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein II 2009 (toim. Pekka Timonen). Helsinki 2010, s. 230–234.
- Kuusimäki, Matti*: Reunahuomautus juttuun ”Eräs hätävarjelutapaus”. Suomen Poliisilehti. Poliisipäällystön ammattilehti, n:o 10/1980, s. 377.
- Kuusimäki, Matti*: Hajahavaintoja poliisilakityöryhmän mietinnöstä. Suomen Poliisilehti. Poliisipäällystön ammattilehti, n:o 10/1989, s. 292–293.
- Kuusimäki, Matti*: Ledning av situationer där maktmedel används – tankar om fördelningen av det juridiska ansvaret. JFT 1991, s. 173–180.
- Lahti, Raimo*: Toimenpiteistä luopumisesta rikosten seuraamusjärjestelmässä. Erityisesti silmällä pitäen tuomitsematta jättämistä. Helsinki 1974.
- Lahti, Raimo*: Oikeustapauksia. Kommentteja. KKO 1990:136, KKO 1991:88. LM 1992, s. 89–103.
- Lahti, Raimo*: Perusoikeusuudistus ja rikosoikeus. LM 1996, s. 930–939.
- Lahti, Raimo*: Uudistuvan rikosoikeuden haasteita vuosituhannen vaihtuessa. LM 1998, s. 1189–1197.
- Lahti, Raimo*: Rikoslain kokonaisuudistusta 30 vuotta – entä nyt? LM 2001, s. 718–725.
- Lahti, Raimo*: Rikosoikeuden yleisten oppien uudistamisesityksen arviointia. Teoksessa: Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII (toim. Raimo Lahti, Tapio Lappi-Seppälä). Helsinki 2003, s. 137–153.
- Lahti, Raimo*: Rikosoikeudellisesta oikeuslähte- ja lainsoveltamisopista. Teoksessa: Rikostuomion perusteleminen (toim. Mika Huovila, Raimo Lahti, Timo Ojala). Helsinki 2005, s. 100–112.
- Lahti, Raimo*: Lääkäri ja henkilökohtaiseen koskemattomuuteen puuttuminen. Lääkintäoikeuden kehityksestä eräiden sääntelyesimerkkien valossa. Teoksessa: Väkivalta. Seuraamukset ja haavoittuvuus. Terttu Utriansen juhlakirja (toim. Mirva Lohiniva-Kerkelä). Helsinki 2006, s. 187–210.

- Lahti, Raimo*: KKO 2007:62 Asunto-osakeyhtiön hallituksen puheenjohtajan vastuu kuolemantuottamuksesta. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein I 2007 (toim. Pekka Timonen). Helsinki 2007, s. 410–414.
- Lakanen, Tapio*: Virkamiehen väkivaltainen vastustaminen. Helsinki 1999.
- Lappi-Seppälä, Tapio*: Rangaistuksen määräämisestä I. Teoria ja yleinen osa. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1987.
- Lappi-Seppälä, Tapio*: Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus I. LM 2003, s. 751–788.
- Lappi-Seppälä, Tapio*: Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus II. LM 2004, s. 3–36. (Lappi-Seppälä 2004a)
- Lappi-Seppälä, Tapio*: Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus III. LM 2004, s. 422–450. (Lappi-Seppälä 2004b)
- Lappi-Seppälä, Tapio*: Johdanto. Teoksessa: Rikosoikeus (Tapio Lappi-Seppälä, Kaarlo Hakamies, Pekka Koskinen, Martti Majanen, Sakari Melander, Kimmo Nuotio, Ari-Matti Nuutila, Timo Ojala, Ilkka Rautio). Helsinki 2009, s. 41–46. (Lappi-Seppälä 2009a)
- Lappi-Seppälä, Tapio*: Rangaistus kriminaalipolitiikan keinona. Teoksessa: Rikosoikeus (Tapio Lappi-Seppälä, Kaarlo Hakamies, Pekka Koskinen, Martti Majanen, Sakari Melander, Kimmo Nuotio, Ari-Matti Nuutila, Timo Ojala, Ilkka Rautio). Helsinki 2009, s. 67–86. (Lappi-Seppälä 2009b)
- Lappi-Seppälä, Tapio – Ojala, Timo*: RL 21 luku Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset. Teoksessa: Rikosoikeus (Tapio Lappi-Seppälä, Kaarlo Hakamies, Pekka Koskinen, Martti Majanen, Sakari Melander, Kimmo Nuotio, Ari-Matti Nuutila, Timo Ojala, Ilkka Rautio). Helsinki 2009, s. 463–551.
- Lavapuro, Juha*: Miksi perustuslaeille ei pitäisi antaa etusijaa? Teoksessa: Perusoikeuspuheenvuoroja (toim. Pekka Lämsineva, Veli-Pekka Viljanen.). Turku 1998, s. 85–102.
- Lavapuro, Juha*: Keskustelua. Yleinen järjestys ja turvallisuus: kollektiivinen hyvä. LM 2000, s. 412–418.
- Lavapuro, Juha*: Valtiosääntöinen managerialismi ja perusoikeudet. Oikeus 2010/1, s. 6–27. (Lavapuro 2010a)
- Lavapuro, Juha*: Uusi perustuslakikontrolli. Helsinki 2010. Saatavilla osoitteessa <http://utu.academia.edu> (23.8.2012). (Lavapuro 2010b)
- Lavapuro, Juha*: Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen noudattamien tulkintaperiaatteiden kansallisesta sovellettavuudesta. DL 2011, s. 467–479.
- Lavapuro, Juha*: Perusoikeusargumentaation kontrolloitavuudesta. Teoksessa: Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen (toim. Tuuli Heinonen – Juha Lavapuro). Helsinki 2012, s. 143–177.
- Leader-Elliott, Ian*: Shooting to Kill Innocents. Necessity, Self-Defence and Duress in the Commonwealth Criminal Code. Teoksessa: Shooting to Kill. Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force (edited by Simon Bronitt, Miriam Gani and Saskia Hufnagel). Oxford and Portland, Oregon, s. 107–141.
- Lehtimaja, Lauri*: Eduskunnan oikeusasiamies perus- ja ihmisoikeuksien valvojana. LM 1999, s. 897–907.
- Leverick, Fiona*: Is English self-defence law incompatible with Article 2 of the ECHR? The Criminal Law Review 2002, s. 347–362. (Leverick 2002a)
- Leverick, Fiona*: The Use of Force in Public or Private Defence and Article 2. A Reply to Professor Sir John Smith. The Criminal Law Review 2002, s. 963–967. (Leverick 2002b)
- Leverick, Fiona*: Killing in Self-Defence. Oxford 2006.
- Lewinski, Bill – Grossi, Dave*: The Suspect Is Shot in the Back. Is Your Shooting Clean? Understanding the Limits of Survival Psychology. The Police Marksman September/October 1999, s. 22–24.

- Lindstedt, Jukka:* Turvallisuus, kontrollipolitiikka ja laillisuusvalvonta. LM 2007, s. 1006–1037.
- Linna, Tuula:* Ulosotto ja perusoikeudet. LM 2000, s. 690–709.
- Linna, Tuula:* Oikeuden väärinkäytön kieltä ja sen sovelluksia. LM 2004, s. 622–638.
- Lohse, Mikael:* Terrorisimirikoksen valmistelu ja edistäminen. Helsinki 2012.
- Loman, Timo:* Poliisin oikeudesta käyttää voimakeinoja. Poliisin oppikirjasarja 4/97. Helsinki 1997.
- Länsineva, Pekka:* Perusoikeudet – nyt. Teoksessa: Perusoikeuspuheenvuoroja (toim. Pekka Länsineva, Veli-Pekka Viljanen.). Turku 1998, s. 103–119.
- Länsineva, Pekka:* Perusoikeudet ja varallisuussuhteet. Helsinki 2002.
- Länsineva, Pekka:* Perusoikeudet – merkittävä haaste oikeuselämälle. LM 2003, s. 680–682.
- Länsineva, Pekka:* Perusoikeuskeskustelun kriittiset pisteet? LM 2004, s. 274–285.
- Länsineva, Pekka:* Konstitutionalismi, perusoikeudet ja yksityinen valta. LM 2006, s. 1177–1190.
- Maguire, Edward R.:* Conclusion: A Journey through the World of Police Use of Force. Teoksessa: Police Use of Force. A Global Perspective (edited by Joseph B. Kuhns, Johannes Knutsson.). Oxford 2010, s. 199–211.
- Majanen, Martti:* Yksityishenkilön oikeudesta voimakeinojen käyttöön. Helsinki 1979.
- Majanen, Martti:* Vartijan valtuudet ja rikosoikeudellinen suoja. Teoksessa: Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V, Sylvi Inkeri Anttilalle omistettu (toim. Pekka Koskinen et al.). Helsinki 1986, s. 222–233.
- Majanen, Martti:* Kommentteja oikeustapaukseen KKO 1988:49. DL 1988, s. 45–51.
- Majanen, Martti:* Om nödvärn. Synpunkter på förslaget till reform av den finska strafflagen. Teoksessa: Flores juris et legum, festskrift till Nils Jareborg (red. Petter Asp, Carl Erik Herlitz, Lena Holmqvist) Uppsala 2002, s. 453–463.
- Majanen, Martti:* Hätävarjelun liioittelusta. Teoksessa: Teoksessa: Väkivalta. Seuraamukset ja haavoittuvuus. Terttu Utraisen juhlaKirja (toim. Mirva Lohiniva-Kerkelä). Helsinki 2006, s. 387–396.
- Majanen, Martti – Nuutila, Ari-Matti:* RL 24 luku Yksityisyyden, rauhan ja kunnian loukkaamisrikokset. Teoksessa: Rikosoikeus (Tapio Lappi-Seppälä, Kaarlo Hakamies, Pekka Koskinen, Martti Majanen, Sakari Melander, Kimmo Nuotio, Ari-Matti Nuutila, Timo Ojala, Ilkka Rautio). Helsinki 2009, s. 633–680. (Majanen – Nuutila 2009a)
- Majanen, Martti – Nuutila, Ari-Matti:* RL 25 luku Vapauteen kohdistuvat rikokset. Teoksessa: Rikosoikeus (Tapio Lappi-Seppälä, Kaarlo Hakamies, Pekka Koskinen, Martti Majanen, Sakari Melander, Kimmo Nuotio, Ari-Matti Nuutila, Timo Ojala, Ilkka Rautio). Helsinki 2009, s. 681–706. (Majanen – Nuutila 2009b)
- Makkonen, Kaarle:* Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Helsinki 1981.
- Makkonen, Kaarle:* Luentoja yleisestä oikeustieteestä (toim. Urpo Kangas). Helsinki 1998.
- Matikkala, Jussi:* Rikosoikeuskomitea ja rikosoikeuden kehitys. LM 1998, s. 1325–1340.
- Matikkala, Jussi:* Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset. Helsinki 2000.
- Matikkala, Jussi:* Näkökohtia rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi annetusta HE 44/2002:sta. Teoksessa: Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII (toim. Raimo Lahti, Tapio Lappi-Seppälä). Helsinki 2003, s. 215–230.
- Matikkala, Jussi:* Tahallisuudesta rikosoikeudessa. Helsinki 2005.
- Matikkala, Jussi:* Parisuhdeväkivallasta. Teoksessa: Väkivalta. Seuraamukset ja haavoittuvuus. Terttu Utraisen juhlaKirja (toim. Mirva Lohiniva-Kerkelä). Helsinki 2006, s. 415–428.
- Matikkala, Jussi:* KKO 2007:87 Rikoksenteijän kiinniotaminen ja pippurikaasusumuttimen käyttäminen. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein II 2007 (toim. Pekka Timonen). Jyväskylä 2008, s. 148–150.

- Matikkala, Jussi*: KKO 2009:36 Aiheuttiko vieraan jättäminen saunaan rikosvastuun? Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein I 2009 (toim. Pekka Timonen). Hämeenlinna 2009, s. 297–300.
- Matikkala, Jussi*: Henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset. Teoksessa: Keskeiset rikokset (Dan Frände, Jussi Matikkala, Jussi Tapani, Matti Tolvanen, Pekka Viljanen, Markus Wahlberg). Helsinki 2010, s. 141–210. (Matikkala 2010a)
- Matikkala, Jussi*: Yksityisyys, rauha, kunnia ja vapaus. Teoksessa: Keskeiset rikokset. (Dan Frände, Jussi Matikkala, Jussi Tapani, Matti Tolvanen, Pekka Viljanen, Markus Wahlberg). Helsinki 2010, s. 333–352. (Matikkala 2010b)
- Melander, Sakari*: Kriminalisointiperiaatteet ja perusoikeuksien rajoitusedellytykset. LM 2002, s. 938–961.
- Melander, Sakari*: Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset. Helsinki 2008.
- Melander, Sakari*: Rikosoikeus 2010-luvulla. Helsinki 2010. (Melander 2010a)
- Melander, Sakari*: EU-rikosoikeus – politiikkaa, oikeutta, tuomioistuinaktivismia? Teoksessa: Vapauden, turvallisuuden ja oikeuden Eurooppa (toim. Kimmo Nuotio ja Leena Malkki). Helsinki 2010, s. 55–74. (Melander 2010b)
- Melander, Sakari*: EU-rikosoikeus. Helsinki 2010. (Melander 2010c)
- Melander, Sakari – Nuutila, Ari-Matti*: RL 50 luku Huumausainerikokset. Teoksessa: Rikosoikeus (Tapio Lappi-Seppälä, Kaarlo Hakamies, Pekka Koskinen, Martti Majanen, Sakari Melander, Kimmo Nuotio, Ari-Matti Nuutila, Timo Ojala, Ilkka Rautio). Helsinki 2009, s. 1363–1417.
- Merrills, J.G.*: The development of international law by the European Court of Human Rights. Manchester, New York 1993.
- Merrills, J.G. – Robertson, A.H.*: Human rights in Europe. A study of the European Convention on Human rights. Manchester 2001.
- Molloy, Barry P. C. – Grossman, Dave*: Why Can't Johnny Kill? The Psychology and Physiology of Interpersonal Combat. Teoksessa: The Cutting Edge: Studies in Ancient and Medieval Combat (edited by Barry P. C. Molloy). Limhamn 2007, s. 188–202.
- Mowbray, Alastair*: Cases, materials, and commentary on the European Convention on human rights. Oxford 2012.
- Myhrer, Tor-Geir*: Politiets bruk av skytevåpen – Rettslige problemstillinger. Teoksessa: Politiets bruk av skytevåpen i Norden (red. Johannes Knutsson). Oslo 2005, s. 75–91.
- Myhrer, Tor-Geir – Strype, Jon*: Police Use of Guns in a Routinely Unarmed Police Force: Regulations and Practice in Norway. Teoksessa: Police Use of Force. A Global Perspective (edited by Joseph B. Kuhns, Johannes Knutsson). Oxford 2010, s. 95–104.
- Mäenpää, Olli*: Lakivaraus perusoikeuksien suojana hallintotoiminnassa. Teoksessa: Perusoikeuspuheenvuoroja (toim. Pekka Lämsineva, Veli-Pekka Viljanen). Turku 1998, s. 121–136.
- Mäenpää, Olli*: Hallinto-oikeus. Helsinki 2003.
- Mäkipää, Leena*: Tietolähteiden käyttäminen poliisin tiedonhankinnassa. LM 2009, s. 575–596.
- Määttä, Pekka*: Tuomarin rikosoikeudellinen vastuu rikosasian käsittelyn viipymisestä erityisesti silmällä pitäen eräitä rikoslain 40 luvun 9 ja 10 §:ien tunnusmerkistötekijöitä. DL 2008, s. 372–389.
- Määttä, Tapio*: Soft law kansallisen oikeuden oikeuslähteenä. Tutkimus oikeudellisen ratkaisun normipremissin muodostamisen perusteista ympäristöoikeudessa. Teoksessa: Oikeustiede – Jurisprudentia XXXVIII:2005 (toim. Leena Halila). Helsinki, s. 337–461.
- Määttä, Tapio*: Lakien väliset suhteet oikeudellisen ratkaisun teorian haasteena: ristiriita-ajattelusta yhteensovittamismalliin. LM 2013, s. 171–191.

- Möller, Kai*: The Right to Life between Absolute and Proportional Protection. Teoksessa: Shooting to Kill. Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force (edited by Simon Bronitt, Miriam Gani and Saskia Hufnagel). Oxford and Portland, Oregon, s. 47–63.
- Neyroud, Peter – Beckley, Alan*: Policing, Ethics and Human Rights. Cullompton 2001.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Perusoikeudet rikosprosessissa. Teoksessa: Perusoikeudet Suomessa (toim. Liisa Nieminen). Helsinki 1999, s. 149–175.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna*: Lähisuhdeväkivallan raportointi ja lääkärin velvollisuudet. Teoksessa: Väkivalta. Seuraamukset ja haavoittuvuus. Terttu Utraisen juhla-kirja (toim. Mirva Lohiniva-Kerkelä). Helsinki 2006, s. 445–461.
- Nieminen, Liisa*: Ihmisoikeuksien historiaa. Teoksessa: Kansainväliset ihmisoikeudet (toim. Marjut Helminen, K. J. Lång). Helsinki 1988, s. 11–34.
- Nieminen, Liisa*: Eurooppalaistuva valtiosääntöoikeus – valtiosääntöistyyvä Eurooppa. Helsinki 2004.
- Nieminen, Liisa*: Ihmisarvon loukkaamattomuus perus- ja ihmisoikeussuojan lähtökohtana. LM 2005, s. 49–78.
- Norée, Annika*: Laga befogethet. Polisens rätt att använda våld. Stockholm 2000.
- Norée, Annika*: Polisens rätt att skjuta. Stockholm 2004.
- Norée, Annika*: Svenska polisens rätt att skjuta. Teoksessa: Politiets bruk av skytevåpen i Norden (red. Johannes Knutsson). Oslo 2005, s. 107–121.
- Norée, Annika*: Polisens rätt till våld. Solna 2008.
- Nowak, Manfred*: U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. Kehl am Rhein 2005.
- Nuutila, Ari-Matti*: Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Helsinki 1996. (Nuutila 1996a)
- Nuutila, Ari-Matti*: Loukatun suostumus eilen ja tänään. Teoksessa: Kohti rationaalista ja humaanin kriminaalipoliittikkaa. Omistettu Inkeri Anttilalle (toim. Raimo Lahti). Helsinki 1996, s. 203–216. (Nuutila 1996b)
- Nuutila, Ari-Matti*: Oikeustapauksia. Kommentteja. KKO 1994:101. LM 1996, s. 489–496. (Nuutila 1996c)
- Nuutila, Ari-Matti*: Rikoslain yleinen osa. Helsinki 1997. (Nuutila 1997a)
- Nuutila, Ari-Matti*: Viisi teesiä rikosoikeuden yleisten oppien muutoksista. LM 1997, s. 64–70. (Nuutila 1997b)
- Nuutila, Ari-Matti*: Rangaistuksella uhkaaminen ja rangaistukseen tuomitseminen perusoikeuksien valossa. Teoksessa: Perusoikeuspuheen-vuoroja (toim. Pekka Lämsineva, Veli-Pekka Viljanen.). Turku 1998, s. 165–178.
- Nuutila, Ari-Matti*: KKO 2000:40 Vesioikeuden jäsenten kestitys ja virkarikosvastuu. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommenttein I 2000 (toim. Pekka Timonen). Helsinki 2000, s. 246–255.
- Nuutila, Ari-Matti*: Sotilaallinen kriisihallinta ja rikosoikeus. Teoksessa: Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII. Raimo Lahdelle 12.1.2006 omistettu (toim. Petri Jääskeläinen, Pekka Koskinen, Martti Majanen). Helsinki 2006, s. 357–369.
- Nuotio, Kimmo*: Teko, vaara, seuraus. Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista. Helsinki 1998. (Nuotio 1998a)
- Nuotio, Kimmo*: Perusoikeuksien merkityksestä rikosoikeudessa. Teoksessa: Perusoikeuspuheen-vuoroja (toim. Pekka Lämsineva, Veli-Pekka Viljanen). Turku 1998, s. 137–164. (Nuotio 1998b)
- Nuotio, Kimmo*: Lainsäätäjän rikosoikeuden yleisten oppien parissa. Teoksessa: Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII (toim. Raimo Lahti, Tapio Lappi-Seppälä). Helsinki 2003, s. 243–269.
- Nuotio, Kimmo*: Oikeuslähteet ja yleiset opit. LM 2004, s. 1267–1291.
- Nuotio, Kimmo*: KKO 2004:75 Poliisimiehen oikeus hätävarjeluun. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommenttein II 2004 (toim. Pekka Timonen). Helsinki 2005, s. 59–71. (Nuotio 2005a)

- Nuotio, Kimmo:* Merkitseekö poliisimiehen oikeus hätävarjeluun oikeusturva-aukkoa? Teoksessa: Rikos, rangaistus ja prosessi. Juhlajulkaisu Eero Backman 1945–14/5–2005 (toim. Ari-Matti Nuutila ja Elina Pirjatanniemi). Turku 2005, s. 215–244. (Nuotio 2005b)
- Nuotio, Kimmo:* Esimiehen laiminlyöntiperusteinen vastuu alaisen tahallisesta rikoksesta liike-elämässä. Teoksessa: Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII. Raimo Lahdelle 12.1.2006 omistettu. (toim. Petri Jääskeläinen, Pekka Koskinen, Martti Majanen). Helsinki 2006, s. 323–356.
- Nuotio, Kimmo:* Turvallisuudesta käsitteenä ja oikeushyvinä. Teoksessa: Demokraattisen oikeuden ehdot. Kritiikki, politiikka, kulttuuri. Kaarlo Tuorin 60-vuotisjuhlakirja (toim. Samuli Hurri). Helsinki 2008, s. 257–269.
- Nuotio, Kimmo:* Eurooppalaisen integraation uusi painopiste: Vapauden, turvallisuuden ja oikeuden Eurooppa. Teoksessa: Vapauden, turvallisuuden ja oikeuden Eurooppa (toim. Kimmo Nuotio ja Leena Malkki.). Helsinki 2010, s. 1–23.
- Nuotio, Kimmo – Majanen, Martti:* Rikosoikeuden poluilla. Helsinki 2003.
- Ojala, Timo:* Teleologinen tulkinta ja oikeusperiaatteiden punninta rikostunnusmerkistön tulkinassa. Teoksessa: Rikostuomion perusteleminen (toim. Mika Huovila, Raimo Lahti, Timo Ojala). Helsinki 2005, s. 221–234.
- Ojanen, Tuomas:* Eurooppa-tuomioistuimet ja suomalaiset tuomioistuimet. LM 2005, s. 1210–1228.
- Ojanen, Tuomas:* Perus- ja ihmisoikeudet terrorismin vastatoimissa Euroopan unionissa. LM 2007, s. 1053–1074.
- Ojanen, Tuomas:* Perus- ja ihmisoikeudet – eurooppalaisen konstitutionalismin Akilleen kantapää? LM 2009, s. 1106–1124. (Ojanen 2009a)
- Ojanen, Tuomas:* Johdatus perus- ja ihmisoikeusjuridiikkaan. Helsinki 2009. (Ojanen 2009b)
- Ojanen, Tuomas:* Perusoikeuspluralismi kotimaisessa tuomioistuimessa. DL 2011, s. 442–455.
- Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin:* Kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja Suomen perusoikeusjärjestelmä. Teoksessa: Perusoikeudet (Pekka Hallberg, Heikki Karapuu, Tuomas Ojanen, Martin Scheinin, Kaarlo Tuori, Veli-Pekka Viljanen). Helsinki 2011, s. 171–195. (Ojanen – Scheinin 2011a)
- Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin:* Suomen valtiosäännön peruseriaatteet (PL 1 §). Teoksessa: Perusoikeudet (Pekka Hallberg, Heikki Karapuu, Tuomas Ojanen, Martin Scheinin, Kaarlo Tuori, Veli-Pekka Viljanen). Helsinki 2011, s. 217–226. (Ojanen – Scheinin 2011b)
- Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin:* Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien kansainvälinen valvonta. Teoksessa: Perusoikeudet (Pekka Hallberg, Heikki Karapuu, Tuomas Ojanen, Martin Scheinin, Kaarlo Tuori, Veli-Pekka Viljanen). Helsinki 2011, s. 875–905. (Ojanen – Scheinin 2011c)
- Opsahl, Torkel:* The right to Life. Teoksessa: The European System for the Protection of Human Rights (edited by R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold.). Dordrecht 1993, s. 207–223.
- Payne, B. Keith:* Weapon Bias. Split-Second Decisions and Unintended Stereotyping. Current Directions in Psychological Science. Volume 15 – number 6, 2006, s. 287–291.
- Peczenik, Aleksander – Aarmio, Aulis – Bergholtz, Gunnar:* Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära. Stockholm 1990.
- Pekkanen, Raimo:* Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintaperiaatteita. LM 1991, s. 353–365.
- Pekkanen, Raimo:* Sananvapaudesta uskontoa ja rasismia koskevissa asioissa. LM 1997, s. 646–655.
- Pekkanen, Raimo:* Kurdien oikeusturvasta Turkissa. LM 1999, s. 1061–1069.
- Pellonpää, Matti:* Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus Suomen näkökulmasta. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 21/1988. (OLJ 21/1988)
- Pellonpää, Matti:* Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja kansallisen oikeuden kehitys – haittaa vai hyötyä? LM 2009, s. 1125–1140.

- Pellonpää, Matti*: Henkilökohtainen koskemattomuus (PL 7 §). Teoksessa: Perusoikeudet (Pekka Hallberg, Heikki Karapuu, Tuomas Ojanen, Martin Scheinin, Kaarlo Tuori, Veli-Pekka Viljanen). Helsinki 2011, s. 281–301. (Pellonpää 2011a)
- Pellonpää, Matti*: Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate (PL 8 §). Teoksessa: Perusoikeudet (Pekka Hallberg, Heikki Karapuu, Tuomas Ojanen, Martin Scheinin, Kaarlo Tuori, Veli-Pekka Viljanen). Helsinki 2011, s. 303–315. (Pellonpää 2011b)
- Pellonpää, Matti*: Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkintaa koskevasta vuoropuhelusta. Teoksessa: Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen (toim. Tuuli Heinonen – Juha Lavapuro). Helsinki 2012, s. 69–94.
- Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti*: Euroopan ihmisoikeussopimus. Helsinki 2012.
- Pennanen, Mika*: Perusoikeudet ja pakkotila. – [Http://www.edilex.fi/lakikirjasto/3000.pdf](http://www.edilex.fi/lakikirjasto/3000.pdf), julkaistu Edilexissä 27.1.2006.
- Piispanen, Kirsi*: Välttämätön paha? Näkökohtia poliisin preventiivisestä epäkonventionaalisesta tiedonhankinnasta. Teoksessa: Perusoikeuspuheenvuoroja (toim. Pekka Lämsineva, Veli-Pekka Viljanen.). Turku 1998, s. 179–193.
- Pirjatanniemi, Elina*: Haastavatko ihmisoikeudet Suomen kriminaalipolitiikan? Oikeus 2011/2, s. 154–174.
- Pitkänen, Maija*: Euroopan ihmisoikeussopimuksen valtion positiiviset toimintavelvoitteet ja suhteellisuusperiaatteen huomioiminen. LM 2013, s. 55–73.
- Pohjolainen, Teuvo*: Perusoikeudet ja järjestyksenvalvonta. LM 1999, s. 932–942.
- Pölönen, Pasi*: Tuomioistuinten valvonnan kehityksestä ja nykytilasta. LM 2005, s. 1103–1119.
- Pöyhönen (nyk. Karhu), Juha*: Oikeudellinen velvollisuus. Teoksessa: Encyclopaedia Iuridica Fennica. VII Oikeuden yleistieteet (toim. Jukka Kekkonen et al.). Helsinki 1999, s. 607–608.
- Rantanen, Jari*: Poliisin toimivallasta ja toimivaltuuksista. Poliisikoulun julkaisuja. Oppikirjat 2. Helsinki 2003.
- Rautio, Ilkka*: RL 38 luku Tieto- ja viestintärikokset. Teoksessa: Rikosoikeus (Tapio Lappi-Seppälä, Kaarlo Hakamies, Pekka Koskinen, Martti Majanen, Sakari Melander, Kimmo Nuotio, Ari-Matti Nuutila, Timo Ojala, Ilkka Rautio). Helsinki 2009, s. 1027–1055.
- Rautio, Ilkka*: RL 40 luku Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset. Teoksessa: Rikosoikeus (Tapio Lappi-Seppälä, Kaarlo Hakamies, Pekka Koskinen, Martti Majanen, Sakari Melander, Kimmo Nuotio, Ari-Matti Nuutila, Timo Ojala, Ilkka Rautio). Helsinki 2009, s. 1101–1151.
- Rautkallio, Paavo*: Eräitä näkökohtia ampuma-aseella tapahtuvasta voimankäytöstä. Suomen Poliisilehti. Poliisipäällystön ammattilehti, n:o 10/1982, s. 290–292.
- Rautkallio, Paavo*: Eräs poliisin voimankäyttötapa. Suomen Poliisilehti. Poliisipäällystön ammattilehti, n:o 10/1984, s. 282–289.
- Reinikainen Outi*: Poliisin valeosto-oikeus. Erityisesti silmälläpitäen huumausaineiden valeostoja. Turku 2003.
- Rosas, Allan*: Kansainvälinen normisto ja Suomen oikeusjärjestelmä. Teoksessa: Kansainvälinen normisto Suomen oikeuselämässä (toim. Allan Rosas & Catarina Krause). Helsinki 1993, s. 9–41.
- Rosas, Allan*: Perus- ja ihmisoikeudet EU-oikeudessa. Teoksessa: Perusoikeudet (toim. Pekka Hallberg et al.). Helsinki 2011, s. 197–213.
- de Rover, Cees*: To serve and to protect. Human rights and humanitarian law for police and security forces. Geneva 1998.
- Roxin, Claus*: Rikoslainopin kriminaalipoliittisesta merkityksestä. LM 1989 s. 319–340.
- Roxin, Claus*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. München 2003.

- Roxin, Claus:* Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. München 2006.
- Ruuska, Kirsti:* Oma tupa, oma lupa. Kotirauha ja poliisin toimivalta. Helsinki 2007.
- Ruuskanen, Minna:* Hätävarjelu ja parisuhdeväkivalta. Helsinki 2005.
- Sahavirta, Ritva:* Rahanpesu rangaistavana tekona. Helsinki 2008.
- Salmiala, Bruno:* Lisiä oppiin virkarikoksesta ja sen rankaisemisesta. DL 1952, s. 358–393.
- Sangero, Boaz:* Self-Defence in Criminal Law. Oxford and Portland, Oregon 2006.
- Saraviita, Ilkka:* Eduskunnan perustuslakivaliokunnan rooli ja uusi perusoikeussäännöstö. LM 1996, s. 770–787.
- Saraviita, Ilkka:* Suomalainen perusoikeusjärjestelmä. Helsinki 2005. (Saraviita 2005a)
- Saraviita, Ilkka:* Perustuslaki. Helsinki 2011.
- Scheinin, Martin:* Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valtiosisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja perusoikeusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä. Helsinki 1991.
- Scheinin, Martin:* Kansainväliset normit suomalaisessa lainkäytössä. Teoksessa: Kansainvälinen normisto Suomen oikeuselämässä (toim. Allan Rosas & Catarina Krause). Helsinki 1993, s. 43–55.
- Scheinin, Martin:* Poikkeuslait ja perusoikeusuudistus. LM 1996 s. 816–831.
- Scheinin, Martin:* Punninnasta ja ehdottomista ihmisoikeuksista terrorismia torjuttaessa. Teoksessa: Demokraattisen oikeuden ehdot. Kritiikki, politiikka, kulttuuri. Kaarlo Tuorin 60-vuotisjuhlakirja (toim. Samuli Hurri). Helsinki 2008, s. 196–206.
- Scheinin, Martin:* Perusoikeuskonfliktit. Teoksessa: Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Ihmisoikeuksien murroksesta kansainväliseen vuorovaikutukseen. (toim. Tuuli Heinonen – Juha Lavapuro). Helsinki 2012, s. 125–141.
- Siddle, Bruce K.:* Sharpening the Warrior's Edge. The Psychology & Science of Training. Belleville, Illinois 1995.
- Siltala, Raimo:* Oikeustieteen tieteenteoria. Helsinki 2003.
- Siltala, Raimo:* Oikeudellinen tulkintateoria. Helsinki 2004.
- Sinisalo, Kari:* Poliisin toimivallan määräytyminen. Tutkimus poliisin vallasta ylläpitää yleistä järjestystä ja turvallisuutta. Helsinki 1971.
- Sinisalo, Kari:* Poliisi. Poliisi. Poliisioikeuden perusteet. Helsinki 1973.
- Sitra:* Riskien hallinta Suomessa. Esiselvitys. Sitran raportteja 23. Helsinki 2002.
- Smith, J. C.:* The right to life and the right to kill in law enforcement. New Law Journal March 11 1994, s. 354–356.
- Smith, J. C.:* The Use of Force in Public or Private Defence and Article 2. The Criminal Law Review 2002, s. 958–962.
- Strype, Jon:* Bevæpning og bruk av våpen i norsk politi. Teoksessa: Politiets bruk av skytevåpen i Norden (red. Johannes Knutsson). Oslo 2005, s. 93–105.
- Tapani, Jussi:* Petos liikesuhteessa. Talousrikosoikeudellinen tutkimus. Helsinki 2004.
- Tapani, Jussi:* Omaisuuden salaaminen yksityishenkilön velkajärjestelyssä – rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen laitamilla. DL 2005, s. 15–26.
- Tapani, Jussi:* Hätävarjeluun liioittelu – sekaannusta vai systematiikkaa? DL 2008, s. 883–892.
- Tapani, Jussi:* Yrittänyttä ei laiteta – rikoksen yrityksen rangaistavuus. Helsinki 2010.
- Tapani, Jussi:* Olisiko nyt sanottu viimeinen sana olosuhdetahallisuuden alarajasta? KKO 2012:66 ja seksuaalipalveluiden ostamisen rangaistavuus. DL 2012, s. 607–619.
- Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti:* Rikosoikeuden yleinen osa – vastuuoppi. Helsinki 2008.

- Taxell, Christoffer*: Vaarantaako terrorismi oikeusvaltion perusteita? Teoksessa: Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V. Sylvi Inkeri Anttilalle omistettu (toim. Pekka Koskinen et al.). Helsinki 1986, s. 303–314.
- Terrill, William – Paoline, Eugene A. III*: Non-lethal Force by Police in the United States: The Various Lenses through Which Appropriateness Is Examined. Teoksessa: Police Use of Force. A Global Perspective (edited by Joseph B. Kuhns, Johannes Knutsson). Oxford 2010, s. 6–13.
- Timonen, Pekka*: Ennakkopäätös. Teoksessa: Encyclopaedia Iuridica Fennica. VII Oikeuden yleis-tieteet (toim. Jukka Kekkonen et al.). Helsinki 1999, s. 126–132.
- Tolonen, Hannu*: Säännöt, periaatteet, tavoitteet. Oikeuden, moraalin ja politiikan suhteesta. Oikeustiede–Jurisprudentia XXII:1989. Helsinki 1989, s. 333–381.
- Tolonen, Hannu*: Oikeuslähteoppi. Helsinki 2003.
- Tolvanen, Matti*: Tieliikennerekokset ja kriminaalipolitiikka. Helsinki 1999.
- Tolvanen, Matti*: KKO 2008:90 Tahallisuus virkarikoksessa. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentin II 2008 (toim. Pekka Timonen). Helsinki 2009, s. 122–123.
- Tolvanen, Matti*: Liikennerekokset. Teoksessa: Keskeiset rikokset (Dan Frände, Jussi Matikkala, Jussi Tapani, Matti Tolvanen, Pekka Viljanen, Markus Wahlberg). Helsinki 2010, s. 211–258. (Tolvanen 2010a)
- Tolvanen, Matti*: Huumausainerikokset ja alkoholirikokset. Teoksessa: Keskeiset rikokset (Dan Frände, Jussi Matikkala, Jussi Tapani, Matti Tolvanen, Pekka Viljanen, Markus Wahlberg). Helsinki 2010, s. 633–663. (Tolvanen 2010b)
- Tolvanen, Matti – Kukkonen, Reima*: Esitutkinta- ja pakkokeino-oikeuden perusteet. Helsinki 2011.
- Träskman, P. O.*: Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen rikos- ja rikosprosessioikeutta koskevat normit. Teoksessa: Kansainväliset ihmisoikeudet (toim. Marjut Helminen, K. J. Lång). Helsinki 1988, s. 123–136.
- Tuori, Kaarlo*: Oikeustiede 2000. LM 1998, s. 1002–1013.
- Tuori, Kaarlo*: Perustuslakiuudistus ja hallinto-oikeus. LM 1999, s. 530–540. (Tuori 1999a)
- Tuori, Kaarlo*: Yleinen järjestys ja turvallisuus – perusoikeusko? LM 1999, s. 920–931. (Tuori 1999b)
- Tuori, Kaarlo*: Kriittinen oikeuspositivismi. Helsinki 2000.
- Tuori, Kaarlo*: Foucault’n oikeus. Kirjoituksia oikeudesta ja sen tutkimisesta. Helsinki 2002.
- Tuori, Kaarlo*: Tuomarivaltio – uhka vai myytti? LM 2003, s. 915–943. (Tuori 2003a)
- Tuori, Kaarlo*: Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt. Helsinki 2003. (Tuori 2003b)
- Tuori, Kaarlo*: En sista tillflyktsort för polisens allmänna befogenhet. JFT 2004, s. 492–516. (Tuori 2004a)
- Tuori, Kaarlo*: Oikeuden ratio ja voluntas. Helsinki 2007.
- Tuori, Kaarlo – Lavapuro, Juha*: Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvollisuus (PL 22 §). Teoksessa: Perusoikeudet (Pekka Hallberg, Heikki Karapuu, Tuomas Ojanen, Martin Scheinin, Kaarlo Tuori, Veli-Pekka Viljanen). Helsinki 2011, s. 809–820.
- Tuovinen, Timo*: Hätävarjelen ja rikoslainsäädännön suhde. Teoksessa: Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI. Rikosoikeuden juhluvuonna 1989 (toim. Raimo Lahti). Helsinki 1989, s. 439–460.
- Utriainen, Terttu*: Syyllisyys muuttuvana käsitteenä. Historiallis-dogmaattinen ja vertaileva tutkimus syyllisyyskäsitteestä rikoksen rakenteen osana. Helsinki 1984.
- Vihriälä, Helena*: Tahallisuuden näyttäminen. Helsinki 2012.
- Viitanen, Marko*: Poliisin rikokset. Tutkimus suomalaisen poliisirikoksen kuvasta. Espoo 2007.
- Vikatmaa, Juha*: Erehdyksestä. Rikosoikeudellinen tutkimus. Helsinki 1970.

- Viljanen, Jukka:* Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen hyödyntäminen kansallisessa perusoikeustulkinnassa. Teoksessa: Perusoikeuspuheenvuoroja (toim. Pekka Lämsineva, Veli-Pekka Viljanen). Turku 1998, s. 255–275.
- Viljanen, Jukka:* The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law. A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights. Tampere 2003.
- Viljanen, Jukka:* Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ja yleiset opit. LM 2004, s. 521–525.
- Viljanen, Pekka:* Virkarikoksista. Rikosoikeudellinen tutkimus rangaistavan teon virkarikosominaisuudesta ja sen merkityksestä. Helsinki 1984.
- Viljanen, Pekka:* Valtion virkamieslainsäädännön uudistamisesitys (HE n:o 238/1984 vp) ja rikosoikeudellinen virkavastuu. Teoksessa: Rikosoikeudellisia kirjoitelmia V, Sylvi Inkeri Anttilalle omistettu (toim. Pekka Koskinen et al.). Helsinki 1986, s. 370–388.
- Viljanen, Pekka:* Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset. Helsinki 1990.
- Viljanen, Pekka:* KKO 1998:41. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein I 1998 (toim. Pekka Timonen). Helsinki 1998, s. 263–265.
- Viljanen, Pekka:* KKO 1999:46 Virkavelvollisuuksien täsmällisyysvaatimus. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein I 1999 (toim. Pekka Timonen). Helsinki 1999, s. 358–361.
- Viljanen, Pekka:* Oikeustapauksia. Kommentteja. KKO 2000:40. LM 2000, s. 606–620.
- Viljanen, Pekka:* KKO 2000:112 Valeoston rangaistavuus. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein II 2000 (toim. Pekka Timonen). Helsinki 2001, s. 263–266.
- Viljanen, Pekka:* KKO 2004:132 Virkamiehen valvontavelvollisuuksien rikkominen. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein II 2004 (toim. Pekka Timonen). Helsinki 2005, s. 455–457.
- Viljanen, Pekka:* Väkivallasta virkamiehen vastustamisrikoksissa. Teoksessa: Väkivalta. Seuraamukset ja haavoittuvuus. Terttu Utraisen juhlaKirja (toim. Mirva Lohiniva-Kerkelä). Helsinki 2006, s. 629–645.
- Viljanen, Pekka:* Yritysten ja virkamiesten välinen kanssakäyminen rikoslain 16 ja 40 lukujen lahusrikossäännösten kannalta – sallitun ja kielletyn välistä rajanvetoa erityisesti oikeuskäytännön valossa. DL 2008, s. 500–515.
- Viljanen, Pekka:* KKO 2008:95 Lautamiehen virkarikos tuomitsemistoiminnassa. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein II 2008 (toim. Pekka Timonen). Helsinki 2009, s. 158–161. (Viljanen 2009a)
- Viljanen, Pekka:* KKO 2009:38 Käräjäoikeuden alueellisen toimivallan ylittäminen vangitsemisasiassa. Teoksessa: KKO:n ratkaisut kommentein I 2009 (toim. Pekka Timonen). Helsinki 2009, s. 314–317. (Viljanen 2009b)
- Viljanen, Pekka:* Rikokset viranomaisia vastaan. Teoksessa: Keskeiset rikokset (Dan Frände, Jussi Matikkala, Jussi Tapani, Matti Tolvanen, Pekka Viljanen, Markus Wahlberg). Helsinki 2010, s. 57–89. (Viljanen 2010a)
- Viljanen, Pekka:* Virkarikokset. Teoksessa: Keskeiset rikokset (Dan Frände, Jussi Matikkala, Jussi Tapani, Matti Tolvanen, Pekka Viljanen, Markus Wahlberg). Helsinki 2010, s. 573–631. (Viljanen 2010b)
- Viljanen, Veli-Pekka:* Kansalaisen yleiset oikeudet. Helsinki 1988.
- Viljanen, Veli-Pekka:* Perusoikeusuudistus ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset. LM 1996, s. 788–815.
- Viljanen, Veli-Pekka:* Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Helsinki 2001.
- Viljanen, Veli-Pekka:* Perusoikeuksien soveltamisala. Teoksessa: Perusoikeudet (Pekka Hallberg, Heikki Karapuu, Tuomas Ojanen, Martin Scheinin, Kaarlo Tuori, Veli-Pekka Viljanen). Helsinki 2011, s. 89–137. (Viljanen2011a)

- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien rajoittaminen. Teoksessa: Perusoikeudet (Pekka Hallberg, Heikki Karapuu, Tuomas Ojanen, Martin Scheinin, Kaarlo Tuori, Veli-Pekka Viljanen). Helsinki 2011, s. 139–170. (Viljanen 2011b)
- Vincent, Andrew*: Can States Commit Crimes? Teoksessa: Shooting to Kill. Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force (edited by Simon Bronitt, Miriam Gani and Saskia Hufnagel). Oxford and Portland, Oregon 2012, s. 65–81.
- Virtanen, Jussi*: Rikosoikeuden yleiset opit ja oikeuslähdeoppi. LM 2004, s. 1048–1071.
- Waaben, Knud*: Strafferettens almindelige del. I. Ansvarslæren. 5. Reviderede udgave ved Lars Bo Langsted. København 2011.
- Waddington, P. A. J.*: "Overkill" of "Minimum Force". The Criminal Law Review 1990, s. 695–707.
- Waddington, P. A. J. – Wright, Martin*: Police Use of Guns in Unarmed Countries: The United Kingdom. Teoksessa: Police Use of Force. A Global Perspective (edited by Joseph B. Kuhns, Johannes Knutsson). Oxford 2010, s. 87–94.
- Wallenius, Claes*: Human adoption to danger. Lund 2001.
- Wallenius, Jaakko*: Tavanomainen oikeus poliisin toimivallan lähteenä. Turku 2001.
- Westerlund, Göran*: Polisens vapen användning, Göteborg 2003.
- Weston-Scheuber, Kylie*: When Shooting to Kill Authorised by the State: A Feminist Analysis. Teoksessa: Shooting to Kill. Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force (edited by Simon Bronitt, Miriam Gani and Saskia Hufnagel). Oxford and Portland, Oregon 2012, s. 171–191.
- White, Michael D. – Ready, Justin*: Police Use of the TASER in the United States: Research, Controversies, and Recommendations. Teoksessa: Police Use of Force. A Global Perspective (edited by Joseph B. Kuhns, Johannes Knutsson). Oxford 2010, s. 175–187.
- Witt, Jessica K. – Brockmole, James R.*: Action Alters Object Identification: Wielding a Gun Increases The Bias to See Guns. Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance, 2012, Vol. 38, no. 5, s. 1159–1167.
- Wittmann, Frank*: Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa. Frankfurt am Main 1997.
- Worden, Robert E. – Catlin, Shelagh E.*: The use and abuse of force by police. Teoksessa: Policing and misconduct. New Jersey 2002, s. 85–120.
- Wuori, Matti*: Räjähdyksen jälkeen – Mikkelin paineaallot. Oikeus 1989, s. 72–79.
- Ylösjoki, Pentti*: Poliisioikeus I. Poliisitoiminnasta erityisesti virka-aputoimintana sekä siihen liittyvästä vastuusäännöstöstä poliisioikeuden järjestelmässä. Helsinki 1965.
- Ylösjoki, Pentti*: Poliisioikeus II. Helsinki 1966.
- Åminne, Carl-Gustav – Lounaskorpi, Jyrki*: Polisens bruk av skjutvapen – det finska exemplet. Teoksessa: Politiets bruk av skytevåpen i Norden (red. Johannes Knutsson). Oslo 2005, s. 61–73.

Painamattomat lähteet

- Heinonen, Kimmo*: Poliisin aseenkäyttö Suomessa – sääntely ja aseenkäyttötilanteet vuosina 2000 – 2010. Julkaisematon pro gradu -tutkielma. 2012.
- Hidén, Mikael*: Asiantuntijalausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 34/1999 laiksi poliisilain muuttamisesta 14.9.1999. (Hidén 1999b)
- Hidén, Mikael*: Asiantuntijalausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 187/2004 laiksi puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta 26.10.2004.

- Hidén, Mikael:* Asiantuntijalausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 187/2004 laiksi puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta 20.5.2005.
- Lahti, Raimo:* Asiantuntijalausunto hallintovaliokunnalle hallituksen esityksestä HE 224/2010 poliisilaiksi 19.5.2011.
- Mäenpää, Olli:* Asiantuntijalausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 187/2004 laiksi puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta 25.11.2004.
- Mäenpää, Olli:* Asiantuntijalausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 187/2004 laiksi puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta 19.5.2005.
- Pellonpää, Matti:* Asiantuntijalausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 309/1993 perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta 4.5.1994.
- Saraviita, Ilkka:* Asiantuntijalausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 187/2004 laiksi puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta 18.5.2005. (Saraviita 2005b)
- Terenius, Markus:* Poliisin voimankäytön kahdet kasvot. Julkaisematon lisensiaatintutkimus. 2007.
- Tuori, Kaarlo:* Asiantuntijalausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 187/2004 laiksi puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta 25.11.2004. (Tuori 2004b)
- Tuori, Kaarlo:* Asiantuntijalausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 187/2004 laiksi puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta 20.5.2005.
- Vienola, Ville:* Poliisiesimiehen käskyvalta – erityisesti aseenkäytön arvioinnissa. Julkaisematon lisensiaatintutkimus. 2008.
- Viljanen, Veli-Pekka:* Asiantuntijalausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 187/2004 laiksi puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta 25.11.2004.

Virallislähteet

Hallituksen esitykset

- HE 67/1966 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle eräiden viranomaisten oikeutta voimakeinojen käyttämiseen koskevan lainsäädännön uudistamiseksi sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 167/1987 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi työturvallisuuslain sekä työsuojelun valvonnasta ja muutoksenhausta työsuojeluasioissa annetun lain muuttamisesta.
- HE 22/1990 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä.
- HE 94/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.
- HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 22/1994 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle telekuuntelua ja -valvontaa sekä teknistä tarkkailua koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 57/1994 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle poliisilaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 6/1997 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.
- HE 1/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

- HE 58/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle virkarikoslainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 34/1999 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi poliisilain muuttamisesta.
- HE 77/2001 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle lahjontaa koskevan Euroopan neuvoston rikosoikeudellisen yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä eräiden virkarikoksia ja niihin liittyviä rikoksia koskevien säännösten muuttamisesta.
- HE 44/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 52/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain sekä eräiden näihin liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 59/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle työturvallisuuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 187/2004 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta.
- HE 263/2004 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle vankeusrangaistuksen täytäntöönpanoa ja tutkintavankeuden toimeenpanoa koskevaksi lainsäädännöksi
- HE 266/2004 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi poliisilain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 90/2005 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi poliisin säilyttämien henkilöiden kohtelusta sekä laeiksi eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 23/2008 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen muuttamisesta tehdyn Lissabonin sopimuksen hyväksymisestä ja laiksi sen lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta.
- HE 26/2008 vp. Hallituksen esitys laiksi poliisin, tullin ja rajavartiolaitoksen yhteistoiminnasta sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 76/2009 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle kidutusta koskeviksi rikoslain säännöksiksi sekä laiksi pakkokeinolain 5 a luvun 2 ja 4 §:n muuttamisesta.
- HE 222/2010 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 224/2010 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

Hallintovaliokunnan mietinnöt ja lausunnot

- HaVM 20/1994 vp. Hallintovaliokunnan mietintö 20/1994 hallituksen esityksestä 57/1994 poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HaVM 17/2000 vp. Hallintovaliokunnan mietintö 17/2000 hallituksen esityksestä 34/1999 laiksi poliisilain muuttamisesta.
- HaVM 10/2005 vp. Hallintovaliokunnan mietintö 10/2005 hallituksen esityksestä 266/2004 laiksi poliisilain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HaVM 11/2005 vp. Hallintovaliokunnan mietintö 11/2005 hallituksen esityksestä 187/2004 laiksi puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta.
- HaVM 6/2009 vp. Hallintovaliokunnan mietintö 6/2009 hallituksen esityksestä 26/2008 laiksi poliisin, tullin ja rajavartiolaitoksen yhteistoiminnasta sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HaVM 42/2010 vp. Hallintovaliokunnan mietintö 42/2010 vp hallituksen esityksestä 224/2010 poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HaVL 16/1997 vp. Hallintovaliokunnan lausunto 16/1997 ehdotuksesta neuvoston säädökseksi (Napolin yleissopimus II).

HaVL 50/2010 vp. Hallintovaliokunnan lausunto 50/2010 vp hallituksen esityksestä 222/2010 esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi.

Lakivaliokunnan mietinnöt ja lausunnot

LaVM 24/1994 vp. Lakivaliokunnan mietintö 24/1994 hallituksen esityksestä 22/1994 telekuuntelua ja -valvontaa sekä teknistä tarkkailua koskevaksi lainsäädännöksi.

LaVM 10/2002 vp. Lakivaliokunnan mietintö 10/2002 hallituksen esityksestä 77/2001 lahjontaa koskevan Euroopan neuvoston rikosoikeudellisen yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä eräiden virkarikoksia ja niihin liittyviä rikoksia koskevien säännösten muuttamisesta (Korruptiosopimus).

LaVM 28/2002 vp. Lakivaliokunnan mietintö 28/2002 hallituksen esityksestä 44/2002 rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

LaVM 31/2002 vp. Lakivaliokunnan mietintö 31/2002 hallituksen esityksestä 52/2002 laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain sekä eräiden näihin liittyvien lakien muuttamisesta.

LaVM 15/2009 vp. Lakivaliokunnan mietintö 15/2009 hallituksen esityksestä 76/2009 kidutusta koskeviksi rikoslain säännöksiksi sekä laiksi pakkokeinolain 5 a luvun 2 ja 4 §:n muuttamisesta.

LaVM 44/2010 vp. Lakivaliokunnan mietintö 44/2010 hallituksen esityksestä 222/2010 esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi.

LaVL 5/1994 vp. Lakivaliokunnan lausunto 5/1994 hallituksen esityksestä 309/1993 perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

LaVL 10/1994 vp. Lakivaliokunnan lausunto 10/1994 hallituksen esityksestä 57/1994 poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

LaVL 7/1997 vp. Lakivaliokunnan lausunto 7/1997 ehdotuksesta neuvoston säädökseksi (Napolin yleissopimus II).

LaVL 9/1998 vp. Lakivaliokunnan lausunto 9/1998 hallituksen esityksestä 1/1998 uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

LaVL 7/2000 vp. Lakivaliokunnan lausunto 7/2000 hallituksen esityksestä 34/1999 laiksi poliisilain muuttamisesta.

LaVL 9/2004 vp. Lakivaliokunnan lausunto 9/2004 lakialoitteesta 154/2003 laiksi metsälain muuttamisesta.

LaVL 6/2005 vp. Lakivaliokunnan lausunto 6/2005 hallituksen esityksestä 266/2004 laiksi poliisilain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

LaVL 21/2010 vp. Lakivaliokunnan lausunto 21/2010 vp hallituksen esityksestä 224/2010 poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

Perustuslakivaliokunnan mietinnöt ja lausunnot

PeVM 25/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö 25/1994 hallituksen esityksestä 309/1993 perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

PeVM 10/1998 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö 10/1998 vp hallituksen esityksestä 1/1998 uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

PeVL 12/1982 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 12/1982 hallituksen esityksestä 16/1982 laiksi lasten päivähoitosta annetun lain muuttamisesta.

PeVL 4/1986 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 4/1986 hallituksen esityksestä 14/1985 esitutkintaa ja pakkokeinoja rikosasioissa koskevaksi lainsäädännöksi.

- PeVL 2/1990 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 2/1990 hallituksen esityksestä 22/1990 ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä.
- PeVL 1/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 1/1994 hallituksen esityksestä 281/1993 laiksi turvatarkastuksista lentoliikenteessä.
- PeVL 7/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 7/1994 hallituksen esityksestä 295/1993 tilintarkastuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 8/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 8/1994 hallituksen esityksestä 22/1994 telekuuntelua ja -valvontaa sekä teknistä tarkkailua koskevaksi lainsäädännöksi.
- PeVL 15/1994 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 15/1994 hallituksen esityksestä 57/1994 poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 2/1996 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 2/1996 hallituksen esityksestä 178/1995 laeiksi tullilain ja valmisteverotuslain 21 §:n muuttamisesta.
- PeVL 47/1996 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 47/1996 hallituksen esityksestä 163/1996 telemarkkinaiksi ja laiksi telehallinnosta annetun lain muuttamisesta.
- PeVL 4/1997 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 4/1997 hallituksen esityksestä 262/1996 laiksi eräiden Suomelle Yhdistyneiden Kansakuntien jäsenenä kuuluvien velvoitusten täyttämisestä annetun lain muuttamisesta ja laiksi rikoslain 46 luvun 1 §:n muuttamisesta.
- PeVL 23/1997 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 23/1997 hallituksen esityksestä 6/1997 oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.
- PeVL 35/1997 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 35/1997 hallituksen esityksestä 183/1997 ampuma-aselaiksi ja laiksi poliisilain 23 §:n sekä laiksi poliisin henkilörekistereistä annetun lain 19 ja 20 §:n muuttamisesta.
- PeVL 12/1998 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 12/1998 hallituksen esityksestä 10/1998 laeiksi rangaistusten täytäntöönpanosta annetun lain, tutkintavankeudesta annetun lain, pakkokeinolain ja kansanterveyslain muuttamisesta.
- PeVL 17/1998 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 17/1998 hallituksen esityksestä 42/1998 laiksi rajavartiolaitoksesta.
- PeVL 5/1999 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 5/1999 hallituksen esityksestä 34/1999 laiksi poliisilain muuttamisesta.
- PeVL 10/2000 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 10/2000 hallituksen esityksestä 183/1999 rikollisjärjestön toimintaan osallistumisen säätämisestä rangaistavaksi.
- PeVL 26/2001 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 26/2001 hallituksen esityksestä 80/2001 radiolaiksi sekä laeiksi televisio- ja radiotoiminnasta annetun lain ja yksityisyyden suojasta televiestinnässä ja teletoiminnan tietoturvasta annetun lain 4 §:n muuttamisesta.
- PeVL 28/2001 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto PeVL 28/2001 hallituksen esityksestä 69/2001 laiksi yksityisistä turvallisuuspalveluista sekä eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 20/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto PeVL 20/2002 hallituksen esityksestä 20/2002 laiksi turvallisuuden edistämistä yleisillä paikoilla koskevien säännösten uudistamiseksi.
- PeVL 31/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 31/2002 hallituksen esityksestä 44/2002 rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- PeVL 36/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 36/2002 hallituksen esityksestä 52/2002 laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain sekä eräiden näihin liittyvien lakien muuttamisesta.
- PeVL 37/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 37/2002 hallituksen esityksestä 95/2002 laiksi tullilain muuttamisesta.

- PeVL 40/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 40/2002 hallituksen esityksestä 141/2002 ajoneuvolaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 8/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 8/2004 hallituksen esityksestä 144/2003 laiksi lähestymiskiellosta annetun lain muuttamisesta ja laiksi rikoslain 21 luvun 17 §:n kumoamisesta.
- PeVL 9/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 9/2004 hallituksen esityksestä 125/2003 sähköisen viestinnän tietosuojalaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 26/2004 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 26/2004 hallituksen esityksestä 81/2004 laiksi rikoslain 17 luvun, kokoontumislain ja järjestyksenvalvojista annetun lain 8 §:n muuttamisesta.
- PeVL 7/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 7/2005 hallituksen esityksestä 28/2004 laeiksi tekijänoikeuslain ja rikoslain 49 luvun muuttamisesta.
- PeVL 10/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 10/2005 hallituksen esityksestä 187/2004 laiksi puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta.
- PeVL 11/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 11/2005 hallituksen esityksestä 266/2004 laiksi poliisilain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 23/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 23/2005 hallituksen esityksestä 187/2004 laiksi puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta.
- PeVL 55/2005 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 55/2005 hallituksen esityksestä 167/2005 laiksi joukkoliikenteen tarkastusmaksusta annetun lain, rikoslain 17 luvun 6 §:n ja järjestyksenvalvojista annetun lain 1 §:n muuttamisesta.
- PeVL 9/2007 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 9/2007 hallituksen esityksestä 37/2007 asevelvollisuuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 35/2008 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 35/2008 hallituksen esityksestä 26/2008 laiksi poliisiin, tullin ja rajavartiolaitoksen yhteistoiminnasta sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- PeVL 66/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 66/2010 hallituksen esityksestä 222/2010 esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi.
- PeVL 67/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 67/2010 hallituksen esityksestä 224/2010 poliisilaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

Muiden valiokuntien lausunnot

- PuVL 4/2005 vp. Puolustusvaliokunnan lausunto 4/2005 hallituksen esityksestä 187/2004 laiksi puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta.

Komiteanmietinnöt ja työryhmämietinnöt

- KM 1976:72 Rikosoikeuskomitean mietintö 1976:72. Helsinki 1976.
- KM 1986:16 Parlamentaarisen poliisikomitean mietintö (komiteamietintö 1986:16).
- KM 1988:27 Poliisiasetointikomitean mietintö 1988:27.
- KM 1989:25 Poliisilakityöryhmän mietintö 1989:25.
- KM 1992:3 Perusoikeuskomitean mietintö KM 1992:3. Helsinki 1992.
- KM 1997:13 Komiteanmietintö 1997:13. Perustuslaki 2000 -komitea. Helsinki 1997.
- KM 2009:2 Komiteanmietintö 2009:2. Esitutkintalain, pakkokeinolain ja poliisilain kokonaisuudistus. Esitutkinta- ja pakkokeinotoimikunnan mietintö. Helsinki 2009.

- KM 9/2010 Perustuslain tarkistamiskomitean mietintö 9/2010. Helsinki 2010.
- OLJ 5/2000 Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevat säännökset. Rikoslakiprojektin ehdotus. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 5/2000.
- OM 2002:7 Oikeusministeriön lausuntoja ja selvityksiä 2002:7. Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistaminen. Tiivistelmä lausunnoista. (toim. Jussi Ohi-salo).

Ylimpien laillisuusvalvojien toimintakertomukset

- EOAK 1991 Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuonna 1991. Helsinki 1992.
- EOAK 1992 Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuonna 1992. Helsinki 1993.
- EOAK 1993 Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuonna 1993. Helsinki 1994.
- EOAK 1994 Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuonna 1994. Helsinki 1995.
- EOAK 1997 Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuonna 1997. Helsinki 1998.
- EOAK 1999 Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuonna 1999. Helsinki 2000.
- EOAK 2001 Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan vuonna 2001. Helsinki 2002.
- EOAK 2004 Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus vuodelta 2004. Helsinki 2005.
- OAK 1987 Valtioneuvoston oikeuskanslerin kertomus oikeuskanslerin virkatoimista ja lain noudattamista koskevista havainnoista vuodelta 1987. Helsinki 1988.

Muut kotimaiset virallislähteet

- EV 371/2010 vp. Eduskunnan vastaus 371/2010 hallituksen esitykseen 224/2010 poliisilaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi
- Kansallinen perus- ja ihmisoikeustoimintaohjelma 2012–2013. (Toimintaohjelma)
- Lausunto perustuslakivaliokunnalle hallituksen esityksestä 187/2004 laiksi puolustusvoimien vir-
ka-avusta poliisille annetun lain 4 §:n muuttamisesta 29.11.2004. (SM 2004)

Pohjoismaiset virallislähteet

- SOU 2010:103. Statens offentliga utredningar SOU 2010:103. Särskilda spaningsmetoder. Slut-
betänkande av Polismetodutredningen. Stockholm 2010.
- NOU 2012:14. Rapport fra 22. juli-kommisjonen.

Muut ulkomaiset virallislähteet

- 10 Basic Human Rights Standards for Law Enforcement Officials. December 1998. AI Index POL 30/04/98. (AI 1998)
- Basic Principles on the Use of Force and Fire Arms by Law Enforcement Officials. Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, 27 August – 7 September 1990. (UN 1990)
- Code of Conduct for Law Enforcement Officials. Annexed to General Assembly resolution 34/169 of 17 December 1979. (UN 1979)
- Council of the European Union 12415/6/02 REV 6. Compendium of principles for the use of force and consequent guidance for the issue of rules of engagement (ROE) for police officers participating in EU crisis management operations. (EU 2012)
- Emerging Use of Force Issues. Balancing Public and Officer Safety Report from the International Association of Chiefs of Police/COPS Office Use of Force Symposium. 2012. (IACP 2012)
- General Assembly resolution 35/170 of 15 December 1980. (UN 1980)
- General Comment No. 6. The right to life (art. 6), 30.04.1982, CCPR General Comment No. 6. (General Comments)
- General Comment No. 14. Nuclear weapons and the right to life (Art. 6), 09.11.1984. CCPR General Comment No. 14. (General Comments)
- General Comment No. 20. Replaces general comment 7 concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7), 10.03.1992. CCPR General Comment No. 20. (General Comments)
- Parliamentary Assembly Resolution 690 (1979) on the Declaration on the Police. Assembly debate on 1 February 1979 (24th Sitting of the 30th Session) (see Doc. 4212, report of the Legal Affairs Committee). Text adopted by the Assembly on 8 May 1979 (2nd Sitting of the 31st Session). (EN 1979)
- The European Code of Police Ethics. Recommendation Rec (2001)10 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 19 September 2001 and explanatory memorandum. (EN 2001)
- Use of Force. Concepts and Issues Paper. IACP National Law Enforcement Policy Center. Originally Published: February 1989. Revised: December 1995; October 1998; April 1999; August 2001, February 2005, February 2006. (IACP 2006)

Lyhenteet

AI	Amnesty International
DL	Defensor Legis
dnro	diaarinumero
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus (Yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi) SopS 18/1990 ja 19/1990
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EN	Euroopan neuvosto
EOAK	Eduskunnan oikeusasiamiehen kertomus toiminnastaan
ETL	esitutkintalaki 449/1987
EU	Euroopan unioni
EV	eduskunnan vastaus
EY	Euroopan yhteisö
HaVL	hallintovaliokunnan lausunto
HaVM	hallintovaliokunnan mietintö
HD	Högsta domstolen
HE	hallituksen esitys
HL	hallintolaki 434/2003
HM	Suomen Hallitusmuoto 94/1919
IACP	International Association of Chiefs of Police
JFT	Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland
KHO	korkein hallinto-oikeus
KKO	korkein oikeus
KM	komiteanmietintö
KP-sopimus	Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus SopS 7/1976
LaVL	lakivaliokunnan lausunto
LaVM	lakivaliokunnan mietintö
LM	Lakimies
MPC	Model Penal Code
NOU	Norges offentlige utredninger
NTfK	Nordisk Tidsskrift for Kriminalvideskab
OC	oleoresin capsicum
OKA	Valtioneuvoston oikeuskanslerin kertomus oikeuskanslerin virkatoimista ja lain noudattamista koskevista havainnoista
OLJ	oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu
PeVL	perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	perustuslakivaliokunnan mietintö
PKL	pakkokeinolaki 450/1987
PL	perustuslaki 731/1999
PolA	poliisiasetus 1112/1995
PolL	poliisilaki 493/1995
PuVL	puolustusvaliokunnan lausunto

LYHENTEET

RL	rikoslaki 39/1889
ROE	Rules of engagement
SDK	säädöskokoelma
SEUT	Euroopan unionin toiminnasta tehty sopimus
SM	sisäasiainministeriö
SopS	sopimussarja
SOU	Statens offentliga utredningar
TSS-sopimus	Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus SopS 6/1976
UETL	esitutkintalaki 805/2011
UN	United Nations
UPKL	pakkokeinolaki 806/2011
UPL	poliisilaki 872/2011
vp.	valtiopäivät
YK	Yhdistyneet kansakunnat

I

JOHDANTO

1 Tutkimuksen kohteesta ja metodista

Tärkein tutkimuksen sisältöä määrittävä seikka on tutkimuksen aihe. Tämän tutkimuksen aihe on poliisin oikeus voimakeinojen käyttöön. Vaikka poliisin oikeus voimakeinojen käyttöön – toisin kuin yksittäisen poliisimiehen oikeus esimerkiksi hätävarjelutekoon – on säännelty ensisijaisesti hallinto-oikeudellisin ja erityisesti poliisioikeudellisin¹ normein, on tämän tutkimuksen näkökulma tutkimusaiheeseen rikosoikeudellinen. Koska kriminalisoinneilla pyritään ennen kaikkea vaikuttamaan ihmisten käyttäytymiseen määrittämällä sallitun ja kielletyn rajaa, johtaa rikosoikeudellisen näkökulman valitseminen tutkimuksen tekemiseen siihen, että keskeiseksi tutkimustehtäväksi tulee määrittää, mitkä toimintamallit ovat kiellettyjä. Kyse ei siis niinkään ole siitä, mikä olisi oikea tapa käyttää voimakeinoja eri tilanteissa, vaan sallitun menettelyn uloimpien rajojen määrittämisestä. Näiden rajojen sisälle harkintavallan piiriin jää lukuisa määrä eri vaihtoehtoja, joita voidaan taktisesta näkökulmasta pitää toisiaan parempina tai huonompina.² Rikosoikeudellisesta näkökulmasta johtuen on perusteltua, että sallitun menettelyn rajojen määrittämisen lisäksi tutkimuksessa pohditaan myös sitä, miten sallitun menettelyn rajojen ylittämistä tulee arvioida. Tutkimuksen kohteella ja valitulla rikosoikeuskeskeisellä lähestymistavalla on vastavuoroinen vaikutussuhde tutkimuksen metodiin. Lähestymistapa vaikuttaa käytettävään lähdeaineistoon ja käytettävä lähdeaineisto luonnollisesti vaikuttaa tutkimustuloksiin.

Nopeakin silmäys rikoslain hätävarjelua, voimakeinojen käyttöä ja pakkotilaa koskeviin säännöksiin osoittaa, että normien kirjoitustapa ei mahdollista suora- viivaista subsumptiota lakitekstistä ilmenevän ylälauseen ja tosiseikkojen muodostaman alalauseen välillä ja subsumptiosta seuraavaa johtopäätöstä. Sama havainto voidaan tehdä myös voimakeinojen käyttöä sääntelevästä poliisilain 27 §:stä. Näiden säännösten soveltaminen edellyttää useiden eri suuntiin vaikut-

¹ Ruuska määrittelee poliisioikeuden poliisia, sen toimintaa ja tehtäviä koskevien säännösten tarkasteluksi. Ks. tästä Ruuska 2007, s. 5. Muista poliisioikeuden määritelmistä ks. myös Sinisalo 1973, s. 16 ja Helminen 1999, s. 17.

² Vrt. Bronitt – Gani 2012, s. 146–147, jotka ovat korostaneet, että poliisitoimintaa koskevan sääntelyn tulisi toimia ennemminkin poliisitoimintaa tukevana työkalupakkina kuin rajoittavana sääntökirjana. Vaikka rikosoikeudellisen ja osin myös poliisioikeudellisen tutkimuksen tavoitteena voikin olla puolustettavan ja kielletyn menettelyn välisen rajan määrittäminen kuvatulla tavalla, on poliisikoulutuksessa perusteltua asettaa tavoitteet tätä korkeammalle – *taitavan* voimankäytön kouluttamiseen. Oikeutetun voimankäytön sijasta painopisteen tulee olla suppeammin määritetys- sä *taidokassa voimankäytössä*. Ks. tästä Neyroud – Beckley 2001, s. 141.

tavien seikkojen huomioon ottamista ja kussakin ratkaisutilanteessa lopputulos määräytyy sen mukaan, mikä painoarvo kullekin seikalle kussakin tilanteessa annetaan. Jotta ymmärtäisimme, mistä tällaisessa normien punninnassa on kyse, tutkimuksessa on syytä perehtyä erityisesti 1980- ja 1990-luvuilla käytyyn sääntö-periaate-keskusteluun, jonka rinnalle ja osin sitä korvaamaan on 1990-luvulta lähtien kehittynyt perus- ja ihmisoikeuksiin tukeutuva argumentointi. Molempien kehityskulkujen keskiössä on muodoltaan joustavien oikeusnormien yleistyminen.

Normien joustavuus korostaa tuomioistuinratkaisujen merkitystä oikeuslähteenä. Tutkimukseni aiheeseen liittyvät tuomioistuinten ratkaisut ovat tyypillisesti rikosoikeudellisia ja koskevat siten lähinnä juuri ”hyväksyttävän ja selvästi rangaistavan menettelyn verraten karkeata rajankäyntiä”.³ Tämä havainto pätee sekä kansallisten tuomioistuinten että kansainvälisten ihmisoikeuselinten ratkaisukäytäntöön. Oikeuslähteopillisiin kysymyksiin ja lähdeaineiston kuvaamiseen palataan myöhemmin, mutta jo tässä yhteydessä on syytä korostaa eräitä tutkimuskohteen erityispiirteitä. Poliisin voimankäyttötilanteisiin liittyvät oikeudelliset ongelmat edellyttävät niihin liittyvien eettisten ja yhteiskuntafilosofisten aspektien johdosta monipuolista juridista tarkastelua, jossa tulee poliisi- ja rikosoikeuden lisäksi huomioon otettavaksi erityisesti perus- ja ihmisoikeusnäkökohtia. Tutkimuksen kohteen mainitun moniulotteisuuden johdosta sitä ”tulee lähestyä riittävän hienovaraisesti, odottamatta liian pikaisia ja ehdottomia tuloksia”. Tutkimukseni edustamassa ongelmakeksisessä lähestymistavassa ”heikko ajattelu” tulisikin Kimmo Nuotion mukaan ymmärtää positiiviseksi asiaksi.⁴

Tutkimuksen kohde on ilmeisen perusoikeusherkkää juridiikan aluetta, ja kuten Nuotio on todennut, ”[p]oliisi turvaa yleisesti ottaen kansalaisten perusoikeuksia parhaiten toimimalla toimivaltansa puitteissa ja lainmukaisesti.”⁵ Itse näen perusoikeusnäkökulman erityisen hyödylliseksi kolmessa suhteessa. Ensinnäkin perusoikeusnäkökulma helpottaa *juridisten ongelmien paikantamista*. Jaakko Jonkan mukaan⁶

³ Helminen et al. 2012b, s. 786. Kotimaisten tapausten selostuksista olen poistanut henkilöiden sukunimet alkukirjainta lukuun ottamatta.

⁴ Nuotio 2005b, s. 215–216. Myös poliisin voimakeinojen käytöstä kirjoittanut Loman on korostanut varovaisuutta menettelytapasuositusten antamisessa, koska voimankäyttötilanteiden kirjo on runsas ja toisaalta voimankäyttö voi ääritilanteissa tarkoittaa hyvinkin voimakasta kajoamista henkilön ruumiilliseen koskemattomuuteen. Ks. tästä Loman 1997, s. 7.

⁵ Nuotio 2005b, s. 222.

⁶ Jonka 1998b, s. 141. Ongelmien paikantamisessa ja koherenssin luomisessa voidaan hyödyntää myös systemaattisen tulkinnan yhtenä osa-alueena pidettyä *yleisten periaatteiden mukaista tulkintaa*. Tällöin säännöstä tulkitaan siten, että valitaan tulkintavaihtoehto, joka on parhaiten sopusoinnussa esimerkiksi yleisten aineellisoikeudellisten periaatteiden kanssa. Ks. tästä Huovila 2005, s. 65.

”monimutkaistuneessa yhteiskunnassa ammattilaisellakin on monesti vaikeuksia suunnistaa lakiviidakossa. Metsän näkeminen pulta voi joskus olla vaikeaa, yksittäisiin pykäliin tuijottaminen voi estää näkemästä oikeutta pykälien takaa. Perusoikeudet ja -arvot ovat lainkäyttäjälle kartta ja kompassi, jotka osoittavat suuntaa ja ohjaavat.”

Perus- ja ihmisoikeusargumentteja voidaan käyttää myös *oikeudellisten tulkinta-suositusten hyväksyttävyyden mittapuuna*. Juha Lavapuro on korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2005:72 viitaten todennut, että vaikka varallisuus oikeuden tulkintaoppeja ei tule korvata valtiosääntöoikeuden vastaavilla, ”varallisuus oikeuden alueen doktriinille on vain pystyttävä antamaan sisältö, joka voidaan oikeuttaa myös perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta.”⁷ Tämän tutkimuksen teeman osalta voidaan todeta, että perus- ja ihmisoikeusnäkökulma ei juurikaan tuo vastauksia siihen, miten poliisimiehen eri tilanteissa tulisi toimia, vaan painopiste on myös tästä näkökulmasta siinä, miten ei saa toimia.⁸ Siihen, miten perus- ja ihmisoikeudet kuvattua sisällöllistä rajoitustehtäväänsä toteuttavat ja miten niiden mielestäni tulisi sitä toteuttaa, palataan tutkimuksen edetessä.

Kuten edeltä käy ilmi, tutkimuksen ydinteemoihin kohdistuu monen eri oikeudenalan vaikutteita. Eri oikeudenalojen yleiset opit luovat oikeudenalakohtaista koherenssia ja yhtenäisyyttä, mikä edistää muodollista oikeudenmukaisuutta, yhdenvertaisuutta ja lainkäytön ennustettavuutta. Vaikka jäykät oikeudenalakohdattaiset yleiset opit voivat myös toimia esteenä juridisten kokonaisuuksien hahmottamiselle ja analysoinnille, oikeudenalakohtaisista yleisistä opeista ei mainituista hyvistä puolista johtuen tule pyrkiä irtautumaan. Niiden tehtäväksi tulee kuitenkin muun ohella ymmärtää oikeudenalojen välisten siltojen rakentaminen.⁹ Mielenkiintoista kyllä, juuri tämän tutkimuksen keskiössä oleva poliisin

⁷ Lavapuro 2010b, s. 275–278. On kuitenkin pidettävä mielessä, että ainakaan EIS:n ihmisoikeusjärjestelmä ei ole erityisen tasapainoinen, vaan erityisesti epäillyn ja syytetyn oikeuksia korostava, mikä seikka on todettu myös ns. ihmisoikeusjuristien piirissä. Ks. tästä Fredman 2011, s. 480. Uutta poliisilakia koskevassa yleisesityksessä onkin päädytty korostamaan ihmisoikeuksien kuulumista soveltuvien osin kaikille eri asianosaisasemissa oleville henkilöille. Ks. tästä Helminen et al. 2012, s. 42–43.

⁸ Ks. Norée 2000, s. 109. Ihmis- ja perusoikeusnäkökohtien keskeinen rooli poliisin voimankäyttöä koskevassa tutkimuksessa ei ole aivan uusi asia. Esimerkiksi poliisin voimankäyttöasioista Ruotsissa jo vuosituhatien vaihteessa väitelleen Annika Noréen väitöskirjassa (ks. Norée 2000) on kymmenien sivujen pituinen jakso ihmis- ja perusoikeuskysymyksistä.

⁹ Tuori 2004a, s. 492–493. Ks. myös Tuori 2000, s. 337–338 sekä KM 1976:72 s. 95. Lokaalisen (paikallisen) koherenssin – erotettuna koko oikeusjärjestyksen kattavasta totaalisesta koherenssista – relevanssista ks. myös Tuori 2007, s. 125–126 ja 131–132. Ks. myös Backman 2003, s. 4–7, joka on korostanut erityisesti rikosoikeuden ja rikoslainkäytön ennustettavuutta, yhdenvertaisuutta, kontrolloitavuutta ja suhteellisuusperiaatetta oikeusvaltiollisuuden keskeisinä elementteinä. Kontrollitavuuden piiriin Backman on liittänyt julkisuuselementtien ja päätösten perusteluvelvollisuuden lisäksi mm. sen, että lakien säätäminen, rikosten esitutkinta, syyteharkinta, asianajopalvelut, tuomiovalta ja seuraamusten täytäntöönpano on annettu eri viranomaisten tehtäväksi. Ks. myös

oikeus hätävarjeluun on mainittu sekä esimerkkinä kysymyksestä, jota on syytä tarkastella useiden eri oikeudenalojen näkökulmasta,¹⁰ että esimerkkinä yleisten oppien alaan kuuluvasta ilmiöstä, jonka kehittämisessä oikeustieteen panos on ollut huomattava.¹¹

Rikosoikeuden yleisiin oppeihin kohdistuvan tutkimuksen tekemiseen ei tule muutoinkaan suhtautua kevyesti, sillä yleisten oppien kehittäminen on katsottu nimenomaan oikeustieteen eikä niinkään lainsäätäjän tai tuomioistuinten toiminnaksi.¹² Erityisen tärkeäksi on katsottu oikeusperiaatteiden muotoilun ohella tulkinnanvaraisten, aukollisten, arvostuksenvaraisten ja joskus jopa ristiriitaisten lakien sisällön selkiyttäminen ja systematisointi. Juuri tässä roolissa oikeustiede lunastaa paikkansa lainsäätäjän ja tuomioistuinten rinnalla toimijana, joka muuttaa oikeuden raaka-ainetta ”valmiiksi oikeudeksi”.¹³ Positivistisista lähtökohdista huolimatta edes rikosoikeuden yleisten oppien kansainvälisessä katsannossa varsin pitkälle viedyn kodifioinnin ei ole katsottu erityisesti vähentäneen tieteellisen tutkimuksen tarvetta tältä osin.¹⁴

Sen lisäksi, että tutkimuksen kohde on useiden kansallisen oikeuden oikeudenalojen polttopisteessä, vaikuttaa erityisesti viime vuosikymmeninä tapahtunut oikeuden kansainvälistyminen – jopa pirstaloituminen – tutkimuksen sisältöön. Rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa Raimo Lahti on arvioinut skeptisesti kriminaalipolitiikan ja rikosoikeuden kansainvälistymisen vaikutuksia kansallisiin järjestelmiin. Hänen mukaansa kansainvälisillä areenoilla saavutetut ratkaisut voivat niitä kansallisiin järjestelmiin tuotaessa joutua ristiriitaan kansallisten rikosoikeussystemien kanssa. Tämä puolestaan heikentää rikosoikeuden yleisten oppien ”edustamaa systeemijattelua ja niiden yleisyystasoa”.¹⁵ Kuvattu pirstaloituminen ei kuitenkaan ole peruste olla pyrkimättä analyttiseen normiston systematisointiin, vaikka tehtävä onkin oikeuslähteiden moninaisuuden johdosta vaikeutunut. Kaarlo Tuori onkin osin juuri kansainvälistymiskehitykseen viitaten todennut, että ”[v]ain systemaattiseen asuun saatettu oikeudellinen normisto pystyy vangitsemaan vieteriukkonsa, takaamaan oikeusvarmuuden ja samalla

EN 2001, s. 7–8 (erityisesti suosituksen kohdat 6–11) ja taustamuistion kommentit ko. kohdista EN 2001, s. 34–38.

¹⁰ Tuori 2004a, s. 492–493.

¹¹ Nuotio 2004, s. 1280–1281. Nuotio on esimerkiksi todennut, että perusoikeusuudistuksen myötä muotoutunut suhteellisuusperiaate julkisen vallankäytön rajoitusehtona olisi merkinnyt ”kuoliniskua” absoluuttiselle hätävarjelu-oikeudelle.

¹² Ks. Tuori 1998, s. 1006 ja 1009–1010, Tuori 2000, s. 189–190 ja Nuotio 2004, s. 1279.

¹³ Tolonen 2003, s. 15–16. Ks. myös Tuori 2000, s. 191 ja Tolonen 2003, s. 133.

¹⁴ Virtanen 2004, s. 1050 ja Nuotio 2004, s. 1283. Erityisesti tahallisuuden käsitteen lakiin kirjaamisen vaikutuksista ks. Nuotio 2004, s. 1287–1290.

¹⁵ Lahti 2003, s. 144. Ks. myös Nuotio 2003, s. 263–264. Nuotio on aiheellisesti huomauttanut, että kansainvälinen kehitys saattaa edistyksen sijaan johtaa siihenkin, että lainsäädäntöämme lähenetään kehityksessä meitä jäljessä olevien maiden lainsäädäntöön.

muodollisen yhdenvertaisuuden ja oikeudenmukaisuuden.”¹⁶ Tuori on liittänyt pirstoutumiskehityksen nimenomaan EY-oikeuteen, kun taas ihmisoikeuksien esiinmarssi on nähty ennemminkin yhtenäistävänä tekijänä. Perusoikeuslähtöisen ajattelun kolmas tärkeä tehtävä onkin *oikeuden sisäisen pirstaloitumisen vastavoimana toimiminen*.¹⁷

Vaikutussuunta ei kuitenkaan ole ollut yksiselitteisesti valtiosääntöoikeudesta ja perusoikeuksista ”poispäin”, vaan esimerkiksi Jaakko Husa on korostanut muiden oikeudenalojen kuin valtiosääntöoikeuden roolia perusoikeuskeskustelussa. Eri oikeudenalojen systematisointityö ei hänen mukaansa voi tapahtua valtiosääntöoikeuden tavoitteita silmällä pitäen, vaan jos pyrkimyksenä on

”korostaa juridiikan tilanneherkkyyttä, niin on kai ajateltava siten, että eri spesialisti-alueiden ja ongelmien tunnistaminen ja systeemin työstäminen tapahtuu luontevimmin po. alueen perusoikeussensitiivisen erityisosaamisen varassa, mikäli tilanneherkkyyttä halutaan pitää erityisesti arvossa.”¹⁸

Koska tutkimukseni ei ole valtiosääntöoikeudellinen, tyydyn edellä sanotusta huolimatta perusoikeuksien yleisten oppien osalta esittelemään perusoikeus-uudistuksen jälkeen perusoikeuksien horisontaalivaikutuksesta, perusoikeuskollisoiden ratkaisumekanismeista, perusoikeuksien rajoitusedellytyksistä ja ns. tuomarivaltiokehityksestä vilkkaana käydyn keskustelun keskeisimpiä tuloksia tutkimusteemani kannalta. Oma panokseni keskusteluun jää väistämättä vähäiseksi.

Tutkimuksessa esitettävien kannanottojen muodostumiseen on epäilemättä vaikuttanut jossain määrin se, että vuodesta 2004 lähtien työnantajani on ollut Keskusrikospoliisi. Tämän seikan mahdollisten vaikutusten osalta tyydyn viittaamaan Mika Huovilan tekstiin vuodelta 2005. Huovila on tehtyään ensin eron ratkaisun keksimisen (*context of discovery*) ja ratkaisun perustelujen (*context of justification*) välillä todennut, että ”[j]os tuomion perustelut ovat juridisesti pätevät ja riittävät lopputuloksen perustelemiseksi ja tuo lopputulos on lainmukainen ja hyväksyttävä, ei ole merkitystä, millä tavoin ratkaisu on keksitty tai syntynyt”.¹⁹

¹⁶ Tuori 1998, s. 1009–1010.

¹⁷ Tuori 1998, s. 1011–1013. Ks. myös Lahti 2006, s. 209–210. Jonkka on prosessioikeuden perustuslaillistumista (ja perustuslain prosessioikeudellistumista) käsitelleessä artikkelissaan maininnut arvojen oikeudellistumisen, joka on tapahtunut nimenomaan ihmisoikeuksien muuntautuesssa oikeusnormeiksi, olevan ihmisoikeussopimusten tärkein anti. Perustan tälle arvojen oikeudellistumiselle antoi Jonkan mukaan lähes samanaikaisesti käyty oikeusteoreettinen keskustelu oikeusperiaatteista. Ks. tästä Jonkka 1998a, s. 1256.

¹⁸ Husa 2003, s. 23 av. 56. Tilanneherkkyydellä Husa viittaa erityisesti Juha Pöyhösen (myöh. Juha Karhu) teksteihin.

¹⁹ Huovila 2005, s. 20–21. Luonnollisesti, kuten Huovilakin toteaa, oikeuslähteistä saatavilla perusteilla on merkitystä myös ratkaisun keksimisessä.

Pyrkimykseni onkin perustella esittämäni tulkintasuositukset siten, että ”oikeusyhteisön rationaalisesti harkitsevien jäsenten enemmistö” voi hyväksyä esitetyn kannan.²⁰

²⁰ Aarnio 1989b, s. 611. Ks. myös Huovila 2005, s. 47.

2 Aiempi tutkimus ja uuden tutkimuksen tarve

Tutkimukseni kohteena olevan toiminnallisen kokonaisuuden jakaantuminen usealle oikeudenalalle on saattanut osaltaan johtaa siihen, että poliisin toimintaan kohdistunut oikeudellinen tutkimus on ollut varsin vähäistä. Pohjoismaissa on lähinnä vasta vuosituhannen vaihteen jälkeen kiinnostuttu yleisemmin poliisin toimintaan liittyvistä oikeudellisista kysymyksistä. Merkittävin poliisin voimankäyttöä koskeva pohjoismainen tutkimus on tehty Ruotsissa, mistä on erityisesti syytä mainita Annika Noréen (2000) ja Johan Bouchtin (2011) väitöskirjatutkimukset.

Kotimaisesta oikeustieteellisestä tutkimuksesta, jossa tutkimuksen kohteena ovat olleet poliisin toimivaltuudet voimankäyttöä laajemmin ymmärrettynä, on itseoikeutetusti nostettava esille poliisin toimivallan määrittymistä koskeva Kari Sinisalon väitöskirjatutkimus (1971). Sinisalon tutkimuksen erityisenä ansiona voidaan pitää poliisin tehtävien ja lakisidonnaisuusperiaatteen varaan rakentuvan poliisin toimivallan eriyttämistä. Kotimaisen poliisioikeudellisen tutkimuksen osalta voidaan mainita myös enemmän käsikirjatyyppiset teokset, kuten vuoden 2013 loppuun asti voimassa olevaa poliisioikeudellista sääntelyä koskeva ”Poliisioikeus”-teos (1999), vuoden 2014 alussa voimaan tulevaa poliisilakia koskeva ”Poliisilaki”-teos (2012) ja Timo Lomanin oppikirja ”Poliisin oikeudesta käyttää voimakeinoja” (1997) sekä oma lisensiaatintutkimukseni ”Poliisin voimankäytön kahdet kasvot” (2007) ja Ville Vienolan lisensiaatintutkimus ”Poliisiesimiehen käskyvalta – erityisesti aseenkäytön arvioinnissa” (2008). Viime vuosikymmeninä tehdyn poliisin toimivaltaa koskevan kotimaisen oikeustieteellisen tutkimuksen keskeisinä tuloksina voidaan pitää 1960- ja 1970-luvuille ajoittunutta ns. yleistoomivaltajaattelu murtumista ja sitä pari vuosikymmentä myöhemmin seurannutta perusoikeusmyönteisen poliisioikeudellisen ajattelun esiinnousua. Viimeksi mainitun kehityskulun edustavia esimerkkejä ja merkki-paaluja ovat Kaarlo Tuorin artikkeli ”En sista tillflyktsort för polisens allmänna befogenhet?” vuodelta 2004 ja Kimmo Nuotion artikkeli ”Merkitsekö poliisimiehen oikeus hätävarjeluun oikeusturva-aukkoa?” vuodelta 2005.

Tutkimusteeman kannalta relevantista rikosoikeudellisesta kirjallisuudesta on erityisesti mainittava Martti Majasen väitöskirja ”Yksityishenkilön oikeudesta voimakeinojen käyttöön” (1979), joka on edelleen monissa suhteissa ajankohtainen. Myöhemmistä tutkimukseni kannalta keskeisistä rikosoikeuden alaan kuuluvista väitöskirjoista voidaan nostaa esille Ari-Matti Nuutilan rikosoikeudellista huolimattomuutta käsittelevä väitöskirja (1996), Minna Ruuskasen väitöskirja ”Hätävarjelu ja parisuhdeväkivalta” (2005), Marko Viitasen poliisiirikoksia kos-

keva väitöskirja (2007) ja Timo Kerttulan väitöskirja ”Vartijat ja järjestyksenvalvojat julkisen vallan käyttäjinä” (2010). Rikosoikeudellisen kirjallisuuden osalta on lisäksi syytä korostaa lähdeluettelossa yksilöityjen Ari-Matti Nuutilan, Dan Fränden sekä Jussi Tapanin ja Matti Tolvasen kirjoittamien rikosoikeuden vastuopin yleisesitysten merkitystä. Tutkimukseni lähdeaineistona on lisäksi lukuisia pohjoismaisia poliisi- ja rikosoikeuden yleisteoksia ja erityisteemoja koskevia teoksia. Lisäksi olen hyödyntänyt varsin laajalti *common law* -maiden hätävarjelua ja voimakeinojen käyttöä koskevaa tutkimusta. Viimeksi mainitun käyttöön liittyvistä rajoituksista lisää tuonnempana.

Poliisin voimankäyttöön liittyviä laajempia oikeustieteellisiä tutkimuksia ei Suomessa ole tehty, vaikkakin erityisesti Majasen ja Kerttulan väitöskirjatutkimukset sivuavat monissa kohdissa keskeisiä poliisin voimankäyttöön liittyviä kysymyksiä. Jatkotutkimuksen tarve on siis ilmeinen. Toisaalta arvioitaessa aiheesta jo kirjoitettua huomio kiinnittyy väistämättä siihen, että kuolettavan voiman käytön oikeudellinen arviointi on varsin korostuneessa asemassa ottaen huomioon, kuinka harvinaista ampuma-aseen käyttö voimankäytön ilmenemismuotona on.²¹ Pysin tältä osin tasapainoisempaan esitykseen, joskin on todettava, että myöhemmin yksilöivät tutkimuksen erityiskysymykset liittyvät kiinteästi juuri kuolettavan voiman käyttöön. Erityisesti rikosoikeuden näkökulmasta huomio kiinnittyy myös siihen, että yleisempää poliisin toimivaltasääntelyn ja rikosoikeuden suhdetta koskevaa tutkimusta ei juurikaan ole tehty.

Kotimaisessa tutkimuksessa ei ole juurikaan käsitelty ihmisoikeuksista johdettavien vaatimusten merkitystä kotimaiseen poliisin voimankäyttöä koskevaan laintulkintaan. Oman tutkimukseni kannalta relevantit ihmisoikeuskysymykset ovat olleet esillä kotimaisen ”Euroopan ihmisoikeussopimus” -yleisteoksen lisäksi lukuisissa ulkomaisissa yleisteoksissa, minkä lisäksi oikeus elämään ihmisoikeutena²² on keskiössä esimerkiksi Fiona Leverickin ”Killing in Self Defence” -teoksessa. Koska pyrin tutkimuksessani arvioimaan kattavasti myös kuolettavaa voimaa lievempien voimakeinojen käyttöä, olen päätenyt kiinnittämään merkittävää huomiota Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 2 artiklan lisäksi myös EIS 3 artiklaan ja sitä koskevaan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ratkaisukäytäntöön.

²¹ Ks. myös Worden – Catlin 2002, s. 90 samansuuntainen havainto.

²² Ks. esim. Ashworth 2009, s. 114–116, jonka mukaan hyökkääjän ja puolustautujan oikeuksien punninnassa EIS 2 artiklan tulee toimia tulkinnan lähtökohtana. Hengen suojan (oikeus elämään) keskeisyydestä teeman kannalta ks. myös Crawshaw et al. 2007, s. 32–33.

3 Eriteltyä kysymyksenasettelua ja rajouksia

Tutkimukseni edellä esitettyjä yleisiä tavoitteita voidaan pyrkiä konkretisoimaan seuraavilla kysymyksillä:

- Miten toimivallan mukainen toiminta sijoittuu rikoksen rakennekehityksessä?
- Mitä merkitystä rikosoikeudella on poliisin toimivallan rajojen määrittämisessä?
- Millaisia ehdottomia kieltoja tai tulkinnassa huomioon otettavia periaatteita ihmis- ja perusoikeudet asettavat poliisin voimankäytölle?
- Mitkä ovat laillisen voimankäytön rajat Suomessa? Ja erityisesti:
 - Voiko tahallinen surmaaminen olla sallittua voimakeinojen käyttöä?
 - Missä määrin sivullisten oikeuksia voidaan vaarantaa voimankäytön yhteydessä?
- Missä tilanteissa poliisimies²³ on velvollinen käyttämään voimaa – jopa oman turvallisuutensa vaarantaen?
- Miten ja minkä normien nojalla oikeudenvastaisesta voimankäytöstä tulee rangaista?
- Miten erityyppisiä erehdyksiä tulisi rikosvastuun rajoja määritettäessä arvioida?

Kahteen ensimmäiseen kysymykseen pyritään vastaamaan tutkimuksen kolmannessa pääjaksossa, jossa poliisi-, rikos- ja valtiosääntöoikeuden moniulotteisen suhteen demonstroimiseksi tehdään ekskursio ns. rikosprovokaatioon liittyvien kysymysten pariin. Kolmas kysymys on mielenkiinnon kohteena neljännessä pääjaksossa. Laillisen voimankäytön rajoja pyritään konkretisoimaan erityisesti viidennessä pääjaksossa, kun taas kuudennessa pääjaksossa arvioidaan virkavollisuuksien ja virkavastuun laajuutta. Viimeisimpänä mainittua kysymystä käsitellään sekä kolmannessa että kuudennessa pääjaksossa.

Tutkimuksen ulkopuolelle on rajattu seuraavat teemat, jotka sinänsä olisivat tämänkin tutkimuksen aihepiiriin osalta tutkimisen arvoisia:

- muiden virkamiesten kuin poliisimiesten sekä siviilihenkilöiden oikeus voimakeinojen käyttöön
- omaisuuteen kohdistuva voimakeinojen käyttö
- rikosoikeudellinen seuraamusjärjestelmä pääosiltaan²⁴

²³ Poliisimiehen määritelmästä ks. voimassa olevan poliisilain 6 § (493/1995) ja poliisiasetuksen 1 § (181/2001) sekä uuden poliisilain (872/2011) 12 §.

²⁴ Seuraamusjärjestelmän analysointi jää tässä tutkimuksessa hyvin vähäiselle huomiolle. Kyse on siis lähinnä vastuuoppiin (erotettuna seuraamusjärjestelmää koskevasta tutkimuksesta) kohdistuvasta tutkimuksesta. Juuri vastuuopin tehtävänä on nimenomaan vastata kysymykseen ”rangaistaanko?”. Ks. tästä esim. Roxin 1989, s. 324.

- vahingonkorvauskysymykset
- poliisirikostutkinnan erityispiirteet
- poikkeustilasääntely ja mahdollisuus erilaisten poikkeuslakien sääntelyyn.²⁵

Seitsemästä anteeksiantoperusteesta²⁶ tutkimuksen ulkopuolelle jäävät syynta-
keettomuuteen ja vastuukään liittyvät kysymykset.²⁷

²⁵ Perusoikeuksia voidaan rajoittaa perustuslainsäätämisyjärjestyksessä poikkeuslaeilla edellyt-
täen, että kyseessä on vain ”rajattu poikkeus” eikä kansainvälinen velvoite kiellä rajoittamista. Ks.
tästä PL 73 § ja esimerkiksi Jyräki – Husa 2012, s. 403–404.

²⁶ Anteeksiantoperusteiden luetteloinnista ks. Frände 2012, s. 165–166.

²⁷ Erilaisia liioittelutilanteita käsitellään pääosin tutkimuksen kuudennessa pääjaksossa. Kielto-
erehdyssääntelyä käsitellään tutkimuksen kolmannessa pääjaksossa sen liittyessä ainakin virka-
miestoiminnan yhteydessä kiinteästi tunnusmerkistön mukaisuuteen ja eri tunnusmerkistökijöitä
koskevaan selonottovelvollisuuteen.

4 Oikeusnormit sääntöinä ja periaatteina

4.1 TIIVISTYS RONALD DWORKININ JA ROBERT ALEXYN TEESEISTÄ

Sääntö–periaate-keskustelun uranuurtajana on yleisesti pidetty yhdysvaltalaisesta Ronald Dworkinia, jonka teksteissä mainittu erottelu oikeusnormien piirissä ensin tehtiin.²⁸ Dworkinin mukaan oikeusnormien ollessa sääntöluonteisia niitä sovelletaan ”kaikki-tai-ei-mitään” -tyyppisesti: *”If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.”*²⁹

Periaatteille puolestaan on tyypillistä, että ehtojen täyttymisestä ei automaattisesti johdu oikeudellisesti merkityksellistä seurausta. Periaate ei kuitenkaan ole pätemätön tai epätäydellinen sen johdosta, että siitä voidaan poiketa. Itse asiassa periaatteiden yhteydessä poikkeamia ei edes pidetä poikkeuksina samalla tavoin kuin sääntöjen yhteydessä, joiden poikkeukset ovat tyypillisesti ainakin teoriassa yksilöitävissä.³⁰ Periaatteiden vaikutuksesta Dworkin toteaa seuraavasti: *”When we say a particular principle is a principle of our law, is that the principle is one which officials must take into account, if it is relevant, as a consideration inclining in one direction of another.”*³¹ Säännöistä poiketen periaatteilla on erilainen painoarvo ja periaatteiden ollessa eri suuntiin vieviä tulee ratkaisua tehtäessä arvioida, mikä periaatteiden suhteellinen painoarvo on.³² Oikeudelliset periaatteet voidaan erottaa muista periaatteista institutionaalisen tuen käsitteen (*institutional support*) avulla. Institutionaalista tukea voidaan etsiä muun muassa lakiteksteistä, lain esitöistä sekä oikeuskäytännöstä. Institutionaalisen tuen merkityksestä on todettu: *”Unless we could find some such institutional support, we*

²⁸ Dworkinin merkityksestä ks. esim. Tuori 2003a, s. 937. Dworkinin teksteihin voidaan myös yleisemmin liittää oikeudellinen muutos, joka on ilmennyt siirtymänä yleisten oppien kehittämisessä käsitteistä periaatteisiin.

²⁹ Dworkin 1978, s. 24. Ks. myös Alexy 2002, s. 49–50 ja 57–59.

³⁰ Dworkin 1978, s. 25–26.

³¹ Dworkin 1978, s. 26. Luonnollisesti joitakin sääntöjä voidaan pitää tärkeämpinä kuin toisia, mutta konfliktinratkaisutilanteessa säännöille ei voi antaa erilaista painoarvoa, vaan kahden säännön ollessa ristiriidassa toinen on katsottava pätemättömäksi.

³² Dworkin 1978, s. 26–27.

could probably fail to make out our case, and the more support we found, the more weight we could claim for the principle.”³³

Dworkinin ”Taking Rights Seriously” -teoksessaan vuonna 1978 tekemän jaottelun mukaan *periaatteet* voidaan myös erottaa *politiikoista*. Periaatteet ovat standardeja, jotka tulevat huomioon otettavaksi, koska oikeudenmukaisuus, kohtuus tai muu vastaava moraalinen ulottuvuus niin edellyttää. Poliitiikat ovat puolestaan standardeja, jotka määrittävät esimerkiksi jonkin taloudellisen, poliittisen tai muun yleisen yhteiskunnallisen tavoitteen.³⁴ Dworkin on mainittua rajalinjaa mukaillen tehnyt erottelun myös *oikeuksien* ja *tavoitteiden* välillä. Oikeus on yksilöitynyt (*individuated*) poliittinen tavoite, kun taas tavoite on ei-yksilöitynyt (*nonindividuated*) poliittinen tavoite eli asiantila, jonka tarkempi määrittäminen ei edellytä sen kytkemistä yksilöihin ja yksilöiden vapauksiin tai mahdollisuuksiin.³⁵ Periaatteiden ja politiikoiden suhteesta ja toisaalta oikeuksien ja tavoitteiden suhteesta Dworkin on todennut:

”Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole... Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right.”³⁶

”It follows from the definition of a right that it cannot be outweighed by all social goals. We might, for simplicity, stipulate not to call any political aim a right unless it has certain threshold weight against collective goal in general...”³⁷

”We must distinguish the ”rights” of the majority as such, which cannot count as a justification for overruling individual rights, and the personal rights of members of a majority, which might well count.”³⁸

Erityisesti viimeinen lainaus kiteyttää Dworkinin näkemysten ydinajatuksen, josta Tuori on artikkelissaan vuodelta 1999 todennut, että ”konfliktilanteissa periaatteilla on politiikkoihin nähden etusija, että kiperät jutut on toisin sanoen ratkaistava yksilöllisiä oikeuksia perustelevien periaatteiden eikä yhteiskunnan kollektiivisiin tavoitteisiin viittaavien politiikka-tyyppisten normien nojalla.”³⁹

³³ Dworkin 1978, s. 40. Dworkin on todennut, että ”[t]he origin of these as legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a sense of appropriateness developed in the profession and the public over time”.

³⁴ Dworkin 1978, s. 22. Ks. myös Peczenik et al. 1990, s. 83, jonka mukaan arvo määrittää, mikä *prima facie* on parasta, kun taas (arvo)periaate määrittää, mitä *prima facie* tulisi tehdä. Periaatteet toisin sanoen suojaavat arvoja.

³⁵ Dworkin 1978, s. 91.

³⁶ Dworkin 1978, s. 82.

³⁷ Dworkin 1978, s. 92.

³⁸ Dworkin 1978, s. 194.

³⁹ Tuori 1999b, s. 920.

Juha Lavapuro on puolestaan vastauksessaan Tuorin artikkeliin katsonut seuraavan otteen Dworkinin tekstistä vahvistavan nimenomaan yksilön oikeuksien etusijan suhteessa kollektiiviseen hyvään.⁴⁰

”Someone who claims that citizens have a right against the Government need not go so far as to say that the State is never justified in overriding that right. He might say, for example, that although citizens have a right to free speech, the Government may override that right when necessary to protect the rights of others, or to prevent a catastrophe, or even to obtain a clear and major public benefit (though if he acknowledged this last as a possible justification he would be treating the right in question as not among the most important or fundamental). What he cannot do is to say that the government is justified in overriding a right on the minimal grounds that would be sufficient if no such right existed.”

Lavapuro itse on todennut,⁴¹

”ettei oikeuksilla dworkinilaisen oikeusperustaisen oikeusteorian puitteissa ole mitään alkuperäistä, yksilöä julkisen vallan toimilta suojaavaa merkityssisältöä yli sen, mitä seuraa oikeuksien ja kollektiivisten hyvien välillä tehtävästä erottelusta. Jo oikeuksien pääsääntöisestä luonteesta periaatteina taas seuraa, että yksittäisen oikeuden merkitys yksittäisissä ratkaisutilanteissa riippuu muiden tapauksessa relevanttien yksilön oikeuksien tärkeydestä, ts. oikeuksien keskinäisistä painoarvoista. Ja vastaavasti, yksittäisen oikeuden rajoitus on joustavissa juuri sen vuoksi, että rajoituksen kautta suojataan muiden yksilöiden oikeuksien toteutumista.”

Dworkinin erottelua vastaavan erottelun sääntöihin ja periaatteisiin normien piirissä on tehnyt myös saksalainen Robert Alexy.⁴² Dworkinista poiketen Alexylle periaatteet ovat erityisesti *optimointikäskyjä* eli normeja, jotka edellyttävät jonkin toteuttamista niin pitkälle kuin oikeudellisesti on mahdollista ja tosiseikat sallivat. Oikeudellisesti sallitun rajat määräytyvät muiden periaatteiden ja sään-

⁴⁰ Dworkin 1978, s. 191–192. Ks. Lavapuro 2000, s. 415.

⁴¹ Lavapuro 2000, s. 415. Lavapuro onkin painottanut sitä, että oikeuksien rajoittamisen perusteenä voivat toimia sekä *kollektiiviset hyvät* että *oikeuksia perustavat periaatteet*. Lavapuron mukaan Dworkin on hyväksynyt myös, että ”oikeuksien merkitys ja siten niiden rajoitettavuus riippuu keskeisimmiltä osiltaan kulloinkin kyseessä olevan oikeuden suhteesta muihin relevantteihin, so. konkreettisiin yksilöiden oikeuksiin.” Ks. tästä Lavapuro 2000, s. 414.

⁴² Tutkimuksen lähteenä on käytetty Alexyn jalkisanoilla täydennettyä Julian Riversin käännöstä vuonna 1985 ensimmäisen kerran ilmestyneestä Alexyn teoksesta ”Theorie der Grundrechte”.

töjen perusteella.⁴³ Lakimies-lehteen vuonna 1989 suomennetussa artikkelissaan Alexy toteaa:⁴⁴

”Ne ehdot, joiden vallitessa tietty periaate ohittaa toisen periaatteen, muodostavat tapauksista koskevan yksilöidyn säännön oikeustosisekaston. Tämä oikeussääntö ilmaisee etusijalle asetetun periaatteen määräämän oikeusseuraamuksen... Mutta joka tapauksessa periaatteiden painoarvoa koskeva informaatio luo edellytykset argumentaatio-toiminnalle, joka ilman tällaista informaatiota ei olisi mahdollinen.”

Huomion arvoista on myös, että vaikka yksilön oikeuksien ja kollektiivisten intressien erottaminen on Alexynkin mukaan tärkeää, erottelua ei tule sitoa periaatteen käsitteeseen. Alexyn ajattelussa periaatteet viittaavat yksilön oikeuksien lisäksi myös kollektiivisiin intresseihin, jolloin periaate ”*requires the creation or maintenance of states of affairs which satisfy certain criteria, broader than the enforcement or satisfaction of individual rights, to the greatest extent legally and factually possible*”.⁴⁵

Alexyn ajattelussa teoria periaatteista on läheisessä ja vastavuoroisessa yhteydessä suhteellisuusperiaatteeseen, jonka hän katsoo pitävän sisällään kolme osaluuetta: 1) sopivuus (*suitability*), 2) välttämättömyys (*necessity, use of the least intrusive means*) ja 3) suhteellisuusperiaate suppeasti ymmärrettynä (tasapainotettava vaikutus, *balancing requirement*). Näistä viimeksi mainittu edellyttää, että periaate on toteutettava niin pitkälle kuin on *oikeudellisesti mahdollista* (*legally possible*). Kaksi ensiksi mainittua ovat sen sijaan optimointikäskyjä suhteessa siihen, mitä *tosiseikat* sallivat (*factually possible*).⁴⁶ Realiteetteihin sidottu vält-

⁴³ Alexy 1989b, s. 623 ja Alexy 2002, s. 44–48 (erit. s. 47–48). Ks. viimeksi mainitusta kohdasta myös av. 27, jossa Alexy korostaa oman periaatteiden optimointiajattelunsa merkitystä Dworkinista erottavana tekijänä. Ko. erottelusta ja Alexyn kotimaisesta kritiikistä ks. Lavapuro 2010b, s. 251–252 sekä Lavapuron viittaamat Tolonen 1989, s. 360–361 ja Tuori 2002, s. 91–92.

⁴⁴ Alexy 1989b, s. 627–628. Ks. myös Alexy 2002, s. 50–56. Alexy toteaa, että (s. 56): ”*the result of every correct balancing of constitutional rights can be formulated in terms of derivative constitutional rights norm in the form of a rule under which the case can subsume*.” Ks. myös Aarnio 1989, s. 118–119, joka on optimointikäskyn sääntöluonteisuudesta todennut, että ”kahden arvoperiaatteen kollisiossa periaatteet on saatettava yhteen optimaalisella tavalla ja vain sillä tavoin yhteen”. Aarnion mukaan tämä havainto osaltaan murentaa pohjaa Dworkinin edustamalta periaatteiden ja sääntöjen vahvalta erotteluteesiltä.

⁴⁵ Ks. myös Alexy 2002, s. 65–66 sekä Tuori 1999b, s. 920–921 ja 929 kommentit Alexyn näkemyksistä.

⁴⁶ Alexy 2002, s. 66–69 ja 396–414 sekä suppeammin Alexy 1989b, s. 628. Myös sopivuustekijä rajaa mahdollisia vaihtoehtoja. Alexya mukaillen voidaan katsoa, että jos keino A ei edistä periaatetta B (ei ole siihen sopiva), mutta rajoittaa kuitenkin periaatetta C, keino A tulee hylätä. Alexy on toisaalta korostanut sitä, että vaikka voidaan asettaa joitakin periaatteita suosivia argumentointitaakkaolettamuksia (*the assumption of burdens of argumentation*), ei tämä kuitenkaan anna ko. periaatteelle samanlaista *prima facie*-etusijaa kuin säännöillä on. Periaatteen etusijan ehdot pitää määrittää kussakin tapauksessa erikseen. Ks. tästä Alexy 2002, s. 59. Ks. myös Dworkinin (1978,

tämättömyydesti edeltää suhteellisuustestiä (suppeasti ymmärrettynä), mikä ainakin jossain määrin lähentää Alexyn ja Dworkinin näkemyksiä. Alexy toteaa:⁴⁷

”The question whether any of the alternatives should be chosen at all is not a question of the factually possible, that is, of necessity, but a question of what is legally possible, that is, one of balancing P1 with P2 (proportionality in its narrow sense). Thus the principle of necessity, if even the least intrusive means affects the realization of P2, is always to be considered before the principle of proportionality in its narrow sense, that is, the balancing requirement.”

Käytännössä tämä tarkoittaa Lavapuron mukaan sitä, että Alexyn mallissa vahvempi periaate ei koskaan syrjäytä heikompaa, vaan molemmat tulisi pyrkiä toteuttamaan mahdollisimman täydellisesti. Dworkinin mallissa vahvempi taas syrjäyttää heikomman periaatteen.⁴⁸

4.2 KOTIMAISTA KESKUSTELUA

Sääntö–periaate-keskustelu oli voimakkaasti esillä kotimaisessa oikeustieteellisessä kirjallisuudessa erityisesti 1980- ja 1990-lukujen taitteen molemmin puolin, mutta periaatteiden merkityksestä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa oli kirjoitettu jo aiemminkin. Ainakin Kaarle Makkonen jo 1980-luvun alussa katsoi jokaisen säännöksen sisältävän tietyn *yksityisen* oikeusperiaatteen (erotettuna yleisistä oikeusperiaatteista).⁴⁹ Vaikka Makkonen ei tätä rinnastusta teekään, voitaneen yksityisten oikeusperiaatteiden ajatella muotoutuvan ainakin osittain yleisiä periaatteita ilmaisevien yleislausekkeiden tuomisesta lainsäädäntöön. Tämä ei Makkosen mukaan kuitenkaan ole ongelmatonta, koska tällaiset yleislausekkeet eivät anna ”tuomarille riittävää mittapuuta yksityisiä ratkaisuja varten”.⁵⁰ Makkonen ei näyttäisi liittäneen periaatteisiin mitään ajatusta eri suuntaan vievien periaatteiden optimoinnista ja samanaikaisesta soveltamisesta, vaan ennemminkin hän on korostanut valintaa kilpailevien periaatteiden – esimerkiksi koh tuuden ja oikeusvarmuuden – välillä. Toisaalta hän on kuitenkin viitannut periaatteiden keskinäisiin riippuvuussuhteisiin ja niiden määrittelyyn suhteessa toisiinsa sekä todennut mainitun valinnan osalta, että ”[y]ksityistapauksesta riip-

s. 198–200) kritiikki punnintamallin (*balancing*) käytöstä kollektiivisten hyvien ja yksilöllisten oikeuksien välisen suhteen määrittämisessä.

⁴⁷ Alexy 2002, s. 68.

⁴⁸ Lavapuro 2010b, s. 36. Ks. myös Lavapuro 2012, s. 156–174.

⁴⁹ Makkonen 1981, s. 179.

⁵⁰ Makkonen 1981, s. 218.

puen voi tällä tavoin muodostua mitä komplisoiduin tilanne, jossa lukuisat eri tekijät kietoutuvat toisiinsa vaikeasti havaittavalla ja hallittavalla tavalla”.⁵¹

Periaatteiden *optimointi* alexylaisittain oli käsitteenä käytössä jo ainakin Lappi-Seppälän rikosoikeudellista seuraamusjärjestelmää käsitelleessä väitöskirjassa vuodelta 1987. Hänen mukaansa periaatetta seurattaessa sen vaatimukset pyritään ottamaan mahdollisimman täydellisesti huomioon eli sitä pyritään noudattamaan mahdollisimman optimaalisesti.⁵² Lappi-Seppälän käsitys periaatteiden vaikutustavasta oli nykykatsannonssa varsin varovainen. Hänen mukaansa periaatteet ”osoittavat suunnan johon edetä, rajaavat oikeudellisesti mahdollisen aluetta ja identifioivat seikkoja, joihin ratkaisua tehtäessä tulisi kiinnittää huomiota”.⁵³ Säännöt Lappi-Seppälä puolestaan jakoi väitöskirjassaan niiden voimakkuuden perusteella (vahvimasta heikoimpaan) seuraavasti:⁵⁴

1. ”Ehdottomasti sitovat sisällöltään täsmälliset normit”. Esimerkkinä Lappi-Seppälä on viitannut eri rangaistuslajien yleisiin minimi- ja maksimimääräyksiin.
2. ”Sitovuudeltaan heikommät (ehdollisesti velvoittavat), mutta sisällöltään täsmälliset normit.” Esimerkkinä Lappi-Seppälä on maininnut rikoskohtaiset rangaistusminimit, joista voidaan määräehdoin poiketa.
3. ”Ehdottomasti sitovat, mutta sisällöltään epämääräiset säännöt”, jolloin säännöstä ei ole mahdollista poiketa sen sisällön tultua selvitettyksi. Esimerkkinä Lappi-Seppälä on maininnut syyntakeettomuuden tai hätävarjelun oikeudellisen vaikutuksen.
4. ”Sitovuudeltaan heikommät ja sisällöltään epämääräiset normit.” Esimerkkinä Lappi-Seppälä on viitannut seuraamuksen lajivalintaa koskeviin normeihin.

Myös Aulis Aarnio on oikeusteoreettissa teoksessaan vuodelta 1989 yksiselitteisesti erottanut oikeusnormien joukossa säännöt ja periaatteet. Dworkinilaisittain *sääntöjä* joko noudatetaan tai ei noudateta. Aarnion mukaan juridisella tekstillä voi olla useampia merkityksiä (tulkintoja), joista jokainen vastaa jotakin sääntöä, ja tapaukseen sovellettavaksi valittua sääntöä on tuossa tilanteessa noudatettava.⁵⁵ *Oikeusperiaatteet* puolestaan voidaan Aarnion mukaan nähdä ”toimintastandardeiksi, joille ei ole luonteenomaista joko/tai-luonne niin kuin säännöille”.⁵⁶ Kun sääntöjen ollessa kollisiossa toinen niistä jää soveltamatta ja ikään kuin ajautuu ”oikeusjärjestyksen ulkopuolelle”, johtaa periaatteiden kollisio niiden

⁵¹ Makkonen 1981, s. 209.

⁵² Lappi-Seppälä 1987, s. 21.

⁵³ Lappi-Seppälä 1987, s. 21.

⁵⁴ Lappi-Seppälä 1987, s. 26–27.

⁵⁵ Aarnio 1989a, s. 78–79. Todettakoon, että toisessa yhteydessä Aarnio on esittänyt kriittisiä näkökohtia ehdottomasta sääntö-periaate-erittelystä. Ks. tästä Aarnio 1989c. Ks. myös Lappi-Seppälä 1987, s. 21, joka on todennut säännöstä poikkeamista ehdottavalla olevan ”raskas argumentointitaakka”, mutta jos poikkeaminen katsotaan sallituksi, se ei kumoa sääntöä.

⁵⁶ Aarnio 1989a, s. 79.

soveltamiseen ”enemmän tai vähemmän”.⁵⁷ Lakipositivismia edustanee Aarnion toteamus, että useimmiten oikeusperiaatteet ”vaikuttavat tapaan, jolla sovellettavat oikeussäännöt valitaan ja täsmennetään” ja ainoastaan poikkeuksellisesti jokin tapaus ratkaistaan suoraan oikeusperiaatteen nojalla.⁵⁸ Samoin hän on myöhemmässä kirjoituksessaan arvioinut myös perusoikeuksien vaikutuksen. Suoran sovellettavuuden sijaan ne toimivat useimmiten laintulkinnan lisäargumentteina.⁵⁹

Hannu Tolosen esityksessä vuodelta 1989 todetaan, että ”oikeusjärjestys aina sisältää harkinnanvaraisia ja arvostuksiin perustuvia elementtejä. Se on *sekä* yksiselitteisten sääntöjen joukko *että* harkinnanvaraisten periaatteiden systeemi.”⁶⁰ Tolosen myöhempien tekstien mukaan periaatteita voidaan käyttää ”käyttäytymistä ohjaavina standardeina, oikeudenmukaisuutta luovina ja ylläpitävinä maksimeina sekä esitysteknisinä peukalosääntöinä”. Standardien osalta Tolonen näyttäisi viittaavan jonkinlaiseen tapaan luovaan vaikutukseen, kun taas periaatteiden rooli peukalosääntöinä viittaa enemmän systematisoivaan ja tyypittelevään tehtävään. Maksimi viittaa puolestaan periaatteiden moraaliseen ulottuvuuteen.⁶¹

Oikeuslähdeopin perusteoksessaan vuodelta 2003 Tolonen on erotellut säännöt ja periaatteet voimassaolon, soveltamisen ja ristiriidan perusteella. Sääntöjen *voimassaolo* perustuu muodolliseen oikeusauktoriteettiin – tyypillisesti lainsäädäntöön –, jonka nojalla säännön voimassaolo on yleensä yksiselitteistä ja ehdotonta. Periaatteille ei tällaista auktoriteettia pystytä aina osoittamaan, vaan niiden voimassaololle on tyypillistä eri lähteistä saatava institutionaalinen tuki, jonka seurauksena muodostuu ehdottomien rajojen sijasta sisällöllisiä ”vyöhykkeitä” tai ”skaaloja”. Myös *voimassaolon ajallisessa ulottuvuudessa* on eroja. Sääntöjen voimaantulo voidaan usein sitoa tiettyyn hetkeen, kun taas periaatteet kehittyvät tyypillisesti ajan myötä. Periaatteen voimassaolon suhteellisuus ja harkinnanvaraisuus on osin johdettavissa niiden sisällön tulkinnanvaraisuudesta.⁶² Säännön ja periaatteen *soveltamisessa* on havaittavissa samantyyppinen ero. Säännöt ovat soveltamisalallaan ehdottomia ja lopullisia. Tolosen sanoin, ”[j]os sääntöä ei sovelleta sen ydinalueella, ei voida puhua voimassaolevasta säännöstä.” Periaatteiden osalta niiden soveltamisalaa ei voida samanlaisella ehdottomuudella määrittää, vaan on tyytyminen määrittämään seikkoja, joista niiden sovelta-

⁵⁷ Aarnio 1989a, s. 80. Ks. myös Tolonen 1989, s. 343.

⁵⁸ Aarnio 1989a, s. 99. Rikosoikeuden uudessa yleisten oppien perusteoksessa Frände on todennut periaatepunninnalla tarkoitettavan lakitekstin merkityksen määrittämistä taustalla olevien periaatteiden avulla, jolloin Fränden mukaan ”[p]ainavin periaate määrää tulkinnan tuloksen.” Ks. tästä Frände 2012, s. 50.

⁵⁹ Aarnio 2011, s. 84–86.

⁶⁰ Tolonen 1989, s. 344.

⁶¹ Tolonen 2003, s. 49–50. Toisaalla oikeuslähdeopin perusteoksessaan Tolonen on määritellyt oikeusperiaatteen yksinkertaisesti ”väljäksi normiksi, joka jättää soveltajalleen *harkintavaltaa* ja johon liittyy *arvostuksia ja arvoja*”. Ks. tästä Tolonen 2003, s. 39.

⁶² Tolonen 2003, s. 45–46.

minen on riippuvaista.⁶³ Kolmas ero sääntöjen ja periaatteiden välillä ilmenee normikollisiotilanteissa. Sääntöjen *ristiriidat* poistetaan hyödyntäen *lex specialis derogat legi generali*, *lex superior derogat legi inferiori* sekä *lex posterior derogat legi priori* -periaatteita, jotka ovat luonteeltaan puhtaan formaalisia eivätkä ota huomioon lain sisältöä tai merkitystä. Periaatteiden sinänsä varsin yleiset ristiriidat ratkaistaan eri tavalla. Näihin tilanteisiin sisältyy aina harkinnanvaraisia elementtejä, mutta Tolosen mukaan kyseessä ei kuitenkaan ole täysin tilannekohtainen ratkaisu, vaan ratkaisujen tueksi voidaan esittää tiettyjä tyypillisiä piirteitä.⁶⁴ Juuri näiden tyypillisten piirteiden avulla oikeustiede voi määrittää erilaisia esimerkiksi standardeiksi tai peukalosäännöiksi nimitettäviä näkemyksiä konkreettisten tilanteiden ratkaisutavoista. Oikeustieteen periaatteille tarjoama institutionaalinen tuki johtaa luonnollisesti myös siihen, että periaatteiden edustamat arvot tulevat myös konkreettisessa tilanteessa asetettavaksi järjestykseen.⁶⁵

Tolonen on jo vuonna 1989 erityisesti Dworkinia mukaillen liittänyt yhteiskuntapolitiittiset tavoitteet osaksi sääntö-periaate-keskustelua. Tolosen mukaan *oikeus ja moraali -dikotomiassa* periaatteet väljinä ja harkinnanvaraisina normeina voidaan laajasti ymmärrettynä sijoittaa moraalin ryhmään, jolloin oikeutta edustavat ainoastaan säännöt (säännöt vs. periaatteet ja tavoitteet). *Oikeus ja yhteiskuntapolitiikka -dikotomiassa* periaatteet puolestaan suppeasti ymmärrettynä kuuluvat oikeus-ryhmään (periaatteet ja säännöt vs. tavoitteet).⁶⁶ Ensimmäistä erottelua voidaan viedä pidemmälle tekemällä ero moraalisten ja oikeudellisten periaatteiden välillä. Tolosen mukaan oikeus on institutionaalista moraaliala, minä seurauksena myös oikeudelliset periaatteet ovat ”tiettyjen institutionaalisten ehtojen rajoittamia ja ohjaamia”. Haasteeksi jää mainittujen institutionaalisten ehtojen määrittäminen.⁶⁷ Tolonen on maininnut mahdollisina institutionaalisen

⁶³ Tolonen 2003, s. 46. Tolosen mukaan ”[j]oidenkin normien tulkinnallinen yksiselitteisyys on välttämätön oikeuden ennustettavuuden ja oikeusvarmuuden kannalta”.

⁶⁴ Tolonen 2003, s. 47–49. Ks. myös Tolonen 1989, s. 351 ja Tolonen 2003, s. 107–109. Huovilan 2005, s. 50 mukaan periaatteet ”joutuvat yleisluontoisuutensa johdosta jatkuvasti ristiriitaan eri sovelletustilanteissa”. Ks. myös Määttä 2013 (erit. s. 176–186), jossa kirjoittaja on esittänyt, että *lex specialis* voisi tulla hyödynnettäväksi valintasäännön lisäksi myös ensijaisuusperiaatteena (tulkintaperiaatteena), jolloin ”erityislain säännökset ovat ensisijaisia suhteessa yleislakiin, mutta yleislaki voi täydentää erityislakia”. Näin ymmärrettynä *lex specialis* on jännitteisessä suhteessa olevien säännösten merkityssisältöjen täsmentämiseen pyrkivä argumentaatiomalli. *Yhteensovittamismallille* (erotettuna *ristiriitamallista*) ominaisten yhteensovittamiskäytännöjen jälkeenkin voidaan tuki päättyä tilanteeseen, jossa todetaan säännösten olevan ristiriidassa, mutta tämä on viimeisijainen vaihtoehto. Kiteyttäen yhteensovittamismalli korostaa sisällöllistä koherenssia loogisen konsistenssin sijasta. *Lex specialis* -argumentin suhteesta rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteen seen ks. erit. Määttä 2013, s. 191.

⁶⁵ Ks. Tolonen 2003, s. 133.

⁶⁶ Tolonen 1989, s. 342.

⁶⁷ Tolonen 1989, s. 351. Ks. myös Tolonen 1989, s. 379, Tuori 2000, s. 200 ja Siltala 2004, s. 358.

tuen lähteinä lain selvät säännökset, oikeuskäytännön, lakien esityöt ja oikeustieteen.⁶⁸

Raimo Siltalan jaottelussa *välittömällä* institutionaalisella tuella tarkoitetaan lainsäätäjän ja joissakin tapauksissa myös tuomioistuinratkaisujen vaikutusta, kun taas *välillinen* institutionaalinen tuki voi hänen mukaansa ilmetä lainsäädännön johdantolauseiden, lainvalmisteluaineistosta ilmenevän ”yleisen lainsäädäntöideologian”, tuomioistuini- ja viranomaisratkaisujen perustelujen ja jossain määrin myös tavanomaisoikeudellisten käytäntöjen muodossa. Eräiden oikeusperiaatteiden ratkaisuarvo voi olla johdettavissa myös kansainvälisestä aineksesta, kuten EIT:n ratkaisukäytännöstä ilmenevistä yleisistä oikeusohjeista.⁶⁹

Jälkimmäinen erottelu periaatteiden ja tavoitteiden välillä voidaan perustaa dworkinilaisittain *individuaalisten oikeuksien teesille* ja *yleistettävyysteesille*. Ensimmäisellä on tarkoitettu viranomaistoimista riippumattomia kansalaisten oikeuksia, jotka – ainakin Tolosen tekstiin sisältyvien esimerkkien perusteella – näyttäisivät olevan varsin pitkälle rinnastettavissa joihinkin keskeisiin perusoikeuksiin, kuten klassisiin vapausoikeuksiin ja rikosoikeudelliseen taannehtivuuskieltoon. Tolonen ei itse ole katsonut individuaalisten oikeuksien teesiä toimivaksi eikä todellisuutta vastaavaksi,⁷⁰ mutta kuten tulemme huomaamaan, perus- ja ihmisoikeuksien – tosin huomattavasti klassisia liberaalisia vapausoikeuksia laajemmin ymmärrettyinä – merkitys on kasvanut huomattavasti siitä, mitä se oli Tolosen kirjoittaessa. Pidänkin mahdollisena, että tavoitteiden kumpuaminen nykyaikaisesti ymmärrettyjen perus- ja ihmisoikeuksien joukosta erottaa oikeuden yhteiskuntapolitiikasta.⁷¹

Dworkin näyttäisi kytkeneen rikosoikeudellisesti mielenkiintoisella tavalla individuaaliset oikeudet niihin oikeuksiin, joihin kohdistuvien rikkomusten kriminalisointiin voidaan valtiolla katsoa olevan velvollisuus: *”Someone has a competing right to protection, which must be weighed against an individual right to act, if that person would be entitled to demand that protection from his government on his own title, as an individual, without regard to whether a majority of his fellow citizens joined in the demand.”*⁷²

⁶⁸ Tolonen 2003, s. 42–43. Ks. myös Siltala 2004, s. 395–396 ja 492–493. Siltala on Dworkiniin viitaten nostanut institutionaalisen tuen rinnalle myös *yhteisöllisen hyväksynnän* vaatimuksen.

⁶⁹ Siltala 2004, s. 496. Muiden toimijoiden kuin tuomioistuinten käytännössä muodostuneen tavanomaisen oikeuden merkityksestä ks. myös Jareborg 2001, s. 104.

⁷⁰ Tolonen 1989, s. 353–358. Ks. myös Tolonen 1989, s. 376 ja yleistettävyydestä (*consistency*) Dworkin 1978, s. 88 ja 121.

⁷¹ Tolonenkin näyttäisi ennakoineen tällaista mahdollisuutta. Ks. tästä Tolonen, 1989 s. 376. Tähän suuntaan viittaa myös Tuorin toteama siitä, että ”vastavuoroisesta perustelusuhteesta” huolimatta yksilölliset ja kollektiiviset hyvät on erotettava toisistaan. Ks. tästä Tuori 2000, s. 201.

⁷² Dworkin 1978, s. 194.

Tolonen on hyväksynyt Dworkinin yleistettävyysteesin, vaikka sekään ei Tolosen mukaan voi tuottaa ehdotonta eroa. Tolonen on itse muotoillut tämän teesin muotoon ”relevantilla tavalla samanlaisia tapauksia on kohdeltava samanlaisella tavalla”. Kyse ei kuitenkaan ole tietynsisältöisestä samanlaisen kohtelun vaatimuksesta⁷³, vaan ”[j]ohdonmukaisuuden postulaatti koskee sen institutionaalisia ja täsmentäviä alakriteereitä, kuten oikeuskäytännön luomia sääntöjä siitä, missä määrin avioehtosopimuksia voidaan kohtuullistaa”.⁷⁴ Yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin tällainen yleistettävyys ei suoranaisesti sovellu, vaan asetetut tavoitteet voivat olla yksittäistapauksellisia, kuten määrärahapäätös valtion budjetissa.⁷⁵ Mikäli ymmärrän Tolosta oikein, yleistettävyysteesin ehdottomuutta lieventää se, että tavoitteet voivat liukua oikeusjärjestyksen sisälle, jolloin rajanvedosta muodostuu ”lopulta institutionaalinen arvoratkaisu, jonka tekemiseen lainsäätäjä, lainsoveltaja ja oikeustiede ottavat osaa”.⁷⁶ Molemmissa dikotomioissa ratkaiseva rajanveto, joka siis on samanaikaisesti sekä suhteellinen että merkittävä, näyttäisi muuttuvan institutionaalisen tuen luonnetta koskevaksi ennemminkin *oikeuslähdeopilliseksi* kysymykseksi siitä, ”mitkä oikeusnormit vallitsevat ja mikä on niiden sisältö”.⁷⁷

Jaakko Jonkan väitöskirjasta vuodelta 1991 on löydettävissä joitakin kriittisiä arvioita sääntö-periaate-jaottelusta. Hän ei muun muassa ole ollut vakuuttunut siitä, millä tarkkuudella ja miten johdonmukaisesti mainittu jaottelu on kansallisen oikeusjärjestyksemme osalta vietävissä lävitse.⁷⁸ Jonkka on päätenyt kiteyttämään periaatteiden roolin kanavaksi, ”joka tuo arvot/tavoitteet lainkäyttötason oikeudelliseen argumentointiin.” Jonkan ajattelussa periaatteet ovat nimenomaan alexylaisittain optimointikäskyjä, jolloin oikeusperiaatetta on pidettävä käskynä toteuttaa periaatteen taustalla olevat arvot ja tavoitteet ”niin täydellisesti kuin se oikeudellisten ja tosiasiallisten rajoitusten puitteissa on mahdollista”. Periaatteen toteutuminen saattaa tapahtua myös siten, että ne täydentävät tai täsmentävät sääntöluonteisia normeja.⁷⁹ Jonkka on kiteyttänyt periaatteiden merkitystä toteamalla, että ”oikeusperiaatteet osoittavat sen, mitä arvoja / tavoitteita ratkaisunsteossa pitää optimoida ja samalla ne ovat mittapuita, joita vasten ratkaisuvaihtoehtojen seurausten haitallisuutta/tavoiteltavuutta on arvioitava, jotta ky-

⁷³ Tolonen 1989, s. 358–360.

⁷⁴ Tolonen 1989, s. 362.

⁷⁵ Ks. Tolonen 1989, s. 362.

⁷⁶ Tolonen 1989, s. 363–364.

⁷⁷ Ks. Tolonen 1989, s. 364–365 ja 379–381. Ks. myös Virtanen 2004, s. 1054.

⁷⁸ Jonkka 1991, s. 163.

⁷⁹ Jonkka 1991, s. 164–167. Myös Jonkan ajattelussa periaate tunnustetaan oikeusjärjestykseen kuuluvaksi sen esimerkiksi lainvalmisteluasiakirjoista, oikeuskäytännöstä ja oikeustieteestä saatavan institutionaalisen tuen perusteella.

seessä olisi juuri oikeudellinen arviointi”.⁸⁰ Eri suuntaan vievien seikkojen punninnan lopputuloksena lainsoveltajan käyttöön muodostuu sääntötyyppinen tapaukseen sovellettava normi.⁸¹ Oikeustieteen harjoittamisen näkökulmasta ymmärrän tämän tarkoittavan sitä, että tutkimuksen tavoitteena voi nimenomaan olla sääntötyyppisten standardien muovaaminen periaateluontoisista normeista.⁸²

Jonkkakin on viitannut periaatteiden ja tavoitteiden erotteluun. Hänen mukaansa tavoiteperusteilla viitataan johonkin yleiseen, jopa koko yhteiskunnan kannalta arvokkaaseen tai hyödylliseen päämäärään, kun taas arvot (arvoperusteet) viittaavat ennemminkin yksilön tai jonkin ryhmän arvoihin tai oikeuksiin. Jonkan mukaan erottelua ei liene mahdollista eikä tarpeenkaan viedä loppuun asti, mutta rikosoikeuden näkökulmasta on joka tapauksessa tärkeä havaita arvotavoite-erottelun liityntä rikosoikeuden sisäiseen jännitteeseen yksityisen ja julkisen edun välillä.⁸³ Lainkäyttäjän tehtäväksi jää lainsoveltamistilanteessa kuvattujen arvojen ja tavoitteiden välisen jännitteen purkaminen. Sinänsä realistisesti Jonkka on todennut, että tulkintakannanottoihin sisältyy aina arvokannanottoja, mutta nämä kannanotot tulisi kiinnittää subjektiivisten, yksilöllisten arvostusten sijasta oikeusjärjestyksen ja yksittäisen oikeudenalan arvo- ja tavoiteperiaatteisiin. Ratkaisutoiminnan uskottavuuden kannalta ratkaisevaksi muodostuu ”perustelujen avoimuus ja tämän mahdollistama hyväksyttävyyсарviointi”.⁸⁴

Martin Scheinin on väitöskirjassaan lähestynyt ihmisoikeusnormien vaikutusta perinteisemmän suora sovellettavuus/tulkintavaikutus -jaottelun sijasta juuri sääntövaikutus/periaatevaikutus -jaottelun avulla. Scheininin näkemykset normien sääntö–periaate-olemuksesta noudattelevat edellä selostetun oikeudellisen keskustelun keskeisiä piirteitä. Sääntökonfliktit ratkaistaan tyyppillisesti muodollisin perustein (esimerkiksi *lex specialis*), kun taas periaatekollisiot ratkaistaan aineellisin perustein. *Periaatteet* ovat hänelle alexylaisittain *optimointikäskyjä*, joiden mukaan jotakin oikeushyvä on toteutettava niin pitkälle kuin mahdollista. Kollisiotilanteessa on etusija annettava sille periaatteelle, jonka painoarvo kyseisessä tilanteessa on suurempi. Väistyväkään periaate ei menetä merkitystä, vaan sitäkin tulee pyrkiä optimoimaan vahvemman periaatteen ja muiden olo-

⁸⁰ Jonkka 1991, s. 170.

⁸¹ Jonkka 1991, s. 168–170.

⁸² Vrt. tältä osin Alexyn näkemykset tämän jakson alaviitteessä 44.

⁸³ Jonkka 1991, s. 158–159.

⁸⁴ Jonkka 1991, s. 159.

suhteiden sallimissa rajoissa.⁸⁵ Sääntö–periaate-keskustelun erityispiirteitä kansainvälisten oikeuslähteiden kontekstissa arvioidaan tarkemmin myöhemmin.

Raimo Siltala on väitöskirjassaan vuodelta 2004 hyödyntänyt vielä hienojakoisempaa erittelyä sääntöjen ja periaatteiden osalta. Tältä osin tyydyn kiinnittämään huomiota seuraaviin aiemmin lausuttua täydentäviin ja oman tutkimukseni kannalta relevantteihin näkökohtiin. Siltalan mukaan oikeussääntöjen osalta on aiheellista huomata, että niiden ratkaisuarvo (oikeudellinen päätöksentekosivu) on suuri, mutta niiden soveltaminen edellyttää yksittäistapauksessa tulkintaa ja systematisointia. Toisaalta koska säännöt ovat arvo- ja tavoiteperusteista irtautuneita ja itsenäistyneitä, niitä ei ole tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi välttämätöntä palauttaa mainittuihin taustalla vaikuttaviin perusteisiin.⁸⁶ Oikeusperiaatteiden ratkaisuarvo puolestaan on sääntöjä heikompi ja⁸⁷

”niiden soveltaminen yksittäiseen oikeustapaukseen edellyttää oikeusperiaatteiden arvosidonnaista *punnintaa* ja *keskinäistä tasapainottamista*, jolloin yksittäisen oikeusperiaatteen suhteellinen painoarvo on määritettävissä vain suhteessa sen ilmentämiin yhteiskunnallisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin sekä muiden asiaan vaikuttavien periaatteiden vastaaviin yhteiskunnallisiin taustaperusteisiin”.

Oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien soveltaminen on vahvasti tilannesidonnaista eikä niiden oikeudellinen ratkaisuarvo Siltalan mukaan ”ole kuin enintään rajoitetusti yleistettävissä koskemaan myös muita oikeudellisesti samankaltaisia tapauksia”.⁸⁸

Merkittävää on, että Siltalan mukaan oikeusperiaatteet voivat ajan myötä muuttua oikeussäännön tyyppisiksi normeiksi.⁸⁹ Toisaalta oikeusperiaatteet saattavat menettää asemansa oikeudellisena periaatteena tai ratkaisustandardina. Näin on Siltalan mukaan tapahtunut uskonnollisille arvoille, jotka ovat viimeisen puolen vuosisadan aikana menettäneet oikeudellista ratkaisuarvoaan. Instituutionaalisen tuen rapautuessa kehityksen ääripäänä on periaatteen muuttuminen subjektiiviseksi arvoksi.⁹⁰ Vastavuoroisesti on mahdollista, että ”ei-oikeudellinen arvoperiaate tulee ’sisään’ oikeuteen asianmukaisen oikeudellisen diskurssin seurauksena”.⁹¹

⁸⁵ Scheinin 1991, s. 29–31. Ks. myös Scheinin 2012, s. 137–138, jossa kirjoittaja on todennut perusoikeussäännösten välisten aitojen sääntökonfliktitilanteiden olevan äärimmäisen epätodennäköisiä.

⁸⁶ Siltala 2004, s. 360. Ks. myös Siltala 2004, s. 363 ja 490–491.

⁸⁷ Siltala 2004, s. 360–361. Siltala on kuvannut suhdetta yhteiskunnallisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin termillä *rakenteellinen aksiologia*.

⁸⁸ Siltala 2004, s. 363.

⁸⁹ Siltala 2004, s. 495.

⁹⁰ Siltala 2004, s. 497.

⁹¹ Aarnio 1989c, s. 120.

Samoin sääntöluonteen saavuttaneet normit saattavat menettää sääntöominaisuuteen liitettäviä piirteitä, jos niiden oikeudellinen merkitys ja institutionaalinen tuki onnistuneesti riitautetaan. Näin tapahtui Siltalan mukaan Suomen Euroopan ihmisoikeussopimukseen liittymisen ja perusoikeusuudistuksen yhteydessä, jolloin monet oikeudelliset sääntöluonteiset ratkaisutilanteet muuttuivat monimutkaisiksi periaatteiden punnintatilanteiksi.⁹² Siltala näyttäisikin soveltavan eräänlaista liukuvaa asteikkoa, jonka toisessa ääripäässä on sääntöformalismi ja toisessa muun muassa moraaliset ja subjektiiviset periaatteet sekä muut reaaliset argumentit. Materiaaliset, oikeudelliset periaatteet sijoittuvat näiden välimaastoon.⁹³

Jakson päätteeksi on syytä vielä viitata Mika Huovilaan, joka on asettanut sääntö–periaate-dikotomiaa vastaamaan *tulkinta–punninta-dikotomian*. Hänen mukaansa oikeussäännöt ovat normeja, joita tulkitaan, ja periaatteet oikeusnormeja, joita punnitaan.⁹⁴ Yksinkertaistus herättää väistämättä kysymyksen, eikö periaatteita lainkaan tulkita, mutta oltiinpa tästä mitä mieltä tahansa, on Huovila epäilemättä oikeassa liittäessään periaatteiden merkityksen lisääntymisen oikeudellisissa ratkaisutoiminnassa Suomen liittymiseen EIS:ään, perusoikeusuudistukseen ja perustuslakiuudistukseen (esimerkiksi perustuslain 106 §:n säätäminen).⁹⁵ Huovilan mukaan ”punnintaan ja välittömään normatiiviseen argumentointiin soveltuvat periaatteet ovat joko suoraan perus- tai ihmisoikeusperiaatteita tai näiltä suhteellisen suoraan justifikaationsa saavia oikeudenalakohtaisia periaatteita”.⁹⁶

4.3 SÄÄNNÖT JA PERIAATTEET KANSAINVÄLISESSÄ KONTEKSTISSA

Sekä perus- että ihmisoikeusnormit voivat olla joko periaatteen tai säännön luonteisia. Toisaalta samaan perus- tai ihmisoikeusnormiin saattaa sisältyä sääntöluonteisia ja periaateluonteisia elementtejä.⁹⁷

⁹² Siltala 2004, s. 497–498. Toisena esimerkkinä hän on maininnut eri yhteiskuntaryhmiä suosivaan erityiskohteluun turvautumisen.

⁹³ Ks. Siltala 2004, s. 498–500. Samansuuntaisesti ks. myös Aarnio 2011 s. 82 – 83.

⁹⁴ Huovila 2005, s. 47–48. Ks. myös Huovila 2005, s. 90. Huovila on liittänyt periaatteiden punninnan nimenomaan *common law* -maiden oikeudenkäytön keskeiseksi piirteeksi.

⁹⁵ Huovila 2005, s. 48–49.

⁹⁶ Huovila 2005, s. 50 av. 112.

⁹⁷ Scheinin 1991, s. 32.

Yhtenä esimerkkinä perus- ja ihmisoikeusnormin *sääntövaikutuksesta* lainsoveltamistilanteessa Scheinin on maininnut KP-sopimuksen 14.4.g artiklan itsekriminointisuojan. Hänen mukaansa mainittu normi vaikuttaa joko/tai-ratkaisuun yksittäistapauksessa.⁹⁸ *Periaatevaikutuksesta* soveltamistilanteessa hän on maininnut esimerkkinä ihmisoikeussopimusten vaikutuksen tuolloin voimassa olleen ulkomaalaislain 14 §:n mukaisessa karkotuspäätöksen kokonaisharkinnassa.⁹⁹

Vaikka oikeusnormin periaatevaikutus ei Scheininin mukaan olekaan yhtä ”suoraa” kuin sääntövaikutus, kyse ei hänen mukaansa kuitenkaan ole tulkintavaikutuksesta. *Tulkintavaikutuksesta* Scheininin mukaan on sitä vastoin kyse oikeusjärjestyksen ulkopuolisten *standardien* vaikutuksessa. Oikeusjärjestyksen ulkopuolisia standardien lähteitä, joita ei ole saatettu valtionsisäisesti voimaan, ovat muun muassa toisen valtion oikeusjärjestykseen kuuluvat normit, valtiota kansainvälisesti velvoittavat normit ja kansainvälisen järjestön piirissä syntyneessä asiakirjassa ilmaistut moraalinnormit. Standardit eivät ole oikeusnormeja, kuten säännöt ja periaatteet, mutta yksittäisessä säännön tai periaatteen soveltamistilanteessa niillä voi kuitenkin olla sääntövaikutus tai periaatevaikutus. Vaikutus voi olla niin voimakas, että se ratkaisee sääntöluonteisten normien konfliktin tai yksittäisen oikeustapauksen antamalla kansalliseen lakiin sisältyvälle avoimelle termille sisällön.¹⁰⁰ Scheinin on maininnut YK:n ihmisoikeuksien yleismaailmallisen julistuksen esimerkkinä asiakirjasta, jolla voi Suomessa olla kuvattua standardivaikutusta.¹⁰¹

Standardivaikutuksen kautta myös oikeudellisesti sitomaton oikeusjärjestyksen ulkopuolinen *soft law* -aines voi muuttua *osaksi oikeusnormia* ja olla siten sovellettavissa *säännön* tai *periaatteen* osana.¹⁰² Rosas on maininnut standardeja ilmentävän *soft law*’n vaikutustavaksi juuri tulkintavaikutuksen, joka ilmenee muun muassa standardien vaikutuksena ”yleisten oikeusperiaatteiden hahmotta-

⁹⁸ Scheinin 1991, s. 37–38.

⁹⁹ Scheinin 1991, s. 38.

¹⁰⁰ Scheinin 1991, s. 38–41 ja 52. Säännöistä ja periaatteista poiketen standardi ei ole suoraan sovellettavissa, koska kyse ei ole oikeusjärjestykseen kuuluvasta normista, vaan standardeilla on suora sovellettavuus/tulkintavaikutus -jaottelussa ainoastaan tulkintavaikutusta. Ks. myös Scheininin (1991, s. 125) oikeusvertailevat havainnot standardivaikutuksesta.

¹⁰¹ Scheinin 1991, s. 189. Standardeja ovat myös ihmisoikeussopimuksiin tehtyjen varaumien kattamat sopimusmääräykset. Ks. tästä Scheinin 1991, s. 305. Ks. myös Green – Ward 2007, s. 721, jossa ihmisoikeusstandardien vaikutusta on kuvattu spiraalimallin avulla. Sitomattomankin ihmisoikeusstandardit saattavat saada mm. kansalaisjärjestöjen toiminnan ja siihen kytkeytyvän laajan julkisuuden avulla niin suurta painoarvoa, että imagonsa ylläpitämiseksi ja häpeän välttämiseksi politiikan eliitit päätyvät noudattamaan mainittuja normeja. Näin tapahtuvat ”taktiset myönnetykset” vahvistavat edelleen standardien painoarvoa, kunnes niiden voidaan katsoa institutionaalisoituneen.

¹⁰² Scheinin 1991, s. 43. Ks. myös kaaviot Scheinin 1991, s. 55 ja 56 sekä Lavapuron (2010b, s. 271) kommentit Scheininin näkemyksistä.

misessa ja kirjoitetun oikeuden tulkittamisessa”.¹⁰³ Pekkanen vaikuttaisi käyttäneen standardin käsitettä hieman eri tarkoituksessa todetessaan, että Euroopan ihmisoikeussopimuksen ”sopimusmääräykset ovat pääosin luonteeltaan oikeudellisia standardeja eivätkä täsmällisiä oikeusnormeja”. Standardeilla asetetaan hänen mukaansa määrättyjä tavoitteita määrittämättä kuitenkaan tavoitetasoja tai keinoja tavoitteiden saavuttamiseksi.¹⁰⁴ Muotoilu näyttäisi liittävän standardi- ja periaatevaikutuksen toisiinsa ja toisaalta kytkevän oikeusnormeihin erityisesti sääntövaikutuksen. Ojansen mukaan nimenomaan tulkintavaikutus (ns. ihmisoikeusmyönteinen tulkinta), joka näkökulmasta riippuen voi olla sitomattomiin standardeihin liittyvää tulkintavaikutusta tai sitoviin periaatteisiin liittyvää periaatevaikutusta, on tullut keskeiseksi ihmisoikeussopimusten hyödyntämistavaksi suomalaisissa tuomioistuimissa.¹⁰⁵

Ojansen on katsonut tuomioistuinten ihmisoikeussopimusten soveltamiselle tyypilliseksi piirteeksi eräänlaisen negatiivisen ulottuvuuden eli pyrkimyksen varmistua siitä, että ihmisoikeusvelvoitteita ei rikota. Heikommaksi on sitä vastoin hänen mukaansa jäänyt ihmis- ja perusoikeuksien minimitasoa pidemmälle ulottuva edistäminen. Hänen mukaansa perusteltua olisikin pyrkiä ensin määrittämään ihmisoikeussopimusten asettama minimitaso ja sitten etsiä oikeuksia vielä paremmin toteuttavia ratkaisumalleja perustuslain nojalla.¹⁰⁶ Toisaalta tulkintavaikutuksellakin on rajansa. Karapuu on asetustasolla voimaansaattetun TSS-sopimuksen osalta katsonut, ettei virkakoneistolla ole ko. sopimuksen nojalla oikeutta tai velvollisuutta luoda itsenäisiä uusia oikeuksia. Ylimmillä valtioelimillä tällainen velvollisuus saattaa olla suoraan kansainvälisten sopimusten velvoittamana, mutta virkakoneiston osalta tehtäväksi jää ihmisoikeuksien edistäminen olemassa olevan säännöskehikon ”puitteissa ja puitteita laajentaen”.¹⁰⁷

Scheinin on väitöskirjassaan käyttänyt myös *normifragmentin* käsitettä, jolla hän viittaa tilanteisiin, joissa sääntö tai periaate ei ole palautettavissa yhteen säännökseen tai määräykseen, vaan ”sovellettava oikeusnormi koostuu useammista normilauseista kerättävistä fragmenteista”. Yksi normilause voi sisältää erilaisia normifragmentteja. Perus- ja ihmisoikeuksien osalta tämä tarkoittaa sitä, että

¹⁰³ Rosas 1993, s. 28.

¹⁰⁴ Pekkanen 1991, s. 354.

¹⁰⁵ Ojansen 2005, s. 1216. Ks. myös Pellonpää et al. 2012, s. 67–76.

¹⁰⁶ Ojansen 2005, s. 1218–1220. Samoin Lavapuro 2010b, s. 173–175. Hieman yllättäen Hallberg on ”Perusoikeudet”-teoksessa todennut ihmisoikeussopimusten määrittävän muun ohessa kansainvälisesti perusoikeuksille *tavoitellun tason*. Ks. tästä Hallberg 2011, s. 35. Myös perusoikeuskomitea KM 1992:3, s. 47 totesi kansainvälisten ihmisoikeussopimusten määrittävän ”perusoikeusudistukselle kansainvälisesti hyväksytyn *nykyaikaisen tason*”. (Kursivointi tässä.) Ks. myös Ojansen – Scheinin 2011a, s. 192–193. Kirjoittajien mukaan vaikuttaisi siltä, että suomalaiset tuomioistuimet ovat käytännössäkin mieltäneet EIS:n velvoitteet lähinnä tavoitetasoksi eikä vähimmäistasoksi. Samoin Tuori – Lavapuro 2011, s. 817. Viimeksi mainitut ovat esimerkkinä viittaneet ratkaisuun KHO 2009:22.

¹⁰⁷ Karapuu 1988, s. 86–87.

vaikka ihmisoikeussopimuksen yksittäinen määräys ei ole luonnehdittavissa säännöksi, voi se yhdessä oikeusjärjestyksen muiden osien kanssa muodostaa yksittäistapauksessa sovellettavan säännön.¹⁰⁸ Esimerkiksi jotkin oikeusjärjestyksen kannalta keskeiset, mutta epätäsmälliset periaatteet saattavat toimia normifragmentteina useissa oikeusnormeissa antamalla esimerkiksi sisältöä normilauseen tulkinnanvaraiselle termille. Oikeusnormin sisällön muodostaminen säännöksistä ja määräyksistä johdettavista normifragmenteista on mielekästä sekä sääntöluonteisten että periaateluonteisten normien osalta.¹⁰⁹ Eräänlaista normifragmenttiajattelua on aivan äskettäin peräänkuuluttanut Ojanen, jonka mukaan perus- ja ihmisoikeuksien vaikutus yksittäisessä ratkaisutilanteessa määräytyy dynaamisesti tapauksen erityispiirteiden mukaan, jolloin ”sovellettavan konkreettisen oikeusnormin elementtejä on usein kerättävä samanaikaisesti useista perus- ja ihmisoikeuksia koskevista säännöksistä ja määräyksistä, niitä koskeva oikeuskäytäntö mukaan lukien”.¹¹⁰

On toki mahdollista, että jokin ihmisoikeusmääräys tai perusoikeussäännös sisältää sellaisenaan normin. Normifragmenttiajatteluun sovitettuna tällöin on kyse siitä, että ko. säännös tai määräys sisältää sovellettavan konkreettisen oikeusnormin kaikki normifragmentit.¹¹¹ Tosin on varsin vaikea nimetä yhtään tällaista määräystä. Esimerkiksi – kuten tulemme myöhemmin huomaamaan – edes ehdottomina pidetyt kidutuksen sekä epäinhimillisen ja halventavan kohtelun kiellotkaan eivät näyttäisi olevan tällaisia säännöksiä.¹¹²

Mikäli olen ymmärtänyt Scheininin ajatuksia oikein, periaate- tai sääntövaikutus ja toisaalta normifragmentit eivät ole täysin toisiinsa rinnastettavia tekijöitä lopullisessa soveltamisratkaisussa. Puhuttaessa ihmisoikeussopimuksista johdettavista normifragmenteista ja niiden merkityksestä oikeusnormin (sääntö- tai periaatetyyppinen) muodostumisessa, on tarkastelukulmana *sovellettava normi ja sen muodostuminen*. Puhuttaessa sääntö-, periaate- tai standardivaikutuksesta

¹⁰⁸ Scheinin 1991, s. 34. Oikeuden säätävällä oikeusnormilla on tyypillisesti ainakin seuraavat kolme normifragmenttia: 1) tietyn subjektin suojattu oikeushyvä, 2) toisen subjektin vastaava velvollisuus kunnioittaa tai toteuttaa suojattu oikeushyvä ja 3) oikeudellinen järjestely, jolla tarvittaessa voidaan pakkotoimin toteuttaa oikeushyvä. Viimeinen näistä saattaa edellyttää muiden ulkopuolisten tahojen osallistumista.

¹⁰⁹ Scheinin 1991, s. 34–35. Ks. myös Makkonen 1981, s. 215, joka näyttäisi olevan sitä mieltä, että ainakaan oikeuden aukkotilanteissa ensimmäisessä soveltamistilanteessa ei vielä luoda käytäytymisnormia (ratkaisija ei voi luoda normia itselleen), vaan normin syntyminen tapahtuu vasta jatkuvan käytännön myötä.

¹¹⁰ Ojanen 2011, s. 448.

¹¹¹ Scheinin 1991, s. 35.

¹¹² Todettakoon jo tässä yhteydessä, että kidutuksen kiellosta johdettava *non-refoulement*-sääntö on ehdoton eikä salli minkäänlaista punnintaa. Ks. tästä Scheinin 2008, s. 200–202. Tämä ehdottomuus ei kuitenkaan ole suorassa yhteydessä *kidutuksen kiellon soveltamisalan tai kidutuksen määritelmän* ehdottomuuteen. Jos menettely on kidutusta, se on toki ehdottomasti kiellettyä.

kyse on ennemminkin *vaikutustavasta konkreettisessa lainsoveltamistilanteessa*.¹¹³ Tämä ero on toki käytännössä hyvin häilyvä, mutta normifragmenttijaattelua havainnollistaa varsin hyvin Scheininin virkarikostematiikkaan liittyvä esimerkki. RL 40 luvun 9 ja 10 §:ssä on kriminalisoitu virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin tai määräyksiin perustuvan virkavelvollisuuden rikkominen. Mikäli virkamies toimii jotakin Suomessa kansallisesti voimaan saatettua ihmisoikeussopimuksen määräystä vastaan sellaisessa tilanteessa, josta muu lainsäädäntö vaikenee, tulee hänen menettelynsä lähtökohtaisesti arvioitavaksi RL 40 luvun näkökulmasta. Esimerkki ilmentää toisaalta ihmisoikeusmääräyksen sääntövaikutusta lainsoveltamistilanteessa ihmisoikeusnormin määrittäessä, onko menettely sallittua vai ei. Toisaalta se ilmentää normin muodostumisen näkökulmasta, miten ihmisoikeusnormi muodostaa rikosoikeudellisen säännöksen yhden normifragmentin.¹¹⁴ Sen tarjoaman eritellymmän tarkastelun mahdollisuuden johdosta pidän normifragmenttijaattelua erilaisiin vaikutustapoihin keskittyvää lähestymistapaa houkuttelevampana, vaikka samalla on toki myönnettävä, että normifragmenttijaattelulla vaikuttaisi olevan käsitelainopillinen pohjavire.

4.4 YHTEENVETOA TUTKIMUKSEN TAVOITTEIDEN NÄKÖKULMASTA

Olen edellä kuvannut oikeusnormien sääntö-periaate-luonteesta käytyä keskustelua pääpiirteissään. Jakson päätteeksi on syytä erikseen arvioida, miten yleisen tason teoreettinen keskustelu niveltyy omaan tutkimukseeni. Lähtökohtaisesti poliisitoiminnalle on ominaista toimiminen lukuisten eri suuntiin vaikuttavien intressien ristipaineessa. De Roverin mukaan poliisitoiminnassa ei usein olekaan kyse ”mustan ja valkoisen erottamisesta” ja standardiratkaisujen soveltamisesta säännöllisesti toistuviin standardiongelmiin, vaan kyvystä tunnistaa lukemattomia harmaan sävyjä ja yksittäistapauksessa soveltaa lakia sen kirjaimen ja hengen mukaan.¹¹⁵

Scheinin on esimerkin avulla kuvannut, kuinka oikeudellinen ratkaisu voidaan jakaa eri vaiheisiin, joissa sovelletaan erityyppisiä normeja. Pitäen mielessä De Roverin mainitsemat poliisitoimintaan liittyvien päätöksentekoprosessien eri-

¹¹³ Scheinin 1991, s. 54.

¹¹⁴ Scheinin 1991, s. 34. Ks. myös Scheinin 1991, s. 192 ja 282–283. Viimeksi mainitussa kohdassa Scheinin on nimenomaisesti katsonut, että mitään periaatteellista estettä ei ole sille, etteikö virkamiestä voitaisi tuomita rangaistukseen ihmisoikeussopimuksen määräyksen sivuuttamisesta tai loukkaamisesta.

¹¹⁵ De Rover 1998, s. 271–272.

tyispiirteet voidaan Scheininin esimerkki muokata poliisin voimankäyttöön ja erityisesti PoL 27 §:ään soveltuvaksi esimerkiksi seuraavasti.¹¹⁶

Ensimmäisessä vaiheessa arvioidaan, onko käsillä joku PoL 27 §:n 1. momentissa mainittu peruste voimakeinojen käytölle.¹¹⁷ Ratkaisu siitä, onko voimakeinojen käytön peruste olemassa, on lähtökohtaisesti säännön soveltamista.

Toisena vaiheena ratkaistaan, millaiset voimakeinot ovat 27 §:n 2. momentissa mainittujen kriteerien valossa puolustettavia.¹¹⁸ Kyse on selkeästi punnintatilanteesta, jossa ensimmäisessä vaiheessa todetulla voimankäytön perusteella on merkitystä yhtenä punnittavista periaatteista. Käytettäessä voimaa mainitun PoL:n säännöksen tai RL:n hätävarjelua (tai pakkotilaa) koskevan säännöksen nojalla tulee huomioon otettavaksi muun muassa sekä virkamiehen että kohdehenkilön oikeus ruumiilliseen koskemattomuuteen, kohdehenkilön ikä, kohdehenkilön sukupuoli, pyrkimys nuorten ja lasten sekä mieleltään sairaiden henkilöiden suojeluun, mainittujen henkilöiden syyllisyyteen vaikuttavat seikat, yhteisön välittömät intressit (esimerkiksi kohdehenkilön muodostama uhka muille ja sen merkitys mahdollisuuteen toimenpiteistä luopumiseen), yhteiskunnan yleisempien intressien merkitys sekä kriminaalipoliittisen tason optimeina pidettävät oikeudenmukaisuus, humanisuus ja tehokkuus. Punninnassa saattavat vaikuttaa myös ihmis- ja perusoikeusnormit (periaatevaikutus), sillä vaikka viranomaisilla voi olla sellaista harkintavaltaa, joka ei ole suoraan palautettavissa oikeusnormien soveltamiseksi, on ainakin merkittävä osa harkintavallasta perus- ja ihmisoikeusnormien ohjaamaa. Ohjausvaikutus toteutuu juuri periaatevaikutuksen avulla.¹¹⁹ Nimenomaan ratkaisun toista vaihetta voidaan pitää tärkeimpänä.¹²⁰

Scheinin esimerkissä kolmantena vaiheena on sääntötyyppinen ratkaisu siitä, ryhdytäänkö toimenpiteeseen vai ei. Voimankäyttötilanteessa ratkaisu ei useinkaan ole näin selkeä, vaan tilanteen edetessä kolmannen vaiheen tekninen suoritus ja toisen vaiheen punninta limittyvät keskenään. Toki johdetuissa voimankäyttötilanteissa tilanne saattaa olla enemmänkin Scheininin esimerkin mukainen, jolloin esimerkiksi toisessa vaiheessa tehdyn punninnan seurauksena tehdään sääntötyyppinen ratkaisu ampuma-aseen käytöstä kohdehenkilöä vastaan.

Punninnan lopputuloksen kannalta merkittävää painoarvoa saattaa olla sillä, mikä merkitys punninnassa annetaan kollektiivisille hyville. Dworkinilaisessa ajattelussa individuaaliset oikeudet menevät yhteiskunnallisten tavoitteiden edelle, kun taas Alexyn ajattelussa kollektiiviset tavoitteet tulevat lähtökohtaisesti punnittaviksi ja optimoitaviksi samalla tavoin kuin muutkin periaatteet. Tähän kysy-

¹¹⁶ Scheinin 1991, s. 32–33.

¹¹⁷ ”...vastarinnan murtamiseksi, henkilön paikalta poistamiseksi, kiinniottamisen toimittamiseksi, vapautensa menettäneen pakenemisen estämiseksi, esteen poistamiseksi taikka välittömästi uhkaavan rikoksen tai muun vaarallisen teon tai tapahtuman estämiseksi...”.

¹¹⁸ ”Voimakeinojen puolustettavuutta arvioitaessa on otettava huomioon tehtävän tärkeys ja kiireellisyys, vastarinnan vaarallisuus, käytettävissä olevat voimavarat sekä muut tilanteen kokonaisarvosteluun vaikuttavat seikat.”

¹¹⁹ Ks. tästä Scheinin 1991, s. 37.

¹²⁰ Scheinin 1991, s. 33.

mykseen palataan vielä myöhemmin, mutta niin tutkimustyössä kuin lainsoveltamistyössäkin on syytä pitää mielessä Lavapuron havainto siitä, että tapaukseen soveltuvien vastaperiaatteiden ja sääntöjen vaikutuksesta ensi vaiheessa hyvin merkitykselliseltä vaikuttanut periaate saattaa jäädä vähämerkitykselliseksi tai jopa merkityksettömäksi.¹²¹

Todettakoon, että tutkimuksen aihepiiriin kuuluu myös oikeusnormeja, jotka edellä kuvatussa Lappi-Seppälän jaottelussa ovat ”ehdottomasti sitovia, mutta sisällöltään epämääräisiä sääntöjä”. Luen tähän joukkoon kidutuksen sekä epäinhimillisen ja halventavan kohtelun kiellon. Tämänäyppiset säännöt, joiden sisältö määrittyy punnintatyypisessä menettelyssä, haastavat myös Siltalan näkemyksen siitä, että säännöt ovat arvo- ja tavoiteperusteista irtautuneita ja itenäistyneitä, eikä niiden tulkinta ja soveltaminen edellytä taustalla vaikuttavien perusteiden huomioon ottamista.

Lopuksi on syytä huomauttaa, että oikeusnormin ymmärtäminen säännöksi tai periaatteeksi ei kerro juuri mitään normin sisällöstä. Normin sisältöön kohdistuvia vaatimuksia voidaan pyrkiä hahmottamaan käyttäen hyväksi Kaarlo Tuorin näkemyksiä oikeuden olemuksesta.

¹²¹ Lavapuro 2010b, s. 35. Ks. myös Aarnio 1989a s. 79–80.

5 Oikeuden olemus – Tuorin modernin oikeuden tasot

Kaarlo Tuori on käyttänyt oikeuden olemuksen kuvaamiseen kriittiseksi oikeuspositivismiksi kuvattua teoreettista viitekehystä. Sen keskeisiä piirteitä on näkemys siitä, että ”oikeus oikeusjärjestyksenä ei tyhjenny pelkästään näkyvään pintaansa”, kuten eri lähteistä löydettäviin säädöksiin ja tuomioistuinratkaisuihin. Pintatason lisäksi siihen kuuluvat myös tätä syvemmät ja ajallisesti pysyvämmät Tuorin *oikeuskulttuuriksi* ja *oikeuden syvärakenteeksi* kutsumat kerrostumat (tasot), jotka sekä luovat edellytyksiä että asettavat rajoituksia pintatason aineistolle. Juuri näihin oikeuden syvempiin kerroksiin kytkeytyy ajatus oikeuden historiallisuudesta. Historiallisuuden ulottuvuudesta huolimatta kriittinen oikeuspositivismi ymmärtää modernin oikeuden säädännäiseksi oikeudeksi eikä tunnusta ajasta ja paikasta riippumattomia luonnonoikeudellisia periaatteita.¹²²

Aikakäsityksen lisäksi myös oikeuden tasojen *tilakäsitys* on erilainen. Pintatason sääntely ja siihen kytketty oikeuspositivismi on tyypillisesti kansallisvaltion oikeutta, kun taas oikeuden *ratiota* edustavat oikeuskulttuurin taso ja oikeuden syvärakenne ulottuvat kansallisia oikeusjärjestelmiä laajemmalle alueelle. Oikeuskulttuurin tasolla on mielekästä puhua esimerkiksi romaanis-germaanisesta tai angloamerikkalaisesta oikeuskulttuurista. Oikeuden syvärakenne ulottuu alueellisesti vielä oikeuskulttuurin tasoakin laajemmalle.¹²³ Tuori on epäilemättä oikeassa todetessaan *ajan nopeutumisen* ja *tilan laajentumisen* olevan myöhäis-modernille ajalle ominaista. Oikeuden pintatason *voluntas* ei ole enää kansallisvaltion *voluntasta*, vaan kansallisvaltioiden rinnalle on tullut uudentyyppisiä ylikansallisia ”funktionaalisesti eriytyneitä” oikeusjärjestelmiä, joille saattaa muodostua oma oikeuskulttuurinsa.¹²⁴

Tuorin itsensä mukaan oikeuden jako kolmelle tasolle ei ole välttämättä ainoa oikea. Myöskään tapa, jolla hän on eritellyt oikeuden eri ainesosia eri tasolle, ei ole keskeistä. Keskeistä on Tuorin mukaan ”oivaltaa, että oikeuteen kuuluu muutakin kuin sen näkyvä pinta, että oikeus ei tyhjenny vain säädöksiin ja tuomioistuinratkaisuihin, ei edes oikeustieteen lausumilla täydennettyinä”.¹²⁵ Koska pyrkimykseni ei ole luoda uutta teoriaa eikä tutkimuksen tavoitteena ole

¹²² Tuori 2000, s. 163 ja 167. Ks. myös Tuori 2000, s. 343–344.

¹²³ Tuori 2007, s. 51–54.

¹²⁴ Tuori 2007, s. 75–76. Ks. myös Tuori 2007, s. 291–292 ja 310–311.

¹²⁵ Tuori 2000, s. 170–171.

erityisemmin määrittää oikeuden rajoja ja legitiimisyyttä, tyydyn seuraavassa lyhyesti kuvaamaan ja valikoiden kommentoimaan Tuorin tapaa sijoittaa oikeuden eri ainesosia eri tasoille sekä eri tasojen välisiä vaikutussuhteita.

5.1 OIKEUDEN TASOT

Oikeuden alati muuttuvan *pintatason ainesosista* tärkeimpiä ovat lait ja muut säädökset, tuomioistuinratkaisut ja oikeustieteen kannanotot.¹²⁶ Näistä oikeuden pintatason ilmiöistä erityisesti lainsäädännölle on ominaista tavoiterationaalisuus ja instrumentalistinen luonne, joka muodostaa tai ainakin voi muodostaa uhan oikeuden systemaattisuudelle. Lainsäädäntöön uhkaama oikeusjärjestyksen koherenssi ja konsistenssi pyritään palauttamaan *oikeuskulttuurin* tasolla, jolle menetelmällisten ainesosien lisäksi sijoittuvat teoreettisen lainopin tutkimuskohteena olevat eri oikeudenalojen yleiset opit. Yleisten oppien tehtävänä onkin toimia erityisesti systemaattisuuden ja siitä johdettavien ennustettavuuden ja oikeusturvan ”luojana”. Systemaattisuudella viitataan tässä yhtäältä oikeusjärjestyksen *konsistenssiin* eli loogiseen ristiriidattomuuteen yksittäisten normien välillä sekä oikeusjärjestyksen *koherenssiin*, joka loogista ristiriidattomuutta yleisemmin viittaa ”oikeusjärjestyksen sisällölliseen johdonmukaisuuteen”. Konsistenssista puhuttaessa huomio on erityisesti oikeussääntöjen ristiriidattomuudessa, kun taas koherenssista puhuttaessa huomion kohteena ovat *oikeussääntöjen* lisäksi myös *oikeusperiaatteet*. Tämä puolestaan avaa ”oikeusjärjestyksen sisällölliset yhteydet yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin, moraalinormeihin ja eettisiin arvoihin”. Käytännössä erityisesti lainkäyttäjät ja oikeustiede käyvät tulkinta- ja systematisointityössään jatkuvaa puolustustaistelua oikeusjärjestyksen konsistenssin ja koherenssin puolesta.¹²⁷

Oikeuden syvärakenteeseen voidaan puolestaan sijoittaa elementtejä, jotka yhdistävät myös erilaisia oikeuskulttuureja.¹²⁸ Tuori on maininnut demokraattisen lainsäätämismenettelyn ohella ihmisoikeusperiaatteet modernin oikeuden

¹²⁶ Tuori 2000, s. 171–172. Ks. myös Tuori 2000, s. 302–303.

¹²⁷ Tuori 2000, s. 179, 187–188 ja 214. Ks. myös Tuori 2007, s. 107 ja 124–125. Aarniolle koherenssi on *ristiriidattomuutta ja yhteensopivuutta*. Toisaalta lainopin tehtävänä ei ole tuottaa totuuksia, vaan *hyvin perusteltua varmuutta*. Ks. tästä Aarnio 2011, s. 62–64. Ks. myös Aarnio 2002, s. 533.

¹²⁸ Tuori 2000, s. 203 ja 205. Syvärakenteeseen kuuluvista perustavista oikeuskategorioista ja niihin liitetystä *konstitutiivisesta vaikutuksesta* ks. Tuori 2000, s. 205–207. Ks. konstituutiosuhteesta myös Tuori 2000, s. 229–230.

normatiivisen syvärakenteen olennaisiksi ainesosiksi.¹²⁹ Toisaalla Tuori on viitannut ihmisoikeusperiaatteisiin ”yleisinä normatiivisinä ideoina”.¹³⁰

Kaarle Makkonen liitti luonnonoikeudellisen ajattelun ja ylipositivististen oikeusperiaatteiden olemassaolon korostamisen yhteiskunnallisiin kriisiaikoihin. Makkosen mukaan modernin luonnonoikeusajattelun tärkeimmän osan muodostivat ihmisoikeudet, jotka puolestaan seurasivat ”vaatimuksesta kunnioittaa ihmistä siveellisenä persoonana”. Luonnonoikeudelliseen ajatteluun kuuluu nimenomaan vaatimus positiivisen oikeuden sivuuttamisesta, jos se on ristiriidassa yleisten luonnonoikeudellisten periaatteiden kanssa. Makkonen itse kuitenkin korosti ajatusta oikeusjärjestyksen pohjana olevista perusarvoista, joiden olemassaolo ei riipu siitä, onko lähestymistapa luonnonoikeudellinen vai toisessa ääripäässä positivistis-empiristinen. Ero tulee Makkosen mukaan lähinnä siinä, mikä merkitys näille perusarvoille annetaan. Luonnonoikeudellisesta ajattelusta poiketen positivismia korostavat eivät näe mahdolliseksi ajatusta oikeusjärjestyksen yläpuolella olevista yleisistä oikeusperiaatteista.¹³¹ Tähän joukkoon kuuluu itsestäänselvästi myös Tuori, jonka mukaan ”[o]ikeudellisesta näkökulmasta arvioituna kehityskulku on merkinnyt ihmisoikeusperiaatteiden positivoitumista, niiden muuntumista moraalifilosofisesti perustelluista luonnonoikeudellisista prinssiipeistä modernin, positiivisen oikeuden ainesosiksi”.¹³² Toisaalta rikosoikeustieteilijöiden piirissä ainakin Backman on artikkelissaan vuodelta 2003 pohtinut sitä, määrittäykö oikeuden sisältö oikeuden sisältä, oikeusjärjestyksen itsensä määrittämällä tavalla, vai määrittääkö oikeuden sisältöä jokin oikeuden ulkopuolinen pysyvämpi aines. Jo artikkelinsa otsikossa Backman esittää kysymyksen, ”[o]nko luonnonoikeus tullut takaisin rikosoikeuteen”, viitaten tällä osin juuri ihmis- ja perusoikeuksiin.¹³³

Oikeuden eri tasojen väliset suhteet voidaan tiivistää otteeseen Kaarlo Tuorin vuonna 2007 ilmestyneestä ”Oikeuden ratio ja voluntas” -teoksesta: ”Lainsäätäjän *voluntas* synnyttää pintatason turbulensseja, joita oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen kerrostunut *ratio* rauhoittaa.”¹³⁴ Tasojen välisestä suhteesta ja oikeuden dynamiikasta lisää seuraavassa.

¹²⁹ Tuori 2000, s. 211. Syvärakenteen metodisten, käsitteellisten ja normatiivisten aineosien yhteyksistä ks. Tuori 2000, s. 215.

¹³⁰ Tuori 2000, s. 213.

¹³¹ Makkonen 1981, s. 186–192. Ks. myös Aarnio 1989a, s. 79 ja Aarnio 2011, s. 9.

¹³² Tuori 2000, s. 221.

¹³³ Backman 2003, s. 1–2. Backmanin mukaan Tuorin edustama kriittinen oikeuspositivismi ei ajattelutavaltaan suurestikaan eroa modernista luonnonoikeudesta, jossa oikeuden rakenne ja sisälön peruspiirteet (oikeuden yhteiskunnallinen perusta) johdetaan ”ihmisten olemassa olon ehdoista yksilöinä ja yhteisinä sekä moraal- ja oikeudenmukaisuuskäsityksistä”.

¹³⁴ Tuori 2007, s. 50.

5.2 OIKEUDEN DYNAMIIKKA

Oikeuden dynamiikassa on kyse oikeuden eri tasojen välisistä vuorovaikutustavoista.¹³⁵ *Sedimentaatio-suhteella* Tuori viittaa vaikutukseen, joka oikeuden pintatasolla on syvempien kerrostumien muodostumiseen. Nimenomaan sedimentaatio-suhte muodostaa sillan modernin oikeuden kerrostuneisuuden ja positiivisuuden välille. Sedimentaatio-suhteessa on kyse oikeuden pintatason piirteistä, jotka tultuaan laajalti hyväksytyiksi suodattuvat oikeuden syvempiin rakenteisiin ja muodostuvat pintaa tukeviksi kerrostumiksi.¹³⁶ Laajalla hyväksynnällä viitataan tässä lähinnä siihen, että läheskään kaikki pintatason ilmiöt eivät aloita kerrostumista, joka myöhemmin johtaisi oikeuskulttuurin tason muutoksiin. Tuori sanoin ”[o]ikeuden historia on voittajien historiaa; hävikki on suuri”.¹³⁷ Esimerkkinä sedimentaatioprosessista Tuori on maininnut juuri ihmisoikeusperiaatteet, jotka ovat vuosisatojen kuluessa – 1700-luvun lopun Ranskan ja Pohjois-Amerikan valtiosääntöasiakirjoista lähtien – muodostuneet modernin positiivisen oikeuden syvärakenteeseen. Positivoitumiskehitys on jatkunut näihin päiviin saakka. Toisaalta Tuori on ennakkoinut, että kansallisella tasolla esimerkiksi perusoikeusuudistus tulee ulottamaan vaikutuksensa oikeuden syvemmillekin tasoille. Tähän prosessiin kytkeytyy näkemys perusoikeuksien roolista koko oikeusjärjestyksen perusnormistona sekä perusoikeuksien horisontaalivaikutuksesta.¹³⁸

Oikeuden eri tasojen *konkretisaatio-suhteessa* katse suuntautuu syvärakenteista kohti pintatasoa. Kyse on siitä, millaisia ilmenemismuotoja esimerkiksi syvärakenteen oikeudelliset kategoriat ja normatiiviset periaatteet saavat tulkinnan ja täsmentämisen seurauksena oikeuskulttuurin tasolla ja oikeuden pintatasolla.¹³⁹ Konkretisaation yhteydessä oikeuden syvempien tasojen ainesosat myös rikastuvat oikeuden ulkopuolisella, poliittisista tai moraalisisista vaikutteista johtuvilla aineksilla. Tällaista rikastumista tapahtuu lainsäädäntötyön lisäksi myös lainkäytössä ja oikeustieteessä.¹⁴⁰ Esimerkkinä konkretisaatio-suhteesta Tuori on maininnut syvärakenteessa normatiivisina ideoina läsnä olevat ihmisoikeus- ja oikeusvaltioperiaatteet, jotka painottuvat eri tavalla eri oikeuskulttuureissa. Esimerkiksi vapausoikeuksien rooli on suurempi angloamerikkalaisessa oikeuskult-

¹³⁵ Tuori 2000, s. 217. Tasojen välistä dynamiikkaa edustavat Tuorin teoriassa sedimentaatio-, konstituutio-, konkretisaatio-, rajoitus-, kritiikki- ja justifikaatio-suhte. Ks. tästä Tuori 2000, s. 219.

¹³⁶ Tuori 2000, s. 220.

¹³⁷ Tuori 2007, s. 135.

¹³⁸ Tuori 2000, s. 221–222.

¹³⁹ Tuori 2000, s. 230–231.

¹⁴⁰ Tuori 2000, s. 231.

tuurissa kuin romaanis-germaanisissa oikeuskulttuureissa, joissa TSS-oikeudet ovat vahvemmin esillä.¹⁴¹

Yleisesti ottaen ihmisoikeusperiaatteiden sedimentoituminen oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen tasoille yhtenäistää oikeuden *normatiivista* sisältöä sekä oikeusjärjestysten välillä että niiden sisällä (oikeudenalojen välillä) ja on siten voimakas pidäke oikeuden fragmentoitumiskehitykselle.¹⁴² Tällainen muotoilu viittaa *oikeuden itserajoitus* -funktioon, jota pidän oman tutkimukseni kannalta Tuorin ajattelun tärkeimpänä ulottuvuutena. Oikeuden itserajoituksessa on kyse tavasta, jolla oikeuden syvärakenne ja oikeuskulttuuri rajoittavat oikeuden pintatason tapahtumia. Mahdollisesti poliittisesti motivoitu ja luonteeltaan instrumentalistinen lainsäädäntö joutuu alistumaan ”normatiiviseen sensuuriin”, jossa pintatason ilmiöitä tarkastellaan oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen normatiivisten periaatteiden näkökulmasta. Tällaisen mekanismin avulla oikeuden rajat määrittyvät positiivisen oikeuden sisältä eivätkä esimerkiksi luonnonoikeudellisista käsitteistä.¹⁴³ Oikeustiede ja erityisesti juuri teoreettinen lainoppi, jonka tutkimuksen kohteena on oikeuskulttuurin taso, osallistuvat oikeuden itserajoitus -prosessiin muotoilemalla oikeudenalojen yleisiä oppeja ja niihin kuuluvia oikeusperiaatteita sekä tulkitsemalla ja systematisoimalla pintatason oikeudellista ainesta oikeusperiaatteiden valossa. Osana tätä prosessia moraalisesti ladatut oikeusperiaatteet muokkaavat ja täsmentävät pintatason säädöksiä. Toisaalta on muistettava, että oikeustieteen kannanottojen tärkeydestä huolimatta niiden vaikutukset oikeuden itserajoitukseen kanavoituvat ensisijaisesti lainsäätäjän ja tuomioistuinten työn kautta.¹⁴⁴

Oikeuden pintatason tyypillisesti poliittisesti motivoitunut ja osin sisäisesti ristiriitainen lainsäädäntö antaa tukea useille erityyppisille systematisointipyrkimyksille sekä normiformulaatioiden erilaisille tulkinnoille. Valinta erilaisten systematisointi- ja tulkintavaihtoehtojen välillä ei ole luonteeltaan subjektiivista, vaan perustuu oikeuden syvärakenteeseen. Teoreettisen lainopin pyrkimys luoda ja vahvistaa oikeusjärjestyksen ”periaatevälitteistä koherenssia” erilaisten systematisointien avulla onkin luonteeltaan normatiivista ja edellyttää normatiivista justifikaatiota.¹⁴⁵ Vaikka lainopin harjoittajalla ei olekaan tuomariin rinnastetta-

¹⁴¹ Tuori 2000, s. 231–232.

¹⁴² Tuori 2000, s. 222–223.

¹⁴³ Tuori 2000, s. 234 ja 236.

¹⁴⁴ Tuori 2000, s. 246, 250 ja 303. Teoreettisen lainopin tehtävistä ks. myös Tapani 2004, s. 9, jonka mukaan teoreettisen lainopin ”keskeinen tehtävä on muodostaa normatiivisesta materiaalista rationaalinen ja koherentti systeemi, joka on puolestaan edellytys lainkäytön ennakoitavuudelle ja oikeusyhteisön jäsenten (muodolliselle) oikeusturvaodotukselle”.

¹⁴⁵ Tuori 2000, s. 310 ja 340. Ks. myös Tuori 2000, s. 313, jossa kirjoittaja on todennut, että ”oikeustiede ei vain tutki normeja, vaan lisäksi se tuottaa normatiivista justifikaatiota edellyttäviä kannanottoja”. Oikeuden pintataso on erityisesti *tulkintalainopin* kohteena, mutta myös teoreetti-

vaa ratkaisupakkoa, lainopin perimmäinen tehtävä on tuottaa ratkaisusuosituksia. Tieteenharjoittajankin on siten jatkuvasti tehtävä kuvattuja valintoja.¹⁴⁶

Justifikaatiosuhde on rajoitussuhteen kääntöpuoli. Sen sijaan, että oikeuden alempien kerrosten ainesosien merkitys ymmärrettäisiin pintatason sääntelyä rajoittavaksi, korostaa justifikaatiosuhde esimerkiksi oikeusperiaatteiden merkitystä yksittäisiä tuomioistuinratkaisuja justifioivina elementteinä. Justifikaatiosuhteessa painopiste onkin käsitteellisten ja metodisten ainesosien sijasta ”normatiivisten, moraalisesti ja eettisesti ladattujen periaatteiden” suhteessa pintatason sääntelyyn.¹⁴⁷ Oikeuden pintatasoa alemmat kerrokset ovatkin aina läsnä myös käytännön lainkäytössä. Rutiinijutuissa lainkäyttäjän ei kuitenkaan tarvitse saattaa oikeuskulttuuria ja oikeuden syvärakennetta koskevaa tietoa *diskursiiviseen* muotoon, vaan ratkaisu voidaan tehdä pintatason normiformulaatioiden pohjalta. Ns. kiperissä tapauksissa tuomari sitä vastoin joutuu ratkaisunsa justifioidakseen muuntamaan oikeuden pinnanalaisia kerrostumia koskevaa ”praktista tietoaan diskursiiviseksi”. Tästä on kyse esimerkiksi tilanteissa, joissa ratkaisutoiminnassa tukeudutaan yleisiin oppeihin kuuluviin periaatteisiin.¹⁴⁸ Erottelu rutiinijuttujen ja kiperien tapausten välillä jää lainsoveltajan konkreettisesti tilanteessa tehtäväksi, eikä esimerkiksi rikosasioita voida jaotella niiden yleisyyden tai juttutyyppien perusteella etukäteen kiperiin juttuihin tai rutiinijuttuihin. Rikosoikeuden piirissä esimerkiksi sinänsä vähäisiin liikenteessä tapahtuneisiin ylinopeusjuttuihin voi näyttövaikeuksien lisäksi liittyä vaikkapa pakkotilan piirteitä.¹⁴⁹

5.3 LOPUKSI

Viime vuosikymmenien kehitykselle on ollut leimallista perusoikeuksien huomioon ottaminen yleisten oppien muotoilussa. Perus- ja ihmisoikeuksien lain-säädäntötyölle ja viranomaistoiminnalle asettamien rajoitusten johdosta Tuori on päätenyt puhumaan ”oikeuden itserajoitusfunktioon erikoistuneista oikeudellisista käytännöistä”.¹⁵⁰ Perusoikeuksien (ja ihmisoikeuksien) itserajoitus- ja justi-

sen lainopin ”raaka-aineen” muodostavat pintatason ilmiöt, kuten säädökset, tuomioistuinratkaisut ja *tulkintalainopin* kannanotot. Ks. tästä Tuori 2000, s. 309. Ks. myös Viitanen 2007, s. 47.

¹⁴⁶ Aarnio 2011, s. 57–58.

¹⁴⁷ Tuori 2000, s. 263–264.

¹⁴⁸ Tuori 2000, s. 214. Ks. myös Tuori 2007, s. 133–134 ja Aarnio 2011, s. 46–47.

¹⁴⁹ Tolonen 2003, s. 60–61. Ks. myös Frände 2012, s. 48–49.

¹⁵⁰ Tuori 2000, s. 247. Ks. myös Tuori 2000, s. 256, jossa kirjoittaja on korostanut sitä, että vaikka oikeusvaltion rajoittavaa tehtävää toteuttaakin ensi sijaisesti pintatason sääntely, on tämän sääntelyn voitava ”nojautua pinnanalaisten kerrostumien tukeen”.

fikaatiosuhdetta kuvastaa Sakari Melanderin muotoilu, jonka mukaan ”[p]erusoikeudet ymmärretään nykyisin ennen muuta oikeuden ja moraalin rajalla sijaitseviksi periaatteiksi, jotka välittävät oikeuden syvempien tasojen periaatteita pintatasolle”.¹⁵¹ Tarkasteltaessa kriittiseen oikeuspositivismiin sisältyvää ajatusta modernin oikeuden eri tasoista erityisesti ihmisoikeuksien ja osin myös perusoikeuksien näkökulmasta avautuu kritiikin lähde mielestäni hyvin seuraavassa otteessa Tuorin tekstistä:¹⁵²

”Kansalliset perustuslait ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset ovat oikeuden tasottelussa erikoislaatuissa asemassa. Ne ovat oikeuden pintatasolle sijoittuvia säädöksiä, mutta samalla ’kypsän’ modernin oikeuden oloissa niiden normatiivinen sisältö ilmentää ikään kuin välittömästi pinnanalaisten kerrostumien periaatteita. Niinpä modernin oikeuden normatiivinen syvärakenne, ihmisoikeus- ja oikeusvaltioperiaatteet, saa nimenomaisen ilmauksensa juuri perustuslain säännöksissä ja ihmisoikeussopimusten määräyksissä.”

Viitaten edellä selostamiini Siltalan ajatuksiin siitä, kuinka normit ajan saatossa liukuvat sääntöjen ja moraalin muodostamien ääripäiden välillä katson, että oikeustieteilijän tulisi olla varovainen sijoittaessaan periaatteita oikeuden syvärakenteen tai edes oikeuskulttuurin tasolle. Nyt tärkeinä pitämämme periaatteet voivat ajan saatossa osoittautua oikeuden myrskyisän pintatason ilmiöiksi. Kuten edellä lainaamani Melanderin kuvaus osoittaa, vaikutussuhteet ovat väistämättä varsin epämääräisiä; oikeuden pinnanalaisiin kerrostumiin kuuluu periaatteita, joista muotoillaan välittäjinä toimivia periaatteita, jotka puolestaan vaikuttavat konkreettisen tapauksen ratkaisunormin muotoutumiseen. Toisaalta voidaan kysyä, tyhjenevätkö syvempien kerrostusten periaatteet juuri perusoikeuksiin, ja edelleen, mikä osa ihmis- ja perusoikeuksista kuuluu aidosti oikeuden syvempiin kerrostumiin ja miltä osin kyse on tosiasiallisesti oikeuden pintatason ilmiöstä, joilla toki on lainsäätäjän ja viranomaisen toimintaa rajoittava vaikutus.

Nähdäkseni ratkaisunormin muotoilussa tulee esimerkiksi oikeuden syvärakenteesta kumpuaville periaatteille antaa merkitystä vasta perusteellisen analyysin jälkeen. Oikeuden syvärakenteeseen kuuluvien ihmisoikeusperiaatteiden joukon tulisi lähtökohtaisesti olla huomattavan suppea ja siihen kuuluvien periaatteiden tulisi olla poikkeuksellisen hyvin ”ajan hammasta kestäviä”. Muilta osin perus- ja ihmisoikeuksien tulisi sijoittua oikeuden ylemmille tasoille – lähtökohtaisesti oikeuskulttuurin tasolle. Tällä erottelulla voitaisiin myös väistää Marko Viitasen kritiikki, joka liittyy siihen, että perus- ja ihmisoikeuksien yhteensovittaminen ei ole mahdollista kaikissa tilanteissa. Jos ihmis- ja perusoi-

¹⁵¹ Melander 2008, s. 51

¹⁵² Tuori 2000, s. 247.

keudet kokonaisuudessaan sijoitetaan oikeuden syvärakenteeseen, ajaututaan esimerkiksi perusoikeuksien kollisioita ratkaistaessa helposti Viitanen mukaan ”oikeuden institutionaalistuneen syvärakenteen edustaman oikeuden viimeisen rajan ulkopuolelle”.¹⁵³

Jakson päätteeksi voidaan vielä viitata Tuoriin, joka on muutama vuosi sitten todennut suomalaisen oikeustieteen elävän jälkianalyyttistä vaihetta, jonka myötä oikeustieteen tavoitteleva systemaattisuus ei ole enää pyrkimystä ”substantiaalis-klassifikatoriseen normijärjestelmään”, vaan ”väljään, periaatepohjaiseen koherenssiin”.¹⁵⁴ Kuten todettua, kriittinen oikeuspositivismi on avointa moraalinormien ja eettisten arvojen suuntaan. Tämä yhteys on läsnä erityisesti oikeuskulttuurin tasolle ja oikeuden syvärakenteeseen kerrostuneissa periaatteissa. Moraaliperiaatteet ja oikeusperiaatteet eivät kuitenkaan samaistu. Kriittisenä erottavana tekijänä Tuori ja myöhemmin muiden ohessa myös Tolonen ja Siltala ovat viitanneet Dworkinin lanseeraamaan *institutionaalisen tuen vaatimukseen*. Tätä tukea on saatavissa lähinnä pintatason säännöksistä, jotka sedimentaation myötä ovat vakiintuneet osaksi oikeusjärjestystä – säilyttäen kuitenkin modernin oikeuden positivistisen luonteensa.¹⁵⁵ Kuten edeltä käy ilmi, institutionaalisen tuen vaatimus liittyy kiinteästi oikeusnormien sääntö- ja periaateluonteesta käytyyn keskusteluun.

¹⁵³ Viitanen 2007, s. 39–41.

¹⁵⁴ Tuori 2007, s. 125.

¹⁵⁵ Tuori 2000, s. 336. Ks. myös Helin 2012, s. 15.

6 Oikeuslähteistä, tulkinnasta ja systematisoinnista

Yksi oikeusvaltion keskeisistä perusteista on PL 21 §:stä johdettava päätösten *perustelemisen velvollisuus*. Perustelemisen velvollisuuteen – tai ennemminkin perusteluihin – tulee oikeuslähdeopin kautta mukaan objektiivinen elementti, jossa Melanderin mukaan on ”pitkälti kysymys oikeudellisen kentän toimijoiden hyvää oikeudellista argumentaatiota koskevista näkemyksistä ja argumentaatioissa käytettyjen lähteiden hyväksyttävyyttä seuraavasta legitimitetiä koskevasta olettamasta tai odotuksesta”.¹⁵⁶ Tolosen mukaan hyödyntäessään oikeuslähteitä *lainkäyttäjät*

- ”hakee oikeudellista perustetta, joka hahmottaa tapauksen
- *tarkastelee* tapausta yhden tai useamman oikeuslähteen valossa
- *valitsee* yhden oikeuslähteen normin
- *soveltaa* sitä *sekä*
- *perustelee* ratkaisua oikeuslähteiden avulla”.¹⁵⁷

Oikeustieteilijän suhde oikeuslähteisiin ja tulkintaan on kuitenkin erilainen kuin lainkäyttäjän. Oikeustieteilijän tavoitteena on erilaisten tapausten systematisointi, kun taas lainkäyttäjän tehtävä on nimenomaan oikeustieteilijän toiminnan ”raaka-aineen” muodostavien yksittäistapausten ratkaiseminen.¹⁵⁸ Virtasen mukaan ”[v]iime kädessä kukin oikeudellinen toimija määrittelee oman oikeuslähdeoppinsa (eli sen, mitä oikeuslähteitä hän käyttää ja miten hän niitä käyttää) ja hänen auditorionsa tuon opin hyväksyttävyyden (eli sen, ovatko perustelut vakuuttavia)”.¹⁵⁹ Sovellettava oikeuslähdeoppi onkin tilannesidonnaista ja riippuu siitä, mihin tarkoitukseen (oikeustapauksen ratkaisu, normisuositus) sitä

¹⁵⁶ Melander 2008, s. 14. Ks. myös Karhu 2003, s. 789–791. Tuorin tasottelua seuraten *oikeuslähdeoppi* sijoittuu oikeuskulttuurin tasolle. Se määrittää, kuinka paljon painoarvoa eri toimijoiden, kuten lainsäätäjän, tuomioistuinten ja oikeustieteen, kannanotoille annetaan. *Deskriptiivinen oikeuslähdeoppi* kuvaa oikeuslähteiden tosiasiallista käyttöä, mutta tässä kiinnostuksen kohteena on *normatiivinen oikeuslähdeoppi* osana oikeusjärjestystä. Normatiivinen oikeuslähdeoppi määrittää normatiivisesti oikeuslähteet ja niiden keskinäiset suhteet. Ks. tästä Tuori 2000, s. 174. Aarnio on samansuuntaisesti erotellut tosiasialliset ja ideaaliset oikeuslähteet. Ks. tästä Aarnio 2011, s. 66–67. Deskriptiivisen oikeuslähdeopin merkityksestä *soft law*’n aseman määrittämisessä ja normatiivisen oikeuslähdeopin kehittämisessä ks. Määttä 2005, s. 448–449.

¹⁵⁷ Tolonen 2003, s. 2.

¹⁵⁸ Tolonen 2003, s. 3.

¹⁵⁹ Virtanen 2004, s. 1054.

käytetään. Sanotusta huolimatta oikeudellisessa tutkimuksessaakin käytettävien oikeuslähteiden tulee olla hyväksyttäviä.¹⁶⁰

Olen seuraavassa jaotellut tutkimuksessa käyttämiäni oikeuslähteitä Aarnion käyttämän kolmijaottelun mukaisesti vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin.¹⁶¹ Katson jaottelun havainnolliseksi tämän tutkimuksen tarpeisiin, vaikka Aarnion varsin muodollinen ja lakipositivistinen lähestymistapa voidaan alistaa myös perustellulle kritiikille. Tämä kritiikki kumpuaa keskeisesti pyrkimyksistä argumentaatioteoreettisia näkökohtia korostavaan, aineellisempaan ja sallivampaan oikeuslähdeoppiin. Merkityksensä tässä kehityksessä on ollut perusoikeuksien roolin vahvistumisella ja erityisesti niiden suoralla sovellettavuudella.¹⁶² On jopa katsottu, että käytännön ratkaisutoiminnan näkökulmasta oikeuden valtiosääntöistytymisen ja eurooppalaistuminen ovat siirtäneet Aarnion edustaman staattisen oikeuslähdeopin jo oikeushistoriaan.¹⁶³

Mitä tulee oikeustieteen ja korkeimpien oikeuksien tapaan käyttää oikeuslähteitä, väite pitää ainakin jossain määrin paikkansa, mutta nähdäkseni Aarnion edustama oikeuslähdeoppi puolustaa paikkaansa päivittäisessä tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisutoiminnassa. Ensisijaisesti tulee edelleen tehdä niin kuin ”laki sanoo”.¹⁶⁴ Tällaista lähestymistapaa näyttäisi edustavan myös Huovila, joka on kiteyttänyt oikeuslähdeopillisen teesinsä siten, että oikeudellisessa harkinnassa ja ratkaisun perusteluissa tulee lähteä liikkeelle muodollisesti velvoittavista oikeuslähteistä ja vasta kiperissä tapauksissa ”perusteluarsenaaliin” liitetään sisällöllisiä ja argumentatiivisesti avoimia perusteita.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Virtanen 2004, s. 1053–1054.

¹⁶¹ Aarnio 1989a, s. 220–221.

¹⁶² Ks. Karhu 2003, s. 794–798 sekä Karhu 2003, s. 803–807. Viimeksi mainitussa kohdassa Karhu on hahmotellut perusoikeusnäkökohtien huomioon ottamisen mahdollistavaa tilanneherkkää ja ”presumptiivisesti kontekstuaalista” oikeuslähdeoppia. Ks. myös Nuotio 2004, s. 1269 ja 1274 av. 14, Siltala 2004, s. 397–398 ja 420, Huovila 2005, s. 25–26 sekä Lavapuro 2010b, s. 24 ja 271–273. Ratkaisun keksimisen sijasta argumentaatioteorioille on keskeistä ratkaisun perusteleminen kritiikin kestäväällä tavalla (justifiointi). Ks. tästä Aarnio 2011, s. 17. Siltalan Aarnion oikeuslähdeoppiin kohdistuvan kritiikin kärki on ollut Aarnion tavassa rakentaa velvoittavuus *sanktion* vaaraan. Tätä osaa Aarnion teoriasta en tule käsittelemään. Ks. Siltala 2004, s. 427 ja Aarnio 1989a, s. 220–221. Samansuuntaisesti Siltalan kanssa Huovila 2005, s. 25. Kirjoituksessaan vuodelta 2011 Aarnio on jossain määrin lieventänyt näkökulmaansa ja nostonut tuomarin virkavirheaspektin rinnalle myös toteamuksen, ”että vahvasti velvoittavan oikeuslähteen syrjäyttävä ratkaisu ei ole laillinen.” Ks. tästä Aarnio 2011, s. 69. Joka tapauksessa perus- ja ihmisoikeuksien korostuminen on olennaisesti lähentänyt oikeuslähdeoppia ja valtiosääntöoikeutta keskenään. Ks. tästä Heinonen 2012 (erit. s. 192–199).

¹⁶³ Melander 2008, s. 15.

¹⁶⁴ Vrt. Lehtimaja 1999, s. 901–902. Ks. myös Lehtimaja 1999, s. 906 – 907.

¹⁶⁵ Huovila 2005, s. 27. Ks. myös Huovila 2005, s. 43 sekä Melander 2008, s. 23–25, joka on korostanut tilanneherkkyyttä ja tapauskohtaista perusoikeusluottuvuuksien havaitsemista ja niiden huomioon ottamista rikossäännöstä sovellettaessa.

Huovilan mukaan oikeuslähteiden ”muodollinen velvoittavuus perustuu niiden muodolliseen, institutionaaliseen asemaan oikeusjärjestyksessä”. Muodollisesti velvoittaville oikeuslähteille on tyypillistä lähtökohtaisesti staattinen ennalta määrätty etusijajärjestys. ”Sisällöllinen velvoittavuus perustuu oikeuslähteen tapauskohtaisesti ilmentämien arvojen ja tavoitteiden yhteensopivuuteen – koherenssiin – oikeusjärjestykseen sisältyvien oikeudellisten arvojen ja tavoitteiden, viime kädessä tärkeimpien oikeusperiaatteiden kanssa.” Huovilan mukaan oikeuslähteillä on tyypillisesti sekä muodollisen että sisällöllisen velvoittavuuden puoli.¹⁶⁶ Konkreettisessa soveltamistilanteessa oikeuslähteen velvoittavuuteen vaikuttaa myös sovellettavan oikeuslähteen osoittaman normin argumentatiivinen avoimuus, mikä yksinkertaistaen tarkoittaa sitä, että kulloisenkin ratkaisun perustelemiseksi tarvitaan tuon perusteen lisäksi myös muuta argumentaatiota. Formaali oikeuslähde/normi voi sitä vastoin yksinään riittää ratkaisuperusteeksi tai ainakin tarvitsee vähemmän lisäargumentaatiota kuin argumentatiivisesti avoin lähde/normi.”¹⁶⁷

Rajallisesti argumentaatioteoreettista lähestymistapaa näyttäisi edustavan Sakari Melander, jonka soveltama oikeuslähdeoppi on *traditioherkkää tilannesidonnaista oikeuslähdeoppia*. Hänen ajattelussaan traditiosidonnaisuus toimii itse-sääntelymekanismina, joka rajoittaa traditioon huonosti sopivien ratkaisujen tekemistä tai tällaisiin ratkaisuihin johtavien oikeuslähteiden käyttämistä ja samalla siirtää ratkaisua yhteensopivammaksi tradition kanssa. Tällainen traditioherkkyys myös edistää ”rikosoikeudellisen ratkaisutoiminnan väljähköä sisällöllistä johdonmukaisuutta tilanteessa, jossa lainsäädäntötason sisällöllinen johdonmukaisuus on jo osittain eriytynyt”.¹⁶⁸

Melander on painottanut historiallisen jatkumon, oikeudenalan sisäisen rationaalisuuden sekä arvo- ja moraaliperusteiden jatkuvuuden merkitystä myös *lainsäätäjän* oikeuslähdeopin yhteydessä.¹⁶⁹ Lainsäätäjään kohdistuvaa traditiosidonnaisuutta ilmentävät mm. kriminalisointiperiaatteet, jotka Melanderin mukaan nauttivat ”sellaista institutionaalista tukea, että niiden voidaan katsoa olevan osa voimassa olevaa oikeutta”. Täten kriminalisoinnit ovat osa – ja tulevat osaksi – kriminaalipoliittista linjaa ja rikosoikeudessa omaksuttuja perustavia arvotarkaisuja.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Huovila 2005, s. 22–25. Oikeuslähteiden luokittelusta auktoritatiivisiksi tai aineelliseksi ks. myös Aarnio 2011, s. 68.

¹⁶⁷ Huovila 2005, s. 26.

¹⁶⁸ Melander 2008, s. 54. Tradition merkityksestä yleisten oppien tutkimuksessa ks. Tuori 2003b, s. 108–109. Esitettyjen uudistusten merkitys on riippuvainen niiden suhteesta oikeuden alempiin kerroksiin sedimentoituneista traditioista.

¹⁶⁹ Melander 2008, s. 78–79. Ks. myös Melanderin (2008, s. 253–255) antamat esimerkit tilanteista, joissa vakiintuneesta sääntelytraditiosta poikkeaminen asettaa korostettuja vaatimuksia rikoslainsäädännön täsmällisyydelle. Kyse on järjestäytyneeseen rikollisuuteen ja terrorismiin liittyvistä osallisuus kriminalisoinneista. Samanlaisia paineita saattaa liittyä myös valmistelukriminalisointeihin.

¹⁷⁰ Melander 2008, s. 175.

Ottamatta erityisemmin kantaa oikeuslähteopin perustavaa laatua oleviin kysymyksiin voitaneen Nuotioon viitaten jatkoselvityksen lähtökohdaksi ottaa havainto siitä, että osa käytetyistä oikeuslähteistä on enemmän argumentaatiolähteen kuin normilähteen tyyppisiä. Tämä pätee erityisesti oikeusperiaatteisiin ja suurelta osin myös perusoikeuksiin.¹⁷¹

6.1 KÄYTETTY OIKEUSLÄHTEET¹⁷²

Tutkimuksessa käytettävistä *vahvasti velvoittavista oikeuslähteistä*, joihin tietyissä tilanteissa *pitää vedota*, keskeisin on luonnollisesti laki (lakiteksti), joka käsitteenä kattaa myös asetukset sekä Aarnion erikseen toteamin tavoin perustuslain perusoikeudet. Yksittäiset lain säännökset toimivat eräänlaisen ”ajattelulisen rungon” varassa ja tästä rungosta irtaantuminen – *systeemyhteyden kadottaminen* – lakia tulkittaessa johtaa helposti erillistulkintoihin ja olennaisen katoamiseen. Toisaalta on muistettava, että systeemi on dynaaminen kokonaisuus, ”joka vaikuttaa tulkintoihin ja johon tulkinnat vaikuttavat.”¹⁷³

Systeemyhteyden havaitseminen tai sen muodostaminen liittyy *systematisointiin* lainopin toisena perustehtävänä (tulkinnan ohella). Oikeussäännösten systematisointi ”auttaa oikeusjärjestykseen tutustuvaa löytämään etsimänsä säännökset ja hahmottamaan kokonaiskuvan oikeudellisista järjestelyistä”.¹⁷⁴ Näyttäisi siltä, että systeemyhteyden tehtävät ovat varsin samansisältöisiä kuin Melanderin traditiolle määrittämät tehtävät – tai ehkä oikeammin traditioherkyys velvoittaa ottamaan myös systeemyhteyden huomioon.¹⁷⁵

Tutkimukseni keskiössä ovat kahden eri oikeudenalan – hallinto-oikeuden (poliisioikeuden) ja rikosoikeuden – keskeiset säädökset, jotka kuitenkin määrittävät samaa oikeudellista ja yhteiskunnallista ilmiötä. Ilmiötä erityisesti lakitek-

¹⁷¹ Nuotio 2004, s. 1270–1271.

¹⁷² Käsitteellisestä epätarkkuudesta huolimatta tarkoitan tässä oikeuslähteillä myös niitä *informaatiolähteitä*, joista on mahdollista saada tietoa esimerkiksi lainsäätäjän tarkoituksesta. Ks. tästä erottelusta Aarnio 1989, s. 219.

¹⁷³ Aarnio 1989a, s. 220 ja 223–224 ja Aarnio 2011, s. 68–69 ja 80. Kirjoituksessaan vuodelta 2011 Aarnio on sijoittanut systeemyhteyden erikseen mainittuna vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden joukkoon. Ks. myös Tolonen 2003, s. 23–24 ja 104–111. Pohjoismaisesta rikosoikeudellista kirjallisuudesta ks. Jareborg 2001, s. 109.

¹⁷⁴ Aarnio 1989a, s. 288. Ks. myös Siltalan (2004, s. 476) kriittiset kommentit Aarnion näkemyksistä. Systemaattinen tulkintatapa saa tukea oikeusvaltioperiaatteesta ja siitä johdettavista muodollisen oikeusvarmuuden, ratkaisujen ennakoitavuuden ja yhdenvertaisuudenkin periaatteesta. Ks. tästä Huovila 2005, s. 63. Systemaattisesta tulkinnasta laajemmin ks. Huovila 2005, s. 63–67.

¹⁷⁵ Siirtyminen analyttisestä oikeustieteestä kohti avoimempaa argumentaatiota ei ole sinänsä muuttanut systematisoinnin merkitystä, vaan systematisoinnin kohde on vaihtunut käsitteistä periaatteisiin. Ks. tästä Tuori 2003b, s. 93–95.

tin tasolla tarkasteltuna voidaan todeta, että lainsäätäjä on tehnyt merkittävää työtä säännösten systematisoinnissa yli oikeudenalarajojen. Esimerkkinä voidaan mainita rikoslain viittaukset poliisioikeuden säännöksiin ja päinvastoin. Poliisin voimankäytön kontekstissa voidaan perustellusti sanoa, että jo lainsäätäjällä on varsin pitkälti rajannut ne *kysymykset*, joita systeemin puitteissa voidaan esittää ja toisaalta asettanut myös *puitteet*, joissa ratkaisut voivat liikkua. Lainsäätäjän voidaankin tässä suhteessa katsoa kohtullisella menestyksellä suorittaneen ”esiteoreettisen systematisointitehtävänsä”. Aivan täydellistä tämä systematisointi ei kuitenkaan ole ollut, mitä havaintoa ei voida pitää erityisen yllättävänä, kun otetaan huomioon, kuinka äskettäin – viimeisen puolen vuosisadan aikana – poliisitoiminnasta on tullut oikeusvaltiolliset periaatteet tyydyttävällä tavalla säänneltyä. Edes 1990-luvulla tapahtuneen poliisilain uudistuksen ei voida sanoa rakentuneen aiemman lainsäädännön systematiikalle tai ylipäättään aiemman lainopin systemaattiselle tarkastelulle. Rikosoikeuden yleiset opit kirjattiin lakiin vasta 2000-luvun alussa, mutta tältä osin saatettiin toki tukeutua perusteelliseen lainopissa tapahtuneeseen systematisointiin. Tutkimukseni keskeisenä tavoitteena on analysoida poliisioikeuden ja rikosoikeuden suhdetta ja siten jatkaa lainsäätäjän aloittamaa systematisointia. Tällaisen tavoitteen voittaneen katsoa ilmentävän lainopin keskeistä tehtävää.¹⁷⁶ Lainopin eri tasojen näkökulmasta voitaneen puhua *teoreettissuuntautuneesta käytännön lainopista ja jopa teoreettisesta lainopista*.¹⁷⁷

Lainopilliseen systematisointiin voi kuulua myös käsitteiden käyttö tavalla, jota laki ei tunne, taikka kokonaan toisten käsitteiden käyttö.¹⁷⁸ Ainakin Jareborg on korostanut oikeustieteen merkitystä systeemyhteyden rakentamisen lisäksi juuri käsitteiden sekä lakiin kirjoittamattomien poikkeussääntöjen muodostamisessa.¹⁷⁹ Tässä tutkimuksessa käytetään lähtökohtaisesti lakitekstistä löytyviä käsitteitä ja siinä tarkoituksessa kuin niitä lakitekstissäkin käytetään. Poikkeuksena voidaan mainita (poliisin) *voimankäyttö*, joka tutkimukseni käsitteistössä kattaa sekä aktiivisen poliisialoitteellisen voimakeinojen käytön että reaktiivisen

¹⁷⁶ Ks. Aarnio 1989a, s. 289–291 ja 301. Ks. myös Siltala 2003, s. 337–338. Systematisoinnin ja tulkinnan suhteesta voidaan viitata Aarnion (Aarnio 1989a, s. 302) toteamukseen: ”Systematisoinnin on heijastettava adekvaatilla tavalla voimassa olevaa lainsäädäntöä. Sen tulee olla tässä mielessä ’totuudenmukainen’.” Systematisointi ei voi olla ristiriidassa säännösten ennakkollisesta tulkinnasta johdettavan käsityksen kanssa. Ks. myös Alexy 1989a, s. 240. Alexy on katsonut, että systemaattisessa tulkinnassa on ahtaasti ymmärrettynä kyse erityisesti normien välisten loogisten ristiriitojen tunnistamisesta. Tulkinta, joka johtaa ristiriitaan toisen normin kanssa, on hylättävä. Laajasti ymmärrettynä systemaattisessa tulkinnassa on hänen mukaansa kyse itse asiassa systemaattisteologisesta tulkinnasta.

¹⁷⁷ Lainopin eri tasoista ks. Aarnio 1989a, s. 303. Ks. myös Tuori 2000, s. 303 ja Aarnio 2011, s. 104–105.

¹⁷⁸ Aarnio 1989a, s. 291.

¹⁷⁹ Jareborg 2001, s. 104–105.

hätävarjeluun. Näin määritettynä voimankäytön käsitteen voidaan katsoa olevan eräänlainen *yläkäsité*, jonka avulla saadaan paremmin hahmotettua yksittäisten eri lakeihin sijoittuvien säännösten keskinäiset yhteydet.¹⁸⁰ Kyse ei siis ole käsitteläinopillisesta deduktiivisen johtamisen lähtökohdasta, vaan oikeusjärjestyksen systematisoimisessa yli oikeudenalarajojen ja oikeudellisten ongelmien paikantamisessa käytettävästä apuvälineestä¹⁸¹ tai Tuorin sanoin ”tilanteiden jäsentämisestä niiden yksilöllisten oikeudellisesti merkityksellisten piirteiden tunnistamiseksi”.¹⁸² Toki on huomattava, että jo oikeudellisen ongelman tunnistaminen ja paikantaminen rajoittaa mielekkäiden oikeudellisten kysymysten joukkoa ja ”normikontekstia”, josta ratkaisu pyritään löytämään.¹⁸³ Tämän seurauksena jotkin oikeudelliset ongelmat voivat jäädä oikeudenalojen ”katvealueelle”. Näin on Tuorin mukaan käynyt juuri poliisin toimivallan suhteelle rikosoikeudelliseen hätävarjeluun.¹⁸⁴

Heikosti velvoittavien oikeuslähteiden merkityksen Tolonen on nähnyt olevan erityisesti siinä, että kansalaisten yhdenvertaisuus ja ”oikeudenkäytön yhtenäisyys on aina itsenäinen ja keskeinen arvo oikeusjärjestyksessä”.¹⁸⁵ Myös Siltala on lähestynyt erityisesti heikosti velvoittavaksi oikeuslähteeksi katsottavan oikeuskäytännön merkitystä oikeusvaltioperiaatteen sekä PL 6 §:stä johdettavan oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja siihen kytkeytyvän muodollisen oikeusturvan näkökulmasta.¹⁸⁶ Viitattaessaan oikeuskäytäntöön oikeustieteilijän taustaoletuksena on sitoutuminen oikeudelliseen yhdenvertaisuuteen, kun taas lakiin ja lain esitöihin viittaamisen taustalla vaikuttaa demokratiaperiaate eli lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen.¹⁸⁷

Heikosti velvoittavista oikeuslähteistä keskeisimmät ovat mainitut lainsäätäjän tarkoituslaista ilmentävät lain esityöt ja korkeimman oikeuden ratkaisut. Vaikka lainsäätäjän tarkoitus ja ylimpienkään tuomioistuinten ratkaisut eivät ole Suomessa vahvasti velvoittavia, niistä poikkeaminen edellyttää perusteluja. *Lain esitöistä* tärkeimpiä ovat hallituksen esitykset sekä valiokuntien lausunnot ja mietinnöt. Hallituksen esitysten osalta ratkaisevaa on se, onko siinä ehdotettuja

¹⁸⁰ Ks. Aarnio 1989a, s. 294. Jossain määrin haastavaa on se, että *voimankäytön* käsitteen oikeudellinen sisältö vastannee varsin pitkälti sille arkikielessä annettua merkitystä, kun *voimakeinojen käyttö* käsitteenä on vahvasti oikeudellinen tai ainakin sen merkitys oikeudellisessa käytössä on rajoittuneempi kuin arkikielessä. Käsitteiden merkityksestä oikeuden ja muun yhteiskunnan keskustelussa ks. Tuori 2003b, s. 96–98.

¹⁸¹ Tuori 1998, s. 1002. Ks. myös Tuori 2000, s. 193–195.

¹⁸² Tuori 2003b, s. 101. Tällaiseen käsitteen käyttöön ei institutionaalisen tuen vaatimus liity erityisen vahvasti. Ks. tästä Tuori 2003b, s. 110.

¹⁸³ Tuori 2000, s. 195.

¹⁸⁴ Tuori 2007, s. 147.

¹⁸⁵ Tolonen 2003, s. 24.

¹⁸⁶ Siltala 2004, s. 406–407.

¹⁸⁷ Siltala 2004, s. 413–414. Ks. myös Nieminen 2004, s. 409.

säännöksiä muokattu myöhemmässä vaiheessa esimerkiksi valiokuntakäsittelyssä. *Lainsäätäjän subjektiivisen tarkoituksen* selvittämisessä erityisen painaviksi argumenteiksi voidaan katsoa juuri eduskunnan eri valiokuntien määrättyä ongelmaa koskevat kannanotot. Lainsäätäjän subjektiivisesta tarkoituksesta on erotettava tulkintahetkellä määritettävä *lainsäädännön objektivinen tarkoitus (lain ratio)* sekä jopa *lainsäätäjän hypoteettinen tarkoitus*, joista viimeksi mainitulla ei Aarnion mukaan tosin ole juurikaan oikeuslähdearvoa Suomessa. Lain esitöiden merkitystä korostavaan subjektiiviseen tulkintaan verrattuna viimeksi mainituille on tyypillistä lainvalmistelutöitä laajemman aineiston hyödyntäminen.¹⁸⁸

Alexy on samansuuntaisesti erotellut tulkintateorian piirissä *lainsäätäjän nimenomaisen tarkoituksen* ja *lainsäätäjän sääntelylle asettamista tavoitteista johdettavan tarkoituksen*, joista viimeksi mainittu edustaa hänen mukaansa teleologista tulkintaa. Alexy on mielenkiintoisesti rinnastanut juuri *lainsäätäjän tarkoituksen* jälkikäteisen konstruoinnin ja lain sanamuodon sisällön määrittämisen (*determination*) empiirisen perustelemisen (*empirical reasoning*) erityistapauksiksi.¹⁸⁹

Kerrottua on syytä täydentää kolmella rajoituksella, jotka Tolonen on esittänyt lain esitöiden käytölle. Esitöiden merkitys on ensinnäkin rajattu kuhunkin oikeuskulttuuriin. Toiseksi Tolonen on Aarnion tavoin korostanut esitöiden ja lopullisen säädöksen sisällön yhteneväisyyden merkitystä sekä sitä, kuinka ”lähellä” esityöt ovat *lainsäätäjää*. Kolmanneksi Tolonen on korostanut ajan merkitystä. Esitöiden realistinen käyttöikä on hänen mukaansa noin 30–40 vuotta, ja ajan myötä ne korvautuvat muilla oikeuslähteillä, erityisesti korkeimpien oikeusasteiden ratkaisuilla.¹⁹⁰ Rikosoikeustieteilijöiden piiristä Jareborg on osin saman-

¹⁸⁸ Aarnio 1989a, s. 220–221, 226–229 ja 232 ja Aarnio 2012, s. 69 ja 71–73. Ks. myös Tolonen 2003, s. 115, Huovila 2005, s. 74–76 ja rikosoikeudellisesta kirjallisuudesta Frände 2012, s. 49 ja Jareborg 2001, s. 109–110. Objektivisen tarkoituksen käsitteen tarpeellisuudesta ks. Aarnio 1989a, s. 229. Lain ja lain esitöiden suhteesta ks. Nuotio 2004, s. 1272. Systemaattisen tulkinnan ja *lainsäätäjän* tarkoitukseen perustuvan argumentoinnin yhteyksistä ks. Huovila 2005, s. 67. Huovilan sanoin ”systemaattisen tulkintametodin ’käännettävyys’ *lainsäätäjän* tarkoitukseen liittyväksi argumentoinniksi on ymmärrettävää siihen nähden, että systemaattisen tulkinnan eräs kantava arvo on, että rationaalinen *lainsäätäjä* pyrkii systemaattisuuteen ja johdonmukaisuuteen”.

¹⁸⁹ Alexy 1989a, s. 236–239. Ks. myös Alexy 1989a, s. 241–244 objektivisen teleologisen argumentoinnin hyväksyttävyydestä diskurssiteorian näkökulmasta. Voimassa olevan lain viitekehyksessä järkevänä – normatiivisesti määrittävänä – pidetään tavoitteita ”*which decision-makers deciding within the framework of the valid legal order would posit on the basis of rational argumentation*”.

¹⁹⁰ Tolonen 2003, s. 115–119. Tolonen on todennut esitöiden antavan erityisesti sääntötietoa siitä, miten jotakin säännöstä on tulkittava, sekä reaalitytöitä sääntelyn yhteiskunnallisista tavoitteista ja vallitsevista yhteiskunnallisista oloista. Ks. myös Siltala 2004, s. 405–406. Huovila 2005, s. 36–41 on aiheellisesti kiinnittänyt huomiota mm. hallitusten esitysten ja valiokuntamietintöjen saatavuuteen niiden merkitystä lisäävänä seikkana. Kuten Huovila on todennut, merkityksen antaminen lain

suuntaisesti pitänyt mahdollisena antaa vähäisempää painoarvoa lain esitöille tilanteissa, joissa:¹⁹¹

1. perustelut ovat oikeuspoliittisesti tai muutoin vanhentuneita
2. perustelut rakentuvat virheille tai virhearvioille tai sisältävät sellaisia
3. perustelut ovat ristiriitaisia, epäselviä tai selkeästi lakitekstin vastaisia
4. perustelut ovat vaikeaselkoisia.

Esitöiden roolista oikeuslähteenä tässä tutkimuksessa on syytä todeta, että perustuslakiin sisältyvien säännösten tulkinnassa olen hyödyntänyt lähinnä sen säätämiseen johtaneita esitöitä, erityisesti hallituksen esitystä ja perustuslakivaliokunnan mietintöä. Tätäkin enemmän huomiota on kiinnitetty 1990-luvun puolivälissä tehdyn perusoikeusuudistuksen esitöihin¹⁹², koska perustuslakia säädettäessä tuolloin voimassa olleen HM II luvun säännökset siirrettiin käytännössä sellaiseen PL 2 lukuun. Yksittäisten *perusoikeussäännösten tulkinnassa* on siten lain esitöiden osalta tukeuduttu erityisesti hallituksen esitykseen 309/1993 vp ja sen johdosta annettuihin lausumiin (erityisesti PeVM 25/1994 vp).¹⁹³ *Perusoikeuksien toteuttamismekanismien* osalta uusi perustuslaki sitä vastoin aiheutti muutoksia, joista voidaan mainita muun muassa perustuslain etusijasäännös (106 §) ja virkamiehen vahingonkorvausvelvollisuus (118 §).¹⁹⁴

Erityisesti perusoikeuksien yleisten oppien osalta on korostettu vuonna 1995 tapahtuneiden uudistusten merkitystä ja puhuttu ”tärkeästä käännekohtasta perusoikeuskulttuurissamme ja perusoikeuksia koskevassa ajattelussamme”.¹⁹⁵ Perusoikeuksien tulkinnassa korostuu perustuslakivaliokunnan lausuntojen merkitys. Oikeuskirjallisuus-

esitöille tukee myös demokratiaperiaatteen toteutumista. Yleisesti ottaen Huovila on pitänyt lain esitöitä edelleen merkittävänä oikeuslähteenä ja todennut niiden merkityksen mm. korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä kasvaneen. Hän on myös viitaten oikeudenkäymiskaaren 1 luvun 11 §:ään todennut, ettei ”tuomioistuimen oman pohdinnan esiintuominen ja esitöiden kannanottojen arviointi ole missään tapauksessa itseisarvo” (s. 41). Ko. lainkohdan mukaan: ”Tuomarin pitää tarkoin tutkia lain oikeata tarkoitusta ja perustusta sekä tuomita sen mukaan, mutta ei vastoin sitä, oman mielensä mukaan. Maan tapa, jos se ei ole kohtuuton, olkoon hänellä myös ohjeena tuomitessansa, kun säädettyä lakia ei ole.” Huovila on myös mielenkiintoisella tavalla kytkenut perus- ja ihmisoikeuksien korostuneen merkityksen maan tavan vähentyneeseen merkitykseen. Aarnion oikeuslähdeopissa maan tapaa pidettiin vielä vahvasti velvoittavana oikeuslähteenä, mutta Huovilan mukaan ”perus- ja ihmisoikeuskehityksen myötä niin sanotut harmaat alueet eli lain aukot ovat lisäksi tavallaan oikeudellistuneet”. Ks. tästä Huovila 2005, s. 36. Ks. myös Aarnio 1989a, s. 220 ja 224–225.

¹⁹¹ Jareborg 2001, s. 102–103.

¹⁹² Tulkinta-aineiston valinnasta ks. Jyränki 2000, s. 48.

¹⁹³ HE 1/1998 vp, s. 78.

¹⁹⁴ Jyränki 2000, s. 278.

¹⁹⁵ Viljanen 2001, s. 2. Ks. myös Jyränki 2003, s. 418–420. Jyränki on todennut vuosien 1995 ja erityisesti 2000 jälkeen vallinneen *avoin tulkintatilanne*, jossa aiempaa konkreettisista kannanotoista muodostunutta käytäntöä ei ollut. Nytemmin on hänen mukaansa erityisesti perusoikeuk-

nessa perustuslakivaliokunnan mietinnöt ja lausunnot onkin merkitykseltään rinnastettu perustuslain esitöihin. Perustuslakivaliokunnan kannanottojen merkitystä korostaa sekin, että valiokunta ei juuri koskaan poikkea aiemmista kannanotoistaan, mikä edistää oikeusvarmuutta, ennakoitavuutta ja uskottavuutta siinä suhteessa, että valiokunnan ei voida väittää myötäilevän muuttuvia yhteiskuntapoliittisia tavoitteita.¹⁹⁶ Lisäksi perusoikeussäännösten ollessa varsin nuoria muodostuu niiden keskeinen tulkintatausta säädöstekstin lisäksi juuri säännösten esitöistä ja perustuslakivaliokunnan kannanotoista, eikä erilaisille luokituksille, systematisoinneille tai edes oikeusvertailevalle aineistolle tule antaa erityisten suurta merkitystä.¹⁹⁷

Perustuslakivaliokunnan käytännön osalta olen kiinnittänyt huomiota lähinnä perusoikeusuudistuksen jälkeisiin kannanottoihin, vaikka myös vanhemmilla lausumilla on katsottava olevan merkitystä uudistuksen jälkeenkin.¹⁹⁸ Hidén onkin pian perusoikeusuudistuksen jälkeen kirjoittamassaan artikkelissa painottanut ajallista jatkumoa perusoikeusajattelussa. Hänen mukaansa uudistuksen yhteydessä ei irtauduttu kertyneistä tulkintatavoista ja -periaatteista, vaan tukeuduttiin vakiintuneisiin tulkintoihin. Hän on muun muassa vapausoikeuksien osalta katsonut jo perusoikeusuudistusta välittömästi edeltäneen käytännön muokanneen oikeustilaa. Erityisesti hän on maininnut perustuslakivaliokunnan painopisteen siirtymisen rajoitusedellytyksiin ja oikeus- turvaan, ihmisoikeusvelvoitteiden merkityksen lisääntymisen sekä perusoikeuksien uudistuneet sanamuodot ja säännösten suuremman yksityiskohtaisuuden.¹⁹⁹ Esitöiden ja perustuslakivaliokunnan käytännön ollessa siltä osin varsin suppeat olen erityisesti tutkimukseni kannalta keskeisen PL 7 §:n osalta joutunut tukeutumaan varsin laajalti muuhunkin aineistoon.

Perustuslakivaliokunnan asema perusoikeussäännösten tulkitsijana oli sinänsä vakiintunut jo perusoikeusuudistuksen voimaan tullessa.²⁰⁰ Merkityksellistä sen roolin muutoksen kannalta onkin painopisteen siirtyminen muodollisesta perusoikeussuojasta aineellisen perusoikeussuojan suuntaan. Sen sijaan, että se ottaisi kantaa ainoastaan lainsäätämisjärjestykseen, on perustuslakivaliokunta perusoikeusuudistuksen jälkeen pyrkinyt yksityiskohtaisin korjausehdotuksin vaikuttamaan lakiehdotuksen muuttamiseksi siten, että ristiriitaa perustuslain kanssa ei olisi. Kehitystä on vauhdittanut ihmisoikeussopimusten vaikutus, koska poikkeuslaki sallii ainoastaan poikkeamisen perustuslaista, mutta ei Suomea sitovista ihmisoikeusvelvoitteista.²⁰¹ Perustuslakivaliokunnan tehtäviin kuuluukin keskeisesti lakiehdotusten perustuslainmukaisuuden valvonnan ohella myös niiden arviointi ihmisoikeussopimusten kannalta. Toki

sien osalta siirrytty *tavalliseen tulkintatilanteeseen*, jossa valiokunta voi noudattaa omaa aiempaa käytäntöään. Ks. myös Karapuu 2011, s. 79–80 ja Jyräki – Husa 2012, s. 85–87.

¹⁹⁶ Saraviita 2005a, s. 6. Ks. myös Helin 2012, s. 23–24, jonka mukaan perustuslain esitöille on annettu tarpeettoman vähän merkitystä perusoikeussäännösten tulkinnassa.

¹⁹⁷ Saraviita 2005a, s. 67–68.

¹⁹⁸ Perusoikeussäännösten tulkinnassa käytettävistä oikeuslähteistä ks. esim. Saraviita 2011, s. 116 ja Jyräki – Husa 2012, s. 85–88. Myös aivan uusimmassa valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa on katsottu, että tiettyä varovaisuutta noudattaen voidaan perusoikeusuudistusta edeltänyttä perustuslakivaliokunnan käytäntöä ja oikeuskirjallisuutta edelleen hyödyntää. Ks. tästä Jyräki – Husa 2012, s. 87–88.

¹⁹⁹ Hidén 1996, s. 767–768. Ks. myös Saraviita 1996, s. 780–781.

²⁰⁰ Saraviita 1996, s. 780. Ks. myös Lavapuro 2010b, s. 226–227 ja Jyräki – Husa 2012, s. 45–47.

²⁰¹ Ks. esim. Scheinin 1996, s. 819 ja Lavapuro 2010b, s. 67–69.

muutkin valiokunnat voivat – ja niiden tuleekin – tarkastella lakiehdotusten hyväksyttävyyttä perustuslain ja ihmisoikeussopimusten kannalta.²⁰²

Aivan viime vuosina on esitetty varsin kriittisiäkin kommentteja perustuslakivaliokunnan roolista. Lavapuro on katsonut perustuslakivaliokunnan merkityksen perusoikeuksien materiaalisuuden suojaan määrittämisessä jääneen odotettua vähäisemmäksi ja todennut, että ”perustuslakikontrollin pääasiallinen merkitys näkyy valtiosääntötekni- senä tarkastustoimintana – ei lain päämäärien ja keinojen hyväksyttävyyden ja oikeasuhtaisuuden perinpohjaisena arvioimisena”.²⁰³ Ojanen puolestaan on peräänkuuluttanut perus- ja ihmisoikeuksia koskevaa vuoropuhelua perustuslakivaliokunnan ja tuomioistuinten välille, jolloin valiokunnan lausuntojen merkitys kasvaisi tuomioistuinten argumentaatiossa ja valiokunta ottaisi korostuneemmin huomioon tuomioistuinten kannanotot perusoikeuskysymyksissä.²⁰⁴ Tältä osin voidaankin viitata Lavapuron väitöskirjassaan esittämään havaintoon siitä, että aiemmasta poiketen nykyään perustuslakiin liittyviä tulkintakannanottoja ”esitetään käytännöllisesti katsoen kaikilla oikeudellisten käytäntöjen tasoilla” ja eri oikeudenalojen suunnilta sekä kansallisesti että kansainvälisesti.²⁰⁵ Erityistä huomiota voidaan kiinnittää myös oikeudellisten asiantuntijoiden korostuneeseen merkitykseen perustuslakivaliokunnan kannanottojen muodostajana.²⁰⁶

Viitaten perustuslakivaliokunnan ja muiden oikeudellisten toimijoiden suhteeseen Lavapuro onkin todennut perustuslakivaliokunnan roolista muuttuneesta toimintaympäristössä seuraavasti:

”Sekään ei enää toimi tarkka-rajaisesti hierarkisoitavan kansallisvaltion valtiosäännön institutionaalisen hierarkian huippuna, vaan mitä suurimmassa määrin erilaisten institutionaalisten toimijoiden sekä normijärjestelmien vuorovaikutukselle ja riidanalaistuksille jatkuvasti alttiissa sekä erilaisten arvojen ja oikeusjärjestysten moninaisuutta todistavassa toimintaympäristössä.”²⁰⁷

Oikeuskäytännön merkitys oikeuslähteenä perustuu muodollisesti PL 99 §:ään ja oikeudenkäymiskaaren 30 luvun 3 §:ään.²⁰⁸ Oikeustapausten tulkinta niitä oi-

²⁰² PL 74 §, PeVL 2/1990 vp, s. 2–3, KM 1992:3, s. 157 ja HE 1/1998 vp, s. 126. Perustuslakivaliokunnan roolista ks. myös Jyräki 2000, s. 44.

²⁰³ Lavapuro 2010a, s. 11. Samoin Lavapuro 2010b, s. 249.

²⁰⁴ Ojanen 2011, s. 449.

²⁰⁵ Lavapuro 2010b, s. 227.

²⁰⁶ Lavapuro 2010b, s. 231–233. Perustuslakivaliokunnan kuulemien asiantuntijoiden merkityksestä ks. myös Jyräki – Husa 2012, s. 353. Ks. myös Helin 2012, s. 19 av. 17 ja Koskelon (2012, s. 116) kritiikki perustuslakivaliokunnan asiantuntijoiden lausumille antamaa painoarvoa kohtaan. Kirjoittajien mukaan perustuslakivaliokunnassa kuultavien asiantuntijoiden asiantuntemus on yleensä valtiosääntöoikeuden alalta eikä tällainen asiantuntemus ole riittävä esimerkiksi yhteiskunnallisen intressin painavuuden määrittämiseksi.

²⁰⁷ Lavapuro 2010b, s. 237. Toisaalta Lavapuro 2010b, s. 239–241 on korostanut sitä, että jatkosakin perustuslakivaliokunnan tulee pystyä toimimaan ”nimenomaan demokraattisena perustuslaintulkitsijana”. Perustuslain tulkinta ei voi alistua puoluepoliittisille tai muutoin rajattuja ihmisryhmiä koskevien tavoitteiden ajamiselle. Käytännössä tämä voisi tarkoittaa esimerkiksi perinteistä oikeuslähteoppia laajemmin eri näkökohtia huomioon ottavaa argumentointia.

²⁰⁸ Ks. Huovila 2005, s. 41.

keuslähteenä käytettäessä etenee lain tulkintaan verrattuna päinvastaisesti. Lakitekstiä konkreettisessa tilanteessa tulkittaessa sen yleisen tason muotoilu korvataan yksityiskohtaisemmalla formuloinnilla, kun taas oikeustapausta tulkittaessa tuomioistuimen kannanotto konkreettiseen tapaukseen pyritään yleistämään muitakin tapauksia koskevaksi normiksi, joka ilmaisee voimassa olevaa oikeutta.²⁰⁹ Tämä yleistys puolestaan konkretisoidaan uudelleen käsiteltävässä tapauksessa sovellettavaksi normiksi. Jareborg on antanut joitakin yleisiä ohjeita oikeustapausten tulkintaan:²¹⁰

1. Oikeustapausten tulkinta ei saa (mahdollisuuksien mukaan) johtaa ristiriitaan lain, sen esitöiden eikä hyväksytyn doktriinin kanssa.
2. Oikeustapauksia tulee tulkita siten, että eri oikeustapausten tulkintojen välille ei tule ristiriitaa.
3. Kahden oikeustapausten ollessa konfliktissa keskenään pitää arvioida, kumpi niistä on tärkeämpi. Tässä voidaan Jareborgin mukaan ottaa ratkaisun julkistamistavan lisäksi huomioon mm. milloin ratkaisu on annettu, minkätasoinen tuomioistuin sen on antanut ja onko ratkaisu yksimielinen.

Frände on korostanut tuomioistuinten roolia erityisesti rikosoikeuden oikeuslähteenä. Hänen mukaansa tuomioistuimet ”luovat päteviä sääntöjä ja periaatteita tulkitsemalla ja systematisoimalla uuden järjestelmän eli voimassa olevan oikeuden”. Voimassa oleva oikeus syntyy siis vasta tuomioistuimissa tapahtuvan tulkinnan ja soveltamisen myötä. Tämä rajoittaa Fränden mukaan myös rikoslainopin mahdollisuuksia, jotka hänen mukaansa ovat sidotut siihen, että jostakin (uudesta) säännöksestä on olemassa ainakin muutamia konkreettisia ratkaisuja, joiden pohjalta lainoppi voi kuvata voimassa olevaa oikeutta. Tätä edeltävässä vaiheessa kyse ei ole niinkään oikeustilan kuvaamisesta vaan tulkintasuosittelun antamisesta.²¹¹ Mitä tulee poliisioikeudellisiin näkökohtiin, kotimaisen oikeuskäytännön osalta voidaan yleisesti todeta, että vuoden 1995 poliisilain säätäminen ei muuttanut voimankäyttöä koskevaa sääntelytilannetta sillä tavoin, että sitä edeltävien ratkaisujen merkitys oikeuslähteinä olisi erityisesti heikentynyt.²¹² Tutkimuksen kysymyksenasettelua seuraten poliisin voimankäyttöä koskevia ratkaisuja on käsitelty perusteellisemmin kuin muita rikoslain yleistä tai erityistä osaa koskevia ratkaisuja. Tutkimuksen lähdeaineistoon kuuluu myös joitakin hovioikeuden ratkaisuja, joiden katson olevan lähinnä esimerkkejä lain soveltamisesta. Joiltakin osin niille voidaan antaa merkitystä myös oikeuslähteenä.

²⁰⁹ Jareborg 2001, s. 118.

²¹⁰ Jareborg 2001, s. 118.

²¹¹ Frände 2012, s. 47. Ks. myös Aarnio 2011, s. 73–78.

²¹² Ks. Loman 1997, s. 143.

Lähtökohtaisesti mikä tahansa tuomioistuinratkaisu, joka ilmaisee myöhemmän lain soveltamisen kannalta merkityksellisen normin (säännön tai periaatteen), voikin olla ennakkopäätös.²¹³ Kyse on siis ratkaisun *oikeutta luovasta vaikutuksesta* erotettuna *konfliktia ratkaisevasta vaikutuksesta*.²¹⁴ Vahvimmillaan tuomioistuinkäytännön oikeutta luova vaikutus on Tolosen mukaan oikeusperiaatteiden kohdalla.²¹⁵ Myös Lappi-Seppälä on todennut, että periaatteet tunnustavalle oikeudelliselle näkemykselle tapausmateriaalin lisääntyminen on pelkästään myönteinen seikka, koska sen myötä ”saadaan lisää materiaalia painoarvoltaan vaihtelevia lähteitä ja ratkaisuperusteita punnitsevaan argumentaatioon”.²¹⁶ Korkeimman oikeuden tiukan valituslupakäytännön johdosta hovioikeuksien ratkaisujen merkityksen onkin katsottu korostuneen viime vuosikymmeninä.²¹⁷ On kuitenkin syytä huomata, että Aarnion jaottelussa hovioikeusratkaisut on luettava ”vain” sallittujen oikeuslähteiden joukkoon jo siitä syystä, että niiden asemasta ei ole säädetty perustuslain tai lain tasoisesti. Niissä esitetyjä kannanottoja voitaneen kuitenkin pitää oikeuskirjallisuudessa esitetyjä näkemyksiä painavampina.²¹⁸

Sallittujen oikeuslähteiden käyttö on hyväksyttävää, mutta niiden käyttämättä jättämistäkään ei tarvitse perustella. Tällaisten oikeuslähteiden käytöllä pyritään ensisijaisesti vahvistamaan argumentaatiota.²¹⁹ Sallittujen oikeuslähteiden joukosta tutkimukseni kannalta tärkeimpiä ovat oikeusvertailu sekä oikeuskirjallisuus oikeustieteen kannanottojen edustajana ja normisuositusten lähteenä.²²⁰

Poliisi- ja rikosoikeuden osalta tutkimuksessa tehdään *oikeusvertailua* lähinnä muihin pohjoismaihin. Tältä osin vertailevia argumentteja voidaan perustella lähinnä samanlaisella tulkintatraditiolla ja ainakin *samantyyppisellä* lainsäädännöllä. Lisäksi pohjoismaiset yhteiskunnat ovat varsin samantyyppisiä ja rakentuvat samankaltaisille poliittisille, yhteiskunnallisille sekä kulttuurisille arvoille. Myös käsitykset poliisitoiminnan luonteesta ja poliisitoimintatavoista ovat varsin pitkälle yhteneviä. Muiden kuin pohjoismaisten lähteiden osalta pyritään lähinnä tuomaan esille tulkintoja EIS:n sisällöstä ja EIT:n ratkaisukäytännöstä sekä ko. maissa noudatettavista voimankäyttöä ohjaavista *yleisistä periaatteista*.

²¹³ Ks. Aarnion (1989a, s. 231) erottelu ennakkopäätöksen ja ennakkotapauksen välillä. Keskeistä on, että ennakkotapaus terminä viittaa lähinnä tosiseikastoon, kun taas ennakkopäätös terminä tuo voimakkaammin esille sovelletun oikeussäännön tai -periaatteen eli oikeusnormin.

²¹⁴ Tolonen 2003, s. 120–121. Ks. myös Tolonen 2003, s. 121–122 oikeusvarmuuden ja ennakoitavuuden (norminmukaisuus- tai normivaade) suhteesta kaikki relevantit tosiasiat huomioon otta-vaan ratkaisutoimintaan (asianmukaisuusvaade).

²¹⁵ Tolonen 2003, s. 132.

²¹⁶ Lappi-Seppälä 1987, s. 49. Ks. myös Aarnio 2011, s. 79.

²¹⁷ Tolonen 2003, s. 124 ja Aarnio 2011, s. 79.

²¹⁸ Huovila 2005, s. 42.

²¹⁹ Aarnio 1989a, s. 221 ja Frände 2012, s. 50.

²²⁰ Aarnio 1989a, s. 221. Ks. myös Tolonen 2003, s. 4 ja Siltala 2004, s. 413 ja 424–425. Siltalan luokittelussa mm. lainopillinen oikeuskirjallisuus, oikeusvertailevat ratkaisuperusteet ja reaaliset argumentit kuuluvat ”mahdollisten muiden oikeuslähteiden” ryhmään.

EIT:n ratkaisuja koskevan kirjallisuuden osalta vertailevaa metodologia voidaan lähinnä perustella sen pohjautumisella kansainväliseen sitovaan sopimukseen. Muilta osin kansainvälisten lähteiden merkitys on ymmärrettävä niiden sisältämän *vihjearvon* kannalta.²²¹ Kuvatus kaltaisella ulkomaisten lähteiden käytöllä voidaan pyrkiä myös ennakoimaan EIT:n ratkaisukäytäntöä.²²²

”Myös EIT:n käytäntö perustuu osaltaan jäsenmaihin kohdistuvaan oikeusvertailuun, joka tavallaan antaa objektiivisen kiinnekohdan tuomioistuimen muutoin harjoittaman dynaamisen ja evolutiivisen tulkintatavan vastapainoksi. EIT:n oikeusvertaileva tulkintatapa antaa siten ainakin tiettyyn mittaan mahdollisuuden ennustaa sen tulevaa käytäntöä, ja EIS:n jäsenmaiden oikeuskäytäntö on tässä mielessä merkityksellistä myös kansallisten tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa.”

Samoin kuin esimerkiksi Laura Ervo oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevassa väitöskirjassaan olen keskittynyt kansainvälisten ihmisoikeusinstrumenttien osalta erityisesti EIS:ään ja sen tulkintoja ilmentävään EIT:n ratkaisukäytäntöön. Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan sopimukseen (KP-sopimus) ja EU:n perusoikeusjärjestelmään kiinnitetään merkittävästi vähemmän huomiota. EU:n perusoikeusjärjestelmällä ei ainakaan tätä kirjoitettaessa ole nähtävissä juurikaan relevanssia tutkimuksen teemojen suhteen, kun taas KP-sopimuksen hyödyntämismahdollisuuksia heikentää varsin kehittymätön yksilövalitusjärjestelmä sekä sopimusvaltioiden arvomaailmojen erilaisuus. EIS on mainituissa suhteissa käyttökelpoisempi, mutta tältäkin osin kansallinen harkintamarginaali ja jäsenvaltioiden piirin ja sen myötä arvopohjan ja oikeusjärjestelmien monimuotoisuuden kasvu tuovat rajoituksia.²²³ Näistä myöhemmin lisää.

Todettakoon vielä lopuksi, että *oikeustieteelle* – samoin kuin oikeuskäytännölle – on ominaista, että se sekä käyttää oikeuslähteitä että on itse oikeuslähde. Tolosen sanoin ”[m]olemmat esiintyvät toimijoina ja käytäntöinä oikeudellisessa prosessissa”. Jokainen kannanotto oikeuslähteisiin vaikuttaa oikeuslähteisiin

²²¹ Aarnio 1989a, s. 235–236. Oikeusvertailun merkityksestä rikosoikeuden yleisten oppien tutkimuksessa ks. myös Virtanen 2004, s. 1067–1068. Kansallisten järjestelmien vertailun osalta Virtanen on korostanut *rikosoikeuskulttuurien* yhteneväisyyttä. Jareborg (2001, s. 105) on puolestaan korostanut ulkomaisen doktriinin merkitystä erityisesti erilaisten systemaattisten ratkaisumallien ja käsitteanalyysien mallina. En ole katsonut perustelluksi käydä systemaattisesti läpi muiden EIS:n jäsenvaltioiden perustuslaki- tai ylimpien tuomioistuinten ratkaisukäytäntöä. Ks. tästä Silta 2004, s. 428–432. Ks. myös Boucht 2011b, s. 285.

²²² Huovila 2005, s. 44. Ks. myös esim. Huovila 2005, s. 35, joka on todennut, että ”mikäli samasta asiasta on sekä EIT:n ja KKO:n ratkaisu, viimeksi mainitulle on kantani mukaan annettava *lähitökohtaisesti* etusija. Tämä johtuu jo siitäkin, että KKO:n ratkaisu on tavallaan erityistapaus, siinä on sovellettu ihmisoikeusnormia nimenomaan suomalaisessa oikeudellisessa kontekstissa.” Ks. myös Huovila 2005, s. 46 ja siinä oleva ”oikeuslähdeopillinen peukalosääntö”.

²²³ Ks. Ervo 2005, s. 18–20.

ja luo käsitystä oikeuslähteistä.²²⁴ Suhteessa oikeudelliseen ratkaisutoimintaan oikeuskirjallisuuden merkitys oikeuslähteenä kuitenkin korostuu oikeustieteessä.²²⁵

6.2 TULKINTA OSANA SYSTEMATISOINTITYÖTÄ

Systematisointia lainopin perustehtävänä edeltää toinen lainopin perustehtävistä eli normiformulaatioiden tulkinta. Systematisointi ei tosiasiallisesti kohdistukaan normiformulaatioihin, vaan normeihin ja ”tie normiformulaatioista normeihin kulkee tulkinnan kautta”.²²⁶ Oikeustieteeseen ja erityisesti tulkintalainoppiin kuuluu keskeisesti normatiivisuuden elementti. Kuten edellä on todettu, oikeustiede on itse osa oikeutta ja vaikuttaa omilla tuotoksillaan tutkimuskohteensa kehitykseen. Tulkinta on siis myös merkityssisällön antamista eikä pelkästään sen toteamista. Toisaalta normatiivisuus tuo mukanaan myös enemmän tai vähemmän kiinteän yhteyden yhteiskunnalliseen sääntelyyn.²²⁷

Huovila on erotellut oikeuslähteoppia, oikeudellista argumentaatiota ja tulkintaa seuraavasti. *Oikeuslähteopissa* on kyse siitä, ”mistä perustelujen oikeudellinen sisältö löydetään ja mitä oikeudellista aineistoa perustelujen tulee pitää sisällään. *Oikeudellisen argumentaation* malli tai metodi taas vaikuttaa muun muassa siihen, minkälainen on oikeuskysymyksen perustelujen rakenne, minkä tyyppisiä argumentteja ja perusteita oikeuslähteistä johdetaan, mikä on se metodi, jolla oikeuslähteitä perusteluissa käytetään, sekä myös, miten oikeuslähteistä saatavat argumentit valikoituvat ja niiden keskinäiset ristiriitaisuudet ratkaistaan”.²²⁸ *Tulkinta* puolestaan ”on merkityksen antamista määrättylle kielelliselle ilmaukselle eli sanalle tai lauseelle. Tulkintaa on paitsi

²²⁴ Tolonen 2003, s. 5–9. Tolonen lähestyy oikeutta *jatkuvasti kehittyvänä prosessina* (toimintateoreettinen lähtökohta) erotuksena Tuorista, jonka lähestymistapaa Tolonen on kuvannut enemmän *oikeuspositivistiseksi ja rakenteelliseksi*. Ero ei tosin Tolosenkaan mukaan ole ehdoton. Näyttäisi siltä, että ”tuorilaisittain” arvioituna Tolosen lähtökohta ei *oikeuslähteiden ajallisuudesta* (oikeuden suhde menneisyyteen) ja *oikeuden yhteisöllisyydestä* huolimatta tavoita oikeuden tasottelun konkretisoimia vuorovaikutustapoja, erityisesti oikeuden itserajoitusfunktioita. Samansuuntaista kritiikkiä on esittänyt myös Nuotio 2004, s. 1273–1274.

²²⁵ Ks. Huovila 2005, s. 21. Oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa oikeuskirjallisuuden merkitys korostuu *ratkaisun keksimisen* vaiheessa, kun taas ratkaisun *perustelemisen kontekstissa* sen merkitys on vähäisempi johtuen muodollisen velvoittavuuden puuttumisesta.

²²⁶ Tuori 2000, s. 309–310 ja Tuori 1998, s. 1002–1003. Ks. myös Aarnio 1989c, s. 113–114 sekä Frände 2012, s. 49, jonka mukaan ”[t]avoitteena on lakitekstin oikea muotoilu käsillä olevan teon kannalta. Uuden formuloinnin avulla tuomioistuimen on sitten mahdollista tehdä oikea subsumptio”. Fränden ajattelussa normiformulaation korvaa normin sijasta uusi formulaatio. Käytännössä ero Tuorin näkemyksiin lienee kuitenkin merkityksetön.

²²⁷ Tuori 1998, s. 1003 ja Makkonen 1998, s. 119. Ks. myös Tuori 2000, s. 304–305.

²²⁸ Huovila 2005, s. 47. Oikeuden syvärakenteeseen sedimentoituneiden oikeusperiaatteiden merkityksestä tulkintaperusteiden määrittäjänä ks. Huovila 2005, s. 58.

se, että vahvistetaan ilmaisulle jokin määrämerkitys monien merkitysmahdollisuuksien joukosta, myös se, että lausutaan julki jonkun ilmaisun yksiselitteinen merkitys”.²²⁹

Siltala puolestaan on kiinnittänyt tulkinnan tulkintaperusteisiin, jotka osin viittaavat oikeuslähteisiin ja osin periaatteiden ja teleologisen argumentaation merkitykseen.²³⁰

- lainsäädännön kielellinen ilmiö
- oikeudenalakohtainen systematiikka
- lainsäädännön historiallinen tarkoitus
- oikeuskäytännössä vakiintunut tulkinta
- oikeusperiaatteiden tilannekohtainen koherenssi
- tulkinnan ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset.

Huomattakoon, että Huovilalla *lainsäätäjän tarkoitukseen perustuvan tulkinnan* merkitys on poikkeuksellinen ja liittyy tyypillisesti aina muihin tulkinta-argumentteihin, kuten systemaattisiin, teleologisiin taikka perus- ja ihmisoikeuksiin perustuviin argumentteihin. Kyse voi siis olla lain sanamuodon täsmäntämisestä, käsitteelle oikeustieteessä annetusta vakiintuneesta merkityksestä tai luonnollisesti myös lain perimmäisestä tarkoituksesta.²³¹ Systemaattisen tulkinta on ollut mielenkiinnon kohteena jo edellä ja sanamuodon merkitykseen palataan rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen yhteydessä. Seuraavassa arvioidaankin tarkemmin ainoastaan teleologista argumentointia, periaatelähtöistä argumentointia ja perusoikeusmyönteistä laintulkintaa.

6.2.1 Teleologinen argumentointi

Teleologisella argumentoinnilla tarkoitetaan tulkinnassa huomioon otettavia reaalisia, käytännönläheisiä argumentteja. Tällöin tulkintaratkaisu on väline jonkin tavoitteen saavuttamiseksi ja eri soveltamisratkaisuista seurausvaikutuksien valitaan se, joka parhaiten toteuttaa (säännöksen) tavoitteita. Teleologinen argumentointikaan ei tapahdu (muut) oikeuslähteet sivuuttaen, vaan kyse on muiden oikeuslähteiden avulla yksilöityjen tulkintavaihtoehtojen (ja niiden seurausten) välillä reaalisiin perustein tehtävästä valinnasta. Tällä tavoin teleologinen tulkinta tulee sidotuksi voimassa olevaan oikeusjärjestykseen.²³² Jareborgin

²²⁹ Huovila 2005, s. 58.

²³⁰ Siltala 2003, s. 333–334.

²³¹ Huovila 2005, s. 73–74.

²³² Lahti 1974, s. 36 ja Aarnio 1989a, s. 239–241. Ks. myös Tolonen 2003, s. 157–160 ja erityisesti Tolosen erittely tuomioistuinratkaisujen erilaisista vaikutustyypeistä. Reaalisista argumenteista ks. myös Huovila 2005, s. 21.

mukaan teleologisia argumentteja voidaan hakea muun muassa muiden oikeuden alojen voimassa olevasta oikeudesta, jo kumottujen lakien soveltamiskäytännöstä, yksityisten organisaatioiden ratkaisuksista tai lausunnoista sekä jopa vahvistamatta jääneiden lakien perusteluista. Tällaisista lähteistä löydettyjen argumenttien soveltaminen pitää luonnollisesti erikseen perustella. Itsenäistä auktoriteettiarvoa niillä ei ole.²³³

Rikosoikeuden näkökulmasta on kuitenkin huomattava, että erityisesti sen arvioinnissa, kuuluuko teko tunnusmerkistön alaisuuteen, teleologisella tulkinnalla ei ole juurikaan sijaa. Jareborgin mukaan tämä lähtökohta näyttäisi pätevän myös suojeluintressin (*skyddintresse*) varaan rakentuvaan kriminalisointien tulkintaan. Seuraamusarvioinnin osalta tilanne saattaa toki olla toinen.²³⁴ Tunnusmerkistön mukaisuuden osaltakaan tilanne ei ehkä ole niin yksiselitteinen kuin Jareborg on kirjoittanut. Esimerkiksi Tapanin mukaan rikossäännöksestä riippuen teleologia voi tarkoittaa yhtäältä hakeutumista säännöksen ydinalueelle eikä niinkään sen soveltamisalan rajoille. Toisaalta vaikka useimmissa tapauksissa teleologisin argumentein ei voida sivuuttaa normaalikielen ja juridis-tekni- sen kielen mukaista tulkintaa, on olemassa rikossäännöksiä, joiden osalta normaalikielisen ja juridis-tekni- sen kielen määritelmät voidaan teleologisin perustelu- in ylittää. Tapanin esimerkin perusteella tämä saattaa olla perusteltua tulkit- taessa tunnusmerkistökiteijöitä kokonaisuutena.²³⁵ Teleologisen argumentoinnin merkityksestä rikosoikeudessa on kirjoittanut myös Timo Ojala:²³⁶

”Yksittäisen tunnusmerkistön taustalla saattaa olla useita tavoitteita ja päämääriä, joihin säännöksellä on pyritty. Säännöksen sanamuoto saattaa yksittäisessä tapauksessa estää säännöksen tulkitsemista siten, että jokin teko katsottaisiin olevan sen tavoitteiden mukaan rangaistava. Toisaalta jokin teko saattaa olla sanamuodon mukaan selvästi rangaistava, vaikka tietyt oikeusperiaatteet saattaisivat puhua sen puolesta, että teko ei olisi rangaistava. Teleologisen tulkinnan lopputulosta joudutaan arvioimaan eri oikeusperiaatteita vasten ja rikosoikeudessa erityisesti laillisuusperiaatteen eri osaperiaatteita vasten, joiden taustalla on nähtävissä yleisempänä periaatteena ennakoitavuuden periaate. Teleologinen tulkintaperuste ja oikeusperiaatteiden punninta

²³³ Jareborg 2001, s. 105. Ks. myös Jareborg 2001, s. 111.

²³⁴ Jareborg 2001, s. 111. Rikosoikeudessa sovellettavan – *rajoittavan* – teleologisen metodin käytöstä vrt. Frände 2012, s. 53–55. Frände käyttää termiä *EIT-metodi* viitaten tällä EIT:n tapaan perustella joitakin ratkaisuja eikä EIT:n ratkaisukäytäntöön vetoamiseen oman tulkinnan tueksi. Kyse on tilanteista, joihin rangaistussäännös sinänsä soveltuisi, mutta sen soveltaminen ei olisi säännöksen tarkoituksen mukaista. Näkemys kytkeytyy myös säännöksen suojeluintressiin. Frände on aiheellisesti kiinnittänyt huomiota siihen, että tietyn tulkinnallisen ratkaisun *ennalta-arvattavuus* tulee otettavaksi huomioon ehkä kieltoerehdyksen näkökulmasta, mutta sillä ei ole mitään tekemistä tulkinnan kanssa. Kyse ei siis ole esimerkiksi mistään tulkintastandardista. Ks. tästä Frände 2012, s. 55–56.

²³⁵ Tapani 2005, s. 18–19.

²³⁶ Ojala 2005, s. 233.

ei ole näin ollen ainakaan rikostunnusmerkistön tulkinnassa sama asia, vaikka joskus on nähnyt muuta väitettävän.”

Reaalisten argumenttien ja periaatteiden ero voitaneen Jonkan tavoin kiteyttää toteamukseen, että ”reaalisia argumentteja on tarkasteltu tapauskohtaisesti, oikeusperiaatteet merkitsevät sen sijaan näistä tehtyä yleistystä”.²³⁷ Tässä yhteydessä on palautettava mieleen myös Tolosen näkemys institutionaalisen yleistettävyyden merkityksestä oikeutta ja yhteiskuntapoliittisia tavoitteita erottavana kriteerinä.²³⁸ Vaikka teleologisen tulkinnan ja lainsäätäjän objektiivisen tarkoituksen avulla tapahtuvan tulkinnan erot olisivatkin käytännössä varsin vähäisiä, on kuitenkin huomattava, että teleologisessa argumentoinnissa viimeinen vaihe eli yhden tulkintavaihtoehdon valinta irtautuu kokonaan oikeuslähteopista.²³⁹ Samansuuntaisesti myöskään Tuori ei ole pitänyt teleologista, reaalista argumentointia oikeuslähteenä, vaan hänen mukaansa sitä käytetään oikeuslähteiden tulkinnassa niiden antaman informaation täsmentämisessä. Toisaalta hänen ”Kriittinen oikeuspositivismi” -teoksessa esittämänsä kannan mukaan oikeusperiaatteet eivät ole oikeuslähteitä, vaan oikeusjärjestyksen sisällöllisiä aineosia, ”joista oikeuslähteet antavat informaatiota.”²⁴⁰ Periaatteiden merkityksestä lisää seuraavassa.

6.2.2 Erilaisia periaatteita

Oikeusperiaate käsitteenä on hyvin monimuotoinen ja ko. käsitteelle annettua sisältöä tulee ainakin tutkimuskäytössä pyrkiä tarkentamaan. Tuorin jaottelussa oikeusperiaatteille voidaan määritellä seuraavia sisältöjä:²⁴¹

- *ratkaisuperiaatteilla* tarkoitetaan oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa sovellettavia normeja
- *tulkintaperiaatteilla* kirjallisten oikeuslähteiden tulkinnassa huomioon otettavia argumentteja
- *yleisillä oikeusperiaatteilla* oikeudenalojen ja koko oikeusjärjestyksen normatiivisen sisällön tiivistymiä
- *oikeuslähteperiaatteilla* oikeusnormeja perustelevia oikeuslähteitä
- *lainsäädännön taustaperiaatteilla* tai *järjestelmäperiaatteilla* lainsäädännöllisten ratkaisujen normatiivisia lähtökohtia.

²³⁷ Jonkka 1991, s. 170.

²³⁸ Ks. Tolonen 1989, s. 381.

²³⁹ Ks. Karhu 2003, s. 798. Vrt. Aarnio 2011, s. 69, jossa kirjoittaja on selkeästi sijoittanut sekä käytännölliset argumentit että eettiset ja moraaliset perusteet sallittujen oikeuslähteiden joukkoon.

²⁴⁰ Tuori 2000, s. 175. Ks. myös Tuori 2000, s. 185–186 ja Karhu 2003, s. 798. Vrt. Aarnio 2011, s. 69.

²⁴¹ Tuori 2007, s. 150.

Oikeusperiaatteen käsitteellisenä perusmerkityksenä voidaan Tuorin mukaan pitää oikeusperiaatetta *yleisenä oikeusperiaatteena*. Juuri tässä tarkoituksessa ne muodostavat oikeuskäsitteiden vastinparin osana yleisiä oppeja.²⁴²

Makkosen mukaan yleiset oikeusperiaatteet toimivat ”mittana oikeudellisessa punninnassa”, niillä on ”normatiivinen merkitys” ja niiden varaan voidaan perustaa ”ennalta-laskettavuus”.²⁴³ Yksittäistapauksessa yleiset oikeusperiaatteet toimivat lähinnä valintaperusteina harkittaessa, mikä mahdollisista vaihtoehdoista asetetaan etusijalle.²⁴⁴ Makkosen mukaan yleisten oikeusperiaatteiden merkitys nähtiin erityisesti ratkaisupakon toteuttamisvälineenä oikeuden aukkotilanteissa, mutta itse hän on korostanut sitä, että yksittäisessä tapauksessa yleistä periaatetta soveltamalla ei voida muodostaa aukon täyttävää normia, vaan normi syntyy vasta käytännön vakiintuessa.²⁴⁵

Tuorille oikeusperiaatteet ovat ensisijaisesti oikeusnormeja eivätkä oikeuslähteitä. Tästä oikeusnormiominaisuudesta seuraa vaatimus siitä, että oikeusnormeina pidettävillä oikeusperiaateille on löydettävä tukea *oikeuslähdeopin osoittamista oikeuslähteistä*. Kyse näyttäisi siis olevan samantyyppisestä institutionaalisen tuen vaatimuksesta kuin Tolosellakin.²⁴⁶ Tolosesta poiketen Tuori on tosin ulottanut tämän institutionaalisen tuen vaatimuksen myös oikeuden pintatasoa alemmissa oikeuden kerrostumissa operoiviin periaatteisiin.²⁴⁷ Tämä korostaa myös oikeustieteen merkitystä systemaattisista näkökohdista tapahtuvan periaatteiden sisällön luojana. Tässä suhteessa ei ole aiheellista puhua niinkään normisuosituksista vaan normiartikulaatioista tai periaateartikulaatioista.²⁴⁸

Perusoikeusperiaatteet voivat – viitaten edellä selostettuun Tuorien oikeusperiaatteiden jaotteluun – toimia sekä ratkaisuperiaatteina että tulkintaperiaatteina. Ratkaisuperiaatteina ne Tuorin mukaan toimivat kuitenkin harvoin, lähinnä tilanteissa, joita laintasoinen sääntely ei kata. Perusoikeusperiaatteiden tärkein käyttötapana on siis tulkintaperiaatteena jotakin normilauseen tulkintavaihtoehtoa perustelemassa.²⁴⁹ *Perusoikeusperiaatteet* saavat institutionaalisen tukensa perustuslaista, mutta muutoin peri-

²⁴² Tuori 2007, s. 151.

²⁴³ Makkonen 1981, s. 184. Luonnonoikeudelliseen ajatteluun voitaneen katsoa viittavan Makkosen toteamuksen siitä, että yleiset oikeusperiaatteet antavat ”laille sen kaikkivallan”.

²⁴⁴ Makkonen 1981, s. 217.

²⁴⁵ Makkonen 1981, s. 179 ja s. 213–215.

²⁴⁶ Tuori 2000, s. 197. Tolonen on tosin itse hieman vaikeaselkoisesti todennut, että ”*oikeuslähdeopin keskeisen osan muodostavat periaatteen kategoriaan kuuluvat toimintaohjeet*”. Hänen mukaansa oikeuslähdeoppi muodostuu periaatteista, jotka nimenomaan yleistettävyyden perusteella kuuluvat *oikeuden* eikä yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden joukkoon. Ks. tästä Tolonen 1989, s. 367.

²⁴⁷ Tuori 2007, s. 155.

²⁴⁸ Tolonen 2003, s. 133–135. Myös periaate-tavoite-dikotomiaan liittyvä yleistettävyydesti kytkeytyy Tuorin mukaan oikeusperiaatteiden tehtävään sisällöllistä koherenssia luovina tekijöinä. Ks. tästä Tuori 2000, s. 198.

²⁴⁹ Tuori 2007, s. 157 ja 272.

aatteille on ominaista, että ne saavat institutionaalisen tukensa muualta kuin lainsäädännöstä.²⁵⁰ Oikeustieteen ohella institutionaalisen tuen lähteitä voivat olla esimerkiksi kansallinen oikeuskäytäntö ja kansainvälisten tuomioistuinten ratkaisukäytäntö, mikä yhdistettynä periaatteiden merkityksen yleiseen kasvuun on johtanut keskusteluun tuomarivaltiosta eli tuomioistuinten merkityksen kasvusta lainsäätäjän kustannuksella. Tästä lisää myöhemmin.²⁵¹

Aarnio on jo ennen Tuoria jakanut yleiset oikeusperiaatteet viiteen ryhmään. Jaottelu poikkeaa Tuorin jaottelusta, mutta näyttäisi siltä, että Aarnion *ratkaisuperiaatteiden* kategoria, jolla viitataan harkintaprosessia ohjaaviin standardeihin (esimerkiksi lainalaisuuden, objektiviteetin ja suhteellisuuden periaatteet sekä rikosoikeudellinen *nulla poena sine lege* -periaate)²⁵² ja toisaalta *positiivisten oikeusperiaatteiden* kategoria, jolla tarkoitetaan muun muassa voimassa olevaan oikeuteen sisällytettyjä ratkaisuperiaatteita (esimerkiksi sosiaaliset ja poliittiset perusoikeudet)²⁵³ kattavat varsin pitkälti Tuorin ratkaisu-, tulkinta- ja ainakin osin myös oikeuslähdeperiaatekategoriat. Oikeusperiaatteiden eri ryhmät eivät luonnollisestikaan ole toisistaan riippumattomia, ja periaatteisiin viittaavilla käsitteillä voi eri tilanteissa olla erilaisia tarkoituksia. Periaate voi tilannesidonnaisesti toimia esimerkiksi ratkaisuperiaatteena tai tulkintaperiaatteena tai jopa tilanteeseen sovellettavaa normia perustelevana oikeuslähteenä.²⁵⁴

Aarnio on sijoittanut periaatteiden joukkoon myös *tulkinnan standardit*. Tulkintaperiaatteiden osalta tyydytään tässä viittaamaan ns. supistavan tulkinnan määritelmään.²⁵⁵ Supistavasta tulkinnasta on Aarnion mukaan kyse, ”kun lakitekstiä tulkitaan tiukemmin kuin sen ’normaalitulkintainen’ sanamuoto edellyttäisi” eli toisin sanoen säännöksen merkitysaluetta supistetaan ja alueen ulkopuolelle jäävät tapaukset jätetään huomiotta.²⁵⁶

²⁵⁰ Tuori 2000, s. 197–198 ja Tuori 2007, s. 155.

²⁵¹ Ks. Tuori 2007, s. 249–250.

²⁵² Aarnio 1989a, s. 82. Yleisten oikeusperiaatteiden ja ratkaisuperiaatteiden määrittelystä ks. myös Tuori 2007, s. 129.

²⁵³ Aarnio 1989a, s. 81. Ks. myös Aarnio 1989c, s. 115–116, jossa ratkaisuperiaatteet on sisällytetty positiivisten oikeusperiaatteiden joukkoon. Viimeksi mainittuun joukkoon kuuluvat myös muodollisesti voimassa olevat periaatteet (kuten sosiaaliset ja poliittiset perusoikeudet), oikeudelliset yleistyksiset (näillä on tyypillisesti institutionaalinen tuki muualla *yleisessä* muodossa kirjatussa lain säädöksessä) sekä systeeminulkoiset periaatteet (moraaliperiaatteet). Tässä jaottelussa positiivisten oikeusperiaatteiden joukkoon kuuluvat muodollisesti voimassa olevat periaatteet, oikeudelliset yleistyksiset ja ratkaisuperiaatteet vastannevat varsin pitkälti Tuorin neljää ensin mainittua periaatejoukkoa. Ks. myös Peczenik et al. 1990, s. 82.

²⁵⁴ Tuori 2007, s. 151.

²⁵⁵ Aarnio 1989a, s. 253–254. Ks. myös Tuori 2000, s. 185 ja 213 ja Tolonen 2003, s. 109–110. Pohjoismaisesta kirjallisuudesta ks. Jareborgin (2001, s. 113–114) näkemykset – *tumregler* – periaatteiden arvojärjestyksestä.

²⁵⁶ Aarnio 1989a, s. 257. Ks. myös Aarnio 2011, s. 39. Supistavasta tulkinnasta on erotettava sanojen suppeaan merkitykseen keskittyvä *suppea tulkinta*. Ks. myös Jareborg 2001, s. 114.

Kuten todettua, Tuorin mukaan periaatteet saavat tarvitsemansa institutionaalisen tuen usein muualta kuin lainsäädännöstä, esimerkiksi lain esitöistä, oikeuskäytännöstä tai oikeuskirjallisuudesta. Tällainen lähestymistapa näyttäisi korostavan ehkä tarpeettomastikin reaalisten argumenttien merkitystä periaatteiden kustannuksella, sillä Tuorin näkemyksiä loogisesti seuraten oikeusperiaatteista on saatavissa tietoa oikeuslähteistä, joiden antamaa informaatiota reaaliset argumentit täsmენტävät. Periaatteiden merkitys lopullisessa ratkaisussa näyttäisi muodostuvan etäiseksi ja välilliseksi.

Tuori on itsekin myöhemmin täsmენტänyt näkemyksiään periaatteista oikeuslähteinä ja oikeusnormeina. Periaatteet diskursiivisesti muotoiltuina oikeuden pintatason ilmiöinä, oikeusnormeina, ovat periaatteita Dworkinin ja Alexyn tarkoittamassa muodossa, kun taas oikeusperiaatteet oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen tasolla voivat toimia oikeuslähteinä, jolloin pintatason normit voivat saada oikeuslähdetukea alempien tasojen periaatteista. Pintatasoa alempien tasojen periaatteet ovat muotoutuneet sedimentaatioprosessissa, jonka alkupiste on pintatason oikeudellisessa aineistossa ja niiden sisältö onkin pääteltävissä juuri oikeuden pintatason ilmiöistä. Alemmille tasoille sijoittuneet periaatteet eivät itsessään ole diskursiivisesti muotoiltuja. Institutionaalisen tuen vaatimus ulottuu myös näihin alempien tasojen periaatteisiin, mutta tällöin ”vaatimus ilmentää sedimentaatiosuhdetta, jonka kautta periaatteet saavat oikeudellisen luonteensa”. Hallinto-oikeudelliseen kohtuusperiaatteeseen viitaten Tuori on torjunut epäilyt kehäpäätelmästä todeten, että soveltaessaan periaatetta oikeuslähteenä tuomioistuin ”perustelee sillä sellaisen uuden tilanteen kattavaa normia, joka ei kuulu aiempien institutionaalisten päätösten nimenomaisesti vahvistamien normien alaan”.²⁵⁷

Tolonen on oikeuslähdeopin perusteoksessaan pitäytynyt siinä kannassa, että oikeusperiaatteet ovat oma oikeuslähteensä. Hän on esittänyt näkemykselleen neljä perustetta:²⁵⁸

1. Oikeusperiaatteet ovat ainoa oikeuslähteiden muoto, jolla on selkeä yhteys moraalisiin. Tämä yhteys vahvistaa oikeuden legitimitettä ja mahdollistaa moraalisten perusarvojen muotoilun myös oikeudellisesti.
2. Yhteiskunnan kiihtyvä muutostahti edellyttää joustavien yleislausekkeiden käyttöä ja harkintavallan siirtoa tuomareille.

²⁵⁷ Tuori 2002, s. 194–196. Itse asiassa jo Makkonen, joka ei kuitenkaan ole erityisesti pyrkinyt määrittämään, mitä yleiset oikeusperiaatteet voisivat olla, katsoi, että yleisten periaatteiden voimassaolo voidaan päätellä vain ”lainsäädännön tai tosiasiallisen soveltamisen kautta”. Ks. tästä Makkonen 1981, s. 195–196. Ks. myös Makkonen 1981, s. 200.

²⁵⁸ Tolonen 2003, s. 135–137. Todettakoon, että Tolosen mukaan oikeusperiaatteet ja toisaalta perus- ja ihmisoikeudet ovat ainoastaan *osittain* päällekkäisiä. Ks. tästä Tolonen 2003, s. 170.

3. Oikeuden kansainvälistymisessä on Tolosen mukaan ”olennaisia moraalisia ainesosia ja samalla periaatesuuntautuneita elementtejä”. Selvimpana esimerkkinä tästä hän on pitänyt Euroopan ihmisoikeussopimusta.
4. Perusoikeuksien merkityksen kasvu ja niiden välitön sovellettavuus tuomioistuimissa on osaltaan tehnyt moraalisen aspektin välttämättömäksi oikeustieteellisessä ajattelussa.

Toisaalta lakipositivistiseen normatiiviseen oikeuslähdeoppiin, jos se mielletään osaksi oikeusjärjestystä, on vaikea perustellusti liittää lähteitä, joita ei voi pitää normilähteinä, ”oikeudellisina lähteinä”. Tällaisia ovat Nuotion mukaan esimerkiksi periaatteet, jotka eivät vielä saa institutionaalista tukea eli ne eivät ole oikeusperiaatteita.²⁵⁹ Sama huomio pätee myös tulkitsijan subjektiivisiin arvostuksiin, jotka on otettava huomioon sekä oikeuslähteiden että tulkintavaihtoehtojen välillä tehdyissä valinnoissa.²⁶⁰ Tulkitsija on tässä suhteessa menneisyytensä vanki. Tässä on kuitenkin viitattava Makkosen huomioon ratkaisijan henkilökohtaisten arvostusten vaikutuksesta.²⁶¹

”Lopuksi on varoitettava siitä käsityksestä, että ratkaisijan henkilökohtaisten arvostusten mahdollisuus *aina* johtaisi noiden arvostusten mukaiseen lopputulokseen. Lainkäytössä ei ole mitenkään harvinaista, että ratkaisija tekee päätöksensä *vastoin omaa vakaumustaan*... Ratkaisijan henkilökohtaisia arvostuksia koskevilla kysymyksissä on varottava syyllistymästä asioiden yksinkertaistamiseen.”

Johdantona seuraavaan jaksoon voidaan jälleen viitata Huovilaan, joka on kytkenyt toisiinsa teleologisen tulkinnan, periaatteet ja perus- ja ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan. Teleologinen tulkinta voidaan hänen mukaansa ymmärtää periaatteeksi, joka saattaa konkreettisessa tilanteessa kohdata painavamman vastaperiaatteen, kuten rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen tai muun perus- tai ihmisoikeusperiaatteen, jolloin näiden välinen jännite ratkaistaan punninnalla. Kyse on myös perus- ja ihmisoikeusperiaatteiden sekä ”päämääräperiaatteiden” välisestä erottelusta.²⁶² Huovilan ajatuksia voidaan täydentää Dworkinin ja Tolosen ajatuksilla oikeuden ja tavoitteiden suhteesta.

²⁵⁹ Nuotio 2004, s. 1270.

²⁶⁰ Ks. Aarnio 1989a, s. 242–243.

²⁶¹ Makkonen 1998, s. 128.

²⁶² Huovila 2005, s. 68–73 (ks. erit. s. 70–73). Ks. myös Huovila 2005, s. 93, jossa kirjoittaja on todennut, että ”[v]asta sanamuodon mukaisen, lainsäätäjän tarkoituksen mukaisen ja systemaattisen tulkinnan jälkeen, jos selvyyttä tulkintaongelmaan ei näiden avulla ole saatu, tulee kuvaan mukaan teleologinen eli lain tarkoituksen sekä perus- ja ihmisoikeusperiaatteiden mukainen... tulkinta”.

6.2.3 Perusoikeudet huomioon ottava laintulkinta

Suomen on katsottu liittyneen länsimaiseen liberalistiseen perusoikeustraditioon 20.8.1906 annetulla lailla lausunto-, kokoontumis- ja yhdistymisvapaudesta (kansalaisvapausperustuslaki). Tämä traditio jatkui vuoden 1919 hallitusmuodossa (94/1919), jonka perusoikeusluettelo piti sisällään lähinnä vapausoikeus-tyyppisiä säännöksiä.²⁶³ Vuoden 1919 hallitusmuodon onkin katsottu olleen tyypillinen *oikeusvaltion* perustuslaki.²⁶⁴ Hallitusmuodossa luetteloituja oikeuksia ei vielä tuolloin tosin pidetty lainsäätäjää sitovina, koska valtion katsottiin ensi sijassa *mahdollistavan* yksilön vapauksien toteutumisen eikä uhkaavan niitä.²⁶⁵ Oikeustila muuttui 1920- ja 1930-luvuilla, jolloin alkoi kehittyä ajatus siitä, että kansalaisten oikeudet tarjoavat suojaa myös lainsäätäjää vastaan.²⁶⁶ Perusoikeus-suojaa ei kuitenkaan annettu tuomioistuinten toimin konkreettisissa oikeusjutuissa, vaan nimenomaan lakien säätämisen yhteydessä eduskunnassa. Suomalaiselle perusoikeusajattelulle oli pitkään tyypillistä myös omaisuuden turvan korostuminen ja poikkeuslakimenettelyn käyttö.²⁶⁷

Varsinaisen murroksen oikeusvaltion kehityksessä katsotaan tapahtuneen 1960- ja 1970-lukujen taitteessa, jolloin perusoikeussäännösten soveltaminen ensin yleisten laillisuusvalvojien ja myöhemmin ylimpien tuomioistuinten päätöksissä lisääntyi. Erityisesti tämän kehityksen on katsottu vauhdittuneen 1980-luvulla.²⁶⁸ Prosessi saatiin päätökseen vasta ennen perusoikeusuudistusta 1990-luvulla, jolloin katsottiin, että kaikilla perusoikeuksilla oli ydinsisältö, johon tavallisilla laeilla ei voitu kajota.²⁶⁹ Vaikka perusoikeuksien rajoitukset tulee

²⁶³ Jyränki 2000, s. 14–15 ja 17, Jyränki 2001, s. 21–22, Hallberg 2011, s. 31–33 ja Jyränki – Husa 2012, s. 33. Ks. myös KM 1992:3, s. 54–57, Viljanen 1988, s. 163–166 ja Kastari 1972, s. 31–44. Yksilön ja valtion suhteen historiallisista kehityslinjoista ks. myös Jyränki 2003, s. 451–457, Kastari 1972, s. 31, Nieminen 1988, s. 11–33 ja Eide 1988, s. 39–49. Kehityksen yleisemmistä yhteiskunnallisista taustoista ks. Viljanen 1988, s. 103–106.

²⁶⁴ Hallberg 1992, s. 1275. Ks. myös Jyränki – Husa 2012, s. 37 ja 41–43 sekä Viljanen 1988, s. 250.

²⁶⁵ Jyränki 2000, s. 17. Poikkeuksena Jyränki on maininnut varallisuus oikeudet, joiden vaikutuksen katsottiin ulottuvan myös lainsäätäjän toimintaan. Samoin Jyränki – Husa 2012, s. 42–43 ja 394. Ks. myös Viljanen 1988, s. 32 ja 216–218, Jyränki 2003, s. 462–465 ja Nieminen 1988, s. 16–17.

²⁶⁶ Jyränki 2000, s. 21. Ks. myös Saraviita 2005a, s. 18–19 ja Nieminen 2004, s. 390. Niemisen mukaan kyse oli muodollisesta suojasta, joka ilmeni lähinnä lain säätämisjärjestyksen valinnassa.

²⁶⁷ Jyränki – Husa 2012, s. 44–45. Ks. myös Viljanen 1988, s. 245.

²⁶⁸ KM 1992:3, s. 61 ja 124–125 ja Keravuori-Rusanen 2008, s. 76. Komitean mietinnöstä ilmenee, että jo ennen itsenäistymistä senaatin oikeusosasto tukeutui vuoden 1906 kansalaisvapausperustuslakiin kymmenissä tapauksissa. Ks. myös Kastari 1972, s. 301, KM 1992:3, s. 71–72 sekä Lehtimäki 1999, s. 898.

²⁶⁹ Jyränki 2001, s. 22. Lavapuro on – painottaen hieman eri piirteitä kehityksessä – todennut, että merkittävin muutos on tapahtunut 1980- ja 1990-lukujen taitteessa, jota ennen perus- ja ihmisoi-

pitää mahdollisimman vähäisinä ja perusoikeuden ydinalue jopa täysin koskemattomana, hallituksen esityksen 309/1993 vp sanoin ”[p]erusoikeudet eivät ainakaan yleisesti voi olla siten ehdottomia, ettei niitä saisi missään olosuhteissa ja missään laajuudessa rajoittaa”.²⁷⁰ Perusoikeuksien rajoittaminen voi olla perusteltua ensinnäkin toisten ihmisten perusoikeuksien toteuttamiseksi. Yksilölle ei voida antaa niin ehdotonta perusoikeussuojaa, että siitä seuraisi toisen yksilön perusoikeuksien loukkaus. Toisaalta perusoikeuksien rajoittaminen saattaa olla tarpeen painavien yhteiskunnallisten intressien takia. Perusoikeusrajoituksille asetetaan kuitenkin merkittäviä ehtoja ja rajoituksia, joihin palataan myöhemmin eri yhteyksissä.²⁷¹

Perusoikeussäännösten uudistamisen yhtenä motiivina oli perusoikeuksien arkipäiväistyminen. Viimeisten kolmen vuosikymmenen aikana yksilön perusoikeudet ja myöhemmin myös ihmisoikeussopimusten velvoitteet ovat alkaneet saada merkitystä yksittäisissä tuomioistuinten ja laillisuusvalvojien ratkaisuisissa, kun sitä edeltävällä ajalla perusoikeuksien vaikutus oli edellä todetusti rajoittunut lähinnä lainsäätämisyjärjestykseen. Perusoikeusuudistus tuki kuvattua kehitystä, koska perusoikeuksien selkeä määrittely ja yksityisen ihmisen aseman määrittely suhteessa julkiseen valtaan ja yhteiskuntaan paransivat yksilön mahdollisuuksia vedota perusoikeuksiin eri tilanteissa.²⁷² Tosin jo lain valmistelun aikana esitettiin epäilyksiä siitä, kuinka hyvin tässä pyrkimyksessä onnistuttiin. Lakivaliokunta katsoi osan säännöksistä olevan kirjoitettu ”niin puhtaasti valtiosääntöoikeudellisesta näkökulmasta, että ne eivät välttämättä avaudu tuomioistuimissa ja muissa viranomaisissa, joiden sovellettaviksi ne on tarkoitettu”.²⁷³ Toisaalta voidaan perustellusti katsoa, että perusoikeuksien välitön soveltaminen ja sitä ilmentävän PL 22 §:n kirjaaminen lakiin oli tärkeää erityisesti periaateatasolla. Joka tapauksessa perusoikeussäännökset ovat uudistuksen jälkeen olleet selkeästi osa viranomaisissa noudatettavien säännösten kokonaisuutta. Kyse ei ole ainoastaan perusoikeusmyönteisestä tulkinnasta tai joidenkin periaatteiden huomioon ottamisesta, vaan perusoikeussäännöksen soveltamisesta muiden lain säännösten tavoin. Perusoikeussäännösten suoraan soveltamiseen liittyy luon-

keuksien suora soveltaminen oli rajoittunut ”joihinkin marginaalisiin poikkeuksiin”. Ks. tästä Lavapuro 2010b, s. 4.

²⁷⁰ HE 309/1993 vp, s. 29.

²⁷¹ Viljanen 2001, s. 12–13.

²⁷² HE 309/1993 vp, s. 5–8, 15 ja 25–29. Ks. myös Kastari 1972, s. 54 ja 301, Hidén 1980, s. 23–24, Scheinin 1991, s. 266–273, Lämsineva 2002, s. 73–74 sekä Nieminen 2004, s. 188–191.

²⁷³ LaVL 5/1994, s. 3.

nollisesti myös kysymys tuomioistuinten oikeudesta tutkia lakien perustuslainmukaisuutta.²⁷⁴

Perusoikeusuudistuksen jälkeen perusoikeudet ovat tulleet keskeiseksi osaksi eri oikeudenalojen tutkimusta. Perusoikeuksiin kohdistuvien tutkimusalojen laajentumisen jälkeen on valtiosääntöoikeuden rooliksi katsottu perusoikeustutkimuksen koordinointi ja muun muassa perusoikeuksien yleisten oppien tutkimus. Tutkimukseni kohdistuessa perusoikeuksien yleisiin oppeihin olenkin pääsääntöisesti hyödyntänyt valtiosääntöoikeudellista tutkimusta samoin kuin niissä tilanteissa, joissa tutkimuksen näkökulma yksittäisiin perusoikeuksiin (erityisesti PL 7 §) on korostetusti perustuslain ja ihmisoikeuksien näkökulma.²⁷⁵

Perus- ja ihmisoikeusnäkökulma ei ole uusi asia myöskään poliisin toimintaan liittyvässä lainvalmistelussa ja oikeustieteellisessä kirjoittelussa. Ainakin Ylösjoki viitaten ihmisoikeuksien yleismaailmalliseen julistukseen vuodelta 1948 kiinnitti jo 1960-luvulla huomiota siihen, että ”[i]hmisoikeuksien ja yleisten kansalaisoikeuksien tunnustaminen on alkanut saada yhä huomattavampaa kansallista ja kansainvälistä merkitystä. Yleismaailmallinen vaatimus on, että ihmisen tulee pelosta ja hädästä vapaana saada käyttää kykyjensä ja taipumuksiansa ihmisarvon mukaiseen elämään.”²⁷⁶ Kari Sinisalo puolestaan totesi vuonna 1973, että ”poliisin valta mukautuu perusoikeuksiin, eivätkä perusoikeudet poliisin valtaan”.²⁷⁷ Vaikka jo vuoden 1995 poliisilaki rakentui lakisidonnaisuuden periaatteen ja muutoinkin perusoikeusmyönteisen ajattelun varaan, todettiin esitutkinta- ja pakkokeinolain uudistusta koskeneessa hallituksen esityksessä 222/2010 vp, että yksi merkittävimmistä muutoksista, mitä tuolloin noin kaksikymmentä vuotta voimassa olleet säännökset olivat kohdanneet, liittyivät nimenomaan Suomen liittymiseen Euroopan ihmisoikeussopimukseen, kansalliseen perusoikeusuudistukseen ja yleisesti perus- ja ihmisoikeusnäkökulman korostumiseen.²⁷⁸ Uuden vuonna 2014 voimaan tulevan PolL 1 luvun 2 §:ssä säädetään, että ”[p]oliisin on kunnioitettava perusoikeuksia ja ihmisoikeuksia sekä toimivaltuuksia käyttäessään valittava perusteltavissa olevista vaihtoehdoista se, joka parhaiten edistää näiden oikeuksien toteutumista”.²⁷⁹ Edellä mainittu pätee erityisesti pakkokeinoihin ja toisaalta poliisilaissa säädettyihin toimivaltuuksiin, jotka esitutkintatoimenpiteitä syvällisemmin puuttuvat henkilöiden perusoikeuksiin, kuten vapauteen tai ruumiilliseen koskemattomuuteen, ja vieläpä usein aivan niiden ytimeen. Tästä syystä näiden säädösten yleisen kriittisen arvioinnin lisäksi huomiota on kiinnitettävä lainsäädännön kattavuuteen ja toimivuuteen. Tulkinnassa korostuu Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja ylimpien laillisuusvalvojien rooli.²⁸⁰

²⁷⁴ Hidén 1999a, s. 18–19. Ks. myös Hidén 1980, s. 19–25 ja Husa 1999, s. 294–295. Tapahtuneesta ”oikeuden ja oikeustutkimuksen perusoikeudellistumisesta” ks. esim. Länsineva 2004, s. 274–276.

²⁷⁵ Viljanen 2001, s. 20–21.

²⁷⁶ Ylösjoki 1966, s. 18. Ks. myös Ylösjoki 1966, s. 36–37.

²⁷⁷ Sinisalo 1973, s. 133.

²⁷⁸ HE 222/2010 vp, s. 25–26 ja 71.

²⁷⁹ Säännöksen merkityksestä ks. Helminen et al. 2012b, s. 23 ja 42–43.

²⁸⁰ HE 222/2010 vp, s. 71 ja HE 224/2010 vp, s. 15 ja 31.

6.2.3.1 Perustuslainmukainen tulkinta

Lähtökohtaisesti lainsäädännön perusoikeusherkät ristiriidat tulee pyrkiä poistamaan perusoikeusmyönteisen tai perustuslainmukaisen laintulkinnan keinoin.²⁸¹ Tavallisen lain sanamuodon mahdollistaessa useita erilaisia tulkintoja valitaan perustuslakivaliokunnan mukaan se, ”joka parhaiten on sopusuhteissa perustuslain kanssa ja joka eliminoo perustuslain kanssa ristiriitaisiksi katsottavat vaihtoehdot”. Tällöin myös perustuslakivaliokunnan käytäntö tulee huomioon otettavaksi toissijaisena oikeuslähteenä.²⁸² Ihmis- ja perusoikeusmyönteisen tulkinnan normiperustana toimii PL 22 §, mikä on tuomioistuinkäytännössä todettu muun muassa ratkaisuisissa KKO 2008:10 ja KHO 2002:43. Huomattakoon, että perusoikeusmyönteinen tulkinta saattaa olla tarpeen myös asetuksen taseisia säädöksiä tulkittaessa. Perusoikeuksien optimointiin ei aina riitä alemman taseisen säädöksen syrjäyttäminen ja perusoikeussäännöksen suora soveltaminen.²⁸³

Oikeuskirjallisuudessa Scheinin on jo ennen mainittua perustuslakivaliokunnan kannanottoa kuvannut perustuslainmukaisen tulkinnan etenemistä (erityisesti suhteessa ns. normaalitulkintaan) seuraavasti:²⁸⁴

”Varsinainen sovellettava normi johdetaan tavallisen lain säännöksestä, mutta perusoikeussäännös vaikuttaa normifragmenttina lakitekstiä täsmällisemmän normiformulaation muotoilussa. Jo tällä tasolla saattaa olla tarpeen tukeutua sekä lainsäätämisasi kirjoihin lain sisällön selvittämiseksi että perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntöön perusoikeussäännöksen sisällön selvittämiseksi. Perusoikeusnormin kannalta ongelmallisena näyttäytyvälle tavallisen lain säännökselle haetaan systemaattista tulkintaa säädöskokonaisuuden osana. Jo tässä vaiheessa saattaa osoittautua tarpeelliseksi tulkita säännöksen soveltamisalaa supistavasti verrattuna sen kielellisen asun ’normaalitulkinnan’ mukaiseen alaan.

²⁸¹ Perusoikeusmyönteisen ja perustuslainmukaisen laintulkinnan eroista ks. esim. Jyränki 2003, s. 483. Lähtökohtaisesti hänen mukaansa ”[t]ulkintatilanteissa olisi siis periaatteessa haettava perustuslainmukaista vaihtoehtoa *koko* perustuslain puitteissa – vaikka tulkittavan säännöksen asiallinen sisältö useimmiten rajoittaisikin harkinnan juuri perusoikeussäännöstöön”. Ks. myös Lavapuro 1998, s. 88 av. 16. Lavapuro on päätenyt käyttämään nimitystä perusoikeusmyönteinen laintulkinta, sillä käytännön konkreettisissa ratkaisutilanteissa nimenomaan perusoikeussäännökset ja niiden tulkinta on huomattavasti tärkeämpää kuin muut perustuslainsäädännökset. Lisäksi perus- ja ihmisoikeuksien kiinteä yhteys sekä pyrkimys niiden harmonisointiin puoltavat nimenomaan perusoikeusmyönteistä laintulkintaa.

²⁸² PeVM 25/1994 vp s. 4. Jyränki ja Husa ovat yleisemminkin todenneet, että tuomioistuinten käyttäessä perustuslain säännöstä tulkintaperusteena tulee huomioon ottaa perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntö. Valiokunnan käytäntö saattaa tulla sovellettavaksi vasta toissijaisesti, koska perustuslaki ei sido tuomioistuinta valiokunnan käytäntöön. Ks. tästä Jyränki – Husa 2012 s. 360. Ks. myös Scheinin 1991 s. 208, Jyränki 2000 s. 266–267 ja Jyränki 2003 s. 436 – 441. Perusoikeusmyönteisestä tulkinnasta oikeuskäytännössä ks. KHO 2005:50.

²⁸³ Jonkka 1998a, s. 1258.

²⁸⁴ Scheinin 1991 s. 206.

Osa perustuslainmukaisen laintulkinnan tilanteista ratkeaa punninnalla: jos tavallisen lain säännös on muotoiltu optimointikäskynä, perusoikeusnormia voidaan soveltaa sen kanssa samanaikaisesti optimoitavana periaatteena.”

Hieman toisenlaista näkemystä näyttäisi edustavan Jonkka, joka on havainnollisesti kytkenyt yhteen perusoikeuksien sääntö- ja periaatevaikutusten merkityksen kuvatussa tulkintatilanteessa. Jonkan mukaan eri tulkintavaihtoehtoja kartoitettaessa perusoikeuksilla voidaan katsoa olevan sääntövaikutusta, koska se rajaa mahdollisia tulkintavaihtoehtoja. Sitä vastoin valittaessa tulkintavaihtoehtojen joukosta sovellettavaa tulkintavaihtoehtoa on perusoikeuksilla periaatevaikutusta. Tulkintavaihtoehdon valinnassa tulee pyrkiä optimoimaan perusoikeuksien vaikutus (perusoikeuksien optimointivaikutus).²⁸⁵

Helin on kuvannut tulkintavaihtoehtoja rajaavaa vaikutusta termillä *karsinta-vaikutus*. Tulkintavaihtoehtojen välillä tehtävässä valinnassa perusoikeuksilla voi sitä vastoin olla *tulkintavaikutusta*. Kaikkein suurin merkitys perusoikeuksilla on, jos niillä katsotaan olevan *argumentaatiovaikutusta*, jolloin perusoikeuksilla on merkitystä jo vaihtoehtojen tulkintojen tuottamisessa. Lievimmillään tämä argumentaatiovaikutus tarkoittaisi Helinin mukaan sitä, että perusoikeusargumentit rinnastettaisiin reaalsiin argumentteihin ja arvoargumentteihin. Äärimmilleen vietynä perusoikeuksiin vetoamalla syrjäytettäisiin oikeudenalan omat oikeuslähdeperiaatteet ja lakien sisältö määräytyisi perusoikeuksista käsin.²⁸⁶

Scheininin lähestymistapa näyttäisi edustavan varsin vahvaa argumentaatiovaikutusta, jolloin perusoikeudet määrittävät säännösten ja niistä johdettavien tulkintavaihtoehtojen sisältöä eivätkä ainoastaan vaikuta tulkintavaihtoehtojen valintaan. Varsin dworkinilaista perus- ja ihmisoikeusajattelumyönteistä tulkintatapaa edustaa myös Lauri Lehtimaja, jonka mukaan punnittaessa eri suuntaan vieviä intressejä ja oikeusperiaatteita konkreettisesti ratkaisutilanteessa ”[p]erus- ja ihmisoikeusmyönteisin vaihtoehto voittaa”. Luonnollisesti vaihtoehdot ja valinnat eri vaihtoehtojen välillä on perusteltava avoimesta.²⁸⁷

Rajatumpaa merkitystä perusoikeusargumenteille näyttäisivät antavan Huovila ja Aarnio. Huovila on todennut eri tulkintatapojen keskinäisestä järjestyksestä, että lähtökohtaisesti

”myös perus- ja ihmisoikeusmyönteinen laintulkinta edellyttäneen muiden, eli sanamuotoon, systemaattisiin argumentteihin sekä toissijaiseen lainsäätäjän tarkoitukseen perustuvien tulkintametodien käyttöä ensin: vasta jos näiden jälkeen jää useampi

²⁸⁵ Jonkka 1998a, s. 1258.

²⁸⁶ Helin 2012, s. 19–22.

²⁸⁷ Lehtimaja 1999, s. 899.

mahdollinen (hyväksyttävä) ratkaisuvaihtoehto jäljelle, niistä on valittava perus- ja ihmisoikeusmyönteisin vaihtoehto. Jos teleologisen tulkinnan sekä perus- ja ihmisoikeusperiaatteiden 'punninnan' jälkeen jää useampi hyväksyttävä tulkintavaihtoehto, viimeksi mainitut kallistavat vaa'an perus- ja ihmisoikeuksia parhaiten edistävän tulkinnan hyväksi."²⁸⁸ Samoin lain aukkotilanteessa perus- ja ihmisoikeusperiaatteet ovat painavimpia.²⁸⁹

Aarnion mukaan ensi vaiheessa tunnistetaan tulkinnan avulla ongelma, joka "syötetään" oikeussysteemiin, jossa sitä käsitellään oikeuslähteitä hyödyntäen. Tämän jälkeen löydettyjen mahdollisten tulkintavaihtoehtojen välillä tehdään valinta, jossa "tulee kuvaan mukaan perusoikeusmyönteinen laintulkinta-asetus, jos tapaus ylipäättään on herkistynyt perusoikeuksien suuntaan". Aarnio on todennut perus- ja ihmisoikeuksien olevan "jäädytettyä moraalia", mistä on johdettavissa myös vaatimus niiden objektiiviseen tulkintaan. Tulkinta ei voi heijastella tulkitsijan omaa arvomaailmaa, vaan "[t]ulkitsija on aina oman yhteisönsä arvojen *tulkki*". Erityisen haastavaksi perusoikeusmyönteisen tulkinnan Aarnio mukaan tekee se, että "perusoikeuksien käyttö *perusteluna* on niiden omasta tulkinnasta riippuvainen".²⁹⁰

Esitutkintaa ja pakkokeinoja koskevassa uudessa perusteoksessa kirjoittajat ovat ensinnäkin todenneet periaatteilla olevan vaikutusta lakia tulkittaessa ja sovellettaessa, kun taas sääntöjä on ehdottomasti noudatettava. Toimivaltuuksia tapauskohtaisesti määritettäessä periaatteet – yhdistettynä ihmis- ja perusoikeusmyönteisen tulkinnan vaatimukseen – kallistavat vaakaa rajoittavaan suuntaan. Edelleen kirjoittajat ovat ilmeisesti sääntö-periaate-jaotteluun viitaten todenneet, että "perus- ja ihmisoikeudet ovat sääntöjä, joita on aina noudatettava."²⁹¹ Tällainen kannanotto viittaa jossain määrin poikkeukselliseen lähestymistapaan, jossa perus- ja ihmisoikeuksien osalta ratkaisevaa olisi soveltamisalan määrittäminen. Tästä seuraisi se, että perusoikeuksien rajoitusedellytysten merkitys lainsoveltamistoiminnassa typistyisi huomattavasti ja esimerkiksi perusoikeuksien kollisiotilanteissa kyse ei olisikaan enää punninnasta, vaan vastakkain olevien perusoikeuksien soveltamisalan määrittämisestä siten, että päällekkäisyyttä ei

²⁸⁸ Huovila 2005, s. 78. Samoin Tapani 2005, s. 17. Ks. myös Ojala 2005, s. 232–233, jonka mukaan "teleologisella tulkintaperusteella on merkittävää käyttöalaa silloin, kun säännöksen sanamuoto ei anna selvää vastausta tulkinnalliseen ongelmaan eli säännöksen sanamuoto ei ole selvä tai sillä on useita mahdollisia tulkinnallisia vaihtoehtoja".

²⁸⁹ Huovila 2005, s. 79.

²⁹⁰ Aarnio 2011, s. 85–86.

²⁹¹ Helminen et al. 2012a, s. 87.

enää olisi ja toinen perusoikeus pysyisi täysimääräisenä voimassa toisen väistyessä.²⁹²

Kuten jo edellä kävi ilmi, tavallisen lain sanamuoto asettaa rajat myös perustuslakimyönteiselle tulkinnalle. Jos perustuslain säätämisen jälkeen säädetyt tavallisen lain sanamuoto sivuutetaan sen väitetyn mutta julkilausumattoman perustuslainvastaisuuden johdosta, liikutaan Jyrängin sanoin ”omavaltaisuuden tiellä”. Tällainen menettely paitsi viittaa lainsäädäntövallan anastamiseen myös osaltaan rapauttaa kansalaisten yhdenvertaista asemaa julkisen vallan edessä.²⁹³

Lavapuro on arvioinut, että demokratia toteutuu parhaiten, kun perusoikeuksien toteuttamisvastuu jaetaan lainsäätäjän ja tuomioistuinten välillä. Poliittisille ja moraalille argumenteille herkkien perusoikeuskysymysten keskittäminen tuomioistuimille johtaisi niiden roolien muodostumiseen eräänlaisiksi negatiivisiksi lainsäätäjiksi. Toisaalta myöskään perusoikeuksien toteuttamisvastuun keskittäminen demokraattisesti valitulle lainsäätäjälle ei välttämättä olisi esimerkiksi vähemmistöjen oikeuksien näkökulmasta erityisen suotuisa ratkaisu.²⁹⁴

Seuraavassa käsitellään lyhyesti niitä tilanteita, joissa perustuslainmukainen tulkinta ei johda tyydyttävään ratkaisuun, vaan tavallisen lain todetaan olevan ristiriidassa perustuslain kanssa.

6.2.3.2 Perustuslain ja tavallisen lain ristiriitatilanteet

Suomessa lakien perustuslainmukaisuuden ja niiden suhteen kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin arvioi perustuslakivaliokunta lakien säätämisen yhteydessä, eivätkä tuomioistuimet voi lähtökohtaisesti arvioida sovellettavien lakien perustuslainmukaisuutta.²⁹⁵ Poikkeuksen muodostaa PL 106 §:ssä *tuomioistuimille* säädetty velvollisuus antaa eräissä tilanteissa etusija perustuslaille suhteessa muuhun lakiin. Tuomioistuimen (ei siis muiden viranomaisten) on annettava etusija perustuslain säännökselle,

”jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa”.

²⁹² Helminen et al. 2012a, s. 50–51. Epäselväksi jää, johtuuko esitetty kannanotto siitä, että kirjoittajat ovat katsoneet, että perusoikeussäännökset eivät säänteile yksityisten oikeussuhteita välittömästi, vaan horisontaalinen vaikutus on välillinen.

²⁹³ Jyräni 2003, s. 444–446.

²⁹⁴ Lavapuro 1998, s. 89–93. Ks. myös Länsineva 1998, s. 115–116.

²⁹⁵ PL 74 §. Perustuslakivaliokunnan kaksoisroolista ja sen tekemästä oikeudellisesta harkinnasta sekä poliittisesta tarkoituksenmukaisuusharkinnasta ks. Jyräni 2000, s. 260–261.

Kyse on yksittäistapauksessa tehtävästä ratkaisusta ja etusijan antaminen perustuslain säännökselle edellyttää ristiriidan olevan niin selvä ja riidaton, ettei sitä voida poistaa perusoikeusmyönteisen tai ehkä oikeamminkin perustuslainmukaisen tulkinnan keinoin.²⁹⁶ Kyseessä on ”lakien perustuslainmukaisuuden jälki-kontrolli-instituutio”²⁹⁷, joka ilmentää perustuslain asemaa kaikkein vahvimmin velvoittavana oikeuslähteenä.²⁹⁸

Säännöksen sanamuoto muuttui lainvalmisteluvaiheessa useita kertoja. Perustuslaki 2000 -komitean mietinnössä säännöksessä käytettiin muotoilua ”...olisi ilmeisessä ristiriidassa *perustuslain säännöksen* kanssa eikä tätä ole otettu huomioon lakia säädettäessä...”. Hallituksen esityksen muotoilu kuului ”...olisi ilmeisessä ristiriidassa *perustuslain säännöksen* kanssa eikä lakia ole säädetty perustuslain säätämisjärjestyksessä...”. Säännös sai vasta perustuslakivaliokunnan mietinnössä lopullisen muotonsa: ”Jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa *perustuslain* kanssa, tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle.”²⁹⁹ (Kursivoinnit tässä.)

Perustuslakivaliokunnan mukaan ”[i]lmeisyysvaatimus tarkoittaa sitä, että lain säännöksen ristiriita perustuslain kanssa on selvä ja riidaton, ja siksi helposti havaittavissa eikä esimerkiksi oikeudellisena kysymyksenä tulkinnanvarainen”.³⁰⁰ Saraviita on maininnut esimerkkinä ilmeisestä ristiriidasta tilanteen, jossa perustuslakivaliokunta on viitannut mahdolliseen tulkintaongelmaan, mutta ei ole määritellyt sitä säätämisjärjestysehdoksi, ja tämä tapaus tulee esille jotakin yk-

²⁹⁶ HE 1/1998 vp, s. 163–164. Perusoikeusmyönteisen tulkinnan ensisijaisuutta suhteessa ristiriidan toteamiseen perustuslain ja tavallisen lain säännösten välillä korostettiin jo perusoikeusudistusta ennakoineessa kirjallisuudessa. Ks. tästä Hallberg 1992, s. 1280. Ks. myös Nieminen 2004, s. 402–403, joka on todennut säännöksen merkitykselliseksi erityisesti periaatteelliselta eikä niinkään käytännön kannalta. Ilmeisen ristiriidan suhteesta perustuslainmukaiseen tulkintaan ks. myös Lavapuro 2010b, s. 204–207.

²⁹⁷ Jyräni – Husa 2012, s. 348.

²⁹⁸ Huovila 2005, s. 28.

²⁹⁹ KM 1997:13, s. 343 ja HE 1/1998 vp, s. 202. Perustuslakivaliokunta katsoi, että perustuslain on oltava ”kokonaisuutena osana vertailussa.” Ks. tästä PeVM 10/1998 vp, s. 31 ja LaVL 9/1998 vp, s. 8–9 sekä Jyräni 2000, s. 266, Saraviita 2011, s. 910 ja Jyräni – Husa 2012, s. 361. Jyräni (2003, s. 435) on katsonut, että muutoksella viitattiin siihen, että lain säännös sivuaa useampaa perustuslain säännöstä, jolloin on selvitettävä perustuslain säännösten keskinäinen suhde. Siltä osin kuin kyse oli perustuslakivaliokunnan ennakkovalvonnan merkityksestä säännöksen soveltamisessa, totesi perustuslakivaliokunta (PeVM 10/1998 vp, s. 31) lisäksi, että ”[v]aliokunnassa lain perustuslainmukaisuutta tutkitaan kuitenkin ikään kuin yleisellä tasolla, *in abstracto*, kun taas tuomioistuin joutuu arvioimaan kysymystä konkreettisessa oikeustapauksessa. Siksi on mahdollista, että tuomioistuimessa tulee jonkin lain osalta esille sellainen ristiriitatilannetta koskeva asetelma, jota valiokunta ei ole lainkaan arvioinut. Tällaisessa tilanteessa ilmeisyysvaatimus saattaa poikkeuksellisesti täytyä perustuslakivaliokunnassa käsitellyn lainkin osalta.” Ennakkovalvonnan merkityksestä ks. myös KM 1997:13, s. 292–293 ja HE 1/1998 vp, s. 164.

³⁰⁰ PeVM 10/1998 vp, s. 31.

sittäistä asiaa koskevassa oikeudenkäynnissä.³⁰¹ Toisaalta jos perustuslakivaliokunta on lain säätämisvaiheessa todennut lain perustuslainmukaiseksi juuri käsillä olevan tulkintatilanteen kannalta relevantein osin, ei vastakkaista kantaa voida pitää selvänä ja riidattomana.³⁰²

Lavapuro on ilmeisyyskriteerin soveltamisalan osalta korostanut perustuslakivaliokunnan kannanottojen sijasta ns. tasapainomallia, jossa ”valtiosääntöperiaatteiden tasapainoa korostava ilmeisyystulkinta liittyy etusijäsäännöksen ennen muuta perustuslain 22 §:n perus- ja ihmisoikeuksien toteuttamisvelvoitteelle ja perustuslainmukaiselle tulkinnalle ominaisiin vaatimuksiin konkreettisen oikeudellisen päätöksenteon aineellisoikeudellisesta perustuslainmukaisuudesta”. Tasapainomallisissa perustuslakivaliokunnan lausumat eivät toimi ensisijaisena ratkaisevana lähteenä, vaan ne lähinnä antavat informaatiota sovellettavan perusoikeussäännöksen sisällöstä.³⁰³ Samansuuntainen näyttäisi olevan myös Tuorin ja Lavapuron yhteinen kannanotto, jonka mukaan se, että ristiriitaa ei voida poistaa perusoikeusmyönteisen tulkinnan keinoin, on indisio siitä, että ristiriita on perustuslain 106 §:n tarkoittamin tavoin ilmeinen.³⁰⁴

Rikosoikeustieteilijöiden piirissä ainakin Melander näyttäisi suhtautuvan varsin kriittisesti mahdollisuuteen, että tuomioistuimet jättäisivät jonkin rikoslain säännöksen PL 106 §:n nojalla soveltamatta.³⁰⁵ Voitaneen esittää, että mahdollisuus jättää soveltamatta yleistä vastuuvapausperustetta PL 106 §:n nojalla on teoreettinen – jos sitäkään – erityisesti, kun otetaan huomioon vastuuvapaus-säännösten joustava kirjoitustapa. Soveltamiskynnys on siis vielä erityisen osan kriminalisointeja selkeästi korkeampi. Voidaan myös viitata rikoslain yleisten oppien hallituksen esityksen 44/2002 vp toteamukseen, että erityisesti laillisuusperiaatteen osalta ”vaikeimmat tulkintatilanteet on kanavoitu erehdysoppien kautta”.³⁰⁶

³⁰¹ Saraviita 2011, s. 914. Ks. myös Saraviita 2005a, s. 177, jossa hän on todennut PL 106 §:n ilmentävän myös perusoikeuksien horisontaalivaikutusta, sillä säännökseen menestyksellä vetoava osapuoli voittaa perustuslain tuella toisen osapuolen, joka olisi menestynyt, mikäli tavallinen laki olisi tullut sovellettavaksi. Ks. myös Tuori 2003a, s. 934. Tuori on sitä mieltä, että PL 106 §:ää ei voitaisi soveltaa tällä tavoin horisontaalisuhteessa, vaan PL 22 §:ssä asetettua turvaamisvelvollisuutta tulisi pyrkiä toteuttamaan perusoikeusmyönteisen tulkinnan kautta. Samoin Tuori 2007, s. 267.

³⁰² PeVM 10/1998 vp, s. 31. Ks. myös Jyräni – Husa 2012, s. 361.

³⁰³ Lavapuro 2010b, s. 179–224 (erit. s. 188–194, lainaus s. 192). Vrt. Jyräni ja Husa (2012, s. 361–362), jotka ovat korostaneet perustuslakivaliokunnan ko. lakia koskevien kannanottojen sekä yleisemmin valiokunnan yleisen tulkintalinjan merkitystä. Ks. myös KM 9/2010, s. 128 sekä ks. KKO 2004:26 (erit. kohta 14) ja Lavapuron (2010b, s. 195–197) kommentit ratkaisusta, joka hänen mukaansa edusti perustuslakivaliokunnan lausumiin keskittyvää ilmeisyys-kriteerin soveltamista.

³⁰⁴ Tuori – Lavapuro 2011, s. 813.

³⁰⁵ Melander 2008, s. 26–27.

³⁰⁶ HE 44/2002 vp, s. 29–30.

6.2.3.3 Perusoikeusnäkökulma – puolesta ja vastaan

Perusoikeusjärjestelmä ja yleisemmin perusoikeusnäkökulma tarjoavat ”käyttökelpoisen vertailukohdan ja ajattelullisen työvälineen” oikeudenalakohtaisten yleisten oppien ajanmukaisuuden ja päivittämistarpeiden arviointiin. Tilanteesta riippuen kyse voi olla institutionaalisen tuen tai kriittisen perspektiivin tarjoamisesta yleisten oppien arviointiin.³⁰⁷ Tutkimukseni kannalta perusoikeusnäkökulman tekee erityisen hyödylliseksi se, että perusoikeusjärjestelmä tarjoaa kiinnekohchia oikeudenalojen rajoja ylittävien oikeudellisten ongelmien jäsentämiseen. Länsinevan sanoin ”[p]erusoikeusjärjestelmä voi toisin sanoen auttaa ylittämään oikeudenalojen välisiä rajalinjoja sekä suunnistamaan erilaisissa normiviidakoissa ja tunnistamaan, mitkä kysymykset ovat juridisesti relevanteimpia kulloinkin ratkaistavana olevassa ongelmaryppäässä”.³⁰⁸

Eri oikeudenalojen alueella toimittaessa perusoikeusnäkökulma auttaa lainsoveltajia ja oikeustieteilijöitä tunnistamaan olennaisimmat oikeudelliset ongelmat ja osoittamaan ne seikat, joihin päätöksenteossa joudutaan kiinnittämään huomiota.³⁰⁹ Nuotio onkin tutkimukseni ydinkysymysten kannalta merkittävässä artikkelissaan vuodelta 2005 todennut, että perus- ja ihmisoikeusajattelu on luonteva pohja lähestyä poliisitoimivaltasäätelyn suhdetta rikosoikeudellisiin vastuuvapausperusteisiin. Hänen mukaansa ”perus- ja ihmisoikeusvelvoitteet tuovat näkyville sellaisia näkökohtia ja periaatteita, jotka sinänsä olisi mahdollista tulkinnallisesti perustella jo näiden doktriinienkin puitteissa”. Perusoikeus- ja ihmisoikeusnäkökulma ei kuitenkaan tuota lopullisia ratkaisuja, vaan sitä tulee täydentää rikos- ja poliisioikeuslähtöisellä tarkastelulla.³¹⁰ Perusoikeusoppien soveltaminen eri oikeudenaloilla edellyttääkin kyseisen oikeudenalan lainsäädännön ja yleisten oppien hyvää hallintaa.³¹¹

Perustuslaki on oikeudellisesti velvoittava asiakirja, eikä siihen ole tarkoitettu ottaa pelkästään julistuksenomaisia säännöksiä, vaan siihen kuuluvien säännösten tulee vastata valtiollista todellisuutta. Tästä huolimatta sen merkitystä käytännössä ei tule ylikorostaa. Vaikka perustuslaissa turvataan yksilön oikeuksien perusteet, tulee myös normaalille parlamentaariselle sääntelylle jättää liikkuma-

³⁰⁷ Länsineva 2004, s. 275. Ks. myös Länsineva 2004, s. 283, jossa hän toteaa, että ”Suomen kaltaisessa pienessä oikeusyhteisössä ei ole mitenkään mahdotonta, että jonkin oikeudenalan yleisten oppien liepeille jää esimerkiksi tradition voimasta elämään sellaisiakin opillisia aineksia, jotka eivät ole nykypäivän oikeusajattelun näkökulmasta enää vaivattomasti perusteltavissa. Alakohtaisten oppien ohella perusoikeusjärjestelmä voikin nähdäkseni toimia hyvänä apuvälineenä tällaisten opillisten jäänteiden tunnistamiseksi ja poiskitkemiseksi.”

³⁰⁸ Länsineva, 2004 s. 277.

³⁰⁹ Ks. Länsineva 1998, s. 112.

³¹⁰ Nuotio 2005b, s. 232–233. Ks. myös Nuotio 2005b, s. 237–239.

³¹¹ Länsineva 2002, s. 32.

varaa.³¹² Perusoikeusnäkökulman painottamisessa onkin syytä myös varovaisuuteen. Tavallisten lakien säännösten ja niiden tavoitteiden tulkinta perusoikeuksista käsin saattaa johtaa siihen, että ”tavallisen lainsäädännön itsenäisemmät ja kehittyneemmät tavoitteet ja niiden tausta-arvot voivat kärsiä, kun normihierarkiset perusteet nousevat etualalle”. Toisaalta jotkin perusoikeudet on kirjoitettu hyvin yleisin ilmauksin, mikä vaikeuttaa tulkinnallisen tuen saamista.³¹³ Viimeksi mainittu seikka puolestaan johtaa siihen, että perustuslain säännösten tulkintakäytäntö saa erityisen suurta painoarvoa. Perusoikeusjuridiikka onkin Hidénin mukaan ”käytännössä merkittävässä määrin selvää *case law*’ta, prejudikaattien varassa muotoutuvaa oikeutta.”³¹⁴

Kuvatut perusoikeusjärjestelmän piirteet ovat kirvoittaneet keskustelua tuomioistuinten roolin liiallisesta korostumisesta. Husan mukaan kehitys vie kohti tuomarivaltiota, jossa tuomioistuinlaitos toimii lainsäätäjän sekä demokraattisesti valittujen päättäjien yläpuolella.³¹⁵ Jyräni puolestaan on todennut demokraattiselle lainsäätäjälle tai poliittiselle hallintoviranomaiselle kuuluvan vallan siirtämisen tuomioistuimille, mitä muun muassa joustavien normien käytön lisääntyminen ilmentää, olevan PL 3 §:n 3 momentille ”selvästikin vierasta”.³¹⁶ Myös Aarnio on kommentoidessaan Juha Pöyhösen ”Uusi varallisuus oikeus”-teosta korostanut sitä, kuinka oikeustieteilijät ovat sidottuja lakiin ja yleisemmin demokratiaan. Oikeustieteilijöiden normatiivinen tehtävä rajoittuu lain rajoissa pysyen tapahtuvaan lain tulkittamiseen ja tulkintasuosituksen antamiseen. Lisäksi oikeustieteen tehtävänä on ”punnintanäkökohtien tuottaminen periaatteiden optimoimista varten”.³¹⁷

Tuomioistuinten vallan korostuessa myös ennalta-arvattavuus vähenee.³¹⁸ ”Kokonaisvaltaisuus”, joka rinnastuu vaatimukseen ottaa ratkaisussa huomioon ”kaikki asianhaarat”, on Aarnion mukaan lainkäyttäjälle vaarallisen laaja harkin-

³¹² HE 1/1998 vp, s. 5–7.

³¹³ Husa 1999, s. 298–299.

³¹⁴ Hidén 1999a, s. 4.

³¹⁵ Husa 1999, s. 300–301. Husa on käyttänyt termiä *oikeudellistuminen* kuvaamaan yhteiskunnallista muutosprosessia, jossa yhteiskunnallisten ja poliittisten ristiriitojen luonne muuttuu oikeudelliseksi. Vrt. Scheinin 1991, s. 339–341. Ks. myös Husa 2003, s. 16–20, jossa kirjoittaja on kiinnittänyt huomiota siihen, että Tuorin oikeuden syvärakenteeseen sijoittamat vallanjako ja perusoikeudet toimivat ikään kuin toisiaan vastaan. Husan näkemyksistä demokraattisen kontrollin ulottamisesta oikeuslaitokseen ks. Husa 2003, s. 21–22. Esimerkkinä mainittakoon vaalimenettelyn ulottaminen ylimpien tuomareiden nimittämiseen.

³¹⁶ Jyräni 2003, s. 165. Samoin Jyräni – Husa 2012, s. 135. Vrt. Lämsineva (2004, s. 280–282), joka on avannut mahdollisuuden vallitsevan vallanjako-opin ja lakipositivismin uudelleenarviointiin sekä samalla myös oikeuden, politiikan ja moraalien keskinäisen suhteiden uudelleenarviointiin.

³¹⁷ Aarnio 2002, s. 525–526. Ks. myös Husan (2003, s. 6–7) kommentit Aarnion näkemyksistä.

³¹⁸ Jyräni 2003, s. 483.

taohje. Aarnion sanoin ”[o]ikeustieteellä täytyy olla rajat, ja nuo rajat ovat, se on vakaa käsitykseni, nimenomaan lainsäädännössä ilman, että laki tulkitaan ahtaan kahlitsevaksi”.³¹⁹

Aarnion aiemmista teksteistä on havaittavissa, että Aarniolle ristiriita oikeusvarmuuden ja joustavuuden välillä näyttäisi olevan eräänlainen välttämätön paha. Epätietoisuus oikeusjärjestyksen sisällöstä on aina läsnä, ja epätietoisuutta hälvennettäessä ja oikeusjärjestyksen sisältöä täsmennettäessä niin lainkäyttäjät kuin tutkijat joutuvat tasapainoilemaan jatkuvuutta, yhdenvertaisuutta ja ennakoitavuutta palvelevan stabiilisuuden ja yhteiskunnan muutoksen ja yleisemminkin olosuhteiden edellyttämän joustavuuden välillä. Aarnion mukaan lainsäädäntökoneisto on liian raskas riittävän joutuisaan reagointiin, mistä syystä tarvittaessa on joustettava lain kirjaimesta.³²⁰ Juuri joustavuuden tarve on Aarnion mukaan johtanut lukuisten *punnintanormien* säätämiseen. Joustaville normeille, ns. yleislausekkeille, on ominaista, että niissä ”oikeustositseikasto on jätetty kokonaan täsmentämättä” taikka ”tosiseikastoa valaistaan vain esimerkkiluettelolla”. Tällaisten normien säätäminen pakottaa lainsäätäjän ja lainkäyttäjän roolien uudelleenarviointiin.³²¹

Toisaalta Lämsineva on kiinnittänyt huomiota siihen, että ”perusoikeusliityntäisiin oikeusjuttuihin usein kytkeytyvä moniselitteisyys ja tulkinnanvaraisuus ei ole ensi sijassa perusoikeusnäkökohdista kumpuavaa, vaan kysymys on alun perinkin moniulotteisista harkintatilanteista”.³²²

Tuori on osallistuessaan tuomarivaltiokeskusteluun korostanut perusoikeuksien piirissä tehtävää erottelua subjektiivisten oikeuksien ja objektiivisoikeudellisten periaatteiden välillä. Perusoikeuksien vaikuttaessa tuomioistuimessa vapausoikeuksien luontaisina subjektiivisina oikeuksina ne toteuttavat Tuorin mukaan alkuperäistä oikeusvaltiollista tehtäväänsä. Viimeksi mainitulla Tuori on tarkoittanut ”perusoikeuksia kaikilla oikeudenaloilla vaikuttavina, koko oikeusjärjestyksen perusnormeina”. Näitä objektiivisoikeudellisia periaatevaikutuksia voidaan Tuorin mukaan johtaa sekä ensisijaisesti subjektiivisia oikeuksia perustavista säännöksistä että säännöksistä, jotka on kirjoitettu perustuslaillisiksi toimemksiannoiksi.³²³ Perusoikeusuudistus ja siihen kytkettävä oikeuskulttuurin muutos ovat vaikuttaneet tuomioistuintäytäntöihin erityisesti ensin mainitussa

³¹⁹ Aarnio 2002, s. 532.

³²⁰ Aarnio 1989a, s. 18–20.

³²¹ Aarnio 1989a, s. 77. Säännöksen joustovara riippuu luonnollisesti sen kielellisestä muotoilusta. Ankarien ja joustavien normien teoreettisesta erottelusta ks. esim. Makkonen 1998, s. 94–95 ja Aarnio 2011, s. 83. Ks. myös Siltala 2004, s. 499. Joustavien ja jäykkien normien käytöstä esitetyt tuomarivaltiokehitykseen liittyvät argumentit näyttäisivät sivuavan läheisesti legaliteetti- ja opportunitteettiperiaatteista esitettyjä argumentteja. Ks. tästä Jonkka 1991, s. 193–202. Jonkalla ko. keskustelu liittyy syyttäjän harkintavallan laajuuteen suhteessa tuomarin rooliin.

³²² Lämsineva 2002, s. 90.

³²³ Tuori 2003a, s. 931–932. Ks. myös Tuori 2007, s. 264–265.

ulottuvuudessa. Perustuslakivaliokunnan tekemä abstraktin tason perusoikeusvaikutusten arviointi ei ole riittävä, vaan tuomioistuimet valvovat perusoikeusrajoitusten hyväksyttävyyttä konkreettisissa soveltamistilanteissa. Tuorin mukaan ”rajoitusperusteen, johon viranomainen nojautuu, on oltava juuri siinä tilanteessa hyväksyttävä, eikä perusoikeuteen tehtävä rajoitus saa ylittää sitä, mikä tilanteessa on hyväksyttävän tavoitteen saavuttamiseksi välttämätöntä (suhteellisuusvaatimus)”.³²⁴

Toisaalta erityisesti *perusoikeuksien* ymmärtämiseen objektiivisoikeudellisina periaatteina voidaan liittää huoli tuomarivaltioistumisesta. Tuorin mukaan huoli on tältä osin turha. Periaatteiden soveltamisesta päätöksenteossa on pitkät perinteet erityisesti hallintolainkäytössä. Tuorin mukaan aiempaa aktiivisempaa tapaa perustella tuomiot viittaamalla periaatenormeihin ei voida pitää kuin myönteisenä. Perustelujensa kautta tuomiot tulevat arvioivan keskustelun kohteeksi, mikä saattaa myös tuomioistuinlaitoksen demokraattiseen kontrolliin ja siten täydentää lainsäädäntötyön perustana olevaa demokraatiaperiaatetta.³²⁵

Tuori ei ole pitänyt punnintanormien soveltamista tuomioistuimissa sinänsä ongelmallisena. Punninnan ei kuitenkaan tule olla luonteeltaan luonnonoikeudellista tai ”vapaata” harkintaa, vaan se tulee sitoa *institutionaaliseen tukeen*, jota on löydettävissä kulloinkin sovellettavan oikeuslähdeopin osoittamista lähteistä.³²⁶ Eettiset ja moraaliset näkökohdat – usein niitä ilmentävien (perus)oikeusperiaatteiden muodossa – tulevat tuomioistuintoiminnassa huomioon otettaviksi, mutta ne eivät korvaa lainsäätäjän tahtoa, vaan niillä täydennetään ja tasapainotetaan ”lainsäätäjän tavoiterationaalista, instrumentalistista näkökulmaa”.³²⁷ Tuorin mukaan demokratia- ja vallanjakoperiaatteet edellyttävät, että institutionaalista tukea haetaan vain *poikkeuksellisesti* perusoikeuksista. PL 22 §:n turvaamisvelvollisuuden toteuttaminen kansalaisten välisissä suhteissa onkin Tuorin mukaan ensisijaisesti lainsäätäjän tehtävä ja perusoikeusperiaatteiden vaikutustavan tuomioistuinikäytännössä tulee olla lähtökohtaisesti *välillinen* eikä välitön.³²⁸ Tuorin mukaan demokratia- ja vallanjakoperiaatteiden kannalta ongelmal-

³²⁴ Tuori 2003a, s. 933. Samoin Tuori 2007, s. 265–266.

³²⁵ Tuori 2003a, s. 937. Ks. myös Tuori 2007, s. 269–270. Ks. myös Ashworth (2009, s. 46), joka on todennut, että ainakin Englannissa lainsäädäntöprosessin demokraattisuus saattaa olla luonteeltaan symbolista, koska hallitus voi ajaa läpi säädöshankkeita, jotka eivät tosiasiaa suoraan liity sen poliittiseen mandaattiin. Toisaalta Ashworthkin on kiinnittänyt huomiota tuomioistuinten merkittävään rooliin säännösten tulkinnassa.

³²⁶ Tuori 2003a, s. 938. Ks. myös Tolonen 1989, s. 348 ja Tuori 2007, s. 271.

³²⁷ Tuori 2003a, s. 940. Ks. myös Tuori 2000, s. 252 ja Tuori 2007, s. 272.

³²⁸ Tuori 2003a, s. 939–940 ja 942. Vrt. Fredman 2011, s. 485, joka näyttäisi olevan sitä mieltä, että perus- ja ihmisoikeusargumentteihin tulisi viitata aktiivisemmin jo alioikeuksissakin. Ks. myös Tuori 2007, s. 271–272 ja 275 sekä Lavapuro (2010b, s. 230), joka on katsonut nimenomaan juuri nämä huomiot Tuorin pääargumenteiksi.

lislle alueelle ajaututtaisiin vasta, jos ”tuomioistuimet ryhtyisivät määrittelemään uudelleen lainsäädännön yhteiskuntapoliittisia tavoitteita ja tehtäviä”.³²⁹ Toisaalta rikosoikeus on Tuorin mukaan esimerkki oikeudenalasta, jossa lainsäätäjä on tehnyt tietoisia moraalisia ja eettisiä valintoja. Tuomioistuinten on toiminnassaan kunnioitettava näitä valintoja.³³⁰

Tuori on pitänyt todennäköisenä, että EU-oikeuden vaikutuksesta tuomioistuinratkaisujen merkitys tulee kasvamaan ja esitöiden vähentymään. Toisaalta EIT:n ratkaisukäytännön vaikutus kansalliseen normistoon on hänen mukaansa passiivisempaa kuin EU-oikeudessa, ja ihmisoikeusnormien osalta kansalliset tuomioistuimet toimivat lähinnä vastaanottajina. Tästä huolimatta EIT:n ratkaisukäytännön vaikutus on suuri. EIS:ää on noudatettava juuri sellaisena kuin ajan kuluessa muuttuva oikeuskäytäntö on sen muovannut. Tuorin sanoin ”[i]hmisoikeustuomioistuin ylikansallisenä tuomioistumuena määrittelee näiltä osin oikeusjärjestyksemme sisältöä jatkuvasti uudelleen”. Ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan kautta tämä vaikutus perustelee jopa esitöissä esitettyjen lausumien sivuuttamisen ja se ulottuu perusoikeusnormistoon asti, jonka on tarjottava vähintään EIS:n vähimmäistason veroinen suoja.³³¹

Objektiivisoikeudelliseen periaatevaikutukseen viittaa myös *perusoikeuksien näkeminen kokonaisuutena*. Viljasen mukaan tällainen lähestymistapa saattaa johtaa siihen, että ”perusoikeudet menettävät oikeusvaltiollisessa perusoikeusteoriassa ensisijaista normatiivista funktiotaan eli julkisen vallan yksilöön kohdistamia toimia rajoittavaa funktiota”. Esimerkkinä hän on maininnut kritiikin, joka kohdistuu siihen, että henkilökohtaista turvallisuutta koskevalla perustuslain säännöksellä perustellaan sen kanssa jännitteisessä suhteessa olevien perusoikeuksien, kuten henkilökohtaisen vapauden tai koskemattomuuden, rajoittamista.³³² Tähän kysymykseen palataan myöhemmin.

Tuomioistuinten roolin korostumisen yhtenä ulottuvuutena voidaan pitää keskustelua *perusoikeuksien ja valtiosäännön ylikorostumisesta* suhteessa oikeudenalakohtaisiin arvoihin.³³³ Tuorin mukaan eri oikeudenaloille ei kuitenkaan ole perusoikeuksien vaikutuksesta syntynyt uusia periaatteita, vaan kyse on ennemminkin siitä, että perusoikeuskytkennät vahvistavat eri oikeudenalojen yleisten periaatteiden justifikaatiota ja institutionaalista tukea sekä mahdollistavat samalla uudenlaisen vuoropuhelun oikeudenalojen välillä.³³⁴ Lavapuro ei ole niinkään kieltänyt tapahtunutta, vaan on todennut, että ”[u]usi valtiosääntöistyminen ja

³²⁹ Tuori 2003a, s. 940. Samoin Tuori 2007, s. 272–273. Ks. myös Tuori 2000, s. 252.

³³⁰ Tuori 2003a, s. 940. Ks. myös Tuori 2007, s. 273.

³³¹ Tuori 2003a, s. 922–923. Samoin Tuori 2007, s. 255. Ks. myös Pellonpää 2009, s. 1131–1132. EU-oikeuden vaikutuksesta tuomioistuinten rooliin ks. myös Nieminen 2004, s. 197–198 ja 399.

³³² Viljanen 2001, s. 132.

³³³ Tästä keskustelusta ks. Lavapuro 2010b, s. 14–15.

³³⁴ Tuori 2003a, s. 938 ja 940. Ks. myös Tuori 2007, s. 270 ja 272.

siihen liittyvä perus- ja ihmisoikeudellistuminen ovat konkreettiselta toteutukseltaan nimenomaan tietoisin, demokraattisesti ja säädännäis oikeudellisesti toteutettuihin perustuslainmuutoksiin palautuvia ilmiöitä”.³³⁵

Tuomioistuinten ja erilaisten perus- ja ihmisoikeusnormistojen merkityksen kasvua on kuvattu uudeksi valtiosääntöistymiseksi (*new constitutionalism*). Tämän käsitteen alla voidaan Lavapuron mukaan erottaa kaksi pääsuuntaa, joista toinen ilmenee siirtymisenä tuomioistuin keskeiseen ratkaisumalliin ja toinen lainsäätäjän ja tuomioistuinten valtiosääntöisten roolien kehittämisenä erilaisten välitysmallien kautta. Suomen kehitys edustaa jälkimmäistä, maltillisempaa pidettävää kehityssuuntaa, jolle on ollut ominaista lähinnä perus- ja ihmisoikeuksien ja niiden suoran soveltamisen lisääntyminen ja PL 106 §:n säätäminen perustuslakia uudistettaessa. Kehitykselle on tosin kauttaaltaan ollut leimallista ”ylikansallinen lataus”.³³⁶

Tuori on huomauttanut siitä, että tuomarivaltiokeskustelu tavoittaa vain ylikonstitutionalismin toisen puolen. Myös politiikan oikeudellistuminen, mitä perustuslakivaliokunnan aseman korostuminen ilmentää, voi olla instituutioiden asemaa vääristävä kehityssuunta. Perustuslakivaliokunnan rooli on yhteydessä tuomioistuinten rooliin ja valiokunnan laajentaessa perusoikeuksien soveltamisalaa esimerkiksi horisontaalivaikutuksen määrittelyn kautta tällä on vastaava vaikutus tuomioistuinten toimintaan. Tästä syystä perusoikeusjärjestelmästä johdettavia arvokannanottoja yksilöiden väliin suhteisiin tulisi välttää. Perusoikeussäännösten tehtävänä on luoda edellytyksiä modernia kulttuuria luonnehtivalle arvopluralismille eikä tukahduttaa sitä arvokannanotoillaan.³³⁷

Jakson päätteeksi voidaan viitata Juha Lavapuron väitöskirjaan vuodelta 2010, jossa hän on perusteellisesti käsitellyt tuomioistuinten ja lainsäätäjän välistä työnjakoa.³³⁸ Painopiste on ollut keskeisesti lain säännösten perustuslainmukaisuuden kontrollissa eikä niinkään joustavien normien käytössä ylipäätään, mutta johtopäätökset voidaan kiteyttää karkeasti kahteen havaintoon. Ensinnäkin perustuslait ja valtionsisäisesti voimaan saatetut kansainväliset sopimukset ovat positiivisoikeudellista normistoa, jota julkista valtaa käytettäessä tulee noudat-

³³⁵ Lavapuro 2010b, s. 115.

³³⁶ Lavapuro 2010b, s. 16–29. Ks. myös Lavapuro 2010b, s. 62–64. Valtiosääntöoikeudessa paljon käytetyn constitutionalismin käsitteen epämääräisyydestä ks. Husa 2009 (kootusti s. 1146).

³³⁷ Tuori 2003a, s. 930 ja 940–942 sekä Tuori 2007, s. 256, 263 ja 273–274. Ks. myös Lämsineva 2002, s. 131–132, Husa 2003, s. 14–19 ja Niemisen (2004, s. 198–199) kommentit politiikan oikeudellistumisesta sekä Lavapuro 2010b, s. 233 ja Jyrängin ja Husan (2012, s. 354) kommentit oikeuden ja politiikan suhteesta perustuslakivaliokunnan työskentelyssä. Ks. myös Tuori 2000, s. 173 ja 181. Tuori on todennut *oikeuden pintatason* keskustelulle tyypilliseksi, että ”lainsäätäjän, tuomarin ja oikeustieteilijän puheenvuorojen painoarvo vaihtelee”. Toisaalta nämä painoarvojen erot ovat tyypillisiä eri *oikeuskulttuureille*.

³³⁸ Lavapuro 2010b, s. 85–145.

taa. Tällaisenaan ne ovat myös tulkittavissa ja oikeudellisesti täytäntöönpantavissa.³³⁹ Toisaalta

”vain oikeusjärjestystä yleisesti arvioivan kriittisen tehtävänsä kautta perus- ja ihmisoikeudet voivat varmistaa, että julkisen vallan käyttö perustuu tosiasiallisestikin niille lähtökohdille, joille sen perustuslaissa väitetään perustuvan. Ja toisin kuin kriitikot väittävät, juuri tällaista kriittistä tehtävää toteuttaessaan tuomioistuimet voivat osaltaan valvoa, ettei päätöksentekovalta oikeuden sisällöstä siirry kapea-alaisen juristieliitin ja eliitin käymän doktrinaalisen kielipelin haltuun ja niin ollen demokraattisten menettelyjen ulkopuolelle.”³⁴⁰

Näyttäisi kuitenkin siltä, että kuvattu muutos – oli se valtiosääntöoikeudellisesti kuinka merkittävä tahansa – ei ollut täysin haluttu, sillä ainakin Hallberg on perusoikeusuudistusta edeltäneessä kirjoituksessaan ollut sitä mieltä, että ”[k]ansanvaltaisen perinteen pohjalta olisi tärkeää säilyttää lainsäädännön ja tuomiovallan käytön keskinäinen suhde nykyisellään ja – sanon sen selkeästi – välttää tuomarivaltiokehitystä”.³⁴¹

6.3 YHTEENVETO A

Korkeimman oikeuden ratkaisua KKO 2008:93 koskevassa analyysissään Lavapuro on nostanut esille kolme tekijää, jotka antavat punnintaratkaisuille niiden oikeudellisen luonteen:³⁴²

1. Valtiosääntöoikeudelliset argumentit ja perusoikeusjärjestelmästä tukea saavat argumentit ovat lähtökohtaisesti painavampia kuin muihin yhteiskunnallisiin intresseihin tai kollektiiviseen hyvään liittyvät intressit. On kuitenkin huomattava, että myös viimeksi mainitut saattavat saada merkittävääkin institutionaalista tukea perus- ja ihmisoikeusperiaatteista. Ratkaisevaa on, mitä ”vakuuttavampaa ja välittömämpää” tämä tuki on.
2. Konkreettisissa ratkaisutilanteissa on tunnistettava ehdottomat kiellot ja perusoikeuksien sääntöluonteinen koskematon ydin.
3. Aukkotilanteissa, joissa laki ja muut ensisijaiset oikeuslähteet eivät anna selkeää vastausta käsillä olevaan oikeudelliseen ongelmaan, ratkaisua ei haeta ”sovelletta- van lain taustalla olevan oikeudenalakohtaisen systeemin määrittämissä rajoissa” ja moraalargumentteihin tukeutuen, vaan perus- ja ihmisoikeusargumentit tuottavat ne erilaiset tulkintavaihtoehdot, joiden kesken punninta tehdään.

³³⁹ Lavapuro 2010b, s. 114.

³⁴⁰ Lavapuro 2010b, s. 129.

³⁴¹ Hallberg 1992, s. 1281.

³⁴² Ks. Lavapuron (2010b, s. 119–129) analyysi korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 2008:93. Ks. erit. s. 126–128.

Analyysin tekee mielenkiintoiseksi se, että Lavapuron, joka on käyttänyt itsestään jopa termiä ”perusoikeusfundamentalisti”³⁴³, analyysin lopputulemat eivät poikkea suuresti varovaisempaa tilanneherkkyyttä edustavan Huovilan näkemyksistä. Myös Huovila liittää punninnan erityisesti lain (tai oikeuskäytännön) aukkotilanteisiin, joissa sovelletaan suoraan perusoikeusperiaatteita tai niistä johdettavia oikeudenalakohtaisia periaatteita.³⁴⁴ Oikeudenalakohtaiset, osin systemiyhteyteen viittaavat argumentit saavat sekä Lavapuron että Huovilan ajattelussa institutionaalisen ja argumentatiivisen tukensa erityisesti perusoikeusperiaatteista. Helinin jaotteluun viitaten ero on lähinnä siinä, kuinka vahvaa argumentaatiovaikutusta perus- ja ihmisoikeuksille annetaan. Toisaalta rikosoikeusteoreettisesta näkökulmasta on tärkeä havaita, että kuvatuissa lain aukkotilanteissa operoiminen liikkuu vaarallisen lähellä rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen asettamia rajoja. Tässä yhteydessä on aiheellista lainata Huovilaa:³⁴⁵

”Nähdäkseni ainakaan silloin kun 1) sanamuodon mukainen tulkinta, 2) systemaattisista metodeista kontekstuaalis-harmonisoiva, analoginen, käsitteellisen-loginen tai historiallinen tulkinta taikka näihin liittyen 3) lainsäätäjän tarkoitukseen perustuva tulkinta eivät tue valittua ratkaisuvaihtoehtoa, ja vaihtoehdon valinta perustuu pelkästään oikeusperiaatteisiin ja/tai teleologisiin tulkintaan (lain ratioon), ei liene enää (ainakaan yleensä) luontevaa puhua lain tulkinnasta. Jos (perus- tai ihmis)oikeusperiaatteen nojalla tai niiden punninnalla päädytään toisenlaiseen ratkaisuun kuin edellä mainituilla sanamuotoon, systemaattiseen tulkintaan ja/tai lainsäätäjän tarkoitukseen perustuvilla tulkintamodeilla, kysymys on muiden normien kuin tulkittavan säännöksen osoittaman normin nojalla tehdystä ratkaisusta. Vastaavasti kun lain soveltamisratkaisu perustuu joko yksin tai yhdessä oikeusperiaatteiden kanssa objektiiviseen teleologiseen tulkintaan (lain ratioon), lainkäyttäjän itse konstruoitui eri oikeuslähteiden ja oikeudellisen päättelyn keinoin tapauskohtaisen normin, joka hänen arvionsa mukaan toteuttaa rationaalisen lainsäätäjän tarkoitusta tuossa tilanteessa. Tällöinkään ei nähdäkseni enää ole luontevasti kysymys ainakaan yksinomaan säännöksen tulkinnasta.”

Tämä saattaa johtaa myös valtiosääntöoikeudellisesti ongelmalliseen tilanteeseen. Mikäli tavallisen lain säännökselle haluttaisiin perusoikeuslähtökohdista antaa sisältö, joka ei ole tulkinnan rajoissa, vaan *contra legem*, mutta tavallisen lain säännös ei kuitenkaan ole PL 106 §:n tarkoittamassa ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa, ei ko. perusoikeuslähtöistä ratkaisua voida tehdä.³⁴⁶ Ihmisoikeuksien osalta tilanne näyttää tosin olevan toinen.

³⁴³ Lavapuro 2010b, s. V. Ks. myös Helinin (2012, s. 22) kuvaus perusoikeusfundamentalismista ja Lavapuron (2012, s. 145–146) vastaus Helinin kritiikkiin.

³⁴⁴ Huovila 2005, s. 51–52. Perusoikeuksien punninnasta tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa ks. myös Koskelo 2012, s. 103–104.

³⁴⁵ Huovila 2005 s. 85.

³⁴⁶ Huovila 2005, s. 85–88.

Oikeuslähde- ja tulkintaopillinen johtajukseni on, että sekä institutionaalista tukea saavat periaatteet, joiden joukkoon luen myös perus- ja ihmisoikeusargumentit, samoin kuin ns. reaalisina pidettävät argumentit kanavoituvat käytännön lainsoveltamiseen oikeustieteen ja sen antamien tulkintasuositusten muodostaman suodattimen kautta. Tällä tavoin mainitut argumentit tulevat kytkettyä systeemyhteyteen siten, että yleisen ennakoitavuuden ja ennustettavuuden ei tarvitse kärsiä. Tällainen ajattelu lähestyy Juha Karhun *perusoikeusmyönteiseksi systematisoinniksi* kuvaamaa tulkintaa, jossa perusoikeudet tarjoavat systeemiimpulsseja yleisten oppien kehittämiseksi ”perusoikeusyhteensopiviksi”.³⁴⁷ Suhteutettuna edellä selostettuun Helinin jaotteluun³⁴⁸ soveltamani perusoikeusmyönteinen tai oikeammin perusoikeudet huomioon ottava systematisointi sallii perusoikeuksille karsintavaikutuksen ohella valintavaikutusta, mutta se ei juurikaan ota perusoikeuksia huomioon tulkintavaihtoehtojen määrittämisessä. Tässä suhteessa lähestymistapani näyttäisi poikkeavan Karhun ajattelusta, jossa oikeudenalakohtaiset perusteet, joilla Karhu ilmeisesti viittaa eri oikeudenalojen peruskäsitteisiin ja oikeusperiaatteisiin, muunnetaan perusoikeuksien rajoitusedelytysten mukaisiksi näkökohdiksi.³⁴⁹

Edellä kerrottu tarkoittaa luonnollisesti sitä, että vaikka lähtökohtana edelleen ovatkin muodollisesti velvoittavat oikeuslähteet, tulee mainitun tehtävän suorittamiseksi *oikeustieteessä* tukeutua merkittävästi myös aineellisempiin argumentaatioperusteisiin, kuten teleologiseen argumentointiin ja erityisesti perus- ja ihmisoikeuksista johdettaviin periaatteisiin. On toki tunnustettava, että lain lähtökohtainen muodollinen auktoriteetti saattaa joutua kovaan testiin perusoikeuksien sisällöllisten vaatimusten kanssa jo tällaista lievennettyä perus- ja ihmisoikeusmyönteistä tulkintatapaakin noudatettaessa.³⁵⁰

Esittämässäni lähestymistavassa sääntöjen ja periaatteiden edustamat passiiviset tasot tulevat siis täydennetyksi kolmannella ja luonteeltaan aktiivisella oikeudellisen argumentaation tasolla, joka ”osoittaa, millä tavalla voidaan rationaalisesti perustella ratkaisu, jonka pohjana ovat säännöt ja periaatteet”.³⁵¹

Oma oikeustieteen merkitystä oikeuslähteenä ja *systeemyhteyden varmistajana* korostava näkemykseni tarkoittaa vääjäämättä irtautumista Huovilan näkemyksistä, joihin muutoin hyvin pitkälti yhdyin. Huovila on katsonut, että oikeuskirjal-

³⁴⁷ Ks. Karhu 2012, s. 117–118, 120–121. Ks. myös Karhu 2012, s. 129–130.

³⁴⁸ Ks. s. 58.

³⁴⁹ Ks. Karhu 2012, s. 121.

³⁵⁰ Ks. myös Nuotio 2004, s. 1273.

³⁵¹ Alexy 1989b, s. 629–630. Kolmas taso on Alexyn mukaan tarpeen, koska periaateteoriat eivät anna lopullisia vastauksia oikeudellisiin ongelmiin eivätkä kysymykseen periaatteiden etusijajärjestyksestä eli ”[p]eriaatteet ja säännöt eivät sääntele omaa käyttöönsä”.

lisuudessa esitettyihin kannanottoihin viittaaminen tuomion perusteluissa on ongelmallista ja sen sijaan tulisi pitäytyä muodollista velvoittavuutta omaavien oikeuslähteiden soveltamisessa.³⁵² Ero selittyy pitkälti sillä, että Huovilan näkökulma on lainsoveltajan, kun taas oma näkökulmani on nimenomaan tieteenharjoittajan. Kyse ei ole ainoastaan oikeustieteen merkityksestä oikeuslähteenä, vaan lainopin näkökulma myös oikeuskäytäntöön on erilainen kuin tuomioistuinten. Lainkäyttäjärjestelmän sisällä ennakkoratkaisujen arvo on auktoritatiivisempi (*verraten korkea tosiasiallinen sitovuus*) kuin lainopissa, jonka harjoittaja vetoaa oikeuskäytäntöön vakuuttaakseen tiedeyhteisön ja tuomarikunnan.³⁵³

Mitä tulee käytännön viranomaistoimintaan, on viranomaisilla hallituksen esityksen 309/1993 vp mukaan lähtökohtaisesti velvollisuus tulkita lakeja perustuslainmukaisesti ja ihmisoikeusmyönteisesti, mikä tarkoittaa, ”että käsillä olevista tulkintavaihtoehdoista tulisi valita sellainen, joka parhaiten vastaa perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien asettamia vaatimuksia.”³⁵⁴ Myös uudessa, vuonna 2014 voimaan tulevaa poliisilakia koskevassa teoksessa esimerkiksi EIT:n ratkaisukäytännön merkitystä käytännön poliisitoiminnassa on pidetty varsin suurena.³⁵⁵ Sanotusta huolimatta katson, että käytännön viranomaistoiminnassa voidaan jatkossakin tukeutua ennemminkin Aarnion muodollisena pidettyyn oikeuslähteoppiin huovilalaisittain päivitettyinä kuin eri yhteyksissä esitettyihin oikeuslähteiden kontekstuaalisuutta korostaviin näkemyksiin. Päivittäisessä eri viranomaisissa ja tuomioistuimissa tapahtuvassa ratkaisutoiminnassa ratkaisu voidaan kaikessa yksinkertaisuudessaan perustaa usein suoraan lakiin, ja suoran vetoamisen esimerkiksi ihmis- ja perusoikeusargumentteihin tulisi olla poikkeuksellista ja liittyä tilanteisiin, joissa perinteiset oikeuslähteet eivät tarjoa ratkaisua.³⁵⁶ Näin ajateltuna korostuu nimenomaan Jonkan kuvaaman perusoikeusmyönteisen tulkinnan ensimmäinen vaihe, jossa perusoikeuksilla voi olla sääntövaikutusta tulkintavaihtoehtojen rajaamisessa. Lavapuron jaottelussa kyse on toisen vaiheen korostamisesta.

Myös hieman vanhemmassa poliisioikeudellisessa kirjallisuudessa on katsottu, että käytännön poliisitoiminnassa päätöksenteko on suoraviivaista, eikä ole pidetty lainkaan itsestään selvänä, että käytännön toiminnassa perusoikeuksien

³⁵² Huovila 2005, s. 43.

³⁵³ Aarnio 2011, s. 74–75 ja 77.

³⁵⁴ HE 309/1993 vp, s. 31.

³⁵⁵ Helminen et al. 2012b, s. 41.

³⁵⁶ Melander on väitöskirjassaan erottanut ”yleisestä” oikeuslähteopista lainsäätäjän näkökulman oikeuslähteoppiin, kun taas itse pitäisin tärkeänä myös rutiinitapausten ja ns. kiperien tapausten oikeuslähteopin erottelua. Ks. tästä Melander 2008, s. 54–81.

ja eduskuntalakien jännitteet ilmenisivät lakien tulkintakysymyksinä. Loman toteaa:³⁵⁷

”Käytännön poliisitoiminnalle on usein tyypillistä välittömän poliisipakon käyttö sekä tarvittaessa tehokkuuden turvaamiseksi nopeus ja ankaruus. Poliisimies tekee yleensä itse kenttätason voimankäyttötilanteiden ratkaisut, eikä hän siinä tilanteessa lähde pohtimaan yksittäisten voimakeinojen muotojen oikeudellista suhdetta perusoikeuksiin. Konkreettiset tosiasialliset toimenpiteet tehdään muiden näkökohtien mukaan. Yleinen mielipide haluaa poliisilta tehokkuutta yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämisessä sekä tuloksia rikosten selvittämisessä. Tästä syystä poliisitehtävän menestyksellinen suorittaminen on poliisin kenttätyössä käytännön paineessa ensisijainen tavoite.”

Varsin samansuuntaisesti Jyränki ja Husa ovat lähinnä tuomioistuinten vallan korostumisen ja lainkäyttöraatkaisujen ennalta-arvattavuuden vähentymisen näkökulmasta korostaneet, että ”oikeudellisten tulkintojen pikkutarkkaa ja ylenpalttista ohjautumista perusoikeuksien järjestelmästä käsin” ei tule asettaa tavoitteeksi. Tämä ei heilläkään tarkoita, että perusoikeudet ja ihmisoikeudet voisi jättää huomiotta julkisen vallan käytössä, vaan ne on otettava huomioon jo yksinkertaisesti PL 22 §:n asettaman velvoitteen perusteella.³⁵⁸

Esittämäni lähestymistapa poikkeaa kiistatta siitä, mitä Jonkka on tekemässään mm. poliisin laillisuusvalvontaa koskeneessa selvityksessään esittänyt. Hänen mukaansa poliisi on rikosten ”rikosten selvittämisintressin ja yleisen järjestyksen ja turvallisuuden suojaamisen nimissä” tulkinnut toimivalta- ja pakkokeinosäännöksiä liian väljästi. Kyse on ollut tältä osin erityisesti poliisin yleisemmän tason johtamisjärjestelyistä. Häinkin on korostanut perus- ja ihmisoikeusmyönteisen laintulkinnan merkitystä tilanteissa, joissa tehokkuus ja yksilön oikeusturva vaikuttavat eri suuntiin. Jonkka näyttäisi edellyttävän perus- ja ihmisoikeusargumenttien aktiivista huomioon ottamista jopa käytännön päätöksenteossa. Kyse lienee kuitenkin juuri punninnasta eri tulkintavaihtoehtojen välillä.³⁵⁹ Samoin esimerkiksi Mäenpään mukaan viranomaisen on ”otettava perusoikeudet huomioon kaikessa toiminnassaan ja sovellettava perusoikeusnormeja päätöksenteossaan” ja yksityinen henkilö ”voi välittömästi vedota perusoikeuteen suhteessa viranomaiseen”.³⁶⁰ Lisäksi perusoikeusrajoituksen mahdollistavaa toimivaltasäännöstä tulee soveltaa suppeasti sekä perus- ja ihmisoikeusmyönteisesti.³⁶¹ On kuitenkin syytä kiinnittää huomiota siihen, että toimivaltuuksien ja pakkokeinojen käyttö on poikkeuksetta perusoikeusherkkää (myös muiden perusoikeuksien kuin oikeusturvan suhteen) ja jos systemaattisesti valittaisiin se tulkintavaihtoehto,

³⁵⁷ Loman 1997, s. 86–87.

³⁵⁸ Jyränki – Husa 2012, s. 398–399. Kirjoittajat ovat kiinnittäneet huomiota myös perusoikeuksien vaikutukseen eri oikeudenalojen oikeustieteellisessä tutkimuksessa ja yleisten oppien muotoutumisessa.

³⁵⁹ Jonkka 2004, s. 51.

³⁶⁰ Mäenpää 2003, s. 195.

³⁶¹ Mäenpää 2003, s. 195.

joka vähiten loukkaa perusoikeuksia, johtaisi se Dworkin ajatuksia äärimmilleen seuraten lähtökohtaisesti aina toimenpiteestä luopumiseen. Tällaisessa äärimmäisessä ajattelussa esimerkiksi pakkokeinojen käyttäminen olisi hyväksyttävää ainoastaan silloin, kun niiden kytkeä asianomistajan perusoikeuksiin olisi ilmeisen kiinteä.

Laillisuusperiaatteen näkökulmasta pidättyvää suhtautumista perus- ja ihmisoi-
keusargumentointiin ns. rutiinijutuissa voidaan perustella myös sillä, että periaatteiden soveltamisaluetta ei ole rajoitettu samalla tavoin kuin sääntöjen, vaan niiden soveltamisalue on tyypillisesti hyvin laaja.³⁶² Lieneekin edelleen perustel-
tua viitata Makkosen toteamukseen, että ”[t]urvautumalla eräisiin oikeusperiaat-
teisiin on siis saatu aikaan toisen oikeusperiaatteen, oikeusvarmuuden, vaarantu-
minen”.³⁶³

Tässä yhteydessä on kuitenkin syytä huomauttaa, että rikosoikeudellinen lail-
lisuusperiaate ei estä vastuuvapausperusteiden laajentavaa tulkintaa yli sana-
muodon (analogiaa). On jopa katsottu, että esimerkiksi hätävarjelu- ja pakkotila-
säännökset ovat säännöksiä, joissa nimenomaisesti on haluttu korostaa tuomarin
yksilöllistä harkintaa ja tietoisesti irtauduttu ”sidotun ratkaisun ideasta”.³⁶⁴ Ash-
worth onkin jo lähes neljä vuosikymmentä sitten kirjoittamassaan artikkelissa
tuonut esille sen ongelman, joka hätävarjelu-oikeuden rajojen kirjaamisessa la-
kiin kohdataan. Yhtäältä liian yksityiskohtainen (*rules-and-exception*) sääntely
ei pysty sääntelemään kaikkia mahdollisia tilanteita. Toisaalta liian yleisluontein-
nen, pelkästään kohtuuden varaan rakentuva (*general standard of reasonableness*)
sääntely on ongelmallinen johdonmukaisuuden ja yhdenvertaisuuden nä-
kökulmista. Ehdotuksena Ashworth esittää metodia, joka yhdistää sekä ennustet-
tavuuden että yksittäistapauksellisen joustavuuden. Kirjoittaja toteaa:³⁶⁵

”The approach could be termed ‘the method of legal principles’. It would involve the
use of general propositions which may have prima facie application to a certain types
of case, but which may be overridden for stated reasons where appropriate. Such prin-
ciples are not hard-and-fast in their application, the number of principles is not fixed
but unlimited, and their main function is to guide decision-making rather than to dic-
tate a particular result.”

³⁶² Ks. Huovila 2005, s. 49.

³⁶³ Makkonen 1981, s. 219.

³⁶⁴ Makkonen 1981, s. 243.

³⁶⁵ Ashworth 1975, s. 292. Ashworth on itsepuolustus-oikeutta koskevassa artikkelissaan erotellut
viisi periaatetta, jotka voidaan kiteyttää seuraavasti: 1) velvollisuus konfliktin väistämiseen ja ve-
täytymiseen, jos se on järkevästi mahdollista, 2) oleskelu tai meneminen paikkaan, jossa väkivalta
uhkaa, ei vaikuta oikeuteen puolustaa itseään, 3) käytetyn voiman yleinen suhteellisuusvaatimus,
4) aseiden laiton hallussapito ankaroihtaa tilanteen arviointia ja 5) itsepuolustustilanteen aiheuttami-
nen – provosointi – ankaroihtaa tilanteen arviointia. Ks. näistä Ashworth 1975, s. 293–301.

Hätävarjelua, pakkotilaa ja voimakeinojen käyttöä sääntelevien normien kirjoitustavasta johtuen niiden soveltamisessa joudutaan väistämättä tilanteeseen, jossa ratkaisunormeina tai niiden fragmentteina on periaateluontoisia normeja, joiden tarvitsemaa institutionaalista tukea tulisi Tuorin sanoin hakea perusoikeuksista vain poikkeuksellisesti. Viimeistään tässä yhteydessä on tarpeen myös selvittää, missä tarkoituksessa periaatteen käsitettä tutkimuksessani käytän. Tämän tutkimuksen kontekstissa periaatteet ovat yhtäältä tulkinta-argumentteja, mikä vastannee Tuorin jaottelussa tulkintaperiaatteiden ja Aarnion jaottelussa ratkaisuperiaatteiden kategoriaa, sekä toisaalta ratkaisutoiminnassa sovellettavia normeja. Viimeksi mainitut ovat tuorilaisittain ratkaisuperiaatteita ja Aarnion jaottelussa ymmärtääkseni lähinnä positiivisia oikeusperiaatteita. Tuorin oikeuslähdeperiaatteiden kategoria on mielenkiinnon kohteena lähinnä silloin, kun pyrin selvittämään oikeuden alemmilla tasoilla nousevia poliisin voimankäyttöä säänteleviä ylittämättömiä periaatteita.

Edellä on tuotu esille Dworkinin ja Alexyn ajattelun merkittävimmät erot, jotka ovat yhtäältä Alexyn tapa ymmärtää periaatteet optimointikäskyiksi ja toisaalta Dworkinin tapa sulkea yhteiskunnalliset tavoitteet periaatteiden käsitteen ulkopuolelle. Seuraavassa pääjaksossa pyritään tutkimuksen kannalta relevantteja materiaalisia säännöksiä analysoimalla arvioimaan mainittujen erojen merkitystä perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten näkökulmasta. Voidaan myös kysyä, milloin tavoitteiden kumpuaminen perusoikeuksista siirtää ne oikeuden puolelle. Tämä kysymys on hyvin keskeinen valittaessa dworkinilainen lähestymistapa.

II

PERUSOIKEUKSIEN RAJOITTAMINEN

1 Yleiset rajoitusedellytykset

Yhtä tärkeää kuin on havaita perusoikeuksien keskeisyys oikeusjärjestelmäsämme, on ymmärtää niiden lähtökohtainen rajoitettavuus. Perusoikeuksien rajoittaminen on mahdollista painavien yhteiskunnallisten intressien johdosta, mutta tyypillisimmin perusoikeuksia rajoitetaan toisten ihmisten perusoikeuksien toteuttamiseksi. Perustuslain perusoikeusluetteloon itsessään voidaankin katsoa sisältyvän ajatuksen siitä, että yhden ihmisen perusoikeuden täysimääräinen toteuttaminen loukkaisi toisen tai toisten perusoikeuksia. Toisin sanoen yksilön vapaudella on rajansa, eivätkä yksilön vapaudet lähtökohtaisesti saa rajoittaa muiden yksilöiden vapautta.¹ Valtiosääntöoikeuden perusteoksessa Jyränki ja Husa ovatkin todenneet, että perusoikeuksien ymmärtäminen osana perustuslainsäädännön kokonaisuutta tarkoittaa sitä, että yksilön hyvän kaikenpuolisen edistämisen ollessa tavoitteena sen ”optimaalinen saavuttaminen kaikkien osalta edellyttäisi toiselta puolen jokaiselta tietynasteista solidaarisuutta muita ihmisiä kohtaan ja lojaalisuutta sille ihmisten yhteisölle, joka saa hahmonsia valtion abstraktiossa ja sen konkretisoinneissa”.² Kirjoittajien näkemystä yksilön solidaarisuudesta muita yksilöitä ja yhteisöä kohtaan sekä pyrkimyksestä yksilön hyvän kaikenpuoliseen edistämiseen voidaan pitää ennemminkin Alexyn kuin Dworkinin oppien mukaisena.

Veli-Pekka Viljanen on todennut perusoikeuksien rajoittamisella tarkoitettavan ”perusoikeussäännöksen soveltamisalan piirissä olevan oikeuden kaventamista tai perusoikeussäännöksen suojaamaan yksilön oikeusasemaan puuttumista julkisen vallan toimenpitein”.³ Lähtökohtaisesti hyväksyttäviä rajoitusperusteita ovat

- 1) muut perusoikeudet
- 2) muut perustuslain säännökset
- 3) perustuslain ulkopuoliset perusteet, kuten painava yhteiskunnallinen tarve.⁴

Lainsäädäntökäytännöissä ja oikeustieteessä jo aiemmin kehitetyistä perusoikeuksien rajoittamiskriteereistä nostettiin perusoikeusuudistukseen johtaneessa hallituksen esityksessä 309/1993 vp esille seuraavia kriteerejä. *Laintasoisuuden*

¹ Jyränki 2003, s. 484. Ks. myös Nieminen 2004, s. 391.

² Jyränki – Husa 2012, s. 377.

³ Viljanen 2001, s. 14.

⁴ Jyränki 2003, s. 488 ja Jyränki – Husa 2012, s. 406.

vaatimus merkitsi ”kieltoa delegoida perusoikeuden rajoittamista koskevaa toimivaltaa eduskuntalakia alemmalle hierarkiatasolle”. Perusoikeusrajoituksen tuli olla *täsmällinen ja tarkkarajainen*, mikä edellytti rajoituksen laajuuden, sen täsmällisten edellytysten ja muutoinkin olennaisen sisällön ilmenevän laista. Lisäksi rajoittaminen oli sallittua vain *hyväksyttävillä perusteilla* eikä syvälle perusoikeuksiin kajoavia, poikkeuksellisia tai summaarisia rajoituksia voitu toteuttaa tavallisella lailla.⁵ Rajoittamiskriteerejä jalostettiin edelleen perustuslakivaliokunnan mietinnössä PeVM 25/1994 vp. Olen jakanut mietinnössä yksilöityjen perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten käsittelyn eri yhteyksiin, mutta yleisellä tasolla todettakoon, että olen kuvannut rajoitusedellytysten sisältöä erityisesti juuri mainitun perustuslakivaliokunnan mietinnön, Veli-Pekka Viljasen ja Sakari Melanderin väitöskirjojen sekä Melanderin vuonna 2002 julkaistun artikkelin avulla. Melander on erityisesti tarkastellut kriminalisointiperiaatteiden ja perusoikeuksien rajoitusedellytysten suhdetta.⁶

Ollakseen sallittu perusoikeuden rajoituksen tulee täyttää mainituissa lähteissä yksilöidyt kriteerit. Yhdenkin osatestin läpäisemättömyys johtaa ristiriitaan perusoikeussäännöksen kanssa eikä puutetta jonkin kriteerin kohdalla voida kompensoida muilla kriteereillä. Viljasen esimerkin mukaan ”hyväksyttävä tarkoitus ei voi kompensoida lailla säätämisen vaatimuksen täyttymättömyyttä”.⁷ Perusoikeuksien rajoittamisesta puhuttaessa on myös aiheellista arvioida, ”onko kyse ylipäättään perusoikeussäännöksen soveltamisalan piiriin kuuluvasta asiasta.” Epäselvissä tapauksissa lienee aiheellista tulkita perusoikeuden soveltamisalaa laajentavasti.⁸

Vaikka yleisten rajoitusedellytysten merkitys onkin suurin lainsäädäntötyössä, niiden avulla voidaan myös etsiä perustuslainmukaista ja perusoikeusmyönnteistä tulkintavaihtoehtoa lainsoveltamistilanteessa.⁹ Uudemmassa kirjallisuudessa Ojanen on jopa esittänyt, että tuomioistuinten *velvollisuus* on ottaa kantaa yleisiin rajoitusedellytyksiin *in casu*. Käytännön ratkaisutoiminnassa ei voida keskittyä ainoastaan ihmisoikeuskäytäntöön ja ihmisoikeus(vähimmäis)vaatimusten täyttymiseen, vaan asiaa tulee lähestyä myös perusoikeuksien ja niiden

⁵ HE 309/1993 vp, s. 29–30. Ks. myös Hidénin (1980, s. 101–105) vuosikymmeniä sitten kehittämät perusoikeuksien rajanvetokriteerit. Perusoikeuskomitea olisi sisällyttänyt perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset perustuslakiin. Ks. tästä KM 1992:3, s. 138–140 ja 378–389 ja Hallberg 1992, s. 1281–1282.

⁶ Melander 2002 ja Melander 2008. Melanderin mukaan kriminalisointiperiaatteet ja erityisesti niistä johdettavat rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset saavat merkittävää oikeudellista tukea nimenomaan sitä kautta, että ne kytketään perusoikeuksiin. Ks. tästä Melander 2008, s. 174.

⁷ Viljanen 2001, s. 61.

⁸ Viljanen 2001, s. 15–16.

⁹ Jyränki 2000, s. 292.

rajoitusediellytysten näkökulmasta.¹⁰ Myös Lavapuro on korostanut perusoikeuksien yleisten rajoitusediellysten merkitystä. Hänen mukaansa rajoitusediellytysten kautta moraaliset ja poliittiset taustatekijät kiinnittyvät perus- ja ihmisoikeusnormeihin ja osaksi niiden soveltamiskäytäntöä. Ja juuri rajoitusediellytysten kautta keskeiset perus- ja ihmisoikeuksiin liitetyt käsitteet, kuten ehdottomuus ja suhteellisuus sekä soveltamisala- ja rajoitusharkinta, saavat konkretiaa.¹¹

Seuraavassa käsittelen ensin lyhyesti PL 22 §:ssä asetettua perus- ja ihmisoikeuksien turvaamisvelvoitetta sekä perustuslaista johdettavaa lähtökohtaista velvollisuutta keskittää oikeus voimakeinojen käyttöön virkamiehille. Sen jälkeen käsittelen laajemmin eräitä perusoikeuksien yleisiä rajoittamisediellytyksiä ja lyhyesti myös perusoikeuskollisiotilanteita sekä perusoikeuksien horisontaalivaikutusta. Edellä mainituista perusoikeuksien kolmesta hyväksyttävästä rajoitusperusteesta keskityn lähinnä ensimmäiseen ja kolmanteen. Toiseen kriteeriin viitataan tarpeellisilta osin ensimmäisen kriteerin yhteydessä.

Ennen siirtymistä mainittuihin teemoihin on syytä muistuttaa, että samoin kuin muutakin lainsäädäntöä myös poliisitoimintaa koskevaa lainsäädäntöä tulee tarkastella sekä perustuslakivaliokunnan mietinnössä PeVM 25/1994 vp määritettyjen yleisten rajoitusediellytysten että perusoikeussäännöksiin sisältyvien lakivaraumien näkökulmasta.¹² Laki- ja sääntelyvaraumia käsitellään tarkemmin tutkimuksen neljännessä pääjaksossa.

¹⁰ Ojanen 2011, s. 447. Pahimmillaan ihmisoikeuskeskeisyys – minimalismi – voi tarkoittaa sitä, että asiaa ei pidetä relevanttina perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta, jos EIT:n ratkaisukäytännöstä ei löydy kannanottoa esillä oleviin kysymyksiin.

¹¹ Lavapuro 2010b, s. 118–119. Varsin äskettäin on tehty havainto, että perusoikeudet ovat nousseet ihmisoikeusargumenttien rinnalle ratkaisujen perusteina. Tässä suhteessa korkein hallinto-oikeus on korkeimpaan oikeuteen verrattuna ollut enemmän esillä, mutta Ojanen on kuitenkin pitänyt korkeimman oikeuden argumentointia parempana. Ks. tästä Ojanen 2011, s. 448. Ks. myös Lavapuro 2011, s. 468. Lavapuro on puhunut ihmisoikeuskulttuurin murroksen ”toisesta aallosta”.

¹² PeVL 5/1999 vp, s. 2. Lakivaraumista ks. esim. Viljanen 2001, s. 27–37. Todettakoon myös, että eräisiin säännöksiin liittyvä varaus, joka viittaa ”lailla säätämiseen”, ei oikeuta kajoamaan perusoikeuksien ydinsisältöön. Ks. tästä HE 309/1993 vp, s. 30.

2 Vertikaalin perusoikeussuhteen keskeisiä piirteitä

2.1 PERUS- JA IHMISOIKEUKSIEN TURVAAMISVELVOITE

Velvollisuus perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien huomioon ottamiseen viranomaistoiminnassa on johdettavissa PL 22 §:stä, jonka mukaan:

”Julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen.”

Mainitulla perustuslain säännöksellä on pyritty nimenomaan korostamaan Suomen oikeuspiirissä olevien henkilöiden perusoikeuksien aineellista turvaamista menettelyllisten keinojen ohella. Sanamuotonsa mukaisesti turvaamisvelvoite ei ulotu ainoastaan perusoikeuksiin, vaan myös Suomea velvoittavissa kansainvälisissä sopimuksissa turvattuihin ihmisoikeuksiin. Viimeksi mainittu velvollisuus on julkilausuttu myös esimerkiksi KP-sopimuksessa ja EIS:ssa, jotka molemmat edellyttävät valtioilta ”tehokkaita positiivisia toimenpiteitä oikeuksien turvaamiseksi käytännössä”.¹³ Käytännössä velvoite edellyttää muun muassa tehokkaita lainsäädännöllisiä toimenpiteitä ihmisoikeuksien turvaamiseksi.¹⁴ Myös perusoikeuksien osalta julkiselta vallalta edellytetään kajoamisesta pidättäytymisen lisäksi aktiivisia toimia perusoikeuksien suojaamiseksi ja edellytysten luomiseksi perusoikeuksien käyttämiselle. PL 22 §:n yleisen turvaamisvelvoitteen on katsottu täydentävän erityisesti yksittäisistä perusoikeussäännöksistä johdettavia toimintavelvoitteita ja toimeksiantoja¹⁵, minkä lisäksi säännöksestä voidaan johtaa myös pyrkimys poikkeuslakien välttämiseen.¹⁶ Toisaalta on huomattava, että mainitussa perustuslain säännöksessä velvoitettu taho määrittyy ennemminkin

¹³ HE 309/1993 vp, s. 75.

¹⁴ Tuori – Lavapuro 2011, s. 816.

¹⁵ Saraviita 2011, s. 293 ja Tuori – Lavapuro 2011, s. 809. Säännöksen asettamaa turvaamisvelvoitetta konkretisoi osaltaan myös ensimmäinen, vuosille 2012–2013 laadittu *Kansallinen perus- ja ihmisoikeustoimintaohjelma*. Ks. myös Toimintaohjelman (s. 8) kuvaus eduskunnan oikeusasiamiehen kanslian yhteydessä toimivasta Ihmisoikeuskeskuksesta (Laki eduskunnan oikeusasiamiehestä 3 a luku).

¹⁶ Tuori – Lavapuro 2011, s. 810–811. Ks. myös Lavapuro 2010b, s. 165–167.

tehtäväperusteisesti kuin organisatorisesti. Täten velvoitettujen joukko laajenee viranomaisten lisäksi myös muihin julkisia tehtäviä hoitaviin tahoihin.¹⁷

Säännös tuli osaksi kirjoitettua lakia perusoikeusuudistuksen yhteydessä, mutta sen ilmentämän ajatuksen on todettu olevan ”itsestäänselvyys perusoikeusjärjestelmän klassisen vertikaalivaikutuksen seurauksena”. Perusoikeusjärjestelmissä on alun perin ollut kyse ihmisten suojaamisesta mielivaltaiselta vallankäytöltä ja vasta myöhemmin myös lainsäätäjään kohdistuvista rajoituksista ja toimenpanovallan sitomisesta säädettyyn lakiin.¹⁸

Perusoikeuksien turvaamisvelvoite ulottuu myös yksityisten keskinäisiin suhteisiin, mutta tältä osin velvoite kohdistuu ensisijaisesti lainsäätäjään. Lainsäätäjän tehtävänä on konkretisoida perustuslaissa yleisellä tasolla ilmaistua perusoikeutta siten, että perusoikeuden vaikutus ulottuu yksityisiin suhteisiin. Käytännössä kyse on perusoikeussäännösten turvaamiin oikeushyviin kohdistuvien loukkausten kriminalisoinnista ja siihen liitetystä vahingonkorvausvelvollisuudesta, mutta se voi tarkoittaa myös taloudellisten voimavarojen kohdentamista perusoikeuksien toteutumisesta edistävällä tavalla.¹⁹ Rikosoikeuden tehtävästä perustuslakivaliokunta on lausunut, että ”[p]erusoikeuksista voidaan siten johtaa rikoslain säätäjään kohdistuva velvoite säätää ja ylläpitää kriminalisointeja, jotka ovat välttämättömiä perusoikeuden turvaamiseksi ulkopuolisten loukkauksilta”.²⁰

PL 22 §:stä on johdettu myös julkisen vallan velvollisuus turvata PL 7 §:n 1 momentissa taattu oikeus henkilökohtaiseen turvallisuuteen. Hallituksen esityksessä 266/2004 vp on todettu mainittujen perustuslain säännösten korostavan ”julkisen vallan positiivista toimintavelvoitetta yhteiskunnan jäsenten suojaamiseksi rikoksilta ja muilta heihin kohdistuvilta oikeudenvastaisilta teoilta”. Arvioitaessa erityisten rikosanalyysirekisterien sallittavuutta perusoikeuksien näkökulmasta on hallituksen esityksessä päädytty toteamaan, että ”[n]äin ollen

¹⁷ Keravuori-Rusanen 2008, s. 106.

¹⁸ Saraviita 2011, s. 292. Nimenomaan ns. klassisilla vapausoikeuksilla suojattiin kansalaisten vapauksia ja oikeuksia julkisen vallan toimenpiteitä vastaan. Ks. tästä Saraviita 2005a, s. 18. Perusoikeuksien erilaisista luokittelutavoista ks. KM 1992:3, s. 50–53, Saraviita 2005a, s. 62–68, Ojanen 2009b, s. 5–9, Hallberg 2011, s. 39–40 ja Karapuu 2011 s. 69–75. Ihmisoikeuksien luokittelutavoista ks. esim. Neyroud – Beckley, 2001 s. 58.

¹⁹ HE 309/1993 vp, s. 75, PeVL 23/1997 vp, s. 2–3, PeVL 9/2004 vp, s. 2 ja Saraviita 2011, s. 154. Viime kädessä perusoikeuksien toteutuminen onkin täysin riippuvaista taloudellisista voimavaroista. Kuten esimerkiksi hallituksen esityksessä HE 309/1993 vp, s. 35 on todettu, ”henkilökohtaisen turvallisuuden ja omistusoikeuden suoja edellyttää toimivaa poliisi-, syyttäjä- ja oikeuslaitosta.” Ks. myös HaVM 20/1994 vp, s. 2: ”Yhteiskunnan tehtävänä on päättää, mitä toimivaltuuksia poliisille annetaan ja millä edellytyksillä niitä voidaan käyttää. Ellei riittäviä tehtävien hoitamiseen liittyviä toimivaltuuksia anneta, ei voida myöskään vastaavasti edellyttää poliisilta kunnollisia tuloksia.”

²⁰ PeVL 23/1997 vp, s. 3.

perustuslain takaama yksityisyyden suoja ja oikeus turvallisuuteen on saatettava rikosanalyysiä toteutettaessa keskinäiseen tasapainoon”.²¹ Mahdollisuus johtaa perusoikeusrajoituksia PL 7 §:ssä mainitusta turvallisuudesta on kuitenkin ollut kriittisen keskustelun kohteena. Tähän palataan myöhemmin.

PL 22 §:n käytännön merkitys jäänee vähäiseksi. Oikeuskirjallisuudessa sen on katsottu olevan siinä määrin yleisluontoinen, että sen huomiotta jättämistä ei voida lähtökohtaisesti käyttää virkavastuun perusteena. Toisaalta käytännön viranomaistoiminnan tulee perustua yksityiskohtaisiin toimivaltasäännöksiin, joihin taas ei ole kirjattu viittauksia PL 22 §:ään. Lisäksi on otettava huomioon sekin, että eräät tosiasialliset tekijät, kuten hallinnon tehokkuusnäkökohdat sekä erilaiset tulosvastuut, voivat käytännössä vaikeuttaa huomattavasti perusoikeuksien turvaamisvelvoitteiden täyttämistä.²² Jonkintasoista käytännön relevanssia PL 22 §:lle seuraa siitä, että perustuslakiin ei sisälly muutakaan säännöstä, jossa normeerattaisiin perustuslain säännösten suoraa sovellettavuutta. Syynä tähän on, että perusoikeussäännöksiä 1990-luvulla uudistettaessa katsottiin perusoikeussäännösten soveltamistilanteiden olevan siinä määrin erilaisia, ettei perusoikeuksien välittömästä sovellettavuudesta haluttu säännellä perustuslain yksityiskohtaisin säännöksiin.²³

2.2 VALTIOVALLAN ”VÄKIVALTAMONOPOLI”

Vaikka tutkimukseni keskiössä on nimenomaan perustuslain perusoikeussäännöstö, on myös esimerkiksi PL 124 §:llä, joka rajoittaa julkisten hallintotehtävien siirtämistä muille kuin viranomaiselle, välitöntä perusoikeussuojaa parantavaa vaikutusta.²⁴ Säännöksen mukaan:

”Julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää

²¹ HE 266/2004 vp, s. 47.

²² Saraviita 2011, s. 294.

²³ HE 309/1993 vp, s. 28–29.

²⁴ HE 1/1998 vp, s. 64. Ks. myös Jyräki 2000, s. 256, jonka mukaan merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältävien tehtävien jättäminen viranomaisten tehtäväksi mahdollistaa virkavastuun toteuttamisen lisäksi myös muutoksenhaun – tehtävän luonteen sen salliessa. Ks. myös Saraviita, 2011 s. 995. Yleisesti virkamieshallintoperiaatteen sisällöstä ks. Keravuori-Rusanen 2008, s. 87–94.

julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan kuitenkin antaa vain viranomaiselle.”²⁵

Säännöksen soveltaminen edellyttää ensinnäkin, että julkinen tehtävä erotetaan julkisen vallan käytöstä. Keravuori-Rusanen on tältä osin viitannut tehtävien ja toimivaltuuksien erotteluun, jossa ”julkinen tehtävä ei perusta toimivaltuutta julkisen vallan käyttämiseen”, eikä toisaalta toimivaltaa voi olla ilman tehtävää.²⁶ Julkisluonteisten tehtävien hoitamisen varsinaisen viranomaiskoneiston ulkopuolella tulee olla poikkeuksellinen järjestely²⁷ eikä, kuten säännöksestä suoraan ilmenee, julkisen tehtävän antaminen viranomaiskoneiston ulkopuolelle saa vaarantaa perusoikeussuojaa.²⁸

Motiivina sääntelylle on, että virkamies- ja rikosoikeudellisten sanktioiden uhan on arvioitu johtavan tarkkuuteen, pidättyväisyyteen ja varovaisuuteen julkisten tehtävien hoitamisessa.²⁹ Toisaalta perustuslakivaliokunta korosti mietinnössään, että oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimusten noudattamisesta tulee huolehtia myös uskottaessa hallintotehtävä muulle kuin viranomaiselle. Mikäli kyseessä on julkisen vallan käyttäminen, tulee lisäksi huolehtia siitä, että ”valtaa käyttävät ovat virkamiehiä rikoslain mielessä.”³⁰ Oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimusten noudattamisesta voidaan perustuslakivaliokunnan mukaan huolehtia sääntelyn yleisellä tarkkuudella ja muulla asianmukaisuudella sekä ”asianomaisten henkilöiden sopivuuden ja pätevyyden avulla”.³¹

Keravuori-Rusanen on katsonut *julkisen vallankäytön* ydinsisältöön kuuluvan sen, että ”kyse on kansalaisten käytettävissä olevia oikeuksia pitemmälle menevistä toimivaltuuksista, jotka näyttäytyvät ennen muuta kajoamisena yksityisten oikeudelliseen asemaan velvoittavin tai rajoittavin toimin, mahdollisesti jopa perusoikeussuojaa rajoittamalla”.³² Tällä tavoin muodostuvaan ydinalueeseen ei voida kajota supistavan tulkinnan keinoin.³³ *Julkisen vallankäytön ydinalueen*

²⁵ Perustuslaki 2000 -komiteamietinnössä käytettiin ”jos”-sanana sijasta ”vain, jos” -ilmaisua, jolla pyrittiin korostamaan pääsääntöä, jonka mukaan julkisten hallintotehtävien hoitaminen kuuluu vain viranomaisille ja näitä tehtäviä voidaan antaa vain rajoitetusti muille kuin viranomaisille. Ks. tästä KM 1997:13, s. 316. Ks. myös Keravuori-Rusanen 2008, s. 262–263 kommentit aiheesta.

²⁶ Keravuori-Rusanen 2008, s. 157–158.

²⁷ PeVL 7/1994 vp, s. 2. Ks. myös Keravuori-Rusanen 2008, s. 413, sekä s. 69–70, jossa on todettu, että PL 2 §:n 3 momentti ei ilmennä yhtä ehdotonta vaatimusta virkasuhteen olemassaolosta. Kirjoittajan mukaan ko. säännöksen lähtökohta näyttäisi olevan päinvastainen. Voimakeinojen käytön osalta ks. myös Loman 1997, s. 5.

²⁸ Ks. Keravuori-Rusanen 2008, s. 332.

²⁹ Saraviita 2011, s. 992–993. Ks. myös Hidén 1980, s. 25.

³⁰ PeVM 10/1998 vp, s. 35.

³¹ PeVL 28/2001 vp, s. 5. Ks. myös Keravuori-Rusanen 2008, s. 349 ja 368.

³² Keravuori-Rusanen 2008, s. 116. Ks. myös Keravuori-Rusanen 2008, s. 456.

³³ Keravuori-Rusanen 2008, s. 117.

ulkopuolinen ulottuvuus voi Keravuori-Rusasen mukaan hahmottaa oikeuden-
alakohtaisesti ja jopa vaihdella oikeudenalojen sisälläkin.³⁴ Esimerkiksi rikosoi-
keudessa julkisen vallan käsitteeseen liittyvät vastuukysymykset määrittävät ni-
menomaan käsitteelle rikosoikeudessa annetun sisällön perusteella.³⁵

Hallituksen esityksen 1/1998 vp mukaan PL 124 §:ssä tarkoitettua merkittä-
vää julkisen vallan käyttöä on muun muassa itsenäiseen harkintaan perustuva
oikeus käyttää voimakeinoja ”tai puuttua muuten merkittävällä tavalla yksilön
perusoikeuksiin”.³⁶

Keravuori-Rusanen on väitöskirjassaan todennut, että termiin ”puuttua” liittyy nega-
tiivinen ulottuvuus ja ainakin julkisoikeudellisessa doktriinissa se ”tiivistyy lähinnä
julkisen vallan taholta tapahtuvaksi tunkeutumiseksi yksilön lailla suojattuun oikeus-
piiriin toimenpiteen kohteena olevan tahdon vastaisesti”. Kyse voi kirjoittajan mu-
kaan olla ”kajoamisesta, pakottamisesta, rajoittamisesta, estämisestä, kieltämisestä tai
velvoittamisesta”.³⁷

Perustuslakivaliokunta oli jo aiemmin lausunnossaan PeVL 15/1994 vp katso-
nut, että oikeutta voimakeinojen käyttöä sisältävään julkisen vallan käyttöön ei
lähtökohtaisesti voida tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä antaa muille kuin
virkamiehille. Sivullisille voitiin antaa oikeus voimakeinojen käyttöön vain, jos
kyse oli tietyn erittäin tärkeän ja konkreettisen virkatehtävän yhteydessä *poliisin
ohjauksessa* tapahtuvasta välttämättömästä ja tilapäisluonteisesta oikeudesta
voimakeinojen käyttöön.³⁸ Kyse ei siis ollut itsenäiseen harkintaan perustuvasta
oikeudesta voimakeinojen käyttöön.³⁹ Myöhemmin yksityisiä turvallisuuspalve-
luja koskeneessa lausunnossaan perustuslakivaliokunta katsoi, että päävastuu
sekä järjestyksestä ja turvallisuudesta että rikosten torjunnasta ja selvittämisestä
tulee olla poliisilla ja muilla viranomaisilla. Muiden toimijoiden roolina on täy-
dentää viranomaisten toimintaa lähinnä silloin, kun se on välttämätöntä muille
henkilöille tai omaisuudelle aiheutuvan välittömän vakavan vaaran takia eikä
viranomaisavun odottaminen ole mahdollista.⁴⁰ Lausunnossaan perustuslakiva-

³⁴ Keravuori-Rusanen 2008, s. 117. Ks. myös HE 1/1998 vp, s. 74.

³⁵ Ks. Keravuori-Rusanen 2008, s. 120. Rikosoikeudellisesta julkisen vallan käsitteestä ks. RL 16 luku, sitä koskeva HE 6/1997 vp, s. 60–61, HE 77/2001 vp, s. 55 sekä RL 9 luvun 1 §:n 2 momentti. Tältä osin Keravuori-Rusanen on katsonut määritelmän painottuvan enemmänkin tosiasiallisen julkisen vallan käytön ja viranomaispäätösten toteuttamisvaiheen turvaamiseen kuin viranomais-
ten päätöksenteon ja sen valmistelun suojaamiseen laajemmin ymmärrettynä. Ks. tästä Keravuori-
Rusanen 2008, s. 110–111.

³⁶ HE 1/1998 vp, s. 179.

³⁷ Keravuori-Rusanen 2008, s. 418–419.

³⁸ PeVL 15/1994 vp, s. 2–3. Ks. myös PeVL 15/1994 vp, s. 3. Ks. myös HaVM 20/1994 vp, s. 5.

³⁹ Keravuori-Rusanen 2008, s. 425.

⁴⁰ PeVL 28/2001 vp, s. 5. Ks. myös PeVL 44/1998 vp, s. 3 ja PeVL 2/1999 vp, joissa poikettiin
aiemmin esiteyistä kannanotoista. Ks. myös Tuorin (1999b, s. 927–928) kommentit perustuslaki-

liokunta näyttää hyväksyneen voimakeinojen käyttöoikeuden antamisen muille kuin virkamiehille, jos oikeus voimakeinojen käyttöön on *tapaushoitaista, ajallisesti rajattua* tai lähellä yksityishenkilöiden oikeuksia.⁴¹

Yhteenvetona vallitsevasta tulkintalinjasta Keravuori-Rusanen on katsonut, että poikkeuksellisuuden lisäksi yksityisen oikeuteen voimakeinojen käyttöön liittyy kiinteästi sen viranomaistoimintaa avustava luonne. Tähän on liitetty myös ajatus järjestelyn välttämättömyydestä ihmisten terveyteen ja turvallisuuteen kytkeytyvien painavien yhteiskunnallisten intressien ja erityisesti eri osapuolten *perusoikeuksien suojaamiseksi*.⁴²

Kerttulan mukaan *merkittävän julkisen vallan käytön* määrittämisessä keskeistä on toimivaltuuksien laatu ja se, miten ne rinnastuvat kansalaisten yleisiin oikeuksiin. Teemaa koskeviin perustuslakivaliokunnan lausuntoihin viitaten Kerttula on katsonut, että jos toimivaltuudet eivät merkittävästi eroa kaikille kuuluvista oikeuksista, kyse ei ole merkittävästä julkisen vallan käytöstä.⁴³ Kerttula on väitöskirjassaan mainittuihin lausuntoihin viitaten arvioinut sitä, tuleeko PL 124 §:lle antaa merkitystä, jos esimerkiksi vartija käyttää pakkokeinoilaisia tai rikoslaissa kaikille kansalaisille myönnettyjä voimakeinojen käyttövaltuuksia. Edelleen Kerttula on arvioinut, mikä merkitys on sillä, että näitä oikeuksia käytetään henkilöiden työtehtävien hoitamiseksi. Kerttulan näkemyksen mukaan valtiosääntöoikeudellisen arvioinnin kynnys on erittäin korkealla, jos ”vasta jomakamiehenoikeuksia merkittävästi suuremmat toimivaltuudet johtavat niiden pitämiseen merkittävänä julkisen vallan käyttönä”. Tämä saattaisi johtaa vartija- ja järjestyksenvalvojatoiminnan jäämiseen suurelta osin etukäteisen perustuslakikontrollin ulottumattomiin, vaikka kyse on potentiaalisesti julkisen vallan käytöstä.⁴⁴

valiokunnan lausunnosta 44/1998 vp. Erit. s. 928 ”perustuslakivaliokunnan nyt omaksuma kanta merkitsisi punnintatilannetta, jossa vastakkain olisivat yhtäältä 124 §:stä seuraavat rajoitukset ja toisaalta 22 §:n turvaamisvelvollisuudesta ja 7.1 §:n turvallisuutta koskevasta perusoikeudesta lainsäätäjälle johtuva ei pelkästään oikeus vaan jopa velvollisuus turvata yleistä järjestystä ja turvallisuutta voimakeinojen käyttöoikeutta hajauttamalla”.

⁴¹ PeVL 28/2001 vp, s. 6. Ks. myös PeVL 28/2001 vp, s. 8, jossa perustuslakivaliokunta on nimienomaisesti todennut, että ”vaikka lainvastainen käyttäytyminen voi muodostua joidenkin yksilöön kohdistettavien toimien oikeutukseksi, se ei poista tai vähennä näiden toimien merkitystä julkisen vallan käyttönä; yhtä vähän poliisin suorittama pidätys on vähäisemmässä määrin julkisen vallan käyttöä sen perusteella, että pidätetyn henkilön epäillänsä tehneen rikoksen”. Ks. myös PeVL 55/2005 vp, s. 2 ja Keravuori-Rusanen 2008, s. 425–427.

⁴² Keravuori-Rusanen 2008, s. 428–429 ja 459–462. Mainitusta painavasta yhteiskunnallisesta intressistä on kuitenkin erotettava ”virallisintressit” (julkisyhteisön etujen ja oikeusjärjestyksen valvominen), kuten rikosten ehkäiseminen ja selvittäminen.

⁴³ Kerttula 2010, s. 205.

⁴⁴ Kerttula 2010, s. 204–205.

Mikäli Kerttulan arvio on oikea, olemme lähellä sitä haastetta, jota poliisin toimiminen yleisten rikosoikeudellisten vastuuvapausäännösten turvin ilmentää. Poliisimiehen menettely, joka ei olennaisesti eroa kaikille kuuluvien oikeuksien käytöstä, ei olisi julkisen vallan käyttöä. Tässä suhteessa merkillä pantavaa on, että perustuslakivaliokunta ei ole pitänyt ongelmattomina toimivaltasääntelyyn sisältyviä viittauksia rikoslakiin ja erityisesti rangaistavuuden vähentämistai poistamisperusteisiin. Lausueessaan hallituksen esityksestä laiksi yksityisistä turvallisuuspalveluista se totesi mainittujen perusteiden olevan voimakkaasti riippuvaisia oikeuskäytännöstä. Valiokunnan mukaan ”[t]oimivallan sääntely tähän tapaan on perusoikeusrajoitukseen kohdistuvan sääntelyn täsmällisyyden ja tarkkarajaisuuden vaatimuksen kannalta aivan liian epämääräinen eikä sääntelyä tällaisena ole siksi mahdollista toteuttaa tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä”. Valiokunta kiinnitti huomiota myös siihen, että vartijan työssä toisin kuin yksityishenkilöiden arjessa ”[p]erusoikeusherkkien tapahtumien esiintyminen on jatkuvasti olemassa ikään kuin piilevänä mahdollisuutena”. Valiokunta edellytti, että ko. lainkohdat muotoillaan toimivaltasäännösten muotoon.⁴⁵

Kuten jo edellä todetusta ilmenee, muukin puuttuminen perusoikeuksiin kuin voimakeinojen käyttö saattaa olla PL 124 §:ssä tarkoitetulla tavalla merkittävää julkisen vallan käyttöä. Muiden tehtävien kuin voimakeinojen käytön osalta tulevat tarkoituksenmukaisuusharkinnassa huomioon otettavaksi hallintotehtävän luonteen, hallinnollisten tarpeiden ja hallinnon tehokkuuden ohella yksityisten henkilöiden tarpeet. Hallituksen esityksessä korostetaan myös koulutuksen, asiantuntemuksen sekä julkisia hallintotehtäviä hoitavien henkilöiden julkisen valvonnan merkitystä.⁴⁶ Mitä lähemmäs perusoikeuden ydinaluetta toimivaltuudet ulottuvat, sitä painavammin perustein kyse on merkittävästä julkisen vallan käytöstä. Esimerkkeinä on mainittu poliisin oikeus telekuunteluun⁴⁷ sekä vapaudenriistoon johtava kiinniottaminen, johon ei liity voimakeinojen käyttöä.⁴⁸ Viimeksi mainitun osalta voidaankin todeta, että ”julkisen vallan käyttöön liittyvä yksipuolisuuselementti toteutuu jo toisen oikeuspiiriin puuttumisella eikä vasta voimakeinojen käytöllä”.⁴⁹

Keravuori-Rusanen on pohtinut tässä jaksossa käsiteltyä teemaa laajalti väitöskirjassaan eikä hänen huomioitaan ole mielekäästä ryhtyä laajemmalti toista-

⁴⁵ PeVL 28/2001 vp, s. 3. On myös arvioitu, että annettaessa yksityisille toimijoille valtuuksia puuttua esimerkiksi fyysiseen koskemattomuuteen tai vapauden saatetaan kohdata ”käytännön tason (horisontaalisia) ongelmia”. Ks. tästä Saraviita 2005a, s. 120.

⁴⁶ HE 1/1998 vp, s. 179.

⁴⁷ Keravuori-Rusanen 2008, s. 434.

⁴⁸ Kerttula 2010, s. 157. Ks. myös Saraviita 2005a, s. 157–158.

⁴⁹ Kerttula 2010, s. 206.

maan.⁵⁰ Todettakoon kuitenkin, että siitä huolimatta, että järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitoon liittyviä tehtäviä on perinteisesti annettu myös esimerkiksi vartijoille ja järjestyksenvalvojille, on valtion sisäiseen turvallisuuteen liittyviä tehtäviä yleensä pidetty valtion viranomaisille kuuluvina.⁵¹ Onkin esitetty, että PL 124 § estää esitutkintavaltuuksien, niihin liittyvien pakkokeinojen ja ylipäättään rikosten ehkäisemiseen ja selvittämiseen liittyvien tehtävien ja toimivaltuuksien antamisen viranomaisorganisaation ulkopuolisille.⁵² Tämän on ilmeisesti katsottava kattavan myös oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksista aiheutuvat rajoitukset, vaikka Keravuori-Rusanen ei olekaan niitä erikseen maininnut perusoikeusherkkänä osa-alueena.

2.3 JULKISEN VALLAN KÄYTÖN LAKISIDONNAISUUSVAATIMUS

2.3.1 Perustuslain 2 § 3 momentti

Julkisen vallan käsitteellä voidaan tarkoittaa ”yhtäältä yhteiskuntajärjestyksen toimivuudesta huolehtivaa *subjektia* ja toisaalta sen *toimintaa*”. Ensimmäisessä tarkoituksessa julkisesta vallasta puhutaan, kun sille on useissa perustuslain säännöksissä asetettu velvollisuus varmistaa perusoikeuksien toteutuminen käytännössä. *Subjekttiivisen julkisen vallan* käsite kohdistuuakin erityisesti valtioon. Tässä yhteydessä on viitattu muun muassa PL 22 §:ään sekä muita perustuslain säännöksiä täydentävänä säännöksenä PL 1 §:n 2 momentin säännökseen valtiosta ihmisarvon loukkaamattomuuden turvaajana ja yksilön vapauden ja oikeuksien sekä oikeudenmukaisuuden edistäjänä.⁵³ Kun julkista valtaa arvioidaan *toimintana*, sille on katsottu olevan tyypillistä yksipuolinen toisen oikeusasemasta määrääminen. Tällöin huomio kiinnittyy erityisesti PL 2 §:n 3 momenttiin, joka ilmentää kahta oikeusvaltioperiaatteen olennaista ainesosaa oikeusjärjestyksessämme.⁵⁴

⁵⁰ Keravuori-Rusanen 2008, s. 433–470.

⁵¹ Keravuori-Rusanen 2008, s. 225 ja 227.

⁵² Keravuori-Rusanen 2008 s. 463. Ks. myös Keravuori-Rusanen 2008 s. 477.

⁵³ HE 1/1998 vp, s. 74 ja Keravuori-Rusanen 2008, s. 100 ja 103–104.

⁵⁴ HE 1/1998 vp, s. 74. Ks. KKO 2008:78 ratkaisun kohta 10 ja Keravuori-Rusanen 2008, s. 107. Ks. myös PeVL 55/2005 vp, s. 3, jossa valiokunta on pitänyt ”ongelmallisena sitä, että 11 §:n 1 momentin mukainen järjestyksenvalvojan oikeus itsenäisesti poistaa kulkuneuvosta tai laituri-alueelta matkaliputon matkustaja voisi perustua sopimukseen julkisyhteisön kanssa. Sääntely on tältä osin ristiriidassa perustuslain 2 §:n 3 momentin ja perustuslain 124 §:n kanssa, koska tällainen toimivalta ei voi perustua sopimukseen, vaan siitä tulee säätää lailla.”

”Julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia.”

Selvyyden vuoksi todettakoon, että ensimmäisen lauseen viittaus ”lakiin” tarkoittaa nimenomaan eduskuntalakia ja toisen lauseen maininta ”lakia” viittaa puolestaan koko oikeusjärjestykseen, mikä pitää sisällään myös perusoikeussäännökset.⁵⁵ Ensimmäisen lause ilmentää *lainalaisuusperiaatetta*, kun taas toinen lause ilmentää *lakisidonnaisuusperiaatetta*.⁵⁶ Säännöksen on katsottu sisältävän julkilausumattomana myös kaikkien Suomen oikeudenkäyttöpiirissä olevien henkilöiden lainalaisuuden eli velvollisuuden noudattaa lakia.⁵⁷

Oikeusvaltioperiaatteeseen kytkeytyy myös *kansansuvereenisuuden*, edustuksellisen demokratian ja eduskunnan ensijaisuuden periaatteet sekä yhdenvertaisuuden periaatte. Viimeksi mainittua ilmentää ajatus siitä, että oikeussäännöt ovat luonteeltaan yleisiä ja abstrakteja eli ne ”on tarkoitettu sovellettavaksi ennalta rajoittamattomaan määrään yksittäistapauksia, jotka on määrätty vain yleisin tuntomerkein”. Toisaalta *perustuslaillisuus* oikeusvaltiollisuuden rinnalla korostaa oikeuden ja erityisesti perustuslain sitovuutta valtion omassa toiminnassa. Perustuslakiin kirjattujen perustuslain vaikeutettujen muuttamissääntöjen osalta perustuslaillisuus toimii osin myös kansansuvereenisuutta vastaan – ”perustuslaki vaikeuttaa enemmistön vallankäyttöä”.⁵⁸ *Säädöshierarkian* näkökulmasta julkisen vallan käyttöön oikeuttava eduskuntalaissa säädetty toimivalta perustuu viime kädessä perustuslakiin. Toisin sanoen eduskuntalain, jolla toimivallasta on säädetty, säätäminen voidaan palauttaa viime kädessä perustuslakiin.⁵⁹ On kuitenkin syytä korostaa, että ”perustuslaki vain antaa lainsäädäntötoimivallan käytölle menettely- ja sisältökehyksen”. Lainsäätäjän työ ei ole pelkkää perustuslain soveltamista, vaan sillä on mainitussa kehyksessä vapaus tehdä politiikkaa. Myös tuomioistuimilla on tähän rinnastettava vapaus perustuslaista.⁶⁰

Voidaan katsoa, että lain noudattaminen poliisitoiminnassa toimii eräänlaisena demokratian toteutumisen peilinä yhteiskunnassa. Euroopan neuvoston vuonna 2001 antaman julistuksen selitysmuistioon on kirjattu:⁶¹

”The police role in upholding and safeguarding the rule of law is so important that the condition of a democracy can often be determined just by examining the conduct of its police.”

⁵⁵ HE 309/1993 vp, s. 26, Jyränki 2000, s. 67 ja Jyränki – Husa 2012, s. 131. Huomattakoon myös, että toisen lauseen ilmaisu ”julkinen toiminta” on kattavampi ilmaus kuin ”julkisen vallan käyttö”. Oikeusvaltion muodollisesta ja sisällöllisestä ulottuvuudesta ks. myös Nieminen 2004, s. 387–389.

⁵⁶ Keravuori-Rusanen 2008, s. 77.

⁵⁷ Jyränki 2000, s. 67. Ks. myös Saraviita 2011, s. 68.

⁵⁸ Jyränki – Husa 2012, s. 131–133.

⁵⁹ Jyränki 2000, s. 68.

⁶⁰ Jyränki – Husa 2012, s. 81–82.

⁶¹ EN 2001, s. 18.

Poliisin voimankäyttö on itsestäänselvästi julkisen vallan käyttöä. Tämä on todettu myös perustuslain esitöissä, joissa todetaan julkisen vallan käytön piiriin keskeisesti kuuluvan yksipuolisesti tehtävien ja yksityisiin oikeussubjekteihin vaikutuksensa ulottavien norminanto-, lainkäyttö- ja hallintopäätösten lisäksi myös *välittömän voimakeinojen käyttämisen ulkopuolisiin nähdessä*.⁶² Julkisen vallan ytimessä on *tosiasiallinen julkisen vallan käyttö*, joka pitää sisällään tosiasiallisen puuttumisen esimerkiksi henkilön oikeuksiin liikkua tai käyttää jotain esinettä taikka muutoin kansalaisen suojattuun oikeusasemaan. Tällainen valta sisältää tyypillisesti yksityisiltä kansalaisilta lähtökohtaisesti kielletyn mahdollisuuden *välittömän pakon käyttämiseen*, mikä on julkisen vallan ankarin ilmene-mismuoto. Tyypillisesti erityisesti poliisin toimet järjestyksen ylläpitämiseksi edustavat *välitöntä ja tosiasiallista julkista valtaa*, mutta myös rikosprosessuaaliset pakkokeinot voidaan tarvittaessa panna täytäntöön voimakeinoja käyttäen. Toisaalta pakkokeino ei menetä pakkokeinon luonnettaan, vaikka kohdehenkilö alistuu siihen vapaaehtoisesti.⁶³ Välittömän pakon lisäksi tosiasiallista oikeusasemaan puuttumista ilmentävät myös poliisimiehen PoL 26 §:n nojalla antamat käskyt ja kiellot. Rangaistus näiden rikkomisesta säädetään RL 16 luvun 4 §:ssä.⁶⁴

Selvyyden vuoksi todettakoon, että pitäydyn tässä tosiasiallisen julkisen val-lankäytön *laajemmassa* määritelmässä, vaikka joissakin yhteyksissä tosiasialli-sen julkisen vallan käytöksi on katsottu vain henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen kajoava toimivaltuuksien käyttö.⁶⁵

Tosiasiallinen julkisen vallan käyttö kattaa käsitteellisesti myös esimerkiksi esineisiin ja aineisiin kajoamisen. On kuitenkin syytä kiinnittää huomiota siihen, että esimerkik-si kotietsintä ja takavarikot poliisitoiminnan osana ovat tosiasiallisesti varsin lähellä määrämuotoista päätöksentekoa, johon ei kuitenkaan liity esimerkiksi muutoksenha-kumahdollisuutta.⁶⁶ Askelta määrämuotoisuuden suuntaan edustaa myös 1.8.2011 voimaan tullut, PKL 5 luvun 7 a §:ssä säädetty mahdollisuus saattaa kotietsinnän toi-mittamisen edellytykset ja menettely kotietsinnällä jälkikäteisesti tuomioistuimen tut-kittavaksi. Tuomioistuimen asiaa koskevasta päätöksestä on myös säädetty mahdolli-suus valittaa.

Keravuori-Rusanen on todennut määrämuotoisen ja tosiasiallisen julkisen vallan käytön eron ilmenevän käytännössä myös toimivaltuuksien käytön sääntelyssä. Toisin kuin määrämuotoisessa julkisen vallan käytössä, jossa ratkaisuvalla määräytyy sisäi-sen työjärjestyksen perusteella, on valta tosiasiallisen julkisen vallan käyttöön määri-telty virkamiesaseman perusteella. Päätösvalta poliisissa kuuluu siis virassa olevalle

⁶² HE 1/1998 vp, s. 74. Ks. myös Tuori 1999b, s. 926 ja Jyränki – Husa 2012, s. 132.

⁶³ HE 77/2001 vp, s. 42–43, Bruun et al. 1988, s. 25, Helminen et al. 1999, s. 186 ja Mäenpää 2003, s. 16, 36 ja 147. Ks. myös KKO 2008:78 ratkaisun kohta 6.

⁶⁴ Keravuori-Rusanen 2008, s. 71 ja 131.

⁶⁵ Ks. Keravuori-Rusanen 2008, s. 130.

⁶⁶ Ks. Keravuori-Rusanen 2008, s. 132–133.

poliisimiehelle eikä poliisille viranomaisena.⁶⁷ Lainsäädännössä on saatettu myös määritellä tarkemmin, missä virka-asemassa olevalle poliisimiehelle ratkaisuvallta kulloinkin kuuluu.

Erityisesti poliisitoiminnan osalta on tärkeä huomata, että sen lisäksi, että toimintapiteen tulee perustua lakiin, se tulee myös toteuttaa sillä tavoin kuin laki sanoo ja niitä tavoitteita silmällä pitäen, mitä laki asettaa. Tällä tavoin lainalaisuus tulee osaksi sekä primääriä että sekundääriä toimivallan käyttöä.⁶⁸ Myös yleisten poliisioikeudellisten periaatteiden kirjaamista lakitekstiin voidaan pitää merkityksellisenä lakisidonnaisuuden kannalta. Lainalaisuusperiaatteen vallankäytölle asettamien vaatimusten lisäksi – tätä pidän tärkeänä – periaatteen kirjaaminen lakiin edesauttaa myös lakitekstiin pohjautuvien yhdenmukaisten käytäntöjen syntymistä.⁶⁹ Yksittäisistä periaatteista lakisidonnaisuuden vaatimusta ilmentää ehkä parhaiten UPL 1 luvun 5 §:ään säädetty tarkoitussidonnaisuuden periaate:

”Poliisi saa käyttää toimivaltuuttaan vain säädettyyn tarkoitukseen.”⁷⁰

2.3.2 Lainalaisuuden vaatimus perusoikeuksien yleisenä rajoitusedellytyksenä

”Perusoikeuksien rajoitusten tulee perustua eduskunnan säätämään lakiin” eikä perusoikeuksien rajoittamista koskevaa toimivaltaa voida delegoida lakia alemmalle säädöstasolle.⁷¹ Rajoitusedellytyksenä eduskuntalakivaatimus ilmentää demokraattista kansanvaltaisuuden vaatimusta.⁷² Kriteeristä on myös johdettavissa viranomaiselle kielto soveltaa perusoikeuden rajoituksen sisältävää lakia alemmanasteista säännöstä.⁷³

⁶⁷ Keravuori-Rusanen 2008, s. 130.

⁶⁸ Ks. Norée 2000, s. 68.

⁶⁹ Helmius 2000, s. 57. Ks. myös Helmius 2000, s. 94–95 sekä HE 224/2010 vp, s. 67.

⁷⁰ Ks. HE 224/2010 vp, s. 18. Kirjallisuudessa on todettu periaatteen vastaista olevan, jos esimerkiksi kotietsinnän todelliset tavoitteet naamioidaan ”lain sallimien tavoitteiden asuun”. Ks. tästä Kiehelä – Hakonen 1993, s. 106. Uudemmassa kirjallisuudessa on mainittu esimerkkinä tilanne, jossa poliisimies pyytää autoilijaa esittämään auton varoituskolmion voidaakseen samalla katsoa, mitä auton tavaratilassa on. Ks. tästä Helminen et al. 2012b, s. 208. Ks. myös Helmius (Helmius 2000, s. 67), joka on huomauttanut, että usein virkatoimella saattaa olla erilaisia tavoitteita, joiden välillä virkamies joutuu tekemään valintoja.

⁷¹ PeVM 25/1994 vp, s. 5. Ks. myös Jyräki 2003, s. 292–297. ”Perustua”-ilmauksen sisällöstä ks. PL 80 §:n 1 momentti ja Viljanen 2001, s. 74–75.

⁷² Nieminen 2004, s. 393. Ks. mainittu kohta myös esimerkiksi EIS 8 artiklan 2 kappaleessa mainitun ”laki”-ilmauksen merkityksestä.

⁷³ Viljanen 2001, s. 67.

Viimeksi mainittu kielto on myös todettu PL 107 §:ssä, joka ei sisällä samanlaista ilmeisyysvaatimusta kuin PL 106 §. Sovellettaessa ensin mainittua säännöstä tulisi lähtökohtaisesti arvioida, onko alemman säädöksen soveltaminen yksittäistapauksessa valtuuttavan lain puitteissa. Jos säädös pysyy valtuuttavan lain puitteissa, johtaa alemman säädöksen perustuslainmukaisuuden arvioiminen helposti myös valtuuttavan lain perustuslainmukaisuuden tutkimiseen, mille puolestaan on PL 106 §:ssä asetettu tiukat kriteerit.⁷⁴

”Rajoitusten on oltava tarkkarajaisia ja riittävän täsmällisesti määritettyjä. Rajoitusten olennaisen sisällön tulee ilmetä laista.”⁷⁵ Nimenomaan tarkkarajaisuusvaatimuksen on katsottu edellyttävän ”perusoikeuksiin puuttuvien toimivaltuuksien määrittelemistä laissa siten, ettei synny epätietoisuutta siitä, onko jollakin viranomaisella lakiin perustuva valta puuttua yksilön perusoikeuksiin vai ei”.⁷⁶ Lain tasolla on siis määritettävä riittävän täsmällisesti tavat puuttua perusoikeuksiin ja se, ketkä ovat puuttumiseen oikeutettuja.⁷⁷

Perustuslakivaliokunta katsoi jo lausunnossaan PeVL 4/1986 vp, että esitutkintatoimien kohteena olevien kansalaisten asemaan suoranaisesti vaikuttavista seikoista tulee säädellä lain tasolla, ja lakia alemmalla tasolla lähinnä annettaiisiin ”toimintaohjeita, joilla pyritään edistämään lainsäädännön toimeenpanoa käytännössä.”⁷⁸ Hieman seikkaperäisemmin asiasta lausuttiin poliisikomitean mietinnössä vuonna 1986. Sen mukaan mukaan lakia alemmanasteisilla säädöksillä ”voidaan antaa ainoastaan sellaisia ohjeita, jotka koskevat taktisia, teknisiä tai muita menettelytapoja toimivallan käyttötilanteissa ja jotka eivät puutu poliisimiehelle lain mukaan kuuluvan toimivallan sisältöön.”⁷⁹ Perustuslakivaliokunnan myöhemmän käytännön perusteella Viljanen on liittänyt kriteeriin vaatimuksen, että seuraavien seikkojen tulee ilmetä laista:

- 1) kuka on oikeutettu käyttämään rajoitusvaltuuksia
- 2) mitä valtuuksia käytettäessä saadaan tehdä
- 3) miten silloin on meneteltävä.⁸⁰

⁷⁴ Jyränki 2003, s. 320. Lavapuron (Lavapuro 2010b, s. 168) mukaan lailla säätämisen vaatimus yhdistettynä perusoikeuksien yleiseen rajoitustestiin ja oppiin ehdottomista oikeuksista ”sekä osoittaa lainsäätäjälle erityisen aseman perusoikeuksien rajoittajana että pakottaa lainsäätäjän perustelemaan perusoikeuksien rajoitukset sisällöllisesti systemaattisen kriteeristön puitteissa ja kattavasti useiden eri osatekijöiden kannalta”. Todettakoon, että yleisten rajoitusedellytysten kääntöpuolena lainsäätämisyjärjestyksestä ei voida päätellä, rajoittaako se jossain määrin perusoikeutta. Kuten Scheinin on todennut, ”lain asema poikkeuslakina tai tavallisena lakina ei itsessään määritä perustuslainsäätönsä sovellettavuutta lain rinnalla.” Ks. tästä esim. Scheinin 1996, s. 822–826.

⁷⁵ PeVM 25/1994 vp, s. 5.

⁷⁶ Viljanen 2001, s. 117.

⁷⁷ PeVL 4/1986 vp, s. 2.

⁷⁸ PeVL 4/1986 vp, s. 2.

⁷⁹ KM 1986:16, s. 514.

⁸⁰ Viljanen 2001, s. 120.

Kiteyttäen kyse on *ennakoitavuudesta*. Oikeudenkäyttöpiirissä olevan henkilön pitää pystyä ennakoimaan, miten toimivaltuuksia tullaan käyttämään. Tämä luonnollisesti määrittää myös virkamiehille jätettävän harkintavallan rajoja.⁸¹ Mahdollisuus ennakointiin ei kuitenkaan voi ulottua niin pitkälle, että henkilöllä olisi mahdollisuus esimerkiksi etukäteen tietää, mitä tiedonhankintakeinoja rikostorjuntaviranomaiset tulevat käyttämään. Tämä on todettu myös EIT:n Malone-ratkaisun kohdassa 67.⁸²

”In particular, the requirement of foreseeability cannot mean that an individual should be enabled to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly. Nevertheless, the law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life and correspondence.”

Ennakoitavuuden vaatimus on keskiössä myös rikosoikeudellisessa laillisuusperiaatteessa. Melanderin mukaan rikosoikeudellinen laillisuusperiaate ja lailla säätämisen vaatimus sekä toisaalta tarkkarajaisuus- ja täsmällisyysvaatimus ja laillisuusperiaatteen sisältyvät epätäsmällisyyskielto ja analogiakielto vastaavat ydinsisällöiltään toisiaan.⁸³ Viranomaistoiminnan ja virkavastuun näkökulmasta tämä on merkittävä havainto, sillä toimivallan rajoja koskeva lainsäädäntö ja sen nojalla annettu alemmanasteinen sääntely määrittävät myös rangaistavan menettelyn rajoja. Liian epämääräinen toimivaltasäännös on tyypillisesti myös liian epämääräinen rangaistussäännös. Tällainen säännös uhkaa perusoikeuksia samanaikaisesti useilla eri tavoilla. Toisaalta vaikka täsmällisyysvaatimus edellyttää, että ”kuka tahansa” pystyy ennakoimaan rangaistavan menettelyn rajat, voidaan vaatimuksesta Melanderin mukaan joustaa ns. erikoisrikosten, kuten virkarikosten, osalta. Näissä tapauksissa epätäsmällisyyskiellosta johdettavat vaatimukset eivät ole yhtä ankaria kuin yleisten rikosten osalta.⁸⁴

⁸¹ Viljanen 2001, s. 122–123.

⁸² EIS 5 artiklaan sisältyvästä lailla säätämisen vaatimuksesta ks. Isantia koskenut Hilda Hafsteindóttir -tapaus. Kyse oli päihtyneen henkilön kiinniottamiseen liittyvän lainsäädännön aukollisuudesta.

⁸³ Melander 2002, s. 942. Ks. myös Melander 2008, s. 206 ja 246–249 sekä Nuutila 1997a, s. 66–67 ja Virtanen 2004, s. 1060.

⁸⁴ Melander 2008, s. 249–252. Vielä väljemmät kriteerit ovat Melanderin mukaan mahdollisia, jos kriminalisointi perustuu valtioon ja sen edustajiin kohdistuvaan ehdottomaan kieltoon, kuten kidutuksen kieltoon.

3 Hyväksyttävät rajoittamisperusteet

3.1 PREVENTIIVISEN POLIISITOIMINNAN JA PERUSOIKEUKSIEN JÄNNITTEESTÄ⁸⁵

Historiallisesti oikeusvaltion ideana oli erityisesti reagoida ”mielivaltaiseen ja ennalta ennustamattomaan hallintoon ja lainkäyttöön, joka uhkasi ihmisten henkeä ja henkilökohtaista koskemattomuutta sekä haittasi tavarain vaihdantaa ja muuta liiketoimintaa”.⁸⁶ Vaikka perusoikeudet ovatkin lähes poikkeuksetta läsnä julkisen vallan käytössä, perusoikeussäännösten merkitystä julkisen vallan käytön kontekstissa ei tule korostaa liikaa. Huomiota on kiinnitettävä kokonaisvaltaisesti koko perustuslakiin. On muistettava, että perustuslaki järjestää myös yhteisön elämää ja yhteisön hyvä koituu yksilön hyväksi – ja päinvastoin. Tavoitteena tulee olla tulkinnallinen tasapainotilanne, jossa kuvattu ”kaksinaisuus” toteutuu. Tässä tarkoituksessa on syytä korostaa systemaattisen ja kokonaisvaltaisen perustuslain säännösten tulkinnan merkitystä.⁸⁷ Tällaisen *perustuslainmukaisen* tai *perusoikeudet huomioon ottavan* laintulkinnan tueksi voidaan viitata myös eräisiin *soft law* -instrumentteihin. YK:n yleiskokouksen vuonna 1979 hyväksymän lainvalvontaviranomaisten menettelytapasäännösten johdanto-osassa on todettu seuraavasti:⁸⁸

”*Mindful* that the nature of the functions of law enforcement in the defence of public order and the manner in which those functions are exercised have a direct impact on the quality of life of individuals as well as of society as a whole,

Conscious of the important task which law enforcement officials are performing diligently and with dignity, in compliance with the principles of human rights,

⁸⁵ Viitataan tässä preventiivisellä poliisitoiminnalla sellaiseen poliisin yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitoon tähtäävään toimintaan, jonka pyrkimyksenä on lähinnä erilaisten häiriöiden ennalta estäminen välittömästi tai välillisesti sekä meneillään olevien häiriöiden keskeyttäminen ja lopettaminen. Ks. tästä Ruuska 2007, s. 4. Ruuska on aiheellisesti kiinnittänyt huomiota siihen, että nimenomaan poliisilain tehtävä on perinteisesti ollut säännellä kuvattunkaltaisesta toiminnasta. Nykyään kuitenkin erityisesti PolL:n 3 luvusta löytyy toimivaltasäännöksiä, joiden luonne on enemminkin rikosprosessuaalinen.

⁸⁶ Ks. Jyränki 2003, s. 249–252. Ks. myös Nieminen 2004, s. 84, joka puhuu yksilön näkökulmasta oikeusvaltiosta negatiivisena valtiona. Hyvinvaltiossa negatiivisen valtion rinnalle on tullut positiivinen valtio.

⁸⁷ Jyränki 2000, s. 45 ja 278–279 ja Jyränki – Husa 2012, s. 84–85.

⁸⁸ UN 1979.

Aware, nevertheless, of potential for abuse which the exercise of such duties entails.”

Samana vuonna annetun EN:n poliisia koskevan suosituksen johdanto-osan 1. kohdan mukaan (kursivoinnit tässä):⁸⁹

”1. Considering that *the full exercise of human rights and fundamental freedoms, guaranteed by the European Convention on Human Rights and other national and international instruments, has as a necessary basis the existence of a peaceful society which enjoys the advantages of order and public safety.*”

Vuoden 2001 julistuksen johdanto-osassa puolestaan lausutaan, että (kursivointi tässä):⁹⁰

”Bearing in mind that it is also the purpose of the Council of Europe to promote the rule of law, which constitutes the basis of all genuine democracies;

Considering that *the criminal justice system plays a key role in safeguarding the rule of law* and that the police have an essential role within that system;

Aware of the need of all member states to provide effective crime fighting both at the national and the international level...”

Julistuksen 43. kohdan mukaan:⁹¹

”43. The police, in carrying out their activities, shall always bear in mind everyone’s fundamental rights, such as freedom of thought, conscience, religion, expression, peaceful assembly, movement and the peaceful enjoyment of possessions.”

Julistuksen selitysmuistiossa on puolestaan korostettu, että (kursivointi tässä):

”In a democratic society police powers are restricted with regard to what is acceptable from the point of view of individuals’ fundamental rights and freedoms, as laid down in the European Convention on Human Rights. *A proper balance between these interests must be found* and it is here that the international ethics of the police come into play.”⁹²

Sekä vuoden 2013 loppuun asti voimassa olevassa että sen jälkeen voimaan tulevassa poliisilaissa poliisin tehtäväksi on määritelty oikeus- ja yhteiskuntajärjestyksen turvaaminen sekä yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitäminen. Ensin mainittu toimii laajana yläkäsitteenä, joka pitää viimeksi mainitun lisäksi

⁸⁹ EN 1979. Poliisitoiminnan merkityksestä ihmisoikeuksien toteutumiselle myönteisten olosuhteiden luomisessa ks. myös Crawshaw et al. 2007, s. 21–23.

⁹⁰ EN 2001, s. 5.

⁹¹ EN 2001, s. 11.

⁹² EN 2001, s. 25.

sisällään myös demokraattisen yhteiskuntarakenteen suojaamisen, valtion ylimpien toimielinten toimintaedellytysten varmistamisen sekä yksilöitä koskevinä tehtävinä ihmisarvon loukkaamattomuuden sekä yksilön oikeuksien ja vapauksien turvaamisen.⁹³ Yhden määritelmän mukaan yleinen järjestys ja turvallisuus on puolestaan ”sitä, että kansalaiset voivat häiritsemättä ja vapaasti nauttia oikeus- ja yhteiskuntajärjestyksen heille takaamista oikeuksista, huolehtia oikeus- ja yhteiskuntajärjestyksen heille asettamista velvollisuuksista”. Myös ”yhteiskunnan perusetujen toteutumiselle välttämättömät julkisen vallan toiminnot” tulee turvata.⁹⁴ Uuden poliisilain yleisteoksessa on yleisellä järjestyksellä ja turvallisuudella puolestaan tarkoitettu ”normaaliksi katsottavaa, rauhallista tilannetta kansalaisyhteiskunnassa, jossa ylläpidetään yhteiskunnan ja yksilön suojattuja arvoja”.⁹⁵ Yleisen järjestyksen ja turvallisuuden *ylläpitämisellä* on kirjallisuudessa puolestaan viitattu toisaalta jo alkaneisiin järjestyshäiriöihin puuttumiseen ja toisaalta pyrkimykseen ennaltaehkäistä näitä häiriöitä esimerkiksi näkyvällä valvonnalla.⁹⁶ Toisessa yhteydessä yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämisellä on todettu yksinkertaisuudessaan tarkoitettavan oikeusjärjestyksen edellyttämän normalisuuden tilan ylläpitämistä yhteiskunnassa.⁹⁷

Perustuslakivaliokunnan määrittämien yleisten rajoitusedellytysten mukaan perusoikeuksien ”*rajoitusperusteiden tulee olla hyväksyttävii*” ja perusoikeuksien ”*rajoittamisen tulee olla painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatima*”.⁹⁸ Saraviita on todennut erityisesti klassisten vapausoikeuksien osalta lähtökohtana olevan, ”että toimivaltanormisto punnitaan suhteessa perusoikeusjärjestelmään niin, että vain *systeemin omien kriteerien* mukaiset ihmisten toimintavapauden rajoitukset ja puuttumiset perusoikeuksien harjoittamiseen voidaan säätää tavalisessa lainsäätämisyjärjestyksessä” (kursivointi tässä).⁹⁹ Voidaankin kysyä, kuinka pitkälti edellä karkeasti määritellyt yleinen järjestys ja turvallisuus ovat palautettavissa perusoikeusjärjestelmään ja kuinka tarpeellista se ylipäättään on. Poliisin toimivaltasääntelyn kokonaisuudistuksen yhteydessä perusoikeusjärjestel-

⁹³ Helminen et al. 2012b, s. 56–57. Ks. myös HE 224/2010 vp, s. 70–71, jonka mukaan sana ”yleinen” ei viittaa turvallisuuteen, vaan poliisin tehtäviin kuuluu huolehtia myös yksittäisten henkilöiden sekä yksityisten paikkojen turvallisuudesta. Ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 66, jossa korostetaan sitä, että lähtökohtaisesti järjestyksen ylläpitäminen *yksityisessä käytössä olevissa* paikoissa tai tiloissa ei kuulu poliisin tehtäviin.

⁹⁴ Rantanen 2003, s. 74.

⁹⁵ Helminen et al. 2012, s. 3.

⁹⁶ Kiehelä – Hakonen 1993, s. 96.

⁹⁷ Helminen et al. 2012b, s. 58. Yleisen järjestyksen ja turvallisuuden käsiteparin tarkemmasta määrittelystä ks. esim. Helminen et al. 2012b, s. 64–68.

⁹⁸ PeVM 25/1994 vp, s. 5.

⁹⁹ Saraviita 2011, s. 122. Tämän punninnan tekee ensisijaisesti eduskunta, jolla on ratkaiseva valta siinä, mitä valtuuksia viranomaiset ja virkamiehet voivat käyttää suhteessa yksityisiin tahoihin. Ks. tästä Helminen et al. 2012a, s. 47.

mästä kumpuavat perustelut näyttävät joka tapauksessa olleen keskeisiä. Poliisi-toiminnan tavoitteet on todettu yhteiskunnallisesti tärkeiksi ja ääritapauksissa kyse on henkilökohtaisen turvallisuuden (perusoikeutena) suojaamisesta. Tästä voidaan johtaa, että muiden yleisten rajoitusedellytysten täytyessä kansalaisten perusoikeuksien rajoittaminen mainitussa intressissä on perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta hyväksyttävää.¹⁰⁰ Turvallisuudesta perusoikeutena esitetyt näkökohdat eivät kuitenkaan aina ole olleet näin yksioikoisia. Tästä lisää seuraavassa.

3.1.1 Turvallisuus perusoikeutena

Perusoikeussäännösten uudistamisen yhteydessä lisättiin perusoikeuksien joukkoon henkilökohtainen turvallisuus. Tällä muutoksella haluttiin esitöiden mukaan ”korostaa julkisen vallan positiivisia toimintavelvoitteita yhteiskunnan jäsenten suojaamiseksi rikoksilta ja muilta heihin kohdistuvilta oikeudenvastaisilta teoilta, olivatpa niiden tekijät julkisen vallan käyttäjiä tai yksityisiä tahoja”.¹⁰¹ Myös perusoikeuskomitea – viitaten nimenomaan henkilökohtaisen turvallisuuden mainitsemiseen perusoikeutena – totesi, että ”[s]äännöksellä korostettaisiin yksilöiden konkreettisen turvallisuuden merkitystä rikosten torjunnassa ja tutkinnassa. Yhdessä ehdotetun 6 b §:n kanssa säännös osoittaisi, että viranomais-ten tulee suojata ja kunnioittaa sekä rikoksen uhrin että rikoksesta syytetyn perusoikeuksia.”¹⁰²

Muutama vuosi perusoikeusuudistuksen voimaantulon jälkeen Kaarlo Tuori kritisoi voimakkaasti merkitystä, joka tuolloin voimassa olleen HM 6 §:ssä (nykyään PL 7 § 1 momentti) turvatulle oikeudelle turvallisuuteen oli muodostunut. Mainitun säännöksen tulkinta ja horisontaalivaikutuksen korostaminen yhdistettynä julkiselle vallalle PL 22 §:ssä asetettuun velvollisuuteen turvata perus- ja ihmisoikeudet oli johtanut tilanteeseen, jossa poliisin ja muun ”väkivaltakoneiston” toimintaa perusteltiin perusoikeuksilla. Toisin sanoen kohde, jota vapausoi-keuksien on katsottu perinteisesti rajoittaneen, oli tullut osaksi perusoikeussään-

¹⁰⁰ PeVL 67/2010 vp, s. 3.

¹⁰¹ HE 309/1993 vp, s. 47. Ks. myös PeVM 25/1994 vp, s. 3–4. Positiivinen toimintavelvollisuus liittyy nimenomaan laajaan perusoikeusnäkemykseen, kun taas suppea perusoikeusnäkemys korostaa valtion velvollisuutta pidättäytyä itse rikkomasta perusoikeuksia vastaan. Ks. tästä Karapuu 2011, s. 75. Huomattakoon myös, että sekä EIS 5 artiklassa ja KP-sopimuksen 9 artiklassa henkilökohtaisesta turvallisuudesta on säännelty vapauden eikä fyysisen koskemattomuuden yhteydes-sä.

¹⁰² KM 1992:3 s. 194. Perustuslakivaliokunnan mietinnön PeVM 25/1994 vp tekstistä voidaan havaita, että kyse ei kuitenkaan ole perustuslaillisesta toimeksiannosta eli lainsäätäjän turvaamis-velvollisuudesta. Ks. tästä PeVM 25/1994 vp, s. 6. Suojaamis- ja kunnioittamisvelvoitteista erityi-sesti poliisitoiminnan kontekstissa ks. Crawshaw et al. 2007, s. 26–27.

telyä.¹⁰³ Samalla etäännyttiin Tuorin mukaan kaikista EIS 5 artiklasta turvallisuuden käsitteelle johdettavista lähtökohdista – oikeuden epäitsenäisyydestä, yksilökohtaisuudesta ja kiinnittymisestä julkisen vallan ja yksityisten välisiin suhteisiin – ja tilalle tuli suuntaus¹⁰⁴

”tulkita oikeus turvallisuuteen itsenäiseksi, oikeudesta henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen eriytyväksi oikeudeksi, ymmärtää se ei niinkään yksilöiden kuin ryhmien tai koko yhteiskunnan kollektiiviseksi ’oikeudeksi’ tai tilaksi ja nähdä perusoikeussuojan pääpaino yhteiskunnan jäsenten välisissä horisontaalisissa eikä julkisen vallan ja yksityisen välisissä vertikaalisissa suhteissa”.

Tuori on todennut, että jos turvallisuudelle haluttaisiin antaa jotain itsenäistä merkitystä vapauden ja koskemattomuuden ohella, sen tulisi tapahtua lähinnä tulkitsemalla yksilöiden keskinäistä suhdetta enemmän yleisen järjestyksen ja turvallisuuden näkökulmasta. Tämäkin on vaikeasti perusteltavissa, koska perustuslain säännöksen muotoilussa ”henkilökohtainen” viittaa myös turvallisuuteen. Toisaalta tällainen tulkinta johtaisi myös siihen, että turvallisuus katsottaisiin julkisen vallan aktiivisia toimia edellyttävän oikeuden sijasta ensi sijassa vapausoikeudeksi.¹⁰⁵ Erityisen huolestuttavaa Tuorin mukaan on, että kuvattu perusoikeuksien roolin hämärtyminen saattaa johtaa jopa siihen, että poliisimies-

¹⁰³ Tuori 1999b, s. 921. Ongelmallisen tulkintakäytännön osalta Tuori on viitannut perustuslakivaliokunnan lausuntoon PeVL 20/1997 vp, mietintöön PeVM 13/1998 vp, lausuntoon PeVL 44/1998 vp ja lausuntoon PeVL 7/1997 vp. Ensin mainitun osalta Tuori on todennut: ”Poliisin yksityisten vapausoikeuksiin kajoavan toimivallan valtiosääntöinen arviointi oli ensimmäistä kertaa muunneltu perusoikeusjärjestelmän sisäiseksi punnintakysymykseksi: perusoikeuksien suojaamisella yhteiskunnan jäsenten välisissä horisontaalisuhteissa oikeutettiin niiden rajoittaminen julkisen vallan ja yksityisen välisissä vertikaalisuhteissa.” Ks. tästä Tuori 1999b, s. 925–926. Ks. myös Pohjolainen 1999, s. 941–942. Pohjolainen on todennut: ”Vaarana on, että nyt ollaan tulkinnallisesti muodostamassa koko perusoikeusjärjestelmän kannalta erittäin merkittävää konstruktia: henkilökohtaisen turvallisuuden perusoikeussäännöksestä ollaan johtamassa – ns. horisontaalivaikutusta apuna käyttäen – yleistä turvallisuuslauseketta, josta puolestaan ollaan muotoamassa superoikeutta, johon viitaten melkein kaikkiin muihin perusoikeuksiin puuttuminen tulisi mahdolliseksi.”

¹⁰⁴ Tuori 1999b, s. 921–923 ja 925. Tuori on arvioinut kriittisesti mainitun EIS:n artiklan ja PL 7 § 1 momentin tulkinnassa ”turvallisuudelle” annettua sisältöä. Tuorin mukaan EIS:n järjestelmässä käytetään myös *yleiseen turvallisuuteen* rinnastettavia kriteerejä ihmisoikeuksien *rajoittamispe-*
rusteina, mutta ei ihmisoikeuksina. Näin on esimerkiksi EIS 8 ja 10 artikloissa. Myös Suomen perustuslaissa turvallisuus mainitaan perusoikeuksien *rajoitusperusteena*. EIS:ään liittyttäessä juuri 5 artiklan katsottiin olevan sopimuksen määräyksistä ongelmallisin Suomen kannalta. Ks. tästä OJL 21/1988, s. 42. Ks. myös Pellonpää 2011a, s. 286 ja Pellonpää et al. 2012, s. 392–393. Ks. myös van Dijkn jne. (2006, s. 457) kriittiset kommentit siitä, että EIS 5 artiklan maininnalle henkilökohtaisesta turvallisuudesta ei ole juurikaan annettu itsenäistä merkitystä, vaan sitä on lähes poikkeuksetta käsitelty vapauden yhteydessä. Kirjoittajien mukaan turvallisuudelle tulisi antaa merkitystä esimerkiksi ”*against unnecessary threats to the physical integrity of spectators during police action*”.

¹⁰⁵ Tuori 1999b, s. 924.

ten yksittäisiä lakiin perustumattomia ja jopa lainvastaisia toimenpiteitä ryhdyttäisiin perustelemaan turvallisuuden ylläpitämisellä, mikä puolestaan käytännössä tarkoittaisi paluuta yleistöimivalta-ajatteluun.¹⁰⁶

Myös Lindstedt on katsonut ajatuksen turvallisuudesta muiden perusoikeuksien rajoittamiseen oikeuttavana perusoikeutena lähestyvän oppia poliisin yleistöimivallasta, joka hänen mukaansa ”on osoittautunut varsin sitkeähenkiseksi”.¹⁰⁷ Hänen mukaansa ”poliisin yksittäisiä toimia, joilla ei ole perustetta nimenomaisissa toimivaltasäännöksissä, ei pidä ryhtyä oikeuttamaan perusoikeussäännöksiin palautettavalla turvallisuuden ylläpitämistehtävällä”.¹⁰⁸

Ratkaisuna ongelmaan Tuori on ehdottanut paluuta kohti ”liberaalia oikeusvaltiomallia vastaavaa perusoikeuskäsitystä”, jossa perusoikeuksien tehtävänä oli nimenomaan suojata yksilöä julkisen vallan toimenpiteiltä. Yleinen järjestys ja turvallisuus muiden kollektiivisten hyvien mukana tulisi siirtää omalle paikalleen perusoikeusjärjestelmän ulkopuolelle. Toisin sanoen, ”vapausoikeusluonteiset, yksilöitä julkisen vallan toimenpiteiltä suojaavat perusoikeudet on syytä pitää erillään niiden rajoittamiseen oikeuttavista yhteiskunnan kollektiiviseen tilaan liittyvistä intresseistä”. Tästä ei – Tuorinkaan mukaan – voida johtaa sitä, ettei vapausoikeuksia voitaisi rajoittaa yleisen järjestyksen ja turvallisuuden perusteella.¹⁰⁹

Lavapuro on yhtynyt Tuorin näkemyksiin siinä suhteessa, että yksilön oikeuksien ja kollektiivisten hyvien, kuten yleinen järjestys ja turvallisuus, erottelua ei ollut lainsäädäntötyössä riittävän selkeästi tehty, millä puolestaan saattoi olla haitallisia heijastevaikutuksia lainsoveltamiskäytäntöihin. Sitä vastoin Lavapuro ei yhtynyt Tuorin yleiseen kritiikkiin horisontaalivaikutusta ja PL 22 §:ssä säädettyä turvaamisvelvoitetta kohtaan.¹¹⁰

¹⁰⁶ Tuori 1999b, s. 931.

¹⁰⁷ Lindstedt 2007, s. 1033. Yleisesti ottaen Lindstedt on pitänyt toimivaltasääntelyn ja kontrollitoimien legitimitettä hyvänä. Hänen mukaansa ”uusista kontrollitoimista on yleensä päätetty avoimesti eduskuntalailla... Lakimuutokset on myös yleensä tehty riittävän perusteellisen ja muutenkin asianmukaisen valmistelun ja eduskuntakäsittelyn jälkeen. Kontrollitoimia toteuttava hallinto on myös ulkopuolisen valvonnan kohteena.” Ks. tästä Lindstedt 2007, s. 1034.

¹⁰⁸ Lindstedt 2007, s. 1032. Ks. myös apulaisoikeuskanslerin päätös 23.2.2004, dnro 440/1/02, jossa apulaiskansleri katsoi ”olevan oikeusvaltion periaatteiden kanssa ristiriidassa, että poliisi voisi abstraktin ’yleisen järjestyksen ja turvallisuuden’ nimissä poliisilain 20 §:n sanamuotoa tukinnallisesti väljentäen ryhtyä rajoittamaan ihmisten perusoikeutena suojattuja oikeuksia”.

¹⁰⁹ Tuori 1999b, s. 931. Ks. myös Tuori 2002, s. 106–109 sekä Mäenpää 2004, s. 5. Perustuslakivaliokunnalle antamassaan asiantuntijalausunnossa Mäenpää on todennut, että ”[h]enkilökohtaisen turvallisuuden takaaminen on kuitenkin relevantti näkökohta arvioitaessa sotilaallisten voimakeinojen käytön hyväksyttävyyttä”.

¹¹⁰ Lavapuro 2000, s. 418. Ks. myös jo aiemmin lainattu ote Lavapuron (Lavapuro 2000 s. 415) tekstistä tutkimukseni sivulla 15.

Myös Veli-Pekka Viljanen on arvioinut sitä, uhkaako perusoikeuksien rajoitusedellytysten tuominen perusoikeusjärjestelmän sisälle sen alkuperäistä oikeusvaltiollista tehtävää, yksilöiden suojaamista julkiselta vallalta.¹¹¹ Viljanen on kommentoidessaan perustuslakivaliokunnan lausuntoa PeVL 35/1997 vp kiinnittänyt huomiota yksilöllisten oikeuksien (esimerkiksi henkilökohtainen turvallisuus) ja kollektiivisen hyvän (esimerkiksi rikosten selvittämisentressi) erottamiseen, missä tehtävässä valiokunta ei hänen mukaansa onnistunut erityisen hyvin. Viljasen varsin dworkinilaisen käsityksen mukaan nimenomaan yksilöllisillä oikeuksilla on eräänlainen *prima facie* -luonne. Kollektiivinen hyvä voi toimia yksilön perusoikeuksien rajoitusperusteena vain erityisperusteluin. Jos tällaisia perusteluja ei ole, yksilön oikeudet on asetettava etusijalle. Viljanen onkin epäillyt, että kollektiivinen hyvä on haluttu ikään kuin muuttaa yksilön oikeudeksi, jotta sille saadaan suurempi painoarvo perusoikeusjärjestelmän sisäisenä rajoitusperusteena.¹¹² Vastauksena Tuorin esille nostamiin kysymyksiin Viljanen on korostanut yleisten rajoitusedellytysten merkitystä. Rajoitusedellytysten testiä tulee hänen mukaansa tarkastella kokonaisuutena, jonka kaikki osat testit on läpäistävä. Painava yhteiskunnallinen tarve ei yksinään ole riittävä edellytys perusoikeuden rajoitukselle, eivätkä perusoikeusjärjestelmän sisäiset suhteet ”voi sellaisenaan toimia rajoituksen kokonaislegitimaationa”. Ratkaisevaksi näyttäisikin muodostuvan suhteellisuuskriteeri. Samoin kuin Lavapuro Viljanenkaan ei näe horisontaalivaikutusta sellaisenaan ongelmalliseksi.¹¹³

Johtopäätöksenä voitaneen yhtäältä todeta, että yleinen turvallisuus ei ole luonteeltaan sen enempää yksilökohtainen kuin kollektiivinenkaan perusoikeus eikä se siten ole perusoikeusjärjestelmän sisäinen peruste perusoikeuksien rajoittamiselle. Toisaalta vaikka perusoikeuksien rajoittaminen muilla kuin perusoikeusjärjestelmän sisäisillä perusteilla vaatii erityisperusteluja, on se joka tapauksessa mahdollista.

3.1.2 Painava yhteiskunnallinen tarve

Painava yhteiskunnallinen tarve ei tyhjene perusoikeuksien turvaamiseen, vaan on sellaisia kollektiivisia hyviä, joiden edistäminen tai turvaaminen muodostaa legitimiin perusteen perusoikeuksien rajoittamiselle. Esimerkkeinä on mainittu

¹¹¹ Viljanen 2001, s. 162.

¹¹² Viljanen 2001, s. 169–170 ja 172–173. Ks. myös PeVL 35/1997 vp. Ks. myös PL 10 § 3 momentin muotoilu: ”[I]lla voidaan säätää *perusoikeuksien turvaamiseksi tai rikosten selvittämiseksi* välttämättömistä kotirauhan piiriin ulottuvista toimenpiteistä” (kursivointi tässä) ja Viljasen 2001, s. 170–171 kommentit siitä.

¹¹³ Viljanen 2001, s. 179–181.

kansallinen turvallisuus ja vakavan rikollisuuden estäminen.¹¹⁴ Kollektiiviset intressitkin saattavat palautua perustuslain säännöksiin ja saada niistä institutionaalista tukea. Esimerkiksi maanpuolustuksen tarpeisiin liittyvät perusoikeuksien rajoitukset saavat tukea perustuslain maanpuolustusvelvollisuutta koskevasta 127 §:stä.¹¹⁵

Perusoikeuksien rajoittaminen muilla kuin perustuslakiin palautuvilla rajoitusperusteilla edellyttää Viljasen mukaan *erityistä painavuutta, hyvin konkreettista liityntää ehdotettuun sääntelyyn sekä riittävää täsmällisyyttä*. Viimeksi mainitun osalta Viljanen on todennut, että esimerkiksi järjestyksintressit sopivat rajoitusperusteeksi vain, jos niitä pystytään jo säädöstekstissä konkretisoimaan. ”Yleinen järjestys” sellaisenaan on rajoitusperusteena ”sangen ylimalkainen”,¹¹⁶ mutta perustuslaissa turvattu ”jokaisen oikeus turvallisuuteen” on oikein tulkittuna perusoikeuksien rajoitusperusteena merkittävästi täsmällisempi ja konkreettisempaa turvallisuusuhkaa edellyttävä kuin viittaus yleiseen järjestykseen ja turvallisuuteen kollektiivisena hyvänä.¹¹⁷ Puhdas järjestyksenpidon intressi ilman konkreettista yksilön kohdistuvaa uhkaa ei voi olla hyväksyttävä peruste perusoikeuden suojaamiseksi (perusoikeusjärjestelmän sisäisenä perusteena).¹¹⁸ Kollektiivisten intressien hyväksyttävyys rajoitusperusteena on riippuvainen myös siitä, mitä perusoikeutta ollaan rajoittamassa.¹¹⁹

Jo ennen Viljasta aiheesta kirjoittaneen Lavapuron mukaan kollektiivisia intressejä ilmentävät ratkaisut tulee jättää lainsäätäjälle, eikä tuomioistuimen tule yksittäistä tapausta ratkaistessaan rajoittaa yksilön oikeutta kollektiiviseen hyvään vetoamalla. Lavapuron dworkinilaisessa ajattelussa kollektiiviset ”enemmistön” hyvät tai ”oikeudet”, kuten rikosten selvittämisedellytysten parantaminen tai yleinen järjestys ja turvallisuus, eivät voi tulla punnittavaksi *oikeuksien keskinäisessä punninnassa*, vaikka niiden edistäminen sinänsä olisikin johdettavissa julkisen vallan velvollisuudesta taata perusoikeutena turvattujen yksilön oikeuksien toteutuminen. Lainsäätäjänkin tulee perusoikeusrajoituksen hyväksyttävyyttä arvioidessaan kiinnittää huomiota perustelujen konkretiaan. Perusoikeuksien loukkauksien *mahdollisuudella* tai *yleisellä perusoikeuksien edistämismahdollisuudella* ei voida perustella yksittäisiä, konkreettisia perusoikeuksien rajoituksia. Konkretiaa perusteluihin voidaan Lavapuron mukaan etsiä yleisten

¹¹⁴ Viljanen 2001, s. 149 ja 184–185.

¹¹⁵ Viljanen 2001, s. 185.

¹¹⁶ Viljanen 2001, s. 186–187. Yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämiseen tähtäävän toiminnan tavoitteista ja päämääristä ks. KM 1986:16, s. 28–29.

¹¹⁷ Viljanen 2001, s. 183–184.

¹¹⁸ Viljanen 2001, s. 173. Perusoikeuden rajoitusperusteena käytettävän toisen perusoikeuden konkretisoinnin tarpeesta ks. jo Hidén 1999b, s. 3.

¹¹⁹ Viljanen 2001, s. 185. Rajoittamisintressin tulee hänen mukaansa olla kunkin perusoikeuden osalta ”objektiivisesti todennettavissa”.

rajoitusedellytysten avulla. Näiden osalta Lavapuro korostaa hyväksyttävyyden sijasta erityisesti suhteellisuuden ja välttämättömyyden merkitystä.¹²⁰ Joka tapauksessa rajoitusperusteen on ilmettävä selkeästi joko säädöstekstistä tai lain esitöistä.¹²¹

Lavapuron mainitsemaa konkretiaa näyttäisi edellyttäneen jo perusoikeuskomiteakin, jonka mukaan ”kollektiiviset turvallisuusintressit otetaan huomioon, mutta vain yhteydessä yhteiskunnan jäsenten oikeuksiin ja tarpeisiin”. Toisin päin muotoiltuna yksilölliseen perusoikeussuojaan ”liittyy usein myös yleisempi yhteiskunnan turvallisuusintressi”.¹²²

Konkretisoinnin tarvetta korostaa myös Kerttula, joka on katsonut, että voidakseen toimia perusoikeuksien rajoitusperusteena kollektiivinen turvallisuus tulee voida kytkeä yksilön henkilökohtaiseen turvallisuuteen. Hän on varoittanut näkemästä yhtäältä kollektiivisen ja yksilön henkilökohtaisen turvallisuuden ja toisaalta perusoikeuksien vertikaali- ja horisontaalivaikutuksen välistä suhdetta nollasummapelinä, jossa toiselle tullut lisä olisi automaattisesti pois toiselta. Lisäksi hän on mielestäni aiheellisesti kiinnittänyt huomiota siihen, että käydessä keskustelussa on taipumusta nähdä kollektiivinen turvallisuus ”ikään kuin kummittelevan taustalla kaikkialla”, vaikka sääntelyn tarpeita ja tavoitteita ei olisikaan kytketty siihen.¹²³

Selkeimmän esimerkin konkretisoinnin merkityksestä tarjoaa yllättäen itse Dworkin (kursivoinnit tässä):¹²⁴

”Of course the Government may discriminate and may stop a man from exercising his right to speak when there is *a clear and substantial risk* that his speech will do great damage to the person or property of others, and no other means of preventing this are at hand... But we must reject the suggested principle that the Government can simply ignore rights to speak when life and property are in question. So long as the impact of speech on these other rights remains *speculative and marginal*, it must look elsewhere for levers to pull.”

¹²⁰ Lavapuro 2000, s. 414–417. Linnakin on korostanut horisontaalisuhteeseen jollakin todennäköisyydellä konkretisoituvan uhan tärkeyttä perusoikeuksia rajoitettaessa, vaikka ”[y]leisen järjestyksen ja turvallisuuden osalta jokainen meistä on potentiaalinen ja siten vielä abstrakti ’asianomistaja’”. Ks. tästä Linna 2000, s. 702. Ks. myös Linna 2000, s. 708–709.

¹²¹ Viljanen 2011b, s. 156.

¹²² KM 1992:3, s. 388.

¹²³ Kerttula 2010, s. 85.

¹²⁴ Dworkin 1978, s. 204. Ks. Linna 2000, s. 702 av. 40, jossa Linna on konkretisoinnin osalta todennut, että ”[t]avanomaisesta kadulläkävelytilanteesta poikkeaa jo olennaisesti tilanne, jossa rajattuun tilaan kerääntyneiden ihmisten turvallisuus saattaa kokemusperäisesti olla uhattuna toisten aggressiivisen käytöksen vuoksi (esimerkiksi urheiluhuliganismi)”.

Painavan yhteiskunnallisen intressin merkitystä perusoikeuksien rajoittamisen perusteena ilmentää muun muassa perustuslakivaliokunnan lausunto 5/1999 vp, jonka mukaan PolL 1 §:stä ilmenevien poliisitoiminnan päämäärien saavuttaminen on ”yleisen yhteiskunnallisen intressin kannalta tärkeää” ja ääritapauksissa kysymys on henkilökohtainen turvallisuus -perusoikeuden suojaamisesta. Tällaisen päämäärän on lausunnon mukaan katsottu muodostavan perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävän syyn perusoikeuksien rajoittamiseen, mikäli muutkin yleiset rajoittamisedellytykset täyttyvät.¹²⁵

Viljasen mukaan perustuslakivaliokunta on lausunnossaan PeVL 5/1999 vp viitannut turvallisuuteen selkeästi yleisten rajoitusedellytysten hyväksyttävyyss-kriteerin osana eikä ”minään perusoikeusrajoituksen viimekätisenä legitimaatio-na”. Tosin lausunnossa ei Viljasen mukaan suljettu pois mahdollisuutta, että jossakin tilanteessa perusoikeuksia rajoitetaan henkilökohtaisen turvallisuuden suojaamiseksi.¹²⁶ Tältä osin voidaankin lainata perustuslakivaliokunnan näkemyksiä lausunnossa PeVL 20/2002 vp, jossa on korostettu yhtäältä *yleisen jär-jestyksen ja turvallisuuden* merkitystä perusoikeuksien rajoittamiskriteerinä ja toisaalta kriminalisoinnin välttämättömyyttä oikeushyvän suojelutarpeen kan-nalta (kursivointi tässä):¹²⁷

”Perusoikeusrajoituksen hyväksyttävyyksivaatimuksen takia kriminalisoinnin taustalla tulee olla painava yhteiskunnallinen tarve ja perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväk-syttävä peruste. Tässä tapauksessa *hyväksyttävyyksivaatimus täyttyy esityksen yleisen jär-jestyksen ja turvallisuuden edistämistä tarkoittavasta tavoitteesta*. Järjestysrikko-musten kaltaisten rangaistussäännösten kannalta erityisen tärkeä on suhteellisuusvaa-timus, jonka johdosta on arvioitava kriminalisoinnin välttämättömyyttä sen taustalla olevan oikeushyvän suojaamiseksi.”

Perustuslakivaliokunnan lausunnossa PeVL 23/2005 vp puolestaan todettiin, että ”[t]errorismissa on kysymys yhteiskunnan perustoimintoja, oikeusjärjestystä se-kä ihmisten henkeä, terveyttä ja turvallisuutta hyvin vakavasti vaarantavasta ri-kollisuudesta, jonka estämiselle ja keskeyttämiselle on perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta hyväksyttävät ja hyvin painavat perusteet”.¹²⁸ Perustuslakivalio-kunnan perusoikeusuudistusta edeltävistä kannanotoista lieenee syytä mainita

¹²⁵ PeVL 5/1999 vp, s. 2. Ks. myös Hidénin perustuslakivaliokunnalle antama lausunto Hidén 1999b, s. 2. Lausunnon mukaan ”[p]erusoikeuksien suojan reaalisenä säilyminen edellyttää miltei sitä, että riittävän painava yhteiskunnallinen tarve käsitetään aina välttämättömäksi edellytykseksi, mutta ei juuri koskaan yksinään riittäväksi (argumentointitarpeen tyhjentäväksi) edellytykseksi perusoikeuden rajoittamiselle”. Ks. myös lainaukseni Dworkinin ajatuksista tämän tutkimuksen sivulla 15.

¹²⁶ Viljanen 2001, s. 175–177.

¹²⁷ PeVL 20/2002 vp, s. 6.

¹²⁸ PeVL 23/2005 vp, s. 2.

PeVL 4/1986 vp, jossa henkilöille asetettua velvollisuutta alistua ns. puhalluskokeisiin perusteltiin liikenneturvallisuuden edistämiseksi ja HM 6 §:ssä säännellyllä hengen suojalla. Perusoikeuden rajoituksen vähäisyys huomioon ottaen katsottiin, että kyseessä ”on näin ollen hyväksyttävä ja yhteiskunnallisesti tärkeä peruste säättää lakiehdotuksen tarkoittama velvollisuus”.¹²⁹

Samoin kuin poliisin kyky estää ja torjua yleistä järjestystä ja turvallisuutta uhkaavaa vahingollista tai häiritsevää käyttäytymistä myös poliisin kyky keskeisenä turvallisuusviranomaisena estää, paljastaa ja tutkia rikoksia edistää yleistä turvallisuutta ja suojaa siten tehokkaasti perus- ja ihmisoikeuksia. Vaikka perus- ja ihmisoikeuksien suojaaminen joudutaan asettamaan vastakkain tehokkaan rikostorjunnan kanssa, nämä eivät kuitenkaan ole toisensa poissulkevia. Kansalaisten oikeussuoja ja tehokas rikostorjunta voivat toteutua samanaikaisesti.¹³⁰ Rikostorjunnan ja perusoikeuksien suhdetta arvioidaan seuraavassa jaksossa, mutta todettakoon jo tässä, että perustuslakivaliokunta on sinänsä yksiselitteisesti katsonut *rikosten ennalta estämisen ja paljastamisen* olevan ”perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta hyväksyttävä ja painava yhteiskunnallinen intressi”.¹³¹

Kimmo Nuotio on artikkelissaan vuodelta 2008 pohtinut yleisen turvallisuuden suhdetta rikosoikeuteen. Yleistä järjestystä uhkaavat hänen mukaansa lähinnä järjestyshäiriöt, kun taas yleistä turvallisuutta tyypillisesti *vaarannetaan*. Järjestyshäiriöiden ala on laajempi kuin turvallisuutta vaarantavien tekojen. Turvallisuudesta voidaan puhua silloin ”kun on kyse yhteiskunnallisen osajärjestelmän toiminnan takaamisesta”. Turvallisuus voi luonnollisesti olla luonteeltaan yleistä tai julkista. Esimerkkinä hän on maininnut *kotirauhan* ja kodin turvallisuuden, jotka viittaavat yksityiseen alueeseen, kun taas *julkisrauha* viittaa virastoihin ja tuotantolaitoksiin. Kaikki muut yleiset alueet jäävät *yleisen järjestyksen ja turvallisuuden* alaan. Nuotio sanoin, ”[j]ärjestystä rikotaan jo meluamalla tai aiheuttamalla epäjärjestystä tai haittaa, kun taas turvallisuutta vaarannetaan silloin, kun ihmishenki ja terveys ovat vaarassa”.¹³²

Nuotio on myös kuvannut muutosta, jota hän on kutsunut merkittäväksi käännteeksi rikosoikeuden modernisaatiossa ja turvallisuuskeskustelussa. Keskeistä tälle murrok-

¹²⁹ PeVL 4/1986 vp, s. 3. Kieltäytyminen puhalluskokeesta puolestaan katsottiin perustelluksi rinnastaa rikoksesta epäilyyn. Tällä perusteella kieltäytymistä seuraavasta henkilökatsastuksestakin voitiin säättää tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä.

¹³⁰ Ks. HE 224/2010 vp, s. 68 ja HE 222/2010 vp, s. 113–114. Ks. myös HE 224/2010 vp, s. 31, HaVL 50/2010 vp, s. 8 ja Helminen et al. 1999, s. 22 sekä lisäksi HE 222/2010 vp, s. 145, jonka mukaan pakkokeinolain uudistuksen tavoitteet ovat ”perus- ja ihmisoikeuksien korostaminen, rikostorjunnan tehokkuusvaatimukset huomioon ottava viranomaistoimivaltuuksien kattava ja selkeä sääntely sekä vanhahtavia ja monimutkaisia ilmaisuja sisältävän lainsäädännön kielellinen uudistaminen”. Ks. myös HE 222/2010 vp, s. 159. On toki todettava, että lähtökohtaisesti poliisilainsäädäntöön perustuvan valvontaan rinnastettavan rikoksia ennaltaestävän ja paljastavan toiminnan sekä esitutkintalainsäädäntöön perustuvan rikostutkinnan raja on usein vaikeasti määriteltävissä. Ks. tästä Kiehelä – Hakonen 1993, s. 9.

¹³¹ PeVL 11/2005 vp, s. 4.

¹³² Nuotio 2008, s. 263–265.

selle on ollut, että uudistuneessa turvallisuusregiimissä rikosoikeudellisen sääntelyn kohteena on teon sijasta *tekijä*. Erityisesti terrorismirikosten, jotka voivat olla potentiaalisesti hyvinkin tuhoisia, kyseessä ollessa on painottunut rikosten ennaltaehkäisyn merkitys. Turvallisuus määritetään ”yhä kapeammin ja yhä kovemmin”, ja rikosoikeuden ollessa kytkettynä kontrollipolitiikkaan ja uudelleen määritettyyn turvallisuuteen myös siihen kohdistuu muutospaineita. Tällöin pohdinnan keskiössä ovat rikosoikeuden arvot ja periaatteet yleisten oikeusvaltioperiaatteiden sekä perus- ja ihmisoikeuksien rinnalla.¹³³

3.2 PERUSOIKEUKSIEN, RIKOSOIKEUDEN JA RIKOSTORJUNNAN JÄNNITE¹³⁴

Perus- ja ihmisoikeuksien korostunut merkitys ilmentää hyvin liberalistisen ja hyvinvointivaltiollisen rikosoikeuden keskeistä jännitettä, joka syntyy yksilön vapauksien ja oikeushyvien suojelun suhteesta.¹³⁵ Rikossäännökset ja niihin liitetyt rangaistusseuraamukset antavat turvaa perusoikeuksille, mutta samalla ne rajoittavat niitä.¹³⁶ Ashworth on kiteyttänyt kuvatun asetelman toteamalla, että ”[f]reedom from interference can only be preserved by restricting everyone’s freedom to exercise power over others”.¹³⁷ Lappi-Seppälä on puolestaan kuvannut rikoslain olevan kaksiteräinen miekka, joka tarjoaa kansalaisten perusoikeuksille suojaa, jonka toteuttaminen antaa viranomaisille vallan ja oikeuden puuttua juuri niihin oikeuksiin, joita pyritään suojaamaan. Väärinkäytettynä tämä valta uhkaa kansalaisten itsemääräämisoikeutta ja hyvinvointia.¹³⁸

Nuotion mukaan liberalistiselle perinteelle on tyypillistä tarkastella oikeudenmukaisuutta yksilötason sijaan ”sosiaalisena oikeudenmukaisuutena yhteiskunnallisten instituutioiden tasolla”.¹³⁹ Hyvinvointivaltiollinen ajattelu toi yksilön vapauksia korostavan ajattelun vastapainoksi näkemyksen siitä, että pidättäytyminen puuttumasta yksilöiden välisiin suhteisiin ei ollut riittävä keino turvata yleistä ja yhdenvertaista mahdollisuutta subjektiivisiin oikeuksiin, vaan valtiolta edellytettiin ”positiivisia oikeuk-

¹³³ Nuotio 2008, s. 266–269.

¹³⁴ Käytän tässä rikostorjunnan käsitettä kattamaan esitutinnan lisäksi myös rikosten paljastamiseen ja estämiseen liittyvät poliisitoimet. Suppeammin käsitteen näyttää ymmärtäneen esimerkiksi Helminen 2006, s. 57–58.

¹³⁵ Nuutila 1996a, s. 25.

¹³⁶ PeVL 23/1997 vp, s. 2–3.

¹³⁷ Ashworth 1975, s. 282.

¹³⁸ Lappi-Seppälä 2009b, s. 70. Toisaalta, kuten Jonkka on todennut, hyvin korkealla abstraktiotasolla rikosoikeuden perimmäinen julkisten ja yksilön intressien välinen ristiriita häviää, ”[j]os pidetään lähtökohtana sitä, että vain oikeudellisesti järjestäytyneissä oloissa voivat yksilönkin edut edes likimain täysimääräisesti tulla otetuiksi huomioon.” Ks. tästä Jonkka 1991, s. 175–176.

¹³⁹ Nuotio 1998a, s. 10.

sia ja tehokasta suojaa yhteiskunnallisilta vaaroilta”. Suojelun välineenä toimivat mm. kriminalisoinnit, jotka puolestaan toivat mukanaan poliisitoiminnan ja muun kontrollikoneiston. Vallankäytön rajoja voitiin määrittää ihmis- ja perusoikeuksien avulla.¹⁴⁰ Perusoikeuskomitean katsannossa oikeus- ja hyvinvaltion suhde oli yleisellä tasolla varsin ristiriidaton hyvinvointivaltion edustaessa oikeusvaltion nykyistä muotoa. Komitean sanoin ”[n]ykyinen hyvinvointivaltio merkitsee paitsi perinteisen oikeusvaltion saavuttaman vapausoikeuksien tason säilyttämistä ja edelleen kehittämistä, perusoikeuksien käsitteen lavennusta sekä tosiasiallisen tasa-arvon että taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien suuntaan”.¹⁴¹ Rikosoikeuden piirissä nähtiin myös ongelmia. Nuutila oli sitä mieltä, että hyvinvointivaltiollinen rikosoikeus ei ollut korvannut liberalistista rikosoikeutta, vaan se oli pikemminkin liberalistisen rikosoikeuden perusrakenteen *päälle* muodostunut kerrostuma. Ongelma oli lähinnä siinä, että ”hyvinvointivaltiollisen rikosoikeuden tuomat muunnelmät perustaltaan liberalistiseen rikosoikeuden järjestelmään eivät noudattaneet mitään yksinkertaista kaavaa”.¹⁴² Samansuuntaisesti Nuotio katsoi, että rikosoikeuden hyvinvointivaltiolliset tavoitteet tuli asettaa oikeusvaltiollisiin puitteisiin. Tällä tavoin voitiin välttää funktionalistisimmat ja preventiosuuntautuneimmat tulkinnat rikosoikeuden tarkoituksiperistä.¹⁴³ Hyvinvointivaltiollisen ajattelun rinnalle on myöhemmin noussut ajatus riskiyhteiskunnasta. Riskiyhteiskunnalle ominaista rikosoikeudellista sääntelyä on ilmentänyt talous-, työ- ja ympäristörikoksia koskevien vankeusuhkaisten rangaistussäännösten sekä oikeushenkilön rangaistusvastuun ottaminen käyttöön.¹⁴⁴

Melanderin käsityksen mukaan keskustelu rikosoikeuden oikeusvaltiollisista ja hyvinvointivaltiollisista haasteista ja riskiyhteiskunnasta ei ole enää ajankohtainen. Uhkana rikosoikeuden ”minäkuvalle” ei ole enää niinkään sen rooli esimerkiksi ympäristöön kohdistuvien uhkien torjuna, vaan ennemminkin ”rikosoikeudellisen järjestelmän aito pirstaloituminen, voimakas eurooppalaistuminen ja kansainvälistyminen sekä erityisesti laajamittaisen järjestäytyneen rikollisuuden torjuntaan tai jopa sen vastaiseen taisteluun keskittynyt rikosoikeus ja kriminaalipolitiikka”. Tämän seurauksena oikeushyvien suojeluperiaatteen keskiöön ovatkin palaamassa henkilölliset oikeushyvät – perinteiset vapausoikeudet.¹⁴⁵ Nuutila ennakoikin kaukonäköisesti jo yli viisitoista vuotta sitten, että ratkaisu rikosoikeuden pirstaloitumisen ongelmaan saattoi piillä siinä, että ”[p]erusoikeuksiin ja niiden välisiin suhteisiin kiinnittyvä rikoslainoppi on myös kansainvälisesti vertailukelpoinen arvosteluperusta”. Rikosoikeudessa ei tällöin ole kyse pelkästään preventiivisten tavoitteiden toteuttamisesta, vaan

¹⁴⁰ Nuutila 1996a, s. 43–44 ja Majanen – Nuotio 2003, s. 10–11 ja 12–13. Ks. myös Ylösjoki 1966, s. 21–22 ja Jonkka 1991, s. 177–179. Valtiosääntöoikeudellisesta kirjallisuudesta ks. esim. Jyränki 2003, s. 60–63 sekä yleisemmin subjektiivisista ja objektiivisista oikeuksista ks. Karapuu 2011, s. 68.

¹⁴¹ KM 1992:3, s. 46.

¹⁴² Nuutila 1997b, s. 65. Ks. myös Tuori 1999a, s. 538, missä Tuori on arvioinut oikeusvaltion ja hyvinvointivaltion vastakkainasettelua. Hyvinvaltio edustaa hänen mukaansa oikeuskulttuurin tasoa, kun taas oikeusvaltiolliset periaatteet ovat osa oikeuden syvärakennetta eli toisin sanoen ”hyvinvointivaltiollisia tehtäviä on toteutettava oikeusvaltiollisissa muodoissa”.

¹⁴³ Nuotio 1998a, s. 326.

¹⁴⁴ Lahti 2001, s. 721–722. Ks. myös Nuotio – Majanen 2003, s. 26. Esimerkkinä riskeistä kirjoittajat ovat maininneet ympäristökatastrofit.

¹⁴⁵ Melander 2008, s. 342–343.

myös hyvinvointivaltioon ja oikeusvaltioon kuuluvasta ihmisarvon kunnioittamisesta.¹⁴⁶

Edellä sanottu ei kuitenkaan tarkoita, että rikosoikeuden käytön oikeutus olisi johdettavissa ajatuksesta, jonka mukaan suojattavat oikeushyvät palautuvat perus- ja ihmisoikeuksiin. Pirjatanniemen mukaan perus- ja ihmisoikeudet toimivat ainoastaan eräänlaisina herätteinä rikosoikeudelle siitä, mikä kussakin yhteiskunnassa on kriminalisoinnin tarjoaman erityisen suojan arvoista. Toisaalta tällaisen suojan tarve osoittaa sellaista kriminalisoinnin tarvetta, joka rikoslainsäätäjän on vaikea ohittaa. Perus- ja ihmisoikeuksien suojaamistarve ei kuitenkaan ole käsky toteuttaa kriminalisointi, vaan perus- ja ihmisoikeuksista voidaan lähinnä johtaa velvollisuus säätää *välttämättömiä* kriminalisointeja. Tämä välttämättömyysvaatimus muodostaa Pirjatanniemen mukaan sillan rikosoikeuden ja valtiosääntöoikeuden välille ja avaa samalla mahdollisuuden kriminalisointiperiaatteiden huomioon ottamiselle. Pirjatanniemi puhuu kriminalisointiperiaatteista tässä nimenomaan niiden lainsäätäjää ja lainkäyttäjää rajoittavassa merkityksessä.¹⁴⁷ Kriminalisointien avulla tapahtuvaa perusoikeuksien suojaamista täydentää tuomioistuinten suorittama asianosaisen perusoikeusaseman kannalta myönteinen tulkintatapa.¹⁴⁸

Rikosoikeuden ja perusoikeuksien suhde ei kuitenkaan ole perinteisesti ollut kovinkaan kiinteä, ja suuri osa rikosoikeudellisesta lainsäädännöstä on hyväksytty tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä.¹⁴⁹ Ennen 1990-lukua kriminalisointien suhde perusoikeuksiin jäi usein vähälle huomiolle, mikä ainakin Nuutilan mukaan johtui osin siitä, että tuolloin osa ns. klassisista vapausoikeuksista oli

¹⁴⁶ Nuutila 1996a, s. 71. Hyvinvointivaltioulottuvuudesta poliisitoiminnan osalta ks. Auglend et al. 2004, s. 192–193.

¹⁴⁷ Pirjatanniemi 2011, s. 158–159. Pirjatanniemen mukaan välttämättömyyskriteeri voidaan nähdä perusoikeuksien yleisiin rajoitusedellytyksiin kuuluvan suhteellisuusperiaatteen osana, minkä lisäksi sillä on yhteys hyöty-haittapunninnan periaatteeseen. Ks. myös Pirjatanniemi 2011, s. 165, jossa kirjoittaja toteaa, että ”[p]erusoikeuksiin kiinnittyvillä intresseillä on aina muita korkeampi painoarvo ja tämä on luonnollisesti omiaan vahvistamaan niiden asemaa yhteiskuntapoliittisessa punninnassa. Jos voidaan esimerkiksi osoittaa, että nykyinen rikosoikeudellinen sääntely johtaa naisten ja miesten tasa-arvon toteutumisen kannalta kyseenalaisiin ratkaisuihin, kysymys kriminalisointien välttämättömyydestä voi asettua toisin kuin tähän asti on ajateltu. Se mikä ei aluksi vaikuttanut välttämättömältä, voi muuttua välttämättömäksi epäoikeudenmukaisten kokemusten kautta.” Edelleen on muistettava, että kansainvälisiin sitoumuksiin perustuva kriminalisointi on aina ”välttämätön”. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 40–41, Viljanen 2001, s. 333 sekä Virtanen 2004, s. 1063, joka on huomauttanut, että suojelutavoitteen lisäksi mm. oikeushyvän edellytetään olevan *uhattuna*.

¹⁴⁸ Saraviita 2005a, s. 20–21.

¹⁴⁹ Nuotio 1998b, s. 148–149.

vielä sääntelemättä.¹⁵⁰ Rikosoikeuden ja perus- ja ihmisoikeusajattelun etäinen suhde oli havaittavissa myös rikoslain yleisten oppien uudistuksessa. Lahti onkin katsonut, että 1990-luvulla päätään nostanut perus- ja ihmisoikeusajattelu ei näkynyt rikosoikeuden yleisten oppien uudistuksessa sillä tavoin kuin olisi ollut suotavaa. Keskeisenä syynä tähän oli se, että hallituksen esitys 44/2002 vp pohjautui pitkälti vuodelta 1990 peräisin olevaan alustavaan ehdotukseen. Lainvalmistelun puutteista huolimatta perus- ja ihmisoikeusnäkökohdat tulee ottaa huomioon esimerkiksi yleisen osan säännöksiä tulkittaessa.¹⁵¹

3.2.1 Rikosoikeuden ja perusoikeuksien jännitteestä

Valtiovallan mahdollisuus erilaisten tekojen kriminalisointiin on varsin laaja, mutta siihen kohdistuu ihmisoikeusvelvoitteista, perustuslaista ja erityisesti perusoikeuksista johtuvia rajoitteita. Lailla ei ensinnäkään voida kieltää toimia, joihin perustuslaki nimenomaisesti oikeuttaa. Toisaalta perusoikeuksia rajoittavien rangaistussäännösten tulee täyttää perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset. Perusoikeudella voidaan esimerkiksi katsoa olevan ydinalue, jonka turvaamaa käyttäytymistä ei saa kriminalisoida.¹⁵² Myös perus- ja ihmisoikeuksiin sisältyvät ehdottomat kiellot paaluttavat rikosoikeuden ulkoisia rajoja. Näiden suhteen mikään punninta ei tule kysymykseen. Esimerkkinä voidaan mainita kuolemanrangaistuksen kiello.¹⁵³

Kuten jo edellä on todettu, yleisten rajoitusedellytysten näkökulmasta rajoitusperusteen kiinnittymisellä perusoikeusjärjestelmään on merkittävää relevanssia *hyväksyttävyysskriteerin* kannalta. Hidén toteaa, että ”mitä selvemmin jokin perusoikeutta rajoittavaksi koettu toimenpide tähtää jonkin toisen perusoikeuden suojaamiseen tai kehittämiseen, sitä paremmat edellytykset toimenpiteellä on tulla hyväksytyksi tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä”.¹⁵⁴ Painavimpina hy-

¹⁵⁰ Nuutila 1996a, s. 64–65. Rikosoikeusjärjestelmän ja perusoikeuksien yhteyden tiivistämisessä rajapyykkeinä on pidetty rikosoikeuskomitean mietintöä vuodelta 1976, Raimo Lahden tekstejä 1980-luvun puolivälistä lähtien sekä Ari-Matti Nuutilan väitöskirjaa vuodelta 1996. Ks. tästä Melander 2008, s. 18.

¹⁵¹ Lahti 2003, s. 146–147.

¹⁵² PeVL 23/1997 vp, s. 2. Ks. myös Viljanen 2001, s. 317–319 sekä Lohse 2012, s. 179–180 ja 185–188, joka sulkee perusoikeuksien ja -vapauksien käyttämisen rikosvastuun ulkopuolelle nimenomaan teon huolimattomuuden tasolla. Kriminalisointien ja perusoikeuksien suhteesta ks. myös Alexy 2002, s. 73–74.

¹⁵³ Nuutila 1996a, s. 68–69 ja 70. Ks. myös Viljanen 2001, s. 317 sekä Tapani – Tolvanen 2008, s. 89–91. Viimeksi mainitut ovat erityisesti selostaneet perustuslakivaliokunnan määrittämien kriteerien käyttöä lakivaliokunnassa, joka on edellyttänyt kriminalisoinneilta mm. hyväksyttävää perustetta, painavaa yhteiskunnallista tarvetta ja ennaltaehkäisevyyttä.

¹⁵⁴ Hidén 1980, s. 102. Ks. myös Jyränki 2000, s. 295 av. 75 ja Viljanen 2001, s. 129.

väksyttävinä rajoitusperusteina voidaan Saraviidan mukaan pitää perustuslakiin (esimerkiksi PL 16 §:n 2 momentti ja PL 17 §:n 2 momentti) sisältyviä perustuslaillisia toimeksiantoja eri oikeuksien turvaamiseen. Rajoituslausekkeettoman perusoikeuden rajoittaminen tällaisella perusteella on lähtökohtaisesti hyväksyttävää, vaikka käytännössä rajoittamismahdollisuudet ovatkin hyvin vähäiset.¹⁵⁵ Rikosoikeuden näkökulmasta hyväksyttävyyysvaatimuksen on todettu edellyttävän, että ”kriminalisoinnille on oltava esitettävissä painava yhteiskunnallinen tarve ja perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä peruste”.¹⁵⁶ Hyväksyttävän perusteen ollessa käsillä tehdään edellä mainittujen, ylittämättömien rajojen sisällä punnintaoperaatio yksilöllisten toimintavapauksien rajoitusten ja kriminalisoinnilla saavutettavan suojan välillä. Kriminalisointien tulee olla suhteellisuus- ja välttämättömyysperiaatteiden mukaisia.¹⁵⁷

Vertaillen hyväksyttävyyysvaatimuksen ja oikeushyvien suojeluperiaatteen (kriminalisointiperiaatteen) suhdetta Melander on aiheellisesti kiinnittänyt huomiota siihen, että oikeushyvien suojeluperiaatteeseen ei liity PL 22 §:ää vastaavaa turvaamisvelvollisuutta, mikä Melanderin mukaan tekee ”oikeushyvien suojelun periaatteesta korostuneemmin rajoittavan”.¹⁵⁸ Melander näyttäisi myös liittäneen hyväksyttävyyysvaatimukseen punnintaa suojattavan edun ja rajoitettavan oikeuden välillä. Tällainen punninta saattaa Melanderin mukaan olla myös kahden perusoikeuden välistä.¹⁵⁹ Itse näen hyväksyttävyyysvaatimuksen enemmän sääntötyyppisenä kannanottona siihen, onko joku rajoitusperuste ylipäättään hyväksyttävä. Hyväksyttävyyyskriteerin onkin katsottu olevan eräänlainen esivaihe ennen kuin siirrytään arvioimaan rajoituksen sallittavuutta suhteellisuusvaatimuksen näkökulmasta eli ”ensin on arvioitava, saako lailla *ylipäättään* rajoittaa perusoikeutta A intressin B vuoksi”. Sen jälkeen arvioidaan, ”onko juuri *kyseisessä tapauksessa* ja juuri *ehdotetussa laajuudessa* mahdollista rajoittaa perusoikeutta A intressin B vuoksi”.¹⁶⁰

Lahti arvioi pian vuonna 1995 tapahtuneen perusoikeusuudistuksen jälkeen, että perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien painoarvo kriminalisointien hyväksyttävyyttä arvioitaessa saattaa tulla kasvamaan suhteessa vallalla olleisiin moraalifi-

¹⁵⁵ Saraviita 2005a, s. 211–212 ja Saraviita 2011, s. 139 ja 143, 145–146.

¹⁵⁶ PeVL 23/1997 vp, s. 2. Ks. myös Viljanen 2001, s. 126–129. Ks. myös Melander 2008, s. 327, joka puhuu ”hyväksyttävän tarkoitussidonnaisuuden vaatimuksesta”.

¹⁵⁷ Nuutila 1996a, s. 70–71.

¹⁵⁸ Melander 2002, s. 951. Melander on kuvannut oikeushyvien suojeluperiaatteen ja hyväksyttävyyysvaatimuksen suhdetta dialektiseksi. Ks. tästä myös Melander 2002, s. 959. Ks. myös Virtanen 2004, s. 1062. Oikeushyvien suojeluperiaatteen lisäksi myös muut kriminalisointiperiaatteet, kuten *ultima ratio* -periaate, saattavat toimia rajoittavina tekijöinä niissä tilanteissa, joissa perusoikeusajattelu on johtamassa uusiin kriminalisointeihin. Ks. tästä Nuotio 1998b s. 158–160.

¹⁵⁹ Melander 2002, s. 950–951.

¹⁶⁰ Viljanen 2001, s. 134–135.

losofiaan ja kriminaalipolitiikkaan palautettaviin argumentteihin. Hänen mukaansa oli odotettavissa, että perus- ja ihmisoikeusajattelun kehittyminen johtaisi mainittujen oikeuksien eriytyneempään tarkasteluun ja niiden painoarvon lisääntymiseen ja edelleen rikosoikeusteorian kehittymiseen, mikä puolestaan voisi tukea rikosoikeuden alaan kuuluvaa lainvalmistelua ja lainkäyttöä. Hän ei kuitenkaan uskonut, että ”ihmis- ja perusoikeuksiin tukeutuva oikeuspositivistinen lähestymistapa” voisi tulevaisuudessakaan olla sellaisenaan riittävä perusta rikosoikeusteorialle. Toisaalta Lahti, joka on itse katsonut hyödyntäneensä ajattelussaan hyödyllisyyden, oikeudenmukaisuuden ja humanisuuden periaatteita, on todennut kahden viimeksi mainitun palautuvan ”niitä suppeammin ymmärrettäviin oikeusturva- ja ihmisoikeusperiaatteisiin”.¹⁶¹

Muut Nuutila on omissa kirjoituksissaan korostanut perusoikeusnäkökohtien lisäksi kriminalisointien oikeudenmukaisuuden ja humanisuuden vaatimusta. Rikosoikeutta ei voida kehittää pelkkien tehokkuusnäkökulmien avulla, vaan yleisestävän vaikutuksen luominen edellyttää, että rikoslainsäädäntö koetaan humaniksi ja oikeudenmukaiseksi. Oikeudenmukaisuuden ja humanisuuden vaatimukset edellyttävät rikosoikeusjärjestelmältä joustavuutta ja kohtuullisuuskäsitteiden huomioon ottamista.¹⁶² Humanisuuden vaatimuksen on katsottu mahdollistavan liian pitkälle menevien kriminalisointien ohella myös liian pitkälle menevien viranomaisten toimivaltuuksien arvostelemisen.¹⁶³

Nuotio puolestaan on todennut perusoikeusjärjestelmän, joka sinänsä tuo oikeusjärjestykseen moraalista sisältöä, ilmentävän vain yhtä käsitystä oikeudenmukaisuudesta. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että mikään oikeudenmukaisuuskäsitys ilmentävä valtiosääntö voisi ilmaista täydellisesti ”oikeudenmukaisuusperiaatteiden kaikkea sisältöä ja kaikkia sisältöjä”.¹⁶⁴ Toisaalta Nuotion mukaan valtiovallan kriminalisointivaltuuksia kaventavat yksilön oikeuksiin kytketyt periaatteet ovat kiinteämmässä yhteydessä perusoikeusjärjestelmään kuin offensiiviset, kriminalisointien tavoitteisiin liittyvät elementit. Viimeksi mainitut saavat usein ilmauksensa nimenomaan rikoslainsäädännössä ja rangaistusteorioissa, josta ne toki aikojen saatossa saattavat siirtyä myös perustuslain tasoihin säädöksiin.¹⁶⁵ Nuotio onkin maininnut yhtenä perusoikeuksiin tukeutumisen vaarana sen, että perusoikeusjärjestelmä korostaa arvoja ja oikeuksia, mutta ei niinkään yhteiskunnallisia tavoitteita. Perusoikeusajattelun vastinparina tulee olla

¹⁶¹ Lahti 1996, s. 939. Ks. myös Lahti 2001, s. 718–721 ja Backman 2003, s. 9–10.

¹⁶² Nuutila 1997a, s. 44. Myös Backman 2003 on asettanut oikeusvaltiollisuuden ja humanisuuden keskeisiksi rikosoikeuden arvoperusteiksi.

¹⁶³ Melander 2002, s. 944.

¹⁶⁴ Nuotio 1998b, s. 145.

¹⁶⁵ Nuotio 1998b, s. 152–154.

oikeuden tavoiteluonne.¹⁶⁶ On muistettava, että rikosoikeus on reaktiokeino sosiaalisiin kysymyksiin ja vastaus sosiaalisiin tarpeisiin. Kyse ennen kaikkea yhteisön tarpeesta saada suojaa rikollisilta.¹⁶⁷

Kriminalisointien lisäksi yhteiskunta voi turvata perusoikeuksia muillakin keinoin. Esimerkkinä voidaan mainita lähestymiskielto, jolla suojataan mm. oikeutta elämään, henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen. Perustuslakivaliokunnan lausunnossa PeVL 8/2004 vp on nimenomaisesti todettu lähestymiskielloilla toteutettavan PL 22 §:ssä säädettyä turvaamisvelvoitetta.¹⁶⁸

Rikosoikeudessa ei ole kyse pelkästään perusoikeuksien suojaamisesta, vaan kriminalisoinneilla saattaa olla myös yleisempiä, rikosoikeustieteessä oikeushyviksi kutsuttuja suojelutavoitteita. Tällaisina voidaan pitää esimerkiksi liikenneturvallisuutta ja väärennysrikoksiin liitettyä todistuskappaleen julkista luotettavuutta. Vaikka suojattavat oikeushyvät eivät aina suoraan palaudukaan perusoikeuksiin, on niillä tyypillisesti välillinen liityntä perusoikeuksien suojaamiseen.¹⁶⁹ Tällainen välillinen liityntä perusoikeuksiin on esimerkiksi valtio- ja maanpetoskriminalisoinneilla, joiden suojeluobjektina on lähinnä kansallinen turvallisuus.¹⁷⁰

Kriminalisointi voi perustua perustuslakiin palautumatta jäännöksettä perusoikeusjärjestelmään. Näenkin itse perustelluksi erottaa perustuslain muodostaman kokonaisuuden selkeämmin perusoikeusjärjestelmästä. Luonnollisesti *perusoikeusjärjestelmän* voidaan katsoa käsitteenä kattavan myös perustuslain perusoikeusluvun ulkopuolisia säännöksiä, kuten PL 22 §:n, mutta tällöinkään kriminalisointitarpeet ja muut perusoikeuksien rajoitustarpeet eivät perustu perusoikeuksiin sinällään, vaan johonkin laajempaan järjestelmään, joka turvaa perusoikeuksien toteutumista. Tällöin ollaankin mielestäni jo hyvin lähellä ”painavia yhteiskunnallisia tarpeita”. Samansuuntaisesti myös Länsineva on korostanut sitä, että valtiosääntö ja perusoikeusjärjestelmä sen osana tulisi nähdä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa yhtenäisenä kokonaisuutena, jolloin yksittäisiä perusoikeuksia tulisi tarkastella ”valtiosäännön ja perusoikeusjärjestelmän muodostamaa taustaa vasten”.¹⁷¹ Kirjoittajan mukaan ”[k]aikessa perusoikeusjuridikassa on niin ollen jatkuvasti tarkkailtava, ettei pääse syntymään sellaisia vääris-

¹⁶⁶ Nuotio 1998b, s. 158.

¹⁶⁷ Nuotio 1998a, s. 8.

¹⁶⁸ PeVL 8/2004 vp, s. 2.

¹⁶⁹ Nuotio 1998b, s. 149–151. Ks. myös Nuutila 1998, s. 171–173. Nuutila on katsonut, että rikossäännösten tulisi lähtökohtaisesti rajoittaa välittömien perusoikeusloukkausten kriminalisointiin, ja esimerkiksi ns. abstraktilla tavalla vaarallinen menettely tulisi kriminalisoida ainoastaan tärkeimpien perusoikeuksien, kuten hengen ja terveyden, suojaamiseksi.

¹⁷⁰ Viljanen 2001, s. 334.

¹⁷¹ Länsineva 2002, s. 117.

tymii, joissa jotkin perusoikeudet pääsisivät liian vahvasti dominoimaan järjestelmää muiden perusoikeuksien suojan kustannuksella”.¹⁷²

Edellä selostettuja teemoja on sivuttu hallituksen esityksessä 52/2002 vp, jossa on pohdittu muun muassa sitä, uhkaako törkeä talousrikollisuus yksilön tai yhteiskunnan turvallisuutta. Esityksessä on katsottu olevan ”selvää, että yksilön turvallisuudella tarkoitetaan säännöksessä jotain selvästi laajempaa käsitettä kuin pelkästään ruumiilliseen koskemattomuuteen ja sen suojaan tähtäävää turvallisuutta”. Johtopäätöksenä yksilön turvallisuuden katsottiin tarkoittavan myös taloudellista turvallisuutta. Toisaalta yhteiskunnan turvallisuuskin ulotettiin kattamaan törkeistä talousrikoksista yhteiskunnan toiminnalle aiheutuvan vaaran.¹⁷³ Hallituksen esityksessä on siis perusteltu perusoikeuksien rajoituksia sekä perusoikeusjärjestelmän sisäisillä yksilön taloudelliseen turvallisuuteen liittyvillä tekijöillä että yleiseen yhteiskunnalliseen turvallisuuteen palautuvilla perusoikeusjärjestelmän seikoilla. Myös perustuslakivaliokunta katsoi, että jos kyse on rikoksista, joilla ”tavoitellaan erityisen suurta hyötyä tai rikos tehdään erityisen suunnitelmallisesti”, ne voivat olla *perusoikeusjärjestelmän tarkoittamalla tavalla* uhka turvallisuudelle.¹⁷⁴

Tämä jakso voidaan päättää yhteenvedonomaaisesti Fränden tuoreisiin näemyksiin rikosoikeuden suhteesta perus- ja ihmisoikeuksiin. Hänen mukaansa yksilöllä on oikeus itsemääräämiseen, ja suojeleuintresseiksi voidaan hyväksyä vain sellaisia arvoja, jotka hyödyttävät yksilön vapauspiiriä. Lähtökohtaisesti suojeleuintresseiksi valitut arvot tulee ankkuroida *perustuslakiin* tai *ihmisoikeusopimuksiin*, mikä Fränden mukaan on itsessään vahva indisio intressin yhteiskunnallisesta painavuudesta. Tässä yhteydessä Frände on erityisesti maininnut PL 7 § 1 momentin, joka nimenomaisesti sisältää suojeleuintressejä.¹⁷⁵ Sanotusta huolimatta on tärkeä ymmärtää, että on olemassa myös kriminalisointeja (esimerkiksi eläinräökkäys, julkinen jumalanpilkka ja ilkivalta), jotka eivät palaudu suoraan perusoikeuksiin. Perusoikeuskytköksistä riippumatta jokainen painava yhteiskunnallinen intressi voi olla hyväksyttävä kriminalisointiperuste.¹⁷⁶ Fränden näkemyksen vahvistaa edellä lainattu perustuslakivaliokunnan lausunto 20/2002 vp.

¹⁷² Länsineva 2002, s. 130.

¹⁷³ HE 52/2002 vp, s. 75–76. Hallituksen esitys sisältää myös esimerkin sääntelytarpeen ja perusoikeusrajoituksen punninnasta. Epäillyn oikeusturvan katsottiin edellyttävän, että seksuaalirikoksen uhri voidaan vastoin tahtoaan pakottaa sietämään häneen kohdistuva henkilökatsastus. Ks. tästä HE 52/2002 vp, s. 74–75. Ks. myös PeVL 36/22002 vp, s. 3–4 ja LaVM 31/2002, s. 10.

¹⁷⁴ PeVL 36/2002 vp, s. 4–5.

¹⁷⁵ Frände 2012, s. 19–21.

¹⁷⁶ Frände 2012, s. 20–21.

3.2.2 Rikostorjunnan ja perusoikeuksien jännitteestä

Edellä on jo viitattu kriminalisointiperiaatteiden ja perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten väliseen yhteyteen. Tämä yhteys muuttuu entistä kiinteämmäksi, jos kriminalisointiperiaatteet ymmärretään laajasti, kuten Backman on tehnyt. Hänen mukaansa kriminalisointiperiaatteiden¹⁷⁷

”arvoperusta määrittelee rikosoikeudessa paljon muutakin kuin ihmisen käyttäytymisen määrittelyä rikokseksi, käytännössä koko rikosoikeuden alaa. Kyse on myös muun muassa siitä, miten rikosvastuun yleiset edellytykset muotoillaan, millaisia seuraamuksia ja pakkokeinoja käytetään ja millä tavoin rikosoikeudellisia seuraamuksia pannaan täytäntöön.”

Tyypillisesti rikoslain kriminalisointien aiheuttamien perusoikeusrajoitusten suhde rikosprosessuaalisten pakkokeinojen aiheuttamiin perusoikeusrajoituksiin on varsin kiinteä. Mikäli kriminalisointi ja siihen kytketty seuraamus katsotaan perusoikeusjärjestelmän tai laajemmin kriminalisointiperiaatteiden näkökulmasta perustelluksi, sisältyy kriminalisointipäätökseen väistämättä usein julkilausumaton ajatus siitä, että kriminalisoidun rikollisuuden torjunnassa tullaan käyttämään pakkokeinoja, jotka puolestaan aiheuttavat erityyppisiä perusoikeusrajoituksia. Keskeisistä ja paljon käytetyistä pakkokeinoista esimerkiksi PKL 1 luvun 3 §:ssä säädetyn pidättämisen ja PKL 5 luvun 1 §:ssä säännellyn kotietsinnän edellytykset ovat muiden kriteerien ohella sidotut epäillyn rikoksen rangaistusasteikkoon. Johtopäätöksenä voidaan todeta, että uuteen kriminalisointiin kytkeytyy usein myös viranomaisten toimivallan laajentuminen.¹⁷⁸

Perusoikeuksien rajoitusedellytysten näkökulmasta tämä toimivallan laajentuminen ei voi olla ainoa kriminalisoinnin peruste, vaan kriminalisoinnin kajotessa ihmisten itsemääräämisoikeuteen ja vapauspiiriin tulee rajoitusperusteella olla ”kohtuullista yhteiskunnallista merkittävyyttä” (oikeushyvien suojeluperiaate).¹⁷⁹

Kriminalisoinnin ja toimivallan laajentumisen suhde ei kuitenkaan aina ole välttämättä yhtä kiinteä kuin edellä on esitetty. Esimerkiksi oikeus telekuunteluun (PKL 5 luvun 2 a §) on sidottu määrättyihin rikosnimikkeisiin eikä rangaistusmaksimeihin. Eli käytännössä uudet kriminalisoinnit tai rangaistusasteikon ankaroittaminen jonkin rikoksen osalta eivät välttämättömästi heijastu oikeuteen suorittaa telekuuntelua ko. rikokseen liittyvän epäilyn johdosta. Voitaneen olettaa, että viimeksi kuvatuissa tilanteissa, joissa rikosoikeuden ja pakkokeinosään-

¹⁷⁷ Backman 2003, s. 2.

¹⁷⁸ PeVL 23/1997 vp, s. 2.

¹⁷⁹ Viljanen 2001, s. 331–333.

telyn suhde ei ole kiinteä, tulevat myös pakkokeinosäätelyn perusoikeusvaikutusten punninta ja esimerkiksi pakkokeinon välttämättömyys lainsäätämisen yhteydessä arvioitua perusteellisemmin ja ainakin eritellymmin.

Perustuslakivaliokunta on jo ennen perusoikeusuudistusta 31.5.1994 antamassaan lausunnossa arvioidessaan ehdotettua telekuuntelusäännöstöä perusoikeuksien rajoittamisen näkökulmasta kiinnittänyt huomiota esitetyn valtuuden taustalla olevaan tärkeään ja hyväksyttävänä pidettävään merkittävään yhteiskunnalliseen intressiin, rajoitusesityksen tarkkarajaisuuteen sekä ehdotukseen sisältyviin oikeusturvatakeisiin (muun muassa ”riippumattoman tuomioistuimen yksittäistapauksessa konkreettisen rikosepäilyn johdosta antama lupa”).¹⁸⁰ Perusoikeuksien uudistamisen jälkeiseltä ajalta voidaan esimerkkinä mainita esitutkiinta- ja pakkokeinolakien uudistamiseen johtanut hallituksen esitys 52/2002 vp. Yleisenä havaintona esityksestä voidaan todeta, että rikosten vakavuuden ja siitä johtuvan voimakkaan selvittämisen intressin katsottiin olevan merkittäviä perusoikeusrajoitusten puolesta puhuvia tekijöitä.¹⁸¹

Perustuslainsäädännöksiin sisältyvien lakivaraumien kannalta ei ole yhdentekevää, annetaanko poliisille toimivaltuus rikosten selvittämiseen, rikosten tutkintaan vai rikosten torjuntaan taikka ennaltaehkäisemiseen. Osa toimenpiteistä on sallittu ainoastaan rikosten selvittämiseksi. Käytännön rajanveto-ongelmien helpottamiseksi perustuslakivaliokunta on kuitenkin jo 1990-luvulla jossain määrin laajentanut rikoksen selvittämisen käsitettä kattamaan toimenpiteet ”joihin ryhdytään jonkin konkreettisen ja yksilöidyn rikosepäilyn johdosta, vaikka rikos ei olisi vielä ehtinyt toteutuneen teon asteelle”. Valiokunta on kuitenkin edellyttänyt, että vaatimus konkreettisesta ja yksilöidystä rikosepäilystä tulee ilmi myös säännöksen sanamuodossa.¹⁸² Kysymykseen palattiin laajennettaessa mahdollisuutta telekuunteluun terrorismirikosten torjumiseksi ja erityisesti niiden ennalta estämiseksi. Tällöin arvioitiin myös perusoikeuksien näkökulmasta, mikä merkitys on annettava sille, että rikosta ei ole vielä tapahtunut. Kiteyttäen voidaan todeta, että hallituksen esityksessä pidettiin hyväksyttävänä, että eräiden rikosten luonne on sellainen, että perusoikeuksien rajoittamisen sitominen esitutkintaan ei ole perusteltua. Tällöin poliisin toimenpiteistä aiheutuvat perusoikeuksien rajoitukset olisivat mahdollisia jo esitutkintaa edeltävässä tiedusteluvaiheessa.

¹⁸⁰ PeVL 8/1994 vp, s. 2–4. Viljasen mukaan turvallisuuteen rajoitusperusteena viitattiin ensimmäisen kerran perustuslakivaliokunnan lausunnossa PeVL 7/1997 vp. Ks. tästä Viljanen 2001, s. 168 sekä PeVL 7/1997 vp, s. 2, jossa käytettiin ilmaisua ”on omiaan lisäämään jokaisen oikeutta turvallisuuteen”.

¹⁸¹ HE 52/2002 vp, s. 74–79.

¹⁸² PeVL 2/1996 vp, s. 2 ja PeVL 5/1999 vp, s. 2–3. Ks. myös PeVL 12/1998 vp, s. 5, jossa on jo todettu mainittuihin salaisiin tiedonhankintakeinoihin liittyvien valtuuksien käyttämisen olevan mahdollista ”vain konkreettisen rikosepäilyn perusteella”.

Hallituksen esityksessä todettiin, että ”[m]ikäli terrorismirikoksiin voitaisiin la-
kisääteisin keinoin puuttua vasta niiden tapahduttua, tällä voisi olla kohtalokkaat
seuraukset”.¹⁸³ Perustuslakivaliokunta pitäytyi hallituksen esityksestä antamas-
saan lausunnossa vaatimuksessa, että perusoikeuksiin kajoavan tiedonhankinta-
keinon perusteena tulee olla ”konkreettinen ja yksilöity rikosepäily”. Hallituksen
esityksen muotoilujen katsottiin täyttävän tämän vaatimuksen.¹⁸⁴ Perustuslakiva-
liokunnan jossain määrin laajentava tulkinta on epäilemättä perusteltu, mutta se
osoittaa lakitekstiin sisältyviin tyhjentäviin rajoitusperusteluetteloihin liittyvät
ongelmat.¹⁸⁵ Voidaan esittää, että perustuslakivaliokunnan tulkinta tukee näke-
mystä, jonka mukaan perus- ja ihmisoikeusmyönteisestä tulkinnasta ei voida
johtaa ehdotonta velvollisuutta tulkita toimivaltasäännöksiä ahtaasti kaikissa ta-
pauksissa.¹⁸⁶

PL 10 §:ää käsittelevässä artikkelissaan Hautamäki on pitänyt ”tarkasti säänneltyyn
rikosoikeudelliseen järjestelmään” kytkettyä rikosten selvittämisperustetta selkeäm-
pänä perusteena perusoikeuden rajoittamiselle kuin perusoikeuksien turvaamisperus-
tetta, joka jättää enemmän tilaa tulkinnalle.¹⁸⁷ PL 10 §:n 3 momentissa on säädetty,
että (kursivointi tässä):

”Lailla voidaan säätää *perusoikeuksien turvaamiseksi tai rikosten selvittämiseksi* vält-
tämättömistä kotirauhan piiriin ulottuvista toimenpiteistä. Lailla voidaan säätää lisäk-
si välttämättömistä rajoituksista viestin salaisuuteen yksilön tai yhteiskunnan turvalli-
suutta taikka kotirauhaa vaarantavien rikosten tutkinnassa, oikeudenkäynnissä ja tur-
vallisuustarkastuksessa sekä vapaudenmenetyksen aikana.”

Asiaan liittyy myös yleisempi valtioelinten työnjakoon liittyvä ongelma, johon
ainakin lakivaliokunta on kiinnittänyt huomiota. Lähtökohtaisesti esitutkinta- ja
pakkokeinolakien tulisi säätää rikosten selvittämiseksi tarvittavasta toimivallasta
ja poliisilain puolestaan rikoksen estämiseksi sekä paljastamiseksi tarvittavasta

¹⁸³ HE 266/2004 vp, s. 46. Ks. myös LaVL 6/2005 vp, s. 7–8.

¹⁸⁴ PeVL 11/2005 vp, s. 3. Ks. myös HaVM 10/2005 vp, s. 13. Ks. Ruuska 2007, s. 17, joka on
todennut, että yleinen rikostorjuntatarkoitus ei täytä konkreettisen ja yksilöidyn rikosepäilyn vaa-
timusta. Vaatimus konkreettisesta ja yksilöidystä rikosepäilystä on ulotettu muihinkin esitutkinta-
viranomaisiin kuin poliisiin ja myös muihin kuin esitutkintaviranomaisiin. Se asetettiin kriteeriksi
esimerkiksi telehallintokeskuksen (myöhemmin viestintävirasto) tarkastajien oikeudelle mennä
kotirauhan suojaamaan paikkaan. Ks. tästä PeVL 47/1996 vp, s. 3, PeVL 26/2001 vp, s. 4 ja PeVL
37/2002 vp, s. 2.

¹⁸⁵ Viljanen 2001, s. 202–203.

¹⁸⁶ Jokela 2008, s. 168.

¹⁸⁷ Hautamäki 2012, s. 41. Hautamäki on kiinnittänyt huomiota myös siihen, että muotoilu ”perus-
oikeuksien turvaamiseksi” viittaa siihen, että kotirauha olisi jollakin tavoin toissijainen tai alistei-
nen suhteessa muihin perusoikeuksiin. Ks. tästä Hautamäki 2012, s. 51–52. Ks. kriteerin käytän-
nön merkityksestä myös Linna 2000, s. 708–709. PL 10 §:n ja EIS 8 artiklan suhteesta ks. Ruuska
2007, s. 24–25 ja 37–38.

toimivallasta. Valiokunta on katsonut, että muun muassa epäsovinnaisista tiedonhankintakeinoista annetut poliisilain säännökset ovat hämärtäneet tätä rajanve-toa. Rajanvedolla on ollut merkitystä esimerkiksi lakien valmistelussa.¹⁸⁸ Esitutkinta- ja pakkokeinolait ovat perinteisesti kuuluneet oikeusministeriön hallinnonalan valmisteltaviksi ja poliisilaki sisäasiainministeriön hallinnonalalle.

Yleisen turvallisuuden ylläpitämiseen tähtäävä preventiivinen poliisitoiminta voidaan Tuoria mukaillen erottaa poliisin toimittamasta rikostutkinnasta myös yleisemmällä tasolla. Tuori on hahmottaessaan hallinnon ja lainkäytön suhdetta pitänyt keskeisenä erottavana tekijänä *tavoitteen* aseman eroavaisuuksia hallinnossa ja lainkäytössä. Hallinnon toiminnalle on keskeistä pyrkimys poliittisesti asetettujen, oikeuden ulkopuolisten tavoitteiden toteuttamiseen. Tällöin oikeusnormit eivät ole itsetarkoitus, vaan keino mainittujen tavoitteiden saavuttamiseen. Lainkäytölle taas on ominaista pyrkimys oikeuden toteuttamiseen, ”oikeusnormien vaatimusten toteutuminen yksittäistapauksissa”. Mikäli lainkäytölle on ylipäättään mielekästä asettaa tavoitteita, kyseeseen tulisi Tuorin mukaan juuri oikeusnormien toteutumisen varmistaminen häiriötilanteissa. Poliittisesti asetetut ulkopuoliset tavoitteet jäävät tällöin taka-alalle. Tämä ei Tuorin mukaan sulje pois sitä, etteikö lainkäytölle ominaisessa oikeusnormien soveltamisessa myös tavoiterationaalisilla, oikeuden ulkopuoliset tosiasialliset vaikutukset enakoivilla argumenteilla olisi merkitystä (teleologinen tulkintamethodi). Tällöinkin Tuorin mukaan ”tavoiterationaalinen argumentaatio on alistettu oikeuden toteuttamis-tehtävälle, oikeuden sisäiselle tavoitteelle”.¹⁸⁹ Hallinnolle ja lainkäytölle on Tuorin mukaan ominaista myös erilainen aikaperspektiivi. Hallinnon tavoitteet ovat tulevai-suudessa yhteiskunnallisten tavoitetilojen toteuttamisessa, kun taas lainkäytössä oi-keuden ulkopuolista yhteiskuntaa arvioidaan tyypillisesti menneisyyden näkökulmas-ta, jolloin tavoitteena on arvioida jo tapahtunutta eikä vaikuttaa tulevaan.¹⁹⁰

3.3 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Edellä on kuvattu keskustelua, joka on liittynyt pyrkimykseen perustella henki-lökohtaista turvallisuutta koskevalla perustuslain säännöksellä sen kanssa jännit-teisessä suhteessa olevien perusoikeuksien, kuten henkilökohtaisen vapauden tai koskemattomuuden, rajoittamista. Keskustelu on ollut aiheellista, mutta se luo mielikuvan, että poliisin tärkeästä yhteiskunnallisesta tehtävästä on muodostunut

¹⁸⁸ LaVL 7/2000, s. 4.

¹⁸⁹ Tuori 2000, s. 155–157 ja 160. Hallinnon käsitteen sisällä tehtävästä erottelusta tarkoituksen-mukaisuusharkintaan sekä laillisuusharkintaan perustuviin päätöksiin ja sen vaikutuksesta lain-käytön ja hallinnon väliseen erotteluun ks. Tuori 2000, s. 159–160. Todettakoon lyhyesti, että Tuorin mukaan myös laillisuusharkintaiselle päätöksenteolle on tyypillistä pyrkimys ulkopuolista yhteiskuntaa koskeviin tavoitteisiin. Tällöin normit ovat ensisijaisesti keinoja tavoitteisiin pääse-miseksi. Erottelu ei Tuorin mukaan ole tässä suhteessa siis erityisen merkityksellinen.

¹⁹⁰ Tuori 2000, s. 157.

jonkinlainen perusoikeuksia väistämättä uhkaava ilmiö. Tällainen ajattelu tarkoittaisi paluuta vapausoikeuksien vahvistumista edeltävään aikaan, jolloin poliisi ja julkinen valta olivat yleinen uhka perusoikeuksille. Tämän uhan torjumiseksi kehittyivät klassiset vapausoikeudet, joiden edustamaan perinteeseen Tuori nyt ehdottaa palattavaksi. Kuvatus keskustelun ajoittain synkistä sävyistä huolimatta Tuorin ehdotus on kannatettava.

Olen taipuvainen korostamaan perusoikeusjärjestelmän tärkeyden rinnalla poliisin tehtävien yhteiskunnallista merkitystä. Poliisitoiminnan tavoitteet ovat lähtökohtaisesti legitiimi yhteiskunnallinen syy perusoikeuksien rajoittamiseen, vaikka sen ei katsottaisikaan kumpuavan perusoikeusjärjestelmän sisältä. Perusoikeusjärjestelmän tasapainottava rooli suhteessa toimivaltuussäätelyyn ei ole riippuvainen siitä, palautuuko säätelyn yhteiskunnallinen tarve perusoikeusjärjestelmään. Tältä osin on tosin jäänyt jossain määrin epäselväksi, mitä Saravii-dan mainitsemat ”systeemin omat kriteerit” ylipäättään ovat. Joka tapauksessa perusoikeusjärjestelmän suhde poliisitoimintaan kuvattiin varsin onnistuneesti jo vuoden 1995 poliisilain esitöissä.¹⁹¹

”Valtion tehtävien täsmällinen ja luotettava hoitaminen edellyttää, että julkisen vallan käyttäjät voivat tarvittaessa toteuttaa tehtävänsä pakkotoimin. Julkisella vallalla on oltava asianmukaiset keinot yleisen lainkuuliaisuuden varmistamiseksi ja kansalaisten suojaamiseksi.

Poliisin tehtävänä on oikeus- ja yhteiskuntajärjestelmän osana ylläpitää yleistä järjestystä ja turvallisuutta kansalaisten perusoikeuksien ja muiden yleisten oikeuksien sekä yhteiskunnan perusetujen toteuttamiseksi.”

”Jokaisella on oikeus odottaa, että julkinen valta huolehtii siitä, ettei laillisia oikeuksia loukata. Jokaisen velvollisuus on ottaa huomioon muiden oikeudet edut ja odotukset sekä noudattaa oikeus- ja yhteiskuntajärjestyksen asettamia sääntöjä. Turvallisuustarpeet on asetettava perusoikeuksien mukaiseen tärkeysjärjestykseen siten, että päähuomio kiinnitetään yksilöille ja yhteisölle vaarallisimman toiminnan torjumiseen ja tehtäväjärjestys painotetaan turvallisuusintressien vaatimalla tavalla.

Poliisin toimivaltuuksien käytön keskeinen periaate on, ettei kenenkään oikeuksiin puututa ilman laillista perustetta eikä silloinkaan enempää kuin on välttämätöntä yhteiskunnan ja toisten yksilöiden etujen ja oikeuksien turvaamiseksi.”

¹⁹¹ HE 57/1994 vp, s. 17. Viitasen ajattelussa poliisitoiminnan perusoikeussuojaa edistävä *oikeusvaltiollinen ulottuvuus* toimii vastapainona *poliisin kontrolliulottuvuudelle*, jolla kuvataan välitöntä etuihin, oikeuksiin tai velvollisuuksiin kohdistuvaa poliisitoimintaa. Ks. tästä Viitanen 2007, s. 66. Kontrolliulottuvuuden rinnalle hyvinvointivaltiollinen ajattelu on tuonut myös *palvelu-ulottuvuuden*. Tässä näkökulmassa välitön puuttuminen oikeushyviin ei ole keskeistä, vaan yhteistoi-minta, ulospäinsuuntautuneisuus ja yleisemminkin pyrkimys yhteiskunnallisten ongelmien ratkai-semiseen ”uudella tavalla”. Viitasen mukaan tätä lähestymistapaa ilmentävät mm. Poll 1 §:ssä kuvatut lähipoliisitoiminnan muodot ja tavoitteet, 3 §:n maininta tehtävien priorisoinnista sekä 5 §:ssä säädetty mahdollisuus toimenpiteistä luopumiseen. Ks. tästä Viitanen 2007, s. 76–77.

Useat perusoikeussäännöksiin sisältyvät lakivaraumat osoittavat kiistatta, että perusoikeuksia on tarkoituskin rajoittaa hyväksyttävien perustein. Perusoikeuksien rajoittaminen yleisen turvallisuuden johdosta on osa yhteiskunnan normaalia toimintaa, jota myös esimerkiksi kriminalisointitarpeiden ja perusoikeuksien jännitteinen suhde ilmentää. Kriminalisointien ja rikostorjunnallisen pakkovalan oikeusvaltiollisia lähtökohtia on mahdollisesti hämärtänyt ilmiö, jota Backman on kuvannut *oikeushyväkonseption liudentumiseksi*. Hengen, terveyden, vapauden, fyysisen koskemattomuuden ja varallisuuden kaltaisten konkreettisten ja kouriintuntuvien oikeushyvien rinnalle on tullut epämääräisempiä oikeushyviä, kuten juuri yleinen järjestys sekä esimerkiksi uskonnolliset seikat, julkinen luotettavuus ja talouselämän intressit.¹⁹² Onkin varottava, ettei oikeushyväkonseption liudentuminen johda ajatusmalliin, jota ilmentää seuraava lainaus oikeuskirjallisuudesta: ”Ihmis- ja perusoikeudet ilmentävät tärkeitä arvoperusteisia oikeuksia, joiden rajoittamisessa kollektiivisten kontrolli- ja turvallisuusintressien nimissä tulisi olla erityisen varovainen.”¹⁹³

Oikeuskirjallisuudessa hyväksyttävyyuskriteeristä yleisenä rajoitusedellytyksenä on johdettu vaatimuksia myös käytännön lainsoveltamistoimintaan. On katsottu, että virkamiehen on käyttäessään ”laissa osoitettua perusoikeuksien rajoittamiseen yksittäistapauksessa oikeuttavaa toimivaltaa” varmistuttava siitä, että toimivallan säätämisen perusteena ollut perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä syy on olemassa kyseisessä yksittäistapauksessa. Käytännössä siis esimerkiksi poliisimies saa käyttää yleisen järjestyksen ylläpitämiseen annettuja perusoikeuksia koskevia toimivaltuuksia ainoastaan tässä tarkoituksessa eli käsitellä täytyy olla ”todellinen uhka yleiselle turvallisuudelle”.¹⁹⁴ Nähdäkseni poliisimiehen voidaan edellyttää varmistavan, että hän käyttää toimivaltuuksia poliisilain mukaisessa tehtävässä, mutta tätä pidemmälle menevää arviointia perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten merkityksestä ei voida edellyttää.

Tutkimuksen teeman osalta todettakoon vielä, että poliisin oikeus voimakeinojen käyttöön ilmentää varsin tyypillistä valtion ja kansalaisen välistä vertikaalia perusoikeussuhdetta. Primääritoimivaltasäännöksestä riippuen voimakeinojen käyttöoikeuden ilmentämä perusoikeuksien rajoitus perustuu joko perusoikeusjärjestelmästä johdettaviin kriminalisointeihin tai perusoikeusjärjestelmän ulkopuoliseen painavaan yhteiskunnalliseen intressiin. Yleisten rajoitusedellytysten näkökulmasta tarkasteltuna kyse on nimenomaan hyväksyttävyysspunninnasta eikä niinkään ydinalueen suojasta. Ehdottomat kiellot ja perusoikeuksien ydinalueen suoja huomioon ottaen ei nähdäkseni ole mitään syytä, miksi punnin-

¹⁹² Backman 2003, s. 12. Ks. myös Nuotio 2008, s. 257–258.

¹⁹³ Piispanen 1998, s. 192.

¹⁹⁴ Viljanen 2001, s. 128–129.

taa rajoitusintressin ja rajoituksen vaikutusten välillä ei voitaisi tehdä alexylaise-na optimointiin tähtäävänä punnintana, jossa punnittavana, rajoitusperustetta edustavana periaatteena voi toimia sekä perusoikeusjärjestelmästä kumpuava intressi että painava yhteiskunnallinen tarve. Kuvatusta punninta-asetelmasta ja hyväksyttävien perusoikeusrajoitusten laajuudesta lisää seuraavassa.¹⁹⁵

¹⁹⁵ Ks. HE 266/2004 vp, s. 47, jossa on todettu, että ”perustuslain takaama yksityisyyden suoja ja oikeus turvallisuuteen on saatettava rikosanalyysiä toteutettaessa keskinäiseen tasapainoon”.

4 Hyväksyttävien rajoitusten laajuudesta

4.1 PERUSOIKEUDEN YTIMEEN ULOTTUVIA RAJOITUKSIA EI VOIDA SÄÄTÄÄ TAVALLISELLA LAILLA¹⁹⁶

Perusoikeuden ydinaluetta suojatessaan perusoikeuksia sääntelevät normit ovat sääntöjä, vaikka ne muutoin ovat lähtökohtaisesti periaatteita. Voidaan sanoa, että perusoikeuksien ydinalue muodostaa *sääntöluonteisen perusoikeusulottuvuuden*, jonka alueella liikuttaessa ei voi olla sellaista painavaa yhteiskunnallista intressiä, jolla perusoikeutta voitaisiin rajoittaa. Lainsäädäntötyössä ratkaisevaksi tulee siis määrittää, kajoaako suunniteltu perusoikeusrajoitus perusoikeuden ydinalueeseen. Tässä suhteessa ydinalueen vaikutus on rinnastettavissa ehdottomien perusoikeuksien vaikutukseen, vaikkakin ydinalueen määrittäminen on tyypillisesti hankalampaa kuin ehdottoman perusoikeuden tunnistaminen.¹⁹⁷ Luonteeltaan perusoikeuden ydinalue – määrittäyppä se miten tahansa – on pysyväisluonteinen, mutta ei kuitenkaan muuttumaton. Asteittaiset muutokset ovat mahdollisia pidemmän ajanjakson kuluessa. Toisaalta ydinalueen tulee saada sama sisältö eri konteksteissa eli ydinsisältö on riippumaton siitä, arvioidaanko sitä esimerkiksi yleisten rajoitusedellytysten vai kvalifioitun lakivaruksen näkökulmasta.¹⁹⁸

Perusoikeuskomitean mietinnössä ydinalueen (komiteanmietinnössä perusoikeuden *olennainen sisältö*) koskemattomuutta kuvattiin toteamalla, että perusoikeusrajoitus ei voi merkitä ”perusoikeuden vaikutuksettomaksi tekemistä”.¹⁹⁹ Hallituksen esityksessä 309/1993 vp on puolestaan todettu, että ydinalueen koskemattomuuden kieltö kattaa ”syvälle käyvät, poikkeukselliset tai summaariset rajoitukset”.²⁰⁰

¹⁹⁶ PeVM 25/1994 vp, s. 5.

¹⁹⁷ Viljanen 2001, s. 214–215, 230–231 ja 237 sekä Tuori 2007, s. 152–154 ja 264. Vrt. Hautamäki 2011, s. 83–84. Ks. myös Hautamäki 2011, s. 91–92. Hautamäki on todennut ydinalueargumentaation liittyvän erityisesti klassisiin vapausoikeuksiin. Ks. myös Hautamäki 2011, s. 86, jossa Hautamäki on todennut, että yleisemminkin sääntöluonteisuus on periaateluonteisuutta luontevampi tapa lähestyä perusoikeuksia. Sääntö-normien ja periaate-normien erotteluun liittyvistä ongelmista ks. Jyränki 2003, s. 34–35. Toisaalta Jyränki (Jyränki 2003, s. 424–425) on todennut, että perustuslakivaliokunta oli käytännössä pitäytynyt enemmänkin kyllä/ei -arvioihin lakien perustuslainmukaisuudesta eikä niinkään periaatteiden kollisiopunnintaan.

¹⁹⁸ Hautamäki 2011, s. 82.

¹⁹⁹ KM 1992:3, s. 381.

²⁰⁰ HE 309/1993 vp, s. 30.

Valitettavasti eri perusoikeuksien ydinsisältöä ei ole luettavissa perustuslaista eikä myöskään perusoikeusuidistukseen johtaneesta hallituksen esityksestä. Ydinsisällön määrittäminen onkin jäänyt lähinnä perustuslakivaliokunnan tehtäväksi.²⁰¹ Perustuslakivaliokunta ei ole kuitenkaan suorittanut tätä tehtäväänsä erityisellä tarmokkuudella, ja joiltakin osin perustuslakivaliokunnan käytännön perusteella näyttää siltä, ettei tällaista ydintä kaikilla perusoikeuksilla edes olisi. Jyrängin ja Husan mukaan perustuslakivaliokunta näyttää pitävän perusoikeuksia pikemminkin perusoikeusperiaatteina kuin ytimeltään ehdottomasti suojatuina sääntöinä. Tosiasiassa ydin muodostuisikin siis tapauskohtaisesti rajoittamaan perusoikeuksien rajoitusmahdollisuuksia.²⁰² Myös Länsineva on esittänyt, että perusoikeuden ydinalue määrittäminen kulloisessakin ratkaisutilanteessa erikseen, jolloin huomioon tulee otettavaksi harkintatilanne kokonaisuudessaan ja erityisesti perusoikeuteen puuttumiselle esitettyjen perusteiden painavuus. Tällöin ydinalueen määrittämisessä joudutaan tukeutumaan suhteellisuusperiaatteen.²⁰³ Ulkomaisessa kirjallisuudessa ainakin Alexy on suhtautunut kriittisesti ajatukseen ehdottomasta loukkaamattomasta ytimestä. Oikeampaa olisi hänen mukaansa pitäytyä suhteellisuusperiaatetta korostavassa ajattelussa, jonka mukaan *”the essential core is what is left over after the balancing test has been carried out”*. Sanotusta huolimatta käytännössä jokin periaatteen alue voi olla koskematon.²⁰⁴

Yhtenä ydinalueen kriteerinä voidaan Viljasen mukaan pitää ihmisoikeusvelvoitteiden määrittämää suojatun oikeuden vähimmäistasoa. Vähimmäistasoon puuttuvia toimenpiteitä voitaneen pitää myös vastaavan perusoikeuden ydinalueeseen puuttumisena.²⁰⁵ Niin houkuttelevaa kuin vähimmäistason sekä ydinalueen ja toisaalta ydinalueen ja ehdottomien kieltojen rinnastaminen onkin, tu-

²⁰¹ Saraviita 2011, s. 140. Ks. esim. PeVL 7/1997 vp, s. 2 ja PeVL 17/1998 vp, s. 4. Hallituksen esityksessä on mainittu esimerkkinä ydinalueesta lähinnä orjuuden ja pakkotyön kielto henkilökohtaisen vapauden ydinalueena. Ks. tästä HE 309/1993 vp, s. 46. Ks. myös Viljanen 2001, s. 230–231. Nuutila puolestaan on maininnut esimerkkinä ydinalueesta ammatillisen yhdistymisvapauden (1997a, s. 40) ja ennakkosensuurin kiellon (1998, s. 170).

²⁰² Jyräni – Husa 2012, s. 407–408. Ks. myös Lavapuro 2010a, s. 11, joka on katsonut ydinalueen määrittämistyön jääneen perustuslakivaliokunnalta pääosin tekemättä, ainakin siltä osin kuin kyse on lainsäätäjän harkintavaltaa rajoittavasta funktiosta. Samoin Lavapuro 2010b, s. 249.

²⁰³ Länsineva 2002, s. 83. Myös Hautamäki on katsonut, että perusoikeuksien välinen punninta, jossa myös ydinalueenäkokohta tulee huomioon otettavaksi, on voimakkaammin läsnä lain soveltamisessa kuin lain säätämisessä. Hautamäen sanoin ”lainsäätämisessä punninta on oikeuspoliittista harkintaa abstraktilla tasolla eri perusoikeuksien välillä”. Ks. tästä Hautamäki 2011, s. 84–85.

²⁰⁴ Alexy 2002, s. 192–196.

²⁰⁵ Viljanen 2001, s. 244–245. Tällaisella määrittelyllä on toki kiinteä yhteys sekä hyväksyttävyyssvaatimukseen että vaatimukseen rajoitusten ihmisoikeusvelvoitteiden mukaisuudesta. Jo aiemmassa kirjoituksessaan Viljanen oli nimenomaisesti todennut ihmisoikeussopimusten asettavan rajan, jonka ylityttyä perusoikeuden ”turvaaminen edellyttää lakiehdotuksen muuttamista tai lain säätämisestä luopumista”. Ks. tästä Viljanen 1996, s. 796–797. Ks. myös Jyräni 2003, s. 490 ja Hauta-

lee sen suhteen tehdä joitakin huomioita. Samanlaisista vaikutuksistaan huolimatta katson ehdottomien kieltojen alan ydinaluetta suppeammaksi. Kuten olen edellä todennut, Tuorin tasajaottelussa oikeuden syvärakenteeseen tulisi sijoittaa lähinnä ihmisoikeusperiaatteita, joiden joukkoon ehdottomat kiellot ja epäilemättä osa perusoikeuksien ydinalueista sijoittuu. Osa ydinalueista on kuitenkin ennemminkin oikeuskulttuurin tason ilmiöitä.

Toisaalta taas ihmisoikeuksien vähimmäistasoa määrittävän EIT:n oikeuskäytännön osalta on aiheellista pohtia, miltä osin se sijoittuu oikeuskulttuurin tasolle ja miltä osin kyse on ainoastaan modernin oikeuden pintatason ilmiöistä. Tämän selvittäminen edellyttää EIT:n tulkintaperiaatteiden tuntemista ja ratkaisukäytännössä muodostuvien ajallisten jatkumoiden havaitsemista. Tämän suuntaista varovaista lähestymistapaa edustaa ilmeisesti myös Hautamäki, joka on todennut, että perusoikeuksien ytimet voidaan katsoa absoluuttisiksi tai suhteellisiksi. Hän on katsonut oikeuden elämään sellaisenaan kidutuksen kieltoon rinnastettavaksi, luonteeltaan ehdottomaksi ja rajoittamattomaksi eli absoluuttiseksi ytimeksi, kun taas esimerkiksi sananvapauden ydin on suhteellisempi. Nimenomaan suhteellisen ytimen osalta Hautamäki näyttäisi pitävän mahdollisena ainakin asteittaisia ajattelumallien muokkautumisen myötä tapahtuvia muutoksia.²⁰⁶ Lähtökohtaisesti olen samaa mieltä Hautamäen kanssa, mutta myös oikeus elämään perus- ja ihmisoikeutena on voimakkaasti riippuvainen tapauskohtaisesta punninnasta. Tältä osin absoluuttinen luonne näyttäisikin parhaiten soveltuvan *kuolemanrangaistuksen kieltoon*, jonka soveltamisalan määrittely lienee kohtuullisen yksinkertaista.

Vaikka pyrinikin tässä tutkimuksessa hahmottamaan esimerkiksi oikeus elämään -perusoikeuden vahvaa tulkintavaikutusta omaavaa kovaa ydintä, on syytä viitata Hautamäen arvioon ydinalueen määrittämisen yleisemmästä merkityksestä. Hänen mukaansa erityisesti ydinalueen merkityksen korostaminen punninnassa suhteessa ei-ydinalueeseen saattaa johtaa poliittisissa intresseissä tapahtuvaan ydinalueen laajentavaan tulkintaan ja siten eräänlaiseen ydinalueargumentaation inflaatioon.²⁰⁷

Rikosoikeuden piirissä Melander on käsitellyt ydinalueen koskemattomuuden vaatimusta ihmisarvon loukkaamattomuuden (kriminalisointiperiaate) yhteydessä. Hänen pyrkimyksensä on esimerkein määrittää aluetta, johon kriminalisointeja ei voi ulottaa. Melanderin näkemyksistä voitaneen sanoa, että hän lähestyy rajoitusperusteita periaatteina, jolloin kriminalisointien suhde perusoikeuksiin määritettäisiin punninnassa, jossa huomioon otettaviksi tulisivat ydinalueen koskemattomuusvaatimus, hyväksyt-

mäki 2011, s. 84. Hautamäki on kiinnittänyt huomiota siihen, että perus- ja ihmisoikeuksien ytimeen saattaa kuitenkin liittyä tulkinnallisia eroja.

²⁰⁶ Hautamäki 2011, s. 88–89.

²⁰⁷ Hautamäki 2011, s. 95–96.

tävyysvaatimus (mm. painava yhteiskunnallinen intressi) ja suhteellisuusvaatimus sekä lisäksi ihmisoikeusargumentit, erityisesti EIT:n ratkaisukäytäntö.²⁰⁸ Kuten olen edellä todennut, pidän itse parempana vaiheittain, osin sääntötyyppisesti, etenevää arviointia.

4.2 RAJOITUSTEN ON OLTAVA VÄLTÄMÄTTÖMIÄ JA SUHTEELLISUUSVAATIMUKSEN MUKAISIA

Perusoikeusrajoitusten välttämättömyysvaatimus edellyttää, että ”rajoitus on sallittu ainoastaan, jos tavoite ei ole saavutettavissa perusoikeuteen vähemmän puuttuvin keinoin”.²⁰⁹ Välttämättömyys ei tässä viittaa ehdottomaan tarpeellisuuteen (logiikan välttämättömyys), vaan lähinnä vaatimukseen erittäin painavista perusteista.²¹⁰ Viljanen on kytkenyt välttämättömyyden empiiriseen tietoon eri keinojen (esimerkiksi rikostorjunnan tehostamiseksi myönnetyt toimivaltuudet) vaikutuksista perusoikeuksiin sekä yhteiskunnalliseen ilmiöön, johon pyritään vaikuttamaan. Mutta kuten kirjoittaja on itsekkin todennut, tämä tieto on usein saatavissa vasta jälkikäteen, ja lainsäätäjälle on jätettävä harkintavaltaa sen suhteen, onko jokin keino tehokas vai ei. Riittävää Viljasen mukaan onkin, että keino objektiivisesti etukäteen arvioituna soveltuu tavoitteen saavuttamiseen eikä muitakaan perusoikeuksia vähemmän rajoittavia, mutta vähintään yhtä tehokkaita keinoja ole käytettävissä.²¹¹ Yleisenä rajoitusedellytyksenä toimimisen lisäksi välttämättömyys-vaatimus sisältyy myös joihinkin kvalifioituihin lakivauruksiin, kuten PL 10 §:n 3 momenttiin.

Samoin kuin kysymys painavan yhteiskunnallisen intressin käsilläolosta myös kysymys rajoituksen *suhteellisuudesta* jättää arvioijalle laajalti harkintavaltaa.²¹² Suhteellisuusvaatimus edellyttää, että perusoikeuden ”[r]ajoitus ei saa mennä pidemmälle kuin on perusteltua ottaen huomioon rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään”.²¹³ Suhteellisuusvaatimuksen toteutumiseen liittyvä punninta on arvosidonnaista yhteiskuntapoliittista päätöksentekoa. Viljasen mukaan kyse ei kuitenkaan ole ”ulko-oikeudellisesta” päätöksenteosta, vaan erilaisten intressien painoarvo on sitä suurempi, mitä vahvempaa institutionaalista tukea ne saavat esimerkiksi

²⁰⁸ Melander 2008, s. 302–308.

²⁰⁹ PeVM 25/1994 vp, s. 5. Ks. myös PeVL 23/1997 vp, s. 2.

²¹⁰ Saraviita 2011, s. 140.

²¹¹ Viljanen 2001, s. 213–214.

²¹² Helin 2012, s. 18.

²¹³ PeVM 25/1994 vp, s. 5. Ks. myös PeVL 23/1997 vp, s. 2.

perustuslaista tai sen esitöistä.²¹⁴ Punninnassa voidaan ottaa huomioon myös esimerkiksi oikeusturvajärjestelyjen tehokkuus, rajoitusten poikkeuksellisuus ja kohtuullisuus sekä rajoituksesta aiheutuvien vahinkojen korvausjärjestelyt.²¹⁵ Tällöin suhteellisuus-punninnassa päädytäänkin hyvin lähelle samoja kriteerejä kuin hyväksyttävyyssarvioinnissa, mitä ilmentää sekin, että lähtökohtaisesti perusoikeuden ja perusoikeusjärjestelmän ulkopuolelle palautuvan rajoitusintressin välisessä punninnassa perusoikeuksilla on *prima facie* -etusija. Perusoikeus voi kuitenkin joutua väistymään, ”jos konkreettisessa tilanteessa perusoikeutta vastassa olevan periaatteen tueksi voidaan esittää riittävän painavia argumentteja.”²¹⁶

Melanderin mukaan rikosoikeudellinen *ultima ratio* -kriminalisointiperiaate sisältyy suhteellisuusvaatimukseen ”siihen kuuluvana oikeudenalaspesifinä oikeudellisena periaatteena”. *Ultima ratio* -periaatteesta johdettavia vaatimuksia tulisi siis ensisijaisesti soveltaa silloin, kun on kyse rikosoikeusjärjestelmästä johtuvasta perusoikeusrajoituksesta.²¹⁷ Tässä yhteydessä Melander viittaa erityisesti suhteellisuusvaatimukseen sisältyvään vaatimukseen viimeisestä keinosta (välttämättömyys). Sen sijaan arvioidessaan *suhteellisuusvaatimuksen ja hyöty-haitta-punninnan* suhdetta Melander on päätenyt korostamaan hyöty-haitta-punninnan olemusta kriminaalipoliittisena ja pragmaattisena punnintamallina. Toisaalta on huomattava, että rikosoikeudellinen hyöty-haitta-punninta saattaa olla rajoittavampi kuin perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset.²¹⁸ Nuutila, joka kytkee Melanderia kiinteämmin kriminalisointiperiaatteet perusoikeuksiin, on todennut suhteellisuusvaatimuksen edellyttävän, että ”[m]itä suurempaa toimintavapauden rajoitusta kriminalisointi merkitsee, sitä tärkeämmästä oikeushyvien suojelusta on oltava kyse”.²¹⁹

Selvyyden vuoksi todettakoon, että myös rangaistusseuraamuksen ankaruuden ja teon moitittavuuden on oltava hyväksyttävässä suhteessa toisiinsa.²²⁰ Tämä on varsin ilmeistä, kun otetaan huomioon, että valtaosa rikoksista tuomittavista seuraamuksista merkitsee olennaista perusoikeusrajoitusta.²²¹ Perusoikeuksien näkökulmasta merkitävää on myös, että rangaistustason valinta vaikuttaa ko. rikosten tutkinnassa mahdol-

²¹⁴ Viljanen 2001, s. 210–211 ja 220–221.

²¹⁵ Viljanen 2001, s. 211.

²¹⁶ Viljanen 2001, s. 216.

²¹⁷ Melander 2002, s. 954 ja Melander 2008, s. 399–401.

²¹⁸ Melander 2002, s. 958 ja Melander 2008, s. 475–477. Vrt. Viljanen 2001, s. 337–338. Viljanen on rinnastanut suhteellisuusvaatimuksen yleisinä kriminalisointiperiaatteina pidettyihin hyöty-haitta-vertauun ja *ultima ratio* -periaatteeseen. Ks. myös Melander 2002, s. 959, jossa hän on todennut, että myöskään moraalifilosofisia näkemyksiä ei tule unohtaa.

²¹⁹ Nuutila 1996a, s. 69. Ks. myös Backman 2003, s. 2.

²²⁰ PeVL 23/1997 vp, s. 2. Ks. myös Viljanen 2001, s. 338–340 ja Jyräki – Husa 2012, s. 415–416.

²²¹ Saraviita 2011, s. 155.

lisesti käytettävien pakkokeinojen valikoimaan.²²² Toisin sanoen seuraamuksen ankaroituminen merkitsee sellaisenaan perusoikeuden laajempaa rajoittamista, minkä lisäksi se saattaa johtaa perusoikeuksien laajempaan rajoittamiseen esitutinnan ja rikosprosessin kuluessa.

Lähtökohtaisesti myös suhteellisuusvaatimus tulee ottaa huomioon konkreettisesti lainsoveltamistilanteessa, mikä voi edellyttää perusoikeuksiin puuttumiseen oikeuttavien toimivaltasäännösten supistavaa tulkintaa.²²³ Käytännössä on siis mahdollista, että vaikka perusoikeuteen puuttumiseen oikeuttava toimivaltasäännös voi yleisellä tasolla lakiin kirjoitettuna *in abstracto* olla suhteellisuusvaatimuksen mukainen, toimivaltasäännökseen perustuva toimivallan käyttö ei kuitenkaan kaikissa yksittäistapauksissa *in concreto* sitä ole.²²⁴

Vaikka edellä kuvattu ongelmallinen esitutinnan ja rikostiedustelutoimenpiteiden välinen rajanveto jossain määrin hämärtää rikoslain ja rikostorjunnan suhdetta, saadaan kriminalisoinneista ja niihin sisältyvistä rangaistusasteikoista käsitys siitä, kuinka vakavana lainsäätäjät pitää jotakin moitittavaa käytöstä.²²⁵ Tämä tieto vaikuttaa suoraan siihen punnintaan, jota tehdään arvioitaessa jonkin rikosprosessuaalisen pakkokeinon hyväksyttävyyttä perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten näkökulmasta. Tätä punnintaa ei yleensä kuitenkaan tehdä tapauskohtaisesti, vaan pakkokeinojen edellytykset on sidottu rikokseen liitetyn rangaistusasteikon ilmentämään yhteiskunnan suhtautumiseen. Myös uudessa poliisilaissa on lähdetty siitä, että käyttämällä erilaisia ilmauksia (”erittäin tärkeä merkitys” ja ”välttämätön”) porrastetaan eri tiedonhankintakeinojen käyttöä sen perusteella, kuinka tuntuvasti niillä puututaan perus- ja ihmisoikeuksiin.²²⁶ Vaikka punnittavina ovatkin pakkokeinon käytöstä seuraava puuttuminen perusoikeuksiin sekä esimerkiksi telekuuntelusäännöksessä kuvattujen rikollisten menettelytapojen *yleinen* yhteiskunnallinen vahingollisuus, näyttää joka tapauksessa siltä, että rikosprosessuaalisten pakkokeinojen hyväksyttävyys on kriminalisointien kautta palautettavissa varsin välittömästi perusoikeusjärjestelmään. Tosin Tuori ei näyttäisi hyväksyvän tällaistakaan argumentointia, vaan hänen kritiikissään näkemykseni ilmeisesti edustaisi kehitystä, ”jossa se mitä valtiosäännön oli aiemmin määrää rajoittaa – poliisin toimintaedellytykset ja -valtuudet – imaistaan perusoikeusjärjestelmän sisään, asetetaan samalle tasolle rajoitusperusteina toimivien perusoikeuksien kanssa.”²²⁷

²²² Viljanen 2001, s. 339–340.

²²³ Viljanen 2001, s. 225.

²²⁴ Viljanen 2001, s. 352–353.

²²⁵ Ks. myös Lohse 2012, s. 234–235, joka on johtanut suojeluintressin arvon riskianalyyssissä suoraan rikoslain rangaistusasteikoista.

²²⁶ HE 224/2010 vp, s. 39.

²²⁷ Ks. Tuori 1999b, s. 929.

On kuitenkin huomattava, että erityisesti poliisilakiin sisältyy lukuisia säännöksiä, joissa primäärisen toimivallan käytön perusteena ei ole käyttäytymistä, jolle olisi helposti löydettävissä sellaista moitittavuutta ilmentävää rangaistus-säännöstä, josta voitaisiin hakea johtoa tehtävän tärkeydelle. Esimerkkinä voidaan mainita kiinniottaminen henkilön suojaamiseksi (11 §) tai paikan ja alueen eristäminen (18 §). Sitä vastoin käytettäessä toimivaltuuksia esimerkiksi PolL 20 §:n nojalla rikoslain rangaistusasteikosta voitaneen saada viitteitä siitä, kuinka painava suojattava yhteiskunnallinen inressi on. Mainitun säännöksen 1 momentin nojalla:

”Poliisimiehellä on oikeus poistaa paikalta henkilö, jos hänen uhkauksistaan tai muusta käyttäytymisestään voidaan päätellä, että hän todennäköisesti syyllistyisi henkeen, terveyteen, vapauteen, kotirauhaan tai omaisuuteen kohdistuvaan rikokseen.”²²⁸

Esimerkiksi omaisuuteen kohdistuvan rikoksen estämiseen tähtäävä tehtävä ei ole yhtä tärkeä eikä yhteiskunnallinen intressi yhtä painava kuin henkeen kohdistuvan rikoksen estäminen. Esittämäni ajatusmalli ei sinänsä tuo käytännön päätöksentekoon juurikaan mitään uutta, mutta nähdäkseni esimerkiksi poliisilakiin sisältyvien punnintasäännösten kytkeminen tällä tavoin lainsäätäjän tahtoa ilmentävään rikoslakiin sekä yleisemminkin perusoikeusjärjestelmään on itsessään tärkeä asia. Kääntäen punninnassa on merkitystä myös sillä, kuinka ankarasti toimivaltasääntelyyn perustuva suojattavaan etuun kajoaminen olisi kriminalisoitu, ellei toimivaltasääntelyä olisi.

Edellä kerrotussa on kyse välttämättömyys- ja suhteellisuusvaatimuksen (yleisinä perusoikeuksien rajoitusedellyksinä) merkityksestä konkreettisessa soveltamistilanteessa tehtävästä punninnasta eikä kategorisesta toimivaltuuksien rajoittamisesta. Käytännössä yleisistä rajoitusedellytyksistä juuri nämä vaatimukset voisivat konkreettisessa lainsoveltamistilanteessa ylipäätään tulla sovellettavaksi. Tältäkin osin voidaan perustellusti kysyä, mitä rajoitusedellytykset tuovat lisää poliisi- ja rikosoikeudelliseen sääntelyyn sisältyviin vaatimuksiin.²²⁹ Esimerkkinä mainittakoon PolL 2 §:n 2 momentin 2. virke, jonka nojalla

”toimenpiteiden on oltava perusteltuja suhteessa tehtävän tärkeyteen ja kiireellisyyteen sekä tilanteen kokonaisarviointiin vaikuttaviin seikkoihin.”

Myös voimakeinojen käyttöä sääntelevän 27 §:n toisen momentin mukaan:

²²⁸ Henkilön oman käyttäytymisen merkitystään ei tule sivuuttaa. Hidén onkin – tosin vuosikymmeniä sitten – katsonut, että mitä selvemmin perusoikeuden rajoitus liittyy esimerkiksi henkilön selvästi moitittavaan käyttäytymiseen, sitä herkemmin rajoitus voidaan tehdä tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä. Ks. tästä Hidén 1980, s. 104.

²²⁹ Ks. Kerttula 2010, s. 237–238 sekä Tuori 2003a, s. 937–938.

”Voimakeinojen puolustettavuutta arvioitaessa on otettava huomioon tehtävän tärkeys ja kiireellisyys, vastarinnan vaarallisuus, käytettävissä olevat voimavarat sekä muut tilanteen kokonaisarvosteluun vaikuttavat seikat.”

4.3 VIRKAMIESASEMAN MERKITYS

Perusoikeuksille on tunnusomaista niiden lähtökohtainen yleisyys, kuuluminen kaikille yhdenvertaisesti.²³⁰ Perusoikeuksien ulottuvuus on riippumaton henkilön virkamiesasemasta, eikä erityinen vallanalaisuussuhde, jollainen esimerkiksi virkasuhde julkisyhteisöön on, voi toimia perusteena perusoikeusrajoituksille.²³¹ Tämä lähtökohta vahvistettiin 1990-luvulla perusoikeussäännöksiä uudistettaessa, jolloin nimenomaisesti todettiin, että ”virkamiesten perusoikeuksien rajoittaminen edellyttää nykyisen käsityksen mukaan lakia, jonka säätämisjärjestys riippuu rajoituksen sisällöstä ja asteesta”. Tarvittavien rajoitusten hyväksyttävyyttä tuli arvioida tavanomaisten perusoikeuksien rajoitusedellytysten mukaan.²³² Eli on sinänsä mahdollista, että virkamiestenkin asemaan liittyy ”seikkoja, jotka oikeuttavat jonkin perusoikeuden joihinkin rajoituksiin tavallisessa laissa”²³³, mutta mahdollisuutta rajoittaa esimerkiksi poliisien perusoikeuksia tulee arvioida perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten näkökulmasta.²³⁴ Muun muassa virkatehtävien luonne ja siihen liittyvät virkavelvollisuudet saattavat oikeuttaa rajoittamaan virkamiehelle kuuluvia perusoikeuksia. Virkamiesoikeuden perusteoksessa on esimerkkinä mainittu velvollisuus alistua terveystarkastukseen.²³⁵

Hallituksen esityksessä 266/2004 vp arvioitiin PL 10 §:n (yksityiselämän suoja) kanalta mahdollisuutta asettaa poliisimiehille myös vapaa-aikaan kohdistuvia velvoitteita. Perusoikeuksien rajoittamista puollettiin Poll 1 §:ssä määritellyillä poliisin tehtävillä ja niiden merkityksellä yhteiskunnassa. Hallituksen esityksessä katsottiin yksi-

²³⁰ HE 309/1993 vp, s. 5.

²³¹ Bruun et al. 1988, s. 107–109 ja Viljanen 2001, s. 103. 1980-luvun virkamieslainsäädäntöä uudistettaessa tulivat aiempaa korostetummin esille myös virkamiesten perusoikeudet ja oikeusturva. Ks. tästä Bruun et al. 1988, s. 28.

²³² HE 309/1993 vp, s. 25. Lähinnä pääsykoe- ja oppikirjaksi tarkoitettussa perus- ja ihmisoikeuksien perusteoksessa Ojanen on todennut rajoituksen hyväksyttävyyden riippuvan siitä, kuinka kiinteästi ja välittömästi rajoitus liittyy virkaan tai virkatehtäviin. Ks. tästä Ojanen 2009b, s. 27–28.

²³³ Hidén 1999a, s. 11.

²³⁴ HE 266/2004 vp, s. 43. Perusoikeuksien uudistamisen myötä mm. sotilaita koskevat erityiset rajoitusedellytykset poistuivat laista.

²³⁵ Bruun et al. 1988, s. 110.

tyisyyden rajoittamisen olevan ”painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatimaa”.²³⁶ Virkamiesten perusoikeuksien rajoittamisen hyväksyttävyyttä arvioitaessa tuli hallituksen esityksen mukaan kiinnittää erityistä huomiota siihen ”kuinka läheisesti ja välttämättömästi” kyseinen perusoikeuden rajoitus liittyy henkilön virkaan ja virkatehtäviin. Yksityiselämään ulottuviin, virkamiesasemasta johtuviin yleisiin käyttäytymisvelvollisuuksiin tulisi suhtautua hyvin pidättyvästi, jos niillä kajotaan perusoikeuksien piiriin. Tällaisten rajoitusten voidaankin katsoa olevan varsin etäällä yksilöidystä virkatehtävistä. Poliisin perusoikeuksien rajoitukset katsottiin hyväksyttäviksi mm. siltä osin kuin poliisille asetettiin vapaa-ajalle ulottuvia käyttäytymisvelvoitteita ja rajoitettiin oikeutta sivutoimiin.²³⁷

Viranhaltijan suostumukselle hänen perusoikeuksiensa rajoittamiseen (tai ennakotiedolle rajoituksesta) voidaan antaa merkitystä, mutta aidosti vapaaehtoisista suostumustakaan ei voida käyttää laissa säätämisen vaatimuksen kiertämiseen, vaan se tulee huomioon otettavaksi lähinnä yhtenä kriteerinä arvioitaessa perusoikeuden rajoituksen hyväksyttävyyttä suhteellisuuskriteerin näkökulmasta.²³⁸ Suostumuksen merkitystä ei ylipäätään voida perustellusti ulottaa virkatehtävien hoitamisen ulkopuolelle.²³⁹

Pidättyvään suhtautumiseen perusoikeuksien rajoittamiseen virka-aseman perusteella velvoittavat myös Suomea sitovat kansainväliset velvoitteet. Esimerkiksi KP-sopimuksen 22 artiklassa on yhdistymisvapaudesta ja ammattiyhdistysvapaudesta nimenomaisesti todettu, ettei artikla estä laillisten rajoitusten asettamista asevoimiin ja poliisiin kuuluville heidän käyttäessään tätä oikeutta. Sitä vastoin sananvapauteen (19 artikla) ja kokoontumisvapauteen (21 artikla) ei ole sisällytetty erityistä sotilaiden oikeuksien rajoituslauseketta. EIS:ssä puolestaan on sotilaita, poliisiin kuuluvia ja valtion virkamiehiä koskeva erityinen rajoituslauseke yhdistymis- ja kokoontumisvapautta turvaavassa 11 artiklassa. Tällaista rajoituslauseketta ei sen sijaan esiinny sananvapautta koskevassa 10 artiklassa.

4.4 YHTEENVETO

Lopuksi on syytä vielä palata edellä mainittuun Viljasen huomioon siitä, että suhteellisuuspunninnassa ei ole kyse ”ulko-oikeudellisesta” päätöksenteosta, koska intressien painoarvo riippuu niiden saamasta institutionaalisesta tuesta. Onko todella näin? Viljanen on epäilemättä oikeassa siinä, että valtiosääntöoi-

²³⁶ HE 266/2004 vp, s. 44. Suostumuksen merkityksestä vankiin kohdistuvien pakkokeinojen osalta ks. EOAK 1997, s. 40.

²³⁷ HE 266/2004 vp, s. 44 ja PeVL 11/2005 vp, s. 6.

²³⁸ Viljanen 2001, s. 107–108 ja 113–114.

²³⁹ Viljanen 2011a, s. 108.

keudellisessa katsannossa institutionaalisen tuen vaikutus on merkittävä. Mutta jos kyse on perusoikeusjärjestelmän ulkopuolisen painavan yhteiskunnallisen intressin ja siitä johtuvan perusoikeusrajoituksen välisestä punninnasta, ei voida puhua ainakaan puhtaan oikeudellisesta punninnasta. Dworkiniin ja Toloseen viitaten vastakkain ovat ennemminkin oikeus ja yhteiskuntapolitiikka, jolloin oikeuden tehtävä on nähdäkseni esittää omat näkemyksensä esimerkiksi perusoikeuksien ydinalueesta, ihmisoikeuksien vähimmäistasosta ja punninnan luonteesta ko. tilanteessa, mutta punninnan lopputuloksen määrittäminen on lainsäätäjän tehtävä, jonka mahdollisuuksia esimerkiksi perustuslakivaliokunta tosiasiallisesti toki rajoittaa. Punninnan ”imaiseminen” oikeuden sisälle saattaa nähdäkseni johtaa juuri sellaiseen perusoikeusjärjestelmän roolin korostumiseen yhteiskunnallisten intressien kustannuksella, josta edellä on jo ollut puhe.²⁴⁰

Voidaan mielestäni perustellusti kysyä, tarvitsevatko perusoikeudet muista periaatteista tai tavoitteista poikkeavaa suojaa yli ehdottomien kieltojen, ihmisoikeuksien minimisuoja, perusoikeuksien ydinalueen ja välttämättömyysperiaatteen. Kuten edellä on todettu, Alexyn ajattelussa periaatteet ovat vastavuoroisessa suhteessa suhteellisuusperiaatteen, joka koostuu kolmesta kriteeristä: tosiseikkojen rajaamista sopivuus- ja välttämättömyyskriteereistä (*factually possible*) sekä oikeudellisten mahdollisuuksien rajaamasta suhteellisuusperiaatteesta (*legally possible*). Perusoikeuksien rajoitusedellytyksiin suhteutettuna Alexyn välttämättömyysvaatimus voitaneen kytkeä vaatimukseen perusoikeuden rajoituksen välttämättömyydestä. Ehdottomat kiellot, perusoikeuksien ydinalue²⁴¹ ja ihmisoikeuksien minimisuoja puolestaan toimivat suhteellisuusperiaatteen (suppeasti ymmärrettynä) sisältävää punninnan optimointivaatimusta oikeudellisesti rajoittavina tekijöinä. Näiden kriteerien toteutumisen jälkeen jäljelle jää yhteiskunnallisten tavoitteiden ja perusoikeuksien välillä suoritettava punninta, jonka lopputuloksena syntyy tasapainotilanne, jossa toteutuvien tavoitteiden ja toteutuvan perusoikeussuojan summa on optimaalisen suuri. Punnintamallini näyttäisi siten olevan vaihteellisempi kuin esimerkiksi Melanderilla, jolla kriminalisointien suhde perusoikeuksiin määrittyy punninnassa, jossa on lukuisia eri suuntaan vaikuttavia periaatteita, kuten ydinalueen koskemattomuusvaatimus, hyväksyttävyysoikeus (esimerkiksi painava yhteiskunnallinen intressi), suhteellisuusvaatimus ja ihmisoikeusargumentit.

Selvyden vuoksi todettakoon, että katson yhteiskunnalliset tavoitteet alexylaisittain punnittaviksi periaateiksi – tosin ”ulko-oikeudellisiksi” periaateiksi,

²⁴⁰ Ks. aiemmat huomiot politiikan oikeudellistumisesta.

²⁴¹ Näkemykseni korostaa jossain määrin perusoikeuden ydinalueen merkitystä verrattuna esimerkiksi Viljasen näkemykseen, jonka mukaan ydinalueen koskemattomuus ei käytännössä ole yhtä merkittävä kriteeri kuin muut vaatimukset. Ks. Viljanen 2001, s. 248–249. Ks. myös Hautamäki 2011, s. 96–98.

joilta puuttuu Dworkinin edellyttämä institutionaalinen tuki. Kuvattujen punninnan tuloksia rajaavien kriteerien huomioon ottamisen jälkeen tavoitteiden ja oikeuksien punninnassa ei ole tarvetta perusoikeuksien *prima facie* -etusijan huomioon ottamiselle.

Esittämäni on yllättävänkin lähellä näkemyksiä, joita perusoikeuskomitea esitti. Perusoikeuskomitea on sisällyttänyt välttämättömyyden käsitteeseen neljä ulottuvuutta:

1. Perusoikeusrajoitukset on minimoitava käsillä olevien vaihtoehtojen valinnassa.
2. Perusoikeusrajoitusten on oltava hyväksyttävässä suhteessa (suhteellisuusperiaate) niillä saavutettavaan hyötyyn nähden.
3. Perusoikeuksien rajoittaminen voi olla hyväksyttävää vain, jos sillä myös tosiasialisesti saavutetaan rajoituksen tavoite (tehokkuusperiaate).
4. Perusoikeusrajoitusten väärinkäytön kieltö (tarkoitussidonnaisuusperiaate).

Välttämättömyysarvioinnissa saattaa komitean mukaan olla merkitystä myös sillä, miten rajoituksesta aiheutuvaa haittaa kompensoidaan muilla toimenpiteillä, kuten esimerkiksi taloudellisen menetyksen korvaamisella.²⁴²

Mikä tavoiteltava optimitaso sitten voisi olla? Parlamentaarisen poliisikomitean mietinnössä todetusti ”[y]leisen järjestyksen ja turvallisuuden tehtävälueella ovat siten keskeisimpiä tavoitteita kansalaisten perusoikeuksien yleisen loukkamattomuuden sekä julkisen vallan toimintakyvyn turvaaminen”.²⁴³ Voitaneen ajatella, että tavoitteena tulee olla yleisen järjestyksen ja turvallisuuden *optimitaso*, jolla parlamentaarisen poliisikomitean mukaan ”kyetään aktiivisesti ennakoimaan ja ehkäisemään rikollisuutta ja muita vaaroja yleiselle turvallisuudelle” ja ”tehokkaasti, mutta humaanein menettelytavin selvittämään rikokset ja ristiriidat”. Järjestykseen ja turvallisuuteen kohdistuvien haasteiden ja niiden torjumiin käytettävien toimien tulee olla perustellussa ja kansalaisten käsityksiä vastaavassa suhteessa, jossa sekä kansalaisten fyysinen perusturvallisuus että yhteiskunnan etujen toteutuminen on taattu. Käsitys yleisen turvallisuuden ja järjestyksen sisällöstä muuttuu luonnollisesti ajan kuluessa myötäillen yhteiskunnan muuta kehitystä.²⁴⁴

Komitean mukaan yksilön suojan *vähimmäistasona* on sellainen yleisen järjestyksen ja turvallisuuden taso, jolla ”yksilön keskeisten oikeushyvien vaarantuminen tai loukatuksi tuleminen on epätodennäköistä”. Keskeisinä oikeushyvät on komitean mietinnössä liitetty nimenomaan tuolloin voimassa olleen HM:n 6 §:ssä mainittuihin hengen, kunnian, henkilökohtaisen vapauden ja omaisuuden suojaan sekä ruumiillisen koskemattomuuden suojaan.²⁴⁵ Vähimmäistason tulee olla niin korkea, että yleisen

²⁴² KM 1992:3, s. 385–389.

²⁴³ KM 1986:16, s. 12.

²⁴⁴ KM 1986:16, s. 3–5.

²⁴⁵ KM 1986:16, s. 14–15.

järjestyksen ja turvallisuuden häiriötilanteet ovat niin poikkeuksellisia, että kansalaiset eivät ryhdy niihin omin toimin varautumaan.²⁴⁶

Punninnan osalta on syytä myös viitata Kiehelän ja Hakosen näkemyksiin vuodelta 1993:²⁴⁷

”Ihmis- ja perusoikeuksien osalta on kuitenkin huomattava, ettei poliisitoiminnan yhteydessä ole kysymys pelkästään toimenpiteen kohdehenkilön oikeusturvasta, vaan myös rikoksen tai järjestyshäiriön potentiaalisen tai todellisen uhrin oikeusturvasta sekä lisäksi toimenpiteen suorittavan poliisimiehen oikeusturvasta.”

Poliisin voimakeinojen käytöstä on erotettava poliisimiehen oikeus suojella itseään ja toista. Poliisin toimivaltasääntelyn, rikoslain ja perusoikeuksien keskiössä olevan poliisin hätävarjelu-oikeuden osalta käydyssä keskustelussa on unohdettu poliisimiehen perusoikeuksien ydinalueiden suoja. Tältä osin jatkokeskustelu kiteytyy siihen, onko EIS:ssä ja perustuslaissa turvatusta oikeudesta elämään johdettavissa jokin sellainen ehdoton oikeus itsensä puolustamiseen, jonka mukaista menettelyä ei voida kriminalisoida rikoslain säännöksiin eikä myöskään toimivaltasääntelyn kautta. Ja jos on, kuinka laaja tämä oikeus ja sen peilikuvana kriminalisoinnin kielto ovat. Tähän kysymykseen sekä poliisitoimenpiteiden kohteena olevien henkilöiden perusoikeuksien ydinalueen suojaan palataan myöhemmin muun muassa EIT:n ratkaisukäytännön yhteydessä. Tämä viittaus poliisimiehen oikeuksiin konkreettisesti voimankäyttötilanteissa toimikoon johdantona seuraavaan lyhyeen katsaukseen perusoikeuksien merkityksestä yksilöiden välisissä suhteissa. Perusoikeussuhteen ollessa yksilöiden välinen – horisontaalinen – perusoikeutta ei uhkaa kollektiivinen hyvä tai painava yhteiskunnallinen intressi, vaan konkreettisemmin toinen perusoikeus.

²⁴⁶ KM 1986:16, s. 15. Ks. myös KM 1986:16, s. 18.

²⁴⁷ Kiehelä – Hakonen 1993, s. 106–107.

5 Lyhyesti perusoikeuksien horisontaalivaikutuksesta sekä perusoikeuskollisioiden ratkaisusta

5.1 PERUSOIKEUKSIEN KUNNIOITTAMINEN, SUOJELEMINEN JA TAKAAMINEN

Poliisin voimankäytön kannalta keskeisiä kansalaisten oikeuksia suhteessa hallintoon voitaisiin luonnehtia toisaalta negatiivisiksi ja toisaalta passiivisiksi. Ensin mainitussa ulottuvuudessa oikeudet, kuten klassiset vapausoikeudet, suojaavat kansalaista hallinnon puuttumiselta ilman laissa määritettyä toimivaltaa. Passiivisina oikeuksia voidaan pitää siinä suhteessa, että oikeudet ovat lähinnä perusteltuja odotuksia, jotka kohdistuvat viranomaisten menettelyvelvollisuuksiin ja toimintatapoihin.²⁴⁸

Rikosoikeuden näkökulmasta kyse on valtion sitoutumisesta samanaikaisesti passiivisuuteen ja aktiivisuuteen.²⁴⁹ Kuten jo edellä on todettu, kriminalisoinneissa on samanaikaisesti kyse sekä perusoikeuksien kunnioittamisesta että niiden suojelemisesta. *Kunnioittaminen* tapahtuu välttämällä toimintavapauksien liiallista rajoittamista ja *suojeleminen* vaikuttamalla rangaistusuhkin kansalaisten keskinäiseen käyttäytymiseen. Valtion velvollisuus perusoikeuksien suojelemiseen kansalaisten välisissä suhteissa ei ole sama asia kuin perusoikeuksien horisontaalivaikutus (ns. *drittwirkung*), vaikka se sinänsä tapahtuukin horisontaalitasolla.²⁵⁰

Kunnioittamis- ja suojeluvelvollisuuden rinnalle voidaan nostaa myös valtion ja erityisesti lainsäätäjään kohdistuva velvollisuus organisatorisin ja rakenteellisin järjestelyin *taata* perusoikeuksien mahdollisimman täysimittainen toteutuminen (turvaamisvelvollisuus). Takaaminen ja suojeleminen ovat ilmeisen kiinteässä yhteydessä keskenään.²⁵¹ Vaikka julkisen vallan velvoite huolehtia

²⁴⁸ Mäenpää 2003, s. 194. Karapuu (Karapuu 2011, s. 81) mukaan negatiivinen vapaus käsitteenä merkitsee myös vapautta yksityisten ihmisten harjoittamasta vallankäytöstä.

²⁴⁹ Nuutila 1996a, s. 67.

²⁵⁰ Nuutila 1996a, s. 62–63. Ks. myös Eide 1988, s. 40–41, Nuotio 1998a, s. 22, Lahti 2003, s. 147, Saraviita 2005a, s. 175–181 ja Karapuu 2011, s. 83–84. Kuten Karapuu toteaa, ”[s]uojaamisvelvollisuus ja kunnioittamisvelvollisuus turvaavat yhdessä negatiivisen vapauden.”

²⁵¹ Nuutila 1996a, s. 66. Ks. myös Eide 1988, s. 41, Nuotio 1998a, s. 22, Jyränki 2000, s. 286–287, Tapani – Tolvanen 2008, s. 88–89, Karapuu 2011, s. 84 ja Viljanen 2011a, s. 135.

perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisesta kansalaisten keskinäisissä suhteissa kohdistuu lähtökohtaisesti lainsäätäjään, on uutta poliisilakia koskevassa perusteoksessa PL 22 §:stä johdettu turvallisuutta ylläpitäville viranomaisille velvollisuus eri laeissa säädettyjä toimivaltuuksia hyödyntäen käytännön toimenpitein suojata perusoikeuksia ja puuttua niitä loukkaavaan toimintaan.²⁵² Passiivisuuden lisäksi edellytetään siis yhä useammin aktiivisuutta. Kysymykseen poliisin velvollisuudesta suojata jonkun henkilön perusoikeuksia palataan vielä myöhemmin tässä tutkimuksessa.

PL 22 §:ssä säädetty perusoikeuksien turvaamisvelvoite kytkeytyy kiinteästi edellä selostettuun kysymykseen turvallisuudesta perusoikeutena.²⁵³ Hallituksen esityksen 309/1993 vp mukaan:²⁵⁴

”Julkiselle vallalle asetettu perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuksen turvaamisvelvollisuus koskee myös oikeuksien toteutumista yksityisten keskinäisissä suhteissa. Käytännössä velvoite kohdistuu lähinnä lainsäätäjään, jonka tehtävänä on tämentää yleisellä tasolla ilmaistua perusoikeutta niin, että sen vaikutus ulottuu myös yksityisiin suhteisiin. Esimerkiksi säätäänsä rangaistaviksi perusoikeussäännösten turvaamiin oikeushyviin, kuten henkeen, henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja vapauteen, omaisuuteen, yksityiselämään, kunniaan ja kotirauhaan kohdistuvat loukkaukset lainsäätäjä täyttää tätä turvaamisvelvollisuuttaan.”

Voidaankin pitää selvänä, että perusoikeussäännöksistä voidaan johtaa lainsäätäjälle jonkintasoinen velvollisuus suojella yksilön perusoikeuksia toisten yksilöiden taholta tulevilta loukkauksilta. Julkiselle vallalle asetettu turvaamisvelvoite ja ihmisten turvallisuuden luonnehtiminen perusoikeudeksi on kuitenkin johtanut siihen, että esimerkiksi fyysisen koskemattomuuden suojaksi säädetyistä toimivaltuuksista on voitu säätää tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä. Tästä on seurannut erityisesti 2000-luvulla turvallisuuden ylikorostuminen ja jännite perusoikeusjärjestelmään vapauden ja turvallisuuden välille (perusoikeuskollisio).²⁵⁵ Tämä on kuitenkin väistämätöntä, jos halutaan sallia horisontaaliulottuvuus (laajasti ymmärrettynä) ja siitä syntyvät perusoikeuskollisiot eikä ainoastaan pitäytyä vertikaalissa yksilön ja julkisen vallan välisessä perusoikeussuhteessa.²⁵⁶ Toisensuuntaisiakin mielipiteitä on esitetty. Hidén on PL 22 §:ään viitaten todennut, että säännös ei itsestäänselvästi merkitse perusoikeuksien turvaamista myös yksityisten välisissä suhteissa, vaikka ”[s]äännöksen soveltaminen

²⁵² Helminen et al. 2012b, s. 21–22.

²⁵³ Ks. Viljanen 2001, s. 166.

²⁵⁴ HE 309/1993 vp, s. 75. Ks. myös PeVL 9/2004 vp, s. 2.

²⁵⁵ Saraviita 2011, s. 159.

²⁵⁶ Viljanen 2001, s. 167–168. EIS:stä johdettavista positiivista toimintavelvoitteista ks. tämän tutkimuksen myöhemmät jaksot.

saattaa kuitenkin pitkällä tähtäyksellä vaikuttaa perusoikeussäännöksissä osoitettujen arvojen huomioon ottamiseen myös yksityisten välejä koskevissa ratkaisuisissa”.²⁵⁷

Muutamaa vuotta aiemmin vuonna 1996 Hidén kuitenkin oli arvioinut, että julkisen vallan velvollisuudelle turvata perusoikeuksien toteutuminen saattaa olla merkitystä esimerkiksi, ”kun asianmukaisesti järjestettyyn mielenosoitukseen kohdistetaan merkittävää häirintää.” Rajanveto viranomaisilla olevan yleisen *perusoikeuksien turvaamisvelvoitteen* ja (yksittäistapauksellisen) *perusoikeuden käyttämisen suojelemisvelvollisuuden* välillä on joka tapauksessa häilyvä.²⁵⁸ Mielenkiintoista kyllä myös Karapuu on maininnut juuri mielenosoitukset esimerkkinä KP-sopimuksen soveltamisalasta, joka sekä kieltää valtioita rajoittamasta mielenosoitusvapautta että velvoittaa viranomaiset suojaamaan mielenosoituksia häirinnältä.²⁵⁹

Myös Viljanen katsoi pian perusoikeusuudistuksen jälkeen, että PL 22 § (tuolloin HM 16 a §:n 1 mom.) ei ainakaan ihmisoikeuksien osalta luonut sellaisia velvoitteita, joita ei tuolloin jo olisi ollut olemassa muilla perusteilla. Kyse oli ennemminkin ihmisoikeuksien turvaamisen yleisestä korostamisesta.²⁶⁰ Viisi-toista vuotta myöhemmin hänkin esitti, että perusoikeuksien toteutumisen tason heikkenemisen ilmentämä turvaamisvelvollisuuden laiminlyönti voidaan joissakin tapauksissa rinnastaa perusoikeuksien rajoitukseen, jolloin sen hyväksyttävyyttäkin voidaan arvioida yleisten rajoitusedellytysten näkökulmasta.²⁶¹

5.2 HORISONTAALIVAIKUTUS (DRITTWIRKUNG)

Merkille pantavaa on, että erityisesti yksilöiden vapausoikeuksien osalta mikään perustuslain tekstissä ei viittaa siihen, etteivätkö perusoikeudet soveltuisi myös yksityisten välisiin valtasuhteisiin yksilön ja julkisen vallan välisen suhteen lisäksi.²⁶² Päinvastoin perusoikeussäännöksiä uudistettaessa hallituksen esityksessä 309/1993 vp todettiin selkeästi, että perusoikeuksien ilmentäessä yleisesti

²⁵⁷ Hidén 1999a, s. 22.

²⁵⁸ Hidén 1996, s. 765–767. Ks. myös Hidén 1980, s. 33, jossa hän on jo todennut, että ”[e]nmmän huomion kiinnittäminen perusoikeuksien suojan tehostamiseen myös nimenomaisilla suojaavilla toimenpiteillä sekä lainsäädännössä että viranomaiskäytännössä olisi kuitenkin omiaan tehostamaan perusoikeuksien merkitystä”.

²⁵⁹ Karapuu 1988 s. 73–74. Ks. eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 28.11.2007 dnro 1836/2/07 erit. s. 14–16.

²⁶⁰ Viljanen 1996, s. 807–808.

²⁶¹ Viljanen 2011b, s. 141 ja 146–147.

²⁶² Ks. Lämsineva 2006, s. 1185–1186.

hyväksyttyjä perusarvoja vertikaalivaikutus ei ole riittävä, vaan perusoikeuksien vaikutuksen ”tulee säteillä koko yhteiskuntaan”. Käytännössä tämän vaikutuksen katsottiin yleensä välittyvän tavallisen lainsäädännön kautta sillä tavoin kuin edellisessä jaksossa on selostettu. Lisäksi joillakin perusoikeuksilla katsottiin voivan olla myös välittömämpiä vaikutuksia yksityisten välillä.²⁶³

Myös perustuslakivaliokunta katsoi, että vaikka perusoikeussääntelyn lähtökohtana on yksilön vapauksien suojaaminen valtiovallan tai muiden näiden oikeuksien kannalta merkityksellistä julkista valtaa käyttävien tahojen puuttumiselta, ”perusoikeuksien asema yhteiskunnan perusarvoina korostaa niiden merkitystä myös yksityisten keskinäisissä suhteissa.”²⁶⁴ Perusoikeuksien *horisontaalivaikutuksella* viitataan juuri tähän perusoikeussäännöksen vaikutukseen kahden yksityisen, muodollisesti tarkastellen yhdenvertaisen oikeussubjektin keskinäisessä oikeussuhteessa.²⁶⁵ Horisontaalivaikutus on *välitöntä*, mikä ilmenee siten, että yksilö esimerkiksi tuomioistuimessa vetoaa perusoikeuksiinsa toista yksilöä tai muuta yksityisoikeudellista subjektia vastaan.²⁶⁶

Välittömästä horisontaalivaikutuksesta erotettuna perusoikeuksien *epäsuora tai välillinen horisontaalinen vaikutus* korostaa ajatusta ”valtion tehtävästä yhteiskuntarauhan ja ihmisten turvallisuuden ylläpitäjänä”.²⁶⁷ Tällöin perusoikeuksien toteutumisesta myös yksityisten välisissä suhteissa huolehditaan lainsäädännön ja oikeuskäytännön keinoin.²⁶⁸ Toisaalta välillisen ja välittömän horisontaalivaikutuksen erottaminen ei ole aina yksinkertaista, koska perusoikeusmyönteisen laintulkinnan ja perusoikeusnormin itsenäisen soveltamisen välinen raja saattaa olla häilyvä.²⁶⁹ Aivan uusimmassa perusoikeuskirjallisuudessa Scheinin näyttäisikin korostaneen valtion positiivisia toimintavelvoitteita välillisen horisontaalivaikutuksen ilmenemismuotona. Sen sijaan, että esimerkiksi rikoksesta syytetyn ja rikoksen uhrin perusoikeudet asetetaan vastakkain, tulee korostaa valtion positiivisia vertikaalisuhteessa vaikuttavia toimintavelvoitteita rikoksen tutkimiseksi ja siitä perustelluin syin epäillyn henkilön syytteeseen saattamiseksi.²⁷⁰

²⁶³ HE 309/1993 vp, s. 29. Toisaalta osa perusoikeuksista säänteli vain yksilöiden suhdetta julkiseen valtaan. Perustuslakivaliokunnan myöhemmästä käytännöstä ks. esim. PeVL 7/2005 vp, s. 2. Vrt. Helin 2012, s. 12, jonka mukaan perusoikeusuudistuksessa perusoikeuksien horisontaalivaikutukset olivat vain sivujuonne eikä tarkoituksena ollut muuttaa ”oikeuden käyttöjärjestelmää”.

²⁶⁴ PeVM 25/1994 vp, s. 3.

²⁶⁵ Saraviita 2005a, s. 175 ja Karapuu 2011, s. 86. Karapuun mukaan horisontaalivaikutus liittyy ensisijaisesti kysymykseen siitä, velvoittavatko perusoikeudet myös yksilöä suhteessa toiseen yksilöön.

²⁶⁶ Viljanen 2011a, s. 134. Ks. myös KM 1993:3, s. 130 ja Tuori 2003a, s. 926.

²⁶⁷ Jyräki 2000, s. 288, Karapuu 2011, s. 86 ja Viljanen 2011a, s. 134.

²⁶⁸ KM 1992:3, s. 131.

²⁶⁹ Lämsineva 2002, s. 104.

²⁷⁰ Scheinin 2012, s. 126. Ks. myös Scheinin 2012, s. 129–131.

Horisontaalivaikutukseen sisältyvänä vaarana on pidetty sen avaamaa mahdollisuutta puuttua yksityisten välisiin (taloudellisiin) suhteisiin perusoikeuksiin vetoamalla. Vaikka pohdinnan kohteena ovatkin olleet lähinnä tilanteet, joissa yksityiset tahot ovat tosiasiallisesti epäyhdenvertaisessa asemassa, kuten yksityisen luonnollisen henkilön suhde pankkiin, suureen tuotantolaitokseen tai muuhun valtioon verrattavaan toimijaan, voitaisiin toimijoiden epätasa-arvo ja siitä johdettavat toimet ulottaa jopa perheyhteisöjen sisälle.²⁷¹ Ulkomaisessa kirjallisuudessa on horisontaalivaikutuksen osalta viitattu myös tilanteisiin, joissa työnantaja kohdistaa työntekijöihin salaista tarkkailua. Perusoikeuksiin kajoaminen on hyvin samantyyppistä kuin poliisitoiminnassa, mutta perusoikeussuhde on horisontaalinen.²⁷²

Vaikka kansalaisten välisiin suhteisiin liittyvä perusoikeuksien *drittwirkung*-vaikutus onkin heikompaa kuin valtion ja kansalaisten välillä, voidaan rikosoikeudellisista oikeuttamisperusteista keskusteltaessa Nuotion tavoin aiheellisesti kysyä, ”eivätkö samat vaatimukset huolellisesta perusoikeusargumentaatiosta tuollaisten viranomaisoikeuksien tueksi olisi olleet esitettävissä myös yksilöiden välisiä suhteita koskevien oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden kohdalla?” Ovathan väkivallan käytön rajat ja oikeutus tärkeitä teemoja, vaikka voimaa käyttäisi virkamiehen sijasta yksityinen kansalainen.²⁷³ Pohdinta sijoittuu nähdäkseni välillisen ja välittömän horisontaalivaikutuksen välimaastoon. Oikeuttamisperusteiden säätäminen ilmentää lähtökohtaisesti lainsäätäjän tapaa suojella perusoikeuksia ja taata niiden toteutuminen, mutta toisaalta perusoikeuksilla voi olla välitöntä vahvaa tulkintavaikutusta myös esimerkiksi hätävarjelutilanteiden arvioinnissa.

Palattakoon tässä yhteydessä vielä Tuorin turvallisuutta perusoikeutena koskevaan kritiikkiin. Hänen mukaansa juuri klassisiin vapausoikeuksiin ulotettu perusoikeuksien horisontaalivaikutus ja perusoikeuksiin liitetty julkisen vallan turvaamisvelvollisuus ovat johtaneet vapausoikeuksien kaventamiseen perinteisessä perusoikeuksien vertikaalisuhteessa.²⁷⁴ Sanotusta huolimatta hän on turvallisuutta perusoikeutena käsittelleen artikkelin ilmestymistä seuranneena vuonna päättänyt pitämään horisontaalivaikutusta ilmentymänä ”perus- ja ihmisoikeusperiaatteiden kerrostumisesta oikeuden syvärakenteeseen”, minkä seurauksena periaatteet eivät vaikuta enää ainoastaan vertikaalisuhteissa, vaan niitä voidaan

²⁷¹ Jyräki 2000, s. 289. Ks. myös Länsineva 1998, s. 117, Tuori 2003a, s. 934, Länsineva 2004, s. 276 ja erityisesti Länsineva 2006 sekä Tuori 2007, s. 266–267.

²⁷² Neyroud – Beckley 2001, s. 59–60.

²⁷³ Nuotio 2003, s. 269.

²⁷⁴ Tuori 1999b, s. 930.

pitää koko oikeusjärjestyksen normatiivisena perustana.²⁷⁵ Pyrin väistämään Tuorin kritiikkiin kompastumisen keskittymällä perusoikeuksien horisontaalitason osalta nimenomaan yksityisten välisten keskinäissuhteiden arviointiin. Tällöin kyse on nimenomaan individuaalisesta oikeudesta turvallisuuteen ja koskemattomuuteen. Ongelmalliseksi voi toki muodostua se, että toinen ”kansalaisista” saattaa olla poliisimies. Toisaalta on aiheellista korostaa, että yksityisellä ihmisellä ei lähtökohtaisesti ole oikeutta suojata oikeuksiaan suhteessa toiseen yksityiseen henkilöön, vaan yksityisten ihmisten välisen kanssakäymisen kehittyessä sellaiseksi, että perusoikeuksiin puuttuminen olisi tarpeen, tulee henkilön turvautua viranomaisapuun.²⁷⁶ Tällöin perusoikeussuhdekin muuttuu vertikaaliseksi.

5.3 ERI PERUSOIKEUKSIEN PAINOARVOSTA

Vaikka perusoikeudet eivät kielellisellä tasolla olekaan ristiriidassa keskenään, voi joissakin tilanteissa pyrkimys vahvistaa jotain perusoikeutta tarkoittaa samalla jonkin toisen perusoikeuden tarjoaman suojan heikentymistä. Näissä tilanteissa voidaan puhua perusoikeuskollisista.²⁷⁷ Jonkin perusoikeuden rajoittaminen kriminalisoinnilla tarkoituksin suojata toista perusoikeutta ei kuitenkaan ole osoitus perusoikeuksien arvojärjestyksestä. Ratkaisua ei voidakaan hakea ”totaalisen perusoikeus perusoikeutta vastaan -asetelman” avulla, vaan ratkaisun löytyminen edellyttää, että perusoikeuksille ja niiden rajoittamiselle hyväksytään eriasteinen olemassaolo. Oleellisen suojan muodostaminen toiselle perusoikeudelle toista perusoikeutta vähäisesti rajoittamalla on hyväksyttävää.²⁷⁸ Lähtökohtaisesti perusoikeudet ovat kuitenkin samanarvoisia eikä niitä voida asettaa yleiseen arvojärjestykseen.²⁷⁹

Siitä huolimatta, että perusoikeuskollisoiden ratkaisemiseen varaudutaan jo lakeja säädettäessä, joudutaan näitä kollisioita usein ratkomaan myös käytännön *lainsoveltamistyössä*. Tällöin lainsäätäjän ratkaisut toimivat myös yksittäistapauksessa *prima facie* -ratkaisuna ongelmaan.²⁸⁰ Lisäksi eri oikeudenalojen tut-

²⁷⁵ Tuori 2000, s. 249–250. Ks. myös Tuori 2007, s. 259–261. Ks. myös Lavapuron (2000 s. 416) kritiikki siitä, että sanotusta huolimatta Tuori näyttäisi kirjoituksissaan jossain määrin kiistävän horisontaalivaikutuksen merkityksen oikeuden pintatasolla ja korostavan vertikaalivaikutusta.

²⁷⁶ Saraviita 2005a, s. 176.

²⁷⁷ Saraviita 2005a, s. 240–241. Ks. myös Viljanen 2001, s. 138–139 ja Jyräniemi – Husa 2012, s. 397–398, joista viimeksi mainittujen mukaan jännitteet ja tasapainoilun tarve on läsnä hyvin usein perusoikeuksia käytettäessä.

²⁷⁸ Hidén 1980, s. 85–86.

²⁷⁹ Hidén 1980, s. 69.

²⁸⁰ Viljanen 2001, s. 139–140. Ks. myös Viljanen 2001, s. 140–145, jossa kirjoittaja on maininnut mm. seuraavat seikat perusteiksi rajoittaa perusoikeuksia vetoamalla toisiin perusoikeuksiin: pe-

kimukselta voidaan edellyttää jonkintasoista perusoikeuksien painoarvon ja *prima facie* -etusijajärjestyksen määrittämistä. Suurikin *prima facie* -painoarvo eroaa ehdottomista oikeuksista siinä, että yksittäistapauksessa tällainen *prima facie* -arvo voi poikkeuksellisesti joutua vähäisessä määrin väistymään, jos tällä vältetään se, että matalampi arvo joutuisi kokonaan väistymään ja jäämään vaikutuksetta. Merkitystä on siis arvon suhteellisen tärkeyden lisäksi myös sen loukkaamisen asteella.²⁸¹ Yleisellä tasolla periaatteiden painoarvoon vaikuttavat muun muassa normin säädöstaso, tuoreus ja yksityiskohtaisuus, mutta muutoin ehdottomien sääntöjen luominen kollisoiden ratkaisemiseen on vaikeaa.²⁸²

Perusoikeuksien välillä suoritettavassa *punninnassa* pyritään molempien punnittavien perusoikeuksien mahdollisimman täysimääräiseen samanaikaiseen toteuttamiseen.²⁸³ Kyseessä näyttäisi olevan perusoikeusjärjestelmän sisäinen alexyläinen punninta. Tällaista punnintaa ei kuitenkaan voida tehdä silloin, kun toinen perusoikeus on muotoiltu ehdottomaksi tai kun on kyse toisen perusoikeuden ydinalueen suojasta.²⁸⁴ Tähän liittyen Hautamäki onkin todennut ratkaisun KKO 2009:3 (erityisesti ratkaisun kohdat 5 ja 10) viittaavan siihen, että ”toisen perusoikeuden ydinalue saa merkitystä suojattavampana oikeushyvinä toista perusoikeutta vastaan”.²⁸⁵

Kysymys perusoikeuskollisoiden ratkaisumekanismeista kietoutuu perusoikeusmyönteisen laintulkinnan teoriaan. Perusoikeusmyönteiseen tulkintaan olennaisesti kuuluva valinta eri tulkintavaihtoehtojen välillä ei ole välttämättä aivan yksinkertaista, koska tyypillisesti kirjoitusasultaan yleiset ja arvosidonnaiset perusoikeudet eivät tarjoa mitään yksiselitteistä ratkaisua tavallisen lain eri tulkintavaihtoehtojen välille. Perusoikeusrelevantin tulkintaosuuden siirtäminen tavallisen lain tasolta perustuslain tasolle ei Lavapuron mukaan poista tulkintavaikeuksia, vaan saattaa johtaa siihen, että ratkaistavan tapauksen olosuhteet ja siihen kytkeytyvät punnittavat intressit jäävät vähemmälle huomiolle ja perusoikeustulkinta saakin yleisemmän luonteen. Tämä puolestaan saattaa hämärtää lainsäätäjän ja tuomioistuinten tehtävänjakoa sekä lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan ja perusoikeusmyönteisen tulkinnan välistä rajanvetoa.²⁸⁶ Ratkaisuksi Lavapuro onkin tarjonnut optimointimallia, joka korostaa kontekstisidonnaisuutta ja harmonisointihakuisuutta. Valintamalliin verrattuna optimointimalli korostaa mm. perusoikeusnormien konkretisointia ja systematisointia *tapauksen olennaisten tosiseikkojen valossa*. Kyse on siis kontekstisidonnaisista sään-

rusoikeusjärjestelmän yhtenäisyys (perusoikeuksien muodostama systemaattinen kokonaisuus), perusoikeusjärjestelmän sisäinen johdonmukaisuus (koherenssi) sekä painava yhteiskunnallinen tarve, jota ilmentää jonkun arvon nostaminen perusoikeusjärjestelmän osaksi.

²⁸¹ Jonkka 1991, s. 161.

²⁸² Scheinin 1991, s. 201.

²⁸³ Viljanen 2011a, s. 135.

²⁸⁴ Viljanen 2001, s. 132–133.

²⁸⁵ Hautamäki 2011, s. 93.

²⁸⁶ Lavapuro 1998, 95–97.

nösten ristiriitatilanteista eikä abstraktien säännösten sanamuotojen ja vaihtoehtoisten normiformulaatioiden välisistä ristiriidoista.²⁸⁷ Toisaalta on syytä kiinnittää huomiota siihen, että ristiriita voi käytännössä syntyä vasta konkreettisessa soveltamistilanteessa ja vain sääntöluonteisten normien välille, jolloin ristiriita ratkaistaan sääntöjen soveltamisalaa supistamalla. Sitä vastoin periaatteiden välillä varsinaista ristiriitaa ei voi olla.²⁸⁸ On myös muistettava, että sama säännös saatetaan tulkita yhden perusoikeuden turvaamiseksi ja toisen perusoikeuden rajoittamiseksi. Esimerkkinä Jyräki on maininnut kokoontumisvapauden rajoitukset, joilla tosiasiaa pyritään edistämään henkeä tai henkilökohtaista koskemattomuutta ja turvallisuutta.²⁸⁹

Lainsoveltamistilanteissa perusoikeuskollisio voi ilmetä sekä tulkintavaikutuksen että suoran soveltamisen tilanteissa. Yksittäisten perustuslain säännösten osalta esimerkiksi PL 1 §:n 2 momentin 2. virkkeellä (aiemmin HM 1 §) on todettu olevan ns. *vahva tulkintavaikutus*, mikä tarkoittaa konkreettisessa lainsoveltamistilanteessa sitä, että ”perusoikeussäännös vaikuttaa lainkäyttäjän valintaan kahden laintasoisen säännöksen välillä tai rajoittaa soveltajan harkintavaltaa sulkemalla pois osan tavallisen lain sanamuodon mahdollistamista vaihtoehtoista”.²⁹⁰ Tämän karsintavaikutuksen lisäksi erityisesti *yksilön vapauksien ja oikeuksien turvaamisella* on katsottu olevan tulkintavaikutus, joka edellyttää niiden huomioon ottamista perusoikeusluvun säännöksiä sovellettaessa.²⁹¹ Scheininin mukaan vahvaa tulkintavaikutusta on esimerkiksi PL 7 § 1 momentilla (aiemmin HM 6 § 1), jonka mukaan:²⁹²

”Jokaisella on oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen.”

Tällaisen ”julistuksenomaisen yleissäännöksen”, jota siis mainittu 1 momentti edustaa, lisäksi perusoikeussäännöksissä saattaa olla myös ”konkretisoivia aineksia”, jotka ovat usein *suoraan sovellettavia* perustuslain säännöksiä.²⁹³ Suoran soveltamisen tilanteet on Scheininin mukaan määriteltävissä²⁹⁴

²⁸⁷ Lavapuro 1998, s. 97–99. Punnintatilanteen konkreettisuudesta ja ainutlaatuisuudesta ks. myös Peczenik et al. 1990, s. 88–89.

²⁸⁸ Scheinin 1991, s. 200–201 ja 345.

²⁸⁹ Jyräki 2000, s. 290.

²⁹⁰ Scheinin 1996, s. 827. Ks. myös Karapuu 2011, s. 85. Ko. lainkohta kuuluu: ”Valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet sekä edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa.”

²⁹¹ Saraviita 2011, s. 59.

²⁹² Scheinin 1996, s. 828.

²⁹³ Scheinin 1996, s. 828. Suoran soveltamisen ja tulkintavaikutuksen erottamisen tarpeellisuudesta ks. Lämsineva 2002, s. 76.

²⁹⁴ Scheinin 1996, s. 828. Suluissa olevat merkinnät viittaavat Scheinin esittelemiin muihin perusoikeuksien vaikutustapoihin. Ks. tästä Scheinin 1996, s. 826–830. Ks. myös Viljanen 2011a, s. 128.

”lainsoveltamisratkaisuksi, jossa ei ole kysymys lakia alemmanasteiseen normistoon kohdistuvasta perustuslainmukaisuuskontrollista (tilanne 3) eikä laintasoisten säännösten tulkinnaksi (tilanne 4) luonnehdittavasta toiminnasta. Suora soveltaminen on joko perustuslain soveltamista lain vaietessa tai lain sanamuoto (tai siitä johdettu yksittäinen sovellutus) sivuuttaen”.

Kyse näyttäisi siis olevan joko lain aukko -tilanteesta tai PL 106 §:ssä tarkoitetusta tilanteesta. Esimerkkeinä näistä Scheinin on maininnut PL 7 § 2 momentin kuolemanrangaistuksen, kidutuksen ja muun ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kiellon sekä 7 §:n 3 momentin säännökset viimeistä virkettä lukuun ottamatta (aiemmin HM 6 § 2 ja 3 momentit).²⁹⁵ Myös komiteamietinnössä 1992:3 on suoran soveltamisen (yksityisten välisissä suhteissa) yhteydessä viitattu ehdotettuun 6 §:ään, jossa turvattiin oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen turvallisuuteen ja koskemattomuuteen. Mietinnössä ei tosin ole konkretisoitu, mitä nämä tilanteet voisivat olla.²⁹⁶

Turvallisuudesta perusoikeutena käytyyn keskusteluun viitaten, on – mielenkiintoista kyllä – katsottu, että oikeutta turvallisuuteen ei voida asettaa punninnalliseen kollision rikoksesta epäiltyjen vapausoikeuksien kanssa siten, että tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä kajottaisiin ehdottomiksi tarkoitettuihin perusoikeuksiin. Kyse on siis ensisijaisesti lainsäätäjään kohdistuvasta toimintavelvoitteesta.²⁹⁷

Rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa Nuotio on Scheininin mainitsemien perusoikeuksien vaikutustapojen osalta todennut, että perusoikeussäännöksen suoralla soveltamisella ei ole rikosoikeuden alalla juurikaan merkitystä, koska rikosoikeudellinen laillisuusperiaate rajoittaa analogian käyttöä vastuuta laajentavaan suuntaan. Sitä vastoin ns. vahvalla tulkintavaikutuksella on hänen mukaansa suuri merkitys rikosoikeudellisessa lainsoveltamisessa. Tämä merkitsee hänen mukaansa erityisesti sitä, että normia tulkitaan niin, että soveltamisratkaisu vastaa säännöksen tarkoituseriä. Tällä tavoin mainittu vahva tulkintavaikutus nivoutuu perusoikeusmyönteiseen tulkintaan ja edelleen yleisemmin kriminalisointiperiaatteiden sekä niiden sisältämien offensiivisten elementtien vaikutukseen laintulkinnassa.²⁹⁸

²⁹⁵ Scheinin 1996, s. 828–829. Ks. myös Ojanen 2009b, s. 59, jossa Ojanen on suoran sovellettaavuuden osalta viitannut PL 8 §:ään, 18 §:n 3 momenttiin ja 21 §:n 1 momenttiin. Länsineva (Länsineva 2002, s. 74) on mainittujen lisäksi viitannut PL 6 §:n 2 momenttiin, PL 8 §:ään ja PL 9 §:n 3 momenttiin. Ks. PL 7 §:n osalta KKO 1999:50 sekä laillisuusperiaatteen osalta KKO 1998:159. Tuorin mukaan PL 7 §:n kaltaisten säännösten ominaispiirteenä hänen mukaansa on, ”että niiden negatiiviset oikeusvaikutukset eivät riipu tavallisella lailla toteutettavasta täydentävästä sääntelystä.” Ks. tästä Tuori 1999a, s. 534. Ks. myös Virtanen 2004, s. 1057.

²⁹⁶ KM 1992:3, s. 131.

²⁹⁷ Saraviita 2011, s. 157. Ks. myös Saraviita 2005a, s. 73–74.

²⁹⁸ Nuotio 1998b, s. 156.

Vaikka perusoikeuksien painoarvoa voidaan yrittää ainakin karkeasti hahmotella sen perusteella, voidaanko niitä soveltaa suoraan tai onko niiden tulkinta-vaikutus erityisen vahvaa, on oikeusteoreetikoista ainakin Siltala ollut valmis myöntämään, että perusoikeuksien välillä vallitsee joitakin vähintäänkin heikkoja etusijajärjestyksiä. Hänen mukaansa esimerkiksi elämän, henkilökohtaisen vapauden ja koskemattomuuden suoja nauttii ehdotonta suojaa esimerkiksi TSS+O -oikeuksiin nähden. Siltala on tältä osin viitannut EIS 2 artiklan ja 3 artiklan (kidutuksen kielto) vahvaan asemaan.²⁹⁹ Johtopäätöksenä Siltala on katsonut yksilön hengen ja terveyden perusoikeussuojan formalisoituneen suhteessa muihin vapausoikeuksiin ja TSS+O -oikeuksiin. Tässä suhteessa oikeusperiaatteille tyypillisen tilannesidonnaisen oikeudellisen ratkaisumenettelyn tilalle onkin tullut (enemmän tai vähemmän) sääntösidonnainen menettely.³⁰⁰

Edellä kerrotun perusteella voitaneen tehdä seuraavia varovaisia johtopäätöksiä:

- perusoikeuksien keskinäinen painoarvo määräytyy konkreettisessa soveltamistilanteessa
- *prima facie* hengen, vapauden ja koskemattomuuden suojalla on jonkinasteinen etusija muihin perusoikeuksiin verrattuna
- edellä mainittujen perusoikeuksien sääntöluonteisen soveltamisalan määrittäminen on ratkaisevan tärkeää.

Perusoikeuksien konkreettisen sisällön määrittyessä oikeuskäytännössä näkisin, että edellä esitetty on varsin pitkälti sovitettavissa myös Scheininin näkemykseen perusoikeuksien välisten etusijajärjestysten luonteesta. Scheinin on todennut, että etusijasuhteet ovat oikeudellisesti sitomattomia siihenastisen tulkintakäytännön yhteenvetoja tai suuntaa-antavia peukalosääntöjä.³⁰¹

²⁹⁹ Siltala 2004, s. 596–597. Samansuuntaisesti Neyroud – Beckley 2001, s. 63–64 sekä Kleinig – Kasachkoff 2012, s. 22–23. TSS+O -oikeuksilla Siltala tarkoittaa taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä sekä oikeudellisia oikeuksia. Viimeksi mainitut liittyvät lähinnä toimivaan oikeuslaitokseen ja kansalaisten oikeusturvatakeisiin.

³⁰⁰ Siltala 2004, s. 598–599. Vrt. Jonkka 1998a, s. 1261. Jonkan mukaan yksilön oikeusturvaintresseihin liittyvillä perusoikeuksilla on korkea *prima facie* -painoarvo, mikä tulee ottaa huomioon lakia yksittäistapauksessa sovellettaessa. Kyse on siis lähinnä tilanteista, joissa ”ryhdytään perusoikeutta loukkaavaan toimeen ilman siihen oikeuttavan lain tukea, jotta torjuttaisiin tällä tavoin painoarvoltaan tärkeämmäksi arvioidun perusoikeuden loukkaus”.

³⁰¹ Scheinin 2012, s. 136.

6 Perusoikeuksien suhde ihmisoikeuksiin

6.1 IHMISOIKEUSVELVOITTEIDEN NOUDATTAMINEN PERUSOIKEUKSIEN YLEISENÄ RAJOITUSEDELLYTYKSENÄ

Perusoikeuden rajoitusperusteen *hyväksyttävyyttä* arvioitaessa tulevat perustuslakivaliokunnan mukaan huomioon otettaviksi myös vastaavat EIS:n määräykset. Perusoikeussäännösten rajoittamiskriteerien tulee olla yhdenmukaisia vastaavien ihmisoikeuksien rajoittamiskriteerien kanssa ja perusoikeuksia voidaan rajoittaa vain sellaisilla perusteilla, jotka ovat myös vastaavan ihmisoikeussopimuksen sopimusmääräyksen mukaan hyväksyttäviä. Tämä vaatimus korostuu, jos EIS:n määräyksessä on tyhjentävä luettelo hyväksyttävistä rajoitusperusteista.³⁰² EIS:n määräykset ovat siis ikään kuin lisävarmistus siitä, että perusoikeuksien rajoitus on perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä.³⁰³ EIS:n yksittäisten määräysten tulkintaan puolestaan vaikuttavat suuresti EIT:n omaksumat tulkinnot sopimusartikloista.³⁰⁴

Sen lisäksi, että EIS:n ihmisoikeusvelvoitteet tulevat huomioon otettaviksi osana perusoikeuden rajoituksen hyväksyttävyyttä, muodostavat ihmisoikeusvelvoitteet myös *itsenäisen rajoituskriteerin*, joka nostaa arviointikriteereiksi kaikki Suomea sitovat kansainvälisoikeudelliset ihmisoikeusjärjestelmät.³⁰⁵ Kriteeri edellyttää, että suunnitellut perusoikeuksien rajoitukset eivät saa olla ristiriidassa Suomea koskevien kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa, vaan perusoikeuksia ja ihmisoikeuksia tulee pyrkiä tulkinnallisesti harmonisoimaan.³⁰⁶ Oikeudellinen perusta tälle kriteerille on löydettävissä ihmisoikeuksien toteutumisen yleisen edistämisvelvollisuuden asettavan PL 22 §:n ohella PL 74 §:stä, jonka mukaan:

³⁰² PeVM 25/1994 vp, s. 5. EIS:n merkityksestä tässä yhteydessä ks. Viljanen 2001, s. 190–200. Kirjoittajan mukaan ”vaatimus rajoitusperusteen sisältymisestä ihmisoikeusmääräykseen sisältyvään rajoituslausekkeeseen on *välttämätön*, mutta ei *riittävä* ehto sille, että rajoitusperuste on myös perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä”.

³⁰³ Viljanen 2001, s. 198–199.

³⁰⁴ Saraviita 2011, s. 139.

³⁰⁵ Saraviita 2011, s. 141. KP-sopimuksen merkityksestä ks. Eriksson – Scheinin 1988, s. 117.

³⁰⁶ PeVM 25/1994 vp, s. 5.

”Eduskunnan perustuslakivaliokunnan tehtävänä on antaa lausuntonsa sen käsittelyyn tulevien lakiehdotusten ja muiden asioiden perustuslainmukaisuudesta sekä suhteesta kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin.”

Vaatimuksen on katsottu olevan eräänlainen viimekätinen varmistus, koska lakiehdotus, joka loukkaa kansainvälisiä ihmisoikeusvelvoitteita, voi tuskin täyttää muitakaan edellytyksiä.³⁰⁷ Käytännössä vaatimuksen merkitys on hyvin samantapainen kuin ydinalueen koskemattomuudenkin merkitys.³⁰⁸ Tästä sinänsä marginaalisesta roolista huolimatta Jukka Viljanen on pian perusoikeusuudistuksen jälkeen katsonut, että perus- ja ihmisoikeuksien harmonisointi ja sitä ilmentävä ”tulkinnan integraatioprosessi” ovat onnistuneet parhaiten juuri kansallisen rajoitusdoktriinin soveltamisessa.³⁰⁹

6.2 MUITA HUOMIOITA PERUS- JA IHMISOIKEUKSIEN SUHTEESTA

Jo edellä sanotusta ilmenee, että perus- ja ihmisoikeuksien suhde on ilmeisen kiinteä. Perusoikeusuudistusta koskeneen hallituksen esityksen sanoin ihmisoikeussopimukset ”määrittävät perusoikeusuudistukselle kansainvälisesti hyväksytyn nykyaikaisen tason”, jonka täydennyksenä kansallisissa perustuslaeissa tulee huomioida kansalliset olot ja oikeuskulttuurin erityispiirteet. Luonnollisesti perustuslain säännökset ovat myös ilmaisultaan ihmisoikeussopimuksia täsmällisempiä.³¹⁰ Viimeksi mainitussa suhteessa tutkimukseni keskiössä olevat oikeutta elämään turvaavat EIS 2 artikla ja PL 7 § tekevät tosin poikkeuksen.

Perusoikeusjärjestelmäämme uudistettaessa tavoitteena oli nimenomaan lähentää sisällöllisesti kansallista perusoikeusjärjestelmäämme ja kansainvälisiä ihmisoikeusvelvoitteita. Lakitekstiin tehtyjen muutosten lisäksi todettiin, että esimerkiksi vapaudenriistojen oikeusturvakysymyksiä ja oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevia säännöksiä tulkittaessa EIS:n vastaavien määräysten tulkinnasta saadaan tukea kansallisten perusoikeussäännösten tulkintaan. Tulkinnallisen tuen lisäksi kiinteää suhdetta ilmentää myös esimerkiksi nykyään PL 22 §:ssä asetettu julkisen vallan velvollisuus turvata perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Lisäksi PL 23 §:ssä on edellytetty, että perusoikeuksiin poikkeusoloissa tehtävien tilapäisten poikkeuksien tulee olla muun muassa

³⁰⁷ Viljanen 2001, s. 62 ja 284–285 ja 297–298. Ks. myös Jonkka 1998a, s. 1257 ja Husa 1999 s. 276.

³⁰⁸ Ks. Viljanen 2001, s. 301.

³⁰⁹ Jukka Viljanen 1998, s. 267.

³¹⁰ HE 309/1993 vp, s. 6. Ks. myös HE 309/1993 vp, s. 14–15.

”Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden mukaisia”. Edellä kerrotusta huolimatta perusoikeusjärjestelmällä ja kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden välillä on tiettyjä erojakin. Ihmisoikeussopimukset jättävät tyypillisesti valtioille harkintavaraa velvoitteiden täyttämässä. Kansallisesti perusoikeuksiin saatetaan asettaa pidemmälle meneviä rajoituksia kuin ihmisoikeusvelvoitteista suoraan johtuu, mikä väistämättä vaikuttaa ihmisoikeusvelvoitteiden sisällöstä perusoikeussäännösten tulkintaan saatavaan tukeen. Kansalliseen harkintaan jää yleensä myös se, minkä tasoisella sääntelyllä ihmisoikeudet turvataan.³¹¹

Eräiden sopimusmääräysten tulkinnassa on nimenomaan pyritty jättämään valtiolle harkintamarginaali (*margin of appreciation*), joka mahdollistaa kansallisten tulkintojen tekemisen esimerkiksi siitä, mikä on ”demokraattisessa yhteiskunnassa välttämätöntä”. Kansallisen perusoikeusjärjestelmän tehtävänä on määrittää harkintamarginaalin puitteissa haluttu kansallinen taso. Harkintavallan laajuus riippuu tapausittain ja oikeuksittain rajoitusperusteesta. Esimerkiksi rajoitusperusteen ollessa moraali tai kansallinen turvallisuus on harkintamarginaali määritetty laajaksi.³¹² Merkitystä on myös sillä, kuinka yhtenäinen käsitys ko. asiasta jäsenmaissa vallitsee.³¹³ Harkintamarginaalin pääsovellusalueet ovat olleet omaisuuden suoja sekä EIS 8–11 artiklat.³¹⁴

Periaatteellinen ero perusoikeuksiemme ja ihmisoikeussopimusten velvoittavien määräysten välillä on se, että kansallisella poikkeuslakimenettelyllä ei voida säätää ihmisoikeussopimusten vastaisia lakeja. Toisin sanoen kansallisesta säätämisyjärjestyksestä riippumatta ristiriitaisuus velvoittavan kansainvälisen sopimuksen kanssa on aina kansainvälisen velvoitteen rikkomista.³¹⁵ Tätä ei muuta se, että säädesteknisesti perusoikeudet on turvattu hierarkkisesti korkeammalla tasolla kuin tavallisella lailla Suomen oikeuteen inkorporoidut EIS ja KP-sopimus.³¹⁶ Toisaalta on jopa todettu, että osa perusoikeuksista on kirjattu perustuslakiin lähinnä osoitukseksi siitä, että Suomi noudattaa ihmisoikeusvelvoitteitaan,

³¹¹ HE 309/1993 vp, s. 39–40 ja 74–77. Vapaudenriistoa koskevien säännösten kehityksestä ks. myös PeVL 4/1986 vp, s. 4–5 sekä Kastari 1972, s. 142–156, Träskman 1988, s. 130–133 ja Nieminen-Kiesiläinen 1999, s. 160.

³¹² Viljanen 2001, s. 284–288. Ks. myös Jukka Viljanen 1998, s. 255, Danelius 2007, s. 49, Emmerson et al. 2007, s. 115–127 ja Pellonpää et al. 2012, s. 306–308. Harkintamarginaalioppiin liitetystä ongelmasta ks. Lavapuro 2010b, s. 219–220. Myös Duffy (Duffy 1997, s. 24) on korostanut sitä, että joissakin tapauksissa EIT on lähinnä tyytynyt varmistamaan toimenpiteiden perustumisen lakiin ottamatta kantaa niiden tarkoituksenmukaisuuteen. Valtioille jää siten mahdollisuus kokeilla yhteiskunnallisten ongelmien voittamiseksi eri keinoja ilman, että keinosta luopumisesta voitaisiin tehdä päätelmiä keinojen yhteensopivuudesta EIS:n kanssa.

³¹³ Pekkanen 1991, s. 363. Samoin Emmerson et al. 2007, s. 116.

³¹⁴ Viljanen 2001, s. 289. Ks. myös Pekkanen 1991, s. 362 ja Danelius 2007, s. 49. EIT:n käytännöstä tältä osin ks. myös Pellonpää et al. 2012, s. 299–305.

³¹⁵ HE 309/1993 vp, s. 8–9. Ks. myös OJL 21/1988, s. 20–21, jossa pohdittiin mahdollisuutta saat-
taa EIS:n materiaaliset määräykset voimaan perustuslain tasoisesti.

³¹⁶ Jyränki 2000, s. 280.

vaikka näiden oikeuksien noudattaminen on Suomessa itsestäänselvyys. Esi-
merkinä on mainittu kidutuksen kieltö.³¹⁷

Joka tapauksessa perustuslainsäätäjän ottaessa tavoitteeksi perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien sisällöllisen lähentämisen on tämä tavoite otettava myös perusoikeussäännösten tulkinnan yhdeksi lähtökohdaksi.³¹⁸ Perus- ja ihmisoikeudet kytkeytyvät toisiinsa kuitenkin eri tavoin. Eräät perusoikeussäännökset (esimerkiksi PL 10 §:n 1 momentti ja PL 21 §:n 2 momentti) ja käsitteistö on omaksuttu varsin suoraan ihmisoikeussopimuksista. Tällöin on selvää, että myös ihmisoikeussopimusten vastaavien säännösten tulkintakäytännöllä on huomattavaa merkitystä.³¹⁹ Merkittävä osa perusoikeussäännöksistä on kuitenkin laadittu siten, että ihmisoikeussopimuksia on hyödynnetty varsin vähäisessä määrin (PL 18 § ja PL 19 §), ja osa on jopa täysin kotimaista ainesta (PL 12 §:n 2 momentti ja 21 §).³²⁰ Näistä huomioista huolimatta useimmille perusoikeussäännöksille on löydetävissä vastine ihmisoikeussopimuksista. Tämän tutkimuksen kannalta keskeisimmälle säännökselle, PL 7 §:lle, on löydetävissä vastine EIS 2–6 artikloista.³²¹

Ihmisoikeuksien vaikutus perusoikeussäännösten ja muidenkin säännösten tulkintaan koki merkittävän murroksen 1990-luvulla. Ratkaisevana vaiheena tässä kehityksessä on pidetty Suomen liittymistä EIS:ään 1990.³²² Jo tätä edeltävässä vaiheessa oli Niemisen mukaan ilmennyt kestävästi eriytymistä eri tahojen käytännön toiminnassa, kun perustuslakivaliokunta sovelsi ihmisoikeussopimuksia perusoikeuksien rinnalla lausunnoissaan vain harvoin, kun taas tuomioistuinten ja erityisesti laillisuusvalvojien ratkaisussa viitattiin ihmisoikeussopimuksiin entistä useammin.³²³

Ihmis- ja perusoikeuksien kiinteä suhde on kuitenkin jo vanhempaa perua. Jukka Viljanen on katsonut, että mm. Locken ja Rousseau'n näkemykset ovat olleet sekä kansallisten perusoikeusjärjestelmien että YK:n ihmisoikeuksien yleismaailmallisen julistuksen taustalla. Mainittu julistus on arvopohjaltaan sidottu kiinteästi EIS:ään. Eurooppalaiseen perinteeseen sidottu aiemmin voimassa ollut hallitusmuoto ja EIS puolestaan toimivat perusoikeusjärjestelmän uudistuksen kivijalkana. Viljasen sanoin

³¹⁷ Saraviita 2005a, s. 7.

³¹⁸ Viljanen 2001, s. 280.

³¹⁹ Viljanen 2001, s. 276–277.

³²⁰ Viljanen 2001, s. 277.

³²¹ Viljanen 2001, s. 277–280. Lisäksi EIS:n 8 artiklan yksityiselämän suoja kattaa myös fyysisen koskemattomuuden. Ks. tästä Viljanen 2001, s. 295.

³²² Viljanen 1996, s. 792–797. Viljanen on puhunut perustuslakivaliokunnan antamasta *erillisyysteesistä* (ks. PeVL 2/1982 vp, s. 4, jossa on muun muassa todettu, että ”Suomea velvoittavat kansainväliset sopimukset eivät voi sinänsä täydentää ja selvittää hallitusmuodon säännösten sisältöä” ja ”hallitusmuodon säännösten tulkinta ja soveltaminen on täysin riippuvainen Suomen omien valtioelinten ratkaisuista, joilla on vain hyvin vähäiset mahdollisuudet vaikuttaa kansainvälisten sopimusten säännösten tulkintaan ja soveltamiseen”) ja perusoikeusuudistuksesta *erillisyysteesin antiteesinä* (ks. PeVM 25/1994 vp, s. 5). Ks. myös Scheinin 1991, s. 299–302 ja 332–334.

³²³ Nieminen 2004, s. 414.

”kahta tietä on päädytty lopulta samaan pisteeseen”. Tällainen kiinteä suhde toimii kahteen suuntaan. Jäsenmaiden oikeusjärjestelmissä jollekin käsitteelle annettu merkitys vaikuttaa ylikansallisesti käsitteelle annettuun sisältöön ja toisin päin. Esimerkkinä Viljanen on maininnut mm. pakkokeinolaissa ja poliisilaissa erikseen ilmaistun suhteellisuusperiaatteen.³²⁴ Kriittisen oikeuspositivismin viitekehyksessä kyse on sedimentaatio- ja konkretisaatioprosesseista. Erityisesti voidaan todeta, että järjestelmien kiinteän yhteyden merkitys perus- ja ihmisoikeuksien tulkintaan korostuu klassisten vapausoikeuksien kohdalla.

6.3 LOPPUHUOMIOITA

Perus- ja ihmisoikeusjärjestelmät ovat *päällekkäisiä*. Kansalaiset – tai oikeammin Suomen alueella olevat henkilöt – nauttivat yhtä aikaa sekä perustuslaissa turvattujen perusoikeuksien tarjoamaa suojaa julkista valtaa vastaan että ihmisoikeussopimusten tarjoamaa suojaa lainsäätäjän ja hallintoviranomaisten toimia vastaan. Lisäksi EU:n perusoikeusjärjestelmä tarjoaa suojaa eräissä tapauksissa.³²⁵ Ihmisoikeuksien tärkeyden painottaminen murentaa tietyn normihierarkian varaan rakentunutta kansallista oikeuskäsitystämme. Nyt käsillä on ainakin kolme eri järjestelmää – EU, EIS/EIT ja jäsenmaat –, joiden välisiä mahdollisia ristiriitoja on pyrittävä ratkaisemaan ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan keinoin.³²⁶

Valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa on esitetty, että oikeusturvan luomisessa pääpaino on suomalaisessa perusoikeusjärjestelmässä ja ihmisoikeusjärjestelmät vain täydentävät perusoikeusjärjestelmää. Perusteluina näkökohdille on esitetty muun muassa YK:n ihmisoikeusjärjestelmän luomisessa tehtyjä kompromisseja, EIS:n jäsenmäärän laajentumisen vaikutuksia järjestelmän tehokkuuteen sekä terrorismin torjunnan vaikutuksia ihmis- ja perusoikeusjärjestelmiin.³²⁷ Mainituista kriteereistä EIS:n jäsenmäärän kasvaminen kiistämättä muuttaa jäsenvaltioiden piirin heterogeenisemmaksi ja saattaa johtaa sinänsä varsin korkean ”eurooppalaisen ihmisoikeusstandardin” tason madaltumiseen.³²⁸ Toisaalta Ojanen on terrorismin vastaista sotaa käsitelleessä artikkelissaan to-

³²⁴ Jukka Viljanen 1998, s. 261–262.

³²⁵ Saraviita 2005a, s. 27.

³²⁶ Husa 2001, s. 46–49.

³²⁷ Saraviita 2005a, s. 55–56.

³²⁸ Viljanen 2001, s. 283–284. Tätä uusien jäsenmaiden alentavaa vaikutusta ihmisoikeusstandardiin hillitsee se, että siihen liittyvien valtioiden tulee olla Euroopan neuvoston jäseniä, mihin liittyminen puolestaan edellyttää valtiolta demokraattista valtiomuotoa sekä tahtoa ja kykyä perus- ja ihmisoikeuksien kunnioittamiseen. Daneliuksen mukaan osa uusista jäsenvaltioista on vain hädintuskin pystynyt osoittamaan riittävää suojaa ihmisoikeuksille. Ks. tästä Danelius 2007, s. 20.

dennut, että yhä useammat ihmiset ovat valmiita hyväksymään kidutuksen, jos se on välttämätöntä terrori-iskujen torjumiseksi. Useat valtiot ovat puolestaan valmiita määrittämään *kidutuksen soveltamisalan* uudelleen ja jopa todenneet, että ihmisoikeusvelvoitteita voitaisiin rikkoa yleisesti terrorismin vastaisen sodan nimissä tai vetoamalla *lex posterior* tai *lex specialis* -oppeihin. Toisaalta useissa maissa korostetaan edelleen perus- ja ihmisoikeuksien merkitystä ja ehdottomien kieltojen alaa myös terrorismin vastaisessa sodassa.³²⁹

Selvänä voidaan kuitenkin pitää, että jo kuvatun keskustelun käyminen sinälään uhkaa EIS:n asemaa kansainvälisten standardien asettajana ja korostaa osaltaan kansallisen perusoikeusjärjestelmän merkitystä. Myös edellä mainittu valtion harkintamarginaalioppi rajoittaa merkittävästi mahdollisuutta omaksua ihmisoikeussopimuksen jollekin artiklalle annettuja tulkintoja suoraan vastaavan perusoikeussäännöksen tulkinnaksi.³³⁰ Viljanen onkin arvioinut, että harmonisoinnilla saattaa olla suurempi merkitys arvioitaessa yksittäisten perusoikeussäännösten aineellista ulottuvuutta (”mitä kuuluu perusoikeussäännöksen suojan piiriin”) kuin arvioitaessa yksittäisten rajoitusten sallittavuutta.³³¹

Euroopan tasolla vaikuttavista ihmisoikeusjärjestelmistä EIS ja EIT sen sisältöä tulkitessaan asettavat eri oikeuksien suojalle *minimitason*, joka jättää valtiolle harkintamarginaalin, jonka rajoissa kansallista sääntelyä voidaan toteuttaa. EU jättää jäsenvaltioille huomattavasti kapeamman harkintamarginaalin, mutta tämän tutkimuksen kontekstissa tällä erolla ei voida katsoa olevan juurikaan merkitystä, koska keskeisten vapausoikeuksien osalta EU:n perusoikeuskirja rakentuu EIS:n pohjalle.³³² Tältä osin riitasointuja ei voida siis arvioida syntyvän ainakaan EU:n ja EIS:n välillä.³³³ Tosin lienee mahdollista, että samansisältöisistä säännöksistä esitetään eri valvontajärjestelmissä (esimerkiksi EU:n tuomioistuimessa ja EIT:ssä) erilaisia tulkintoja.³³⁴ Kokonaisuudessaan ristiriitojen muodostumista hillinnee kuitenkin myös EIS 53 artikla, jonka mukaan:

³²⁹ Ojanen 2007, s. 1055–1056 ja 1069. Ks. myös Scheinin 2008 erit. s. 196 ja 203. Terrorismin torjunnasta sotana tai rikostorjuntana ja tämän erottelun merkityksestä hyväksyttäviin toimivaltuuksiin ks. Lohse 2012, s. 40–42. Laillisuus- ja oikeusvaltioperiaatteiden kohtaamiin haasteisiin viitaten 9/11-iskujen jälkeistä tilaa on kuvattu termillä ”terrorismin vastaisen sodan paradigma”.

³³⁰ Viljanen 2001, s. 288–289.

³³¹ Viljanen 1996, s. 801.

³³² Husa 2001, s. 47–48. Ks. myös Ojanen 2007, s. 1065.

³³³ Husa 2001, s. 60–61. Ks. myös Jyränki 2003, s. 503. Jyränki on todennut YK:n ihmisoikeussopimusten, EIS:n ja EU:n perusoikeusjärjestelmän olevan itse asiassa kilpailevia instituutioita. Hän on katsonut Suomen liittymisen EIS:ään johtaneen Suomeen etäännyttämiseen YK:n ihmisoikeusjärjestelmästä. Ks. myös Pellonpää et al. 2012, s. 123–132.

³³⁴ Ks. Saraviita 2005a, s. 7.

”Minkään tässä yleissopimuksessa ei pidä katsoa rajoittavan tai loukkaavan korkean sopimuspuolen lainsäädännössä turvattuja tai jossain sen allekirjoittamassa sopimuksessa tunnustettuja ihmisoikeuksia ja perusvapauksia.”³³⁵

Ainakin tämän tutkimuksen kontekstissa voidaan edelleen perustellusti katsoa perus- ja ihmisoikeuksien muodostavan ”integroidun järjestelmän”, jossa merkittävimmät erot ovat perus- ja ihmisoikeuksiin liitetyissä erilaisissa valvontajärjestelmissä.³³⁶ Tämän seurauksena PL 2 luvun perusoikeussäännökset muuntuvat koko ajan ihmisoikeustoimielinten päätösten myötä.³³⁷ Ihmisoikeuksien erityis-asemaa Suomen oikeudessa on lisäksi korostanut PL 22 §, jonka tuella ihmisoikeussopimusten on todettu saaneen ”välillisen perustuslain aseman”.³³⁸ Mainitusta säännöksestä johdettava velvollisuus ihmisoikeusystävälliseen ja perusoikeusmyönteiseen laintulkintaan johtaa jopa eräänlaiseen epäsymmetriaan, koska se nostaa nimenomaan kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja toisaalta perusoikeuksia koskevat säännökset (erotettuna perustuslain muista säännöksistä) erityisasemaan.³³⁹

³³⁵ EU:n perusoikeuskirjan 52 artiklan 3 kohdassa todetaan, että ”siltä osin kuin tämän perusoikeuskirjan oikeudet vastaavat ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyssä yleissopimuksessa taattuja oikeuksia, niiden merkitys ja ulottuvuus ovat samat kuin mainitussa yleissopimuksessa. Tämä määräys ei estä unionia myöntämästä tätä laajempaa suojaa.” Vastaavasti KP-sopimuksen 5 artiklan 2 kohdan mukaan: ”Mitään rajoitusta tai poikkeusta ihmisen perusoikeuksista, jotka on tunnustettu tai jotka ovat voimassa jossakin sopimusvaltiossa lain tai muiden säännösten, yleissopimusten tai tavan nojalla, ei sallita sillä perusteella, että tämä yleissopimus ei tunnusta tällaisia oikeuksia tai että se tunnustaa ne suppeampina.”

³³⁶ Saraviita 2011, s. 58.

³³⁷ Saraviita 2011, s. 116.

³³⁸ Nieminen 2004, s. 415.

³³⁹ Ojanen – Scheinin 2011a, s. 182, 189 ja 191.

III

TOIMIVALLAN RAJOJEN MÄÄRITTÄMINEN

1 Julkisoikeudellisista toimivaltaa määrittävistä normilähteistä

1.1 YLEISTOIMIVALLASTA LAKISIDONNAISUUTEEN

Käsityksemme poliisitoiminnan ja lain suhteesta on muuttunut viimeisten vuosikymmenien aikana. Siitä huolimatta, että Ylösjoki poliisioikeuden perusteoksissaan 1960-luvulla katsoi, että poliisin tulee kaikessa toiminnassaan noudattaa lakia, oikeudenmukaisuutta ja kohtuutta, tähdensi hän, että ”poliisitoiminta on kyettävä järjestämään sellaiseksi, että sen lainalaisuus ei muodostu miksikään esteeksi tai edes häiriöksi poliisin tehtävien ja tarkoituksen toteuttamiselle”.¹ Ylösjoki toi selkeästi esille sen, että ainakin eräissä tapauksissa poliisin toimivalta oli ”johdettavissa valtiovallan ja poliisin olemassaolosta sellaisenaan”. Kyse oli *yleistoimivallasta tai yleisvaltuudesta*, jota hallitusmuodolla ei ollut kumottu² taikka tavanomaisoikeudellisesta valtiosta peräisin olevasta pakkovallasta, jonka myös oikeusjärjestys tunnusti. Toimivalta tehtävän hoitamiseen oli siis johdettavissa valtion ja poliisin olemuksesta ja käsitteestä sellaisenaan³ ja yksityiskohtaisen oikeusohjeen puuttuessa poliisilla oli oikeus toimia ”parhaan kykynsä ja ymmärryksensä mukaan poliisihoidonmukaisen tilan ylläpitämiseksi”. Rajoittavina tekijöinä olivat toimiminen ”lain rajoissa” yleisen järjestyksen sekä turvallisuuden ylläpitämiseksi tarvittavalla tavalla.⁴ Kun poliisin valtaa pidettiin itsestään selvänä, sitä ei edes pyritty sitomaan kirjoitettuun lakiin. Tässä suhteessa poliisitoiminnan lakisidonnaisuutta voidaan pitää poliisin vallan itsestään selvänä pitämisen vastakohtana.⁵

Ylösjoen kirjoittaessa poliisioikeuden perusteoksiaan ajatus poliisin yleistoimivallasta oli voimakkaasti esillä ja jopa yleisvaltuuteen perustuva voimakeinojen käyttö oli lähtökohtaisesti mahdollista. Tästä huolimatta hänkin katsoi hallinnon lainalaisuusperiaatteen (legaliteettiperiaatteen) edellyttävän kaiken julkisen vallankäytön, johon myös poliisitoiminta sisältyi, nojautuvan lakiin ja poliisiviranomaisten toimivaltuuksien olevan oikeusjärjestyksestä johdettavissa. Lain-

¹ Ylösjoki 1966, s. 7. Poliisia koskevan sääntelyn kehityksestä Suomessa ks. myös KM 1986:16, s. 37–39.

² Ylösjoki 1965, s. 7.

³ Ylösjoki 1965, s. 35. Ks. myös Sinisalo 1973, s. 23 ja Honkasalo 1965, s. 162–163.

⁴ Ylösjoki 1965, s. 117. Ks. myös esim. Ylösjoki 1966, s. 208.

⁵ Sinisalo 1973, s. 18.

alaisuusvaatimukseen kytkeytyi Ylösjoen mukaan erityisesti poliisitoiminnan ennakoitavuus sekä jälkikäteinen kontrolli kansalaisten oikeusturvan takeina.⁶ Tämän seurauksena yleisvaltuuden rajat tuli määrittää suhteellisen ahtaiksi niin, että se pitäisi sisällään lähinnä tilanteet, joissa henkeen, terveyteen, ruumiilliseen koskemattomuuteen tai omaisuuteen kohdistuvat uhat edellyttivät välitöntä toimintaa.⁷

Poliisioikeudellisessa kirjallisuudessa Kari Sinisalo irrottautui yksiselitteisesti lähtökohdasta, jonka mukaan poliisin olemassaolosta sellaisenaan oli johdettavissa yleistoimivalta. Hän totesi väitöskirjassaan vuonna 1971, että ”*poliisin valtaa tutkittaessa on lähdettävä sitä koskevista säädännäisen oikeuden normeista*” eikä hänen mukaansa ”ole mitään taustalla leijuvaa yleisvaltuutta, jota voitaisiin sellaisenaan tutkia ja johon voitaisiin vedota aina, kun säädännäisen oikeuden normit näyttäivät puutteellisilta”.⁸ Sinisalo on tutkimuksensa johtopäätöksissä todennut, että Suomen lakiin ei sisällynyt poliisioikeudellista yleisklausulia, yleistoimivaltasäännöstä. Tällainen ei Sinisalon mukaan ollut sen koommin tuolloin voimassa ollut RL 3 luvun 8 §:n 1 momentti, PolL 1 § tai mikään muukaan säännös. Kysessä olevat säännökset eivät luoneet itsenäistä toimivaltaa.⁹

Hallinto-oikeudellisessa kirjallisuudessa Kaarlo Tuori on arvioinut voimankäytön sääntelyn historiaa Suomessa oikeusoppineiden Ståhlbergin, Ahteen, Merikosken ja Sinisalon tekstien valossa. Fokuksena on ollut erityisesti yleistoimivallan merkitys poliisin toimivaltaperusteena, mitä pidettiin merkittävänä jäänteenä poliisivaltiollisesta ajattelutavasta oikeusvaltiollisessa hallinto-oikeudessa.¹⁰ Myös Tuorin mukaan Sinisalon hallinto-oikeudellista väitöskirjaa voidaan pitää käännekohtana, joka siirsi käsitteen poliisin yleistoimivallasta historiaan.¹¹ Tuori on katsonut Sinisalon merkittävimmäksi ansioksi erityisesti tehtävien ja toimivallan käsitteellisen erottamisen, mutta muilta osin Sinisalon väitöskirja ei Tuorin mukaan ollut niin edistyksellinen kuin minä sitä on pidetty. Sinisalo kylläkin aiheellisesti kritisoi sitä, että yleistoimivaltuus ei perustunut kirjoitettuun lakiin, vaan poliisitoiminnan luonteeseen tai olemukseen, mutta toisaalta hänkin oli valmis hyväksymään *tavanomaisoikeudelliset toimivaltaperusteet*, kuten lukuisat oikeustieteilijät ennen häntä. Poiketen Ståhlbergistä, Merikoskesta sekä Ahteesta, joiden mielestä kirjoittamattomiin normeihin perustumaton toimivalta soveltui huonosti oikeusvaltioajatteluun, ei Sinisalo nähnyt *lakisidonnaisuusperiaatteen* kannalta ongelmaa siinä, että toimivalta perustui tavanomaiseen oikeuteen. Tältä osin hänen voidaan katsoa – ainakin nykyajan näkökulmasta – palanneen

⁶ Ylösjoki 1966, s. 123–124, 133, 153, 161, 201 ja 278. Ks. myös Rantanen 2003, s. 15 ja 17.

⁷ Ylösjoki 1966, s. 179–180.

⁸ Sinisalo 1971, s. 240. Ks. myös Sinisalo 1973, s. 22 ja 41 ja Helminen et al. 1999, s. 48.

⁹ Sinisalo 1971, s. 223–227.

¹⁰ Ks. tästä Tuori 2004a.

¹¹ Tuori 2004a, s. 493.

ajassa taaksepäin.¹² Modernin perusoikeusajattelun ja erityisesti siinä lakisidonnaisuudelle annetun merkityksen näkökulmasta Sinisalon näkemyksiä voidaankin perustellusti kritisoida. Lakisidonnaisuuden vaatimukset eivät nykyaikana Tuorin mukaan salli tavanomaisoikeudellisia toimivaltaperusteita eivätkä yleislauseketyypisiä toimivaltasäännöksiä, joita Sinisalo piti hyväksyttävänä.¹³

Yleistoimivaltalta on erotettava *tavanomaiseen oikeuteen (maantapaan) perustuvasta toimivallasta*.¹⁴ Yleistoimivallasta poiketen tavanomaiseen oikeuteen perustuvan toimivallan käsilläolo tulee kussakin tilanteessa osoittaa erikseen. Sinisalon mukaan kyse voi olla vakiintuneesta ja kauan jatkuneesta poliisikäytännöstä, jota ei ole oikeusteitse riitautettu tai se on tuomioistuimissa nimenomaan hyväksytty. Joka tapauksessa on hyväksyttävä sekin mahdollisuus, että toimivaltasääntely on aukollista.¹⁵ Myöhemmin Sinisalo on poliisioikeuden perusteoksessaan päätenyt siihen, että vakiintunutta käytäntöä parempi kriteeri on tuomioistuimen *nimenomainen hyväksyntä* tavanomaisoikeudellisen normin olemassaololle. Tuomioistuimiin Sinisalo on rinnastanut oikeuskanslerin ja eduskunnan oikeusasiamiehen. Tämän kriteerin käytettävyyttä tosin rajoitti Sinisalon mukaan ko. ratkaisujen harvalukuisuus.¹⁶

Oikeuskirjallisuudessa esitetyt ajatukset näkyivät myös lainsäädännön kehityksenä. Ennen poliisilain säätämistä vuonna 1966 poliisin toiminta perustui pitkälti tavanomaiseen oikeuteen tai asetuksen tasoisiin säännöksiin (esimerkiksi asetus poliisitoimesta Suomessa 57/1925).¹⁷ Vuoden 1966 poliisilakia (84/1966) säädettäessä painopiste oli poliisin vallan ”normeeraamisessa” eikä poliisilakia nähty enää ilmentymänä ”sellaisesta vallasta, joka poliisilla joka tapauksessa oli”. Poliisilain säätäminen merkitsi Sinisalon mukaan erityisesti kansalaisten oikeusturvan kannalta *kokonaan uuden periaatteellisen katsomustavan* omaksumista.¹⁸ Pohjoismaisessa kirjallisuudessa vastaavaa muutosta on osuvasti kuvattu toteamalla, että aiemmin ”kaikki, mikä ei ollut kiellettyä, oli sallittua”, kun taas lakisidonnaisuuden aiheuttaman ajattelutavan muutoksen jälkeen ”kaikki, mikä ei ollut lain erikseen sallimaa, oli kiellettyä”.¹⁹ Muutos poliisin toimivallan sääntelyssä tapahtui Sinisalon mukaan jossain määrin tarkoittamatta ja huomaamatta. Hänen mukaansa poliisilain säätämisessä oli tarkoitus olla kyse lähinnä organisatorisista uudistuksista, mutta lopulta painopiste siirtyi toimivaltasääntelyn puolelle. Joka tapauksessa uuden sääntelyn lähtökohdaksi tuli se, että poliisin

¹² Tuori 2004a, s. 504–505. Ks. myös Tuori 1999a, s. 532.

¹³ Tuori 2004a, s. 505.

¹⁴ Ks. Aarnio 1989a, s. 224–225.

¹⁵ Sinisalo 1971, s. 247–248. Ks. myös Sinisalo 1973, s. 22 ja 73.

¹⁶ Sinisalo 1973, s. 42.

¹⁷ Sinisalo 1973, s. 23. Ks. myös KM 1986:16, s. 37–38.

¹⁸ Sinisalo 1973, s. 24–25. Merkille pantavaa on, että tällaista vaikutusta ei säädöstyöhön ryhdyttäessä tavoiteltu. Ks. tästä Sinisalo 1973, s. 25. Samansuuntaisia oikeusvaltiollisia tavoitteita on havaittavissa myös Ruotsin vuonna 1984 voimaan tulleen poliisilain säätämisessä. Ks. tästä Berggren – Munck 2011, s. 18–20.

¹⁹ Ks. Norée 2004, s. 16–17.

valta ei ole itsestäänselvyys, vaan siitä tulee säätää lailla kuten muustakin viranomaistoiminnasta.²⁰

Valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa katsottiin jo 1970-luvulla sekä rikoslain että poliisin ja muiden viranomaisten toimivaltuuksia sääntelevien lakien kehittyneen sillä tavoin, että ”henkilökohtaisen oikeusturvan ydinasektien” merkitys oli käytännössä vähentynyt merkittävästi verrattuna aikaan, jolloin henkilökohtainen koskemattomuus, henkilökohtainen oikeusturva ja henkilökohtainen vapaus olivat nimenomaan kuninkaaseen kohdistuvia velvoitteita ko. oikeuksista (vapauksista) huolehtimiseen.²¹ Sääntelyn kehittyminen ja täsmentyminen johti Kastarin mukaan siihen, että ns. yleisvaltuuden soveltamiseen oli suhtauduttava yhä varovaisemmin ja hallinnon lainalaisuuden periaatetta oli aiheellista soveltaa yhä tiukemmin.²² Uudistuksen periaatteellisesta ja teoreettisesta merkityksestä huolimatta Sinisalo totesi vajaa kymmenen vuotta poliisilain säätämisen jälkeen, että poliisin käytännön toiminta ei juurikaan muuttunut lain säätämisen myötä.²³

Kehitys jatkui 1990-luvulla poliisilain seuraavan kokonaisuudistuksen yhteydessä. Vuonna 1990 Suomessa kansallisesti voimaan tullut Euroopan ihmisoikeussopimus asetti velvollisuuden poliisin toimivaltuuksien säätämisestä laintasoisin säännöksin. Valtaosa puutteista korjattiin vuoden 1995 poliisilailla, mutta esimerkiksi epäkonventionaalisista tiedonhankintakeinoista säädettiin vasta 1. päivänä maaliskuuta 2001 voimaan tulleilla säännöksillä.²⁴

Poliisilain uudistuksiin 1990-luvulla johtaneessa hallituksen esityksessä muutoksista ehdotettiin säädettäväksi tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä, koska katsottiin, että ehdotetut muutokset eivät juurikaan vaikuttaneet poliisin toimivaltuuksien tasoon. Tavoitteena oli säädellä laintasoisesti lähinnä tilanteista, joissa aiemmin oli toimittu pakkotilan tai tavanomaisen oikeuden suomin valtuuksin.²⁵ Hallituksen esitystä 57/1994 laadittaessa pyrkimyksenä olikin selvittää, missä määrin poliisi oli toiminut tavanomaisoikeudellisilla perusteilla ja missä määrin hätävarjelu- ja pakkotilasäännösten nojalla. Kohteena olivat nimenomaan ne tilanteet, joissa mainittuihin säännöksiin jouduttiin vetoamaan jatkuvasti tai toistuvasti. Tavoitteeseen vaikuttivat Suomea sitovat kansainväliset sopimukset ja niihin liittymisen myötä kehittynyt perus- ja ihmisoikeuksien tiedostaminen, joka puolestaan kavensi tavanomaiseen oikeuteen ja vakiintuneeseen käytäntöön perustuneen viranomaistoiminnan alaa.²⁶

²⁰ Sinisalo 1971, s. 6–7. Ks. myös KM 1986:16, s. 38.

²¹ Kastari 1972, s. 128–129.

²² Kastari 1972, s. 250.

²³ Sinisalo 1973, s. 26.

²⁴ Ks. HE 34/1999 vp, s. 5.

²⁵ HE 57/1994 vp, s. 97–98.

²⁶ HE 57/1994 vp, s. 4 ja 19–20. Ks. myös HaVM 20/1994 vp, s. 2.

Voidaan eittämättä katsoa, että ajatus poliisin olemuksesta ja tehtävistä johdet-
tavasta yleistoisimivallasta tai yleisvaltuudesta on jäänyt poliisioikeuden histo-
riaan. Sitä vastoin tavanomaisoikeudelliset toimivaltaperusteet ovat sitkeämpää
tekoa. Yleisellä tasolla Helminen ym. ovat poliisioikeuden perusteoksessa va-
rauksin katsoneet, että jotkin toimenpiteet voidaan edelleen perustaa tavanomai-
sen oikeuden muovaamaan ”*vakiintuneeseen poliisikäytäntöön*, joka on *yleises-
sä tiedossa* ja myös sikäli *hyväksytty*, ettei sitä vastaan ole ryhdytty viranomais-
toimenpiteisiin”. Tällaisen normin olemassaolo tulee kuitenkin osoittaa joka ti-
lanteessa erikseen.²⁷

Matti Kuusimäki on jo aiemmin huomattanut, että toimivaltasäännöstö ei ole ”tyhjen-
tävä reagointitapaluetto”. Jos laki sallii potentiaalisen rattijuopon kiinniottamisen,
lienee edelleen oikeus ottaa häneltä vain esimerkiksi auton avaimet pois.²⁸ Eduskun-
nan apulaisoikeusasiamies näyttäisi ratkaisun 26.1.2001 dnro 1877/4/99 perusteella
olevan eri mieltä. Ratkaisun mukaan poliisilaissa määritellyistä tehtävistä ei voida
johtaa yleistä valtaa puuttua ihmisten oikeuksiin rikosten ennalta ehkäisemiseksi.
Tosin ratkaisussa ei ilmeisesti katsottu olleen käsillä myöskään kiinnioton perusteita.²⁹
Uudessa poliisioikeuden perusteoksessa onkin aiheellisesti kiinnitetty huomiota
siihen, että ajo-oikeudetta ajo, josta oli kyse apulaisoikeusasiamiehen ratkaisussa, ei
lähtökohtaisesti ole voimassa olevan PolL:n 20 §:ssä tarkoitettu henkeen, terveyteen,
vapauteen, kotirauhaan tai omaisuuden kohdistuva rikos eikä aiheuta välitöntä vaaraa
yleiselle turvallisuudelle. Rattijuopumuksella saattaa sitä vastoin olla tällaisia seu-
rauksia.³⁰

Tavanomaisoikeudellisten toimivaltaperusteiden hyväksyttävyyden kannalta on
aiheellista kiinnittää huomiota PL 2 §:n 3 momenttiin, joka toisaalta velvoittaa
virkamiehet noudattamaan oikeusnormeja niiden säätämistavasta riippumatta
(laki-käsite materiaalisessa merkityksessä) ja toisaalta velvoittaa säätämään toi-
mivallasta laintasoisesti (laki-käsite muodollisessa merkityksessä). Tuori pitää
riidattomana, että viimeksi mainittu ulottuvuus koskee ainakin niitä tilanteita,
joissa toimivalta rajoittaa PL 2 luvussa lueteltuja perusoikeuksia. Ja koska polii-
sitoiminta kajoaa usein nimenomaan näihin oikeuksiin, eivät *tavanomaisoikeu-
delliset toimivaltaperusteet* Tuorin mukaan yleensä ole mahdollisia. Tarkkarajai-
suus- ja täsmällisyysvaatimukset (”*precisa och exakt*”) estävät luonnollisesti

²⁷ Helminen et al. 1999, s. 55. Toisessa yhteydessä Helminen on nimenomaan todennut, että toi-
mivaltasääntely saattaa myös liittyä tilanteisiin, joissa ei ole kyse kenenkään oikeusasemaan puut-
tumisesta. Helminen on maininnut esimerkkinä poliisiajoneuvon kuljettamisen hälytysajossa yli-
nopeudella. Helminen mukaan ”mainittu toimenpide ei sellaisenaan sisällä puuttumista yksityisen
oikeuspiiriin, vaikkakin voitaneen sanoa, että siitä saattaa aiheutua tietynasteista vaaraa muille
tiellä liikkuville”. Ks. tästä Helminen 2006, s. 107.

²⁸ Ks. tästä Kuusimäki 1989, s. 292–293.

²⁹ EOAK 2001, s. 125–126.

³⁰ Helminen et al. 2012b, s. 609.

myös poliisioikeudellisten yleislausekkeiden käytön.³¹ Toisin sanoen kyse ei enää ole julkisoikeudellisesta hätävarjelusta, vaan toimivallan käytöstä.³²

Myös uusimmassa esitutkintaa ja pakkokeinoja koskevassa perusteoksessa kirjoittajat ovat viitaten muun muassa EIT:n ratkaisukäytäntöön (esimerkiksi Sallinen and others v. Finland -ratkaisu) katsoneet, että nykyisen perustuslain valossa viranomaisten toimivaltuuksia ei voida enää perustaa tavanomaiseen oikeuteen (vakiintunut viranomaiskäytäntö).³³ Nähdäkseni ratkaisusta ei voitane tehdä näin suoraviivaisia johtopäätöksiä, sillä se koski varsin ankaraa pakkokeinoja eli asianajotoimistoon kohdistunutta etsintää ja takavarikkoa. Langettavasta tuomiosta huolimatta on syytä kiinnittää huomiota EIT:n asettamiin yleisiin periaatteisiin, joiden mukaan ratkaisevaa ei ole lain (*law*) muoto vaan sisältö, lain saatavuus (*the accessibility of the law*) ja ennustettavuus (*the "foreseeability" of the meaning and nature of the applicable measures*).³⁴ Tässä suhteessa voitaneen perustellusti väittää, että Helmisen ym. vuonna 1999 esittämä näkemys tavanomaisoikeudellisten toimivaltaperusteiden hyväksyttävyydestä on edelleen oikea, vaikka uusimmassa perusteoksessa Helminen ym. ovatkin katsoneet, että tavanomaiselle oikeudelle poliisin toimivallan lähteenä ei käytännössä jää enää tilaa.³⁵

Norée on väitöskirjassaan vuodelta 2000 viitaten Ruotsin poliisilain 8 §:ään katsonut, että poliisilla on oikeus tarpeellisuus- ja puolustettavuuskriteerien rajoissa pysyvään yleistoimivaltaan virkatehtäviensä hoitamiseen, kunhan se ei rajoita perusoikeuksia eikä ole ristiriidassa jonkin erityissäätelyn kanssa.³⁶ Myös Berrgren ja Munck ovat nähneet tavanomaisoikeudelliset toimivaltaperusteet mahdollisiksi tilanteissa, joissa ei ole kyse perusoikeuksiin kajoamisesta. He ovat todenneet, että "[s]edvanerätten har givetvis fortfarande betydelse som rättskälla för polisens handlande, men man kan inte längre åberopa den som stöd för ingripanden som innebär att de grundlagfästa fri- och rättigheterna begränsas".³⁷

Äskettäin poliisin voimankäyttöoikeutta Ruotsissa tutkinut Johan Boucht on katsonut, että tavanomaisoikeudelliset perusteet tulisi ottaa huomioon oikeudellisessa argumentoinnissa, mutta toimivallan perustamista tavanomaiselle oikeu-

³¹ Tuori 2004a, s. 506–507. Vrt. Sinisalon perusoikeusesitys Sinisalo 1971, s. 208–217.

³² Tuori 2004a, s. 510.

³³ Helminen et al. 2012a, s. 48.

³⁴ Ks. Petri Sallinen and others v. Finland -ratkaisun kohdat 74–94.

³⁵ Ks. Helminen et al. 2012b, s. 178.

³⁶ Norée 2000, s. 72–73. Ks. myös HE 57/1994 vp, s. 7–11. Hallituksen esitykseen 57/1994 vp sisältyvän kansainvälisen vertailun pohjalta voidaan todeta, että vielä 1990-luvulla poliiseilla oli pohjoismaissa laajalti tavanomaiseen oikeuteen perustuvaa toimivaltaa, erityisesti yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämiseen liittyvissä tehtävissä.

³⁷ Berrgren – Munck 2011, s. 20.

delle hän ei pidä perusteltuna johtuen muun muassa tavanomaisoikeudellisten perusteiden väistämättömästä epämääräisyydestä.³⁸ Tässä yhteydessä on myös todettava, että Suomessa omaksuttujen ajatusten näkökulmasta Ruotsin poliisilain 10 §:n 7 kohta, joka oikeuttaa voimankäyttöön, jos ”*åtgärden i annat fall är oundgängligen nödvändig för den allmänna ordningens eller säkerhetens upprätthållande och det är uppenbart att den inte kan genomföras utan våld*”, haastaa vakavasti lainalaisuusperiaatteen rajat.³⁹

Poliisin toimintaympäristön nopean kehittymisen myötä pidän edelleen välttämättömänä mahdollisuutta perustaa toimivalta joissakin tilanteissa tavanomaiseen oikeuteen. Tämä voisi tulla kyseeseen tilanteissa, joissa toimivaltasääntely ei ole pysynyt ajan tasalla, poliisin toiminta ei kuulu kriminalisointien alueelle eikä toiminnalla juurikaan puututa kohdehenkilöiden oikeusasemaan. Kyse on siis lähtökohtaisesti toiminnasta, johon kaikilla kansalaisilla on oikeus. Esimerkkinä tällaisesta menettelystä voidaan mainita tietoverkoissa salanimen turvin tapahtuva tiedonhankinta, joka poliisin toimivaltasääntelyn uudistuksen myötä on tullut poliisi- ja pakkokeinolakeihin kirjatuksi. Yleisesti voidaan todeta, että muuttuneisiin olosuhteisiin mukautuva selkeä toimivaltasääntely tukee oikeusvaltioperiaatteen toteutumista, mutta siitä ei voida päätellä, että sääntelyä edeltänyt toiminta olisi ollut nimenomaisen säännöksen puuttumisesta huolimatta lain vastaista. Voidaan myös huomauttaa, että ainakin voimassa olevaa poliisilakia uudistettaessa lähtökohtana oli, että poliisimiehellä on *samat oikeudet kuin muillakin kansalaisilla* kaikkiin lain sallimiin toimenpiteisiin. Tämän lisäksi poliisilla on virkansa suomia erityisvaltuuksia.

Esimerkiksi hallituksen esityksen 57/1994 vp yksityiskohtaisista perusteluista ilmenee, että lähtökohtaisesti poliisilla on samat oikeudet eri ”toimenpiteisiin” kuin muillakin kansalaisilla esimerkiksi ympäristön tarkkailuun ja keskusteluun (”Valvonnan oikeudellisella sääntelyllä ei siten rajoiteta poliisin oikeutta suorittaa tilapäistä yleisvalvontaa kotirauhan piirin ulkopuolella. Tällainen valvonta ei kohdistu kehenkään henkilökohtaisesti, eikä tilapäistä valvontaa poliisin suorittamana ole sen vuoksi syytä rajoittaa enempää kuin vastaavaa tilapäistä katselua tai kuuntelua kenen tahansa suorittamana.”). Kun tällainen toiminta muuttuu yksityisyyden suojaan puuttumiseksi, tulee siitä tavallisille kansalaisille kiellettyä ja poliisille puolestaan erillistä toimival-

³⁸ Boucht 2011a, s. 65. Ks. myös Auglend et al. 2004, s. 401–402, jotka ovat esimerkkinä tavanomaisoikeudellisten toimivaltuuksien säännöspäätöstenä maininneet ”*alminnelige nødrettsbetraktninger som i gitte tilfelle vil kunne supplere fullmaktsbestemmelse i politiloven*”. Varovaisen myönteisesti tavanomaisoikeudellisten toimivaltuuksien käyttöön suhtautuu myös Elholm 2005, s. 12.

³⁹ Ks. Norée 2000, s. 162–163 kommentit säännöksen soveltamisalasta. Ks. myös Norée 2008, s. 74–75 ja Berrgren – Munck 2011, s. 79 ja 85–86. Myös Boucht 2011a, s. 213. Boucht on kritisoinut säännöstä lainalaisuusperiaatteen näkökulmasta.

tuutta edellyttävää toimintaa.⁴⁰ Samansuuntaisesti on todettu hallituksen esityksessä 222/2010 vp, jonka mukaan ”hetkellinen havaintojen tekeminen ei edellytä toimivaltuussääntelyä”.⁴¹

Edellä kerrotuissa esimerkeissä toimivaltasääntelyn tarve näyttäisi liitetyn suoraan kriminalisoidun menettelyn rajaan, mistä voidaan tehdä seuraavat johtopäätökset:

- 1) Ns. tavallisten kansalaisten oikeutta esim. tarkkailuun rajoittavat mm. rikoslain kriminalisoinnit (tässä esimerkissä salakatselu, salakuuntelu, yksityiselämän loukkaaminen).
- 2) Poliisi tarvitsee erityisvaltuuksia silloin, kun toimitaan kriminalisointien alueella.

Mainitusta lähtökohdasta huolimatta huomio kiinnittyy myös siihen, että hallituksen esityksessä on kansalaisten yksityisyyden suojaamiseksi katsottu aiheelliseksi rajoittaa viranomaisten toimivaltuuksia myös sellaisten toimenpiteiden suhteen, joita laki ei muutoin kiellä.⁴²

”Kansalaisten yksityisyyden suojaamiseksi on tarpeen rajoittaa eräin osin viranomaisien oikeutta toimenpiteisiin, joita lainsäädäntö ei muutoin kiellä. Virkatehtävien hoitamiseksi poliisilla on toisaalta oltava oikeus määräedellytyksin käyttää sellaisiakin tiedonhankintamenetelmiä, joiden käyttö ei ole yleisesti sallittua.”

Kysymykseen siitä, mihin poliisin toimenpiteisiin tarvitaan toimivaltasääntelyä, palataan myöhemmin, mutta itsestään selvänä voidaan pitää, että poliisi ei voi kiertää toimivaltansa rajoja käyttämällä yksityishenkilöitä apuna toimenpiteiden toteuttajina. Esimerkiksi hallituksen esityksessä 57/1994 vp on korostettu, että kotirauhan piirissä tapahtuvaa teknistä tarkkailua koskevia rajoituksia ei voida kiertää siten, että kotirauhan piirissä luvallisesti oleskeleva henkilö määrättäisiin toimimaan viranomaisten haluamalla tavalla. Tämä rajoitus ei kuitenkaan rajoita kotirauhan piirissä luvallisesti oleskelevan henkilön harkintavaltaa hänen omasta aloitteestaan tekemiensä tallenteiden poliisille luovuttamisen suhteen.⁴³

Ylösjoki peräänkuulutti 1960-luvulla poliisioikeuden kokonaisuuden hahmotamista ja jäsentämistä siten, että syntyneeseen konstruktion edes ”jonkinlaisena prototyyppinä” voitaisiin sijoittaa erilaisten yhä yksityiskohtaisempien poliisioikeudellisten tutkimusten tulokset.⁴⁴ Poliisioikeuden piirissä tällainen konstruktio on jo varsin kehittynyt, mutta samaa ei voi sanoa poliisioikeuden ja rikos-

⁴⁰ HE 57/1994 vp, s. 15–16 ja 56–57. Ks. myös HE 57/1994 vp, s. 60–61.

⁴¹ HE 222/2010 vp, s. 117.

⁴² HE 57/1994 vp, s. 56.

⁴³ HE 57/1994 vp, s. 62.

⁴⁴ Ylösjoki 1966, s. 7–8.

oikeuden suhteesta. Kuten edellä olevista viittauksista hallituksen esitykseen 57/1994 vp ilmenee, toimivaltasääntelyn ja rikosoikeuden suhde on moniulotteinen ja läheinen, mutta siitä huolimatta mainittuun rajapintaan liittyvä keskustelu on mielestäni jo 20–30 vuoden ajan liikkunut varsin pitkälti hätävarjelun – mukaan lukien julkisoikeudellisen hätävarjelun – sekä vähäisemmässä määrin pakotilan ympärillä. Tätä voidaan pitää yllättävänä havaintona, koska rikoslain muutosten heijastevaikutteet poliisin toimivaltasääntelyyn havaittiin jo varsin pian yleistuimivalta-ajattelun murruttua:⁴⁵

”Käsitellessään hallituksen esitystä (63/1972 vp.) eduskunnan lakivaliokunta totesi mietinnössään (n:o 5/1972 vp.), etteivät rikoslain uudet säännökset vaikuttaneet oikeudellisesti poliisin valtaan suorittaa teknisellä laitteella mainitunlaista tarkkailua, siinä määrin kuin poliisilla lain tai tavanomaisen oikeuden perusteella oli siihen tuolloin mahdollisuus. Nykyään vallitsevan käsityksen mukaan poliisin mainitunlaisten toimivaltuuksien on perustuttava lakiin. Näin on todettu muun muassa perustuslakivaliokunnan lausunnossa (n:o 4/1986 vp.) sen käsitellessä hallituksen esitystä esitutkintaa ja pakkokeinoja rikosasioissa koskevaksi lainsäädännöksi (HE 14/1985 vp.)”

Julkisoikeuden ja rikosoikeuden häilyvää suhdetta ilmentää myös se, että vielä nykytilassa poliisin oikeus ottaa rikoksen selvittämistä varten kiinni henkilö verekseltä tai pakenemasta perustuu PKL 1 luvun 1 §:ssä säänneltyyn jokamiehen kiinniotto-oikeuteen, joka ei kata kaikkia lievimpiä rikoksia. Vuonna 2014 voimaan tulevan PKL 2 luvun 1 §:n 1 momentissa säädetään poliisimiehen oikeudesta ottaa kiinni tällainen verekseltä tai pakenemasta tavattu henkilö.⁴⁶

1.2 TEHTÄVÄT, PRIMÄÄRITOIMIVALTA JA SEKUNDÄÄRITOIMIVALTA

1.2.1 Yleistä

Modernin hallinnon monimuotoisuudesta huolimatta lainsäädännön toimeenpääntö, sen toteuttamisen mahdollistava hallinnollinen sääntely ja toteuttamiseen liittyvä julkisen vallan käyttö ovat edelleen olennainen osa hallintotoimintaa.⁴⁷ Tässä kontekstissa poliisin toiminnalle keskeistä on yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitäminen yhtenä yhteiskunnan perusrakennetta ylläpitävänä

⁴⁵ HE 22/1994 vp, s. 10.

⁴⁶ HE 222/2010 vp, s. 74 ja 380.

⁴⁷ Mäenpää 2003, s. 6.

voimana.⁴⁸ Poliisin rooli yhteiskunnallisten tehtävien hoitajana kiteytyy Crankin toteamukseen:⁴⁹

”Make no mistake. The behavior of the police in police citizen encounters is about how to convert the authority of the state into citizen compliance.”

Hallinnon toiminta edellyttää laissa säädettyä tehtävää ja toimivaltaa. Laki määrittää hallintotoiminnan sisällön ja rajat sekä asettaa ne oikeussäännöt, joiden puitteissa viranomaisen on toimittava käyttäessään julkista valtaa.⁵⁰ Julkisen vallan käyttö ei voi perustua pelkästään hallinnollisiin normeihin, vaikka näitä voidaanakin käyttää päätöksentekoa ohjaavina.⁵¹ Oikeutta julkisen vallan käyttöön ei voida myöskään johtaa virkamiesasemasta, julkisesta edusta yleiskäsitteenä eikä edes hallintoelimille kuuluvista tehtävistä, vaan julkisen vallan käyttö edellyttää aina nimenomaista laissa säädettyä toimivaltaa, jota on käytettävä laissa määritellyissä rajoissa. Toimivaltaa voidaan siis käyttää vain toimialan rajoissa ja säädettyjen tehtävien toteuttamiseksi.⁵²

Toimivaltasääntelystä puhuttaessa onkin syytä erotella toimiala, tehtävät, toimivalta ja virkavelvollisuudet. Orgaanin tehtävä lienee ainakin jossain määrin korvannut terminä orgaanin toimialan. Sinisalo tosin piti toimiala-termiä parempana, koska se viittasi selkeästi tietyn orgaanin hoidettavaksi kuuluvaan asiaryhmään eikä sellaisenaan luonut toimivaltaa. Tehtävä käsitteenä sitä vastoin saattoi tapauksesta riippuen viitata orgaanin toimialaan tai sille kuuluviin velvollisuuksiin, mikä teki siitä Sinisaloon mukaan tarpeettoman.⁵³ Itse käytän tässä tutkimuksessa termiä *tehtävä* kuvaamaan nimenomaan *orgaanin toimialaa*.

Toimivalta on orgaanille annettua valtaa tehtäviensä hoitamiseen, mutta tehtävistä ei voi päätellä, minkälaista (toimi)valtaa orgaanilla on.⁵⁴ Tehtävien ja toimivallan side ei kuitenkaan ole täysin katkennut, vaan toimivaltuuksia voidaan käyttää vain lakisääteisten tehtävien hoitamiseen.⁵⁵ Kerttula on viitaten julkista valtaa käyttäviin yksityisiin tahoihin (esimerkiksi turvallisuuspalvelut) katsonut, että tällaisten tehtävien on perustuttava lakiin, vaikka itse konkreettisessa ”tehtävän hoitamisessa käytettävä toimivalta olisi peräisin ns. jokamiehelle kuuluvista oikeuttamisperusteista”.⁵⁶ Orgaanin tehtävä kuuluu sen toimivaltaan eikä toimi-

⁴⁸ Mäenpää 2003, s. 9.

⁴⁹ Crank 2004, s. 100.

⁵⁰ Mäenpää 2003, s. 2 ja 146–147.

⁵¹ Mäenpää 2003, s. 207.

⁵² Mäenpää 2003, s. 15 ja 206.

⁵³ Sinisalo 1971, s. 59. Ks. myös Sinisalo 1973, s. 19.

⁵⁴ Sinisalo 1973, s. 19 ja 28.

⁵⁵ Hakonen 2006, s. 68.

⁵⁶ Kerttula 2010, s. 155.

valtaa voi olla ilman tehtävää eli toisin sanoen toimivalta edellyttää tehtävää, mutta tehtävä ei edellytä toimivaltaa.⁵⁷

Toimivaltaa luovat normit voidaan jaotella esimerkiksi positiivisiin ja negatiivisiin. Positiiviset toimivaltanormit luovat viranomaiselle toimivaltaa (kompetenssia), kun taas negatiiviset vähentävät sitä eli rajoittavat toimivallan käyttöä.⁵⁸ Toimivaltanormien joukossa voidaan erottaa toisistaan myös primäärit ja sekundäärit toimivaltasäännökset. *Primääritoimivaltasäännös* ilmentää virkatehtävää, jonka suorittamisessa voidaan käyttää *sekundäärin toimivaltasäännöksen* ilmentämiä keinoja. Määritettäessä sallittujen keinojen määrää ja laatua konkreettisesti tilanteessa on primääri- ja sekundääritoimivaltasäännöksiä tulkittava yhdessä.⁵⁹

Primääri- ja sekundääritoimivallan suhdetta kuvastaa hyvin ulosottomiehen voimakeinojen käyttöoikeutta koskeva eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 29.4.2004 dnro 2250/4/02. Ratkaisussa katsottiin, että tuolloin voimassa olleessa ulosottolaissa ei ollut säännöksiä siitä, että ulosottomies voisi estää ulosottoselvitykseen noudetun henkilön poistumista ulosottoselvityksestä. Koska perusoikeuksiin kajoavia säännöksiä on tulkittava suppeasti, katsoi apulaisoikeusasiamies, että primääritason toimivaltuutta poistumisen estämiseen ei ollut. Ko. tapauksessa ei itse asiassa ollut kysymys enää itse ulosottoselvityksestä, vaan uhkasakon tiedoksiannosta. Voimakeinojen käyttö uhkasakon tiedoksiantamiseksi sijaistiedoksiannon ollessa mahdollinen oli apulaisoikeusasiamiehen mukaan myös suhteellisuusperiaatteen vastaista. Lisäksi sekundääritason voimakeinojen käytössänsäännöksen soveltamisala oli tuolloin tulkinnallisesti epäselvä.⁶⁰

Selostetussa apulaisoikeusasiamiehen (AOA) ratkaisussa on syytä kiinnittää huomiota myös näkemykseen perusoikeuksiin kajoavien säännösten *suppeasta tulkinnasta*, mikä viittaa käsitteiden suppeaan merkitykseen. Suppean ja ns. *normaalin tulkinnan* välimaastoon sijoittuu Aarnion mukaan vielä *supistavan tulkinnan* alue. AOA:n ratkaisussa käytetty suppea tulkinta on ilmaisuna mielestäni epäonnistunut ja johtaa helposti toimivaltasäännösten soveltamisalan jatkuvaan pienentämiseen. Onnistuneempi onkin mielestäni apulaisoikeusasiamiehen kannanotto, jonka mukaan voima-

⁵⁷ Kerttula 2010, s. 231 ja 358. Ks. myös HE 44/2002 vp, s. 129.

⁵⁸ Sinisalo 1971, s. 49 ja Kerttula 2010, s. 228.

⁵⁹ Ks. Sinisalo 1973, s. 115, Helminen et al. 1999, s. 288, ja voimakeinojen käytön osalta Helminen et al. 2012b, s. 778. Ks. myös Boucht – Frände 2008, s. 107–108, jotka ovat huomauttaneet, että PoL 27 § sekundääritoimivaltasäännöksenä ei määritä tilanteita, joissa voimakeinoja voidaan käyttää, vaan virkatehtävän oikeusperusteen muodostava primääritoimivalta on etsittävä muualta laista. Primääritoimivaltuuksien erilaisista jaotteluista ks. Kiehelä – Hakonen 1993, s. 99–101. Sen lisäksi, että oikeuden voimakeinojen käyttöön on perustuttava toimivaltaa määrittelevään säännökseen, on Mäenpää todennut toimivallan määräytyvän ensisijaisesti virkatehtävien sisällön ja vastarinnan vahvuuden mukaan. Ks. tästä Mäenpää 2003, s. 421–422.

⁶⁰ Nähdäkseni voimakeinojen käytön epäsuhtaisuus liittyi nimenomaan sijaistiedoksiannon mahdollisuuteen. Ks. apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 7.6.2002 dnro 1104/4/00.

keinojen käyttöä koskevaa ”säännöstä ei saa tulkita laventavasti”. Tällöin siis normaali tulkinta olisi sallittua, mutta tätä ulommalle kehälle sijoittuva laventava tulkinta ei.⁶¹

Tehtävien, primääri- ja sekundääritoimivaltuuksien suhde kiteytyy Kerttulan toteamukseen, että ”voimakeinoja voidaan käyttää tehtävien suorittamiseksi tarpeellisten, laissa määriteltyjen toimivaltuuksien toteuttamiseksi”.⁶² Voimakeinojen tavoite on turvata toimivaltainen virkatehtävä ja jos voimakeinojen käyttöä koskevalla säännöksellä ei ole yhteyttä toimivaltanormiin, ”myöskään oikeutta voimakeinojen käyttöön ei pitäisi olla, vaikka voimakeinojen käyttösäännös olisikin olemassa.” Voimakeinojen käyttöoikeuden johtaminen orgaanin tai henkilön tehtävistä johtaisi väistämättä paluuseen yleistoimivaltaan eikä se ole sallittua.⁶³ Perusoikeuksien kannalta vähemmän ongelmallista – joskin huonoa lain-säädäntöä – edustavat ne tapaukset, joissa primääritoimivaltasäännös sisältyy laintasoiseen voimakeinojen käyttösäännökseen.

1.2.2 Erityisesti poliisitoiminnasta

1.2.2.1 Yleistä poliisin toimivaltasäätelyn luonteesta

Mäenpään mukaan ”[t]oimivalta tarkoittaa hallintoelimen tai virkamiehen oikeutta käyttää julkista valtaa”. Toimivalta määrittää, miten ”yksityisen oikeussubjektin oikeusasemaan voidaan hallintotoimin vaikuttaa päättämällä tämän eduista ja oikeuksista tai asettamalla sitovia velvollisuuksia tai rajoituksia”.⁶⁴ Poliisitoimintaan mukautettuna kyse on siis toimenpiteen kohteena olevan henkilön *oikeusaseman muuttamisesta* jollakin tavoilla, esimerkiksi hänen vapautensa riistämällä.⁶⁵

Lain esitöissä on erotettu toisistaan myös poliisin *toimivalta* ja poliisin *toimivaltuudet*. Toimivallalla tarkoitetaan alueellisesti, asiallisesti tai asteellisesti määritettyä oikeutta ”ryhtyä kansalaista koskeviin toimenpiteisiin” tai ”tehdä kansalaista oikeudellisesti sitovia ratkaisuja”.⁶⁶ Toimivaltuuksilla, jotka voidaan jaotella esimerkiksi sen mukaan, mihin perusoikeuteen tai perusoikeuksiin sillä

⁶¹ Ks. Aarnio 2011, s. 39–40.

⁶² Kerttula 2001, s. 353.

⁶³ Kerttula 2010, s. 357–358.

⁶⁴ Mäenpää 2003, s. 206.

⁶⁵ Bought 2011a, s. 121. Oikeudellisen puuttumisen luonteesta ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 180.

⁶⁶ HE 57/1994 vp, s. 5. Asteellisesta ja alueellisesta poliisin toimivallasta ks. esim. Helminen et al. 2012b, s. 187–192.

puututaan, puolestaan ”tarkoitetaan oikeusjärjestyksen sallimia keinoja, joilla poliisimies voi toimia toimivaltapiiriinsä kuuluvan tehtävän toteuttamiseksi”.⁶⁷

Toisaalta on todettu, että PoL 2 luvun toimivaltuussäännökset luovat toimivaltaa, kun taas PoL 1 luvun säännökset rajoittavat toimivaltaa. Toimivalta määrittynyt näiden eri luvuissa olevien, eri suuntaan vaikuttavien normien yhteisvaikutuksesta.⁶⁸ Itse pitäydyn tässä tutkimuksessa edellä selostettuun erotteluun, jossa tehtävien käsitteellä viitataan lähinnä PoL 1 lukuun ja toimivallalla PoL 2 luvussa määriteltäviin toimivaltuuksiin. Selvyyden vuoksi todettakoon, että PoL 1 § ei ole toimivaltasäännös eikä poliisi voi sen perusteella puuttua kansalaisten suojattuihin oikeuksiin. Säännös kuvaa otsikkonsa mukaisesti poliisin *tehtäviä*, ja konkreettisen puuttumisen henkilön oikeuksiin tulee perustua nimenomaiseen toimivaltasäännökseen.⁶⁹

Yleisessä keskustelussa poliisia koskevan lainsäädännön nopeasti toisiaan seuraaviin muutoksiin on liitetty uhkakuvia poliisin toimivaltuuksien hallitsemattomasta laajenemisesta ja jopa jonkinlaisen poliisivaltion muodostumisesta. Lakivaliokunta on tältä osin todennut, että lainsäädännön kiivastahtiset osittaisuudistukset ovat olleet ja lienevät edelleen perusteltuja reagoitaessa rikollisuuden luonteen ja poliisin toimintaympäristön nopeisiin ja vaikeasti ennakoitaviin muutoksiin. Tämä ei kuitenkaan saa johtaa toimivallan laajentamiseen ennen tosiasiallisen käyttötarpeen syntymistä.⁷⁰

Joissakin yhteyksissä poliisille annettuun toimivaltaan on välttämättömänä seurauksena liitetty väärinkäytösten tapahtuminen. Viitanen on todennut, että ”[p]oliisin työ muodostaa sinänsä merkittävän vaaranlähteen poliisin tekemille laittomuuksille”. Muutokset poliisin laillisiin toimivaltuuksiin vaikuttavat myös siihen, minkä tyyppisiä laittomuuksia poliisitoiminnassa voi tapahtua. Poliisille annettu toimivalta yhteiskunnan hyödylliseksi katsomien toimien tekemiseen tuo väistämättä mukanaan myös ei-toivottuja ilmiöitä.⁷¹ Toisaalta toimivaltasääntelyllä voi olla myös positiivisia välillisiä vaikutuksia. Helminen ym. ovat katsoneet, että toimivaltasäännösten ”avulla saadaan tarvittaessa lisää tehoa poliisin tiettyjen tehtävien hoitamiseen”.⁷²

Perus- ja ihmisoikeuksien toteuttaminen poliisitoiminnassa ei luonnollisestikaan ole ainoastaan toimivaltasääntelyä koskeva lainsäädäntöasia, vaan kansalaisten oikeusturvasta tulee huolehtia erityisin keinoin. Ensisijaista on varmistaa, että viranomaisten päätökset ja niiden mukaiset toimet ovat lainmukaisia. Jälkikäteinen esimerkiksi yleisten laillisuusvalvojien tekemä laillisuusvalvonta on tärkeää, mutta jo tapahtuneet virheet toteavaa.⁷³

⁶⁷ HE 57/1994 vp, s. 5.

⁶⁸ Rantanen 2003, s. 30.

⁶⁹ HE 224/2010 vp, s. 71. Ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 179–180.

⁷⁰ LaVL 7/2000 vp, s. 7.

⁷¹ Viitanen 2007, s. 87.

⁷² Helminen et al. 1999, s. 43.

⁷³ LaVM 31/2002 vp, s. 5.

Poliisin toimivaltanormien tulee olla riittävän täsmällisiä ja tarkkarajaisia sekä todellista tarvetta vastaavia,⁷⁴ ja toimivaltasääntelyn taustalta tulee löytyä riittävän painava yhteiskunnallinen intressi, johon tyypillisesti liittyy toisten ihmisten perusoikeuksien suojaamistavoite.⁷⁵ Kuten jo tutkimuksen toisessa pääjaksossa kävi ilmi, toimivaltasääntelyssä on tyypillisesti kysymys intressivertailusta. Esimerkiksi rikostorjunnan osalta vertailu käydään toimivallan käytöstä kohdehenkilölle aiheutuvien ja kyseisillä toimivaltuuksilla torjuttavasta rikollisuudesta aiheutuvien haittojen välillä.⁷⁶

Positiivisten toimivaltaa luovien ja negatiivisten toimivaltaa rajoittavien säännösten samanaikainen soveltaminen osoittaa laillisen toimivallan rajat. Toimivaltasäännös saattaa itsessään sisältää rajoittavia elementtejä, minkä lisäksi poliisi- miesten on tunnettava myös yleiset rajoitussäännökset⁷⁷, joista tärkeimpinä voidaan pitää erityisesti HL 6 §:ään kirjattuja yleisiä hallinto-oikeudellisia oikeusperiaatteita.⁷⁸ Näistä jo Sinisalo on maininnut tärkeimmiksi tarpeellisuuden ja kohtuullisuuden vaatimukset sekä yleisesti kansalaisten perusoikeudet.⁷⁹

Erityisesti poliisin toimivaltaa määrittävistä negatiivisista toimivaltanormeista Kerttula on maininnut esimerkkinä PoL 2 §:n lisäksi muun muassa PoL 11 §:ään sisältyvän tarpeellisuusvaatimuksen (”henkilö ei kykene pitämään huolta itsetään eikä vaaraa voida muuten poistaa tai henkilöstä huolehtia muilla keinoin”)

⁷⁴ HE 57/1994 vp, s. 20. Ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 3, jossa käytetään käsitettä *poliisivaltuudet* kuvaamaan poliisin toimivaltuuksien kokonaisuutta.

⁷⁵ PeVL 5/1999 vp, s. 5. Toimivaltuuden mahdollisten ”ulkorajojen” osalta perustuslakivaliokunta on pitänyt eri toimivaltuuksien kannalta tärkeänä, että ne eivät saa ”ulottua laajemmalle kuin perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävien syiden vuoksi on välttämätöntä”. Vaikka perusoikeusrajoituksen hyväksyttävyyttä arvioitaessa merkitystä on sillä, kuinka ankarasti suojattavaan etuun kajoaminen on kriminalisoitu, ei toimivaltuuden laajuutta voida kuitenkaan suoraan johtaa perusoikeudesta, jota sen toteuttaminen uhkaa. Hallituksen esityksessä 22/1994 vp onkin todettu teknisen tarkkailun osalta, että ”ei ole tarkoituksenmukaista tässä esityksessä, jossa on kysymys esitutkintaviranomaisille annettavista tarkkailuvaltuuksista, liittää sääntelyä rikoslaissa omaksuttuun kotirauhan määritelmään sellaisenaan. Teknisen kuuntelun ja katselun laajuus pitää ratkaista konkreettisen etuvertailun pohjalta, vertailemalla toisiinsa toisaalta kotirauhan ja yksityisyyden suojan tarvetta eri tilanteissa ja toisaalta rikostutkinnan tehokkuuden turvaamista.” Ks. tästä HE 22/1994 vp, s. 14.

⁷⁶ HE 52/2002 vp, s. 5.

⁷⁷ Helminen et al. 1999, s. 47. Ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 183 sekä LaVM 24/1994 vp, s. 2, jossa on osuvasti todettu, että ”soveltamisedellytysten täyttyminen on välttämätön mutta ei riittävä ehto pakkokeinojen käytölle”.

⁷⁸ Kerttula 2010, s. 236.

⁷⁹ Sinisalo 1973, s. 29 ja 74. Ks. myös jo Ylösjoki 1965, s. 47, jossa hän on kirjoittanut poliisin *rajoitusperiaatteista*. *Yleisrajoituksina* hän on maininnut lievimmän keinon periaatteen, suhteellisuusperiaatteen sekä eräänlaisiksi välttömyysperiaatteiksi yhdistettävät vaatimukset siitä, että välttömään, fyysiseen pakkoon turvaudutaan vasta toissijaisesti ja että toimivallan käyttö lopetetaan ”heti, kun vastarinta on murrettu tai toiminnan tarkoitus saavutettu”.

ja PolL 27 §:n tarpeellisuus- ja puolustettavuusvaatimukset.⁸⁰ Yleisenä poliisitoimintaan kohdistuvana rajoituksena voidaan mainita myös se, että sivullisten oikeusasemaan ei lähtökohtaisesti saa puuttua.⁸¹ Poliisin toimivalta määräytyy vain harvoin yhden toimivaltuussäännöksen nojalla. Toimivallan muotoutumista eri normien yhteisvaikutuksesta konkreettisessa tilanteessa on eritelty seuraavasti:⁸²

- 1) Useat positiiviset toimivaltuussäännökset luovat yhteisesti oikeuden, jota nimitetään toimivallaksi tietyssä tilanteessa.
- 2) Oikeusjärjestykseen sisältyy toimivaltaa luova säännös, joka näyttää antavan poliisille jossain suhteessa rajoittamattoman vallan. Toisaalta oikeusjärjestykseen sisältyy myös sellainen valtaa rajoittava säännös, joka normeeraa samaa tai samoja tilanteita kuin ensiksi mainittu säännös.
- 3) Jotkut normit luovat poliisille tietyt toimivaltuudet, mutta toiset takaavat hallintoalmaiselle immunitetin, joka kaventaa poliisin valtaa.

Vaikka toimivaltajärjestelmän ominaispiirteenä voidaankin pitää sitä, että ilman laintasoista valtuuttavaa säännöstä toimivallan käytössä olisi usein kyse rangaistavasta menettelystä, toimivaltajärjestelmä ei ole kuitenkaan ehdottoman kiinteässä suhteessa rikosoikeuteen. Kuten Helminen ym. ovat todenneet, joissakin tilanteissa kansalaisen oikeudelliseen asemaan puuttuminen ei täytä minkään rikoksen tunnusmerkistöä. Kirjoittajien mukaan havaintojen tekeminen kansalaisen yksityisyyden suojan piiriin kuuluvista asioista voi olla esimerkki tällaisesta.⁸³ Helminen ym. ovat määrittäneet poliisin toimivallan seuraavasti:

”Toimivalta on lain normeihin perustuva mahdollisuus

- a. puuttua kansalaisten oikeusasemaan oikeudellisesti vaikuttavalla tavalla siitä riippumatta, merkitseekö ilman valtuutta puuttuminen rangaistavaa tekoa tai ei,
- b. suorittaa muita toimenpiteitä, jotka ilman valtuutta olisivat rangaistavia ja
- c. ratkaista hallintolupa-asioita.”⁸⁴

Toisaalla poliisioikeuden perusteoksessa Helminen ym. ovat kiteyttäneet toimivaltuuksien määrittelyn toteamalla, että ”*toimivaltuuksilla* tarkoitetaan niitä keinoja (toimenpiteitä), joita poliisimies oikeusjärjestyksen mukaan on oikeutettu käyttämään toteuttaessaan poliisille lain mukaan kuuluvia tehtäviä”.⁸⁵ Muotoilu on selkeydessään

⁸⁰ Kerttula 2010, s. 234.

⁸¹ Sinisalo 1973, s. 81.

⁸² Rantanen 2003, s. 36–37.

⁸³ Helminen et al. 1999, s. 45–46.

⁸⁴ Helminen et al. 1999, s. 43. Ks. myös Helminen 2006, s. 107 sekä Helminen et al. 2012b, s. 179. Ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 182. Siinä on mainittu esimerkkinä b-kohdasta poliisin oikeus ajaa ylinopeutta eräissä tilanteissa. Tällöin ei kyse ole sellaisesta välittömästä puuttumisesta kehenkään oikeusasemaan, mitä a-kohdassa tarkoitetaan. A-kohdan osalta ks. Helminen et al. 2012b, s. 181–182.

⁸⁵ Helminen et al. 1999, s. 78.

ja ytimekkyydessään osuva, mutta se ei erityisen hyvin tavoita primääristen ja sekundääristen toimivaltasäännösten eroa.

Viitanen on pitänyt Helmisen ym. mallia hyvinvointivaltiollisen poliisin toimivallan määrittelynä, sillä se pitää – monista muista määrittelyistä poiketen – sisällään myös sellaista poliisin toimintaa, joka ei välittömästi kohdistu ulkopuolisen oikeussubjektin eli tyypillisesti kansalaisen oikeusasemaan. Hän onkin kritisoinut a- ja b-kohtien erottelun vaikeutta, hallintolupa-asioiden erottelua muista kohdista ja rangaistavuuden liittämistä malliin.⁸⁶ En yhdy tähän kritiikkiin, vaan tulen jatkossa pitäytymään erityisesti a- ja b-kohtien muotoiluissa, jotka ainakin oman tutkimukseni tarpeisiin ovat riittävän havainnollisia.

Oikeus voimakeinojen käyttöön voidaan katsoa toisen asteen toimivaltanormiksi, koska se ei yksinään oikeuta puuttumaan kansalaisen oikeusasemaan, vaan edellyttää primääristä toimivaltanormia, joka antaa oikeuden puuttua mainittuun oikeusasemaan. Voimakeinojen käyttöä sääntelevä normi ei siis ilmaise, mihin kansalaisen tulee alistua.⁸⁷ Primääritoimivallan olemassaoloa koskeva ratkaisu on sääntötyyppinen, mikä ilmenee esimerkiksi Viljasen lausumista ennen poliisilakien uudistumista. Hänen mukaansa voimakeinojen käyttäminen edellytti jo aiemman sääntelyn valossa sekä primäärinormia, joka velvoittaa kansalaisen alistumaan määrättyyn kohteluun, että vastarintaa, jota murretaan.⁸⁸ Voimakeinojen käytön ja ns. perustason toimivaltuuksien suhde on muutoinkin monisäikeinen. Yhtäältä voidaan voimakeinojen käytön katsoa puuttuvan henkilön perusoikeuksiin voimallisemmin kuin perustason toimivaltuus, kuten paikalta poistaminen. Toisaalta, kuten Kerttula on todennut, ”oikeus voimakeinojen käyttöön muodostaa myös viimekätisen takeen perustason toimivaltuuksien toteuttamiselle.”⁸⁹

Vaikka tämän tutkimuksen keskiössä olevaa poliisin oikeutta voimakeinojen käyttöön voidaan pitää tärkeimpänä sekundäärisenä toimivaltuutena, on syytä huomata, että myös esimerkiksi PolL 26 §:ssä (Poliisimiehen käskyvalta) on kyse sekundääritoimivaltuudesta. Käskyvallan osalta hallintovaliokunta katsoi mietinnössään 20/1994, että

⁸⁶ Viitanen 2007, s. 181–183.

⁸⁷ Sinisalo 1971, s. 115–116. Tehtävien, toimivaltuuksien ja voimakeinojen käytön suhteesta ks. myös HE 263/2004 vp s. 204. Ks. myös Sinisalo 1973, s. 32 ja Loman 1997, s. 52. Loman 1997 s. 50 on todennut PolL 27 §:n olevan ”kiistatta toimivaltaa luovaa positiivinen normi”. Kerttula 2010, s. 229 pitää Lomanin luonnehdintaa epätarkkana, koska se hämärtää sekundäärisen voimakeinojen käyttöoikeuden suhdetta primäärinormeihin. Ulkomaisesta kirjallisuudesta esim. Boucht 2011a, s. 141–142. Välillisen ja välittömän hallintopakon, välillisten ja välittömien julkishallinnon pakkokeinojen sekä välittömän poliisipakon käsitteistä ks. Loman 1997, s. 27–29 ja Rantanen 2003, s. 21–24.

⁸⁸ Viljanen 1984, s. 356–357.

⁸⁹ Kerttula 2010, s. 229.

”[v]ain osa niin sanotuista primäärisistä toimivaltuussäännöksistä on kirjoitettu siten, että ne velvoittaisivat suoraan kansalaisia. Erillinen säännös käskyvallan käyttämisestä on siten sekundäärinen toimivaltuussäännös, joka on voimankäyttöoikeutta lievempanä vaihtoehtona tarpeellinen primääristen toimivaltuuksien kannalta.”⁹⁰ Sama asia on todettu myös uuden poliisilain esitöissä, jossa on todettu, että ”[k]äskyvallan käyttäminen edellyttäisi, kuten nykyisinkin, että poliisimiehellä on muun säännöksen perusteella toimivalta kyseisen tehtävän suorittamiseen”.⁹¹

PolL 26 §:n mukaan: ”Poliisimiehellä on tässä tai muussa laissa säädettyä toimivaltaa käyttäessään oikeus yksittäistapauksessa antaa jokaista velvoittavia tarpeellisia käskyjä ja kieltoja.” Kuten säännöksen sanamuodosta ilmenee, käskyvallan käyttäminen edellyttää primääriä toimivaltasäännöstä, jonka mukaista toimivaltaa tilanteessa käytetään. Käskyjen ja kieltojen tulee olla tarpeellisia. PolL 26 ja 27 §:n välisestä suhteesta voidaan todeta, että käskyvallasta poiketen oikeus voimakeinojen käyttöön ei ole yleinen, vaan se on sidottu vastarinnan murtamiseen, henkilön paikalta poistamiseen yms. 27 §:stä ilmeneviin tilanteisiin. Käskyn noudattamatta jättäminen ei siis välttämättä oikeuta voimakeinojen käyttöön.⁹²

Käskyjen ja kieltojen noudattamatta jättäminen on kriminalisoitu RL 16 luvun 4 §:ssä, jonka 1 kohdan mukaan niskoitteluun syyllistyy se, joka ”jättää noudattamatta poliisimiehen yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämiseksi taikka tehtävän suorittamiseksi toimivaltansa rajoissa antaman käskyn tai kiellon”.

Pohjoismaisessa kirjallisuudessa on tehty vastaavaa erottelua, tosin siten, että voimakeinojen käyttö on kuvattu virkatoimien toimeenpanossa hyödynnettäväksi *taktiseksi metodiksi*⁹³, kun taas ”*polisingripande*” näyttäisi käsitteenä rinnastuvan lähinnä primäärin toimivallan käsitteeseen. Noréen mukaan käsite ”*polisingripande*” pitää erityisesti välttämättömyys- ja suhteellisuusperiaatteiden soveltamisan kontekstissa sisällään seuraavat vaatimukset:⁹⁴

- ”1. Den ska syfta till att åstadkomma ett konkret resultat, inte bara ett rättsligt resultat.
2. Den ska rikta sig mot en eller flera personer och dessutom medföra synbara eller kännbara verkningar.
3. Den ska på något sätt kunna förenas med tvång.”

⁹⁰ HaVM 20/1994 vp, s. 4–5.

⁹¹ HE 224/2010 vp, s. 74.

⁹² HE 57/1994 vp, s. 56. Ks. myös Sinisalo 1971, s. 55–56 ja Rantanen 2003, s. 114. Vastaava säännös on löydettyävissä UPL 1 luvun 11 §:stä, joka kuuluu seuraavasti: ”Poliisimiehellä on tässä tai muussa laissa säädettyä toimivaltuutta käyttäessään oikeus yksittäistapauksessa antaa jokaista velvoittavia tarpeellisia käskyjä ja kieltoja.” Helminen et al. 2012b, s. 212 ovat aiheellisesti kummeksuneet sitä, että säännöstä ei ole sijoitettu yleisiä toimivaltuuksia koskevaan 2 lukuun, vaan 1 lukuun.

⁹³ Auglend et al. 2004, s. 426–427. Kirjoittajien mukaan voimankäyttö (sekundäärinä toimivaltuutena) perustui hätävarjelua lukuun ottamatta uuden poliisilain säätämiseen asti yleisvaltuuteen.

⁹⁴ Norée 2008, s. 26–27. Esimerkiksi kysymyksen esittäminen kadulla ihmiselle, jolla ei ole velvollisuutta vastata, ei ole ”*polisingripande*”.

Todettakoon vielä, että viranomaistoiminnan tiivistyessä myös toimivaltuuksien käyttäminen saa uusia muotoja. Perusoikeuksien näkökulmasta kaikkien esitutkintaviranomaisten tarpeet eri tiedonhankintakeinoihin eivät ole yhtenevät. Poliisille välttämätön tiedonhankintakeino ei ole sitä välttämättä toiselle esitutkintaviranomaiselle.⁹⁵ Esimerkiksi poliisin, tullin ja rajavartiolaitoksen (PTR-viranomaiset) yhteistoiminnasta annetun lain 2 §:n mukaan:

”PTR-viranomainen voi pyynnöstä suorittaa toisen PTR-viranomaisen puolesta tämän tehtäväalueeseen kuuluvan yksittäisen rikostorjuntaan liittyvän toimenpiteen käyttäen niitä toimivaltuuksia, joita se saa käyttää omalla tehtäväalueellaan sille kuuluvissa rikostorjuntatehtävissä.”

Laki ei siis anna uusia toimivaltuuksia, mutta laajentaa niiden käyttöalaa tilapäisesti.⁹⁶ Koska kyseessä on nimenomaan toimivaltuuksien *käyttöalan* tilapäinen laajentaminen, on toimenpiteen suorittavalla viranomaisella ”lähtökohtaisesti jo olemassa olevien toimivaltuuksien perusteella asianmukainen kokemus, koulutus, välineistö ja muu varustautuminen”.⁹⁷ Perustuslakivaliokunta on kuitenkin toisessa yhteydessä todennut lakisidonnaisuuden vaatimuksen edellyttävän, että kansalaisiin kohdistuvan julkisen toimivallan siirtäminen viranomaiselta toiselle ei ole perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta mahdollista eikä toinen viranomainen suostumuksellaankaan voi ottaa toisen viranomaisen tehtäviä rajoituksetta hoitaaksensa.⁹⁸

1.2.2.2 Oikeusvaltiollinen lainalaisuusperiaate käytännössä

PL 80 §:n 1 momentin mukaan ”yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista” on säädettävä lailla. Hallintovaliokunta on mietinnössään 10/2005 konkretisoinut tätä vaatimusta sisäasiainministeriön (PolL 54 §:n mukaisen) asetuksenantovaltuuden rajoja määrittäessään toteamalla, että ”[m]inisteriön säännöstenvalvonnan onkin ymmärrettävä koskevan vain sääntelyn sellaisia teknisiä yksityiskohtia, joilla on vaikutusta poliisihallinnossa, eikä suhteessa yksityisiin”.⁹⁹ Toisin sanoen sellaisten toimivallan perusteita koskevien määräysten, joilla on vaikutusta yksittäisiin kansalaisiin, tulee olla annettu laintasoisin määräyksin.¹⁰⁰ Poliisilain vuonna 2014 voimaan tulevan uudistuksen yhtenä tavoitteena olikin

⁹⁵ PeVL 37/2002 vp, s. 1–2.

⁹⁶ HE 26/2008 vp, s. 23. Ks. PeVL 35/2008 vp, s. 3–4.

⁹⁷ HaVM 6/2009 vp, s. 3.

⁹⁸ PeVL 35/2008 vp, s. 2–3.

⁹⁹ HaVM 10/2005 vp, s. 18.

¹⁰⁰ PeVL 5/1999 vp, s. 5 ja HaVM 17/2000 vp, s. 18.

yksilön oikeuksia ja velvollisuuksia koskevan sääntelyn nostaminen asetustasolta lakitasolle.¹⁰¹

Työnjohdolliset määräykset eivät voi perustaa toimivaltaa tai tehtäviä, vaan ne voivat koskea vain virkatehtävien suorittamista.¹⁰² Käytännössä esimerkiksi poliisin toiminnassa virkamies on yleensä velvollinen noudattamaan konkreettista tehtävän toteuttamistapaa koskevaa virkakäskyä, kun taas esimerkiksi lupahallinnon asioissa poliisimestä ei voida määrätä esittelemään tai päättämään asia määrätyllä tavalla.¹⁰³

Erityistä toimivaltasääntelyä edellyttävien poliisin toimenpiteiden piiri näyttäisi olevan jatkuvassa kasvussa. Tämän voidaan arvioida johtuvan osin siitä, että kaikille kansalaisille sallitun toiminnan ja kaikille kansalaisille sallitun, mutta virkatehtäviä suorittavalta poliisilta kielletyn toiminnan välinen raja on määritty-mättä. Selvänä voidaan pitää, että ulkoisesti rikostunnusmerkistön täyttävistä toimivaltuuksista ja erityisesti voimakeinojen käytöstä tulee säädellä laintasoi-sesti. Nämä perustuslaista ja yleisemminkin ihmis- ja perusoikeuksista johdetta-vat vaatimukset on otettu huomioon myös voimakeinojen käyttöä sääntelevän RL 4 luvun 6 §:n 1 momentissa, jossa on todettu, että

”oikeudesta käyttää voimakeinoja virkatehtävän hoitamiseksi tai muun siihen rinnas-tettavan syyn vuoksi sekä oikeudesta avustaa järjestystä ylläpitämään asetettuja hen-kilöitä säädetään erikseen lailla”.

Toisin sanoen konkreettisia eri tilanteisiin sovellettavia voimankäyttösäännöksiä ei ole enää rikoslaissa eikä niitä toisaalta voida antaa alemmantasoisilla säädöksillä. Hallinnonalakohtaisen aineellisen lainsäädännön tehtävä on määri-tellä ne virkatehtävät tai virkatehtäviin rinnastettavat tehtävät, joiden suorittami-seksi voidaan käyttää voimakeinoja. Asiaan kiinnitettiin erityistä huomiota poliis-in toimivaltasääntelyn kokonaisuudistuksen yhteydessä, minkä lisäksi voidaan viitata esimerkiksi rikoslain yleisten oppien uudistukseen johtaneeseen hallituk-sen esitykseen 44/2002 vp, josta ilmenee, että poliisin palveluksessa olevien vartijoiden toimivaltuuksien perustamista ministeriön ohjeisiin, yksittäistä varti-jaa koskeviin ministeriön päätöksiin taikka tuolloin voimassa olleeseen RL 3 lu-vun 8 §:ään ei voitu pitää hyväksyttävänä.¹⁰⁴

Koska myös toimivaltuuksilla, joihin ei liity voimakeinojen käyttöä, voidaan tosiasiaassa *rajoittaa perusoikeuksia*, on niistäkin säädettävä lailla. Kerttula kat-

¹⁰¹ HE 224/2010 vp, s. 1.

¹⁰² Bruun et al. 1988, s. 125–126.

¹⁰³ Bruun et al. 1988, s. 125–129, Viljanen 1990, s. 330–331 ja Mäenpää 2003, s. 97–98.

¹⁰⁴ HE 44/2002 vp, s. 124.

soo tämän seuraavan ”perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten testistä”.¹⁰⁵ Jatkokehittelyä silmällä pitäen voidaan viitata Ruotsin poliisilain 8 §:ään:

”Allmänna principer för polisingripanden

8 § En polisman som har att verkställa en tjänsteuppgift skall under iakttagande av vad som föreskrivs i lag eller annan författning ingripa på ett sätt som är försvarligt med hänsyn till åtgärdens syfte och övriga omständigheter. Måste tvång tillgripas, skall detta ske endast i den form och den utsträckning som behövs för att det avsedda resultatet skall uppnås.

Ett ingripande som begränsar någon av de grundläggande fri- och rättigheter som avses i 2 kap. regeringsformen får ej grundas enbart på bestämmelserna i första stycket.”

Jareborgin mukaan laissa säädettyä erityistä toimivaltaa edellytetään tilanteissa, joissa poliisin toiminta täyttää rikoksen tunnusmerkistön, kun taas muissa tilanteissa voidaan tukeutua eräänlaisen toimivallan yleislausekkeena (*”allmänt be-myndigande”*) toimivaan Ruotsin poliisilain 8 §:ään, jonka nojalla poliisi voi antaa myös huomautuksia tai varoituksia. Yleissäännöksen nojalla ei voida poiketa jotakin toimintoa koskevasta erityissääntelystä. Toisaalta koska säännöksen nojalla ei voida puuttua vapaus- ja perusoikeuksiin, saattaa käytännössä jonkin poliisitoimen sallittuus olla riippuvainen perustuslain tulkinnasta.¹⁰⁶

Kuten edellä kävi ilmi, perusoikeuksiin ja erityisesti fyysiseen koskemattomuuteen kajoavista toimivaltuuksista on Suomessa säädettävä selkeästi lailla. On aiheellista kysyä, voidaanko muita tilanteita lähestyä eräänlaisen yleisvaltuuden kautta siten kuin Ruotsin poliisilain 8 §:ssä on tehty. Ilmeisesti tämä ei ole mahdollista. Jo pari vuosikymmentä sitten pidettiin kirjallisuudessa selvänä, että ”[v]aikka yksityishenkilölle on sallittua kaikki se, mitä ei ole erikseen säädetty kielletyksi, poliisin puuttumisen kansalaisten asemaan oikeudellisesti vaikuttavalla tavalla on aina perustuttava lain normeihin”.¹⁰⁷ Samansuuntaisesti hallituksen esityksessä 57/1994 vp todettiin, että poliisilla ei ole mitään yleisvaltuutta edes kansalaisia sitovien määräysten antamiseen. Tuolloin säädettiin nykyisin voimassa oleva poliisin oikeutta sitovien käskyjen ja kieltojen antamiseen koske-

¹⁰⁵ Kerttula 2010, s. 352. Esimerkiksi poliisilakia 1990-luvulla uudistettaessa katsottiin, että tuolloin vallinneen ”oikeuskäsityksen mukaan myös poliisin oikeudesta kajoa yleisellä paikalla olevan henkilön yksityisyyden suojaan on säädettävä laissa”. Ks. tästä HE 57/1994 vp, s. 61.

¹⁰⁶ Jareborg 2001, s. 268–269. Ko. säännöksestä myös Berrgren – Munck 2011, s. 56–73, jossa kirjoittajat ovat nostaneet esille Ruotsissa käydyn keskustelun siitä, ovatko poliisimiehet oikeutettuja antamaan sitovia käskyjä tai komentoja tilanteissa, joissa käskyjen noudattamatta jättämisestä ei voi seurata rangaistusta. Kirjoittajat näyttäisivät pitävän ko. erottelua käytännön kannalta mahdollottomana. Toimivaltasääntelyn ja kriminalisointien suhteesta ks. myös Jareborg 2001, s. 277–279.

¹⁰⁷ Kiehelä – Hakonen 1993, s. 105.

va PolL 26 §.¹⁰⁸ Epäsovinnainten tiedonhankintamenetelmien osalta puolestaan todettiin, että ”[e]i ole asianmukaista, että epäsovinnainten menetelmien käyttö on oikeudellisesti arvioitavissa lähes yksinomaan yleisten rikosoikeudellisten oikeuttamis- tai anteeksiantoperusteiden perusteella”. Koska tietolähdetoimintaa ja ainakin jonkintasoista peitetoimintaa on harjoitettu vuosikymmenien ajan, ei liene liioiteltua väittää, että yleistöimivalta-ajattelusta ei täysin irrottauduttu vielä 1960- ja 1970-luvulla.¹⁰⁹

Hallituksen esityksessä 222/2010 vp on katsottu, että esitutinnan aikana tapahtuva tarkkailu perustuu vielä tätä kirjoitettaessa tosiasiallisesti tavanomaiseen oikeuteen.¹¹⁰ Tästä huolimatta poliisin tarkkailutoiminnan edellytyksistä ei säädetä vielä uudessakaan poliisilaissa. Tarkkailu – erotettuna suunnitelmallisesta tarkkailusta – olisi lyhytaikaista, kohdehenkilön yksityisyyden suojan kannalta vähämerkityksellistä henkilöön kohdistettavaa havaintojen tekemistä tiedonhankintatarkoituksessa. Hallituksen esityksessä 224/2010 vp perusmuotoinen tarkkailu on katsottu poliisin perustoimenpiteeksi, josta ei ole tarpeen säätää erikseen.¹¹¹ Tällaisen tiedonhankinnan ei ilmeisesti katsota vaikuttavan kansalaisten oikeusasemaan.

Poliisilain viimeisintä uudistusta koskeneessa hallituksen esityksessä toimivaltasääntelyä edellyttäviä elämänalueita määritettiin myös muun muassa totea-

¹⁰⁸ HE 57/1994 vp, s. 52. Ks. myös Sinisalo 1971, s. 143–148 sekä Sinisalo 1973, s. 97–98, jossa kirjoittaja on katsonut, että neuvojen ja kehotusten, jotka eivät sido kansalaisia, antaminen ei ole vallankäyttöä eikä edellytä erillistä toimivaltasääntelyä. Toki näissäkin asioissa tulee pysyä poliisin tehtäväpiirissä. Sen ulkopuolella toimiminen on virkaan kuulumatonta ja mahdollisesti epäasiallista.

¹⁰⁹ HE 34/1999 vp, s. 12. Ks. myös LaVL 7/2000 vp, s. 7. Lakivaliokunta on mainitun hallituksen esityksen johdosta antamassaan lausunnossa käyttänyt ilmausta epäkonventionaaliset rikostutkimukset. Vrt. HaVM 17/2000 vp, s. 7, jossa on kirjoitettu epäsovinnaisista tutkimusmenetelmistä. Jokela 2008, s. 169 on puolestaan todennut termeillä epäsovinnaiset rikostorjunta- ja tutkimusmenetelmät ja salaiset pakkokeinot tarkoitettavan telekuuntelua, televalvontaa ja teknistä tarkkailua sekä peitetoimintaa ja valeostoja. Kritiikkiä *epäkonventionaalisten* tiedustelukeinojen käsitettä kohtaan on esittänyt myös Helmius (Helmius 2000, s. 23–24), joka on itse käyttänyt termiä ”*manipulativa spaningsmetoder*”, jolla hän tarkoittaa ”*metoder som polisens använder för att påverka ett händelseförlopp på ett sådant sätt att information om planerad eller redan begången brottslighet nås*”. Ks. tästä Helmius 2000, s. 180.

¹¹⁰ HE 222/2010 vp, s. 116 ja 385. Samoin HE 224/2010 vp, s. 34. Merkille pantavaa on, että vielä 1990-luvulla myös tarkkailu ja muu tiedonhankinta perustui säännösten puuttuessa pitkälti tavanomaiseen oikeuteen. Ks. tästä HE 57/1994 vp, s. 14. Myös poliisitutkiminta perustui vielä 1990-luvun alkuvuosina pitkälti tavanomaiseen oikeuteen. Ks. tästä HE 57/1994 vp, s. 72. Samoin poliisin virka-aputoiminta. Ks. tästä HE 34/1999 vp, s. 14 ja 37.

¹¹¹ HE 224/2010 vp, s. 177. Nähdäkseni tämäkin saattaa olla ristiriidassa perus- ja ihmisoikeuksista kumpuavien vaatimusten kanssa. Ks. tästä esim. EOAK 1991, s. 24–25, jossa on todettu, että kehenkään henkilöön kohdistumattomaan yleisvalvontaan ei tarvita erityistä toimivaltuutta. Toisaalta toimivaltuus tarvitaan, jos yksittäiseen henkilöön kohdistetaan erityistarkkailua tämän menneisyyden tai tuttavapiirin johdosta. Rikosperusteinen tarkkailu sitä vastoin voitiin katsoa ”perinteiseksi esitutkimukseksi”.

mallaa, että julkisessa tilassa käytyyn kovaääniseen keskusteluun taikka keskusteluun, johon kuuntelija osallistuu, kohdistuva tiedonhankinta ei ole teknistä kuuntelua. Teknistä kuuntelua ei ole myöskään henkilön liikkumisesta aiheutuvien äänien seuraaminen, kun taas puhelinkeskustelun toisen osapuolen puheen kuunteleminen tai tallentaminen (esimerkiksi tilaan sijoitetulla) teknisellä laitteella on teknistä kuuntelua.¹¹²

Toisaalta nyttemmin on katsottu lainalaisuusperiaatteen ulottuvan myös *päättöksentekotason* määrittämiseen. Perustuslakivaliokunta on hallituksen esityksestä 222/2010 vp antamassaan lausunnossa katsonut, että hallituksen esityksen muotoilu siitä, että peitetoinnasta ja valeostosta päättää ”keskusrikospoliisin tai suojelupoliisin taikka valtioneuvoston asetuksella säädetyn poliisilaitoksen päällikkö” ei ole asianmukainen. Valiokunta on katsonut, että ”tämänlaatuisista toimenpiteistä päättämistoimivallan tulee perustua lakiin”.¹¹³

Kuriositeettina todettakoon, että lakivaliokunta on aikanaan Napoli II -yleissopimuksen tiimoilta todennut, että epäkonventionaalisten tutkintamenetelmien käyttöönotosta Suomessa ei voida tehdä päätöstä tullien välistä yhteistyötä koskevassa yleissopimuksessa. Lisäksi lakivaliokunta on katsonut, että ”[t]ulliviranomaisilla ei voi eikä saa olla laajempia ja pidemmälle meneviä toimivaltuuksia kuin poliisiviranomaisilla”.¹¹⁴

Ihmisoikeuksien näkökulmasta voidaan todeta, että yksityiskohtaisen toimivaltasääntelyn puuttumisesta huolimatta EIS 6 artiklaa ei katsottu rikutun tapauksessa Kuzmickaja, jossa poliisimiehet olivat saadun vihjetiedon perusteella ostaneet ravintolassa alkoholia pyrkimyksin selvittää, vastasiko anniskellun alkoholin määrä tilausta. EIT kiinnitti erityistä huomiota siihen, että poiketen esimerkiksi huumausaineiden koeostoista kyse oli arkipäiväisestä ja laillisesta menettelystä, johon valittaja vastasi rikollisella toiminnalla. Vaikka toiminta perustuikin ainoastaan poliisilain yleisluontoisiin valtuuksiin, kyse ei ollut lainvastaisesta tai mielivaltaisesta menettelystä.¹¹⁵ Tässä siis erillisen toimivaltasääntelyn tarve näyttäisi olevan sidottu varsin pitkälti kriminalisointien alaan.

1.2.2.3 Sääntelytavat

Toimivaltanormien säätämisessä voidaan käyttää erilaisia lainkirjaamistekniikoita. Toimivaltuuden kasuistinen kirjoittamistapa rajoittaa tehokkaammin polii-

¹¹² HE 224/2010 vp, s. 105–106.

¹¹³ HE 222/2010 vp, s. 447 ja PeVL 66/2010 vp, s. 9. Ks. myös PeVL 67/2010 vp, s. 5.

¹¹⁴ LaVL 7/1997 vp. Ks. myös HaVL 16/1997 vp.

¹¹⁵ Application no. 27968/03 by Natalja Kuzmickaja against Lithuania. Valitus katsottiin EIS 35 artiklan 3 ja 4 kohtien perusteella ilmeisen perusteettomaksi (*manifestly ill-founded*). Ks. ratkaisusta myös Tolvanen – Kukkonen 2011, s. 364.

sin valtaa ja suojaa siten yksilön oikeusturvaa, kun taas väljät, yleisluontoiset säännökset antavat mahdollisuuden reagoida joustavasti ja tarkoituksenmukaisesti erityyppisissä tilanteissa, minkä lisäksi ne jättävät tilaa myös kohtuusharkinnalle. Pahimmillaan yksityiskohtainen sääntely johtaa poliisitoiminnan jähmettymiseen ja sen myötä poliisien työturvallisuuden ja yleisen turvallisuuden tason heikentämiseen, kun taas liian yleisluontoisesti kirjatut toimivaltasäännökset saattavat johtaa mielivaltaan.¹¹⁶ Kasuistinen sääntely saattaa myös käytännössä johtaa yksityiskohtaisten kriteerien arviointiin yleisemmän tehokkuus-, tarpeellisuus- ja puolustettavuusarvioinnin sijasta.¹¹⁷

Suomen varsin kasuistinen sääntelytapa on aiheuttanut sen, että toimintaympäristön muuttuessa toimivaltasääntelyä joudutaan säännöllisesti korjaamaan tai täydentämään. Tämä osaltaan kirvoittaa kriittisiä väitteitä poliisin toimivallan hallitsemattomasta laajentumisesta.¹¹⁸ Osaltaan esitetty kritiikki on epäilemättä perusteltua, ja totta on myös Lindstedtin havainto, että ”kerran käyttöön otetusta pakkokeinosta luopuminen on hyvin vaikeaa”.¹¹⁹ Voitaneen kuitenkin arvioida, että poliisin toimivaltasääntelyn kokonaisuudistuksen seurauksena poliisin toiminta on niin lukuisin säännöksiin säännelty, että tarve säännösten päivittämiseen vastaamaan muuttuvan maailman haasteisiin ja puhtaasti teknisluonteisiin täsmennyksiin tulee kasvamaan entisestään. Ylösjoki näyttäisikin jo puoli vuosisataa sitten epäilleen, onko kehittyvässä yhteiskunnassa ylipäättään mahdollista säännellä toimivaltuudesta täsmällisin säännöksin. Tästä syystä kokoava säännös yleistoimivaltuudesta olisi hänen mielestään ollut ainakin 1960-luvulla tarpeen.¹²⁰ Ylösjoen näkemykset ovat yllättävän ajankohtaisia vielä 2010-luvullakin, vaikka poliisin toimintaa koskevan sääntelyn uudistus osoittaa, että eduskunnan usko mahdollisuuteen luoda kattava erityissääntely on vahva. Poliisilakia uudistettaessa todettiin, että:

”Menettelytapoja koskevalla sääntelyllä pyrittäisiin edistämään oikeusturvan sekä perus- ja ihmisoikeuksien toteutumista. Sinällään tehtävät, toimivaltuudet ja menettelytavat eivät ole aina selkeästi erotettavissa toisistaan.”¹²¹

Epätäydellinen ja ylimalkainen lainsäädäntö voi olla mielivallan lähde, mutta se voi myös heikentää poliisimiesten oikeusturvaa. Tällaisen lainsäädännön alaisuudessa toimiessaan yksittäisen poliisimiehen on toiminnassaan otettava huomioon se, että hänen lailliseksi arvioimansa menettely katsotaan myöhemmin lain vastaiseksi. Valintatilanne toimimisvelvollisuuden ja toimivallan ylittämisen pelon aiheuttamassa ristivedossa on vaikea. Jos harkinta-aika päätöstä tehdessä

¹¹⁶ Ylösjoki 1966, s. 11 ja 207–208 ja KM 1986:16, s. 155–156. Ks. myös Sinisalo 1971, s. 72, Loman 1997, s. 129–130, Auglend et al. 2004, s. 428 ja Boucht 2011a, s. 142–143.

¹¹⁷ Ks. Auglend et al. 2004, s. 428.

¹¹⁸ Ks. Ketola 2006, s. 60–61. Tällaiseksi kritiikiksi voidaan ymmärtää myös Lindstedtin artikkeli vuodelta 2007.

¹¹⁹ Lindstedt 2007, s. 1035.

¹²⁰ Ylösjoki 1965, s. 41 ja 47–49.

¹²¹ HE 224/2010 vp, s. 66.

on vielä erittäin vähäinen, saattaa toiminta hyvistä aikomuksista huolimatta olla lainvastaista.

Tilanteiden selkiyttämiseksi Sinisalo on korostanut poliisin johdon antamien ohjeiden merkitystä. Ylemmällä johdolla on hänen mukaansa mahdollisuus harkita ohjeiden sisältöä perusteellisesti ja ohjeiden olemassaolo jakaa vastuuta tasapainoisemmin kentän ja johdon välillä.¹²² Heijastusvaikutuksia poliisin oikeusturvaan on myös huonolla ammattitaidolla ja puutteellisella koulutuksella. Puutteellisen koulutuksen turvin toimittaessa virkavelvollisuuksien täyttäminen asianmukaisesti on vaikeampaa.¹²³ Kiteyttäen voidaankin todeta, että ollakseen toimivaa sääntelyn tulee ainakin jossain määrin olla yleisluontoista, ja kun toisaalta poliisin toimintaan ei useinkaan voida soveltaa kirjalliseen päätöksentekoon soveltuvia oikeussuojatakeita, korostuu yksittäisen poliisimiehen koulutuksen, arvostelukyvyn, harkintakyvyn ja asenteen merkitys sekä poliisin yleisen sääntelyn selkeys ja asenneilmapiiirin merkitys.¹²⁴

Todettakoon lopuksi, että kyse ei ole ainoastaan sääntelyn yksityiskohtaisuudesta, vaan toimivaltuuksien kirjaamisessa lakiin voi olla muitakin eroavaisuuksia. Toimivaltasäännös on saatettu kirjoittaa antamalla poliisille oikeus johonkin (suoraan ilmaistut valtuudet), kuten voimassa olevan poliisilain ja vuonna 2014 voimaan tulevan poliisilain 2 luvussa on toimittu, tai velvoittamalla kansalaiset noudattamaan tiettyjä poliisin määräyksiä (kiertäen ilmaistut valtuudet), kuten esimerkiksi voimassa olevan PolL 39 §:ssä tai UPL 6 luvun 3 §:ssä.¹²⁵

1.2.2.4 Virkavelvollisuudet ja toimivalta

Myös velvollisuuksien ja toimivallan suhde on tärkeä ymmärtää oikein. Lähtökohtaisesti Sinisalon mukaan termeillä ”ei ole sellaista yhteyttä, *että jommastakummasta esitettävät väitteet merkitsisivät sellaisenaan mitään toisen osalta*”. Oletuksena voi toki olla, että organilla on jonkinlainen toimivalta velvollisuuksien täyttämiseen, mutta toimivaltanormista ei voida päätellä toimimisvelvollisuuden laajuutta.¹²⁶ Vaikka lähtökohtainen oletus toki on, että virkamies tarvittaessa käyttää hänelle myönnettyä toimivaltaa, ei toimivallasta voida yksilötasolakaan johtaa velvollisuutta, vaan siitä tulee asettaa erillinen normi.¹²⁷ Toisaalta

¹²² Sinisalo 1973, s. 157. Ks. myös Sinisalo 1973, s. 33.

¹²³ Sinisalo 1973, s. 158.

¹²⁴ Sinisalo 1973, s. 94–95 ja 140–141. Ks. myös Helminen et al. 1999, s. 52. Ruotsin sääntelyn osalta ks. Norée 2008, s. 17. Norée on katsonut Ruotsin sääntelyn edustavan eräänlaista välimallia, jossa asetetaan yleiset puitteet voimankäytölle ja lisäksi yritetään tarkentaa niitä joltain osin.

¹²⁵ Helminen et al. 1999, s. 50–51 ja Helminen et al 2012b, s. 184–185.

¹²⁶ Sinisalo 1971, s. 61–63. Ks. myös Sinisalo 1971, s. 144–145.

¹²⁷ Sinisalo 1971, s. 63.

normin tai erillisen käskyn asettama ”[v]elvollisuus voidaan täyttää vain toimivallan puitteissa”.¹²⁸

Toimivaltuuden ja velvollisuuden suhde ei ole perusoikeuksien näkökulmasta aivan ongelmaton. Velvollisuus toimivallan käyttämiseen ei ilmaisuna istu oikein hyvin yhteen sen ajatuksen kanssa, että käytännössä esimerkiksi voimakeinojen käytön edellytykset ovat harkinnanvaraiset ja edellyttävät muun muassa puolustettavuusarviointia. Luontevampaa olisikin ehkä puhua *toimimisvelvollisuudesta* kuin velvollisuudesta toimivallan käyttöön.¹²⁹ Kysymykseen palataan myöhemmin pohdittaessa, onko poliisimiehellä velvollisuutta voimakeinojen käyttöön ja jos on, missä tilanteissa ja missä laajuudessa.

1.2.2.5 Lopuksi

Helminen ym. ovat poliisioikeuden perusteoksessaan todenneet, että poliisimies saattaa tehdä useita työvuoroja joutumatta kertaakaan käyttämään toimivaltaa tehtäviensä hoitamiseen.¹³⁰ Näkemys ei pidä paikkaansa, jos toimivallan käyttö ymmärretään *henkilön oikeusasemaan vaikuttamisena*. Toimivallan käyttöä on henkilön velvoittaminen olemaan läsnä kuulustelussa, kulkuneuvon pysäyttäminen tai useiden yleisen järjestyksen ylläpitämiseen liittyvien velvoittavien käskyjen antaminen. Mainitussa teoksessa esitetty kommentti saattaakin viitata toimivallan yleiskieliseen merkitykseen, jossa toimivalta käsitteenä liittyy ehkä ennemminkin rikostunnusmerkistön täyttävien toimien suorittamiseen tai jopa voimakeinojen käyttöön kuin henkilön oikeusasemaan vaikuttamiseen.

Näyttäisikin siltä, että erillisen toimivaltasääntelyn kynnyksenä pidettävä *henkilön oikeusasemaan vaikuttaminen* ei ole riittävän täsmällinen kriteeri ja saattaa sinällään aiheuttaa jatkossakin tarvetta tavanomaisoikeudellisiin toimivaltuuksiin. Myöskään PL 80 §:ssä asetettu vaatimus säätää lailla ”yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista” ei ole sen täsmällisempi kriteeri. Viitaten muun muassa EIT:n Kuzmickaja-ratkaisuun olisin taipuvainen määrittelemään erillisen toimivaltasääntelyn tarvetta kriminalisointien näkökulmasta, jolloin johtoajatuksena olisi, että poliisi ei saa turvautua rikostunnusmerkistön toteuttavaan tai perusoikeuksiin kajoavaan menettelyyn ilman erillistä toimivaltasääntelyä. Ja jos toimenpide ei toteuttaisi rikostunnusmerkistöä tai kajoaisi perusoikeuksiin, se olisi sallittu ilman erillistä toimivaltasääntelyä. Luonnollisesti viimeksi maini-

¹²⁸ Sinisalo 1971, s. 145. Ks. myös Sinisalo 1973, s. 19.

¹²⁹ Kerttula 2010, s. 271. Eräillä elämäntilanteilla voidaan kohdata suurempiakin ongelmia. Kerttulan esimerkissä järjestyksenvalvojalla saattaa olla velvollisuus pääsyn estämiseen, mutta se ei anna oikeutta voimakeinojen käyttöön tehtävän toteuttamiseen. Ks. tästä Kerttula 2010, s. 271 av. 715.

¹³⁰ Helminen et al. 1999, s. 44.

tut tilanteet voitaisiin kattaa myös samantyyppisellä yleislausekkeella kuin Ruotsissa. Esittämäni rajanveto näyttäisi olevan hyväksyttävissä myös perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta, sillä ainakaan lähtökohtaisesti ei liene perustetta kieltää viranomaisilta menettelyä, joka on tavalliselle kansalaiselle sallittua.

Jakson päätteeksi on vielä aiheellista kiinnittää huomiota siihen, että esituskinnan yhteydessä toteutettavat henkilöiden oikeusasemaan kajoavat toimenpiteet on tyypillisesti sidottu erilaisiin laissa määritettyihin näyttökynnyksiin.¹³¹ Yleiseen järjestykseen ja turvallisuuteen kohdistuviin uhkii *puuttumisen kynnystä* ei voida tässä syvemältä pohtia, mutta lähtökohtaisesti toimenpidekynnyksen ylittääkseen (poliisioikeudellisen) vaaran tulee olla sillä tavoin *konkreettinen*, että siihen ”käsillä olevassa tosiasiallisessa tilanteessa liittyy varteen otettava mahdollisuus (riski), että järjestys tai turvallisuus rikkoutuu”. Lisäksi uhan tulee olla ”ajallisesti jokseenkin läheinen”, mutta sen ei tarvitse olla esimerkiksi hätävarjelusäänöksessä tarkoitetuin tavoin välitön. Abstrakti vaara ei tyypillisesti ylitä toimenpidekynnystä, vaikka sen aiheuttaminen on esimerkiksi tieliikenteen osalta kriminalisoitu.¹³² Vaaran aiheutumista ei ole myöskään kytketty syyksiluettavan rikollisen teon tai laiminlyönnin tapahtumiseen, vaan se voi olla seurausta syntyneen henkilön toimista, tapaturmaisesta menettelystä tai muusta kuin inhimillisestä toiminnasta. Toki vaaran lähteen ollessa rikollista ja syyksiluettavaa menettelyä tällä voi olla vaikutusta siihen, millaiset poliisitoimenpiteet katsotaan sallituiksi.¹³³

Norjalaisessa kirjallisuudessa Auglend ym. ovat jakaneet konkreettisen vaaran (*en reell risiko i tid og rum*) kolmeen tyyppitapaukseen (lievimmästä vakavimpaan):

1. Yleinen vaara konkreettisiin intressiloukkauksiin. Esimerkiksi riski, että ajoneuvo otetaan luvattomasti käyttöön täynnä olevasta parkkihallista. Uhkaava rikos on määritetty, mutta uhan todennäköisyys on lähinnä tilastollinen.
2. Määrittelemättömän hyökkäyksen konkreettinen vaara. Esimerkkinä on mainittu henkilö, joka on aiemmin joutunut hyökkäyksen kohteeksi ja perustellusti uskoo joutuvansa uudelleen hyökkäyksen kohteeksi, mutta hyökkäyksen laatu on määrittelemättä.
3. Konkreettisten rikosten konkreettinen vaara. Hyvintodennäköisesti tapahtuva yksittäinen hyökkäys, jonka aika, paikka ja luonne ovat selvittämättä.¹³⁴

¹³¹ Ks. PeVL 36/2002 vp, s. 3. Perustuslakivaliokunta on lausunnossaan 36/2002 vp kritisoinut esitutkintasaantelyyn sisältyviä erilaisia näyttökynnyksiä. Erityisesti se on kiinnittänyt huomiota ”syytä epäillä”-kynnyksen epämääräisyyteen. Valiokunta on katsonut ilmauksen viittaavan ”yleisluonteisempaan epäluuloon”.

¹³² Helminen et al. 1999, s. 26 ja Helminen et al. 2012b, s. 72–73. Joissakin säännöksissä, esimerkiksi UPL 2 luvun 14 §:ssä, edellytään kuitenkin välitöntä vaaraa, joka kirjoittajien mukaan rinnastuu mainittuun hätävarjelusäänöksen termiin. Ks. myös Boucht 2011a, s. 183–185.

¹³³ Helminen et al. 2012b, s. 72.

¹³⁴ Auglend et al. 2004, s. 288–289. Vaara voi olla myös *latentti*, jolla viitataan tilanteisiin, joissa käsillä on hengen tai terveyden tai mittavien omaisuusvahinkojen vaara, joka ei ole täysin poissuljettu.

Näistä ilmeisesti lähinnä 3. kohta oikeuttaisi henkilön oikeusasemaan vaikuttavien toimivaltuuksien käytön.

1.3 YLEISET HALLINTO-OIKEUDELLISET PERIAATTEET TOIMIVALLAN RAJOITTAJINA

1.3.1 Yleiset hallinto-oikeudelliset periaatteet

Hallintolain (434/2003) 6 §:n mukaan:

”Viranomaisen on kohdeltava hallinnossa asioivia tasapuolisesti sekä käytettävä toimivaltaansa yksinomaan lain mukaan hyväksyttäviin tarkoituksiin. Viranomaisen toimien on oltava puolueettomia ja oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden. Niiden on suojattava oikeusjärjestyksen perusteella oikeutettuja odotuksia.”

Hallinto-oikeuden arvopäämääriä ilmentävät yleiset periaatteet – samoin kuin samaa tehtävää toteuttavat ihmisoikeusperiaatteet – tulevat huomioon otettaviksi yksittäisiä poliisin toimenpiteitä toteutettaessa negatiivisina toimivaltanormeina tai -normifragmentteina. Tyypillisesti periaatteet joko tulevat välittömästi sovellettavaksi tai ohjaavat muiden normien soveltamista ja tulkintaa. Osa periaatteista on lähes sääntöluonteisia. Seuraavassa hallinto-oikeudelliset periaatteet kuvataan hieman hallintolain säännöstä seikkaperäisemmin:¹³⁵

- objektiviteettiperiaate: toimenpiteiden ja annettujen ratkaisujen tulee olla asialliselta sisällöltään objektiivisesti perusteltavissa ja puolueettomia
- yhdenvertaisuusperiaate: oikeusnormien kohteita tulee kohdella tasapuolisesti ja johdonmukaisesti
- suhteellisuusperiaate: viranomaisten toimien tulee olla oikeassa suhteessa laissa määriteltyyn päämäärään eikä kansalaisten intressejä saa loukata enempää kuin ”toimenpiteen tarkoitus välttämättä vaatii”
- tarkoitussidonnaisuuden periaate: toimivaltaa saa käyttää ainoastaan siihen tarkoitukseen, mitä varten se on perustettu
- luottamuksensuojaperiaate: viranomaisten toimien on suojattava oikeusjärjestykseen perustuvia oikeutettuja odotuksia.

¹³⁵ Bruun et al. 1988, s. 41–42 ja Mäenpää 2003, s. 162–172. Ks. myös Ylösjoki 1966, s. 70–77, jossa kirjoittaja kytkee poliisitoimintaan voimakkaamuuksivaatimuksen (tilanteen hallinta aina poliisilla), kaksinaisuuden periaatteen (yhteisen edun ja yksityisten oikeuksien tasapaino) ja samanaikaisuusperiaatteen (puolesta ja vastaan puhuvien seikkojen huomioon ottaminen samanaikaisesti), sekä Ylösjoki 1966, s. 144–152.

Yleiset hallinto-oikeudelliset periaatteet saavat merkittävää painoarvoa kiinteästä yhteydestä joko yksittäisiin perusoikeuksiin (kuten yhdenvertaisuusperiaate PL 6 §:ssä) tai yleisemmällä tasolla yleisiin rajoitusedellytyksiin. Viimeksi mainituista voidaan suhteellisuusperiaatteen lisäksi mainita esimerkkinä tarkoitussidonnaisuuden yhteys rajoitusedellytysten hyväksyttävyyteen.¹³⁶

Tutkimukseni ollessa ensisijaisesti rikosoikeudellinen olen seuraavassa keskittynyt niihin yleisten hallinto-oikeudellisten periaatteiden aspekteihin, joilla uskon olevan merkitystä tutkimuksen ydinkysymysten kannalta. Tavoitteena ei siten ole tyhjentävä esitys näiden periaatteiden merkityksestä poliisitoiminnassa.¹³⁷ Yleisesti voidaan todeta, että poliisin toiminnassa periaatteet eivät lähtökohtaisesti ole sen korostuneemmassa asemassa kuin muidenkaan pakkovaltaa käyttävien viranomaisten toiminnassa. Periaatteet on kirjattu poliisia koskevaan sääntelyyn varsin yleisluontoisesti ja suppeasti, mitä voidaan pitää perusteltuna, kun otetaan huomioon, miten yleiset hallinto-oikeudelliset periaatteet ovat saaneet sisältöä eri hallinnonalojen käytännöissä.¹³⁸

1.3.2 Objektiveettiperiaatteesta

Kansainvälisessä *soft law* -aineksessa poliisitoimintaa koskevista yleisistä periaatteista korostuu erityisesti puolueettomuuden vaatimus. Euroopan neuvoston julistuksessa vuodelta 1979 todetaan:

”2. A police officer shall act with integrity, impartiality and dignity. In particular he shall refrain from and vigorously oppose all acts of corruption.”¹³⁹

Vuoden 2001 julistuksessa puolestaan on todettu:

”40. The police shall carry out their tasks in a fair manner, guided, in particular, by the principles of impartiality and non-discrimination.”¹⁴⁰

Fair manner -vaatimuksen osalta on selitysmuistiossa todettu, että puolueettoman kohtelun vaatimuksen ja syrjintäkiellon lisäksi

¹³⁶ Tuori 1999a, s. 535.

¹³⁷ Periaatteiden toteutumisessa korostuu koulutuksen merkitys, joskin – kuten Bouchtkin on todennut –, osa valvonnasta jää joka tapauksessa toteutettavaksi jälkikäteen virkavastuun muodossa. Ks. tästä Boucht 2011b, s. 294.

¹³⁸ Helminen et al. 2012b, s. 203.

¹³⁹ EN 1979 A. Ethics.

¹⁴⁰ EN 2001, s. 10.

”the police act with fairness when they show full respect for the positions and rights of each individual that are subject to their police duties”.¹⁴¹

Boucht on lähestynyt poliisitoimintaan liitettyä objektiviteettiperiaatetta pohjoismaisen vertailun näkökulmasta. Artikkelin perusteella voidaan yleisesti todeta, että periaatteen sisältö on varsin pitkälti jäsentymätön ja toisaalta periaatteen noudattamisen kontrollimekanismit ovat kehittymättömiä. Yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämiseen tähtäävän poliisitoiminnan osalta voidaan kuitenkin esittää joitakin yleisen tason näkemyksiä periaatteen soveltamisesta.¹⁴²

Julkisen vallan käytön perusteiden tulee olla yhteensopivia virkatehtävien kanssa eikä mainittuun toimintaan liittyvä päätöksenteko voi perustua subjektiivisille näkökohdille. Toisin sanoen toimivaltuuksia käyttäessään virkamies *ei saa* ottaa huomioon seikkoja, jotka ovat

- 1) ristiriidassa (”*oförenliga*”) toimivaltasäännöksen tai konkreettisen virkatoimen tavoitteiden kanssa (objektiivinen vallanväärinkäyttö) tai
- 2) luonteeltaan subjektiivisia seikkoja.

Sisällöllisestä epämääräisyydestään huolimatta objektiviteettivaatimus on usein läsnä preventiivisessä järjestyspoliisitoiminnassa. Kysymys realisoituu esimerkiksi ratkaistaessa, ketkä ylinopeutta ajavista kansalaisista pysäytetään tai ketkä häiriötä aiheuttavista henkilöistä otetaan kiinni. Ratkaisevaa onkin, millä perusteella valinta tehdään. Selvänä voidaan Bouchtin mukaan pitää, että periaate ei voi tulla sovellettavaksi samalla tavalla kaikissa tilanteissa, vaan joissakin tilanteissa erilainen kohtelu on perusteltavissa. Jäljelle jää kysymys, onko ylipäättään mahdollista muotoilla mitään yleisiä ”parametrejä” ja mitä ne voisivat olla sisältyänsä.¹⁴³ Kyse on luonnollisesti mitä suurimmassa määrin myös yhdenvertaisuusperiaatteen toteuttamisesta. Erilainen kohtelu tulee pystyä perustelemaan tapausten erilaisilla olosuhteilla.¹⁴⁴

1.3.3 Suhteellisuusperiaatteesta

Poliisin käyttäessä välitöntä julkista valtaa erityisesti suhteellisuusperiaatteen merkitys korostuu.¹⁴⁵ Suhteellisuusperiaatteen ”huomioon ottaminen edellyttää poliisimieheltä valistunutta harkintaa ja kykyä yhteiskunnallisten ongelmien ko-

¹⁴¹ EN 2001, s. 57.

¹⁴² Boucht 2011b.

¹⁴³ Boucht 2011b, s. 290–293. Subjektiivisista ja objektiivisista väärinkäytöksistä vastaavasti Auglend et al. 2004, s. 105–106. Ks. myös Helmius 2000, s. 29 ja 68–69 ja Norée 2000, s. 72.

¹⁴⁴ Ks. Norée 2000, s. 71.

¹⁴⁵ Mäenpää 2003, s. 172.

konaisvaltaiseen hahmottamiseen niissäkin tilanteissa, joille on ominaista kiire ja ahdinkoiset olot”¹⁴⁶, minkä lisäksi ”käytettyjen keinojen ja niiden aiheuttamien haittojen tulee olla järkevässä suhteessa tavoiteltuun päämäärään”.¹⁴⁷ Kyse on osin myös poliisin voimavarojen oikeusvaltioperiaatteiden kannalta hyväksyttävistä ja tarkoituksenmukaisesta kohdentamisesta.¹⁴⁸ Poliisitoiminnassa voittaneenkin noudattaa eräänlaisena yleisenä tulkintastandardina rajavartiolain (578/2005) 11 §:ää, jonka mukaan:

”Jollei muualla toisin säädetä, tehtävän suorittamiseksi käytettävissä olevista samanarvoisista toimenpiteistä on valittava ensisijaisesti se, joka parhaiten turvaa perustuslaissa säädettyjen perusoikeuksien sekä ihmisoikeuksien toteutumisen.”

Voimassa olevan PolL 2 § 2 momentin mukaan:

”Poliisin toimenpiteet on suoritettava aiheuttamatta suurempaa vahinkoa tai haittaa kuin on välttämätöntä tehtävän suorittamiseksi. Toimenpiteiden on oltava perusteltuja suhteessa tehtävän tärkeyteen ja kiireellisytyteen sekä tilanteen kokonaisarviointiin vaikuttaviin seikkoihin.”¹⁴⁹

Erityisesti voimakeinojen käytön osalta suoritettavaan suhteellisuuspunnintaan palataan tutkimuksen myöhemmissä jaksossa, mutta poliisitoimintaa ohjaavilla periaatteilla on huomattavaa merkitystä myös esimerkiksi salaista tiedonhankintaa koskevassa käytännön päätöksenteossa. Lakivaliokunta on esimerkiksi katsonut, että valeoston käyttäminen sellaisten rikosten selvittämiseen, jotka ovat vaikiintuneesti sakolla rangaistavia, saattaisi olla suhteellisuusperiaatteen vastaista.¹⁵⁰ Lisäksi esimerkiksi hallituksen esityksessä 222/2010 vp on peitellyn tiedonhankinnan osalta todettu, että ”päätöksentekijä voisi asettaa rajoituksia ja ehtoja kuten muidenkin salaisten pakkokeinojen käytön yhteydessä. Rajoitukset voisivat johtua esimerkiksi suhteellisuusperiaatteesta sekä tarkoituksenmukaisuus-, oikeusturva- ja työturvallisuusnäkökohdista.”¹⁵¹ Ruotsalaisessa poliisioikeudellisessa kirjallisuudessa on puolestaan todettu poliisin suorittaman tarkkailun osalta suoritettavasta punninnasta, että ”[d]ärvid måste en avvägning göras

¹⁴⁶ Helminen et al. 1999, s. 76.

¹⁴⁷ HaVM 17/2000 vp, s. 7. Ks. EOAK 1994, s. 42–45 (14.1.1994, dnrot 545/4/93, 547–548/4/93, 557/4/93, 564/4/93, 566–570/4/93 ja 581–582/4/93). EOA katsoi suhteellisuusperiaatteen vastaiseksi operaation, jossa poliisi väkivalta- ja huumausainerikosten selvittämiseksi rynnäköi puolustusvoimien panssaroitua miehistönkuljetusvaunua hyödyntäen moottoripyöräkerhon tiloihin.

¹⁴⁸ Ks. HE 222/2010 vp, s. 46 ja 194.

¹⁴⁹ Lainkohdan on katsottu ilmentävän myös tarkoitussidonnaisuusperiaatetta. Ks. tästä Loman 1997, s. 99.

¹⁵⁰ LaVL 7/2000 vp, s. 5.

¹⁵¹ HE 222/2010 vp, s. 328.

*mellan å ena sidan den skada och det intrång som metoden medför eller riskerar att medföra och å den andra brottets grovhet och de fördelar från bevissynpunkt som står att vinna”.*¹⁵²

Hallituksen esityksen 22/1994 johdosta myös PKL 7 lukuun lisättiin nimenomainen yleinen säännös suhteellisuusperiaatteen noudattamisesta pakkokeinoja käytettäessä. PKL 7 luvun 1 a §:n nojalla suhteellisuus- eli puolustettavuusarvioinnissa tulee huomioon otettavaksi ”rikoksen törkeys, rikoksen selvittämisen tärkeys sekä rikoksesta epäillylle tai muille pakkokeinon käytöstä aiheutuva oikeuksien loukkaus ja muut asiaan vaikuttavat seikat”.

Mainittujen seikkojen perusteella suoritetaan punninta, jonka perusteella pakkokeinoja voidaan käyttää, ”jos sen käytöllä saavutettava etu tai tavoiteltu päämäärä on järkevässä suhteessa pakkokeinon aiheuttamiin haittoihin tai vastakaisiin etuihin tai arvoihin.” Hallituksen esityksen mukaan suhteellisuusperiaatetta ei vielä 1990-luvun puolivälissä ollut selkeästi kirjattu esitutkintaa ja pakkokeinojen käyttöä sääntelevään lainsäädäntöön, ja poliisilain vastaava säännöskin viittasi sanamuotonsa mukaan tosiasiaa tarpeellisuusperiaatteeseen.¹⁵³ Säännös kattaa luonnollisesti poliisitoiminnan lisäksi myös esimerkiksi syyttäjien ja tuomioistuinten toiminnan.¹⁵⁴

Sinisalo on kritisoinut suhteellisuus-käsitettä sen epämääräisyyden johdosta ja päätenyt itse käyttämään kohtuus-termiä. Kyse on joka tapauksessa *tilanteeseen liittyvän tavoitteen* (ei siis yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämisen anarkian vastaakohtana tms. yleisen yhteiskunnallisen intressin) sekä kohdehenkilölle aiheutuvan haitan ja vahingon välisestä punninnasta, siis tilanteen kokonaisarviointista.¹⁵⁵ Kohtuus-termin käyttäminen suhteellisuuden synonyyminä korostaa Helminsen ym. mukaan keskivertokansalaisen mittapuun mukaan määrittyvää, yhteiskunnassa kulloinkin vallitsevaa yleistä mielipidettä päätöksenteon ohjenuorana.¹⁵⁶ Myös uutta poliisilakia koskevassa yhteisessä kohtuuden on käsitteenä katsottu korostavan poliisin velvollisuutta arvioida suhteellisuutta henkilökohtaisten näkemysten sijasta yhteiskunnassa kulloinkin vallitsevan yleisen mielipiteen mukaisesti.¹⁵⁷ Jokela puolestaan

¹⁵² Berrgren – Munck 2011, s. 66.

¹⁵³ HE 22/1994 vp, s. 34. Ks. myös Helminen et al. 2012a, s. 96, jossa kirjoittajat ovat todenneet suhteellisuusperiaatteen sisältävän vaatimuksen ”yhteiskunnassa vallitseva arvomaailma huomioon ottaen järjestelmästä ja hyväksyttävistä suhteista”.

¹⁵⁴ Ks. Boucht 2011b, s. 292, joka on todennut, että vaikka rikosprosessioikeudelliset ja poliisioikeudelliset toimivaltaperusteet ovat lähtökohtaisesti erillisiä, kattaa poliisioikeudellinen objektiiviteettiperiaate kaiken virkatoiminnan. Tässä suhteessa rikosprosessioikeudelliset periaatteet ovat täydentäviä suhteessa yleisiin hallinto-oikeudellisiin poliisitoimintaa koskeviin periaatteisiin.

¹⁵⁵ Sinisalo 1971, s. 178–183. Kohtuus-termiä on käyttänyt myös Loman 1997, s. 59–60.

¹⁵⁶ Helminen et al. 1999, s. 75.

¹⁵⁷ Helminen et al. 2012b, s. 205–206.

näyttäisi liittävän erityisesti kohtuullisuusperiaatteen kohdehenkilön henkilökohdaiset ominaisuudet, kuten iän ja terveydentilan.¹⁵⁸

Perinteisesti on katsottu, että suhteellisuusperiaate on rajoittavampi kuin tarpeellisuusperiaate, joka kattaa lähinnä lievimmän haitan periaatteen.¹⁵⁹ Tarpeellisuusvaatimus edellyttää poliisin aina valitsevan *keinon, joka aiheuttaa vähiten haittaa*. Tästä syystä lainmukainen keino ei ole aina poliisin näkökulmasta sopivin, kätevin ja halvin.¹⁶⁰ Tarpeellisuusperiaatteesta on johdettavissa *ajallisia rajoja* toimenpiteelle. Toimivaltaa ei saa käyttää, jos vaara on vielä muutoin poistettavissa eikä enää silloin, kun vaara on väistynyt.¹⁶¹ Kolmantena tarpeellisuuteen liitettävänä kriteerinä on *tehokkuus*. Vain sellainen toimivallan käyttö on oikeutettua, joka on omiaan johtamaan tavoiteltuun lopputulokseen. Tästä poikkeaminen tuo toimenpiteeseen helposti kansalaisen rankaisemisen ulottuvuuden.¹⁶² Toisaalta pelkästään toimivaltuuden arvioiminen tehokkaaksi ei tee sitä välttämättömäksi.¹⁶³

Tarpeellisuus on Sinisalon mukaan aina suhteutettava poliisin tehtäviin kuuluvien päämäärien saavuttamiseen. Poliisimiehen on kysyttävä, onko joku toimenpide tarpeen esimerkiksi yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämiseksi. Toimenpiteen tarpeellisuutta voidaan arvioida ainoastaan suhteessa poliisin tehtäviin kuuluihin päämääriin eikä toimivaltaa voida määrittää ”yleisen hyvän” kautta.¹⁶⁴ Noréen mukaan vähimmän haitan periaate edellyttää, että ”*om flera personer är tänkbara så bör ingripandet riktas mot den för vilket ingripandet är minst kännbart, under förutsättning att det avsedda resultatet därigenom kan uppnås*”.¹⁶⁵ Toisaalta esimerkiksi PolL 10 §:n perusteella poliisimiehellä on oikeus saada henkilöltä tiedot muun muassa tämän nimestä ja henkilötunnuksesta vain *yksittäisen tehtävän suorittamiseksi*.

Toimenpiteiden välttämättömyyden ja niiden suhteellisuuden erottaminen toisistaan ei ole aina ollut aivan selvää lainsäätäjällekään. Arvioidessaan valeoston edellytyksiä koskenutta alkuperäistä PolL 31 b §:ää hallintovaliokunta totesi ”välttämättömyys-edellytyksen tarkoittavan suhteellisuusperiaatteen mukaista tilannearviointia”.¹⁶⁶

¹⁵⁸ Jokela 2008, s. 170.

¹⁵⁹ HE 22/1994 vp, s. 34.

¹⁶⁰ Helminen et al. 1999, s. 74.

¹⁶¹ Helminen et al. 1999, s. 73.

¹⁶² Helminen et al. 1999, s. 74.

¹⁶³ PeVL 36/2002 vp, s. 6.

¹⁶⁴ Sinisalo 1973, s. 81–82, Helminen et al. 1999, s. 73 ja Helminen et al. 2012b, s. 207.

¹⁶⁵ Norée 2008, s. 33.

¹⁶⁶ HaVM 17/2000 vp, s. 16. Alkuperäisessä muodossaan säännöksen 1 momentti kuului seuraavasti: ”Poliisimiehellä on oikeus valeostoon, jos se on välttämätöntä kätkemisrikoksen taikka sellaisen rikoksen estämiseksi, paljastamiseksi tai selvittämiseksi, josta säädetty ankarin rangaistus

Suhteellisuusperiaate saattaa jossain tilanteissa edellyttää myös sinänsä tarpeellista tai välttämättömistä toimenpiteistä luopumista.¹⁶⁷ Toimenpiteestä luopumista koskevan PolL 5 § 2 momentin pyrkimyksenä on muun muassa estää muodostumasta sellaisia tilanteita, joissa poliisi toiminnallaan provosoisi laajoja väkivaltaisuuksia.¹⁶⁸ Toimenpiteestä luopuminen saattaa olla perusteltua myös esimerkiksi takaa-ajotilanteissa, joissa takaa-ajon jatkaminen saattaisi aiheuttaa suurempaa vaaraa ja vahinkoa kuin siitä luopuminen.¹⁶⁹

1.3.4 Periaatteet uudessa poliisin toimintaa koskevassa lainsäädännössä

Poliisitoiminnan yleisistä periaatteista säädetään vuonna 2014 voimaan tulevan poliisilain 1 luvussa. Luvun 3 §:n mukaan:

”Poliisin toimenpiteiden on oltava puolustettavia suhteessa tehtävän tärkeyteen, vaarallisuuteen ja kiireellisuuteen, tavoiteltavaan päämäärään, toimenpiteen kohteena olevan henkilön käyttäytymiseen, ikään, terveyteen ja muihin vastaaviin häneen liittyviin seikkoihin sekä muihin tilanteen kokonaisarviointiin vaikuttaviin seikkoihin.”¹⁷⁰

Myös UETL 8 § ilmentää suhteellisuusperiaatetta, vaikka sen sanamuoto viittaa-kin ensisijaisesti tarpeellisuuteen ja välttämättömyyteen.¹⁷¹ Arvioitaessa suhteellisuutta esitutinnan näkökulmasta korostuvat erityisesti rikoksen vakavuuteen ja rikosasian laajuuteen sekä selvittämisentressiin ja esitutkintatoimenpiteen kohteena olevaan henkilöön liittyvät seikat.¹⁷²

Uuden poliisilain säännös vähimmän haitan periaatteesta viittaa välttämättömyysvaatimukseen. Säännös (UPL 1 luvun 4 §) kuuluu seuraavasti:

”Poliisin toimenpiteillä ei kenenkään oikeuksiin saa puuttua enempää eikä kenellekään saa aiheuttaa suurempaa vahinkoa tai haittaa kuin on välttämätöntä tehtävän suorittamiseksi.”

on vähintään kaksi vuotta vankeutta, tai tällaisen rikoksen johdosta laittomasti hallussapidetyn tai kaupatun esineen, aineen taikka omaisuuden löytämiseksi tai tällaisella rikoksella saadun hyödyn takaisin saamiseksi.”

¹⁶⁷ HE 57/1994 vp, s. 55 ja HE 22/1994 vp, s. 34.

¹⁶⁸ Helminen et al. 1999, s. 75. Ks. myös de Rover 1998, s. 276.

¹⁶⁹ Helminen et al. 2012b, s. 206.

¹⁷⁰ Huomattakoon, että säännöksessä ei kielletä käyttämästä suhteettomia keinoja, vaan kehoitetaan käyttämään suhteellisuusperiaatteen mukaisia keinoja. Tämänkaltaisen positiivisen muotoilun on katsottu mm. korostavan lainsäätäjän luottamusta poliisitoimintaan. Ks. tästä Berrgren – Munck 2011, s. 57.

¹⁷¹ HE 222/2010 vp, s. 46.

¹⁷² HE 222/2010 vp, s. 47.

Vähimmän haitan periaatteeseen sisältyvät nykytilaa vastaavat vaatimukset lievimmästä keinosta, toimenpiteen ajallisista rajoista sekä toimenpiteen oletettavasta tehokkuudesta.¹⁷³ Suhteellisuus- ja vähimmän haitan (välttämättömyys) periaatteiden lisäksi mainitsemisen arvoisia ovat 2 §:ssä säädetty velvollisuus perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien kunnioittamiseen, 6 §:n maininta siitä, että ”[p]oliisin tulee ensisijaisesti neuvoin, kehotuksin ja käskyin pyrkiä ylläpitämään yleistä järjestystä ja turvallisuutta” sekä 9 §:ssä säädetty ”oikeus luopua toimenpiteestä, jos sen loppuun suorittaminen voisi johtaa kohtuuttomaan lopputulokseen tavoiteltavaan päämäärään nähden”.¹⁷⁴ Viimeksi mainitun osalta poliisilakia koskevassa uudessa perusteoksessa on korostettu, että toimenpiteistä luopuminen ”on harvoin sovellettava poikkeusluonteinen säännös” eikä toimenpiteestä luopumista tule toteuttaa siten, että kohdehenkilöille tai sivullisille muodostuisi kuva, että poliisi joutuu pakenemaan kiperästä tilanteesta.¹⁷⁵

Vaikka vuonna 2014 voimaan tuleva esitutkintalaki kattaa suuren osan pakkokeinojen käyttötilanteista, säädetään periaatteista myös samaan aikaan voimaan tulevan pakkokeinolain 1 luvussa. Keskeisimpiä pakkokeinoja koskevia periaatteita ovat suhteellisuusperiaate ja vähimmän haitan periaate.¹⁷⁶ Muun muassa pakkokeinojen kohdehenkilön tarpeettoman leimautumisen ja haitallisen julkisuuden välttämiseksi tulevaan pakkokeinolakiin on säädetty myös ns. hienotunteisuusperiaate.¹⁷⁷ UPKL 1 luvun 4 §:n nojalla ”[p]akkokeinoja käytettäessä on vältettävä aiheettoman huomion herättämistä ja toimittava muutenkin hienotunteisesti”.

Vaikka suhteellisuus-, hienotunteisuus- ja vähimmän haitan periaatteet ovat ainakin osin päällekkäisiä¹⁷⁸, on yleisten periaatteiden kirjaaminen säädöksiin, joilla voidaan olettaa olevan suurta merkitystä kansalaisten perusoikeuksien kannalta, saanut kiitosta perustuslakivaliokunnalta. Valiokunta on lausunnossaan 17/1998 vp pitänyt tämän kaltaista yleisluonteista ja jossain määrin periaatteenlistakin sääntelyä ”lakiin kirjatuksi osoitukseksi muun muassa perusoikeusjärjeställisen laintulkinnan periaatteesta, joka on otettava huomioon toimivaltuuksia käytettäessä”.¹⁷⁹

¹⁷³ Helminen et al. 2012b, s. 206–207.

¹⁷⁴ HE 224/2010 vp, s. 72. Mainittu 2 § koskee esitöiden mukaan kaikkea poliisitoimintaa. Ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 211 kommentit UPL 1 luvun 6 §:n 1 momentin merkityksestä. Neyroud – Beckley 2001, s. 139 käyttää 6 §:ssä viitatusta käskytyksestä termiä taktinen kommunikatio (*tactical communication*).

¹⁷⁵ Helminen et al. 2012b s. 76. Ks. myös Helminen et al. 2012b s. 205.

¹⁷⁶ HE 222/2010 vp, s. 72. Ks. näistä myös Helminen et al. 2012a, s. 96–99.

¹⁷⁷ HE 222/2010 vp, s. 72 ja Helminen et al 2012, s. 99–100.

¹⁷⁸ Tolvanen – Kukkonen 2011, s. 196.

¹⁷⁹ PeVL 17/1998 vp, s. 2.

2 Rikosoikeuden roolista toimivallan määrittäjänä

2.1 RIKOSOIKEUDEN YLEISET OPIT TUTKIMUSKOHTENA

Ennen siirtymistä rikosoikeudellisten kysymysten pariin on syytä tehdä eräitä huomioita siitä, millä tavoin rikosoikeuden yleiset opit tutkimuskohtena vaikuttavat sovellettavaan oikeuslähdeoppiin ja toisaalta sen kytköksistä sääntö-periaate-keskusteluun.

Yleisten oppien säännösten soveltaminen ei ole yhtä suoraviivaista kuin erityisen osan säännösten eikä niillä ole samanlaisia yleispreventiivisiä tavoitteita-kaan. Nuotion mukaan ”yleisten oppien normien tehtävänä on varmistaa keskeisimpien oikeudellisten arvolähtökohtien toteutuminen edellisiä sovellettaessa”.¹⁸⁰ Juuri yleisille opeille ja erityisesti rikosoikeuden yleisille opeille keskeinen yhteys arvoihin ja arvostuksiin¹⁸¹ puoltaa moraalifilosofisten, yhteiskunnallisten ja kriminaalipoliittisten tavoitteiden sekä kriminalisointiperiaatteiden huomioon ottamista rikosvastuun rajoja määritettäessä.¹⁸² Yleisiä oppeja koskeva hiljainen ymmärrys on aina läsnä rikosasioita ratkaistaessa.¹⁸³

Rikoslain yleisten oppien lakiin kirjaamisesta huolimatta yleiset opit muotoutuvat edelleen merkittävällä tavalla oikeustieteessä ja oikeuskäytännössä, joiden toiminnassa lain esityöt ovat toki keskeinen oikeuslähde. Viimeksi mainittujen osalta Virtanen onkin katsonut, että säännöstekstissä annetaan ylimalkaiset ohjeet siitä, mitä oikeudellisessa harkinnassa tulee huomioon otettavaksi, ja tarkemmat ohjeet ovat hallituksen esityksessä. Käsitteiden ja periaatteiden varaan rakentuvan säännöstekstin täsmentäminen esitöissä saattaa Virtasen mukaan kuitenkin johtaa esitöiden liian korostuneeseen asemaan oikeuslähteenä. Lainsäätäjän tulisi pidättäytyä ”perusteluissa säätämisestä”.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Nuotio 2004, s. 1285–1286.

¹⁸¹ Virtanen 2004, s. 1050–1051 ja Nuotio 2004, s. 1277.

¹⁸² Virtanen 2004, s. 1058–1059.

¹⁸³ Nuotio 2004, s. 1278–1279. ”Soveltamiskokemuksen” merkityksestä lain käytössä ks. Nuotio 2004, s. 1284–1287.

¹⁸⁴ Virtanen 2004, s. 1070. Ks. myös av. 79. Ks. myös Virtanen 2004, s. 1068 ja Frände 2012, s. 47, joka on korostanut tuomioistuinten roolia rikosoikeuden oikeuslähteenä.

Erityisesti lainsäädännön ollessa nuorta ja oikeuskäytännön vähäistä, tuovat nimenomaan lain esityöt ennustettavuutta lain soveltamiseen ja vähentävät ”irrationaalien” ratkaisujen riskiä.¹⁸⁵ Voitanen kuitenkin todeta, että oikeuslähteoppi on rikoslain yleisten oppien osalta siirtynyt tai ainakin siirtymässä vaiheeseen, jossa lain esitöiden merkitys on vähenemässä ja oikeuskäytännön sekä oikeustieteen merkitys kasvamassa.¹⁸⁶ Oikeuskäytännön ollessa vakiintunutta ei sinänsä ole poikkeuksellista, että ainakin korkeimpien tuomioistuinten ratkaisut ajavat ohi lain esitöiden. Lainsäätäjät voi tuki puuttua ei-toivottuun ratkaisukäytäntöön lakia muuttamalla.¹⁸⁷

Virtasen mukaan oikeudenalan yleisten oppien näkökulmasta *periaatteiden* tärkein tehtävä on oikeusjärjestyksen systematisointi. Tässä yhteydessä hän on viitannut myös perusoikeuksien merkitykseen kaikkien oikeudenalojen sääntelyä rajoittavana tekijänä.¹⁸⁸

Perusoikeuksien suhde rikosoikeuden yleisiin oppeihin on lähtökohtaisesti ilmeisen vaikeasti hahmotettava. Lavapuron mukaan rikosoikeuden nykydoktriini ei ole kenenkään ”sijoittamaan perus- ja ihmisoikeuksien oikeuttamaa tekoa osaksi perinteisten oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden varaan rakentuvia vastuuvapauden yleisiä oppeja”. Lavapuro on viitannut korkeimman oikeuden ratkaisuihin KKO 2008:93 ja KKO 2010:41, joista hänen mukaansa ei selviä, onko sovellettu oikeuttamis- vai anteeksiantoperusteita. Toisaalta mainittuja perusteita on sovellettu ikään kuin päällekkäin.¹⁸⁹ Ensin mainitussa ratkaisussa näyttäisi jääneen auki sekin mahdollisuus, että teko ei ylipäänsä ollut tunnusmerkistön mukainen teko. Korkein oikeus totesi johtopäätöksissään (ratkaisun kohta 29), että teko ei ollut oikeudenvastainen eikä siten rangaistava. Eräänlaiseen oikeuttamisperusteeseen viittaa myös ratkaisun kohdan 6 toteamus: ”Esillä olevassa tapauksessa tulee arvioitavaksi, voidaanko B:n ympärileikkauksen taustalla olleita uskonnollisia, kulttuurisia ja sosiaalisia syitä pitää sellaisina perusteina, jotka *oikeuttavat A:n menettelyn huolimatta siitä, että se lähtökohtaisesti täyttää pahoinpitelyn tai ainakin lievän pahoinpitelyn ulkoisen tunnusmerkistön*” (kursivointi tässä). Toisaalta ratkaisun kohdan 26 mukaan ”puuttumista pojan ruumiilliseen koskemattomuuteen voidaan pitää lapsen kokonaisedun kannalta puolustettavana ja kokonaisuutena arvioiden siinä määrin vähäisenä toimenpiteenä, *ettei lapsen huoltajien menettelyä tällaisen ympärileikkauksen teettämisessä lapselle ole aihetta pitää sellaisena lapsen etua ja oikeutta loukkaavana tekona, joka olisi pahoinpitelynä rangaistava*” (kursivointi tässä).

¹⁸⁵ Ks. Jareborg 2001, s. 102.

¹⁸⁶ Ks. Virtanen 2004, s. 1071 ja Tolonen 2003, s. 6–8 sekä myös Nuotio 2004, s. 1279 ja Frände 2012, s. 56. Oikeuskäytännön merkitykseen voidaan liittää keskustelu teorian muodostuksen ja soveltamisen suhteesta. Ks. tästä Nuotio 2004, s. 1283–1285. Ks. myös Tuori 2000, s. 189.

¹⁸⁷ Jareborg 2001, s. 114. Vrt. Husa 2003, s. 12, jonka mukaan ainakaan perusoikeussäännöksiin nojautuvien tulkintojen oikaiseminen lainsäädäntötoimin ei ole kovinkaan yksinkertaista ja saattaa edellyttää jopa vaikeutetun lainsäätämisen käytäntöä.

¹⁸⁸ Virtanen 2004, s. 1055.

¹⁸⁹ Lavapuro 2010b, s. 121 av. 221.

Toisaalta Virtanen on tuorilaisittain todennut oikeudenalan yleisten oppien keskeiseksi tehtäväksi *oikeusperiaatteiden systematisoinnin*.¹⁹⁰ Virtasen hieman kehäpäättelmään viittaavat näkemykset selkeytyvät mielestäni seuraavassa Kimmo Nuotion tekstissä:

”Jos yleisiin oppeihin kuuluvat oikeuden ja oikeudenalojen peruskäsitteet koskettavat osaltaan oikeudellisen ilmiökentän jäsentämistä, yleiset oikeusperiaatteet puolestaan ilmentävät niitä normatiivisia lähtökohtia, joiden varassa jo oikeudellisiksi ongelmiksi jäsennettyjä oikeudellisia tulkintakysymyksiä voidaan ratkoa.”¹⁹¹

Yleisten oppien tutkimuksessa systeemyhteyksiä tulee siis pyrkiä rakentamaan periaatteiden varaan, mutta toisaalta yleisten oppien tutkimuksen – lainopin – tulee myös pyrkiä periaatteiden sisällön erittelyyn ja niiden systematisointiin erityisesti suhteessa muihin periaatteisiin. Tässä yhteydessä voidaan palauttaa mieliin Juha Karhun näkemykset, joita on sivuttu jo edellä tutkimukseni sivulla 79:¹⁹²

”Oikeusperiaatteiden ryvästymien satunnaisuutta ja väljyyttä, ja siitä seuraavaa ennakkoimattomien ja oikeusvarmuutta heikentävien ratkaisujen vaaraa, puolestaan hallinnoidaan syvärakenteesta tulevien perus- ja ihmisoikeuksien systeemivaikutuksella. Oikeusnormistojen, mukaan lukien oikeusperiaatteet, perusoikeusmyönteinen systematisointi puolestaan auttaa ylläpitämään oikeusjärjestyksen sisällöllistä koherenssia.”

Lainopin tehtävä ei kuitenkaan tyhjenny tähän, vaan lainopin luodessa koherenssia ja systematisoidessa oikeutta sen tehtäviin kuuluu myös esittää näkemyksiä yleisten oikeusperiaatteiden *prima facie* -etusijajärjestyksestä.¹⁹³ Tutkimuksen jatkoa silmällä pitäen voidaan tässä yhteydessä viitata Siltalaan, jonka mukaan perusoikeuksia tukevilla oikeusperiaatteilla on ”vähintäänkin rajoitettu systeeminen etusija” suhteessa muunlaisiin oikeusperiaatteisiin. Tämä etusija perustuu Siltalan mukaan poikkeuksellisen vahvaan institutionaaliseen tukeen, jota perus- ja ihmisoikeuksia ilmentävät oikeusperiaatteet saavat muun muassa perustuslain säännöksistä, ihmisoikeussopimusten määräyksistä, EIT:n ratkaisukäytännöstä, muusta kansallisesta lainsäädännöstä sekä ”erilaisista, riittävän yhtenäisistä ja vakiintuneista institutionaalisista ja yhteisöllisistä käytännöistä, joilla katsotaan olevan oikeudellista merkitystä”.¹⁹⁴ Esitykset *prima facie* -etusijajärjestyksestä

¹⁹⁰ Virtanen 2004, s. 1055. Ks. myös Tuori 2000, s. 198.

¹⁹¹ Nuotio 2004, s. 1276.

¹⁹² Karhu 2003, s. 805.

¹⁹³ Ks. Tuori 2007, s. 152–153.

¹⁹⁴ Siltala 2004, s. 593–596.

tulevat alexylaisessa katsannossa arvioitavaksi oikeuden kolmannella eli argumentaation tasolla.

Yleisten oppien tehtäväkuvan täydentämiseksi katson perustelluksi siteerata Kimmo Nuotion tekstiä vuodelta 2004:¹⁹⁵

”On kiinnostavaa panna merkkeille, että yleisten oppien oikeuslähteopillisen aseman muutokset ovat osaltaan syynä sanottuun koherenssin (MT: rikosoikeuden koherenssi fragmentaation vastakohtana) vaarantumiseen. Yleisten oppien vahventuva asema virallisissa oikeuslähteissä altistaa ne positivoitumisen mukanaan tuomalle ’pinnallistumiselle’. Kansainvälinen lainsäädäntöyhteistyö tuottaa vastaavia vaikutuksia. Kyse ei sen vuoksi olekaan yleisten oppien rakentumisesta yhä ’syvemmälle’ oikeusjärjestyksessä, vaan tämän ’syventymisen’ myötä yleisten oppien koherenssi tulee myös entistä ilmeisemmin uhatuksi.

Yhtenä vastauksena sanottuun ongelmaan voisi esittää, että lainopin harjoittajien tulisikin seurata Fletcherin ohjetta ja kiinnittää entistä enemmän huomiota järjestelmien yleisiin piirteisiin ja periaatteisiin, nousta virallisten oikeuslähteiden ’yläpuolelle’. Lainopin tutkimuksessa voi siten ilmetä tarvetta nostaa tarkastelun yleisyystasoa, jotta järjestelmän yleiset piirteet ja lähtökohdat saadaan kuvatuksi. Samaa tarkoittaen *Mark van Hoecke* on maininnut siitä, että itse asiassa oikeusvertailussakin lupaavimmat kysymyksenasettelut koskevat juuri järjestelmien sellaisten yleisten piirteiden vertaamista, jotka ovat luonteeltaan teoreettis-ideologisia ja joilla on ehkäpä heikoin kytkentä positivoituneisiin virallislähteisiin.

Yleisten oppien oikeuslähteopillisen aseman vahvistuminen voi näin ollen merkitä, hiukan paradoksaalisestikin, sitä, että yleiset opit eivät voi enää ottaa lähtökohtaansa yksinomaan positiivisesta oikeudesta, vaan ne asettuvat tarvittaessa myös vastaakohtaan positiivisen oikeuden kanssa. Tutkijoille tämä merkitsisi sitä, että yleisistä opeista kirjoitettaessa tulisi kiinnittää erityistä huomiota niihin tehtäviin, joita yleisillä opeilla on, ja tulisi välttää liian teknistä ja muodollis-juridista näiden aiheiden käsittelytapaa.”

Tällä tavoin ymmärrettynä yleiset opit voisivat toimia positiivisen oikeuden kritiikin välineenä ja muutoksen katalysaattorina.¹⁹⁶ Tuorin modernin oikeuden tasojen välisiin suhteisiin sovellettuna kyse on kritiikkisuhteesta ja erityisesti normatiivisesta kritiikistä, jossa olemassa olevaa asiantilaa arvioidaan käyttämällä hyväksi ”nimenomaista tai vähintäänkin implisiittistä normatiivista mittapuuta”.¹⁹⁷ Ymmärrän, että kyse on siitä, että aarniolaisittain todettuna perussysteemiä ei pyritäkään korvaamaan identtisellä rinnakaissysteemillä, vaan *ei-identtisellä* rinnakaissysteemillä. Tällaista ajattelua on peräänkuuluttanut ainakin Siltala. Lähestymistapa sallii myös oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisus-

¹⁹⁵ Nuotio 2004, s. 1291.

¹⁹⁶ Nuotio 2004, s. 1291.

¹⁹⁷ Tuori 2000, s. 325. Yleisten oppien osalta oikeuskulttuurin ja oikeuden pintatasolle on ominaista myös sedimentaatiohuhde ja sen vastinparina yleisten oppien konstituutio- ja rajoitusvaikutukset oikeuden pintatasolla. Ks. tästä Tuori 2000, s. 311.

tandardien paremman huomioon ottamisen.¹⁹⁸ Näin ymmärrettynä yleiset opit toteuttavat systematisoivaa, *koherenssia luovaa* tehtäväänsä. Yleiset opit toteuttavat tutkimuksessani myös sekä heuristista *ongelmien paikantamista* tukevaa tehtäväänsä että laajemminkin *argumentatiivis-normatiivista tehtäväänsä* konkreettisen tapauksen ratkaisemisessa.¹⁹⁹

Näyttäisi siltä, että Nuotion ja Siltalan ajatukset ovat varsin lähellä niitä näkemys- ja joita saksalainen rikosoikeustieteilijä Claus Roxin esitti jo 1980-luvulla. Roxin peräänkuulutti sellaista käsitteiden määrittelyä ja systeeminmuodostusta, joka perustuu *kriminaalipoliittiseen* harkintaan. Käytännössä tämä tarkoittaa muun muassa sitä, että yleis- ja erityispreventiiviset näkökohdat tulevat huomioon otettavaksi myös rangaistusta määrättäessä.²⁰⁰ Roxin on arvioinut, että mainitut näkökohdat yhdistyvät läheisesti myös Raimo Lahden määrittämiin kriminaalipoliittisiin tavoitteisiin (tarkoituksenmukaisuus, oikeudenmukaisuus ja humanisuus), joista erityisesti humanisuuteen voidaan kytkeä ajatus armeliaisuudesta ja anteeksiannosta. Mainituilla perusteilla rangaistus voidaan jättää tuomitsematta tai rangaista lievemmin, jos se ei ole preventiivisistä syistä perusteltua.²⁰¹

2.2 YLEISTÄ RIKOKSEN RAKENTEESTA – KAKSI VAI KOLME OSAA?

Perinteisesti ja yleisimmin hyödynnetyssä kolmiosaisessa rikoksen rakennemallisessa rikoksen rakenteen objektiiviseen puoleen kuuluvat tunnusmerkistön mukaisuus ja oikeudenvastaisuus. Subjektiivisen puolen muodostaa tekijän syyllisyys.²⁰² Pekka Koskisen mukaan rajanveto tunnusmerkistön mukaisuuden ja oikeudenvastaisuuden välillä on yksinkertaisuudessaan siinä, että ”tunnusmerkistö

¹⁹⁸ Ks. Aarnio 1989a, s. 288–298 ja Siltala 2004, s. 476. Käsitteisiin sitoutuneen systematiikan osittaisen korvautumisen periaatesidonnaisella argumentaatiolla ja lainkäyttäjän aseman korostumisen lainsäätäjän aseman kustannuksella havaitsi Nuutila jo vuonna 1996. Painopisteen siirtyminen oli johtanut ”subsumptiologisen argumentaatiomallin korvautumiseen laillisuusperiaatteen puitteissa käytettävillä tavoite-, arvo- ja tarverationaalisilla malleilla vastuuvapausperusteista”. Ks. tästä Nuutila 1996a, s. 27.

¹⁹⁹ Tuori 2003b, s. 92–95 ja 98–102.

²⁰⁰ Roxin 1989, s. 327–328.

²⁰¹ Roxin 1989, s. 329.

²⁰² Koskinen 2009, s. 161. Ks. myös Koskinen 2004, s. 516–517 ja Frände 2012, s. 8–10. Ks. myös Jareborg 2011, s. 33 ja 38–39. Jareborg käyttää oikeudenvastaisuudesta ja syyllisyydestä myös käsitteitä ”*otilllätan gärning*” ja ”*personligt ansvar*”. *Common law* -kirjallisuudesta ks. Ashworth 2009, s. 113–114. Ashworth on erotellut ”*right conduct*”- ja ”*justified conduct*” -käsitteet, minkä lisäksi hän on erottanut viimeksi mainitusta myös ”*excuse*”-käsitteen alle kuuluvat perusteet.

osoittaa, millainen menettely on yleisesti ottaen kiellettyä. Erillisen oikeudenvastaisuustarkastelun merkitys on siinä, että joissain tilanteissa (oikeuttamisperusteet) menettely, joka yleensä on kiellettyä, poikkeuksellisesti onkin suoraan sallittua.”²⁰³ Syyllisyyteen on yleisten oppien uudistuksen jälkeen katsottu kuuluvan syyntakeisuuden ja syyksiluettavuuden lisäksi myös anteeksiantoperusteet, joita ovat kieltoerehdys, hätävarjelun ja voimakeinojen käytön liioittelu, pakkotilan liioittelu ja joissakin tapauksissa esimiehen käsky. Nykykäsityksen mukaan kieltoerehdyksessä ei siis ole kyse tahallisuuden, vaan ”tahallisuuden ulkopuolisen syyllisyyselementin” eli moitittavuuden puuttumisesta.²⁰⁴ Niin kauan kuin yksikin rikoksen rakenneosaa ei toteudu, kyseessä ei ole rikos. Esimerkiksi oikeuttamisperusteen vaikuttaessa tehty teko ei ole rikos.²⁰⁵

Kolmiosaisessa rikoksen rakennemallissa kaikille rikoksen rakenteen tasoille eli tunnusmerkistönmukaisuuden, oikeusvastaisuuden ja syyllisyyden tasoille sisältyy sekä *vastuuta perustavia* että *vastuusta vapauttavia* sääntöjä.²⁰⁶

Muutaman vuoden takaisessa rikosoikeuden yleisen osan teoksessaan Tapani ja Tolvanen ovat aiemmasta kolmijaosta poiketen jakaneet rikoksen rakenteen kahteen osaan, nimenomaan vastuun perustaviin ja vastuusta vapauttaviin seikkoihin. Vastuun perustaviin seikkoihin kirjoittajat sijoittavat tunnusmerkistönmukaisuuden lisäksi tahallisuuden ja tuottamuksen. Tunnusmerkistönmukaisuuden piiriin on Tapanin ja Tolvasen ajattelussa koottu kaikki rikosvastuun positiiviset edellytykset (objektiiviset ja subjektiiviset) ja teon ollessa tunnusmerkistönmukainen on käsillä vahva presumptio rikoksen täyttymisestä. Ja jos tämän jälkeen todetaan, että vastuusta vapauttavia seikkoja ei ole käsillä, kyseessä on rikos. Kirjoittajat ovat teoksessaan luopuneet oikeudenvastaisuuden käsitteestä, vaikka käyttävätkin oikeuttamisperuste-termiä, joka tosin käsittää vain pakkotilan ja hätävarjelun. Oikeudenvastaisuus ei siis tule erikseen arvioitavaksi, vaan tunnusmerkistönmukaisuuden toteamisen jälkeen arvioidaan, onko käsillä vastuusta vapauttavia seikkoja. Kirjoittajat ovat pitäneet voimankäyttöoikeuden sijoittamista systemaattisesti ongelmallisena ja päätyneet tältä osin – ja myös jokamiehen kiinniotto-oikeuden ja itseavun osalta – eräänlaiseen poikkeusratkaisuun. Voimankäyttöoikeus on vastuuvapausperuste, mutta ei oikeuttamisperuste.²⁰⁷ Tukea Tapanin ja Tolvasen ajattelulle on löydettävissä myös rikoslain yleisen osan hallituksen esityksestä, jossa on todettu, että ”[l]akiteknisesti rikoksen rakenteen kolmijakoa tärkeämpi onkin erottelu vastuun edellytysten ja vastuuva-

²⁰³ Koskinen 2004, s. 518. Ks. myös Waaben 2011, s. 64, jonka mukaan Tanskassa edellytetään tiukan tunnusmerkistönmukaisuuden sijasta, että ”*handlingen skal svare til lovens gerningstype*”.

²⁰⁴ Koskinen 2004, s. 517 ja 519–520.

²⁰⁵ HE 44/2002 vp, s. 9.

²⁰⁶ HE 44/2002 vp, s. 9.

²⁰⁷ Tapani – Tolvanen 2008, s. 1–3 ja 310.

pausperusteitten välillä”. Tällaisen kahtiajaon varaan rakentuu myös rikoslain lukujaotus.²⁰⁸

Tuottamuksen ja erityisesti tahallisuuden sijoittamista tunnusmerkistönmuokaisuuden yhteyteen Tapani ja Tolvanen perustelevat muun muassa sillä, että vaikka tunnusmerkistöjen sanamuodot eivät tyypillisesti sisällä tahallisuuden vaatimusta, sisältyy vaatimus tunnusmerkistöihin ”implisiittisenä oletuksena”. Ratkaisua voidaan perustella myös prosessuaalisilla seikoilla. Tahallisuuden sijoittuminen tunnusmerkistönmuokaisuuteen ei kuitenkaan vaikuta tahallisuuden sisältöön.²⁰⁹ Tapani ja Tolvanen ovat irtisanoutuneet myös teon huolimattomuus-opista. Sen lisäksi, että ko. oppi heidän mukaansa monimutkaistaa erityisesti käytännön ratkaisutoiminnan näkökulmasta rikoksen rakennetta tarpeettomasti, on opin soveltaminen tahallisiin rikoksiin huomattavan haasteellista.²¹⁰

Nuutila on pitänyt perinteisen kolmeosaisen rikoksen rakenteen vahvuutena sitä, että ”se osoittaa eri elementtien kriminaalipoliittisen arvosteluperustan”. Tunnusmerkistönmuokaisuus ja oikeudenvastaisuus arvioidaan teon sosiaalisen vahingollisuuden perusteella, kun taas syyllisyyttä arvioidaan tekijän tahdonmuodostuksen moitittavuuden ja häneen kohtuudella kohdistettavien odotusten perusteella.²¹¹ Toisaalta voidaan perustellusti katsoa, että tunnusmerkistönmuokaisuuden ja oikeudenvastaisuuden merkittävin ero on oikeuttamisperusteen negatiivinen eli vastuun poistavan poikkeuslausekkeen luonne. Eron on katsottu kuitenkin olevan lähinnä lainsäädäntötekkinen ja historiallisiin syihin palautuva.²¹² Toisaalta tunnusmerkistönmuokaisuudella ja oikeuttamisperusteilla on myös *kriminaalipoliittisena pidettäviä eroavaisuuksia*. Tunnusmerkistöt pitävät sisällään yleisen rikosoikeudellisen kiellon, kun taas oikeuttamisperusteissa on kyse konkreettisissa tapauksissa määrittyvästä teon oikeutuksesta, joka saattaa kytkeytyä myös muiden oikeudenalojen oikeuttamisperusteisiin ja ”erilaisiin sosiaalisiin järjestysperiaatteisiin”.²¹³ Rikoksen jakamiseen kolmeen osaan voidaan

²⁰⁸ HE 44/2002 vp, s. 9. Tällaista kaksiosaista vastuun edellytysten ja vastuuvapausperusteiden erotteluun perustuvaa rakennemallia puoltaa myös Vihriälä 2012, s. 183–185. Ks. myös Fränden (Frände 2012, s. 8) huomiot yleisten oppien uudistusta koskeneessa hallituksen esityksessä HE 44/2002 vp esitetyistä rikoksen rakenteeseen liittyvistä näkökohdista.

²⁰⁹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 2–3. Ks. myös Tapani 2004, s. 11.

²¹⁰ Tapani – Tolvanen 2008, s. 4.

²¹¹ Nuutila 1997a, s. 81 ja 84.

²¹² Nuutila 1997a, s. 84–85. Ks. myös Lohse 2012, s. 179. Lohse on puoltanut teon huolimattomuuden käsitteen hyödyntämistä ja katsonut ko. opin piiriin kuuluvien kysymysten tulevan joka tapauksessa ratkaistaviksi oikeuttamisperusteiden tai tahallisuuden yhteydessä. Hän onkin todennut teon huolimattomuuden olevan vastuusuodatin, jonka ”puuttumisesta johtuva systemaattisuusvaje tulee kompensoitavaksi vasta objektiivista tunnusmerkistönmuokaisuutta seuraavissa vastuukategorioissa”.

²¹³ Nuutila 1997a, s. 85. Ks. myös Honkasalo 1965, s. 19. Honkasalon mukaan oikeudenvastaisuutta arvioidaan nimenomaan yhteiskunnan kannalta. Kyse on siitä, onko ”teko soveltuvainen

liittää Nuutilan mukaan myös *moraalinen viesti*: ”Mitä varhaisemmassa vaiheessa vastuusta vapautuminen todetaan, sitä ’ehdottomampaa’ se on.” On eri asia todeta, että henkilö ei tehnyt mitään kiellettyä, kuin todeta, että teko oli niissä konkreettisissa olosuhteissa oikeutettu tai että teko oli kyllä lainvastainen, mutta ei tahallinen.²¹⁴ Arvioitaessa poliisitoiminnan tunnusmerkistön mukaisuutta, oikeudenvastaisuutta ja anteeksiannettavuutta joudummekin arvioimaan, kuinka ehdottomana haluamme vastuuvapautta pitää ja miten ”aikaisessa” vaiheessa vastuuvapaus tulee todeta. On eri asia katsoa, että teko ei ole objektiivisesti arvioiden kiellettyä, kuin todeta, että teko on yksittäistapauksessa subjektiivisin perustein anteeksiannettavissa.²¹⁵

Vihriälä on kehittänyt väitöskirjassaan rikoksen rakennemallin, jonka esitän seuraavassa hieman yksinkertaistettuna:²¹⁶

A. Tunnusmerkistön mukaisuus

1. Teko ja seuraus – tahallisuus sisältyy tunnusmerkistöön

B. Vastuuvapausperusteet

B.I. Oikeuttamisperusteet

1. Tunnusmerkistöerehdys

2. a) Hätävarjelu, pakkotila tai voimakeinojen käyttö

2. b) Edellisiä koskeva erehdys

B.II Anteeksiantoperusteet

1. a) anteeksiannettava hätävarjelen tai voimakeinojen käytön liioittelu tai anteeksiannettava pakkotila

1. b) kieltoerehdys

1. c) tekijä alle 15-vuotias tai syyn takeeton.

Ottamatta sen enempää kantaa kaksi- tai kolmiosaisen rikoksen rakennemallin puolesta pidän tärkeänä, että teon huolimattomuus tai ainakin kielletty riski teon huolimattomuutta suppeammin ymmärrettynä mielletään jatkossakin rikoksen rakenteen osaksi sekä tahallisten että tuottamuksellisten tekojen osalta.²¹⁷ Vali-

inhimillisen yhteiselmän vaatimuksiin”. Oikeuttamisperusteiden on todettu myös olevan ”sosiaalisen konfliktin ratkaisemisen välineitä”. Ks. tästä Matikkala 2005, s. 577.

²¹⁴ Nuutila 1997a, s. 86. Ks. myös Duff 2007, s. 212–214. Duff on päättänyt pitämään perusteltuna itsepuolustuksen katsomista nimenomaan oikeutuksena (*defence*), koska hyökkääjän oikeudetkaan eivät menetä merkitystä sen johdosta, että hän on ryhtynyt rikolliseen menettelyyn. Vammoja saaneella hyökkääjällä on oikeus vaatimuksiin (*claim*) puolustautujaa kohtaan, joka toki voi torjua nämä vaatimukset vetoamalla menestyksellä oikeutukseen (*defence*). Tällainen filosofinen lähestymistapa näyttäisi vaikuttavan myös rikosprosessuaalisiin todistustaakkoihin.

²¹⁵ Nuutila 1996a, s. 26 ja 184. Ks. myös Vihriälä 2012, s. 191–192, jonka mukaan korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2004:16 noudattelee Nuutilan mallia, kun taas ratkaisussa KKO 1997:84 tahallisuuteen otettiin kantaa ennen kuin ratkaistiin, onko kyse ollut oikeutetusta hätävarjelusta.

²¹⁶ Vihriälä 2012, s. 193.

²¹⁷ Käytännön lainsoveltamistyössä kysymys teon huolimattomuudesta voidaan useimmiten sivuuttaa – aivan kuten oikeuttamisperusteetkin.

tusta rakennemallista riippumatta pidän tärkeänä, että teon kielletty luonne tulee arvioitavaksi ennen kuin siirrytään arvioimaan syyllisyysaspektia.²¹⁸ Perustelut näkemyksilleni toivottavasti selviävät tutkimuksen myöhemmistä jaksoista. Kiteyttäen pyrin tutkimuksessani vastaamaan haasteeseen, jonka rikoslainoppi Nuotion mukaan kohtaa, jos sallittu voimakeinojen käyttö ”sulkee jo alun alkaen pois esimerkiksi pahoinpitelyä koskevan säännöksen soveltamisen” eikä ainoastaan toimi erillisenä oikeuttamisperusteena. Hänenkin mukaansa tämän jo rikos-tunnusmerkistön tasolla tapahtuvan vastuun poissulkemisen perusteluja voidaan löytää esimerkiksi teon huolimattomuutta koskevasta opista.²¹⁹

2.3 TUNNUSMERKISTÖNMUKAISUUS

2.3.1 Yleistä teosta, teon huolimattomuudesta ja tunnusmerkistönmukaisuudesta

Honkasalo ja Ellilä ovat todenneet *teon* olevan tietoinen inhimillinen teko tai laiminlyönti. Käsitteenä teko voidaan lähtökohtaisesti erottaa tekoon syy-yhteydessä olevasta seurauksesta.²²⁰ Ollakseen rikos teon tulee olla ihmisen tahdonvaltainen teko eikä esimerkiksi puhdas refleksiliike ole teko.²²¹ Teon käsitteen ulkopuolelle on suljettu luonnonilmiöiden ja refleksiliikkeiden lisäksi myös muita kontrolloimattomia kehonliikkeitä, kuten ulkoisen väkivallan aikaansaamat ruumiinliikkeet sekä unissakävelyn, epileptisen kohtauksen ja diabeetikon hypoglykemian aikana tehdyt teot.²²²

Rikosoikeudellisen arvioinnin kohteeksi muotoutuvan teon määrittämisessä pidän teon ajallista rajaamista – ”*time framing*’ia” – tärkeämpänä kuin teon käsitettä.²²³ Tapahtunutta oikeudellisesti arvioitaessa relevantteja osia tosiseikastosta ei saa rajata ulkopuolelle, vaan teonkuvaus on rakennettava ”tosiasiallisen teon ehdoilla”, eikä luonnollista tekoa tule ainoastaan muotoilla normatiivisen kielen asuun.²²⁴ Tarkasteltavan aikaikkunan laajentamisen myötä refleksiin

²¹⁸ Jareborg 2001, s. 33.

²¹⁹ Nuotio 2003, s. 255–256.

²²⁰ Honkasalo – Ellilä 1966, s. 5 ja 30–31. Teon laajemmassa merkityksessä käsitteen voidaan katsoa kattavan myös seurauksen. Erottelun historiasta ks. Utriainen, 1984 s. 46–47.

²²¹ Koskinen 2009, s. 161–162. Ks. myös Jareborg 2001, s. 35.

²²² Tapani – Tolvanen 2008, s. 164. Teon käsitteestä ks. myös Honkasalo 1965, s. 103–140 ja Frände 2012, s. 69–71.

²²³ Nuotio – Majanen 2003, s. 38. Esimerkiksi ylinopeuden moitittavuutta voidaan arvioida piste-mäisesti ja laajempänä kokonaisuutena – ikään kuin pidempään jatkuneena rikoksena.

²²⁴ Nuutila 1996a, s. 148. Ks. myös Nuutila, 1996a s. 157, jossa kirjoittaja kuvaa oikeusnormien ja tosiseikkojen välistä suhdetta hermeneuttiseksi kehäksi, jossa kokonaisuus ja sen osat ymmärre-

perustuva, tiedottomassa tilassa toimiminen tai muu kontrolloimaton käyttäytyminen taikka ylivoimaisen pakon edessä toimiminen saattaa olla perusteltua tuoda rangaistusvastuun piiriin. Nuutila on maininnut esimerkkinä muun muassa sen, jos epileptikko jatkaa ajamistaan, vaikka huomaa epilepsiakohtauksen olevan lähestymässä ja sen seurauksena törmää väkijoukkoon.²²⁵ Aikaikkunan laajentaminen voi vaikuttaa myös ns. epävarsinaisista laiminlyöntirikoksista lannettavaan vastuuseen. Esimerkkinä on mainittu tilanne, jossa uimataidoton isä vie lapsensa uimaan eikä sitten puuttuvan kykynsä vuoksi pysty pelastamaan lastaan hädästä.²²⁶

Poliisin voimankäytön kontekstissa aikaikkunan laajentaminen voi tapauksesta riippuen tarkoittaa sitä, että voimankäyttöpäätöksen ja konkreettisen voimankäytön lisäksi huomioon otetaan yhtäältä poliisin toimet ennen kontaktia kohdehenkilön kanssa ja toisaalta voimankäyttöä välittömästi edeltävät toimet poliisimiehen jo saatua kontaktin kohdehenkilöön. Ensimmäisen osalta arvioitavaksi tulevat kohteen lähestymiseen, suojautumiseen ja tiedon hankintaan liittyvät taktiset valinnat sekä tapa, miten poliisi on tunnistanut uhkan ja uhkan vakavuuden. Toisessa vaiheessa tulevat arvioitavaksi poliisimiehen toimet ja reaktiot hänen ollessaan kohdehenkilön kanssa vuorovaikutuksessa. Esimerkiksi onnistunut kommunikaatio voi vähentää tarvetta voimankäyttöön, kun taas väärät taktiset valinnat voivat johtaa siihen lopputulemaan, että voimankäyttö sinällään on oikeutettua, mutta voimankäyttö olisi ollut vältettävissä. Toisaalta on otettava huomioon, että useissa tapauksissa ensimmäinen ja toinen vaihe ohitetaan silmänräpäyksessä ja poliisimies päätyy suoraan viimeiseen vaiheeseen. Edelleen on huomattava, että vaikka kaikki kolme vaihetta tulee ottaa huomioon poliisitoiminnan ohjeistuksessa ja koulutuksessa, tulee niiden merkitys rikosoikeudellisessa arvioinnissa arvioitavaksi tapauskohtaisesti.²²⁷

Teon objektiivinen huolimattomuus on katsottu perustelluksi erottaa rikosoikeudellisen arvioinnin viimeisestä – syyllisyyttä koskevasta – arvioinnista osaksi tunnusmerkistönmukaisuutta. Kuten Koskinen on huomauttanut, ei ole perusteltua katsoa kuolemantuottamuksen tunnusmerkistönmukaisuuden toteutuvan sillä, että joku on kuollut ja jonkun toisen toiminta on siihen kausaaliyhteydessä. Teon objektiivinen huolimattomuus kuuluu siis olennaisena osana tunnusmer-

tään toistensa kautta. Ks. myös Frände 2012, s. 192 aikaikkunan avartamisen suhteesta RL 3 luvun 7 §:n 1 momentin sanamuotoon.

²²⁵ Nuutila 1997a, s. 93.

²²⁶ Nuutila 1997a, s. 94.

²²⁷ Alpert – Smith 1994, s. 489–492.

kistönmukaisuuteen.²²⁸ Objektiiivisesta huolimattomuudesta säädetään RL 3 luvun 7 § 1 momentin alkuosassa:

”Tekijän menettely on huolimaton, jos hän rikkoo olosuhteiden edellyttämää ja häneltä vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta.”

Henkilön on siis rikottava huolellisuusvelvoitetta, jotta hänen rankaisemisensa voi tulla kyseeseen.²²⁹ Huolellisuusvelvoitteen rikkomiseen liittyy jo käsitteellisesti ajatus siitä, että on olemassa joku huolellisen menettelyn standardi, johon rikolliseksi epäiltyä menettelyä verrataan. Kuten tulemme huomaamaan, nämä huolellisuusstandardit voivat olla eri tavalla auktoritatiivisia ja mitä auktoritatiivisempi standardi on, sitä painampi merkitys sillä on. Erityisen auktoritatiivisia standardeja ovat oikeussäännöt ja näiden – tai muiden vahvasti auktoritatiivisten standardien – mukaan meneteltäessä kyseessä ei lähtökohtaisesti voi olla rikosoikeudellisesti huolimaton menettely.²³⁰ Teon huolimattomuus ei kuitenkaan tyhjene kysymykseen huolellisen menettelyn standardien rikkomisesta, vaan se kiitetty kokonaisuudessaan Nuutilan mukaan kysymyksiin:

- 1) onko tekijä aiheuttanut oikeudellisesti relevantin vaaran
- 2) onko vaara realisoitunut tunnusmerkistönmukaisessa seurauksessa
- 3) ulottuuko tunnusmerkistö konkreettiseen vahinkoseuraukseen.

Näistä ensimmäisessä on kyse juuri huolellisuusvelvoitteen rikkomisesta, jonka ymmärrän tarkoittavan samaa kuin kielletty riski sallitun riskin kääntöpuolena. Vaatimus oikeudellisesti relevantista *kielletystä riskistä* koskee lähtökohtaisesti kaikkia rikoksia.²³¹

²²⁸ Koskinen 2004, s. 518. Todettakoon, että tuottamuksen objektiivisen ja subjektiivisen puolen analyysi oli esimerkiksi jo Honkasalolla varsin perusteellisesti eriteltyä. Hänen yleisten oppien oppikirjastaan voidaan poimia näkemykset, joiden mukaan huolimattomuuden objektiivista puolta määrittävät ”elävän elämän lait”, kun taas subjektiivisen puolen johtoajatus on, että henkilön ”tulee täyttää leiviskänsä sosiaalieettisen ihmisen tavoin”. Ks. Honkasalo 1967, s. 120–124.

²²⁹ HE 44/2002 vp, s. 96. Vanhemmasta oikeuskirjallisuudesta ks. Honkasalo – Ellilä 1966, s. 75–77. Kirjoittajat ovat arvioineet sekä tuottamuksen objektiivista että subjektiivista puolta. Merkittävää painoa teon huolimattomuuden käsitteelle antaa myös Jareborg 2001, erit s. 203–236. Sivulla 204 Jareborg on todennut, että ”[c]ulpabegreppet är straffrättsdogmatikens mest centrala begrepp”. Latinankielinen termi *culpa* viittaa tuottamukseen.

²³⁰ Matikkala 2010a, s. 190–191.

²³¹ Nuutila 1996a, s. 275–276. Lappi-Seppälä muotoili jo ennen Nuutilaa objektiivisen tuottamuksen kannalta relevantit kysymykset muotoon: 1) ”millaisen käyttäytymisen kautta riski seurausten syntymiseksi on saatu aikaan” ja 2) ”onko riski sallittu vai ei?” Viimeksi mainittua voidaan Lappi-Seppälän mukaan lähestyä joko kielletyn riskinoton tai vaadittavan huolellisuusvelvoitteen rikkomisen kautta. Nämä kaksi lähestymistapaa yhdistyvät Lappi-Seppälän mukaan siinä, että vaadittavaa huolellisuusvelvoitetta noudattaneen henkilön riskinotto on sallittua eli toisin sanoen ”[o]bjektiivinen huolellisuusvelvollisuus on siten tapa ilmaista ne seikat, jotka konstituivat sallitun ris-

Sallittu riski ei rajaudu yksittäistapauksellisten, vaan yleisten kriteerien perusteella. Kyse on toisin sanoen oikeudellisesti relevantista, mutta ”yleisillä perusteilla” sallitusta riskistä.²³² Viime kädessä sallitun riskin rajat määritetään punnintaoperaatioissa, jossa esimerkiksi turvallisuusmääräysten puuttuessa huomioon otettavaksi tulevat mahdollisten seurausten vakavuus ja todennäköisyys, mahdollisuus suurempiin varotoimenpiteisiin sekä se, kuinka hyödyllistä toiminta yhteiskunnallisesti on. Tällä tavoin määritetään nimenomaan teon yleinen kielletty tai sallittu luonne eikä yleisesti kielletyn teon sallittua luonnetta yksittäistapauksessa. Toisin sanoen esimerkiksi punnintaoperaatioissa määritetyn sallitun riskin ulkopuolelle jäävä kielletty riski on tunnusmerkistön mukaisuuden positiivinen edellytys.²³³ Tässä suhteessa on helppoa yhtyä Nuotio pohdiskeleluun siitä, että miksi käyttäytymisnormin asettamisen yhteydessä ylipäättään on tarpeen puhua huolimattomuudesta. Kysehän on oikeastaan siitä, että objektiivisin termein määritetään, onko syyllistytty kiellettyyn menettelyyn.²³⁴

Kysymys sallitun ja kielletyn riskin rajapinnasta on jatkuvasti läsnä. Kuulemme päivittäin tapahtumista tai jopa osallistumme sellaisiin tapahtumiin ja käyttäytymiseen, jotka lähtökohtaisesti täyttävät rikoksen tunnusmerkistön, mutta joita ei itsestään selvästi kuitenkaan pidetä rikoksina. Perinteisinä esimerkkeinä tällaisesta toiminnasta on mainittu urheilu ja lääketieteelliset toimenpiteet.²³⁵ Jokseenkin itsestään selvänä pidetään esimerkiksi sitä, että asianmukainen, hyvän hoitotavan (*lex artis*) mukainen kuolemansairaana potilaan hoidosta luopuminen ei ole tunnusmerkistön mukainen teko, esimerkiksi henkirikos. Vastuuvapaus seuraa jo rikoksen rakenteen ensimmäisellä askelmalla. Samoin suhtaudutaan urheilun yhteydessä tapahtuneisiin tavanomaisiin pelin luonteeseen kuuluviin tekoihin, mikä pitää sisällään urheilun sääntöjen muodostaman stardardin lisäksi pelin henkeen kuuluvat sääntörikkomukset. Yleisesti ottaen sekä lääketieteelliset toimenpiteet että urheilu ovat sosiaalisesti hyödyllisiä, normaalielämään kuuluvia asioita, joita esiintyy kaikissa kulttuureissa ja joihin tyypillisesti suhtaudutaan myönteisesti.²³⁶ Lähes yhtä selvänä voidaan pitää sitä, että poliisi joutuu

kin”. Hänen mukaansa vastauksena ensimmäiseen kysymykseen riski voi syntyä toiminnan kautta, laiminlyönnin seurauksena tai toimintaan liittyvän laiminlyönnin kautta (”ryhtyessään tekoon tekijä ei ole suorittanut tarpeellisia varotoimia”). Ks. tästä Lappi-Seppälä 1987, s. 311–312.

²³² Nuutila 1996a, s. 303. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2008, s. 253–254.

²³³ Nuutila 1996b, s. 213–215 ja Tolvanen 1999, s. 254–255. Ks. myös Lappi-Seppälä 1987, s. 312.

²³⁴ Nuotio 1998a, s. 318–319. Ks. myös lähinnä huolimattomuuden törkeyttä koskeva korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2012:56, jossa korkein oikeus (ratkaisun kohdat 11–12 ja 17) näyttäisi varsin selkeästi erottaneen rikatun huolellisuusvelvoitteen tärkeyden tekijän riskinoton tietoisuudesta.

²³⁵ Koskinen 2009, s. 171. Suostumuksen merkityksestä ja objektiivisesta huolimattomuudesta urheilussa ks. Lappi-Seppälä – Ojala, s. 510 ja 529–530.

²³⁶ Matikkala 2000, s. 65, 117–119 ja 126. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2008, s. 256–257, Matikkala 2010a, s. 186–187 ja 192 sekä Frände 2012, s. 93–95. Urheilun osalta ks. myös jo Anttila

joissakin tilanteissa aiheuttamaan tahallaan kansalaiselle kipua, mutta tyypillisesti tähankään ei liitetä näkemyksiä menettelyn rikollisuudesta.

Aiemmin sallittuna riskinottona pidettiin yleisellä tasolla kiellettyä, mutta yksittäistapauksessa sallittua riskinottoa. Samansuuntaisesti myös ns. sosiaaliadekvanssia pidettiin oikeuttamisperusteen kaltaisena.²³⁷ Sosiaaliadekvanssi voi aiheuttaa teon huolimattomuuden puuttumisen, mikä puolestaan johtaa sallittuun riskiin ja tunnusmerkistön mukaisuuden puuttumiseen.²³⁸ Lappi-Seppälä on väitöskirjassaan kiinnittänyt huomiota siihen, että *rikostyyppin tasolla* sosiaaliadekvanssi tulee huomioon otettavaksi tunnusmerkistöä ja rangaistusasteikkoa vahvistettaessa. Tästä esimerkkinä voidaan mainita liikennerikokset. Sitä vastoin *konkreettisten tekojen tasolla* ilmenevä pyrkimys rikollisella teolla hyödyttää toisia tai sosiaalisesti hyväksyttäviä päämääriä tulee huomioon otettavaksi rangaistusta lievennettäessä. Esimerkkeinä hän on maininnut kansalaistotelemattomuuden sekä myötätunnon ja säälin.²³⁹ Sosiaaliadekvanssiin on liitetty myös muita vastuuvapauskriteerejä. Esimerkiksi Nuotio ja Majanen ovat maininneet urheilun sosiaaliadekvanssin perustuvan osaltaan siihen, että peliin osalliset ovat antaneet sääntöihin suostumuksen ja että kyse on eduista, joista henkilö voi itse määrätä.²⁴⁰ En tule tässä tutkimuksessa kiinnittämään erityistä huomiota sosiaaliadekvanssin merkitykseen vastuun negatiivisena edellytyksenä. Olen tältä osin siis samoilla linjoilla kuin Tolvanen, joka lähinnä liikennerikoksia koskevassa väitöskirjassaan on katsonut, että sosiaaliadekvanssilla ei ole erityistä arvoa tunnusmerkistön soveltamisalan rajaajana eikä se edes tulkintaperiaatteena tuo lisäarvoa teleologiseen tulkintaan verrattuna.²⁴¹

Kuten Melander on todennut, RL 3 luvun 7 §:lle ei välttämättä ole annettava identtistä sisältöä oikeuskirjallisuudessa kehitetyn teon huolimattomuuden opin kanssa, vaan säännös saa sisältönsä esitöiden ja oikeuskäytännön kautta. Melanderin mukaan oikeustiede onkin osin hylkäämässä aiemmin kehitettyä oppia teon huolimattomuudesta. Perusteena tälle on teon huolimattomuutta koskevan opin rikoksen rakennetta tarpeettomasti monimutkaistava vaikutus sekä epäselvä suhde tahallisiin rikoksiin.²⁴² Todetusta huolimatta tukeudun seuraavassa lähinnä viimeisten kahdenkymmenen vuoden aikana oikeuskirjallisuudessa esitettyihin näkemyksiin teon huolimattomuuden ulottuvuuksista. Tällä tavoin pystyn us-

1946, s. 147–149, joka on todennut urheilun olevan ”yhteiskunnan intressien mukainen toimintamuoto”, minkä voitaneen katsoa viittaavan sosiaalisesti adekvanttiin toimintaan. Ulkomaisesta kirjallisuudesta ks. Jareborg (Jareborg 2001, s. 223–225), joka on käsitellyt myös organisoimattomassa urheilussa tapahtuvien riskien roolia.

²³⁷ Nuotila 1997a, s. 141–142. Ks. myös Nuotio 1998a, s. 56.

²³⁸ Nuotio 1998a, s. 325.

²³⁹ Lappi-Seppälä 1987, s. 393–398.

²⁴⁰ Nuotio – Majanen 2003, s. 76. Kuten kirjoittajat ovat todenneet, muotoilu siirtää loukatun suostumus -opin oikeuttamisperusteista tunnusmerkistön mukaisuuteen.

²⁴¹ Tolvanen 1999, s. 255–257.

²⁴² Melander 2010a, s. 114–115.

koakseni paremmin systematisoimaan poliisin voimankäytön oikeudellista kokonaiskuva. Toisaalta pyrin esittämään näkökohtani sillä tavoin neutraalisti, että niitä voidaan haluttaessa hyödyntää sekä kaksi- että kolmeosaista mallia sovellettaessa.

Tunnusmerkistön mukaisuus, joka eroaa käsitteellisesti teon huolimattomuuden käsitteestä ja myös tunnusmerkistön käsitteestä, on erittäin vaikeasti määriteltävissä. Hallituksen esityksen 44/2002 vp mukaan ”tunnusmerkistö viittaa niihin lakiin kirjattuihin edellytyksiin, joiden tulee olla täytetty, jotta käsillä olisi rikos”. Rikoslain erityisestä osasta ilmenevistä erityisistä tunnusmerkistöistä voidaan erottaa myös yleinen tunnusmerkistö, jolla viitataan yleisiin kaikkia rikoksia koskeviin sääntöihin ja edellytyksiin. Esimerkkeinä on mainittu vaatimukset syy-yhteydestä ja syyllisyydestä.²⁴³

Toisaalta, kuten Tapani ja Tolvanen ovat todenneet, kielletyn teon lisäksi tunnusmerkistö saattaa pitää sisällään muitakin elementtejä kuin käyttäytymisen kuvauksen. Esimerkkinä kirjoittajat ovat maininneet velallisen petos -kriminalisoinnin (RL 39 luvun 2 §), joka kuvaa olosuhteen (konkurssi- ja ulosottomenettely), jonka vallitessa teko on rangaistava.²⁴⁴ Toisaalta Majanen totesi jo väitöskirjassaan vuonna 1979, että havainto vääryystunnusmerkistöön kuuluvista *normatiivista ja subjektiivisista tunnusmerkistötekijöistä* oli järkyttänyt aiemmin vallinnutta erottelua rikoksen objektiivisen ja subjektiivisen puolen välillä.²⁴⁵

Anttilan ja Heinosen mukaan rikostunnusmerkistön tulkintaan vaikuttaa sekin, että rikoslain erityisen osan tunnusmerkistön soveltaminen tekoon riippuu myös rikoslain yleisistä säännöksistä, kuten hätävarjelusta ja pakkotilasta.²⁴⁶ Lähinnä kyse on kuitenkin rangaistavan menettelyn rajojen ennakoitavuudesta, koska oikeuttamisperusteet eivät sinällään vaikuta tunnusmerkistön mukaisuuteen.

Tunnusmerkistön mukaisuuden voidaan todeta toimivan eräänlaisena yläkäsitteenä, jonka alle sijoittuu teon objektiivisen huolimattomuuden vaatimus, minkä osatekijöitä puolestaan ovat kielletty riski, kielletyn riskinoton relevanssi ja tunnusmerkistön ulottuvuuteen liittyvät kysymykset. Toisaalta, kuten myöhemmin tässäkin pääjaksossa tullaan toteamaan, tunnusmerkistön mukaisuus ja oikeuden vastaisuus eivät itse asiassa olennaisesti eroa toisistaan. Eroa voidaan pitää pitkälti lainsäädäntöteknisenä, koska erottelu mahdollistaa sen, että oikeuttamisperusteita ei tarvitse sijoittaa jokaiseen tunnusmerkistöön erikseen, vaan ne voidaan sijoittaa rikoslain yleiseen osaan.²⁴⁷ Nuutilan mukaan erottelulla saattaa

²⁴³ HE 44/2002 vp, s. 10.

²⁴⁴ Tapani – Tolvanen 2008, s. 162–163.

²⁴⁵ Majanen 1979, s. 2. Ks. myös Nuutila 1996a, s. 178–179.

²⁴⁶ Anttila – Heinonen 1975, s. 19.

²⁴⁷ Nuutila 1996a, s. 182.

kuitenkin olla myös kriminaalipoliittista merkitystä, koska nimenomaan rikos-tunnusmerkistöllä ajatellaan olevan yleisestävää vaikutusta. Myös laillisuusperiaatetta sovelletaan täysimääräisesti juuri rikostunnusmerkistöihin.²⁴⁸

2.3.2 Kielletyn riskin määrittäminen

Tuottamuksella on sekä subjektiivinen että objektiivinen puoli, joista viimeksi mainittu liittyy teon tunnusmerkistön mukaisuuteen. Kyse on tältä osin teon yleisesti kielletystä tai sallitusta luonteesta. Hallituksen esityksen 44/2002 vp sanoin voidaan kysyä, ”löikö tekijä laimin vaadittavan huolellisuusstandardin noudattamisen?” Arvioon liittyy kiinteästi kysymys seurauksen *ennalta-arvattavuudesta*,²⁴⁹ mutta ennalta-arvattavuus tai ennakoitavuus ei yksin riitä teon huolimattomuuden määrittämisessä. Sen merkitys rajautuukin Nuutilan mukaan lähinnä ”hyvin epätavallisiin syy-yhteyksiin”. Lähtökohtaisesti voidaankin katsoa, että ennakoitavasta ja jopa ennakoidusta seurauksesta ei voida päätellä, että teko olisi rikosoikeudellisesti huolimaton.²⁵⁰

Ennalta-arvattavuus on erotettava kausaalisesta syy-yhteydestä. Kysymys ei ole syy-yhteydestä, vaan siitä, ”mitkä syy-yhteydet ovat – arkiajattelun mukaan – oikeudellisesti merkityksellisiä.”²⁵¹ Ennakoitava on seuraus, jonka tekijä on voinut yleisen elämäkokemuksen perusteella ennakoida ja ottaa lukuun jo teon hetkellä. Riittävää siis on, että tekijä olisi voinut mieltää, että seuraus ei ole epätodennäköinen. Tosiasiallista ennakoimista ei edellytetä, eikä toisaalta myöskään täsmällistä kuvaa seurauksesta.²⁵²

Uudemmassa kirjallisuudessa Tapani ja Tolvanen eivät – kuten ei Nuutilakaan heitä aiemmin – ole olleet halukkaita kokonaan hylkäämään oppia seurauksen ennalta-arvattavuudesta. Heidän mukaansa ”ennalta-arvattavuuden kriteeri toimii harkinnan kontrollikeinona, kun joudutaan arvioimaan epätyypilliseltä vaikuttavien seurausten lukemista tekijän syyksi”.²⁵³ Sitä vastoin Fränden mukaan ennalta-arvattavuus ei voi korvata teon huolimattomuuden vaatimusta eikä sillä ylipäättään ole itsenäistä merkitystä teon huolimattomuuden ohella.²⁵⁴ Tässä yh-

²⁴⁸ Nuutila 1996a, s. 183.

²⁴⁹ HE 44/2002 vp, s. 89–90.

²⁵⁰ Nuutila 1997a, s. 121 ja 142. Vrt. Lahti 2007, s. 412, missä kirjoittaja näyttäisi käyttäneen ennalta-arvattavuuden kriteeriä huolimattoman menettelyn ja tapaturman rajanvedossa.

²⁵¹ Nuutila 1996a, s. 223. Nuutila puhuu ennakoitavuudesta ja adekvaattisuudesta.

²⁵² Nuutila 1996a, s. 226–227. Ks. myös Honkasalo 1965, s. 118.

²⁵³ Tapani – Tolvanen 2008, s. 190–191. Ks. myös Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 471. Tuottamuksellisten tekojen osalta ks. Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 524. Ks. myös Honkasalo – Ellilä 1966, s. 34–35.

²⁵⁴ Frände 2012, s. 103. Ks. myös Fränden viittaamat ratkaisut KKO 1998:67 ja KKO 2007:62 ja Fränden (2012, s. 103–106) kommentit niistä.

teydessä voidaan viitata korkeimman oikeuden vanhakkoon ratkaisuun KKO 1981-II-97, jossa on todettu:

”Tämän vuoksi syytettyjen oli täytynyt olla myös tietoisia siitä, että K:n selviytymisen omin avuin turvalliseen paikkaan oli ollut epävarmaa. Näin A ja B olivat saattaneet K:n avuttomaan tilaan, johon olosuhteet huomioon ottaen sinänsä epätavallisella, mutta kuitenkin ennalta-arvattavissa olevalla tavalla oli liittynyt K:n kuoleminen hukumalla.”

Ratkaisussa ennalta-arvattavuus perusti huolimattomuuden eikä sen merkitys rajautunut ainoastaan ”epätavallisiin syy-yhteyksiin”, kuten Nuutila sekä Tapani ja Tolvanen ovat edellyttäneet.²⁵⁵ Nähdäkseni Nuutilan sekä Tapanin ja Tolvasen jakama näkemys on paremmin perusteltu.

*Kielletyn riskin rajat määräytyvät ”toimintaa sääntelevistä normeista käsin.”*²⁵⁶ Nuutila on erotellut *tekorikosten* osalta kolme tapausta:²⁵⁷

1. Tunnuksmerkistö kuvaa melko täsmällisesti sallitun ja kielletyn riskinoton rajan, ja tulkintatilanteissa kyse on itse asiassa perinteisestä rikosoikeudellisesta tulkinnasta. Yhtenä esimerkkinä Nuutila on maininnut mm. tuottamuksellisen virkasalaisuuden rikkomisen.
2. Tunnuksmerkistö kuvaa sallitun riskinoton rajan niin epämääräisesti, että tulkinnan sijaan joudutaan soveltamaan kielletyn riskinoton kriteerejä tunnuksmerkistöön. Yhtenä esimerkkinä Nuutila on maininnut tuottamukselliseen virkavelvollisuuden rikkomiseen ja tuottamukselliseen vapaudenriistoon sisältyvän ”vähäisyys”-kriteerin.
3. Tunnuksmerkistön mukaisen toiminnan kuvaus ei ole palautettavissa tunnuksmerkistössä mainittuun. Nuutila on katsonut tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen olevan esimerkki myös tästä.

Seurausrikosten osalta sallitun riskin tilanteissa tehdyt teot eivät ole kiellettyjä, vaikka ne ovat kausaalisesti aiheuttaneet seurauksen. Riski viittaa tulevaisuuteen ja se määritetään *ex ante* huolellisen tarkkailijan (standardipersoonan) mittapuuta hyväksi käyttäen. Ontologisen mahdollisuuden lisäksi riski merkitsee tiettyä todennäköisyyttä seurauksen syntymisestä, mutta siihen sisältyy kuitenkin epävarmuus tapahtumien kehitymisestä. Riskiarviossa on otettava huomioon olo-

²⁵⁵ Ongelmallisia ovat ne tilanteet, joissa seuraus on objektiivisesti arvioituna varteenotettava mahdollisuus, mutta tekijä ei ole sitä mieltänyt. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että ratkaisevia ovat tekijän käsitykset ja tieto. Ks. tästä Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 477.

²⁵⁶ Nuutila 1996a, s. 277. Kielletyn riskin relevanssiin ei ole mielestäni tarpeen kiinnittää tässä enempää huomiota. Ks. tästä Nuutila 1996a, s. 278–279 ja 281.

²⁵⁷ Nuutila 1996a, s. 281–286.

suhteet sellaisina kuin ne voidaan katsoa todennäköisesti olleen tekijän tiedossa.²⁵⁸

Nuutilasta poiketen Frände on katsonut, että teon huolimattomuus tulee kyseeseen vain niissä rikostyypeissä, joihin sisältyy edellytys kausaalisuhteesta. Teon huolimattomuus ei hänen mukaansa siten tule arvioitavaksi esimerkiksi rattijuopumuksen eikä liikenneturvallisuuden vaarantamisen yhteydessä. Poliisin voimankäytön kontekstissa merkittävää on, että Fränden mukaan myöskään konkreettiset vaarantamisrikokset eivät kuulu teon huolimattomuuden soveltamisalaan eli toisin sanoen konkreettinen vaarantaminen ei voi olla sallittua riskinottoa, vaikkakin se olisi jonkin oikeuttamisperusteen nojalla oikeudenmukaista.²⁵⁹ En halua itse tehdä tällaista rajausta, koska pyrin tutkimuksessani muun ohessa arvioimaan, voidaanko poliisin toimivaltuuksien käyttöä pitää sallitun riskin piiriin kuuluvana, vaikka siihen usein kuuluukin merkittävä vaarapotentiaali.

Kuten todettua, kiellettyä riskiä määrittää ensinnäkin lainsäädäntö. Nimenomaisen yksityiskohtaisen lakiin sisältyvän huolellisuusvelvoitteen rikkominen merkitsee kiellettyä riskinottoa ko. tekorikoksen näkökulmasta. Tosin myös laissa tarkkaan säännellyillä elämänalueilla vaadittava huolellisuuden taso määräytyy tilannekohtaisten olosuhteiden mukaan.²⁶⁰ Lähtökohtaisesti selvästi kiellettyä riskinottoa on kuitenkin rikosoikeudellisesti sanktioitujen turvallisuusmääräysten (kuten liikennesäännöt ja työturvallisuuslain määräykset) vastainen toiminta sekä esimerkiksi RL 21 luvun vastainen toiminta.²⁶¹

Oikeusnormien lisäksi johtoa voidaan hakea erilaisista epävirallisista ja teknisistä normeista (viranomaisluvat, turvallisuusmääräykset), alalla vakiintuneista tavoista ja toimintamalleista (standardit) sekä hyöty–haitta-punninnasta. Tässä yhteydessä teknisinä normeina pidetään myös organisaatioiden omia tehtäviä ja toimivaltuuksia kuvaavia normistoja. Organisaation sisäisistä prosesseista riippuen voidaan eräissä tapauksissa sallia myös se, että organisaatiossa työskentelevä henkilö luottaa toisen henkilön toiminnan asianmukaisuuteen. Lopullista totuutta kielletyn riskin alasta ei välttämättä löydetä mistään mainitusta lähteestä, ja viime kädessä voidaan joutua arvioimaan, miten normaalilla tavalla huolellinen henkilö olisi tilanteessa toiminut. Tämän jälkeen saatetaan vielä joutua pohtimaan, mikä merkitys – jos mikään – annetaan tekijän erityiselle kyvykkyy-

²⁵⁸ Frände 2012, s. 90–91. Ks. myös Frände 2005a, s. 97–99 ja Nuutila 1996a, s. 296. Riski ei kohdistu olosuhteeseen (”onko ostettava tavara anastettu”), vaan nämä tilanteet kuuluvat tekijän eivätkä teon huolimattomuuden piiriin. Ks. myös Tolvanen 1999, s. 259 ja 280.

²⁵⁹ Frände 2012, s. 91.

²⁶⁰ Nuutila 1996a, s. 312–314. Urheilun sääntöjen merkityksestä ks. Nuutila 1996a, s. 318–319 ja Matikkala 2000, s. 125.

²⁶¹ Frände 2012, s. 92–93.

delle tai kyvyttömyydelle toimia jossakin tilanteessa.²⁶² Viimeksi mainitussa ei siis ole kyse tekijän huolellisuudesta osana syyllisyysarviointia, vaan tekijäkoh-
taisesti määrittävästä huolellisuusvelvoitteesta.

Tapanin ja Tolvasen mukaan kielletyn ja sallitun raja tulisi aina määritellä tapahtumaa edeltäneestä ”tekijän erityistiedoilla varustetun huolellisen tarkkailijan” *ex ante* -näkökulmasta, mutta käytännössä vahingon syntyminen voidaan katsoa osoitukseksi huolellisuusnormin rikkomisesta. Kirjoittajat kuvaavat tällaista seurauksesta lähtevää tarkastelua osuvasti ”raputekniikaksi”. Myös laillisuusvalvojat ovat todenneet, että poliisitoimenpiteitä jälkikäteisen arvioitaessa arviointi on tehtävä niiden tietojen valossa, joita poliisilla on toimenpiteestä päätettäessä ollut. Ks. tästä esim. apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 18.11.2010 dnro 4267/4/08 sekä apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 21.1.2010 dnro 2758/4/09, jossa on todettu, että ”[p]oliisin toimintatapaa on arvioitava sen perusteella, mitä havaintoja poliisi teki tapahtumahetkellä ja millaisiin ratkaisuihin poliisi päätyi tekemiensä havaintojen perusteella ja mitä vaihtoehtoja tehdyille ratkaisuille tapahtumahetkellä oli olemassa. Poliisilain voimankäyttöä koskevat säännökset jättävät yksittäistapauksessa poliisimiehelle jonkin verran harkinnanvaraa eikä poliisin keinovalintaan vaikuttaneita seikkoja toisaalta ole jälkikäteen edes mahdollista yksityiskohtaisesti selvittää ja arvioida.”²⁶³

Virkatoiminnan kannalta voidaan pitää erityisen relevanttina Nuutilan jaottelun kohtaa 3, jossa kuvatuissa tilanteissa vastausta kysymykseen objektiivisesta huolimattomuudesta, eli siitä onko tekijä ottanut kielletyn riskin vai oliko riski sallittu, joudutaan hakemaan tunnusmerkistön ulkopuolelta. Blankosääntelytekniikan johdosta virkamiehelle sallitun ja kielletyn rajaa saatetaan käytännössä viime kädessä määrittää viraston päällikön antamilla virastokohtaisilla määräyksillä. Esimerkkinä on mainittu RL 12 luvun 7 §:ssä kriminalisoitu turvallisuussalaisuuden paljastaminen, jonka nojalla rangaistavaa on salassa pidettäväksi säädetyn tai määrätyn seikan ilmaiseminen. Rangaistusuhka ei Nuutilan mukaan saa kuitenkaan perustua yksittäiseen hallintopäätökseen, vaan kyse täytyy olla vähintään viranomaisen antamasta oikeussäännöksestä tai yleismääräyksestä. Esimerkiksi salassapitorikoksesta ei tuomita virkamiestä, joka ”on paljastanut jotain esimiehensä käskyn vastaisesti”.²⁶⁴

Merkitystä on myös organisaation sisäisillä ohjesäännöillä ja alan vakiintuneella tavalla.²⁶⁵ Esimerkiksi jo mainitun lääketieteellisen toiminnan osalta Frände on rinnastanut sallitun riskin menettelyohjeiden ja vakiintuneen käytännön mukaiseen toimin-

²⁶² HE 44/2002 vp, s. 90 ja 95–96. Ks. myös Lappi-Seppälä 2003, s. 786 ja Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 525–526. Normaaliilla tavalla huolellisen henkilön eli eräänlaisen normatiivisen malli-ihmisen mittapuusta ks. esim. Nuutila 1997a, s. 153–154 ja Tolvanen 1999, s. 274–277.

²⁶³ Tapani – Tolvanen 2008, s. 269.

²⁶⁴ Nuutila 1997a, s. 53.

²⁶⁵ Ks. Nuutila 1996a, s. 320.

taan. Toisaalta liian suuria vaatimuksia ei kuitenkaan tule asettaa, ettei sairaalatoiminta lamaannu.²⁶⁶ Huomattakoon, että on eri asia todeta vakiintuneen tavan mukaisen menettelyn kuuluvan sallitun riskin piiriin kuin todeta vakiintuneesta tavasta poikkeavan menettelyn kuuluvan kielletyn riskin piiriin. Toisaalta vakiintunut tapakaan ei ole aina hyväksyttävä.²⁶⁷

Korkein oikeus on ottanut kantaa huolellisen menettelyn määrittämiseen ratkaisussa KKO 2007:62, jossa asunto-osakeyhtiön hallituksen puheenjohtajan katsottiin laiminlyöneen turvallisuusvelvoitteen ja syyllistyneen kuolemantuottamukseen, kun henkilö oli saanut surmansa jäälohkareen pudottua asunto-osakeyhtiön omistaman rakennuksen katolta hänen päähänsä. Huolellisuusvelvoitteiden osalta korkein oikeus totesi päätösperustelujen kohdassa 4:

”Huolellisuutta määrittävät eri tilanteita koskevat oikeusnormit, minkä lisäksi kulloinkin kysymyksessä olevalla alalla voimassa olevia määräyksiä ja hyväksytyjä käytäntöjä voidaan käyttää arvioitaessa sitä, onko riittävää huolellisuutta noudatettu. Usein huolellisuuden mittapuun on asetettava tapauskohtaisesti arvioimalla eri toimintavaihtoehtojen etuja ja riskejä sekä vertailemalla tehtyjä valintoja siihen, miten huolellinen henkilö vastaavassa tilanteessa toimisi.”

Laista ja kaupungin järjestyssäännöstä aiheutuneiden velvoitteiden lisäksi korkein oikeus katsoi, että kiinteistön sijainnista johtunut korostunut turvallisuusvelvoite sekä tapahtuma-aikana vallinneet olosuhteet oli otettava huomioon harkittaessa, oliko syytetty menetellyt tuottamuksellisesti. Korkein oikeus arvioi ratkaisussa myös huolellisen menettelyn ja tapaturman välistä rajanvetoa. Tältä osin korkein oikeus pitäytyi jo muun muassa ratkaisussa KKO 1981-II-97 noudatettuun ennalta-arvattavuuden kriteeriin ja katsoi, että jään putoaminen ja vahinkoseuraus eivät olleet sillä tavoin ennalta-arvaamattomia ja yllätyksellisiä, että kyseessä olisi ollut tapaturma (ratkaisun kohta 20).²⁶⁸

Oikeuskirjallisuudessa Tapani ja Tolvanen ovat kritisoineet ennalta-arvattomuuden kytkemistä huolellisen henkilön varautumistoimenpiteisiin. Heidän mukaansa arvioinnin fokuksen tulisi olla siinä, onko henkilö tehnyt riittävät tarkistus- ja varotoimenpiteet, eikä seurauksen ennalta-arvattavuudessa.²⁶⁹ Joka tapauksessa korkeimman oikeuden ratkaisu perusteluineen osoittaa, ettei ole aivan helppoa sanoa, onko ennalta-arvattavuutta käytetty vastuun perustavana seikkana vai tarkoituksin osoittaa, ettei kyse ole poikkeuksellisesta syy-yhteydestä ja siten tapaturmasta.

²⁶⁶ Frände 2012, s. 95.

²⁶⁷ Nuutila 1996a, s. 322.

²⁶⁸ Ks. vastuunjaosta KKO 2007:62 ratkaisun kohdat 13–15.

²⁶⁹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 191–192 ja 269.

Huolellisen menettelyn rajoja määritettäessä saatetaan ajautua myös EU-rikosoikeuden alalle. Näin on tapahtunut korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2006:1, jossa puhtaasti kansallisen rikossäännöksen – vammantuottamuksen – rangaistavuuden arviointi perustettiin EU-oikeudesta sisältönsä saaneeseen normistoon.²⁷⁰

Jos mikään virallinen tai epävirallinen määräys taikka muu normi tai standardi ei määrittele toimintaa, määritetään sallitun riskin rajoja hyöty–haitta-punninnassa, jossa otetaan huomioon muun muassa toiminnan sosiaalinen merkitys. Ainakin seurausrikosten osalta on katsottava, että mitä hyödyllisempää toiminta on, sitä suurempia riskejä on sallittava.²⁷¹ Toisin sanoen toiminnan hyödyllisyys ja sosiaalinen arvo nostavat kynnystä, milloin riskinottoa aletaan pitää kiellettynä.²⁷² Haittojen osalta tulee huomioon otettavaksi toiminnan riskipotentiaali, joka muodostuu uhattujen oikeushyvien painoarvosta ja vahinkoseurauksen todennäköisyydestä.²⁷³ Riskialttiissa toiminnassa myös huolellisuusvelvoitteet on asetettava ankariksi.²⁷⁴ Kolmantena tekijänä huomioon tulee otettavaksi mahdollisuudet varotoimiin.²⁷⁵ Lopullisessa arviossa teon sosiaalinen merkitys ja mahdollisuudet varotoimiin punnitaan riskipotentiaalia vasten.²⁷⁶ Näistä kriteereistä tärkein on Tolvasen mukaan teon sosiaalinen merkitys.²⁷⁷

Toisaalta Nuutila on katsonut, että tilanteissa, joissa poikkeuksellisen riskinoton edellytykset on erikseen määritelty laissa, ei yleiselle hyödyllisyysarvioinnille juurikaan jää tilaa. Esimerkkinä hän on maininnut myöhemmin selostettavan poliisin hälytysajoon liittyvän tapauksen KKO 1995:203.²⁷⁸ Tolvanen on ollut tästä eri mieltä. Hänen mukaansa esimerkiksi hälytysajon kiireellisyyskriteeri tulee määritellä tapauskohtaisessa punninnassa.²⁷⁹ Toisaalta kiireellisyyskriteeri sisältyy hälytysajoa sääntelevään

²⁷⁰ Ks. ratkaisusta Melander 2010c, s. 121–124. Ks. myös Melander 2010a, s. 57 kommentit ratkaisusta KKO 2005:27.

²⁷¹ HE 44/2002 vp, s. 95 ja Nuutila 1996a, s. 326–327. Ks. myös Frände 2012, s. 95.

²⁷² Nuotio 1998a, s. 318.

²⁷³ HE 44/2002 vp, s. 95 ja Nuutila 1996a, s. 327–328. Ks. myös KKO 2007:62 ja Lahti 2007, s. 412 kommentit toimintaympäristön ja olosuhteiden merkityksestä sekä rikos- ja vahingonkorvausoikeudellisen tuottamusvastuun suhteesta.

²⁷⁴ Nuotio – Majanen 2003, s. 59. Ks. myös KKO 1990:27, jossa henkilö oli loukkaantunut, kun yksi puolustusvoimien taisteluharjoituksen harjoituspaikalle asetetuista vetosytyttimistä oli taisteluharjoituksen jo päätyttyä räjähtänyt. Korkeimman oikeuden päätöksellä syyte hylättiin ”kun määräyksiä varotoimista ei ollut annettu ja kun upseerin toimet räjähtämättömien sytyttimien keräämiseksi talteen harjoituksen jälkeen olivat olleet riittävät ottaen huomioon sytyttimien vähäinen räjähdysvoima ja vahingossa tapahtuvan räjähtämisen epätodennäköisyys sekä yksityiskohtaisesta jälkitarkastuksesta aiheutuva ajanhukka”.

²⁷⁵ HE 44/2002 vp, s. 95 ja Nuutila 1997a, s. 151.

²⁷⁶ Ks. kaavio Nuutila 1996a, s. 332 sekä Nuutila 1997a, s. 152–153.

²⁷⁷ Tolvanen 1999, s. 278.

²⁷⁸ Nuutila 1997a, s. 151.

²⁷⁹ Tolvanen 1999, s. 280.

tieliikennelain 25 §:n 3 momenttiin, joten kirjoittajien näkemys ei ole kovinkaan merkittävä.

Kaiken kaikkiaan punnintamalli on ennemminkin ratkaisuvaihtoehtoja kuin vastauksia tuottava menetelmä. Sen vahvuutena on kuitenkin pidetty avoimuutta ja kontrolloitavuutta.²⁸⁰ Hyöty–haitta-punninnan teoreettiseksi kehykseksi voitaneen ajatella Alexyn optimointimallia, jolloin erilaisten kohtuullisin keinoin toteutettavien varotoimenpitein voidaan päästä siihen tilanteeseen, että toiminnan sosiaalinen hyöty ja riskipotentiaali ovat optimaalisessa suhteessa. Tässä yhteydessä voidaan viitata myös Nuotion kysymykseen siitä, aiheuttaako luonteeltaan utilitaristinen hyöty–haitta-vertailu ”oikeudellisten arvojen ja intressien syrjäytymistä”. Tämän välttämiseksi arvioinnissa tulisi hänen mukaansa ottaa huomioon asiaan vaikuttavat oikeudelliset arvostukset.²⁸¹ Vastauksena voidaan todeta, että oikeudellisten arvostusten saama institutionaalinen tuki antanee niille oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa lähtökohtaisesti suuremman painoarvon kuin mikä oikeuden ulkopuolisilla teleologisilla argumenteilla on.

On myös katsottu, että ”keskimääristä paremmat kyvyt ja ammatillinen pätevyys korostavat huolellisuusvelvoitetta”. Tekijän tiedot, taidot, koulutus, kokemus ja äly vaikuttavat myös siihen, mitä henkilö kykenee *havaitsemaan*.²⁸² Nuutila on huolellisuusvelvoitteen yksilöllisyyttä arvioidessaan päätenyt – viitaten vastavuoroisiin perusteluihin odotuksiin – siihen, että ”tavanomaista heikomilla kyvyillä varustetuilta edellytetään normaalia huolellisuutta ja tavanomaista kyvykkäämmiltä heidän kykyjensä mukaista huolellisuutta”. Jatkuvia huippusuorituksia ei kuitenkaan edellytetä eikä toisaalta voida turvautua täysin yksilöliisiin mittapuihin, vaan ratkaisevia kriteerejä ovat ammatillinen pätevyys, asema organisaatiossa ja tehtävien laatu. Esimerkkinä Nuutila on maininnut ”tavallisen konstaapelin ja Karhu-valmiusryhmän konstaapelin erilaiset huolellisuusvelvoitteet kiinnioittotilanteessa”.²⁸³

Nuutila on käsitellyt mainittuja seikkoja tekijän huolimattomuuden yhteydessä, kun taas Tolvanen on katsonut keskimääristä paremmat tiedot ja taidot osaksi teon huolimattomuutta kielletyn riskin rajaa ankaroittamassa.²⁸⁴ Tiedoilla Tolvanen tarkoittaa ”tekijän *todellista tapausta* koskevaa tietoa” eli tapauskohtaista tietoa esimerkiksi konkreettisesta tilanteesta tai olosuhteista.²⁸⁵ Tästä voidaan

²⁸⁰ Tolvanen 1999, s. 281.

²⁸¹ Nuotio 1998a, s. 324–325.

²⁸² Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 531. Ks. myös Nuutila 1996a, s. 568 ja Tapani – Tolvanen 2008, s. 281–286.

²⁸³ Nuutila 1996a, s. 552 ja Nuutila 1997a, s. 264–265. Vrt. Tapani – Tolvanen 2008, s. 274–277.

²⁸⁴ Tolvanen 1999, s. 295.

²⁸⁵ Tolvanen 1999, s. 296.

vielä erotella yleisemmän tason erityistietämys, kuten kokeneen hälytysajoneuvon kuljettajan ”parempi tuntemus takaa-ajettavan oletettavasta käyttäytymisestä ja muiden tienkäyttäjien reaktioista takaa-ajoon”.²⁸⁶ *Tiedot* tuleeikin Tolvasen mukaan ottaa huomioon kielletyn riskin rajaa määritettäessä. Mitä tulee taitojen merkitykseen, on ensinnäkin todettava, että *erityistaitojen* erottaminen yleisen tason tietämyksestä voi olla vaikeaa. Tolvanen on kuitenkin esimerkiksi lääkäreiden osalta katsonut, että specialistin hoitoon hakeutuvalla on oikeus luottaa siihen, että ”spesialisti pystyy specialistin suoritukseen”.²⁸⁷ Myöhemmässä kirjoituksessaan Tolvanen on ajotaidon osalta katsonut, että kuljettajan on ”*kykynsä* mukaan pyrittävä onnettomuuksien ehkäisyyn”. Maksimaalista suoritusta ei hänenkään mukaansa vaadita koko ajan, vaan vertauskohtana on ennemminkin samanlaisilla erityistiedoilla ja -taidoilla varustettu keskimääräistoimija. Tämän kaltaisella yleistämisellä Tolvanen katsoo muodostuvan ainakin jonkin suuruisen toleranssialueen.²⁸⁸ Todettakoon jälleen selvytyden vuoksi, että tässä ei ole kyse tekijän huolimattomuudesta, vaan *tekijäkohtaisen huolellisuusvelvoitteen määrittämisestä* teon huolimattomuutta arvioitaessa. Tekijän huolimattomuudesta on sitä vastoin kysymys, kun arvioidaan, olisiko tekijä voinut toimia huolellisuusvelvoitteen mukaisesti eli voidaanko häneen kohdistaa syyllisyysmoite.²⁸⁹

Ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota myös siihen, minkä tunnusmerkistön näkökulmasta tekoa lähestytään. Esimerkkinä on mainittu tilanne, jossa poliisimies kuljettaessaan kohdehenkilöä kuljetusotteessa katkaisee tämän käden. Rikoslain näkökulmasta tulee arvioitavaksi ”teko, joka aiheutti käden katkeamisen”, kun taas rajoitetummasta (toimivaltasäätelyn) näkökulmasta kyse on ”teosta kuljetusotteen ottamisena”. Noréen mukaan erottelulla voi olla suuri merkitys, kun rikoslain näkökulmasta huolimattomuus arvioidaan ensi vaiheessa ja puolustettavuusarviointi vasta myöhemmin, kun taas suppeammassa lähestymistavassa huolimattomuusarviointi korvataan vastuuvapausperusteiden sallivammalla puolustettavuusarviointilla.²⁹⁰

Huolimattomasta menettelystä voimakeinojen käytön yhteydessä on kyse korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1981-II-115, jossa tosin on ensisijaisesti otettu kantaa maksuttoman oikeudenkäynnin edellytyksiin. Tapauksessa poliisimiestä syytettiin siitä, hän oli käsitellyt kiinniotettavan henkilön paon estämiseksi esille ottamaansa ampuma-asetta varomattomasti niin, että ase oli lauennut ja luoti osunut erääseen henkilöön.

²⁸⁶ Tolvanen 1999, s. 297. Ks. myös Nuutila 1996a, s. 551.

²⁸⁷ Tolvanen 1999, s. 297–301. Ks. myös Lappi-Seppälä 1987, s. 314.

²⁸⁸ Tolvanen 2010a, s. 221.

²⁸⁹ Nuutila 1997a, s. 265. Ks. myös Tolvanen 1999, s. 405–413.

²⁹⁰ Norée 2000, s. 140–141. Ks. myös Norée 2008, s. 51–53.

Tapausselostuksen mukaan poliisimies A oli takaa-ajotilanteen yhteydessä ”autojen ollessa peräkkäin siten, että poliisiauton oikea sivu oli B:n auton takana sen keskikohdalla, vedettyään revolverin iskurin taka-asentoon pitäen etusormensa liipaisinkaaren sisäpuolella antanut oikean kätensä, jossa ase oli, riippua auton ikkunasta ulkona. Tällöin ase oli auton heilahtaessa lauennut ja luoti, lävis-tettyään B:n auton takaikkunan, osunut autossa B:n vieressä istuneen C:n taka-raivoon”. C menehtyi tämän seurauksena. Tätä ennen poliisimies oli jo ampunut kaksi varoituslaukausta ilmaan. Takaa-ajettavan ajoneuvon kuljettajien ja mat-kustajien epäiltiin hetkeä aiemmin ajaneen polkupyöräilijän kumoon ja tämän jälkeen pahoinpidelleen polkupyöräilijää potkimalla.

Hovioikeus katsoi poliisimiehen syyllistyneen ampuma-aseen varomattomaan käsittelemiseen ja kuolemantuottamukseen. Käräjäoikeus oli hylännyt syytteen ampuma-aseen varomattomasta käsittelemisestä, koska ”A:n syyksi ei jäänyt muuta aseenn varomatonta käsitteilyä kuin aseenn laukeaminen”. Korkein oikeus ei ilmeisesti käsitellyt syyksilukemiseen liittyviä kysymyksiä lainkaan eikä se ai-nakaan muuttanut hovioikeuden päätöstä. Poliisimiehen syyksi ei siis luettu vir-karikosta, vaan tuomiossa viitattiin tuolloin voimassa olleeseen RL 40 luvun 22 §:ään.

Toisaalta kuten Viljanen on todennut, mainittu ratkaisu on esimerkki siitä, kuinka korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä analysoitaessa on otettava huomioon se, että asianosaisten muutoksenhakupakemukset tosiasialla rajaavat korkeimman oikeuden tutkimisvaltaa.²⁹¹ Ei siis voida sulkea pois sitäkään mahdollisuutta, että korkein oikeus olisi katsonut kyseessä olevan myös virkarikos.

Voitaneen arvioida, että teon katsominen huolimattomaksi oli eräänlaista ampu-ma-aseenn varomattoman käsitteilyn kriminalisointiin kytkeytynyttä hyöty-haitta-punnintaa. Teon sosiaalisesta hyödyllisyydestä huolimatta riskialttiissa toimin-nassa myös huolellisuusvelvoitteet olivat ankarat.

Johtopäätöksenä huolimattomuus voidaan kiteyttää Nuotion ja Majasen to-teamukseen, että tekijän ”menettely on huolimattonta, jos hän rikkoo olosuhteiden edellyttämää ja häneltä vaadittavaa huolellisuusvelvoitetta, vaikka hän olisi kyennyt sitä noudattamaan”. Muotoilu yhdistää huolimattomuuden objektiivisen ja subjektiivisen puolen.²⁹² Muistettakoon myös, että huolellisuusvelvoitteiden sisältö on arvosidonnainen ja jatkuvassa muutoksessa oleva oikeudellinen ilmiö, jota ei voida sitoa ennalta määrättyihin muotoihin. Vakiintuneista säännöistä

²⁹¹ Viljanen 1984, s. 18 ja 407–408.

²⁹² Nuotio – Majanen 2003, s. 58.

tehdään ”hyvien syiden” vaatiessa poikkeuksia, jotka vakiintuessaan muodostavat uuden standardin, josta puolestaan voidaan tehdä poikkeuksia.²⁹³

Jakson päätteeksi on syytä nostaa esille kaksi teemaa Vilja Hahdon väitöskirjasta. Tärkeämpi näistä on kysymys uhrin myötävaikuttamisen merkityksestä kielletyn riskin arviointiin. Yleisesti ja yksinkertaistaen voidaan todeta, että poliisin voimankäytön kohteeksi joutunut on tyypillisesti ainakin jossain määrin syypää tähän itse. Voidaankin kysyä, arvioidaanko teon huolimattomuus suoraan edellä kerrottuja standardeja eli käytännössä voimankäyttömääräyksiä seuraten, vai aiheuttaako poliisitoimenpiteen kohteen oma toiminta sen, että vastuu esimerkiksi pahoinpitelyrikoksen osalta sulkeutuu joissakin lievemmissä tapauksissa pois. Virkarikosten näkökulmasta kielletty riski ylittyy viranomaismääräysten rikkomisella. Hahto on todennut oikeuskäytäntömme olevan ankara näiltä osin, vaikkakin hän hyväksyy ajatuksen siitä, että uhrin myötävaikutuksella toisen toimiessa kielletyn riskin alueella voi olla (huomattavaakin) merkitystä.²⁹⁴

Toiseksi Hahto on pohtinut loukkauksen aiheuttamisen ja riskinoton rajanvetoa vahinkoseurausta edellyttävissä tunnusmerkistöissä. Lähtökohtaisesti huolimattomuus – sallitun riskin rajojen ylittäminen – koskee sekä tuottamuksellisia että tahallisia tekoja.²⁹⁵ Hahdon mukaan ”[t]ahallisuuteen vaadittavan alimman todennäköisyyden ylittävän teko-seuraussuhteen on nimittäin viitattava aiheuttamiseen eikä pelkkään riskinottoon”. Eri asia on tietysti se, että onko tekijä tahallisuuden edellyttämällä tavalla mieltänyt seurauksen riittävän todennäköiseksi. Tilannetta monimutkaistavat edelleen ne riskinoton (eikä loukkauksen) alaan kuuluvat tilanteet, joissa tekijä on tarkoittanut aiheuttaa seurauksen (*dolus determinatus*). Tällöin Hahdon mukaan on riittävää, ettei seurauksen syntyminen ole epärealistista. Edelleen Hahto on katsonut, että kun riskinoton yläraja on ylitetty ja teko on luonteeltaan loukkaus, uhrin myötävaikutus voi enintään lieventää seurausta.²⁹⁶ Kysymys tahallisuuden alarajaan liitetyn aiheuttamisen – loukkaamisen – suhteesta sallittuun riskinottoon ei ole oikein asetettu, vaan poliisitoiminnan kyseessä ollessa nähdäkseni jopa lähes varman kuoleman aiheuttaminen voi jossakin tilanteessa olla sallitun riskin piirissä samoin kuin esimerkiksi oven tahallinen rikkominen kotietsinnän yhteydessä.

²⁹³ Lappi-Seppälä 1987, s. 312.

²⁹⁴ Hahto 2004, s. 302–304.

²⁹⁵ Nuutila 1996a, s. 7. Samoin Frände 2012, s. 90–91 ja Jareborg 2001, s. 208 ja 233.

²⁹⁶ Hahto 2004, s. 307–310. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 316. Matikkala on katsonut, että teon huolimattomuutta koskevan opin soveltuvuus muihin kuin tuottamuksellisiin seurausrikoksiin on hieman epäselvää. Ks. tästä Matikkala 2000, s. 22.

2.3.3 ”Toimivallan mukainen ei ole tunnusmerkistönmukaista”²⁹⁷

Toimivallan ja rikostunnusmerkistöjen suhteesta on vuosikymmenien varrella esitetty erinäisiä toisiaan sivuavia mutta osin myös toisistaan poikkeavia kannanottoja. Rikosoikeustieteilijät Honkasalo ja Ellilä katsoivat 1960-luvulla, että tunnusmerkistönmukaisen teon tekeminen, koska se kuuluu asianomaisen virkavelvollisuuksiin, tekee teosta oikeudenmukaisen eli poistaa teon oikeudenvastaisuuden.²⁹⁸ Sinisalon mukaan hallinto-oikeuden näkökulma poliisin oikeuteen voimakeinojen käyttöön piti sisällään sen, että ”kun poliisimiehelle annetaan oikeussäännöksiin tietyn sisältöinen valta, siitä ilman muuta seuraa (muun ohessa), ettei tuon vallan käyttö voi olla rangaistavaa”. Rikosoikeuden näkökulmasta Sinisalo on hieman vaikeaselkoisesti katsonut, että kyse on ”poikkeuksesta erinäisiin rikoslain kieltonormeihin, lähinnä pahoinpitelyn rangaistavuutta koskeviin säännöksiin”.²⁹⁹

Rikosoikeuskomitea piti ilmeisen selvänä, että ”erillislaeissa” kirjattuihin oikeuksiin ja velvollisuuksiin perustuvat rikoksen tunnusmerkistön sanamuodon mukaiset teot eivät ole rangaistavia, koska ”erillislaki syrjäyttää rikoslain yleissäännökset”. Komitea pohti kuitenkin myös sitä, olisiko tämän lisäksi tarpeellista säätää rikoslakiin yleissäännös, joka poistaisi oikeudenvastaisuuden lakiperusteisuuden johdosta. Komitea viittasi nimenomaan virkatoimiin. Tätä ei kuitenkaan pidetty perusteltuna. Voimakeinojen käytön osalta komitea sitä vastoin ilmeisesti Sinisalon primääri- ja sekundääritoimivaltajaottelua mukaillen katsoi, että ”tarvitaan virkatehtävien edellytyksiä ja merkitystä koskeva yleissäännös”, ja (ilmeisesti) tämän lisäksi hallinnonalakohtaiseen sääntelyyn tulee sisältyä *perussäännös* oikeudesta käyttää voimakeinoja. Rikoslakiin ehdotettiin kirjattavaksi *yleissäännös* voimakeinojen edellytyksistä ja merkityksestä.³⁰⁰

Pekka Viljanen puolestaan totesi väitöskirjassaan vuonna 1984, että sinänsä oikeudenvastaiset teot ovat oikeudenmukaisia, jos niihin ryhtyminen on virkavelvollisuus. Se, mihin oikeusjärjestys velvoittaa, ei voi olla oikeusjärjestyksen vastaista. Oikeudenmukaisen menettelyn rajat arvioitiin hänen mukaansa ”ob-

²⁹⁷ Tässä yhteydessä ei ole kyse toimivaltasäännöksiin sisältyvistä viittauksista rikos-käsitteeseen tai rikosten vanhentumista koskevien säännösten merkitykseen tms. Ks. näistä Helminen 2006, s. 152–154.

²⁹⁸ Honkasalo – Ellilä 1966, s. 53. Ks. myös Honkasalo 1965, s. 178. Honkasalon mukaan oikeudenmukaisen menettelyn rajat määräytyvät ”objektiviisesti virka- tai palvelussuhdetta koskevien normien nojalla”. Samoin Anttila – Heinonen 1974, s. 89. Ks. myös Anttila 1946, s. 174–175, jossa kirjoittaja on lääkärin toiminnan osalta katsonut, että yhteiskuntaelämän normaaliin kuluun kuuluvat ja yhteiskunnan tarkoituksia palvelevat lääkärin parannustoimenpiteet eivät täyty pahoinpitelyrikosten tunnusmerkistöä.

²⁹⁹ Sinisalo 1971, s. 111. Ks. myös Loman 1997, s. 40.

³⁰⁰ KM 1976:72, s. 105–106.

jektiivisesti ao. virkaa koskevien normien nojalla”. Jos rajat ylitetään syyksiluettavalla tavalla, on lähtökohtaisesti tapahtunut virkarikos.³⁰¹ Viljanen toi Sini-saloon viitaten esille myös sen, että hallinto-oikeudellisen näkökulman korostaminen voimankäyttöä arvioitaessa rinnastaa voimakeinojen käytön muuhun viranomaistoimintaan (esim. lääkärien toimenpiteet). Julkisoikeudellinen hätävarjelu terminä puolestaan viittasi enemmänkin rikosoikeudelliseen näkökulmaan ja poikkeukseen rangaistavuudesta.³⁰²

Poliisiasetointikunta kummeksui mietinnössään vuodelta 1988 voimakeinojen käyttöä koskevan säännöksen sijoittamista rikoslakiin (tuolloin yleissäännös oli ainoastaan rikoslaissa). Toimikunnan mukaan ”[k]uva voimankäyttöoikeudesta osana poliisin hallinnollista valtuusjärjestelmää helposti hämärtyy”.³⁰³ Toimikunta on mielestäni havainnollisesti tuonut esille myös tuomioistuinratkaisujen merkityksen liikuttaessa hallinto- ja rikosoikeuden rajamailla. Toimikunnan mukaan ”[j]os syyte poliisia vastaan on hylätty, ei se suinkaan merkitse sitä, että poliisin menettely kelpaisi yleisemminkin esimerkiksi ja taktiseksi malliksi. Toisaalta myös langettavista tuomioista saatetaan helposti tehdä yleistäviä virhepäätelmiä jostain voimakeinon muodosta sinänsä.”³⁰⁴

Hallituksen esityksessä 57/1994 vp todettiin poliisin toimivan oikeusjärjestyksen mukaisesti ”käyttäessään toimivaltuuksiaan laissa säädetyin edellytyksin ja laissa säädetyissä rajoissa”. Toisaalta kuitenkin katsottiin, että rikosoikeussysteemaattisesti arvioituna toimivallan käyttö on rikostunnusmerkistön mukaista, mutta ei oikeudenvastaista toimintaa. Voimankäytön lisäksi viitattiin muun muassa kotirauhan rikkomisen ja hallinnan loukkauksen tunnusmerkistöihin.³⁰⁵

Hallituksen esityksessä perusteltiin poliisin voimakeinojen käyttöä koskevan sääntelyn siirtämistä poliisilakiin toteamalla, että ”poliisin voimankäyttöä ei voida pitää ensisijaisesti rangaistavan toiminnan anteeksiannettavana muotona”.³⁰⁶ Muotoilua ei voida pitää kovin onnistuneena, mutta siitä voidaan kuitenkin hahmottaa se taustajajatus, että poliisin voimankäytössä on lähtökohtaisesti kysymys yhteiskunnan kannalta hyödyllisestä toiminnasta. Toisaalla hallituksen esityksessä on kuitenkin todettu

³⁰¹ Viljanen 1984, s. 354.

³⁰² Viljanen 1984, s. 355–356. Viljanen on kirjoittanut kategoriasta ”virkatoimet oikeuttamisperusteena”. Ks. myös Helminen et al. 1999, s. 278.

³⁰³ KM 1988:27, s. 29. Ks. myös KM 1988:27, s. 89–90.

³⁰⁴ KM 1998:27, s. 30.

³⁰⁵ HE 57/1994 vp, s. 53. Ks. myös KM 1986:16, s. 504–505 ja 516, joista viimeksi mainitussa on selkeästi todettu, että ”[k]un poliisimies poliisitehtävää suorittaessaan toimii toimivaltansa puitteissa, hän ei syyllisty rangaistavaan tekoon” ja edelleen ”[t]oimivaltasäännöksen olemassaolo poistaa sen mukaisten toimien toimenpiteiden rangaistavuuden ilman rikosoikeudellista oikeuttamisperustettakin”. Poliisikomitean työn pohjalta laaditussa poliisilakityöryhmän mietinnössä puolestaan todettiin olevan asenteellisesti arveluttavaa, jos poliisin voimankäyttö rinnastetaan oikeudenvastaisiin tekoihin. Ks. tästä KM 1989:25, s. 20.

³⁰⁶ HE 57/1994 vp, s. 4. Ks. HE 57/1994 vp, s. 53.

voimankäytösäännösten olevan ”muihin valtuussäännöksiin rinnastettavia oikeuttamisperusteita”.³⁰⁷ Vielä hieman myöhemmin hallituksen esityksessä katsottiin, että poliisin oikeutta voimakeinojen käyttöön ei tule rinnastaa anteeksiantoperusteisiin, vaan ”[k]äyttäessään sallittuja voimakeinoja laillisen yhteiskuntajärjestyksen puolustamiseksi poliisi toimii lainmukaisesti”.³⁰⁸

Poll 27 §:n jo tultua voimaan totesi Nuutila, että virkavelvollisuuksien puitteissa toimittaessa kyse ei ole ”rikosoikeudellisesta vääryydestä”. Kyse on ennemmin-kin tunnusmerkistönmukaisuuteen liittyvästä kysymyksestä kuin oikeuttamisperusteesta. Nuutilan mukaan esimerkiksi poliisin oikeus voimakeinojen käyttöön tulisi käsitellä osin teon huolimattomuuden piirissä (toimivaltaperuste) ja osin oikeuttamisperusteena (sallittujen voimakeinojen rajat).³⁰⁹

Poliisin peitetoimintaa ja valeostoja käsitelleessä hallituksen esityksessä 34/1999 vp on mielestäni sängen onnistuneesti tuotu esille poliisin toimivallan ja kriminalisointien suhde toteamalla, että

”kriminalisoitaessa myöhemmin Suomen rikoslaissa rikollisjärjestyön osallistuminen, ei kriminalisoinnin alaan voi kuulua poliisimiehen rikostorjunnallinen tai -tutkinnallinen virkatoimi, joka perustuu poliisilaissa annettuun toimivaltuuteen, vaikka hän suorittaisi tehtävänsä peitetoimin rikollisjärjestyössä osallistumatta muutoin rikolliseen tekoon”.³¹⁰

Poliisitoiminnan luonnetta julkisen vallan käytön muotona selkiyttää osaltaan myös hallituksen esityksen 34/1999 vp toteamus siitä, että esimerkiksi valeostoa ei tule arvioida varallisuus oikeudellisista oikeustoimista annetun lain (228/1929) mukaisena sopimuksena, vaan julkista vallan käyttöä ilmentävänä poliisin toimenpiteenä.³¹¹ Perustuslakivaliokunta on esitettyjä peitetoiminta- ja valeostossäännöksiä arvioidessaan todennut, että näissä ns. epäkonventionaalisissa toimivaltuuksissa on kyse poliisin oikeudesta ”toimia vastoin joitain rikosoikeudellisia kieltoja ilman virkavastuuta”. Toisaalla lausunnossaan valiokunta toteaa, että ”julkiselle viranomaiselle ei ilman erittäin painavia syitä ja täsmällisesti määriteltyjä edellytyksiä voida antaa uudenlaista toimivaltaa suorittaa toimia, jotka muutoin ovat rikosoikeudellisesti sanktioituja myös viranomaisen tekeminä”.³¹²

³⁰⁷ HE 57/1994 vp, s. 13.

³⁰⁸ HE 57/1994 vp, s. 20.

³⁰⁹ Nuutila 1997a, s. 281. Samansuuntaisesti Nuotio on pitänyt perustellumpana, että sosiaaliadekvanssia pidettäisiin kirjoittamattoman oikeuttamisperusteen sijasta teon huolimattomuuden arvioinnissa huomioon otettavana seikkana. Tällä voitaisiin hänen mukaansa ainakin joissakin tilanteissa välttää ”epäluonteva oikeuttamistarkastelu”. Ks. tästä Nuotio 1998a, s. 325.

³¹⁰ HE 34/1999 vp, s. 19.

³¹¹ HE 34/1999 vp, s. 28.

³¹² PeVL 5/1999 vp, s. 5. Ks. myös PeVL 66/2010 vp, s. 9.

Helminen ym. ovat poliisioikeuden perusteoksessaan vuodelta 1999 selkeästi pitäneet hätävarjelua ja *laillista voimankäyttöä* tunnusmerkistönmukaisena toimintana, jolta erillinen oikeuttamisperuste poistaa oikeudenvastaisuuden ja siten rangaistavuuden. Jos laillisen menettelyn rajat ylitetään, ”tunnusmerkistönmukainen teko siirtyy samalla oikeudenvastaisuuden ja lähtökohtaisesti rangaistavuuden piiriin.”³¹³

Rikoslain yleisten oppien uudistukseen johtaneessa hallituksen esityksessä 44/2002 vp on puolestaan todettu, että ”[j]otkut viranomaiset voivat virkatehtävää suorittaessaan joutua käyttämään voimakeinoja tavalla, joka toisissa oloissa täyttäisi rikoksen tunnusmerkistön”.³¹⁴ Valitettavasti tästä ei voida päätellä, mihin ”toisilla oloilla” viitataan eikä siten voida tehdä varmoja päätelmiä siitä, onko lainmukainen voimakeinojen käyttö tunnusmerkistönmukaista vai ei. Voimassa olevan rikoslain sisäisestä systematiikasta voimme päätellä, että lakia säädettäessä on lähdetty siitä, että sinänsä laillinen voimakeinojen käyttö on mahdollisesti rikoslain erityisen osan tunnusmerkistöjen mukaista toimintaa. Tässä joudumme palaamaan edellä viitattuun hallituksen esityksen toteamukseen siitä, että kaikille rikoksen rakenteen tasoille eli myös tunnusmerkistönmukaisuuteen sisältyy myös vastuusta vapauttavia sääntöjä. Voiko laillinen voimakeinojen käyttö kenties olla tällainen tunnusmerkistönmukaisuuden tasolla vaikuttava vastuusta vapauttava peruste? Todettakoon, että myös hallituksen esityksessä 44/2002 vp kritisoitiin voimakeinojen käytöstä aiemmin käytettyä termiä ”julkisoikeudellinen hätävarjelu”, koska tämä ilmaisu ei tuonut ilmi sitä, että kyse on viranomaisille suotujen laillisten toimivaltuuksien käytöstä.³¹⁵

Uudemmassa oikeuskirjallisuudessa Nuotio ja Majanen ovat katsoneet, että laillisen voimankäytön rajoissa pysyttäessä kyse ei ole kielletystä riskinotosta eli toiminta ei ole tunnusmerkistönmukaista. Vasta sallitun menettelyn rajojen ylittämisen jälkeen tullaan rikosvastuun alueelle. Kirjoittajien mukaan tämä tulkinta on mahdollinen lukemalla tunnusmerkistöjen sisään ”hiljaisia rajausperusteita”. Tilanne rinnastuu sosiaaliadekvanssiin ja loukatun suostumukseen.³¹⁶ Samansuuntaisesti poliisin toimivaltasäätelyn kokonaisuudistusta edeltäneen selvityksen tehnyt Klaus Helminen on todennut, että

”on syytä korostaa, että *virkatoimi*, joka suoritetaan laillisin edellytyksin ja asianmukaisesti menetellen, on alusta pitäen oikeudenmukainen eikä siis toimenpide, jonka oikeudenmukaisuus normaalisti tulisi harkittavaksi ja jonka periaatteellisen oikeuden-

³¹³ Helminen et al. 1999, s. 277–278. Ks. myös järjestyksenvalvojen voimakeinojen käytön osalta Pohjolainen 1999, s. 937.

³¹⁴ HE 44/2002 vp, s. 19.

³¹⁵ HE 44/2002 vp, s. 19. Termillä ”julkisoikeudellinen hätävarjelu” viitattiin nimenomaan *julkisten etujen suojaamiseen* käytettävään hätävarjeluun. Ks. tästä Anttila – Heinonen 1974, s. 77.

³¹⁶ Nuotio – Majanen 2003, s. 85–86.

vastaisuuden oikeuttamisperuste ikään kuin taikasauvan kosketuksesta loihtii oikeuden mukaiseksi”.³¹⁷

Viitanen on väitöskirjassaan vuodelta 2007 pohtinut mahdollisuutta konstruoida päättely niin, että virkavelvollisuuksien mukainen toiminta ei ole kiellettyä riskinottoa tai riski ei ole relevantti. Hänen mukaansa oikeusjärjestyksen asettaman velvoitteen mukaan toimimisen tulisi poistaa vastuu ”suurimmalla yleisyys- ja hyväksyttävyytasolla ja silloin kuin vastuusta vapauttava moraalinen viesti on kantavin”. Hänen mukaansa vastaus kysymykseen, poistaako joku oikeuttamisperusteista jo teon tunnusmerkistön mukaisuuden, riippuu siitä, kuinka tunnusmerkistö on laadittu. Jos tunnusmerkistössä edellytetään ”oikeudettomuutta”, saattaa vastuu sulkeutua pois jo tunnusmerkistön mukaisuuden tasolla. Viitanen on ilmeisesti yleisemminkin kallistunut sille kannalle, että ”toimivaltasäännöksen mukaisuus” eli toimivaltasäännöksen puitteissa toimiminen sulkee vastuun pois tunnusmerkistön mukaisuuden tasolla. Tällöin esitutkintaakaan ei aloitettaisi ko. seikan toteamiseksi. Olisi turhaa tutkia toimia, jotka itsestäänselvästi ja epäilyksettä kuuluvat toimivallan piiriin.³¹⁸

Oikeuskirjallisuuden kannanottojen valossa ei ole täysin selvää, mihin arvio esitutkinna toimittamiskynnyksestä kohdistuu. On mm. todettu, että ”[e]situtkinta on aloitettava, jos rikoksen mahdollisuutta ei voida *sulkea pois*”.³¹⁹ Tällaisessa arvioinnissa kohteena olisivat kaikki rikoksen eri rakennesosat kokonaisuutena.

Samansuuntaisesti Tapani ja Tolvanen ovat katsoeet, että poikettaessa liikennesäännöistä tieliikennelain 48 §:n nojalla ja siinä asetettujen edellytysten puitteissa, kyse ei ole oikeuttamisperusteesta, vaan liikennesääntöjen rikkomisen ei ylipäätään ole tunnusmerkistön mukaista toimintaa.³²⁰ Mikäli säännöistä poiketaan, voi muun vastuusta vapauttavan perusteen löytäminen olla hankalaa. Esimerkiksi pakkotilalle ei ”ole järkevää käyttöalaa” ko. tilanteissa. Tämä osoittaa yleisten vastuuvapausperusteiden yhteyden poliisitoimintaan, sillä poliisin toimivaltuuksista ainoastaan voimakeinojen käytön osalta ”säännöistä poikkeaminen” on selkeästi oikeutettu myös rikoslaissa.³²¹

Koskinen on vuonna 2008 maininnut omana oikeuttamisperusteiden ryhmänä tapaukset, joissa oikeusjärjestys velvoittaa tunnusmerkistön mukaiseen tekoon

³¹⁷ Helminen 2006, s. 158. Kirjoittajan mukaan tätä on pidetty ”siinä määrin itsestään selvänä”, ettei siitä ole otettu rikoslakiin erillistä mainintaa.

³¹⁸ Viitanen 2007, s. 516 ja 518.

³¹⁹ Tolvanen – Kukkonen 2011, s. 53.

³²⁰ Tapani – Tolvanen 2008, s. 254. Sama koskee hyvän hoitotavan mukaisia lääketieteellisiä toimenpiteitä. Ks. myös Helminen et al. 1999, s. 46.

³²¹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 304–305.

taikka oikeusjärjestys tai viranomaisen toimivaltansa rajoissa antama lupa siihen oikeuttaa. Esimerkkinä on mainittu muun muassa poliisin toiminta. Koskinen on todennut olevan ”usein makuasia, puhutaanko oikeudenvastaisuuden vai jo tunnusmerkistönmukaisuuden poistumisesta”. Tässä yhteydessä myös Koskinen on viitannut tunnusmerkistöihin sisältyviin varauksiin, joita ilmentävät ilmaisut ”luvattomasti”, ”ilman laillista oikeutta” tai ”ilman asianmukaista lupaa”.³²² Rikosoikeuden perusteoksessa vuotta myöhemmin Koskinen on yksiselitteisesti päättänyt toteamaan, että *aiemmin* voimakeinojen käyttö oli tunnusmerkistönmukaista toimintaa, jonka oikeudenvastaisuuden ”poliisin toiminta virkavelvollisuutensa mukaisesti poisti”. Vuonna 2009 asiaan ei Koskisen mukaan enää liittynyt rikosoikeudellisia ulottuvuuksia, jos poliisimiehen toiminta oli virkavelvollisuuksien mukaista. Rikosoikeus astuu kuvaan vasta ylilyöntien tapahtuessa.³²³

Uusimmassa esitutkintaa ja pakkokeinoja käsittelevässä perusteoksessa on ainakin voimakeinojen käytön ja hätävarjelun osalta katsottu kyseessä olevan tunnusmerkistönmukaisen teon oikeuttamisperuste. Kirjoittajien mukaan ”[j]os laillisen voimankäytön tai hätävarjelun sallitut rajat ylitetään, tunnusmerkistönmukainen teko siirtyy samalla oikeudenvastaisuuden tai rangaistavuuden piiriin”.³²⁴ Mikäli tulkitsemme rikosoikeuden uusimman perusteoksen kirjoittanutta Frändeä oikein, myös hän pitää poliisin toimivaltanormien mukaista toimintaa oikeuttamisperusteena.³²⁵

Pohjoismaisessa kirjallisuudessa ainakin Jareborg on lähestynyt toimivaltuussäännösten mukaista toimintaa poikkeuksena oikeudenvastaisuudesta.³²⁶ Myös Norée on todennut (rikosoikeudellisessa katsannossa) toimivallan mukaisen voimankäytön toimivan vastuuvapausperusteena, joka tekee sinänsä tunnusmerkistönmukaisesta teosta sallitun.³²⁷

³²² Koskinen 2008, s. 44 ja Koskinen 2009, s. 170–171.

³²³ Koskinen 2009, s. 179.

³²⁴ Helminen et al. 2012a, s. 677.

³²⁵ Frände 2012, s. 164.

³²⁶ Jareborg 2001, s. 254–255. Tanskan osalta samansuuntaisesti Waaben 2011, s. 140. Yhdysvaltojen osalta näyttäisi siltä, että poliisin virkatoiminta (*“while acting in the lawful performance of his duty”*) on tyypillisesti rajattu rikostunnusmerkistöjen soveltamisalan ulkopuolelle. Ks. tästä Klockars 1996, s. 2. Toisaalta Klockarsin (1996, s. 2–3) perusteella rikosoikeuden merkitys poliisin voimankäytön kontrolloijana on marginaalinen. San Diegon alueella syyttäjä vapautti rikosoikeudellisesta vastuusta kaikki poliisimiehet, jotka 1980-loppupuoliskolla olivat osallisina tapahtuneissa ampumavälikohtauksessa (190 tapausta). Los Angelesin alueella vastaavasti nostettiin syytteitä yhdessä tapauksessa tapahtuneista 477 välikohtauksesta. Samoin myös Australiassa *soft law’n* merkitys on korostunut, koska poliisin voimankäyttöä sääntelevää *hard law’ta* koskevaa oikeuskäytäntöä on hyvin rajoitetusti. Ks. tästä Bronitt – Gani 2012, s. 168–169.

³²⁷ Norée 2000, s. 132. Ks. myös Norée 2008, s. 14, jossa kirjoittaja viittaa *ansvarsfrihetgrund*-käsitteellä sekä poliisin toimivallan mukaiseen toimintaan (*laga befogenhet*) että esimerkiksi hätävarjeluun ja pakkotilaan.

Edellä esitetyn kysymyksen ei voida katsoa saaneen lopullista vastausta poliisin toimivaltasääntelyn kokonaisuudistuksen yhteydessäkään. Esimerkiksi hallituksen esityksen 222/2010 vp johdannossa on peitemiehen oikeudesta tehdä rikoksia mainittu, että tämä on määrätyn ehdoin *rangaistusvastausta vapaa*.³²⁸ Toisaalla hallituksen esityksessä 222/2010 vp on todettu, että kotirauha on sekä kansallisessa perusoikeuskatsannossa että kansainvälisessä ihmisoikeuspraktiikassa hyvin korkealle arvostettu³²⁹, mutta tästä huolimatta ja voimakeinojen käytön sääntelystä poiketen kotirauhaan kajoaminen kotietsinnällä on säädetty toimivaltuudeksi ainoastaan pakkokeinolaissa, eikä kotirauhan rikkomisen oikeuttamisperustetta ole rikoslainsäädännössä. Samansuuntainen havainto on tehtävissä yksityiselämään ja luottamukselliseen viestintään kajoavista salaisista pakkokeinoista.³³⁰

Systemaattisesti arvioituna pohdintaa toimivaltasääntelyn tunnusmerkistön mukaisuudesta monimutkaistaa juuri esimerkiksi kotirauhan rikkomisen kriminalisointiin sisältyvä vaatimus tunkeutumisen oikeudettomuudesta. Nimenomaan tämän kriteerin on katsottu sulkevan rangaistavuuden pois laillisista virkatoimista. Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että ”[k]un tällainen laillinen peruste eli oikeuttamisperuste on käsillä, ’tunkeutuminen’ ei tapahdu oikeudettomasti”.³³¹ Tällaisiin muotoiluihin näyttäisi sisältyvän ajatus siitä, että jos ”oikeudettomasti”-kriteeriä ei tunnusmerkistössä olisi, myös lailliseen perusteen nojalla tapahtuva tunkeutuminen olisi tunnusmerkistönmukaista toimintaa. Samaa logiikkaa seuraten poliisin toimivallan mukainen menettely, joka täyttää jonkin muun rikostunnusmerkistön kuin sellaisen, jossa on ko. ”laittomasti”- tai ”oikeudettomasti”-kriteeri, on tunnusmerkistönmukaista toimintaa. En pidä tätä tyydyttävänä oikeustilana, vaan lähen siitä, että toimivallan mukainen toiminta ei ole tunnusmerkistönmukaista, koska vaatimus kielletystä riskistä teon huolimattomuuden osatekijänä ei täyty. Toimivallan mukaisuus on siten tunnusmerkistön mukaisuuden tasolla vaikuttava vastuusta vapauttava peruste.

Tässä yhteydessä on syytä nostaa esille myös kritiikille alttiita seurauksia, joita ”toimivallan mukainen ei ole tunnusmerkistön mukaista” -ajattelusta seuraa. Viitanen näyttäisi olevan sitä mieltä, että EIS:stä johdettavat prosessuaaliset velvoitteet edellyttävät, että ainakin ns. poliisirikosten esitutkinnan aloittamista arvioitaessa kiinnitetään huomiota ainoastaan tunnusmerkistönmukaisuuskriteerin täyttymiseen ottamatta huomioon oikeudenvastaisuutta ja syyllisyyttä. ETL 2 §:n mukainen ratkaisu esitutkinnan toimittamisesta kohdistuisi siis nimen-

³²⁸ HE 222/2010 vp, s. 3.

³²⁹ HE 222/2010 vp, s. 100–101.

³³⁰ HE 222/2010 vp, s. 113–114.

³³¹ Frände et al. 2010, s. 265–266. Samoin Ruuska 2007, s. 85. Ks. myös Frände et al. 2010, s. 290–291.

omaan tunnusmerkistön mukaisuuteen. Voimakeinojen käyttö sijoittuu Viitanen ajattelussa nimenomaan oikeudenvastaisuuden poistavaksi oikeuttamisperusteeksi, kun taas esimerkiksi vapaudenriiston (RL 25 luvun 1 §) tunnusmerkistön kuuluva ”oikeudettomuus”-vaatimus on osa tunnusmerkistön mukaisuutta.³³²

2.4 LYHYESTI LAILLISUUSPERIAATTEESTA

Toimittaessa rikosoikeuden piirissä on aina kiinnitettävä korostettua huomiota rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen. Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate edellyttää, että sekä rikoksen että siitä tuomittavan rangaistuksen on perustuttava eduskuntalakiin. Laillisuusperiaatteeseen sisältyvistä vaatimuksista ovat tämän tutkimuksen jakson kannalta merkityksellisiä lähinnä kirjoitetun lain vaatimus (*praeter legem* -kielto) sekä analogiakielto. Ensin mainittu edellyttää, että tuomarin on perustettava toimintansa lainsäätäjän tekemiin ratkaisuihin eikä päätöksissä saa mennä kirjoitetun rikoslain ulkopuolelle. Tätä täydentää analogiakielto, jonka mukaan tuomari tai muu lainkäyttäjä ei saa täydentää lakia analogiapäätelmillä.³³³ Voimassa olevassa RL 3 luvun 1 §:n 1 momentissa edellä kerrotusta on säädetty seuraavasti:

”Rikokseen syylliseksi saa katsoa vain sellaisen teon perusteella, joka tekohetkellä on laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi.”

Varsin poikkeuksellista lainsäädäntöratkaisua edustaa se, että rikoslaissa toistetaan lähes sanasta sanaan PL 8 §:ssä säännelty laillisuusperiaate. Perustuslakivaliokunta piti tätä perusteltuna, kun otetaan huomioon kuinka ”keskeinen osa rikosoikeuden yleisiä oppeja ja arvoperustaa” laillisuusperiaate on.³³⁴ Joka tapauk-

³³² Viitanen 2007, s. 491–493 ja 514–517. Viitanen on viitannut erityisesti EIT:n ratkaisuun asiassa *Corsacov v. Moldova* (ks. erit. ratkaisun kohdat 68–76). Ks. myös Viitanen 2007, s. 502–503.

³³³ HE 44/2002 vp, s. 29–30 ja 32–33. Lailla säättämisen vaatimuksesta ks. Melander 2008, s. 205–219. Anttila ja Heinonen ovat ulottaneet laillisuusperiaatteen myös rangaistuksen määräämiseen. Heidän mukaansa ennustettavuus edellyttää, että rikoksen tekoon taipuvainen kansalainen voi jollain tarkkuudella ennakoida hänelle tulevan *rangaistuksen pituuden*. Tästä syystä laissa tulisi pitäytyä varsin suppeissa rangaistusasteikoissa. Ks. tästä Anttila – Heinonen 1975, s. 18–19.

³³⁴ PeVL 31/2002 vp, s. 2. Kaksinkertaisen sääntelyn tarpeellisuudesta ks. Melander 2008, s. 196–199. Melander on pitänyt lainsäädäntöratkaisua perusteltuna. Lahti on kritisoinut käytettyä ”nimenomaan” ilmaisua ja todennut, että ilmaisu ”viittaa vahvan in dubio mitius -tyyppisen tulkintaohjeen antamiseen ja lain sanamuodon puitteisiinkin mahtuvan teleologiseen tulkinnan torjuntaan”. Ks. tästä Lahti 2001, s. 723. Ks. myös LaVL 5/1994 vp, s. 4 ja PeVM 25/1994 vp, s. 8, jossa arvioitiin tarvetta lisätä sana ”nimenomaan” perustuslakiin. Lisäystä ei tuolloin pidetty perusteltuna.

nessa voidaan pitää hyvänä, että Honkasalon ja Ellilän virheenä pitämä päätös olla säätämättä laillisuusperiaatteesta rikoslain vuoden 1963 uudistuksessa on tullut korjattua perusteellisesti.³³⁵

Laillisuusperiaate on saanut ilmauksen myös EIS 7 artiklassa ja KP-sopimuksen 15 artiklassa, mutta huolimatta näistä ilmeisistä kytkennöistä perus- ja ihmisoikeuksiin laillisuusperiaate on kuitenkin ensisijaisesti osa rikosoikeusjärjestelmää eikä sen tärkeydestä voi tehdä yleisempiä päätöksiä rikosoikeuden perusoikeusherkkyydestä.³³⁶ Kansallisilla eduskuntalaeilla on erityinen merkitys rikosoikeudessa, ja tulkinnan lähtökohtana on aina kirjoitettu laki.³³⁷

Rikoslain hallituksen esityksen mukaan kielletyssä analogiassa on kyse niistä tilanteista, joissa normia sovelletaan tapaukseen, johon se ei missään lain sanamuodon merkityksessä soveltuisi, mutta jota ”kuitenkin voitaisiin pitää jossakin suhteessa samanlaisena taikka rinnasteisena”. Analogian erottaminen laintulkinnasta, joka sinänsä on välttämätön osa lainsoveltamista, on huomattavan vaikeaa. Mainitun rikoslain hallituksen esityksen mukaan ratkaiseva kriteeri on liikkuminen lain *sanamuodon* puitteissa. Tulkinnalla annetaan termille merkityssisältö sanamuodon puitteissa, mutta ei liu’uta lain sanamuodon ulkopuolelle. Sanamuotoon pitäytymisen toteaminen ei sinällään poista rajanvedon ongelmaa, jonka ratkaisemiseksi hallituksen esitys 44/2002 vp toteaa, että rajanvedossa tulee pyrkiä oikeusturvan ja erityisesti *ennakoitavuuden* takaamiseen. Ennakoitavuus edellyttää, että ratkaisutoiminnassa tukeudutaan tiukasti sanojen yleiskieliseen tai tarvittaessa juridis-tekniiseen merkitykseen.³³⁸

Jareborg on katsonut, että juridisen tekstin yleiskielisen ja juridis-tekni- sen ollessa erilaisia tulee tulkinnallinen etusija lähtökohtaisesti antaa juridis-tekni- sel merkitykselle. Mikäli kyse on yleiskielen ja muun kuin juridis-tekni- sen kielen

³³⁵ Honkasalo – Ellilä 1966, s. 11.

³³⁶ Ks. Melander 2008, s. 22 ja 198–199 ja 201–202. Laillisuusperiaate tuli kotimaiseen säädökseen kirjoitettuna normina ensimmäiseksi nimenomaan HM 6 a §:ään, joka sittemmin muutettiin PL 8 §:ksi. Tosin vastaavanlaiset normit sisältyvät jo tuolloin laintasoisina voimassa olleisiin KP-sopimuksen 15 artiklan 1 kappaleeseen ja EIS 7 artiklan 1 kappaleeseen. Laillisuusperiaate oli kuitenkin ennen sen lakiin kirjaamista kiistämättä Suomessakin voimassa tavanomaisoikeudellisenä normina, josta poikkeaminen ei ollut mahdollista ainakaan tavallisen lain säätämisjärjestyksessä. Erityisesti tämä koski taannehtivan rikoslain kieltoa. Ks. tästä Honkasalo 1965, s. 43, Hidén 1980, s. 57–58, Träskman 1988, s. 126 ja Lahti 1996, s. 931–932 (ks. myös s. 932 av. 6).

³³⁷ Nuotio – Majanen 2003, s. 18. Melander on käsitellyt laillisuusperiaatetta erityisesti kriminalisointiperiaatteena. Hänen perusteluistaan tähän liittyen ks. Melander 2008, s. 193–194.

³³⁸ HE 44/2002 vp, s. 34. Frände edellyttää, että kyse on ”vakiintuneesta teknisestä kielenkäytöstä”. Ks. tästä Frände 2012, s. 51. Ks. myös esim. Lappi-Seppälä 2003, s. 759–760 ja Knuts 2010, s. 88. Laillisuusperiaatteesta ja sen vastaisesta laajentavasta tulkinnasta ks. KKO 2002:91 ja Melanderin (2008, s. 22–24) kommentit siitä. Ks. myös Lahti 1974, s. 29–33.

eroista, tulee etusija antaa yleiskieliselle merkitykselle.³³⁹ Huovila näyttäisi olevan eri mieltä todetessaan, että ”[j]os on epäselvää, käytetäänkö käsitettä tavanomaisessa vai juridis-teknisessä merkityksessä, lähtökohtana on tavanomainen merkitys, ellei ilme-ne syytä toisenlaiseen päätelmään.”³⁴⁰ Tosin hänkin on todennut, että ”[j]uridis-teknisiä ilmauksia käsittävien säännösten sanamuodon mukainen tulkinta saattaa edellyttää muiden lähteiden kuin sovellettavan säännöksen – kuten esitöiden tai nimenomaisen määritelmän sisältävän säännöksen – hyödyntämistä”.³⁴¹

Tulkinnassa voidaan toki ottaa huomioon myös systemaattiset yhteydet, lainopil-liset teoriat sekä vanhemman sääntelyn osalta myös säännösten historialliset yhteydet³⁴², mutta se, että jokin menettely moitittavuudeltaan rinnastuu rikok-seen, ei oikeuta laajentamaan säännöksen soveltamisalaa tähän menettelyyn.³⁴³ Sanarajaperiaate estää sanamuodon ulkopuolelle menevän, syytetyn vahingoksi tapahtuvan tulkinnan ”edes uusiin ja nimenomaisiin esitöihin tukeutuen”.³⁴⁴ Tul-kinnalla ei siis korjata tai täydennetä lain säännöstä, vaan selvennetään sitä.³⁴⁵

Ratkaisussa KKO 2008:86 katsottiin laillisuusperiaatteen ja sanamuodon vas-taiseksi kotirauhan rikkominen -kriminalisoinnin soveltaminen toistuvaan teksti-viestin lähettämiseen. Korkein oikeus katsoi ratkaisun kohdassa 8, ”ettei teksti-viestien lähettämistä voida pitää kotirauhan rikkomista koskevassa rikoslain 24 luvun 1 §:n 2 kohdassa nimenomaisesti mainittuja metelöimistä, esineiden heit-tämistä tai puheluiden soittamista vastaavana tekotapana.” Vastaajan ei katsottu syyllistyneen kotirauhan rikkomiseen.³⁴⁶

Sallivampaa tulkintateoriaa edustaa Lahti, joka on artikkelissaan vuodelta 2005 esittänyt kritiikkiä siitä, että tulkintametodit on laillisuusperiaatteen vaiku-tuksesta tyypillisesti rajattu nimenomaan *kielellis-grammaattiseen tulkintateo-riaan*.³⁴⁷ Hän ei itse ole pitänyt normaalikielistä sanarajaa ehdottomana, vaan on omien sanojensa mukaan ”pitänyt teleologisen ja siihen läheisesti liittyvän sys-temaattisen tulkinnan merkitystä huomattavana ja laajentanut teleologisen tul-kintatavan kriminaalipoliittisesti suuntautuvaksi rikoslainopiksi”.³⁴⁸ Teleologi-sen kriminaalipoliittisen argumentoinnin vastapainona voidaan usein nähdä pe-

³³⁹ Jareborg 2001, s. 108–109.

³⁴⁰ Huovila 2005, s. 59. Ks. sanamuodon mukaisesta tulkinnasta myös Huovila 2005, s. 59–63.

³⁴¹ Huovila 2005, s. 60.

³⁴² Nuutila 1997a, s. 57.

³⁴³ Nuotio – Majanen 2003, s. 43.

³⁴⁴ Matikkala 2003, s. 220. Sanarajaperiaatteesta ks. myös esim. Jareborg 2001, s. 110.

³⁴⁵ Nuutila 1997a, s. 57. Ks. Honkasalo – Ellilä 1966, s. 11, jonka mukaan ”[y]ksittäistapausten tulee saada osakseen lainkäyttäjän toimesta järjestely, joka vastaa lainsäätäjän taholta tapahtunutta abstraktista sääntelyä”.

³⁴⁶ Ks. myös Knutsin (2010, s. 93–94) kommentit ratkaisusta.

³⁴⁷ Lahti 2005, s. 104–107

³⁴⁸ Lahti 2005, s. 107.

rus- ja ihmisoikeusajatteluun tukeutuvat ennakoitavuuden ja epäillyn oikeusturvan aspektit. Kaiken kaikkiaan Lahti ei ole nähnyt argumenttien etusijajärjestyksen määrittämistä tarpeelliseksi, vaan "[e]risuuntaisten perustelujen vakuuttavuutta on arvosteltava muun muassa säännös- ja toimintaympäristökohtaisesti sekä sen mukaan, miten kauas säännöksen soveltamisen ydinalueelta ja keskeisimmästä suojelutarkoituksesta edetään". Voitaneen puhua tilanneherkästä argumentaatiosta tai Lahden oman termin mukaan *dynaamisesta* tulkintatavasta, jota on hänen mukaansa hyödynnetty esimerkiksi ratkaisuissa KKO 2002:11, 2004:46 ja 2005:27.³⁴⁹ Viimeksi mainitun ratkaisun kohdassa 21 todetaan:

"Av denna s.k. legalitetsprincip följer inte att det skulle vara otillåtet att slå fast innebörden av brottsrekvisit genom tolkning. Tvärtom är en tolkning av lagtext ofrånkomlig också vid tillämpningen av straffstadganden, eftersom de uttryck som lagstiftaren använt alltid fordrar tolkning och det ankommer på tillämparen att avgöra om en konkret gärning motsvarar en gärningstyp som beskrivs i lagen (så även RP 44/2002 rd s. 34). I rättspraxis har det ansetts såväl nödvändigt som berättigat att tolka de begrepp som använts i brottsrekvisit, under förutsättning att resultatet överensstämmer med avsikten med det skydd som framgår av brottsrekvisitet och som eftersträfvats med straffhotet, och att resultatet är rimligen förutsebart för gärningsmannen (se t.ex. HD 2002:11 och HD 2004:46)."

Laillisuusperiaatteesta ei voida yksiselitteisesti johtaa supistavan tulkinnan periaatetta, jonka mukaan rikosoikeudellisia säännöksiä olisi tulkittava suppeasti syytetylle eduksi olevalla tavalla. Tosin joissakin erityisissä tilanteissa (esimerkiksi sosiaaliadekvanssitilanteet) voi Lahden mukaan olla perusteltua tulkita rikossäännöstä supistavasti. Tämä lähtökohta ei hänen mukaansa ole myöskään ristiriidassa prosessioikeudellisen faktaepävarmuustilanteisiin sovellettavan *in dubio pro reo* -periaatteen eikä rikosoikeudellisen *in dubio mitius* -periaatteen kanssa. Viimeksi mainittu soveltuu Lahden mukaan tilanteisiin, joissa "erilaisten ratkaisujen puolesta puhuvat argumentit ovat samanarvoisia".³⁵⁰

Myös Frände on rikosoikeuden yleisten oppien teoksessaan yhtynyt Lahden näkemykseen, joka Fränden mukaan edustaa ns. lievyysperiaatteen lievempää muotoa. Lievyysperiaatteen radikaalimman tulkinnan mukaisesti toimittaessa se voitaisi aina kaikki muut argumentit kaikenlaisen tulkinnallisen epävarmuuden

³⁴⁹ Lahti 2005s. 107–110. Ks. myös Tapanin (2005, s. 18–19) kommentit ratkaisusta KKO 2004:64.

³⁵⁰ Lahti 1996, s. 935–936. Laillisuusperiaate ei estä myöskään tulkintakäytännön ankaroittamista tuomioistuimissa, vaikka jonkin käytännön vakiintuminen tavanomaisen oikeuden tasoiseksi voi toki toimia laillisuusperiaatteen tukemana argumenttina ankaroittamista vastaan. Ks. myös KKO 2011:28, jossa korkein oikeus *tulkitsi* mielestäni hyvin perustein moottorikäyttöisen ajoneuvon käsitettä varsin laajasti. *In dubio mitius* -periaatteen sisällöstä ks. myös Jareborg 2001, s. 115, joka näyttäisi antavan sille saman sisällön kuin Lahti.

tilanteissa.³⁵¹ Terrorismirikoksia koskevassa väitöskirjassaan Lohse on puoltanut dynaamista tulkintaotetta kansainvälisten velvoitteiden ohella myös *uhrien* perus- ja ihmisoikeusnäkökulmalla.³⁵² Lahden kanssa samoilla linjoilla näyttää olevan myös Ojala, jonka mukaan teleologisen tulkintaperusteen tuottamaa lopputulosta ei tule arvioida yksinomaan sanamuodon näkökulmasta, vaan myös siitä näkökulmasta, kuinka yhdenvertainen ja ennustettava teleologisen tulkinnan mukainen ratkaisu on.³⁵³

Ojalan muotoilu ei ehkä ole erityisen osuva, sillä yksinkertaistaen voitaneen todeta, että vastinpareina ovat nimenomaan toisaalta sanamuodon mukainen tulkinta ennustettavuuden ja yhdenvertaisuuden turvana ja toisaalta kriminaalipoliittisten tavoitteiden saavuttamista tukeva teleologinen argumentointi. Joka tapauksessa oikeusvaltiolliseen rikosoikeusajatteluun kuuluu keskeisesti ajatus siitä, että rikoksen rajat ovat niin selvät, että henkilöllä on ”aito mahdollisuus” tehdä tietoinen päätös olla ryhtymättä rikokseen. Rikosoikeuden symbolinen preventiivinen teho perustuu juuri siihen, että henkilö, joka haluaa välttää rikoksen polut, myös siihen kykenee.³⁵⁴ Kääntäen todettuna, rajoittuminen säännöksen sanamuotoon ainakin jollakin tarkkuudella määrittää ”ne teot, jotka ehdottomasti eivät voi olla rikoksia”.³⁵⁵ Perusoikeuksien näkökulmasta kyse on juuri PL 8 §:ssä säädetyn rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen erästä ulottuvuudesta.³⁵⁶

Rangaistussäännösten kirjoittaminen on Veli-Pekka Viljasen sanoin ”aina tasapainoilua yleisluonteisen kirjoittamistavan ja kasuistiikan välillä”. Liika yleisluonteisuus rikkoo laillisuusperiaatetta vastaan, kun taas kasuistinen kirjoitustapa saattaa jättää

³⁵¹ Frände 2012, s. 52–53. Ks. myös Fränden viittaama ratkaisu KKO 2008:86 (erit. ratkaisun kohta 7). Todettakoon, että korkeimman oikeuden käyttämä sanamuoto viittaisi enemmänkin radikaaliin tulkintaan lievyysperiaatteesta. Edellä selostettu EIT-metodi täydentää lievyysmetodia esimerkiksi tilanteissa, joissa ensin on todettu, että kyse ei ole tulkinnallisesta tasapainosta, vaan hyvät syyt puoltavat rankaisemista. Tällöin voidaan EIT-metodin avulla kontrolloida, onko rankaaminen säännöksen tarkoituksen (suojeluintressin loukkaus) mukaista. Ks. tästä Frände 2012, s. 56.

³⁵² Lohse 2012, s. 61–62.

³⁵³ Ojala 2005, s. 225. Ojalan mukaan teleologisella tulkinnalla voidaan tarkoittaa sekä ”yksittäisen säännöksen taustalla olevia tavoitteita ja yksittäisen säännöksen tarkoitusta” että ”yksittäisen tunnusmerkistön tulkintaa koko rikosoikeuden tarkoituksien ja tavoitteiden näkökulmasta”.

³⁵⁴ Nuotio – Majanen 2003, s. 44 ja 88. Perustuslakivaliokunnan käytännöstä ks. esim. PeVL 40/2002 vp, s. 7 ja PeVL 26/2004 vp, s. 3. Ks. myös Nuotio 2003, s. 245–246 sekä Frände 2012, s. 37.

³⁵⁵ Nuotio 1998a, s. 6. Laillisuusperiaatteen suhteesta eräisiin tunnusmerkistöissä käytettyihin ilmaismuihin (esim. ”oikeudettomasti”) ks. Matikkala 2003, s. 227–228.

³⁵⁶ Saraviita 2011, s. 168. Ks. myös Pellonpää 2011b, s. 314. Ennakoitavuuden vaatimuksesta EIS:n järjestelmässä ks. Viljanen 2001, s. 312–313 sekä PeVL 4/1997 vp, s. 2 ja PeVL 10/2000 vp, s. 2. Pellonpää on todennut EIT:n ratkaisukäytännön sallivan rikosvastuun alan kehittämisen ”edellyttäen, että kehitys on rikostunnusmerkistön olennaiset osat huomioon ottaen kohtuudella ennustettavissa”.

sanamuodon ulkopuolelle tekoja, jotka ovat kriminaalipoliittisesti rangaistavaksi tarkoitettuja. Tämä puolestaan lisää paineita kriminalisointien analogiseen soveltamiseen, joka puolestaan rikkoo laillisuusperiaatetta vastaan.³⁵⁷

Laillisuusperiaatteen näkökulmasta oma lukunsa ovat ns. blankosäännökset, joihin sisältyy rangaistus, mutta rangaistavan menettelyn kuvaus on muualla samassa laissa, jossakin toisessa laissa tai hallinnollisissa määräyksissä (blankettinormi). Hallituksen esityksen 44/2002 vp mukaan määräytyjen kriteerien täytyessä tällainen lainsäädäntötekniikka ei sinänsä ole ristiriidassa laillisuusperiaatteen kanssa.³⁵⁸ Blankotekniikka liittyy kiinteästi juuri virkavelvollisuuden rikkominen- ja tuottamuksellinen virkavelvollisuuden rikkominen -kriminalisointeihin, koska RL 40 luvun 9 § ja 10 § eivät yksinään riitä rangaistukseen tuomitsemiseen, vaan ne vaativat aina täydennykseksi virkavelvollisuuden perustavia säännöksiä tai määräyksiä.³⁵⁹

Tältä osin laillisuusperiaatteen sisältöä on määritetty korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1998:41, jossa kunnanjohtajan laiminlyöntiä ei pidetty määräykseen perustuvan virkavelvollisuuden rikkomisena. Korkeimman oikeuden päätösperusteluita voidaan pitää laadukkaina. Niissä todetaan ydinkysymyksen olevan, ”voidaanko A:lle kuuluvaksi katsotun velvollisuuden tilusvaihdon valmistelussa selvittää kunnalle hankittavien kiinteistöjen taloudelliset rasitteet katsoa ilmenneen suoraan tai tulkinnallisesti edellä selostetuista kunnan virkasäännön ja johtosäännön määräyksistä teon rangaistavuudelle asetettavien yksilöintivaatimusten mukaisesti.” Johtopäätöksenä korkein oikeus totesi – viitaten muun muassa kriminalisoinnin tarkoitukseen – seuraavasti (kursivointi tässä):

”Avoimuudessaan ja yleisluontoisuudessaan nämä määräykset yhtäältä antavat perin vähän johtoa kunnanjohtajan virkavelvollisuuksien täsmälliseen määrittelyyn sekä yleensä että erityisesti menettelystä kiinteistöntuotannossa ja toisaalta tekevät mahdolliseksi väittää mitä tahansa kunnalle vahingolliseksi osoittautuvaa tuottamuksellista tekoa tai laiminlyöntiä rangaistavaksi. Tähän nähden myönteinen vastaus äskeiseen kysymykseen ei olisi sopusoinnussa yllä mainitun, laillisuusperiaatteeseen pohjautuvan lainmuutoksen rangaistussäännöksiä koskevien täsmentämistavoitteiden kanssa. *Varsinaista tarvetta esillä olevan laatuksen laiminlyönnin kriminalisoimiseen ei myöskään näytä olevan* ottaen huomioon, että rikoslain kokonaisuudistuksen yhtey-

³⁵⁷ Viljanen 2001, s. 329.

³⁵⁸ HE 44/2002 vp, s. 33 ja Frände 2012, s. 34–36. Hallituksen esityksessä viitatuista kriteereistä ks. PeVM 25/1994 vp, s. 8. Blankokriminalisoinneista ks. myös PeVL 9/2007 vp, s. 3 sekä Melander 2008, s. 220–230.

³⁵⁹ Viljanen 1990, s. 451.

dessä rangaistavuuden alaa on yleensäkin pyritty supistamaan ja antamaan rikosoikeudellista suojaa vain vakavampia tekoja vastaan.”³⁶⁰

A:n laiminlyönti ei ”merkinnyt virkatoiminnassa noudatettaviin määräyksiin perustuneen virkavelvollisuuden rikkomista” eikä laiminlyönti siten ollut rangaistavaa virkavelvollisuuden tuottamuksellisena rikkomisena.³⁶¹ Viljanen on kommentoidessaan ratkaisua kiinnittänyt ensinnäkin huomiota siihen, että kunnanjohtajan menettely katsottiin sinänsä virkavelvollisuuksien vastaiseksi, mutta ei kuitenkaan *rangaistavalla tavalla* virkavelvollisuuksien vastaiseksi.³⁶² Toisaalta hän on yleisemmällä tasolla todennut KKO:n valitseman linjan mahdollisesti johtavan rikosoikeudelliseen virkavastuun sulkeutumiseen pois ja kansalaisten oikeusturvan heikkenemiseen tilanteissa, joissa toimivaltuuksia koskevat säännökset ja määräykset ovat epämääräisiä, eli juuri niissä tilanteissa, joissa oikeusturvan tarve on suurin. Viljanen näyttäisi kuitenkin pitävän mahdollisena, että virkavastuun rajoja tulkittaisiin eri tavoin tilanteissa, joissa vahinko on kohdistunut kansalaiseen eikä julkisyhteisöön, kuten ko. tapauksessa.³⁶³

Samantyyppisiä oikeuskysymyksiä on käsitelty myös korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1999:46, jossa tieteellisen tutkimuksen tekemisestä maksetun korvauksen omalle tililleen vastaanottaneeseen yliopiston professoriin kohdistetut syytteet virka-aseman väärinkäyttämisestä tai vaihtoehtoisesti virkavelvollisuuden rikkomisesta hylättiin. Ulkopuolisen korkeakoululta tilaamaa tutkimusta koskevat säännökset olivat korkeimman oikeuden mukaan tekohtekellä olleet siinä määrin tulkinnanvaraiset, että A:n virkavelvollisuuden sisältö ei niistä riittävällä täsmällisyydellä ilmennyt. Tapausta ei ole tarpeen tässä yksityiskohtaisemmin analysoida, mutta todettakoon, että oikeuskirjallisuudessa on katsottu korkeimman oikeuden tulkinnan olleen vastaajalle varsin suojea. Ratkaisun on jopa katsottu avanneen sen mahdollisuuden, että säännösten epämääräisyyden takia rikosoikeudellista virkavastuuta ei langeteta, vaikka tekijä olisi ymmärtänyt toimivansa väärin. Tällainen olisi yleisen oikeustajun vastaista.³⁶⁴

³⁶⁰ Kursivoitu kohta perusteluissa viittaa siihen, että jossain määrin sanamuotoa laajentava rankaisemisen tarpeeseen kytketty teleologinen tulkinta olisi sinänsä ollut mahdollinen.

³⁶¹ Oikeuskirjallisuudessa on todettu korkeimman oikeuden tehneen hallituksen esityksen 58/1988 vp perusteluista päinvastaisen johtopäätöksen kuin mitä esityksessä tarkoitettiin. Ks. tästä Viljanen 2010b, s. 609.

³⁶² Pekka Viljanen 1998, s. 263.

³⁶³ Pekka Viljanen 1998, s. 265.

³⁶⁴ Viljanen 1999, s. 360–361. Viljanen 2010b, s. 610. Ks. myös Melanderin (2008, s. 197–198) kommentit ratkaisusta. Melander on katsonut ko. ratkaisun osoittavan, että laillisuusperiaatteeseen sisältyvällä täsmällisyysvaatimuksella on merkitystä myös lain soveltamisessa. Ks. myös KKO 2006:52, jossa kyse oli siitä, ilmenikö laiminlyönnin, joka liittyi velvollisuuteen pitää aluksessa hyväksyttyä käsiammutinta, rangaistavuus laista sillä tavoin kuin rikosoikeudellinen laillisuusperiaate edellyttää. KKO totesi ratkaisun kohdassa 12, että ”att hänvisningen i 2 § 3 mom. sjötrafik-

Rikosoikeuden tuoreessa perusteoksessa on arvioitu oikeuskäytännössä yleisesti asetetun virkavastuun perustavien säännösten ja määräysten täsmällisyydelle melko ankarat vaatimukset. Erityistä täsmällisyyttä on edellytetty virkamiehen velvollisuuksilta työnantajaansa nähden. Toisaalta ”[h]uomiota on kiinnitettävä myös siihen, kuinka tarkasti kysymyksessä olevan laatuinen velvollisuus on kuvattavissa”. Virkatehtäviin sisältyvät suoritusvelvoitteet voidaan kuvata yksityiskohtaisemmin kuin yleinen käyttäytymisvelvollisuus.³⁶⁵

Ainakin siltä osin kuin kyse on rangaistavan alan määrittämisestä, tulee laillisuusperiaate sovellettavaksi myös lakiin kirjattuihin rikosoikeuden yleisiin oppeihin.³⁶⁶ Vastuuvapausperusteen soveltamisen johtaessa vastuuvapauteen analogia ei kuitenkaan ole kiellettyä, eikä konkreettisen tapauksen ja vastuuvapausperusteen sisällöltä vaadita välttämättä kovinkaan suurta samankaltaisuutta.³⁶⁷ Toisaalta vaikka laillisuusperiaate estää lakitekstin ulkopuoliseen, tavanomaiseen oikeuteen perustuvat langettavat rikostuomiot, se ei estä tavanomaiseen oikeuteen perustuvia vapauttavia tuomioita.³⁶⁸ Ylipäätään Nuutilan mukaan oikeuttamisperusteiden soveltamista luonnehtii ”konkreettisempi ja tapauskohtaisempi punninta samanaikaisten oikeudellisesti suojattujen intressien välillä, eikä tulkintaa voida kuvata samalla tavalla kuin tunnusmerkistön mukaisuuden yhteydessä”.³⁶⁹ On kuitenkin huomattava, että esimerkiksi rikoslain voimakeinojen käyttösäännöksen soveltamisalan tulkinnallinen laajentaminen yli sanarajan on helposti oikeusvaltiollisen lainalaisuusperiaatteen vastaista.³⁷⁰

2.5 YLEISET RIKOSOIKEUDELLISET VASTUUVAPAUSPERUSTEET POLIISITOIMINNASSA – YLEISTOIMIVALLAN PALUU?

Vastuuvapausperusteiden ytimen muodostavien yleisten oikeuttamisperusteiden lisäksi vastuuvapausperusteisiin luetaan myös teon kiellettyisyyttä koskeva erehdys. Sitä vastoin tosiasioita ja tunnusmerkistöä koskevaa erehdystä ei ole tyypil-

förordningen inte uppfyller de krav som den straffrättsliga legalitetsprincipen ställer på exakthet. Sjötrafikförordningen strider till denna del mot den nämnda principen och följaktligen även mot grundlagen. Av detta följer att A:s underlåtenhet att årligen låta granska båtens handbrandsläckare inte kan straffas som sjötrafikförseelse enligt 24 § 1 mom. sjötrafiklagen.”

³⁶⁵ Rautio 2009, s. 1131. Ks. myös Viljanen 2000, s. 615 ja Koponen 2004, s. 34–35.

³⁶⁶ Matikkala 2000, s. 6.

³⁶⁷ Ks. Nuutila 1996a, s. 167 ja 183 ja Frände 2012, s. 30–31 ja 56.

³⁶⁸ Viitanen 2007, s. 173.

³⁶⁹ Nuutila 1996a, s. 183.

³⁷⁰ Norée 2000, s. 133. Sama luonnollisesti koskee yleisemminkin lakiin perustumattomia toimivaltuuksia.

lisesti pidetty vastuuvapausperusteena.³⁷¹ RL 4 luvun systematiikkaa noudattaen myös tunnusmerkistöerehdys käsitellään tässä tutkimuksessa muiden rikoslakiin kirjattujen vastuuvapausperusteiden yhteydessä. Sitä vastoin vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevat erehdystilanteet ovat tutkimuksen kohteena vasta kuudennessa pääjaksossa.

2.5.1 Tunnusmerkistöerehdys ja olosuhdetahallisuus

2.5.1.1 Vaadittava tietoisuus olosuhteista

Tahallisuuden on katsottu edellyttävän riittävän selvää vastaavuutta tekijän päätöksenteon ja rikoksen objektiivisen puolen välillä³⁷², eli peittämisperiaatteen mukaisesti ”subjektiivisen tulee peittää objektiivinen”.³⁷³ Tahallisuuden on katettava oikeudenvastainen teko, teonhetkiset olosuhteet ja teon seuraukset³⁷⁴ sekä muutkin kulloinkin sovellettavasta tunnusmerkistöstä ilmenevät seikat.³⁷⁵ Arvioinnissa ratkaisevaa on nimenomaan teonhetkinen mieltäminen. Nuutilan sanoin ”[j]älkeenpäin täydentyvä tahallisuus, *dolus subsequens*, ei koskaan ole rikosoikeudellisesti merkityksellinen”.³⁷⁶

Tahallisuuden poistava *tunnusmerkistöerehdys* tarkoittaa erehtymistä jonkin tunnusmerkistössä kuvatun tosiasian olemassaolosta tai ylipäättään asioiden todellisesta tilasta.³⁷⁷ Tunnusmerkistöerehdyksestä säädetään RL 4 luvun 1 §:ssä:

”Jos tekijä ei teon hetkellä ole selvillä kaikkien niiden seikkojen käsilläolosta, joita rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää, tai jos hän erehtyy sellaisesta seikasta, teko ei ole tahallinen. Vastuu tuottamuksellisesta rikoksesta voi kuitenkin tulla kysymykseen tuottamuksen rangaistavuutta koskevien säännösten mukaan.”

Tahallisuuden kohteena ei ole objektiivinen tunnusmerkistö, vaan tunnusmerkistön verrattava – tunnusmerkistön toteuttava – asiointila.³⁷⁸ Hallituksen esityksen

³⁷¹ Lappi-Seppälä 2004a, s. 3.

³⁷² Backman 1989, s. 563–564.

³⁷³ Matikkala 2005, s. 529.

³⁷⁴ Tapani – Tolvanen 2008, s. 210. Ks. myös Vihriälä, joka sijoittaa tahallisuuden osaksi tunnusmerkistön mukaisuutta. Ks. tästä erit. Vihriälä 2012, s. 185–188.

³⁷⁵ Nuutila 1997a, s. 227. Esimerkkinä Nuutila on maininnut mm. RL 36 luvun 6 §:n kiskontarikoksen tunnusmerkistön maininnan taloudellisesta edusta, joka on selvästi epäsuhteessa vastikkeeseen. Ks. myös Lappi-Seppälä 1987, s. 324–326, erityisesti kvalifioiviin seikkoihin kohdistuvista erehdyksistä. Ks. näistä myös Honkasalo 1967, s. 115.

³⁷⁶ Nuutila 1997a, s. 228. Ks. myös Honkasalo 1967, s. 99.

³⁷⁷ HE 44/2002 vp, s. 105.

³⁷⁸ Tapani 2010, s. 135.

sanoin ”[t]ekijällä on väärä kuva siitä, mitä on tapahtumassa”.³⁷⁹ Kuten säännöksen sanamuodosta ilmenee, tunnusmerkistöerehdys poistaa tahallisuuden. Kysymys on siis syyksiluettavuuden edellytyksistä. Tunnusmerkistöerehdys ei ole anteeksiantoperuste.³⁸⁰ Riippuen siitä, erehtyykö henkilö vastuun perustavasta seikasta vai rikoksen kvalifiointiperusteesta, erehdys joko poistaa vastuun tai lieventää sitä.³⁸¹ Rikosoikeuden perusteoksessa tunnusmerkistöerehdyksen soveltamisalaa on valotettu kahdella esimerkillä. Jos henkilö polttaa erehdyksessä naapurinsa veneen, vaikka tarkoituksena oli polttaa oma samanlainen vene, kyseessä on tunnusmerkistöerehdys. Jos tekijä sitä vastoin anastaa henkilön X polkupyörän, vaikka tarkoituksena oli anastaa henkilön Y polkupyörä, kyseessä ei ole tunnusmerkistöerehdys. Henkilö mieltää, että anastus kohdistuu toisen omaisuuteen.³⁸²

Yleisten oppien uudistamisen yhteydessä muutettiin lakivaliokunnassa RL 3 luvun 6 §:n tahallisuuden legaalin määritelmä koskemaan ainoastaan seurauksia eikä olosuhteita. ”Varsin todennäköisen” edellyttämisen myös olosuhteiden osalta epäiltiin nostavan tahallisuuden kynnystä esimerkiksi talousrikoksissa. Kysymys olosuhdetahallisuuden sisällöstä, joka on käytännön lainsoveltamistyössä yllättävänkin usein läsnä, jäi oikeuskäytännön vastattavaksi.³⁸³ Samassa yhteydessä lakivaliokunta totesi tunnusmerkistöerehdyksen olevan ”tahallisuuden kääntöpuoli”³⁸⁴, ja nyttemmin olosuhdetahallisuuden katsotaankin määrittävän suhteessa tunnusmerkistöerehdykseen.³⁸⁵ Käyn seuraavassa lyhyesti läpi olosuhdetahallisuudesta ja tunnusmerkistöerehdyksestä viime vuosina vilkkaana käydyn keskustelun antia ennen siirtymistä tutkimukseni kannalta relevantteihin erityiskysymyksiin.

Vaikka korkein oikeus sovelsi ratkaisuisissa KKO 2001:13, 2001:97 ja 2001:117 todennäköisyystahallisuutta myös olosuhteisiin, on ratkaisuisissa Lappi-Seppälän mukaan kyse ollut ainoastaan yhteen rikoslajiin (huumausainerikokset ja laittomaan tuontitavaraan ryhtyminen) liittyvistä arvioinneista, joita ei voi laajentaa koskemaan kaikkia rikoksia. Esimerkiksi talousrikosten osalta Lappi-Seppälä katsoi noin kymmenen vuotta sitten, että ”[n]iissä noudatettavia tulkintalinjoja ei nykytilanteessa voine pitää sillä tavoin kiteytyneinä, että käytäntö oikeuttaisi

³⁷⁹ HE 44/2002 vp, s. 105.

³⁸⁰ Koskinen 2008, s. 54.

³⁸¹ HE 44/2002 vp, s. 105.

³⁸² Koskinen 2009, s. 177.

³⁸³ LaVM 28/2002 vp, s. 9–10. Hallituksen esityksen muotoilu RL 3 luvun 6 §:n (Tahallisuus) sisällöksi kuului: ”Teko on tahallinen, jos rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen vastaa sitä, mitä tekijä on teon hetkellä tarkoittanut taikka pitänyt varmana tai varsin todennäköisenä.” Ks. tästä HE 44/2002 vp, s. 250. Ks. myös Koskinen 2009, s. 175 ja Frände 2010, s. 158.

³⁸⁴ LaVM 28/2002 vp, s. 10.

³⁸⁵ Tapani – Tolvanen 2008, s. 228.

puhumaan määrätystä 'voimassa olevan oikeuden kannasta'. Tämä antaa tietysti myös oikeuskirjallisuudelle sen kaipaamaa tilaa omien suositusten esittämiseen.”³⁸⁶ Vuotta myöhemmin vuonna 2004 Lappi-Seppälä katsoi – todennäköisyystahallisuuteen viitaten –, että siltä osin kuin tunnusmerkistössä ei edellytetä tietoa, tunnusmerkistöerehdys on käsillä, jos ”tekijä arvelee olosuhteen pikemminkin jäävän täyttämättä kuin olevan käsillä”. Samanarvoisuustilanteessa kyse ei ole tahallisuudesta. Niissä tilanteissa, joissa kyse on tiedon puutteesta tai väärästä tiedosta, kyse olisi ennemminkin erehtymisestä kuin tahallisuuden puuttumisesta.³⁸⁷

Pekka Koponen on katsonut väitöskirjassaan vuodelta 2004, että olosuhdetahallisuuteen voidaan rikosoikeuden yleisten oppien uudistamisen jälkeenkin soveltaa tahtotahallisuutta. Tämä luonnollisesti edellyttää seuraustunnusmerkkien ja muiden tunnusmerkkien erottelua lakia sovellettaessa.³⁸⁸

Frände on rikosoikeuden yleisten oppien teoksessaan vuodelta 2005 katsonut edellytettävän, että ”tekijä on pitänyt olosuhteen olemassaoloa yhtä todennäköisenä kuin sitä, että olosuhde ei ole olemassa” (tasapainotahallisuus). Mikäli henkilö ei pyri tarkastamaan jotain tietoa, täytyy seikan olla hänelle yhtä todennäköinen kuin epätodennäköinenkin.³⁸⁹ Mikäli hän ei pidä jotain seikkaa yhtä todennäköisenä kuin sitä, että ko. seikka ei ole käsillä, (tasapaino)tahallisuus sulkeutuu pois.³⁹⁰

Matikkala on puolestaan katsonut, että suomen kielen selvillä olo -kriteeri (vrt. ruotsinkielinen *medveten*-kriteeri) ei näyttäisi mahdollistavan Fränden tulkintaa, vaan tulkinta johtaisi ”lievään analogiaan”.³⁹¹ Matikkala onkin todennut, että on vaikea kuvitella, miten olosuhteista tietoisuutta määrittelevä RL 4 luvun 1 §:ään sisältyvä vaatimus ”selvillä olostä” sijoittuisi ”varsin todennäköisen” alapuolelle todennäköisyyden askelmilla.³⁹²

Koposen tavoin ns. syyttäjälinjaua edustava Ritva Sahavirta on rahanpesurikoksia koskevassa väitöskirjassaan katsonut, että ainakin ko. rikosten tunnusmerkkisiin sisältyvien olosuhteiden osalta riittävää on, ”että tekijä suhtautuu hyväksyvästi tai ilmeisen välinpitämättömästi mahdollisuuteen, että omaisuus, jota hän ottaa vastaan, on rikoksella saatua.” Sahavirta on katsonut tällaisen tulkinnan olevan tekijän kannalta ennakoitavaa ja sisältävän toisintoimimismahdollisuus-

³⁸⁶ Lappi-Seppälä 2003, s. 781.

³⁸⁷ Lappi-Seppälä 2004a, s. 6 av. 100.

³⁸⁸ Koponen 2004, s. 113.

³⁸⁹ Frände 2005a, s. 134–135. Ks. myös Matikkala 2005, s. 524.

³⁹⁰ Frände 2005a, s. 139–140.

³⁹¹ Matikkala 2005, s. 250.

³⁹² Matikkala 2005, s. 245. Lisäksi hän on määritellyt tunnusmerkistöerehdyssäännöksen yleissäännökseksi ja seuraustahallisuutta sääntelevän RL 3 luvun 6 §:n seurauksia säänteleväksi erityissäännökseksi. Ks. tästä Matikkala 2005, s. 564.

den.³⁹³ Arvioidessaan erilaisia olosuhdetahallisuudelle annettuja määritelmiä Frände on tahtotahallisuuden osalta todennut, että toisin kuin esimerkiksi ”hyväksyvä suhtautuminen”, on ”välinpitämättömyys mielletyn mahdollisuuden suhteen” huomattavasti helpompi näyttää toteen. Asia ei Fränden mukaan ole kuitenkaan näin yksinkertainen. Hänen mukaansa ”[o]n kuitenkin suuri ero toisaalta siinä, että ollaan välinpitämättömiä tietyn olosuhteen olemassaolon suhteen, ja toisaalta siinä, että ollaan välinpitämättömiä sellaisen olosuhteen suhteen, joka on olemassa vain tietynasteisen todennäköisesti”.³⁹⁴

Tapanin ja Tolvasen mukaan ensimmäinen erehtymisen muoto, eli erehtyminen ”niiden seikkojen käsilläolosta, joita rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää”, tulee ratkaistavaksi tahallisuuskysymyksenä. Tiedollisten kysymysten osalta tulee vain poikkeuksellisesti turvautua erehdysoppiin. Eli jos henkilö ei pidä tunnusmerkistön täyttymiseen vaadittavia seikkoja edes varteenotettavana mahdollisuutena, hän ei ole selvillä niistä.³⁹⁵ Tapanin ja Tolvasen mukaan tunnusmerkistöerehdyksen varsinainen soveltamisala onkin erehtyminen tunnusmerkistön toteutumisen edellyttämistä seikoista. Näissä tilanteissa – kieltoerehdyksestä poiketen – tahallisuusvastuusta vapautuminen ei edellytä erehdyksen pitämistä anteeksiannettavana. Erehdyksen syntytavalla ei ole merkitystä, mutta luonnollisesti joudutaan arvioimaan sitä, onko väite erehtymisestä uskottava.³⁹⁶ Tapanin ja Tolvasen tapa erotella selvillä olo erehtymisestä on samansuuntainen kuin Lappi-Seppälän vuonna 2004 tekemä erottelu. Tapani on myös omissa kirjoituksissaan pohtinut tunnusmerkistöerehdyssäännöksessä ilmaistun ”selvillä olon” sisältöä tahallisuuden näkökulmasta ja päätynyt siihen, että tahallisuus täytyy, jos tekijän mielestä jonkin rikosoikeudellisesti relevantin toiseikan käsillä oloon on *varteenotettava mahdollisuus*. Mikäli tekijä pitää jotakin seikkaa varteenotettavan mahdollisena, mutta ryhtyy toimeen siitä huolimatta, tulee hänen toimintaansa väistämättä myös välinpitämättömyyden elementtejä.³⁹⁷

Myös Vihriälä on väitöskirjassaan asettunut kannattamaan varteenotettava mahdollisuus -kynnystä. Hänen mukaansa seuraustahallisuudelle asetettua kynnystä matalampaa kynnystä voidaan perustella sillä, että olosuhteen ollessa kyseessä tekijä voi tehdä selvityksiä, ja pitäessään tunnusmerkistöön liitettyä olo-

³⁹³ Sahavirta 2008, s. 174.

³⁹⁴ Frände 2010, s. 162–163.

³⁹⁵ Tapani – Tolvanen 2008, s. 244–245.

³⁹⁶ Tapani – Tolvanen 2008, s. 245–247.

³⁹⁷ Tapani 2010, s. 181–183. Vrt. Matikkala 2005, s. 474. Matikkala on katsonut, että välinpitämättömyystahallisuus soveltuu vain seurauksiin.

suhdetta vartenotettavana mahdollisuutena henkilön tulisikin motivoitua tekemään selvityksiä.³⁹⁸

Selvillä olon sisältöä on määritetty edellä mainittujen korkeimman oikeuden vuonna 2001 antamien ratkaisujen lisäksi muun muassa korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2005:126, jossa A oli merkinnyt kertausharjoituksen ajankohdan virheellisesti kalenteriinsa ja siitä syystä jäänyt saapumatta harjoitukseen. KKO katsoi, että ”A:n erehdys on siten johtunut hänen omasta huolimattomuudesta. Erehtyminen ajankohdasta merkitsee kuitenkin sitä, ettei A ole tahallaan jäänyt määräaikana saapumatta kertausharjoitukseen”. Tahallisuus sulkeutui pois ”A:n omasta syystä”. KKO kiinnitti huomiota myös siihen, että tunnusmerkistöerehdykseen ei liity samanlaista anteeksiannettavuuskriteeriä kuin kieltoerehdykseen. A:n katsottiin kuitenkin menetelleen huolimattomasti rikkomalla olosuhteiden edellyttämää ja häneltä vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta, jota hän olisi kyennyt noudattamaan. Käytännössä huolimaton menettely oli ilmennyt siinä, että A ei ollut riittävän huolellisesti tutustunut palvelukseenastumismääräykseen, ja tuottamuksellinen palvelusrikos oli täyttynyt, kun A oli jättänyt saapumatta kertausharjoitukseen.

Lisäksi korkein oikeus on edellä jo viitattujen ratkaisujen lisäksi antanut eräitä muitakin huumausainerikollisuutta koskevia ratkaisuja, joissa se on ottanut kantaa tunnusmerkistöerehdykseen ja olosuhdetahallisuuteen ja niihin liittyvään selonottovelvollisuuteen. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2006:64 korkein oikeus totesi ensinnäkin yllättävästi, että tunnusmerkistöerehdyssäänös ”koskee sekä seurausta että muita rikostunnusmerkistössä mainittuja seikkoja”.³⁹⁹ Ko. tapauksen osalta se totesi, että (kursivoinnit tässä):

”7. MT ja OT ovat väittäneet, etteivät he olleet selvillä repussa olleen huumausaineen laadusta ja siten sen vaarallisuudesta. Tämän johdosta Korkein oikeus toteaa *pitävänä* epäuskottavana, *ettei heillä olisi ollut todellista mahdollisuutta selvittää tai ainakin huomattavalla todennäköisyydellä arvata hallussa pitämänsä huumausaineen laatua*. Heidän saamansa toimeksiannon luonteeseen on kuitenkin kuulunut, että he täyttävät tehtävänsä kyselemättä, olipa repussa mitä huumausainetta tahansa. He ovat *saattaneet ymmärtää myös oman vastuunsa kannalta edulliseksi tietää repun sisällistä huumausaineesta mahdollisimman vähän*. Huumausaineen laatua koskevaa

³⁹⁸ Vihriälä 2012, s. 153–155.

³⁹⁹ Ratkaisun kohta 4. Ks. myös KKO 2001:13 (”A on kassia säilyttäessään ja sen C:lle luovuttaessaan pitänyt varsin todennäköisenä, että kassi sisälsi huumausaineita. Hänellä on siten ollut huumausainerikoksen edellyttämä tahallisuus.”) ja KKO 2001:117 (”Jotta hänet voitaisiin tuomita avunannosta huumausainerikokseen, hänen olisi kuitenkin täytynyt pitää varsin todennäköisenä, että A on salakuljettamassa Suomeen huumeita.”) sekä lääkevalmisteiden maahantuontiin liittyvä KKO 2001:97 (”Korkein oikeus katsoo, että A on lääkevalmisteet ostaessaan pitänyt varsin todennäköisenä, että ne on tuotu maahan salakuljettamalla. Sen vuoksi A:lla on ollut laittoman tuontitavaraan ryhtymisen edellyttämä tahallisuus.”).

tietämättömyyttä voidaan näissä olosuhteissa pitää heidän osaltaan jopa tarkoituksellisenä. Rikoslain 4 luvun 1 §:ssä tarkoitettua tunnusmerkistöerehdystä koskevaa säännöstä ei ole perusteltua tulkita niin, että tämänluonteinen tietämättömyys riittäisi poistamaan tahallisuuden huumausaineen laatua koskevalta osalta.

8. Hovioikeuden tuomiosta ilmeneviin teko-olosuhteisiin viitaten Korkein oikeus katsoo selvitetyn, että MT ja OT ovat *tiennet tai pitäneet varsin todennäköisenä*, että heidän hallussa pitämänsä huumausaine on ollut erittäin vaarallista ja että huumausainetta oli tavanmukaisina kerta-annoksina mitaten suuri määrä.”⁴⁰⁰

Todennäköisyyden kynnyksen lisäksi huomio kiinnittyy siihen, miten korkein oikeus on arvioinut selonottovelvollisuutta ja yleisemminkin ns. tahallisen tietämättömyyden merkitystä.

Aivan viime vuosien keskustelussa Frände on olosuhdetahallisuutta koskevassa artikkelissaan vuodelta 2010 ensinnäkin katsonut, että kaikki muu kuin seurauksen aiheuttaminen kuuluu olosuhteisiin. Seurausrikoksiksi hän on määritellyt muun muassa konkreettiset vaarantamisrikokset (esimerkiksi vaaran aiheuttaminen), kun taas tunnusmerkistötekijät ”on omiaan aiheuttamaan vahinkoa” ja ”on omiaan aiheuttamaan vaaraa” eivät ole seurauksia, vaan olosuhteita.⁴⁰¹ Toiseksi Frände on katsonut, että ratkaisulla KKO 2009:87 olosuhdetahallisuuden sisältö tuli ”lopullisesti lukkoon lyödyksi”.⁴⁰² Korkein oikeus totesi ratkaisussa (ratkaisun kohta 4), että ”[v]akiintuneen oikeuskäytännön mukaan lähtökohtaisesti edellytyksenä on ollut, että avunantaja pitää varmana tai ainakin varsin todennäköisenä, että päärikos tehdään ja että sen tunnusmerkistöön kuuluvat tosiseikat toteutuvat”. Johtopäätöksenä Frände on todennut olosuhdetahallisuuden olevan käsillä, jos tekijä on pitänyt ”olosuhteen olemassaoloa varmana tai varsin todennäköisenä.”⁴⁰³ *Varsin todennäköisen* on katsottu edustavan hie-man korkempaa todennäköisyyttä kuin *varteenotettava mahdollisuus*.⁴⁰⁴

Tapani on kuitenkin ollut ratkaisusta KKO 2009:87 sitä mieltä, että siinä ei määritellä olosuhdetahallisuuden alarajaa mihinkään suuntaan.⁴⁰⁵ Itsekään en

⁴⁰⁰ Ks. myös Tapanin ja Tolvasen (2008, s. 233–234) kommentit ratkaisusta.

⁴⁰¹ Frände 2010, s. 157 ja 164. Avunannon osalta Frände on katsonut, että avunantaja ei aiheuta päärikosta, vaan lisää sen tekemisen todennäköisyyttä. Avunantotahallisuus koskee siis seurauksen sijasta rikoksen muita olosuhteita. Ks. myös Lohse 2012, s. 210. Lohse on väitöskirjansa teemaan liittyen todennut, että ”terroristisessa valmistelussa ja edistämisessä edellytettävä abstraktisen vaaran etukäteistodennäköisyys uhkaa jäädä kategorisesti täyttymättä”.

⁴⁰² Frände 2010, s. 158.

⁴⁰³ Frände 2010, s. 165. Ks. myös Frände 2010, s. 164, jossa kirjoittaja on todennut sen seikan, että lievemmän lain periaatetta ei ratkaisussa arvioitu, vaikka teko oli tehty ennen 1.1.2004, osoittavan, että yleisten oppien uudistus ei tuonut muutosta ainakaan avunantotahallisuuteen.

⁴⁰⁴ Kukkonen 2010, s. 234. Ks. myös Tapani 2012, s. 617, jossa kirjoittaja on arvioinut olevan vaikeaa erottaa varteenotettavaksi mieltämistä pelkästä epäilystä.

⁴⁰⁵ Tapani 2010, s. 191–192.

olisi taipuvainen tekemään ratkaisusta kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä olosuhdetahallisuuden suhteen, koska ratkaisussa KKO 2009:87 ei ole ollut kyse tietoisuudesta jostain olemassa olevasta olosuhteesta, vaan tulevaisuudessa mahdollisesti muodostuvista olosuhteista. Tämä ilmenee ratkaisun kohdasta 8, jossa todetaan, että ”vastaajien toimia on arvioitava sen mukaan, ovatko he järjestelyihin osallistuessaan tienneet tai pitäneet varsin todennäköisenä sitä, että TJ:hin tullaan vastaisuudessa kohdistamaan jokin sellainen maksukyvyttömyysmenettely”.⁴⁰⁶ Voitaneen perustellusti väittää, että RL 4 luvun 1 §:n mukainen selvillä-olo tai erehtyminen olemassaolosta saattaa olla rikosoikeudellisesti eri asia kuin käsitys jonkun tulevan tapahtuman todennäköisyydestä.

Vuonna 2012 ilmestyneessä rikosoikeuden yleisten oppien perusteoksessa Frände näyttäisi hieman joustaneen vuonna 2010 julkaistussa artikkelissa ottamastaan varsin ehdottomasta kannasta, koska yksikään teeman kannalta merkittävä korkeimman oikeuden ratkaisu ei ole koskenut talousrikoksia, joihin olosuhdetahallisuuskysymykset vahvasti liittyvät.⁴⁰⁷ Aiemmin selostettujen ratkaisujen lisäksi Frände on viitannut RL 24 luvun 9 §:ssä kriminalisoitua kunnianloukkausta koskeneeseen ratkaisuun KKO 2010:88. Ratkaisun kohdassa 61 on todettu, että ”A:n tahallisuuden arvioinnissa jää keskeiseksi kysymys siitä, onko A:n täytynyt pitää varsin todennäköisenä, että hänellä ei ole ollut esitettävissä ohjelmassa esitettyjen väitteiden ja vihjausten tueksi riittäviä perusteita huomioon ottaen myös se, että hän on halunnut suojata lähteitään”.

Viitaten Fränden mainitsemaan varmuustahallisuuteen olosuhteiden osalta voidaan varmuustahallisuus myös Lappi-Seppälän mukaan – toisin kuin tarkoitustahallisuus – ulottaa olosuhteisiin. Toisin sanoen henkilö on varma teko-olosuhteiden käsilläolosta.⁴⁰⁸ Lappi-Seppälän mukaan olosuhteiden osalta tieto ja varmuus teko-olosuhteiden käsilläolosta onkin ”eräänlainen olosuhdetahallisuuden perusmuoto”, kun taas seurausten osalta varmuus tarkoittaa ”käytännöllistä varmuutta”. Seurausten osalta varmuus on aina luonnon lakeihin sidottua ja siten suhteellista.⁴⁰⁹

Yhteenvetona voitaneen todeta, että ”varsin todennäköinen” on vakiintumassa olosuhdetahallisuuden alarajaksi rikostyyppistä riippumatta. Korkein oikeus on ratkaisussa KKO 2012:66, joka koski RL 20 luvun 8 §:ssä kriminalisoitua seksikaupan kohteena olevan henkilön hyväksikäyttöä, todennut, että ostajan olosuhteita koskevan tietoisuuden olemassaolo arvioidaan sen perusteella, ”onko hän pitänyt varsin todennäköisenä, että seksipalveluja myyvä henkilö on seksikau-

⁴⁰⁶ Ks. myös ratkaisun kohta 11.

⁴⁰⁷ Frände 2012, s. 122–128, erit s. 127.

⁴⁰⁸ Lappi-Seppälä 2003, s. 782–783.

⁴⁰⁹ Lappi-Seppälä 2003, s. 784.

pan kohteena.”⁴¹⁰ Edelleen on huomattava, että korkein oikeus on lakivaliokunnan mietintöön 28/2002 viitaten vahvistanut, että tunnusmerkistöerehdystä koskeva säännös asettaa rajat olosuhdetahallisuuden määrittämiselle. Näyttäisi siis siltä, että tunnusmerkistöerehdyksen ja olosuhdetahallisuuden väliin ei jää selaista ”harmaata aluetta” kuin esimerkiksi Vihriälä on esittänyt.⁴¹¹

Erityisen olennaista on huomata, että korkein oikeus on ratkaisun KKO 2012:66 kohdassa 14 katsonut, että ”[l]ainkäytön yhtenäisyyden ja ennalta-arvattavuuden kannalta olisi myös varsin ongelmallista, jos tahallisuuden käsite vaihtelisi eri rikostyyppien kesken ilman vahvoja ja yhdenmukaisia perusteita”. Muotoilu jättää auki mahdollisuuden, että jossakin tilanteessa tällaiset perusteet ovat olemassa. Tällaisia perusteita saattaa olla käsillä esimerkiksi terrorismirikoksien ollessa kyseessä. Lohse onkin katsonut kansainvälisten velvoitteiden edellyttävän, että olosuhdetahallisuuden katsottaisiin näissä rikoksissa täyttyvän jo silloin, kun tekijä on pitänyt olosuhteen käsilläolona *varteenotettavana mahdollisuutena*.⁴¹²

Toisaalta vuonna 2013 annetuissa ratkaisussa ”varsin todennäköinen” -kynnyksen on nähty soveltuvan myös väärä ilmianto ja kunnianloukkaus- (KKO 2003:15)⁴¹³, yrityssalaisuuden väärinkäyttö (KKO 2003:17)⁴¹⁴ sekä sukupuoliseveellisyttä loukkaavan kuvan levittäminen -kriminalisointeihin (KKO 2013:55). Ratkaisun KKO 2003:17 kohdassa 33 korkein oikeus kuitenkin korosti, että vaikka tahallisuutta voidaan tilanteiden monimuotoisuuden johdosta joissakin tilanteissa arvioida eri lähtökohdista, tulee RL 4 luvun 1 §:n tunnusmerkistöerehdystä ja RL 3 luvun 7 §:n tuottamusta koskevat säännökset ottaa huomioon eikä rangaistavuuden alaa saa tosiasiallisesti laajentaa vakiintuneesta tasosta. Viimeksi mainitun osalta ratkaisun kohdassa 30 on aiheellisesti korostettu tuotamuksen sisältöä tahallisuuden alarajan määrittämisessä.

Hieman yllättäen korkein oikeus on kuitenkin virkarikoksia koskeneessa ratkaisussaan KKO 2013:6 todennut, että (kursivoinnit tässä):

⁴¹⁰ Ratkaisun kohta 16.

⁴¹¹ Ratkaisun kohta 15. Ks. Vihriälä 2012, s. 151–153, jonka mukaan tunnusmerkistöerehdyksen toteutuminen (ei-selvillä/ei-tahallinen) määrittää vain alarajan oikeuskäytännön määrittäessä olosuhdetahallisuuden. KKO:n ratkaisun perusteluista tältä osin ks. myös Tapani 2012, s. 611.

⁴¹² Lohse 2012, s. 211. Ks. myös Lohse 2012, s. 204–205.

⁴¹³ Ks. erit. ratkaisun kohta 21, jossa korkein oikeus on katsonut, että ”ei ole perusteltua katsoa, että A olisi varmasti tai ainakin varsin todennäköisesti pitänyt poliisille antamia tietoja väärinä tai ettei hänellä olisi ollut vahvoja perusteita pitää tapahtumakuvaustaan totena”.

⁴¹⁴ Ks. erit. ratkaisun kohta 34. Kyseessä oli äänestysratkaisu, jossa eri mieltä olleet esittelijä ja oikeusneuvokset katsoivat vastaajan pitäneen vallinnutta olosuhdetta varteenotettavana mahdollisuutena. Tästä huolimatta vastaaja ei ollut pyrkinyt ennemmalti selvittämään asiantilaa ja oli siten suhtautunut olosuhteen olemassaoloon ”hyväksyvästi tai ainakin ilmeisen välinpitämättömästi”. Kannanotossa siis yhdistyi *varteenotettava mahdollisuus* rajanvetokriteerinä tahallisuuden volitiiviseen elementtiin. Ks. tästä myös Tapani 2012, s. 608–609 (ks. myös av. 11).

”14. Poliisimiehen toimimisvelvollisuudet ja toimivaltuudet ovat laajat myös hänen vapaa-aikanaan. Kun virka-aseman väärinkäyttäminen on rangaistava kuitenkin vain tahallisen tekona, on perusteltua edellyttää, että virkatehtävä, johon poliisimiehen väitetään tietyllä menettelyllään vapaa-aikanaan ryhtyneen ja jossa virka-aseman väärinkäyttämisen väitetään tapahtuneen, on *selvästikin merkinnyt* julkisen vallan käyttöä, ja vastaavasti, että sellainen poliisimiehen toimimisvelvollisuus, jonka hänen väitetään laiminlyöneen, on ollut *riittävän selvä*.”

Epäselväksi jää, onko korkein oikeus halunnut asettaa virkarikoksiin liittyvälle olosuhdetahallisuudelle korkeamman kynnyksen kuin ns. yleisille rikoksille. Voidaanhan lähtökohtaisesti pitää selvänä, että ainakin toimimisvelvollisuuden käsilläolo ja ilmeisesti myös julkisen vallan käyttö ovat ennemminkin olosuhteita kuin seurauksia.

Lopuksi voidaan kiinnittää huomiota myös Tapanin havaintoon siitä, että esimerkiksi talousrikostunnusmerkistöihin sisältyy usein sekä olosuhteisiin että seurauksiin liittyviä rangaistavuuden edellytyksiä. Veropetosesimerkin avulla Tapani on osoittanut, että eri tahallisuuskynnyksen soveltaminen eri tekijöihin saattaisi johtaa ratkaisujen sisällöllisiin epäloogisuuksiin. Lisäksi tulkinta saattaisi johtaa erilaisiin tahallisuusmääritelmiin jopa talousrikosoikeuden piirissä, mikä puolestaan vaarantaisi ennakoitavuutta ja lainkäytön yhtenäisyyttä. Johtopäätöksensä Tapanikin on päättänyt suosittamaan todennäköisyystahallisuutta – ja nimenomaan varsin todennäköinen -kynnystä – olosuhdetahallisuuden rajanvetomalliksi.⁴¹⁵

2.5.1.2 *Selonottovelvollisuus*

Tunnusmerkistöerehdyksen yhteydessä on keskusteltu myös mahdollisen selonottovelvollisuuden laajuudesta. Nuotion ja Majasen mukaan henkilön on sitä ponnekkaammin pyrittävä selvittämään tietyn olosuhteen olemassaolo, mitä vahvemmat perusteet antavat epäillä seikan olemassaoloa.⁴¹⁶ Koponen on pitänyt perusteltuna myös edellyttää tunnusmerkistöittäin tarkemmin yksilöitävää selonottovelvollisuutta. Koposen sanoin ”[s]elonottovelvollisuus voidaan asettaa sitä korkeammaksi, mitä yksilöidymmästä ja merkityksellisemmästä tiedosta on kysymys”.⁴¹⁷

Matikkala puolestaan pitää tahallisuuteen liitettyä selonottovelvollisuutta josain määrin ongelmallisena tunnusmerkistöerehdyksen näkökulmasta. Hän on

⁴¹⁵ Tapani 2012, s. 613–615 ja 618.

⁴¹⁶ Nuotio – Majanen 2003, s. 56.

⁴¹⁷ Koponen 2004, s. 120. Koposen mukaan selonottovelvollisuuden perustaminen todennäköisyystahallisuuteen olisi huomattavasti hankalampaa.

todennut osuvasti, että ”selonottovelvollisuuden laiminlyönti viittaa tilaan, joka on kutakuinkin selvillä olemisen vastakohta”.⁴¹⁸ Toisaalta jos henkilö luottaa siihen, että joku olosuhde ei ole käsillä, hänen välinpitämättömyydellään ei tulisi olla merkitystä.⁴¹⁹ Tapani ja Tolvanen ovat puolestaan viitaten korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2007:78 katsoneet, että hovioikeuden käyttämä tapa perustella auton liikuttamisen tahallisuus todennäköisyydellä ei ollut oikea. He ovat todenneet, ”että henkilö joko tietää kuljettavansa autoa tai jos hän ei sitä tiedä, kysymys ei ole tahallisuudesta.” Tiedon hankkimisen (selonottovelvollisuuden) laiminlyönti ei voi perustaa tahallisuusvastuuta.⁴²⁰

Kysymys on ilmeisen hankala. Viitaten korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2012:66, jos henkilö pitää jonkun olosuhteen käsillä oloa hyvinkin mahdollisena, mutta ei varsin todennäköisenä, eikä siitä huolimatta edes pyri ottamaan selvää asian tilasta, voidaanko häneen tämän selonottovelvollisuuden laiminlyönnin johdosta soveltaa alempaa tahallisuuden kynnystä. Ainakaan mikään mainitussa ratkaisussa lausuttu ei viittaa tähän – ennemminkin päinvastoin. Kysymykseen palataan myöhemmin kieltoerehdyksen yhteydessä, mutta joka tapauksessa voidaan yhtyä Koposen ja nyttemmin myös korkeimman oikeuden näkemykseen, että tunnusmerkistöerehdys ja tahallisuusarviointi eivät saisi johtaa erilaiseen johtopäätökseen. Jos tahallisuusvaatimukseen kytketään selonottovelvollisuus, ei tunnusmerkistöerehdyssäännöksen vaatimus selvillä olostä voi johtaa erilaiseen lopputulokseen.⁴²¹ Voidaan perustellusti kysyä, voidaanko tiedon puutteen ja erehtymisen tilanteita arvioida eri tavalla.

2.5.1.3 Tunnusmerkistötekijöistä

Tunnusmerkistöerehdys voi kohdistua teko-objektiin (vaarannettu tai loukattu etu tai tila) tai olosuhteisiin, ”joiden käsillä ollessa teko-objektin loukkaaminen tai vaarantaminen on kriminalisoitu.”⁴²² Tunnusmerkistöerehdyssä koskevassa säännöksessä käytetty ilmaisu ”olla selvillä” kattaa hallituksen esityksen mukaan sekä aisteihin perustuvat havainnot että normatiivisten tunnusmerkkien sisällön ymmärtämisen. Tilanne on juridisesti monimutkainen niissä tilanteissa, joissa tunnusmerkistötekijän käsilläolo on arvosidonnaista. Näissä tapauksissa

⁴¹⁸ Matikkala 2005, s. 248.

⁴¹⁹ Matikkala 2005, s. 525. Kirjoittaja toteaa, että ”[k]evytmielisyyttä onkin usein pidetty tyypillisenä pikemminkin tuottamukselle kuin tahallisuudelle”.

⁴²⁰ Tapani – Tolvanen 2008, s. 227. Ks. myös Tapani 2012, s. 611.

⁴²¹ Koponen 2004, s. 122.

⁴²² Lappi-Seppälä 2004a, s. 5.

tulee arvioitavaksi, kuinka hyvin tekijän ja oikeusjärjestyksen edustamat käsitkset vastaavat toisiaan.⁴²³

Kuvaavien ja normatiivisten tunnusmerkkien erotteluun on suhtauduttu varauksella jo 1970-luvulta lähtien. Anttila ja Heinonen katsoivat erottelun keinotekoiseksi, koska myös kuvaaviin käsitteisiin liittyi usein yhteiskunnallisia arvovaruksia.⁴²⁴ Matikkalan mukaan hallituksen esitys 44/2002 vp ei puolestaan tarjoa juurikaan välineitä tunnusmerkistöerehdyksen alaan kuuluvien oikeudellisten olioiden ja kieltoerehdyksen erottamiseen toisistaan.⁴²⁵ Myös Tapani on kritisoinut kuvattua erottelua ja todennut sen johtavan ”käsitteelliseen sekamelskaan”, joka puolestaan johtaa vaikeuksiin erottaa toisistaan tahallisuuden kohde, tunnusmerkistöerehdys ja kieltoerehdys. Hän onkin todennut, että useimpia soveltamiserehdystilanteita olisi mahdollista arvioida tahallisuuden näkökulmasta.⁴²⁶ Toisaalta erottelun vaikeus vie perustaa pois Vihriälän näkemykseltä, jonka mukaa epävarmuus liittyy aina seuraukseen, mutta olosuhde joko on käsillä tai ei ole, mikä voidaan selvittää toimimalla selonottovelvollisuuden mukaisesti. Mahdollista on myös selonottovaikeuksien johdosta luopua toimesta.⁴²⁷

Jatkokehittelyjä silmällä pitäen on tunnusmerkistöerehdystä koskevan säännöksen asiallisen soveltamisalan osalta syytä viitata Matikkalaan, jonka mukaan ”[e]rehdys negatiivisista seikoista, jotka toteuttavat tunnusmerkistön, on tunnusmerkistöerehdys”, kun taas ”erehdys negatiivisista seikoista, jotka toteuttavat oikeuttamisperusteen, on vastuusta vapauttavaa seikkaa koskeva erehdys”.⁴²⁸ Hänen mukaansa ainakaan tunnusmerkistöerehdystä koskeva säännös ei tahallisuuden näkökulmasta edellytä tietoisuutta ”oikeuttamisperusteiden ei-käsilläolosta”. Matikkala pitää tällaistakin tulkintaa mahdollisena analogisesti syytetyn eduksi.⁴²⁹ Asia ei ole kuitenkaan aivan näin yksinkertainen. Matikkala on maininnut esimerkkeinä tunnusmerkeistä, jotka näyttävät ”imevän sisäänsä” oikeutta-

⁴²³ HE 44/2002 vp, s. 105. Ks. myös Lappi-Seppälä 2004a, s. 6–7. Tunnusmerkkien jakamisesta objektiivisiin ja subjektiivisiin, deskriptiivisiin ja normatiivisiin sekä positiivisiin ja negatiivisiin ks. Matikkala 2005, s. 543–544. Ks. myös Matikkala 2005, s. 553–554. Pohjoismaisessa kirjallisuudessa Waaben on jaotellut tunnusmerkistöissä käytettävät ilmaukset seuraavasti: selkeästi kuvaavat (*klart deskriptive*), määrällisesti epäselvät (*kvantitativt uskarpe*), päivittäiskäytössä vakiintuneet ilmaukset (*dagligsprogets konventionelle udtryk*), erityisterminologia (*specialfaglig terminologi*), moraalisesti tai tunnearvoltaan latauneet ilmaukset (*moralsk eller følelsesmæssigt vurderende udtryk*), oikeudellisesti määritetyt ilmaukset (*retligt kvalificerede udtryk*), oikeudelliset standardit (*retlig standard*) ja legaalimääritelmät (*legale definitioner*). Ks. tästä Waaben 2011, s. 93–95.

⁴²⁴ Anttila – Heinonen 1975, s. 15. Ks. erottelusta vanhemmassa kirjallisuudessa esim. Honkasalo 1965, s. 144–145.

⁴²⁵ Matikkala 2005, s. 244.

⁴²⁶ Tapani 2010, s. 180–181. Faktojen ja normien erottamisen tärkeydestä tuomion perustelujen näkökulmasta ks. Huovila 2005, s. 16.

⁴²⁷ Vihriälä 2012, s. 156–157.

⁴²⁸ Matikkala 2005, s. 548.

⁴²⁹ Matikkala 2005, s. 548.

misperusteita, muun muassa eräissä tunnusmerkistöissä käytetyt ”oikeudettomasti”- ja ”laittomasti” -termit.⁴³⁰ Esimerkiksi RL 24 luvun 1 §:n (kotirauhan rikkominen) nojalla rangaistaan sitä, joka *oikeudettomasti* tunkeutuu toisen koitiin. Oikeuskirjallisuudessa on erikseen todettu, että oikeudetonta ei ole poliisin toimivaltanormeihin perustuva tunkeutuminen toisen asuntoon.⁴³¹

Samanlainen maininta ”oikeudettomuudesta” on löydettävissä myös viestintäsalaisuuden loukkauksen kriminalisoivasta RL 38 luvun 3 §:stä. Muun muassa telekuuntelua ja teknistä tarkkailua koskevia säännöksiä sisältänyt hallituksen esitys 22/1994 vp viittasi viestintäsalaisuuden loukkaamista koskevaan kriminalisointiin, joka kielsi oikeudettoman salakuuntelun. Hallituksen esityksen perusteluista voidaan päätellä, että poliisin toimittama salainen kuuntelu täyttäisi rikoksen tunnusmerkistön, ellei tähän olisi lakiin kirjattua valtuutusta. Hallituksen esityksen mukaan poikkeuksen saattaisi muodostaa pakkotila. Kyse on siis ajasta, jolloin teknisestä tarkkailusta oltiin ensi kertaa säätämässä laissa.⁴³² Mainittua hallituksen esitystä kirjattaessa oltiin vielä selkeästi tilanteessa, jossa toimivallan rajoja määritettiin osin suoraan rikoslain ja hallitusmuodon säännöksistä ilman nimenomaista toimivaltalainsäädäntöä.⁴³³

Uudemmassa oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että asianmukaiseen lupaan perustuva telekuuntelu tai -valvonta ei ole RL 38 luvun vastaista⁴³⁴, mutta hallituksen esityksen 222/2010 vp teknistä tarkkailua koskevissa perusteluissa on jälleen lähdetty harhailemaan rikostunnusmerkistöjen alueelle. Siinä on katsottu, että teknistä kuuntelua ja teknistä katselua koskevien toimivaltasäännösten suhde RL 24 luvun 5 §:n (salakuuntelu) ja 6 §:n (salakatselu) kriminalisointeihin on ollut epäselvä. Epäselvyyden poistamistarkoituksessa ja ”selvyyden vuoksi” vuonna 2014 voimaan tulevan UPKL 10 luvun 16 ja 19 §:ään on kirjattu, että pakkokeinoja voidaan käyttää mainittujen rikoslain säännösten estämättä eikä lain mukaan toteutettu tekninen kuuntelu tai tekninen katselu ole tapahtunut rikoslain tarkoittamalla tavalla ”oikeudettomasti”.⁴³⁵ Valiokuntakäsittelyssä vastaava maininta lisättiin myös tarkkailua sääntelevään UPKL 10 luvun 12 §:ään.⁴³⁶

⁴³⁰ Matikkala 2005, s. 549–550. Matikkalan mukaan saksalaisessa doktriinissa on päädytty siihen, että ko. termit eivät tarkoita oikeuttamisperusteiden siirtymistä oikeudenvastaisuudesta tunnusmerkistön mukaisuuteen, vaan tunnusmerkistön näkökulmasta tulisivat arvioitavaksi ”erityiset oikeudenvastaisuusnäkökohdat”. Pohjoismaisessa kirjallisuudessa on puhuttu oikeusvastaisuuden kaksoisfunktioista. Ns. objektiivisten oikeuttamisperusteiden lisäksi on viitattu mm. juuri kuvattunkaltaisiin muotoiluihin tunnusmerkistöissä – ”trods formel typicitet foreligger en materiel atypicitet”. Ks. tästä Waaben 2011, s. 65.

⁴³¹ Majanen – Nuutila 2009a, s. 638.

⁴³² HE 22/1994 vp, s. 11. Ks. myös HE 22/1994 vp, s. 12.

⁴³³ HE 22/1994 vp, s. 10–12.

⁴³⁴ Ks. Rautio 2009, s. 1033 ja 1037–1038.

⁴³⁵ HE 222/2010 vp, s. 118. Ks. myös Majanen – Nuutila 2009a, s. 649.

⁴³⁶ LaVM 44/2010 vp, s. 26 ja 47.

Hallituksen esityksen yksityiskohtaisissa perusteluissa puolestaan on todettu, että ”teknisen kuuntelun yhteydessä ei syyllistytä salakuunteluun, kunhan kyseistä salaista pakkokeinoa käytetään asianmukaisesti. Tämä tarkoittaa sitä, että päätös teknisen kuuntelun käyttämisestä on syntynyt oikeassa järjestyksessä ja että kuuntelua käytetään lainmukaisesti.”⁴³⁷ Tällainen muotoilu vastaa paremmin omaa näkemystäni. Samansuuntaisesti on lausuttu myös teknisen katselun osalta, ja lisäksi on korostettu pakkokeinojen käyttöä ohjaavien periaatteiden merkitystä ”silloin, kun teknistä katselua toteutetaan tavalla, joka ilman toimivaltuutta tarkoittaisi salakatseluun syyllistymistä”.⁴³⁸ Samanlaiseen ratkaisuun on päädytty esitutkinta- ja pakkokeinolakien rinnalla valmistellussa poliisilaissa.⁴³⁹

Voidaanko edellä kerrotusta siis päätellä, että ko. pakkokeinot ovat ”oikeudettomuus”-kriteeriä lukuun ottamatta lähtökohtaisesti tunnusmerkistönmukaisia ja poliisimies käyttäessään pakkokeinoja jollakin tavoin lain vastaisesti – oikeudettomasti – syyllistyy RL 24 luvussa kriminalisoituun tekoon. Käytännössä tämä tarkoittaisi sitä, että täysin säännösten mukaisen toimivallan käytön ja ns. yleisenä rikoksena kriminalisoidun menettelyn väliin ei jäisi mitään aluetta, jossa esimerkiksi sovellettaisiin ainoastaan virkarikos- tai muita virkavastuusäännöksiä tai ei edes näitä. Näin yksioikoinen tulkinta tuskin on kuitenkaan oikea. Tältä osin voidaan viitata 1.8.2011 voimaan tulleeseen pakkokeinolain säännökseen (871/2011), jonka perusteella kotietsintä voidaan saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi. Mikäli mainittuja ”oikeudettomasti”- tai ”laittomasti”-tyyppisiä kriteerejä tulkittaisiin siten kuin hallituksen esityksessä 222/2010 vp näyttäisi tehdyn, johtaisi tuomioistuimen päätös kotietsintämenettelyssä tapahtuneista puutteista tai menettelyvirheistä väistämättä teon arviointiin myös kotirauhan rikkominen -kriminalisoinnin näkökulmasta. Tällaista tulkintaa ei voida pitää perusteltuna, kun otetaan huomioon, että muun muassa vähäiset virkavelvollisuuden rikkomiset on suljettu tunnusmerkistön ulkopuolelle. Näyttäisi siis siltä, että vaikka menettely kotietsinnällä ei ole ollut täysin ”asianmukaista”, kyse ei väistämättä ole sen enempää virkarikoksesta kuin kotirauhan rikkomisestakaan. Myöhemmin tutkimuksen kuudennessa pääjaksossa palataan siihen kysymykseen, voidaanko tällaisen ”puskurivyöhykkeen” katsoa olevan olemassa niissä tapauksissa, joissa menettelyyn soveltuvassa rikossäännöksessä ei ole ”oikeudettomasti”- tai ”laittomasti”-tyyppisiä kriteerejä.

Hieman erityyppistä sääntelyä edustaa RL 25 luvun 6 §, jossa on säädetty rangaistavaksi tuottamuksellinen vapaudenriisto. Säännöksen 1 momentin mukaan rangaistavaa on aiheuttaa huolimattomuudesta toiselle vapaudenriisto. Oi-

⁴³⁷ HE 222/2010 vp, s. 328.

⁴³⁸ HE 222/2010 vp, s. 332. Ks. myös HE 222/2010 vp, s. 346–347.

⁴³⁹ Ks. HE 224/2010 vp, s. 35, 105 ja 108.

keuskirjallisuuden mukaan 1 momentti koskee tilanteita, joissa henkilö ”ei havaitse riistäneensä toiselta vapauden, vaikka hän olisi voinut ja hänen olisi pitänyt se havaita”. Kirjallisuudessa on todettu momentin koskevan esitutkinta- ja täytäntöönpanoviranomaisia.⁴⁴⁰ Pykälän 2 momentin mukaan

”tuottamuksellisesta vapaudenriistosta tuomitaan myös se, joka oikeudettomasti, pitäen sitä oikeutenaan, riistää toiselta vapauden, jollei teko huomioon ottaen sen aiheuttama haitta tai vahinko ole vähäinen”.

Tällä viitataan tilanteisiin, joissa henkilö luulee olevansa oikeutettu vapaudenriistoon, vaikka näin ei olekaan. Esimerkkinä on mainittu jokamiehen kiinniotto-oikeuden liian laaja käyttäminen. Näissä erehdystilanteissa puuttuu tahallisuus, mutta vastuu tuottamuksellisesta teosta on mahdollinen.⁴⁴¹ Matikkala on muun muassa esitöiden lausumiin viitaten katsonut, että 2 momentti koskee nimenomaan oikeudellisen erehdyksen tilanteita, kun taas tosiasiaerehdykset kuuluvat 1 momentin soveltamisalaan. Huomattakoon myös, että erehtynyt tekijä saattaa Matikkalan mukaan vapautua vastuusta kokonaan RL 4 luvun 2 §:ssä tarkoitetun kieltoerehdyksen johdosta.⁴⁴² Tämän perusteella voitaneen esittää, että itse asiassa nimenomaan 2 momentti tulee useimmiten sovellettavaksi viranomais-toiminnassa.

2.5.1.4 Tietoisuuden heijasteet poliisitoimintaan

Kysymys ”oikeudettomasti”- ja ”laittomasti”-kriteerien merkityksestä nousee esille myös tahallisuuden ulottuvuudessa. Ratkaisevaa on, millaista tietoisuutta tällaisen kriteerin olemassaolosta edellytetään. Jos esimerkiksi poliisimieheltä edellytettäisiin (varmaa) tietoutta siitä, *ettei* hän toimi ”oikeudettomasti” tai ”laittomasti”, rajoittaisivat esimerkiksi huumausainerikos- ja kotirauhan rikkomisen -kriminalisoinnit tosiasiallisesti merkittävästi toimivallan käyttöä.

⁴⁴⁰ Majanen – Nuutila 2009b, s. 696. Ks. myös RL 25 luvun 1 §, jonka mukaan vapaudenriistona rangaistavaa on esimerkiksi toisen sulkeminen jonnekin *oikeudettomasti*. Tältäkin osin oikeuskirjallisuudessa on viitattu lailliseen viranomaistoimintaan. Ks. tästä Majanen – Nuutila 2009b, s. 685.

⁴⁴¹ Majanen – Nuutila 2009b, s. 697. Ks. vanhemmasta oikeuskäytännöstä KKO 1966-II-33 (Laiton vangitseminen): ”Poliisikonstaapelit, jotka ollessaan suorittamassa partiointia poliisiautolla olivat ottaneet kaupungin keskustassa jonkin verran päihtyneenä tapaamansa henkilön autoonsa sekä kuljettaneet hänet kaupungin ulkopuolelle ja jättäneet sinne, tuomittiin rangaistukseen yksin teoin tehdyistä laittomasta vangitsemisesta ja taitamattomuudesta tehdystä virkavirheestä.”

⁴⁴² Matikkala 2010b, s. 338–340. Tältä osin kirjoittaja on viitannut korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2009:38, jossa oli mukana myös virkarikosulottuvuus tuottamuksellisen vapaudenriiston lisäksi. Ks. myös HE 94/1993 vp, s. 110.

Lähtökohtaisesti tahallisuuden tulee kuitenkin kattaa kaikki yksittäiseen tunnusmerkistöön sisältyvät seikat ja ”[r]angaistusvastuuseen vaaditaan, että tekijällä on tieto tunnusmerkistössä tarkoitetuista olosuhteista”.⁴⁴³ Fränden mukaan tahallisuus kattaa myös oikeudenvastaisuuden siinä tarkoituksessa, että henkilön ”tulee lähtökohtaisesti mieltää, ettei tilanteeseen liity toiminnan sallituksi tekevää perustetta”⁴⁴⁴, mutta toisaalta ”teon oikeudellinen ominaisuus rikoksena jää tahallisuuden ulkopuolelle.” Myöskään anteeksiannon perusteena olevat tosiasialliset olosuhteet eivät välttämättä ole tahallisuuden kohteena.⁴⁴⁵ Poliisitoiminnan osalta Fränden erottelua voidaan yrittää hahmottaa yleisemminkin kysymällä, onko käsiteltävässä tapauksessa kyse siitä, että:

1. virkamies toimiessaan väärin luulee toimivansa tunnusmerkistön mukaisuuden poistavan toimivaltasäännöksen mukaisesti eikä hän siten miellä, ettei tilanteeseen liity toiminnan sallituksi tekevää perustetta, vai siitä, että
2. virkamies toimiessaan väärin ei tunnista menettelynsä oikeudellista ominaisuutta rikoksena.

Tässä mielenkiinnon kohteena ovat nimenomaan ensimmäiseksi mainitut tilanteet. Fränden esimerkin mukaisesti tahallisuuden tulee kattaa esimerkiksi kotirauhan rikkomissäännöksessä käytetty ilmaus ”oikeudettomasti”.⁴⁴⁶ Tämän näkemyksen vahvistaa Turun hovioikeuden poliisitoimintaa koskeva ratkaisu 13.10.2006 nro 2224, jossa se katsoi, että ”[t]ahallisuuden on koskettava myös kotirauhan piiriin tunkeutumisen oikeudettomuutta. Tekijän on siten joko tiedettävä, että tunkeutuminen on oikeudetonta tai ainakin pidettävä sitä varsin todennäköisenä.”

Toisaalta oikeuskirjallisuudessa on vanhastaan katsottu, että *tietoisuus blankeettinormista* on edellytys tahallisesta virkarikoksesta tuomitsemiselle. Muu ratkaisu johtaisi liian ankaraan vastuuseen. Tullakseen tuomituksi tahallisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta virkamiehen tulee siis olla tietoinen virkavelvollisuutensa rikkomisesta. Tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta tuomitseminen puolestaan edellyttää, että ”virkamiehen olisi pitänyt ja että hän olisi voinut tietää rikkovansa virkavelvollisuuttaan”. Toki virkarikoksen tuottamuksellisuus voi perustua myös itse teon johtumiseen varomattomuudesta tms.⁴⁴⁷ Samoin Ruotsissa vastuu tahallisesta rikoksesta sulkeutuu Jareborgin mukaan

⁴⁴³ Frände 2012, s. 122.

⁴⁴⁴ Frände 2012, s. 105.

⁴⁴⁵ Frände 2012, s. 108.

⁴⁴⁶ Frände 2012, s. 107.

⁴⁴⁷ Viljanen 1990, s. 481–482. Ks. myös voimankäytön osalta Ruotsin oikeustilasta Norée 2004, s. 36–37.

pois tosiasioista erehtymisen lisäksi myös tilanteissa, joissa erehdys kohdistuu virkavelvollisuuksien ja toimivaltuuksien sisältöön.⁴⁴⁸

Suomessa korkein oikeus on käsitellyt teemaa ratkaisussa KKO 2008:90, jossa arvioitiin, oliko kärjätuomari syyllistynyt tahalliseen virkarikokseen hankkiessaan ”kantajaa koskeneen rikosrekisterin otteen tiedustelematta asianosaisen kantaa todisteen hankkimisesta ja varaamatta näille tilaisuutta lausua todisteen merkityksestä asiassa. Rikosrekisterin otteesta ilmeneviä tietoja oli sisällytetty kärjäoikeuden tuomion perusteluihin.” Ratkaisun kohdassa 7 on yksiselitteisesti todettu, että (kursivoinnit tässä): ”Tahallisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta tuomitseminen edellyttää, että tuomari on arvioitavana olevassa tilanteessa *tarkoittanut menetellä lain vastaisesti tai että hänen on ainakin täytynyt mieltää menettelevänsä lain vastaisesti.*” Edelleen kohdassa 8 on lausuttu, että vaikka tuomari on tuntenut relevantit oikeudenkäymiskaaren säännökset, ”ei kuitenkaan ole tehtävissä sellaista päätelmää, että X olisi nyt kysymyksessä olevassa asiassa sinänsä virkavelvollisuuksiensa vastaisesti menetellessään toiminut *tarkoituksellisesti tai tietoisesti lakia rikkoen.*” Rangaistusvaatimus katsottiin perusteettomaksi, koska se koski vain tahallista tekoa. X:n katsottiin sinänsä rikkoneen virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin perustuvan virkavelvollisuutensa.⁴⁴⁹

Tapani on mainitun ratkaisun osalta todennut ensinnäkin, että rikosoikeudellinen vastuu virkavelvollisuuden rikkomisesta ei voi perustua pelkästään normin vastaiseen toimintaan, vaan myös tahallisuutta on edellytettävä.⁴⁵⁰ Toisaalta hän on myös muistuttanut siitä, että jos tulkinnanvaraisia säännöksiä tulkitaan harvintavallan rajoissa, *tunnusmerkistö ei täyty.*⁴⁵¹ Vihriälä on korostanut KKO:n ratkaisun osalta sitä, että erotuksena talousrikollisiin tuomarilta *puuttui hyötymistarkoitus tai tarkoitus vahingoittaa epäiltyä.* Toisaalta hän on korostanut tuomarin *velvollisuutta ratkaista* asiat, vaikkei hän olisi varma ratkaisun oikeellisuudesta. Päätelmänä Vihriälä onkin esittänyt, että ”[t]uomarin tahallisuus edellyttää, että hän tahallaan toimii normien vastaisesti”.⁴⁵² Nämä huomiot ovatkin ensiarvoisen tärkeitä. Tolvanen on oikeustapauskommentaarissaan puolestaan päätenyt siihen, että ratkaisussa on ensisijaisesti ollut kysymys RL 40 luvun

⁴⁴⁸ Jareborg 2001, s. 343. Tosin Jareborg on myös todennut: ”Är ett missförstånd ”försvarligt”, kan inte dömas för vare sig uppsåts- eller oaksamhetsbrott; är det inte ”försvarligt” kan dömas för oaksamhetsbrott. Men denna försvarslighetbedömning gäller personligt culpa dvs. ”försvarlig” betyder här ”ursäktlig”; frågan gäller inte omedelbart tillämpiligheten av försvarligheten i PolisL 10 § eller BrB 24:2.”

⁴⁴⁹ Ratkaisun kohta 5. Ks. myös KKO 2008:95 (erityisesti ratkaisun kohdat 19–27) ja Viljanen 2009a s. 160–161 sekä Vihriälä 2012, s. 285–286 kommentit ratkaisusta.

⁴⁵⁰ Tapani 2010, s. 199.

⁴⁵¹ Tapani 2010, s. 203.

⁴⁵² Vihriälä 2012, s. 281–283.

9 §:n tulkinnasta, eikä siitä tule tehdä pitkälle meneviä yleisen tason johtopäätöksiä tahallisuuden ja kieltoerehdyksen suhteesta.⁴⁵³ Se johtopäätös ratkaisusta voitaneen kuitenkin tehdä, että kaikkia oikeuserehdyksiä ei voida yksiselitteisesti arvioida ainoastaan kieltoerehdyksen näkökulmasta.

Tapani on esittänyt myös tämän tutkimuksen kannalta mielenkiintoisia näkemyksiä *soveltamiserehdyksen* ratkaisemistavoista. Arvioidessaan korkeimman oikeuden ratkaisua KKO 2008:119 on Tapani viitannut siihen virkatoiminnassakin varsin yleiseen tilanteeseen, että henkilö toimii kiistatta tahallisesti sillä tavoin ymmärrettynä, että hänen toimintansa on intentionaalista ja hän tietää yksityiskohtaisesti, mitä on tekemässä, mutta epäselvää on, onko henkilö ymmärtänyt menettelynsä täyttävän rikoksen tunnusmerkistön. Kyseessä on siis laissa sääntelemätön soveltamiserehdys, joka tyypillisesti ymmärretään yhdyntyyppiseksi kieltoerehdykseksi. Tapani olisi kuitenkin taipuvainen ratkaisemaan tällaiset tilanteet jo tunnusmerkistön mukaisuuden objektiivisella puolella. Viitaten korkeimman oikeuden mainittuun ratkaisuun Tapani kehottaa kysymään, onko tekijä voinut *kohtuudella ennakoida* (hänelle vastaisen) lopullisen laintulkinnan. Arvioinnissa on toki otettava huomioon mm. viranomaisten aiemmat reaktiot tapahtumiin ja sääntelyn vaikeaselkoisuus (esim. viittaustekniikasta johtuva). Tapanin lopputulema tässä asiassa oli, että korkeimman oikeuden arvioitavana ollut henkilön A menettely ei täyttänyt tunnusmerkistöä.⁴⁵⁴ Osa kieltoerehdyksen alaan kuuluvista soveltamiserehdyksistä saattaisikin tulla arvioitavaksi tahallisuuden ja tunnusmerkistöerehdyksen näkökulmasta, mikä puolestaan mahdollistaisi vastuun tuottamuksellisesta teosta. Kieltoerehdyshän sulkee pois rangaistusvastuun.

Silläkin seikalla, hyödynnetäänkö kaksi- vai kolmeosaista rikoksen rakennemallia, voi olla huomattavaa merkitystä. Kaksiosaista rikoksen rakennetta koskevaa oppia hyödynnettäessä olisi oikeuttamisperusteen puuttuminen (negatiivinen tunnusmerkistötekijä) osa tunnusmerkistöä ja siten tahallisuuden kohde. Tällöin ei lainsäädännössä tarvittaisi RL 4 luvun 3 §:n kaltaista säännöstä vastuusta vapauttavaa seikkaa koskevasta erehdyksestä.⁴⁵⁵

Oikeuskäytäntö näyttää omaksuneen ratkaisussa KKO 2008:90 otetun kannan tahallisuuden alan määrittämisessä. Varsin tuoreessa poliisitoimintaa koskeneessa Helsingin hovioikeuden ratkaisussa 13.1.2012 nro 69 on nimenomaisesti todettu, että (kursivoinnit tässä):

”pelkästään se, että poliisimies on yksittäisessä asiassa toiminut lain säännöksissä hänelle asetettujen velvollisuuksien vastaisesti, ei sellaisenaan osoita, että kysymyksessä olisi rikosoikeudellisesti tahalliseksi katsottava teko. *Tahallisesta* virkavelvollisuuden rikkomisesta tuomitseminen edellyttää, että poliisimies on arvioitavana ole-

⁴⁵³ Tolvanen 2009, s. 123.

⁴⁵⁴ Tapani 2010 s. 208–212. Ks. myös Frände 2012, s. 187–188 av. 421.

⁴⁵⁵ Ks. Matikkala 2005, s. 548.

vassa tilanteessa *tarkoittanut menetellä lainvastaisesti* tai että hänen on ainakin täyty-
nyt *mieltää menettelevänsä lainvastaisesti*.”

Tilannetta monimutkaistaa se, että tapauksessa keskeisenä kysymyksenä ollutta mahdollisen poliisirikosepäilyn syyttäjälle siirtämistä koskeva ohje oli hovioikeuden mukaan yksiselitteinen siltä osin, että vain syyttäjällä on toimivalta poliisirikosten esitutkintakynnyksen arviointiin. Toisaalta huomio kiinnittyy siihen, että hovioikeuden muotoilun perusteella vastuu tahallisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta on mahdollinen vain, jos tekijän tarkoitus on ollut rikkoa lakia taikka hän on mieltänyt rikkovansa lakia. Viimeksi mainittu viittaa lainvastaisuuden varmana pitämiseen, mikä on korkeampi kynnys kuin esimerkiksi lainvastaisuuden pitäminen *ennalta-arvattavana* tai *varsin todennäköisenä*. Näin ollen sallittuisuus-olosuhteen osalta tahallisuuskynnys olisi merkittävästi korkeampi kuin muiden olosuhteiden. Valittu kanta on epäilemättä kriminaalipoliittisesti perusteltu, mutta sen asettaminen systemaattiseen yhteyteen on vaikeaa. Sovitettuna yhteen Turun hovioikeuden edellä selostetun ratkaisun kanssa tullaan siihen päätelmään, että mikäli tunnusmerkistössä on esimerkiksi ”oikeudettomasti”-tekijä, teon pitäminen varsin todennäköisesti oikeudettomana riittää tahallisesta rikoksesta tuomitsemiseen, kun taas silloin, kun ko. kriteeriä ei ole, edellytetään, että tekijä on mieltänyt menetteleensä lainvastaisesti. Tällainen erottelu ei ole perusteltua. Helsingin hovioikeus onkin hieman vanhemmassa ratkaisussa (6.5.2011 nro 1396), joka koski poliisin valeostotoimintaa ja mahdollisuutta käyttää ulkopuolisia henkilöitä siinä, todennut, että virkavelvollisuuden rikkomisen ”rangaistavuuden edellytyksenä on, että tekijä on tiennyt tai pitänyt varsin todennäköisenä, että hänen toimintansa on ollut virkavelvollisuuden vastaista”. Yleisesti ottaen vallitseva oikeustila vastannee tältä osin varsin pitkälti rikosoikeuskomitean näkemyksiä. Komitean mukaan ”[t]ärkeimmän tosiasiaerehdykseen rinnastettavan ryhmän muodostavat ne tapaukset, joissa oikeuserehdys koskee jotakin rangaistussäännöstä täydentävää oikeussääntöä”.⁴⁵⁶

2.5.1.5 Lopuksi

Vuonna 2008 Pekka Koskinen kirjoitti – tunnustaen toki RL 4 luvun 1 §:n merkityksen –, että ”[k]ysymys olosuhdetahallisuudesta on edelleen aidosti avoinna”.⁴⁵⁷ Frände on sen jälkeen katsonut ratkaisun KKO 2009:87 ratkaiseen ainakin kysymyksen edellytetystä tahallisuuden kynnyksestä. Tätä näkemystä

⁴⁵⁶ KM 1976:72, s. 109. Esimerkkinä on mainittu varkaussäännöstöä täydentävät omistusoikeuteen liittyvät säännöt.

⁴⁵⁷ Koskinen 2008, s. 51.

tukee myös ratkaisu KKO 2012:66. Avoimeksi näyttäisi kuitenkin edelleen jääneen ainakin kysymys edellä mainittujen ”oikeudettomasti”- ja ”laittomasti”-tyyppisten normatiivisten tunnusmerkistötekijöiden merkityksestä ja niihin liittyvän tietoisuuden suhde kieltoerehdykseen. Lienee selvää, että tahallisuudesta virkarikoksesta tuomitseminen edellyttää ainakin ”varsin todennäköinen” -tasoista tietoisuutta menettelyn oikeudenvastaisuudesta.

Vaativuudella korotetusta oikeudenvastaisuustietoisuudesta voi olla myös perus- ja ihmisoikeuksia edistävää vaikutusta. Lehtimajan mukaan ”[a]ito huolenpito perus- ja ihmisoikeuksista vaatii myös mielikuvitusta, rohkeutta ja kriittisyyttä. Olennaisempaa on etsiä oikeudenmukaista lopputulosta kuin suojautua virkasyyteiltä”.⁴⁵⁸

Lopuksi voidaan pohtia, onko keskustelu kaksi- ja kolmeosaisten rikoksen rakennemallien eroista ja siihen kytkeytyvä ajatus tahallisuuskysymysten ulottamisesta tunnusmerkistön mukaisuuden alueelle ilmentymä Nuutilan mainitsemasta yleisten oppien luonteesta jalkapallopelinä. Pelissä ei ole yhtä ainoaa oikeaa ratkaisua kuten palapelissä, vaan perusrakenteen ja perusstrategian vakiintuneisuudesta huolimatta ”pelissä voidaan painottaa erilaisia päämääriä ja keinoja niiden saavuttamiseksi”.⁴⁵⁹ Toisaalta jo tässä jaksossa esitetyt huomiot osoittavat, että äärimmilleen vietyinä tunnusmerkistöerehdys ja siihen liittyvät tahallisuuden ulottuvuudet saattavat varsin pitkälti ”tyhjentää oikeudenvastaisuustietoisuuden pajatson”, jolloin kieltoerehdykselle jäisi hyvin suppea soveltamisala. Onko Matikkala oikeassa todetessaan, että ”[s]yylisyyssperiaatteen näkökulmasta johdonmukainen tosiasia- ja oikeuserehdyksen vaikutusten samastaminen tulisi liian kalliiksi yleispreventiolle?”⁴⁶⁰ Kieltoerehdyksestä lisää seuraavassa.

2.5.2 Kieltoerehdys

Tunnusmerkistöerehdyistä merkittävämpi nykyaikaisessa poliisitoiminnassa on *kieltoerehdyksen* mahdollisuus. Honkasalo ja Ellilä ovat vuonna 1966 todenneet, että ”[t]ahallisuuteen täytyy sisältyä tietoisuus teon *yhteiskunnanvastaisuudesta*”. Tällä ei heidän mukaansa kuitenkaan tarkoiteta tietoisuutta teon rangaistavuudesta, vaan teon vahingollisuudesta tai vaarallisuudesta yksilön tai yhteiskunnan eduille.⁴⁶¹ Perinteisesti arvioitaessa tietoisuutta teon oikeudenvastaisu-

⁴⁵⁸ Lehtimaja 1999, s. 899.

⁴⁵⁹ Nuutila 1996a, s. 23–24. Ei sovi unohtaa myöskään Lahden realistista huomiota, että ”[a]ineellisoikeudelliseen harkintaan liittyy vahvasti näyttöharkinta: tahallisuus joudutaan keskeisesti päättämään objektiivisesti havaittavista tosiasiallisista olosuhteista”. Ks. tästä Lahti 2001, s. 724.

⁴⁶⁰ Matikkala 1998, s. 1334.

⁴⁶¹ Honkasalo – Ellilä 1966, s. 74. Ks. myös Honkasalo 1967, s. 110. Honkasalo käsittelee kysymystä oikeudenvastaisuustietoisuudesta nimenomaan tahallisuuden osana.

desta ei olekaan edellytetty tietoisuutta teon rangaistavuudesta rikoksena x tai edes rangaistavuudesta ylipäättään, vaan riittävää on ollut tietoisuus teon oikeudenvastaisuudesta. Joskus tähän on liitetty myös tietoisuus teon sanktoidusta oikeudenvastaisuudesta. Tällöin rikosoikeudellisen sanktion lisäksi merkitystä saattaa olla esimerkiksi vero-oikeudellisilla sanktioilla.⁴⁶²

Backman totesi vuonna 1989, että yritys häivyttää tosiasia- ja oikeuserehdyksen välinen ero oli 1980-luvulla yksi korkeimman oikeuden tärkeimpiä linjanveitoja. Tavoitteena oli ”liittää tahallisuuden sisältämään tietoisuuteen myös tieto teon oikeudellisesta merkityksestä”. Yleinen kehitys rikosoikeudessa kulki tähän suuntaan.⁴⁶³ Tietoisuuden edellyttäminen teon rangaistavuudesta sopii hyvin myös rikoslain preventiiviseen tarkoitukseen. Laillisen menettelyn valitseminen edellyttää tietoa siitä, onko jokin potentiaalisista toimintavaihtoehdoista kielletty tai jopa rangaistava.⁴⁶⁴ Sanotusta huolimatta kieltoerehdys jää kriminaalipoliittisista syistä pääsääntöisesti ilman oikeudellista vaikutusta⁴⁶⁵ eikä oikeuserehdys poista rikosoikeudellista vastuuta (*ignorantia juris nocet*). Hallituksen esityksessä 44/2002 vp on todettu perinteisen näkemyksen tueksi, että yleisten näyttöongelmien lisäksi toisenlainen näkemys suosisi myös yleistä tietämättömyyttä sekä rikoslain sisällöstä että laajemminkin yhteiselämän säännöistä. Rikosoikeudelliseen laillisuusperiaatteeseen sisältyvistä epätasällisuus- ja analogiakielloista huolimatta rikoslain sääntely on kuitenkin monimutkaistunut ja toisaalta normien määrä viime vuosikymmeninä lisääntynyt siinä määrin, että myös oikeuserehdykselle on haluttu antaa tilaa vastuusta vapauttavana seikkana.⁴⁶⁶

Muissa pohjoismaissa on erotettu toisistaan ns. aidot ja epäaidot oikeuserehdykset. Erottelu tehdään sillä perusteella, kohdistuuko erehdys rikoslain (aito oikeuserehdys) vai sen taustalla vaikuttavan muun rikosoikeudellisen normin sisältöön (epäaito oikeuserehdys). Suomessa ei kuitenkaan rikoslain yleisten oppien uudistamisen yhteydessä nähty tarvetta tämentyyppiseen sääntelyyn.⁴⁶⁷

⁴⁶² Matikkala 2005, s. 539–540.

⁴⁶³ Backman 1989, s. 573 ja 585–592. Backmanin kirjoituksesta ilmenee, että anteeksiannettavien oikeuserehdyksen tilanteessa korkein oikeus sovelsi toimenpiteistä luopumista tai hylkäsi syytten syyllisyysmoitteen poistuttua. Ks. myös KM 1976:72, s. 108, jossa ei pidetty erehdystyyppien samaistamista perusteltuna.

⁴⁶⁴ Matikkala 2005, s. 536.

⁴⁶⁵ Lappi-Seppälä 2004a, s. 5 ja 8. Ks. myös Lappi-Seppälä 1987, s. 318–319.

⁴⁶⁶ HE 44/2002 vp, s. 100–101. Ks. myös KM 1976:72, s. 108–109. Ns. avoimien ja suljettujen tunnusmerkistöjen eduista ja haitoista ks. Anttila – Heinonen 1975, s. 15–16. Täysin aiheeton ei varmaankaan ollut kahden kansanedustajan lakivaliokunnan mietintöön 28/2002 vp jättämässä eriävässä mielipiteessä esille tuoma huoli siitä, että jos tunnusmerkistöerehdyistä ja kieltoerehdyistä koskevat säännökset sisällytetään kirjoitettuun lakiin ”niistä muodostuu tietynlainen automaatti, johon toistuvasti vedotaan ilman olemassa olevia perusteita”. Ks. tästä LaVM 28/2002 vp, s. 26.

⁴⁶⁷ HE 44/2002 vp, s. 101–104. Ks. myös Matikkala 2005, s. 551–552.

Hallituksen esityksen 44/2002 vp mukaan ”[t]eoreettisesti kestävin ja johdonmukaisin ratkaisu on jakaa erehdykset tunnusmerkistöerehdykseen ja kieltoerehdykseen. Tunnusmerkistöerehdys poistaa tahallisuuden ja kieltoerehdys syyllisyyden.”⁴⁶⁸ Kieltoerehdys voi liittyä virheelliseen käsitykseen ”teon rangaistavuudesta, rangaistussäännöstä konkretisoivasta säännöksestä (esimerkiksi tulon veronalaisuus), blankosäännöstä määrittävästä normista (esimerkiksi liikennesääntö), säännöksen tulkintakäytännöstä tai rikoksen rangaistavuustasosta”.⁴⁶⁹ Erehdys voi koskea myös oikeuttamisperusteen sisältöä.⁴⁷⁰

2.5.2.1 Vallitseva oikeustila

Kieltoerehdyksestä säädetään RL 4 luvun 2 §:ssä seuraavasti:

”Jos tekijä erehtyy pitämään tekoaan sallittuna, hän on rangaistusvastuusta vapaa, jos erehtymistä on pidettävä ilmeisen anteeksiannettavana seuraavien seikkojen vuoksi:

- 1) lain puutteellinen tai virheellinen julkistaminen;⁴⁷¹
- 2) lain sisällön erityinen vaikeaselkoisuus;
- 3) viranomaisen virheellinen neuvo; tai
- 4) muu näihin rinnastettava seikka.”

Hallituksen esityksen mukaan kieltoerehdyksestä säätämällä on nimenomaan haluttu välttää ilmeisen kohtuuttomat ratkaisut. Tietoisuus siitä, että teko on moraalisesti väärä tai yhteiskunnanvastainen ei riitä perustamaan rikosvastuuta, vaan henkilön on tiedettävä tekonsa *oikeusjärjestyksen sääntöjen vastaiseksi*. Tietoisuutta teon rangaistavuudesta tai rikoslain vastaisuudesta ei kuitenkaan edellytetä. Hallituksen esityksen mukaan säännöksessä tarkoitettu erehdys kattaa sekä täydellisen tietämättömyyden että väärrään tietoon liittyvän erehdyksen.⁴⁷² Tosin säännösteksti sinällään näyttäisi koskevan ainoastaan virheellisen käsityksen tilanteita, mutta ei puuttuvan käsityksen tilanteita. Sallittuna pitämällä voitaisiin Matikkalan mukaan viitata tilanteisiin, joissa ”henkilöllä ei ole epäilyksiä käsityksensä oikeellisuudesta”, joten pelkkä epäily oikeudenvastaisuudesta olisi laillisuusperiaatteenkin sallimalla tavalla oikeudenvastaisuustie-

⁴⁶⁸ HE 44/2002 vp, s. 104 ja 107.

⁴⁶⁹ Backman 1989, s. 585.

⁴⁷⁰ Frände 2012, s. 183.

⁴⁷¹ Ks. Tapani – Tolvanen 2008, s. 338. Kirjoittajat ovat todenneet, että jos lakia ei ole julkaistu, kyse ei ole kieltoerehdyksestä, koska RL 3 luvun 1 §:n vaatimus kirjoitetusta laista ei täyty.

⁴⁷² HE 44/2002 vp, s. 106. Frände on todennut ilmauksen olevan harhaanjohtava. Hänen mukaan henkilöltä ei tosiasiaassa edellytetä tietoisuutta oikeudenvastaisuudesta, vaan ”tietämättömyys oikeudenvastaisuudesta vapauttaa vastuusta vain poikkeustapauksissa”. Ks. tästä Frände 2005a, s. 117 av. 232.

toisuutta. Kieltoerehdyssäännös ei siis soveltuisi tilanteisiin, joissa ”henkilö uskoo toimivansa sallitulla tavalla, mutta pitää kuitenkin mahdollisena, että teko onkin kielletty”.⁴⁷³ Tällaista tulkintaa voidaan pitää liian pitkälle vietyä. Aina-kin tilanteissa, joissa henkilö on lähtökohtaisesti velvollinen toimimaan (kuten esimerkiksi virkatoiminta), johtaisi tällainen tulkinta helposti toimimattomuuden kulttuuriin.⁴⁷⁴

Poliisitoiminnassa kohdataan harvemmin tilannetta, jossa poliisimiehet ovat puutteellisen tai virheellisen julkistamisen johdosta täydellisen tietämättömiä virkatoimia koskevien rangaistussäännösten sisällöstä. Kyseeseen tulisivat lähinnä tilanteet, joissa esimerkiksi hallinnonalan määräykset on saatettu puutteellisesti virkakunnan tietoon. Useimmissa tapauksissa kyseeseen tulee siis joku säännöksen kohdissa 2–4 mainituista perusteista. Hallituksen esityksen 44/2002 vp mukaan *lain sisällön erityinen vaikeaselkoisuus* vapauttaa vastuusta vain poikkeustapauksissa, lähinnä erikoisrikosoikeuden alueella tai ns. blankosääntelyn tilanteissa, joissa rikoslain säännös saa tarkemman sisältönsä esimerkiksi rikoslain ulkopuolisesta kotimaisesta lainsäädännöstä. Toisaalta edellytetään, että jokainen ottaa selvää monimutkaistenkin oman alansa säännösten sisällöstä ja käyttää vaikeaselkoisuuden poistamiseen laajalti eri oikeuslähteitä⁴⁷⁵, minkä lisäksi myös oikeudellisen asiantuntijan neuvoa on kysyttävä.⁴⁷⁶ Lakitekstin tulkinvaraisuus ei sellaisenaan riitä kieltoerehdyksen perusteluksi⁴⁷⁷ ja, kuten eduskunnan oikeusasiamies on huomauttanut lausuessaan yleisten oppien uudistuksesta, ”vaikeaselkoinenkin laki on eduskunnan säätämä ja perustuu siten kansan demokraattisesti ilmaistuun tahtoon. Lähtökohtana tulisi säilyttää se selkeä periaate, että kiellettyä on se, minkä laki kieltää.”⁴⁷⁸ Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että ainakaan keskeisen rikosoikeuden alueella on vaikea menestyksellä

⁴⁷³ Matikkala 2005, s. 588–589. Erilaisten erehdysten erottelusta ks. Jareborg 2001, s. 306.

⁴⁷⁴ Ks. Viljanen 1984, s. 319–320, joka on pitänyt yleisen rikoksen rangaistavuutta virkamiehelle kaikissa tapauksissa niin selvänä, että kieltoerehdys voisi koskea lähinnä sitä, tuleeko menettely rangaistavaksi lisäksi virkarikoksena. Viljanen vaikuttaa tosin lähtevän siitä, että tekijä tekee tietoisesti ns. yleistä rikosta, jolloin teon virkarikosominaisuus on hänelle toisijaista. Itselläni lähtökoh-
ta on huomattavan erilainen.

⁴⁷⁵ HE 44/2002 vp, s. 107. Samoin Nuotio – Majanen 2003, s. 89. Ks. myös Matikkala 2003, s. 230. Matikkala on osuvasti pohtinut, kuinka ”erityisen vaikeaselkoinen” laki voi olla laillisuusperiaatteen mukainen. Hänen mukaansa ilmeisesti näin voi kuitenkin olla, koska anteeksianto on mahdollista vain erehdyksen ollessa ilmeisen anteeksiannettava. Samoin Melander 2010a, s. 119.

⁴⁷⁶ Frände 2012, s. 187. Asiantuntija ei kuitenkaan joudu rikosoikeudelliseen vastuuseen, ellei kyse ole yllytyksestä tai avunannosta.

⁴⁷⁷ Tapani – Tolvanen 2008, s. 339.

⁴⁷⁸ OM 2002:7, s. 39.

vedota kieltoerehdykseen.⁴⁷⁹ Fränden sanoin ”[v]ahvana presumptionia pätee, että jokainen tuntee ydinrikosoikeuteen kuuluvat kiellot ja käskyt”.⁴⁸⁰

Viranomaisen virheellinen neuvo rikosoikeudellisen anteeksiannon perusteenä tuskin tulee sovellettavaksi poliisimiehen kysyessä neuvoa esimieheltään tai kollegaltaan. Tällaisissa tilanteissa saattaisi lähinnä tulla sovellettavaksi säännöksen 4. kohdan muihin listattuihin seikkoihin rinnastettava seikka. Hallituksen esityksen mukaan tämä kriteeri tulee sovellettavaksi muun muassa niissä tilanteissa, joissa henkilö on vilpittömässä mielessä yrittänyt ottaa selvää lain sisällöstä ”tilanteessa, jossa ulkopuolista asiantuntija-apua ei kohtuudella ole ollut tarjolla”.⁴⁸¹ Joitakin suuntaviivoja 4. kohdan soveltumiseen poliisitoiminnassa tapahtuneisiin virheisiin voidaan löytää säännöksen 3. kohdan perusteluista. Niiden mukaan vastuuvapaus voi olla perustelua, jos neuvon antanutta voidaan pitää kyseisen alan asiantuntijana, neuvo on ”järkeväntuntuinen”, selvä ja yksiselitteinen. Neuvon tulee lisäksi olla annettu oikeiden ja riittävien taustatietojen perusteella kyseisessä yksittäistapauksessa.⁴⁸²

Kieltoerehdyksen soveltamisalan kannalta merkittävänä voidaan pitää ratkaisua KKO 1985-I-2. Tapauksessa arvioitiin, oliko A anteeksiannettavalla tavalla erehtynyt oikeudestaan polttoöljyn kuljettamiseen ilman liikennelupaa. Korkein oikeus katsoi A:n virheellisen käsityksen anteeksiannettavaksi erehdykseksi ja hylkäsi syytteen. Kyse ei siis ollut prosessuaalisesta toimenpiteestä luopumisesta, vaan rikosvastuun edellytysten täyttymättä jäämisestä.⁴⁸³ Ratkaisujen perustelujen osalta keskeiset korkeimman oikeuden kannanotot sisältyvät seuraavaan lainaukseen (vastaajan ja osallisyrittäjien nimet poistettu):

”Se, milloin tavarankuljettamista moottoriajoneuvolla on pidettävä ammattimaisen moottoriajoneuvoliikenteen harjoittamisena, on joissakin tapauksissa varsin tulkinnanvarainen kysymys. Tässäkin ja vastaavanlaisia toimintaa koskevissa jutuissa on eri tuomioistuimissa annettu asiasta eri suuntaisia ratkaisuja. Asiakirjoista ilmenee, että Oy X Ab:llä on ollut vastaavanlaisia kauppa-asiamiessopimuksia muidenkin alan yrittäjien kanssa. On ilmeistä, että A on kauppa-asiamiestoiminnan järjestelyssä luottanut Oy X Ab:n asiantuntemukseen ja että hän on uskonut menettelevänsä lainmukaisesti kuljettaessaan polttoöljyä kerrotulla tavalla. Näissä olosuhteissa A:n virheellistä käsitystä lain sisällöstä on pidettävä anteeksiannettavana erehdyksenä.”⁴⁸⁴

⁴⁷⁹ Koskinen 2009, s. 178. Ks. myös Frände 2012, s. 186.

⁴⁸⁰ Frände 2012, s. 186.

⁴⁸¹ HE 44/2002 vp, s. 107.

⁴⁸² HE 44/2002 vp, s. 107. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2008, s. 341. Yksityishenkilön antaman neuvon merkityksestä ks. Tapani – Tolvanen 2008, s. 343–344.

⁴⁸³ Matikkala 2005, s. 202.

⁴⁸⁴ Ks. myös KKO 1986-II-37, jossa vastaavanlainen tapaus ratkaistiin samalla tavalla.

Korkein oikeus on siis antanut merkitystä ristiriitaisille tuomioistuinratkaisuille, jossain määrin vakiintuneelle käytännölle, siviilitahon asiantuntijaosaamiselle sekä A:n uskolle menettelynsä lainmukaisuudesta.⁴⁸⁵ Toisaalta on otettava huomioon sekin, että rangaistavuus on perustunut osin moottoriajoneuvoliikenteestä annettuun asetukseen eli tältä osin kyse on ollut blankosääntelystä. Backman on yhteenvetona KKO:n aiemmasta ratkaisulinjasta katsonut, että syyllisyysmoite poistuu, jos henkilö ”ei ole voinut välttää erehdystä, on huolellisesti pyrkinyt ottamaan selvää toimintaansa liittyvistä oikeussäännöistä ja virheellisen käsityksen lähdeä voidaan kuitenkin yleisesti ottaen pitää asiantuntevana”.⁴⁸⁶

Syyte on hylätty myös seuraavassa korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1987:132:

KKO 1987:132 (Epäsiveellinen julkaisu, tahallisuus, erehdys): Syytetyt olivat tuodesa-
saan maahan ja levittäessään epäsideellisinä pidettäviä filmejä erehtyneet luulemaan,
että filmit eivät olleet epäsideellisiä. Hankinnoissaan he olivat riittävän huolellisesti
pyrkineet välttämään epäsideellisiä filmejä ja antaneet filmit tullitarkastukseen ereh-
dyttämättä tullia tai salaamatta siltä jotain filmien laadusta. Tulli oli hyväksynyt fil-
mien maahantuonnin. Syytettyjen erehdystä pidettiin oikeutettuna. Kiellettyä filmien
maahantuontia ja levitystä ei sen vuoksi luettu syytettyjen syyksi tahallisen rikokse-
na vaan syyte hylättiin.

Tapauksen otsikoinnin perusteella jää hieman epäselväksi, olivatko syytetyt yli-
päättään tietoisia maahantuomiensa ja levittämiensä filmien epäsideellisestä
luonteesta.⁴⁸⁷ Jos eivät olleet, kyse lienee varsin tyypillisestä tunnusmerkistö-
erehdyksestä. Tunnusmerkistöerehdykseen viittaa myös se, että tahallisuus on
mainittu sekä asiasanana että otsikoinnissa. Toisaalta erehdyksen pitäminen *oi-
keutettuna* (”riittävän huolellisesti pyrkineet välttämään”) viittaa kieltoerehdyk-
seen. Tunnusmerkistöerehdykseen tällaista normatiivista kriteeriä ei ole yleensä
liitetty. Nykyään tapausta arvioitaisiin Matikkalan mukaan todennäköisesti kiel-
toerehdyksenä. Ratkaisevaa merkitystä lopputuloksen kannalta saattaisi (ny-
kyäänkin) olla nimenomaan vastaajien aktiivisuudella.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ Ks. ratkaisusta myös Huldén 2007, s. 207–209.

⁴⁸⁶ Backman 1989, s. 592. Vrt. KKO 1987:39 sekä Backman 1989, s. 591–592 ja Matikkala 1998, s. 1335 kommentit ratkaisusta.

⁴⁸⁷ Päätosperusteluissa on todettu mm. että syytetyt ”*på förhand genom förfrågan hos tullstyrelsen med tillbörlig omsorg försökt ta reda på när en film skulle anses såra tukt och anständighet och genom direktiv till leverantörerna om filmernas innehåll avsett att införa och sprida endast sådana filmer som inte kunde anses såra tukt och anständighet*” sekä ”*i fråga om filmernas lagstridigheter är berättigat därför att de, efter att med tillbörlig omsorg ha försökt undvika att införa och sprida lagstridiga filmer, låtit tullgranska filmerna utan att vare sig hemlighålla något för eller vilseleda tullen om filmernas innehåll*”.

⁴⁸⁸ Matikkala 2005, s. 204–206. Ks. myös Backman 1989, s. 591–592 ja Lappi-Seppälä 2004a, s. 7–8.

Samalla tavoin kielto- ja tunnusmerkistöerehdyksen rajapinnalla liikuttiin ratkaisussa KKO 1989:125, jossa tuli arvioitavaksi, oliko suurentavien sangallisten näkökykyä parantavien lasien myynti optikon toimen harjoittamisesta annetun lain 1 §:ssä tarkoitettua optikon toimen harjoittamista. Päätöspäätöseluista ilmenee, että vaikka A:n ja B:n katsottiin myyneen laseja ilman laillista oikeutta, ”A:lla ja B:llä on kuitenkin ollut laseista saamansa tiedon nojalla perusteltua aiheutta uskoa, etteivät lasit ole olleet sellaisia silmälaseja, joita tarkoitetaan optikon toimen harjoittamisesta annetun lain 1 §:ssä. Tämän vuoksi tapahtunutta myyntiä ei voida lukea A:n ja B:n syyksi tahallisen rikoksena.” Matikkala näyttää kallistuvan siihen suuntaan, että voimassa olevan rikoslain nojalla kyse olisi oikeuserehdyksestä.⁴⁸⁹

Rikoslain yleisen osan uudistamisen jälkeen korkein oikeus on käsitellyt kieltoerehdyksestä esimerkiksi ratkaisussa KKO 2005:27, jossa oli kyse Ahvenanmaan Raha-automaattiyhdistyksen oikeudesta järjestää rahapelejä myös Manner-Suomen alueella ja siitä, oliko yhdistyksen tätä seikkaa koskeva erehdys anteeksiannettavissa. Kieltoerehdyksen osalta kysymys näyttäisi ensi sijassa olleen siitä, onko asiassa tapahtunut sellainen kieltoerehdys, että erehtymistä voitiin pitää lain edellyttämin tavoin ilmeisen anteeksiannettavana viranomaisen virheellisen neuvon johdosta.⁴⁹⁰ Korkein oikeus katsoi jääneen näyttämättä, että sen enempää maakuntaviranomaiset kuin Manner-Suomen viranomaisetkaan olisivat antaneet asiassa virheellisiä neuvoja, ja totesi johtopäätöksensä, että:

”43. Med hänsyn till det som framgått konstaterar Högsta domstolen att det inte kan anses att svarandena på en uppenbart ursäktlig grund skulle ha haft den uppfattningen att tillståndet från Ålands landskapsstyrelse inneburit rätt för PAF att på det sätt som skett genom Internet anordna lotterier också i riket.”

Toisaalta tähänkin ratkaisuun liittyy tunnusmerkistöerehdykseen viittaavia seikkoja. Niiden osalta korkein oikeus on muun muassa ratkaisun kohdassa 66 katsonut, että teko on tapahtunut tahallisesti, koska toimintaa oli suunnattu Manner-Suomeen (*”[e]ftersom hans avsikt varit att PAF inriktar sig på den finska spelmarknaden har han begått gärningen uppsåtligen”*).⁴⁹¹

⁴⁸⁹ Matikkala 2005, s. 206–207. Ks. myös Frände 2012, s. 186 av. 417.

⁴⁹⁰ Toisaalta ratkaisu ilmentää kieltoerehdyksen lisäksi myös laillisuusperiaatteen ja lain tulkinnan jännitettä. Ks. tästä Sahavirta 2008, s. 124.

⁴⁹¹ Ks. Matikkala 2005, s. 265–266. Ratkaisun merkityksestä laillisuusperiaatteen ja ennakoitavuuden näkökulmasta ja toisaalta teleologisen tulkinnan merkityksen kannalta ks. Melander 2008, s. 22 ja 355–356. Ks. myös Nuotion (2006, s. 330) huomiot ratkaisusta aktiivisen tekemisen ja laiminlyöntien kannalta.

Myös tapauksessa KKO 2008:119 oli kyse arpajaislain soveltamisesta. Tässäkään ratkaisussa ei katsottu tapahtuneen anteeksiannettavaa kieltoerehdystä.⁴⁹² Korkein oikeus totesi ensinnäkin, että valvontaviranomaisen esittämästä kannasta poikkeava toiminta ei sinänsä välttämättä osoita, että kyse ei voisi olla kieltoerehdyksestä, vaan ”asianomaisen lain sisältö saattaa viranomaisen esittämästä tulkinnasta huolimatta olla erityisen vaikeaselkoinen ja että sitova lain tulkinta voi jäädä tuomioistuimen rikosasian yhteydessä tehtäväksi”. Ko. tapauksessa arpajaislain sisältö ei korkeimman oikeuden mukaan ollut kuitenkaan erityisen vaikeaselkoinen eikä kieltoerehdyssäännös tullut sovellettavaksi. Frände on oikeustapauskommentaarissaan esittänyt, että ratkaisun merkitys on suurempi arpajaislain sisällön selkiyttämässä kuin kieltoerehdyksen alan määrittämisessä. Kieltoerehdyksen osalta ratkaisun suurin anti on tapaukseen ja muihin vastaaviin tapauksiin liittyvien viranomaistoimien merkityksen määrittämisellä.⁴⁹³

Potentiaaliseen tietoisuuteen oikeudenvastaisuudesta liittyy kiinteästi kysymys selonottovelvollisuuden laajuudesta. Hallituksen esityksessä 44/2002 vp on päädytty katsomaan, että tekijän pitää vaivojaan säästämättä pyrkiä saamaan selkoa oman alansa epäselvistäkin normeista. Selonottovelvollisuuden laajuutta arvioitaessa myös tekijän ammatti ja asema tulevat huomioon otettaviksi.⁴⁹⁴ Viljanen on jo 1980-luvulla arvioinut mahdollisuutta asettaa virkamiehille jopa tahallisuusvastuun perustava selonottovelvollisuus vallitsevista normeista. Hänkin on tosin todennut, että kysymys on enemmänkin syyllisyys- kuin tahallisuuskysymyksestä, koska tahallisuuteen kuuluva tietoisuus jää puuttumaan niissäkin tapauksissa, joissa henkilö on laiminlyönyt selonottovelvollisuutensa.⁴⁹⁵

Anteeksiannettavassa kieltoerehdyksessä toimineelta henkilöltä ei jää tahallisuus, vaan ”rangaistavuuden edellyttämä syyllisyys” täytymättä.⁴⁹⁶ Tahallisuuden ja syyllisyyden keskinäisen suhteen osalta lainsäätäjä on Suomessa Matikkalan mukaan päättänyt ns. rajoitetun syyllisyysteorian mukaisesti siihen, että oikeudenvastaisuustietoisuus ei kuulu tahallisuuteen, vaan se on syyllisyyteen liittyvä kysymys. Potentiaalinen tietoisuus eli mahdollisuus olla selvillä oikeudenvastaisuudesta (mahdollisuus ymmärtää teon oikeudenvastaisuus) on tällöin riittävä tietoisuuden taso. Rangaistavuus-

⁴⁹² Ks. myös KKO 2011:23 (erityisesti ratkaisun kohdat 15–18).

⁴⁹³ Frände 2009, s. 343–344.

⁴⁹⁴ HE 44/2002 vp, s. 107–108. Ks. myös Lappi-Seppälä 2004a, s. 10. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2006:11 (ratkaisun kohta 16) katsottiin, että kieltoerehdyssäännös ei tullut sovellettavaksi mm. sillä perusteella, että ei ollut ilmennyt, että vastaajat ”olisivat edes yrittäneet selvittää ehdon merkitystä, mikäli tiedon hyödyntämiskiellon suhde asiakirjojen julkisuuteen oli jäänyt heille epäselväksi”. Kyse oli ulkomaan viranomaisen rikosasian oikeusapuna antamien pankkitilitietojen käyttämisestä vastoin oikeusapua annettaessa asetettua ehtoa. Kuvatunkaltaista ehtoa voitaneen pitää ennemminkin normatiivisena seikkana kuin tosiseikkana.

⁴⁹⁵ Viljanen 1984, s. 343–344. Potentiaalisesta tietoisuudesta ks. myös Lappi-Seppälä 1987, s. 319.

⁴⁹⁶ Koponen 2004, s. 285.

erehdys ei ole merkityksellinen. Putatiivihätävarjelun sääntelyssä on sitä vastoin myös tahallisuusteorian piirteitä, koska (ankaran) syyllisyysteorian soveltaminen johtaisi siihen, että nämäkin tilanteet tulisivat arvioitavaksi kieltoerehdyksen kautta.⁴⁹⁷

Lopuksi voidaan vielä huomauttaa, että vaikka kieltoerehdyksen tulee käytännössä olla ”väistämätön” ollakseen anteeksiannettava, on rangaistusvastuun lieventäminen kuitenkin mahdollista esimerkiksi RL 4 luvun 7 §:n nojalla.⁴⁹⁸ Kieltoerehdystä lähellä olevat tilanteet voidaan ottaa huomioon rangaistusta määrättäessä lajivalinnassa ja mittaamisessa, lieventämisperusteena, asteikon lieventämisperusteena sekä tuomitsematta jättämisen perusteena.⁴⁹⁹ Systemaattisesti voidaankin erotella RL 4 luvun 2 §:ssä säännelty ilmeisen anteeksiannettavat kieltoerehdykset, jotka ilmentävät syyllisyyden puuttumista, sekä muut kieltoerehdykset, jotka merkitsevät tavallista vähempää syyllisyyttä.⁵⁰⁰

2.5.2.2 Soveltamiserehdyksestä ja selonottovelvollisuudesta

Tahallisuus, syyllisyys ja potentiaalinen tietäminen kietoutuvat mielenkiintoisella tavalla kysymyksiin selonottovelvollisuuden laajuudesta ja *soveltamiserehdyksen* asemasta rikosoikeudellisten erehdysten kentässä. Vikatmaan tavoin pidän soveltamiserehdystilanteina tilanteita, joissa henkilöllä on tarkka, tosiasioita vastaava mielikuva tunnusmerkistöön kuuluvista faktoista, mutta hän erehtyy voimassa olevan oikeuden tulkinnasta. Vikatmaan sanoin ”[t]ulkinnassa pitää olla kosketus lakiin ja käsitys siitä, mitä laki todella määrää ko. asioista”.⁵⁰¹ Myös Lappi-Seppälän muotoilu ”[h]enkilö subsumoi tuntemansa tosiasiat virheellisesti lakiin” on ytimekkyudessaan osuva.⁵⁰² Itse en sitä vastoin käsittele soveltamiserehdyksenä tilanteita, joissa henkilö erehtyy tekoonsa soveltuvasta tunnusmerkistöstä tai rangaistusasteikosta taikka niitä tilanteita, joissa henkilö tietää toimivansa yhteiskunnan intressien vastaisesti, mutta ei rangaistavasti.⁵⁰³

Monimutkaisissa oikeudellisissa kysymyksissä Vikatmaa näyttäisi pitäneen vastuuvapautta mahdollisena vain, jos tekijä ”erittäin huolellisesti yrittää selvit-

⁴⁹⁷ Matikkala 2005, s. 541–542, 559 ja 577–579.

⁴⁹⁸ Frände 2012, s. 188.

⁴⁹⁹ Matikkala 2005, s. 592. Sovellettavia seuraamussäännöksiä ovat RL 4 luvun 7 §, RL 6 luvun 4 §, RL 6 luvun 8 §:n 1 momentti (4 kohta), RL 6 luvun 12 § (1 ja 3 kohdat), RL 6 luvun 3 §:n 3 momentti sekä RL 6 luvun 6 §.

⁵⁰⁰ Matikkala 2005, s. 587.

⁵⁰¹ Vikatmaa 1970 s. 337–338. Ks. Nuutila 1997a, s. 234, joka on todennut soveltamiserehdystilanteissa henkilön tuntevan ”kiellon pääpiirteissään”.

⁵⁰² Lappi-Seppälä 1987, s. 318. Lappi-Seppälä on käyttänyt termiä subsumptioerehdys soveltamiserehdyksen rinnalla.

⁵⁰³ Vrt. esim. Vikatmaa 1970, s. 55.

tää tilannetta itselleen asiantuntija-apua käyttäen”. Erityisen haastaviin juridisiiin kysymyksiin sotkeutunut tekijä saa siis hänen mukaansa lähtökohtaisesti kantaa vastuun omasta laintulkinnastaan.⁵⁰⁴ Ylipäättään voidaan todeta Vikatmaan korostaneen jo väitöskirjassaan selonottovelvollisuuden merkitystä myös erehdystilanteita arvioitaessa. Tosin kuten hän on itsekin todennut, kriminaalipoliittiset ja tietoisuutta edellyttävän syyllisyysopin näkökulmat erehdyskysymysten ratkaisuun saattavat olla huomattavan erilaiset.⁵⁰⁵

Myös Nuutila on pohtinut soveltamiserehdysproblematiikkaa varsin laajasti ennen yleisten oppien uudistamista kirjoittamassaan rikosoikeuden yleisten oppien perusteoksessa. Esimerkkinä – joskaan ei mielestäni kovin onnistuneena – poliisitoiminnassa tapahtuvasta soveltamiserehdyksestä Nuutila on maininnut tilanteen, jossa ”varasta kiinniottava poliisimies luulee kaikkien välttämättömien keinojen olevan sallittuja ja ampuu varkaan”. Nuutilan mukaan tällaista tilannetta on pidettävä selkeänä kieltoerehdyksenä tai jopa voimakeinojen käytön liioitteluna tehtynä taposta.⁵⁰⁶ Itse näkisin, että kyse ei välttämättä ole edes voimakeinojen käytön liioittelusta, vaan suoranaisesti taposta. Tätä esimerkkiä olennaisempaa on se, miten Nuutila on kiteyttänyt soveltamiserehdyksen kannalta keskeisen kysymyksen muotoon, ”sallitaanko tekijän *luottaa käsitykseensä* vai asetaanko hänelle *selonottovelvollisuus*”.⁵⁰⁷ Lähtökohtana hänenkin mukaansa on, että soveltamiserehdys, jossa kyse on siis joka tapauksessa oikeudellisesta erehdyksestä, on lähtökohtaisesti merkityksetön – ”[t]ekijä kantaa yleensä riskin omista laintulkinnastaan” – ainakin jos kyse on tekijän omasta, vaikkapa kirjallisuuteen perustuvasta, laintulkinnasta.⁵⁰⁸ On lisäksi muistettava luottamusperiaatteen pääsääntö, että ”[t]oisen toiminnan asianmukaisuuteen saa luottaa vain, jos käsillä ei ole syitä päinvastaiselle odotukselle”.⁵⁰⁹

Selonottovelvollisuus ei Nuutilankaan mukaan ollut aivan täydellinen, mikä nyttemmin ilmenee myös lakitekstistä. Voidaan konstatoida asteikko, jonka toisessa päässä on luottamusperiaate (oikeus luottaa omaan käsitykseensä) ja toisessa ankara selonottovelvollisuus. Asteikon luottamusperiaatteen pää on lähellä tunnusmerkistöerehdyksiä. Voidaan kysyä, miten erilaiset teot sijoittuvat tällä asteikolla. Huomioon otettavia seikkoja ovat esimerkiksi *rikoksen laatu*, mikä tarkoittaa sitä, että mitä vähäisemmästä rikoksesta on kysymys, sitä lähempänä ollaan luottamusperiaatetta. Merkitystä on myös tekijän sosiaalisella asemalla. Mitä *vastuullisemmissa tehtävissä* ja mitä *koulutetumpi henkilö* erehtyjä on, sitä

⁵⁰⁴ Vikatmaa 1970, s. 339.

⁵⁰⁵ Vikatmaa 1970, s. 292–299.

⁵⁰⁶ Nuutila 1997a, s. 255–257.

⁵⁰⁷ Nuutila 1997a, s. 234.

⁵⁰⁸ Nuutila 1997a, s. 243.

⁵⁰⁹ Nuutila 1996a, s. 398.

voimakkaampi selonottovelvollisuus on. Edelleen merkitystä saattaa olla sillä, *mitä lähemmäs normien tulkintaa siirrytään*. Tulkintaa lähestyttäessä selonottovelvollisuus kasvaa.⁵¹⁰

Luottamusperiaatteen ja selonottovelvollisuuden välimaastossa erehdyksen merkitys ratkaistaan Nuutilan mukaan arvioimalla, ”onko syytetyllä ollut *perusteltu syy luottaa* virheelliseksi osoittautuneeseen tietoon tai tulkintaan ja onko hän täyttänyt kohtuullisen selonottovelvollisuuden vaatimukset.”⁵¹¹ Samanlaista liukuvan asteikon olemassaoloa näyttäisi kannattavan myös Matikkala, joka ennen rikoslain oppien uudistamista on todennut, että ”[n]äyttää siltä, että on olemassa jatkumo tosiasiaseikoista normatiivisiin näkökohtiin siten, että mitä normatiivisempaan suuntaan edetään, sitä vahvempaa bona fideistä edellytetään tahallisuusvastuun poistumiseksi”.⁵¹² Myös Lappi-Seppälä on ilmeisesti sitä mieltä, että soveltamiserehdykset tulevat tyypillisesti käsiteltäväksi kieltoerehdyksinä. Hänenkin mukaansa ero ”tunnusmerkistö- ja kieltoerehdyksen välillä jää lopulta liukuvaksi”.⁵¹³

Frände vaikuttaisi kuitenkin olevan näkemyksessään ehdottomampi. Hänen mukaansa subsumptioerehdykset ovat osa kieltoerehdyksiä ja kieltoerehdyssäännöksen avulla voidaan tyydyttävästi ratkaista nämäkin tilanteet. Samoin tulee arvioida tietämättömyys blankettinormien sisällöstä.⁵¹⁴ Myös Tapani ja Tolvanen ovat katsoleet, että erehtyminen oman toimivallan rajoista on kieltoerehdystä.⁵¹⁵ Lisäksi korkein oikeus näyttäisi ratkaisussa KKO 2011:28 varsin selkeästi soveltaneen kieltoerehdyssäännöstä tapaukseen, jossa tekijä oli vedonnut erehtymiseen rattijuopumussäännöksen soveltamisalasta. Tapauksessa vastaaja A oli kuljettanut päihtyneenä sähkömoottoreilla varustettua yhden ihmisen seisoen käytettävää henkilökuljetinta. Ratkaisun perusteluissa (kohta 17) korkein oikeus totesi:

”Ottaen huomioon edellä kuvatus, yleisesti tiedossa olevan rattijuopumussäännösten laajan soveltamisalan ja toisaalta myös sen, että niiden soveltamisesta on rajattu pois vain sellaiset välineet, jotka joko toimivat ilman moottoria tai eroavat sekä moottoriteholtaan että käyttöominaisuuksiltaan huomattavasti henkilökuljettimista, ja kun la-

⁵¹⁰ Nuutila 1997a, s. 244–245. Ks. myös Tolvanen (1999, s. 361–366) soveltamiserehdyksestä liikennerikosten osalta.

⁵¹¹ Nuutila 1997a, s. 247. Ks. Nuutilan kommentit ja tapausesimerkit tuomareiden laintulkinnan ja väärän soveltamisen erottelusta Nuutila 1997a, s. 250–251.

⁵¹² Matikkala 1998, s. 1335. Ks. myös Lappi-Seppälä 2004a, s. 7–8.

⁵¹³ Lappi-Seppälä 2004a, s. 7. Ks. myös Lappi-Seppälä 1987, s. 326.

⁵¹⁴ Frände 2012, s. 134–135 ja 185 (ks. myös s. 134 av. 309). Vanhemmista normatiivisiin seikkoihin kohdistuneista erehdyksistä annetuista korkeimman oikeuden ratkaisuista ks. Matikkala 2005, s. 194–208.

⁵¹⁵ Tapani – Tolvanen 2008, s. 337.

kia ei voida pitää tässä suhteessa erityisen vaikeaselkoisena, ei kieltoerehdystä koskevan säännöksen soveltaminen tässä tapauksessa ole perusteltua.”

Väitetty erehtyminen oli kohdistunut tunnusmerkistön normatiivisiin osioihin, jotka ovat Nuutilan kuvaaman asteikon selonottovelvollisuutta korostavassa päässä. Kuten ratkaisustakin ilmenee, toimimalla selonottovelvollisuuden mukaisesti kielletyn menettelyn rajat olisivat olleet helposti löydettävissä.

Soveltamis- ja kieltoerehdysten rajapinnalla liikuttaessa liikutaan nähdäkseni samanaikaisesti myös muodollisen ja aineellisen oikeudenvastaisuuden rajalla. Muodollisessa oikeudenvastaisuudessa puhutaan nimenomaan norminvastaisuudesta, kun taas aineellisessa mielessä kyse on ennemminkin teon oikeushyvää suojaavasta luonteesta. Laillisuusperiaate näyttäisi puoltavan käsitystä muodollisesta oikeudenvastaisuudesta ja siitä johdettavasta tiukasta laintulkinnasta. Joskus kuitenkin ajaututaan etäämmälle muodollisesta oikeudenvastaisuudesta. Sääntelyn puuttumis- tai tulkintatilanteissa liikutaan lähempänä aineellisen oikeudenvastaisuuden olemusta.⁵¹⁶ Erilaisten erehdystilanteiden osalta tutkimukseeni kohdistuu erityisesti niihin tilanteisiin, joissa sallitun toimivallan rajat ovat epäselvät. Asiaa harkitseva tuomioistuin joutuu tällöin pohtimaan, onko menettely ollut sillä tavoin *aineellisesti* oikeudenvastaista, että siitä rankaiseminen on perusteltua ja laillisuusperiaatteen sallimaa. Samalla se joutuu arvioimaan, tekeekö sallittuisuuteen kohdistunut erehdys näillä reuna-alueilla teosta rankaisemattoman. Vikatmaan väitöskirjassaan esittämä näkemys tarjoaa mahdollisesti vielä nytkin jonkinlaista johtoa kysymysten ratkaisuun: ”On myös oikeuspoliittisesti kohtuutonta vaatia tarkkaa laintuntemusta kaikilta kansalaisilta. Juuri tällainen lähinnä absoluuttisen teorian ajatusmaailmaan kuuluva vaatimus on omiaan aiheuttamaan syyttömän rankaisemisen tunnetta.”⁵¹⁷

2.5.2.3 Lopuksi

Voitaneen yhtyä Lahden näkemukseen siitä, että teon kiellettyisyydestä erehtymiseen suhtaudutaan meillä ”melko ankarasti”. Tämä korostaa sitä, kuinka tärkeää rikosvastuun edellytysten selkeä sääntely on ennalta-arvattavan ja yhdenvertaisen lainsoveltamisen sekä yksilön oikeusturvan kannalta.⁵¹⁸ Voidaan toki

⁵¹⁶ Vikatmaa 1970, s. 29–30 ja 108–109. Rikoslain kokonaisuudistuksen myötä tilanne on jossain määrin korjautunut siitä, mitä se oli Vikatmaan tehdessä väitöskirjaansa.

⁵¹⁷ Vikatmaa 1970, s. 110. Ks. myös KKO 2006:72, jossa korkein oikeus näyttäisi siis liittäneen tahallisuuteen vaatimuksen, että tekijä on ymmärtänyt toimensa oikeudettomiksi. Ko. tapauksessa vaatimus täyttyi, kun A:ta oli viranomaisten taholta erikseen informoitu menettelyn oikeudettomuudesta. Tapausta lähestyttiin myös tunnusmerkistöerehdyksen näkökulmasta.

⁵¹⁸ Lahti 2003, s. 142 ja 149.

pohtia, mitä merkitystä ennen yleisten oppien uudistusta annetuille korkeimman oikeuden ratkaisuille tulee antaa. Itse näen, että sovellettava kieltoerehdyssäännös on edelleen huomattavan tulkinnanvarainen. Esimerkiksi tunnusmerkistöerehdyksen sekä kieltoerehdyksen välinen rajanveto, joka vaikuttaa muun muassa soveltamiserehdyksen oikeudelliseen vaikutukseen, on niin häilyvä, että myös korkeimman oikeuden vanhemmissa ratkaisuisaan käyttämien argumenttien nostaminen esiin tulkinnassa huomioon otettavina seikkoina on perusteltua. Yleisellä tasolla voidaan myös yhtyä Koposen näkemykseen siitä, että oikeuskäytännön vähäisille muutoksille tai käytännön epäyhtenäisyydelle ei pääsääntöisesti tule antaa painoarvoa kieltoerehdyksen anteeksiannettavuutta arvioitaessa.⁵¹⁹

Ylipäättään teon oikeudenvastaisuuteen kohdistuvasta tietoisuudesta käytävän keskustelun tulee olla riittävän monipuolista. Olemme tulleet kauas ajoista, jolloin rangaistavaa oli lähinnä *mala in se* -tyyppiset rikokset, kuten tappo, varkaus tai raiskaus. Nykyään kriminalisoinnit voivat perustua ennemminkin tarkoitukseenmukaisuusnäkökohtiin (*mala in prohibita* -rikokset) kuin moraaliseen paheksuttavuuteen. Toisaalta moraalikin on pluralisoitunut ja sen yhteys rikosoikeuteen on heikentynyt. Kun normien määrä on samanaikaisesti kasvanut, voi hyvin todeta, että ”[n]ykyään kukaan ei ole selvillä siitä, mikä kaikki on rangaistavaa”.⁵²⁰

Arvioitaessa virkamiehen ja erityisesti poliisimiehen mahdollisuuksia vedota menestyksellä kieltoerehdykseen tulee Bouchtin mukaan otettavaksi huomioon ensinnäkin se, että poliisimiehet ovat velvollisia ja koulutettuja toimivaltansa oikeudellisten rajojen tuntemiseen. Toiseksi virkamiesten toimimisvelvollisuus ulottuu vain lainmukaiseen toimintaan, johon poliisimies on harjaantunut. Mikäli on epäselvyyttä suunniteltujen toimien lainmukaisuudesta, voi poliisimies jättää tilanteen ja pyrkiä ottamaan selvää toimenpiteen laillisuudesta ja tarvittaessa luopua koko toimenpiteestä. Yksittäisestä toimenpiteestä luopuminen ei juurikaan huononna poliisin edellytyksiä yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämiseen. Kolmas merkityksellinen seikka on se, että poliisille suotujen valtaoikeuksien ja resurssien vastinparina kuuluu olla näihin kohdistunut korostunut kontrolli. Lähtökohtaisesti myös virkatoimintaan tulee siis sovellettavaksi *ignorantia legis non excusat* -periaate ja yleinen kieltoerehdyssääntely, joka toki sisältää anteeksiannon mahdollisuuden, jos tilanne on erityisen kriittinen tai akuutti ja nämä seikat ovat vaikuttaneet erehdykseen.⁵²¹

⁵¹⁹ Koponen 2004, s. 119–120.

⁵²⁰ Matikkala 2005, s. 539. Ks. myös Frände 2012, s. 186. Fränden mukaan kaikissa KKO:n kieltoerehdyksratkaisuisa vuoden 2003 uudistuksen jälkeen on ollut kyse käyttäytymisnormeista, jotka ovat olleet ”perustavasta sosiaalisesta moraalista hyvin etäällä”.

⁵²¹ Boucht 2011a, s. 289–291.

Bouchtin näkemykset ovat lähtökohtaisesti oikeita, mutta erityisesti virkatoinnin osalta tulee huomiota kiinnittää kahteen seikkaan. Mahdollisuutta jäädyttää tilanne ja vetäytyä miettimään toimivaltasääntelyn rajoja ei tule ylikorostaa, koska kohdattavien tilanteiden luonne ei tätä usein mahdollista ja toisaalta poliisitoiminnan tehokkuuden, yleisen uskottavuuden ja osin jopa ns. asiakasnäkökulman voidaan katsoa edellyttävän, että eteen tulevat tilanteet hoidetaan mahdollisimman joutuisasti. Toisaalta – tätä haluan korostaa – poliisilta ei voida odottaa toimenpiteestä luopumista kaikissa tilanteissa, joissa toimenpiteen laillisuus ei ole täysin varmaa. Toimivaltasääntely on monien poliisitoiminnan osa-alueiden osalta niin epäselvää, että huolellinenkaan selonotto ei tuo varmuutta suuntaan eikä toiseen. Poliisin koulutuksen voidaan katsoa edellyttävän, että juridiset ongelmakohdat tunnistetaan ja lain sisällöstä pyritään kohtuudella käytettävissä olevien keinojen avulla ottamaan selvää. Jos selonottopyrkimysten jälkeen suunniteltu toimenpide ei ole varsin todennäköisesti lainvastainen, siihen voidaan ryhtyä. Tällöin vastuu tahallisesta virkarikoksesta sulkeutuu pois ja jos selonotto lainsäädännön sisällöstä on ollut *olosuhteiden edellyttämän ja ko. poliisimieheltä vaadittavan huolellisuusvelvollisuuden* mukaista, myös vastuu tuottamuksellisesta virkarikoksesta sulkeutuu lähtökohtaisesti pois.

Kuvattu lähestymistapa on yhteensopiva sekä yleisen kieltoerehdyssääntelyn että oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa virkamiehille asetetun oikeusvastaisuustietoisuuden kynnyksen kanssa. Selonottovelvollisuuden laiminlyönti voi siis perustaa vastuun tuottamuksellisesta, mutta ei tahallisesta tekemuodosta. Näin ajateltaessa selonottovelvollisuutta ei kytketä tahallisuuteen, mihin se huonosti istuisikin, vaan ennemminkin syyllisyyteen. Kuten jo edeltä käy ilmi, selonottovelvollisuuden laiminlyönti ei tuota tahallisuuden edellyttämää tietoisuutta. Myös virkavelvollisuuksista kumpuava toimimisvelvollisuus puoltaa mahdollisuutta tuottamuksellisista rikoksista tuomitsemiseen niissä tilanteissa, joissa oikeudenvastaisuustietoisuus on alentunut. Tätä mahdollisuuttahan ei ole ns. tavallisilla kansalaisilla, joilta voidaan juridisesti epäselvissä tilanteissa edellyttää teosta luopumista. Tämä onkin ratkaiseva ero sinänsä vaikeaselkoisten talous- ja virkarikossäännösten välillä.

Olen siis päätenyt pitämään tahallisesta virkarikoksesta rankaisemisen rajana oikeusvastaisuuden pitämistä ”varsin todennäköisenä”. Pidän tätä parempana kuin ”varmana pitämistä” lähinnä siitä syystä, että viimeksi mainittu tuottaa väistämättä vakavia näytöngelmia ja johtaa usein pakottavaan ”on täytynyt pitää”- tai ”on täytynyt mieltää” -päätelyyn. Uskoakseni tällä ei ole juurikaan käytännön vaikutusta tahallisesta rikoksesta tuomitsemisen kynnykseen.

Osa edellä kuvatuista ongelmista laillisen toiminnan rajojen määrittämisessä korostuu, kun tilanne on edennyt hätävarjelun tai pakkotilan asteelle. Nuotio on kuvannut hätävarjelussa tai pakkotilassa toimivan henkilön paradoksia vuonna

2003 ilmestyneessä artikkelissaan. Meillä kaikilla on intressi tietää, missä vastuuvapauden rajat kulkevat. Tilanteet ovat kuitenkin sellaisia, että niissä ei ole mahdollista vetäytyä miettimään, miten saa toimia ja miten ei saa toimia. Jos näihin seikkoihin taas on varautunut, tulee tyypillisesti ankarammin arvostelluksi. Nuotio onkin todennut, että rikosoikeuden yleiset opit ovat erityisesti lainkäyttäjien *jälkikäteisessä* arvioinnissa sovellettavia.⁵²²

Tilanne hankaloituu juridisesti entisestään, kun arvioitavaksi tulevat putatiiviteon ja soveltamiserehdyksen yhdistelmät, joissa tekijä erehtyy sekä tosiasiallisesta tilanteesta ja oikeamittaisista voimakeinoista. Nuutila on esimerkkinä kuvannut tilanteen, jossa ”konstaapeli luulee A:ta myymälävaras B:ksi ja ampuu tahallaan tätä kuolettavasti”. Kyseessä ei ole tosiasiallinen voimakeinojen käyttöön oikeuttava tilanne, koska kohdehenkilö ei ole oikea, ja toisaalta voimakeinoja on joka tapauksessa käytetty liikaa. Tuolloin voimassa olleen oikeustilan nojalla Nuutila katsoi, että poliisi voitaisiin tuomita 1) taposta, 2) kuolemantuottamuksesta tai 3) voimakeinojen käytön liioitteluna tehdystä taposta. Näistä perustelluimpana Nuutila on pitänyt vaihtoehtoa 3, koska silloin tilanne arvioidaan niin kuin poliisimies sen käsitti. Vaihtoehto 2 johtaisi siihen, että väärän henkilön kiinniottaminen liiallisin keinoin tulisi arvioitavaksi lievemmin kuin oikean henkilön kiinniotto liiallisin keinoin. Nuutila on lopuksi todennut, että ehdottomia kantoja ei kuitenkaan voida esittää.⁵²³

2.5.3 Yleisiä huomioita poliisin oikeudesta hätävarjeluun, pakkotilaan ja voimakeinojen käyttöön

Lähtökohtaisesti tunnusmerkistön mukainen teko on myös oikeudenvastainen – rikosoikeudellisesti oikeudenvastainen.⁵²⁴ Oikeuttamisperusteet, jotka muodostavat vastuuvapausperusteiden ytimen, poistavat tunnusmerkistön mukaisen teon oikeudenvastaisuuden elementin – tekevät siitä rikosoikeudellisesti oikeudenmukaisen.⁵²⁵ Oikeudenmukainen teko on oikeusjärjestyksen mukainen teko, johon henkilöllä on usein ainakin moraalinen velvollisuus. Moraaliselta lataukseltaan

⁵²² Nuotio 2003, s. 246–247.

⁵²³ Nuutila 1997a, s. 259–260. Tapauksessa KKO 1948 I 19: ”Syytetty oli luullessaan itsellään olevan oikeuden hätävarjeluun ampunut pimeässä henkilöä kohti kaksi laukausta, joista toinen oli osunut tuohon henkilöön seurauksin, että tämä oli kuollut. Kun ampuminen oli tapahtunut sellaisissa olosuhteissa että osuminen oli otettava lukuun todennäköisenä mahdollisuutena ja syytetty oli käyttänyt enemmän väkivaltaa kuin otaksuttu hätä vaati, hänet tuomittiin erittäin lieventävien asianhaaran vallitessa tehdystä kuoleman aiheuttaneesta pahoinpitelystä (RL 3 luv. 9 §:ää ei siis sovellettu).”

⁵²⁴ Koskinen 2009, s. 167 ja Anttila – Heinonen 1974, s. 73. Ks. myös Honkasalo 1965, s. 143 ja Majanen 1979, s. 4–5.

⁵²⁵ HE 44/2002 vp, s. 99.

oikeuttamisperuste on anteeksiantoperustetta vahvempi.⁵²⁶ Oikeuttamisperusteen sallimaa tekoa pidetäänkin samanarvoisena kuin toimintaa, joka ei ole minkään rikostunnusmerkistön mukainen.⁵²⁷

Rikosoikeus säättää siitä, milloin esimerkiksi tappaminen on oikein ja milloin se on väärin. Rikosoikeus ei tyydy vain toteamaan tekoa vääräksi, vaan myös asettaa keskeisiä ehtoja sille, milloin se on oikein. Rikosoikeuden piirissä erityisesti vastuuvapausperusteet ovat vahvasti moraali- ja arvosidonnaisia, ja niistä argumentoitaessa käytetään hyvin samanlaisia perusteluja kuin ei-juridisessa arkikielessä. Ennakoitavuuden tarve aiheuttaa sääntelytarvetta, mutta käytännössä hätävarjelu ja pakkotila saisivat jonkinlaisen sisällön, vaikka laissa ei lausuttaisi niistä mitään. Nuotion mukaan tämä johtuu siitä, että ko. oikeusinstituutiot ”ilmaisevat sellaisia syyksilukemisen ja arvioimisen sääntöjä, joiden rikkominen veisi kokonaan pohjan rikosoikeuden eettiseltä arvostukselta”.⁵²⁸ Toisin sanoen eräissä tapauksissa rikosoikeuden käskyineen ja kieltoineen tulee väistyä ja näin syntyneessä ”luonnontilassa” ihmisten on sallittava turvata itse oikeuksiaan. Oikeuttamisperusteissa onkin kyse eräänlaisesta rikosoikeuden ”sisäisestä luonnonoikeudesta”.⁵²⁹ Sanotusta huolimatta vastuuvapausperusteet eivät modernissa oikeudessa ole kuitenkaan voimassa *luonnonoikeudellisina periaatteina*, vaan niiden sisältö on lainsäätäjän päätettävissä.⁵³⁰ Perus- ja ihmisoikeuslähtöisessä lähestymistavassa vastuuvapausperusteet tuleekin nähdä osana ”laajaa oikeudellista infrastruktuuria, joka vasta kokonaisuutena tuottaa perus- ja ihmisoikeuksien mahdollisimman laajan turvan”.⁵³¹

Poliisin oikeudesta vedota toiminnassaan yleisiin vastuuvapausperusteisiin kirjoitettiin yleisten oppien uudistamisen jälkeen kaksi periaatteellisesti merkittävää kirjoitusta, joissa molemmissa varsin painavin sanankääntein kritisoitiin poliisin sinänsä vakiintunutta oikeutta hätävarjeluun. Erityisen hedelmälliseksi käydyn keskustelun tekee se, että kirjoittajista Kaarlo Tuori edustaa lähtökohtaisesti hallinto-oikeudellista ja valtiosääntöoikeudellista ja Kimmo Nuotio rikosoikeudellista lähestymistapaa.⁵³² Poliisin oikeus hätävarjeluun (ja pakkotilaan) määrittyykin eri oikeudenaloiilla eri tavoin. Rikosoikeuden näkökulmasta kyse on yleisten rikosoikeudellisten oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden sovelta-

⁵²⁶ HE 44/2002 vp, s. 99. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 86–87. Angloamerikkaisen oikeuskirjallisuuden näkemyksistä oikeuttamisperusteiden ja anteeksiantoperusteiden erottamisesta – sen hyödyistä ja haitoista – ks. Sangero 2006, s. 11–19. Ks. myös Sangero 2006, s. 36–40 perusteet itsensäpuolustamisoikeuden sijoittamisesta oikeuttamisperusteiden joukkoon.

⁵²⁷ Boucht – Frände 2008, s. 88.

⁵²⁸ Nuotio 1998a, s. 496–497.

⁵²⁹ Nuotio – Majanen 2003, s. 79.

⁵³⁰ Nuotio 2005b, s. 239.

⁵³¹ Nuotio 2005b, s. 240.

⁵³² Tuori 2004a ja Nuotio 2005b.

misesta hallinnollisten toimivaltasäännösten kattamaan elämäntilanteeseen. Hallinto-oikeuden näkökulmasta kyse on sen arvioinnista, mikä merkitys rikosoikeuden vastuuvapausperusteille tulee antaa määritettäessä poliisin toimivaltaa. Valtiosääntöoikeudellisesta näkökulmasta puolestaan korostuvat perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Tätä taustaa vasten voidaan perustellusti todeta, että poliisin hätävarjelu-oikeuden tyypiset oikeudelliset ilmiöt puoltavat ongelmakeskeistä lainopillista lähestymistapaa, mikä usein haastaa perinteisen oikeudenalajaottelun.⁵³³ Haasteet kohdistuvat myös lainsäätäjään, sillä yhtäältä kansalaisten välisissä suhteissa sovellettavan hätävarjelun ja toisaalta vertikaalisessa perusoikeussuhteessa sovellettavien poliisitoimivaltuuksien hyväksyttävistä rajoista käytävät poliittiset keskustelut käydään varsin erityyppisistä lähtökohdista.⁵³⁴

Poliisilakia 1990-luvulla uudistettaessa yhtenä arvioinnin kohteena oli, missä määrin poliisitoimintaa voidaan jatkossakin valtuuttaa hätävarjelu- ja pakkotiläsäännöksillä.⁵³⁵ Vuonna 1995 voimaan tulleen poliisilain alkuperäisen 27 §:n 4 momentin esitöissä todettiin poliisimiehellä (ja häntä 3 momentin nojalla avustavalla siviilillä) olevan kaikille kansalaisille kuuluva yleinen oikeus hätävarjeluun ja pakkotilatekoon. Esitöiden mukaan poliisimiehen ja siviilihenkilön oikeus vedota mainittuihin vastuuvapausperusteisiin eivät ole täysin rinnasteisia, vaan poliisimies saattaa jossakin tilanteessa toimia voimakeinojen käyttöä sääntelevän säännöksen suomin oikeuksin, kun siviilihenkilö vastaavassa tilanteessa toimii hätävarjelussa. Tästä huolimatta poliisimieskin saattaa jossakin tilanteessa joutua toimimaan hätävarjelu-säännösten turvin tavalla, johon poliisivaltuudet eivät häntä oikeuttaisi.⁵³⁶

Myös rikoslain yleisten oppien uudistamiseen johtaneessa hallituksen esityksessä 44/2002 vp on yksiselitteisesti todettu, että ”[v]oimakeinojen käyttöön oikeutetulla virkamiehellä ja muulla henkilöllä on myös kaikille kansalaisille kuuluva yleinen oikeus hätävarjeluun ja pakkotilatekoon”.⁵³⁷

Samoin uuden poliisilain hallituksen esityksessä 224/2010 vp on katsottu, että ”poliisimiehellä on myös jokaiselle kuuluva yleinen oikeus hätävarjeluun ja pak-

⁵³³ Tuori 2004a, s. 493 ja Tuori 2007, s. 119.

⁵³⁴ Ks. Boucht 2011a, s. 407–408.

⁵³⁵ HE 57/1994 vp, s. 14.

⁵³⁶ HE 57/1994 vp, s. 55–56. Ks. myös KM 1986:16, s. 506–507.

⁵³⁷ HE 44/2002 vp, s. 130. Ks. myös Majanen 1979, s. 275 ja Nuotio – Majanen 2003, s. 79. Samoin Loman 1997, s. 77 ja 80, Helminen et al. 1999, s. 277, 308 ja 363, Lappi-Seppälä 2004a, s. 30, Backman 2004b, s. 8, Boucht 2006, s. 517, Hakonen 2006, s. 69, Koskinen 2008, s. 57 ja Helminen et al. 2012a, s. 676–677 sekä Helminen et al. 2012b, s. 769 ja 798–799. Vanhemmasta oikeuskirjallisuudesta ks. Ylösjoki 1966, s. 284, Sinisalo 1971, s. 113, Sinisalo 1973, s. 34 ja Anttila – Heinonen 1974, s. 79. Ks. myös Majanen 1979, s. 103. Majasen mukaan poliisilla oli aiemman lainsäädännön aikana ilmeisesti oikeus puolustaa yleisen hätävarjelu-oikeuden nojalla myös muita toisen henkilön oikeushyviä.

kotilatekoon” eikä vallitsevaa oikeustilaa ole syytä muuttaa, mutta se olisi perusteltua kirjata lakitekstiin lainsäädännön kattavuuden varmistamiseksi.⁵³⁸ Hätävvarjelu-oikeuden säilyttämisen on todettu olevan perusteltua, vaikka poliisilain voimakeinojen käyttöä koskevien säännösten säätämisen ja rikoslain yleisten oppien uudistamisen myötä ”lainsäädäntö on täydentynyt ja muuttunut 1990- ja 2000-luvulla”.⁵³⁹

Uusimmasta oikeuskirjallisuudesta todettakoon, että Koskinen on rikosoikeuden perusteoksessa vahvistanut sen lähtökohdan, että myös poliisimiehellä on oikeus hätävarjeluun. Koskisen mukaan tekijän asema, koulutus ja mahdollisuudet on kuitenkin otettava huomioon.⁵⁴⁰ Myös Tapani ja Tolvanen ovat pitäneet systemaattisesti perusteltuna, että poliisilla on oikeus yleiseen hätävarjeluun sekä itseä että toista henkilöä puolustaaakseen. Toimintaa tulee heidän mukaansa kuitenkin arvioida ensisijaisesti voimakeinojen käytön näkökulmasta. Jos toiminta on tästä näkökulmasta sallittua, oikeushyvää sinänsä loukkaava teko ei ole tunnusmerkistön mukainen. Tunnuksmerkistön mukaisuuden tasolla ei kuitenkaan aina päästä oikeuspoliittisesti tyydyttävään tulokseen. Hätävvarjelu-oikeuteen vetoaminen saattaakin tulla aiheelliseksi niissä tilanteissa, joissa poliisin tai muun henkilön henki tai terveys on vakavasti uhattuna. Tapanin ja Tolvasen mukaan tilanne voi olla yllättävä ja kehittyä niin nopeasti, ettei siihen ehditä varautua, ja on myös mahdollista, että joitakin voimakäyttövälineitä ei ole mahdollista käyttää. Näissä tilanteissa kyse ei olisi virkatehtävän suorittamisesta ja siinä tarvittavista voimakeinoista, vaan selviytymisestä tilanteesta hengissä ja ilman vakavia vammoja.⁵⁴¹

Haluan tässä yhteydessä huomauttaa, että kyse ei nähdäkseni ole ainoastaan siitä, että hätävarjelu-sääntely muodostaisi eräänlaisen lisäturvan niihin tilanteisiin, joissa laillisen voimakeinojen käytön rajat on ylitetty, vaan *de lege lata* hätävarjelu kattaa joitakin tilanteita, joihin voimakeinojen käytösäännös ei ylipäätään ulotu. Kyse on yksinkertaistaen siitä, sovelletaanko säännöksiä ajallisesti päällekkäin vai peräkkäin. *De lege ferenda* Tapanin ja Tolvasen näkemys saattaa olla hyvinkin kannatettava, mutta tähän palataan myöhemmin.

Samoin Frände on uudessa rikosoikeuden yleisten oppien perusteoksessaan vahvistanut voimakeinojen käyttöön oikeutetun henkilön oikeuden toimia tilanteen sitä edellyttäessä hätävarjelu turvin. Käytännön erot eivät Fränden mukaan ehkä kuitenkaan ole kovin suuria, koska sekä voimakeinojen käyttöä koskeva säännös että hätävarjelu-säännös rakentuvat puolustettavuusarvioinnille. Edes kielle-

⁵³⁸ HE 224/2010 vp, s. 23–24. Ks. myös HE 224/2010 vp, s. 83.

⁵³⁹ HE 224/2010 vp, s. 83.

⁵⁴⁰ Koskinen 2009, s. 179.

⁵⁴¹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 304.

tyn teon ja puolustettavuuden erilainen suhde säännöksissä ei Fränden mukaan johda merkittäviin eroavaisuuksiin, koska hätävarjelutekoa arvioitaessa tulee huomioon otettavaksi puolustautujan henkilö, esimerkiksi poliisimiesasema.⁵⁴²

Pohjoismaisessa kirjallisuudessa Boucht on todennut, että voitaisiin pitää erikoisena, jos poliisimies ei rikoslain tuella saisi hätävarjella itseään, vaikka samaisen rikoslain kriminalisoinneilla pyritään suojaamaan sekä yksityisiä kansalaisia että virkamiehiä.⁵⁴³ Toisaalta Boucht on aiheellisesti huomauttanut, että poliisin käyttäessä yleistä – ilmeisesti toimivaltasäännöksiä laajempaa – oikeutta hätävarjeluun, kaventuu samalla kansalaisten oikeuksien suoja siitä, mihin se nimenomaisilla toimivaltasäännöksillä oli asetettu.⁵⁴⁴ Myös Norée on huomauttanut, että jos Ruotsin poliisilain 10 §:n viittaus rikoslain hätävarjelu- ja pakkotilasäännöksiin tarkoittaa, että poliisin *toimivaltuuksia* on tältä osin laajennettu, voidaan perustellusti väittää, että lainsäätäjällä on siirtänyt perusoikeussuojan siivuun. Norée itse kuitenkin painottaa näkemystä, että poliisimies toimii hätävarjelutilanteissa *yksityishenkilönä*.⁵⁴⁵

Poliisimiehen oikeus hätävarjeluun (ja pakkotilatekoihin) ei ole rajoittunut ainoastaan voimankäyttötilanteisiin, vaan ennen 1990-luvun poliisilain kokonaisuudistusta muun muassa puuttuminen kotirauhan piirissä tapahtuneeseen vaaralliseen tekoon tai tapahtumaan perustui hätävarjelu- tai pakkotilasäännöksiin. Sama on koskenut esimerkiksi turvaamistoimenpiteenä tehtyä omaisuuden haltuunottoa sekä vaarassa olevan ja kadonneen henkilön etsintää.⁵⁴⁶ Poliisimies ei kuitenkaan voi vedota hätävarjeluun tai pakkotilaan kaikenlaisen virantoimituksen tarkoituksessa tehtyjen tekojen osalta. Esimerkiksi kidutuksen kieltäminen on sillä tavoin ehdoton, että virkamies ei voi vedota yleisiin oikeuttamisperusteisiin.⁵⁴⁷ Kysymykseen on otettu kantaa EIT:n suuren jaoston ratkaisemassa Gäfgen-tapauksessa⁵⁴⁸, jossa oli kyse siitä, että poliisi uhkasi lapsen sieppauksesta epäiltyä henkilöä kovalla kivulla, ellei tämä paljastaisi lapsen olinpaikkaa.

⁵⁴² Frände 2012, s. 156–157.

⁵⁴³ Boucht 2011a, s. 461. Itse asiassahan virkatoimintaa on pyritty suojaamaan korostetusti myös erityisillä virkamiehen vastustamista yms. koskevilla kriminalisoinneilla. Ruotsin osalta ks. myös Norée 2000, s. 217–219, Jareborg 2001, s. 269, Norée 2004, s. 11–12, Norée 2008, s. 42–43 ja 109, Boucht 2011a, s. 334–335 ja Berrgren – Munck 2011, s. 80. Norjasta ks. esim. Auglend et al. 2004, s. 71. Samansuuntaisesti saksalaisesta kirjallisuudesta ks. Roxin 2006, s. 708–712 ja *common law* -kirjallisuudesta esim. Bronitt – Gani 2012, s. 165.

⁵⁴⁴ Boucht 2011a, s. 462–463.

⁵⁴⁵ Norée 2000, s. 218–219. Ruotsin poliisilain 10 §:n 3 momentin nojalla: ”Om rätt att i vissa fall bruka våld finns i övrigt föreskrifter i 24 kap. brottsbalken. *Lag (2002:577)*.” Brottbalken 24 luku sääntelee yleisiä vastuuvapausperusteita.

⁵⁴⁶ HE 57/1994 vp, s. 14 ja 43. Ks. myös Loman 1997, s. 63–64.

⁵⁴⁷ HE 76/2009 vp, s. 24. LaVM 15/2009 vp, s. 4.

⁵⁴⁸ Gäfgen v. Germany.

Myöhemmin ilmeni, että uhkailujen aikaan lapsi oli jo kuollut. EIT totesi ratkaisun kohdassa 107:

”However, it is necessary to underline that, having regard to the provision of Article 3 and to its long-established case-law (see paragraph 87 above), the prohibition on ill-treatment of a person applies irrespective of the conduct of the victim or the motivation of the authorities. Torture, inhuman or degrading treatment cannot be inflicted even in circumstances where the life of an individual is at risk. No derogation is allowed even in the event of a public emergency threatening the life of the nation. Article 3, which has been framed in unambiguous terms, recognises that every human being has an absolute, inalienable right not to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment under any circumstances, even the most difficult. The philosophical basis underpinning the absolute nature of the right under Article 3 does not allow for any exceptions or justifying factors or balancing of interests, irrespective of the conduct of the person concerned and the nature of the offence at issue.”

Vaikka menettely olikin harkittua ja laskelmoitua ja kidutuksella uhkaaminen sinällään täyttää kidutuksen määritelmän, kohtelun katsottiin olleen ”vain” epäinhimillistä (*inhuman*), mikä sekin on toki EIS 3 artiklan vastaista. EIT otti tilanteen kokonaisarviointissa huomioon kuulustelun kohtuullisen lyhyen keston (noin 10 minuuttia), tilanteen jännittyneisyyden ja tunteellisuuden sekä poliisi-miesten motiivin hyväksyttävyyden. Valittajalle ei myöskään aiheutunut kohtelusta pitkäkestoisia terveysvaikutuksia.⁵⁴⁹ Nuotion mukaan tapaus osoittaa, että ”[j]ulkisen vallan taholta toteutettu kidutus loukkaa ihmisarvoa siten jopa enemmän kuin hengen riisto sinänsä tai hengen menetys toteuttamatta jätetyn kidutuksen seurauksena”.⁵⁵⁰ Gäfgen-ratkaisu osoittaa myös sen, että tiedonhankinnan tarkoituksessa ei voida käyttää edes kidutusta lievempiä EIS 3 artiklassa kiellettyjä menetelmiä.⁵⁵¹

Ulkomaisessa kirjallisuudessa myös esimerkiksi Roxin on tyystin kiistänyt mahdollisuuden kidutuksen tai sillä uhkaamisen oikeuttamiseen: ”*Der Verstoß gegen die Menschenwürde ist also eine Besondere Fallgruppe der sozialethischen Einschränkungen des Notwehrrechts... Eine Rechtfertigung durch Nothilfe muss daher definitive ausscheiden.*”⁵⁵² Korostetun rikosoikeudellisesta näkökulmasta on lähestyttävä Jareborgin näkemyksiä tilanteesta, jossa terroristiorganisaatio on asentanut suurkaupungin keskusta-atomipommin ja poliisi saa

⁵⁴⁹ Molemmat poliisimiehet tuomittiin kansallisessa tuomioistuimessa ehdolliseen sakkorangaistukseen.

⁵⁵⁰ Nuotio 2005b, s. 229. Väkivallalla uhkaaminen, vaikka lapsi ei enää ollut hengissä, viittaa Nuotion mukaan oikeuttamisperusteen käsilläoloa koskevaan erehdykseen. Ks. tästä Nuotio 2005b, s. 228.

⁵⁵¹ Mowbray 2012, s. 183.

⁵⁵² Roxin 2006, s. 706–708.

kiinni organisaatioon kuuluvan henkilön. Jareborg kysyy, että mikäli henkilö ei paljasta pommin sijaintia laillisten menetelmien seurauksena, voiko poliisi ki-
duttaa henkilöä tiedon saamiseksi. Jareborgin mukaan menettely ei voi olla pak-
kotilana sallittua, mutta ”[o]m åtal överhuvudtaget skulle ske (se RB 20:7), kan
emellertid straffet sättas mycket lågt”.⁵⁵³

Uudemmasta kotimaisesta lainvalmisteluaineistosta on vielä syytä viitata hal-
lituksen esitykseen 222/2010 vp, jossa on esitetty, että poliisimies ei voi vedota
hätävarjeluun tai pakkotilaan, mikäli hän peitetoiminnan yhteydessä joutuisi
osallistumaan rikosten tekemiseen. Pakkotila ei esityksen mukaan sovellu, koska
pakkotila liittyy muuhun vaaraan kuin hyökkäykseen. Hätävarjelu saattaisi si-
nänsä olla tarpeen peitemiehen paljastumista seuraavan hyökkäyksen torjumi-
seksi, mutta mikäli näissä tilanteissa paljastuminen estettäisiin osallistumalla ri-
koksen tekemiseen, puolustusteko (tehty rikos) ei kohdistuisi potentiaaliseen
hyökkäykseen, vaan sivulliseen. Lievennetyn rangaistusasteikon käyttäminen olisi
hallituksen esityksen mukaan kuitenkin mahdollista tällaisissa vastuuvapauspe-
rusteiden soveltamista lähellä olevissa tilanteissa.⁵⁵⁴ Todettakoon, että vaikka
toimivaltasääntelyä ei voidakaan perustaa pakkotilasääntelyn varaan, en pidä
perusteltuna kategorisesti kieltää pakkotilan soveltamista joihinkin poikkeusti-
lanteisiin, esimerkiksi joidenkin vakavasti otettavien, mutta ajallisesti etäisten
hyökkäysten välttämiseen.

2.5.3.1 Hätävarjelu osalta oikeustilasta esitettyä

Tuori on aiheellisesti kiinnittänyt huomiota siihen, että poliisin oikeus hätävarje-
luun on varsin sitkeää tekoa. Mitkään hallinto-oikeudelliset, rikosoikeudelliset
tai valtiosääntöoikeudelliset uudistukset eivät näytä horjuttaneen sen asemaa.
Tuori itse on kuitenkin selkeästi kyseenalaistanut ko. doktriinin ja katsonut sen
olevan poliisin yleistoimivallan viimeinen jäännös. Hänen mukaansa voimakeino-
jen käyttö kajoaa selkeästi perusoikeuksiin, joiden rajoittaminen hätävarjelu- tai
pakkotilasäännösten kaltaisten yleislausekkeiden nojalla ei ole hänen mukaansa
yhteensopiva sen ajatuksen kanssa, että mainittuihin oikeuksiin kajoavan säänte-
lyn tulisi olla tarkkarajaista.⁵⁵⁵ Tuori on viitaten hallituksen esityksen mainintaan
siitä, että hätävarjelussa ei ole kyse virkatehtävästä, pitänyt oudoksuttavana, että

⁵⁵³ Jareborg 2001, s. 267. Ks. myös Möller 2012, s. 61–62.

⁵⁵⁴ HE 222/2010 vp, s. 133. Samoin HE 224/2010 vp, s. 49.

⁵⁵⁵ Tuori 2004a, s. 513–514. Ks. myös PeVL 28/2001 vp, s. 3, jossa valiokunta ei ole hyväksynyt, että toimivaltasääntely jää ”riippumaan rikoslain sääntelystä, joka ensiksikin asiallisesti koskee rangaistavuuden vähentämis- tai poistamisperusteita ja toiseksi on sisällöltään osoittautunut ole-
van suuressa määrin riippuvainen oikeuskäytännöstä. Toimivallan sääntely tähän tapaan on perus-
oikeusrajoitukseen kohdistuvan sääntelyn täsmällisyyden ja tarkkarajaisuuden vaatimuksen kan-

poliisimies voimankäyttötilanteen kiristytessä liukuisek virkatehtävien ja toimivaltasääntelyn ulkopuolelle. Lisäksi hänen mukaansa on syytä huomata, että voimakeinojen käyttö on poliisin virkatoiminnan ydintä, johon myös koulutuksessa panostetaan merkittävästi. Näillä perusteilla Tuori toteaa, että argumentti siitä, että virkatehtävät tai virkamiesasema eivät saa rajoittaa oikeutta hätävarjeluun, ei ole oikeaan osuva, koska muista virkamiesryhmistä poiketen poliisin tehtäviin kuuluu väkivaltaisten hyökkäysten torjuminen, johon heillä on myös koulutus.⁵⁵⁶ Lisäksi Tuori on kiinnittänyt huomiota siihen, että hallituksen esityksessä 44/2002 vp arvioidaan poliisin toimivallan ja hätävarjelun suhdetta lähinnä hengen ja terveyden suojan näkökulmasta ottamatta lainkaan huomioon muita hätävarjelun keinoin suojattavia oikeushyviä. Hänen mukaansa hätävarjelulla suojattavien oikeushyvien piirin laajentaminen vahvistaa entisestään epäilyksiä poliisin yleistuomivallasta.⁵⁵⁷

Nuotion mukaan virkatehtävien ulkopuolelle liukumisella ja siitä seuraavalla konfliktin luonteen muuttumisella yksityisten kansalaisten väliseksi on heijastevaikutuksia laillisuusvalvonnan ja julkisen vallan vastuun kannalta yleisemmin. Eduskunnan oikeusasiamiehen ja oikeuskanslerin tehtäviin ei kuulu yksityisten välisten konfliktien arviointi, minkä lisäksi julkisen vallan vahingonkorvausvelvollisuus olisi epäselvä näissä tilanteissa.⁵⁵⁸ Ehkä periaatteellisesti merkittävämpi on kuitenkin Nuotion kysymys siitä, johtaako edellä kuvattu kahden lähtökohdiltaan erilaisen instituution, hätävarjelun ja poliisioikeudellisen voimankäytön, välisen eron liudentumiseen.⁵⁵⁹

Edelleen Nuotio on katsonut myöhemmin selostettavan ratkaisun KKO 2004:75 ilmentävän sitä lähtökohtaa, että rikosoikeudellinen *vastuuvapausperuste on ensisijainen suhteessa toimivaltaperusteeseen*, mikä hänen mukaansa osaltaan johti siihen, että menettelyä ei tarkasteltu lainkaan poliisioikeudellisten toimivaltasäännösten kannalta.⁵⁶⁰ Toinen vaihtoehto olisi hänen mukaansa ollut lähestyä tapausta toimivaltasääntelyn näkökulmasta ja kysyä, mihin poliisilla oli oikeus toimivaltasääntelyn nojalla, seurasiko hätävarjelusäännöstöstä tähän jota-

nalta aivan liian epämääräinen eikä sääntelyä tällaisena ole siksi mahdollista toteuttaa tavallisen lain säätämisyjärjestyksessä.”

⁵⁵⁶ Tuori 2004a, s. 514. Ks. myös Mäenpää 2003, s. 97. Kirjoittajan mukaan lähtökohtaisesti ”perusoikeudet kuuluvat täysimääräisinä myös virkamiehille” eikä virkamiesasema sinänsä ole este näiden perusoikeuksien käyttämiselle.

⁵⁵⁷ Tuori 2004a, s. 515.

⁵⁵⁸ Nuotio 2005b, s. 216 ja 232. Nuotion ajatuksia poliisimiehen muuttumisesta hätävarjelutilanteissa yksityishenkilöksi on voimakkaasti kritisoinut Vienola 2008, s. 38–42.

⁵⁵⁹ Nuotio 2005b, s. 220.

⁵⁶⁰ Nuotio 2005b, s. 219. Samansuuntaisesti Helminen et al. 2012b, s. 798. Ks. myös Nuotio 2005b, s. 226, jossa hän näyttää lähtevän siitä, että toimiessaan yleisen hätävarjeluoikeuden turvin poliisilla saattaa olla velvollisuus toimenpiteisiin.

kin lisää tai seurasiko hätävarjelusäännöstöstä jonkinlainen ”vapautus ylimalkaan toimivallan perusteluista”.⁵⁶¹ Äärimmilleen vietynä korkeimman oikeuden valitsema linja tarkoittaisi hänen mukaansa sitä, että yleisten oppien uudistamisen yhteydessä tapahtunut hätävarjelulla suojeltavien oikeushyvien piirin laajenus koitui myös ”poliisin hyväksi”. Poliisitoiminta Nuotion termien yksityistettäisiin, mikä luonnollisesti olisi oikeusvaltioperiaatteen vastaista. Hyväksyttäviin tuloksiin pääseminen edellyttääkin Nuotion mukaan tiukkoja tulkintoja.⁵⁶²

Kuvattua potentiaalista ongelmaa pahentaa hätävarjelun aikarajojen laajentaminen. Kuten Nuotio on todennut, mainittu laajennus uhkaa ”hätävarjelun käsitteellistä rakennetta” ja koko hätävarjeluinstituution luonnetta. Nuotio on aivan oikein huomauttanut, että aikarajojen laajentaminen poliisitoiminnassa tapahtuvaan hätävarjeluuun ei ole toivottavaa ja ”[o]lisi kestämatöntä, mikäli poliisi voisi vapautua rikosoikeudellisesta vastuusta ja virkavastuusta jopa silloin, kun se on torjunut hyökkäystä ennen varsinaisen hätävarjelutilanteen alkamista tai sen jopa päätyttyä”. Lähestyisimme kansainvälisestä oikeudesta tutun *ennakoivan iskun* oppia, mikä Nuotion mukaan puolestaan saattaisi johtaa esimerkiksi keskusteluun siitä, onko viranomaisella oikeus surmata kaappaja panttivankitilanteessa.⁵⁶³ Nuotio näyttäisi ainakin poliisitoiminnan osalta edellyttävän, että hätävarjelu-oikeus rajataan ajallisesti mahdollisimman suppeaksi. Muutoin kyse olisi eräänlaisista *preventiivisen hätävarjelun* tilanteista, joissa tilanne ratkaistaisiin silloin, kun se on taktisesti viisainta. Tällaista tiukkaa tulkintaa sovellettiin hänen mukaansa ratkaisussa KKO 1993:50, jossa hätävarjelutilanne rajattiin ajallisesti vasta aivan loppuvaiheen tilanteen kiristymiseen.⁵⁶⁴

Nuotio on myös arvioinut, että sääntely Suomessa ei ole täysin ihmisoikeus-sopimusvelvoitteiden mukaista. Ongelmakohtia ovat virkavastuun erottaminen viranomaistoiminnasta, hätävarjelu-oikeuden laajentuminen kaikkiin oikeushyviin sekä ns. ennakoivan iskun opin hyväksyminen hätävarjelun aikarajojen avaamisen myötä. Sääntelyn puutteiden osalta kyse saattaisi olla jopa EIS 2 artiklan 1 ja 2 kappaleiden rikkomisesta.⁵⁶⁵ Todettakoon jo tässä yhteydessä, että mikäli Nuotion epäily on oikea, ei se EIS 2 artiklan vakiintuneesta soveltamiskäytännöstä johtuen koske ainoastaan poliisitoimintaa, vaan kritiikki kohdistuu koko hätävarjelusääntelyymme.

Nuotio on myös pohtinut, johtaako poliisin hätävarjelu-oikeus kohtuuttomuuksiin niissä tilanteissa, joissa toinen poliisimies taitamattomalla menettelyllään aiheuttaa toisen poliisimiehen joutumisen hätävarjelutilanteeseen. Tällöin ensin

⁵⁶¹ Nuotio 2005b, s. 219.

⁵⁶² Nuotio 2005b, s. 234–236.

⁵⁶³ Nuotio 2005b, s. 236–237.

⁵⁶⁴ Nuotio 2005b, s. 225.

⁵⁶⁵ Nuotio 2005b, s. 238.

mainittu poliisimies tuskin voi vedota hätävarjeluun, vaikka viimeksi mainittu voi ehkä näin tehdä ja vapautua vastuusta. Psykologisten ulottuvuuksien ollessa kuvattujen poliisimiesten osalta kovin erilaiset, en näe tässä ongelmaa. Teon huolimattomuuden osatekijöiden (muun muassa seurauksen ennakoitavuus ja kielletyn riskinoton relevanssi seurauksen suhteen) toteutuessa ensin mainitun poliisimiehen rikosoikeudellinen vastuu tuottamuksellisesta tai jopa tahallisesta rikoksesta lieenee perusteltu. Ylipäättään voidaan todeta olevan poliisiesimiesten vastuun kannalta toivottavaa, että turvautuminen hätävarjelu-oikeuteen olisi mahdollisimman harvinaista.⁵⁶⁶

2.5.3.2 Pakkotila poliisitoiminnassa – oikeustilasta esitettyä

Lähtökohtaisesti poliisimiehellä on samanlainen oikeus pakkotilatekoon kuin muillakin kansalaisilla⁵⁶⁷, mutta kuten Kerttula on todennut, pakkotilasäännöksen soveltuminen viranomaistoimintaan on jäänyt vastaavan hätävarjelu-oikeudesta käydyn keskustelun varjoon. Molemmissa tapauksissa tulee kuitenkin pohdittavaksi samantyyppisiä kysymyksiä ja kohdattavaksi samantyyppisiä riskejä. Estettä pakkotilan soveltamiselle viranomaistoimintaan ei ole, mutta Kerttulan mukaan ”[h]yvällä syyllä voitaneen kuitenkin kysyä, missä tilanteessa yleinen järjestys ja turvallisuus voisi olla sellaisessa pakottavassa vaarassa, jota poliisin poliisilaista ilmenevät toimivaltuussäännökset eivät kattaisi”.⁵⁶⁸

Lienee perusteltua kartoittaa lyhyesti, mitä oikeuskirjallisuudessa on sanottu pakkotilan soveltuvuudesta poliisitoimintaan. Poliisioikeudellisessa kirjallisuudessa Sinisalo on pitänyt mahdollisena, että hätävarjelu- ja pakkotilasäännökset tulevat sovellettaviksi poliisitoiminnassa, mutta niitä ei hänen mukaansa ole perusteltua pitää toimivaltanormeina.⁵⁶⁹ Myös Helminen ym. ovat katsoneet mahdolliseksi, että eräissä yksittäistapauksissa poliisitoiminnan oikeutus joudutaan perustamaan pakkotilalle. Tällaiseen ratkaisuun on tosin päädyttävä suurin varauksin.⁵⁷⁰ Rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa ainakin Frände näyttäisi jättäneen auki mahdollisuuden pakkotilasäännöksen soveltamiseen poliisitoiminnas-

⁵⁶⁶ Nuotio 2005b, s. 220–221. Nuotio näyttäisi edellyttävän tahallisuusvastuulta, että sekä hätävarjelutilanteeseen joutuminen että siinä aiheutuvat seuraukset ovat olleet varsin todennäköisiä.

⁵⁶⁷ HE 44/2002 vp, s. 130.

⁵⁶⁸ Kerttula 2010, s. 421.

⁵⁶⁹ Sinisalo 1971, s. 140.

⁵⁷⁰ Helminen et al. 1999, s. 54–55 ja 363. Huomattavaa toki on, että vuonna 1999 pakkotilan piirissä oli julkisista intresseistä ainoastaan julkinen omaisuus. Tältä osin pakkotilan soveltamisala laajeni rikoslain yleisten oppien uudistamisen myötä. Ks. myös KM 1976:72, s. 102, jossa rikosoikeuskomitea korosti pakkotilasäännöksen luonnetta *yleissäännöksenä*, mistä syystä eri tilanteita arvioitaessa tulee lähtökohtaisesti soveltaa ko. tilanteita silmällä pitäen laadittuja *erityissäännöksiä*.

sa todetessaan RL 4 luvun 5 §:n olevan toissijainen suhteessa toimivaltasäännöksiin.⁵⁷¹

Sitä vastoin Lappi-Seppälä on katsonut, että ”[p]akkotilasäännös ei sovellu tilanteisiin, joissa oikeusjärjestys on jo muilla järjestelyillä ratkaissut erisuuntaisten intressien väliset jännitteet: poliisi ei voi esim. rikostutkinnallisiin intresseihin vedoten ylittää esim. pakkokeinojen käytölle laissa säädettyjä edellytyksiä”.⁵⁷² Samansuuntaisesti Backman on katsonut, että ”julkiset intressit eivät yleensä kuulu pakkotilanteella suojeltaviin oikeushyviin” eikä rikoksen selvittämisen intressin voi hänen mukaansa kohdata niin välitöntä ja pakottavaa vaaraa, että poliisi voisi pakkotilaan vedoten käyttää laittomia tutkintamenetelmiä tai pakkokeinoja.⁵⁷³ Toisaalta virkamies ei voi vedota pakkotilaan perusteena jättää vaarallisetkaan virkavelvollisuutensa suorittamatta.⁵⁷⁴ Ylipäätään ”[j]os joku on velvollinen sietämään itseensä kohdistuvan vaaran, hän ei ole rikosoikeudellisessa pakkotilassa. Poliisia pakeneva rikoksentehtijä ei voi vedota siihen ajaessaan suurta ylinopeutta.”⁵⁷⁵

Myös Ruotsissa poliisimies on lähtökohtaisesti oikeutettu pakkotilatekoon.⁵⁷⁶ Jareborg on esimerkiksi katsonut, että poliisimies voi poikkeuksellisesti vedota pakkotilaan estäessään itsemurhaa, antaessaan henkilölle rauhoittavia lääkkeitä tai käytettyään laittomia tarkkailumetodeja.⁵⁷⁷ Berrgren ja Munck puolestaan ovat todenneet:

”Rättläget när det gäller användningen av okonventionella spaningmetoder kompliceras i någon mån av att som förut nämnts brottsbalkens bestämmelse i 24 kap. 4 § om ansvarsfrihet på grund av nöd kan medföra straffrihet för den som handlar för att avvärja fara för liv eller hälsa eller för att rädda värdefull egendom eller av någon annan sådan orsak, allt under förutsättning att gärningen med hänsyn till farans bes-

⁵⁷¹ Frände 2012, s. 157.

⁵⁷² Lappi-Seppälä 2004a, s. 25 av. 143. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 307.

⁵⁷³ Backman 2004a, s. 399. Samoin KM 196:72, s. 103, jossa nimenomaan korostettiin, että laillisten toimivaltuuksien ylittäminen pakkotilan turvin ”laajentaisi epämääräisellä tavalla valtion laissa säädettyjä valtuuksia puuttua kansalaisten perusoikeuksiin”. Vrt. Tapani – Tolvanen 2008, s. 326–327. Kirjoittajat ovat maininneet esimerkkinä ympäristönsuojelun hätävarjelun keinoin. Vaaran tulee toki näissäkin tilanteissa olla välitön. Ks. myös Honkasalo 1965, s. 172–173, Anttila – Heimonen 1974, s. 80–81 ja pohjoismaisesta kirjallisuudesta Norée 2000, s. 73. Pakkotilasta ns. *agent provocateur* -toiminnan yhteydessä ks. myös Roxin 2003, s. 180–181.

⁵⁷⁴ Frände 2012, s. 163.

⁵⁷⁵ Backman 2004a, s. 399. Samoin Nuutila 1997a, s. 307.

⁵⁷⁶ Ks. esim. Boucht 2011a, s. 363. Samoin Norjassa, ks. tästä esim. Auglend et al. 2004, s. 71.

⁵⁷⁷ Jareborg 2001, s. 269. Samansuuntaisesti myös Berrgren ja Munck ovat epäkonventionaalisten tiedonhankintakeinojen yhteydessä viitanneet mahdollisuuteen vedota pakkotilaan joissakin tilanteissa. Ks. tästä Berrgren – Munck 2011, s. 64.

kaffenhet, den skada som orsakas annan och omständigheterna i övrigt måste anses försvarslig.”⁵⁷⁸

Kotimaisessa oikeuskäytännössä on muun muassa ratkaisussa KKO 1995:203 arvioitu pakkotilan soveltumista poliisitoimintaan. Tapauksessa ei tosin ollut kyse tyypillisestä poliisitoiminnasta, vaan vastaajana ollut poliisimies toimi sisäasiainministerin autonkuljettajana. Korkein oikeus ei jättänyt poliisimiestä teon vähäisyyden tai anteeksiannettavuuden perusteella rangaistukseen tuomitsematta, koska ministerin myöhästyminen tapaamisesta ei ollut sillä tavoin kiireellinen virkatehtävä, että suurimman sallitun ajonopeuden ylittäminen olisi ollut välttämätöntä. Tapahtuma-aikaan voimassa ollut tieliikennelain 25 §:n 3 momentti salli, että hälytysajoneuvon sekä liikenteen valvontaan taikka poliisin, rajavartiolaitoksen tai tullin virkatehtävään käytettävän ajoneuvon kuljettaja saa ylittää muun muassa tiekohtaisen suurimman sallitun nopeuden, jos tehtävän kiireellisyys sitä välttämättä edellyttää. Kyseessä olevan säännöksen ei kuitenkaan katsottu soveltuvan käsiteltävänä olleeseen tapaukseen. Korkein oikeus totesi myös, että:

”pelkästään kuljetettavana olevan henkilön tilaisuudesta tai tapaamisesta myöhästyminen ei ole rinnastettavissa sellaiseen pakottavaan vaaraan, jonka johdosta teko voisi jäädä rankaisematta, joten tällä perusteella A:n tekoa ei ole pidettävä anteeksiannettavana. Siihen nähden, että hän on kertomastaan syystä katsonut voivansa rikkoa liikenneturvallisuuden kannalta keskeisiä, sen takaamiseksi asetettuja nopeusrajoituksia, ei hänen tekoaan ole pidettävä myöskään anteeksiannettavana erehtymisenä tai tilapäisenä hairahtumisena.”

On syytä kuitenkin huomata, että esittelijä ja kaksi jäsenistä olisi pitänyt rikosta ”tekoon liittyvistä erityisistä syistä anteeksiannettavana”. Heidän näkemyksensä mukaan A oli noudattanut esimiesasemassa olevalta kyyditettävältään saamiaan ohjeita tilanteessa, jossa hänen tosiasialliset mahdollisuutensa toimia toisin ovat olleet vähäiset. A ei kuitenkaan saanut nimenomaista käskyä nopeusrajoitusten ylittämiseen. Myös tieliikennelain 25 §:n 3 momentin säännöstä pidettiin jossakin määrin tulkinnanvaraisena. Voitaneen katsoa, että korkeimman oikeuden enemmistön linja tukee yleistä hallinnon lainalaisuusvaatimusta. Pelkkä poliisi-na oleminen ei luo toimivaltaa.⁵⁷⁹

⁵⁷⁸ Berrgren – Munck 2011, s. 73. Rikosoikeudellisten vastuuvapausperusteiden soveltaminen voi kirjoittajien mukaan tulla kyseeseen erityisesti tilanteissa, joissa on kyse hengen tai terveyden vaarasta.

⁵⁷⁹ Helminen et al. 1999, s. 46. Sallitusta liikennesäännöistä poikkeamisesta ks. Tolvanen 2010a, s. 220–221.

Pakkotilasäännöksen yleisestä soveltuvuudesta poliisitoimintaan ei korkeimman oikeuden ratkaisusta voitane tehdä kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä. Huomio toki väistämättä kiinnittyy siihen, että korkein oikeus arvioi tilannetta myös siltä kannalta, oliko käsillä pakottava vaara. Tämä viittaisi siihen, että pakkotilasäännös olisi lähtökohtaisesti ollut sovellettavissa tilanteeseen. Tältä osin Tolvanen on katsonut, että kyse ei ollut pakottavasta vaarasta, kun taas Nuutila näyttäisi lähteneen siitä, että kokoukseen ehtiminen ei ole pakkotilasäännöksessä tarkoitettu suojattava intressi. Tällä erottelulla ei ole merkitystä lopputuloksen suhteen eikä sen suhteen, voidaanko pakkotilasäännöstä ylipäätään soveltaa poliisitoimintaan.⁵⁸⁰

Nimenomaan kuljettajan motivoitumistilanteen johdosta Tapani ja Tolvanen ovat katsooneet, että kuljettajan jättäminen rangaistukseen tuomitsematta olisi ollut perustelumpaa, vaikka käytetty keino olikin epäsuhtainen intressiin nähden.⁵⁸¹ Ilmeisesti hekin ovat lähteneet nimenomaan anteeksiannettavasta pakkotilasta, vaikka ovat viitanneet ratkaisuun myös kieltoerehdyksen yhteydessä. Viimeksi mainitussa yhteydessä kyse on ollut siitä, että pakkotilaoikeutta ei ”todellisuudessa liity tilanteeseen niin kuin tekijä sen käsitti”.⁵⁸²

2.5.3.3 Voimakeinojen käyttö

Voimakeinojen käytössä on viimeistään Sinisalosta lähtien erotettu rikosoikeudellinen ja hallinto-oikeudellinen näkökulma. Rikosoikeudellisesta näkökulmasta kyse on rangaistavuuden poistavasta säännöksestä, kun taas hallinto-oikeudellinen näkökulma korostaa sitä, että kyse on poliisille toimivaltaa antavasta normista, mistä puolestaan välttämättä seuraa, ettei tuon vallan käyttö voi olla rikosoikeudellisesti rangaistavaa menettelyä. Rikosoikeuden puolella tätä erottelua on vastannut jako julkisoikeudelliseen ja ns. yleiseen hätävarjeluun.⁵⁸³

Julkisoikeudellisen hätävarjelu käsitteen historiallista kehitystä ovat käsitelleet muun muassa Martti Majanen väitöskirjassaan vuodelta 1979 ja Timo Loman voimakeinojen käytön yleisesityksessään vuodelta 1997. Julkisoikeudellinen hätävarjelu tuotiin yleisen hätävarjelu-oikeuden rinnalle, koska todettiin ole-

⁵⁸⁰ Tolvanen 1999, s. 348–349 ja Nuutila 1997a, s. 307. Ks. myös Norée 2004, s. 44, joka on todennut, että pakkotilasäännöksen sen salliessa mikään ei estä poliisimiestä käyttämästä virka-asettaan myös pakkotilassa.

⁵⁸¹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 349–350. Ks. myös Nuutila 1996a, s. 327. Hänen mukaansa ”myös siinä tilanteessa, kun pakkotilan edellytykset eivät täysin täyty, riskinoton puolustettavuuteen voi vaikuttaa se, mitä on tavoiteltu”.

⁵⁸² Tapani – Tolvanen 2008, s. 345.

⁵⁸³ Sinisalo 1971, s. 111–115. Hän on rinnastanut poliisin toiminnan virkavelvollisuuksien alla toimivien ja sinänsä tunnusmerkistön mukaisia toimia suorittaviin lääkäreihin ja ulosottomiehiin.

van tarvetta joidenkin julkisoikeudellisten intressien suojan kehittämiseksi. Ensimmäisessä vaiheessa sääntely koski lähinnä vangin karkaamista (RL 3 luvun 8 §), mutta myöhemmin se laajennettiin koskemaan poliisin vastustamista tämän virkatehtävissä (RL 3 luvun 8 a §). Mitä ilmeisimmin jo 8 a §:ää säädettäessä tehtiin tietoinen valinta siitä, että ko. säännöksessä säänneltyä oikeutta voimakeinojen käyttöön ei ulotettu viranomaisten apuna olleisiin henkilöihin. Vuosituhannen alkuun asti säilyneen muotonsa RL 3 luvun 8 § 1–3 momentit saivat 1960-luvun lopulla (621/1967), jolloin myös vuoden 1932 rikoslain 3 luvun 8 ja 8 a § yhdistettiin yhdeksi säännökseksi. Tuolloin säännökseen tuli myös erillinen maininta viranomaista avustavan henkilön oikeudesta voimakeinojen käyttöön. Todettakoon, että puolustettavuuskriteeriä käytettiin ensimmäisen kerran rajamassa voimakeinojen käyttöä jo vuonna 1932 säädetyssä RL 3 luvun 8 a §:ssä (154/1932).⁵⁸⁴ Voimakeinojen käyttöä koskevan RL 3 luvun 8 §:n onkin katsottu jo vuoden 1967 lainsäädäntötoimien johdosta saaneen ilmiänsä, jonka perusteella siitä esitettyjä tulkintasuosituksia voidaan pääsääntöisesti noudattaa edelleen.⁵⁸⁵

Jo Majanen kiinnitti väitöskirjassaan aiheellisesti huomiota siihen, että voimakeinojen käyttö voitaisiin varsin pitkälle mieltää hallinto-oikeudelliseksi virkamiesten toimivaltakysymykseksi, ellei esimerkiksi rikoslain voimakeinojen käyttöä koskevaan säännökseen (aiemmin julkisoikeudellinen hätävarjelu) sisältyisi mainintoja yksityishenkilön voimankäyttöoikeuksista. Samoin sallittujen rajojen ylittämistapaukset oli säänneltävä rikoslaissa. Toki myös normin luonne rikosoikeudellisena oikeuttamisperusteena oli merkityksellinen.⁵⁸⁶

Vuoden 1995 poliisilain säätämisen yhteydessä lainsäätäjät hyväksyi Majasen sekä Sinisalon neljännesvuosisataa aiemmin esittämät näkemykset tehdessään rajanvedon poliisi- ja rikosoikeuden välillä ja sijoittaessaan voimakeinojen käytösäännöksen nimenomaan poliisilakiin. Hallituksen esityksessä 57/1994 vp näytettäisiin myös hyväksytyn Sinisalon erottelu primääri- ja sekundääritoimivallan välillä.⁵⁸⁷ Toisaalta vuoden 1995 poliisilain säätämistä ei ole voimakeinojen käytön sääntelyn osalta pidetty erityisenä vedenjakajana, eikä PolL 27 § merkittävästi eronnut aiemmin sovelletusta RL 3 luvun 8 §:stä. Sitä pidettiin lä-

⁵⁸⁴ Majanen 1979, s. 107–112 ja Loman 1997, s. 34–46. Voimakeinojen käytön säädöshistoriasta ks. myös HE 67/1966 vp ja KM 1986:16, s. 502–504. Ylösjoki käytti julkisoikeudellisen hätävarjelu sijasta termiä *virantoimitushätävarjelu*. Ks. tästä Ylösjoki 1966, s. 283.

⁵⁸⁵ Helminen et al. 2012b, s. 772.

⁵⁸⁶ Majanen 1979, s. 116–117. Rikoslain yleisten oppien uudistuksen yhteydessä katsottiin, että koska voimakeinojen käytön rajoja määritetään erityisesti eri hallinnonalojen toimivaltasäännöksissä (esim. poliisilaki), termi ”julkisoikeudellinen hätävarjelu” oli harhaanjohtava. Ks. tästä HE 44/2002 vp, s. 123.

⁵⁸⁷ Tuori 2004a, s. 508–509. Ks. myös HE 57/1994 vp, s. 53.

hinnä lakiteknisenä muutoksena, joka ei tuonut mitään lisää poliisin oikeuteen voimakeinojen käyttöön.⁵⁸⁸

Rikoslain yleisten oppien uudistuksen yhteydessä voimakeinojen käyttöä koskeva säännös säilytettiin rikoslaissa, sen 4 luvun 6 §:nä, mikä Nuotion mukaan vahvistaa voimakeinojen käyttöä vastuuvapausperusteena ja korottaa sen rikosoikeudellisten vastuuvapausperusteiden joukkoon.⁵⁸⁹ Oikeuttamisperusteena voimakeinojen käyttö saa luonnollisesti merkittävästi sisältöä muun muassa poliisin toimivaltasäännöstöstä. Tämä on luonnollista, jos halutaan varmistua siitä, että rikos- ja hallinto-oikeuden normit eivät ole ristiriitaisia.⁵⁹⁰ Tuori on kiinnittänyt huomiota siihen rikosoikeudellisen sääntelyn epäkohtaan, että rikoslain yleisten oppien uudistuksessa ei täysin seurattu RL 4 luvun 6 §:ään kirjattua ajatusta siitä, että vain voimakeinojen liioittelutapaukset kuuluvat rikosoikeuden piiriin, vaan rikoslaissa on myös määritetty voimakeinojen käytön uloimmat rajat.⁵⁹¹ Hallituksen esityksestä ei erityisen selkeästi ilmene, miksi näin on tehty.

Nuotion mukaan sen lisäksi, että RL 4 luvun 6 § *edellyttää*, että oikeudesta voimakeinojen käyttöön säädetään erikseen lailla, se osaltaan tukee lainalaisuusperiaatteen toteutumista.⁵⁹² Voidaan toki kysyä, onko tällainen tukeminen tarpeen. Ja jos on, miksi se on tarpeen ainoastaan voimakeinojen käytön eikä muiden toimivaltuuksien käytön osalta. Ilmeisesti lainsäätäjän pyrkimyksenä on ollut ikään kuin konkretisoida perustuslain asettamat vaatimukset – tätä tavoitetta tai perustuslain asettamia vaatimuksia julki lausumatta – ja muodostaa tällä tavoin ylittämättömät rajat hallinnonalakohtaiselle sääntelylle. Systemaattisesti ajateltuna selkeämpää olisi kuitenkin ollut, että eri hallinnonalojen sääntelyä olisi itsenäisesti suhteutettu perustuslakiin ilman, että rikoslaki toimii välittäjänä.⁵⁹³

Perusteluja valitulle sääntelytavalle saattaa olla löydettävissä jo vuonna 1986 laaditusta parlamentaarisen poliisikomitean mietinnöstä. Komitea on – tiedostaen toki samaan aikaan käynnissä olleen rikoslain kokonaisuudistustyön merkityksen – katsonut, että ”[h]allinto-oikeudellisena toimivaltana poliisimiehen oikeutta voimakeinojen käyttöön ei ole tarpeellista eikä tarkoituksenmukaista määritellä niin laajaksi, että kaikkia sen ylittäviä toimenpiteitä tulisi kaikissa tapauksissa ja olosuhteissa pitää rangaistavina”. Edelleen komitea on katsonut, että toimivallan ylittämisen rangaistavuus arvioidaan rikoslain julkisoikeudellista hätävarjelua koskevien säännösten mukaan eikä voimakeinojen käyttönsään-

⁵⁸⁸ Loman 1997, s. 8–9.

⁵⁸⁹ Nuotio 2005b, s. 233.

⁵⁹⁰ Ks. Frände 2012, s. 153–154.

⁵⁹¹ Tuori 2004a, s. 509.

⁵⁹² Nuotio 2005b, s. 233.

⁵⁹³ Ks. HE 44/2002 vp, s. 127–128.

nösten sisällyttäminen poliisilakiin komitean mukaan edellyttänyt rikoslain säännöksiin puuttumista.⁵⁹⁴ Valitettavasti komitea ei tässä yhteydessä ottanut selkeämmin kantaa siihen, voiko rangaistavan menettelyn ala muodostua erilaiseksi virkarikosten ja ns. yleisten rikosten osalta. Tähän kysymykseen palataan myöhemmin.

2.5.3.4 Lopuksi

Lähtökohtaisesti on selvää, että ilman lainsäätäjän nimenomaista lainsäädännöllistä ratkaisua poliisi ei saa syyllistyä rikoksiin muiden rikosten torjumiseksi. Toimivaltuuksien täsmentyessä myös hätävarjeluun ja pakkotilan soveltamisala poliisitoiminnassa supistuu.⁵⁹⁵ Voimakeinojen käyttötilanteet tulivat määrittelyiksi ensimmäisen kerran vuoden 1995 poliisilaissa. Määrittely oli perusteellisempi kuin aiemmin RL 3 luvun 8 §:ssä käytetty. Poliisin oikeus hätävarjeluun säilytettiin tuolloin muuttumattomana.⁵⁹⁶ Poliisin oikeus yleiseen hätävarjeluun on kuitenkin konstruktiona jossain määrin muodollinen ja ”pinnallinen”, koska voimakeinojen käyttö ja hätävarjelu ovat osin päällekkäisiä ja toisaalta puolustautujan poliisimiesominaisuus otetaan huomioon myös hätävarjelusäännöstä sovellettaessa.⁵⁹⁷ Sääntelytilanne on siis *saattanut* tosiasiallisesti muuttua ratkaisevasti esimerkiksi myöhemmin selostettavassa ratkaisussa KKO 1993:50 käsitellyistä tapahtumista, jolloin voimakeinojen käyttöä säänteli lähinnä mainittu RL 3 luvun 8 §.⁵⁹⁸

Rikoslain ja toimivaltasääntelyn suhdetta koskevia jatkokehittelyjä varten on syytä vielä lainata lyhyesti Tuoria, joka artikkelinsa lopussa toteaa, että vuoden 1995 poliisilain säätämisen jälkeen ”[d]et är svårt att tänka sig att polisens i sin tjänsteutövning skulle stöta på en situation som kräver maktmedel men som inte omfattas av PolisL 27 § och som därför skulle kräva ett åberopande av den allmänna nödvärnsrätten”.⁵⁹⁹ Pari vuotta Tuoria myöhemmin Hakonen on puolestaan korostanut:

⁵⁹⁴ KM 1986:16, s. 516–517. Ks. myös KM 1986:16, s. 504–506.

⁵⁹⁵ Helminen et al. 1999, s. 256.

⁵⁹⁶ Tuori 2004a, s. 511–512.

⁵⁹⁷ Tuori 2004a, s. 514–515. Ks. myös Nuotio 2005b, s. 220. Nuotio on kysynyt myös, miten poliisilla voi olla hallussaan ase, jos hän muuttuu voimankäyttötilanteen kiristytessä yksityishenkilöksi, ja edelleen ”[s]aako tavallinenkin kansalainen turvautua ampuma-aseisiin hyökkäyksen kohteeksi joutuessaan vastaavin ehdoin, jos niitä sattuu olemaan saatavilla?”

⁵⁹⁸ Tuori 2004a, s. 515. Nuotio on mielenkiintoisesti huomauttanut, että Kaarlo Tuorin käynnistämä keskustelu siitä, onko poliisilla vuoden 1995 poliisilain uudistuksen jälkeen ollut tarvetta vedota rikosoikeudelliseen hätävarjeluun tai pakkotilaan, on ikään kuin peilikuva sille, mitä Martti Majasen väitöskirjassa vuodelta 1979 tarkasteltiin. Ks. tästä Nuotio 2005b, s. 215.

⁵⁹⁹ Tuori 2004a, s. 515.

”Hätävarjelu- ja pakkotiläsäännökset on tarkoitettu yksittäisissä konkreettisissa vaaratilanteissa sovellettavaksi. Niiden varaan ei voida rakentaa yleiseen etujen puolustettavuusvertailuun perustuvaa viranomaisen toimivaltuusjärjestelmää, jolla suojattaisiin myös yksilöimättömän henkilökoukon abstrakteja etuja. Tämä merkitsisi tosiasiallisesti poliisioikeudelliseen yleisvaltuuteen palaamista.”⁶⁰⁰

Yhdeksi tämän tutkimuksen keskeiseksi tavoitteeksi onkin syytä nostaa sen arvioiminen, voiko kattava toimivaltasääntely poistaa oikeuden vedota yleisiin rikosoikeudellisiin vastuuvapausperusteisiin.

2.6 KRIMINALISOINTIEN VAIKUTUS TOIMIVALTANORMIEN TULKINTAAN

Samoin kuin yksityiset kansalaiset myös virkamiehet etsivät sallitun toiminnan rajoja selvittämällä rikollisen menettelyn rajoja. Rikosoikeus normittaa itsestään selvästi käyttäytymistä määrittelemällä sallitun ja kielletyn rajaa – kenelläkään ei ole oikeutta tehdä rikosta.⁶⁰¹ Tämä koskee luonnollisesti myös poliisimiehiä ja poliisitoimintaa.

Poliisitoiminnan arkipäiväisyys huomioon ottaen poliisioikeudellisen toimivaltasääntelyn ja rikosoikeuden suhde on jopa yllättävän määrittelemätön. Tästä esimerkkinä voidaan mainita lähinnä perusoikeusnäkökulmasta kirjoitettu artikkeli vuodelta 1999, jossa tuolloin vielä valmisteluvaiheessa olleiden valeosto- ja peitetoimintavaltuuksien osalta todettiin, että ”näitä tutkintakeinoja ei voida pitää yksiselitteisesti kiellettyinä, mutta niitä käyttäessään poliisi ei saa rikkoa yleistä rikoslainsäädäntöä esimerkiksi yllyttämällä rikokseen”.⁶⁰² Tässä kohtaa huomio kiinnittyy ensimmäisenä muotoiluun ”rikkoa yleistä rikoslainsäädäntöä”. Kuten jo edellä on todettu, henkilöiden oikeusasemaan vaikuttavat ja siten erillistä sääntelyä edellyttävät toimivaltuudet voivat pitää sisällään rikostunnusmerkistönmukaista menettelyä, mutta eivät sitä välttämättä tee. Katsantotavasta riippuen toimivallan mukainen menettely ei välttämättä ole edes tunnusmerkistönmukaista. Kysymystä toimivallan mukaisen menettelyn tunnusmerkistönmukaisuudesta on käsitelty jo edellä eikä siihen ole syytä tässä enemmälti palata, mutta olennaista on joka tapauksessa havaita, että monissa tilanteissa virkamies toimivaltuuksia käyttäessään ikään kuin roikkuu tunnusmerkistön yllä toimivallan perustaman ohuen säikeen varassa. Tähän on viitattu myös hallituksen esityksen 44/2002 vp yksityiskohtaisissa perusteluissa, joissa on todettu, että

⁶⁰⁰ Hakonen 2006, s. 69.

⁶⁰¹ Nuotio – Majanen 2003, s. 11.

⁶⁰² Niemi – Kiesiläinen 1999, s. 159.

”[m]äärätyissä tehtävissä toimivat voivat tehtäväänsä suorittaessaan joutua käyttämään voimakeinoja tavalla, joka toisissa oloissa täyttäisi rikoksen tunnusmerkistön”.⁶⁰³

Frände on rikosoikeuden yleisten oppien perusteoksensa aiemmassa painoksessa vuodelta 2005 katsonut kansalaisten oikeuspiiriin puuttuvien viranomaisen toimenpiteiden olevan lähtökohtaisesti tunnusmerkistönmukaisia (”sinänsä tunnusmerkistön mukaisia”) tekoja. Edelleen hän on katsonut näissä tilanteissa mahdollisesti täyttyvän sekä virkarikoksen että yleisen kriminalisoinnin. Esi-merkkinä hän on maininnut syyttäjän, joka pidättää henkilön, jonka tietää syyttömäksi, syyllistyvän vapaudenriistoon ja virka-aseman väärinkäyttämiseen. Kotirauhan osalta Frände on todennut virkamiehen syyllistyvän virkarikoksen lisäksi kotirauhan rikkomiseen, jos kotietsinnän perusteena oleva rikos ei ole riittävän vakava.⁶⁰⁴ Myös valeostossa ja peitetoinnissa on Fränden mukaan kysymys tunnusmerkistönmukaisesta toiminnasta. Poliisimies, joka ilman oikeutta valeostoon tarjoutuu ostamaan huumausainetta, syyllistyy huumausainerikokseen.⁶⁰⁵ Rikosoikeuden perusteoksessa on puolestaan katsottu, että ”jos voimakeinoja on käytetty liiallisesti, huolimaton poliisimies syyllistyy tuottamukselliseen virkavelvollisuuden rikkomiseen ja vammantuottamukseen”. Syyksilukeminen on mahdollista sekä niissä tilanteissa, joissa tekijä ottaa tietoisien riskien henkilövahingoista, että niissä tiedostamattoman riskinoton tilanteissa, joissa tekijällä oli tilaisuus ja kyky havaita vahingon mahdollisuus ja hänen olisi se pitänyt havaita.⁶⁰⁶

Poliisin toimivaltasääntelyn kokonaisuudistuksessa poliisioikeus ei erityisemmin yrittänyt irtautua yhteydestään rikoslakiin. Päinvastoin UPKL 8 luvussa yleinen kotietsintä on määritelty nimenomaisella viittauksella rikoslakiin. Luvun 1 §:n mukaan:

”*Yleisellä kotietsinnällä* tarkoitetaan rikoslain 24 luvun 11 §:ssä tarkoitetussa kotirauhan suojaamassa paikassa toimitettavaa etsintää.”

Toki tällaista lähestymistapaa voidaan pitää perusoikeusnäkökulmasta perustelluna. Kodin suojan kattama fyysinen alue muodostuu samanlaisiksi sekä viranomaistahoilta että yksityisten taholta tulevia uhkia vastaan.

Rikosoikeuden ja toimivaltasääntelyn suhdetta voidaan tarkastella toisestakin näkökulmasta. Pekka Viljanen on väitöskirjassaan katsonut, että jo kumottua laitonta kotietsintää koskenutta RL 24 luvun 2 §:ää ei sanamuodostaan huolimatt-

⁶⁰³ HE 44/2002 vp, s. 123.

⁶⁰⁴ Frände 2005a, s. 178–181. Teoksen uusimmassa painoksessa kirjoittaja on toistanut näkemyksen toimivallan mukaisista toimenpiteistä, ”jotka ovat sinänsä tunnusmerkistön mukaisia”. Ks. tästä Frände 2012, s. 164.

⁶⁰⁵ Frände 2005a, s. 181–182.

⁶⁰⁶ Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 537. Ks. myös Helminen et al. 1999, s. 301 ja 334.

ta sovellettu poliisimiesten ilman aineellisia edellytyksiä tekemiin kotietsintöihin, vaan nämä teot tulivat arvioitavaksi ainoastaan RL 40 luvun nojalla. Perusteluksi näkemykselleen Viljanen on todennut muun muassa sen, että säännöstä ei ollut ”säädetty virkarikossäännökseksi”. Sitä vastoin laitonta vangitsemista säännelty, nyt jo kumottu RL 25 luvun 10 § 2 momentti soveltui myös virkamiesten, kuten poliisien, tekoihin. Viljasen perustelut olivat huomattavan monitahoiset, mutta niihin ei voida tässä valitettavasti enemmälti paneutua.⁶⁰⁷

Voidaan myös kysyä, ovatko kaikki teot, jotka kuuluvat virkarikossääntelyn näkökulmasta kielletyn riskin alaan, myös yleisen rikoksen näkökulmasta kielletyn riskin piirissä – vai jääkö mainittujen väliin joku toleranssialue, jossa rikosoikeudellisesti suojattuun oikeushyvään kohdistuneeseen seuraukseen johtanut menettely on ollut sinänsä toimivaltasääntelyn vastaista, mutta ei kuitenkaan yleisenä rikoksena rangaistavaa. Tähän lähinnä sallitun ja kielletyn riskin väliin rajanvetoon ja kielletyn riskin relevanssiin liittyvään kysymykseen palataan vielä tutkimuksen kuudennessa pääjaksossa. Seuraavassa jaksossa sitä vastoin pohditaan yllytyksen kieltoa (provokaatiokieltoa) koskevaa problematiikkaa esimerkkinä rikoslainsäädännön ja toimivaltasääntelyn suhteesta. Kysymystä lähestytään eritellen rikosoikeuden, poliisioikeuden ja viimeiseksi perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta. Keskeinen kysymys kuuluu, mikä merkitys on annettava rikostunnusmerkistöille, joiden alueella toimivaltuuksilla operoidaan.

2.6.1 Yllytyksen kieltö varoittavana esimerkkinä

2.6.1.1 Rajauksia

Keskityn tässä jaksossa erityisesti sen arviointiin, mihin sallitun valeoston rajoja on asetettu ja miten ne tulisi asettaa. En sitä vastoin pohdi sitä, millainen valeoston kohdehenkilön rikosvastuu on erilaisissa tilanteissa. Kuten Reinikainen on pro gradu -tutkielmassaan havainnut, näillä kysymyksillä ei ole yhteyttä toisiinsa muutoin kuin rikosprosessioikeudellisen hyödyntämiskiellon osalta. Todettakoon kuitenkin tältä osin, että Reinikaisen mukaan kohdehenkilön vastuuvapaus on käsillä, ”jos hänet on valeostolla saatu tekemään rikos, jota hän ei muuten olisi tehnyt.” Tämä on kirjoittajan mukaan riippumatonta siitä, onko poliisimies valeoston tehdessään syyllistynyt yllytykseen tai onko valeosto muutoin ollut laillinen tai laitton.⁶⁰⁸

⁶⁰⁷ Viljanen 1984, s. 135–139.

⁶⁰⁸ Reinikainen 2003, s. 54–55. Samoin Ruotsin osalta ks. Berrgren – Munck 2011 s. 69, jotka ovat todenneet: ”Avgörande för straffbarheten är alltså om den provocerade skulle ha begått ett likartat brott för det fall provokationen in hade ägt rum.” Yllytetyn rikosvastuusta tilanteessa, jossa lailli-

Frände on puolestaan vuonna 2004 katsonut, että ei ole rikosoikeudellista perustetta vapauttaa rikosoikeudellisesta vastuusta henkilöä, joka on provosoitu tekemään rikos, mutta rangaistusvastuun lieventäminen saattaa toki olla perusteltua. Erityisesti EIS 6 artiklaan ja EIT:n ratkaisuun Teixeira de Castro v. Portugal viitaten hän on kuitenkin katsonut, että rikosprovokaatio ”myrkyttää” näytön sillä tavoin, ettei sitä voi esittää asian pääkäsittelyssä. Jos muuta näyttöä ei tällöin ole esitettävänä, syyte tulee hylätä toteen näyttämättömänä.⁶⁰⁹ Samoin Ervo on todennut EIT:n asettaneen ratkaisussa Ramanauskas v. Liettua vuodelta 2008 ”harvinaisen selkeän ja yleispätevän säännön hyödyntämiskiellon puolesta toden, ettei mikään oikeudenkäynti, jossa näyttö on saatu poliisin yllytyksen tuloksena, täytä EIS 6 artiklan vaatimuksia eikä tällaista näyttöä ole oikeudenkäynnissä lupa hyödyntää”.⁶¹⁰

2.6.1.2 Rikosoikeuden näkökulma

Peitetoimintaa ja valeostoa koskeneessa hallituksen esityksessä on todettu ajasta *ennen ko. toimivaltuuksia koskevan sääntelyn säätämistä*, että rikosoikeudesta ja poliisilaista oli johdettavissa ”merkittäviä rajoituksia” peitetoiminnan ja valeoston käyttämiselle. Erityisesti oli mainittu rikokseen yllyttämisen kiello ja yksityisyyden suoja.⁶¹¹ Rikosoikeuden yleisten oppien hallituksen esityksessä on todettu kielletystä yllytyksestä seuraavaa (kursivoinnit tässä):

”Yllytys on toisen tahallista taivuttamista tahalliseen tekoon. Yllytysvastuun perusedellytyksenä on, että yllytys saa aikaan tekopäätöksen tekijässä (psykykinen kausaa-

sen menettelyn rajat on ylitetty ks. myös Horder 2004, s. 245 av. 37. Kirjoittaja on mielenkiintoisella tavalla perustanut yllytetyn vastuuvapauden sille, että kyse on yksinkertaisesti toimivaltuuksien väärinkäytöstä (*abuse of legal process*), joka tekee rikosprosessista epäreilun (*unfair*). Ks. kotimaisesti lainvalmisteluaineistosta esimerkiksi HE 34/1999 vp, s. 42, jossa yksiselitteisesti katsottiin, että ”jos viranomaiset houkuttelisivat henkilön tekemään rikoksen siinä tarkoituksessa, että hänet sen jälkeen saatettaisiin vastuuseen kyseisestä rikoksesta, oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin voitaisiin katsoa rikutun”.

⁶⁰⁹ Frände 2004a, s. 410–411.

⁶¹⁰ Ervo 2008, s. 316. Ks. myös Ashworth 2002, s. 164 ja Helminen et al. 2012a, s. 1095. Ks. myös EIT:n Shannon vs UK -päätös, joka Ervon (Ervo 2005, s. 377–378) mukaan osoittaa, että myös yksityisen henkilön tekemän provokaation avulla saatu näyttö saattaa vaarantaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumisen. Ratkaisu oli *in casu*, ja päätöksessä, jolla asia jätettiin tutkimatta ilmeisen perusteettomana, todetaankin viitaten yksityisen tekemään provokaatioon, että ”*the Court does not exclude that the admission of evidence so obtained may in certain circumstances render the proceedings unfair for the purposes of Article 6 of the Convention. The Court will thus examine whether, in the particular circumstances of the present case, the use in the criminal proceedings against the applicant of evidence obtained by M resulted in such unfairness.*” Rikosprovokaation merkityksestä rikosprosessissa ks. myös Ashworth 2009, s. 225–226.

⁶¹¹ HE 34/1999 vp, s. 1.

lisuus). Milloin päätöksen syntyyn on vaikuttanut useita tekijöitä, *yllytyksen tulisi olla ainakin pääasiallinen syy*. Yllyttäjän toiminta muodostaa päätekijän toiminnalle sellaisen synn, *jota ilman pääteko olisi jäänyt tekemättä*. Jos yllytys vain vahvistaa jo aiemmin tehtyä tekopäätöstä, toiminta rangaistaan vain avunantona. Rajanveto-ongelmia tulee erityisesti tilanteissa, joissa päätekijä jo oli pohtinut rikoksen mahdollisuutta. *Vastuu yllytyksestä syntyy oikeuskirjallisuuden mukaan myös, milloin yllytys vain saa ”tekijässä kyteneen ajatuksen muuttumaan toimintaan johtavaksi tekopäätökseksi”*⁶¹².

”Yllyttäjän tulee toimia tahallisesti. Yllyttäjän tahallisuuteen kuuluu tietoisuus tunnusmerkistöön liittyvistä seikoista (teko aika, -paikka ja -tapa), oman toiminnan merkityksestä seurauksen syntymiselle sekä siitä, että hänen toimintansa saa aikaan rikoksen teosta vastuunalaisen tekijän päätökseen perustuvan toiminnan kautta. Yllyttäjällä teosta olevan käsityksen ja toteutuneen teon välillä tulee vallita riittävä vastavuus. Ei vaadita tarkkaa ennakkosuunnitelmaa, toisaalta, jos yllytetty tekee enemmän kuin mihin on yllytetty, yllyttäjä ei joudu vastuuseen ylimenevästä osasta. Yllyttäjän motiiveilla ei sinänsä ole merkitystä, jollei näin ole suoraan tunnusmerkistön kautta. Joka yllyttää toisen rikokseen tarkoituksessa, että rikoksen täyttymisen jälkeen tekijä saataisiin rikoksesta kiinni, rangaistaan yllytyksestä normaalisääntöjen mukaan (niin sanottu agent provocateur).”⁶¹³

Rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa Koskinen on katsonut, että ”[y]llyttäjä on rikoksen henkinen alkuunpanija”.⁶¹⁴ Tapanin ja Tolvasen mukaan yllytykselle keskeinen psyykkinen vaikuttaminen – syy-yhteysvaatimus – ei edellytä yllytyksen pitämistä *välttämättömänä edellytyksenä (condicio sine qua non)*, vaan riittävää on, että yllytys oli *riittävä edellytys* seurauksen syntymiselle.⁶¹⁵ Fränden mukaan ”ainoa asetettava vaatimus on se, että yllyttäjän tekijälle esittämien toimintaperusteiden on saatava tekijä päättämään rikoksen tekemisestä: ei rikosta ilman yllytystä”.⁶¹⁶ Fränden muotoilu viittaa enemmän välttämättömään kuin riittävään edellytykseen.

Lainvastaisen yllyttämisen rajoja määritettiin korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2000:112, jossa kuvatut tapahtumat ovat siis tapahtuneet ennen peitetointa- ja valeostovaltuuksien säätämistä (21/2001, voimaan 1.3.2001):

KKO 2000:112 (Virkarikos – virkavelvollisuuden rikkominen, rikokseen osallisuus – yllytys, huumausainerikos): Poliisimiehet olivat C:n välityksellä tilanneet D:ltä huumausainetta. Poliisimiehiä vastaan ajettu syyte yllytyksestä huumausainerikokseen hylättiin, koska poliisimiehet olivat estäneet rikoksen toteutumisen pidättämällä D:n tämän tullessa luovuttamaan huumausainetta C:lle. Poliisimiesten katsottiin käyt-

⁶¹² HE 44/2002 vp, s. 154. Ks. myös Nuotio – Majanen 2003, s. 110, Lappi-Seppälä 2004b, s. 430 ja Melander 2010a, s. 139.

⁶¹³ HE 44/2002 vp, s. 155.

⁶¹⁴ Koskinen 2009, s. 183.

⁶¹⁵ Tapani – Tolvanen 2008, s. 404–405.

⁶¹⁶ Frände 2012, s. 260.

täneen kiellettyä menettelytapaa ja siten syyllistyneen virkavelvollisuuden rikkomiseen. (Ään.)

Tapahtumien kulun osalta korkein oikeus on lausunut seuraavaa:

”Jutussa on selvitetty, että C, joka oli tutkintavankina epäiltynä törkeästä huumausainerikoksesta, on asettunut yhteistyöhön poliisin kanssa. Yhteistoiminnan tavoitteena on ollut selvittää, keneltä C oli ostanut huumausaineita sekä myyjän pidättäminen ja huumausaineiden takavarikoiminen. Yhteistoiminta on toteutunut siten, että C on soittanut B:ltä saamallaan puhelimella Cheriksi kutsutulle D:lle, jonka henkilöllisyyden poliisit ovat C:ltä saamansa puhelinnumeron perusteella selvittäneet.

Siten C on yhteisymmärryksessä A:n ja B:n kanssa keskustellut kahdessa ensimmäisessä puhelussa 6. ja 8.9.1996 D:n kanssa yleisesti mahdollisuudesta saada ostaa tältä hasista. C on 8.9.1996 kello 20.11 A:n B:n välityksellä antamasta kehotuksesta puhelimitse tilannut D:ltä kilon hasista ja sopinut tapaamisesta samana iltana kaupan tekemiseksi. Kun D on ollut toimittamassa tätä huumausaine-erää ostajalle, hän on joutunut poliisin alempien oikeuksien tuomioista ilmenevin tavoin asettamaan ansaan ja tullut pidätetyksi.”

Korkein oikeus on perusteluissaan katsonut A:n ja B:n yllyttäneen D:tä huumausaineen myymiseen C:lle. D:n C:lle tarkoittama kilon huumausaine-erä oli osa jo D:n hallussa olleesta 10 kilon huumausaine-erästä ja ”C:n keskusteluilla D:n kanssa ei siten ole ollut vaikutusta siihen, että D on ollut vastaanottamassa sanottua ulkomailta tuotua huume-erää”. Tästä huolimatta Korkein oikeus katsoi A:n ja B:n yllyttäneen D:tä *uuteen rikokseen*. Huumausaineen myyminen D:ltä C:lle ei kuitenkaan toteutunut poliisin puututtua asiaan ja D tuomittiin ainoastaan 10 kilon huumausaine-erän hallussapidosta, mutta ei kilon erän myymisestä C:lle. Tähän D:n syyksi luettuun rikokseen A:n ja B:n yllytyksellä ei ole ollut syy-yhteyttä. Korkeimman oikeuden mukaan ”[y]llytyksestä tuomitseminen edellyttäisi, että se rikos, johon on yllytetty, toteutuu. Tässä tapauksessa näin ei ole käynyt, kun poliisit ovat estäneet huumausaineen myymisen. A ja B eivät siten ole syyllistyneet törkeään huumausainerikokseen yllyttämiseen.”

Arvioidessaan menettelyä *virkavelvollisuuden rikkomisen näkökulmasta* korkein oikeus on kuitenkin katsonut menettelyn kielletyksi yllyttämiseksi rikokseen. Todettuaan ensin, että tuolloin laissa ei ollut säännöksiä valeostoista tai muista sen tapaisista epätavanomaisista tutkintamenetelmistä, se päätyi toteamaan, että (kursivointi tässä):

”*Asiaa koskevan säännöksen puuttuessa* valeostotoimintaa joudutaan arvioimaan rikokseen yllyttämistä koskevan rikoslain 5 luvun 2 §:n valossa. Tämän mukaisesti ainakin sellaiset tutkintamenetelmät, joissa tekijää yllytetään tekemään rikos, jota hän ei ilman viranomaisen toimenpidettä olisi tehnyt, ovat kiellettyjä.”

D:n yllyttäminen myymään huumausainetta C:lle ei ollut sallittua, vaikka poliisi esti tämän huumausaineen myymisrikoksen toteutumisen pidättämällä D:n. A:n ja B:n katsottiin käyttäneen kiellettyä menettelytapaa ja siten toimineen virkavelvollisuutensa vastaisesti. Koska teko ei ollut kokonaisuutena arvostellen vähäinen, A:n ja B:n katsottiin syyllistyneen virkavelvollisuuden rikkomiseen. Kiellettyyn menetelmään oli ilmeisesti turvauduttu, koska se oli katsottu ainoaksi mahdolliseksi keinoksi estää D:n hallussa pitämän huumauserän päätyminen huumausainemarkkinoille. Näissä olosuhteissa turvautuminen kiellettyyn menettelyyn katsottiin ”tilanteen vakavuus huomioon ottaen” anteeksiannettavaksi ja sekä A että B jätettiin rangaistukseen tuomitsematta. Merkillä pantavaa on se, että C:n ei katsottu menettelyllään syyllistyneen mihinkään rikokseen.⁶¹⁷

Eri mieltä olleet kaksi korkeimman oikeuden jäsentä kiinnittivät huomiota siihen, että D:n hallussa pitämän huumausaineen suuri määrä huomioon ottaen ”on selvää, että huumausaineen hallussa pitäminen on tapahtunut myyntiä ja välittämistä varten”. Toisaalta he ovat kiinnittäneet huomiota siihen, ”ettei A:n ja B:n tarkoituksena ole ollut, että D syyllistyisi C:n yhteydenoton perusteella huumausainerikokseen. Heidän tarkoituksenaan on ollut tuossa vaiheessa D:n kiinniottaminen epäillyn huumausainerikoksen selvittämiseksi ja huumausaineen takavarikoimiseksi.” Eri mieltä olleiden jäsenten mukaan A ja B eivät olleet syyllistyneet edes virkavelvollisuuden rikkomiseen. Lausunnon kirjoittanut jäsen on todennut, että ”en pidä A:n ja B:n kehotusta C:lle tilata D:lta hasista kehotuksena uuteen rikokseen ryhtymisestä”. Frände on tullut kinnut eri mieltä olleiden jäsenten tarkoittaneen, että ”A ja B eivät olleet tehneet uutta rikosta”, mistä ”seurasi, että provokaatio ei ollut säädetyn virkavelvollisuuden vastainen”.⁶¹⁸

Analysoidessaan selostettua ratkaisua Frände on ensinnäkin todennut olevan selvää, että ”A:n ja B:n tarkoitus oli yllyttää D:tä myymään huumausainetta C:lle, siis tekemään uusi rikos”. Fränden kritiikin kärki kohdistuu kuitenkin siihen, että korkeimman oikeuden toisen suuntaisista lausumista poiketen RL 5 luvun 2 § selkeästi osoittaa, että yllyttäjää rangaistaan myös silloin, kun yllytetty rikos jää yritykseksi. Korkein oikeus olisi hänen mukaansa voinut perustella selkeämmin ratkaisunsa kahdellakin eri tavalla. Ensinnäkin se olisi Fränden mukaan voinut todeta, että D:n huumausaineen myyntiyritys C:lle oli rikosvastuun poistavalla tavalla kelvoton yritys. Toisessa tulkintavaihtoehdossa ei niinkään operoida kelvottoman yrityksen käsitteellä, vaan Frände on Honkasaloon viitaten katsonut, että korkein oikeus olisi voinut todeta, että ”*agent provocateurin* tilannekontrolli on ratkaiseva näkökohta. Jos hänen tarkoituksenaan on antaa rikoksen kehittyä vain yritysasteelle ja hän tarkoituksessaan onnistuu, häntä ei

⁶¹⁷ Ks. Frände 2001, s. 525.

⁶¹⁸ Frände 2001, s. 525.

rangaista”.⁶¹⁹ Honkasalon mukaan *agent provocateur* -tilanteissa yllytyksen edellyttämää tahallisuutta ei ole, jos yllyttäjä ei suhtaudu seurauksen syntymiseen myönteisesti. Seurauksen estämisen epäonnistuesssa yllyttäjä voi Honkasalon mukaan kuitenkin johtua vastuuseen tuottamuksellisesta teosta.⁶²⁰

Voimakkaan rikosoikeudellista näkökulmaa yllyttämisen kieltoon edustaa myös Outi Reinikainen, joka on vuonna 2003 – siis toimivaltasääntelyn voimaantulon jälkeen – esittänyt, että valeoston tapahtuessa poliisilain ja RL 5 luvun 2 §:n asettamissa rajoissa rikosoikeudellista vastuuta ei poliisimiehelle synny. Rajojen ylityttyä rikosoikeudellinen vastuu voidaan perustaa mainitulle RL 5 luvun 2 §:lle ja sen ohessa tai rinnalla RL 40 luvun säännöksille.⁶²¹ Edelleen Reinikainen on huomauttanut, että ”[j]os valeostoa tehtäessä ei yllytetä ketään rikokseen, mutta valeosto muulla tavalla ylittää laissa säädettyt rajat... voi kyseen tulla ainoastaan rikoslain 40 luvun mukainen vastuu virkarikoksesta”.⁶²²

Kielletty yllytys määrittyi Reinikaisen mukaan nimenomaan RL 5 luvun 2 §:n mukaisesti, joka oli tuolloin voimassa olleen rikoslain yllytystä koskeva säännös. Vaadittavan syy-yhteyden osalta Reinikainen on puolestaan todennut, että ”*poliisimiehen esittämän valeostotarjouksen tulee olla psyykkisessä syy-yhteydessä valeostotarjouksen kohteen rikoksentekepäättökseen, jotta poliisimies voi joutua vastuuseen yllytyksestä*”. Vastuuta rajaa myös vaatimus pyrkimyksestä (tarkoitus) rikoksen tekopäättökseen aikaansaamiseen yllytetyssä.⁶²³ Näin muotoiltuna poliisimiehen pyrkimys rikoksen selvittämiseen tai ennaltaehkäisemiseen näyttäisi (mahdollisesti) sulkevan pois vastuun tahallisesta yllyttämisestä.⁶²⁴ Reinikaisen määrittelyn mukaan *agent provocateur* -termillä viitataan juuri henkilöön, ”joka yllyttää toisen tekemään rikoksen yrityksen, mutta jolta puuttuu tahallisuus saada yllytetty tekemään täytetty rikos.”⁶²⁵ Samansuuntaisesti Honka-

⁶¹⁹ Frände 2001, s. 524. Ks. myös Pekka Viljanen 2001 s. 264–266. Ks. myös Duff 2007, s. 189, joka on päätnyt siihen, että poliisiin yllytyksestä tehty teko ei ylipäättään ole rikos, koska kriminaalipoliittisista tavoitteista (huumausainerikollisuudesta aiheutuvien haittojen torjunta) johdettava *actus reus* ei tällöin toteudu. Duffin mukaan ajaututaan alueelle, jota hän on kuvannut ilmauksella ”*the murky realms of 'impossible attempts'*”.

⁶²⁰ Honkasalo 1967, s. 219.

⁶²¹ Reinikainen 2003, s. 83.

⁶²² Reinikainen 2003, s. 83.

⁶²³ Reinikainen 2003, s. 84 ja 87–89.

⁶²⁴ Vrt. HE 34/1999 vp, s. 21. Ks. myös Reinikaisen (Reinikainen 2003, s. 90–91) kritiikki hallituksen esityksen 34/1999 vp tahallisuusmäärittelyä kohtaan.

⁶²⁵ Reinikainen 2003, s. 92–93. Ks. myös Reinikaisen esimerkit s. 101–104. Pohjoismaisessa kirjallisuudessa Axberger edustaa näkemystä hyvin rajatusta rikosoikeudellisesta yllytysvastuusta todetessaan, että ”*ansvar för anstiftan är uteslutet då polismän agerar i syfte att beivra det brott de formellt sett anstiftar*”. Ks. tästä Axberger 1989, s. 57.

salon kanssa Reinikainen on seurauksen estämisen epäonnistumistilanteiden osalta todennut:⁶²⁶

”Oikea lopputulos mielestäni olisi, että poliisimies ei vastaisi yllyttämisestä huumausaineen myymiseen, koska ei ole asiallista perustetta asettaa poliisimies erilaiseen vastuuseen yllytyksestä huumausaineen myyntiin ja huumausaineen myynnin yritykseen, koska myynnin tosiasiallinen tapahtuminen oli hänestä riippumaton vahinko.”

Todettakoon ensiksi, että *agent provocateurin* tilannekontrolliin perustuvan vastuusta vapauttamisen vaihtoehtona esitetty *kelvottoman yrityksen* konstruktiolla operoiminen on kriminaalipoliittisesti erittäin arveluttavaa. Ääritapauksessa se voisi tarkoittaa sitä, että esimerkiksi poliisin tarkkaillessa arvokuljetusryöstön valmistelua ja suorittaessa kohdehenkilöiden kiinnioton menettelyn edettyä rikoksen yrityksen asteelle, voisivat rikoksesta epäillyt vedota siihen, että tällainen poliisin tarkkailun alla tehty rikoksen yritys oli kelvoton.

Toisaalta Frände on myöhemmässä artikkelissaan todennut, että ”[t]oinen vaihtoehto olisi katsoa, että yllyttäjän tahallisuus edellyttää aina rikoksen täyttymistä, jolloin sellaisen tahallisuuden puuttuminen merkitsee yllytyksen rangastusvastuun poissulkeutumista”. Tältä osin hän näyttäisi hyväksyvän korkeimman oikeuden tulkinnan yllytysvastuusta teon jäädessä yrityksen asteelle.⁶²⁷ Tähän kysymykseen liittyen Viljanen on kiinnittänyt huomiota siihen, että yllytyksestä tuomitseminen ei edellytä, että pääteko on jo luettu tekijän syyksi eikä yllytysyytettä olisi voitu pelkästään tällä perusteella hylätä. Toisaalta myös pääteon toteutumatta jäämiseen liittyvät perustelut ovat Viljasen mukaan kyseenalaiset. Lähtökohta hänen mukaansa on, että samaan huumausaine-erään kohdistuvat eri teot käsitellään yhtenä rikoksena. Tapauksessa D ei Viljasen mukaan syylistynyt uuteen rikokseen myydessään kilon huumausainetta C:lle⁶²⁸, mikä tulkinta saa merkittävää tukea myös esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 1997:117.⁶²⁹ Toisin sanoen tältä osin yllytystä kilon myymiseen ei olisi tullut pitää yllytyksenä uuteen rikokseen. Viljasen tulkinta rajaa merkittävästi yllytyksen alaa. Uudemmassa esityksessään Frände on kuitenkin katsonut, että *yllyttäjän osalta* on kyse uudesta rikoksesta ja vastuu on mahdollinen. Muutoin henkilö, joka yllyttää huumausaineen hallussapitäjää myymään ainetta, olisi rangastusvastuusta vapaa.⁶³⁰ Nähdäkseni mahdollinen on myös tulkinta, jonka mukaan

⁶²⁶ Reinikainen 2003, s. 103–104. Kyse on esimerkistä, jossa valeostaja on vastoin suunnitelmia ostotarjouksen lisäksi tosiasiaa ostanut huumausaineet, koska myyjän kiinniottamiseksi tarvittavia apujoukkoja ei saapunutkaan paikalle.

⁶²⁷ Frände 2004a, s. 409 av. 10.

⁶²⁸ Pekka Viljanen 2001, s. 265. Samoin Nuutila – Melander 2009, s. 1398.

⁶²⁹ Ks. Tapani – Tolvanen 2008, s. 435 ja 437.

⁶³⁰ Frände 2012, s. 265 (ks. myös av. 544). Ks. myös Frände 2004a, s. 408–409.

yllyttäjää ei näissä tilanteissa lainkaan pidettäisi yllyttäjänä toisen rikokseen, vaan hänen tekoaan arvioitaisiin uutena rikoksena, jossa yllyttäjä on tekijänä. Kyse voisi olla esimerkiksi huumausainerikoksesta välittämisenä tai hankkimisen yrittämisenä.⁶³¹

Frände on vuonna 2004 julkaistussa artikkelissaan arvioinut yleisemminkin *yksityishenkilöiden käyttöä välikäsinä*. Hänen mukaansa käytettäessä yksityishenkilöä, kuten yksityishenkilöä C on käytetty korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2000:112, tämä ei syöllisty rikokseen, koska hänen yrityksensä hankkia huumausainetta on valvottu yritys ja siten kelvoton yritys. Myöskään huumausaineen potentiaalinen myyjä eli valeoston kohdehenkilö eikä virkamies syöllisty rikokseen. Edellytyksenä kuitenkin on, että rikos jää yritykseksi eli välihenkilönä toiminut yksityishenkilö ei saa huumausainetta haltuunsa. Frände on viitaten edellä selostettuun korkeimman oikeuden ratkaisuun katsonut, että vaikka kyse ei olekaan huumausainerikoksesta tai yllytyksestä siihen, kyse olisi virkarikoksesta myös näissä kelvottoman / valvotun yrityksen tilanteissa.⁶³² Kelvottoman yrityksen konstruktion hyödyntämisestä aiheutuvien ongelmien osalta viittaa edellä lausumaani.

Toisessa yhteydessä Frände on todennut, että jos poliisi käyttää yksityishenkilöä valeostossa ja tämä yksityishenkilö hankkii haltuunsa kiellettyä ainetta tai tavaraa, syöllistyy poliisi lähtökohtaisesti yllytykseen (esimerkiksi huumausainerikokseen) ja yksityishenkilö kiellettyyn tekoon. Jos teko sitä vastoin ei täyty, koska poliisi valvoo tapahtumaketjua eikä välittäjä saa poliisioperaation seurauksena koskaan ainetta haltuunsa, yllytetty rikos on jäänyt yritykseksi ja toisaalta valvottu yritys on edellä kerrotun mukaisesti kelvoton yritys. Sen enempää välittäjä kuin poliisikaan ei ole syöllistynyt rikokseen. Jos operaatio epäonnistuu ja aine päättyy välihenkilölle, sekä välittäjä että poliisi ovat syöllistyneet rikokseen.⁶³³

Sillä henkilön syöllisyyteen liittymättömällä seikalla, johtaako valvottu yritys jostakin ulkopuolisesta syystä täytettyyn tekoon, näyttäisi olevan huomattavan suuri merkitys rikosvastuun kannalta. Jareborgin kanta on mielestäni tässä suhteessa perustellumpi. Hän on valvottujen yritysten osalta todennut, että ”[d]en medverkande som tror att försöket skall misslyckas har inte det uppsåt som krävs för ansvar för medverkan till försök. Det spelar i detta fall ingen roll om den medverkandes syfte är att andre skall kunna gripas för att ha begått ett brott, dvs.

⁶³¹ Huumausaineen välittämisestä ks. esim. Tolvanen 2010b, s. 644–645.

⁶³² Kelvottoman yrityksen relevanssista valeoston suhteen sekä satunnaisten syiden käsitteestä ja merkityksestä ks. myös Reinikainen, 2003 s. 70–72. Sivullisten käytöstä valeostojen yhteydessä ks. myös Helmius 2000, s. 189. Kirjoittajan mukaan yksityishenkilöitä tulisi käyttää vain ”i renu undantagsfall, exempelvis under utredningen av mycket grova brott”.

⁶³³ Frände 2012 s. 265.

*försöksbrottet (agent provocateur).*⁶³⁴ Yritykseen osallisen vastuu ei siis riipu siitä, onnistuuko vai epäonnistuuko yritys, jota alun perin ei tarkoitettu onnistumaan.

Voidaanko edellä kerrotusta tehdä siis johtopäätös, että korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 2001:112 poliisimiesten A ja B menettely suhteessa D:hen olisi edellyttänyt nimenomaista toimivaltasäännöstä ollakseen laillista, mutta A ja B:n menettely suhteessa C:hen tai C:n menettely itsessään ei ollut rangaistavaa RL 40 ja 50 lukujen valossa? Vastaus on ilmeisesti kyllä, vaikka lähtökohtana on luonnollisesti oltava, että tunnusmerkistön mukainen toimivaltasääntelyyn perustumaton menettely on rikos. Toisaalta, kuten Frände on aivan oikein huomauttanut, todiste- tai rikosprovokaation rankaisemattomuus ei vielä ratkaise sitä, onko poliisilla oikeus käyttää tällaista keinoa. Jos ei ole, kyse saattaa olla virkarikoksesta.⁶³⁵ Frände on ilmeisesti viitannut tuomitsemishetkellä vallinneeseen oikeustilaan todetessaan vuonna 2004 julkaistussa artikkelissaan seuraavasti:⁶³⁶

”Ilman oikeutta valeostolla tapahtuvaan todisteprovokaatioon poliisimies, joka tarjoutuu ostamaan huumausainetta, syyllistyy *prima facie* huumausainerikokseen; RL 50:1:n mukaan on rangaistavaa yrittää hankkia huumausainetta. Ja vaikka poliisimiehen vastuu sulkeutuisikin pois, olisi sellainen toimenpide ristiriidassa poliisin virkavelvollisuuksien kanssa.”

Yllytyksestä nimenomaan virkarikoksena Viitanen on katsonut rangaistusvastuun perustuneen korkeimman oikeuden ratkaisussa ”rikokseen yllyttämistä koskevaan yleiseen *laintasoiseen kieltoon*, jonka rikkominen katsottiin kielletyn menettelytavan käyttämiseksi, mikä oli puolestaan vastoin poliisimiesten virkavelvollisuuksia”.⁶³⁷ Toisaalla oikeuskirjallisuudessa on kiinnitetty perustelusti huomiota siihen, että RL 40 luvun 10 §:n lisäksi korkein oikeus nojautui ainoastaan RL 5 luvun 2 §:ään, mikä väistämättä johtaa umpikujaan, koska ”[o]n mahdotonta johtaa siitä kieltoa menetellä tavalla, joka ei ole sen mukaan rangaistavaa”. Tämä ei tietenkään tarkoita, etteikö ko. menettely voisi hyvinkin olla poliisilta kiellettyä, mutta kiellettyisyyden perusteita ei pystytty vakuuttavasti esittämään.⁶³⁸

Oikeuskirjallisuudessa on toisaalta myös katsottu, että ratkaisusta ei tyydyttävällä tavalla ilmene, missä säännöksessä poliisien rikkomaksi katsottu virkavelvollisuus on

⁶³⁴ Jareborg 2001 s. 417.

⁶³⁵ Frände 2001, s. 525.

⁶³⁶ Frände 2004a, s. 407.

⁶³⁷ Viitanen 2007, s. 163.

⁶³⁸ Viljanen 2010b, s. 623–624. Ks. myös Pekka Viljanen 2001, s. 266.

todettu. Osin tästä johtuen ratkaisu on nähty varsin ongelmalliseksi myös rangaistavaksi vaaditun teon yksilöintivaatimuksen kannalta.⁶³⁹

Edellä kerrottu pätee erityisesti esimerkiksi huumausaine- ja ampuma-aserikoksiin, joissa hankkimisen yritys on säädetty rangaistavaksi. Huumausaineen osalta myös levittämisen yritys on rangaistavaa. Välikätenä toimivan yksityishenkilön näkökulmasta tilanne on selkeämpi esimerkiksi selvitetessä tai paljastettaessa kätkemisrikosta. Tällöin poliisimies voi kehottaa yksityishenkilöä yrittämään hankkia kätkijältä kätketyn omaisuuden. Rikosoikeudellisessa katsannossa on toki tällöinkin huolehdittava, että rikos ei täyty eli omaisuus ei tule välikäden hallintaan.⁶⁴⁰

Lisäksi Frände on pohtinut, syyllistyykö virkamies yllytykseen, jos hän kehoittaa alle 18-vuotiasta tupakan ostoon. Tupakan myynti alaikäiselle on kriminalisoitu, mutta ostoa ei. Fränden mukaan virkamies ei syyllisty yllytykseen, koska itse pääteko (tupakan ostos) ei ole rikos, eikä myöskään välilliseen tekemiseen.⁶⁴¹ Voidaan kysyä, miten tilanne eroaa tapauksesta KKO 2000:112, jossa C:tä ei myöskään rangaistu – muutoin kuin siten, että tupakkaesimerkissä rikos, johon myyjää yllytetään, mitä ilmeisimmin myös täyttyy.

2.6.1.3 Poliisioikeuden näkökulma

Hallituksen esityksessä 34/1999 vp tavoitteena oli vahvistaa jo voimassa ollut lähtökohta, että valeostot ovat sallittuja, mutta rikokseen yllyttäminen ei. Ehdotettujen muutosten katsottiin olevan voimassa ollutta oikeustilaa selventäviä.⁶⁴²

Hallituksen esityksessä ehdotettiin myös PolL 2 §:ään säädettäväksi ”informatiivisuuden lisäämiseksi” sekä ”selkeyden vuoksi ja väärinkäsitysten välttämiseksi” nimenomainen kielto rikokseen yllyttämiseen.⁶⁴³ Lakivaliokunta katsoi kuitenkin, että ehdotettu säännös ei poistaisi yllyttämiseen liittyviä ongelmia eikä olisi erityisen informatiivinen. Toisaalta ei olisi ollut perusteltua kieltää yllytystä lausumatta esimerkiksi avunannosta ja tekijäkumppanuudesta mitään.⁶⁴⁴ Viitaten lakivaliokunnan lausuntoon hallintovaliokunta esitti mietinnössään ko. momentin poistamista. Lisäksi hallintovaliokunta totesi, että ”oikeus peitetoimintaan tai valeostoon ei anna oikeutta rikokseen yllyttämiseen tai muuhunkaan rikokseen osallisuuteen”.⁶⁴⁵

⁶³⁹ Määttä 2008, s. 377.

⁶⁴⁰ Frände 2004a, s. 409.

⁶⁴¹ Frände 2004a, s. 410. Ks. myös tupakkalaki 10 § ja 31 c §. Alaikäisten käytöstä ”testiostajina” Englannissa ks. Ashworth 2002, s. 166–167.

⁶⁴² HE 34/1999 vp, s. 13. Yllyttämisen kiellosta ks. myös LaVL 10/1994 vp, s. 4.

⁶⁴³ HE 34/1999 vp, s. 20 ja 45.

⁶⁴⁴ LaVL 7/2000 vp, s. 9.

⁶⁴⁵ HaVM 17/2000 vp, s. 10.

Yllyttämisen kieltoa on hallituksen esityksessä 34/1999 vp konkretisoitu seuraavasti:

- Kenellekään ei synny ”rikosoikeudellista vastuuta yksinomaan poliisin aloitteesta tapahtuvasta valeostosta”.
- ”Kukaan ei voi välttää rikollisen tekonsa oikeudellisilta seuraamuksilta sillä perusteella, että hän on ollut poliisitoimenpiteen kohteena, jos hän on syylistynyt tekoonsa oma-aloitteisesti.”
- Hallituksen lakiin esittämän uuden poliisilain 2 §:n 3 momentin tarkoituksena on ”kieltää poliisia yllyttämästä ketään uuteen rikokseen, johon hän yllyttämättä ei olisi ryhtynyt”. (MT: ko. säännöstä ei siis tullut poliisilakiin.)
- Huumausaineita hallussaan pitänyt huumausaineiden välittäjä ”ei ole syylistynyt uuteen rikokseen, koska huumausainerikos on täytynyt jo aikaisemmassa vaiheessa hänen ryhtyessään välittämään tai myymään huumausaineita. Valeosto ei tällöin käsitä yllytystä uuteen rangaistavaan tekoon.”
- Yllyttämisen ”ulkopuolelle jää siten taivuttaminen sellaiseen tekoon, jonka asianomainen henkilö olisi käsillä olevassa tilanteessa tehnyt tai yrittänyt tehdä riippumatta siitä, oliko hänelle esitetty valeostotarjous”.
- Tärkeä on myös hallituksen esityksen havainto siitä, että ”[v]aleosto voi johtaa rikoksentehtävien rikosoikeudellisesti ankarampaan tekoon kuin se rikos, jonka hän ilman valeostoa olisi tehnyt”. Hallituksen esityksen mukaan tällainen tilanne voitaisiin ottaa huomioon syyllisyyttä vähentävänä seikkana.⁶⁴⁶ (MT: Tältä osin kyse on siis valeostosta eikä toimivallan yllyttämisestä.)

Edelleen hallituksen esityksessä 34/1999 vp todettiin, että selvityksen saaminen siitä, onko poliisin toiminta saanut aikaan päätöksen rikoksen tekemisestä, on hyvin vaikeaa. Vastaus tähän kysymykseen määrittää luonnollisesti sekä poliisimiehen että toimenpiteen kohdehenkilön rikosoikeudellista vastuuta. Hallituksen esityksen mukaan kuvattua haastetta näytön hankkimisessa tulisi torjua riittävällä ohjeistuksella, koulutuksella ja valeostoja tekevien poliisimiesten onnistuneella rekrytoinnilla. Valeoston alue tuli myös rajata suhteellisen suppeaksi, ”jotta vaikeita käytännön tilanteita jouduttaisiin arvioimaan tuomioistuimissa mahdollisimman harvoin.”⁶⁴⁷

Valeostosäännöksen vuonna 2005 tapahtuneen uudistuksen myötä valeoston määritelmästä poistui maininta ”jonka mukaan oston tai ostotarjouksen tulee kohdistua laittomasti hallussa tai kaupankäynnin kohteena olevaan esineeseen, aineeseen tai omaisuuteen.” Lakivaliokunta kritisoi tätä ratkaisua, koska sen seurauksena valeosto ainakin käsitteellisesti ulottui kattamaan nekin tilanteet, joissa laitton materiaali ei vielä valeoston hetkellä ole kohdehenkilön hallussa. Näissä tilanteissa ollaan usein hyvin lähellä yllytystyyppistä toimintaa.⁶⁴⁸ Hallin-

⁶⁴⁶ HE 34/1999 vp, s. 21.

⁶⁴⁷ HE 34/1999 vp, s. 13.

⁶⁴⁸ LaVL 6/2005 vp, s. 5.

tovaliokunta päätyi tästä huolimatta esittämään lainsäädännön hyväksymistä hallituksen esityksen muodossa. Se totesi kuitenkin samassa yhteydessä, että ”yllyttäminen rikolliseen toimintaan valeostossa on ehdottomasti kielletty”. Olennaista on huomata, että lain muutoksen tavoitteena oli ensisijaisesti mahdollistaa tavaroiden tai aineiden tosiasiallinen ostaminen ostotarjouksen tekemisen lisäksi.⁶⁴⁹

On selvää, että esimerkiksi hallituksen esityksessä 266/2004 vp kuvattu valeoston käyttötapa täyttää huumausainerikoksen ulkoisesti havaittavat tunnusmerkit. Ainoa täyttymättä jäävä tunnusmerkistötekijä on säännöksen toinen sana ”laittomasti”.⁶⁵⁰ Voimassa oleva valeoston määrittely (525/2005, voimaan 20.7.2005) näyttäisi täyttävän poliisimiesten osalta RL 50 luvun 1 § 5 kohdan mukaisen menettelyn (”pitää hallussaan tai yrittää hankkia huumausainetta”) ja valeoston kohteena olevan ”myyjän” osalta mainitun rikoslain luvun 1 §:n 4 kohdan mukaisia menettelytapoja (”myy, välittää, toiselle luovuttaa tai muulla tavoin levittää tai yrittää levittää huumausainetta”). Näiden yhdistelmänä poliisimies saa myyjässä aikaan päätöksen myydä huumausainetta. Kyseessä lienee varsin selväpiirteinen yllytys (taikka uusi teko) ainakin rikoslain näkökulmasta, vaikka kyseessä on selkeästi toimivaltasääntelyn mukainen menettely. Tarkoittaako tämä sitä, että jos valeoston suorittamiseen asetettuja määräyksiä rikotaan, myös ”laittomuuden” vaatimus huumausaineen hankinnassa täyttyy? Jos ei tarkoita, voidaanko päätellä, että virkatoiminnassa huumausainerikos ei voi täyttyä? Jos tämäkään lähtökohta ei pidä paikkaansa, voidaan kysyä, missä tilanteessa poliisimies sitten voi valeoston yhteydessä syyllistyä huumausainerikokseen? Vastauksella tähän kysymykseen on puolestaan merkitystä sen suhteen, tuleeko huumausainerikoksen tunnusmerkistölle antaa mitään merkitystä arvioitaessa laillisen valeoston rajoja vai jääkö vaikutus yllytyksen kieltöön. Entä miten tulee arvioida esimerkiksi kätkemisrikoksia, joissa ei ole ”laittomasti” tunnusmerkistötekijää?⁶⁵¹ Ja edelleen, mikä merkitys annetaan oikeudenvastaisuustietoisuudelle, joka edellä esittämäni tavoin on virkatoiminnan kontekstissa tahallisuuden edellytys?

Poliisilain esitöissä epäkonventionaalisiiin tiedonhankintakeinoihin liittyvän rangaistavaksi säädettyyn tekoon yllyttämisen kiellon on katsottu olevan yleinen eurooppalainen oikeusperiaate.⁶⁵² Oikeuskirjallisuudessa on puolestaan katsottu

⁶⁴⁹ HaVM 10/2005 vp, s. 10. Hallituksen esityksessäkin todettiin, että rikokseen yllyttäminen valeoston yhteydessä on kielletty. Ks. tästä HE 266/2004 vp, s. 23.

⁶⁵⁰ HE 266/2004 vp, s. 21–23.

⁶⁵¹ HE 266/2004 vp, s. 26–27.

⁶⁵² HE 34/1999 vp, s. 7. Filosofiselta kannalta kyse on siitä, että ”if the polity’s officials induce someone to commit a crime in order to prosecute him for it, this undercuts the polity’s right to call him to account for that crime”. Ks. tästä Duff 2007, s. 187. Ks. myös Duff 2007, s. 189–193. Duff on sivuilla 190–191 korostanut sitä, että jos laittomasti provosoitua syytetään rikosprosessissa, myös provosoinutta virkamiestä tulee syyttää – tai ei kumpakaan – ja edelleen, että ”separation of the officials and their misconduct from the polity that now seeks to try the defendant presupposes that the polity’s hands (its citizens collective hands) are appropriately clean in its dealings with the defendant”. Näin ei aina ole.

yllyttämisen kiellon perustuvan PolL 1 §:ään, jonka mukaan poliisin tehtävänä muun muassa rikosten ennalta ehkäiseminen.⁶⁵³ Mitkä sitten ovat toimivaltasääntelyn asettamat kielletyn yllyttämisen tai – rikosoikeuden käsitteistöstä erotettuna – rikosprovokaation rajat?

Hallituksen esityksen 34/1999 vp mukaan ”[r]ikosprovokaatiossa pyritään vaikuttamaan henkilön tahdonmuodostukseen, jotta hän ryhtyisi rikokseen, johon hän ei olisi ilman provokaatiota ryhtynyt”.⁶⁵⁴ Lähinnä perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta poliisin salaisesta tiedonhankinnasta kirjoittanut Kirsi Piispanen on puolestaan kielletyn provokaation yhteydessä viitannut menettelyyn, jossa valepukuinen poliisimies esiintyy huumekauppiaana ja henkilön ostettua häneltä huumeita, ostaja pidätetään tämän oston perusteella (*sell-bust*). Kyse on siis aivan erityyppisestä menettelystä kuin mihin provokaatiolla on yleensä viitattu. Todettakoon kuitenkin, että Piispanen on viitannut rikoslain yllytyssäännöksen kieltämiin menettelytapoihin myös solutuksen ja valvotun läpilaskun yhteydessä.⁶⁵⁵ Poliisioikeudellisessa kirjallisuudessa Helminen ym. ovat rikosprovokaation osalta katsoeet, että ”[p]oliisi ei saa provosoida henkilöä rikolliseen toimintaan sellaisissa olosuhteissa, joista on pääteltävissä, ettei asianomainen *henkilö ainakaan sillä kertaa muutoin olisi rikokseen ryhtynyt*”.⁶⁵⁶ Rikosprosessioikeuden perusteoksessa Jokela on puolestaan todennut, että rikosprovokaatiolla ”tarkoitetaan rikollista toimintaa harjoittavan henkilön houkuttelemista uuteen rikokseen hänen paljastumiseensa johtavalla tavalla”. Jokela on viitattuaan muun muassa Piispanen ”*sell-bust*”-esimerkkiin todennut, että (kursivoinnit tässä):⁶⁵⁷

”Sen sijaan pelkkä huumeiden valeosto ei täytä rikokseen yllyttämiseen *rinnastettavan* provokaation tunnusmerkkejä. Valeosto on oikeutettua sen vuoksi, että *kyseiset huumeet ovat jo tarjolla markkinoilla ja niitä välittävät henkilöt mukana rikollisessa*

⁶⁵³ Pekka Viljanen 2001, s. 266. Kyse on nimenomaan virkavelvollisuudesta, mutta ei välttämättä kuitenkaan rikosoikeudellisen vastuun perustavasta virkavelvollisuudesta.

⁶⁵⁴ HE 34/1999 vp, s. 7 ja 12–13.

⁶⁵⁵ Piispanen 1998, s. 184–189.

⁶⁵⁶ Helminen et al. 1999, s. 259. Fredman puolestaan on ennen lain voimaantuloa esittänyt vaihtoehtona, että valeostopäätöksen jälkeen tapahtuneista kyseiseen huumausaine-erään kohdistuvista rikoksista ei saisi nostaa syytettä. Tämä johtaisi Fredmaninkin mukaan todennäköisesti näyttöongelmiin, mutta ehkäisisi rikosprovokaatioepäilyistä johtuvia vaikeuksia. Ks. Fredman 1998, s. 459–460.

⁶⁵⁷ Jokela 2008, s. 202. Ns. *sting*-operaatioista ks. Ashworth 2002, s. 173–175. Termillä tarkoitetaan operaatioita, joissa esimerkiksi vanhusten ryöstäjän saamiseksi kiinni poliisimies tai -nainen pukeutuu vanhukseksi ja liikkuu alueella, jossa ryöstöjä on tehty. Jos poliisimies käyttäytyy kuten ns. normaalikansalainen eikä kohdehenkilöä erityisesti houkutella rikokseen, kyse ei ole rikosprovokaatiosta. Erityisesti houkuttelusta oli sitä vastoin kyse ”*Manna from Heaven*”-operaatioissa, joissa anastettavaksi kelpaavaa tavaraa jätetään poikkeuksellisen hyvin saataville tekijöiden houkuttelemiseksi paikalle. Ks. viimeksi mainitusta myös Axberger 2002, s. 71–72. Ks. myös Jacobson v. US.

toiminnassa. Tällöin poliisi pyrkii ainoastaan estämään rikollisen toiminnan jatkamista ja poistamaan kyseiset huumeet markkinoilta.”

Olennaista merkitystä on siis sillä, olisiko henkilö joka tapauksessa ilman poliisin myötävaikutustakin harjoittanut *laitonta toimintaa*. Kiellettyä on ainakin *uuden rikostilanteen luominen*, mutta teko-olosuhteisiin vaikuttaminen on yleensä katsottava sallituksi. Todettakoon vielä, että Helmisen ym. mukaan provosointia ei yleensä voi menestyksellä perustella hätävarjelu- tai pakkotilasäännöksillä.⁶⁵⁸

Ruotsissa temasta kirjoittaneiden Berrgrenin ja Munckin mukaan provokaatiolla tarkoitetaan menettelyä, jossa ”*polisen i sitt brottsbekämpande arbete använder sig av metoden att locka eller utmana någon till en handling eller ett uttalande, som kan vara besvärande eller på annat sätt negativt för henne eller annan i dennes närhet*”.⁶⁵⁹ Määritelmänsä mukaisesti Berrgren ja Munck ovat pitäneet provokaationa menettelyä, jossa kiristäjiä pyritään saamaan kiinni toiminnalla, jossa poliisi jättää rahakuoren (tai siltä vaikuttavan kuoren) kiristäjien kanssa sovittuun paikkaan ja kirjekuoren tultua noudetuksi ottaa sen noutajan kiinni (tai tarkkailuun muiden tekijöiden kiinnisaamiseksi).⁶⁶⁰ Kielletyn provokaation rajoista kirjoittajat ovat todenneet, että ”*[m]en det har inte ansetts böra få förekomma att polisen provocerar någon att begå ett brott som han annars inte skulle ha begått*”.⁶⁶¹ Passiivisen ja aktiivisen toiminnan erottamisen merkitystä korostaneen Helmiuksen mukaan:

”Om en polisen aktivt försöker förmå någon att skaffa narkotika som han eller hon inte redan innehar, för att sedan sälja det till polismannen, har gränsen för det tillåtna överskridits. Det är viktigt att de personer som deltar i en provokation intar en passiv roll i skeendet. Polisen får inte vara för pådrivande och inte heller locka med högre priser.”⁶⁶²

Rikosprovokaatiosta on erotettava *todisteprovokaatio*. Hallituksen esityksen 34/1999 vp mukaan ”[t]odisteprovokaatiolla tarkoitetaan toimintaa, jossa henkilön käyttäytymistä ohjataan siten, että rikoksesta voidaan saada ennalta tietoa

⁶⁵⁸ Helminen et al. 1999, s. 259–260.

⁶⁵⁹ Berrgren – Munck 2011, s. 62. Tyypillisesti kohdehenkilö on rikoksesta epäilty, mutta se voi olla joku muukin henkilö, jolla on merkityksellistä tietoa.

⁶⁶⁰ Berrgren – Munck 2011, s. 62–63. Vrt. SOU 2010:103, s. 125 ja Axberger 1989, s. 59. Axberger on todennut, että ”[t]ill provocation kan inte hänföras åtgärder som endast utgör ett neutral svar på en gärningsmans egna initiativ”.

⁶⁶¹ Berrgren – Munck 2011, s. 65.

⁶⁶² Helmius 2000, s. 186. Ks. Helmiuksen selostamat ratkaisut sivuilla 185–187. Helmiuksen mukaan on olennaista, että poliisitoimenpiteellä pyritään saamaan näyttöä toimenpiteen perusteena olevasta rikoksesta eikä ainoastaan paljastamaan mitä tahansa rikosta.

rikoksen estämiseksi tai tapahtuneen rikoksen tekijöiden kiinnisaamiseksi sekä todisteaineiston keräämisen ja tallentamisen mahdollistamiseksi”.⁶⁶³ Todisteprovokaation tavoitteena on siis hankkia todisteita valmistelun tai yrityksen asteella olevasta rikoksesta tai täytetystä teosta.⁶⁶⁴ Frände on kuvannut sallittua todisteprovokaatiota menettelyksi, jossa rikoksesta epäilty pyritään saamaan ”tekemään jotakin, jota voidaan käyttää oikeudenkäynnissä todisteena häntä vastaan”. Vaikka virkamies saattaa näissä tilanteissa ainakin teoriassa syyllistyä jonkin teon rangaistavaan yritykseen, sulkeutuu Fränden mukaan rikosoikeudellinen vastuu pois, koska teon tarkoitus on tehdyn rikoksen selvittäminen eli tahallisuus puuttuu.⁶⁶⁵ Oikeampaa olisi ehkä sanoa, että rikosoikeudellinen vastuu sulkeutuu pois, koska kyse on laillisesta toimivallan käytöstä.

Ryhdyttäessä suorittamaan todisteprovokaatiota valeoston keinoin otetaan lähes poikkeuksetta jonkintasoinen riski syyllistymisestä rikosprovokaatioon. *Ex post* -arvioissa voi ilmetä, että valeostolla yllytettiin jotakuta rikokseen, esimerkiksi huumausainerikokseen tai törkeään varkauteen.⁶⁶⁶ Ns. epäonnistuneen todisteprovokaation tapaukset, joissa poliisimies esimerkiksi pyrkiessään saamaan epäillyltä varkaalta anastetun omaisuuden takaisin yllyttääkin syyttömän epäilyn kätkemisrikokseen, voidaan Fränden mukaan ratkaista tahallisuuden avulla. Jos tahallisuus yllyttämiseen puuttuu, rangaistusvastuu hänen mukaansa poistuu.⁶⁶⁷

Tältäkin osin olisi mielestäni parempi arvioida tilannetta toimivaltasääntelyn ja siitä johdettavan huolellisuusvelvoitteen näkökannalta. Jos provokaatio on *ex ante* -arviossa ollut sallitun riskin puitteissa, ei ole tapahtunut rikosta. Kielletyn riskin tilanteissa joudutaan tahallisuuden määrittämiseksi kysymään, oliko *ex ante* varsin todennäköistä, että valeoston kohdehenkilöllä ei ole ainetta hallus-

⁶⁶³ HE 34/1999 vp, s. 7.

⁶⁶⁴ HE 34/1999 vp, s. 20.

⁶⁶⁵ Frände 2001, s. 523. Voitaneen yhtyä Ruotsin korkeimman oikeuden näkemykseen, jonka mukaan raja rikos- ja todisteprovokaation välillä jää viime kädessä tapauskohtaisesti ratkaistavaksi eikä kattavia yleisiä linjauksia voida tehdä. Ks. tästä HD 2150-11, s. 7 ja 13. Ko. tapauksessa kyse oli lähinnä itsekriminointisuojan ulottuvuuksista tapauksessa, jossa kohdehenkilö oli paljastanut peitepoliisille surmaamansa henkilön ruumiin sijaintipaikan ja myöntänyt olleensa vastuussa uhrin kuolemasta. Tapauksessa kohdehenkilön oli annettu ymmärtää, että tämä joutuisi rikolliseen varaan, jos ruumista ei löydetäisi, ja syntyneen pelon seurauksena kohdehenkilö oli paljastanut mainittuja itselleen huomattavan haitallisia seikkoja. Menettely katsottiin epäoikeudenmukaiseksi, mutta tämä ei kuitenkaan vähentänyt löydetylle ruumiille tehtyjen oikeuslääketieteellisten tutkimusten perusteella tehtyjen löydösten todistearvoa. Kohdehenkilö tuomittiin murhasta, mutta poliisin epäoikeudenmukaisiksi katsottujen toimien johdosta seuraamusta lievennettiin normaalitytöistä. On kuitenkin huomattava, että ko. toimenpiteet toteutetaan Ruotsissa PoL 8 §:n yleisvaltuuden nojalla. Ks. tästä HD 2150-11, s. 7–8.

⁶⁶⁶ Frände 2004a, s. 406–407.

⁶⁶⁷ Frände 2001, s. 523.

saan (jos tällaisen olosuhteen ylipäättään katsotaan siirtävän valeoston kielletyn riskin puolelle). Mikäli vastaus on kielteinen, sulkeutuu tahallisuus pois jo tässä vaiheessa. Sitä vastoin kyse saattaa olla tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta. Ennen moitearvostelun kohdistamista poliisimieheen tulee kysyä, oliko tällä ”kyky ja tilaisuus oikean tilannearvion tekemiseen” eli RL 3 luvun 7 §:n 1 momentin sanamuodon mukaan: ”kykenikö poliisimies noudattamaan tapauksessa vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta?”⁶⁶⁸

Huolellisuusvelvoitteeseen saattaa liittyä olosuhteisiin kohdistuva selonotto-velvollisuus, jolloin käytännössä joudutaan kysymään, ”mitä poliisin olisi pitänyt tehdä ymmärtääkseen, ettei provosoidulla ollut hallussaan varastettua tavaraa.” Fränden mukaan voidaan edellyttää tehtävän lisäselvityksiä ”varmemman todennäköisyysarvion muodostamiseksi” ja ”poliisimies, joka tyytyy matalimpaan epäilyn asteeseen eli ’ei voida poissulkea’ -tasoon, ottaa riskin tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta.”⁶⁶⁹ Ongelmaa ratkaistaessa päädytään siis väistämättä olosuhdetahallisuuden ja tunnusmerkistöerehdyksen äärelle. Luonnollisesti virkavelvollisuuksien sisältö tulee selvittää myös siltä kannalta, ettei laillisuusperiaatetta loukata. Kysymykseen palataan hieman myöhemmin.

Toimivaltasääntelyn salliman valeostomenettelyn rajoja selvitettyäessä voidaan myös kysyä, onko valeostosääntely kohdistunut virkamiesten ja potentiaalisen myyjän (esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisun henkilö D) suhteeseen vai oliko tarkoituksena säännellä virkamiesten asemaa suhteessa välimiehenä toimineeseen henkilöön (esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisun henkilö C). Lienee mahdollista, että poliisilain säännöksellä on voitu säännellä myös C:n oikeuksista. Lakimuutoksen 525/2005 vaikutuksista välikäsien käyttöön valeoston yhteydessä Frände on esittänyt, että koska yksityishenkilöiden käytöstä todiste- ja rikosprovokaatiossa ei erikseen säädetty, vaikka esimerkiksi poliisin ulkopuolisten tietolähteiden käytöstä nimenomaisesti säädettiin, oikeustila ei muuttunut ja sivullisten käyttö todiste- ja rikosprovokaatioissa säilyi vähintäänkin virkavelvollisuuden vastaisena menettelytapana.⁶⁷⁰ Kysymystä sivuten Helsingin hovioikeus on poliisin valeostotoimintaa käsitellessään ja erityisesti sivullisten roolia siinä todennut hieman vaikeaselkoisesti (kursivointi tässä):⁶⁷¹

⁶⁶⁸ Frände 2004a, s. 408.

⁶⁶⁹ Frände 2004a, s. 408.

⁶⁷⁰ Frände 2004a, s. 411. Sivullisten aseman ja siihen liittyvän yllytyskiellon osalta ks. myös Helminen et al. 2012a, s. 1108.

⁶⁷¹ Helsingin hovioikeus 6.5.2011 nro 1396. Vrt. Helminen et al. 2012a, s. 1113–1114. Kuten hovioikeuden tuomiossa on todettu, tilannetta monimutkaistaa se, että poliisilain valeostosääntelyyn (28 § ja 31 b §) ja sen muutoksiin liittyvien esitöiden (HE 34/1999 vp ja HE 266/2004 vp) suhde poliisilain tietolähdetoimintaa koskevaan säännökseen (36 a §) ja sen esitöihin ei ole selkeä ja yksiselitteinen, vaikka nimenomaan tietolähteiden käyttö välimiehenä on ehkä haastavin mainittuihin

”Toisaalta lain esitöiden mukaan valeostoissa sallittua olisi käyttää tiedottajia eli ’vasikoita’, joiden keskeisenä tehtävänä olisi ostajan ja myyjän yhteensaattaminen. Esitöissä mainitaan jopa, että valeostoissa voisi olla myös ’välimiehiä’, jotka välittäisivät viestejä poliisin ja ostajan välillä. Esitöissä *tiedottajille ja välimiehille sallituksi katsottavien tehtävien voidaan siten katsoa ainakin osittain kuuluvan poliisin toimi valtaa edellyttävän valeoston käsitteen piiriin.*”

2.6.1.4 Perus- ja ihmisoikeusnäkökulma

Kiellettyä rikosprovokaatiota on käsitelty myös EIT:n ratkaisukäytännössä. Tarkastelun lähtökohtana on tyypillisesti ollut oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin turvaava EIS 6 artikla, jonka valossa tapahtumia tarkasteltiin myös avainratkaisuna pidettävässä EIT:n suuren jaoston käsittelemässä Teixeira de Castro -ratkaisussa. Tapauksessa kaksi poliisimiestä muodosti kahden välimiehen avustuksella yhteyden valittaja Teixeira de Castroon, jolle poliisimiehet ilmoittivat olevansa halukkaita ostamaan 20 grammaa heroiniä. Valittajalle näytettiin myös setelinippua. Valittaja suostui toimittamaan aineen ja hankki erään henkilön kautta yhden 10 gramman ja kaksi 5 gramman pussia heroiniä. Viedessä aineita toiselle mainituista välimiehistä valittaja otettiin kiinni. Valittajan lisäksi molemmat välittäjät, jotka eivät tienneet poliisimiehiä poliisimiehiksi, otettiin kiinni.⁶⁷² Ratkaisussaan EIT asetti seuraavia yleisiä periaatteita (kursivoinnit tässä):⁶⁷³

”35. More particularly, the Convention does not preclude reliance, at the investigation stage of criminal proceedings and where the nature of the offence so warrants, on sources such as anonymous informants. However, the subsequent use of their statements by the court of trial to found a conviction is a different matter...

36. The use of undercover agents must be restricted and safeguards put in place even in cases concerning the fight against drug trafficking. While the rise in organised crime undoubtedly requires that appropriate measures be taken, the right to a fair administration of justice nevertheless holds such a prominent place... that it cannot be sacrificed for the sake of expedience. The general requirements of fairness embodied in Article 6 apply to proceedings concerning all types of criminal offence, from the most straightforward to the most complex. *The public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement.*

tiedonhankintakeinoihin liittyvä juridinen ongelma. Sinänsä hovioikeus on pitänyt selvänä, että huumausainerikoksen tunnusmerkistön laajuus huomioon ottaen välimiehen käyttö edellyttäisi toiminnan sallivaa erityissääntelyä.

⁶⁷² Ks. Ervo 2008, s. 313 kommentit ratkaisusta ja erityisesti yleisen edun ja lainkäytön oikeusturvan suhteesta.

⁶⁷³ Olen poistanut EIT:n ratkaisujen lainauksista EIT:n viittaukset omaan ratkaisukäytäntöön.

37. The Court notes, firstly, that the present dispute is distinguishable from the case of *Lüdi v. Switzerland*..., in which the police officer concerned had been sworn in, the investigating judge had not been unaware of his mission and the Swiss authorities, informed by the German police, had opened a preliminary investigation. The police officers' role had been confined to acting as an undercover agent.

38. In the instant case it is necessary to determine whether or not the two police officers' activity went beyond that of undercover agents. The Court notes that the Government have not contended that the officers' intervention took place as part of an anti-drug-trafficking operation ordered and supervised by a judge. *It does not appear either that the competent authorities had good reason to suspect that Mr Teixeira de Castro was a drug trafficker; on the contrary, he had no criminal record and no preliminary investigation concerning him had been opened. Indeed, he was not known to the police officers, who only came into contact with him through the intermediary of V.S. and F.O. (see paragraph 10 above).*

Furthermore, the drugs were not at the applicant's home; he obtained them from a third party who had in turn obtained them from another person (see paragraph 11 above). Nor does the Supreme Court's judgment of 5 May 1994 indicate that, at the time of his arrest, the applicant had more drugs in his possession than the quantity the police officers had requested thereby going beyond what he had been incited to do by the police. There is no evidence to support the Government's argument that the applicant was predisposed to commit offences. The necessary inference from these circumstances is that the two police officers did not confine themselves to investigating Mr Teixeira de Castro's criminal activity in an essentially passive manner, but exercised an influence such as to incite the commission of the offence.

Lastly, the Court notes that in their decisions the domestic courts said that the applicant had been convicted mainly on the basis of the statements of the two police officers.

39. In the light of all these considerations, the Court concludes that the two police officers' actions went beyond those of undercover agents because they instigated the offence and there is nothing to suggest that without their intervention it would have been committed.⁶⁷⁴ That intervention and its use in the impugned criminal proceedings meant that, right from the outset, the applicant was definitively deprived of a fair trial. Consequently, there has been a violation of Article 6 § 1."

Teixeira de Castro -ratkaisussa mainitussa *Lüdi v. Switzerland* -ratkaisussa yksityisyyttä ja perhe-elämää turvaavaa EIS 8 artiklaa ei katsottu rikotun. EIT totesi ratkaisun kohdassa 40:

"On the other hand, the Court agrees with the Government that in the present case the use of an undercover agent did not, either alone or in combination with the telephone interception, affect private life within the meaning of Article 8 (art. 8).

⁶⁷⁴ Arvioinnin keskiössä oli siis, että a) hakijan osallisuudesta rikolliseen toimintaan ei ollut näyttöä ja b) poliisit olivat epäilyksettä aiheuttaneet rikollisen menettelyn. Ks. Emmerson et al. 2007, s. 603–604.

Toni's actions took place within the context of a deal relating to 5 kg of cocaine. The cantonal authorities, who had been warned by the German police, selected a sworn officer to infiltrate what they thought was a large network of traffickers intending to dispose of that quantity of drugs in Switzerland. The aim of the operation was to arrest the dealers when the drugs were handed over. Toni thereupon contacted the applicant, who said that he was prepared to sell him 2 kg of cocaine, worth 200,000 Swiss francs (see paragraphs 9 and 13 above). Mr Lüdi must therefore have been aware from then on that he was engaged in a criminal act punishable under Article 19 of the Drugs Law and that consequently he was running the risk of encountering an undercover police officer whose task would in fact be to expose him."

Teixeira de Castro -tapauksen ja Lüdi-tapauksen merkittävin ero on nimenomaan siinä, että viimeksi mainitussa tapauksessa oli jo käynnissä hakijan toimiin kohdistuva rikostutkinta ja poliisimiehen rooli oli nimenomaan peitepoliisin – ei *agent provocateurin* –, minkä lisäksi toiminta oli oikeudellisessa valvonnassa (*judicial supervision*).⁶⁷⁵ Todettakoon, että EIT:n ratkaisun kohdan 13 perusteella näyttäisi siltä, että valittaja Lüdillä ei ollut huumausainetta hallussaan peitepoliisin ottaessa häneen yhteyttä.⁶⁷⁶

Samoja kysymyksiä on sivuttu myös Liettuaa koskeneessa suuren jaoston Ramanauskas-ratkaisussa, jossa virallisena syyttäjän toiminutta valittajaa oli lähestynyt peitepoliisimies AZ ja tarjonnut hänelle 3 000 Amerikan dollaria siitä, että eräs kolmas henkilö vapautuisi syytteistä. Valittaja oli suostunut ehdotukseen AZ:n toistettua sen useamman kerran ja AZ luovutti syyttäjälle myöhemmin kahdessa erässä yhteensä 2 500 dollaria. Valittaja erotettiin virastaan ja tuomittiin yli puoleksitoista vuodeksi vankeuteen, vaikka hän vetosi siihen, että peitepoliisimies oli painostanut häntä rikoksen tekemiseen. Myöhemmin kielto työskennellä oikeuslaitoksessa kumottiin ja tuomio poistettiin rikosrekisteristä. Tältä osin EIT totesi ratkaisussaan (kursivointi tässä):

"55. Police incitement occurs where the officers involved – whether members of the security forces or persons acting on their instructions – do not confine themselves to investigating criminal activity in an *essentially passive manner*, but *exert such an influence on the subject as to incite the commission of an offence that would otherwise not have been committed*, in order to make it possible to establish the offence, that is, to provide evidence and institute a prosecution..."⁶⁷⁷

⁶⁷⁵ Emmerson et al. 2007, s. 603. Ks. myös Teixeira de Castro -ratkaisun edellä lainattu kohta 37.

⁶⁷⁶ Mainitussa kohdassa todetaan: "According to Toni's reports, Mr Lüdi had promised to sell him, as intermediary, 2 kg of cocaine worth 200,000 Swiss francs, and had borrowed 22,000 Swiss francs from a third person for the purchase of cocaine or other narcotics."

⁶⁷⁷ Ks. myös vuonna 2005 annetun Vanyan-ratkaisun kohta 49, jossa EIT toteaa: "The police had not confined themselves to investigating the applicant's criminal activity in an *essentially passive manner*. There is nothing to suggest that the offence would have been committed had it not been for the above intervention of OZ. The Court therefore concludes that the police incited the offence of

Ramanauskas-tapauksessa katsottiin rikotun EIS 6 artiklaa samoin kuin myös Liettuaa koskeneessa Malininas-tapauksessa vuodelta 2008. Viimeksi mainitus-
sa ratkaisussa EIT viittasi Ramanauskas-ratkaisuun ja katsoi EIS 6 artiklaa riko-
tun, koska kohdehenkilön aiemmasta syyllistymisestä huumausainerikoksiin tai
taipumuksesta tällaisten tekemiseen ei ollut mitään todisteita (*good reasons*
-kynnys ei siten ylittynyt). Huumausaineiden hankinnan suhteen nimenomaan
poliisimies oli ollut aloitteellinen ja kohdehenkilölle oli tarjottu rahaa suurehkon
huumausaine-erän hankkimiseksi. EIT:n sanoin poliisi ”*did not merely ‘join’ an*
on-going offence; they instigated it”.⁶⁷⁸

Sequeira-tapauksessa, johon EIT viittasi Ramanauskas-ratkaisussa todettiin
(kursivoinnit tässä):⁶⁷⁹

”In the present case, it has been established by the domestic courts that A. and C. be-
gan to collaborate with the criminal-investigation department at a point when the
applicant had already contacted A. with a view to organising the shipment of cocaine
to Portugal. Furthermore, from that point on, the activities of A. and C. were super-
vised by the criminal-investigation department, the prosecution service having been
informed of the operation. Finally, the authorities had good reasons for suspecting the
applicant of wishing to mount a drug-trafficking operation. These factors establish a
clear distinction between the present case and Teixeira de Castro, and show that A. and
C. cannot be described as agents provocateurs. As the domestic courts pointed out, as
in Lüdi... their activities did not exceed those of undercover agents.”

Päätelmänä EIT:n ratkaisusta on hallituksen esityksessä 222/2010 vp määritetty
valeoston rajoja siten, että valeosto poliisin toimenpiteenä ei saa saada valeoston
kohdehenkilöä tai muuta henkilöä tekemään rikosta, jota hän ei muuten tekisi.⁶⁸⁰
Pellonpää ym. näyttäisivät tulkitsevan Teixeira de Castro -ratkaisua siten, että
ratkaisevaa on, puuttuivatko poliisimiehet ”peitetarinan turvin jo käynnissä ole-
vaan huumekauppaa koskevaan operaatioon” (*agent infiltré*) vai provosoivatko
he rikoksen (*agent provocateur*).⁶⁸¹ Ervo puolestaan on katsonut EIS:n yllytys-
kiellon tarkoittavan, että ”[p]oliisin provokaatio ei siten saa olla motiivina rikok-
seen syyllistymiselle”.⁶⁸² Daneliuksen mukaan EIS:n 6 artiklan näkökulmasta
arveluttavaa on menettely, jossa ”*polisen aktivt verkar för att brott skall komma*

procuring drugs at OZ’s request.” Mainittu OZ oli poliisin ohjeiden mukaan toiminut yksityishen-
kilö. EIS 6 artiklaa oli rikottu. EIT:n laajasta rikosprovokaatiota koskevasta ratkaisukäytännöstä
ks. myös esimerkiksi Bannikova-ratkaisu (erit. ratkaisun kohdat 37–50).

⁶⁷⁸ Ratkaisun kohdat 36–37.

⁶⁷⁹ Valitus jätettiin tutkimatta. Sequeira-ratkaisu on saatavissa ainoastaan ranskan kielellä. Ko-
lainaus on otettu Ramanauskas-ratkaisun kohdasta 59.

⁶⁸⁰ HE 222/2010 vp, s. 135. Ks. myös HE 224/2010 vp, s. 50.

⁶⁸¹ Pellonpää et al. 2012, s. 588.

⁶⁸² Ervo 2008, s. 321.

till stånd”. Esimerkkinä hän on maininnut tilanteen, jossa poliisimies ilmaisee intressinsä ostaa huumausaineita ja tällä tavoin houkuttelee henkilön hankkimaan huumausaineita. Sitä vastoin EIS:n näkökulmasta kiellettyä ei ole poliisin passiivinen toiminta eli esimerkiksi huumausaineiden ostaminen, kun niitä tarjotaan ostettavaksi.⁶⁸³ Mielestäni edellä selostetut hallituksen esityksessä ja kirjallisuudessa esitetyt huomiot eivät täysin tavoita kahta keskeistä EIT:n ratkaisuksista löydettävissä olevaa teesiä:

1. Ensinnäkin menettelyä ei ole katsottu laittomaksi rikosprovokaatioksi, jos kohdehenkilö on jo tehnyt päätöksen rikolliseen menettelyyn ryhtymisestä – merkitystä ei näyttäisi olevan sillä, mihin vaiheeseen rikosoikeudellisesti arvioituna (valmistelu, yritys, täytetty teko) kohdehenkilön menettely on edennyt.
2. Toiseksi – jokseenkin yllättäen – menettelyn arvioimiseen rikosprovokaatioksi näyttää vaikuttaneen se, onko kyse perusteltuun rikosepäilyyn liittyvästä laillisen prosessin muodoin toteutettavasta operaatiosta.⁶⁸⁴ Toisin sanoen kansallisten ”laillisen prosessin muotomääräysten” vastainen rikosprovokaatio olisi myös EIS:n vastaista.⁶⁸⁵

Ensimmäisen teesin tueksi voitaneen viitata kotimaisesta kirjallisuudesta Tolvaseen ja Kukkoseen, jotka ovat katsoneet EIT:n ratkaisukäytännössä merkitykselliseksi sen, ”oliko poliisin toiminta tuonut esille ”piilevänä olemassa olleen rikollisen tarkoituksen antamalla valittajalle tilaisuuden sen toteuttamiseen” vai oliko poliisin toiminta luonut rikollisen tarkoituksen, jota ei aiemmin ollut olemassa”.⁶⁸⁶ Samansuuntaisesti englantilaisen Loosely-ratkaisun kohdassa 23 todetaan (kursivoinnit tässä):

”On this a useful guide is to consider *whether the police did no more than present the defendant with an unexceptional opportunity to commit a crime*. I emphasise the word unexceptional. The yardstick for the purpose of this test is, in general, whether the *police conduct preceding the commission of the offence was no more than might have been expected from others in the circumstances*. Police conduct of this nature is not to be regarded as inciting or instigating crime, or luring a person into committing a

⁶⁸³ Danelius 2007, s. 240–241.

⁶⁸⁴ Ratkaisussa asetettiin myös järkevän epäilyn (*good reason to suspect*) -vaatimus, joka tosin viittaa mielestäni ennemminkin toimivallan käytön edellytyksiin kuin laillisiin rajoihin. Ks. tästä Ashworth 2009, s. 225. Ks. myös Axberger 2002, s. 69.

⁶⁸⁵ Axberger 2002, s. 74.

⁶⁸⁶ Tolvanen – Kukkonen 2011, s. 362–365. Vrt. Honkasalo 1967, s. 217, jonka mukaan yllytyksen suhteen on riittävää ”että saanut tekijässä kyteenen ajatuksen muuttumaan toimintaan johtavaksi päätökseksi”, mutta jos lopullinen päätös rikokseen ryhtymisestä on jo tehty, rikokseen taivuttaminen voi tulla arvioitavaksi lähinnä avunantona.

crime. *The police did no more than others could be expected to do.* The police did not create crime artificially.”⁶⁸⁷

Loosely-ratkaisun, jonka on katsottu olevan hyväksyttävissä myös EIT:n Teixeira de Castro -ratkaisussa esitettyjen vaatimusten kannalta⁶⁸⁸, muotoilu rikosprovokaation rajoista näyttäisi olevan varsin lähellä edellä lainattua hallituksen esityksen 34/1999 vp mainintaa, jonka mukaan yllyttämisen ”ulkopuolelle jää siten taivuttaminen sellaiseen tekoon, jonka asianomainen henkilö olisi käsillä olevassa tilanteessa tehnyt tai yrittänyt tehdä riippumatta siitä, oliko hänelle esitetty valeostotarjous”. Varsinaista operaation suorittamistapaa sääntelevää tavalisen mahdollisuuden testiä (*unexceptional opportunity test*) täydentää toimenpiteen edellytyksiin kytkettävä *reasonable grounds* -testi sekä luonteeltaan prosessuaalinen vaatimus operaation huolellisesta valvonnasta (*proper supervision*).⁶⁸⁹

Mitä tulee toimenpiteen edellytyksiin, Ashworth on kritisoinut Teixeira de Castro -ratkaisussa⁶⁹⁰, Yhdysvaltojen korkeimman oikeuden Jacobson-ratkaisusta⁶⁹¹ ja MPC §:ssä 2.13. esitettyä näkemystä, jonka mukaan kohdehenkilön aiemmasta käytöksestä pääteltävä taipumus rikolliseen toimintaan olisi merkityksellistä. Tältä osin Ashworth on katsonut Loosely-ratkaisussa omaksutun *reasona-*

⁶⁸⁷ Ks. myös Ashworth 2009, s. 224–225, jonka mukaan ”if all that the official does is to offer D an *unexceptional opportunity*, this is permissible conduct. If the official goes further than that – as by inciting, instigating, persuading, or pressurizing – it would be a case of entrapment.” Ks. myös Ashworth 2002, s. 166. Huumausaineiden saamiseksi tehtävien pyyntöjen toistamisen merkityksestä rikosprovokaation suhteen ks. Ashworth 2002, s. 172 (ks. myös av. 79). Ks. pohjoismaisesta kirjallisuudesta Axberger 1989, s. 59, joka samansuuntaisesti käyttää termiä ”*onormal frestelse*”. Ks. myös Axberger 1989, s. 53–54, josta ilmenee, että Axbergerin mukaan rikosprovokaatiolle on ilmeistä ”*krav på initiativ eller uppmuntran*” ja edelleen ”*inslag av direkta frestelser eller andra svåremotståndiga lockelser kan aldrig tillåtas*”.

⁶⁸⁸ Ratkaisun kohta 31. Ks. myös Emmerson et al. 2007, s. 608 ja Ashworth 2002, s. 178.

⁶⁸⁹ Ashworth 2002, s. 169–170.

⁶⁹⁰ Rikoshistorian merkitykseen viitattiin myös Shahzad-päätöksessä.

⁶⁹¹ Tapauksessa viranomaiset lähettivät peiteorganisaatioita ja peitehenkilöllisyyttä hyväksi käyttäen kohdehenkilölle 2,5 vuoden ajan lapsipornon hallussapitoon provosoivaa materiaalia, minkä seurauksena epäilty päätyi tilaamaan ko. materiaalia ja saatettiin syyteeseen. Syyttäjät eivät onnistuneet näyttämään, että vastaaja olisi ollut ”*predisposed, independent of the Government’s acts and beyond a reasonable doubt, to violate the law by receiving child pornography through the mails. In their zeal to enforce the law, Government agents may not originate a criminal design, implant in an innocent person’s mind the disposition to commit a criminal act, and then induce commission of the crime so that the Government may prosecute.*” Kyse ei siis ollut ainoastaan mahdollisuuden tarjoamisesta, vaan painostamisesta rikoksen tekoon. Ashworthin kritiikki viittaa ilmeisesti korkeimman oikeuden valmiuteen ottaa yleensä huomioon henkilön rikollinen menneisyys, *taipumus rikosten tekemiseen*, vaikka tässä tapauksessa sellaisesta ei ollut riittävää näyttöä, vaan todisteaineisto ”*merely indicates a generic inclination to act within a broad range, not all of which is criminal*”.

ble grounds -vaatimuksen olevan onnistuneempi.⁶⁹² Poliisin provokatiivisen toiminnan rajoja etsittäessä tulee Loosely-ratkaisun mukaan kiinnittää kokonaisvaltaisesti huomiota ainakin seuraaviin seikkoihin:⁶⁹³

- *Rikoksen luonne*, millä on viitattu mm. rikoksen paljastamisen vaikeuteen ja rikoksen tekotapaan.
- *Poliisioperaation tavoite*, millä on muun muassa tarkoitettu edellä mainittua järkevän epäilyn (*reasonable grounds*) vaatimusta, joka voi kohdistua henkilön lisäksi myös johonkin erityiseen paikkaan.
- *Poliisin osallisuuden luonne ja laajuus*. Mitä voimakkaampaa poliisin suorittama houkutus tai kannustus on, sitä todennäköisemmin sallitun menettelyn rajat ylittyvät. Tässä suhteessa huomiota on kiinnitettävä myös kohdehenkilön haavoittuvuuteen. Voitaneen sanoa, että vaikka sallitun menettelyn standardit eivät muuttuisikaan, ne painottuvat eri tavoin eri punnintatilanteissa.
- *Kohdehenkilön rikostausta*. Kohdehenkilön rikolliselle menneisyydelle voidaan antaa merkitystä, jossa se voidaan kytkeä muihin seikkoihin, jotka tukevat järkevää epäilyä kohdehenkilön käynnissä olevista rikollisista toimista.

Merkityksellistä ei siis ole, onko peitepoliisi (tai poliisin tietolähde) toiminut aktiivisesti vai passiivisesti, vaan ratkaisevaa on se, 1) onko kohdehenkilölle annettu vain tavallinen mahdollisuus rikoksen tekemiseen (kohdehenkilö olisi toiminut samalla tavalla, jos joku muu henkilö olisi tarjonnut vastaavan mahdollisuuden) ja 2) oliko tarvittavia perusteita (*reasonable grounds*) epäillä kohdehenkilön syyllistyvän rikolliseen menettelyyn. Englannissa ei vallitsevan doktriinin mukaan anneta merkitystä niinkään henkilöhistorialle (taipumuksille rikoksiin), mitä voitaneen pitää perusteltuna.⁶⁹⁴ Selvytyden vuoksi todettakoon, että kyse on nimenomaan tavallisen mahdollisuuden *tarjoamisesta* eli poliisimies voi

⁶⁹² Ashworth 2009, s. 225 sekä Ashworth 2002, s. 167–169 ja 172–173. Ashworthin vaatimus järkevästä epäilystä voi koskea henkilön lisäksi myös paikkaa, jossa järkevän epäilyn perusteella harjoitetaan rikollista toimintaa, jolloin toimenpide kohdistuu siellä asioiviin henkilöihin. Ks. tästä Ashworth 2002, s. 170. Ks. myös mainittu MPC § 2.13, jonka 1 b. kohdassa on käytetty ilmaisua ”employing methods of persuasion or inducement that create a substantial risk that such an offense will be committed by persons other than those who are ready to commit it”.

⁶⁹³ Ratkaisun kohdat 25–29.

⁶⁹⁴ Emmerson et al. 2007, s. 607–608. Ks. myös SOU 2010:103, s. 160, jossa on todettu henkilön entisyyden merkityksestä: ”För att det ska vara förenligt med behovs- och proportionalitetsprincipen att på detta sätt rikta en provokativ åtgärd mot en mellanhand torde i regel förutsättas att det mot denne föreligger misstanke om inblandning kopplad till den brottsliga verksamheten eller brottslig verksamhet av ifrågavarande slag, utan att det för den skull behöver bedrivas förundersökning mot personen. Det ska inte vara fråga om ett mer allmänt fiske efter brottsbenägna personer som kan förmedla vidare kontakter, utan det ska finnas goda skäl att tro att åtgärden kan leda till resultat.”

esimerkiksi lähestyä kohdehenkilöä tiedustellakseen, onko tällä huumausaineita tarjolla.⁶⁹⁵

Ashworth on todennut usein viitatus aktiivisuus/passiivisuus-testin itsessään olevan epäselvä ja kiistanalainen, koska poliisioperaatioiden luonne on sellainen, että lähtökohtaisesta passiivisuudesta huolimatta niihin väistämättä sisältyy myös poliisimiesten aktiivisia toimenpiteitä, jotka jollain tavalla edistävät rikollista toimintaa. Testin häilyvyyttä ilmentää Ashworthin mukaan myös Teixeira de Castro -ratkaisussa käytetty ilmaus ”*essentially passive*”.⁶⁹⁶

Pohjoismaisessa oikeuskäytännössä ainakin Ruotsin korkein oikeus on tulkinnut sallitun provokaation rajoja ja oikeutta syyttää provokaation kohdehenkilöä tavalla, joka näyttäisi olevan varsin lähellä tavallisen mahdollisuuden testiä. Se on todennut ratkaisussa 5039-06 (kursivointi tässä):⁶⁹⁷

”Inte heller torde det kunna anses otillåtet att lagföra någon för t.ex. överlåtelse av narkotika även när en infiltrator uppträtt som köpare om *omständigheterna är sådana att säljaren ändå skulle ha överlåtit narkotikan men inte på just det sättet.*”

2.6.1.5 Uudessa poliisin toimivaltuuslainsäädännössä säädettyä

Ennen kuin teemme kokoavia huomioita yllytyksen kiellosta ja sen asemasta toimivaltasääntelyn ja rikosoikeuden kentässä on syytä käsitellä lyhyesti myös muita ”poliisin rikoksenteke-oikeuteen” liittyviä аспектеja. Vaikka tässä painopisteenä onkin yllyttäminen rikokseen, on lähtökohtaisesti selvää, että epäkonventionaalisten pakkokeinojen käytön yhteydessä poliisilla ei myöskään ole oikeutta avunantoon ja osallisuuteen tekijänä.⁶⁹⁸ Kiellettyä on esimerkiksi ”ohjata rikoksenteikijää rangaistavaksi säädetyn teon suorittamisessa”.⁶⁹⁹

Peitepoliisin oikeuden rikosten tekemiseen eli oikeuden osallistua tunnusmerkistönmukaisiin tekoihin erottaa muusta poliisitoiminnasta se, että peitetoinnin osalta näyttäisi ainakin ensi katsomalta olevan kyse *rikollisessa tarkoituksessa* tehtävistä teoista, kun taas oikeudenmukaisessa voimakeinojen käytössä, kotietsinnöissä, telekuuntelussa yms. on kyse rikollisuuden torjumiseksi, rikosten selvittämiseksi tai yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämiseksi teh-

⁶⁹⁵ Ashworth 2009, s. 225.

⁶⁹⁶ Ashworth 2002, s. 165–166. Samoin Loosely-ratkaisun kohdat 2–3.

⁶⁹⁷ Ratkaisun s. 8. Johtopäätöksenä ratkaisun sivulla 9 korkein oikeus toteaa: ”*Det finns inte någon i målet som visar att de tilltalade skulle ha tagit befattning med den stulna tavlan om de inte provocerats till det genom polisens ingripande. ALs, BKs och DKs rätt till en rättvis rättegång måste därför anses ha blivit oåterkalleligen undergrävd som en direkt följd av polisens åtgärder.*”

⁶⁹⁸ HE 34/1999 vp, s. 26.

⁶⁹⁹ HE 34/1999 vp, s. 30. Nykytilan osalta ks. myös HE 224/2010 vp, s. 49.

dyistä teoista. Hallituksen esityksessä 222/2010 vp onkin lähdetty siitä, että ”peitetoimintaa suorittava poliisimies ei saa tehdä rikosta eikä aloitetta rikoksen tekemiseen”. Sanotusta huolimatta esityksessä on kuitenkin päädytty siihen, että peitetoimintaa suorittavalle poliisimiehelle olisi syytä antaa oikeus ”peitetoiminnan tavoitteen saavuttamiseksi tai tiedonhankinnan paljastumisen estämiseksi vähäisten rikkomusluonteisten rikosten” tekemiseen.⁷⁰⁰ Vuonna 2014 voimaan tulevan UPKL 10 luvun 28 §:n mukaan:⁷⁰¹

”Peitetoimintaa suorittava poliisimies ei saa tehdä rikosta eikä aloitetta rikoksen tekemiseen.

Jos peitetoimintaa suorittava poliisimies tekee liikenneriikkomuksen, järjestysrikkomuksen tai muun niihin rinnastettavan rikoksen, josta on säädetty rangaistukseksi rikesakko, hän on rangaistusvastuusta vapaa, jos teko on ollut välttämätön peitetoiminnan tavoitteen saavuttamiseksi tai tiedonhankinnan paljastumisen estämiseksi.”

Aloitteen tekemisellä viitataan hallituksen esityksen 222/2010 vp mukaan sellaiseen aloitteellisuuteen, joka ei ole vielä yllyttämistä.⁷⁰² Kiellon on todettu ”nähtävästi” kattavan myös kelvottomien yritysten tilanteet, jotka edellä selostetuin tavoin on liitetty nimenomaan valvottujen poliisioperaatioiden tilanteisiin.⁷⁰³ 2 momentin sanamuodon on todettu tarkoittavan, että kyseessä on anteeksianto-peruste, eli poliisimies esimerkiksi tehdessään peitetoiminnan tavoitteen saavuttamiseksi tai tiedonhankinnan paljastumisen estämiseksi välttämättömän liikenneriikkomuksen syyllistyy tunnusmerkistön mukaiseen ja oikeudenvastaiseen tekkoon. Tällaiset teot on tutkittava asianmukaisessa prosessissa.⁷⁰⁴ Saman luvun 29 §:n mukaan

”Jos peitetoimintaa suorittava poliisimies osallistuessaan järjestäytyneen rikollisryhmän toimintaan hankkii toimitiloja tai kulku- tai muita sellaisia välineitä, kuljettaa henkilöitä, esineitä tai aineita, hoitaa taloudellisia asioita taikka avustaa rikollisryhmää muilla näihin rinnastettavilla tavoilla, hän on rangaistusvastuusta vapaa, jos erittäin pätevin perustein on voitu olettaa, että:

- 1) toimenpide tehdään ilman hänen myötävaikutustaankin;
- 2) poliisimiehen toiminta ei aiheuta vaaraa tai vahinkoa kenenkään hengelle, terveydelle tai vapaudelle taikka merkittävää vaaraa tai vahinkoa omaisuudelle; ja
- 3) avustaminen edistää merkittävästi peitetoiminnan tavoitteen saavuttamista.

⁷⁰⁰ HE 222/2010 vp, s. 134. Ks. myös HE 224/2010 vp, s. 116–117.

⁷⁰¹ Samoin UPL 5 luvun 29 §.

⁷⁰² HE 222/2010 vp, s. 339. Samoin HE 224/2010 vp, s. 116. Ks. myös Tolvanen – Kukkonen 2011, s. 369.

⁷⁰³ Helminen et al. 2012a, s. 1093.

⁷⁰⁴ Helminen et al. 2012a, s. 1095. Säännös ei rajoita esimerkiksi tieliikennelakiin sisältyviä oikeuksia poiketa liikennesäännöistä, jotka puolestaan poistavat teon *tunnusmerkistön mukaisuuden*. Näitä tekoja ei tarvitse tutkia.

Peitetoimintaa suorittava poliisimies saa osallistua 41 §:ssä tarkoitetun valvotun läpilaskun kohteena olevaan toimitukseen, jos osallistuminen edistää merkittävästi läpilaskun tavoitteen saavuttamista.”

Hallituksen esityksessä on katsottu ehdotetun sääntelyn olevan tällä tavoin määriteltynä riittävän tarkkarajaista ja täsmällistä.⁷⁰⁵ 29 §:n osalta on todettu, että toimiessaan säännöksen sallimissa puitteissa poliisimies on rangaistusvastuusta vapaa, ”vaikka jokin osa hänen menettelystään olisikin täyttänyt rikoksen tunnusmerkit.” Mainitun säännöksen osalta on perusteltua lainata hallituksen esityksen yksityiskohtaisia perusteluja:⁷⁰⁶

”Yleensä poliisin sellainen voimakeinojen käyttö, joka muuten olisi rangaistavaa, on rankaisematonta siksi, että poliisi on lailla oikeutettu tiettyihin muuten lainvastaisiin toimiin, kuten pääsemään kotirauhan suojaamaan tilaan ilman tilan haltijan lupaa tai riistämään joltakulta vapauden. Joissakin säännöksessä kuvatuissa tilanteissa on kysymys pikemmin siitä, että peitepoliisi joutuu tilanteeseen, jossa hänen on vaikea olla menettelemättä tavalla, joka on ainakin jälkikäteen tarkasteltuna rangaistavaa. Tällaisen teon rankaisemattomuutta on perusteltua arvioida anteeksiannettavuuden näkökulmasta. Tämä ratkaisu korostaa sitä, että poliisille ei tällaisessa tilanteessa, jossa poliisi ei toimi avoimesti toimivaltuuksiaan käyttäen, haluta antaa edes muodollisesti rikoksenteko-oikeutta. Poliisin on siis vastuusta vapautuakseen erityisesti huolehdittava siitä, että menettely täyttää säännöksen asettamat edellytykset.”

Voidaan pohtia, mitä maininnalla ”avoimesta toimivaltuuksien käytöstä” on haluttu tarkoittaa. Vakavan ja järjestäytyneen rikollisuuden torjunnassa käytetään paljon erilaisia salaisia tiedonhankintakeinoja, joista kaikista kohdehenkilö ei välttämättä koskaan saa tietoa. Hallituksen esityksen mukaan tällaisten salaisten tiedonhankintakeinojen toteuttamisessa tapahtuvat tunnusmerkistönmukaiset toimet olisivat jotenkin moitittavampia kuin avoimen toimivaltuuksien käytön yhteydessä tapahtuvat tunnusmerkistönmukaiset teot. Katson tässäkin perustelummaksi pitää rajaavana tekijänä sitä, tehdäänkö tunnusmerkistönmukainen teko välittömässä poliisin tehtävien intressissä vai ”luoko se maailmaan uutta rikollisuutta”. Voidaan viitata erotteluun, jonka Neyroud ja Beckley ovat tehneet eettisistä näkökohdista, mutta jolla voi olla merkitystä myös poliisi- ja rikosoikeudellisessa katsannossa. Kirjoittajat ovat erottaneet tilanteet, joissa poliisimies yksittäisessä tapauksessa aiheuttaa rikosprovokaation (taikka käyttää tietolähdetä rikolliseen menettelyyn – *licensing criminal through the use of participating informants*), tilanteista, joissa poliisitoiminta tosiasiaa – tarkoittamatta – johtaa rikollisuuden lisääntymiseen. Edellisen kaltainen menettely voi olla eetti-

⁷⁰⁵ HE 224/2010 vp, s. 180. Ks. myös Helminen et al. 2012a, s. 1096–1099, jossa on selostettu säännöksen soveltamisalaa.

⁷⁰⁶ HE 222/2010 vp, s. 340. Ks. myös HE 224/2010 vp, s. 117–118.

sesti hyväksyttävää erityisesti, jos siihen liittyy yhteisöllisten intressien lisäksi oikeusturvatakeita (*accountability*), kun taas jälkimmäinen on lähes poikkeuksetta eettisesti hylättävää.⁷⁰⁷

Näkisin, että 29 §:n nojalla peitetehtävissä oleva poliisimies voisi esimerkiksi ottaa vastaan rikoksella hankittuja varoja, joka muutoin menettelynä täyttäisi rahanpesu-rikoksen tunnusmerkistön. Poissuljettuna en pidä sitäkään mahdollisuutta, että poliisimies luovuttaisi näin saatuja varoja edelleen eteenpäin, mutta tällöin on toki ensiarvoisen tärkeää huolehtia siitä, että varat eivät häviä. Mikäli riski suurehkon rahamäärän häviämisestä on olemassa, voitaneen väittää poliisimiehen toimenpiteestä aiheutuvan merkittävää vaaraa (tai vahinkoa) omaisuudelle. Varoja edelleen luovutettaessa saatetaan myös helposti olla lähellä kiellettyä rikosprovokaatiota.

Hallituksen esityksestä ei myöskään selviä, miten rangaistusvastuusta vapautuminen sijoittuu rikoksen rakenne -kenttään, mutta ilmeisesti tältäkin osin on kyse syyllisyysarviossa huomioonotettavasta seikasta, vaikka seuraava hallituksen esityksen muotoilu näyttäisi viittaavan rikoksen objektiivisen puolen tekijöihin (kursivointi tässä).⁷⁰⁸

”Momentti ei tarkoittaisi sitä, että kysymyksessä olevia tekoja ei tutkittaisi siten kuin siitä on erikseen säädetty. Vastuuvapaus voisi tulla kysymykseen vain silloin, kun todetaan, että *teko on ollut tarpeen* peitetoiminnan tavoitteen saavuttamiseksi tai tiedonhankinnan paljastumisen estämiseksi.”

Tolvanen ja Kukkonen ovat katsooneet, että sääntelyssä on kyse lähinnä tilanteista, jossa poliisimiehen ”on vaikea olla menettelemättä tavalla, joka ainakin jälkikäteen tarkasteltuna on rangaistavaa”. Kirjoittajien mukaan kyse on *anteeksiantoperusteesta*, jolla halutaan korostaa sitä, ettei poliisille haluta antaa edes muodollista rikosenteko-oikeutta tilanteissa, joissa tämä ei toimi avoimesti toimivaltuuksiaan käyttäen. Poliisimiehen tulee siis erityisen korostetusti huolehtia siitä, että 29 §:n asettamat edellytykset täyttyvät.⁷⁰⁹ Toisaalta hallituksen esityksen mukaan 29 §:n 2 momentin mukainen toiminta saattaa tosiasiassa merkitä osallisuutta huumausainerikokseen, mutta säännös *oikeuttaa* tällaisen menettelyn. Peitepoliisin toiminta ei kuitenkaan saa johtaa siihen, ”että epäilty rikos muuttuu vakavammaksi tai ulottaa vaikutuksensa laajemmaksi kuin muuten tapahtuisi.”⁷¹⁰

⁷⁰⁷ Neyroud – Beckley 2001, s. 129–131.

⁷⁰⁸ HE 224/2010 vp, s. 117.

⁷⁰⁹ Tolvanen – Kukkonen 2011, s. 367–368.

⁷¹⁰ HE 222/2010 vp, s. 342. Ks. myös HE 224/2010 vp, s. 119.

Hallituksen esityksessä 222/2010 vp on myös todettu peitetoimintaan sisältyvän valehtelua, mikä muutoin on virkatoiminnassa kiellettyä. Väärien tietojen antamisella ei hallituksen esityksen mukaan kuitenkaan saa syyllistyä petokseen tai muuhun rikokseen.⁷¹¹ Lisäksi tieliikennelain 48 §:n 5 momentissa on annettu mm. valeosto- tai peitetoimintatehtävissä työskentelevälle poliisimiehelle oikeus ”erityistä varovaisuutta noudattaen” poiketa tieliikennelain säännöksistä (eräitä poikkeuksia lukuun ottamatta).⁷¹²

Valeoston osalta UPKL 10 luvun 34 §:n 3 momentissa todettu seuraavasti:

”Valeosto on toteutettava siten, ettei se saa kohteena olevaa tai muuta henkilöä teemmään rikosta, jota hän ei muuten tekisi.”

Hallituksen esityksen mukaan poliisilla on selonottovelvollisuus siitä, ettei valeoston kohdehenkilö tai esimerkiksi yhteyden muodostamisessa apuna käytettävä sivullinen syyllisty poliisimiehen toiminnan johdosta (uuteen) rikokseen. Huomattavaa on, että yllyttämisproblematiikan lisäksi hallituksen esityksessä ei ole arvioitu poliisimiehen toimintaa yleisten kriminalisointien näkökulmasta.⁷¹³

Oikeuskirjallisuudessa esitetyn mukaan säännöksen asettama selonottovelvollisuus on varsin ankara (”kohteena olevaa tai muuta henkilöä”). On todettu, että tiedonhankinta on ”rajoitettava vain välttämättömiin mittapuihin, jotta valeostolla ei kierretä esimerkiksi peitetoimintavaltuutta”.⁷¹⁴ Selonottovelvollisuuden asettaminen näyttäisi kiristäneen toimivaltasääntelyä siitä, mitä Frände on vuonna 2005 todennut. Hänen mukaansa mikäli henkilö erehtyy sen suhteen, onko valeoston kohdehenkilöllä tavara jo hallussaan ja valeoston seurauksena ko. henkilö hankkii kielletyn tavarahan, puuttuu poliisilta yllytyksen tarkoittama tahallisuus, eikä yllytysvastuu tule kysymykseen.⁷¹⁵ Selonottovelvollisuuden laiminlyönti voi tyypillisesti johtaa vastuuseen vain tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta, mikä rajaa pois myös vastuun huumausainerikoksesta. Selonottovelvollisuuden laiminlyöntiin perustuva vastuu tuottamuksellisesta rikoksesta on mahdollista, jos esimerkiksi hallinnon sisäisten määräysten, ohjeiden tai vakiintuneiden käytäntöjen mukaista huolellisuusvelvoitetta ei ole noudatettu. Tämän lähtökohtaisesti objektiivisen huolellisuusvelvoitteen sisältöä määritettäessä voidaan ainakin jossain määrin ottaa huomioon tekijäkohtaisia seikkoja, kuten esimerkiksi se, toimiiko poliisimies vakiintuneesti juuri huumausainerikollisuuteen liittyvien ilmiöiden parissa (huumausainerikollisuuden torjunnasta puhuttaessa) ja onko hänellä siten paremmat mahdollisuudet (erityistietoja tai -taitoja) tehdä arvioita kohdehenkilöön liittyvistä seikoista. Toisaalta selonottovelvollisuus on tyypillisesti liitetty normatiivisiin seikkoihin eikä niinkään konkreettisiin faktoihin.

⁷¹¹ HE 222/2010 vp, s. 338.

⁷¹² Ks. myös HE 266/2004 vp, s. 40.

⁷¹³ HE 222/2010 vp, s. 345–347. Ks. myös HE 224/2010 vp, s. 123.

⁷¹⁴ Helminen et al. 2012a, s. 1107–1108.

⁷¹⁵ Frände 2005a, s. 297.

Tietolähteiden käyttämisen osalta on hallituksen esityksessä 222/2010 vp erikseen katsottu, että poliisimies saattaa käyttäessään tietolähdettä valeoston suorittamisessa syyllistyä osallisuuteen tietolähteen syyksi luettavaan rikokseen. Hallituksen esityksen sanoin ”se, että tietolähteen välityksellä muodostetaan kontakti valeostajan ja valeoston kohteena olevan välille, voi olla huumausainerikosten tunnusmerkkien laajuuden ja oikeuskirjallisuudessa esitettyjen osallisuusoppien perusteella kiellettyä”.⁷¹⁶ Tässä on katsottu, että poliisimies voi toimia huumausainerikoksen tunnusmerkkien mukaisesti, vaikka esimerkissä mitä ilmeisimmin on kyse rikoksen paljastamiseksi tai selvittämiseksi suoritettavasta toimenpiteestä. Lähtökohtaisesti vastuun rajojen tulisi määrittyä toimivaltasääntelyn ja virkavelvollisuuksien nojalla, minkä lisäksi tahallisuuteen ja tietoisuuteen liittyvillä seikoilla on tässäkin suuri merkitys.

Kuten Leena Mäkipään artikkeli vuodelta 2009 osoittaa, eräät tietolähdetoimintaan liittyvät kysymykset kuvaavat yleisemminkin poliisioikeuden ja poliisin toimivaltasääntelyn sekä toisaalta rikosoikeuden ongelmallista suhdetta. Lähtökohta sekä poliisimiesten sekä poliisin käyttämien tietolähteiden osalta on, että molemmille henkilöryhmille on periaatteessa sallittua kaikki sellainen toiminta, joka on jokaiselle sallittua osana normaalia kansalaistoimintaa. Oikeus tarkkailla muiden tekemisiä ”saattaa muuttua luonteeltaan yksityisyyteen puuttumiseksi, jos normaalin kanssakäymisen kautta saatua tietoa taltioidaan järjestelmällisesti tiettyyn henkilöön kohdistuvassa valvonnassa käytettäväksi”.⁷¹⁷ Kirjoittaja on tietolähteiden sallitun käytön rajoja määrittäessään todennut kielletyksi myös rikosoikeudellisesti yllytykseksi tai avunannoksi määritellyn toiminnan. Toisaalla Mäkipää on artikkelissaan korostanut sitä, että tietolähde ei saa tietoja hankkiakseen tehdä kaikkea, mikä ei ole rikollista. Tältä osin hän on viitannut poliisin toimivaltasääntelyyn, joka rajaa poliisin toimintaa suppeammaksi kuin rikosten ala. Mäkipää on katsonut tietolähteeltä kielletyksi myös poliisille valeostona sallitun todisteprovokaation. Hänen mukaansa todisteprovokaatio edellyttäisi laintasoista säädöstä ollakseen sallittua tietolähteelle.⁷¹⁸

Jo aiemmin mainittujen tarkkailun ja käskytyksen lisäksi valeosto näyttäisi olevan hyvä esimerkki toimivaltuudesta, johon sisältyy rikoslain kieltämiä ja sallimia menettelytapoja. Itse en kuitenkaan näe ongelmaa tilanteissa, joissa poliisi esimerkiksi pyytää tietolähdettä ostamaan auton saadakseen haltuunsa DNA-näytteitä tai kuituja henkirikoksen tutkintaa varten. Poliisin tekemänä kyse olisi ilmeisesti valeostona tehdystä todisteprovokaatiosta. Tietolähteenkään toteuttamana tämäntyyppinen toiminta ei olisi sillä tavoin perusoikeuksia uhkaa-

⁷¹⁶ HE 222/2010 vp, s. 135. Ks. myös HE 224/2010 vp, s. 51, 126 ja 149.

⁷¹⁷ Mäkipää 2009, s. 581.

⁷¹⁸ Mäkipää 2009, s. 589–590 ja 592.

vaa kohdehenkilön oikeusasemaan vaikuttamista kuin esimerkiksi kotietsintä-, telekuuntelu- tai muiden poliisitoimintaa koskevien säännösten kiertäminen tietolähdettä hyödyntämällä, mitä on pidettävä Mäkipään mukaan kiellettyinä. Myönnettäköön, että viimeksi mainitut tilanteet sisältävät vaikeita rajanvetotilanteita, joiden ratkaisemiseen on vaikea saada tukea edes rikoslaista. Viitaten EIT:n Van Vondel -ratkaisuun Mäkipää onkin katsonut rajanvetotilanteissa olennaista olevan se, kenen hallinnassa tapahtumat ovat. Itse pitäisin vielä parempana rajanvedon kriteerinä sitä, tehdäänkö toimenpiteitä yksityisessä vai valtion intressissä.⁷¹⁹

Van Vondel -tapauksessa yksityishenkilö oli nauhoittanut valittajan keskusteluja sinänsä vapaaehtoisesti, mutta ainakin osin poliisin aloitteesta ja poliisin ohjeistuksessa. Nauhoitus oli tehty poliisin tätä tarkoitusta varten luovuttamalla laitteistolla. Yksityiskeskustelun nauhoittaminen osapuolen toimesta ja tämän nauhoituksen käyttäminen yksityistarkoituksiin ei sinällään ollut EIT:n vastaista, mutta ”*the Court considers that the authorities ‘made a crucial contribution to executing the scheme’ and it is not persuaded that it was ultimately Mr R. who was in control of events. To hold otherwise would be tantamount to allowing investigating authorities to evade their responsibilities under the Convention by the use of private agents*”.⁷²⁰

Mäkipää on artikkelissaan arvioinut tietolähteiden käyttöä koskevaa sääntelyä, mutta hänen huomionsa on osuva myös eräiden muiden toimivaltuuksien osalta:⁷²¹

”Kuten edellä on tuotu esiin, tietolähteiden käyttämisen sisältö on jätetty lähes täysin rikoslain yleisten oppien ja rikostunnusmerkistöjen varaan ja käytännössä määräytyväksi. Säännökset ovat avoimia, eikä tietolähteen käyttämisen sisältöä ole mahdollista likimainkaan täydellisesti selvittää myöskään poliisilain tai esitutkinta- ja pakkokeinolain säännöksiä tarkastelemalla. Tästä johtuen poliisille sekä organisaationa että yksittäisinä virkamiehinä on säilytetty paljon valtaa ja vastuuta. Tietolähdetoiminnassa mukana olevien poliisimiesten ja esimiesasemassa olevien harteilla on paitsi ohjeistaa poliisin oma ja tietolähteiden toiminta myös valvoa kaikkea tätä. Sääntelyn vajavaisuuden vuoksi tietolähdetoiminnan valvonnan merkitys korostuu.”

Mäkipää on artikkelinsa lopuksi esittänyt, että laintasoisella säännöksellä tulisi kieltää tietolähteeltä poliisille kuuluvien toimivaltuuksien käyttäminen kaikissa

⁷¹⁹ Mäkipää 2009, s. 590–591.

⁷²⁰ Van Vondel v. the Netherlands -ratkaisun kohta 49.

⁷²¹ Mäkipää 2009, s. 594–595. Ks. myös Mäkipää 2009 s. 596, jossa hän on todennut, että ”[o]sa tietolähteen toiminnan rajoituksista on varmasti rikoslain yleisten oppien mukaisesti riittävän selkeästi tuotu lainsäädännössä esille jo nykyisessä muodossaan. Esimerkiksi yllätyksen ja avunannon kiellot soveltuvat tietolähteiden toimintaan samalla tavalla kuin kenen tahansa kansalaisen toimintaan, eikä niistä ole syytä erikseen säätää.” Tämä on epäilemättä totta tietolähteiden oman toiminnan, mutta ei tietolähteiden käytön osalta.

tilanteissa. Sääntelytarpeen laajempi arviointi ei ole tässä yhteydessä mahdollista, mutta joka tapauksessa on pidettävä mielessä myös se vaihtoehto, että tietolähteille annetaan joitakin hyvin rajattuja esimerkiksi valeostoon liittyviä toimivaltuuksia. Nähdäkseni PL 124 §:stä ei ole johdettavissa ainakaan ehdotonta esettä tällaiselle sääntelylle.⁷²² Korostettakoon vielä, että tietolähteenä toimivien henkilöiden toimintavapauksien rajoittaminen sillä perusteella, että he toimivat poliisin kanssa yhteistyössä, ei ole perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta ongelmatonta.

2.6.1.6 Yhteenvedoa

Hallituksen esityksessä 34/1999 vp arvioitiin myös tarvetta tehdä muutoksia RL 16 luvun rekisterimerkintärikosta ja väärän todistuksen antamista viranomaiselle koskeviin säännöksiin, koska peitetoiminta tyypillisesti johtaa näiden säännösten valossa moitittavaan toimintaan. Hallituksen esityksessä on todettiin yksiselitteisesti, että ”[p]oliisilaissa säädettäisiin oikeudesta valtuuden käyttöön, minkä jälkeen teko ei olisi enää rikoslain 16 luvun kriminalisointien alainen”.⁷²³

Tässä mielestäni piileekin keino tilanteen selkiyttämiseksi – toimivallan mukainen ei ole tunnusmerkistönmukaista. Laillisen menettelyn rajoja määrittävässä lain tulkinnessa lähtökohtana ei tule olla rikoslain, vaan poliisioikeudellisen toimivaltasääntelyn normit, joiden tulkinnessa erityisesti EIT:n ratkaisukäytännöstä, mutta myös perusoikeuden yleisistä rajoitusedellytyksistä kumpuavat vaatimukset tulee ottaa huomioon. Määritettäessä kielletyn rikosprovokaation aluetta rikosoikeus tarjoaa poliisioikeuden käyttöön hyviä työkaluja, mutta epäkonventionaaliin tiedonhankintakeinoihin liitetyn yllyttämisen kiellon ala on viime kädessä poliisi- eikä rikosoikeuden tehtävä.⁷²⁴ Rikos- ja poliisioikeuden suhdetta arvioitaessa on kiinnitettävä huomiota myös siihen, että esimerkiksi huumausainerikosten osalta yllytysten kriminalisoinnissa on kyse yhteiskunnallisia tavoitteita palvelevasta offensiivisesta kriminaalipolitiikasta eikä sen sisältö ole määrittynyt näiden tavoitteiden vastapainona olevien perusoikeuksien kautta – ainakaan yllytetyn henkilön perusoikeuksien. Tämän suuntaisia ajatuksia on mielestäni luettavissa myös Fränden tekstistä, jossa hän arvioi vuonna 2001 voimaan tulleen sääntelyn suhdetta korkeimman oikeuden ratkaisussaan esittämiin näkemyksiin.⁷²⁵

⁷²² Ks. Mäkipää 2009, s. 596.

⁷²³ HE 34/1999 vp, s. 28.

⁷²⁴ Samoin Axberger 2002, s. 68–69. Axberger on nähnyt poliisioikeudellisen rikosprovokaation olevan *lex specialis* -asemassa suhteessa rikoslain yleisiin osallisuusoppeihin.

⁷²⁵ Frände 2001, s. 526.

”Ainoa kohtuullinen tulkinta onkin se, että PoliisiL 31 b §:n katsotaan tehneen tässä käsittelystä rikosprovokaatiosta sallitun poliisitutkimamenetelmän ja näin siitä riippumatta, mihin perustuu rangaistusvastuusta vapautuminen (yllyttäjän tahallisuuden puuttumiseen tai keltvottomaan yritykseen). Muussa tapauksessa uudistus on tässä suhteessa pelkälle lentohiekalle rakentamista ja vaaditaan lainmuutos tai uusi prejudi-kaatti.”

EIT:n määrittämä ihmisoikeuksien vähimmäistaso ei rikosprovokaation osalta edellytä sellaista tulkintaa, mikä Suomessa näyttäisi erityisesti rikosoikeudellissessa katsannossa olevan vallalla. Suomessa syyllistytään kiellettyyn rikosprovokaatioon, jos poliisitoiminta on esimerkiksi huumausainerikokseen syyllistymisen *riittävä edellytys*, kun taas EIT näyttäisi edellyttävän, että ollakseen kiellettyä rikosprovokaatiota poliisitoiminnan tulee olla rikollisen toiminnan *välttämätön edellytys*. Näin ymmärrettynä edellä selostettu *tavallisen mahdollisuuden testi* yhdistettynä toimenpiteen kynnykseen ja muihin prosessuaalisiin takeisiin kohdistuviin vaatimuksiin täyttää ihmisoikeusvaatimukset. Näiden peilikuvana määrittävä yllätyksen tai oikeammin rikosprovokaation kiellon rajan voidaan katsoa sedimentoituneen ainakin oikeuskulttuurin tasolle siten, ettei sitä kansallisessa sääntelyssä voida ylittää. Tätä pidemmälle menevät rajoitukset ovat lähökohtaisesti oikeuden pintatason ilmiöitä.

Onkin täysin mahdollista, että rikosprovokaation kieltoa tulkitaan laajemmin kuin EIT on tehnyt, mutta tällöin teleologisten tavoiteargumenttien painoarvo on merkittävästi suurempi verrattuna tilanteeseen, jossa ko. argumentit uhkaavat perus- ja ihmisoikeuksien minimisuoja – alexylaisittain sanottuna lailliset argumentit eivät enää rajaa optimointia. Kyse on viime kädessä Jonkan rikosprosessin keskeisiksi optimointikäskyiksi nimeämien *rikosvastuun toteuttamisvaatimuksen* ja *oikeusturvavaatimuksen* välisestä punninnasta.⁷²⁶

Yleisesti ottaen EIT:n ratkaisukäytäntö tarjoaa rikosoikeutta parempia työvälineitä rikosprovokaation rajojen määrittämiseen, minkä lisäksi voidaan myös suosittelaa palaamista kansallisen valeostosääntelyn alkulähteille. Hallituksen esityksessä 34/1999 vp on ensinnäkin nimenomaisesti todettu, että esimerkiksi valeosto on sellaisenaan laillinen virkatoimi ja huumausaineiden hallussapito tässä yhteydessä on laillinen virkatoimi.⁷²⁷ Hallituksen esityksestä 34/1999 vp on myös löydetävissä joitakin alustavia hahmotuksia julkisoikeudellisesti määritellylle yllyttämisen kiellolle. Esimerkki liittyy erityisen mielenkiintoiseen kysymykseen siitä, voiko huumausaineen salakuljetus Suomeen olla laillista valeostoa. Hallituksen esityksen mukaan huumausaine-erän maahantuontiin johtava

⁷²⁶ Jonkka 1991, s. 184–186.

⁷²⁷ HE 34/1999 vp, s. 21.

valeosto ei ole sallittua, jos valeosto käsittäisi yllytyksen uuteen rangaistavaan tekoon. Valeostolle ei kuitenkaan olisi estettä, jos huumausaineen hallussapito on rangaistavaa siinä valtiossa, jossa huumausaine on ennen maahantuontia. Ennen kuin kohdehenkilö ottaa huumausaineen haltuunsa tai se osoitetaan hänelle Suomeen kuljetettavaksi, on mahdollista, ettei huumausainerikoksen tunnusmerkistö edes täyty Suomen alueella.⁷²⁸

Lähtökohtaisesti on selvää, että valeosto oli tarkoitettu käyttökelpoiseksi ja ainakin jossain määrin tehokkaaksi tiedonhankintakeinoksi. Tässä yhteydessä on syytä viitata Jokelaan, joka kiinnittäen huomiota myös perus- ja ihmisoikeusnäkökohtiin ja niistä johdettaviin tarkkarajaisuus- ja täsmällisyysvaatimuksiin, turvallisuusnäkökohtiin sekä rikoksesta epäiltyjen ja muiden asianosaisten oikeusturvaan, on todennut:⁷²⁹

”Lainmuutosten *tavoitteena* oli antaa poliisille aikaisempaa paremmat keinot vakavan ja järjestäytyneen rikollisuuden vastustamiseen ja mahdollisuus toiminnallisesti tärkeimmän poliisitaktiikan ja -tekniikan salassa pitämiseen. Yleisesti ottaen nämä tavoitteet ja niiden toteuttamiseksi säädetyt uudet rikostorjunta- ja rikostutkimusmenetelmät ovat oikeita ja nykyoloissa tarpeellisia erityisesti kasvavan huumausainerikollisuuden vastustamiseksi. Perus- ja ihmisoikeuksien tarkoituksena ei ole turvata rikollisen toiminnan edellytyksiä, vaan valtiovallan velvollisuus on päinvastoin suojata ihmisiä näiltä rikollisilta.”

Kysymys on kuitenkin myös muiden luonteeltaan rikosprosessuaalisten oikeusturvatakeiden merkityksestä määritettäessä poliisioikeudellisesti ja perusoikeuksien näkökulmasta hyväksyttävän poliisitoiminnan rajoja. Ruotsissa vuonna 2010 julkaistussa laajassa poliisin erityisiä tiedonhankintakeinoja koskevassa selvityksessä ei niinkään operoida yllytyksen kiellon tai rikosprovokaation käsitteillä, vaan korostetaan vahvan rikosepäilyn sekä tarpeellisuus- ja suhteellisuusperiaatteiden merkitystä päätettäessä toimista, joihin voi sisältyä rikosprovokaatio.⁷³⁰ Johtopäätöksenä on esitetty, että rikokseen yllyttäminen ei ylipäättään ole kaikissa tapauksissa kiellettyä, mutta yllytystapauksissa yllytetystä rikoksesta ei tule syyttää. Oikeusturvan näkökulmasta hallinnollinen toimivaltasääntely ja rikosprosessuaaliset säännökset muodostavat siis yhtenäisen kokonaisuuden:⁷³¹

⁷²⁸ HE 34/1999 vp, s. 34. Ks. myös Isoa-Britanniaa koskeva Shahzad-päätös, jossa toimikunta nimienomaisesti totesi, että rikosprovokaatiota ei ollut tapahtunut, vaikka ”*undercover agents gave the applicant the opportunity to attempt to commit the crime of importing heroin into the United Kingdom and that the particular importation would not have taken place when and how it did without the assistance of undercover agents*”.

⁷²⁹ Jokela 2008, s. 203.

⁷³⁰ SOU 2010:130, s. 158–164. Ks. myös esimerkki sivulla 160.

⁷³¹ SOU 2010:103, s. 148.

”Behovet av att använda provokativa åtgärder omfattar i viss utsträckning även situationer i vilka den provocerade förmås att begå nya brott. Tillåtligheten av provokativa åtgärder bör därför inte knytas till huruvida ett brott provoceras fram eller inte. En förutsättning för att det ska vara godtagbart att genom provokativa åtgärder förmå någon att begå brott är att det framprovocerade brottet inte lagförs.”

Samansuuntaisesti asiaa oli jo aiemmin linjannut Ruotsin korkein oikeus, joka EIT:n ratkaisukäytäntöön viitaten totesi:⁷³²

”En annan slutsats man kan dra av Europadomstolens praxis är att domstolen gör en klar åtskillnad mellan tillåtligheten av provokationen som sådan och möjligheten att lagföra den provocerade. Europadomstolen synes i och för sig acceptera relativt långtgående provokationer så länge staten inte ingriper straffprocessuellt mot de personer som begått de gärningar som provocerats fram.”

Virkamiesten vastuu rajautuu vastaavasti. Virkamies on vastuusta vapaa toimiesiään sääntelyn – asetetun huolellisuusvelvoitteen – mukaisesti, vaikka se johtaisikin rikosprovokaatioon. Ylittäessään sääntelyn rajat virkamieheen saattaa kohdistua rikosvastuu, joka on ensisijaisesti luonteeltaan ainoastaan virkarikosvastuuta. Mitä tulee vastuuseen ns. yleisestä rikoksesta, on todettu, että ”*bör emellertid medverkansansvar kunna aktualiseras endast i fall där det är uppenbart att den provokativa åtgärden inte omfattas av regleringen. I första hand aktualiseras således ansvar för tjänstefel enligt 20 kap. 1 § BrB.*”⁷³³

Mikäli omaksutaan lähestymistapa, joka Ruotsissa ja varsin pitkälti myös EIT:ssä on omaksuttu, on sääntötyyppisen rikosprovokaation kiellon rajan määrittäminen epäolennaista ainakin poliisitoimivaltuuksien näkökulmasta. Rikosprovokaation kielto ei mitenkään tyhjentävästi määrittele toimivallan sisältöä eikä toisaalta rikosprovokaation tapahtumisesta voida tehdä suoria päätelmiä virkavelvollisuuksien rikkomisesta. Mainituissa suhteissa ratkaisevaa on määrittää rikosprovokaatiota koskeva sallitun riskin alue ja vastaavasti virkavastuun osalta arvioida, onko näin määrittyvää huolellisuusvelvoitetta rikottu.

Poliisioikeudellisessa *ex ante* arviossa *riski*⁷³⁴ rikosprovokaation tapahtumisesta toimii yhtenä punnittavana periaatteena rikostorjunnallisten tavoitteiden ja oikeusturvavaatimusten ohessa päätettäessä toimivallan käytöstä. Rikostorjunnallisten intressien ollessa painavia voidaan myös ottaa suurempia riskejä rikosprovokaation tapahtumisesta. Tämän punninnan tuloksena määrittyy poliisin provokatiivisen toiminnan sallittu riski kussakin tapauksessa. Tästä punninnasta

⁷³² HD 5039-06, s. 7–8. Tässä yhteydessä ei valitettavasti voida laajemmin arvioida, miten syyttämättäjättäminen näissä tapauksissa tulisi asiallisesti perustella.

⁷³³ SOU 2010:130, s. 168–169. Ks. myös Axberger 2002, s. 77.

⁷³⁴ Käytän tässä riskin käsitettä mahdollisuuden synonyyminä.

on erotettava tuomioistuimen arvio siitä, mikä merkitys rikosprosessissa annetaan sille, että esimerkiksi tavallisen mahdollisuuden testin avulla määritetyt kielletyn rikosprovokaation rajat on ylitetty.

Oman ryhmänsä muodostaa niiden tapausten arviointi, jossa poliisimiehen osallistuminen valeostajana huumausainekauppaan jo sellaisenaan vaikuttaa siihen, miten kauppa käytännössä toteutetaan. Esimerkkinä voidaan kuvata tilanne, jossa huumausainetta hallussaan pitävä henkilö ilmoittaa valeostajapoliisimiehelle haluavansa myydä tälle huumausainetta, mihin myyntitarjoukseen poliisimies kaikkia laillisen prosessin muotoja noudattaen vastaa myöntävästi. Huumausaineen luovuttaminen sovitaan tapahtuvaksi huoltoasemalla X, mutta yllättävän esteen vuoksi huumausaineiden myyjä ei pääsekään itse luovuttamaan huumausainetta valeostajalle, vaan lähettää huumausainetta viemään kaverinsa K:n. Jätän jatkotutkimuksen asiaksi selvittää, vaikuttaako K:n rikosoikeudelliseen vastuuseen se, että päätös toteuttaa kauppa tavalla, jolla hän tuli vedetyksi mukaan huumausainerikollisuuteen, oli ainakin osin riippuvainen virkatoimista. Epäselvää on myös, voiko asiassa olla tapahtunut rikosprovokaatio, vaikka teonhetkisessä katsannossa tällainen ei ollut millään muotoa kenenkään osallisen näköpiirissä eikä kyse ylipäätään ollut mistään poliisimiehen vaikutuspiirissä olevasta seikasta.⁷³⁵

Mitä tulee rikosprovokaation todennäköisyyden ylärajaan, olen taipuvainen pitämään tässäkin suhteessa ratkaisevana varsin todennäköinen -kynnystä. Jos teon hetkisessä arvioissa on vähintään varsin todennäköistä, että kohdehenkilö syyllistyy poliisin toimien johdosta rikokseen, johon tämä ei muutoin ryhtyisi (provokaatio rikoksen välttämättömänä edellytyksenä), toimenpiteeseen ei tule ryhtyä. On kuitenkin huomattava, että rikosprovokaation ja rikosoikeudellisen yllytyksen määrittäessä eri tavoin ei mainitun todennäköisyyden rajan ylittäminen ole suoraan kytköksissä huumausainerikokseen yllyttämisen edellyttämään tahallisuuteen.⁷³⁶

Kuvattuun punnintaan voidaan myös kytkeä velvollisuus ottaa selvää siitä, mitä kuuluu virkavelvollisuuksien ja huolellisuusvelvoitteen piiriin (eli mitä seikkoja huolellisesti toimittaessa tulee ottaa huomioon), sekä siitä, mitä sisältöä relevanteille normatiivisille käsitteille on tyypillisesti annettu. Sitä vastoin selo-

⁷³⁵ Tämän tyyppisestä tilanteesta ks. myös Axberger 2002, s. 70–71.

⁷³⁶ Esittämäni *varsin todennäköinen* -kynnyksen ylittäminen voinee lähtökohtaisesti perustaa vastuun tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta. Tahallisuuden raja ylittyy viimeistään, jos rikosprovokaation tapahtumista poliisitoimenpiteen seurauksena pidetään varmana. Tahallisuuden osalta voidaan viitata myös korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2006:11 (ratkaisun kohta 12), jossa juuri tahallisuuden näyttämisen osalta todettiin, että vastaajien ”on täytynyt tällöin tietää, että verotarkastuskertomus verotusesityksineen johtaisi X:n verottamiseen, kuten on tapahtunutkin”. Kyse oli ulkomaan viranomaisen rikosasian oikeusapuna antamien pankkitilitietojen käyttämisestä verotuksessa vastoin oikeusapua annettaessa asetettua ehtoa. Ks. ratkaisusta myös Määttä 2008, s. 382.

nottovelvollisuutta ei ole perusteltua laajentaa tapauksen tosiseikkoihin ja olosuhteisiin.⁷³⁷ Toimivallan käytön edellytyksiin liittyvän selonottovelvollisuuden asettaminen saattaisi laajemmin sovellettuna johtaa näkemyksiin, että esimerkiksi henkilön kiinniotto ei olisi sallittua ennen kuin on tehty määrättyjä lisäselvityksiä, vaikka syytä epäillä -kynnys käsillä olevan tiedon perusteella ylittyisi. Arkikielellä sanottuna tiedonnälkkää pyritään tyydyttämään tiedonhankinta- ja pakkokeinoilla eikä tiedonnälkkää tyydytetä sitä varten, että näitä keinoja voitaisiin käyttää. Huomioon on myös otettava se, että esimerkiksi valeostoa käytetään viimesijaisena keinona poliisioperaatioissa, joissa tietoa on jo pyritty hankimaan laajalti muilla keinoin. Tähän asetelmaan ajatus velvollisuudesta varmistua siitä, että rikosprovokaatiota ei pääse tapahtumaan, ei erityisen hyvin istu.

Yksityishenkilöiden hyödyntämisestä valeoston toteuttamisessa on todettava, että ensisijaisesti siitä tulisi selkeästi säädellä laissa. Perus- ja ihmisoikeuksista ei nähdäkseni voida johtaa ehdotonta kieltoa antaa siviilihenkilöille joitakin toimivaltatyyppejä oikeuksia valeostoihin liittyen, jos valtuudet ovat ajallisesti sekä paikallisesti rajattuja ja tapahtuvat poliisin välittömässä valvonnassa. Tällaista laajennusta ei todennäköisesti voida konkreettisesti kytkeä yksittäisten perusoikeuksien suojaamiseen, jolloin ratkaisevaksi muodostuu se, onko tällaisen sääntelyn tueksi esitettävissä riittävän painava yhteiskunnallinen intressi.

Aivan yksiselitteistä tällaisen sääntelyn hyväksyttävyyttä perustuslain näkökulmasta ei kuitenkaan ole. Esimerkiksi yksityiselämän suojan osaksi katsottavan kotirauhan osalta on todettu, että *itsenäistä* toimivaltaa kotirauhan piiriin ulottuviin toimiin ei PL 124 §:n vaikutuksesta ole voitu katsoa annettavan suoritettavaksi viranomaiskoneiston ulkopuolisille.⁷³⁸ Ratkaisevaa näyttäisi olevan se, mikä merkitys annetaan sille, että kyse on poliisin avustamisesta, kuten PolL 27 §:n 3 momentin⁷³⁹ mukaisessa voimakeinojen käytössä, eikä itsenäisestä toimivaltuudesta.

Toivottavasti olen edellä kerrotulla pystynyt osoittamaan ainakin sen, että epäkonventionaalisten tiedonhankintakeinojen käyttöä kiistatta rajoittava yllyttäminen kielto on sisällöltään varsin epämääräinen. Tätä ei voida pitää tyydyttävänä

⁷³⁷ Poikkean tässä siis siitä, mitä hallituksen esityksissä HE 222/2010 vp ja HE 224/2010 vp on lausuttu.

⁷³⁸ Keravuori-Rusanen 2008, s. 347. Mikäli sivullisella henkilöllä on merkittävää rikostaustaa, saattaa myös hänen henkilökohtaisilla ominaisuuksillaan olla merkitystä julkisten tehtävien hoitamisen kannalta. Henkilökohtaisten ominaisuuksien merkityksestä ks. Keravuori-Rusanen 2008, s. 395–396.

⁷³⁹ 3 momentti kuuluu seuraavasti: ”Sillä, joka poliisimiehen pyynnöstä tai tämän suostumuksella tilapäisesti avustaa poliisimiestä tilanteessa, jossa on välttämätöntä turvautua sivullisen voimakeinoapuun erittäin tärkeän ja kiireellisen poliisin virkatehtävän suorittamisessa, on oikeus poliisimiehen ohjauksessa sellaisten välttämättömien voimakeinojen käyttämiseen, joihin poliisimies toimivaltansa nojalla hänet valtuuttaa.”

asiointilana, kun otetaan huomioon sekä toimenpiteiden kohdehenkilöiden, tietolähteiden ja muiden ”sivullisten” sekä poliisimiesten oikeusturva. Ongelmaa pahentaa entisestään se, että epäkonventionaalisia pakkokeinoja käytetään tyyppillisesti huumausainerikollisuuden torjunnassa, minkä seurauksena esimerkiksi yllyttämisestä langetettavat rangaistukset voivat ainakin teoriassa olla huomattavan ankaria. Ehkä jonkinlaisena epäkonventionaalisten tiedonhankintakeinojen käytön yleisenä standardina voidaan kaikessa yksinkertaisuudessaan pitää vaatimusta, että poliisin ei tulisi omalla toiminnallaan luoda uusia rikoksia tai oikeammin ottaa perusteettomia riskejä, että näin tapahtuisi. Tällaista lähestymistapaa voidaan pitää sekä voimassa olevan poliisilain että uuden poliisilain ensimmäisessä pykälässä annetun rikosten ennaltaestämistehtävän mukaisena.

IV

IHMIS- JA PERUSOIKEUDET POLIISIN VOIMANKÄYTÖN KONTEKSTISSA

1 Erityisesti kansainvälisistä oikeuslähteistä

Kansainvälinen ulottuvuus tuo oikeuslähteoppiin ja sääntö–periaate-keskusteluun omat erityispiirteensä. Kansainvälisen velvoittautumisen vaikutus on niin vahva, että PL 22 §:n tuella tuomioistuimilla on katsottu olevan oikeus *sivuuttaa myöhempi eduskuntalaki* ihmisoikeussopimusten hyväksi sekä oikeus hyödyntää laintulkinnassa ja -soveltamisessa kansainvälisiä ihmisoikeusasiakirjoja, jotka on saatettu voimaan vain asetuksella tai joita ei ole lainkaan saatettu valtion sisäisesti voimaan.¹ Mahdollisuutta sivuuttaa myöhempi eduskuntalaki ihmisoikeussopimuksen hyväksi on perusteltu myös PL 106 §:llä, jonka nojalla säädettyjen edellytysten täytyessä lainsäädännös voidaan sivuuttaa sen ollessa ristiriidassa perustuslain kanssa. Muun muassa korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2012:11 viitaten on katsottu, että monien perusoikeuksien sisältö määrittyy niin olennaisilta osin EIS:n kautta, että tällainen sinänsä *lex posterior* -säännön vastainen menettely on mahdollista.²

Huomattakoon, että PL 22 §:stä ei kuitenkaan voida johtaa velvoitetta tai oikeutta antaa perustuslain säännöksille yleisesti tai kansainvälisille velvoitteille yleensä etusija tavalliseen lakiin nähden. Kyseessä oleva säännös koskee vain perus- ja ihmisoikeuksia. PL 106 § voi luonnollisesti oikeuttaa etusijan antamisen perustuslaille jossain yksittäistapauksissa.³ Yleisesti ottaen *lain käyttäjän* motiivina ihmisoikeuksien osalta ei voi olla niinkään *lex posterior*- tai *lex superior* -sääntöjen noudattaminen, vaan siitä huolehtiminen, että valtio täyttää vel-

¹ Ojanen – Scheinin 2011a, s. 191. Ks. myös Scheinin 1993, s. 54. Oikeuskäytännössä on katsottu vakiintuneen tavan, jonka mukaan ihmisoikeussopimukselle annetaan *etusija aikaisempaan lainsäädäntöön verrattuna*. Tämähän on sinänsä *lex posterior* -säännön mukaista tulkintaa. Ks. tästä Pellonpää et al. 2012, s. 69. On myös syytä huomata, että erityislakien etusijaan viittaava *lex specialis* -sääntö sivuuttaa *lex posterior* -säännön. Aikaisempi ”tietynlaista erityistilannetta nimenomaisesti ja selvästi tarkoittava säännös” sivuuttaa ”myöhemmän, mutta kattavuudeltaan ja sanalliselta ilmaisultaan yleisluontoisen säännöksen”. Ks. tästä esim. Jyräniemi – Husa 2012, s. 93–94.

² Pellonpää et al. 2012, s. 76–77. Ratkaisussa KKO 2012:11 PL 10 §:n sisältöä määritettiin EIS 8 artiklan ja sitä koskevan oikeuskäytännön avulla, jonka jälkeen todettiin PL 10 §:n ja isyyslain voimaannpanosta annetun lain 7 §:n 2 momentin välinen ristiriita ja viimeksi mainittu jätettiin PL 106 §:n nojalla soveltamatta. Ks. myös Lavapuron (Lavapuro 2012, s. 145) kommentit ratkaisusta ja sen merkityksestä ihmis- ja perusoikeusnormien aseman vakiinnuttajana.

³ Ojanen 2011, s. 446.

voitteensa. Valinnan sijasta tulisikin pyrkiä mahdollisimman pitkälle tulkinnalliseen harmonisointiin⁴, kuten ilmeisesti käytännössä onkin tapahtunut.⁵

Perustuslaintarkistamiskomitean arvioitavana oli tarve poistaa PL 106 §:stä ilmeisyystvaatus. Tällaista muutosta oli esitetty mm. sillä perusteella, että tuomioistuimet ovat velvollisia jättämään soveltamatta kansainvälisten ihmisoikeusnormien kanssa ristiriitaisia kansallisia normeja yksittäisessä tulkintatilanteessa riippumatta siitä, kuinka ilmeinen ristiriita on. Tämän ajattelun johtopäätöksenä ”[o]ikeusjärjestyksen sisäinen yhdenmukaisuus puoltaisi ilmeisyystvaatuksen poistamista”. Komitea ei kuitenkaan nähnyt tarvetta ilmeisyystvaatuksen poistamiselle PL 106 §:stä, koska ”soveltamistapauksia on tuomioistuimissa toistaiseksi ollut vähän, ja säännöksen tulkintakäytäntö on vasta muotoutumassa”.⁶

Toki saattaa myös syntyä tilanteita, joissa tuomioistuimen on sovellettava kansainvälisen sopimuksen kanssa ristiriidassa olevaa tavallista lakia. Esimerkiksi kansainvälisiin sopimuksiin perustuvien rangaistussäännösten kohdalla saattaa rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vaikutuksesta käydä näin, jos kansainvälistä velvoitetta ei ole sen edellyttämällä tavalla saatettu kansallisesti voimaan. Kyse on tällöin kansainvälisoikeudellisesta sopimusrikkomuksesta.⁷ Blanketti-asetuksin voimaan saatettuihin valtiosopimuksiin sisältyvien määräysten soveltaminen analogisesti *syytetyn vahingoksi* yli sen, mitä kansallisen lain rikossäännöksessä todetaan, ei siis ole mahdollista. Toisaalta myöskään sopimusmääräykseen tukeutuva analogia *syytetyn eduksi* ei välttämättä ole mahdollista, jos kansainväliset sopimukset pyrkivät ainoastaan asettamaan vähimmäistason kriminalisoinneille.⁸

Koska kansainvälisoikeudellisista velvoitteista ei voida poiketa perustuslaillakaan, voidaan niitä perustellusti pitää merkittävimpinä rajoituksina kansallisen perustuslain *säätäjälle*. Valtio voi toki määrätyin menettelyin erota kansainvälisoikeudellisista velvoitteistaan, ellei kyse ole *pakottavasta* kansainvälisestä oikeudesta (*ius cogens*).⁹ *Ius cogensin* piiristä ei ole täsmällistä käsitystä, mutta

⁴ Jukka Viljanen 1998, s. 267–268, Scheinin 1991, s. 46–48 ja 193–195, Rosas 1993, s. 20, Scheinin 1993, s. 52–54, Nieminen 2004, s. 240–241 ja Pellonpää et al. 2012, s. 64. Samansuuntaisesti jo PeVL 2/1990 vp, s. 2. Ulkomaisesta kirjallisuudesta ks. myös Jareborg 2001, s. 120–121 ja Danelius 2007, s. 33–34.

⁵ Ojanen – Scheinin 2011a, s. 182–183

⁶ KM 9/2010, s. 126–128.

⁷ Ks. Sahavirta 2008, s. 72.

⁸ Ks. Sahavirran 2008 esimerkki s. 75. Ks. myös Lahti 2001, s. 725. Lahti on katsonut ns. kaksoisrangaistavuuden vaatimuksen edellyttävän kansallisten rikoslakien harmonisointia tai ainakin lähentämistä. Hän on katsonut, että esimerkiksi merkittävät eroavaisuudet vastuuoissa (esimerkiksi anteeksiantoperusteet) voivat vaikeuttaa kansainvälistä yhteistyötä.

⁹ Jyränki 2003, s. 255. Ks. myös Scheinin 1991, s. 21, Rosas 1993, s. 24–25 ja Jyränki – Husa 2012, s. 99. Valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen 53 artiklan (Yleisen kan-

siihen on katsottu kuuluvan ainakin räikeimmät ihmisoikeusloukkaukset¹⁰, kuten kidutuksen ja syrjinnän kiellon vastainen menettely, sekä yleinen oikeus elämään¹¹ ja itsemääräämisoikeus.¹²

1.1 KANSAINVÄLISTEN IHMISOIKEUSSOPIMUSTEN ASEMASTA SUOMEN OIKEUDESSA

Suomessa noudatetaan lähtökohtaisesti dualistista käsitystä valtion sisäisiä asioita sääntelevän kansallisen oikeuden ja valtioiden välisiä suhteita sääntelevän kansainvälisen oikeuden suhteesta. Dualistisen käsityksen mukaan nämä kaksi muodostavat kumpikin oman, toisistaan erillisen oikeusjärjestyksensä, jotka toimiessaan eri ulottuvuuksissa eivät ole koskaan ristiriidassa keskenään. Oikeusjärjestysten katsotaan myös olevan rinnakkaisia siten, että kansainvälinen oikeusjärjestys ei ole kansallisen yläpuolella.¹³ Keskeiset kansainväliset ihmisoikeussopimukset on dualistisen käsityksen edellyttämällä tavalla liitetty Suomen kansalliseen oikeusjärjestykseen ja niille on annettu merkitystä sekä perusoikeuksien luetteloinnissa että yksittäisten perusoikeuksien tulkinnassakin.¹⁴ Yh-

sainvälisen oikeuden ehdottoman normin (*jus cogens*) kanssa ristiriidassa olevat valtiosopimukset mukaan: ”Valtiosopimus on mitätön, jos se sen tekemisen aikana on ristiriidassa yleisen kansainvälisen oikeuden ehdottoman normin kanssa. Tässä yleissopimuksessa tarkoitetaan yleisen kansainvälisen oikeuden ehdottomalla normilla kansainvälisen valtioyhteisön kokonaisuudessaan hyväksymää ja tunnustamaa normia, josta poikkeaminen ei ole sallittu ja jota voidaan muuttaa vain myöhemmällä samanluonteisella yleisen kansainvälisen oikeuden normilla.” Vincentin mukaan *ius cogensissa* on kyse kansalaisyhteiskunnan politiikan minimiehdoista, joiden loukkaaminen on viime kädessä loukkaus ihmisyyttä vastaan. Ks. tästä Vincent 2012, s. 79–80.

¹⁰ Jyränki 2003, s. 329 ja 342. Ks. myös Jukka Viljanen 2003, s. 108–109.

¹¹ De Rover 1998, s. 54. Ks. myös Nowak 2005, s. 121–122 ja 157–158.

¹² Nowak 2005, s. 8.

¹³ Jyränki 2000, s. 73–74 ja Jyränki – Husa 2012, s. 98–99. Ks. myös Saraviita 2005a s. 37. Ks. myös Nieminen 2004, s. 239–240, joka on todennut monismiin liittyvän ajatuksen perusnormista (*Grundnorm*), johon kansainvälinen oikeus perustaa voimassaolonsa. Kansalliset oikeusjärjestykset puolestaan juontavat voimassaolonsa kansainvälisestä oikeudesta. Näin muodostuu yksi yhtenäinen oikeusjärjestys. Dualistisessa mallissa sekä kansainvälisellä että kansallisella oikeusjärjestyksellä on oma perusnorminsa, josta voimassaolo johdetaan.

¹⁴ Jyränki 2000, s. 74–75. KP-sopimuksen voimaansaattamisen osalta ks. erityisesti laki kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä (107/1976 ja SopS 7/1976), asetus kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen sekä siihen liittyvän valinnaisen pöytäkirjan voimaansaattamisesta (108/1976 ja SopS 8/1976) ja EIS:n osalta laki ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä (438/1990 ja SopS 18/1990) sekä asetus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen voimaansaattamisesta

teys on tältä osin niin kiinteä, että oikeuskirjallisuudessa on katsottu keskeisten ihmisoikeussopimusten olevan aineellisessa mielessä osa Suomen valtiosääntöä.¹⁵

Suomen dualistisena pidetyn järjestelmän voidaan todeta tosiasiallisesti olevan hyvin lähellä monismia, koska kansainväliset velvoitteet tyypillisesti saataan voimaan ja osaksi kansallista oikeusjärjestystä blankettisäädöksin.¹⁶ Menetelmä, jota on kutsuttu myös inkorporaatioksi tai sisällyttämiseksi, on yleisin Suomessa käytetty menetelmä kansainvälisten sopimusten voimaansaattamiseksi. Jonkin verran on myös käytetty referenssi- eli viittaus -tekniikkaa, jolloin laissa tyypillisesti todetaan selkeästi valtiosopimuksen etusija.¹⁷

Scheinin on katsonut, että esimerkiksi KP-sopimuksen 2.1 artiklaan ja EIS 1 artiklaan sisältyvät velvoitteet taata tai turvata ihmisoikeuksia saattavat jopa edellyttää monismia tai inkorporaatiotekniikan käyttämistä, koska muunlaiset kansallisen voimaansaattamisen ratkaisut edellyttäisivät monimutkaisia säädösteknisiä ratkaisuja ja osaltaan edesauttaisivat ristiriitatilanteiden syntymistä kansainvälisen velvoitteen ja kansallisen oikeuden välille.¹⁸ Toisaalta joissakin tilanteissa blankettimallin käyttäminen on jo lähtökohtaisesti havaittavissa huonoksi vaihtoehdoksi, jos kansainvälisten sopimusten sopimusmääräykset ovat sillä tavoin kirjoitetut, että niitä ei voida vaikeuksitta soveltaa esimerkiksi tuomioistuimissa.¹⁹ Useimmiten sopimusmääräyksen kirjoittamistavan merkitys voidaan arvioida vasta konkreettisessa lainkäyttötilanteessa, jossa sovellettavat muut säädökset ja niistä johdettavat normifragmentit vaikuttavat sopimusmääräyksen tulkintaan.²⁰

sekä yleissopimuksen ja lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä annetun lain voimaantulosta (439/1990 ja SopS 19/1990).

¹⁵ Jyränki 2000, s. 75.

¹⁶ Saraviita 2011, s. 786 ja 851 ja Jyränki 2003, s. 326. Jyränki puhuu lievennetystä dualismista. Ks. myös Eriksson – Scheinin 1988, s. 114–115, Rosas 1993, s. 17, Scheinin 1993, s. 44–45, Saraviita 2005a, s. 83 ja Ojanen – Scheinin 2011a, s. 179–181. Dualismin ja monismin rajan hälventymisestä ja muodollisen kansallisen voimaansaattamisen merkityksestä yleisemmin ks. Danelius 2007, s. 33–34 ja Pellonpää et al. 2012, s. 50–57.

¹⁷ Scheinin 1991, s. 18–21. Ks. myös Pellonpää et al. 2012, s. 58. Transformaatio- eli muuntamistekniikka on selkeimmin dualistinen menetelmä. Siinä relevantit kansalliset säädökset muutetaan vastaamaan kansainvälisiä velvoitteita. Tämän seurauksena ei tyypillisesti voida osoittaa yhtä erityistä säädöstä, joka ilmentäisi kansainvälisen velvoitteen toteuttamista. Ks. tästä esim. van Dijk et al. 2006, s. 26–27. KP-sopimuksen ja EIS:n hyväksymis- ja voimaansaattamistapaisista ks. Scheinin 1991, s. 155–169. Ks. myös Rosas 1993, s. 19, Scheinin 1993, s. 45–47, Ojanen – Scheinin 2011a, s. 181–182 ja 184 sekä Pellonpää et al. 2012, s. 60–63.

¹⁸ Scheinin 1991, s. 24. Ks. myös Hanski – Scheinin 2007, s. 24–25 sekä OLJ 21/1988, s. 21, jossa katsottiin, että ”[r]ealistista kuitenkin on lähteä siitä, että minkäänlainen blankomuotoinen voimaansaattaminen ei sellaisenaan takaa sopimusvelvoitteiden toteutumista ainakaan kaikissa tilanteissa, joissa sopimuksen ja nykyisen asiasisältöisen lainsäädännön välillä vallitsee suoranainen ristiriita”.

¹⁹ Scheinin 1991, s. 123.

²⁰ Scheinin 1991, s. 188.

Blankettilain säätäminen poistaa myös lähtökohtaisesti tarpeen soveltaa kansainvälisten sopimusten sopimusmääräyksiä suoraan kansainvälisoikeudellisen sitoutumisen nojalla (*self-executing*-doktriini). Voimaansaattamislaki muuntaa sopimusmääräykset osaksi valtiosisäistä oikeusjärjestystä, jolloin ne PL 2 § 3 momentin nojalla tulevat viranomaisia sitoviksi ja viranomaistoiminnassa sovellettaviksi.²¹ Suomen ratifioitua kansainvälisen sopimuksen (tai sen tultua muuten Suomea sitovaksi) ja siihen liittyvien lainsäädäntötoimien tultua tehdyksi kansainvälisen sopimuksen normit tulevat osaksi kansallista oikeusjärjestystä ja lainsäätäjän lisäksi myös tuomioistuinten on sovellettava sopimuksen velvoitteita kansallisen säädöksen tavoin.²² Jyränki onkin arvioinut, että EIS saatettiin valtion sisäisesti voimaan asiasisältöisten lakien lisäksi osin myös blankettilailla, jotta tuomioistuimilla ja viranomaisilla olisi mahdollisuus vedota ratkaisuihinsa suoraan sopimusmääräyksiin. Tämä vahvistaa osaltaan myös EIT:n ratkaisujen asemaa oikeuslähteenä.²³ Ervo katsoikin vuonna 2005 julkaistussa oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskeneessa väitöskirjassaan, että EIS tosiasiallisesti mielletään kotimaiseen lainsäädäntöön kuuluvaksi ja velvoittavaksi. Ainakin ylemmissä tuomioistuimissa ja lainsäätäjän työssä siitä on tullut päivittäinen työkalu.²⁴

Scheinin on todennut korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 1991:84 olleen ”ihmisioikeussopimusten läpimurto korkeimmassa oikeudessa”. Hänen mukaansa ratkaisussa sovellettiin ihmisioikeusmääräyksiä suoraan oikeusnormeina, lopputuloksen ratkaisevina sääntöinä. Kansallisten normien vaikutusta ei arvioitu lainkaan.²⁵ Huomio kiinnittyy myös tapaan, miten Korkein oikeus ensin yksilöi tietyt sopimusmääräykset, jonka jälkeen se kirjoittaa näkyviin määräyksistä ilmenevän ihmisioikeusnormin sisällön.²⁶ Ratkaisun perusteluissa KKO toteaa:

”Kansalaisioikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen 14 artiklan 3 kappaleen e kohdasta ja Euroopan neuvoston piirissä ihmisioikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen 6 artiklan 3 kap-

²¹ Scheinin 1991, s. 51 ja Ojanen – Scheinin 2011a, s. 182. Ks. myös van Dijk et al. 2006, s. 27–28 ja Pellonpää et al. 2012, s. 47–49.

²² Saraviita 2005a, s. 38–39. Kirjoittajan mukaan ihmisioikeusvelvoitteita sisältävät sopimukset tulee saattaa voimaan laintasoisesti eikä asetusten käyttö ole lähtökohtaisesti mahdollista. Perustuslain säännöksistä relevantteja ovat tässä suhteessa 80, 94 ja erityisesti 95 §. Samoin Pellonpää et al. 2012, s. 58. KP-sopimuksen osalta ks. myös Scheinin 1991, s. 158 ja EIS:n osalta Scheinin 1991, s. 165, jossa Scheinin on kritisoinut EIS:n saattamista voimaan blankettilailla ja -asetuksella, joissa ei lainkaan eroteltu, mitkä määräykset kuuluvat lainsäädännön alaan. Joka tapauksessa hän on perustuslakivaliokunnan lausumista päätellyt, että *kaikki varsinaiset ihmisioikeusmääräykset* ovat lainsäädännön alaan kuuluvia.

²³ Jyränki 2003, s. 512. Samoin Jyränki – Husa 2012, s. 101. Esitöiden osalta ks. esim. HE 22/1990 vp, s. 5. Ks. myös Scheinin 1991, s. 140 ja 186–187.

²⁴ Ervo 2005, s. 42–43.

²⁵ Scheinin 1991, s. 224–225 ja 279–280. Ks. myös Pellonpää et al. 2012, s. 67–69.

²⁶ Scheinin 1991, s. 285

paleen d kohdasta ilmenevien periaatteiden mukaisesti syytetyllä on oikeus kuulustella tai kuulustuttaa häntä vastaan kutsuttuja todistajia. Raastuvanoikeus ja hovioikeus ovat hyväksyneet sanotut kertomukset näytöksi A:n syyllisyydestä, vaikka A:lla ei ole ollut noiden sopimusten tarkoittamaa vähimmäisoikeutta kuulustella kertomusten antajia. Alempien oikeuksien ei olisi pitänyt arvioida kertomusten merkitystä näyttönä varaamatta A:lle tilaisuutta kuulla kertomusten antajia henkilökohtaisesti.”

Voidaan yhtyä Jukka Viljasen jo 1990-luvun lopulla toteamaan, että ”kansalliset viranomaiset eivät voi tehdä nykyisessä tilanteessa päätöksiä puhtaasti sen perusteella, mitä on kansallisessa säännöksessä ilmaistu. Niiden pitää ottaa huomioon ihmisoikeussopimukset tulkintakäytäntöineen.” Toisaalta ihmisoikeusmääräysten tosiasiallinen sisältö määräytyy voimakkaasti kansainvälisten valvontaelinten ja erityisesti EIT:n ratkaisukäytännössä. EIT:n omaksuman *evoluutiivis-dynaamisen* tulkinnan vaikutuksesta sopimuksen tulkinnat elävät ajassa, minkä seurauksena sen enempää lainsäätäjä kuin lainsoveltajakaan ei voi missään vaiheessa tuudittautua siihen, että ihmisoikeussopimusten vaatimukset ovat tulleet täydellisesti osaksi kansallista oikeusjärjestystä.²⁷

Jyräki ja Husa ovat viitanneet mm. EIT:n ratkaisujen merkityksen yhteydessä ns. systeemiteoria-ajatteluun. Systeemiteoria ei ole luonteeltaan normatiivinen, vaan ennemminkin se kuvaa sitä, mitä tosiasiaassa tapahtuu. Teorian mukaan ”oikeus on keskinäisen vuorovaikutuksen alainen toimintajärjestelmä”, joka koostuu oikeudellisista toimista, joita ovat kaikki oikeusvaikutuksia tuottavat ja siten oikeustilaa muuttavat toimet (normin soveltaminen on normin tuottamista). Niillä olevan ratkaisupakon johdosta tuomioistuinten on nähty olevan oikeussysteemin keskiössä, kun taas systeemin ulkolaidalla ovat esimerkiksi lainsäädäntö, oikeusdogmatiikka ja oikeusteoria, jotka toteuttavat ”oikeussysteemin rakenteelliset kytkennät muihin yhteiskunnan alasysteemeihin”, kuten politiikkaan, talouteen tai uskontoon. Demokratian rooli systeemiteoria-ajattelussa on huomattavan ohut verrattuna normien hierarkiaan nojaavaan oppirakennelmaan. Kirjoittajien mukaan myös perustuslakivaliokunnalla on sellainen ratkaisupakko – tai ehkä oikeammin lausuntopakko –, mikä puoltaisi keskeisen aseman antamista perustuslakivaliokunnalle tuomioistuinten rinnalla.²⁸ Viittaamatta systeemiteoriaan Lavapurokin on liittänyt EIT:n tulkintakäytännön evolutiivisuuden kansallisten tuomioistuinten roolin muuttumiseen. Hän on todennut ihmisoikeuksien pluralistisen rakenteen ja dynaamisen kehitystavan ”edellyttävän kansallisilta tuomioistuimilta pikemminkin tulkinnallista aktivismia kuin sellaista passivismia, jota yleensä

²⁷ Jukka Viljanen 1998, s. 273–274. EIT:n tulkintakäytännön kehittyessä jatkuvasti saattaa käydä niin, että sopimuksen kansallisessa voimaansaattamisessa käytetty asiasisältöinen laki muuttuu EIS:n vastaiseksi. Ks. tästä Jyräki 2003, s. 515. Ks. myös Scheinin 1991, s. 209 ja Pellonpää et al. 2012, s. 78.

²⁸ Jyräki – Husa 2012, s. 95–97. Toiminnallista yhteyttä voidaan kirjoittajien mukaan kuvata myös *oikeudelliseksi kudoserakenteeksi* tai *oikeuden verkostoitumiseksi*. Ks. myös Jyräki – Husa 2012, s. 381–382, jossa tätä on konkretisoitu viittaamalla yhtäältä EIS:n ja EIT:n ratkaisukäytännön ja toisaalta kansallisten tuomioistuinten suhteeseen.

pidetään lainsäätäjän suvereenisuuteen perustuvissa oikeuskulttuureissa oikeudellisenä ihanteena”.²⁹

1.2 KANSAINVÄLISET SOPIMUKSET OIKEUSLÄHTEINÄ³⁰

YK:n peruskirjan johdannon toisessa kappaleessa kansakunnat ilmoittavat valtaukseksi tahdokseen

”uudelleen vakuuttaa uskovamme ihmisen perusoikeuksiin, ihmisyyksilön arvoon ja merkitykseen, miesten ja naisten sekä kansakuntien, suurten ja pienten, yhtäläisiin oikeuksiin”.

Peruskirjan³¹ 55. artiklan c-kohdassa puolestaan asetetaan YK:n tavoitteeksi edistää

”kaikille rotuun, sukupuoleen, kieleen tai uskontoon katsomatta kuuluvien ihmisoikeuksien ja perusvapauksien arvossapitämistä ja kunnioittamista koko maailmassa”.³²

YK:n peruskirjaan sisältyviä viittauksia ihmisoikeuksiin on konkretisoitu YK:n yleismaailmallisessa julistuksessa (Julistus) vuodelta 1948, joka oli vuoteen 1976 asti YK:n piirissä ainoa asiakirja, johon ihmisoikeuksien sisällöstä puhuttaessa voitiin viitata.³³ Keskeisimpien ihmisoikeussopimustemme perusta rakentuu juuri Julistuksen varaan. Vaikka se perustuu varsin kapealle länsimaiselle liberaaliselle arvopohjalle, Julistuksen on katsottu toimineen lähtökohtana ihmisoikeuksien myöhemmälle kehitykselle ja saaneen vuosien saatossa sellaisen painoarvon, että sen on osin katsottu kuuluvan kaikkia valtioita sitovan tavanomaisen kansainvälisen oikeuden piiriin.³⁴

Käytännössä Julistusta voidaan pitää merkittävimpana *soft law* -instrumentina, ja kansainvälisoikeudellisen sitovuuden puuttumisesta huolimatta sillä on katsottu olevan tosiasiallinen moraalisesti sitova vaikutus³⁵ tai jopa oikeudellisesti velvoittava vaikutus YK:n peruskirjan ”valtioille asettamien ihmisoikeus-

²⁹ Lavapuro 2010b, s. 23.

³⁰ Ihmisoikeussopimusten historiasta ks. Jyränki 2003, s. 504–511.

³¹ Asetus Yhdistyneiden Kansakuntien peruskirjan voimaansaattamisesta (51/1956 ja SopS 1/1956).

³² Ks. näistä esim. De Rover 1998, s. 72–73 ja Merrills – Robertson 2001, s. 2–3.

³³ Ks. esim. De Rover 1998, s. 74 ja Emmerson et al. 2007, s. 2.

³⁴ Jyränki 2001, s. 33 ja Ojanen – Scheinin 2011a, s. 173–174 ja 177. Ks. myös esim. KM 1993:3, s. 67–68, Nieminen 1988, s. 23, De Rover 1998, s. 61 ja 74 sekä Merrills – Robertson 2001, s. 6–7.

³⁵ Saraviita 2005a, s. 29. Ks. myös Jyränki 2003, s. 507–508.

velvoitteiden sisällöstä”.³⁶ Julistuksen periaatteille rakentuu sisällöllisesti myös EIS³⁷, jonka tavoitteena hallituksen esityksen 22/1990 vp mukaan oli ”toteuttaa julistuksen periaatteet alueellisella tasolla”.³⁸ Julistuksen merkityksestä kansalliselle oikeudellemme on todettu, että siinä ilmaistuihin tavoitteisiin voidaan vedota lainsäädäntö- ja lainvalmistelutyössä, minkä lisäksi se voi toimia ”suuntaa antavana ohjenuorana” yksittäisten harkinnanvaraa jättävien säännösten soveltamisessa.³⁹ Muihin tutkimuksen kannalta relevantteihin *soft law* -lähteisiin palataan myöhemmin.

1.2.1 EIS ja EIT:n ratkaisukäytäntö

1.2.1.1 Yleistä

Euroopan neuvoston perussäännön 3 artiklan mukaan (kursivointi tässä):

”Jokaisen Euroopan neuvoston jäsenvaltion tulee hyväksyä laillisuusperiaate ja periaate, jonka mukaan jokaisen sen tuomiovaltaan kuuluvan henkilön tulee voida nauttia ihmisoikeuksista ja perusvapauksista. Jäsenvaltioiden tulee yhdessä työskennellä vilpittömästi ja tehokkaasti 1 luvussa määritellyn neuvoston päämäärän toteuttamiseksi.”⁴⁰

Euroopan ihmisoikeussopimus allekirjoitettiin 4.11.1950 ja se tuli voimaan 3.9.1953 kymmenen valtion ratifioitua sen.⁴¹ Sopimus on erityisen merkityksellinen ainakin kolmessa suhteessa. Siinä luotiin ensinnäkin yhteinen, ulkoinen ihmisoikeuksien valvontamekanismi, toiseksi se sisälsi yksilövalitusmahdollisuuden ja kolmanneksi siinä perustettiin erilliset valvontaelimet tulkitsemaan ja soveltamaan sopimusta (ihmisoikeustoimikunta ja -tuomioistuin) sekä valvomaan sen täytäntöönpanoa (ministerikomitea).⁴²

³⁶ KM 1992:3, s. 67–68. Julistus oli alun perin tarkoitettu osaksi YK:n peruskirjaa, mutta poliittisista erimielisyyksistä johtuen se annettiin oikeudellisesti sitomattomana julistuksena. Ks. tästä Jyräni 2001, s. 32–33.

³⁷ EIS:n johdanto: ”Tämän yleissopimuksen allekirjoittaneet hallitukset, jotka ovat Euroopan neuvoston jäseniä, ottavat huomioon Yhdistyneiden Kansakuntien yleiskokouksen 10 päivänä joulukuuta 1948 antaman ihmisoikeuksien yleismaailmallisen julistuksen...”. Ks. myös Jyräni 2001, s. 35 ja Danelius 2007, s. 17. Toisaalta jo julistuksen hyväksymisessä merkittävä panos oli juuri Euroopan neuvoston jäsenmailla. Ks. tästä HE 22/1990 vp, s. 2.

³⁸ HE 22/1990 vp, s. 2.

³⁹ Ervo 2005, s. 4–5.

⁴⁰ Asetus Euroopan neuvoston perussäännön voimaansaattamisesta (sdk 410/1989, SopS 21/1989). Ko. artiklasta ks. esim. Merrills – Robertson 2001, s. 3–5.

⁴¹ Ks. esim. Danelius 2007, s. 17 ja Pellonpää et al. 2012, s. 11–14. EIS:n syntyhistoriasta laajemmin ks. Merrills – Robertson 2001, s. 5–15.

⁴² Emmerson et al. 2007, s. 3–4.

Euroopan ihmisoikeussopimus ratifioitiin Suomessa vuonna 1990, mitä voidaan pitää käännekohtana ihmisoikeusmyönteisessä laintulkinnassa maassamme. Sopimuksen voimaansaattamisen yhteydessä antamassaan lausunnossa 2/1990 vp perustuslakivaliokunta katsoi, että ”tulkintatilanteissa olisi erilaisista perusteltavissa olevista vaihtoehdoista pyrittävä omaksumaan sellainen, joka edistää ihmisoikeusmääräysten toteutumista eli on näin määriteltynä ihmisoikeusystävällinen”.⁴³ Perusoikeusuudistukseen johtaneessa hallituksen esityksessä 309/1993 vp puolestaan katsottiin EIS:n tuoneen yleiseen tietoisuuteen erilaisten kansainvälisten valvontajärjestelmien olemassaolon lisäksi myös mahdollisuuden soveltaa lainkäyttöratkaisuissa Suomen ratifioimia ja sen kautta osaksi oikeusjärjestystä tulleita ihmisoikeussopimusten määräyksiä.⁴⁴

EIS on alusta lähtien ymmärretty Suomessa sopimuksen 1 artiklan nojalla asiakirjaksi, joka ei ainoastaan aseta tavoitteellisia päämääriä, vaan edellyttää sopimuksen turvaamien oikeuksien välitöntä ja konkreettista turvaamista.⁴⁵ Velvoitteet kohdistuvat nimenomaan yksittäisiin sopimusvaltioihin, kuten EIS 1 artiklan (Velvollisuus kunnioittaa ihmisoikeuksia) sanamuodostakin ilmenee:⁴⁶

”Korkeat sopimuspuolet takaavat jokaiselle lainkäyttövaltaansa kuuluvalla tämän yleissopimuksen I osassa määritellyt oikeudet ja vapaudet.”⁴⁷

Valtio vastaa kaikkien viranomaistensa, mihin joukkoon myös tuomioistuimet ja kunnalliset viranomaiset kuuluvat, toiminnasta niiden virkahierarkkisesta asemasta riippumatta.⁴⁸

1.2.1.2 Lyhyesti EIS:n valvontamekanismista

EIS:n valvontamekanismi uudistui 1.11.1998 voimaan tulleilla sopimuksen 11. lisäpöytäkirjalla tehdyillä muutoksilla. Tuolloin ihmisoikeustoimikunnan ja ihmisoikeustuomioistuimen muodostamasta kaksivaiheisesta järjestelmästä luovuttiin ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimesta tuli EIS:n yksinomainen valvontaelin. Myös ministerikomitean rooli EIS:n valvonnassa supistui, ja nykyään

⁴³ PeVL 2/1990 vp, s. 3.

⁴⁴ HE 309/1993 vp, s. 8.

⁴⁵ OLJ 21/1988, s. 3. Perustuslakivaliokunta korosti myös laintasoisesti voimaansaattettavan Euroopan ihmisoikeussopimuksen olevan ”valtionsisäisesti samassa asemassa kuin lait yleensä”. Ks. tästä PeVL 2/1990 vp, s. 2. Uudemmasta kirjallisuudesta ks. Pellonpää et al. 2012, s. 15.

⁴⁶ Ks. myös Danelius 2007, s. 33.

⁴⁷ Lainkäyttövallan määrittelystä ks. Pellonpää et al. 2012, s. 16–21.

⁴⁸ Pellonpää et al. 2012, s. 24–25.

sen tehtävänä on lähinnä valvoa, että EIT:n tuomioita noudatetaan.⁴⁹ Uudistuksen jälkeen EIT:n tehtävänä on selvittää tapauksen faktat, päättää asian tutkittavaksi ottamisesta ja antaa oikeudellisesti sitova kannanotto väitetystä sopimusloukkauksesta sekä sen johdosta maksettavasta korvauksesta.⁵⁰ On syytä huomata, että valvontajärjestelmän uudistumisen myötä aiempi oikeuskäytäntö ei menettänyt merkitystään, vaan EIT on itsekin viitannut uudessa käytännössään lakkauteen ihmisoikeustoimikunnan ratkaisuihin.⁵¹

EIT käsittelee asioita yhden tuomarin kokoonpanossa, kolmen tuomarin komiteoissa, seitsemän tuomarin muodostamissa jaostoissa sekä seitsemästätoista tuomarista koostuvassa suuressa jaostossa. Suomen osalta 1.6.2010 voimaan tulleiden EIS 14 lisäpöytäkirjan aiheuttamien muutosten jälkeen yhden tuomarin kokoonpanossa (EIS uusi 27 artikla) on voitu tehdä lopullinen päätös, ettei 34 artiklan nojalla tehtyä yksilövalitusta oteta tutkittavaksi tai että se poistetaan tuomioistuimen asialistalta. Kolmen tuomarin komiteoissa (EIS uusi 28 artikla) voidaan päättää, ettei yksilövalitusta oteta tutkittavaksi tai että se poistetaan asialistalta, taikka päättää, että yksilövalitus otetaan tutkittavaksi ja antaa asiasisältöä koskevan tuomion. Asiasisältöä koskevan tuomion antamisen edellytyksenä on, että asian peruskysymyksestä, joka koskee yleissopimuksen tai sen pöytäkirjojen soveltamista tai tulkintaa, on jo tuomioistuimen vakiintunutta oikeuskäytäntöä.⁵²

Rutiininomaiset jutut ratkaistaan komiteassa, mutta muutoin asiasisällölliset ratkaisut annetaan pääsääntöisesti jaostoissa, joka käytännössä on tärkein kokoonpano. Jaosto ratkaisee sekä tutkittavaksi ottamisen edellytykset että asiasisällön, mutta EIS 30 artiklan nojalla se voi luopua asian käsittelystä suuren jaoston hyväksi, jos asiaan liittyy yleissopimuksen tai sen pöytäkirjojen tulkintaan vaikuttava tärkeä kysymys tai jos jaostossa esillä olevan kysymyksen ratkaisu voi johtaa ristiriitaan tuomioistuimen aikaisemmin antaman tuomion kanssa. 43 artiklan nojalla jaoston antamaan tuomioon liittyvä asia voidaan EIT:n ”sisäisenä

⁴⁹ Danelius 2007, s. 22. EIS:n valvontamekanismin osalta ks. laajemmin Merrills – Robertson 2001, s. 297–326, van Dijk et al. 2006, s. 2–290, Emmerson et al. 2007, s. 6–61, Ojanen – Scheinin 2011c (erit. s. 875–886) ja Mowbray 2012, s. 10–63. Ministerikomitean roolista tuomioiden täytäntöönpanon valvojana ks. van Dijk et al. 2006, s. 291–321 ja Hirvelä 2011, s. 409–410.

⁵⁰ Ojanen – Scheinin 2011c, s. 877. Valvontajärjestelmästä ennen uudistusta ks. esim. van Dijk et al. 2006, s. 32–35, Hirvelä 2011, s. 394, Pellonpää et al. 2012, s. 141–142.

⁵¹ Pellonpää et al. 2012, s. 14.

⁵² SopS 50/2010, sdk 159/2006 (laki ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen neljännentoista pöytäkirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta) ja SopS 51/2010, sdk 341/2010 (Tasavallan presidentin asetus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen neljännentoista pöytäkirjan voimaansaattamisesta sekä pöytäkirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta annetun lain voimaantulosta) ja Pellonpää et al. 2012, s. 147–148. Ks. myös Danelius 2007, s. 22–23, Emmerson et al. 2007, s. 65–68, Hirvelä 2011, s. 394–395 ja 397–399 ja Ojanen – Scheinin 2011c, s. 878. Yksilövalitusmenettelystä ks. Pellonpää et al. 2012, s. 159–231.

muutoksenhakuna” myös asianosaisen pyynnöstä poikkeuksellisesti siirtää suu-
relle jaostolle, jos asiaan liittyy yleissopimuksen tai sen pöytäkirjojen tulkintaan
tai soveltamiseen vaikuttava taikka yleiseltä merkitykseltään tärkeä kysymys.⁵³

Jätettäessä asia tutkimatta ilmeisen perusteettomana (*manifestly ill-founded*)
kyse saattaa olla joko siitä, että tosiasianäyttö tai väitteiden perustelu on ilmeisen
riittämätöntä, tai siitä, että sinänsä kiistattomat tosiasiat eivät selvästi merkitse
sopimusrikkomusta. Viimeksi mainitun osalta voidaan esimerkiksi viitata aiem-
paan ratkaisukäytäntöön, jos sellaista on olemassa. Vaikka ko. perusteella on
katsottu myös säännöstellyn tuomioistuimen jutturuuhkaa, saattaa päätös jättää
asia tutkimatta *ilmeisen perusteeton* -perusteella olla oikeudellisesti yhtä perus-
teltu ratkaisu kuin lopullinen tuomio.⁵⁴ Merkittävimpanä 14 lisäpöytäkirjan ai-
kaansaamana muutoksena on pidetty sitä, että uuden EIS 35 artiklan 3 kappaleen
perusteella asia voidaan jättää tutkimatta, ”jos se ei katso valittajan kärsineen
merkittävää haittaa”. Tämän yksilön yleiseen ja suoraan valitusoikeuteen puuttu-
van muutoksen on katsottu ulottuvan EIS:n valvontajärjestelmän perusteisiin.⁵⁵

EIT:n toimintaan liittyvä EIS:n lisäpöytäkirja velvoittaa Suomen noudatta-
maan ratkaisuja ja löytämään ”keinot yksittäistapausta koskevan päätöksen nou-
dattamiseksi.” EIT:llä ei sitä vastoin ole oikeutta yksilövalituksen johdosta vel-
voittaa valtiota muuttamaan lainsäädäntöään. Käytännössä ratkaisuilla on kui-
tenkin ollut tällainen vaikutus ja langettavat päätökset ovat johtaneet lainmuu-
toksin. Rakenteellisten ja lainsäädännöllisten muutosten tekemistä valvoo osal-
taan myös ministerikomitea.⁵⁶

⁵³ Danelius 2007, s. 23, Hirvelä 2011, s. 397 ja 399–401, Ojanen – Scheinin 2011c, s. 882 ja Pel-
lonpää et al. 2012, s. 228–231. Hirvelän mukaan vuonna 2010 pyydettiin jutun siirtämistä suureen
jaostoon 264 asiassa, joista suuren jaoston viiden hengen lautakunta hyväksyi pyynnön 12 tapauk-
sessa. Jaosto luopui vuonna 2010 omasta toimivallastaan suuren jaoston hyväksi niin ikään 12 ta-
pauksessa. Käsittelemissään 24 tapauksessa suuri jaosto järjesti suullisen käsittelyn 18 tapauksessa
(Hirvelä 2011, s. 401 av. 51).

⁵⁴ Emmerson et al. 2007, s. 39 ja Pellonpää et al. 2012, s. 193–194. Ks. myös Merrills – Robertson
2001, s. 310–312 ja Hirvelä 2011, s. 404. EIS 35 artiklan soveltamisesta laajemmin ks. esim. Da-
nelius 2007, s. 27–31 ja Emmerson et al. 2007, s. 16–39.

⁵⁵ Ojanen – Scheinin 2011c, s. 878. Ks. myös Pellonpää et al. 2012, s. 194–197. 14. lisäpöytäkir-
jan 12 artiklalla muutettiin EIS 35 artiklan 3 kappale kuulumaan seuraavasti: ”Tuomioistuin ei ota
tutkittavaksi 34 artiklan nojalla tehtyä yksilövalitusta,

a) johon se ei katso yleissopimuksen tai sen pöytäkirjojen määräysten soveltuvan tai jonka se
katsoo olevan ilmeisen perusteeton tai merkitsevän yksilövalitusoikeuden väärinkäyttöä; tai

b) jos se ei katso valittajan kärsineen merkittävää haittaa, ellei ihmisoikeuksien kunnioittami-
nen sellaisena kuin siitä on määrätty yleissopimuksessa ja sen pöytäkirjoissa vaadi valituksen tut-
kimista asiasisällön osalta sekä edellyttäen, ettei tällä perusteella voida hylätä asiaa, jota kansalli-
nen tuomioistuin ei ole asianmukaisesti käsitellyt.”

Tämän muutoksen osalta ks. myös Emmerson et al. 2007, s. 66–67 ja Hirvelä 2011, s. 404.

⁵⁶ Jyränki 2000, s. 75–76 ja Pellonpää et al. 2012, s. 251–255 ja 270–277.

Yksilön on kuitenkin haettava oikeussuojaa ensisijaisesti kansallisista elimistä, joille tulee antaa mahdollisuus korjata tapahtunut oikeudenloukkaus. Kansainvälisten valvontamekanismien rooli on siten ainoastaan täydentävä.⁵⁷ EIT ei olekaan ”neljäs oikeusaste”, vaikka sen antama langettava tuomio voikin tosiasiallisesti lainsäädännön muutostojen lisäksi johtaa myös tuomion perustana olleen kansallisen tuomion purkamiseen.⁵⁸ EIT ei ensisijaisesti arvioi kansallista lainsäädäntöä tai koko laajuudessaan edes kansallisten tuomioistuinten ratkaisuja ko. asiassa, ”vaan testaa kansallista lakia ja oikeuskäytäntöä suhteessa EIS:n standardiin.”⁵⁹ Vaikutus lainvoimaisiin tuomioihin tai päätöksiin on arvioitava aina *in casu*.⁶⁰

Käytännössä on tavallisempaa, että EIT:n ratkaisu johtaa kansallisen *oikeuskäytännön* muuttumiseen, mikä Hirvelän mukaan onkin tehokkain ja helpoin tapa panna ihmisoikeusvelvoitteet täytäntöön”.⁶¹ Riittävien ja ripeiden muutostojen tekeminen kansallisella tasolla on tärkeää myös sen estämiseksi, ettei EIT kuormitu jo ratkaistun kysymyksen kanssa asiallisesti samansisältöisistä valituksista.⁶² Ratkaisukäytännössä muotoutuvien ihmisoikeusstandardien havainnointi ja tarvittavien lainsäädäntömuutosten (tai oikeuskäytännön muutosten) tekeminen on tästäkin syystä perusteltua.⁶³ Evolutiivis-dynaaminen tulkintamalli johtaa toisaalta siihen, että seurantatyön on oltava jatkuvaa, ja yksittäisten

⁵⁷ Ojanen – Scheinin 2011c, s. 904–905. Kuriositeettina todettakoon, että ”[m]ikäli valittaja ei ole kotimaaisessa prosessissa esittänyt ihmisoikeusloukkauksväitettä... valitusta ei tutkita myöskään EIT:ssä”. Ks. tästä Hirvelä 2011, s. 403. Samoin van Dijk et al. 2006, s. 151–154. Kuten kirjoittajat ovat huomauttaneet, jäsenvaltiossa omaksuttu näkemys kansainvälisten ja kansallisen oikeusjärjestelmän suhteesta (dualismi/monismi) vaikuttaa kansalaisen mahdollisuuteen vedota kansallisissa tuomioistuimissa EIS:ään, mikä puolestaan vaikuttaa siihen, mitä EIT edellyttää valittajalta päätäessään asian tutkittavaksi ottamisesta.

⁵⁸ Ks. esim. Ervo 2005, s. 8, Danelius 2007, s. 31–32 ja 48, Ojanen – Scheinin 2011c, s. 884–886, Pellonpää et al. 2012, s. 261–264 sekä Jyräki – Husa 2012, s. 101. Ks. myös Lavapuro 2010b, s. 173, joka on kiinnittänyt huomiota siihen, että purkamisen (muodollisena) perusteena ei ole EIT:n ratkaisukäytäntö, vaan kansallisesti vuodesta 1990 voimassa ollut EIS. Ks. myös PeVL 2/1990 vp, s. 2, jossa katsottiin, että hyvitysvelvollisuuden määrittämisen lisäksi langettavista tuomioista asiallisesti johtuvat velvollisuudet lainsäädäntömuutoksiin aiheuttivat sen, että ihmisoikeustuomioistuinten toimivallan tunnustaminen merkitsi sellaista poikkeamista Suomen täysivaltaisuutta koskevasta hallitusmuodon säännöksistä, että perustuslainsäätämisyjärjestyksen käyttäminen oli tarpeen. Ihmisoikeustoimikunnan toimivallan tunnustaminen ei tätä kuitenkaan sinällään edellyttänyt.

⁵⁹ Hirvelä 2011, s. 407.

⁶⁰ Ojanen 2009b, s. 94. Kansallista suhtautumista EIT:n tuomioihin ilmentää korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2009:80 (erit. ratkaisun kohdat 34–38), jolla korkein oikeus purki aiemman ratkaisulla KKO 2009:27 antamansa langettavan tuomion. Ratkaisu ilmentää EIT:n tosiasiallista ennakkopäätösvaikutusta suomalaisessa oikeusjärjestelmässä. Valtiosääntöoikeudellisesti tämä suuntaus saa institutionaalisen tukensa PL 22 §:stä. Ks. tästä Jyräki – Husa 2012, s. 329.

⁶¹ Hirvelä 2011, s. 410.

⁶² Danelius 2007, s. 33. Ks. myös Pellonpää 2009, s. 1138–1139.

⁶³ Ks. Jukka Viljanen 2003, s. 97.

EIS:n artiklojen voimassa oleva sisältö selviää vain kulloinkin ”voimassa olevasta” EIT:n ratkaisukäytännöstä.⁶⁴

Tältä osin on syytä jo tässä yhteydessä tehdä joitakin tarkentavia huomioita. EIT on EIS:n ”viimekätinen auktoritativiinen tulkitsija” ja sen tulkinnat määrittävät sen, miten EIS:n määräyksiä kansallisella tasolla tulkitaan. EIT:n tulkintakäytäntöä lievemman tulkinnan omaksuminen ei ole mahdollista loukkaamatta ihmisoikeussopimusta,⁶⁵ mutta EIT ei kuitenkaan tee ratkaisujaan oikeudellisesti tyhjiössä. Kansalliset viranomaiset soveltavat ihmisoikeussopimusta omassa ratkaisutoiminnassaan, minkä lisäksi muiden kansainvälisten ihmisoikeusjärjestelmien toiminta vaikuttaa EIT:n toimintaan. EIT tulkintojen onkin katsottu muodostuvan jatkuvassa vuorovaikutuksessa muiden ihmisoikeuskentän toimijoiden kanssa.⁶⁶

Matti Pellonpää on vuonna 2009 kirjoittanut artikkelin, jossa on käsitelty EIT:n ja kansallisten elimien suhteesta erityisesti Isossa-Britanniassa ja Saksassa esitettyjä kriittisiä kommentteja. Tuolloin Pellonpää on todennut, että EIT:n ratkaisujen merkityksen lisääntymiseen suomalaisessa tuomioistuinkäytännössä liitetty huoli vallanjakoperiaatteiden murentumisesta tuntuu kovin vieraalta ja kaukaiselta ja että ”tuomioistuinten aseman vahvistuminen hyväksytään nyt eurooppalaiseen integraatioon ja oikeuden eurooppalaistumiskehitykseen jotenkin luonnostaan kuuluvana ilmiönä.”⁶⁷ Pellonpään esittämään huomioon ihmisoikeuksien kansainvälisestä luonteesta voidaan varauksetta yhtyä. Ihmisoikeudet eivät lähtökohtaisesti ole kansallinen, vaan ylikansallinen ja yleiseurooppalainen asia, mitä ilmentää se, että YK:n yleismaailmalisesta ihmisoikeuksien julistuksesta on katsottu voitavan johtaa ”tiettyjä oikeuksia, joita on kaikkialla noudatettava”. Toisaalta nimenomaan EIT on ihmisoikeusveloitteiden toteutumisen takeena. Tätä tehtävää se toteuttaa tulkitsemalla EIS:ää ja antamalla ratkaisuja yksittäisissä konkreettisissa tapauksissa.⁶⁸ Kansallisesta näkökulmasta arveluttavimpana voidaan pitää valtioille jätetyn kansallisen harkintamarginaalin rajoja, joiden määrittämiseen EIT:llä on toimivalta. Harkintamarginaalin tapauskohtaisuuden johdosta voidaan sen rajoista perustellusti olla hyvinkin eri mieltä EIT:ssä ja kansallisissa elimissä. Vaikka EIT onkin Pellonpään mukaan korostanut dialogin ja vuorovaikutuksen merkitystä, lopulliset ratkaisut, joihin kansallisten elinten on taivuttava, tekee EIT.⁶⁹ Uusimmassa EIT:n ja kansallisten elinten välistä vuoropuhelua koskevassa artikkelissa Pellonpää huomauttaa, että vaikka kansallisten elinten tulee lähtökohtaisesti olla lojaaleja EIT:tä kohtaan, ei ole perusteltua, että kansalliset tuomioistuimet epäselvissä tilanteissa aina pyrkisivät varmistumaan ratkaisunsa EIS:n

⁶⁴ Ervo 2008, s. 13.

⁶⁵ Viljanen 2001, s. 289. Ks. myös Ojanen 2005, s. 1212, Tuori 2007, s. 294–295 ja Pellonpää et al. 2012, s. 65–66. Lavapuro 2010b, s. 9–10 on jopa todennut EIT:n olevan eräänlainen ”eurooppalainen valtiosääntötuomioistuin”.

⁶⁶ Jukka Viljanen 2003, s. 77.

⁶⁷ Pellonpää 2009, s. 1131–1132.

⁶⁸ Pellonpää 2009, s. 1127–1128.

⁶⁹ Ks. Pellonpää 2009, s. 1128 ja 1134.

mukaisuudesta kansalliset tarpeet unohtaen. Varauksellinen suhtautuminen EIT:n ratkaisuihin ei saa olla itsetarkoitus, mutta perusteeton ”varman päälle pelaaminen” vääristää EIT:n ja kansallisten elinten välistä vuoropuhelua.⁷⁰

EIS:n oikeuskehitys on riippunut myös siitä, millaisia asioita tuomioistuimessa on tullut vireille. Joissakin suhteissa EIS:n tulkinta on hyvin hienosyistä ja joissakin suhteissa pitkälti kehittymätöntä, mikä puolestaan ”on tuonut oikeuskehitykseen aukollisuutta, ennakoimattomuutta ja sattumanvaraisuutta, mikä on näkynyt vastaavina ongelmina myös kansallisten oikeusjärjestysten eurooppalaistumisessa”.⁷¹ Kuten Ojanen on todennut, ”[s]e, että tietystä kysymyksestä ei ole ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöä, saattaa ensinnäkin johtua jo siitä, että Strasbourgissa ei ole koskaan tullut vireille valitusta, jonka yhteydessä tuomioistuin olisi voinut ottaa kantaa kysymykseen ihmisoikeussopimuksen kannalta.”⁷² Toisaalta EIT:n ratkaisukäytäntö koostuu pääasiassa yksittäistapauksellisista, yhtä valtiota ja sen oikeusjärjestelmää koskevista *in casu* –ratkaisuista, eikä näistä ratkaisuista ole syytä tehdä kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä ainakaan, jos ne eivät koske Suomea.⁷³ Osa EIT:n ratkaisuista on kuitenkin suuren jaoston ratkaisuja, joissa on pyritty tekemään yleisempiä johtopäätöksiä ja muodostamaan laajemminkin sovellettavia linjauksia.⁷⁴

Scheinin ennakoi vuonna 1991, että ”[j]os perustuslain perusoikeusluettelo tulisi kattamaan Suomen ihmisoikeusvelvoitteiden aineellisen piirin, ihmisoikeussopimukseen saatettaisiin vastaisuudessa tukeutua lähinnä perustuslain tulkinnan apuneuvona”.⁷⁵ Tämänäyttöinen ajattelu näytti olleen vallalla vielä perusoikeusuudistuksen jälkeenkin, jolloin oikeuskirjallisuudessa katsottiin, että EIT:n ratkaisujen keskeinen merkitys oli siinä, että ne tarjosivat ”varsin laajaa ylikansallisen tason tulkintakäytäntöä” kansallisen perusoikeustulkinnan pohjaksi.⁷⁶ Ervokin arvioi vielä vuonna 2005, että EIT:n ratkaisukäytännön päivittäinen merkitys saattaa tulevaisuudessa vähentyä, ”kun ihmisoikeussopimusten vaatimukset ovat todella lävistäneet kotimaisen lainsäädännön ja oikeuskäytännön.”⁷⁷ Käytännössä kuitenkin näyttäisi siltä, että korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä ihmisoikeuksiin ja EIT:n ratkaisukäytäntöön vetoaminen on lisääntynyt, mutta vastaavaa kehitystä ei ole tapahtunut perustuslainsäädännösten ja

⁷⁰ Pellonpää 2012, s. 93–94.

⁷¹ Ojanen 2005, s. 1212–1213.

⁷² Ojanen 2005, s. 1222.

⁷³ Ks. Ervo 2008, s. 14. On syytä huomata, että korkeimman oikeuden ratkaisujen KKO 2009:27 ja KKO 2009:80 välillä oli annettu nimenomaan Suomea koskeva teemaan liittyvä EIT:n ratkaisu.

⁷⁴ Ervo 2008, s. 14.

⁷⁵ Scheinin 1991, s. 287.

⁷⁶ Jukka Viljanen 1998, s. 255.

⁷⁷ Ervo 2005, s. 42–43.

perustuslakivaliokunnan käytännön osalta.⁷⁸ Tämä viittaa osaltaan siihen, että Jukka Viljanen väitöskirjassaan visioima kuva EIT:n tulevaisuudesta ei ole toteutumassa. Viljanen arvioi, että mikäli EIS:n edustamat *arvot ja periaatteet* olisi onnistuneesti sisällytetty kansallisiin järjestelmiin, olisi EIT voinut yksittäisten tapausten ratkaisemisen sijaan keskittyä enemmän doktriinin luomiseen.⁷⁹

Lavapuron väitöskirjasta vuodelta 2010 voidaan tehdä joitakin huomioita kansallisten tuomioistuinten tekemistä viittauksista EIT:n ratkaisukäytäntöön ja muihin kv. ratkaisuihin verrattuna tuomioistuinten viittauksiin perustuslakivaliokunnan ratkaisuihin. Yleisesti ottaen viittaukset EIT:n ratkaisukäytäntöön ovat lisääntyneet, samalla kun viittaukset perustuslakivaliokunnan kannanottoihin ovat vähentyneet. Myös keskimääräiset tapauskohtaiset ihmisoikeusviittausmäärät ovat olleet kasvussa erityisesti viime vuosina. Kehitys ei ole Lavapuron mukaan välttämättä myönteinen. Perusoikeusjärjestelmäämme voidaan pitää kehittyneempänä kuin oikeuksien vähimmäistason edustavaa ihmisoikeusjärjestelmää. Merkitystä voi olla myös ihmisoikeuksien dynaamisella, eurooppalaista ihmisoikeuskulttuuria myötäilevällä roolilla.⁸⁰ Toisaalla väitöskirjassaan Lavapuro on todennut, että erityisesti TSS-oikeuksien osalta ”[v]aarana onkin, että mitä herkemmin tuomioistuimet tukeutuvat Euroopan ihmisoikeusso-pimukseen ja sivuuttavat kansallisessa perustuslaissa turvatut oikeudet, sitä enemmän perus- ja ihmisoikeusjärjestelmämme muuttuu tosiasiallisesti perinteisten negatiivisten vapausoikeuksien järjestelmäksi”.⁸¹

1.2.1.3 EIT:n soveltamat tulkintaperiaatteet

EIS:n tulkinnan keskeisinä lähtökohtina voidaan pitää sen luonnetta 1) kansainvälisoikeudellisena sopimuksena ja 2) ihmisoikeuksien kollektiiviseksi turvaamiseksi solmittuna kansainvälisenä sopimuksena.⁸² Valtiosopimus-oikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen (SopS 33/1980) 31 artiklan 1 kappaleen alkuosan

⁷⁸ Tuori – Lavapuro 2011, s. 817. Ks. myös Lavapuro 2010b, s. 153–160 ja Ojanen 2011, s. 447–448. Toisenlaisiakin näkökohtia on esitetty. Saraviita on arvioinut, että vaikka ihmisoikeussopimusten säännökset tulevat lähtökohtaisesti sovellettaviksi kansallisten säädösten tavoin, ovat tuomioistuimet jossain määrin haluttomia soveltamaan ihmisoikeussäännöksiä ja tyytyvät soveltamaan ihmisoikeussäännösten kansallisia vastineita, jotka voivat löytyä perustuslaista tai tavallises-ta laista. Ks. tästä Saraviita 2005a, s. 41.

⁷⁹ Jukka Viljanen 2003, s. 23. Ks. Ireland v. the United Kingdom -ratkaisun kohta 154, jossa EIT toteaa: ”The Court’s judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (Article 19) (art. 19).” Ks. myös Guzzardi v. Italy -ratkaisun kohta 86, jossa on viitattu ensin mainittuun ratkaisuun. Viljanen mukaan tämän jälkeen näitä oikeusläh-deopillisia näkökohtia ei ole toistettu. Ks. tästä Jukka Viljanen, 2003 s. 51.

⁸⁰ Lavapuro 2010b, s. 153–160.

⁸¹ Lavapuro 2010b, s. 223.

⁸² Lavapuro 2011, s. 470. Ks. myös Merrills 1993, s. 69–72 sekä Soering v. the United Kingdom -ratkaisun kohta 87.

mukaisesti myös EIS:n tulkinnassa lähtökohtana on sopimusmääräyksen sanamuoto,⁸³ mutta yhtä merkitykselliseksi on noussut 1. kappaleen loppuosa, jonka mukaan sopimusta on tulkittava sen tarkoituksen ja päämäärän valossa.⁸⁴ Muista valtiosopimuksista poiketen ihmisoikeussopimuksille onkin leimallista sopimuksen tavoitteen ja päämäärän erityinen korostaminen sanamuodon ja sopimuksen laatijoiden tahdon kustannuksella.⁸⁵ Jukka Viljanen on väitöskirjassaan nostonut *ihmisoikeussopimusten erityisluonteen* esille myös tulkintaperiaatteena. Tällä viitataan lähinnä EIS:n muista valtiosopimuksista poikkeavaan ominaisuuteen suoraan yksilön oikeuksiin vaikuttavana asiakirjana. Tämä ominaisuus luonnollisesti vaikuttaa myös sopimuksen tulkintaan.⁸⁶

EIT:n tulkintaa EIS:stä on kuvattu *autonomiseksi* ja *evolutiivis-dynaamiseksi*. Autonomisuudella viitataan siihen, että EIS:ssä ”käytetyillä käsitteillä on oma, itsenäinen merkityksensä sopimuksen kontekstissa”, eikä näiden käsitteiden tulkinta ole riippuvainen siitä tulkinnasta, mikä kansallisissa oikeusjärjestyksissä samoille käsitteille on annettu.⁸⁷ Autonomista tulkintaa voidaan pitää jopa loogisena välttämättömyytenä kansainvälisessä kontekstissa. Pitäytyminen käsitteille kansallisissa järjestelmissä annettuihin sisältöihin johtaisi väistämättä ennakoitavuuden heikkenemiseen ja epäyhdenvertaisuuden lisääntymiseen ratkaisutoiminnassa, minkä lisäksi se saattaisi avata mahdollisuuden oikeuksien väärinkäytölle.⁸⁸ Sanotusta huolimatta kansalliset määrittelyt muodostavat EIS:n tulkinnan lähtökohdan. Oikeusvertailun keinoin löydettävä yhtenevä merkitysisältö toimii tulkinnan luontevana pohjana.⁸⁹

Autonomisuuteen on liitetty kirjallisuudessa myös *tehokkuusperiaate*, joka viittaa sopimuksen tarkoituksesta ja luonteesta johdettuun ajatukseen, että sopimusmääräyksissä turvattujen oikeuksien tulee olla käytännöllisiä ja tehokkaita.

⁸³ Pellonpää et al. 2012, s. 285. Myös Pekkanen 1991, s. 360 on todennut yleisten valtiosopimusten tulkintaa koskevien periaatteiden tulevan EIT:n toiminnassa huomioon otettavaksi. Ks. myös Emmerson et al. 2007, s. 69–70 ja 84–86.

⁸⁴ Lavapuro 2011, s. 471. Ks. Golder v. the United Kingdom -ratkaisun kohta 29 sekä Merrills 1993, s. 76–78, jonka mukaan teleologisessa tulkinnassa ja toisaalta sanamuodon mukaisessa tulkinnassa on itse asiassa kyse tehokkuusperiaatteen erilaisista painotuksista.

⁸⁵ Pekkanen 1991, s. 358.

⁸⁶ Jukka Viljanen 2003, s. 79–81. Viljanen teki tutkimuksessaan tosin havainnon, että EIT on joissakin myöhemmissä ratkaisussaan pyrkinyt korostamaan myös kansainvälisen oikeuden sisäistä harmoniaa.

⁸⁷ Ervo 2005, s. 16. Ks. myös Danelius 2007, s. 47.

⁸⁸ Jukka Viljanen 2003, s. 78. Ks. myös Emmerson et al. 2007, s. 87–88. Yksittäiset jäsenvaltiot voisivat poikkeavin määrittelyin tosiasiaa vapauttaa itsensä joistakin sopimusvelvoitteista.

⁸⁹ Pekkanen 1991, s. 355. Samansuuntaisesti myös Merrills 1993, s. 71–72, jonka mukaan autonomisen tulkinnan keinoin käsitteille annettavan sisällön tulee perustua kansallisiin järjestelmiin. Merrills on todennut, että ”it is difficult to see how an autonomous meaning can be arrived... except by reference to national systems of classification”. Ks. myös jo Makkonen 1981, s. 197, joka korosti vertailevan metodin merkitystä yleisten, universaalien oikeusperiaatteiden löytämisessä.

Periaatteen nojalla on esimerkiksi johdettu positiivisia toimintavelvoitteita myös vapausoikeuksista.⁹⁰ Toisaalta vaikka EIS:ää pyritään tulkitsemaan yhtenä kokonaisuutena, ei lähtökohtaisesti ole kuitenkaan mahdollista, että joihinkin artikloihin sisältyviä rajoituslausekkeita ”vesitettäisiin” joidenkin toisten yleisluontoisempien artiklojen perusteella.⁹¹ Tässä yhteydessä on syytä viitata parin vuosikymmenen takaisin Merrillsin näkemyksiin tehokkuusperiaatteen rajoista ja suhteesta muihin tulkintaperiaatteisiin. NÄISTÄ Erityisesti kaksi viimeisintä vastaavat varsin pitkälti omia ajatuksiani kansallisen perusoikeusmyönteisen laintulkinnan ja yleisen ihmis- ja perusoikeuksien edistämismorallisuuden rajoista.⁹²

Sopimuksen sanamuoto: Tehokkuusperiaate on tulkintaperiaate, mistä seuraa, että ”the terms of any treaty are the primary reference point and no interpretation which is inconsistent with the text, whatever its other merits, can be regarded as legally correct”.

Sopimuksen tarkoitus ja päämäärä (object and purpose): Sopimus suojaa ainoastaan tiettyjä oikeuksia (ei kaikkia yksilön oikeuksia) ja ainoastaan määrättyssä laajuudessa, joista viimeksi mainittu viittaa siihen, että oikeuksien turvaaminen ei ole sopimuksen ainoa tarkoitus. Kirjoittaja on viitannut tässä yhteydessä eri artiklojen rajoituslausekkeisiin, minkä tulkitsen tarkoittavan pyrkimystä tasapainon löytämiseen oikeuksien ja esimerkiksi yhteiskunnallisten tavoitteiden välillä. Merrills toteaa: ”*Serious reflection on the object and purpose of the Convention indicates that the effectiveness principle can never be simply a device for an unlimited extension of its scope.*”

Tuomioistuimen ja jäsenvaltion suhde: Tältä osin on erityisesti viitattu mm. positiivisten toimintavelvoitteiden laajuuteen ja yleisesti valtion harkintamarginaali (*margin of appreciation*) -oppiin. Kiteyttäen ”*not every interpretation which might be justified as securing a more effective protection of individual rights can be regarded as appropriate*”.

Todetusta huolimatta uudemmassa kirjallisuudessa on katsottu, että autonomisella tulkinnalla voidaan myös pyrkiä korjaamaan sanamuodon mukaisia, mutta sopimuksen tarkoitukseen ja päämäärään huonosti soveltuvia ratkaisuja.⁹³ Käytännössä tulkintaperiaate saattaa siis johtaa jopa tulkintoihin, jotka eivät vastaa EIS:n sanamuotoa. Käsitteiden muovaaminen ei tapahdu kuitenkaan tyhjiössä,

⁹⁰ Pellonpää et al. 2012, s. 286. Ks. myös Airey v. Ireland -ratkaisu (erit. ratkaisun kohta 24). Tehokkuusperiaatteen ja ns. *implied rights* -doktriinin rajoista ks. esim. Merrills 1993, s. 85–88.

⁹¹ Ks. Merrills 1993, s. 72–76 (erit. 75–76).

⁹² Merrills 1993, s. 119–122. Ks. myös Merrillsin (Merrills 1993, s. 233–238) havainnot pidätyvään tulkintaan ja aktivismiin taipuvaisten ideologioiden esiintymisestä EIT:ssä.

⁹³ Pellonpää et al. 2012, s. 287.

vaan kyse on ennemminkin tavoitteesta antaa käsitteille sisältö, joka vastaa ja edistää ”kaikkien jäsenvaltioiden yhteistä perintöä”.⁹⁴

Evolutiivis-dynaamisella tulkinnalla viitataan EIS:n tulkintojen ja EIT:n ratkaisukäytännön mukautumiseen ajan saatossa muuttuviin arvokäsityksiin.⁹⁵ Evolutiivis-dynaaminen tulkintatapa täydentää tehokkuusperiaatetta ja siihen liitetyn autonomisen tulkinnan merkitystä.⁹⁶ Scheinin korosti väitöskirjassaan jo yli kaksi vuosikymmentä sitten valvontaelinten tulkintakäytännön dynaamisuutta – sen muuttumista kansainvälisen oikeuden ja sopimusvaltioiden sisäisen oikeuden kehittymisen myötä. Sopimusmääräyksen oikea tulkinta ja siitä johdettava ihmisoikeusnormin oikea sisältö saattavat muuttua, vaikka sopimusteksti itsessään ei muuttuisikaan.⁹⁷ Samoin Viljasen mukaan evolutiivisen tulkinnan keinoin pyritään ensisijaisesti *kehittämään ihmisoikeuksien suoja* ja toisaalta huolehtimaan siitä, että käsitysten muuttuessa ihmisoikeuksien suoja ei huonone. Viljanen on maininnut esimerkkinä sopimuksen tulkintakäytännön mukauttamisen viranomaisten uuteen tiedustelutekniikkaan.⁹⁸ Juuri tulkintakäytännön evolutiivisuudesta ja dynaamisuudesta johtuen oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että EIS:n esitöille (*travaux préparatoires*) ei tule antaa erityisen suurta vaikutusta sopimusmääräysten tulkinnassa.⁹⁹

⁹⁴ Jukka Viljanen 2003, s. 89–90. Ks. myös *Al-Adsani v. the United Kingdom* -ratkaisun kohta 55, jossa on todettu, että ”[t]he Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity”.

⁹⁵ Ervo 2005, s. 16–17. Evolutiivisen tulkinnan eri kategorioista ks. Jukka Viljanen 2003, s. 142–148. Aiempien prejudikaattien ja evolutiivisen tulkinnan ristiriidoista ks. Emmerson 2007, s. 81–82.

⁹⁶ Ks. tästä Lavapuro 2011, s. 472. Evolutiivisen tulkinnan klassikkoratkaisuna voidaan Lavapuron mukaan pitää *Tyrer v. the United Kingdom* -ratkaisua vuodelta 1978 (ks. erityisesti ratkaisun kohta 31: ”the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field”). Ks. myös Mowbray 2012, s. 227–228.

⁹⁷ Scheinin 1991, s. 286.

⁹⁸ Viljanen 2003, s. 92–93 ja 146. Kirjoittaja on maininnut esimerkkeinä myös EIT:n muuttuneen suhtautumisen seksuaalisiin vähemmistöihin ja avioliiton ulkopuolella syntyneisiin lapsiin. Ks. Pekkanen 1991, s. 357, joka tässä yhteydessä on käyttänyt ilmaisua *dynaaminen elementti*.

⁹⁹ Jukka Viljanen 2003, s. 95, Danelius 2007, s. 47 ja Pellonpää et al. 2012, s. 290–291. Samoin Emmerson et al. 2007, s. 86–87, jotka ovat todenneet, että esitöihin on joissakin tapauksissa viitattu lähinnä muilla keinoin tehdyn tulkinnan tueksi. Ks. myös Rosas 1993, s. 12, joka on todennut, että esitöiden merkitys on muutoinkin varsin vähäinen, koska ”kansainvälisen normiston esityöt ovat usein ristiriitaisia, vaikeaselkoisia ja/tai vaikeasti saatavissa”. Erityisesti tämä korostuu 2 artiklan osalta, jota sopimuksen laatimisvaiheessa ei pidetty erityisen keskeisenä. Ks. tästä Opsahl 1993, s. 207–209. Vrt. Merrills 1993, s. 90–95, joka on nähnyt esitöillä olevan jossain määrin suurempaa merkitystä tosin *muiden lähteiden ja tulkintaperiaatteiden rinnalla*. Esimerkkinä on mainittu tilanteet, joissa valittaja on vedonnut johonkin oikeuteen, joka esitöistä ilmenevällä tavalla

Evolutiivisuudesta huolimatta EIT:n ratkaisukäytännöltä on katsottu voitavan edellyttää ennakoitavuutta ja muihin kuin valituksen kohteena olevaan valtioon kohdistuvien heijastusvaikutusten selkeää määrittämistä.¹⁰⁰ Uusien tulkintojen tulee aina perustua eurooppalaisessa oikeuskulttuurissa ja yhteiskunnassa tapahtuneisiin muutoksiin eikä EIT voi muuttaa tulkintojaan mielivaltaisesti ”ilman objektiivisia syitä”.¹⁰¹ Ratkaisuissa sovellettava oikeusvertaileva tulkintatapa tuokin evolutiiviseen ratkaisutoimintaan juuri haluttua objektiivisuutta ja ennustettavuutta. Sopimusvaltioiden enemmistöissä vallitseva oikeustila voi tuskin olla EIS:n vastainen, vaikka sopimuksen sanamuoto siihen viittaisikin.¹⁰²

Oikeusvertailun avulla löydetty kansainvälisessä yhteisössä vallitseva laaja konsensus jonkin tulkintakysymyksen ratkaisemisesta vahvistaa EIT:n kannanottojen merkitystä. Poikkeama laajasta kansainvälisestä konsensuksesta on vahva viesti ko. jäsenvaltion suuntaan. Tällaisia yhdenmukaisia tulkintoja on Viljasen mukaan löydettävissä erityisesti prosessioikeudellisissa kysymyksissä. Vaikka laajaa konsensusta ei olisi-kaan olemassa, voi ratkaisun arvoa kansallisesta näkökulmasta nostaa se, että ratkaisu koskee toista vastaavaa oikeuskulttuuria.¹⁰³ Väitöskirjassaan Viljanen on tosin katsonut, että EIS:n jäsenmäärän kasvun johdosta konsensuksen löytyminen on aiempaa vaikeampaa. Toisaalta hän on katsonut, että voidakseen olla ratkaiseva sopimusloukkauksen perustava tekijä poikkeaman muiden maiden käytännöistä täytyy olla ilmeinen (*manifest*). Joka tapauksessa oikeusvertailun avulla tehtävät havainnot oikeuskulttuurin kehityksestä ja sosiaalisesta muutoksesta tukevat evolutiivista tulkintaa ja voivat myös helpottaa valtion harkintamarginaalin laajuuden määrittämistä.¹⁰⁴

Evolutiivista tulkintaa rajoittaa myös sopimusvaltioiden oikeus muuttaa ja täydentää ihmisoikeussopimusta. Vaikka EIT voi tulkinnallaan laajentaa yksittäisen

nimenomaisesti haluttiin jättää EIS:n ulkopuolelle. Yleisesti Merrills on katsonut, että esitöiden käytölle on ollut leimallista valikoiva, jopa tarkoitushakuinen, lähestymistapa.

¹⁰⁰ Pellonpää 2009, s. 1134. Ks. myös Pellonpää et al. 2012, s. 287–288.

¹⁰¹ Ervo 2008, s. 13. Ks. myös Pellonpää 2009, s. 1137. Evolutiivisen tulkinnan kritiikistä sekä tulkinnallisesta pidättyvyydestä ja tulkinnallisesta aktiivisuudesta ks. myös Pekkanen 1991, s. 364–365.

¹⁰² Pellonpää et al. 2012, s. 293–294.

¹⁰³ Jukka Viljanen 1998, s. 263–265. Väitöskirjassaan Viljanen on viittannut mm. ratkaisuihin Tyrer v. the United Kingdom (kohta 31) ja Casado Coca v. Spain (kohta 54). Vertailu voidaan tehdä myös globaalissa mittakaavassa eri ihmisoikeusjärjestelmien kesken. Ks. tästä Merrills 1993, s. 16–21, Jukka Viljanen 2003, s. 98–110, Hirvelä 2011, s. 407–408 ja Pellonpää et al. 2012, s. 294–297. Esimerkkinä tällaisesta laaja-alaisesta vertailusta Viljanen on maininnut Soering v. the United Kingdom- sekä Al-Adsani v. the United Kingdom -ratkaisut. Ks. myös Pekkanen 1991, s. 360–361 sekä Pellonpää et al. 2012, s. 291–298 ja siinä viitattut tapaukset, joista mainittakoon tässä suuren jaoston ratkaisu Bayatyan v. Armenia vuodelta 2011 sekä Schalk and Kopf v. Austria vuodelta 2010. Ks. myös Emmerson et al. 2007, s. 82–84.

¹⁰⁴ Jukka Viljanen 2003, s. 95–96 ja 161. Ks. myös Pellonpää et al. 2012, s. 297–298 ja 307–308.

ihmisoikeuden soveltamisalaa, se ei voi luoda uusia ihmisoikeuksia.¹⁰⁵ Erityistä merkitystä tällä sinänsä varsin epämääräisellä rajoitteella on katsottu olevan EIS:stä tulkinnalla johdettavien positiivisten toimintavelvoitteiden osalta.¹⁰⁶ On myös kiinnitetty huomiota siihen, että yhtäältä joissakin tilanteissa EIT on ennakoinut kehityskulkuja, jotka eivät olekaan toteutuneet odotetusti, ja toisaalta joissakin tilanteissa EIT on jättänyt huomiotta yhteiskunnalliset muutokset, jotka olisivat edellyttäneet evolutiivista tulkintaa.¹⁰⁷

Oikeusvertailevan metodin lisäksi myös aiemman ratkaisukäytännön huomioon ottaminen käsillä olevaa tapausta ratkaistaessa lisää järjestelmän johdonmukaisuutta ja ennustettavuutta. EIT on tosin useissa tapauksissa nimenomaisesti pyrkinyt erottamaan tosiseikaston tasolla käsiteltävän tapauksen aiemmista ratkaisuksista. Tämä *distinktiotekniikaksi* kutsuttu toimintatapa, jota jo edellä havaittiin käytetyn rikosprovokaatiota koskevien ratkaisujen yhteydessä, saattaa heikentää kuvatus yleisten periaatteiden muodostaman periaatekehikon syntymistä, mutta se ei kuitenkaan sellaisenaan tee aiempia ratkaisuja merkityksettömmiksi. EIT:n tulkintakäytännölle onkin leimallista *inkrementaalisuus*, millä tarkoitetaan tapaa muuttaa vakiintunutta oikeuskäytäntöä olemassa olevaan tulkintakäytäntöön tehtävin muutoksin. Parhaimmillaan uusi tulkinta ja aiempi tulkintakäytäntö muodostavat *tulkintakasauman*, joka perustuu vahvaan periaatekehikoon eikä yksittäisten tapausten tosiseikastoon. Tällöin tulkintakäytäntöjen muutokset muodostavat selkeän ja perustellun jatkumon, jossa muutokset ja uudet tulkinnat linkittyvät loogisesti toisiinsa.¹⁰⁸

Viljasen mukaan EIT on kuitenkin ajoittain käyttänyt distinktiotekniikkaa sillä tavoin, että voidaan perustellusti epäillä, onko kyse aidosti uudesta ja aiemmasta käytännöstä eroavasta tulkinnasta. Näissä tapauksissa distinktiotekniikkaa on käytetty ennemminkin tekosyynä tulkinnan aloittamiselle ”puhtaalta pöydältä”. EIT:n muuttaessa mieltään jostain kysymyksestä voidaankin juuri distinktion avulla pyrkiä pehmentämään tulkintamuutosten dramaattisuutta.¹⁰⁹ Vaikka

¹⁰⁵ Pekkanen 1991, s. 360. Ks. myös Emmerson et al. 2007, s. 78–79 sekä Merrills 1993, s. 81–84. Merrills on tässä yhteydessä viitannut myös valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen 31 artiklan 3 b-kohdan asettamiin vaatimuksiin.

¹⁰⁶ Pitkänen 2013, s. 61.

¹⁰⁷ Merrills 1993, s. 80–81.

¹⁰⁸ Jukka Viljanen 1998, s. 256. Ks. myös Aarnio 2011, s. 75 ja Jukka Viljanen 2003, s. 59–61, 111, 116–118 ja 161. Viljanen on maininnut inkrementaalisen lähestymistavan yhdeksi distinktiotekniikan muodoksi. Hän on tosin väitöskirjassaan käyttänyt inkrementaalisuuden käsitettä varsin negatiivisessa yhteydessä kuvaamassa oikeuskäytännön muutoksista aiheutuvaa sekavuutta. Ks. myös Timonen 1999, s. 129, jonka mukaan distinktiolla (erilaistaminen) tarkoitetaan menetelmää, jossa osoitetaan aiemman tapauksen ja käsiteltävän tapauksen tosiseikkojen välillä sellaista eroavuutta, jolla ratkaisija voi perustella irtautumisen aiemmasta ennakkopäätöksestä tai -päätöksistä.

¹⁰⁹ Jukka Viljanen 2003, s. 123 ja 127. Argumentaatioteorian näkökulmasta tällainen distinktiotekniikan käyttö edustanee eräänlaista historiasta oppimisen mallia. Aiempaan tulkintaan liittyviä ei-

EIT onkin pyrkinyt rakentamaan ratkaisujen jatkumoa ja hyödyntämään tarvittaessa kuvattua distinktiotekniikkaa, se ei kuitenkaan ole sidottu aiempiin ratkaisuihinsa. Siten on mahdollista, että EIT yksinkertaisesti haluaa korjata virheensä ja muuttaa mieltään. Joskus EIT lausuu julki kantansa muutokseen, mutta toisinaan se on jättänyt yksinkertaisesti viittaamatta aiempiin erilaisiin ratkaisuihinsa.¹¹⁰

Käytännössä lienee kuitenkin vaikea arvioida, milloin analogisia tapauksia on käsitelty eri tavoin (jollei sitä ole selkeästi ilmaistu). Kuten Aarnio on analogia-avaimen käsitettä hyödyntäen todennut, ”kaksi tapausta voivat olla keskenään analogisia ainoastaan johonkin avaimen nähden. Avain taas ei ole objektiivinen, esimerkiksi havainnolla todennettavissa oleva asia.” Analogiasuhde on ainakin osittain arvostuksenvarainen asia.¹¹¹ Klami on muotoillut asian hieman toisin ja todennut tosiasioiden yhtäläisestä arvostamisesta johtuvan teleologian muodostavan samanlaisen käsittelyn perusteen – eli juuri analogia-avaimen.¹¹²

Jakson päätteeksi on syytä tuoda esille Lavapuron näkemykset siitä, mikä merkitys EIT:n tulkintaperiaatteille tulee antaa, kun *kansalliset tuomioistuimet* soveltavat EIS:ää. EIT:n noudattama *evolutiivisdynaaminen* tulkintatapa edellyttää kansallisista tuomioistuimilta kykyä tulkita EIS:ää ratkaisuhetkien olosuhteiden perusteella eikä esimerkiksi sen perusteella, mikä tilanne oli EIT:n antaessa edellisen käsiteltävän asian kannalta relevantin ratkaisun. Erityisesti tämä korostuu asiaryhmissä, ”joissa EIT:n oikeuskäytäntö on selvästi ollut herkkä jäsenvaltioissa tapahtuville yhteiskunnallisille muutoksille.” Käytännössä tämä saattaa edellyttää tuomioistuimilta muun muassa oikeusvertailevan metodin käyttöä. Esimerkkinä Lavapuro on maininnut transseksuaalin henkilön oikeudet ja ratkaisun KHO 2009:15. Tosin Lavapuron mukaan KHO juuri ratkaisuhetkellä vaihtoi evolutiivisen tulkintametodin valtion harkintamarginaali -oppiin, vaikka edellä mainitun soveltaminen olisi ollut ihmisoikeussopimuksen tarkoituksen ja päämäärän valossa hyväksyttävää ja ilman kansallisia esteitä.¹¹³ Mitä tulee valintaan mainittujen tulkintametodien välillä, Lavapuro on yleisemminkin kehottanut välttämään harkintamarginaalioppia viitaten erityisesti kansainvälisten sopimusten asemaan minimistandardina. Hän on katsonut PL 22 §:n velvoittavan tuomio-

toivottuja seurauksia halutaan välttää, eivätkä tilanteet muutoin ole niin erilaisia, että ei-toivotuilta seurauksilta tässä tapauksessa välttyttäisiin, joten tulkintaa halutaan muokata. Ks. tästä Alexy 1989a, s. 239.

¹¹⁰ Merrills 1993, s. 12–16. Valvontajärjestelmä on toki muuttunut Merrillsin tekstin jälkeen, eivätkä esimerkiksi toimikunnan ja tuomioistuimen erilaiset kannat samoissa asioissa enää ole mahdollisia.

¹¹¹ Aarnio 1989a, s. 244–245. Ks. myös Makkonen 1998, s. 124.

¹¹² Klami 1999, s. 11–12.

¹¹³ Lavapuro 2011, s. 475–477.

istuimet määrittämään tätä minimitasoa parempaa tasoa ja tarvittaessa tulkitsemaan EIS:n takaamia oikeuksia laajentavasti suhteessa aiempaan käytäntöön.¹¹⁴ Kiteyttäen voidaan todeta, että tulkittaessa EIS:ää se on nähtävä kokonaisuutena, ja yksittäisiä sopimusmääräyksiä tulkittaessa niille tulee antaa sisältö, joka ei johda ristiriitaan muiden sopimusmääräysten kanssa ja antaa sopimuskokonaisuudelle järjellisen sisällön.¹¹⁵ Osa yksittäisen sopimusmääräyksen tulkintavaihtoehtoista saattaa rajautua pois muiden sopimusmääräysten hyväksi.

Kansallisten tuomioistuinten perusoikeuksiin nojautuva evolutiivinen tulkinta sekä avoin ja perusteltu ihmisoikeusargumentointi vaikuttavat koko ihmisoikeusjärjestelmän tasolla merkityksellisten standardien muodostumiseen ja sisältöön.¹¹⁶ Ajan kuluessa jonkin oikeuden soveltamisesta jäsenvaltioissa saattaa tulla niin vakiintunutta, että on perusteltua puhua ”yleiseurooppalaisesta standardista.” Tällaisen standardin muodostuminen ja soveltaminen käytäntöön supistaa vastaavasti kansallista harkintamarginaalia. Ervon sanoin ”[y]leiseurooppalaisen standardin muodostamme muiden mukana me itse, ja kansallinen harkintamarginaali on meille delegoitua päätösvaltaa. Nämä mahdollisuudet on muistettava hyödyntää”.¹¹⁷

Kriittisen oikeuspositivismin näkökulmasta kyse on siitä, että kansallisissa järjestelmissä oikeuden pintatasolla muodostuvat periaatteet painuvat – sedimentoituvat – oikeuden alempiin kerroksiin ja riittävän kansainvälisen konsensuksen vallitessa voivat muodostua uusiksi ihmisoikeusperiaatteiksi. Tästäkin syystä kansallisten tuomioistuinten tulisi tulkinnallisista haasteista huolimatta pyrkiä myös tilanteissa, joissa EIT:n soveltamiskäytäntöä ei ole, subsidiariteetti-periaatteen mukaisesti itse ratkaisemaan ongelma ja tulkitsemaan EIS:ää siten, että oikeudet toteutuisivat mahdollisimman täysimääräisesti.¹¹⁸ Tehtävä ei kui-

¹¹⁴ Lavapuro 2011, s. 478–479. Kyse ei Lavapuron mukaan kuitenkaan ole tuomioistuinaktivismita, vaan päinvastoin perustuslaissa säädetyn velvollisuuden noudattamisesta. Toisaalla artikkelissaan Lavapuro on tähdentänyt, että *harkintamarginaalioppia* ei voida soveltaa kansallisissa tuomioistuimissa, eli ne eivät voi ”vedota valtion harkintamarginaaliin perusteena ihmisoikeuksien rajoittamiselle siitä tasosta, johon ne kansallisen oikeusjärjestyksen puitteissa muuten voisivat perus- ja ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan varassa perustellusti päätyä”. Ks. tästä Lavapuro 2011, s. 469–470.

¹¹⁵ Danelius 2007, s. 47 ja Jukka Viljanen 2003, s. 111–112.

¹¹⁶ Lavapuro 2011, s. 479 ja Ervo 2008, s. 18.

¹¹⁷ Ervo 2008, s. 17. Samantyyppisiä mahdollisuuksia standardien muodostumiseen on myös kansallisella tasolla perusoikeusjärjestelmän (valtiosääntöoikeuden) ja eri oikeudenalojen välisessä keskustelussa, jolla voidaan varmistaa ”perusoikeusjärjestelmän tasapainoinen kehitys.” Ks. tästä Länsineva 2004, s. 283–284. Ks. myös Jukka Viljasen (2003, s. 131) pohdinta siitä, mikä on eurooppalaisen konsensuksen ja evolutiivisen tulkinnan suhde.

¹¹⁸ Ervo 2008, s. 17–18. Ks. myös Ojanen 2005, s. 1222. EIS 13 artiklan voidaan katsoa velvoittavan ratkaisujen etsimiseen kansallisella tasolla. Ks. tästä Danelius 2007, s. 33 ja Pekkanen 1999, s. 1066–1068. EIS 13 artiklan (Oikeus tehokkaaseen oikeussuojakeinoon) nojalla ”[j]okaisella, jonka tässä yleissopimuksessa tunnustettuja oikeuksia ja vapauksia on loukattu, on oltava käytet-

tenkaan ole helppo, sillä vaikka EIS määrittää erityisesti ihmisoikeuksien vähimmäistason, ei myöskään ihmisoikeussopimuksen EIT:n tulkintaa tiukempi kansallinen tulkinta ole ongelmaton. Seurauksena saattaa olla kaksoisstandardin muotoutuminen, joka puolestaan voi johtaa *loogisuusongelmaan*, kun jotakin toimenpidettä väitettäisiin kansallisesti EIS:n vastaiseksi vastoin EIT:n omaksumaa tulkintaa.¹¹⁹

1.2.1.4 EIT:n ratkaisukäytäntö oikeuslähteenä

EIT:n ratkaisujen sijoittaminen aiemmin viitattuun oikeuslähteiden kolmijakoon ei ole täysin yksiselitteistä. Osa oikeustieteen kannanotoista viittaa ratkaisujen sitovaan luonteeseen ja siten vahvaan velvoittavuuteen, osa taas ennemminkin korkeimman oikeuden ratkaisuihin rinnastettavaan heikkoon velvoittavuuteen. Luokittelu ei tietenkään ole itsetarkoitus, mutta sen merkitys kiteytyy kysymykseen, voidaanko EIT:n ratkaisuista poiketa.

Lähtökohtaisesti voitaneen pitää selvänä, että yksittäistapauksissa EIT:n ratkaisut sitovat asiaan osallisia valtioita.¹²⁰ Yleisemmin kansainvälisten valvontaelinten, kuten EIT:n, ratkaisut sisältävät Scheininin mukaan ”informaatiota sopimusmääräysten sisällöstä”, mutta eivät Suomessa sovellettavia oikeusnormeja. Scheininin termistössä kyse on siis tulkintaa ohjaavista standardeista. Päätöksen koskiessa Suomea sen tosiasiallinen ohjaava vaikutus on suurempi kuin muita valtioita koskevien ratkaisujen, mutta periaatteellista eroa vaikutustavoissa ei ole.¹²¹ Standardiajattelua näyttäisi edustavan myös Tolonen, joka on rinnastanut EIT:n ratkaisujen perustelujen (erotettuna konkreettisen tapauksen ratkaisusta) merkityksen lähtökohtaisesti korkeimpien kansallisten tuomioistuinten ratkaisuihin. Toisin sanoen niillä ei ole velvoittavaa vaikutusta, mutta niiden tosiasiallinen vaikutus on huomattava. Tätä suurempi sitovuus olisi Tolosen mukaan ”ehdottomasti oikeuskulttuurillemme vieras ilmiö” ja ”vallanjakoa koskevien oikeusperiaatteittemme vastainen”.¹²² Myöskään perusoikeuskomitea ei pitänyt EIT:tä ”toimivaltaisena asettamaan uusia Suomea ja Suomessa velvoittavia ihmisoikeusnormeja”, mutta se piti ratkaisukäytännön tuntemista tärkeänä, koska

tävissään tehokas oikeussuojakeino kansallisen viranomaisen edessä siinäkin tapauksessa, että oikeuksien ja vapauksien loukkauksen ovat tehneet virantoimituksessa olevat henkilöt”.

¹¹⁹ Ks. tästä Viljanen 2001, s. 290–291 ja Ojanen 2005, s. 1221. Ks. myös jo Pellonpää 1994, s. 3–4.

¹²⁰ Ks. esim. Huovila 2005, s. 34.

¹²¹ Scheinin 1991, s. 282 ja 285. Ks. myös Rosas 1993, s. 40.

¹²² Tolonen 2003, s. 126–127.

”[i]hmisoikeussopimuksella perustettu kansainvälinen valvontaelin on sopimuksen määräysten arvovaltaisain tulkitsija”.¹²³

Jukka Viljanen on vuonna 1998 katsonut EIT:n ratkaisukäytännön merkityksen olevan nimenomaan periaatteiden (esimerkiksi suhteellisuusperiaate) ja niihin liittyvien mallien siirtämisessä kansalliseen lainsoveltamiskäytäntöön sekä toisaalta ihmisoikeuksien vähimmäistason sovittamisessa (yksittäistapauksissa) kansalliseen käytäntöön. Sitä vastoin EIT:n ratkaisukäytäntö tarjoaa vain harvoin valmiita malleja kansallisiin lainkäyttötilanteisiin.¹²⁴ Sanotusta huolimatta EIT:n ratkaisuista muodostettava periaatekehikko voi myös kansallisessa lainsoveltamisessa auttaa määrittämään, mitä jokin perus- ja ihmisoikeus pitää sisällään ja millä perusteilla sitä voidaan rajoittaa. Vasta tällaisessa yleisen tason pohdinnassa määritettävä kansallinen oikeustila muodostaa normipremissin tapauskohtaiselle ratkaisulle. Perus- ja ihmisoikeusratkaisujen selostaminen ilman yleisen periaatekehikon muodostamista ei edusta parasta mahdollista lainsoveltamista.¹²⁵ Väitöskirjassaan vuodelta 2003 Jukka Viljanen näyttäisi edustavan eräänlaista välittävää kantaa, jossa tuomioiden vaikutus on tapauskohtaista. Joissakin tilanteissa EIT:n tulkintaa sovelletaan kansallisissa tuomioistuimissa suoraan sellaisenaan, kun taas osa ratkaisuista on tyypillisesti rutiiniratkaisuja ilman suurempaa vaikutusta ko. tapauksen ulkopuolella.¹²⁶

Kuten todettua, aiemman tapausaineiston merkityksen korostuminen on tyypillistä EIT:n ratkaisukäytännölle. Ennen toisiaan vastaavien perus- ja ihmisoikeuksien tulkinnan harmonisointia on aiheellista kiinnittää huomiota eri käsitteiden määrittelyyn ja siihen, miltä osin tulkintakannanotot ovat ympäristösidonnaisia ja miltä osin universaaleja. Jukka Viljasen mukaan esimerkiksi oppi valtion harkintamarginaalista on nimenomaan ylikansallisen tulkintaympäristön osa. Edelleen Viljanen on katsonut, että EIT:n ratkaisujen käyttökelpoisuutta vähentää jossain määrin myös perustelujen epätäsmällisyys ja se, että jotkin tulkintakysymykset jätetään tietoisesti ratkaisematta.¹²⁷

¹²³ KM 1992:3, s. 156.

¹²⁴ Jukka Viljanen 1998, s. 257. Ks. myös Ervo 2005, s. 11. Suhteellisuusperiaatteen merkityksestä ks. esim. Danelius 2007, s. 49–50. Danelius on esimerkkinä suhteellisuusperiaatteen soveltamisalueista maininnut mm. EIS 8–11 artiklojen välttämättömyysvaatimuksen, jonka osana tai lisänä suhteellisuusperiaate toimii.

¹²⁵ Ks. Jukka Viljanen 1998, s. 270.

¹²⁶ Jukka Viljanen 2003, s. 39.

¹²⁷ Jukka Viljanen 1998, s. 259 ja Jukka Viljanen 2003, s. 52. Samoin Ojanen – Scheinin 2011a, s. 194. Kirjoittajien mukaan ”[o]ppi harkintamarginaalista ei ole tuotavissa kansallisen oikeusjärjestyksen sisälle”, vaan se liittyy vaatimukseen valtiosisäisten oikeussuojamekanismien ensisijaisuudesta suhteessa kansainvälisiin valitusmekanismeihin. Ks. myös Jukka Viljanen 2003, s. 247–251 ja Emmerson et al. 2007, s. 119–121. Ks. EIS 10 artiklaan liitetystä harkintamarginaalista myös Pekkanen 1997 (erit. s. 647–649). Pekkanen puhuu kirjoituksessaan rinnakkain sekä valtion että kansallisten viranomaisten harkintavallasta tekemättä näiden välille erityistä eroa.

Edellä mainittujen kirjoittajien jälkeen EIT:n ratkaisut on tyypillisesti nähty oikeudellisesti enemmän tai vähemmän sitoviksi. Siltala on muun muassa oikeusvaltioperiaatteeeseen viitaten katsonut *vahvasti velvoittavaksi* eli korkeaa oikeudellista ratkaisuarvoa omaaviksi oikeuslähteiksi EIT:n ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, jotka oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa rinnastuvat vaikutukseltaan kansalliseen perustuslakiin tai vähintäänkin kansalliseen lainsäädäntöön. Perustuslain ja keskeisten ihmisoikeusnormien kollisiotilanteessa mainitut yleiset oikeusohjeet menevät jopa perustuslain edelle.¹²⁸ EIT:n ratkaisujen vahva velvoittavuus edellyttää ”riittävän yhtenäistä ja vakiintunutta yleiseurooppalaista oikeuskäytäntöä”.¹²⁹ Siltala on maininnut tältä osin esimerkkinä muun muassa EIS 6 artiklan kannalta keskeiset ratkaisut.¹³⁰ Suurelta osin EIT:n ratkaisuista ilmenevissä oikeusohjeissa on Siltalan termistössä kuitenkin kyse ohjeellisista oikeuslähteistä¹³¹, joiden joukkoon Siltalalla kuuluvat myös lainvalmisteluaineisto, kansalliset prejudikaatit ja muut viranomaiskäytäntöä yhtenäistävät viranomaispäätökset.¹³² Samoin Huovilan mukaan ”ratkaisujen pohjalta yleistettävät periaatteet lienevät karkeasti arvioiden velvoittavuudeltaan EIS:n eli tavalisen lain tasolla”.¹³³ Oikeuslähteiden keskinäisessä järjestyksessä hän on pitänyt EIT:n ratkaisukäytäntöä velvoittavampana oikeuslähteenä kuin esimerkiksi lain esitöitä.¹³⁴

Aivan uusimmassa oikeuskirjallisuudessa Scheinin ja Ojanen ovat todenneet EIT:n ratkaisujen olevan *oikeudellisesti sitovia*. Kirjoittajat ovat katsoneet, että sitoutumalla ihmisoikeussopimukseen ja EIT:n toimivaltaan Suomi on hyväksynyt, että ihmisoikeussopimusten sisältö määräytyy juuri EIT:n ratkaisukäytännössä. Tuomioistuimilla ja viranomaisilla on siis velvollisuus ottaa EIT:n ja muiden kansainvälisten valvontaelinten ratkaisukäytäntö huomioon.¹³⁵ Toisaalta Jyrängin ja Husan mukaan edes ratkaisujen *yleistykset* eivät ole pakottava oi-

¹²⁸ Siltala 2004, s. 417–418. Ks. myös Siltala 2004, s. 420–421.

¹²⁹ Siltala 2004, s. 419. Ks. myös Siltala 2004, s. 422–423.

¹³⁰ Siltala 2004, s. 418.

¹³¹ Siltala 2004, s. 422. Tosin osa EIT:n ratkaisuista voi kuulua myös ”mahdollisten muiden oikeuslähteiden” joukkoon. Tämä on tilanne, jos ratkaisusta ilmenevällä yleisellä oikeusohjeella ”ei ole ainakaan välitöntä sovellettavuutta Suomen oikeudessa”. Ks. myös Siltala 2004, s. 427, jossa hän on todennut, että ”dynaamista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa noudattavat oikeuslähteet voivat sijoittua mihin tahansa aarniolaisen oikeuslähdeopin kolmesta velvoittavuuskategoriasta”.

¹³² Siltala 2004, s. 422–423.

¹³³ Huovila 2005, s. 34.

¹³⁴ Huovila 2005, s. 41.

¹³⁵ Ojanen – Scheinin 2011a, s. 178. Ks. myös Helminen et al. 2012a, s. 8, jossa kirjoittajat ovat todenneet EIT:n samoin kuin KKO:n ratkaisujen toimivan lain esitöiden tavoin *tulkintaperusteina*. *Tulkintavaikutukseen* on ulkomaisessa kirjallisuudessa viitannut myös Ashworth 2009, s. 50. Ashworth on pitänyt selvänä, että Englannin Human Rights Actin 2 §:n nojalla EIT:n ratkaisut eivät ole sitovia.

keuslähde eivätkä ne ilman muuta sido sopimusvaltioita. Kirjoittajat ovat rinnastaneet niiden merkityksen lähinnä valtiosisäisiin korkeimpien oikeuksien prejudikaatteihin.¹³⁶ Viimeksi mainitut kirjoittajat edustavat siten vielä rajoittavampaa kantaa kuin Siltala ja Huovila.

Joka tapauksessa voidaan yhtyä Siltalan havaintoon, jonka mukaan Suomessa on muun muassa EIT:n ratkaisukäytännön merkityksen kasvun myötä siirrytty ”kohden vahvemmin prejudikaattiperusteista käsitystä oikeudesta”.¹³⁷ Tämän seurauksena yksittäisten ratkaisujen sisältämien yleisten oikeusohjeiden eristäminen edellyttää tutkijalta ns. *ratio decidendi* -opin omaksumista. Makkosen mukaan *ratio decidendi* tarkoittaa ”sitä varsinaista periaatetta tai ideaa, johon ratkaisu perustuu ja joka muodostaa sen pohjana olevan yleisen säännön”. Ollakseen ennakkopäätös tämän *ratio decidendi* on löydettävä. Sen merkityksen ennakkopäätösten tulkinnassa on katsottu rinnastuvan lain tarkoitukseen (*ratio legis*) kirjoitetun lain tulkinnassa.¹³⁸ Käytännön ratkaisutoiminnan kannalta olennaista on Siltalan mukaan juuri yleisen oikeusohjeen eli varsinaisen prejudikaattinormin, johon termi *ratio decidendi* viittaa, erottaminen ”ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) sanotussa ratkaisussa sekä prejudikaattinormin soveltaminen käsillä olevaan uuteen tosiseikastoon”.¹³⁹ Siltala on kuvannut vallitsevaa oikeuslähdeopillista tilaa toteamalla, että

”suomalaisen tuomarin sekä institutionaaliseen tulkintaideologiaan sitoutuneen lainopin tutkijan oikeuslähdeopin runkona on parlamentaarisen lainsäädännön ja vastaavien institutionaalisten oikeuslähteiden velvoittavuus, jonka lomaan erilaiset dynaamiset, lainsäädäntöä vahvemmin tilannesidonnaiset oikeuslähteet asettuvat”.¹⁴⁰

1.2.1.5 Eräitä huomioita rikostorjunnan näkökulmasta

Kansainvälistymiskehityksestä huolimatta on lähtökohtaisesti selvää, että itsenäisillä valtioilla on lähtökohtaisesti rikosoikeudellinen toimivalta alueellaan tapahtuneiden rikosten osalta ja oikeus päättää itsenäisesti alueellaan sovellettavasta rikoslainsäädännöstä. Toisaalta kansainväliset sitoumukset rajoittavat tätäkin valtioiden oikeutta. Esimerkkinä voidaan mainita pakottavaa kansainvälistä

¹³⁶ Jyränki – Husa 2012, s. 379.

¹³⁷ Siltala 2004, s. 414. Myös Ojanen on arvioinut, että EIT:n (ja EY-tuomioistuimen) merkittävä rooli oikeuden sisällön muotoutumisessa on nostanut kansallisten tuomioistuinratkaisujen painoarvoa oikeuslähteenä. Kehitystä on toki edesauttanut joustavien normien ja yleislausekkeiden lisääntynyt käyttö lainsäädännössä. Ks. tästä Ojanen 2005, s. 1214.

¹³⁸ Makkonen 1998, s. 100–101. Ks. myös Tolonen 2003, s. 128–132.

¹³⁹ Siltala 2004, s. 415. Ks. myös Huovila 2005, s. 42.

¹⁴⁰ Siltala 2004, s. 415. Ks. myös Tolonen 2003, s. 127. Tolosen mukaan Suomi ei ole sitoutunut ns. *ratio decidendi* -oppiin.

oikeutta edustava kidutuksen kielto.¹⁴¹ Rikosoikeudenkaan alueella ihmisoikeuksien vaikutukset eivät kohdistu ainoastaan lainsäätäjään. Raimo Lahti onkin korostanut sitä, kuinka tärkeää perus- ja ihmisoikeuksien ja erityisesti EIS 2 artiklan huomioon ottaminen on sovellettaessa käytäntöön uudistettuja ja suojattavien etujen piirin osalta laajennettuja hätävarjelu- ja pakkokeinosäännöksiä.¹⁴² Tältä osin EIT on itse lausunut roolistaan seuraavasti (kursivointi tässä):

”The Court must be especially vigilant in cases where violations of Articles 2 and 3 of the Convention are alleged... When there have been criminal proceedings in the domestic courts concerning such allegations, it must be borne in mind that criminal law liability is distinct from the State’s responsibility under the Convention. The Court’s competence is confined to the latter. Responsibility under the Convention is based on its own provisions which are to be interpreted in the light of the object and purpose of the Convention, taking into account any relevant rules or principles of international law. *The responsibility of a State under the Convention, arising from the acts of its organs, agents and servants, is not to be confused with the domestic legal issues of individual criminal responsibility under examination in the national criminal courts.* The Court is not concerned with reaching any findings as to guilt or innocence in that sense...”¹⁴³

Vaikka sekä jo poliisilakityöryhmän mietintöön 1989:25 että hallituksen esitykseen 57/1994 vp sisältyi erillinen jakso, jossa ehdotuksia arvioitiin ihmisoikeus-sopimusten näkökulmasta¹⁴⁴, voidaan todeta, että vasta poliisin toimivaltasääntelyn kokonaisuudistuksen myötä ihmisoikeusnäkökohdat ovat nousseet perusoikeusnäkökohtien rinnalle keskeisiksi lainsäätäjän työn raamittajiksi. Hallituksen esityksessä 222/2010 vp on arvioitu EIT:n ratkaisulla olevan tärkeää merkitystä ”lainsäädännön asianmukaisuutta ja lainsäädäntötarpeita arvioitaessa”¹⁴⁵, ja edelleen on todettu EIS:n korostaneen tarvetta esitutinnan asianosaisten sekä laajemminkin poliisin toimenpiteiden kohteeksi joutuneiden henkilöiden oikeuksien huomioon ottamiseen.¹⁴⁶

Konkreettinen ja tuore esimerkki EIT:n ratkaisujen vaikutuksesta kansalliseen toimivaltasääntelyyn liittyy henkilön oikeuteen saattaa kotietsintä tuomioistuinten tutkittavaksi. EIT antoi 15.2.2011 kaksi asiaan liittyvää Suomea koskevaa

¹⁴¹ Nuotio – Majanen, s. 31.

¹⁴² Lahti 2003, s. 149.

¹⁴³ Giuliani and Gaggio v. Italy -ratkaisun kohta 182.

¹⁴⁴ KM 1989:25, s. 26–27 ja HE 57/1994 vp, s. 30–31. Parlamentaarisen poliisikomitean mietinnössä vuodelta 1986 EIS:n vaikutuksia ei vielä arvioitu.

¹⁴⁵ HE 222/2010 vp, s. 26.

¹⁴⁶ HE 222/2010 vp, s. 12. Ks. myös HE 224/2010 vp, s. 7. Ajan kuluessa tilanne on joka tapauksessa merkittävästi muuttunut siitä, mitä Jukka Viljanen kuvasi vuonna 1998. Viljanen totesi, että ”[h]allituksen esityksissä on varsin harvoin käytetty perusteluissa nimeltä mainittua yksittäistä ihmisoikeusvalitusta ja sitä koskevaa tulkintakannanottoa”. Ks. tästä Jukka Viljanen 1998, s. 265.

ratkaisua (Harju v. Suomi ja Heino v. Suomi), joiden johdosta pakkokeinolaki uudistettiin siten, että jo 1.8.2011 tuli voimaan PKL 5 luvun 7 a §, jonka nojalla kotietsinnän edellytykset ja menettely kotietsinnällä voidaan saattaa tuomioistuinten arvioitavaksi.¹⁴⁷

Perustuslakivaliokunta on mainitusta hallituksen esityksestä antamassaan lausunnossa 66/2010 vp todennut, että hallituksen esityksessä on laajalti selvitelty perus- ja ihmisoikeuskysymyksiä mm. EIT:n ja ylimpien laillisuusvalvojen ratkaisukäytännön kautta. Perustuslakivaliokunta on kuitenkin kritisoinut sitä, että esityksessä ei ole selvitelty tele- ja teknisten pakkokeinojen vaikutusta yksilöiden ja yhteiskunnan turvallisuuteen eikä toisaalta oikeusturva- ja valvontajärjestelmien riittävyttä.¹⁴⁸ Erityisen merkitykselliseksi EIT:n ratkaisujen merkitys onkin katsottu juuri salaisten pakkokeinojen osalta. Toimenpiteiden luonteesta johtuen ratkaisuissa on edellytetty korostettua lakisidonnaisuutta, toissijaisuuden vaatimusta ja jälkikäteisen valvonnan tärkeyttä.¹⁴⁹ Huomattavan suurta merkitystä EIT:n ratkaisukäytännöllä on ollut myös laillisen peitetoiminnan rajoja määritettäessä.¹⁵⁰

Poliisitoiminnan ja yleisemmin rikosprosessin osalta on syytä jo tässä yhteydessä kiinnittää huomiota myös hallintovaliokunnan mainitusta hallituksen esityksestä antamaan lausuntoon, jossa se on todennut eurooppalaisen oikeusjärjestelmän ja EIT:n roolin osalta, että on

”tärkeää selvittää eri maissa käytössä olevien oikeusturvakeinojen osalta yksittäisten oikeusturvakeinojen lisäksi laillisuusvalvontajärjestelmän kokonaisuus, jotta kyetään asianmukaiseen argumentointiin esimerkiksi ihmisoikeustuomioistuimessa. Historiallisista, koulutuksellisista ja oikeusturvajärjestelmän rakenteellisista syistä johtuen on ymmärrettävää ja selvää, ettei kaikkialla Euroopassa voida oikeusturvasyistä antaa esitutkintaviranomaisille meidän järjestelmäämme vastaavia tehtäviä ja valtuuksia.”¹⁵¹

Tämä liittyy hyvin keskeisesti käsitteistä päättämisen välttämiseen ja ylipäättään tarpeeseen ymmärtää eri termien taakse kätkeytyvä todellisuus.

¹⁴⁷ PeVL 66/2010 vp, s. 6. Ks. myös LaVM 44/2010 vp, s. 19–21. Hallituksen esityksessä 222/2010 vp on viitattu EIT:n ratkaisukäytäntöön myös esimerkiksi poliisirikosten tutkinnan osalta (s. 32), esteellisyysskysymysten osalta (s. 37), esitutkinta-aineiston kääntämisen osalta (s. 54), vapaudenriiston määritelmän osalta (s. 85), takavarikkomenettelyjen osalta (s. 99), kotietsintämenettelyjen osalta (s. 103–104) ja peitetoiminnan osalta (s. 388, ks. myös HE 224/2010 vp, s. 46–47).

¹⁴⁸ PeVL 66/2010 vp, s. 3. Ks. myös LaVM 44/2010 vp, s. 7.

¹⁴⁹ HE 222/2010 vp, s. 114. Erityisesti salaisten tiedonhankintakeinojen käyttöön voidaan johtaa EIT:n ratkaisuista yleinen vaatimus siitä, että niiden käyttö on ”välttämätöntä demokraattisen yhteiskunnan suojaamiseksi”. Tätä täydentää vaatimus riippumattomasta jälkikäteisvalvonnasta. Ks. tästä HE 224/2010 vp, s. 31.

¹⁵⁰ HE 222/2010 vp, s. 129–131.

¹⁵¹ HaVL 50/2010 vp, s. 5.

1.2.2 KP-sopimus

KP-sopimus hyväksyttiin YK:n yleiskokouksen toimesta vuonna 1966, ja riittävän määrän valtioita ratifioitua sen sopimus tuli voimaan 23.3.1976. KP-sopimuksen lisäpöytäkirjoineen on katsottu yhdessä TSS-sopimuksen kanssa hyvin pitkälti saattaneen oikeudellisesti sitovaan muotoon Julistuksessa taatut ihmisoi-
keudet.¹⁵²

KP-sopimus on luonteeltaan ensimmäisen sukupolven ihmisoikeuksia suojaava sopimus. Se takaa yksilölle yhtäältä vapauksia valtiosta (*from the state*) ja toisaalta poliittisia demokraattisia oikeuksia suhteessa valtioon (*to the state*).¹⁵³ Oikeuksien tausta on klassisen liberalismin vapauskäsityksessä, jossa vapauksilla tarkoitettiin nimenomaan vapautta valtiosta, ja valtion tehtävänä oli lähinnä suojata yksilöitä rikollisuudelta ja sodalta. KP-sopimuksen kiinteä yhteys TSS-sopimukseen on kuitenkin korostanut valtioiden velvollisuutta ryhtyä positiivisiin toimiin myös näiden oikeuksien turvaamiseksi.¹⁵⁴ KP-sopimuksen ei olekaan syytä katsoa ilmentävän ainoastaan perinteistä käsitystä valtiosta järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitäjänä, vaan sopimusta tulkittaessa se pitää nähdä osana KP-sopimuksen ja TSS-sopimuksen muodostamaa kokonaisuutta.¹⁵⁵ Valtioiden velvollisuus varmistaa aktiivisin toimin KP-sopimuksen tehokas täytäntöönpano voidaan johtaa sopimuksen 2 artiklasta, jonka 1 ja 2 kappaleet kuuluvat seuraavasti:

”1. Jokainen sopimusvaltio sitoutuu kunnioittamaan ja takaamaan jokaiselle alueellaan olevalle ja oikeuspiiriinsä kuuluvalla yksilölle tässä yleissopimuksessa tunnustetut oikeudet ilman minkäänlaista rotuun, ihonväriin, sukupuoleen, kieleen, uskontoon, poliittiseen tai muuhun mielipiteeseen, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, omaisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää.

2. Jokainen valtio sitoutuu perustuslakiensa mukaisessa järjestyksessä ja tämän yleissopimuksen määräysten mukaisesti ryhtymään tarpeellisiin toimenpiteisiin toteut-
taakseen lainsäädännöllä tai muulla tavalla tässä yleissopimuksessa tunnustetut oikeudet, jotka eivät jo ole voimassa.”¹⁵⁶

¹⁵² Hanski – Scheinin 2007, s. 1. Mainittujen kolmen asiakirjan on todettu muodostavan ”*International Bill of Human Rights*” -asiakirjan. Ks. tästä Nowak 2005, s. XIX. KP-sopimuksen syntyhistoriasta laajemmin ks. Nowak 2005, s. XXII–XXIV.

¹⁵³ Nowak 2005, s. XX.

¹⁵⁴ Eriksson – Scheinin 1988, s. 95. Rikosoikeudellisesta kirjallisuudesta ks. Honkasalo 1965, s. 39–40.

¹⁵⁵ Nieminen 1988, s. 24–25.

¹⁵⁶ Ks. myös Hanski – Scheinin 2007, s. 3.

Artikla osoittaa myös sen, että ihmisoikeuksien turvaaminen on ensisijaisesti kansallinen asia.¹⁵⁷

KP-sopimuksen merkittävimpana ominaisuutena suhteessa sitä edeltäneeseen Julistukseen voidaan pitää sen oikeudellisesti sitovaa luonnetta, mikä ilmenee muun muassa siinä, että lainsäätäjään kohdistuvien velvoitteiden lisäksi valtion on huolehdittava, että virkamiehet tuntevat ja soveltavat sopimuksen määräyksiä vähimmäisvelvoitteina.¹⁵⁸ Vähimmäistason saavuttaminen valtionsisäisesti ei kuitenkaan ole riittävää, vaan ”valtiolla on pysyvä oikeudellinen velvollisuus parantaa oikeuksien toteutumisen tasoa”.¹⁵⁹ Tämä velvollisuus on ilmaistu myös YK:n piirissä syntyneessä poliisia koskevassa *soft law* -aineistossa. *Code of Conduct* -asiakirjan 8 artiklaa koskevassa kommentaarissa on todettu:¹⁶⁰

”This Code shall be observed whenever it has been incorporated into national legislation or practice. If legislation or practice contains stricter provisions than those of the present Code, those stricter provisions shall be observed.”

KP-sopimuksen soveltamista valvoo ihmisoikeuskomitea, joka 40 artiklan nojalla ottaa vastaan sekä arvioi määräajoin toimitettavia kertomuksia jäsenvaltioilta ja antaa soveltamiskäytäntöä koskevia huomautuksia (*General Comments*). Lisäksi se käsittelee yleissopimukseen liittyvän valinnaisen pöytäkirjan nojalla tehtyjä väitettyjä sopimusrikkomuksia koskevia yksilövalituksia.¹⁶¹ Myöskään ihmisoikeuskomitea ei ole ”neljäs oikeusaste” kansallisen lain soveltamisen eikä näytön arvioinnin osalta, vaan komitea tarkastelee väitettyjä loukkauksia nimenomaan KP-sopimuksen näkökulmasta. Tästä huolimatta *admissibility*-kriteerin (erityisesti *exhaustion of domestic remedies*) täyttämiseksi viittaamista KP-sopimuksen turvaamiin oikeuksiin jo kansallisissa prosesseissa on pidetty tärkeänä.¹⁶²

Ihmisoikeuskomitean ratkaisut (*views*) eivät ole oikeudellisesti sitovia, mutta niiden vaikutusta ei tule väheksyä. Kansainvälisen oikeuden näkökulmasta ”*the presumption should be that the Committee’s views in Optional Protocol cases*

¹⁵⁷ Nowak 2005, s. 28–29. Artikla on kuitenkin lähinnä muita materiaalisia oikeuksia täydentävä eikä valvontamenettelyssä itsenäisesti sovellettava.

¹⁵⁸ Ervo 2005, s. 7.

¹⁵⁹ Eriksson – Scheinin 1988, s. 111.

¹⁶⁰ UN 1979 8. artiklan kommentaarin a-kohta.

¹⁶¹ Ks. Hanski – Scheinin 2007, s. 1 ja 10–12. Yksilövalitusmenettelystä ks. Hanski – Scheinin 2007, s. 13–25. Suomen osalta valinnainen pöytäkirja tuli voimaan KP-sopimuksen yhteydessä 23.3.1976 (SopS 8/1976). Vuonna 2005 yli 100 valtiota oli ratifioinut 1. lisäpöytäkirjan. Ko. hetkeen mennessä yksilövalituksia oli vuodesta 1977 lähtien tehty noin 1200. Ks. tästä Nowak 2005, s. XXXIX. Laajemmin ihmisoikeuskomiteasta ks. Nowak 2005, s. 668–796 ja yksilövalitusmenettelystä Nowak 2005, s. 819–909.

¹⁶² Hanski – Scheinin 2007, s. 19 ja 22.

are treated as the authoritative interpretation of the Covenant under international law".¹⁶³ Rikkomustapauksissa komitea sopimuksen 2 artiklan 3 kohdan nojalla toteaa uhrilla olevan oikeus hyvitykseen (*effective remedy*) ja valtiolla vastaavan velvollisuuden hyvitykseen. Lisäksi komitea esittää näkemyksensä siitä, mikäli olisi tehokas hyvitys. Päätöksiin liittyy tyypillisesti myös pyyntö raportoida komitealle 90 päivän kuluessa toimenpiteistä, johon valtio on ratkaisun johdosta ryhtynyt.¹⁶⁴

KP-sopimuksen tulkinnassa lähtökohtana on valtiosopimusoikeutta koskevan Wienin yleissopimuksen 33 artiklan mukaisesti sopimuksen teksti, jonka virallisia versioita ovat kiinan-, englannin-, ranskan-, venäjän- ja espanjankieliset versiot. Muutoin tulkinnassa tulee hyödyntää kontekstuaalista, systemaattista ja teleologista tulkintaa, jossa sopimustekstin lisäksi tulee huomioon otettavaksi sopimuksen johdanto (*preamble*). Systemaattisessa tulkinnassa tulee erityisesti kiinnittää huomiota sopimuksen 5, 46 ja 47 artikloihin sekä oikeusvertailuun muiden ihmisoikeussopimusten relevantteihin osiin. Nowakin mukaan myös sopimuksen valmisteluaineisto voi olla merkityksellistä täsmennettäessä joitakin sopimuksen epämääräisiä muotoiluja. Muutoin tulkinnassa tulee noudatettavaksi ns. *liberal interpretation of rights* -periaate (*in dubio pro libertate*), rajoitusten suppea tulkinta, dynaamisuus suhteessa yhteiskunnallisiin muutoksiin sekä autonomisuus. Erityisesti huomiota on kiinnitettävä ihmisoikeuskomitean eri muodoissa (*case law*, *General comments*) tekemiin kannanottoihin.¹⁶⁵

Ainakin KP-sopimuksen II osaan (artiklat 2–5) sekä III osaan (artiklat 6–27) sisältyvien määräysten on katsottu sopimuksen voimaansaattamislain (107/1976) nojalla olevan Suomessa voimassa laintasoisina oikeusnormeina. Hallinnon lainalaisuusvaatimuksesta (PL 2 §:n 3 momentti) voidaan siten johtaa velvolli-

¹⁶³ Hanski – Scheinin 2007, s. 23. Ks. myös Nowak 2005, s. 891–895, joka puhuu ratkaisujen suuresta moraalisesta auktoriteetista, sekä Ojanen – Scheinin 2011c, s. 896–899. Viimeksi mainittujen kirjoittajien mukaan ihmisoikeuskomitean kannanottoja ei ole syytä luonnehtia suosituksiksi, vaan ne ovat ennemminkin ”oikeudellisia tulkintoja siitä, mitä velvoitteita sopimusvaltiolle asetuu itse KP-sopimuksen nojalla”. Ks. myös De Rover 1998, s. 91–93 ja 383–386.

¹⁶⁴ Hanski – Scheinin 2007, s. 23–24. Ks. myös Nowak 2005, s. 892–893 ja 896. Mainittu sopimuksen kohta kuuluu seuraavasti:

”3. Jokainen sopimusvaltio sitoutuu:

a) varmistamaan, että jokaisella henkilöllä, jonka tässä yleissopimuksessa tunnustettuja oikeuksia ja vapauksia on loukattu, on käytettävissään tehokas oikeuskeino, vaikka loukkauksen olisivat tehneet virantoimituksessa olevat henkilöt;

b) varmistamaan, että se joka turvautuu sellaiseen oikeuskeinoon, saa oikeutensa ratkaistuksi toimivaltaisen oikeudellisen, hallinnollisen tai lakiasäättävän viranomaisen tai muun valtion oikeusjärjestyksen mukaan toimivaltaisen viranomaisen toimesta, sekä kehittämään oikeuskeinojen käyttömahdollisuuksia;

c) varmistamaan, että toimivaltaiset viranomaiset panevat täytäntöön sellaisten oikeuskeinojen perusteella annetut päätökset.”

¹⁶⁵ Nowak 2005, s. XXVI–XXVII. Systemaattisesta tulkinnasta ks. myös Nowak 2005, s. 29.

suus niiden tuntemiseen ja tarvittaessa soveltamiseen kaikessa viranomaistoiminnassa. Yksilöillä on vastaava mahdollisuus vedota suoraan näihin määräyksiin.¹⁶⁶ Lisäksi KP-sopimuksella on katsottu olevan tulkintavaikutusta yli ihmis-oikeuskomitean ja valtion itsensä sitoviksi katsovien määräysten. Kyse ei siis ole varsinaisista ristiriitatilanteista, vaan laajemmasta kaikessa viranomaistoiminnassa huomioon otettavasta tulkintavaikutuksesta.¹⁶⁷

Karapuu on todennut TSS-sopimuksen osalta, että ”täysimääräinen” tulkintavaikutus voidaan liittää epämääräiseenkin muotoon kirjoitettuun sopimusmääräykseen. Tällöin voidaan tosiasiallisesti saavuttaa samantasoinen yksilön suoja kuin turvaamalla oikeus välittömästi perustuslaissa. Tulkintavaikutuksen mahdollisuuksiin vaikuttaa luonnollisesti käsillä olevaan ongelmaan liittyvän kansallisen sääntelyn taso (tai sääntelyn vaikeneminen).¹⁶⁸

KP-sopimus syntyi useiden kompromissien seurauksena, mikä johti siihen, että sen valvontajärjestelmä jäi heikoksi ja sen myötä koko sopimuksen merkitys jäi toivottua vähäisemmäksi. Sen onkin todettu tulleen Länsi-Euroopassa lähes kokonaan EIS:n syrjäyttämäksi.¹⁶⁹ Toisaalta aivan viimeaikaisessa kirjallisuudessa on todettu KP-sopimuksen saaneen merkitystä lainvalmistelussa, -säättämisessä ja -valvonnassa.¹⁷⁰ Lisäksi KP-sopimuksen on katsottu tarjoavan EIS:ää parempaa suojaa vähemmistöryhmien suojelun ja syrjinnän kiellon osalta.¹⁷¹

Voimassa olevan poliisilain hallituksen esityksessä 57/1994 vp arvioitiin KP-sopimuksen ja EIS:n suhdetta ja katsottiin, että ne eivät ole keskenään ristiriitaisia, mutta eivät myöskään samankaltaisia. EIS:n katsottiin asettavan valtioille KP-sopimusta pidemmälle ulottuvia velvoitteita ja toisaalta hallituksen esityksessä arveltiin merkitystä tulevaisuudessa olevan siltäkin, että EIS ja sen tulkinta rakentuvat länsieuroopalaisen perusoikeuskäsityksen varaan, mikä puolestaan oli merkityksellistä erityisesti henkilökohtaista vapautta koskevien säännösten tulkinnassa.¹⁷² EIS:n rakentuessa yhtenäisemmälle arvoperustalle kehitys onkin selkeästi kulkenut ennustettuun suuntaan. Tosin EIS:ään liittyneiden valtioiden määrän kasvaessa myös sopimuksen soveltamisessa on muodostunut eräänlainen kaksoisstandardi. Turkkia lukuun ottamatta vanhoissa jäsenvaltioissa sopimusta valvotaan tiukasti, kun taas uusissa jäsenvaltioissa, joista on esimerkkeinä mainittu mm. Ukraina, Armenia ja Serbia, tapahtuneisiin EIS:n rikkomisiin suhtaudutaan eri tavalla. Turkissa puolestaan EIS:n soveltamiseen

¹⁶⁶ Eriksson – Scheinin 1988, s. 110–111. Samoin Träskman 1988, s. 125.

¹⁶⁷ Eriksson – Scheinin 1988, s. 120–121.

¹⁶⁸ Karapuu 1988, s. 78–79.

¹⁶⁹ Saraviita 2005a, s. 30. EIS:n ja KP-sopimuksen valvontajärjestelmien suhteesta ks. OJL 21/1988, s. 16–17.

¹⁷⁰ Hallberg 2011, s. 36.

¹⁷¹ Pellonpää et al. 2012, s. 38.

¹⁷² HE 57/1994 vp, s. 28. Ks. myös OJL 21/1988, s. 6–7 ja Pellonpää et al. 2012, s. 5.

kytkeytyy kiinteästi kurdikysymys, mikä on havaittavissa myös tämän tutkimuksen lähteinä käytetyistä EIT:n ratkaisuista.¹⁷³

1.2.3 Perusoikeudet EU:ssa

Myös EU:n perusoikeuskirja rakentuu aiemmalle eurooppalaiselle ihmisoikeus-traditiolle. Perusoikeuskirjan johdanto-osan mukaan siinä taatut oikeudet

”perustuvat erityisesti jäsenvaltioille yhteisiin valtiosääntöperinteisiin ja kansainvälisiin velvoitteisiin, ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehtyyn yleissopimukseen, unionin ja Euroopan neuvoston hyväksymiin sosiaalisiin peruskirjoihin sekä Euroopan unionin tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön”.¹⁷⁴

EU:n perusoikeuksia koskeva peruskirja saatettiin voimaan osana Lissabonin sopimusta lailla 599/2008.¹⁷⁵ Vaikka peruskirjan määräyksiä ei otettu osaksi EU-sopimusta, sisällytettiin sopimuksen I osaan viittaus perusoikeuskirjaan. Perusoikeuskirjalla katsotaan olevan sama oikeudellinen arvo kuin perussopimuksilla.¹⁷⁶ Tutkimukseni teeman kannalta erittäin merkittävä rajausta sisältyy perusoikeuskirjan 51 artiklaan, jonka mukaan

”perusoikeuskirjan määräykset koskevat unionin toimielimiä, elimiä ja laitoksia toissijaisuusperiaatteen mukaisesti sekä jäsenvaltioita ainoastaan silloin, kun viimeksi mainitut soveltavat unionin oikeutta.”¹⁷⁷

Lähtökohtaisesti perusoikeuskirja ei siis tule sovellettavaksi tilanteissa, joissa jäsenvaltio soveltaa jäsenvaltion oikeutta. Sen 51 artiklan on kuitenkin arvioitu kattavan jopa asiat, joissa tapauskohtaisessa tarkastelussa voidaan katsoa olevan liityntä unionioikeuden säännöksiin tai päämäärien toteutumiseen.¹⁷⁸ Toissijai-

¹⁷³ Saraviita 2005a, s. 33 ja 50. Vrt. Pellonpää et al. 2012, s. 310–311.

¹⁷⁴ Ks. myös SopS 67/2009 muutokset Euroopan unionista tehdyn sopimuksen ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 6 artiklaan sekä perusoikeuskirjan 52 artikla ja Rosas 2011, s. 205 ja 207. Eurooppalaisen perusoikeussääntelyn aatehistoriasta ks. Jyränki 2001, s. 3–39 ja Saraviita 2005a, s. 12–16.

¹⁷⁵ Lissabonin sopimus tuli voimaan 1.12.2009 kaikkien jäsenvaltioiden ratifioitua sen.

¹⁷⁶ Sopimus Euroopan unionista 6 artikla ja HE 23/2008 vp, s. 1, 15–16 ja 18. Ks. myös Rosas 2011, s. 203–204, Pellonpää et al. 2012 et al. 2012, s. 90 ja Jyränki – Husa 2012, s. 384–385. Suunnittelun perustuslakisopimuksen ja se tilalle tulleen uudistussopimuksen eroavaisuuksista ks. Ojanen 2007, s. 1065–1067.

¹⁷⁷ Toissijaisuusperiaatteesta ks. Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 5 artiklan 2 kohta sekä nytemmin Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 5 artiklan 1 ja 3 kohdat.

¹⁷⁸ Helander 2001, s. 100, 105 sekä 108–109. Pyrkimyksenä on Helanderin mukaan kuitenkin ollut korostaa unionin ja jäsenvaltioiden perusoikeuksien rinnakkaisuutta eikä hierarkkisuutta. Ks. myös Ojanen 2001, s. 451 ja Rosas 2011, s. 208–209.

suusperiaate tosin edellyttää, että politiikka-aloilla, joilla EU:n toimivalta on toissijainen, sillä on toimivaltaa vain, jos ”se on tehokkaampaa kuin kansallisen, alueellisen tai paikallisen tason toiminta”. Tästä syystä rikosoikeuden alalla unionin toimivalta rajautuu käytännössä pitkälti valtioiden rajat ylittävään tai rajojen yli vaikuttavaan rikollisuuteen. Rajat ylittävä rikollisuus on tosin joissain yhteyksissä tulkittu laajasti ja liitetty usein järjestäytyneeseen rikollisuuteen, jota on myös tulkittu käsitteenä varsin laajasti.¹⁷⁹

Vaikka EU:n rikosoikeuslottuvuus on viime vuosina ollut voimakkaan mielenkiinnon kohteena, en näe sillä juurikaan relevanssia oman tutkimukseni suhteen. Näkemystä tukee perusoikeuskirjan 51 artiklan lisäksi myös esimerkiksi Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 276 artikla, jonka mukaan:

”Euroopan unionin tuomioistuimella ei ole toimivaltaa tutkia jäsenvaltion poliisiviranomaisen tai muiden lainvalvontaviranomaisten toteuttamien toimien pätevyyttä tai oikeasuhteisuutta taikka antaa ratkaisua niiden velvollisuuksien suorittamisesta, joita jäsenvaltioilla on yleisen järjestyksen ylläpitämiseksi ja sisäisen turvallisuuden suojaamiseksi.”

Ylipäättään sopimuksen vapauden, turvallisuuden ja oikeuden aluetta koskeva osasto ei vaikuta jäsenvaltioiden velvollisuuksiin yleisen järjestyksen ylläpitämiseksi ja sisäisen turvallisuuden suojaamiseksi.¹⁸⁰ Sitä vastoin tuomioistuimella on toimivalta arvioida *poliisiyhteistyötä ja oikeudellista yhteistyötä* koskevissa asioissa annettuja säädöksiä.¹⁸¹ Tästä on kuitenkin erotettava kysymys siitä, miten arvioida eurooppalaisten virastojen, kuten Euroopan poliisiviraston eli Europolin, piirissä tehtyjä ratkaisuja, joilla on konkreettista merkitystä yksittäisten henkilöiden oikeusasemaan. Kysymykseen ei paneuduta tässä enempää, koska oikeus voimankäyttöön ei kuulu Europolille.¹⁸²

Tutkijan on kuitenkin syytä olla tässä yhteydessä varsin varovainen kannanotoissaan. EY-oikeuteen on jo ennen perusoikeuskirjan syntymistä liitetty lähinnä yleisten oppien – systematisoivien käsitteiden ja oikeusperiaatteiden – puutumista johtuva yllätyksellisyys ja ennakoimattomat vaikutukset kansallisiin järjestelmiin.¹⁸³ Perusoikeuskirjankin osalta on jo havaittu yli-innokasta sovelta-

¹⁷⁹ Nuotio 2010, s. 10 ja Melander 2008, s. 461–465. Ks. myös SEUT 83 artikla 1 kohta sekä Loman 1997, s. 93–94, Tapani – Tolvanen 2008, s. 152–159, Nuotio 2010, s. 16–18, Melander 2010b s. 64–65 ja Melander 2010c, s. 133–134.

¹⁸⁰ Sopimus Euroopan unionin toiminnasta 72 artikla. Ks. myös HE 23/2008 vp, s. 189–190. EU:n perusoikeuskirjan merkityksestä esitutinnan näkökulmasta ks. esim. Helminen et al. 2012a, s. 63–65.

¹⁸¹ HE 23/2008 vp, s. 245–246. Ks. myös Ojanen 2009a, s. 1120 ja Ojanen 2009b, s. 101.

¹⁸² Ks. Korkea-aho 2010, s. 90.

¹⁸³ Ks. Tuori 1998, s. 1007–1008.

mista, kun 51 artiklassa perusoikeuskirjan soveltamiselle asetetut rajat on unohdettu.¹⁸⁴

Fredman on pohtinut, voivatko EU:n toimenpiteet esimerkiksi rahanpesun ja terrorismin kitkemiseksi johtaa siihen, että näitä rikoksia koskeissa prosesseissa on kyse EU-oikeuden soveltamisesta.¹⁸⁵ Voidaan myös pohtia, tuoko poliisin toimivallan perustuminen EU:n piirissä syntyneisiin asiakirjoihin asioihin perusoikeuskirjan kannalta merkittävän EU-ulottuvuuden. Tässä yhteydessä voidaan mainita esimerkkinä järjestäytyneen rikollisuuden vastaisen YK:n yleissopimuksen (SopS 20/2004), keskinäisestä oikeusavusta rikosasioissa EU:n jäsenvaltioiden välillä tehdyn yleissopimuksen (SopS 57/2004) sekä huumausaineiden ja psykotrooppisten aineiden laitonta kauppaa vastaan tehdyn YK:n yleissopimuksen (SopS 44/1994) maininnat valvotusta läpilaskusta.¹⁸⁶

Kuvattuun lähtötilanteeseen saattaa myös vaikuttaa se, jos Europolille tulee SEUT 88 artiklan 2 kohdan mukaisesti merkittävämpi rooli jäsenvaltioiden kanssa tehtävien yhteisoperaatioiden toteuttamisessa. Tosin tällöinkin ainakin säädöstasolla Europolin edustajien roolia rajaa mainitun artiklan 3 kohta, jonka mukaan:

”pakkokeinojen käyttö kuuluu yksinomaan toimivaltaisille kansallisille viranomaisille”.¹⁸⁷

Todettakoon lopuksi, että EU:n perusoikeuksien soveltaminen yksittäistapauksessa on merkittävästi riippuvainen EU:n toimivaltakysymyksistä. Perus- ja ihmisoikeudet eivät itsessään voi laajentaa EU:n toimivaltaa.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Nieminen 2004, s. 417. Ks. myös Nieminen 2004, s. 488.

¹⁸⁵ Fredman 2011, s. 482.

¹⁸⁶ Ks. HE 222/2010 vp, s. 120–121. On myös esitetty kysymys, voidaanko joihinkin Suomen oikeudenkäyttöpiirissä oleviin virkamiehiin soveltaa unionin oikeussäännöksiä ja voiko tämä johtaa esimerkiksi virkamiehen sananvapauden rajoituksiin. Ks. tästä Helander 2001, s. 117 av. 68. Eri-laisista standardeista ja niiden vaikutuksesta ks. myös Helander 2001, s. 118.

¹⁸⁷ Melander 2010c, s. 191–192. Ks. kuitenkin myös rajavartiolain 35 a § ja Helminen et al. 2012b, s. 773. Mainitun lainkohdan mukaan eräiden Schengen-rajavalvonnassa tehtävien yhteisoperaatioiden yhteydessä vieraan vallan virkamiehilläkin on oikeus voimakeinojen käyttöön Suomessa. Muiden edellytysten ohella oikeus voimakeinojen käyttöön on vain toimivaltaisen suomalaisen virkamiehen läsnä ollessa.

¹⁸⁸ Ojanen 2009a, s. 1111–1112. Ks. myös Nieminen 2004, s. 27 ja Ojanen 2011, s. 452.

1.3 SOFT LAW -AINEISTO

1.3.1 Yleistä

Edellä mainitun Julistuksen lisäksi *soft law* -aineistoa ovat muun muassa valtion allekirjoittamat, mutta ratifioimattomat asiakirjat, valtioiden väliset ”herrasmies-sopimukset”, ohje- ja suositusluonteiset säädökset (myös ehdotetut ja kumotut ohjeet), eettiset koodit, ammattikoodit, asiantuntijaelinten kannanotot ja suositukset sekä kansainvälisten järjestöjen päätökset.¹⁸⁹ Lähteiden kirjavuudesta huolimatta erilaisten *soft law* -lähteiden yhdistäväksi tekijäksi on mainittu niiden liittyminen viranomaisten julkisen vallan käyttöön. Erityisesti tämä korostuu EU-oikeudessa, jossa *soft law* -instrumentteja on käytetty esimerkiksi tilanteissa, joissa sitovista asiakirjoista ei ole saavutettu päätöstä tai toimivaltuuskysymykset ovat olleet epäselviä.¹⁹⁰ Merkille pantavaa on myös, että ihmisoikeuksien saralla *soft law* -standardeja on luotu sekä *yksityisellä että julkisella sektorilla*.¹⁹¹

Soft law -aines ei ole sillä tavoin oikeudellisesti sitovaa, että sen rikkomista voitaisiin pitää kansainvälisoikeudellisena deliktinä, mutta sillä on poliittista vaikutusta kansallisiin toimenpiteisiin sekä huomattavaa moraalisuonteista velvoittavuutta. Mitä useampi valtio on tietyn suositusluonteisen normin hyväksynyt, sitä voimakkaampi moraalinen paheksunta ja arvostelu kohdistuvat niihin, jotka eivät ole normia hyväksyneet ja toimivat sen vastaisesti.¹⁹² Toisaalta on myös mahdollista, että valtiot vapaaehtoisesti sisällyttävät lainsäädäntöönsä *soft law* -asiakirjoihin sisältyviä standardeja.¹⁹³

Määttä on laajassa, lähinnä ympäristöoikeudellisessa artikkelissaan vuodelta 2005 katsonut, että ainakin ympäristöoikeuden alalla *soft law* -aineistolla voi olla Aarnion oikeuslähteiden jaottelua seurailleen sallittua oikeuslähdetä voimakkaampaa merkitystä heikosti velvoittavana oikeuslähteenä. Muodollisen pätevyyden sijasta tämä vaikutus syntyy sisäisen hyväksyttävyyden tai vakiintuneissa soveltamiskäytännöissä muotoutuneen empiris-realistisen tehokkuuden perusteella. Hyväksyttävyyden näkökulmasta ei niinkään ole merkitystä sillä, mikä taho *soft law* -asiakirjan on tuottanut tai mikä asiakirjan muodollinen ase-

¹⁸⁹ Saraviita 2005a, s. 247, Rosas 1993, s. 27 ja Määttä 2005, s. 387–390. Ks. myös Määttä 2005, s. 348–380 esimerkit ympäristöoikeuden alalta. *Soft law*’n määrittämisen vaikeuksista ks. esim. Klabbers 2006, s. 1194–1195.

¹⁹⁰ Klabbers 2006, s. 1195. *Soft law*’n käyttöön voidaan liittää myös eräänlainen vastuunpakoilun elementti. Ks. tästä Klabbers 2006, s. 1193 ja 1204–1205.

¹⁹¹ Klabbers 2006, s. 1197–1198. Esimerkkinä yksityissektorilla luodusta *soft law*’sta Klabbers on maininnut Pohjois-Irlannin konflikteihin liittyvät ns. MacBriden periaatteet.

¹⁹² Saraviita 2005a, s. 247. Ks. myös Määttä 2005, s. 344.

¹⁹³ Saraviita 2005a, s. 248.

ma on. Tosin muodolliseen normihierarkiaan sisältyvien ei-sitovien säädösten (ohjeelliset normit) merkitys saattaa niiden institutionaalisen perustan johdosta olla painavampi kuin yksityisten tahojen tuottama vastaava aines. Oikeuslähteitä normatiivisesti lähestyttäessä voidaan Määttän mukaan erotella muodollisesti velvoittaviin asiakirjoihin sisältyvät ohjeelliset normit, parlamentaarisen kontrollin piirissä olevien toimijoiden tuottamat ei-sitovat asiakirjat sekä parlamentaaristen kontrollin ulkopuolisten tahojen tuottama normisto.¹⁹⁴

Mitä tulee *soft law* -aineistosta löytyvistä normiformulaatioista tulkinnan kautta muodostuvien *oikeusnormien* vaikutustapoihin, kyse ei ole uudesta normiryhmästä, vaan *soft law* -oikeusnormit voivat olla luonteeltaan sääntöjä tai periaatteita.¹⁹⁵ Ilmeisesti ainakin rikosoikeuden piirissä on kuitenkin perustelumpaa katsoa *soft law* -lähteistä löydettävät muotoilut standardeiksi, joilla on enemmän tai vähemmän voimakasta sääntö- tai periaatevaikutusta sanamuodon puitteissa tapahtuvassa tulkinnassa.¹⁹⁶ Pitäen mielessä rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen ja hallinto-oikeudellisen lakisidonnaisuuden vaatimukset on aiheellista lainata Määttä, jonka tekstissä *soft law* kytkeytyy esimerkiksi Dworkinin ja Tolosen hyödyntämään institutionaalisen tuen vaatimukseen.¹⁹⁷

”Soft law -aineistoon viittaaminen viranomaisten ja tuomioistuinten päätöksissä ei mitenkään välittömästi luo tällaiselle aineistolle yleistettäviä, aineistolta alun perin puuttuneita oikeusvaikutuksia. Toisaalta ei voida sanoa niinkään, että soft law -aineistoon viittaamisella jossakin yksittäisessä ratkaisussa ei olisi *mitään* tuleviin ratkaisuihin heijastuvaa oikeudellista merkitystä. Aineistojen käyttäminen oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa juuri luo sitä institutionaalista perustaa, jonka pohjalta tällaisen aineiston merkitys oikeuslähteenä syntyy ja vahvistuu.”

Klabbers on artikkelissaan vuodelta 2006 tehnyt vertailua *soft law*’n ja oikeudellisesti sitovan ”kovan oikeuden” käytettävyydessä. Kirjoittajan mukaan oikeudellisesti sitovien instrumenttien käyttö on hedelmällinen keino, kun asetettuihin tavoitteisiin pääsemiseksi tarvitaan pakottavia toimenpiteitä. Mikäli pyrkimyksenä on ennemminkin eri tahojen saattaminen toimimaan yhdenmukaisesti ase-

¹⁹⁴ Määttä 2005, s. 383–393. Ks. myös Määttä 2005, s. 418–423 näkemykset *soft law*’n yhteydestä ns. kontekstuaaliseen tilanneherkkään oikeuslähte- ja argumentaatio-oppiin sekä Määttän (2005, s. 447) tiivistys ympäristöoikeuden *soft law* -oikeuslähteiden ominaispiirteistä.

¹⁹⁵ Määttä 2005, s. 398.

¹⁹⁶ Tällainen rikosoikeuden erityisasema näyttäisi olevan perusteltu myös Määttän mukaan. Ks. tästä Määttän (2005, s. 411–414) pohdinta *soft law*’sta argumentaatio- tai normilähteenä. On toki mahdollista, kuten Määttäkin on esittänyt, että harkintamarginaalin sisällä toimittaessa *soft law* muodostaa oikeudellisen ratkaisun perusteen. Ks. myös Määttä 2005, s. 400, jossa kirjoittaja on aiheellisesti kysynyt, onko perusteltua korostaa, että *soft law* -”normi” ei ole oikeusnormi, jos se kuitenkin muodostaa oikeudellisen ratkaisun premissin.

¹⁹⁷ Määttä 2005, s. 429.

tettujen tavoitteiden saavuttamiseksi, saattaa *soft law* olla tehokkaampi keino kuin oikeudellisesti sitovat pakottavat normit. Näin on Klabbersin mukaan toimittu esimerkiksi ympäristöoikeuden alalla.¹⁹⁸ *Soft law* -instrumenttien käytännön vaikutuksen onkin katsottu olevan juuri sen sitomattomassa luonteessa, mikä on helpottanut yhteisymmärryksen saavuttamista valtioiden kesken.¹⁹⁹

Soft law -instrumenttien käyttöä voidaan kritisoidakin. Niissä käytetty kieli on usein yleisempää ja epämääräisempää sekä vähemmän ehdotonta kuin kansainvälisten sopimusten. Myöskään näiden asiakirjojen tuottamistapa ei välttämättä täytä demokratiaperiaatteen vaatimuksia.²⁰⁰ Toisaalta myös lain käsitteen laajentaminen tavalla, joka ei ole sopusoinnussa sille kansainvälisessä oikeudessa yleensä annetun sisällön kanssa, on katsottu epätoivotuksi ilmiöksi. Tässä keskustelussa lain keskeiseksi tehtäväksi on katsottu moraalisen ja poliittisen keskustelun muokkaaminen dikotomioiksi oikeasta ja väärästä, oikeudellisesta ja epäoikeudellisesta, sitovasta ja ei-sitovasta.²⁰¹

Muista kirjoittajista mainittakoon Allan Rosas, joka on sijoittanut *soft law*'n kansainvälisten normien kentässä oikeusnormit–tavoitteet-akselilla tavoitteiden ääripäähän ja valtiotahto (lakipositivismi)–arvot (luonnonoikeus) -akselilla arvojen ääripäähän. Toisaalta hänenkin mukaansa *soft law* voi joissakin tapauksissa perustua varsin suoraan valtioiden tahtoon, jolloin se itse asiassa voi toimia jonkinlaisena ”ei-velvoittavana sopimuksena”.²⁰² Rosas on nähnyt, että *soft law*'lla voi olla huomattava merkitys kansainvälisten tapaoikeudellisten normien löytämisessä ja tulkitsemisessa.²⁰³ Viimeksi mainitussa suhteessa kyse on Scheininin termein *standardivaikutuksesta*.²⁰⁴

Rosaksen mukaan *soft law* on yleisiin oikeusperiaatteisiin verrattuna ottanut vielä yhden askeleen pidemmälle kohti arvosidonnaisia oikeuslähteitä²⁰⁵, mutta Ervo näyttäisi väitöskirjassaan kytkevän *soft law*'n ja yleiset oikeusperiaatteet ainakin vaikutustavoiltaan toisiinsa. Samoin kuin yleiset oikeusperiaatteet *soft law* -normit ja -standardit etäännyttävät oikeudellista päätöksentekoa valtion tahdosta ja lähentävät oikeutta moraliin. Ervo onkin todennut *soft law*'n tarjoavan ”mahdollisuuden sisällyttää oikeusjärjestelmään ’luonnonoikeudellisia’ ele-

¹⁹⁸ Klabbers 2006, s. 1193. *Soft law*'n muuttumisesta *hard law*'ksi ks. myös Määttä 2005, s. 445–446.

¹⁹⁹ Jyränki 2003, s. 331.

²⁰⁰ Jyränki 2003, s. 331. Ks. myös Määttä 2005, s. 430–438 sekä Klabbers 2006, s. 1203–1204.

²⁰¹ Ks. esitetyistä näkemyksistä kootusti Klabbers 2006, s. 1198–1199.

²⁰² Rosas 1993, s. 22–23.

²⁰³ Rosas 1993, s. 24.

²⁰⁴ Rosas 1993, s. 28.

²⁰⁵ Rosas 1993, s. 27.

menttejä, jolloin oikeuden kytkentä moraaliin on luonnollisesti selvä”.²⁰⁶ Tutkijan kannalta olennaiseksi kysymykseksi nousee se, onko kyse enää oikeuslähteestä tai institutionaalisen tuen vahvistamasta oikeusperiaatteesta vai enemmänkin ulko-oikeudellisesta argumentaatiolähteestä? Tässä suhteessa Ervon lähestymistapa näyttäisi olevan ”oikeudellisempi” kuin Rosaksen. Samoin Ojanen ja Scheinin ovat *soft law* -termiä käyttämättä katsoneet oikeudellisesti sitomattomien asiakirjojen voivan tarjota poliittisen velvoittavuuden lisäksi *laintulkinnan apuneuvoja* viranomaisille ja tuomioistuimille yksittäisissä ratkaisutilanteissa. Oikeudellinen sitovuus ja kyky tuottaa oikeudellisia vaikutuksia on erotettava toisistaan.²⁰⁷

1.3.2 Tutkimuksen teeman kannalta relevantti soft law

Poliisia koskevista tutkimuksen aihepiiriin liittyvistä *soft law* -asiakirjoista tärkeimmät ovat YK:n yleiskokouksen vuonna 1979 hyväksymä lainvalvontaviranomaisten menettelytapasäännöstö (*Code of Conduct*), YK:n yleiskokouksen menettelytapasäännösten käyttöä koskeva suositus vuodelta 1980, YK:n 8. kriminaalipoliittisen maailmankokouksen vuonna 1990 esittämät ampumaseen ja voiman käyttöä koskevat periaatteet, EN:n julistus vuodelta 1979 sekä EN:n suositus ja selitysmuistio vuodelta 2001. Neljään ensimmäiseen on viitattu myös voimassa olevan poliisilain hallituksen esityksessä 57/1994 vp.²⁰⁸ Euroopan neuvoston suositusten osalta on tärkeä huomata, että vaikka parlamentaarisen yleiskokouksen julistus vuodelta 1979 ei koskaan saanut ministerikomitealta hyväksyntää eikä siitä tullut EN:n laillista asiakirjaa (*a legal instrument of the Council of Europe*), on sen suosituksia pidetty tärkeinä monissa Euroopan maissa.²⁰⁹ EN:n vuoden 2001 suositus sen sijaan on hyväksytty ministerikomiteassa

²⁰⁶ Ervo 2005, s. 76. Kansainvälisen oikeusyhteisön hyväksymien yleisten oikeusperiaatteiden käyttämisestä rangaistavuuden perusteena ks. esim. Nuutila 1997a, s. 55.

²⁰⁷ Ojanen – Scheinin 2011a, s. 177 ja 180.

²⁰⁸ HE 57/1994 vp, s. 27–29. YK:n yleiskokouksen 15.12.1980 suositus koski vuonna 1979 annetun menettelytapasäännösten käyttöä kansallisessa lainsäädännössä ja käytännössä. UN 1990 -asiakirjan merkityksestä ks. esim. Crawshaw et al., 2007 s. 146. Poliisitoimintaa koskevan *soft law*’n merkityksestä yleensä ja esimerkin valossa ks. Bronitt – Gani 2012, s. 147 ja 153–156.

²⁰⁹ EN 2001, s. 19–20. Parlamentaarinen yleiskokous esitti *recommendation*-asiakirjassa 858 (8.5.1979): esitti, että se ”*recommends that the Committee of Ministers invite the governments of the member states to give their full support to the declaration and to the action envisaged in the resolution*”. Ks. tältä osin myös Alderson 1984, s. 14. Aldersonin mukaan EN:n julistuksella vuodelta 1979 pyrittiin nimenomaan vahvistamaan poliisin omien ihmisoikeuksien merkitystä tehtävänhoidon yhteydessä.

19.9.2001.²¹⁰ Siinä on viitattu Euroopan neuvoston vuoden 1979 julistuksen lisäksi myös mainittuun *Code of Conduct* -asiakirjaan.²¹¹

Johdannoksi tutkimuksen myöhempien jaksojen teemoihin on aiheellista viitata eräisiin *soft law* -standardeihin. YK:n piirissä syntyneen *Code of Conduct* -asiakirjan 2 artikla kuuluu seuraavasti:²¹²

”In the performance of their duty, law enforcement officials shall respect and protect human dignity and maintain and uphold the human rights of all persons.”

Vuoden 1990 suosituksen johdanto-osan mukaan:²¹³

”Whereas it is appropriate that, with due regard to their personal safety, consideration be given to the role of law enforcement officials in relation to the administration of justice, to the protection of the right to life, liberty and security of the person, to their responsibility to maintain public safety and social peace and to the importance of their qualifications, training and conduct.”

Vuoden 2001 julistuksessa on poliisin tehtävistä puolestaan todettu seuraavaa (kursivointi tässä):²¹⁴

”1. The main purposes of the police in a democratic society governed by the rule of law are:

- to maintain public tranquility and law and order in society;
- to protect and respect the individual’s fundamental rights and freedoms as enshrined, in particular, in the *European Convention on Human Rights*;
- to prevent and combat crime;
- to detect crime;
- to provide assistance and service functions to the public.”

Mainittujen lisäksi merkityksellisenä *soft law* -asiakirjana voidaan pitää EU:n siviilikriisinhallintaa silmällä pitäen laadittua asiakirjaa, jota on tarkoitus käyttää operaatiokohtaisen voimakeinojen käytösäännösten (*rules of engagement*, ROE) laadinnassa.²¹⁵ Asiakirjassa on yleisellä tasolla korostettu ihmisoikeusstandardien tuntemisen tärkeyttä sekä välttämättömyys- ja suhteellisuusperiaatteiden merkitystä. Välttämättömyyden osalta on viitattu EIT:nkin soveltamaan *strictly*

²¹⁰ EN 2001, s. 3.

²¹¹ EN 2001, s. 6.

²¹² UN 1979 2. artikla.

²¹³ UN 1990 Johdanto.

²¹⁴ EN 2001, s. 7. Ks. myös EN 2001, s. 30.

²¹⁵ EU 2012, s. 4

necessary -vaatimukseen.²¹⁶ Lisäksi on aiheellista kiinnittää huomiota Amnesty International -järjestön vuonna 1998 laadittuun *10 Basic Human Rights Standards for Law Enforcement Officials* -asiakirjaan (AI Index POL 30/04/98). Asiakirjan yksittäisiin määräyksiin palataan myöhemmin.²¹⁷

Edellä mainituista lähteistä ilmeneviä ohjeita ei mielestäni voida pitää sillä tavoin ”ulko-oikeudellisina” kuin Huovila on pitänyt esimerkiksi journalistien eettisiä ohjeita. Viimeksi mainitun kaltaisia tulisi Huovilan mukaan käyttää oikeuslähteinä vain poikkeuksellisesti, eikä ratkaisua yksittäistapauksessa voitaisi muodollisen velvoittavuuden puuttuessa perustaa pelkästään niiden varaan. Toisaalta erilaiset eettiset ohjeet edustavat sellaista arvopunnintaa tai arvovalintojen tekemistä, joka meillä on tyypillisesti katsottu lainsäätäjän tehtäväksi.²¹⁸ Pohdinta kiteytyy nähdäkseni siihen kysymykseen, millaista institutionaalista tukea eri *soft law* -lähteet tai oikeammin niissä esitetyt kannanotot saavat. Tätä institutionaalista tukea *soft law* -ainekselle on löydettävissä ihmisoikeussopimuksista, ihmisoikeussopimusten valvontaelinten ratkaisukäytännöstä sekä niitä koskevas-
ta tieteellisestä kirjallisuudesta. Näiden ja *soft law* -aineksen välille muodostuu vastavuoroinen perustelusuhte, jolloin ne tarjoavat toisilleen institutionaalista tukea periaatteiden siirtämiseksi moraalin ja etiikan piiristä oikeuden piiriin.

1.4 YHTEENVETOJA KANSAINVÄLISISTÄ OIKEUSLÄHTEISTÄ

Nähdäkseni EIT:n ratkaisukäytännössä muodostuneesta tulkintakasaumasta ilmenevä minimisuoja on vahvasti velvoittava oikeuslähde (normi), josta poikkeaminen ei ole mahdollista. Sen vaikutus on ehdoton, vaikka muodostuneen minimisuojan soveltaminen yksittäistapaukseen saattaa sisältää punnintaa.²¹⁹ Toisin sanoen minimisuoja saattaa saada ilmauksensa periaatekehikon muodossa.

²¹⁶ EU 2012, s. 8. Vrt. s. 10, jossa on käytetty myös EIS:ssä käytettyä termiä ”*absolutely necessary*”.

²¹⁷ Ko. standardien merkityksestä ks. Boucht 2011a, s. 109.

²¹⁸ Huovila 2005, s. 45.

²¹⁹ Ks. Lavapuro 2011, s. 467, joka on nähnyt yleisen lainopillisen tason mahdollisuudet antaa yksittäisille ihmisoikeusmääräyksille tai perusoikeussäännöksille tarkkarajaista sisältöä varsin rajallisiksi, mistä syystä myös ko. oikeuksien väliset ristiriitaisuudet joudutaan ratkaisemaan tapauskohtaisesti. Ks. myös Lavapuro 2011, s. 473. Lavapuron tulkinnan mukaan EIS:n alkuperäiseksi tarkoitukseksi voidaan ymmärtää pyrkimys sopia abstrakteista ihmisoikeusperiaatteista ja näiden periaatteiden turvaamisesta. Arvioitaessa näiden periaatteiden merkitystä yksittäisessä ratkaisutilanteessa tulee sopimusvaltiossa vallitseville olosuhteille antaa merkitystä, mutta ”periaatteen sisältö ei voi tyhjentyä vallitseviin olosuhteisiin”.

Poliisitoiminnan kontekstissa EIS:n ja sen sisältöä selvittävien EIT:n ratkaisujen erityinen arvo on sen osoittamisessa, mitä poliisi *ei saa tehdä*, eikä niinkään oikeiden voimakeinojen tai niiden käyttötapojen osoittamisessa.²²⁰ Luonnollisesti tämän vaikutuksen ulkopuolella yksittäisistä EIT:n kannanotoista, YK:n ihmisoikeuskomitean ratkaisuista tai *soft law* -aineuksesta voidaan eristää normien soveltamisessa huomioon otettavia *standardeja*, mutta niiden merkitys on väistämättä vähäisempi kuin minimisuojaaja määrittävien yleisten periaatteiden. Standardien osalta voidaan viitata Neyroudiin ja Beckleyhin, jotka ovat kiteyttäneet ihmisoikeuksista käytännön poliisitoimintaan kumpuavat vaatimukset neljään periaatteeseen, jotka toimivat hyvänä johdantona seuraavaan jaksoon:²²¹

- *Laillisuus (legality)*, jolla tarkoitetaan veloitetta noudattaa poliisitoiminnassa lakia ja toimia tarkoin lakiin kirjattujen toimivaltuuksien puitteissa. Lisäksi lain tulee olla selkeä, julkinen ja riittävän saatavissa (*accessible*).
- *Suhteellisuus (proportionality)*, joka edellyttää tasapainoa yksilön oikeuksien ja yhteisön intressien sekä toisaalta poliisitehtävän keinojen ja tavoitteiden välillä. Tätä tasapainoa etsittäessä voidaan kirjoittajien mukaan ottaa huomioon tavoitteiden relevanssi, lievempien keinojen mahdollisuus, päätöksenteon reiluus (*procedural fairness*), väärinkäytösten pidäkkeiden (*safeguards*) olemassaolo ja eräänlainen ydinalueen koskemattomuus (*the restriction destroys the "very essence" of a right*).
- *Välttämättömyys (necessity)*, joka kirjoittajien mukaan esimerkiksi EIS 2 artiklan 2 kappaleen mukaisissa tilanteissa tarkoittaa suhteellisuustestiä ankarampaa testiä. Kriteeri edellyttää, että vaihtoehtoja on arvioitu ja ne on todettu tehottomiksi tai niiden käyttö on muutoin perusteetonta (*rationally discarded*).
- *Vastuullisuus (accountability)*, jolla on tarkoitettu lähinnä ihmisoikeuksiin liitettyjä oikeusturvakeinoja, joiden piiriin tässä kuuluvat myös sopimusartikloista johdetut prosessuaaliset vaatimukset.

²²⁰ Ks. Norée 2004, s. 22.

²²¹ Neyroud – Beckley 2001, s. 64–67. Ks. myös de Rover 1998, s. 276.

2 Ihmisoikeusperiaatteet – säännöt ja ehdottomat kiellot

Ihmisoikeudet ovat nykyaikaisessa merkityksessään varsin uusi innovaatio. Kokemukset sekä ensimmäisen että toisen maailmansodan ajalta osoittivat, että vapausoikeuksien arvoneutraalisuudesta huolimatta kansalliset perustuslait eivät riittäneet turvaamaan koko väestön asemaa erityisolaisissa. Erityisesti uhattuina olivat kielelliset ja rodulliset vähemmistöt. Osoittautui tarpeelliseksi korostaa ihmisoikeuksien suojaa erilaisin kansainvälisoikeudellisin järjestelyin ja yleissopimuksin.²²² Tätä taustaa vasten suhteutettuna ihmisoikeuksien merkitykseen liittyy kuitenkin tietynlainen paradoksi. Ihmisoikeussuoja on tyypillisesti vahvin siellä, missä myös perusoikeusjärjestelmä toimii tehokkaasti eli valtioissa, joissa ihmisoikeusjärjestelmää ei niinkään tarvittaisi perusoikeusjärjestelmän täydennykseksi.²²³ Toisaalta ihmisoikeuksia on todettu aina käytetyn myös poliittisten tavoitteiden toteuttamiseen. Niemisen mukaan ”[s]en jälkeen kun ne on saatettu juridiseen muotoon, ideologiset tekijät on unohdettu ja ihmisoikeuksia on paljolti käsitelty ikään kuin kyse olisi vain teknisistä kysymyksistä (’oikeusretoriikka’). Ihmisoikeuksia käytetään tällöin vallitsevien olosuhteiden (status quo) säilyttämiseksi.”²²⁴

Eide on erotellut ihmisoikeuksien kolme kontekstia. Yhtäältä kyse on ihmisoikeusihanteista. Toisaalta ihmisoikeuksia voidaan lähestyä laillisina määräyksinä ja oikeuskäytäntönä ikään kuin vallitsevien ihmisoikeusihanteiden ilmentäjänä. Kolmantena ja tärkeimpänä voidaan puhua ihmisoikeuksien todellisesta tilasta. Näitä eri ominaisuuksia tulee tarkastella keskinäisessä yhteydessä.²²⁵ Ensimmäinen ja toinen konteksti yhdistyvät, kun ihmisoikeudet mielletään oikeuskulttuurin tason ilmenemismuodoksi. Kuten Jonkka on todennut, ”[i]hmisoikeudet ovat ilmauksia ihmisarvon ja inhimillisen arvokkuuden tunnustamisesta. Tässä mielessä ne eivät edusta jotakin tyystin uutta yhteiskunnassamme. Ne kumpuavat samasta kulttuuritaustasta, jonka osa itsekin olemme.”²²⁶ Kolmannen ulottuvuu-

²²² Saraviita 2005a, s. 28–29.

²²³ Saraviita 2005a, s. 30.

²²⁴ Nieminen 2004, s. 228.

²²⁵ Eide 1988, s. 38–39. Ks. myös Karapuu 2011, s. 81–82, jossa kirjoittaja viittaa *tosiasiallisella vapaudella* henkilön tosiasiallisiin mahdollisuuksiin toteuttaa oikeuksiaan taloudellisista ja siviis-tyksellisistä esteistä riippumatta. Käytössä olevista ihmisoikeusindikaattoreista ks. Toimintaohjelma, s. 10–11.

²²⁶ Jonkka 1998a, s. 1256.

den osalta voidaan Ashworthia mukaillen todeta, että perusoikeuksien sisältö määrittäyty todellisuudessa määrättyjen oikeuksien rikkomisesta säädettyjen seurausten ja lainvalvontakoneiston tehokkuuden avulla eikä niinkään valtiosääntö-asiakirjoihin kirjattujen perusoikeuksien kautta.²²⁷

Vaikka ihmisoikeuksien julistuksen vuodelta 1948 on katsottu olevan ”tyypillistä luonnonoikeutta” ja ilmentävän ajatusta ylipositiivisista ja kaikkia valtioita velvoittavista periaatteista²²⁸, on kirjallisuudessa ihmisoikeuksilla viitattu nimenomaan *kansainvälisissä ihmisoikeusasiakirjoissa turvattuihin yksilön perustavanlaatuisiin oikeuksiin*. Positivistisen sääntelyn kehittymisen myötä tarve nostaa perus- ja ihmisoikeuskeskustelussa esille luonnonoikeudellisia näkemyksiä on merkittävästi vähentynyt. Luonnonoikeusajattelusta ei kuitenkaan voida täysin irrottautua, sillä modernin ihmisoikeusajattelun kulmakivi, ihmisoikeuksien yleismaailmallinen julistus, edustaa luonnonoikeudellista ajattelua.²²⁹ Myös KP-sopimuksen johdannon 2 kappale, jonka mukaan 1 kappaleessa mainitut ”oikeudet johtuvat ihmisen synnynnäisestä arvosta”, ilmentää ihmisoikeuksien perustamista luonnonoikeuteen. Luonnonoikeuskytkentä ilmenee myös muun muassa sopimuksen 6 artiklan 1 kohdassa, jossa taataan ”synnynnäinen oikeus elämään”.²³⁰ Joka tapauksessa painopiste on siirtymässä ihmisoikeusihanteista lailisiin määräyksiin ja oikeudellisiin käytäntöihin. Todettakoon, että rationaalisten, yleispäteviksi ja pysyviksi ymmärrettyjen luonnonoikeudellisten periaatteiden kirjaaminen sitoviin asiakirjoihin muistutukseksi niiden olemassaolosta on aiheuttanut myös yllättävän paradoksin. Periaatteiden kirjaaminen on herättänyt ajatuksen niiden muutettavuudesta, mitä on myös tukenut näkemys kansan suverenisuudesta.²³¹

Kansainvälisessä yhteydessä korostuu myös yleisten oikeusperiaatteiden rooli. Roaksen mukaan ne ”ilmentävät irtaantumista tiukasta pitäytymisestä valtion tahtoon

²²⁷ Ks. Ashworth 1975, s. 283–284. On toki syytä huomata, että Ashworthin kirjoittaessa tekstiään Englannissa ei ollut kirjattu perusoikeuksia valtiosääntöasiakirjoihin. Ks. tästä myös KM 1992:3, s. 74. Vuonna 1998 voimaan tulleen Human Rights Actin luonteesta ks. esim. Lavapuro 2010b, s. 78–79. Lavapuro on todennut säännöksen ilmentävän ”vahvennetun ihmisoikeusmyönteisen tulkinnan periaatetta”.

²²⁸ Ks. esim. Makkonen 1998, s. 34–35. Julistuksen johdanto-osassa nimenomaisesti todetaan, että (kursivointi tässä) ”ihmiskunnan kaikkien jäsenten *luonnollisen* arvon ja heidän yhtäläisten ja luovuttamattomien oikeuksiensa tunnustaminen on vapauden, oikeudenmukaisuuden ja rauhan perustana maailmassa”.

²²⁹ Karapuu 2011, s. 67–68. Ks. myös Ojanen 2009b, s. 3–4, Ojanen – Scheinin 2011a, s. 172 ja Helminen et al. 2012a, s. 65–66. Vanhemmasta kirjallisuudesta ks. Makkonen 1981, s. 221–223. Makkosen näkemyksiä voitaneen pitää vahvasti luonnonoikeusajattelun vastaisina.

²³⁰ Ks. Nowak 2005, s. 2–3 ja 122.

²³¹ Viljanen 1988, s. 29–30.

oikeuden perustana” ja ”muodostavat sillan muodollisiin kriteereihin nojautuvasta positivismista luonnonoikeudellisiin ja muihin arvoperusteisiin oikeusoppeihin”.²³²

Huomattavan positivistista kantaa edustava Makkonen korosti jo kolme vuosikymmentä sitten vertailevan metodin merkitystä yleisten, universaalien oikeusperiaatteiden löytämisessä. Hänen mukaansa oikeusperiaatteen *de facto* voimasaolo useissa valtioissa ei ollut osoitus sen ajasta ja paikasta riippumattomasta ylipositiivisuudesta, vaan nimenomaan positiivisuudesta. Makkosen sanoin ”[s]e on vain ilmaus siitä tosiasiasta, että samanlaiset normia muodostavat arvostukset ja tarvejännitykset vallitsevat asianomaisten maiden yhteiskunnallisessa todellisuudessa”.²³³ Samoin vielä joitakin vuosikymmeniä sitten valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa pidettiin selvänä, ”ettei ole olemassa sellaisia oikeuksia, joita välttämättä kaikkialla kutsuttaisiin tai pitäisi kutsua perusoikeuksiksi.” Kyse on yhteiskunnallisiin ja oikeuspoliittisiin arvoihin palautuvista oikeuksista, jotka saattavat muuttua perusoikeusjärjestelmän oleellisten piirteiden muuttumatta. Toisin sanoen ”perusoikeuksia ovat ne oikeudet, joita tarkasteltava valtiosääntö tarkasteluhetkellä sellaisina pitää”.²³⁴

Positivistina tunnettu Aarnio näyttäisi hyväksyvän hieman lievemman kannan. Hänen mukaansa ”ollakseen oikeutta” oikeuden tulee tunnustaa arvoille tietty vähimmäissisältö, jonka ”on turvattava ihmiselämän kunnioitus, ihmisen fyysinen koskemattomuus, toisen ihmisen persoonan kunnioitus, jonkinasteinen vapaus itsensä toteuttamiseen, jonkinasteinen solidaarisuus ihmisten välillä, rehellisyys ja jonkinasteinen lojaalisuus toista ihmistä kohtaan”. Arvojen vähimmäissisällöt ovat ikuisia, muuttumattomia ja absoluuttisia Aarnion mukaan kuitenkin vain *prima facie* -lauseina. Niistä tehtävät objektiivisesti hyväksyttävät ja perustellut poikkeukset sitä vastoin ovat aika- ja tilannesidonnaisia – ”arvot ovat aikansa lapsia”.²³⁵ On myös ymmärrettävä, etteivät ihmisoikeusjärjestelmät ainaakaan positivistisessa muodossaan itsestään selvästi ole juridisesti täysin tasapainoisia kokonaisuuksia. Esimerkiksi uudemmassa poliisioikeudellisessa kirjallisuudessa on todettu, että historiallisista syistä²³⁶

”useissa ihmisoikeussopimuksissa on erityisesti korostettu rikoksesta syytettyjen oikeuksia. Ihmisoikeusjuridiikkaa onkin arvosteltu esimerkiksi uhrin oikeuksien sivuuttamisesta. Ihmisoikeudet eivät kuitenkaan saa sisältöään mistään muualta kuin niistä sopimuksista, joita valtioiden hallitukset ovat tehneet ja parlamentit hyväksyneet.”

²³² Rosas 1993, s. 26–27.

²³³ Makkonen 1981, s. 197–198.

²³⁴ Hidén 1980, s. 8 ja 69. Ks. myös Nieminen 1988, s. 13. Vanhemmasta rikosoikeudellisesta kirjallisuudesta ks. Honkasalo 1965, s. 9.

²³⁵ Aarnio 2011, s. 86–89.

²³⁶ Helminen et al. 2012a, s. 66.

Aarnion lähestymistavan hyväksyen, mutta ottamatta laajemmin kantaa säännäisestä oikeudesta erillisten luontaisten oikeuksien olemassaoloon olen päättänyt seuraavassa käsittelemään erikseen ihmisarvon loukkaamattomuutta ja eräitä ehdottomia kieltoja. Voitaneen katsoa, että ainakin mainitut oikeudet ovat Siltalan tarkoittamia *perushyviä* tai *perusarvoja* eli ”kansainvälisillä sopimuksilla tunnustettujen ihmisoikeuksien sekä kansallisissa perustuslaissa tunnustettujen perusoikeuksien taustalla vaikuttavia arvo- ja tavoiteperusteita, jotka ovat kiinnittyneet osaksi *universaalia*, yleispätevää oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa”.²³⁷

Eiden luokittelussa ihmisoikeusperiaatteet rinnastunevat ihmisoikeushanteiden kategoriaan, kun taas muita kuin ehdottomia ihmisoikeuksia, eli Eiden luokittelussa ihmisoikeuksia laillisina määräyksinä ja oikeuskäytäntöinä, voidaan lähtökohtaisesti rajoittaa niissä puitteissa, joita esimerkiksi ihmisoikeuksien yleismaailmallinen julistus asettaa:

”29. artikla.

1. Jokaisella ihmisellä on velvollisuuksia yhteiskuntaa kohtaan, koska vain sen puitteissa hänen yksilöllisen olemuksensa vapaa ja täysi kehitys on mahdollinen.
2. Käyttäessään oikeuksiaan ja nauttiessaan vapauksiaan kukaan ei ole muiden kuin sellaisten lailla säädettyjen rajoitusten alainen, joiden yksinomaisena tarkoituksena on turvata toisten oikeuksien ja vapauksien tunnustaminen ja kunnioittaminen sekä moraalin, julkisen järjestyksen ja yleisen hyvinvoinnin oikeutetut vaatimukset kansanvaltaisessa yhteiskunnassa.
3. Näitä oikeuksia ja vapauksia ei missään tapauksessa saa käyttää vastoin Yhdistyneiden Kansakuntien päämääriä ja periaatteita.”

Artiklan ja erityisesti sen 2 kohdan voidaan katsoa toimivan kivijalkana muiden ihmisoikeusinstrumenttien rajoitussäännöksille ja samalla asettavan uloimmat rajat ihmisoikeuksien rajoittamiselle. Rajoitusten tulee perustua lakiin (*law*), ja niiden tulee olla mainituissa suhteissa välttämättömiä demokraattisessa yhteiskunnassa. Samalla sallitut rajoitusperusteet ilmentävät poliisin tehtäviä yhteiskunnassa ja rajoittavat poliisille annettavien valtuuksien kirjoa. Vapauksia ja oikeuksia ei voida rajoittaa muilla kuin mainituilla perusteilla.²³⁸

²³⁷ Siltala 2004, s. 586.

²³⁸ Crawshaw 1997, s. 13–14. *Rule of law*’sta ks. myös Merrills 1993, s. 128–134 ja Duffy 1997, s. 23 sekä Sunday Times -ratkaisun kohta 49. De Rover 1998 s. 143–145 on viitannut demokratia- ja *rule of law* -vaatimusten osalta KP-sopimuksen 25 ja 26 artikloihin sekä Julistuksen 21 artiklaan.

2.1 IHMISARVON LOUKKAAMATTOMUUS

PL 1 §:n 2 momentissa todetaan valtiosäännön turvaavan ”ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet”. Ihmisarvon loukkaamattomuus voidaan epäröimättä sijoittaa oikeuden syvärakenteeseen, sillä esimerkiksi perusoikeussäännösten uudistamiseen johtaneessa hallituksen esityksessä 309/1993 vp katsottiin vaatimuksen ihmisarvon loukkaamattomuudesta ilmaisevan ”perustavanlaatuisten oikeuksien yleisinhimillisen perustan” ja ainakin kaikkein perustavimpien ihmisyksilön oikeuksien olevan valtion tahdosta ja oikeusjärjestyksestä riippumattomia.²³⁹ Tämän on katsottu viittaavan siihen, että perusoikeusjärjestelmällä olisi ydinosa, joka on kokonaan lainsäätäjän ulottumattomissa. Tällaisesta ei kuitenkaan ole kirjattu mitään perustuslakiin ja toisaalta on täysin täsmentymättä, mikä tämä ydinosa olisi. Joka tapauksessa se on merkittävästi suppeampi kuin perustuslain perusoikeusluku. Lähinnä on viitattu juuri ihmisarvon loukkaamattomuuteen²⁴⁰, jonka ydinosaksi on oikeuskirjallisuudessa nimetty oikeus elämään, joka antaa perustan muille oikeuksille.²⁴¹

Valtiosääntöoikeudellisessa kirjallisuudessa Jyränki ja Husa ovat nimenneet PL 1 luvussa olevat valtiojärjestyksen perusteet ”valtiosäännön perusperiaatteiksi”. Kyse ei kuitenkaan ole sääntö–periaate–dikotomian mukaisista periaatteista, vaan tilanteesta riippuen ko. periaatteet voivat toimia sekä sääntöinä että periaatteina. Perusperiaatteilla on yli muiden perustuslain säännösten ulottuvaa normatiivista oikeusvaikutusta, jonka edellyttämän institutionaalisen tukensa ne saavat juuri siitä, että ne on kirjattu perustuslain 1 lukuun perusperiaatteiksi. Lisäksi niillä on informatiivista merkitystä keskeisten arvojen ja tavoitteiden kuvaajana. Tämä vaikutus voi kirjoittajien mukaan ilmetä muun muassa seuraavilla tavoilla:

- Perusperiaatteet voivat täydentää perustuslain (mm. perusoikeusnormit) tekstissä olevia aukkoja.
- Perusperiaatteet voivat perusoikeussäännösten tavoin toimia tulkintaperusteina sovellettaessa perustuslain tai muita alemmanasteisia säännöksiä.
- Perusperiaatteet ilmaisevat ”valtion yleisiä tavoitteita”, millä kirjoittajat näyttäisivät viittaavan erityisesti julkiseen valtaan kohdistuviin suoritusvaateisiin.²⁴²

Tuorin jaottelua seuraten kahdessa ensimmäisessä vaikutustavassa näyttäisi olevan kyse periaatteista ratkaisu- ja tulkintaperiaatteina, kun taas viimeisessä voitaneen arvioida tapauksesta riippuen olevan kyse joko oikeuslähdeperiaatteista tai lainsäädännön taustaperiaatteista tai järjestelmäperiaatteista.

²³⁹ HE 309/1993 vp, s. 42.

²⁴⁰ Jyränki 2000, s. 62. Ks. myös Jyränki 2003, s. 255–256 ja Saraviita 2011, s. 58.

²⁴¹ Jyränki – Husa 2012, s. 114.

²⁴² Jyränki – Husa 2012, s. 112–113.

Perusperiaatteena kirjoittajat ovat viitanneet myös mm. oikeusvaltioperiaatteeseen, jota ilmentää PL 2 § 3 momentti. Ko. lainkohdasta voidaan siinä auki kirjoitettujen periaatteiden lisäksi johtaa kolmantena vaatimus kaikkien Suomen oikeudenkäyttöpiirissä olevien henkilöiden velvollisuudesta noudattaa lakia – lainalaisuus.²⁴³

PL 1 luvun normeista 1 §:n 2 momentissa turvattu ihmisarvon loukkaamattomuus voidaan tulkita perusoikeussääntelyn aukkoja täydentäväksi periaatteeksi, perusoikeussäännösten tulkinnassa huomioon otettavaksi periaatteeksi taikka perusoikeusjärjestelmän loukkaamatonta ydintä (”valtiosääntöinen ius cogens”) ilmentäväksi säännöksi. Kuten todettua, tämä muuttumaton ydinsisältö on kuitenkin täsmentymätön.²⁴⁴ *Sääntötyyppistä* vaikutusta säännöksellä voi olla esimerkiksi tilanteissa, joissa jokin ehdotettu sääntely loukkaisi ihmisarvoa. Tuolloin perustuslain säännös muodostuisi esteeksi lain hyväksymiselle. Useimmiten säännös toimii kuitenkin muita perusoikeussäännöksiä täydentävänä normina arvioitaessa perustuslain tavalliselle lainsäädännölle asettamia vaatimuksia.²⁴⁵

Koska ihmisarvon turvaaminen voidaan liittää useimpiin perusoikeuksiin, sillä ei ole erityistä merkitystä perusoikeuskollisoiden ratkaisuisa. Saraviita on katsonut sen tulkintavaikutuksen konkretisoituvan lähinnä tilanteissa, joissa painava yhteiskunnallinen sääntelyintressi joudutaan arvioimaan perusoikeuksien suojaamisintressin näkökulmasta.²⁴⁶ Tuori puolestaan on arvioinut, että koko PL 2 luvun perusoikeussääntely voidaan katsoa ihmisarvon loukkaamattomuutta koskevan säännöksen tulkinnaksi ja konkretisoimiseksi eikä ihmisarvon loukkaamattomuudelle tulisi antaa kovin laajaa itsenäistä oikeudellista sisältöä.²⁴⁷ Tätä konkretisointia ilmentää PL 1 §:n kiinteä yhteys PL 7 §:ään, ”jonka kautta valtiosääntö perustuslain 1 §:n mukaisesti turvaa ’ihmisarvon loukkaamattomuuden’.”²⁴⁸ Tuorin näkemys saa tukea hallituksen esityksestä 309/1993 vp, jossa on ko. säännöksen yksityiskohtaisissa perusteluissa todettu (kursivointi tässä):

²⁴³ Jyräni – Husa 2012, s. 131. Myös KP-sopimus asettaa yksilölle velvollisuuksia – ei tosin oikeudellisesti sitovassa osassa, vaan johdannossa. Johdannon 5 kohdan mukaan ”jokaisella ihmisellä on velvollisuuksia toisia ihmisiä ja sitä yhteiskuntaa kohtaan, johon hän kuuluu, ja että hän on velvollinen myötävaikuttamaan tässä yleissopimuksessa tunnustettujen oikeuksien edistämiseksi ja noudattamiseksi”. Ks. tästä Nowak 2005, s. 3–4.

²⁴⁴ Jyräni – Husa 2012, s. 126. Myös Alexyn mukaan ihmisarvon loukkaamattomuus voi esiintyä sekä sääntö- että periaateluontoisena. Ks. tästä Alexy 2002, s. 62–64.

²⁴⁵ Ojanen – Scheinin 2011b, s. 225–226. Rikosoikeuden alalla on luonnollisesti otettava huomioon laillisuusperiaatteen asettamat vaatimukset. Ks. tästä myös Scheinin 1993, s. 49–51 ja siinä mainitut oikeustapaukset.

²⁴⁶ Saraviita 2011, s. 52 ja 58.

²⁴⁷ Tuori 2003a, s. 941–942. Ks. myös Tuori 2007, s. 274 sekä EOAK 1999, s. 50, jossa on katsottu myös valtion virkamieslain 14 §:n vaatimuksen virkamiehen käyttäytymisestä virka-asemansa mukaisesti pitävän sisällään vaatimuksen ihmisarvon kunnioituksesta – ihmisten kohtelun on oltava asiallista.

²⁴⁸ Pellonpää 2011a, s. 281.

”Vaikka hallitusmuodossa ei olekaan ollut nimenomaista säännöstä yksilön oikeudesta ihmisarvoiseen kohteluun, oikeus henkilökohtaiseen koskemattomuuteen suojaa myös sellaiselta *ihmisarvoa loukkaavalta kohtelulta*, joka toteutetaan puuttumalla henkilön fyysiseen olemukseen ilman hänen suostumustaan.”²⁴⁹

Myös henkilökohtaisen vapauden perusoikeutena on katsottu suojaavan fyysisen vapauden ohella yksilön tahdonvapautta ja itsemääräämisoikeutta.²⁵⁰ Ihmisarvon loukkaamattomuuden merkitys ei kuitenkaan rajoitu PL 7 §:stä johdettuun julkisen vallan velvollisuuteen kunnioittaa ko. oikeutta, vaan sillä on katsottu olevan laajempaaakin merkitystä. Tätä ilmentää muun muassa PL 19 §:n maininta ihmisarvoisen elämän ja välttämättömän toimeentulon yhteydestä, mistä puolestaan voidaan johtaa positiivisia toimintavelvoitteita valtiolle.²⁵¹ Ihmisarvon loukkaamattomuuden voidaan katsoa korostavan laajemminkin lainsäätäjien positiivista toimintavelvoitetta esimerkiksi ihmisoikeusjärjestelmien ratifioimiseen.²⁵² Tässä tutkimuksessa ihmisarvon loukkaamattomuudella voi nähdäkseni olla merkitystä – Niemisen jaottelua seuraten – lähinnä *oikeuksien luojana yksilön autonomiaa turvaamassa*.²⁵³

Edellä sanotun perusteella voidaan todeta, että ihmisarvo (ihmisarvon loukkaamattomuus) ei ole niinkään perusoikeus, vaan perusoikeuksien taustalla vaikuttava arvo. Tästä huolimatta sillä on katsottu olevan vaikutusta myös rikosoikeudelliseen sääntelyyn. Rikosoikeuden ja perusoikeuksien jännitteinen suhde huomioon ottaen ihmisarvon merkityksen huomiotta jättämisestä ei ole pidetty perusteltuna.²⁵⁴ Virtanen on johtanut ihmisarvon loukkaamattomuudesta seuraa- via lähinnä kriminaalipoliittisia vaatimuksia:

”1) että kaikilla kansalaisilla on samat perusoikeudet (perusoikeuksien kunnioittamisen vaatimus)

²⁴⁹ HE 309/1993 vp, s. 46.

²⁵⁰ HE 309/1993 vp, s. 46. *Ihmisarvon turvaamisen* on todettu viittaavan myös ”kaikkien ihmisyksilöiden periaatteelliseen yhdenvertaisuuteen”. Ks. tästä Saraviita 2011, s. 40.

²⁵¹ Ojanen – Scheinin 2011b, s. 219.

²⁵² Saraviita 2011, s. 59.

²⁵³ Nieminen 2005, s. 71–72. Mainitussa roolissa yksilön suostumuksen merkitys hänen vapautensa rajoja määritettäessä korostuu, mutta ihmisarvon loukkaamattomuus voi Niemisen mukaan toimia myös itsemääräämisoikeuden rajoittajana, esimerkiksi kielletäessä ihmisarvoa loukkaavia sikiöön tai alkioon kohdistuvia lääketieteellisiä kokeiluja. Melander on todennut, että ihmisarvon käsitteen arvo- ja kulttuurisidonnaisuudesta johtuen sille ei ainakaan itsemääräämisoikeutta rajoittavassa merkityksessä tulisi antaa laajaa itsenäistä merkitystä. Ks. tästä Melander 2008, s. 283. Melander on tässä yhteydessä viitannut myös Tuorin näkemyksiin politiikan oikeudellistumisesta ylikonstitutionalismin ilmenemismuotona.

²⁵⁴ Melander 2008, s. 267. Ks. myös Melander 2008, s. 279–284. Ihmisarvon loukkaamattomuuden merkityksestä KP-sopimuksen ja EIS:n järjestelmissä ks. Melander 2008, s. 269–270.

- 2) kyseisiä oikeuksia saa rajoittaa vain niin paljon kuin on tarpeen (rangaistusten inhimillisuus)
- 3) kaikkia kansalaisia on kohdeltava yhdenvertaisina (rangaistuskäytännön yhteneväisyys).²⁵⁵

Nuutila puolestaan on todennut ihmisarvon kunnioittamiseen ja siihen perustuvaan itsemääräämisoikeuteen (vapaus määrätä itsestään ja toimistaan) voitavan liittää myös objektiivisen rangaistusvastuun eli subjektiivisesta syyllisyydestä riippumattoman rangaistusvastuun kiellon (*nulla poena sine culpa*). Tämän näkemyksen mukaan tapaturmista ei rangaista ja rangaistusvastuu edellyttää moittivuutta eli vähintäänkin tuottamuksellista suhtautumista. Lähtökohtaa täydentää uusklassiseen kriminaalipolitiikkaan liittyvä yksilön valinnan vapaus – vaatimus kyvystä ja tilaisuudesta toimia toisin (”toisintoimimismahdollisuus”).²⁵⁶

Toisintoimimismahdollisuuteen *vahvassa mielessä* liitetään juuri kyky ja tilaisuus toimia toisin. Kyky viittaa erityisesti kykyyn kontrolloida käyttäytymistään, joka saattaa olla heikentynyt siitä syystä, että henkilö on psyykkisesti häiriintynyt. Toisaalta teko ei ole aina vapaaehtoinen taikka laiminlyöty teko on ollut mahdoton tehdä. *Tilaisuus* puolestaan liittyy henkilön tiedollisiin puutteisiin siitä, mitä hän on tekemässä, mitkä ovat teon mahdollisia seurauksia taikka teon kiellettyisyydestä. Lähtökohtaisesti vain ensiksi mainituille annetaan täysimääräisesti merkitystä syyllisyysarvostelussa. Toisintoimimismahdollisuudesta puhutaan myös *heikossa mielessä*. Tällöin painopiste on siinä, ”millaisia ponnistuksia me voimme *kohtuudella* ihmisiltä edellyttää”, vaikka tällä tarkkaan ottaen olisikin kyky ja tilaisuus toimia toisin. Toisintoimimismahdollisuus heikossa mielessä voidaan liittää esimerkiksi anteeksiantoperusteisiin ja lievän tuottamuksen rankaisemattomuuteen joissakin tilanteissa.²⁵⁷ Melanderin mukaan ihmisarvon kunnioittamisen vaatimus edellyttää myös, että ”lainsäädäntö mahdollistaa toisintoimimiskyvyn”. Tällä hän on nimenomaan viitannut vaatimukseen kriminalisointien täsmällisyydestä ja toisaalta sen peilikuvana kieltoerehdykseen vastuuvapausperusteena.²⁵⁸ Riippumatta mahdollisista yhteyksistään ihmisarvoon syyllisyysarvioinnista on muotoutunut olennaisesti normatiivinen kysymys.²⁵⁹

²⁵⁵ Virtanen 2004, s. 1061.

²⁵⁶ Nuutila 1997a, s. 39–40 ja 69–74 sekä Nuutila 1998, s. 170. Tällä tavoin ymmärrettynä kyse on ihmisarvon loukkaamattomuudesta *ensimmäisen sukupolven vapausoikeutena (yksilön autonomian turvana)*, jota eri perusoikeussäännökset konkretisoivat. Ks. tästä Nieminen 2005, s. 54–55. Ks. myös Nuotio 1998a, s. 523, joka on kytkenyt ankaran vastuun kiellon perusoikeuksien yleisiin rajoitusedellytyksiin ja erityisesti suhteellisuusperiaatteeseen. Ks. myös ankarasta vastuusta erityisesti liikennerikosten osalta Tolvanen 1999, s. 205–211. Myös Roxin 1989, s. 328 on viitannut kansalaisvapauksiin esteenä yleis- ja erityispreventiivisistä lähtökohdista kumpuaville tarpeille syyllisyydestä riippumattomaan rankaisemiseen.

²⁵⁷ Nuutila 1997a, s. 75. Ks. myös Lappi-Seppälä 1987, s. 309 ja Jareborg 2001, s. 304.

²⁵⁸ Melander 2008, s. 294.

²⁵⁹ Nuutila 1997a, s. 81.

Nuutilan jälkeen Melander on kriminalisointiteoriaa koskevassa väitöskirjassaan käsitellyt laajasti ihmisarvon loukkaamattomuutta kriminalisointiperiaatteena.²⁶⁰ Melander on liittänyt ihmisarvon loukkaamattomuuteen kriminalisointiperiaatteena erityisesti humanisuuden vaatimuksen ja Nuutilan tavoin toisintoimimis-mahdollisuuden. Ensimmäinen näistä voidaan kiteyttää vaatimukseen ”ottaa huomioon ihmisten mahdollisesti ristiriitaiset arvo-orientaatiot sekä hyvää elämää koskevat näkemykset ja pyrkiä sovittamaan nämä yhteen tavalla, joka ei aiheuttaisi ongelmia eri subjektien keskuudessa”. Kyse on toisin sanoen rikosoikeuden ja moraalien suhteesta.²⁶¹ Syyllisyysperiaate ihmisarvon loukkaamattomuudesta johdettuna kriminalisointiperiaatteena edellyttää Melanderin mukaan puolestaan riittävän vastuuvapausperusteita koskevan sääntelyn ylläpitämistä rikosoikeudellisen järjestelmän osana. Tällä tavoin mahdollistetaan ihmisten omien valintojen tekeminen.²⁶² Toisaalta hän on kuitenkin esittänyt, että ”nimenomaan ihmisarvolla argumentointiin tulisi rikosoikeudessa suhtautua pidättyväisesti”. Muutoin riskinä on se, että suojeltavan intressin määrittely jää epämääräiseksi ja mahdollisuus erilaisten arvo- ja moraalisisidonnaisten kriminalisointien perusteltavuuteen laajenee.²⁶³

Melander on myös arvioinut oikeusturva- ja ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamisvaatimuksen (perusoikeuksien yleisenä rajoitusedellytyksenä) suhdetta PL 1 §:stä johdettavaan ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteeseen, joka on joissakin yhteyksissä katsottu yhdeksi kriminalisointiperiaatteeksi. Periaatteet eivät hänen mukaansa ole täysin yhdenmukaisia, vaikka esimerkiksi ihmisarvon loukkaamattomuuteen liitetty vaatimus rikosoikeusjärjestelmän humanisuudesta pitää sisällään vaatimuksen ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamisesta. Sitä vastoin esimerkiksi ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteeseen liitetty vaatimus syyllisyysperiaatteesta ei välttämättä ole palautettavissa suoraan perusoikeuksien rajoitusedellytyksiin.²⁶⁴

²⁶⁰ Melander 2008, s. 261–325. Ihmisarvon loukkaamattomuuden lukemisesta yhdeksi kriminalisointiperiaatteeksi ks. Melander 2008, s. 262–264.

²⁶¹ Melander 2008, s. 286–302.

²⁶² Melander 2008, s. 300.

²⁶³ Melander 2008, s. 285.

²⁶⁴ Melander 2002, s. 945. Ihmisarvon loukkaamattomuuteen on liitetty myös vapaus- ja yhdenvertaisuus oikeudet. Ainakin Nuutila on lähinnä eurooppalaiseen keskusteluun viitaten nostonut ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteen yhdeksi kriminalisointiperiaatteeksi. Ks. tästä Nuutila 1996a, s. 77–78. Syyllisyysperiaatteesta yleisenä rikosoikeudellisenä periaatteena ks. myös Backman 2003, s. 7–9, joka on tiivistänyt periaatteen iskulauseisiin: ”ilman syyllisyyttä ei mitään rangaistusta”, ”rangaistus syyllisyyden määrän mukaan” ja ”ei rangaistusta ilman syyllisyyttä osoittavaa vääräyttä”.

2.2 EHDOTTOMAT KIELLOT JA IHMISOIKEUKSIEN LOUKKAAMATTOMAT YTIMET

Edellisessä jaksossa käsiteltyä ihmisarvon loukkaamattomuutta ei ole erikseen vahvistettu ihmisoikeudeksi sen paremmin EIS:ssä kuin KP-sopimuksessaan²⁶⁵, mutta on olemassa joitakin lukuisissa ihmisoikeusasiakirjoissa vahvistettuja oikeuksia, jotka ovat sillä tavoin ehdottomia, että ne eivät jätä punninnalle tilaa. Tämän lisäksi usein myös ns. rajoituslausekkeen sisältävillä ihmisoikeuksilla on loukkaamaton ydin, jonka alueella ne vaikuttavat sääntöinä jättämättä tilaa punninnalle. ”Punninnan periaatteellinen torjunta” ehdottomien kieltojen soveltamisalalla ja muiden oikeuksien ydinalueilla on Scheininin mukaan ”eräs ihmisoikeusajattelun kulmakivistä”.²⁶⁶

Eide on katsonut oikeuden elämään, orjuuden kiellon sekä kiduttamisen (tai muunlaisen pahoinpitelyn) kiellon sellaisiksi ehdottomiksi oikeuksiksi, joita ei missään oloissa voi rajoittaa. Muita ihmisoikeuksia voidaan rajoittaa esimerkiksi kansallisen turvallisuuden, yleisen järjestyksen taikka muiden yksilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi. Kuten Eide on todennut, ”ihmisoikeuksien turvaaminen tasapainotetusti edellyttää välttämättä jonkinlaista toimintavapauden rajoittamista.” Tasapainon saavuttaminen edellyttää myös velvollisuuksien asettamista yksilöille.²⁶⁷

Näkisin kuitenkin, että oikeutta elämään ei – sen enempää kuin ihmisarvon loukkaamattomuuttakaan – voida perustellusti nostaa ehdottomien oikeuksien joukkoon, sillä niin syvällä länsimaisessa oikeuskäsityksessä on oikeus itsensä puolustamiseen jopa kuolettavan väkivallan keinoin.²⁶⁸ Erityyppiset punnintatilanteet liittyvät keskeisesti oikeuteen elämään, ja väite oikeudesta elämään *ehdottomana oikeutena* jää enemmänkin julistukseksi, joka korostaa tämän oikeuden keskeistä merkitystä. Ashworth onkin todennut, että ”[t]his ‘right’ may be described as ‘natural’ and ‘absolute’ in the sense that reason demands its recognition if men are to live together in society, and in the sense that the instinct towards self-preservation is so strong and basic human nature that ‘no law can oblige a man to abandon’ it”.²⁶⁹

²⁶⁵ Ks. Hufnagel 2012, s. 199.

²⁶⁶ Scheinin 2008, s. 204–205. Samoin Lavapuro 2010b, s. 35. Ks. myös Scheinin 2012, s. 140–141.

²⁶⁷ Eide 1988, s. 37 ja 46. Ks. myös Julistus 29 artikla sekä Hannikainen 1988, s. 61–62. Hannikainen on maininnut yleismaailmallisesti kiellettyinä joukkotuhonnan, murhat, summittaiset teloitukset, poliittisten vastustajien pakotetut katoamiset, panttivankien ottamisen, kidutuksen, julman ja alentavan kohtelun, vainoamisen, voimaperäisen syrjinnän sekä orjuuden ja siihen verrattavat käytännöt.

²⁶⁸ Ks. Sangero 2006, s. 42–43.

²⁶⁹ Ashworth 1975, s. 282.

Kai Möller on kommentoidessaan myöhemmin selostettavaa Saksan valtiosääntötuomioistuimen ratkaisua kiinnittänyt huomiota siihen, että tuomioistuin johti ihmisarvon loukkaamattomuudesta näkemyksen ehdottomasta oikeudesta elämään. Ongelma tässä lähestymistavassa on ihmisarvon loukkaamattomuuden käsitteellinen epämääräisyys.²⁷⁰ Möllerin näkemyksen mukaan, johon on lähtökohtaisesti helppo yhtyä, suuri merkitys on ensinnäkin sillä, onko henkilö viaton. Viattoman henkilön oikeus elämään on ehdoton tai ainakin lähes ehdoton siinä suhteessa, että hänen henkeään ei voida riistää keinona (*means*) jonkin päämäärän tavoittamiseksi tai sen mahdollistajana (*enabler*) eikä näitä tilanteita voida lähtökohtaisesti ratkaista suhteellisuuspuunninalla. Jos sitä vastoin viaton sivullinen on ikään kuin passiivisena esteenä (*disabler*) pelastustoimille, tämän uhraaminen saattaisi joissakin olosuhteissa Möllerin mukaan olla mahdollista.²⁷¹ Viimeksi mainitusta on kyse tilanteissa, joissa matkustajakone ammutaan alas, jotta estettäisiin sillä törmäminen esimerkiksi jonkin suurkaupungin keskusta. Näihin tilanteisiin palataan myöhemmin.

Kansallisella tasolla voidaan todeta, että myöskään niitä perusoikeuksia, joiden osalta perustuslaissa ei ole nimenomaista lakivarausta tai rajoituslauseketta, ei ole tarkoitettu pääsääntöisesti ehdottomiksi *oikeuksiksi*. Ehdottomina perusoikeuksiin kohdistuvina *kieltoina* on perustuslakivaliokunnan mietinnössä 25/1994 vp todettu syrjäntäkielto (PL 6 §), kuolemanrangaistuksen, kidutuksen ja ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kielto (PL 7 §), taannehtivan rikoslain kielto (PL 8 §), kielto estää Suomen kansalaista saapumasta maahan (PL 9 §), ulkomaalaisen luovuttamisrajoitus (PL 9 §) ja lakiin perustumattoman työstä erottamisen kielto (PL 18 §).²⁷² Viljanen on maininnut ehdottomana kieltona myös PL 7 §:n 3 momenttiin perustuvan kiellon puuttua kenenkään henkilökohtaiseen koskemattomuuteen tai riistää kenenkään vapautta mielivaltaisesti ja ilman laissa säädettyä perustetta. Ehdotonta on nimenomaan vaatimus lakiin perustuvasta syystä.²⁷³ Ehdottomien kieltojen kääntöpuolena olevien oikeuksien kaikenlainen rajoittaminen on mahdollista vain poikkeuslaeilla. Tuolloinkin on huolehdyttävä muun muassa rajoitusten sallittavuudesta kansainvälisten velvoitteiden näkökulmasta.²⁷⁴

²⁷⁰ Möller 2012, s. 53

²⁷¹ Möller 2012, s. 63. Ihmisen käyttämisestä keinona / mahdollistajana on kyse Möllerin esimerkissä (Möller 2012, s. 59), jossa lihava mies heitetään raiteille, koska tämä on ainoa keino pysäyttää raiteilla vapaana syöksyvä vaunu.

²⁷² PeVM 25/1994, s. 4–5. Mietinnössä mainittiin lisäksi kielto karkottaa kansalainen. Tältä osin voimassa olevan PL 9 § 3 momentissa säädetään, että ”[l]ailla voidaan kuitenkin säätää, että Suomen kansalainen voidaan rikoksen johdosta tai oikeudenkäyntiä varten taikka lapsen huoltoa tai hoitoa koskevan päätöksen täytäntöönpanemiseksi luovuttaa tai siirtää maahan, jossa hänen ihmis-oikeutensa ja oikeusturvansa on taattu”.

²⁷³ Viljanen 2011b, s. 140.

²⁷⁴ Jyränki 2000, s. 292 ja Viljanen 2001, s. 56–57.

Ehdottomuus on hyvin vaikeasti määritettävissä. Esimerkiksi syrjintäkieltoa koskeva PL 6 §:n 2 momentti kieltää eri asemaan asettamisen ”ilman hyväksyttävää perustetta”. Tältä osin kyse ei siis ole täysin ehdottomasta kiellosta, kun taas taannehtivan rikoslain kielto, kuolemanrangaistuksen sekä kiduttamisen ja ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kielto ovat yksiselitteisen ehdottomia.²⁷⁵ Viimeksi mainituista kielloista säädetään PL 7 § 2 momentissa, jonka mukaan:

”Ketään ei saa tuomita kuolemaan, kiduttaa eikä muutoinkaan kohdella ihmisarvoa loukkaavasti.”

Kidutuksen kiellon kuuluminen *ius cogensin* piiriin on todettu myös EIT:n ratkaisukäytännössä.²⁷⁶ Kidutuksen on todettu olevan erittäin vakavaa henkistä tai fyysistä kärsimystä aiheuttavaa kohtelua”, kun taas ihmisarvoa loukkaavana pidetään julmia, epäinhimillisiä tai halventavia fyysisen tai henkisen kohtelun muotoja. Säännöksen tulkinnalle on saatavissa johtoa Suomea sitovista kansainvälisistä ihmisoikeusvelvoitteista, joista lain esitoissa on mainittu KP-sopimuksen 7 artikla ja 2 lisäpöytäkirja sekä EIS:n 3 artikla ja 6 lisäpöytäkirja.²⁷⁷ Tosin ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kieltoon rinnastettavan EIS:n 3 artiklassa todetun epäinhimillisen ja halventavan kohtelun kiellon soveltamisala ei ole lainkaan helposti määriteltävissä, vaan se edellyttää hienosyistä *punnintaa* lukuisten eri tekijöiden kesken.

²⁷⁵ Ks. Viljanen 2001, s. 13 ja 57–58. Kuten Viljanen on todennut, voidaan katsoa, että jos käsillä ei ole hyväksyttävää perustetta, on kyse syrjinnästä, joka on ehdottomasti kielletty. Kyse on siis säännöksen soveltamisalasta. Ks. myös Pellonpää et al. 2012, s. 344 ja Kastari 1972, s. 288–289, joka vielä 1970-luvulla katsoi, että tuolloin voimassa olleen HM 5 §:n yhdenvertaisuusvaatimukseen ”sisällytettävän mielivallan kiellon tai oikeudenmukaisuussäännöksen asiallinen sisältö on vaihtelevainen ja saattaa eri aikakausina olla huomattavastikin erilainen. Tämä yhdenvertaisuusperiaatteen relatiivisuus on luonnollinen, koska kysymys ei ole ikuisista, absoluuttisista arvoista, joilla luontaisoikeuden teoreetikot aikanaan ovat operoineet, vaan yhteiskunnassa kunakin ajan-kohtana vallitsevista perusarvoista.” Kastarikin on tunnustanut kansainvälisten sopimusten potentiaalın yhdenvertaisuuden sisällön vakauttamisessa ja kehittämisessä.

²⁷⁶ Pellonpää et al. 2012, s. 314 ja siinä mainitun Al-Adsani-ratkaisun kohdat 61–67.

²⁷⁷ HE 309/1993 vp, s. 47–48.

3 Oikeus elämään ja väkivallan kieltö

3.1 YK:N IHMISOIKEUKSIEN YLEISMAAILMALLINEN JULISTUS JA KP-SOPIMUS

Hengen ja vapauden suoja voidaan pitää vanhimpina klassisina perusoikeuksina.²⁷⁸ Julistuksen 3 ja 5 artiklat edellyttävät, että:

”3. artikla

Kullakin yksilöllä on oikeus elämään, vapauteen ja henkilökohtaiseen turvallisuuteen.”

”5. artikla

Ketään ei saa kiduttaa eikä kohdella tai rangaista julmasti, epäinhimillisesti tai alentavasti.”

KP-sopimuksen 6 artiklan 1 kohta ja 7 artikla puolestaan kuuluvat seuraavasti:

”6. artikla

1. Jokaisella ihmisellä on synnynnäinen oikeus elämään. Tämä oikeus on suojattava lailla. Ketään ei saa mielivaltaisesti riistää hänen elämänsä.”²⁷⁹

”7. artikla

Ketään ei saa kiduttaa eikä kohdella tai rangaista julmalla, epäinhimillisellä tai halventavalla tavalla. Erityisesti ei ketään saa alistaa ilman hänen vapaata suostumustaan lääketieteelliseen tai tieteelliseen kokeiluun.”

KP-sopimuksen 6 artiklasta on todettu, että sitä ei saa tulkita suppeasti, minkä lisäksi artiklan kommenttien 3 kohdassa on erikseen todettu:²⁸⁰

”The Committee considers that States parties should take measures not only to prevent and punish deprivation of life by criminal acts, but also to prevent arbitrary killing by their own security forces. The deprivation of life by the authorities of the State is a matter of the utmost gravity. Therefore, the law must strictly control and limit the circumstances in which a person may be deprived of his life by such authorities.”

²⁷⁸ Ks. Saraviita 2005a, s. 337 ja Hidén 1980, s. 12. Ulkomaisesta kirjallisuudesta ks. esim. Crawshaw et al. 2007, s. 119.

²⁷⁹ EIS:n muotoilu ”tahallisesti” vaikuttaa tältä osin olevan ankarampi kuin KP-sopimuksen termi ”mielivaltaisesti”. Ks. Opsahl 1993, s. 222.

²⁸⁰ General Comment No. 6 kohta 3.

EIS:stä poiketen KP-sopimus ei erikseen määrittele tilanteita, joissa henkilön surmaaminen esimerkiksi poliisin voimankäytön seurauksena olisi sallittua.²⁸¹ Sanamuodon mukaan tulkittaessa 6 artiklan 1 kohdan kolmas lause kieltää ainoastaan mielivaltaisen hengen riistämisen. Mielivaltaisen on kuitenkin katsottu terminä kattavan tarkoituksellisen (*intentional*) surmaamisen lisäksi myös *dolus eventualis* -tahalliset surmaamiset ja jopa tuottamuksellisia tekoja. Toisaalta se ei kuitenkaan kiellä tarkoituksellista surmaamista itsensä puolustamiseksi. Termin piiriin kuuluvat siis laittomuus (*unlawfulness*), epäoikeudenmukaisuus (*injustice*), arvaamattomuus (*capriciousness*) ja kohtuuttomuus (*unreasonableness*).²⁸² Mielivaltaisen surmaamisen kieltäminen pitää toisin sanoen sisällään mahdollisuuden, että jonkin valtion kansallisen sääntelyn sallima surmaaminen on KP-sopimuksen vastaista.²⁸³ Artiklasta on myös johdettu positiivisia toimintavelvoitteita muun muassa lapsikuolleisuuden vähentämiseen, sotien ja kansanmurhien ehkäisemiseen ja jopa ydinaseiden käytön torjumiseen.²⁸⁴ Tältä osin voidaan viitata edellä lainattuun kommenttien kohtaan, jossa näyttäisi nimenomaisesti johdetun 6 artiklasta kriminalisointivelvoitteita valtioille.

Ihmisoikeuskomitean 6 artiklaa koskevan ratkaisukäytännön osalta voidaan viitata ratkaisuun *Suarez de Guerrero v. Colombia* (kursivoinnit tässä):²⁸⁵

”13.2 In the present case it is evident from the fact that seven persons lost their lives as a result of the deliberate action of the police that the deprivation of life was intentional. Moreover, the police action was apparently taken without warning to the victims and without giving them any opportunity to surrender to the police patrol or to offer any explanation of their presence or intentions. There is no evidence that the action of the police was *necessary in their own defence or that of others, or that it was necessary to effect the arrest or prevent the escape* of the persons concerned. Moreover, the victims were no more than suspects of the kidnapping which had occurred some days earlier and their killing by the police deprived them of all the protections of due process of law laid down by the Covenant. In the case of Mrs. Maria Fanny Suarez de Guerrero, the forensic report showed that she had been shot several times after she had already died from a heart attack. There can be no reasonable doubt that her death was caused by the police patrol.

13.3 For these reasons it is the Committee’s view that the action of the police resulting in the death of Mrs. Maria Fanny Suarez de Guerrero was *disproportionate to the requirements of law enforcement* in the circumstances of the case and that she was arbi-

²⁸¹ Ks. Loman 1997, s. 89.

²⁸² Nowak 2005, s. 127–129.

²⁸³ Crawshaw et al. 2007, s. 120.

²⁸⁴ Ks. General Comment No. 6 kohdat 2 ja 5, General Comment No. 14 sekä Hanski – Scheinin 2007, s. 27. Ks. myös Nowak 2005, s. 123–124.

²⁸⁵ *Pedro Pablo Camargo v. Colombia*, Communication No. 45/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 112 (1985). Ks. myös Nowak 2005, s. 129–130 ja Crawshaw et al. 2007, s. 126.

trarily deprived of her life contrary to article 6 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights. Inasmuch as the police action was made justifiable as a matter of Colombian law by Legislative Decree No. 0070 of 20 January 1978, *the right to life was not adequately protected by the law of Colombia as required by article 6 (1).*”

Tahallista surmaamista poliisitoiminnassa koskeva komitean ratkaisukäytäntö on harvalukuista²⁸⁶, mutta myös ainakin tapauksessa Rodger Chongwe v. Zambia oli kyse poliisin toimista, kun valittajaa kuljettanut ajoneuvo joutui poliisin tulituksen kohteeksi. Kyse ei ilmeisesti kuitenkaan ollut niinkään voimankäyttötilanteesta, vaan suunnitellusta hyökkäyksestä. KP-sopimuksen 6 artiklan 1 kohtaa ja 9 artiklan 1 kohtaa katsottiin rikotun. Kyse oli myös tapauksen tutkintaan liittyvien prosessuaalisten vaatimusten laiminlyönnistä.

Mitä tulee KP-sopimuksen 7 artiklaan, komitea on todennut sen luonteeltaan ehdottomaksi ja sen takaamat oikeudet rajoittamattomiksi.²⁸⁷ Artiklassa käytettyjä käsitteitä ei kuitenkaan ole tarkemmin määritelty eikä komitea ole nähnyt tarpeelliseksi tehdä niiden välillä selkeää erottelua. Viime kädessä määrittely tehdään tapauskohtaisesti ottaen huomioon toimenpiteiden luonteen, tarkoituksen ja kohtelun vakavuus.²⁸⁸

”5. The prohibition in article 7 relates not only to acts that cause physical pain but also to acts that cause mental suffering to the victim. In the Committee’s view, moreover, the prohibition must extend to corporal punishment, including excessive chastisement ordered as punishment for a crime or as an educative or disciplinary measure. It is appropriate to emphasize in this regard that article 7 protects, in particular, children, pupils and patients in teaching and medical institutions.”²⁸⁹

Vaikka se artiklan sanamuodon ja kommentaarinkin näkökulmasta olisi mahdollista, 7 artiklaa ei ole sovellettu voimankäyttötilanteisiin, vaan kyse on ennem-

²⁸⁶ Norée 2000, s. 111.

²⁸⁷ General Comment No. 20 kohta 3: ”*The text of article 7 allows of no limitation. The Committee also reaffirms that, even in situations of public emergency such as those referred to in article 4 of the Covenant, no derogation from the provision of article 7 is allowed and its provisions must remain in force. The Committee likewise observes that no justification or extenuating circumstances may be invoked to excuse a violation of article 7 for any reasons, including those based on an order from a superior officer or public authority.*”

²⁸⁸ General Comment No. 20 kohta 4.

²⁸⁹ General Comment No. 20 kohdat 4 ja 5. Ks. myös Nowakin (2005, s. 160–166) näkemykset käsitteiden sisällöstä sekä Hanski – Scheinin 2007, s. 77–78, jotka ovat todenneet lähestymistavan saattavan johtua osin siitäkin, että artiklassa on mainittu erikseen julma kohtelu ja rankaiseminen, mikä tekee määrittelystä vielä vaikeampaa kuin esimerkiksi EIS:n osalta. Artiklasta on myös johdettu merkittäviä prosessuaalisia velvoitteita väärinkäytösten tutkimiselle. Ks. tästä Hanski – Scheinin 2007, s. 78.

minkin ollut poliisin hallussa olevien henkilöiden kohtelusta, mikä teema lähtökohtaisesti rajautuu tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

3.2 EUROOPAN IHMISOIKEUSSOPIMUS

Tutkimuksen aiemmissa jaksoissa kertomani perusteella keskityn jatkossa EIS:n 2 ja 3 artiklojen sisältöön ja soveltamiskäytäntöön. Artiklat kuuluvat seuraavasti:²⁹⁰

”2. artikla Oikeus elämään

1. Jokaisen oikeus elämään on suojattava laissa. Keneltäkään ei saa riistää hänen elämänsä tahallisesti, paitsi tuomioistuimen päätöksen täytäntöönpanemiseksi silloin, kun hänet on tuomittu rikoksesta, josta laissa määrätään tällainen rangaistus.

2. Elämän riistämistä ei voida katsoa tämän artiklan vastaiseksi teoksi silloin, kun se seuraa voimankäytöstä, joka on ehdottoman välttämätöntä:

- a) kenen hyvänsä puolustamiseksi laittomalta väkivallalta;
- b) laillisen pidätyksen suorittamiseksi tai laillisen vapaudenriiston kohteeksi joutuneen henkilön paon estämiseksi;
- c) mellakan tai kapinan kukistamiseksi laillisin toimin.²⁹¹

3. artikla Kidutuksen kieltö

Ketään ei saa kiduttaa, eikä kohdella tai rangaista epäinhimillisellä tai halventavalla tavalla.”

EIS 2 artiklan sanamuodon osalta huomio kiinnittyy ensiksi sen kirjoitustapaan, joka ei esimerkiksi 6 artiklasta poiketen tunnusta henkilön oikeutta elämään, vaan sen sijaan asettaa valtiolle velvollisuuden *suojata elämää*.²⁹² Juuri 2 artiklan 1 kappaleen ensimmäisen virkkeen on katsottu ilmaisevan valtioille asetettua positiivista toimintavelvoitetta, kun taas 1 kappaleen toinen virke sekä 2 kappale ilmaisevat valtioille asetettuja negatiivisia velvoitteita. Artiklan molempiin ulottuvuuksiin liittyy myös prosessuaalisia velvoitteita.²⁹³ Varsin tyypillisiä ovatkin tapaukset, joissa henkilö on kuollut ja kuoleman väitetään johtuneen viranomais-

²⁹⁰ Olen tässä päätenyt käyttämään sopimustekstien suomenkielisiä käännöksiä, vaikka sopimus onkin muodollisesti voimassa Suomessa vain todistusvoimaisilla kielillään eli englanniksi ja ranskaksi. Käännökset eivät ole virallinen osa ihmisoikeussopimusta tai voimaansaattamislakia, mutta ne on tunnustettu käytännön viranomaistoiminnassa ensisijaisesti sovellettaviksi. Ks. tästä PeVL 2/1990 vp, s. 3 ja Pellonpää et al. 2012, s. 65.

²⁹¹ Oikeus elämään on vahvistettu myös poliisitoimintaa koskevassa EN:n suosituksessa (EN 2001 s. 10) vuodelta 2001: ”35. *The police, and all police operations, must respect everyone’s right to life.*”

²⁹² Van Dijk et al. 2006, s. 352.

²⁹³ Pellonpää et al. 2012, s. 317. Ks. myös Pitkänen 2013, s. 67 – 68. On myös syytä kiinnittää huomiota siihen, että oikeus elämään ihmisoikeutena sijoitettiin aivan EIS:n alkuun, koska se luo perustan kaikkien muiden oikeuksien toteutumiselle. Ks. tästä de Rover 1998, s. 270.

toiminnasta, mutta kuolemantapausta ei ole tutkittu asianmukaisesti. EIT on näissä tilanteissa usein todennut sopimusrikkomuksen tapahtuneen tutkimisvelvollisuuden laiminlyönnin johdosta, vaikka valtion vastuuta kuolemasta ei olekaan näytetty toteen.²⁹⁴ Tällaiset tulkinalla johdetut positiiviset toimintavelvoitteet on erotettava toimintavelvoitteista, joista on säännelty suoraan ja yksiselitteisesti jo säännöksessä. Ensin mainittuja tehokkuusperiaatteen mukaisen tulkinnan kautta kehitettyjä positiivisia toimintavelvoitteita rasittaa oikeusvarmuuden näkökulmasta tietynlainen epämääräisyys ja ennakoimattomuus.²⁹⁵

EIS 2 artikla ei suojaa elämää, vaan *oikeutta elämään*, eikä sen ole tarkoitus suojella elämää kaikin mahdollisin tavoin ja kaikenlaisilta kuolemilta. Useimmat elämään kohdistuvat riskit jäävät yksilön eivätkä yhteiskunnan kannettaviksi. Van Dijk ym. mukaan artiklan suoja ulottuu lähinnä elämän tarkoitukselliseen riistämiseen ja huolimattomuudesta tapahtuvaan elämän vaarantamiseen.²⁹⁶ Opsahlin mukaan artiklan soveltamisalan laajuus onkin jossain määrin myös sosiaalisten ja kulttuuristen traditioiden muovaamaa. Traditiot muovaavat standardin, joka sijoittuu jonnekin minimi- ja maksimitason väliin.²⁹⁷

Kuolemanrangaistusta lukuun ottamatta kaikenlainen tarkoituksellinen (*intentional*) surmaaminen on kiellettyä, jollei se kuulu 2 artiklan 2 kappaleen piiriin. Kielto kattaa summaariset teloitukset, poliittisen vastustuksen eliminoinnin, terrorismin ja rikollisuuden vastaiset toimet sekä kiellon surmata henkilöitä, jotka yrittävät tunkeutua kielletylle alueelle (esimerkiksi alueet, joille pääsy on kansallisen turvallisuuden perusteella kielletty).²⁹⁸ Artiklan 2 kappaleen lista on tyhjentävä, eikä se salli toisen henkilön surmaamista muiden ei-väkivaltaisten rikosten kuin mellakan ja kapinan estämiseksi. Jos jonkin valtion oikeusjärjestys sallii esimerkiksi murtovarkaan surmaamisen, vaikka tämä ei toiminnallaan osoita väkivallan uhkaa, ko. valtion oikeusjärjestelmä on lähtökohtaisesti EIS 2.artiklan vastainen.²⁹⁹

²⁹⁴ Ks. Merrills – Robertson 2001, s. 30–31.

²⁹⁵ Pitkänen 2013, s. 57–58. Esimerkkinä suoraan säännöstekstissä ilmaistusta positiivisesta toimintavelvoitteesta Pitkänen on maininnut mm. EIS 6 artiklan 3 kappaleen c kohdan.

²⁹⁶ Van Dijk et al. 2006, s. 352.

²⁹⁷ Opsahl 1993, s. 209–211.

²⁹⁸ Opsahl 1993, s. 213, ks. myös av. 27.

²⁹⁹ Ashworth 2009, s. 115. Ks. myös Loman 1997, s. 91, joka on luonnehtinut 2 artiklan 2 kappaletta Suomen näkökulmasta ”melko ankaraksi”. Ks. myös Opsahl 1993, s. 217, joka on tuolloin EIT:n ratkaisukäytännön puuttuessa todennut, että 2 kappaleen poikkeuksien soveltamisessa valvontaelimet ”are likely to allow a national margin of appreciation on these points”. Vrt. AI 1998, s. 5. Basic Standard 4 lähtee siitä, että laittomien, mutta ei-väkivaltaisten mielenosoitusten kontrollointiin tai hajottamiseen ei tulisi käyttää voimakeinoja, elleivät ne ole välttämättömiä (*indispensable*). Ampuma-aseita ei tule käyttää lainkaan tällaisten mielenosoitusten hajottamiseen.

Toisaalta voidaan todeta, että 2 kappaleen a-kohdan maininta laittomasta väkivallasta ei ole erityisen yksiselitteinen.³⁰⁰ On esitetty, että termi ”väkivallalta” (esimerkiksi ”tappamiselta” sijaan) viittaa siihen, että kuolettavaa voimaa voidaan käyttää myös, kun torjutaan hyökkäystä, joka on vakava muttei hengenvaarallinen.³⁰¹ Termin tarkempi sisältö määrittyykin EIT:n ratkaisukäytännössä. Muotoilun on todettu jättävän myös auki sen, kuinka välitöntä ”laittoman väkivallan” tai sen uhan tulee olla. Tältä osin ratkaisua ei välttämättä ole löydettävissä edes ratkaisukäytännöstä.³⁰²

Toisen kappaleen b-kohdan osalta on kirjallisuudessa puolestaan katsottu, että sitä ei voida soveltaa hallinto-oikeudellisen, vaan ainoastaan rikosprosessuaalisen kiinnioton toimittamiseen. Toisaalta sitä voidaan kuitenkin soveltaa myös hallinnollisin perustein kiinniotetun henkilön paon estämiseksi. Toisin sanoen hallinnollisen kiinnioton tilanteissa kuolettavaa voimaa ei voida käyttää.³⁰³ Todettakoon myös, että tarkoituksellista surmaamista ei voida pitää sallittuna 2 kappaleen b-kohdan tilanteissa.³⁰⁴ Näihin rajoituksiin päädyttäisiin ainakin useimmissa tapauksissa myös suhteellisuuspunninnan kautta.

Seuraavassa analyysissä on tapausten tosiseikaston kuvaamisessa hyödynnetty sekä Finlex-tietokannasta löytyviä tapauskuvauksia että HUDOC-tietokannasta löytyviä englanninkielisiä tuomioita. EIT:n tuomioiden selostuksissa on sitä vastoin käytetty lähes yksinomaan HUDOC-tietokannan englanninkielisiä tuomioita.³⁰⁵ EIT:n ratkaisukäytännössä on Suomea koskevien ratkaisujen lisäksi kiinnitetty erityistä huomiota suuren jaoston antamiin ratkaisuihin sekä niihin ratkaisuihin, jotka on julkaistu sarjassa ”*Reports of Judgments and Decisions*” (myöhemmin *Reports*-sarja).³⁰⁶ Analyysissä keskitytään erityisesti sekundääri-

³⁰⁰ Ashworth on esimerkiksi arvioinut, että Yhdysvaltojen MPC pykälän 3.04 muotoilut ovat liian sallivia EIS:n näkökulmasta. Ks. tästä Ashworth 2009, s. 118. Mainitussa sinänsä yksityiskohtaisesti kirjoitetussa kohdassa on mm. todettu, että ”*use of force upon or toward another person is justifiable when the actor believes that such force is immediately necessary for the purpose of protecting himself against the use of unlawful force by such other person on the present occasion*” ja edelleen ”*person employing protective force may estimate the necessity thereof under the circumstances as he believes them to be when the force is used, without retreating, surrendering possession, doing any other act that he has no legal duty to do or abstaining from any lawful action*”.

³⁰¹ Emmerson et al. 2007, s. 754.

³⁰² Emmerson et al. 2007, s. 754–755.

³⁰³ Boucht 2011a, s. 119.

³⁰⁴ Boucht 2011a, s. 119.

³⁰⁵ Myös tässä jaksossa olen poistanut EIT:n ratkaisujen lainauksista EIT:n viittaukset omaan ratkaisukäytäntöön.

³⁰⁶ Metodista ks. myös Ervo 2005, s. 34–38. Jukka Viljanen 2003, s. 39–40 on todennut, että suuren jaoston tekemien ratkaisujen määrä oli ainakin tuolloin laskussa, minkä seurauksena siitä, onko tapaus ratkaistu jaostossa vai suuressa jaostossa, ei ainakaan uuden ratkaisukäytännön osalta tule tehdä erityisen pitkälle meneviä johtopäätöksiä ratkaisun merkityksestä. Pellonpää et al. 2012, s. 289 ovat puolestaan todenneet, että tuomion julkaiseminen *Report of Judgments and Decisions*

sen toimivallan – voimankäytön – ihmis- ja perusoikeuslottuvuuksiin, eikä esimerkiksi kiinnioton perusteiden hyväksyttävyyteen ko. näkökulmasta ole mahdollista kiinnittää huomiota. Tästä syystä esimerkiksi EIS 8 artiklan turvaama oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta jää vähälle huomiolle.³⁰⁷

Ratkaisukäytännöstä tehtävissä johtopäätöksissä olen ensisijaisesti keskittynyt EIT:n arvioihin ja kannanottoihin, jotka *toistuvat* eri ratkaisuisa. Tällaisella lähestymistavalla pystytään toivoakseni sulkemaan päätelmien ulkopuolelle seikkoja, jotka johtuvat joistakin yksittäisen tapauksen faktoista taikka valitusasian osapuolien kannanotoista. Jos osapuolet jättävät vetoamatta joihinkin seikoihin taikka hyväksyvät toistensa argumentit, saattaa tuomioistuimien jättää näistä seikoista lausumatta.³⁰⁸ Lähestymistapani pyrkii korostamaan tulkinnallista jatkumoa (*interpretative continuum*), jossa avaintapausten (*leading cases*) merkitys on lähinnä jatkumon aloittajana tai muokkaajana eikä niinkään lopullisen tulkin taratkaisun lähteenä. Jatkumoiden ”avulla voidaan hahmottaa tulkintalinjaa koskevat keskeiset piirteet ja samalla arvioida yksittäisiä tapauksia suhteessa laajempaan tapausmassaan, aikaisempiin tuomioihin ja keskeisiin tulkintaperiaatteisiin”.³⁰⁹

Tällainen lähestymistapa saa tukea myös Pauline Koskelon asianajokäytänteisiin kohdistamasta kritiikistä. Koskelon mukaan erityisesti perusoikeuksien ollessa kyseessä tyypillistä on ollut sekundäärilähteisiin ja tapausotsikoihin viittaaminen analyttisen oikeuskäytäntöön tukeutuvan argumentoinnin jäädessä usein varsin vaatimattomalle tasolle. Virhetulkintojen ja väärinkäsitysten vaaran ollessa suuri on tärkeää tutustua oikeuskäytäntöön kattavasti ja kriittisesti, jotta todella löydetään ne argumentit, joihin on perusteltua tukeutua.³¹⁰ Koskelon kritiikin kärki kohdistuu perusoikeuksiin viittaamiseen oikeudellisessa argumentoinnissa, mutta esitetyt suositukset pätevät epäilemättä myös ihmisoikeuksilla argumentointiin. Voitanee jopa väittää, että järjestelmien erotessa toisistaan oikeuskulttuurin tasolla huolellisen ja läpinäkyvän argumentoinnin merkitys korostuu.³¹¹

EIS:n jäsenmaiden piirin kasvaessa on EIT:n ratkaistavaksi tullut tapauksia, joissa on kyse hyvin vakavista tahallisista ihmisoikeusloukkauksista. Ainakin osa näistä tapauksista on luettavissa osaksi ko. valtiossa hyväksyttyä käyttäytymis-

-sarjassa on osoitus siitä, että julkaistussa ratkaisussa havaittavat erot aiempaan ratkaisukäytäntöön ovat tarkoituksellinen muutos tai täsmennys oikeuskäytäntöön.

³⁰⁷ Oikeustieteessä on pohdittu, voisiko voimankäyttö joissakin tilanteissa olla 8 artiklan vastaista, vaikka se ei ole 3 artiklan vastaista. Ks. Norée 2000, s. 115 ja Boucht 2011a, s. 134. Itse en kuitenkaan ole tullut tietoiseksi tällaisista EIT:n ratkaisuisista.

³⁰⁸ Ks. Jukka Viljanen 2003, s. 41.

³⁰⁹ Jukka Viljanen 2004, s. 522.

³¹⁰ Koskela 2012, s. 99–101. Samansuuntaisesti Lavapuro 2012, s. 144–145.

³¹¹ Ks. tästä Ervo 2005, s. 19–20.

mallia eikä niinkään yksittäisiksi ylilyönneiksi. Toisaalta EIS:n vanhojen länsi-eurooppalaisten jäsenmaiden osalta kyse on tyypillisesti yksittäistapauksista ja eräänlaisesta sovellettavien periaatteiden ja sääntöjen hienosäädöstä.³¹² Tämän tutkimuksen kannalta relevanttien EIS:n artiklojen osalta on Suomen osalta todettu kaksi sopimusloukkausta, joista toinen liittyi 3 artiklaan (tapaus N. vuodelta 2005³¹³) ja toinen 5 artiklaan (tapaus Raninen vuodelta 1997³¹⁴).

3.2.1 EIS 2 artiklan 1 kappaleen merkityksestä

3.2.1.1 Yleistä

EIS 2 artiklan tulkinnan osalta on EIT:n ratkaisukäytännössä todettu muun muassa suuren jaoston ratkaisemassa McCann-tapauksessa seuraavaa (kursivoinnit tässä):

”146. The Court’s approach to the interpretation of Article 2 (art. 2) must be guided by the fact that the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires that its *provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective*...³¹⁵

147. It must also be borne in mind that, as a provision (art. 2) *which not only safeguards the right to life but sets out the circumstances when the deprivation of life may be justified*, Article 2 (art. 2) ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention – indeed one which, in peacetime, admits of no derogation under Article 15 (art. 15). Together with Article 3 (art. 15+3) of the Convention, *it also enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe... As such, its provisions must be strictly construed*.³¹⁶

³¹² Ks. Jukka Viljanen 2003, s. 50.

³¹³ Tapauksessa oli kyse valittajan karkottamisesta Kongon demokraattiseen tasavaltaan.

³¹⁴ Ks. Pellonpää et al. 2012, s. 268.

³¹⁵ EIT:n muotoilu ”*provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective*” on esimerkki ns. *tehokkuusperiaatteesta* EIS:n tulkintaperiaatteena. Kuten todettua, tehokkuusperiaatteella pyritään varmistumaan siitä, ettei liian kirjaimellinen tai rajoittava tulkinta johda ihmisoikeuksien suojan heikentymiseen. Käytännössä tulkintaperiaatetta ilmentävät myös mm. 2. artiklasta johdetut positiiviset toimintavelvoitteet. Ks. tästä Jukka Viljanen 2003, s. 81–89. Ks. myös Emmerson et al. 2007, s. 73–75 ja Pitkänen 2013, s. 58.

³¹⁶ Nämä yleiset periaatteet on toistettu mm. samana päivänä (4.5.2001) annetuissa ratkaisuisa Hugh Jordan v. the United Kingdom (ratkaisun kohta 102), McKerr v. the United Kingdom (ratkaisun kohta 108), Shanaghan v. the United Kingdom (ratkaisun kohta 85) ja Kelly and others v. the United Kingdom (ratkaisun kohta 91), jotka kaikki koskivat Pohjois-Irlannin levottomuuksien yhteydessä tapahtuneita poliisin voimankäyttötilanteita. EIT keskittyi ratkaisuisa lähinnä 2 artiklan asettamiin prosessuaalisiin vaatimuksiin.

McCann-tapauksessa asetettuja periaatteita on muotoiltu hieman uudelleen myöhemmissä ratkaisuissa, kuten suuren jaoston Salman-tapauksessa antamassa ratkaisussa vuodelta 2000 (kursivointi tässä):

”97. Article 2, which safeguards the right to life and sets out the circumstances when deprivation of life may be justified, ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention, to which no derogation is permitted. *Together with Article 3, it also enshrines one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe. The circumstances in which deprivation of life may be justified must therefore be strictly construed.* The object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings also requires that Article 2 be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective...”³¹⁷

EIS 2 artiklan soveltamisalan on katsottu ulottuvan konkreettisten voimankäyttötilanteiden lisäksi myös kuolettavaan voimankäyttöön johtaneiden operaatioiden kokonaisvaltaisempaan arviointiin, jonka kohteena ovat muun muassa joh-to-, suunnittelu- ja varautumisjärjestelyt. Tältäkin osin arvioinnin lähtökohta on löydettävissä McCann-ratkaisusta, jota voidaan perustellusti pitää viranomaisten voimankäyttöä koskevien ratkaisujen jatkumon avaavana ratkaisuna (kursivoinnit tässä):³¹⁸

”150. In keeping with the importance of this provision (art. 2) in a democratic society, the Court must, in making its assessment, subject deprivations of life to the most careful scrutiny, *particularly where deliberate lethal force is used*, taking into consideration *not only the actions of the agents of the State who actually administer the force but also all the surrounding circumstances including such matters as the planning and control of the actions under examination.*”³¹⁹

Soveltamisalaa voidaan katsoa laajennetun edelleen esimerkiksi Salman-ratkaisussa, jossa on otettu kantaa myös prosessuaalisiin *näyttökysymyksiin* (kursivoinnit tässä):

”99. In the light of the importance of the protection afforded by Article 2, the Court must subject deprivations of life to the most careful scrutiny, *taking into consideration not only the actions of State agents but also all the surrounding circumstances. Persons in custody are in a vulnerable position and the authorities are under a duty to*

³¹⁷ Samoin suuren jaoston käsittelemä İlhan v. Turkey -tapaus vuodelta 2000 ratkaisun kohta 73. Ks. myös Danelius 2007, s. 54–55 ja 67–68. Demokraattiset arvot eivät välttämättä kuitenkaan tarkoita enemmistön arvojen suosimista. EIS:n tehtävänä onkin ainakin jossain määrin tarjota suojaa myös vähemmistöryhmille ja yksilöille. Ks. tästä Emmerson et al. 2007, s. 71–72 ja Merrills 1993, s. 144–149.

³¹⁸ McCann-ratkaisun merkityksestä ks. Jukka Viljanen 2003, s. 281–282 ja Pellonpää et al. 2012, s. 317.

³¹⁹ Samoin Andronicou and Constantinou v. Cyprus ratkaisun kohta 171.

protect them. Consequently, where an individual is taken into police custody in good health and is found to be injured on release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation of how those injuries were caused... The obligation on the authorities to account for the treatment of an individual in custody is particularly stringent where that individual dies.

100. In assessing evidence, the Court has generally applied the standard of proof 'beyond reasonable doubt'... However, such proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. Where the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring during such detention. Indeed, the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation."³²⁰

Tutkimukseni painopiste on varsinaisessa kenttätason voimankäytössä, operaatioiden johto- ja varautumisjärjestelyissä sekä EIS:stä kansalliselle materiaalillemle voimankäyttösääntelylle johdettavissa vaatimuksissa. Tutkimuksen ulkopuolelle olen sitä vastoin rajannut sinänsä merkittävät EIS 2 ja 3 artiklojen asettamat prosessuaaliset vaatimukset voimankäyttötilanteiden yhteydessä tapahtuneiden kuolemantapausten ja vammautumisten sekä laajemminkin poliisin säilössä olleiden henkilöiden kuoleman ja vammautumisen *tutkinnalle*. Tutkimuksen ulkopuolelle jää sekä ihmisoikeussopimuksen aineellisista määräyksistä että prosessuaalisista määräyksistä, kuten EIS 13 artiklasta, johdettavat prosessuaaliset vaatimukset.³²¹ Näiden osalta EIT on todennut, että (kursivointi tässä):³²²

³²⁰ Ks. van Dijk et al. 2006, s. 355 ja Danelius 2007, s. 69. *Beyond reasonable doubt* -kynnys omaksuttiin ratkaisussa Ireland v. the United Kingdom (ratkaisun kohta 161). Ks. tästä Pellonpää et al. 2012, s. 213–214.

³²¹ Kirjallisuudessa on jopa esitetty, että EIT keskittyy mielummin prosessuaalisiin kysymyksiin kuin substanssikysymyksiin. Ks. tästä Leverick 2002a, s. 357. Prosessuaalisista vaatimuksista ks. esim. Güleç v. Turkey -ratkaisun kohdat 77–78, Hugh Jordan v. the United Kingdom -ratkaisun kohdat 142–145, Nachova and others v. Bulgaria -ratkaisun kohdat 110–119, Makaratzis v. Greece -ratkaisun kohdat 73–79, Isayeva v. Russia -ratkaisun kohdat 209–224, Ramsahai and others v. the Netherlands -ratkaisun kohdat 321–357, Giuliani and Gaggio -ratkaisun kohdat 263–326 sekä Suomen osalta Huohvanainen -ratkaisun kohdat 110–115. Kirjallisuudesta ks. myös Opsahl 1993, s. 211–212, Pekkanen 1999, s. 1068–1069, Leverick 2006, s. 178–179, van Dijk et al. 2006, s. 367–371 ja 411, Danelius 2007, s. 55 ja Pellonpää et al. 2012, s. 334–339. Pekkanen on mainitussa artikkelissaan pohtinut sitä, kuinka tarpeellista on ylipäättään johtaa aineellisista määräyksistä tulkinnallisesti prosessuaalisia vaatimuksia tapausten tutkinnalle, kun nämä velvoitteet on johdettavissa myös EIS 13 artiklasta. Ks. tältä osin myös van Dijk et al. 2006, s. 411. Erityisesti YK:n piirissä syntyneissä instrumenteissa asetetusta tutkintavelvollisuudesta ks. myös de Rover 1998, s. 390–391. Kuolemantapausten tutkintavelvoitteista eri ihmisoikeusjärjestelmissä ks. myös Crawshaw et al. 2007, s. 134–137.

³²² McCann and others v. the United Kingdom ratkaisun kohta 161. Ks. myös Pekkanen 1999, s. 1066–1067.

”a general legal prohibition of arbitrary killing by the agents of the State would be ineffective, in practice, if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities. The obligation to protect the right to life under this provision (art. 2), read in conjunction with the State’s general duty under Article 1 (art. 2+1) of the Convention to ”secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention”, *requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the State.*”

Danelius on kiteyttänyt EIT:n ratkaisukäytännöstä kuolemantapausten tutkinnalle seuraavat vaatimukset. Vaatimus tutkinnan puolueettomuudesta edellyttää, että kuolemantapausta tutkiva taho ei voi olla samasta yksiköstä kuin kuoleman aiheuttamisesta epäilty taho. Tutkinnan tulee olla perusteellinen ja ”ennakkoluuloton”. Tutkinnassa on kuultava uhrin läheisiä, joille on annettava tietoa tutkinnan kulusta sekä mahdollisuus lausua tutkittavista tapahtumista. Jos tapaukseen liittyy rikos tai muuta huolimattomuutta, syylliset tulee saattaa vastuuseen ja uhrin läheiselle antaa mahdollisuus korvauksiin.³²³ Todisteiden keruun tulee lisäksi olla joutuisaa sekä riittävän kattavaa, ja tutkinnan ylipäättään tulee olla ”läpinäkyvää”, jotta julkinen kontrolli ja yleinen luottamus viranomaistoimintaan voidaan varmistaa.³²⁴

3.2.1.2 Operaation suunnittelu ja johto

Tältä osin merkittävää ja uraa uurtavaa *case law*’ta on luotu jo useaan kertaan viitatussa McCann-ratkaisussa.³²⁵ EIT:n arvioitavana olivat tapahtumat Gibraltarilla maaliskuussa 1988, jolloin paikallisen poliisin tukena toimineet brittiläisten erikoisjoukkojen sotilaat surmasivat ampumalla kolme IRA-terroristiorganisaation jäsentä, joiden epäiltiin valmistelevan kymmeniä ihmisiä vaarantavan terroripommin räjäytystä. Suunnitellusta pommi-iskusta oli saatu tietoa viikkoja aikaisemmin ja iskun suunnittelusta epäiltyjä henkilöitä, jotka tulivat myöhemmin surmatuiksi, oli tarkkailtu jo heidän ollessaan Espanjassa.

Operaatiokäskyn mukaan operaation tarkoitus oli suojata elämää, estää terrori-isku, pidättää hyökkääjät ja turvata hyökkääjien säilytys. Ensisijainen tarkoi-

³²³ Danelius 2007, s. 63–64. Ks. myös Pitkänen 2013, s. 69–71, joka Ramsahai-ratkaisuun viitaten kirjoittaa tutkinnan riittävyyden (*adequate*) ja riippumattomuuden (*independence of the investigation*) vaatimuksista. Pitkänen on kiinnittänyt huomiota siihen, että ko. ratkaisussa EIT ei erikseen arvioinut, olivatko sopimusvaltiolle asetetut velvoitteet suhteellisuusperiaatteen mukaisia eli kohtuullisia.

³²⁴ Pellonpää et al. 2012, s. 337–338.

³²⁵ McCann-ratkaisun merkityksestä ks. esim. Crawshaw et al. 2007, s. 132.

tus oli luonnollisesti suojata ihmishenkiä.³²⁶ Ennakkotietojen perusteella iskun suunnittelusta epäillyt terroristit olivat vaarallisia ja melko varmasti aseistettuja henkilöitä, jotka kohdatessaan turvallisuusviranomaisia todennäköisesti käyttäisivät aseitaan ja pyrkisivät räjäyttämään asettamansa pommin. Taktisista syistä terroristien sallittiin saapua Gibraltarille ja heidät oli tarkoitus ottaa kiinni sen jälkeen, kun he olivat pysäköineet pommin sisältävän auton. Erään terroristin nähtiinkin pysäköivän auton ja sen jälkeen tekevän autossa jotain ennen poistumista. Auto tarkastettiin myös visuaalisesti ulkopuolelta ja epäilyt autopommista vahvistuivat. Tällöin operaation johto siirrettiin poliiseilta sotilaille ja pian tämän jälkeen sotilaat lähestyivät epäiltyjä terroristeja ottaakseen nämä kiinni. Kiinnioton yhteydessä terroristit käyttäytyivät sillä tavoin, että sotilaat epäilivät heidän pyrkivän räjäyttämään autopommin ja kaikki kolme terroristia ammuttiin kuoliaaksi. Myöhemmin selvisi, että pysäköidyssä ajoneuvossa ei ollut räjähteitä, mutta Espanjasta löydettiin terroristien käytössä ollut ajoneuvo, jossa oli muun muassa 64 kg muoviräjähteitä.³²⁷

Sotilaiden toiminta tilanteessa oli rajua, esimerkiksi yhteen terroristeista osui 16 luotia. Osa luodeista oli ammuttu kohteen ollessa jo maassa tai hyvin lähellä maata. Lähimmät laukaukset oli ammuttu noin metrin etäisyydeltä.³²⁸ Kaikki sotilaat myönsivät, että he ampuivat tappaakseen. He pitivät välttämättömänä tulituksen jatkamista niin kauan, että oli varmaa, että epäillyt eivät pystyisi räjäyttämään pommia. Yksi sotilaista totesi, että tarkoitus oli tappaa kohde uhan poistamiseksi. Toinen puolestaan totesi, että kun tulen avaaminen oli osoittautunut välttämättömäksi, hän jatkoi tulittamista, kunnes kohde ei enää muodostanut uhkaa. Paras tapa varmistua tästä oli tappaa kohde. Myös kolmas sotilas sanoi häntä kuultaessa, että oli ampunut tappaakseen.

Tapauksen ratkaisussa EIT kiinnitti erityistä huomiota ihmishenkien (sekä siviilisten että epäiltyjen rikollisten) suojaamisen merkitykseen operaation suunnittelussa. Vaikka ennakkotietojen perusteella pommiuhan taustalla oli organisaatio, joka aiemmassa toiminnassaan oli osoittanut piittaamattomuutta ihmishenkiä kohtaan, oli turvallisuusviranomaisilla kuitenkin ennakkotietoa – joskin puutteellista pommi-iskusuunnitelmasta ja siten mahdollisuus suunnitella operaatio iskusuunnitelman tekemiseksi tyhjäksi ja epäiltyjen kiinnittämiseksi jo aikaisemmassa vaiheessa. EIT arvioi tämän toimintamallin paremmaksi, vaikka se olisikin saattanut johtaa näyttövaikeuksiin myöhemmässä rikosprosessissa. Tosiasiassa valittu malli johti EIT:n mukaan tilanteeseen, jossa kuolettavan voi-

³²⁶ Ratkaisun kohta 17.

³²⁷ Ratkaisun kohdat 23, 28, 35, 38, 48, 54, 61–63, 78, 80, 96, 99.

³²⁸ Ratkaisun kohdat 110–111.

man käyttö oli varteenotettava mahdollisuus (*"a foreseeable possibility if not a likelihood"*).³²⁹

Normatiivisesti arvioiden kyse ei niinkään ollut suhteellisuudesta (*proportionality*), vaikka termiä tuomiossa käytetäänkin, vaan ennemminkin sen arvioimisesta, onko hengen vaara pyritty minimoimaan joka suhteessa (kursivointi tässä):³³⁰

"The Court must carefully scrutinise, as noted above, not only whether the force used by the soldiers was strictly proportionate to the aim of protecting persons against unlawful violence but also whether the anti-terrorist operation was planned and controlled by the authorities so as to minimise, to the greatest extent possible, recourse to lethal force."

Lisäksi EIT kiinnitti huomiota siihen, että käynnissä olevista tapahtumista välitettiin kenttätasolla toimineille sotilaille varmana tietona erilaisia arvioita, jotka myöhemmin lähes kaikki osoittautuivat vääriksi. Tämä lisäsi osaltaan aseenkäytön riskiä, mikä puolestaan yhdistettyinä sotilaiden koulutukseen (*"training of the soldiers to continue shooting once they opened fire until the suspect was dead"*) lisäsi erityisesti kuolettavan voiman käytön todennäköisyyttä. Sotilaiden koulutus erosi tässä suhteessa merkittävästi esimerkiksi poliisin aseenkäyttökoulutuksesta.³³¹ Ratkaisun kohdassa 212 todetaan sotilaiden voimankäytöstä nimenomaisesti:

"Their reflex action in this vital respect lacks the degree of caution in the use of firearms to be expected from law enforcement personnel in a democratic society, even when dealing with dangerous terrorist suspects, and stands in marked contrast to the standard of care reflected in the instructions in the use of firearms by the police which had been drawn to their attention and which emphasised the legal responsibilities of the individual officer in the light of conditions prevailing at the moment of engagement (see paragraphs 136 and 137 above)."

Yhteenvetona operaation suunnittelussa ja valvonnassa ilmenneistä puutteista EIT totesi:

"213. In sum, having regard to the decision not to prevent the suspects from travelling into Gibraltar, to the failure of the authorities to make sufficient allowances for the possibility that their intelligence assessments might, in some respects at least, be erroneous and to the automatic recourse to lethal force when the soldiers opened fire, the Court is not persuaded that the killing of the three terrorists constituted the use of

³²⁹ Ratkaisun kohta 205.

³³⁰ Ratkaisun kohta 194. Ks. myös ratkaisun kohta 150.

³³¹ Ratkaisun kohdat 206–211.

force which was no more than absolutely necessary in defence of persons from unlawful violence within the meaning of Article 2 para. 2 (a) (art. 2-2-a) of the Convention.

214. Accordingly, the Court finds that there has been a breach of Article 2 (art. 2) of the Convention.”

Vaikka EIT ratkaisun kohdassa 212 viittasi myös operaation johdon ja organisoinnin puutteisiin, olivat merkittävimmät puutteet nähdäkseni edellä kuvatuin tavoin tietojen välittämisessä kenttätasolle sekä kenttätason toimijoiden valinnassa (tai heidän koulutuksessaan).³³²

Ratkaisu oli 10–9 äänestysratkaisu. Eriävässä mielipiteessä todettiin, että jälkiviisauksen sortumisen vaara on ilmeinen, jos tuomioistuimet ryhtyvät jälkikäteen arvioimaan, mikä olisi ollut paras toimintamalli. Näkökulman tulee siis olla ehdottoman tiukasti *ex ante* eikä *ex post*.³³³ Toiseksi mielipiteessä kiinnitettiin huomiota siihen, että vaikka viranomaisilla oli velvollisuus pyrkiä turvaamaan myös epäiltyjen henkeä, oli heillä myös velvollisuus pyrkiä torjumaan terrori-isku, joka onnistuessaan olisi aiheuttanut hyvin vakavia seurauksia. Mielipiteessä todetaankin, että terroristit olivat itse tehneet valinnan, joka johti tilanteeseen ”*where there was a grave danger that an irreconcilable conflict between the two duties might arise*”.³³⁴ Lisäksi mielipiteessä kiinnitettiin huomiota seikkoihin, jotka toisaalta puolsivat erikoiskoulutettujen sotilaiden käyttöä tilanteessa ja toisaalta osoittivat, että myös laillisen voimankäytön rajoihin oli kiinnitetty asianmukaista huomiota.³³⁵ Eri mieltä olleet jäsenet katsoivat varsin kriittisenä pidettävän mielipiteensä päätteeksi, että heidän mielestään ”*for the reasons given above, the evaluation in paragraphs 203 to 213 of the judgment seems to us to fall well short of substantiating the finding that there has been a breach of the Article (art. 2) in this case*”.³³⁶

Toisaalta on huomattava, että tuomioistuin oli yksimielinen keskeisimmistä yleisistä periaatteista, joista Mowbray on maininnut seuraavat: 2 artiklan 2 kappaleen soveltuminen myös muuhun kuin tarkoitukselliseen surmaamiseen; ankaran *ehdottoman välttämättömyyden* testin asettaminen; operaation arvioiminen laajemmassa kontekstissa, joka konkreettisen voimankäytön lisäksi otti huomioon *johdon ja suunnittelun* merkityksen; voimaa käyttäneen henkilön *teonhetkisen perustellun näkemyksen* merkitys voimankäytön arvioinnin lähtökohtana sekä mahdollisuus johtaa 2 artiklan 1 kappaleesta valtioille velvollisuus (”*implied obligation*”) tehokkaan tutkimisen suorittamiseen surmista.³³⁷ Yksinkertaistaen voitaneen todeta, että punnittavat periaatteet olivat hyvin pitkälti samoja, mutta punninnan lopputulos erilainen.

³³² Ks. myös Danieliuksen kommentit ratkaisusta Danielius 2007, s. 57.

³³³ Eriävä mielipide kohta 8.

³³⁴ Eriävä mielipide kohta 9.

³³⁵ Eriävä mielipide kohta 10.

³³⁶ Eriävä mielipide kohta 25.

³³⁷ Mowbray 2012, s. 101. Mowbray on kiinnittänyt huomiota myös siihen, että vähemmistöön jääneiden tuomarien joukossa oli neljä tuomioistuimen pitkäaikaisinta jäsentä mukaan lukien presidentti Rolv Ryssdal. Ks. myös Norée 2004, s. 21, joka on todennut, että ratkaisusta tehtävien

Operaatioiden suunnitteluun liittyviin puutteisiin on palattu myös EIT:n myöhemmässä ratkaisukäytännössä. Ratkaisussa *Isayeva v. Russia* periaatteita täydennettiin kattamaan myös *välinpitämättömyydestä* johtuvat puutteet operaation johdossa ja suunnittelussa sekä erityisesti velvollisuus ulkopuolisten huomioon ottamiseen (kursivoinnit tässä):

”175. In particular, it is necessary to examine whether the operation was planned and controlled by the authorities so as to minimise, to the greatest extent possible, recourse to lethal force. The authorities must take appropriate care to ensure that any risk to life is minimised. The Court must also examine *whether the authorities were not negligent in their choice of action...* The same applies to an attack where the victim survives but which, because of the lethal force used, amounted to attempted murder...”

176. Similarly, the State’s responsibility is not confined to circumstances where there is significant evidence that misdirected fire from agents of the state has killed a civilian. It may also be engaged where they *fail to take all feasible precautions in the choice of means and methods of a security operation mounted against an opposing group with a view to avoiding and, in any event, minimising, incidental loss of civilian life...*”³³⁸

Suuren jaoston ratkaisussa *Nachova and others v. Bulgaria* vuodelta 2005 ongelmalliseksi puolestaan katsottiin se, että kiinniototehtävään lähetetyille sotilaille annettiin tehtäväksi ottaa kohdehenkilöt kiinni tarvittavia keinoja käyttäen ilman, että kohdehenkilöiden vaarallisuuteen olisi kiinnitetty mitään huomiota tai että siitä olisi keskusteltu ennen operaation alkua.³³⁹ Nuotio onkin *Nachova*-tapaukseen viitaten katsonut, ”että sopimusvaltion velvoitteet ulottuvat merkittävästi myös siihen, että tappavaan voimankäyttöön mahdollisesti johtavissa tilanteissa tulee pystyä myös ennakollisesti toimimaan oikein ja valitsemaan huolelliset toimintalinjat.” Ei voida kuitenkaan unohtaa, että myös ihmisoikeuksien näkökulmasta poliisilla on oikeus puolustaa itseään ja toista.³⁴⁰

Jatkumon avaavan *McCann*-ratkaisun jälkeen EIT on palannut poliisitoiminnan suunnitteluun ja johtamiseen liittyviin kysymyksiin useissa ratkaisuissa, joissa se on kehittänyt doktriinia nimenomaan valtioille asetetun EIS 2 artiklan 1 kappaaleesta johdetun positiivisen toimintavelvoitteen kautta. Kyseessä olevilla

johtopäätösten suhteen tulee olla varovainen, koska kyseessä oli tiukin mahdollinen 10–9 äänestysratkaisu. Ks. Mowbray 2012, s. 101 myös kritiikistä, jota ratkaisu aiheutti Isossa-Britanniassa.

³³⁸ Ks. myös ratkaisun kohta 183. Ks. myös *Andronicou and Constantinou v. Cyprus* -ratkaisun kohdat 171, 181 ja 186, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia* -ratkaisun kohta 171 sekä uudemmassa käytännöstä *Bubbins v. the United Kingdom* -ratkaisun kohta 136. Kirjallisuudesta ks. myös Mowbray 2012, s. 104.

³³⁹ Ratkaisun kohdat 103 ja 105.

³⁴⁰ Nuotio 2005b, s. 230.

velvoitteilla viitataan valtion velvoitteisiin ryhtyä toimenpiteisiin henkilön suojaamiseksi esimerkiksi kolmannen henkilön taholta tulevaa uhkaa vastaan. Seuraavassa katkelma suuren jaoston myöhemmin selostettavassa Giuliani and Gaggio -ratkaisussa vuodelta 2011 asettamista yleisistä periaatteista (kursivoinnit tässä):

”245. That does not mean, however, that a positive obligation to prevent every possibility of violence can be derived from this provision. The *obligation in question must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities, bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources...*”

”248. Furthermore, for the State’s responsibility under the Convention to be engaged, it must be established that the death resulted from *a failure on the part of the national authorities to do all that could reasonably be expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they had or ought to have had knowledge...*

249. According to its case-law, the Court must examine the planning and control of a policing operation resulting in the death of one or more individuals in order to assess whether, in the particular circumstances of the case, the *authorities took appropriate care to ensure that any risk to life was minimised and were not negligent in their choice of action...* The use of lethal force by police officers may be justified in certain circumstances. Nonetheless, Article 2 does not grant a *carte blanche*. Unregulated and arbitrary action by State agents is incompatible with effective respect for human rights. This means that policing operations must be sufficiently regulated by national law, within the framework of a system of adequate and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force. Accordingly, the Court must take into consideration not only the actions of the agents of the State who actually administered the force but also all the surrounding circumstances, including such matters as the planning and control of the actions under examination. Police officers should not be left in a vacuum when performing their duties: a legal and administrative framework should define the limited circumstances in which law-enforcement officials may use force and firearms, in the light of the international standards which have been developed in this respect...

250. *In particular, law-enforcement agents must be trained to assess whether or not there is an absolute necessity to use firearms, not only on the basis of the letter of the relevant regulations, but also with due regard to the pre-eminence of respect for human life as a fundamental value...*”.

Giuliani and Gaggio -tapauksessa EIT punnitsi ampumiseen johtaneita operatiivisia ratkaisuja useista eri näkökohdista. EIT:n voidaan todeta kiinnittäneen huomiota muun muassa seuraaviin näkökohtiin:³⁴¹

³⁴¹ Ratkaisun kohdat 253–261.

- oliko alle vuoden palvelleen karabinieeri M.P:n käyttäminen mellakantorjuntatehtävissä perusteltua³⁴²
- olisiko Giulianin ja muiden mielenosoittajien hyökkäys ollut ennustettavissa
- oliko loukkaantuneiden karabinieerien evakuointi suunniteltu asianmukaisesti
- olivatko viestiyhteydet riittäviä
- olisiko loukkaantuneelta ja palvelukseen kykenemättömältä M.P:ltä tullut ottaa virka-ase pois
- saiko Giuliani asianmukaista hoitoa riittävän nopeasti?³⁴³

Esitettyihin kysymyksiin annettujen vastausten yhteenvedona EIT katsoi, että EIS 2 artiklaa ei ollut rikottu.³⁴⁴

3.2.1.3 Kansallisen voimankäytön sääntelyn taso

Suuren jaoston käsittelemässä Makaratzis v. Greece -tapauksessa vuodelta 2004 EIT lähestyi myös toimivaltasääntelyn puutteita valtiolle asetetun positiivisen toimintavelvoitteen kautta.³⁴⁵ Toimivaltasääntelyn puutteet on kytketty yleiseen velvollisuuteen kriminalisoida ihmisoikeuksia vaarantavaa käyttäytymistä. Tämä ilmenee seuraavista ratkaisun kohdista (kursivoinnit tässä):

”57. The first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps within its internal legal order to safeguard the lives of those within its jurisdiction... *This involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place an appropriate legal and administrative framework to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions.*

58. As the text of Article 2 itself shows, the use of lethal force by police officers may be justified in certain circumstances. Nonetheless, Article 2 does not grant a carte

³⁴² Tältä osin EIT totesi ratkaisun kohdassa 255: ”Furthermore, as the Government rightly stressed (see paragraph 233 above), a distinction has to be made between cases where the law-enforcement agencies are dealing with a precise and identifiable target (see, for instance, McCann and Others and Andronicou and Constantinou, both cited above) and those where the issue is the maintenance of order in the face of possible disturbances spread over an area as wide as an entire city, as in the instant case. Only in the first category of cases can all the officers involved be expected to be highly specialised in dealing with the task assigned to them.” Kääntäen siis esimerkiksi laajojen mellakoiden yhteydessä tapahtuneita poliisin voimankäyttötilanteita arvioitaessa on kiinnitettävä huomiota siihen, mitkä yksittäisten poliisimiesten valmiudet voimankäyttöön todellisuudessa olivat.

³⁴³ Tältä osin EIT oli jo todennut ratkaisun kohdassa 251 yleisenä periaatteena, että ”it is important that preventive security measures such as, for example, the presence of first-aid services at the site of demonstrations, be taken in order to guarantee the smooth conduct of any event, meeting or other gathering, be it political, cultural or of another nature...”.

³⁴⁴ Ratkaisun kohta 262.

³⁴⁵ Ratkaisun kohta 50.

blanche. Unregulated and arbitrary action by State agents is incompatible with effective respect for human rights. This means that, as well as being authorised under national law, *policing operations must be sufficiently regulated by it, within the framework of a system of adequate and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force..., and even against avoidable accident.*³⁴⁶

Edelleen EIT *soft law* -aineeseen viitaten katsoi, että (kursivointi tässä):

”police officers should not be left in a vacuum when performing their duties, whether in the context of a prepared operation or a spontaneous chase of a person perceived to be dangerous: *a legal and administrative framework should define the limited circumstances in which law-enforcement officials may use force and firearms, in the light of the international standards which have been developed in this respect* (see, for example, the ‘United Nations Force and Firearms Principles’ – paragraphs 30–32 above)”.³⁴⁷

Tapauksessa EIT siis päätyi arvioimaan sen lisäksi, olivatko valittajaan kohdistetut voimakeinot oikeutettuja, myös sitä, oliko operaatio kansainvälisten standardien valossa säännelty ja organisoitu siten, että valittajan henkeen kohdistunut vaara oli minimoitu.³⁴⁸ Tapahtumahetkellä Kreikassa oli voimassa toisen maailmansodan ajoilta peräisin oleva laki ja presidentin asetus vuodelta 1991, joista viimeksi mainittu rajasi voimankäyttöä lähinnä välttämättömyyskriteerin avulla. Muuta aseenkäyttöä taikka poliisioperaatioiden suunnittelua ja valvontaa koskevaa sääntelyä ei ollut. Sääntelyn puutteet heijastuivat myös koulutuksen ja ohjeistuksen puutteisiin.³⁴⁹ Johtopäätöksenä EIT totesi – ottaen kuitenkin huomioon, että kyseessä oli luonteeltaan spontaani ja suunnittelematon operaatio –, että operaatio oli ollut hyvin pitkälti organisoimaton sekä ilman johtoa ja kontrollia, mikä osaltaan oli johtanut kaoottisena pidettävään takaa-ajoon ja holtittomaan aseenkäyttöön.³⁵⁰ Kreikan katsottiin rikkoneen EIS 2 artiklan 1 kappaleessa asetettua velvollisuutta:

”as far as their positive obligation under the first sentence of Article 2 § 1 to put in place an adequate legislative and administrative framework was concerned, the Greek authorities had not, at the relevant time, done all that could be reasonably expected of

³⁴⁶ Ks. myös esim. Akpinar and Altun v. Turkey -ratkaisun kohdat 49–50.

³⁴⁷ Ratkaisun kohta 59.

³⁴⁸ Ratkaisun kohta 60.

³⁴⁹ Ratkaisun kohta 62 ja 70.

³⁵⁰ Ratkaisun kohta 70. Operaation luonteen osalta EIT totesi ratkaisun kohdassa 69: ”*The Court does not of course overlook the fact that the applicant was injured during an unplanned operation which gave rise to developments to which the police were called upon to react without prior preparation... Bearing in mind the difficulties in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, the positive obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible burden on the authorities...*”.

them to afford to citizens, and in particular to those, such as the applicant, against whom potentially lethal force was used, the level of safeguards required and to avoid real and immediate risk to life which they knew was liable to arise, albeit only exceptionally, in hot-pursuit police operations...”.

Huomio kiinnittyy siihen, että tässäkin yhteydessä viitattiin välittömän ja todellisen hengen vaaran mahdollisuuteen kynnyksenä, jonka tulisi kirvoittaa valtiot toimiin hengen suojaamiseksi. Vaikka virkamiesten toimintaa ei sinänsä arvioitu, on kuitenkin syytä todeta, että valinneissa ja päätöksessä tarkemmin selostetuissa olosuhteissa oli EIT:n mukaan sinänsä mahdollista, että jonkinlainen kuolettavan voiman käyttö olisi ollut sallittua. Tältä osin EIT totesi nimenomaisesti:³⁵¹

”Even though it was subsequently discovered that the applicant was unarmed and that he was not a terrorist, the Court accepts that the use of force against him was based on an honest belief which was perceived, for good reasons, to be valid at the time. To hold otherwise would be to impose an unrealistic burden on the State and its law-enforcement personnel in the performance of their duty, perhaps to the detriment of their lives and those of others...”

Vaadittavan sääntelyn tason osalta todetaan Nachova-ratkaisun kohdassa 96 – jälleen kansainvälisiin standardeihin viitaten –, että (kursivoinnit tässä):

”Article 2 implies a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place an appropriate legal and administrative framework defining the limited circumstances in which law enforcement officials may use force and firearms, in the light of the relevant international standards (see...and the relevant provisions of the United Nations Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, paragraphs 71–74 above). In line with the above-mentioned principle of strict proportionality inherent in Article 2..., the national legal framework regulating arrest operations must make recourse to firearms dependent on a careful assessment of the surrounding circumstances, and, in particular, on an evaluation of the nature of the offence committed by the fugitive and of the threat he or she posed.”

Nachova-tapauksessa arvioitavana olleiden tapahtumien aikaan Bulgariassa oli voimassa sotilaspoliisien aseenkäyttöä koskevia määräyksiä, jotka sallivat kuolettavan voimankäytön vähäisistäkin rikoksista epäiltyjen pidättämiseksi. Karkulaisen ampuminen oli sallittua, jos hän ei välittömästi reagoinut suulliseen varoitukseen ja varoituslaukaukseen. Määräysten löyhyyden katsottiin osaltaan vaikuttaneen tapahtumien kulkuun, eikä EIT havainnut kiinnioton yhteydessä sovelletun suhteellisuusperiaatetta, vaikka Bulgarian korkein oikeus olikin esittä-

³⁵¹ Ratkaisun kohta 64–66. Samanlainen muotoilu myös *Bubbins v. the United Kingdom* -ratkaisun kohta 138 sekä uudemmassa käytännöstä *Giuliani and Gaggio v. Italy* -ratkaisun kohta 178.

nyt sen olleen osa teon hetkellä voimassa ollutta oikeustilaa.³⁵² Johtopäätöksenä EIT totesi:

”100. Such a legal framework is fundamentally deficient and falls well short of the level of protection ”by law” of the right to life that is required by the Convention in present-day democratic societies in Europe...”.

EIS 2 artiklan vaatimuksia oli tältä osin rikottu.³⁵³ Toisaalta jo edellä sivutussa Giuliani ja Gaggio -tapauksessa EIT totesi aiemmin Makaratzis- ja Nachova -ratkaisuisa muotoiltuihin periaatteisiin viitaten, että *kansallinen tulkintakäytäntö* huomioon ottaen eroavaisuudet Italian lainsäädännön (*”need to defend their rights or the rights of others against a real danger of unjust attack”*) ja EIS:n (*”absolutely necessary”*) muotoilussa eivät olleet peruste katsoa, että EIS 2 artiklaa olisi tältä osin rikottu.³⁵⁴

Uudehkossa Sašo Gorgiev v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia -ratkaisussa oli kyse 2 artiklaan perustuvasta valtion vastuusta tilanteessa, jossa työpaikaltaan virka-aikana baariin lähtenyt poliisi ampui humalassa tarjoilijaa, joka sai tilanteessa hengenvaarallisia vammoja. EIT katsoi 2 artiklaa rikotun ja valtion olevan vastuussa tapahtuneesta muun muassa sillä perusteella, että oikeutta aseiden kantamiseen ja käyttöön ei ollut riittävästi säännelty. Sääntelyn puutteet korostuivat, koska poliisimiehillä oli velvollisuus hoitaa virkatehtäviä tarvittaessa myös vapaa-ajallaan. EIT kiinnitti huomiota myös valtioiden velvollisuuksiin poliisihenkilöstöä rekrytoitaessa.³⁵⁵

EIS:stä on johdettavissa vaatimuksia myös virkamiesten *koulutukselle*. Tältä osin on ratkaisussa Nachova and others v. Bulgaria todettu (kursivointi tässä):

”97. Furthermore, the national law regulating policing operations must secure a system of adequate and effective safeguards against arbitrariness and abuse of force and even against avoidable accident... In particular, law enforcement agents *must be trained to assess whether or not there is an absolute necessity to use firearms, not only on the basis of the letter of the relevant regulations, but also with due regard to the pre-eminence of respect for human life as a fundamental value...*”³⁵⁶

Tapauksessa Giuliani and Gaggio valittajat olivat puolestaan kiinnittäneet huomiota siihen, että heidän näkemyksensä mukaan virkamiehillä ei ollut riittäviä ei-kuolettavia *voimankäyttövälineitä* käytössään. EIT:n mukaan kysymys ei ollut

³⁵² Ratkaisun kohdat 99, 101 ja 104.

³⁵³ Ratkaisun kohdat 102. Ks. myös Pellonpää et al. 2012, s. 331 (myös av. 55).

³⁵⁴ Ratkaisun kohdat 144, 209 ja 214–215.

³⁵⁵ Ks. erit. ratkaisun kohdat 50–52. Ks. ratkaisusta laajemmin myös Helminen et al. 2012b, s. 29–30.

³⁵⁶ Ks. myös EIT:n viittaamat McCann-ratkaisun kohdat 211–214.

relevantti, koska kyse oli joka tapauksessa ollut vaarallisen, yllättävän sekä väli-töntä ja vakavaa hengenvaaraa aiheuttaneen hyökkäyksen torjumisesta. EIT tote-si yksiselitteisesti:³⁵⁷

”The Convention, as interpreted by the Court, provides no basis for concluding that law-enforcement officers should not be entitled to have lethal weapons at their dis-posal to counter such attacks.”

Lopuksi on syytä huomauttaa, että ero EIS 2 artiklan 1 kappaleessa määritetyn valtion positiiviseen toimintavelvollisuuteen kytketyn sääntelyvelvollisuuden ja koulutuksellisten seikkojen välillä on häilyvä. Esimerkiksi tapauksessa McCann voimankäyttöohjeiden (*rules of engagement*) ja tapauksessa Isayeva armeijan kenttäoppaan (*the Army Field Manual*) sisältö otettiin huomioon EIS 2 artiklan 2 kappaleen mukaisessa suhteellisuusarvioinnissa.³⁵⁸ Joka tapauksessa esimerkiksi varsin tuoreen Giuliani and Gaggio -tapauksen perusteella voidaan lähteä siitä, että toimivaltasääntelyyn, koulutukseen sekä operaation johtoon ja suunnitteluun liittyviä kysymyksiä tulee lähestyä nimenomaan EIS 2 artiklan 1 kappaleen (po-sitiivisten toimintavelvoitteiden) näkökulmasta eikä niinkään EIS 2 artiklan 2 kappaleen välttämättömyyden ja suhteellisuuden näkökulmasta.³⁵⁹

3.2.1.4 Yhteenvetoa

Vaikka EIS 2 artiklan ratkaisukäytännöstä johdettavat poliisin voimankäyttöä koskevat säännöt ja periaatteet eivät olekaan niin selkeitä ja yksityiskohtaisia kuin esimerkiksi joissakin rikosprosessioikeudellisissa kysymyksissä, voidaan esiteltyjen ratkaisujen perusteella todeta, että artiklalle pyritään aidosti antamaan sellaista sisältöä, joka tarjoaa kansalaisille käytännöllistä ja tehokasta elämän suojaa. Gordon ja Miller ovat johtaneet EIS 2 artiklasta viisi periaatetta poliisin aseenkäytölle:³⁶⁰

- Laillisuus (*legality*): Poliisin toiminnan tulee perustua selkeälle oikeusperustalle.
- Suhteellisuus (*proportionality*): Voimankäytölle tulee olla relevantit sekä riittävät perusteet ja valittujen toimenpiteiden tulee olla järkevässä suhteessa toimenpitei-den tavoitteisiin.
- Välttämättömyys (*necessity*): Toimenpiteiden tulee olla ehdottoman välttämätö-miä.

³⁵⁷ Ratkaisun kohta 216.

³⁵⁸ McCann and others v. the United Kingdom -ratkaisun kohta 156 ja Isayeva v. Russia -ratkaisun kohta 199. Ks. myös Isayeva, Yusupova and, Bazayeva v. Russia -ratkaisun kohta 198.

³⁵⁹ Samoin Pellonpää et al. 2012, s. 318–319. Vrt. Boucht 2011a, s. 139.

³⁶⁰ Gordon – Miller 2012, s. 216.

- Vastuullisuus (*accountability*): Poliisimiehet ovat vastuussa toimistaan, jotka tulee voida saattaa perustellun jälkikäteisarvioinnin kohteeksi.
- Operaatioiden suunnittelu: Erityisesti operaatioiden tiedonhankinta- ja suunnittelu- vaiheita arvioitaessa merkityksellistä on, mitä mahdollisuuksia oli ei-kuolettavalle interventiolle ja intervention välttämislle kokonaan.

Kirjallisuudessa on katsottu EIT:n ratkaisukäytännössään osoittaneen pyrkimystä soveltaa EIS 2 artiklan rikkomista koskeviin tapauksiin tiukempaa suhteellisuustestiä kuin muiden artiklojen poikkeusten osalta.³⁶¹ Tällöin kyse ei ole niinkään intressien välisestä punninnasta, vaan itse asiassa välttämättömyydestä, johon on tulkinnallisesti sisällytetty suhteellisuuden vaatimus.³⁶² Tästä lisää myöhemmin.

Lainvalvontaviranomaiseen kohdistuvien vaatimusten osalta voidaan EIS 2 artiklan 1 kappaleen perusteella korostaa vaatimuksia voimakeinoja käyttävien henkilöiden koulutukselle ja operaatioiden suunnittelulle. *Koulutuksessa* tulee erityisesti painottaa kykyä arvioida, onko kuolettavan voiman käyttö ehdottoman välttämätöntä. Kyse ei EIT:n mukaan ole ainoastaan EIS:n sopimusvelvoitteiden kunnioittamisesta, vaan ihmishengen kunnioittamisesta keskeisimpänä perusarvona (*“due regard to the pre-eminence of respect for human life as a fundamental value”*). Virkamiesten kouluttaminen käyttämään voimaa tavalla, joka todennäköisesti johtaa kohdehenkilön kuolemaan ei sinänsä ole EIS:n vastaista, mutta käytännön tilanteissa tätä koulutusta tulee täydentää ohjeistuksella, joka korostaa suhteellisuuden ja välttämättömyyden vaatimuksia. Potentiaalisesti voiman käyttöä sisältävien *operaatioiden suunnittelussa* tulee korostetusti pyrkiä siihen, että riski kuolettavan voiman käytöstä olisi mahdollisimman pieni. Erityistä huomiota tulee kiinnittää sivullisiin kohdistuvien tarkoittamattomien vaarojen minimointiin.

Crawshaw ym. ovat esittäneet operaatioiden suunnittelua varten IIMAC-muistisäännön, jonka mukaan suunnittelussa tulee huomioida taustatiedot (*information*), toiminnan tavoite (*intention*), toimintatapa (*method*), hallinto (*administration*) sekä viestintä (*communications*).³⁶³

Operaatioiden ollessa käynnissä niiden *johtamiselle* EIS:stä johdettavat velvoitteet keskittyvät nähdäkseni erityisesti tiedon välittämiseen kohdistuviin vaatimuksiin. Erilaisista operaatioesikunnista kentälle välitettävien tietojen tulee olla ajantasaisia ja niiden luotettavuuteen liittyvät näkökohdat tulee saattaa kenttäta-

³⁶¹ Jukka Viljanen 2003, s. 283.

³⁶² Ks. Jukka Viljanen 2003, s. 340.

³⁶³ Crawshaw et al. 2007, s. 314–316.

son toimijoiden tietoon.³⁶⁴ Toisaalta myös kentältä esikuntiin välitettävän tiedon tarkkuus ja luotettavuus tulee olla erityishuomion kohteena. Operaatioiden kes-
täessä tulee myös pyrkiä hankkimaan tapahtumapaikalle sairaanhoitohenkilös-
töä.³⁶⁵

Ulkomaaisessa kirjallisuudessa on katsottu, että johtovastuussa olleita poliisimiehiä voitaisiin saattaa rikosoikeudelliseen vastuuseen kohdehenkilön kuoleman aiheutta-
misesta sillä perusteella, että he eivät ole noudattaneet viime kädessä EIS:stä johdet-
tavia velvoitteita (*“the Convention would be grounding the duty of the senior police
officer which might then be the basis for a manslaughter conviction”*).³⁶⁶

Kuten edeltä ilmenee, EIS 2 artiklan 1 kappaleen merkitys ei tyhjene edellä se-
lostettuihin lainvalvontaviranomaisiin kohdistuviin vaatimuksiin, vaan siitä voi-
daan johtaa merkittäviä vaatimuksia myös *lainsäätäjälle*. Yleisellä tasolla näihin
sisältyy *velvollisuus kriminalisoida* pelotteen luomiseksi elämää uhkaavia tekoja
ja luoda viranomaiskoneisto, joka sekä estää näitä tekoja että saattaa kriminali-
sointeja vastaan rikkoneet vastuuseen teoistaan. Artiklasta on johdettavissa myös
velvollisuus rajoittaa oikeus itsensä puolustamiseen järkevälle ja tarkoituksen-
mukaiselle tasolle.³⁶⁷

Artikla sisältää myös vaatimuksia viranomaisten *voimakeinojen sääntelylle*
kansallisella tasolla. Tältä osin keskeisin on vaatimus järjestelmästä, joka estää
mielivaltaisen voimankäytön ja muut voimankäyttöön liittyvät väärinkäytökset
ja toisaalta luo uskottavan koneiston väitettyjen väärinkäytösten tutkimiseksi ja

³⁶⁴ Ks. myös Finogenov and others v. Russia -ratkaisun kohta 266. Ainakin vielä Jaakko Jonkan selvityksestä vuodelta 2004 ilmenee, että poliisitoiminnan järjestelyissä oli puutteita, joilla saattaa olla merkitystä jopa ihmisoikeusnäkökulmasta. Erityisesti voidaan mainita hätäkeskuspäivystäjien ja poliisin kenttäjohtajien välisen tehtäväjaon epäselvyydet sekä paikallispoliisin ja liikkuvan poliisin yhteistyöhön liittyvät kysymykset. Ks. näistä Jonka 2004 s. 32–33 ja 41–42. Tietojen ja käskyjen välittämiseen liittyviin haasteisiin ja ongelmiin on kiinnittänyt huomiota myös eduskunnan apulaisoikeusasiamies ratkaisussa 28.11.2007 dnro 1836/2/07 (ks. erit. s. 32–35). Ks. myös Matti Kuusimäen näkemykset vaativien poliisioperaatioiden johtamisesta Kuusimäki 1991, s. 180.

³⁶⁵ Huomattakoon kuitenkin, että Andronicou-ratkaisussa, jossa EIT ei katsonut 2 artiklaa rikotun, loukkaantunut panttivanki kuljetettiin poliisiautolla sairaalaan, koska paikalle ei ollut hankittu ambulanssia (ks. esim. ratkaisun kohta 83). Ks. tästä myös Mowbray 2012, s. 103. Poliisin varautumisesta ensihoidon erityistilanteisiin (taktinen ensihoito; TEMS eli *tactical emergency medical service*) Suomessa ks. sisäministeriön poliisiosaston ohje Dnro SM-2002-01974/So-0 ja Hankilan-
oja 2007, s. 111–113. Pohjoismaisesta kirjallisuudesta ks. esim. Norée 2000, s. 197–199.

³⁶⁶ Emmerson et al. 2007, s. 751. Ks. myös Ashworth 2009, s. 124 av. 212, jossa kirjoittaja on to-
dennut EIT:n ratkaisuista voitavan päätellä, että operaatioiden suunnittelussa ja toteuttamisessa
ilmenneet puutteet voivat olla peruste syyttää operaatioita johtaneita poliisimiehiä jopa kuoleman-
tuottamuksesta (*negligent manslaughter*).

³⁶⁷ Ks. Ashworth 2009, s. 30–31 ja Pellonpää et al. 2012, s. 317. Viimeksi mainitussa on todettu
valtiolla olevan ”velvollisuus järjestää oikeusjärjestelmänsä siten, että se mahdollistaa *yleispreven-
tiivisesti vaikuttavan tehokkaan rikosoikeudellisen ja hallinnollisen järjestelmän*”.

väärintekijöiden vastuuseen saattamiseksi. Erityisesti tilanteiden, joissa hengen riistäminen saattaa olla oikeutettua, tulee olla tiukasti säänneltyjä. Käytännössä näen tämän tarkoittavan sitä, että kansallisen oikeusjärjestyksen tulee tunnistaa sekä välttämättömyys että suhteellisuus voimankäyttöä ohjaaviksi kriteereiksi.

Kansallisen sääntelyn sisältöä määritettäessä myös yleiset kansainväliset voimankäytölle asetetut standardit tulevat huomioon otettavaksi. Tässä yhteydessä voidaan viitata YK:n kriminaalipoliittisen maailmankokouksen asianmukaiselle lainsäädännölle asettamiin sisällöllisiin vaatimuksiin, joihin myös EIT on esimerkiksi Nachova-ratkaisussaan viitannut.³⁶⁸

”Rules and regulations on the use of firearms by law enforcement officials should include guidelines that:

- (a) Specify the circumstances under which law enforcement officials are authorized to carry firearms and prescribe the types of firearms and ammunition permitted;
- (b) Ensure that firearms are used only in appropriate circumstances and in a manner likely to decrease the risk of unnecessary harm;
- (c) Prohibit the use of those firearms and ammunition that cause unwarranted injury or present an unwarranted risk;
- (d) Regulate the control, storage and issuing of firearms, including procedures for ensuring that law enforcement officials are accountable for the firearms and ammunition issued to them;
- (e) Provide for warnings to be given, if appropriate, when firearms are to be discharged;
- (f) Provide for a system of reporting whenever law enforcement officials use firearms in the performance of their duty.”

Jotta valtiolle asetetut velvoitteet eivät muodostuisi kohtuuttomiksi, on EIT todennut, että kuvattuja velvoitteita tulee tulkita tavalla, joka ottaa huomioon yleisesti modernin yhteiskunnan poliisitoiminnan vaikeudet sekä erityisesti priorisointipaineet ja resurssipuutteet. Huomioon tulee myös otettavaksi vaikeudet ennustaa ihmisten käytöstä.

Kansallisessa sääntelyssämme ei ainakaan poliisitoimintaa koskevan lainsäädännön uudistamisen jälkeen ole sellaisia puutteita, jotka perinteisten vertikaalien vallankäytösuhteiden osalta voisivat joutua EIT:n kritiikin kohteeksi. Mitä tulee operaatioiden johto ja suunnittelujärjestelyihin voitaneen todeta, että järjestelmämme on ajantasainen ja ihmisoikeusvelvoitteiden mukainen, mutta tältä osin jo EIT:n määrittämä *vähimmäistaso* näyttäisi olevan varsin korkea, mistä syystä ratkaisukäytännön kehittymistä tulee seurata huolella.

³⁶⁸ UN 1990 kohta 11. Ks. myös UN 1990 kohta 1 ja Crawshaw et al. 2007, s. 146 kommentit siitä.

3.2.2 EIS:n 2 artiklan 2 kappaleen ratkaisukäytäntö

3.2.2.1 Yleistä

Seuraavassa tarkastelun kohteena ovat tapaukset, joissa ainakin lähtökohtaisesti saattaa olla kyse EIS 2 artiklan 2 kappaleessa mainittujen poikkeuksien soveltamistilanteista.³⁶⁹ Tarkasteluun ei sitä vastoin oteta tapauksia, joissa on selkeästi kyse poliisi- tai muusta viranomaisväkivallasta, jopa lakiin perustumattomista teloituksista (*extra-judicial execution*).³⁷⁰ Viimeksi mainittujen ratkaisujen merkitys Suomessa voimassa olevan toimivaltasääntelyn ja rikosoikeuden näkökulmasta on lähes olematon. Luonnollisesti ratkaisukäytännössä on tapauksia, joiden luokittelu voimankäyttötapausten tai poliisiväkivallan kategorioihin ei ole täysin selvää. Esimerkkinä voidaan mainita suuren jaoston käsittelemä kohdehenkilön kuolemaan johtanut tapaus Oğur v. Turkey, jossa jäi epäselväksi, olivatko virkamiehet joutuneet minkäänlaisen hyökkäyksen tai vastarinnan kohteeksi tai oliko kohdehenkilö – menettelyä 2 kappaleen b-kohdan nojalla arvioitaessa – edes yrittänyt paeta tai muutoin välttää pidättämistä.³⁷¹ Jos tällaisissa tapauksissa ei ole määritetty uusia yleisiä periaatteita noudatettavaksi, on niiden merkitys tutkimukseni kannalta väistämättä vähäinen.

EIS 2 artiklan 2 kappaleen on katsottu soveltuvan tarkoituksellisen tappamisen lisäksi myös sellaisten tilanteiden arvioimiseen, joissa käytetään sellaista voimaa, joka saattaa johtaa hengen menetykseen, vaikka tällaista seurausta ei ole tarkoitettukaan. Kirjallisuudessa on jopa katsottu 2 kappaleen sanamuodon (elämän riistäminen ”seuraa voimankäytöstä”) viittaavan siihen, että 2 kappaleen tilanteissa ei tyypillisesti olekaan kyse tarkoituksellisesta surmaamisesta, vaan muussa tarkoituksessa käytetystä voimasta, joka (saattaa) johtaa kuolemaan. Artiklan 2 kappaletta tulee lukea ensisijaisesti yhteydessä 1 kappaleen 1 virkkeeseen eikä pitää 2 kappaleen a–c-kohtia poikkeuksina (kuolemanrangaistuksen lisäksi) 1 kappaleen 2 virkkeeseen. Tällä tavoin tulkittuna artiklan soveltami-

³⁶⁹ Esimerkkinä tilanteesta, jossa tästä ei ollut kyse ks. Khashiyev and Akayeva v. Russia.

³⁷⁰ Ks. esim. Bitiyeva and X v. Russia. Vastaavasta erottelusta ks. myös Danelius 2007, s. 59. Tämän tyyppisistä YK:n ihmisoikeuskomitean ratkaistavina olleista tapauksista ks. esim. Nowak 2005, s. 130–131. Wordenin ja Catlinin jaottelua soveltaen analyysin kohteeksi on pyritty valitsemaan ratkaisuja, jotka kuuluvat ennemminkin ”*excessive force*”-kategoriaan eivätkä niinkään ”*use of unnecessary force*”-kategoriaan. Viimeksi mainituissa tapauksissa voimankäyttö ei ylipäättään ole tarpeen. Voidaan myös katsoa, että tutkimukseni keskittyy tapauksiin, joissa liiallinen voimankäyttö johtuu koulutuksen tai harjoittelun puutteesta, tilanteen aiheuttamista voimakkaista tunteista tms. olosuhteista, mutta ei pahansuopuudesta tai esimerkiksi korruptiosta. Ks. tästä Worden – Catlin 2002, s. 90–91.

³⁷¹ Oğur v. Turkey (erit. ratkaisun kohdat 73–84). Ks. myös Jukka Viljanen 2003, s. 282 kommentit ratkaisusta.

nen myös ei-tarkoitukselliseen surmaamiseen on perusteltua.³⁷² Tämä 2 artiklan soveltamisalaa koskeva näkemys ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö tarkoituksellinen surmaaminenkin voisi olla oikeutettua 2 kappaleen poikkeuksien valossa. McCann-ratkaisussa todettiin seuraavasti (kursivoinnit tässä):

”148. The Court considers that the exceptions delineated in paragraph 2 (art. 2-2) indicate that this *provision (art. 2-2) extends to, but is not concerned exclusively with, intentional killing*. As the Commission has pointed out, the text of Article 2 (art. 2), *read as a whole, demonstrates that paragraph 2 (art. 2-2) does not primarily define instances where it is permitted intentionally to kill an individual, but describes the situations where it is permitted to ‘use force’ which may result, as an unintended outcome, in the deprivation of life*. The use of force, however, must be no more than ‘absolutely necessary’ for the achievement of one of the purposes set out in sub-paragraphs (a), (b) or (c) (art. 2-2-a, art. 2-2-b, art. 2-2-c)...”³⁷³

Lähtökohta on toistettu lähes samoin sanoin esimerkiksi ratkaisuisa Andronicou and Constantinou v. Cyprus vuodelta 1997³⁷⁴ sekä suuren jaoston vuonna 2000 antamassa Salman v. Turkey -ratkaisussa, jossa todetaan: (kursivointi tässä):

”98. The text of Article 2, read as a whole, demonstrates that it covers not only intentional killing but also the situations where it is permitted to ‘use force’ which may result, as an unintended outcome, in the deprivation of life. The *deliberate or intended use of lethal force is only one factor, however, to be taken into account in assessing its necessity...*”³⁷⁵

Kannanotto ilmentää EIT:n tulkintaperiaatteena noudattaman tehokkuusperiaatteen ja sitä ilmentävän autonomisen tulkinnan merkitystä. Artiklan sanamuodon rajat joutuivat vakavasti haastetuiksi viimeistään ratkaisussa Makaratzis v. Greece, jossa EIT katsoi 2. artiklan kattavan myös viranomaismenettelyn, joka voi johtaa hengen menetykseen. Tapauksessa viranomaistoimien kohteena ollut valittaja ei menehtynyt toimien seurauksena.³⁷⁶ Tällainen tulkinta, joka ulottaa artiklan soveltamisen muuhun kuin tarkoitukselliseen (*intentional*) kuolemaan

³⁷² Van Dijk et al. 2006, s. 395–396. Ks. myös Stewart v. United Kingdom -päätöksen kohta 12.

³⁷³ Oikeuskirjallisuudessa on aiemmin esitetty kannanottoja, joiden perusteella tarkoituksellinen (*intentional*) surmaaminen olisi EIS:n valossa sallittua vain kuolemantuomiota täytäntöönpannaessa. Ks. tästä Alderson 1984, s. 68–69. EIT:n käytäntö (esim. juuri McCann-ratkaisun kohta 148) osoittaa kuitenkin, että tarkoituksellinen surmaaminen voi olla sallittua myös EIS 2 artiklan 2 kappaleen tarkoittamissa tilanteissa.

³⁷⁴ Ks. ratkaisun kohta 171.

³⁷⁵ Ks. myös İlhan-tapaus ratkaisun kohdat 74 ja 75.

³⁷⁶ Ratkaisun kohta 49. Ks. myös Pellonpää et al. 2012, s. 331.

johdaneeseen surmaamiseen ja siten myös itsepuolustustilanteisiin, saa tukea artiklan 1 kappaaleesta ja siitä johdetuista positiivisista toimintavelvoitteista.³⁷⁷

Varauksetonta hyväksyntää tulkinta ei ole kuitenkaan saanut. Esimerkiksi Roxin on todennut, että ”[d]er Begriff der Absicht umfasst vielleicht noch den direkten Vorsatz, keinesfalls jedoch den dolus eventualis”.³⁷⁸ Myös Englannissa on esitetty näkökohtia, joiden mukaan EIS:n 2 artiklan vaikutus hätävarjelusääntelyyn on rajoittunut tilanteisiin, joissa hyökkääjä menehtyy syyllistyttyään laitomaan väkivaltaan. EIS 2 artiklalla ei siten olisi merkitystä tilanteissa, joissa hyökkääjä ei kuole tai hyökkäys kohdistuu esimerkiksi omaisuuteen. Toisenlaisien tulkintojen mukaan kaikkia hätävarjelutilanteita koskevat samat säännöt, joita tulkittaisiin ihmisoikeussopimuksen mukaisesti.³⁷⁹ Myös Wittemann, joka on edustanut käsitystä, jonka mukaan EIS koskee lähinnä valtion toimintaa suhteessa yksilöön, on päättänyt toteamaan:

”Falls man davon ausginge, die Konvention betreffe nur Hoheitsträger, könnten Auswirkungen auf das Notwehrrecht der Privatperson nicht gezeugnet werden. Der in Notwehr handelnde Bürger könne schwerlich eine Handlung in Notwehr ausüben, die einem Polizisten durch die Konvention versagt sie.”³⁸⁰

EIS 2 artiklan soveltaminen tapauksiin, joissa hengen menetystä ei ole tapahtunut, määrittää samalla ikään kuin peilikuvana EIS 3 artiklan soveltamisalaa. Päädetäessä arvioidaanko tapahtumia 2 vai 3 artiklan nojalla, tulee huomioon otettavaksi käytetyn voiman aste ja laatu sekä voimankäytön tarkoitus ja tavoit-

³⁷⁷ Tällaisen tulkinnan on katsottu ilmentävän ”rights to be broadly construed/restrictions to be narrowly interpreted” -tulkintaperiaatetta. Ks. tästä Emmerson et al. 2007, s. 75–77. Ks. myös Opsahl 1993, s. 214. Vrt. Smith 2002, s. 958–959 ja ks. Leverick 2002a, s. 350–351 ja 2002b s. 964–966. Aivan itsestään selvänä tätä tulkintaa ei ole aina pidetty, mitä ilmentävät Smithin ja Leverickin artikkelit Criminal Law Review’ssä 2000-luvun alussa. Artiklan sanamuodon suppeaa tulkintaa puoltaneen Smithin mukaan *intentionally* viittasi nimenomaan tarkoitukselliseen (*purposely*) surmaamiseen, mitä itsensä puolustaminen ei ole. *Intentionally* viittaa todellakin enemmän tarkoitukselliseen surmaamiseen (*purposely*) kuin EIS:n suomenkielisen käännöksen termi ”tahallisesti”. Smithin näkemys on saanut tukea ihmisoikeustoimikunnan vanhemmasta ratkaisukäytännöstä, mutta ainakin Stewart v. United Kingdom -ratkaisusta (ks. erit. Stewart-päätöksen kohdat 13–15) lähtien vallitseva kanta on ollut selvä. Ks. myös Leverick 2006, s. 179–181 sekä Crawshaw et al. 2007, s. 127.

³⁷⁸ Roxin 2006, s. 698.

³⁷⁹ Clarkson 2005, s. 88–89.

³⁸⁰ Wittemann 1997, s. 25. Ks. myös Roxin 2006, s. 697–699. Myös Englannissa on esitetty näkemyksiä, joiden mukaan EIS 2 artikla ei koskisi lainkaan yksilöiden välisiä suhteita. Toisaalta on viitattu siihen, että kansalaisia ei tulisi saattaa eri asemaan siitä riippuen, uhataanko oikeuksia virkamiehen vai toisen kansalaisen taholta. Clarkson on kuitenkin pitänyt mahdollisena, että erilaisia standardeja sovelletaan. Hän on todennut, että: ”Because of their training and experience it could well be proper to expect soldiers and policemen to conform to a higher standard than ordinary citizens”. Ks. tästä Clarkson 2005, s. 89.

teet. Toisin sanoen pyritään määrittämään, onko kyse ennemminkin hengen kuin ainoastaan fyysisen koskemattomuuden suojasta. Myöhemmin selostettavassa İlhan-tapauksessa 2 artiklan soveltamiselle asetettu erityisten olosuhteiden kynys (*exceptional circumstances*) katsottiin ylityksi Makaratzis-ratkaisussa (kursivoinnit tässä):³⁸¹

”51. On the other hand, the case-law establishes that *it is only in exceptional circumstances that physical ill-treatment by State agents which does not result in death may disclose a violation of Article 2 of the Convention*. It is correct that in the proceedings brought under the Convention the criminal responsibility of those concerned in the use of the impugned force is not in issue. Nonetheless, *the degree and type of force used and the intention or aim behind the use of force may*, among other factors, be relevant in assessing whether in a particular case the State agents’ actions in inflicting injury short of death are such as to bring the facts within the scope of the safeguard afforded by Article 2 of the Convention, having regard to the object and purpose pursued by that Article. *In almost all cases where a person is assaulted or ill-treated by the police or soldiers, their complaints will rather fall to be examined under Article 3 of the Convention...*

52. What the Court must therefore determine in the present case, where State agents were implicated in the applicant’s wounding, is *whether the force used against him was potentially lethal and what kind of impact the conduct of the officials concerned had not only on his physical integrity but also on the interest the right to life is intended to protect*.³⁸²

Tapauksessa valittaja Makaratzis oli kuljettanut ajoneuvoa suurella nopeudella Ateenan keskustassa ja muun muassa laiminlyönyt noudattaa poliisien pysähtymismerkkejä. Menettelystä sellaisenaan aiheutui hengenvaara poliiseille ja siviiliselälle henkilöille, minkä lisäksi poliisimiehillä oli johtokeskuksesta tulleen informaation perusteella syytä epäillä, että Makaratzis saattoi olla aseistautunut. Seuranneeseen takaa-ajoon osallistui suuri joukko poliiseja, joista osa käytti takaa-ajon aikana ja sitä seuranneessa kiinniottilanteessa erityyppisiä käsi- ja sarjatuliaseita. Laukausten seurauksena valittaja haavoittui oikeaan käteen, oikeaan jalkaterään, vasempaan pakaraan ja rintaan. Lisäksi Makaratzisin mielen-terveysongelmat pahenivat tapahtuneen jälkeen. Myöhemmissä tutkimuksissa valittajan ajoneuvosta löydettiin 16 luodinreikää.³⁸³ Ottaen huomioon erityisesti käytetyn voiman asteen ja laadun EIT sovelsi tapaukseen EIS:n 2 artiklaa. Viranomaistoiminnan tavoitteiden suhteen EIT katsoi selvityksi, että poliisit käyttivät aseitaan valittajan ajoneuvon pysäyttämiseksi ja hänen pidättämisekseen, mikä sinänsä on 2 artiklan tunnustamana peruste aseenkäytölle. Sitä vastoin pyrki-

³⁸¹ Mowbray 2012, s. 118.

³⁸² Ks. myös esim. İlhan-tapaus kohdat 75 – 76.

³⁸³ Ratkaisun kohdat 11–12 ja 64–65.

myksestä valittajan surmaamiseen tai 3 artiklan kieltämään huonoon kohteluun ei esitetty selvitystä.³⁸⁴

Ennen siirtymistä erilaisten esimerkkitapausten käsittelyyn todettakoon yleisellä tasolla, että EIT on katsonut 2 artiklan välttämättömyyskriteerin olevan tiukempi kuin EIS 8–11 artikloissa käytetty maininta ”välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa”.³⁸⁵ Tältäkin osin voidaan viitata McCann-ratkaisuun (kursivoinnit tässä):

”149. In this respect the use of the term ‘absolutely necessary’ in Article 2 para. 2 (art. 2-2) indicates that a *stricter and more compelling test of necessity* must be employed from that normally applicable when determining whether State action is ”necessary in a democratic society” under paragraph 2 of Articles 8 to 11 (art. 8-2, art. 9-2, art. 10-2, art. 11-2) of the Convention. In particular, *the force used must be strictly proportionate to the achievement of the aims set out in sub-paragraphs 2 (a), (b) and (c) of Article 2 (art. 2-2-a-b-c)*.”³⁸⁶

Vanhemmassa Stewart-tapausta koskevassa päätöksessä puolestaan todettiin:³⁸⁷

”In assessing whether the use of force is strictly proportionate, regard must be had to the nature of the aim pursued, the dangers to life and limb inherent in the situation and the degree of the risk that the force employed might result in loss of life. The Commission’s examination must have due regard to all the relevant circumstances surrounding the deprivation of life.”

Kyse on siis nimenomaan tavoitteiden ja niiden seurausten, joihin toimenpiteiden voidaan olettaa johtavan, välisestä punninnasta.³⁸⁸ Samansuuntainen maininta on löydettävissä 3 artiklan osalta Ribitsch-ratkaisun kohdasta 38 (”*strictly necessary*”), mistä voidaankin päätellä, että ankarampi välttämättömyydesti pe-

³⁸⁴ Ratkaisun kohdat 53–55. Vrt. Zelilof-tapaus (ratkaisun kohdat 35–37), jossa ilmaan ammutut varoituslaukaukset, joiden tarkoituksena oli pelottaa valittajaa, eivät olleet potentiaalisesti kuolettavia.

³⁸⁵ Ks. Pellonpää et al. 2012, s. 328. Sopimuksen tulkinnassa huomioon otettavien demokraattisten arvojen sisällöstä ks. Pekkanen 1991, s. 357–358.

³⁸⁶ Ks. myös esim. *Salman v. Turkey* -ratkaisun kohta 98, *Andronicou and Constantinou v. Cyprus* -ratkaisun kohta 171, *Hugh Jordan v. the United Kingdom* -ratkaisun kohta 104, *McKerr v. the United Kingdom* -ratkaisun kohta 110 ja *Kelly and others v. the United Kingdom* -ratkaisun kohta 93. Ks. myös *Nachova and others v. Bulgaria* -ratkaisun kohta 94, jossa vastaava näkemys on muotoiltu seuraavasti: ”Any use of force must be ‘no more than absolutely necessary’, that is to say it must be strictly proportionate in the circumstances. In view of the fundamental nature of the right to life, the circumstances in which deprivation of life may be justified must be strictly construed.”

³⁸⁷ Päätöksen kohta 19.

³⁸⁸ Ks. Norée 2000, s. 110. Ks. myös Boucht 2011a, s. 124–126.

rustuu ennemminkin suojeltavien intressien tärkeyteen kuin yksittäisten mää-
räysten muotoiluun.³⁸⁹

Smith on kommentoidessaan John Kelly v. the United Kingdom -päätöstä vuonna 1994 pitänyt EIT:n ”välttämättömyys-testiä” merkittävästi ankarampana ja rajoitta-
vampana kuin anglo-amerikkalaisissa tuomioistuimissa oli tuohon asti sovellettu. Toisaalta hän on kiinnittänyt huomiota siihen, että EIT:n näkökulma on sen henkilön, jonka henkeä viranomaisen menettely uhkaa, kun taas kansallisella tasolla kyse on useimmiten siitä, voidaanko jonkun virkamiehen katsoa menettelyllään syyllistyneen rikokseen.³⁹⁰

3.2.2.2 *Laittomalta väkivallalta puolustaminen*

Ensisijaisesti väkivallalta puolustautumisesta, mutta laajasti ymmärrettynä myös mellakan kukistamisesta oli kyse jo edellä viitatussa Giuliani and Gaggio -rat-
kaisussa. Kuolettavan voiman käyttöön johtaneista kaoottisista tapahtumista saa hyvän kuvan seuraavasta Finlex-tapausselostuksesta:

”G 8 -maiden huippukokous pidettiin heinäkuussa 2001 Genovassa. Kaupungissa järjestettiin lukuisia globalisaation vastaisia mielenosoituksia ja viranomaiset puoles-
taan ryhtyivät merkittäviin turvatoimiin. Lain mukaan apuun voitiin pyytää sotilas-
henkilöitä.

Myöhemmin iltapäivällä kulkue sai jatkaa matkaansa. Jotkut mielenosoittajista
ryhtyivät väkivaltaisiin kostotoimiin. Yksi panssariajoneuvoista sytytettiin tuleen. Ka-
rabinieerit pitivät silmällä erityisesti yhtä hyvin aggressiiviselta vaikuttanutta mielen-
osoittajaryhmää. Mielenosoittajat torjuivat karabinieerien hyökkäyksen, jolloin nämä
joutuivat perääntymään sekasorrossa mielenosoittajien takaa-ajamina. Karabinieerien
hyökkäyksessä mukana olleet jeepit yrittivät peruuttaa paikalta. Toisen poistumista
esti kadulle kumottu jätessäiliö. Kivin, kepein ja terästangoin varustautuneet mielen-
osoittajat ympäröivät jeepin ja rikkoivat sen ikkunoita ja huusivat uhkauksia sekä
heittivät kiviä ja palosammuttimen autoa kohden. Jeepissä oli kolme karabinieeria,
kuljettajan FC:n ohella MP ja DR.³⁹¹ MP, joka vielä kärsi heittämiensä kyynelkaasu-
kranaattien vaikutuksista, oli saanut luvan mennä autoon päästäkseen pois tapahtuma-
paikalta. Hän oli kyyristyneenä auton takaosassa ja yritti suojella itseään mellakkakil-
vellä. Hän käski huutamalla mielenosoittajia lopettamaan tai muutoin hän tappaisi
heidät. Samalla hän otti esiin 9 mm:n Berettan ja ampui sillä kaksi laukausta jeepin
rikotun takaikkunan suuntaan. Yksi laukauksista osui Giuliano Giulianin poikaan
Carloon vasemman silmän seudulle. Hän oli juuri ottanut maasta palosammuttimen ja
oli kohottamassa sitä. Jeepin kuljettaja FC sai moottorin jälleen käyntiin ja yrittäes-

³⁸⁹ Ks. Emmerson et al. 2007, s. 105–106.

³⁹⁰ Smith 1994, s. 355. Kolmannen lähestymiskulman tarjoaa asiaan mahdollisesti liittyvien siviili-
oikeudellisten vaatimusten aspekti. Tämä kuitenkin jää tutkimukseni ulkopuolelle.

³⁹¹ Tuomiosta (ratkaisun kohta 186) ilmenee lisäksi, että joku mielenosoittajista oli ennen ampu-
mistä työntänyt puisen parrun jeepin sivuikkunasta läpi aiheuttaen vammoja D.R:lle.

sään poistua paikalta peruutti Carlon yli. Sen jälkeen hän laittoi ykkösvaihteen ja ajoi toisen kerran hänen ylitseen paikalta poistuessaan. Vähän matkan päässä toinen karabinierei ryhtyi ohjaamaan autoa, kun FC oli shokissa. Paikalle tullut lääkäri totesi Carlon kuolleeksi.”

EIT viittasi oikeusohjeina edellä kuvattuihin yleisiin periaatteisiin, joiden perusteella se katsoi, että paikalta poistumassa olleisiin karabiniereihin, jotka eivät kohdistaneet toimia mielenosoittajiin, kohdistui laiton ja hyvin väkivaltainen hyökkäys, jonka johdosta M.P:llä oli oikeus käyttää tarkoituksenmukaisia keinoja itsensä ja muiden jeepissä olleiden suojaamiseksi.³⁹² Jeepin lähellä oli itse asiassa muita karabinierejä, jotka tilanteen vielä eskaloituessa olisivat voineet auttaa. M.P:n ei kuitenkaan katsottu olleen tästä tietoinen. Johtopäätöksenä EIT totesi, että

”189. In the light of the foregoing, and bearing in mind the extremely violent nature of the attack on the jeep, as seen on the images which it viewed, the Court considers that M.P. acted in the honest belief that his own life and physical integrity, and those of his colleagues, were in danger because of the unlawful attack to which they were being subjected.”

EIT:n lähtökohtana oli selkeästi teonhetkinen *ex ante* -näkökulma, minkä lisäksi EIT kiinnitti huomiota myös siihen, että M.P. oli ennen laukauksen ampumista varoittanut mielenosoittajia, millä ei ollut erityistä vaikutusta.³⁹³ Lopputulena EIT totesi, että kuolettavan voiman käyttö oli 2 artiklan 2 kappaleen a-kohdan mukaisesti ”ehdottoman välttämätöntä kenen hyvänsä puolustamiseksi laittomalta väkivallalta”³⁹⁴ eikä tapahtumien tarkastelu erikseen 2 artiklan 2 kappaleen c-kohdan perusteella ollut tarpeen.³⁹⁵

3.2.2.3 Paon estäminen

Tässä tutkimuksen jaksossa mielenkiinnon kohteena olevan sopimusmääräyksen osalta avainratkaisuna voidaan pitää suuren jaoston ratkaisua *Nachova and others v. Bulgaria* -tapauksessa. Ratkaisun kohdassa 95 todettiin yleisenä periaatteena, että (kursivointi tässä):

³⁹² Ratkaisun kohdat 187 ja 189.

³⁹³ Ratkaisun kohdat 190–191. Tapauksessa jäi epäselväksi, oliko luoti muuttanut suuntaansa ennen osumistaan Giulianiiniin. EIT ei kuitenkaan katsonut tällä seikalla olevan merkitystä. Ks. tästä ratkaisun kohdat 192–193.

³⁹⁴ Ratkaisun kohta 194.

³⁹⁵ Ratkaisun kohta 196.

”...the legitimate aim of effecting a lawful arrest can only justify putting human life at risk in circumstances of absolute necessity. The Court considers that in principle there can be *no such necessity where it is known that the person to be arrested poses no threat to life or limb and is not suspected of having committed a violent offence*, even if a failure to use lethal force may result in the opportunity to arrest the fugitive being lost...”

Oikeusohje on toistettu myös ratkaisun kohdassa 107:

”...recourse to potentially deadly force cannot be considered as ”absolutely necessary” where it is known that the person to be arrested poses no threat to life or limb and is not suspected of having committed a violent offence.”

Lausumista on sinänsä perustellusti päätelty myös, että artikla ei salli henkilön surmaamista omaisuuden suojelemiseksi. Tämä koskee sekä virkamiehiä että yksityishenkilöitä.³⁹⁶

Vanhemmassa kirjallisuudessa Opsahl on – viitaten ihmisten surmaamiseen heidän paetessaan Itä-Saksasta ja ylittäessään Berliinin muuria – korostanut sitä, että maastapoistumiskielto ei ole *vapaudenriisto* artiklan tarkoittamalla tavalla (matkustuskielto).³⁹⁷

Nachova-tapauksessa sotilaspoliisiryhmän pyrkimyksenä oli ottaa kiinni kaksi sotilaskarkuria. Sotilaspoliisit tavoittivat karkurit erästä talosta ja karkureitten pyrittyä juosten pakoon sotilaspoliisiryhmää johtanut majuri varoitti karkureita ampuma-aseen käytöstä ja ampui joitakin varoituslaukauksia. Näiden keinojen osoittaututtua tehottomiksi majuri ampui karkureita kohden automaattikiväärillä noin 20 metrin etäisyydeltä heidän ollessaan kiipeämässä erään aidan yli. Majuri tähtäsi karkureita jalkoihin, mutta laukaukset osuivat keskivartaloon ja karkurit kuolivat matkalla sairaalaan.

Ratkaisussaan EIT kiinnitti huomiota siihen, että kohdehenkilöillä ei ollut väkivaltarikostaustaa eivätkä he kiinniottohetkellä olleet aseistettuja tai muutoin vaaraksi sotilaille tai sivullisille. EIT katsoi, että myös sotilaiden on täytynyt olla tietoisia näistä seikoista.³⁹⁸ Sen lisäksi, että EIT kritisoi kuolettavat laukaukset ampuneen sotilaan toimia, se kiinnitti huomiota useisiin epäkohtiin operaa-

³⁹⁶ Leverick 2006, s. 182–183 ja 192.

³⁹⁷ Opsahl 1993, s. 217.

³⁹⁸ Ratkaisun kohta 106. Kohdehenkilöt olivat aiemmin syyllistyneet omaisuusrikoksiin ja luvattomiin poissaoloihin asevelvollisuuden suorittamispaikalta. Samantyyppisiin seikkoihin EIT kiinnitti huomiota myös Putintseva v. Russia -ratkaisussa (ks. erit kohdat 68–71), jossa arestista paennut sotilas ammuttiin kuoliaaksi, vaikka muitakin toimintamalleja olisi ollut tarjolla. EIT kritisoi myös sitä, että sotilasta vartioimaan asetettu ja tämän surmannut sotilas oli sama, jota kuoliaaksi ammuttu sotilas oli edellisenä päivänä pahoinpidellyt. Ks. myös Bulgariaa koskenut ratkaisu Vasil Sashov Petrov (erit. kohdat 48–49).

tion toteutuksessa. Ensinnäkin operaation tapahtuminen keskellä päivää pienessä kylässä, kohdehenkilöiden ennakoitava käyttäytyminen ja se seikka, että sotilaila oli käytössään ajoneuvo, puolsivat aseenkäytöstä pidättäytymistä. Toisaalta EIT katsoi, että asetta käyttänyt sotilas olisi voinut käyttää käsiasetta automaattiseen sijasta, mikä olisi mahdollistanut laukausten tähtäämisen. Lisäksi se huomautti, että toista uhreista oli ammuttu rintaan, mikä viittasi mahdollisuuteen, että hän oli tosiasiallisesti antautumassa ampumishetkellä.³⁹⁹ Konkreettisen voimankäytön osalta oli rikottu EIS 2 artiklaa. EIT:n mukaan sallitun voimankäytön rajat oli oleellisesti ylitetty (*”grossly excessive force was used”*).⁴⁰⁰

Sallitun voimankäytön rajoja ei sitä vastoin ollut ylitetty suuren jaoston ratkaisemassa tapauksessa *Ramsahai and others v. the Netherlands* vuodelta 2007. Tapauksessa kaksi poliisimiestä yritti pysäyttää ampuma-asetta käyttäen tehdystä ryöstöstä epäillyn henkilön. Kiinniottilanteessa ryöstöstä epäilty otti pistoolin esille lyhyen kamppailun jälkeen. Tällöin myös toinen poliisimiehistä otti aseensa esille ja kehotti kiinniotettavaa pudottamaan aseensa. Tämä ei kuitenkaan pudottanut asettaan, vaan kohotti sen kohti tapahtumapaikkaa lähestyvää toista poliisimiestä seurauksin, että tämä veti aseensa esille ja ampui kiinniotettavaa. Laukaus osui kiinniotettavan kaulaan ja tämä menehtyi tapahtumapaikalla.

Rikospaikkatutkinnassa otettiin talteen voimankäytön seurauksena menehtyneen henkilön ladattu ja viritetty pistooli. Jaosto, jonka ratkaisuun myös suuri jaosto viittasi, katsoi, että EIS 2 artiklaa ei ollut rikottu eikä käytetty voima ollut liiallista kiinnioton suorittamiseksi ja poliisimiesten hengen suojaamiseksi. Toisaalta ei katsottu, että poliisimiesten, jotka eivät tienneet Moravian olevan aseistettu, olisi erityisesti tullut pyrkiä hankkimaan lisätietoa olosuhteista tai hankkimaan lisävoimia paikalle.⁴⁰¹ EIS:n määräyksistä ei siis ainakaan tässä tapauksessa johdettu erityistä tosiseikkoihin kohdistuvaa selonottovelvollisuutta.

EIT näyttäisi tulkinneen EIS 2 artiklan 2 kappaleen a-kohdan aikarajoja varsin tiukasti, mitä osoittaa 3 artiklan yhteydessä esiteltävää Suomea koskenutta Heikkinen-tapausta faktoiltaan muistuttava *Juozaitiene and Bikulcius v. Lithuania* -tapaus vuodelta 2008. Tapauksessa poliisimiehet yrittivät pysäyttää liikennesääntöjen vastaisella tavalla kuljetetun henkilöauton. Ajoneuvoa yritettiin tuloksetta pysäyttää kovaäänisillä käskyttämällä, saartamalla ja varoituslaukauksia ampumalla. Takaa-ajon loppuvaiheessa henkilöautolla törmättiin poliisimieheen, mistä aiheutui hänelle lieviä vammoja. Mainittu poliisimies ampui auton jäähdyttäjään, jonka jälkeen toinen poliisimies ampui auton renkaita kohden. Seuran-

³⁹⁹ Ratkaisun kohta 108.

⁴⁰⁰ Ratkaisun kohta 109.

⁴⁰¹ *Ramsahai and others v. the Netherlands* -ratkaisun kohdat 280–282 ja 288.

neessa tilanteessa jäähdyttäjään ampunut poliisimies ja kolmas poliisimies ampuivat lukuisia laukauksia pakenevan auton perään seurauksin, että kaksi autossa matkustajana ollutta mieshenkilöä menehtyivät mainitun kolmannen poliisimiehen ampumiin laukauksiin. EIT arvioi tapahtumia nimenomaan laillisen pidätyksen suorittamisen näkökulmasta. Edellä selostetun, ratkaisuissa McCann, Makaratzis ja Nachova muotoillun yleisen periaatteen⁴⁰² soveltumisesta ko. tapaukseen se totesi seuraavaa (kursivointi tässä):

”79. The Court does not find it apparent that the danger to other people or traffic safety was as clear and present as the Government argued. There is no disagreement between the parties that, before the chase intensified and the policeman was hit, the car had been driven in a manner resembling drunken driving or joyriding, as subsequently proved to be the case. However, it was not clearly established by the domestic authorities that the streets of a medium-size town at around midnight were indeed full of people who could have been exposed to the danger caused by such driving. The possible doubt in this respect is accentuated by the fact that no eyewitnesses to the chase were identified during the investigation. The Court therefore finds no obvious indication of danger posed by the escaping driver after he was trying to leave the site of the confrontation with the policemen. The present case should be *distinguished from those previously examined by the Convention institutions, where a high-risk shooting was found to have been justified by the necessity to avert the threat caused by suspected terrorists against the overall background of a prevailing climate of insecurity...*”

EIT katsoi, että aseenkäyttö ko. tilanteessa ei ollut EIT:n ratkaisukäytännössä vakiintuneella tavalla ehdottoman välttämätöntä laillisen pidätyksen suorittamiseksi ja 2 artiklan sisällöllisiä vaatimuksia oli rikottu. Relevantti ero esimerkiksi McCann-tapaukseen oli uhka, jonka kohdehenkilöiden katsottiin muodostavan.⁴⁰³

Myös Puolaa koskeneessa tapauksessa Wasilewska and Kalucka vuodelta 2010 todettiin käytetyn 2 artiklan vastaisesti liikaa voimaa kiinnioton suorittamiseksi, minkä lisäksi operaatiota ei ollut suunniteltu siten, että kuolettavan voiman käyttöön turvautuminen olisi mahdollisimman epätodennäköistä. Käsiteltävissä tapahtumissa oli kyse jengiin kuuluvien ja aseistetuiksi epäiltyjen henkilöiden kiinniottamisesta ja kiinniottotilanteesta muodostuneen uhan torjumisesta.⁴⁰⁴ Tilanteessa viisi poliisimiestä oli kukin ampunut viidestä yhteentoista laukausta pakenevaa ajoneuvoa kohden tilanteessa, jossa kohdehenkilöt eivät EIT:n mu-

⁴⁰² Ratkaisun kohta 72.

⁴⁰³ Ratkaisun kohdat 83–84.

⁴⁰⁴ Ratkaisun kohdat 49–52 ja 57–58.

kaan aiheuttaneet poliisimiehille välitöntä uhkaa, vaan kyse oli ainoastaan epäiltyjen paon estämisestä.⁴⁰⁵ Operaation luonteen osalta EIT totesi:

”54. Serious issues also arise as to the conduct and organisation of the operation. Firstly it should be noted that Mr Kałucki *was not killed in the course of an unplanned operation which gave rise to developments to which the police were called upon to react...* It was a *planned operation in which significant police forces were deployed*, although they acted upon anonymous and rather vague information that two criminal gangs would be confronting each other. In particular, it appears that the police did not know how many suspects would be involved or whether they would actually be armed.”

EIT kiinnitti huomiota myös siihen, että jäi epäselväksi, olivatko operaatioon osallistuneet poliisimiehet ylipäättään tunnistettavissa poliisimiehiksi. Toisaalta kritisoitiin sitä, että operaation laajuudesta huolimatta ei ollut varattu ambulanssia tapahtumapaikan läheisyyteen, minkä seurauksena lääketieteellisen avun saaminen uhreille kesti noin 20 minuuttia.⁴⁰⁶

Alankomaita koskeneessa Romijn-tapauksessa⁴⁰⁷, jota EIT ei ottanut tutkittavakseen, oli myös kysymys voimankäytöstä ja yleisimminkin operaation suunnittelusta. Tapauksessa poliisi suoritti erääseen taloon rynnäkön. Asunnossa olleita portaita ensimmäisenä ylös rynnännyt poliisimies näki porrastasanteella miehen sekä naisen, joista ensiksi mainitulla oli hopeanvärinen esine kädessään. Poliisimies veti tässä tilanteessa aseensa esille ja mainitun mieshenkilön kohottaessa esinettä pitelevän kätensä poliisia kohden ampui ainakin kaksi laukausta, joista yksi osui kohdehenkilön rintaan.

EIT ei löytänyt huomautettavaa tapauksessa tehdyistä taktisista valinnoista (erikoisryhmän käyttö, rynnäkössä käytetyt menetelmät) eikä kuolettavat laukaukset ampuneen poliisimiehen toimista, vaikka jäikin jossain määrin epäselväksi, oliko kohdehenkilö todella osoittanut poliisimiehiä aseella. Voimankäyttö ei ylittänyt sitä, mikä oli EIS 2 artiklan 2 kappaleen a- ja b-kohdissa tarkoitettulla tavalla ehdottoman välttämätöntä. Valitus katsottiin ilmeisen perusteettomaksi ja jätettiin tutkimatta.

Hieman erityyppisestä kiinniottotilanteesta oli kyse Isoa-Britanniaa koskeneessa Brady-tapauksessa, jossa EIT myös katsoi valituksen ilmeisen perusteettomaksi. Tapauksessa poliisi oli suunnitellut väijytyksen ryöstöä toteuttaneiden henkilöiden kiinnisaamiseksi. Kohdehenkilöiden epäiltiin olevan varustautuneita jäljitelmäaseella tai jopa oikealla aseella ja operaatioon osallistuneita poliisimiehiä ohjeistettiin pitämään kohtaamiaan aseita lähtökohtaisesti oikeina. Kiin-

⁴⁰⁵ Ratkaisun kohta 53.

⁴⁰⁶ Ratkaisun kohta 55.

⁴⁰⁷ Application no. 62006/00 by Claire Susan Elisabeth Romijn against the Netherlands.

nioton yhteydessä eräs poliisimies erehtyi luulemaan yhdellä kohdehenkilöllä ollutta taskulamppua aseeksi ja ampui tämän kuoliaaksi. Poliisimiehen voimankäytön osalta EIT totesi viitattuaan McCann-tapauksessa määritettyihin periaatteisiin, että (kursivointi tässä):

”The Court finds, on the material submitted by the applicant, that Officer A honestly believed that it was necessary to shoot James Brady in order to protect himself. This *belief derived from good reasons, perceived at the time to be valid, which were later shown to be mistaken.* It is not for the Court with detached reflection to substitute its own opinion of the situation for that of a police officer who was required to react in the heat of the moment...”

Operaation suunnittelun ja toteutuksen osalta EIT totesi, että (kursivoinnit tässä):

”The Court finds that the decision not to arrest the men until they attempted to enter the premises cannot be regarded as unreasonable in the circumstances. *If there had been insufficient evidence of a crime having been committed, there would have been no possibility of bringing criminal charges or a prosecution.*

Nor is the Court persuaded that the *plan in itself rendered the use of lethal force either inevitable or highly probable.* In any circumstances, *an arrest planned against robbers who are armed or suspected of being armed will involve some risk that shooting will take place or that police officers will find themselves in a position in which they believe that their lives are in danger.*

While it appears that the team leader called for the arrest at an earlier moment than planned and before the others were in position, the Court does not find that this rendered the execution of the operation incompatible with the requirements of the Convention. *Operations of this kind inevitably require a certain amount of flexibility of response to evolving circumstances.* Errors of judgment or mistaken assessments, unfortunate in retrospect, will not per se entail responsibility under Article 2 of the Convention.”

McCann-tapaukseen verrattuna olennainen ero oli siinä, että tapaukseen osallistuneille poliisimiehille ei ollut annettu käytetyn voiman määrään ja laatuun vaikuttavaa virheellistä tietoa. Merkitystä oli myös sillä, että McCann-tapauksessa uhka, jonka annettiin muodostua, oli huomattavasti vakavampi kuin Brady-tapauksessa.

Turkkia koskeneessa Kallis and Androulla Panayi -tapauksessa EIT otti kantaa varoituslaukausten merkitykseen ja loukkaantuneiden auttamisvelvollisuuteen. Tapauksessa kyproksenturkkilainen sotilas ampui kuoliaaksi Kyproksen Kansalliskaartissa palvelleen sotilaan, joka oli siirtynyt ns. suojavyöhykkeelle (kursivoinnit tässä).⁴⁰⁸

⁴⁰⁸ Ratkaisun kohdat 11 ja 67.

”62... *It is the opinion of the Court that opening of fire should, whenever possible, be preceded by warning shots* (see Paragraph 10 of the UN Force and Firearms Principles, quoted in paragraph 22 above). The circumstances of the present case do not show that it was impossible to give such warning and also for that reason the conduct of the ‘TRNC’ soldiers was hard to reconcile with the requirement of absolute necessity enshrined in Article 2 of the Convention.”

”66. Even though the Court does not have at its disposal any element capable of showing that such immediate help could have contributed to saving Mr Panayi’s life, it cannot but regret that the Turkish or *Turkish-Cypriot forces hampered the humanitarian intervention of the UNFICYP soldiers, thus acting in a manner which is incompatible with the obligation to protect life imposed* by Article 2 § 1 of the Convention and with Paragraph 5 (c) of the UN Force and Firearms Principles (according to which law enforcement officials must ‘ensure that assistance and medical aid are rendered to any injured or affected persons at the earliest possible moment’ – see paragraph 22 above)...”

3.2.2.4 Mellakan tai kapinan kukistaminen⁴⁰⁹

Mellakan ja kapinan kukistamisen osalta suhteellisuusperiaatteen sisältöä on määritetty esimerkiksi Turkkiä koskeneessa Güleç-ratkaisussa. Kaakkois-Turkissa järjestetyissä luvattomissa mielenosoituksissa sai surmansa muun muassa 15-vuotias poika. Poikaan osui mitä ilmeisimmin turvallisuusjoukkojen edustajan ampuma luoti. Tuomiossaan EIT selkeästi totesi, että vaikka voimankäyttö ko. tapauksessa saattoikin olla tarpeen väkivaltaisen mielenosoituksen hajottamiseksi, täytyi käytetyn voiman olla tasapainossa tavoitellun päämäärän kanssa (*”a balance must be struck between the aim pursued and the means employed to achieve it”*). Tapauksessa oli käytetty ampuma-aseita väkijoukkoa vastaan, vaikka väkijoukkoon kuuluvilla henkilöillä ei näytetty olleen tuliaseita. Ongelmalliseksi todettiin myös se, että santarmeilla ei ollut käytössään lievempiä voimankäyttövälineitä. Tämä puute korostui, koska kyse oli alueesta, jossa nimenomaisesti odotettiin syntyvän levottomuuksia.⁴¹⁰ Mielenosoituksen hajottamiseksi käytetty voima, joka johti valittajan pojan kuolemaan, ei ollut 2 artiklan tarkoittamalla tavalla ehdottoman välttämätöntä,⁴¹¹ mikä tässä tapauksessa viittaa erityisesti voimakeinojen täydelliseen suhteettomuuteen.⁴¹²

⁴⁰⁹ Mellakkaa ja kapinaa ei ole EIT:n ratkaisukäytännössä erityisesti määritelty. Ks. tästä Pellonpää et al. 2012, s. 327 av. 45. Ks. kuitenkin Stewart-päätöksen kohta 25, jonka mukaan *”150 persons throwing missiles at a patrol of soldiers to the point that they risked serious injury must be considered, by any standard, to constitute a riot”*.

⁴¹⁰ Ratkaisun kohdat 71–72. Ks. myös Merrills – Robertson 2001, s. 32–33.

⁴¹¹ Ratkaisun kohta 73.

⁴¹² Mowbray 2012, s. 143.

EIT katsoi 2 artiklaa rikotun myös Turkia koskeneessa Şimşek-tapauksessa, jossa arvioitavana oli mellakan hajottamiseksi tapahtunut aseenkäyttö, jonka seurauksena 17 ihmistä kuoli. EIT kiinnitti ratkaisussaan huomiota koulutuksen ja ohjeistuksen merkitykseen ja erityisesti siihen, että poliisimiehille oli jätetty laaja harkintavalta, jota he ko. tilanteessa joutuivat käyttämään paniikissa ja suuren paineen alla. Vakavat seuraukset olisi voitu ehkäistä paremman koulutuksen ja ohjeistuksen, paremman varustuksen sekä selkeämmän komentoketjun avulla.⁴¹³

Mielenosoituksen yhteydessä käytetyistä voimakeinoista oli kyse myös Turkia koskeneissa Solomou- ja Andreou-tapauksissa. Andreou-tapauksessa EIT arvioi viranomaisten toimintaa kaikkien EIS 2 artiklan 2 kappaleen kohtien valossa, joista viimeksi mainitun osalta se totesi (kursivoinnit tässä):

”54. As to the question whether the shooting was justified by the aim of quelling a ‘riot or insurrection’, the Court is of the opinion that the *firing of rounds into the crowd constituted a disproportionate use of force* in the circumstances surrounding the events of 14 August 1996. *Even though the fact that the demonstrators, who had sticks and iron bars, were throwing stones at the Turkish forces carried the risk of potentially more violent developments*, such firing could have caused serious injuries to demonstrators, bystanders or UN forces members. Indeed, the applicant, another civilian and two peacekeepers were hit by the bullets. In this connection, the Court attaches a certain weight to the fact that, according to the eyewitnesses, *the opening of fire was totally unwarranted and not even preceded by a warning shot*. It thus appeared to be a preventive measure, taken in order to discourage any possible recourse to violence before the crowd had the time to react to the shooting of Mr Solomou.”

Kuolettavan voiman käyttö ei ollut EIS 2 artiklan 2 kappaleen edellyttämin tavoin ehdottoman välttämätöntä. 2 artiklaa oli rikottu.⁴¹⁴

Länsi-Euroopan valtioiden osalta voidaan viitata lähinnä edellä selostettuun Italiaa koskeneeseen Gualiani and Gaggio -tapaukseen, jossa EIT todettuaan käytetyt voimakeinot EIS 2 artiklan 2 kappaleen a-kohdan perusteella hyväksyttäväksi arvioi lyhyesti myös kokoontumisvapauden ja poliisitoiminnan suhdetta mielenosoitusten yhteydessä (kursivoinnit tässä):

⁴¹³ Ratkaisun kohdat 109–113. EIT viittasi ratkaisussaan myös EN 1979 ja UN 1990 *soft law* -asiakirjoihin.

⁴¹⁴ Andreou-tapaus ratkaisun kohdat 57–58. Andreou-tapauksessa käsiteltyjä tapahtumia edelsi välittömästi Solomos Solomou -nimisen kyproslaisen miehen tunkeutuminen suojavyöhykkeen yli turkkilaisten miehittämälle alueelle. Suojavyöhykkeen ylitettyään Solomou oli kiipeämässä lipputankoon, jossa oli Turkin lippu, kun hänet ammuttiin kuoliaaksi Turkin viranomaisten toimesta. Ks. tästä Solomou and others v. Turkey, erityisesti ratkaisun kohdat 63–79. EIS 2 artiklaa katsottiin rikotun ko. tapauksessa.

”While it is the *duty of Contracting States to take reasonable and appropriate measures with regard to lawful demonstrations to ensure their peaceful conduct* and the safety of all citizens, they cannot guarantee this absolutely and they have a wide discretion in the choice of the means to be used. In this area the obligation they enter into under Article 11 of the Convention is an *obligation as to measures to be taken* and not as to results to be achieved... Moreover, *where demonstrators do not engage in acts of violence, it is important for the public authorities to show a certain degree of tolerance towards peaceful gatherings* if the freedom of assembly guaranteed by Article 11 of the Convention is not to be deprived of all substance... On the other hand, *interferences with the right guaranteed by that provision are in principle justified for the prevention of disorder or crime and for the protection of the rights and freedoms of others where demonstrators engage in acts of violence...*”⁴¹⁵

YK:n piirissä vuonna 1990 luoduissa periaatteissa on edellytetty erotettavaksi laittomat mutta väkivallattomat kokoukset väkivaltaisista kokouksista. Periaatteissa on todettu laittomien kokousten osalta, että (kursivoinnit tässä):

”13. In the dispersal of assemblies that are unlawful but *non-violent*, law enforcement officials shall avoid the use of force or, where that is not practicable, shall restrict such force to the minimum extent necessary.

14. In the dispersal of *violent* assemblies, law enforcement officials may use firearms only when less dangerous means are not practicable *and* only to the minimum extent necessary. Law enforcement officials *shall not use firearms* in such cases, *except under the conditions stipulated in principle 9.*”⁴¹⁶

Mellakoiden torjuntaan liittyen EIT on joutunut arvioimaan myös sitä, mitä ylipäätään pidetään voimankäyttönä. Hallituksen toisen suuntaisista väitteistä huolimatta EIT piti *McShane v. the United Kingdom* -tapauksessa voimankäyttönä sitä, kun barrikadi rikottiin ajamalla panssaroidulla miehistönkuljetusvaunulla sen yli. Tässä yhteydessä valittajan aviomies jäi miehistönkuljetusvaunun alle ja menehtyi.⁴¹⁷

⁴¹⁵ Ratkaisun kohta 251. Kotimaisessa kirjallisuudessa samansuuntaisesti Helminen et al. 2012b, s. 19.

⁴¹⁶ UN 1990 kohdat 13–14. 14. kohdan suhteesta siinä viitattuun suositusten kohtaan 9 ks. Crows-haw et al. 2007, s. 151–152. Ks. myös De Rover 1998, s. 202–203 ja 280. Pohjois-Irlannin levottomuuksiin liittyvistä ratkaisuista ks. esim. Hugh Jordan v. the United Kingdom -ratkaisun kohdat 87–89. Todettakoon, että prosessuaalisten vaatimusten osalta ratkaisussa on viitattu myös *United Nations Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions* -asiakirjaan (ratkaisun kohta 90) sekä *Model Protocol for a legal investigation of extra-legal, arbitrary and summary executions* -asiakirjaan (”*Minnesota Protocol*”, ratkaisun kohta 92). Samoin McKerr v. the United Kingdom -ratkaisun kohdat 92–97 ja Kelly and others v. the United Kingdom -ratkaisun kohdat 75–80.

⁴¹⁷ Ratkaisun kohdat 99–101.

3.2.2.5 Linnoittautumistilanteet

Olen katsonut aiheelliseksi käsitellä omassa jaksossaan neljää EIT:n arvioitavana ollutta linnoittautumistilannetta, joista kahdessa viranomaisten toiminta on johdantanut yhden tai useamman kaappaajan *sekä* sivullisten kuolemaan. Lisäksi joukossa on ainoa Suomea koskeva poliisin voimankäyttöön liittyvä 2 artiklan soveltamisalaan kuuluva tapaus sekä sitä sisällöllisesti muistuttava Isoa-Britanniaa koskeva Bubbins-tapaus.

Andronicou and Constantinou v. Cyprus -tapaus vuodelta 1997 on julkaistu *Reports*-sarjassa. Tapauksessa haulikolla aseistautunut, psyykkisistä ongelmista kärsinyt mies piti kihlattuaan panttivankina heidän yhteisessä asunnossaan. Neuvottelujen päätyttyä tuloksettomina poliisi päätti rynnäköidä asuntoon. Asuntoon ammuttiin ensin kyynelkaasupanoksia, jonka jälkeen asunnon ovi murrettiin. Panttivankia pitänyt mies ampui tässä tilanteessa kaksi laukausta, joista toinen osui poliisimieheen ja toinen panttivankiin. Seuranneessa tilanteessa kaksi poliisimiestä ampui yhteensä noin 30 laukausta kohti kaappaajaa. Kaappaaja kuoli tapahtumapaikalla ja kaappajan välittömässä läheisyydessä ollut panttivanki kuoli myöhemmin sairaalassa.

Tapahtumia arvioitiin EIS 2 artiklan 2 kappaleen a- ja b-kohtien kannalta. Poiketen osin asiaa aiemmin käsitelleen toimikunnan näkemyksistä EIT arvioi tapausta sekä operaation suunnittelun ja johdon että kenttätason voimankäytön kannalta. Arvioitavana eivät olleet niinkään yksittäiset taktiset valinnat, vaan se, oliko valintoja tehtäessä (muun muassa erikoisjoukon käyttö) kiinnitetty asianmukaista huomiota uhrien hengen suojaamiseen eli käytännössä kaappaajan ja panttivangin hengenvaaran minimoimiseen.⁴¹⁸ Operaation suunnittelun ja johdon osalta EIT ei havainnut puutteita. Se totesi tapauksessa haetun neuvotteluratkaisua aseellisen rynnäkönn ollessa viimesijainen vaihtoehto, joka tuli kyseeseen vasta panttivangin hengenvaaran lisääntyessä. EIT ei myöskään katsonut moitittavaksi erikoisjoukon käyttöä, vaikka se olikin koulutettu ampumaan tappaakseen kohdatessaan tulta. Koulutustaustasta huolimatta erikoisjoukon jäsenille annettiin ko. tapauksessa selkeät ohjeet aseenkäytöstä. Ohjeissa korostettiin muun muassa käytettävän voiman välttämättömyyttä ja suhteellisuutta. Myöskään sarjatuliaseiden käytössä ei sinällään katsottu olevan moitteen aihetta. Niiden käyttö oli sekä uhkakuvien perusteella että muutoinkin taktisesti perustel-

⁴¹⁸ Ratkaisun kohta 181.

tua.⁴¹⁹ EIT myös kiinnitti myönteistä huomiota tapaan, jolla tietoja oli välitetty erikoisryhmän jäsenille.⁴²⁰

Siitä huolimatta, että tilanteessa ammuttiin lähes kolmekymmentä laukausta, joista kaksi osui panttivankiin, EIT katsoi, että panttivangin ja poliisimiesten suojaamiseksi sekä kohdehenkilön tekemiseksi vaarattomaksi käytetty voima ei ollut EIS 2 artiklan vastaista (kursivoinnit tässä):⁴²¹

”It is clearly regrettable that so much fire power was used in the circumstances to neutralise any risk presented by Lefteris Andronicou. However, *the Court cannot with detached reflection substitute its own assessment of the situation for that of the officers who were required to react in the heat of the moment in what was for them a unique and unprecedented operation to save life.* The officers were entitled to open fire for this purpose and to take all measures which they *honestly and reasonably believed* were necessary to eliminate any risk either to the young woman’s life or to their own lives. It transpired at the commission of inquiry that only two of the officers’ bullets actually struck her. While tragically they proved to be fatal, it must be acknowledged that the accuracy of the officers’ fire was impaired through Lefteris Andronicou’s action in clinging on to her thereby exposing her to risk.”⁴²²

Viranomaisten toiminnasta panttivankitilanteessa oli kyse myös aikanaan paljon julkisuutta saaneessa Moskovan Dubrovka-teatterissa vuonna 2002 tapahtuneessa välikohtauksessa. *Reports*-sarjassa julkaistu ratkaisu on mielenkiintoinen muun muassa sivullisten roolin näkökulmasta. Panttivankien vapautusoperaation yhteydessä turvallisuusjoukot pumppasivat ilmanvaihtojärjestelmän kautta teatteriin tuntematonta huumaaavaa kaasua, joka tosin valittajien mukaan oli sekä panttivankien että terroristien haistettavissa ja nähtävissä. Muutamia minuutteja myöhemmin erikoisjoukot rynnäköivät rakennukseen ja tappoivat terroristit,

⁴¹⁹ Ratkaisun kohta 183–186. Ks. tältä osin suomalaisen tuomarin Raimo Pekkasen eriävän mieliteen kohta 6: *”The use of machine guns in the circumstances of the present case seems to me to be an excessive use of force. The use of that kind of fire power against a frightened young man cannot be considered to be absolutely necessary even if he had the possibility to fire two shots with his shotgun. Taking into account especially that the main purpose of the operation was to save Elsie Constantinou’s life, the use of machine guns in a very small room was not strictly proportionate to that aim. On the contrary, it unnecessarily endangered her life as well as Lefteris Andronicou’s life. It should also have been possible to find sources of lighting for the attack other than the flashlights attached to the machine guns.”* Ks. myös Fisher 2010, joka sisältää lukuisia esimerkkejä erityiskoulutettujen SWAT-ryhmien käytössä Yhdysvalloissa kohdatuista ongelmista.

⁴²⁰ Ratkaisun kohta 185. Vrt. tapaus McCann.

⁴²¹ Ratkaisun kohta 193. Todettakoon, että suomalaistuomari Pekkanen katsoi, että tapauksessa rikottiin EIS 2 artiklaa sekä operaation johdon ja suunnittelun että erikoisryhmän käytön osalta. Tapauksessa McCann Pekkanen puolestaan kuului suuren jaoston vähemmistöön, joka katsoi, että tapauksessa ei ollut rikottu EIS 2 artiklaa. Ks. myös Danelius 2007 s. 57–58.

⁴²² Ratkaisun kohta 192.

joista osa oli jo tajuttomia.⁴²³ Operaation seurauksena suurin osa panttivangeista (yli 730 ihmistä) vapautettiin, mutta yli sata panttivankia myös menehtyi operaation eri vaiheissa. Suurin osa menehtyneistä kuoli nimenomaan kaasun vaikutuksiin, minkä lisäksi monet eloonjääneistä kärsivät myöhemmin kaasun vaikutuksista. EIT määrittä ratkaisussa valtion vastuun rajoja (kursivoinnit tässä):

”209. The authorities’ positive obligations under Article 2 of the Convention are not unqualified: not every presumed threat to life obliges the authorities to take specific measures to avoid the risk. A duty to take specific measures arises only if the authorities knew or ought to have known at the time of the *existence of a real and immediate risk to life* and if the *authorities retained a certain degree of control over the situation...* The Court would only require a respondent State to take such *measures which are ‘feasible’ in the circumstances...* The positive obligation in question must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities, bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources...”

”211. ...Court may occasionally depart from that rigorous standard of ‘absolute necessity –. As the cases of *Osman*, *Makaratzis*, and *Maiorano and Others* (all cited above) show, *its application may be simply impossible where certain aspects of the situation lie far beyond the Court’s expertise and where the authorities had to act under tremendous time pressure and where their control of the situation was minimal.*”

Vaikka ratkaisun kohdan 211 maininnasta ehdottoman välttämättömyyden vaatimuksesta irrottautumisesta ei tulekaan tehdä pidemmälle meneviä johtopäätöksiä, kiinnitti EIT aiheellisesti huomiota siihen, että verrattuna esimerkiksi *Isayeva v. Russia* -tapaukseen tai joihinkin muihin Venäjän viranomaisten operaatioihin tsetseeni-kapinallisia vastaan yllätti Moskovon panttivankikaappaus viranomaiset täysin, eikä tilanne teatterin sisällä ollut viranomaisten hallinnassa. Tämän johdosta (kursivointi tässä):⁴²⁴

”In such a situation the Court accepts that difficult and agonising decisions had to be made by the domestic authorities. It is prepared to *grant them a margin of appreciation, at least in so far as the military and technical aspects of the situation are concerned, even if now, with hindsight, some of the decisions taken by the authorities may appear open to doubt.*”

EIT kiinnitti erityistä huomiota operaation myöhempiin vaiheisiin, jolloin kiire oli väistynyt ja tilanne viranomaisten hallinnassa.⁴²⁵ Varsinaisen toimintavaiheen – kaasunkäytön ja rynnäkön – osalta EIT vastakkaisista väitteistä huolimatta ar-

⁴²³ *Finogenov and others v. Russia*.

⁴²⁴ Ratkaisun kohta 213. Ks. myös ratkaisun kohta 216.

⁴²⁵ Ratkaisun kohta 214.

vioi viranomaisten pyrkineen toteuttamaan kaikkia EIS 2 artiklan 2 kappaleessa lueteltuja päämääriä, joista a-kohta oli tärkein.⁴²⁶ Mitä tulee lievempien keinojen käytettävyyteen ja toisaalta oikeuteen käyttää kuolettavaa voimaa, EIT viittasi Nachova-tapauksessa asettamaansa periaatteeseen, jonka mukaan kuolettavaa voimaa ei tule käyttää ”*where it is known that the person to be arrested poses no threat to life or limb and is not suspected of having committed a violent offence*”.

Tässä tapauksessa EIT:n mukaan uhka oli ”*real and very serious*”⁴²⁷, eikä pää-tös rynnäköidä teatteriin ollut vallinneissa olosuhteissa 2 artiklan vastainen.⁴²⁸ Kaasun käytön osalta EIT ensinnäkin totesi, että tapaus oli niin poikkeuksellinen, että toimivaltasääntelyn aukollisuus ja epämääräisyys eivät tässä tapauksessa voineet suoraan johtaa EIS 2 artiklan rikkomiseen. Perinteisempien poliisioperaatioiden yhteydessä tällaiset puutteet ovat voineet johtaa sopimusrikkomuksen toteamiseen, kuten edellä selostetussa Nachova-tapauksessa. Toisaalta EIT totesi, että kaasua, vaikkakin vaarallista ja jopa tappavaa, ei ollut tarkoitettu tappamaan, toisin kuin esimerkiksi pommit ja ohjukset. Viimeksi mainittujen osalta EIT oli Isayeva-ratkaisussa todennut, että niiden sattumanvarainen (*indiscriminate*) käyttäminen terroristien vastaisissa operaatioissa oli EIS 2 artiklan vastaista.⁴²⁹

Lisäksi EIT – viitaten myös lentokoneella tehtäviin terrorihyökkäyksiin – määrittä merkittävällä tavalla sivullisten asemaa viranomaisoperaatioiden yhteydessä (kursivoinnit tässä):⁴³⁰

”232. ... Although the gas in the present case was used against a group consisting of hostages and hostage-takers, and although the gas was dangerous and even potentially lethal, it was not used ‘indiscriminately’ as *it left the hostages a high chance of survival, which depended on the efficiency of the authorities’ rescue effort*. The hostages

⁴²⁶ Ratkaisun kohta 218.

⁴²⁷ Ratkaisun kohta 220. Tilanteessa käytiin myös jonkintasoisia neuvotteluja. Ks. tästä ratkaisun kohta 224.

⁴²⁸ Ratkaisun kohta 226.

⁴²⁹ Ratkaisun kohdat 231–232 ja Isayeva-tapaus ratkaisun kohta 191. EIT viittasi myös Saksan valtiosääntötuomioistuimen kannanottoon terrorismin torjunnassa hyväksyttävistä toimenpiteistä: ”*German Constitutional Court in a judgment of 15 February 2006 found incompatible with the right to life, as guaranteed by the German Constitution, a law authorising the use of force to shoot down a hijacked aircraft believed to be intended for a terrorist attack (see paragraph 164 above). It found, inter alia, that the use of lethal force against the persons on board who were not participants in the crime would be incompatible with their right to life and human dignity, as provided by the German Basic Law and interpreted in the jurisprudence of the Constitutional Court.*” Ks. myös Dimov and other -tapaus (erit. ratkaisun kohdat 78–80), jossa EIT katsoi 2 artiklaa rikotun, kun linnoittautumistilanteen purkamiseksi oli rakennukseen ammuttu 15 kranaattia, vaikka käsillä ei ollut välitöntä uhkaa sivullisten hengelle.

⁴³⁰ Ratkaisun kohta 232.

in the present case were not in the same desperate situation as all the passengers of a hijacked airplane.”

Kiinnitettyään tällä tavoin huomiota panttivankien tosiasiallisiin selviytymismahdollisuuksiin EIT totesi kaasun käytön myötä sivullisiin kohdistuvan vaaran myös jossain määrin vähentyneen edeltäneestä tilanteesta:⁴³¹

”The Court draws the conclusion that the use of the gas was capable of facilitating the liberation of the hostages and reducing the likelihood of explosion, even if it did not remove that risk completely.”

Yhteenvedona EIT totesi, ettei kaasun käyttö ollut suhteellisuusvaatimuksen vastainen keino eikä 2 artiklaa ollut rikottu tältäkin osin.⁴³² Toisaalta hengenvaarallisten toimenpiteiden yhteydessä viranomaisten tulee varautua uhrien hoitoon riittävällä tavalla. Tässä suhteessa EIT katsoi Venäjän rikkoneen 2 artiklasta johdettavia positiivisia velvoitteitaan. Yhteenvedossa se toteaa:⁴³³

”...in the circumstances the rescue operation of 26 October 2002 was not sufficiently prepared, in particular because of the inadequate information exchange between various services, belated beginning of the evacuation, limited on-the-field coordination of various services, lack of appropriate medical treatment and equipment on the spot, and inadequate logistics.”

Suomea koskeneessa vuonna 2007 annetussa Huohvanainen-ratkaisuissa oli kyse mediassakin aikanaan suurta huomiota saaneesta Hirsalan piiritystapauksesta. Tapauksessa valittajan 27-vuotias veli J linnoittautui yksin taloon läntisellä Uudellamaalla uhattuaan edellisenä päivänä taksikuskia aseella. Olosuhteiden johdosta kotietsintää ja kiinniottoa ei voitu suorittaa, ja tilanne kääntyi piiritystilan teeksi. Piiritetty talo sijaitsi vaikeassa maastossa, joka ei juurikaan tarjonnut suojaa piirittäville virkamiehille. Eri viranomaistahoilta, tuttavilta ja sukulaisilta saatujen tietojen perusteella J kärsi psykiatrisista ongelmista ja häntä pidettiin erityisen vihamielisenä poliiseja kohtaan. Hänellä oli hallussaan kaksi pitkäpiipusta asetta ja myös räjähteiden hallussapitoa epäiltiin. J:hin ei saatu neuvotteluyhteyttä ja hänen kanssaan käydyt lyhytkestoiset puhelinkeskustelut olivat sävyllään uhkaavia. Kahden piirityspäivän aikana J ampui useita laukauksia ilmaan ja poliisejakin kohti yli sata laukausta. Toisen piirityspäivän aikana päätettiin, että tilanteen ei voida antaa jatkua seuraavaan yöhön, koska J pystyi pimeän tur-

⁴³¹ Ratkaisun kohta 234.

⁴³² Ratkaisun kohta 236.

⁴³³ Ratkaisun kohta 266. Vrt. Giuliani ja Gaggio -tapaus (erit. ratkaisun kohta 251). Ks. myös Gül-ratkaisun kohta 87, jossa EIT paheksui sitä, että uhrin toimittaminen hoitoon jätettiin perheen tehtäväksi.

vin liikkumaan myös talon ulkopuolella. Yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitäminen puolestaan edellytti, että piirityksestä ei voitu luopua. Poliisikoirankaan käyttö ei ollut mahdollista, koska maasto ei tarjonnut riittävää suojaa koiranohjaajalle. Eri vaihtoehtojen punninnan jälkeen paikalle tuotiin kaksi puolustusvoimien panssaroitua miehistönkuljetusajoneuvoa. Kyynelkaasun käytöläkään ei saavutettu tulosta, vaan pimeän jo laskeuduttua J ampui kohti panssariajoneuvoja sekä heitti polttoainekanisterin ja ainakin kaksi ”Molotovin cocktailia”. Samaan aikaan J, joka näytti suunnittelevan pakoa talosta, ilmeisesti itse sytytti talon palamaan.

Tässä vaiheessa poliisi päätti, että J:n pysäyttämiseksi, pelastamiseksi palavasta talosta ja pidättämiseksi voidaan ampua jalkaan tähdätty laukaus. J:tä kohatti ammuttiinkin panssariajoneuvosta yksi laukaus, joka osui J:n oikeaan käteen ja oikeaan reiteen. J:tä myös käskytettiin antautumaan, mutta kummallakaan toimella ei ollut havaittavaa vaikutusta J:hin, joka jatkoi liikkumista talon sisällä. Noin kello 19 J ryömi ulos talosta rikkomansa ulko-oven alaosan ikkunan kautta käsissään kaksi asetta. Tämän seurauksena häntä kohti ammuttiin kuuden metrin etäisyydeltä panssariajoneuvosta kaksi käsiin ja olkapäihin suunnattua laukausta, joista toinen osui J:n päähän aiheuttaen tämän menehtymisen noin puoli tuntia myöhemmin. Myöhemmän selvityksen mukaan J ei itse ampunut sen jälkeen, kun tuli haavoitetuksi.

Tutkinnan päätteeksi syyttäjä päätti syyttää operaatioon osallistuneen valmiusryhmä Karhun päällikköä kuolemantuottamuksesta ja tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta. Käräjäoikeus hylkäsi syytteet eikä Helsingin hovioikeus muuttanut käräjäoikeuden ratkaisua. Asianomistajat nostivat syytteet kaikkia kolmea laukauksia ampunutta poliisimiestä sekä mainittua ylikonstaapelia kohtaan. Myös nämä syytteet hylättiin sekä käräjäoikeudessa että hovioikeudessa. Korkein oikeus ei myöntänyt valituslupaa.

Oman oikeuskäytäntönsä osalta EIT viittasi muun muassa ratkaisuisissa McCann ja Hugh Jordan muotoiltuihin käytetyn voiman tasoa, operaation johtoa ja suunnittelua sekä tapauksen tutkinnan prosessuaalisia järjestelyjä koskeviin yleisiin periaatteisiin⁴³⁴, minkä lisäksi se viittasi UN 1990 -asiakirjan 10 sekä 22–23 artikloihin.⁴³⁵ Mainittujen lähteiden nojalla EIT arvioi operaation suunnittelun ja johtamisen eri osa-alueita eikä esittänyt kriittisiä arvioita mistään niistä. EIT:n huomion kohteena olivat muun muassa lähtötilanne ja piiritystilanteen muodostuminen, J:n muodostaman uhan vakavuus, toiminnan tavoitteet eri vaiheissa, toiminta neuvottelu- ja muiden ei-väkivaltaisten ratkaisujen löytämiseksi, johtamisjärjestelyt (johtajien osaamistaso ja komentoketjun ”eheys”), loppuratkai-

⁴³⁴ Ratkaisun kohdat 92–95.

⁴³⁵ Ratkaisun kohta 75.

suun johtaneen tulipalon syttymisen yllätyksellisyys sekä yleisesti toimijoiden koulutus ja toimivaltasääntelyn kattavuus.⁴³⁶ EIS 2 artiklan sisällöllisiä vaatimuksia ei ollut rikottu:

”109. To recapitulate, the Court considers that, having regard to the actions of the police officers who opened fire and to the planning and control of the operation in issue, the killing of J. resulted from the use of force which was no more than was absolutely necessary in defence of the lives of the personnel outside the armoured vehicles, in conformity with Article 2.

There has, accordingly, been no violation of that Article under its substantive limb.”

Myöskään prosessuaalisia vaatimuksia ei ollut rikottu.⁴³⁷

Hieman samantyyppisiä tapahtumia on käsitelty myös Isoa-Britanniaa koskeneessa *Reports*-sarjassa julkaistussa Bubbins-tapauksessa vuodelta 2005. Tapauksessa poliisi meni tapahtumapaikkana toimineelle asunnolle saatuaan ilmoituksen käynnissä olevasta asuntomurrosta. Asunnossa poliisi kohtasi mieshenkilön, joka myöhemmin osoittautui asunnon haltijaksi. Mies osoitti poliisimiehiä ampuma-aseelta näyttäneellä esineellä ja nämä joutuivat perääntymään. Paikalle saapuneet aseistautuneet poliisit kohtasivat myöhemmässä tilanteessa asunnon ovelle tulleen kohdehenkilön, joka käskytyksestä huolimatta ei luopunut aseelta näyttäneestä esineestä, vaan palasi asuntoon. Tilanne toistui muutaman sekunnin kuluttua. Myöhemmätkään toistuvat kehotukset luopua aseesta eivät tuottaneet tulosta. Tilannetta yritettiin purkaa myös neuvottelijaa käyttämällä. Piiritystilanne päättyi, kun asunnossa ollut henkilö avasi toisen kerroksen ikkunan ja osoitti takapihalla olleita poliisimiehiä aseella. Kohdehenkilöä kehoitettiin luopumaan aseesta ja samalla varoitettiin ampuma-aseen käytöstä, mutta kehoitus ei tuottanut tulosta, ja itsensä vakavasti uhatuksi kokenut poliisimies ampui miestä keran kiväärillä rintaan. Ammuttu henkilö menehtyi tapahtumapaikalla. Hänen hallussaan ollut ase osoittautui pistoolin jäljitelmäksi. Alkutietojen mukaan asunnon haltijalla ei ollut hallussaan oikeaa ampuma-asetta, vaan ampuma-asejäljitelmä. Erinäisistä seikoista johtuen asunnossa olleen henkilön henkilöllisyys jäi kuitenkin epäselväksi, mikä osaltaan johti traagiseen lopputulokseen.

Tässä ratkaisussa käytettiin yksittäisen poliisimiehen toimintaa arvioitaessa samanlaista muotoilua kuin *Andronicou and Constantinou v. Greece* -tapauksessa (kursivoinnit tässä):⁴³⁸

”139. It would also add in this connection that, detached from the events at issue, *it cannot substitute its own assessment of the situation for that of an officer who was*

⁴³⁶ Ratkaisun kohdat 99–108.

⁴³⁷ Ratkaisun kohta 115.

⁴³⁸ Uudemmassa ratkaisukäytännöstä ks. *Giuliani and Gaggio* -ratkaisun kohta 179.

required to react in the heat of the moment to avert an honestly perceived danger to his life... Officer B found himself confronted by a man pointing a gun at him. That man had ignored previous warnings to give himself up and, in defiance of these warnings, conveyed on occasions a clear impression that he would open fire. It is to be noted that even before discharging the fatal shot, Officer B shouted a final warning, which went unheeded.

140. For the Court, the use of lethal force in the circumstances of this case, albeit highly regrettable, *was not disproportionate and did not exceed what was absolutely necessary to avert what was honestly perceived by Officer B to be a real and immediate risk to his life and the lives of his colleagues.*"

Samoin kuin Andronicou-tapauksessa myös tässä tapauksessa EIT korosti kuolettavaa voimaa käyttäneen poliisimiehen perustellun, vilpittömän käsityksen merkitystä arvioitaessa sitä, oliko käytetty voima ehdottoman välttämätöntä oman, muiden poliisimiesten ja sivullisten hengen suojaamiseksi.

EIT ei löytänyt moitittavaa myöskään operaation suunnittelun ja johdon osalta, vaikka se kiinnittikin huomiota siihen, että joitakin taktisia valintoja (erityisesti neuvottelijoiden käyttäminen ja toimenpiteet kohdehenkilön tunnistamiseksi) olisi voitu tehdä toisinkin. Toisaalta huomiota kiinnitettiin myös siihen, että operaatio oli lyhytkestoinen ja "tulvillaan riskejä".⁴³⁹ Voimankäytön sääntelyn osalta EIT totesi:⁴⁴⁰

"none of the key officers concerned operated in a vacuum. They were all trained in the use of firearms and their movements and actions were subject to the control and supervision of experienced senior officers".

3.2.2.6 Subjektiiivisen tilannearvion merkityksestä

Kuten muun muassa edellisessä jaksossa selostettu Bubbins-ratkaisu osoittaa, EIT on antanut ratkaisukäytännössään merkittävää painoarvoa poliisimiehen subjektiiviselle tilannearviolle. Tässäkin yhteydessä voidaan viitata voimankäytön ratkaisujen jatkumon avanneeseen McCann-tapaukseen, vaikka siinä kansallisesta näkökulmasta arvioituna olikin kyseessä selväpiirteinen putatiivitalanne.⁴⁴¹ Tukeutuminen mainittuun ratkaisuun on perusteltua, koska erottelu erilaisen erehdyksen välillä ei ole EIT:n ratkaisukäytännössä ollut kovinkaan selkeää. Arvioidessaan kenttätason toimijoiden voimankäyttöön liittyviä ratkaisuja ko.

⁴³⁹ Ratkaisun kohdat 143–149.

⁴⁴⁰ Ratkaisun kohta 150.

⁴⁴¹ Ks. Westerlund 2003, s. 11. Westerlund on todennut, että ratkaisun perusteella "om en person blir ihjälskjuten vid ett putativt nödvärn strider detta inte mot Europakonventionen, under förutsättning att våldet har bedömts vara proportionellt".

tapauksessa EIT antoi merkittävää painoarvo toimijoiden subjektiiviselle *ex ante* -arviolle tarpeellisista voimakeinoista (kursivoinnit tässä).

”200. The Court accepts that the *soldiers honestly believed*, in the light of the information that they had been given, as set out above, that it was necessary to shoot the suspects in order to prevent them from detonating a bomb and causing serious loss of life (see paragraph 195 above). The actions which they took, in obedience to superior orders, were thus *perceived by them as absolutely necessary* in order to safeguard innocent lives.

It considers that the use of force by agents of the State in pursuit of one of the aims delineated in paragraph 2 of Article 2 (art. 2-2) of the Convention may be justified under this provision (art. 2-2) where it is *based on an honest belief which is perceived, for good reasons, to be valid at the time but which subsequently turns out to be mistaken*. To hold otherwise would be to impose an unrealistic burden on the State and its law-enforcement personnel in the execution of their duty, perhaps to the detriment of their lives and those of others.

It follows that, having regard to the dilemma confronting the authorities in the circumstances of the case, the actions of the soldiers do not, in themselves, give rise to a violation of this provision (art. 2-2).⁴⁴²

Mainittua periaatetta on täydennetty Romijn-tapauksen tutkimatta jättämistä koskevassa päätöksessä, jossa EIT totesi, että (kursivointi tässä):⁴⁴³

”From this it must follow, *a fortiori*, that the incidental use of lethal force in an operation mounted in pursuit of one of the said aims does not violate Article 2 of the *Convention if the assessment that a threat to life exists actually turns out to be correct*.”

Samansuuntaisia, selkeästi subjektiiviseen tilannearvioon ja poliisimiehen näkemykseen tarpeellisista voimakeinoista viittaavia seikkoja painotettiin myös ratkaisussa Huohvanainen (kursivoinnit tässä):

”96. The Court sees no reason to doubt that Senior Constables A. and L. *honestly believed that it was necessary to open fire* on J. in order to protect their colleagues who were without protection outside the armoured vehicles. The use of force by agents of the State in pursuit of one of the aims delineated in paragraph 2 of Article 2 of the Convention may be justified under this provision *where it is based on an honest belief which is perceived, for good reasons, to be valid at the time* but subsequently turns out to be mistaken. *To hold otherwise would be to impose an unrealistic burden on the State and its law-enforcement personnel in the execution of their duty, perhaps to the detriment of their lives and the lives of others...*

⁴⁴² Ks. myös McCann-ratkaisun kohta 211, josta ilmenee EIT:n arvioineen, että kaikki sotilaat ampuivat tappaakseen epäillyt. Ks. myös Hugh Jordan v. the United Kingdom -ratkaisun kohta 110.

⁴⁴³ Application no. 62006/00 by Claire Susan Elisabeth Romijn against the Netherlands.

97. The Court would also add that, detached from the events in issue, *it cannot substitute its own assessment of the situation for that of an officer who was required to react in the heat of the moment to avert an honestly perceived danger to his life or the lives of others...* The officers found themselves confronted by a man who emerged in the doorway with two guns and who had shot at the police on several occasions during the two-day siege. Whether the guns had pointed outwards when J. had become visible in the doorway was not established. What is decisive for the Court is that J. emerged from the house heavily armed. J. had ignored previous warnings to give himself up and, in defiance of these warnings, he had fired numerous shots in the air and at the police officers. He conveyed on occasions a clear impression that he would continue to use his gun. It is to be noted that the earlier warnings for him to surrender went unheeded. Further, it is to be noted that it was not the intention of Senior Constables A. and L. to kill J., but to immobilise him by wounding him. However, given the restricted sector of fire and the fact that J. was crouching at the critical moment one of the shots proved to be fatal.”

Kohdan 97 keskiosan pitkälinen selostus vallinneista olosuhteista viittaa EIT:n käymään pohdintaan siitä, onko kuolettavaa voimaa käyttäneiden poliisimiesten toiminta ollut ”vilpittöntä ja perusteltua”. Samansuuntaisesti myös ratkaisun *An-dronicou and Constantinou v. Cyprus* kohdassa 192 on erikseen korostettu tilan-teen ainutkertaisuutta myös erikoisjoukoissa toimiville poliiseille:

”However, the Court cannot with detached reflection substitute its own assessment of the situation for that of the officers who were required to react in the heat of the moment in what was for them a unique and unprecedented operation to save life.”

Myös Giuliani ja Gaggio -ratkaisun kohdassa 189 kuolettavaa voimaa käyttä-neen karabinierein katsottiin toimineen *vilpittömässä uskossa*, että hänen oma henkensä ja terveytensä samoin kuin hänen kollegoidensa henki ja terveys olivat vaarassa heihin kohdistuneen laittoman hyökkäyksen johdosta.

Toisaalta EIT on tapauksissa, joissa käytetyt voimakeinot ovat ainakin suoma-laisittain arvioituna selkeästi ylimitoitettuja, irtaantunut subjektiivisen arvion lähtökohdasta. Tapauksessa *Gül v. Turkey* poliisimiehet ampuivat etsintäoperaa-tion yhteydessä 50–55 laukausta oven läpi surmaten henkilön, joka oli oven ta-kana. Tapauksessa oli sinänsä mahdollista, että poliisimiehet erehtyivät luule-maan lukon avaamisesta aiheutunutta ääntä aseiden lataamiseksi, mutta siitä huo-limatta EIT katsoi 2 artiklaa rikotun ja totesi, että (kursivointi tässä):

”82. In those circumstances, the firing of at least 50–55 shots at the door *was not justified by any reasonable belief* of the officers that their lives were at risk from the oc-cupants of the flat. Nor could the firing be justified by any consideration of the need to secure entry to the flat as it placed in danger the lives of anyone in close proximity to the door. The Court recalls that the Commission, based on the assessment of its De-legates who heard the officers concerned, considered that the officers possibly opened fire in reaction to the sound of the door bolt being drawn back in the mistaken view

that they were about to come under fire by terrorists. The reaction *however of opening fire with automatic weapons on an unseen target in a residential block inhabited by innocent civilians, women and children was as the Commission found, grossly disproportionate*. This case is therefore to be distinguished from Andronicou and Constantinou v. Cyprus (cited above, p. 2106, §§ 191–192), where the police officers fired on, and killed, a hostage taker, who was in known possession of a gun which he had fired twice, injuring a police officer and the hostage.”

Erehdykselle voimakeinojen tarpeellisuudesta ja tilanteen uhkaavuudesta on siis asetettu selkeä normatiivinen ulottuvuus. Tässäkin tapauksessa on – sinänsä perustellusti – käytetty distinktiotekniikkaa erottamaan käsillä ollut tapaus Andronicou-tapauksesta, jossa kohdehenkilön tiedettiin olleen aseistautunut ja selkeästi vaarallinen.

Gül-tapaus nostaa esille kysymyksen ”putatiiviliiioittelusta” eli tilanteista, joissa on käytetty liikaa voimaa myös suhteessa kuviteltuun tilanteeseen. Näissä tilanteissa lienee merkitystä myös sillä, onko erehdys tilanteen luonteesta ollut perusteltu.⁴⁴⁴ Liiottelu ns. putatiivitalanteissa tulee nähdäkseni arvioida samoista lähtökohdista kuin liiottelu todellisissa hätävarjelutilanteissa. Taustalla vaikuttavat samanlaiset psykologiset seikat.⁴⁴⁵ Oikeudellisessa arvioinnissa Gül-tapaus voitaneen aika pitkälti rinnastaa Nuutilan edellä mainittuun esimerkkiin, jossa poliisimies luulee A:ta myymälävarkaaksi ja surmaa tämän. Esimerkissä on erehdytty sekä tilanteen luonteesta että sallituista keinoista eli kyse on varsin selkeäpiirteisestä putatiivierehdyksen ja kieltoerehdyksen yhdistelmästä.

Myös Kuzmenko v. Russia -tapauksessa (ratkaisun kohta 43) EIT katsoi jääneen näyttämättä, että käytettyä voimaa olisi perustellusti pidetty välttämättömänä:

”It is not convinced that officer Sh. could have reasonably believed that the amount of force he used was necessary to accomplish a legitimate police purpose and compel compliance by the applicant.”

Ilmeisesti ratkaisussa katsottiin, että sinänsä vilpiton usko ei ole ollut järkevä (*was not justified by any reasonable belief*).⁴⁴⁶

Edellä selostetussa Brady-tapauksessa varsin selkeäpiirteinen putatiivierehdys katsottiin perustelluksi⁴⁴⁷, ja tämän suuntaista pohdintaa on tehty myös Markaratzis-tapauksessa (ratkaisun kohta 66):

⁴⁴⁴ Ks. myös Leverick 2006, s. 188. Leverick näyttäisi lähestyvän ratkaisua putatiivitalanteen näkökohdista, mutta nähdäkseni kyse on tämän lisäksi myös subjektiivisesta näkemyksestä tarvittavista voimakeinoista (hätävarjelun liiottelu). Todettakoon, että ainakaan Englannissa näiden tilanteiden erottelu ei ole edes niin selkeää kuin meillä.

⁴⁴⁵ Jareborg 2001, s. 362. Ks. myös Norée 2008, s. 152.

⁴⁴⁶ Ks. Emmerson et al. 2007, s. 753 kommentit ratkaisusta.

⁴⁴⁷ Ks. Leverick 2006, s. 189.

”The Court finds in the circumstances that the police could reasonably have considered that there was a need to resort to the use of their weapons in order to stop the car and neutralise the threat posed by its driver, and not merely a need to arrest a motorist who had driven through a red traffic light. Therefore, even though it was subsequently discovered that the applicant was unarmed and that he was not a terrorist, the Court accepts that the use of force against him was based on an honest belief which was perceived, for good reasons, to be valid at the time.”

EIT:n ratkaisuissaan toistuvasti käyttämä ”*for good reasons*” -muotoilu tekee arviosta lähtökohtaisesti objektiivisen, mitä lähestymistapaa Ashworth pitääkin perustelluimpana erityisesti viranomaistoiminnan ollessa kyseessä. Hänen mukaansa vuonna 2005 annettu Bubbins-ratkaisu kuitenkin pehmensi EIT:n kantaa aiemmasta korostamalla poliisimiehen todellisia uskomuksia tilanteessa. Joka tapauksessa voidaan yhtyä Ashworthin näkemykseen siitä, että mahdollisuuksien mukaan tilanteen tosiasiallista luonnetta tulee pyrkiä kaikin tavoin selvittämään⁴⁴⁸, vaikka EIT ei ainakaan Ramsahai-tapauksessa asettanut mitään yleistä elämän suojasta johdettavaa selonottovelvollisuutta. Leverickin kannanotot ovat Ashworthia varovaisempia. Vaikka valtion virkamiesten perusteltu erehdys ei olisikaan 2 artiklan vastaista, on hänen mukaansa ainakin *perustelematon erehdys* artiklan vastaista.⁴⁴⁹ Leverick on katsonut artiklan 1 kappaleen edellyttävän vastaavaa kohtelua myös yksityisten erehdyksille – perustelemattoman erehdyksen tilanteet on kriminalisoitava jollakin tasolla.⁴⁵⁰ Todettakoon, että Bubbins-ratkaisun perustelut ovat samantyyppiset kuin Suomea koskeneessa Huohvanainen-ratkaisussa

3.2.2.7 Yhteenvetoa EIT:n ratkaisukäytännöstä *soft law* -aineiston valossa

EIT:n 2 artiklaa koskevasta soveltamiskäytännöstä on aiheellista tehdä joitakin kokoavia huomioita. Lähtökohtaisesti jopa tahallinen surmaaminen voi olla EIS:n mukaista.⁴⁵¹ Kuolettavan voimankäytön tulee kuitenkin olla ehdottoman välttämätöntä ja suhteellisuusperiaatteen (”*strictly necessary*”) mukaista artiklan 2 kappaleessa lueteltujen päämäärien saavuttamiseksi.⁴⁵² Suhteellisuusperiaatteen mukaisessa punninnassa 2 artiklan kontekstissa vastinpareina ovat luonnol-

⁴⁴⁸ Ashworth 2009, s. 125. Aiempien ratkaisujen osalta ks. esim. McCann-ratkaisun kohta 200. Ks. myös Horder 2004 s. 78–79 (erit. av. 121), Clarkson 2005, s. 95 ja Emmerson et al. 2007, s. 751 ja 754.

⁴⁴⁹ Leverick 2006, s. 190.

⁴⁵⁰ Leverick 2006, s. 191–195.

⁴⁵¹ Danelius 2007, s. 56. Ks. myös Boucht 2011a, s. 118.

⁴⁵² Ks. Duffy 1997, s. 41.

lisesti ihmishenki ja ihmishenkeä uhkaavalla toimella suojattava intressi, jonka Daneliuksen sanoin tulee olla ”*ett mycket viktigt intresse*”.⁴⁵³ Arvioitaessa virkamiesten voimankäyttöä tulee muun ohessa huomioon otettavaksi se, minkätyypisen hyökkäyksen tai vastarinnan kohteeksi virkamiehet ovat joutuneet. Esimerkiksi Giuliani ja Gaggio -ratkaisussa kyseessä katsottiin olevan laitton ja hyvin väkivaltainen hyökkäys.

Jukka Viljanen on lectio praecursoriassaan listannut suhteellisuustestissä huomioon otettavia muuttujia seuraavasti:

”Millainen on oikeus, johon puututaan? Mihin oikeuden osaan puuttuminen kohdistuu? Mikä on puuttumisen hyväksyttävä peruste? Miten vakavasta puuttumisesta on kyse? Täydentävinä muuttujina yhtälössä ovat perinteinen vertailu jäsenmaiden välillä ja eurooppalaisen tason (European standard) etsintä sekä toisaalta jäsenmaiden valtiosääntökäytännön monimuotoisempaa vertailua edustava kansainvälisten trendien (international trends) arviointi.”⁴⁵⁴

EIT:n voimankäyttöön soveltamat periaatteet on vahvistettu myös YK:n *Code of Conduct* -asiakirjan 3 artiklassa ja asiakirjaan sisältyvässä artiklan kommentaarissa vuodelta 1979:

”Article 3

Law enforcement officials may use force only when strictly necessary and to the extent required for the performance of their duty.”

Kommentaarissa todetaan (kursivoinnit tässä):

”(a) This provision emphasizes that the use of force by law enforcement officials should be exceptional; while it implies that law enforcement officials may be authorized to use force as is reasonably necessary⁴⁵⁵ under the circumstances *for the prevention of crime or in effecting or assisting in the lawful arrest of offenders or suspected offenders*, no force going beyond that may be used.

(b) National law ordinarily restricts the use of force by law enforcement officials in accordance with a principle of proportionality. It is to be understood that such national principles of proportionality are to be respected in the interpretation of this provision. In no case *should this provision be interpreted to authorize the use of force which is disproportionate to the legitimate objective to be achieved.*

⁴⁵³ Danelius 2007, s. 56–57.

⁴⁵⁴ Jukka Viljanen 2004, s. 524.

⁴⁵⁵ Ks. Crawshaw et al. 2007, s. 145. Kuten kirjoittajat ovat todenneet, kommentaarin muotoilu ”*reasonably necessary*” näyttää olevan jossain määrin sallivampi kuin varsinaisessa artiklatekstissä sekä EIS 2 artiklassa edellytetty välttämättömyyden taso. Kirjoittajien mukaan kyseessä lienee kommentaarin valmistelussa tapahtunut virhe. Poliisitoiminnassa noudatettava standardi on joka tapauksessa ehdoton (*strict / absolute*) välttämättömyys.

(c) The use of firearms is considered an extreme measure. Every effort should be made to exclude the use of firearms, especially against children. In general, firearms should not be used except when a suspected *offender offers armed resistance or otherwise jeopardizes the lives of others* and less extreme measures are not sufficient to restrain or apprehend the suspected offender. In every instance in which a firearm is discharged, a report should be made promptly to the competent authorities.”

Huomio kiinnittyy siihen, että kommentaarin mukaan voimankäyttö on sallittua ainoastaan rikoksen estämiseksi sekä henkilön kiinniottamiseksi. Epäselväksi jää, viitataanko kiinniotolla ainoastaan rikosprosessuaaliseen kiinnioton perusteeseen. Voimankäytön puolustettavuusarviointiin on haluttu jättää kansallinen harkintavara, mutta aseenkäyttöä tulee joka tapauksessa välttää viimeiseen asti, ja se olisi sallittua lähinnä hengen suojaamiseksi. Erityisesti tulee välttää aseenkäyttöä lapsia vastaan. Samoja periaatteita sisältyy myös YK:n kriminaalipoliittisen maailmankokouksen suosituksiin (kursivoinnit tässä).⁴⁵⁶

”Whenever the lawful use of force and firearms is unavoidable, law enforcement officials shall:

- (a) Exercise restraint in such use and act in proportion to the seriousness of the offence and the legitimate objective to be achieved;
- (b) Minimize damage and injury, and respect and preserve human life;
- (c) Ensure that assistance and medical aid are rendered to any injured or affected persons at the earliest possible moment;
- (d) Ensure that relatives or close friends of the injured or affected person are notified at the earliest possible moment.”

Ja edelleen:

”Law enforcement officials shall not use firearms against persons except in self-defence or defence of others against the *imminent threat of death or serious injury*, to prevent the perpetration of a particularly serious crime involving *grave threat to life*, to arrest a person presenting such a danger and resisting their authority, or to prevent his or her escape, and only when less extreme means are insufficient to achieve these objectives. In any event, *intentional lethal use of firearms may only be made when strictly unavoidable in order to protect life*.”⁴⁵⁷

Vaikka *Code of Conduct* -asiakirjan muotoilukaan ei ole ehdoton, voitaneen maailmankokouksen standardien todeta olevan jossain määrin sallivampia, vaikkakin aseenkäyttö on yleisellä tasolla sidottu hengenvaaraa tai vakavaa uhkaa terveydelle aiheuttaviin hyökkäyksiin. Erityistä huomiota on kiinnitettävä myös maailmankokouksen tekemään erotteluun tappavan ampuma-aseiden käytön ja

⁴⁵⁶ UN 1990 kohta 5.

⁴⁵⁷ UN 1990 kohta 9.

muun ampuma-aseiden käytön välillä. Toisaalta suosituksen on katsottu sallivan aseiden käytön vain uhan muodostavaa henkilöä vastaan, vaikka sanamuoto sinälleen näyttäisi mahdollistavan aseiden käytön myös muuta henkilöä kuin hyökkääjää vastaan.⁴⁵⁸ Tällä erottelulla saattaa olla merkitystä esimerkiksi arvioitaessa oikeutta käyttää ampuma-asetta ajoneuvon pysäyttämiseksi.

EIT on antanut suhteellisuusarvioinnissa merkittävää painoarvoa myös operaation luonteelle ja olosuhteille. Jos kyseessä on suunnittelemaan ja nopeasti kehittyvä operaatio tai jos johdetussa operaatiossa tapahtuu jokin yllättävä käänne, voidaan sallitulle voimankäytölle asettaa väljemmät rajat kuin operaatioissa, jotka pysyvät koko ajan virkamiesten hallinnassa.⁴⁵⁹ Esimerkiksi Suomea koskeudessa Huohvanainen-ratkaisussa piiritetyn talon syttyminen tuleen oli tällainen voimankäytön arvioinnissa huomioon otettava yllättävä käänne. Nachova-tapauksessa puolestaan kiinnitettiin huomiota siihen, että kiinniottoperäisyys tapahtui keskellä päivää pienessä kylässä, kohdehenkilöiden käyttäytyminen oli ennakoitavaa ja virkamiehillä oli – toisin kuin kiinniotettavilla henkilöillä – käytössään ajoneuvo. Kaikki nämä seikat puolsivat aseidenkäytöstä pidättäytymistä.

Kuolettavan voiman käyttö pakenevan henkilön kiinniottamiseksi on sallittua vain, jos pakenevan henkilön suorittamat rikokset ja hänen käyttöksellään ilmentämä uhka sitä edellyttävät. Kuolettavan voiman käyttö ei ole sallittua, ellei henkilö ole uhaksi hengelle tai aiheuta vakavaa terveyden vaaraa (*“threat to life or limb”*) tai, ellei henkilöä epäillä väkivaltarikoksista. Jos edellytykset eivät täyty, kuolettavan voiman käyttö ei ole sallittua, vaikka siitä pidättäytyminen johtaisikin kohdehenkilön pakoon. Mowbray on tulkinnut Nachova-ratkaisua siten, että ampuma-aseita ei tule käyttää ei-väkivaltaisten henkilöiden (*“non-violent suspects”*) kiinniottamiseen⁴⁶⁰, mikä käsitteellisesti sulkee soveltamisalan ulkopuolelle henkilöt, joihin kohdistetaan toimenpiteitä väkivaltarikosten johdosta, mutta jotka eivät kiinniottotilanteessa käyttäydy väkivaltaisesti. Tämä raja sinänsä supistaa 2 artiklan 2 kappaleen soveltamisalaa siitä, mikä se sopi-

⁴⁵⁸ Crawshaw et al. 2007, s. 149–150.

⁴⁵⁹ Ks. esim. Rehbock-, Kalucki- ja Makaratzis-tapaukset. Ks. myös Boucht 2011a, s. 139 ja 271–272.

⁴⁶⁰ Mowbray 2012, s. 142. Ks. myös Smith 1994, s. 356 kriittiset näkemykset oikeudesta käyttää kuolettavaa voimaa jonkun kiinniottamiseksi. Smithin mukaan EIS 2 artiklaa voidaan tältä osin pitää ongelmallisena, ja perustellumpaa olisi, jos se sallisi kuolettavan voiman käytön vain itsepuolustukseksi (*self-defence*) tai rikoksen estämiseksi. Itse asiassa näyttäisi siltä, että EIS:n tulkinta on kääntymässä Smithin tarkoittamaan suuntaan. Vrt. MPC 3.07, joka sallii eräiden muiden edellytysten täytyessä kuolettavan voiman käytön henkilön kiinniottamiseksi, jos ”(A) the crime for which the arrest is made involved conduct including the use or threatened use of deadly force; or (B) there is a substantial risk that the person to be arrested will cause death or serious bodily injury if his apprehension is delayed”.

on ylipäättään asettaa väkivaltarikoksiin syyllistyneet eri asemaan kuin muihin rikoksiin syyllistyneet.⁴⁶¹ Voitaneen myös yhtyä kirjallisuudessa esitettyyn näkemykseen, jonka mukaan erityisesti EIS 2 artiklan 2 kappaaleen b-kohdan tapauksissa ampuma-asetta käytettäessä suhteellisuusperiaate edellyttää, että aseella pyritään ampumaan jalkoihin tai muihin vähemmän vaarallisiin kohtiin vartalos-
sa.⁴⁶²

Brady-päätöksessä hyväksyttiin taktisena valintana kiinnioton lykkääminen sillä tavoin, että kohdehenkilöiden toiminta on rikossyytteiden nostamisen edellyttämällä tavalla edennyt rangaistavan menettelyn asteelle. Pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa on toisaalta katsottu, että EIS:n näkökulmasta saattaa olla arveluttavaa, jos rikolliseen menettelyyn puuttumisen lykkääminen johtaa kuolettavan voiman käyttöön. Noréen mukaan tällainen kuolettavan voiman käyttö ei välttämättä edusta kovinkaan hyvin ajatusta ”viimeisestä keinosta”.⁴⁶³

Mellakoiden kukistamiseen liittyvän voimankäytön osalta ei juurikaan ole tehtävissä Suomen oikeustilan kannalta relevantteja huomioita.⁴⁶⁴ EIT:n ratkaisukäytännössä on lähinnä kiinnitetty huomiota EIS 11 artiklassa suojatun kokoontumisvapauden merkitykseen sekä vapautta täydentävään viranomaisten velvollisuuteen kohtuullisin ja soveltuvin toimenpitein varmistaa laillisten mielenosoitusten häiriötön kulku. Lähtökohtaisesti kokoontumisvapauden käyttöön voidaan puuttua häiriöiden ja rikosten estämiseksi sekä muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien suojaamiseksi tilanteissa, joissa mielenosoittajat käyttäytyvät väkivaltaisesti.⁴⁶⁵ Tässä yhteydessä voidaan viitata myös de Roveriin, joka on yksilöihin kohdistuvan aikaisen puuttumisen -opin (*early intervention aimed at individual offenders*) näkökulmasta korostanut seuraavia seikkoja:

- joukkoon kuuluvat ihmiset eivät ole homogeenistä massaa, joka käyttäytyy enemmän tai vähemmän yhdenmukaisesti
- joukkoon kuuluvat ihmiset eivät välttämättä käyttäydy sen väkivaltaisemmin kuin normaaleissa arkipäivän tilanteissa
- joukkoon kuuluvat ihmiset eivät välttämättä ole normaalia taipuvaisempia käyttäytymään tunteikkaasti tai järjenvastaisesti.

Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että toimenpiteet mellakoiden torjumiseksi tulee pyrkiä kohdistamaan yksittäisiin väkivaltaisesti käyttäytyviin ihmisiin mahdollisimman varhaisessa vaiheessa ennen kuin heidän käyttäytymisensä ehtii provosoimaan

⁴⁶¹ Ks. tästä Helminen et al. 2012b, s. 790–791.

⁴⁶² Norée 2004, s. 21.

⁴⁶³ Norée 2004, s. 57. Kirjoittaja on viitannut ruotsalaiseen tapaukseen, jossa aseistautunut arvokuljetusryöstäjä ammuttiin kuoliaaksi. Esitutkintaa ei käynnistetty, koska poliisin katsottiin toimineen hätävarjelussa. Tapauksesta ks. Norée 2004, s. 54–55.

⁴⁶⁴ Esimerkiksi Andreou-tapauksessa esitetty huomio, että tulen avaaminen kohti kepeillä ja kivillä varustautunutta väkijoukkoa ei ole sallittua, ei vaikuta kansallisen lain tulkintaamme.

⁴⁶⁵ Ks. mielenosoitusten osalta Duffy 1997, s. 41–45.

lisää samanlaista käyttäytymistä. De Rover on myös korostanut voimankäytöstä varoittamisen merkitystä, minkä lisäksi hän on huomauttanut poliisikoirien läsnäolon negatiivisista puolista. Koirat voidaan kirjoittajan mukaan helposti katsoa poliisin aggressioiden osoitukseksi. Lisäksi hän on varoittanut erillisten mellakkapoliisiuniformujen käytöstä, joiden hän on katsonut antavan vihamielisen vaikutelman ja helposti etäännyttävän poliisin kansalaisista, joiden käytöstä poliisi pyrkii ohjaamaan.⁴⁶⁶

Panttivanki- ja muiden linnoittautumistilanteiden osalta voidaan nostaa esille eräitä kansallisestikin mielenkiintoisia seikkoja. Ensisijaisesti näissä tilanteissa tulee pyrkiä neuvotteluratkaisuun rynnäkönn ollessa viimesijainen vaihtoehto.⁴⁶⁷ EIS:stä ei ole sinänsä johdettavissa ehdottomia sääntöjä siitä, millaisia joukkoja tai aseita näiden tilanteiden hoitamisessa voidaan käyttää. Sotilastehtäviin koulutettujen ja varustettujen joukkojen käyttö on sinänsä mahdollista, mutta yksittäisessä voimankäyttötilanteessa tulee huolehtia siitä, että tällaisetkin joukot käyttävät voimaa EIS:n hyväksymällä tavalla. Keskiössä ovat siis välttämättömyys- ja suhteellisuusvaatimukset, jotka tosiasiaissa rajoittavat myös sarjatuliaseiden käyttöä. Tämä käy selvästi ilmi Andronicou-ratkaisusta.

EIT:n ratkaisukäytännöstä näyttäisi olevan johdettavissa myös joitakin periaatteita sivullisten aseman tarkemmaksi määrittämiseksi kansallisissa oikeusjärjestelmissä. Moskovassa tapahtunutta panttivankitilannetta koskeneesta ratkaisusta voidaan selkeästi päätellä, että ainakaan ihmisoikeuksien suojan minimitasolla mikään ei ehdottomasti kiellä sivullisten – tässä tapauksessa panttivankien – vaarantamista. Ratkaisussa kiinnitettiin huomiota siihen, että kaasun käyttäminen tilanteen ratkaisemiseksi ei ollut mielivaltaista tai umpimähkäistä, vaan sivullisten selviämismahdollisuudet olivat hyvät. Tältä osin tilanne poikkesi ratkaisevasti esimerkiksi tilanteesta, jossa terroristien kaappaama lentokone ammutaan alas. Ratkaisussa kiinnitettiin huomiota myös siihen, että kaasun käyttö mahdollisti panttivankien vapauttamisen ja vähensi tuhoisan räjähdysken todennäköisyyttä, vaikka ei sitä kokonaan poistanutkaan. Keskeisenä tavoitteena sivullisten suhteen on itsestäänselvästi heihin kohdistuvan uhan minimointi.

Voimankäyttöä koskeva EIS 2 artiklan ratkaisukäytäntö voidaan kiteyttää havaintoon, että EIT on jättänyt valtiolle merkittävää harkintamarginaalia. Kyse on selkeästi vähimmäistason vaatimusten asettamisesta eikä ratkaisusta voida suoraan johtaa vaatimuksia sallivammalle voimankäytön sääntelylle. Tästä huolimatta on aiheellista nostaa esille eräitä seikkoja EIT:n tavasta perustella ratkaisujaan. Se on toistuvasti kiinnittänyt huomiota siihen, että viranomaiset ja yksittäiset virkamiehet toimivat voimankäyttötilanteissa usein valtavassa aikapaineessa ilman täydellistä kontrollia tilanteesta. Tällöin kansallisille viranomaisille tulee

⁴⁶⁶ De Rover 1998, s. 200–202. Ks. myös Auglend et al. 2004, s. 439–440 ja EU 2012, s. 14.

⁴⁶⁷ Ks. myös esim. EU 2012, s. 12.

jättää määrätty harkintavalta taktisten ja teknisten valintojen suhteen, vaikka jälkikäteisarviossa joitakin ratkaisuja voitaisiinkin kritisoida. Tavoitteena tulee olla optimaalisen tasapainon löytäminen useiden eri suuntaan vievien periaatteiden muodostamassa kehikossa. Duffy onkin todennut:⁴⁶⁸

”Although plainly police and other forces facing dangerous situations enjoy considerable discretion in making honest judgments on the use of force, this discretion must be exercised in context of an adequate system of safeguards to ensure that potentially lethal force is only used when ”absolutely necessary”.”

Suojakeinoiksi Duffy on maininnut tässäkin tutkimuksessa esille nostetut säännöllisen harjoittelun, selkeän ohjeistuksen kuolettavan voiman käytöstä, selkeät komentoketjut, varoittamisen ennen kuolettavan voiman käyttöä, aseenkäyttötapausten tilastoinnin, puolueettomat tutkintajärjestelyt sekä aseenkäyttöä koskevan sääntelyn julkisuuden.⁴⁶⁹

Pidän perusteltuna myös sitä, että EIT on katsonut joidenkin kysymysten jäävän sen asiantuntemuksen ulkopuolelle ja pidättäytynyt lausumatta näistä asioista. Tällainen lähestymistapa tosin johtaa kansalliset, *yksittäisen vastaajan* toimia arvioivat tuomioistuimet hankalan ongelman eteen. Niiden tulisi pystyä lausumaan, mitä ja missä vaiheessa vastaajan olisi pitänyt tehdä toisin sortumatta kuitenkaan jälkiviisasteluun tuomioistuinten osaamisalueen ulkopuolelle jäävien taktisten ja teknisten kysymysten osalta.

Lopuksi voidaan vielä todeta EIS:stä johdettavien positiivisten toimintavaroitteiden osalta, että viranomaisten voidaan katsoa olevan velvollisia ryhtymään erityisiin toimiin hengen suojaamiseksi, jos ne tiesivät tai heidän olisi pitänyt tietää päätöksentekohetkellä, että käsillä on todellinen ja välitön hengen vaara (*”real and immediate risk to life”*), ja viranomaisilla oli jonkin tasoinen tilannekontrolli. Velvollisuutta on kuitenkin tulkittava siten, että valtiolle ei aiheudu mahdottomia tai kohtuuttomia vastuuta.⁴⁷⁰ Joissakin tapauksissa voidaan jo vaarassa olevan henkilön varoittaminen katsoa riittäväksi toimenpiteeksi.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ Duffy 1997, s. 41.

⁴⁶⁹ Duffy 1997, s. 41.

⁴⁷⁰ Finoginov and others v. Russia -ratkaisun kohta 209.

⁴⁷¹ Danelius 2007, s. 62.

3.2.3 EIS 3 artiklan soveltamiskäytäntöä

3.2.3.1 Yleistä

Ennen siirtymistä EIT:n 3 artiklaa koskevan ratkaisukäytännön analyysiin on syytä kiinnittää huomiota kahteen seikkaan. Ensinnä merkille pantavaa on, että EIS 3 artiklaa ei ainakaan Cassesen mukaan ollut vuoteen 1993 mennessä sovellettu voimankäyttötapauksiin.⁴⁷² Toisaalta 3 artiklassa on lähtökohtaisesti kyse ehdottomasta kiellostä. Kiellon soveltamisalalla on siis ratkaisevaa merkitystä.⁴⁷³

Vaikka kyse ei ollutkaan voimankäyttötilanteen arvioinnista, on tässä yhteydessä syytä kiinnittää huomiota suuren jaoston käsittelemään Ranskaa koskeneeseen Selmouni-tapaukseen vuodelta 1999. Ratkaisussa EIT muun muassa määrittä 3 artiklan luonnetta (kursivointi tässä):

”95. The Court reiterates that Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, *Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation...*”⁴⁷⁴

Periaate on täydentynyt suuren jaoston antamassa Labita-ratkaisussa vuodelta 2000 (kursivoinnit tässä):

”119... The Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, *irrespective of the victim’s conduct...* The *nature of the offence allegedly committed by the applicant was therefore irrelevant* for the purposes of Article 3.”⁴⁷⁵

Lisäksi EIT vahvistaen evolutiivis-dynaamisen lähestymistavan EIS:n tulkintaan määrittä Selmouni-tapauksessa kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun välistä rajaa seuraavasti:

⁴⁷² Cassese 1993, s. 228–229.

⁴⁷³ Ks. Jukka Viljanen 2003, s. 284–285.

⁴⁷⁴ Aiemmasta käytännöstä ks. esim. Assenov and others v. Bulgaria -tapaus vuodelta 1998 (erit. ratkaisun kohta 93) ja siinä viitattu Aksoy v. Turkey -ratkaisun kohta 62. Myöhemmästä käytännöstä ks. esim. Krastanov v. Bulgaria -tapaus vuodelta 2004 (erit. ratkaisun kohta 51). Ks. myös ratkaisussa viitattu Ireland vs. UK -ratkaisu (erit. ratkaisun kohta 163), jossa oli kyse EIS 33 artiklan mukaisesta valtiovalituksesta. Ks. tästä myös esim. Danelius 2007, s. 23–24 ja Pellonpää et al. 2012, s. 156.

⁴⁷⁵ Ks. myös Zelilof v. Greece -ratkaisu vuodelta 2007 (erit. ratkaisun kohta 42).

”101. The Court has previously examined cases in which it concluded that there had been treatment which could only be described as torture... However, having regard to the fact that the Convention is a ‘living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions’..., the Court considers that certain acts which were classified in the past as ‘inhuman and degrading treatment’ as opposed to ‘torture’ could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies.”

Jukka Viljanen on väitöskirjassaan maininnut juuri Selmouni-tapauksen esimerkkinä ratkaisusta, jossa EIT evolutiivisen tulkinnan keinoin pyrki korottamaan ihmisoikeusstandardia. Kyse oli erästä Länsi-Euroopan valtiota koskeneesta ratkaisusta, jossa vielä erikseen korostettiin demokraattisten yhteiskuntien perusarvojen tärkeyttä ja ankaraa suhtautumista näihin perusarvoihin kohdistuneisiin rikkomuksiin. EIS 3 artikla edustaa juuri mainittuja perusarvoja.⁴⁷⁶ Valittaja Selmouniin kohdistettiin useita päiviä kestäneen kaltoin kohtelun aikana useita iskuja, joista aiheutuneita jälkiä oli kaikkialla hänen vartalossaan. Lisäksi valittajaa muun muassa revittiin hiuksista, hänet pakotettiin juoksemaan käytävää pitkin samalla, kun häntä yritettiin kampittaa, ja hänen päälleen virtsattiin, minkä lisäksi häntä uhattiin ja nöyryytettiin erinäisin muinkin tavoin. Tapah-tumisiin ei liittynyt erityisiä jännitteitä, jotka olisivat voineet vaikuttaa tapahtumisen arviointiin.⁴⁷⁷ Johtopäätöksenä EIT totesi:

”105. Under these circumstances, the Court is satisfied that the physical and mental violence, considered as a whole, committed against the applicant’s person caused

⁴⁷⁶ Jukka Viljanen 2003, s. 93–94. Ks. myös Jukka Viljanen 2003, s. 148 ja 334, Pellonpää et al. 2012, s. 348–349 sekä Mowbray 2012, s. 168.

⁴⁷⁷ Ks. ratkaisun kohdat 102–104. EIT:n ratkaisukäytännön perusteella tilanteen jännitteisyydellä saattaa olla ainakin jonkinlaista merkitystä sen suhteen, millaisia turvallisuusviranomaisten taktisia toimenpiteitä pidetään hyväksyttävänä. Ks. tästä myös esim. Murray v. UK -ratkaisun kohta 92:

”Furthermore, the ‘conditions of extreme tension’, as Lord Griffiths put it in his speech in the House of Lords, under which such arrests in Northern Ireland have to be carried out must be recognised. The Court notes the analysis of Lord Griffiths, when he said (see paragraph 33 above):

‘The search cannot be limited solely to looking for the person to be arrested and must also embrace a search whose object is to secure that the arrest should be peaceable. I ... regard it as an entirely reasonable precaution that all the occupants of the house should be asked to assemble in one room. ... It is in everyone’s best interest that the arrest is peaceably effected and I am satisfied that the procedures adopted by the Army are sensible, reasonable and designed to bring about the arrest with the minimum of danger and distress to all concerned.’

These are legitimate considerations which go to explain and justify the manner in which the entry into and search of the applicants’ home were carried out. The Court does not find that, in relation to any of the applicants, the means employed by the authorities in this regard were disproportionate to the aim pursued.”

'severe' pain and suffering and was particularly serious and cruel. Such conduct must be regarded as acts of torture for the purposes of Article 3 of the Convention."

EIS 3 artiklaa todettiin rikotun.⁴⁷⁸ EIT oli jo aiemmin ratkaisussaan katsonut, että kipua ja kärsimystä oli nimenomaan aiheutettu tarkoituksin saada Selmouni tunnustamaan rikos, josta häntä epäiltiin.⁴⁷⁹ Selmouni-ratkaisussa viitatussa Aksoy-ratkaisussa⁴⁸⁰ vuodelta 1996 EIT oli jo varsin ytimekkäästi todennut kidutuksen ja halventavan ja epäinhimillisen kohtelun rajoista seuraavasti (kursivointi tässä):

"63. In order to determine whether any particular form of ill-treatment should be qualified as torture, the Court must have regard to the distinction drawn in Article 3 (art. 3) between this notion and that of inhuman or degrading treatment. As it has remarked before, this distinction would appear to have been embodied in the Convention to allow the special stigma of 'torture' to attach only to deliberate inhuman treatment causing very serious and cruel suffering..."

Toteen näytetyksi tulleen menettelyn osalta EIT totesi EIS 3 artiklaa rikotun seuraavin perustein (kursivoinnit tässä).⁴⁸¹

"64. The Court recalls that the Commission found, inter alia, that the applicant was subjected to "Palestinian hanging", in other words, that he was stripped naked, with his arms tied together behind his back, and suspended by his arms (see paragraph 23 above).

⁴⁷⁸ Ratkaisun kohta 106.

⁴⁷⁹ Ratkaisun kohta 98.

⁴⁸⁰ Ratkaisun merkityksestä EIS 13 artiklan soveltamisen osalta ks. Pekkanen 1999, s. 1066. Aiemmassa oikeuskäytännössä asetettuja EIS 3 artiklan soveltamisalaa koskevia periaatteita on sovellettu myös esimerkiksi El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia -ratkaisussa vuodelta 2012.

⁴⁸¹ Ks. lisäksi Menesheva v. Russia -tapaus vuodelta 2006, jossa kidutuksena pidettiin seuraavaa menettelyä

"60... The sequence of events also demonstrates that the pain and suffering was inflicted on her intentionally, in particular with the view of extracting from her information concerning L. (see paragraphs 56–57 above).

61. To assess the severity of the 'pain or suffering' inflicted on the applicant, the Court has regard to all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, as in some cases, the sex, age and state of health of the victim (see Batı and Others, cited above, § 120). The Court observes that at the material time the applicant was only 19 years old and, being a female confronted with several male policemen, she was particularly vulnerable. Furthermore, the ill-treatment lasted for several hours during which she was twice beaten up and subjected to other forms of violent physical and moral abuse.

62. In these circumstances, the Court concludes that, taken as a whole and having regard to its purpose and severity, the ill-treatment in issue amounted to torture within the meaning of Article 3 of the Convention."

In the view of the Court *this treatment could only have been deliberately inflicted*; indeed, a certain amount of preparation and exertion would have been required to carry it out. It would appear to have been administered with *the aim of obtaining admissions or information from the applicant*. In addition to the severe pain which it must have caused at the time, the medical evidence shows that it led to a paralysis of both arms which lasted for some time (see paragraph 23 above). The Court considers that this treatment was of such a serious and cruel nature that it can only be described as torture.”

Tässä yhteydessä voidaan viitata myös suuren jaoston käsittelemään İlhan v. Turkey -tapaukseen vuodelta 2000, vaikka tapaus ei poliisin voimankäytön kannalta olekaan erityisen mielenkiintoinen. Ratkaisussa EIT otti kantaa EIS 2 artiklan ja 3 artiklan suhteeseen sekä määrittä kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun rajapintaa. Tapauksessa santarmit pahoinpitelivät kahta mieshenkilöä, joista toista potkimisen lisäksi lyötiin toistuvasti aseensa perällä muun muassa päähän. Pahoinpitelyn seurauksena tämä menetti 60 % vasemmanpuoleisesta toimintakyvystään. Toimintakyvyn menetys oli todettavissa vielä viisi vuotta myöhemmin.

EIS 2 ja 3 artiklan suhteesta EIT totesi (kursivoinnit tässä):

”76. ... It considers, however, that it is only in *exceptional circumstances* that physical ill-treatment by State officials which does not result in death may disclose a breach of Article 2 of the Convention. It is correct that the criminal responsibility of those concerned in the use of force is not in issue in the proceedings under the Convention... Nonetheless, the *degree and type of force used and the unequivocal intention or aim behind the use of force may, among other factors, be relevant in assessing whether in a particular case the State agents' actions in inflicting injury short of death must be regarded as incompatible with the object and purpose of Article 2 of the Convention*. In almost all cases where a person is assaulted or ill-treated by the police or soldiers, their complaints will fall to be examined rather under Article 3 of the Convention.”

Vaikka İlhanin todettiin saaneen väkivallan seurauksena hengenvaaraa aiheuttaneen aivovaurion, kohtelun ei katsottu olleen voimakkuudeltaan tai luonteeltaan sellaista, että kyse olisi ollut EIS 2 artiklan rikkomisesta.⁴⁸² EIS 3 artiklaa sitä vastoin oli rikottu. Kidutuksen ja epäinhimillisen ja halventavan kohtelun suhteesta EIT totesi (kursivoinnit tässä):

”86. The Court has accepted the findings of the Commission concerning the injuries inflicted upon Abdüllatif İlhan, namely, that *he was kicked and beaten and struck at least once on the head with a G3 rifle*. This resulted in severe bruising and two injuries to the head, which caused brain damage and long-term impairment of function. Notwithstanding the visible injuries to his head and the evident difficulties which Abdül-

⁴⁸² Ratkaisun kohdat 77–78.

latif İlhan had in walking and talking, there was a delay of some thirty-six hours in bringing him to a hospital.

87. Having regard to the *severity of the ill-treatment suffered by Abdüllatif İlhan and the surrounding circumstances, including the significant lapse in time before he received proper medical attention, the Court finds that he was a victim of very serious and cruel suffering that may be characterised as torture...*

Kidutuksen määrittelemiseksi EIS 3 artiklan kontekstissa voidaan viitata myös kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastaisen yleissopimuksen (SopS 60/1989) 1 artiklan määritelmään, jonka mukaan kidutuksella tarkoitetaan⁴⁸³

”kaikkia tekoja, joilla aiheutetaan jollekulle tahallisesti kovaa kipua tai kovaa joko henkistä tai ruumiillista kärsimystä tietojen tai tunnustuksen saamiseksi häneltä tai kolmannelta henkilöltä, hänen rankaisemisekseen teosta, jonka hän tai kolmas henkilö on tehnyt tai epäillään tehneen, hänen tai kolmannen henkilön pelottelemiseksi tai pakottamiseksi taikka minkälaiseen tahansa syrjintään perustuvasta syystä, kun virkamies tai muu virallisessa asemassa toimiva henkilö aiheuttaa sellaista kipua tai kärsimystä, yllyttää tai suostuu niiden aiheuttamiseen tai hyväksyy sen hiljaisesti. Kidutusta ei ole sellainen kipu tai kärsimys, joka saa alkunsa pelkästään laillisista seuraamuksista, joko niihin kuuluvana tai niihin liittyvänä.”

Määritelmän viimeisen lauseen osalta on myös kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa korostettu, että ”EIS 2 artiklan sallimissa elämän riistämisen tilanteissa, kuten hätävarjelussa, ei kuolemaan johtavien vammojen aiheuttamista tarkastella 3 artiklan kysymyksenä”.⁴⁸⁴ Kidutuksen määritelmän osalta kotimaisessa kirjallisuudessa on katsottu sille tunnusomaista olevan ”erityisen vakavan kärsimyksen tarkoituksellinen aiheuttaminen”. Myös toiminnan motiiveilla on merkitystä rajanvedon suhteen tehtävässä kokonaisarvioinnissa.⁴⁸⁵

Myöskään epäinhimillistä ja halventavaa kohtelua ei ole EIS:n järjestelmässä tarkemmin määritelty. Pellonpää ym. ovat EIT ratkaisukäytäntöön viitaten katsooneet *epäinhimillisen kohtelun* tunnusmerkeiksi menettelyn tahallisuuden, tunti-kausien keston sekä ruumiinvamman taikka fyysisen tai psyykkisen kärsimyksen aiheuttamisen.⁴⁸⁶ *Halventavalle kohtelulle* puolestaan on tyypillistä se, että ”kohtelu on omiaan herättämään uhrissaan sellaisia pelon, ahdistuksen ja vähemmyy-

⁴⁸³ Ks. Danelius 2007, s. 67. Samoin Selmouni-ratkaisun kohdat 97–101. Kidutuksen määritelmistä ks. myös Merrills – Robertson 2001, s. 35–36. EIS:n esitöiden osalta ks. HE 22/1990 vp, s. 6.

⁴⁸⁴ Pellonpää et al. 2012, s. 344.

⁴⁸⁵ Pellonpää et al. 2012, s. 347–349. Tältä osin on viitattu erityisesti EIT:n ratkaisuun asiassa Ireland v. the United Kingdom vuodelta 1978 (erityisesti ratkaisun kohta 167).

⁴⁸⁶ Pellonpää et al. 2012, s. 353. Ks. myös Merrills – Robertson 2001, s. 35, jotka ovat katsooneet, että julistuksen 5 artiklassa epäinhimillisen ja halventavan rinnalla käytetty termi *julma* sisältyy epäinhimilliseen kohteluun.

den tunteita, jotka ovat nöyryyttäviä ja alentavia”. Merkitystä on myös menettelyn tarkoituksella ja sen vaikutuksilla uhriin. Nöyryytys voi tapahtua myös ainoastaan henkilön omissa silmissä.⁴⁸⁷ Lisäksi on syytä huomata, että kohtelu voi olla halventavaa olematta epäinhimillistä. Tässä suhteessa halventava kohtelu onkin lievin 3 artiklan kieltämistä toimista.⁴⁸⁸ Myös käsitteiden suhde kidutukseen on jäänyt epäselväksi. Huomiota on lähinnä kiinnitettävä kidutuksen käsitteeseen liitettyyn erityiseen symboliseen arvoon, stigmaan.⁴⁸⁹

EIT:n käsitellessä tapauksia kansalliset tuomioistuinratkaisut ovat tosiseikkojen osalta arvioinnin lähtökohtana. Tämä ilmenee muun muassa Klaas-ratkaisusta vuodelta 1993.⁴⁹⁰ Viranomaisten hallinnassa olevien henkilöiden loukkaantumisten osalta EIT on kuitenkin esimerkiksi vuonna 1995 annetussa Ribitsch-ratkaisussa soveltanut käännettyä todistustaakkaa (kursivoinnit tässä):⁴⁹¹

”34. It is not disputed that Mr Ribitsch’s injuries were sustained during his detention in police custody, which was in any case unlawful, while *he was entirely under the control of police officers*... Like the Commission, the Court finds this explanation unconvincing; it considers that, even if Mr Ribitsch had fallen while he was being moved under escort, this could only have provided a very incomplete, and therefore insufficient, explanation of the injuries concerned.

On the basis of all the material placed before it, the Court concludes that the *Government have not satisfactorily established that the applicant’s injuries were caused*

⁴⁸⁷ Pellonpää et al. 2012, s. 353 ja 359.

⁴⁸⁸ Pellonpää et al. 2012, s. 358. Samoin Merrills – Robertson 2001, s. 39.

⁴⁸⁹ Danelius 2007, s. 68. Danelius on ylipäättään sitä mieltä, että epäinhimillisen ja halventavan kohtelun käsitteet kattavat niin paljon erityyppistä käytöstä, että niiden tarkempi määrittely tuskin olisi edes mahdollista. Konkreettisen sisällön luominen käsitteille onkin jäänyt hyvin pitkälti ratkaisukäytännön tehtäväksi. Mainittujen termien soveltamisalan määrittämisen vaikeudesta ratkaisukäytännön valossa ks. myös Merrills – Robertson 2001, s. 37–38. Kuten kirjoittajat ovat todenneet, kyse on nimenomaan lain – sopimusmääräyksen – tulkinnasta eikä näyttökysymyksistä. Vanhemmasta kirjallisuudesta ks. Cassese 1993, s. 241–248, joka puolestaan on pyrkinyt käsitteiden analyttiseen erotteluun.

⁴⁹⁰ Klaas v. Germany (erit. ratkaisun kohta 29). Ks. myös Danelius 2007, s. 71. Kyse oli Daneliuksen mukaan siitä, että ei ollut voitu sulkea pois mahdollisuutta, että Klaas olisi loukannut itseään vastustaessaan poliisia. Ks. myös Pellonpää et al. 2012, s. 211–212.

⁴⁹¹ Ks. myös Tomasi v. France jo vuodelta 1992 (erit. kohdat 107–116) sekä Norée 2000 s. 119–120 kommentit ratkaisusta. Ks. myös Muradova v. Azerbaijan -tapaus, jossa valittaja oli saanut sinänsä vakavia vammoja mielenosoituksen yhteydessä. Näyttöllisistä ongelmista huolimatta EIT katsoi valtion rikkoneen EIS 3 artiklan sisällöllisiä vaatimuksia, koska valittaja oli saanut vammansa alueella, jossa poliisi käytti voimakeinoja (ratkaisun kohta 112). EIT:n todistustaakkasäännöistä EIS 2 artiklan ja EIS 3 artiklan osalta ks. oikeuskirjallisuudesta Merrills – Robertson 2001, s. 40, van Dijk et al. 2006, s. 426, Danelius 2007, s. 59–60 ja 69–70 ja Pellonpää et al. 2012, s. 332–333. Viimeksi mainitun mukaan todistustaakka kääntyy myös tilanteissa, joissa valtion vastuusta on esitetty *prima facie* -tasoinen näyttö eivätkä viranomaiset anna tapahtumien kulusta tyydyttävää selitystä tai toimia tarvittavia todisteita.

otherwise than – entirely, mainly, or partly – by the treatment he underwent while in police custody.”⁴⁹²

Todistustaakkaan liittyviä periaatteita on vahvistettu esimerkiksi *Reports*-sarjassa julkaistussa *Avşar v. Turkey* -tapauksessa vuodelta 2001 (kursivoinnit tässä):⁴⁹³

”391. In the light of the importance of the protection afforded by Article 2, the Court must subject deprivations of life to the most careful scrutiny, taking into consideration not only the actions of State agents but also all the surrounding circumstances. Persons in custody are in a vulnerable position and the authorities are under a duty to protect them. *Consequently, where an individual is taken into police custody in good health and is found to be injured on release, it is incumbent on the State to provide a plausible explanation of how those injuries were caused... The obligation on the authorities to account for the treatment of an individual in custody is particularly stringent where that individual dies.*

392. Where the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring during that detention. *Indeed, the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation...”.*

Todistustaakkaan liittyviä käytännön ongelmia ilmentää hyvin Ranskaa koskeva Rivas-tapaus vuodelta 2004, jossa pidätetty henkilö sai poliisin virkahuoneessa vammoja. Poliisia vastaan nostetut syytteet hylättiin ylivoimaisesti, koska hänen todettiin suojelleen itseään. EIT ei kuitenkaan katsonut, että isku olisi ollut välttämättömän valittajan aiheuttaman uhan torjumiseksi. Se totesi valittajaa kohdellun epäinhimillisellä ja halventavalla tavalla ja EIS 3 artiklaa rikutun.⁴⁹⁴ Moldovaa koskeneessa Boicenco-tapauksessa vuodelta 2006 puolestaan katsottiin 3 artiklaa rikutun ja valittajaa kohdellun epäinhimillisesti ja halventavasti, vaikka pidätetystä ei löytynyt ulkoisia vammoja eikä poliisin harjoittamasta väkivallasta ollut sinänsä mitään näyttöä. Valtion katsottiin olevan vastuussa pidätetylle pidä-

⁴⁹² Ribitschin vammoista on Finlex-selosteessa todettu, että ”hän meni samana päivänä sairaalaan, jossa suoritetuissa tutkimuksissa todettiin, että hänellä oli ruhjeita oikeassa käsivarressaan sekä sen ulko- että sisäpuolella. Raajoissa ei havaittu muita vammoja. Mitään luunmurtumia ei havaittu eikä myöskään vammoja päänsäryssä. Seuraavana päivänä R. meni myös oman lääkärinsä tutkimuksiin, jolloin em. vammojen lisäksi todettiin, että R:llä oli niskaoireille luonteenomaista oksentelua ja voimakasta päänsärkyä.” Ks. myös Van Dijk et al. 2006, s. 427. Kirjoittajat ovat katsoeet, että Klaas- ja Ribitsch -ratkaisujen erilaiset lopputulemat johtuvat siitä, että viimeksi mainitussa tapauksessa valtio ei pystynyt antamaan uskottavaa selitystä vammojen syntymekanismista.

⁴⁹³ Ratkaisu liittyy myös valtion vastuuseen ns. kylänvaihien toimista. Kylänvahdit olivat tavallisia kansalaisia, joille oli annettu eräitä valvontatehtäviä. Ks. tästä Danelius 2007, s. 60 ja Mowbray 2012, s. 106–107.

⁴⁹⁴ Analyysi perustuu Finlex-selosteeseen.

tyisaikana ilmaantuneista aivo- ja munuaisvaurioista.⁴⁹⁵ Prosessuaalista näkökulmasta on mielenkiintoinen myös EIT:n varsin tuoreessa Iljina and Saruliené v. Lithuania -ratkaisussa⁴⁹⁶ toteama:

”50. The Court notes that as justification of the use of force against the applicants and their relatives the Government have advanced the argument that those family members had been arrested lawfully for obstructing the police officers in the performance of their legitimate duties and for insulting them. However, the Court cannot overlook the fact that by a prosecutor’s order of 15 December 2004 those charges were dropped as unfounded. This, although not conclusive on its own, nevertheless does cast doubt on the real necessity to arrest the applicants’ family members and to have recourse to physical force to put the arrest into effect. The Court also notes the absence of signs of physical injuries to the policemen which is a typical consequence of resistance to arrest in comparable cases.”

Lyhyesti voitaneen todeta, että EIT:n kannanotto rakentuu varsin arveluttavalla tavalla *ex post* -näkökulman varaan.

Ashworth on katsonut mainitun Rivas-ratkaisun vahvistavan sitä näkemystä, että ainakin joissakin tapauksissa EIS 2 artiklan poikkeukset soveltuvat myös EIS 3 artiklan nojalla ratkaistaviin tapauksiin.⁴⁹⁷ Tätä näkemystä vahvistavat EIT:n lausumat Ribitsch-tapauksessa, joista ilmenee, että 3 artiklan soveltamiseen erityisesti poliisin voimankäytön yhteydessä liittyy selkeä punnintaelementti. EIT totesi (kursivointi tässä):

”38. The Court emphasises that, in respect of a person deprived of his liberty, *any recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3 (art. 3) of the Convention*. It reiterates that the requirements of an investigation and the undeniable difficulties inherent in the fight against crime cannot justify placing limits on the protection to be afforded in respect of the physical integrity of individuals...”⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ Ratkaisun kohdat 102–111. Näytön arvioinnin osalta ks. myös Sloveniaa koskeneet Matko-tapaus vuodelta 2006 (ratkaisun kohta 100) ja Stojnšek-tapaus vuodelta 2009 (ratkaisun kohta 89) sekä Venäjää koskeneet Balenko-tapaus vuodelta 2011 (ratkaisun kohta 50) ja Mogilat-tapaus vuodelta 2012 (ratkaisun kohdat 48 ja 49).

⁴⁹⁶ Iljina and Saruliené v. Lithuania, 15.3.2011.

⁴⁹⁷ Ashworth 2009, s. 51.

⁴⁹⁸ Ribitsch-tapauksessa 3 artiklaa oli rikottu. Ks. tältä osin myös Selmouni-ratkaisun kohta 99 ja Zelilof-ratkaisun kohta 43 sekä Cassese 1993, s. 247, jonka mukaan 3 artiklan vastaisuus edellytti toimitella suhteettomuutta (*”out of proportion to the security and other considerations behind the ‘inhuman’ measure or behaviour”*).

EIS 3 artiklan soveltamiseen liittyviä yleisiä periaatteita täsmennettiin Italiaa koskeneessa suuren jaoston antamassa Labita-ratkaisussa vuodelta 2000 (kursivointi tässä).⁴⁹⁹

”120. The Court recalls that ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is relative: *it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim. In respect of a person deprived of his liberty, recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3...*

Treatment has been held by the Court to be ‘inhuman’ because, *inter alia*, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical and mental suffering, and also ‘degrading’ because it was such as to arouse in its victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them. In order for a punishment or treatment associated with it to be ‘inhuman’ or ‘degrading’, the suffering or humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment. The question whether the purpose of the treatment was to humiliate or debase the victim is a further factor to be taken into account..., but the absence of any such purpose cannot conclusively rule out a finding of violation of Article 3.”⁵⁰⁰

Fyysisen pahoinpitelyn lisäksi myös henkinen kärsimys voi tulla huomioon otettavaksi arvioitaessa EIS 3 artiklan soveltuvuutta,⁵⁰¹ mutta tähän astisessa oikeuskäytännössä ainoastaan henkistä kärsimyksen aiheuttamista ei ole pidetty *kidutamisena*, vaan siihen on aina liittynyt fyysinen kaltoin kohtelu.⁵⁰²

Vuonna 2008 annettaessa ratkaisua Romaniaa koskeneessa Stoica-tapauksessa olivat yleiset periaatteet jossain määrin täydentyneet. Viranomaistoimien motiivin osalta EIT totesi, että (kursivoinnit tässä):

”61. In considering whether a particular form of treatment is ‘degrading’ within the meaning of Article 3, the Court will have regard to *whether its object is to humiliate and debase the person concerned and whether, as far as the consequences are concerned, it adversely affected his or her personality in a manner incompatible with Article 3...* However, the absence of any such purpose cannot conclusively rule out a

⁴⁹⁹ Finlex-selosteen mukaan tapauksessa oli kyse mm. siitä, ”oliko riittävää näyttöä mafian jäsenyydestä epäillyn tutkintavangin pahoinpitelystä ja muusta huonosta kohtelusta vankilassa”. Tältä osin riittävää näyttöä EIS 3 artiklan rikkomisesta ei ollut. Ks. tästä erit. ratkaisun kohdat 122–129.

⁵⁰⁰ Ks. myös Staszewska v. Poland -tapaus vuodelta 2009 (erit. ratkaisun kohta 54) sekä Danelius 2007, s. 68.

⁵⁰¹ Ks. tästä Iljina and Saruliené -ratkaisu vuodelta 2011: ”47. The Court further reiterates that Article 3 does not refer exclusively to the infliction of physical pain but also of mental suffering, which is caused by ‘creating a state of anguish and stress by means other than bodily assault’.”

⁵⁰² Pellonpää et al. 2012, s. 349–350.

finding of a violation of Article 3... The suffering and humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment.”

Edelleen Polyakov v. Russia -ratkaisussa vuodelta 2009 EIT totesi, että (kursivointi tässä):

”25. The Court reiterates that Article 3 of the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment. *Article 3 does not prohibit the use of force for effecting a lawful arrest, but force may only be used if it is indispensable and must not be excessive...* Recourse to physical force which has not been made strictly necessary by the person’s own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3 of the Convention...”

Parnov v. Moldova -tapauksessa vuodelta 2010 EIT kiinnitti huomiota myös viiranomaistoimenpiteen kohteena olleen henkilön omaan käytökseen:

”28...Furthermore, the use of force in the context of an arrest, even if it entails injury, may fall outside Article 3, particularly in circumstances resulting from the applicant’s own conduct...”

Vuoden 2010 Kuzmenko v. Russia -ratkaisun perusteella myös tilanteen luonne tulee huomioon otettavaksi (kursivoinnit tässä):

”31... Further factors include the purpose for which the treatment was inflicted, together with the intention or motivation behind it..., as well as its context, *such as an atmosphere of heightened tension and emotions...*

32. The Court has considered treatment to be ‘inhuman’ because, *inter alia*, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical and mental suffering... Treatment has been held to be ‘degrading’ when it is such as to arouse in its victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and *possibly breaking their physical or psychological resistance, or when it is such as to drive the victim to act against his will or conscience...*”

”41. The Court notes the Government’s argument that force had been used lawfully in response to the applicant’s unruly conduct. It accepts *that in defusing situations, maintaining order, preventing offences, catching alleged criminals and protecting themselves and other individuals, police officers are entitled to use appropriate means, including force. Nevertheless, such force may be used only if indispensable and must not be excessive...* Recourse to physical force which has not been made strictly necessary by the individual’s own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3 of the Convention.”

Erityisesti EIS 2 artiklan soveltamiskäytäntöön viittaava ”*strictly necessary*”-periaate on vahvistettu myös Venäjää koskeneessa *Mogilat v. Russia* -ratkaisussa maaliskuulta 2012:

”50. In respect of a person deprived of his liberty, any recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct diminishes human dignity and is in principle an infringement of the right set forth in Article 3 of the Convention...”

Romaniaa koskeneessa *Bolovan v. Romania* -tapauksessa ei katsottu olevan riittävää näyttöä EIS 3 artiklan sisällöllisten vaatimusten rikkomisesta. Valittaja oli liikennepysäytystä seuranneessa kahnauksessa saanut ruhjeen ylähuuleensa. Merkille pantavaa on, että näinkin vähäisen vamman katsottiin voivan lähtökohdaisesti ylittää artiklan edellyttämän minimimitason. EIT totesi (kursivoinnit tässä):

”43. Furthermore, from the domestic courts’ description of the facts, it appears that the *police visibly outnumbered the applicant*: two officers approached him directly while others were in the vicinity. The police officers’ statements consistently maintained that the applicant had tried to kick S.D. in the leg, while *no reference was made to any gesture by the applicant that could have justified punching him in the head or in the mouth in self-defence*. Moreover, the *applicant was fifty-three years old and was unarmed*.

Therefore, while a small bruise might not in itself be sufficiently serious to pass the threshold imposed by Article 3, the Court considers that in the circumstances of the case the injury alleged by the applicant attained the minimum level of severity required by this Article.”

Kyseessä olevassa tapauksessa kuitenkin katsottiin jääneen selvittämättä, että päihtyneen ja poliisia vastustelleen henkilön kohtelu olisi ollut 3 artiklan vastaista.⁵⁰³

Durđević v. Croatia -tapauksessa EIT puolestaan otti kantaa siihen, soveltuuko EIS 3 artikla poliisimiesten vapaa-ajallaan tekemiin toimiin (kursivoinnit tässä):

”75. As regards the Government’s assertion that A.B. and S.M. were not acting in their official capacity during the incident of 16 June 2009 at about 10.30 p.m. since they had not been on duty at that time, the Court notes that it is undisputed that both A.B. and S.M. were police officers of the Ivanić Grad police station. Witnesses M.Šk. and M.S. both testified that *A.B. identified himself as a police officer by shouting ‘Stop! Police!’*. Furthermore, *A.B. and S.M. had no other reason to intervene in the situation*

⁵⁰³ Ks. myös ratkaisun kohdat 9 ja 44–47. Ks. myös Alderson 1984, s. 68, joka on jo lähes kolme vuosikymmentä sitten kiinnittänyt huomiota siihen, että vähäinenkin voimankäyttö voi sinällään olla 3 artiklan vastaista.

in question than in their capacity as police officers. Against this background, the Court considers that the incident in question may be seen as allegations of police violence.”

3.2.3.2 Hätävarjelun kaltaisia tilanteita

Vuonna 2007 ratkaistussa Zelilof-tapauksessa oli riidatonta, että vammat olivat syntyneet poliisin voimankäytön seurauksena. Vammat olivat myös sillä tavoin vakavia, että EIT katsoi valtiolla olleen velvollisuus osoittaa (*”to demonstrate with convincing arguments”*), että voimankäyttö ei ollut liiallista.⁵⁰⁴ Kreikan valtio ei tässä onnistunut, vaan EIT katsoi sen olevan vastuussa valittajaan kohdistuneesta epäinhimillisestä ja halventavasta kohtelusta.⁵⁰⁵ Perusteluina se totesi (kursivointi tässä):

”50. It can be seen from the above facts thus established that the applicant’s involvement in the event was limited up to this point as the injuries were inflicted on the police officers by a group of ten to fifteen youths who had run to the scene. *The Court acknowledges that the three police officers must have felt insecure and vulnerable as they were suddenly outnumbered by a group of persons assaulting them verbally and physically.* In the Court’s view, this is an important factor that could justify the firing of gunshots by Police Officer Apostolidis in order to intimidate them. However, the Court considers that *acts of self-defence against the persons who ran out from the café could not, in the specific circumstances of the case, also justify the infliction of serious injuries on the applicant, who, by that time, was not the one threatening the physical integrity of the police officers.* The Court considers that weight should be given in this respect to the *significant difference in extent of the applicant’s and the police officers’ injuries*: according to the medical reports and certificates, the former was hospitalized for five days and was expected to convalesce for eighteen to twenty-one days, whereas the three police officers, allegedly assaulted by a mob of ten to fifteen people, were admitted to hospital late on 23 February and were discharged the next day.”

Venäjää koskeneessa Balenko-tapauksessa EIT totesi valittajan puukottaneen poliisimiestä niskaan poliisiautossa, minkä seurauksena syntyneessä kahnauksessa hänen nenänsä murtui ja hän sai lukuisia ruhjeita. Vammat sinänsä olivat

⁵⁰⁴ Ratkaisun kohdat 46–47. Finlex-selosteessa on todettu valittajan vammoista seuraavaa: ”Sairaalan yli viikon kuluttua antaman selvityksen mukaan valittajalla oli ruhjeita rintakehällään ja vasemmassa poskessa sekä verenpurkauksia molemmissa silmissään. Samoin hänellä oli ompelua vaatineita vammoja päässään ja selässään. Hänellä todettiin myös lievä aivotärähdys. Syyttäjän vaatimuksesta valittajaa tutkittiin oikeuslääkärin toimesta tammikuun lopulla 2002. Tällöin hänellä todettiin ruhje rinnan alueella, haava päässä sekä turvotusta ja mustelmia poskessa. Samoin hänellä oli verenpurkauksia silmissä. Yksi hänen hammaskruunuistaan oli rikkoutunut ja osa hänen leuastaan oli mennyt sijoiltaan. Lääkärin mukaan keskivaikkeit vammasta aiheutettu tylpällä esi-neellä.”

⁵⁰⁵ Ratkaisun kohdat 51–52.

EIS 3 artiklan näkökulmasta riittävän vakavia,⁵⁰⁶ mutta päätöksessään EIT katsoi voimankäytön 3 artiklan näkökulmasta oikeutetuksi ja totesi (kursivoinnit tässä):

”53. Lastly, the Court notes that *the seriousness of the injuries in question, as such, does not overshadow the fact that the recourse to physical force in this case was made necessary by the applicants’ own conduct.* Therefore, while the applicant admittedly suffered as a result of the incident of 1 May 2004, the use of force against him cannot be held to have been excessive.”

Kiinniottotilanteessa syntyneen hengenvaaran torjumisesta oli kysymys myös seuraavassa Suomea koskeneessa tapauksessa, jota ei EIS 35 artiklan 3- ja 4-kohdian perusteella otettu ”ilmeisen perusteettomana” tutkittavaksi.⁵⁰⁷ Tapauksessa kiinniotettavan henkilön ajoneuvo jäi takaa-ajon päätteeksi kiinni pensaikkoon. Poliisimiehen noustua poliisiautosta ja kävelessä kohden kiinniotettavan autoa se lähti yllättäen noin kolmen metrin etäisyydeltä liikkeelle kohden jalkautunutta poliisimiestä. Poliisimies väisti autoa ja ampui nopeassa tahdissa kuusi laukausta autoa kohden. Kolme laukauksista osui auton etuosaan ja loput kolme auton kylkeen. Yksi auton kylkeen osuneista laukauksista osui myös kuljettajan olkapäähän seurauksin, että hän menetti ajoneuvon hallinnan. Kohdehenkilö toipui vammoistaan täysin.

Viitaten ratkaisuihin İlhan v. Turkey ja Wasilewska and Kałucka v. Poland EIT katsoi, että EIS 2 artikla ei sovellu tapaukseen. EIS 3 artiklan osalta se totesi, että (kursivoinnit tässä):

”The Court notes that the applicant *was arrested in the course of events which had been unexpected and to which the police were called upon to react without prior preparation.* The police could not plan the arrest in advance nor had they sufficient time to evaluate the possible risks and to take all necessary measures for carrying out the arrest. *As the behaviour of the applicant was aggressive and reckless and he represented a risk for other persons present at the scene, the police were under a positive obligation to secure the lives of third persons.*

The Court notes that J.H. had been standing right in front of the applicant’s car when the latter had started to drive aggressively towards him. According to the District Court, J.H. had, in that situation, about one second to react and could have perceived the situation as being one of self-defence in which his and his colleagues’ lives were in danger. *In such a self-defence situation, which the Court interprets as including also the defence of others, the use of firearms in order to stop the car and to prevent further damage had been justified.* The Court of Appeal found in addition that although, in theory, the policemen may have had other less drastic means available to them to stop the applicant’s vehicle, in the circumstances of the present case, in prac-

⁵⁰⁶ Ratkaisun kohta 48.

⁵⁰⁷ Application no. 22102/09 by Mika Heikkinen against Finland.

tice, they could only have had recourse to firearms. The Court does not see any reason to judge otherwise.

The Court also stresses the fact that *the applicant constantly threatened the police officers arresting him, for example, by violently shunting their cars while trying to escape...* It is also of importance that J.H. was aware of the fact that the applicant had just escaped from the crime scene by driving at 180 km/h. Moreover, the applicant was under the influence of drugs and he took irrational risks when escaping.”

Tätä taustaa vasten 3 artiklan minimivaatimus kohtelun vakavuudelle ei ylittynyt. Asiaan liittyvään kansalliseen prosessiin palataan myöhemmin tässä tutkimuksessa. On tärkeää huomata, että EIT:n mukaan toimenpiteistä luopuminen ei tullut kyseeseen, vaan poliisimiehillä oli tilanteessa positiivinen toimimisvelvollisuus.

3.2.3.3 Vastarinnan murtaminen kiinniottamisen yhteydessä

Suomea koskeneessa Heikkinen-tapauksessa annetussa päätöksessä viitattiin myös vuonna 2000 ratkaistuun Rehbock-tapaukseen, jossa henkilö otettiin kiinni epäiltynä huumausaineiden salakuljetuksesta. Kiinnioton yhteydessä kohdehenkilönä olleen valittajan leuka murtui kahdesta kohtaa ja hänen kasvoihinsa tuli ruhjeita.⁵⁰⁸ Vaikka tapaus erosikin esimerkiksi Ribitsch-tapauksesta siinä, että kyse ei ollut pidätetyn henkilön kohtelusta, vaan kiinniottohetken tapahtumista, edellytti EIT valtion esittävän selvitystä vammojen syntytavasta (kursivoinnit tässä):

”72. In the instant case the *applicant was not arrested in the course of a random operation which might have given rise to unexpected developments to which the police might have been called upon to react without prior preparation.* The documents before the Court indicate that the police planned the arrest operation in advance and that they had sufficient time to evaluate the possible risks and to take all necessary measures for carrying out the arrest. There were thirteen policemen involved and they clearly outnumbered the three suspects to be arrested. Furthermore, *the applicant did not threaten the police officers arresting him, for example, by openly carrying a weapon or by attacking them.* Against this background, given the particularly serious nature of the applicant’s injury and seeing that the facts of the dispute have not been the subject of any determination by a national court, the burden rests on the Government to demonstrate with convincing arguments that the use of force was not excessive.”

⁵⁰⁸ Ks. Finlex-tapausseloste 27.3.2012.

EIT kiinnitti erityistä huomiota siihen, että kyse oli suunnitellusta operaatiosta eikä spontaanista voimankäyttötilanteesta.⁵⁰⁹ Toisaalta virkamiesten valitsemaan taktiikkaan oli vaikuttanut se, että kohdehenkilöä pidettiin fyysisesti erittäin vahvana, koska hän oli moninkertainen kehonrakennuksen Saksan mestari.⁵¹⁰ Johtopäätöksenä EIT katsoi:

”Government have not furnished convincing or credible arguments which would provide a basis to explain or justify the degree of force used during the arrest operation. Accordingly, the force used was excessive and unjustified in the circumstances.”⁵¹¹

Aiheutettujen vammojen katsottiin olleen *laadultaan* sellaisia, että ne aiheuttivat vakavaa kärsimystä hakijalle ja muodostivat siten perusteen katsoa voimankäyttö epäinhimilliseksi kohteluksi. EIS 3 artiklaa oli rikottu.⁵¹²

Jukka Viljanen on käyttänyt ratkaisua esimerkkinä *minimihäirinnän testistä* (*minimum interference test*). Kyse on tyypillisesti voimankäyttöratkaisuihin liittyvästä EIT:n arviosta siitä, mikä mahdollisista käytettävissä olevista toimintamalleista olisi ollut ihmisoikeuksien kannalta vähiten ankara (*least onerous methods available*). Tämän arvion jälkeen valtion tulee tyypillisesti osoittaa, että liiallista voimaa ei käytetty.⁵¹³ Kyse on nähdäkseni nimenomaan tuomioistuimen velvollisuudesta osoittaa vaihtoehtoinen oikea tai ainakin laillinen toimintamalli. Tältä osin lienee kuitenkin aiheellista muistuttaa edellä EIS 2 artiklan ratkaisukäytännöstä tehdyistä havainnoista, joiden perusteella EIT ei ratkaisuissaan niinkään lähtenyt liikkeelle minimihäirinnän testistä, vaan yksittäisen virkamiehen vilpittömästä ja perustellusta käsityksestä siitä, millaiset keinot olivat tarpeen ja suhteellisia.

Vammojen oikeasuhtaisuudesta oli kyse myös tapauksessa R.L. and M.-J.D. v. France, jonka Finlex-tapausselosteen mukaan:

⁵⁰⁹ Ks. myös tapaus Matko-ratkaisun kohdat 27 ja 101–112, jossa EIT Rehbock-tapaukseen viitaten kiinnitti huomiota siihen, että kyse oli suunnitellusta operaatiosta paikallista rikollisryhmää vastaan. Operaation osallistuneesta noin 15 poliisimiehestä 10 kuului erikoisryhmään. Kukaan poliiseista ei loukkaantunut kiinnioton yhteydessä, mutta aseeton kohdehenkilö sai mustelmia ja ruhjeita kasvoihinsa, kipeän nenän, mustelman vasempaan olkapäähän, kaksi hiertymää rintakehään, kaksi ödemaa oikean korvan taakse ja ison mustelman vasempaan reiteen. Valtio ei pystynyt osoittamaan, ettei käytetty voima olisi ollut liiallista. (”Court considers that the Government have not furnished convincing or credible arguments which would provide a basis to explain or justify the degree of force used against the applicant.”) EIS 3 artiklaa katsottiin rikotun ja valittajaa kohdellun epäinhimillisellä ja halventavalla tavalla.

⁵¹⁰ Ratkaisun kohta 13.

⁵¹¹ Ratkaisun kohta 76.

⁵¹² Ratkaisun kohdat 77–78.

⁵¹³ Jukka Viljanen 2003, s. 268–271. Ks. myös Jukka Viljanen 2003, s. 336.

”EIT totesi, että poliisin puuttuminen oli perustunut naapuriravintoloiden väliseen vähäiseen ongelmaan, joka oli koskenut yöllistä melua. Missään yhteydessä ei ollut tehty väitettä siitä, että poliisilla olisi ollut syytä pitää valittajia väkivaltaisina, vaarallisina tai aseistettuina. Selvityksistä ei myöskään ilmennyt, että he olisivat olleet erityisen voimakkaita yksilöitä. Valittajat eivät sinänsä kiistäneet vastustaneensa poliiseja. Heidän kehollaan oli todettu useita merkittäviä jälkiä ja he kumpikin olivat saaneet sairauslomaa, RL 10 päivää ja M-JD 6 päivää. EIT katsoi, että merkittäviä verenpurkauksia ja mustelmia oli niin paljon ja sairauslomat olivat niin pitkiä, että niiden ei voitu katsoa vastanneen valittajien oman käyttäytymisen vuoksi ehdottoman välttämättömyyttä voimankäyttöä. Siten EIS 3 artiklaa oli rikottu.”

Vammat olivat siis lähinnä erityyppisiä – joskin lukuisia – ruhjevammoja (mustelma, verenpurkauksia, hankaumia). Asiaan ei näyttänyt vaikuttaneen sekään, että valtion mukaan kansallisessa oikeusprosessissa kuullut todistajat eivät olleet nähneet poliisien lyövän valittajia, vaan he olivat kertoneet vaikeuksista, joita poliisilla oli ollut valittajien rauhoittamisessa.

Kiinniottilanteesta on kyse myös Puolaa koskeneessa Dzwonkowski-tapauksessa, jossa, kuten edellä selostetussa Zelilof-tapauksessa, oli sinänsä riidatonta, että vammat olivat syntyneet poliisin voimankäytön seurauksena.⁵¹⁴ Noudattaen samaa päättelylogiikkaa kuin aiemmissakin vastaavissa tapauksissa EIT totesi ensinnäkin, että valittajan vammat olivat lähtökohtaisesti sellaisia, että ne kuuluivat 3 artiklan soveltamisalaan. Toisaalta oli riidatonta, että vammat olivat syntyneet poliisin suorittaman kiinnioton yhteydessä ja ainakin osin poliisin lyöntien seurauksena.⁵¹⁵ Johtopäätöksenä todettiin (kursivointi tässä):

”55. In this connection the Court reiterates that in respect of a person deprived of liberty, any recourse to physical force which has not been made strictly necessary by his own conduct is in principle an infringement of Article 3 (see paragraph 51 above). The Court considers that, *even accepting that the applicant had not been calm and had struggled with the police officers, there is no evidence that he had been particularly dangerous or had been in possession of a weapon. No evidence of any injury to the police officers was adduced by the Government. The Government did not advance any additional argument that would allow the Court to establish that the applicant’s conduct was of such character as to justify recourse to the considerable physical force that, judging by the seriousness of the injuries, must have been employed by the police. The instant case must be thus distinguished from the case of Klaas v. Germany, which concerned less serious injuries sustained in the course of an arrest operation, and where the national courts had concluded that the arresting officers had not used*

⁵¹⁴ Finlex-selosteesta ilmenee valittajalla todetun mm. seuraavia vammoja ”päälaella halkaisijaltaan 15 sm:n suuruinen verenpurkauma, nenäluun ja oikean silmäkuopan reunan murtuma sekä epäily murtuma leuassa. Oikea silmä oli verinen ja turvonnut ja oikeassa reidessä oli 20 sm:n pituinen naarmu, joka oli tehty tylpällä esineellä.” Lisäksi valittaja sai vasempaan käteensä murtuman. Ks. vammoista ratkaisun kohta 52.

⁵¹⁵ Ratkaisun kohta 52–54.

excessive force after having had the opportunity of hearing witnesses at first hand and of assessing their credibility...”.⁵¹⁶

Ranskaa koskeneessa Milan-tapauksessa EIT katsoi, että vaikka valittaja, joka oli voimakkaasti vastustanut kiinniottoa ja jouduttu kahdesti kaatamaan lattialle, oli saanut vähäisiä ruhjeita rintakehään, kyynärpäähän ja polveen sekä mustelman kyynärvarteen, hänen pidättämisekseen ja taltuttamisekseen ei ollut käytetty suhteetonta voimaa eikä EIS 3 artiklaa ollut rikottu.⁵¹⁷ Borbála Kiss v. Hungary -tapauksessa naispuolinen valittaja oli puolestaan saanut kiinniottotilanteessa ruhjeita niskaansa sekä pippurisumutteen aiheuttamaa kirvelyä silmiinsä. Valittaja oli kaadettu maahan ja häntä oli paiskottu autoa vasten, minkä lisäksi maahan kaatamisen yhteydessä hänen rintansa olivat paljastuneet. EIT katsoi, ettei valittajan oma käytös ollut oikeuttanut kuvattuun kohteluun ja EIS 3 artiklan sisällöllisiä vaatimuksia oli rikottu. Kohtelu katsottiin halventavaksi.

Polyakov-tapauksessa valittajalla oli kiinnioton jälkeen todettu mustelma säärässä ja vamma olkapäässä. Asiassa jäi epäselväksi, oliko valittaja vastustanut kiinniottoa ja miten vammat konkreettisesti olivat syntyneet. Lisäksi EIT totesi vammojen osalta:⁵¹⁸

”Overall, the Court has doubts as to whether in the circumstances of the case the use of force by the police was excessive and whether the applicant’s resulting injuries reached the level of severity required under Article 3. Finally, the Court notes that the parties made no submissions as regards the advancement of the investigation after its resumption in 2005. It follows that this complaint is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 and 4 of the Convention.”

Romaniaa koskeneessa Olteanu-tapauksessa lievästä omaisuusrikoksesta epäiltyä kiinniotettua kohti oli ammuttu kolme laukausta, joista yksi oli osunut. Lisäksi hänessä todettiin mustelmia kasvoissa, silmien seudulla ja muuallakin kehollaan.⁵¹⁹

”EIT katsoi, ettei hallitus ollut antanut vakuuttavaa ja uskottavaa selitystä, joka voisi oikeuttaa valittajan pidätyksessä käytetyn voiman asteen. Siten oli katsottava, että voima oli ollut oloihin nähden suhteetonta ja oikeudetonta. Siitä oli seurannut valittajalle sellaisia kärsimyksiä, että hänen kohteluunsa voitiin pitää EIS 3 artiklan vastaisena varsinkin kun hänen 8 vuoden ikäinen poikansa oli nähnyt tapahtumat.”

⁵¹⁶ Ks. myös ratkaisun kohdat 57–58.

⁵¹⁷ Finlex-seloste.

⁵¹⁸ Ratkaisun kohta 26.

⁵¹⁹ Finlex-seloste.

Moldoviaa koskeneessa Parnov-tapauksessa puolestaan kiinnitettiin erityistä huomiota siihen, miten vastarinta ja poliisin käyttämät voimakeinot suhtautuivat ajallisesti toisiinsa. Valittajalla todettiin kallonmurtuma, ensimmäisen asteen aivotärhdys, traumaperäinen korvatulehdus sekä pään ja kasvojen pehmeiden kudosten vammoja.⁵²⁰ Valittaja oli ampunut kaasuaseella poliiseja kohti juostessaan heitä karkuun (kursivointi tässä):⁵²¹

”29. ... Moreover, in the domestic proceedings concerning the alleged ill-treatment of the applicant, *none of the witnesses was able to confirm the police’s version that the applicant had fought the chasing police officer after being arrested...* Accordingly, the Court considers that it was not provided with sufficient evidence to conclude that the intensity of the applicant’s resistance was such as to warrant the use of such force by the arresting police officer and to cause the applicant injuries going beyond those unavoidable in the process of his arrest and wrestling to the ground. The Court is particularly concerned by the nature of one of the injuries on the applicant’s body, namely the perforated eardrum. The Court cannot fail to observe that a similar injury was found to be characteristic of ill-treatment in the majority of cases against Moldova in which a breach of Article 3 was found and that in all those cases the injury appeared to be consistent with allegations that the applicants had been slapped on the ears... It is regrettable that the domestic authorities did not attempt to give an explanation as to the cause of that injury on the applicant’s body and as to whether such an injury was compatible with any techniques used by the Moldovan police in arresting and restraining recalcitrant individuals.

30. In the light of the above, the Court is not convinced that all of the injuries on the applicant’s body were sustained during his arrest and were due to the intensity of his resistance...”

EIS 3 artiklaa oli rikottu.⁵²² Tapauksen perusteella voidaan todeta, että esimerkiksi sovellettaessa anteeksiantoperusteita kansallisissa oikeusprosesseissa on syytä huomioida EIT:n voimankäytölle asettamat varsin tiukat *aikarajat*.

EIS 3 artiklaa ei katsottu rikotun vuonna 2012 ratkaistussa Mogilat-tapauksessa, jossa autovarkautta yrittänyt valittaja oli ensin paennut poliisia ja sitten kiinnioton yhteydessä saanut vammoja. Kiinnioton yhteydessä poliisimies katsoi valittajan uhkaavan häntä ja tämän johdosta iski tätä rintaan, minkä seurauksena valittaja kaatui maahan ja hänelle laitettiin käsiraudat. Oli sinänsä riidatonta, että valittaja oli saanut EIS 3 artiklan soveltamiskynnyksen ylittäviä vammoja kasvoihin, rintaan, kylkiluihin ja ranteeseen.⁵²³ Johtopäätöksensä EIT totesi, että:

⁵²⁰ Ratkaisun kohta 12.

⁵²¹ Ratkaisun kohdat 9–10.

⁵²² Ratkaisun kohta 31.

⁵²³ Ratkaisun kohdat 12 ja 51–56.

”54. ... The Court finds it plausible that the injuries which were subsequently recorded (see paragraphs 11 and 12 above) were sustained during the arrest. The Court does not have sufficient reasons to disagree with the domestic assessment. Thus, it may be accepted that the final stage of the arrest was carried out in a way which did not offend the requirements of Article 3 of the Convention.”

Todettakoon jakson päätteeksi, että EIT on katsonut edellä 2 artiklan yhteydessä esitettyjen näkökohtien pätevän ampuma-aseen käyttöön henkilön kiinniottamiseksi myös niissä tilanteissa, joissa ampuma-asetta ei ole käytetty tavalla, jonka johdosta voimankäyttö tulisi arvioitavaksi EIS 2 artiklan perusteella. Tällaiset tapaukset voivat siis tulla EIS 3 artiklan valossa arvioitavaksi.⁵²⁴

3.2.3.4 Vastarinnan murtaminen muissa tilanteissa

Puolaa koskeneessa Berlinski-ratkaisussa EIT katsoi, että vastarinnan murtamiseksi käytetty voima ei ollut EIS 3 artiklan vastaista. Valittajina olleet kehonrakentajaveljekset eivät olleet suostuneet poistumaan yliopiston kuntosalilta, jossa heillä ei ollut oikeutta oleskella. Valittajat vastustivat voimallisesti paikalle tulleita kuutta poliisimiestä ja heidät saatiin taltutettua vasta aseella uhkaamalla. Tapahtuneen jälkeen toisella valittajista todettiin muun muassa kipua silmässä, niskassa, munuaisessa, leuassa ja muuallakin päässä. Myös toisen valittajan ohimo, nenä, hampaat, käsi ja peukalo kipeytyivät poliisin toimien seurauksena.

Tässäkin tapauksessa EIT totesi vammojen sellaisenaan ylittävän EIS 3 artiklan soveltamiskynnyksen. Selvää oli myös, että vammat olivat poliisien nyrkeillä, patukoilla ja kynnelkaasulla aiheuttamia ja syntyneet kiinnioton aikana tai siirrettäessä vastustelevia valittajia poliisiautoon.⁵²⁵ Verraten tapausta aiemmin selostettuun Rehbock-tapaukseen EIT totesi voimankäytön oikeutuksen suhteen seuraavaa (kursivoinnit tässä):

”62. The Court observes that on 4 October 1993 the applicants were arrested *in the course of an operation giving rise to unexpected developments* to which the police were called upon to react. Secondly, while the six police officers outnumbered the two applicants, account must be taken of the fact that the applicants were practising body-builders, and that they effectively resisted the legitimate actions of the police officers – by refusing to comply with the verbal demands to leave the athletics club, resisting the attempts of the policemen to apprehend them, and kicking two officers... Worse

⁵²⁴ Ks. Tzekov v. Bulgaria -tapaus. Ko. tapaus on julkaistu ainoastaan ranskan kielellä ja tältä osin analyysi perustuu Finlex-selosteeseen. Tapauksessa poliisiautolla liikkuneen poliisipartion jäsen ampui useita laukauksia hevostäpällä liikkuneiden maassivarkaiden pysäyttämiseksi. Osa laukauksista oli varoituslaukauksia ja osa kohdistettu kärryihin seurauksin, että toinen kärryillä olleista henkilöistä sai selkäänsä osuman, joka ei kuitenkaan ollut hengenvaarallinen.

⁵²⁵ Ratkaisun kohta 60.

still, the applicants *submitted to the arrest only when threatened with a gun, and were subsequently convicted of an assault on the policemen*. The Court agrees with the domestic courts' conclusion that *the applicants lacked a critical judgment of their own conduct when faced with a simple obligation to submit to the legitimate requirements of the law enforcement officers – an obligation which is part of the general civil duty in a democratic society*. These circumstances count heavily against the applicants, with the result that *the Government's burden to prove that the use of force was not excessive in this case is less stringent* (see, mutatis mutandis, loc. cit., §§ 65–78).

64. *The seriousness of the impugned injuries, as such, does not overshadow the fact that the recourse to physical force in this case was made necessary by the applicants' own conduct*. Therefore, while the applicants admittedly suffered as a result of the incident of 4 October 1993, the use of force against them cannot be held to have been excessive.”

EIS 3 artiklaa ei ollut rikottu.⁵²⁶ Johtopäätöksenä voidaan todeta, että vastarinnan kohtaaminen – sinänsä itsestäänselvästi – oikeuttaa ankarammat voimakeinot kuin tehtävän suorittaminen muutoin olisi edellyttänyt.⁵²⁷ Toisaalta huomio kiinnittyy siihen, että vaikka poliisimiehet joutuivat uhkaamaan kohdehenkilöitä ampuma-aseella, ei se automaattisesti tarkoittanut, että tapausta olisi tullut arvioida 2 artiklan valossa.

Myöskään Barta v. Hungary -tapauksessa, jossa EIT myös näyttäisi hieman perääntyneen valtioille yleisesti asettamastaan näytötaakasta, ei EIS:n sisällöllisiä vaatimuksia ollut loukattu. Tapauksessa oli sinänsä selvää, että valittajan vammat olivat poliisin aiheuttamia ja ne olivat aiheutuneet, kun valittaja ja hänen äitinsä vastustivat pidättämistä. Ratkaisevaa siis oli, oliko sinänsä laillinen voimankäyttö kovempaa kuin välttämätöntä.⁵²⁸ Johtopäätöksenä EIT totesi (kursiivoinnit tässä):

”70. The Court notes that the applicant and her mother were arrested in the course of an operation giving rise to unexpected developments to which the police officer was called upon to react, since there is nothing in the case file indicating that P.Z.H. should have expected resistance... *While it is true that the police officer was probably stronger than the applicant or her mother, account must be taken of the fact that they effectively resisted his legitimate action – by refusing to comply with the verbal demands to follow him, setting dogs on him and resisting the attempts of the officer to apprehend the applicant...*

71. The Court draws attention to the fact that the applicant lacked critical judgment of her own conduct when faced with a simple obligation to cooperate with the legitimate

⁵²⁶ Ratkaisun kohta 65. Ks. myös ratkaisun kohdassa 59 esitetyt yleiset määritelmät epäinhimillisestä ja halventavasta kohtelusta.

⁵²⁷ Ks. Boucht 2011a, s. 136.

⁵²⁸ Ratkaisun kohdat 64–69 ja 73.

requirements of a law enforcement officer – an obligation which is part of general civic duties in a democratic society. These circumstances count heavily against the applicant, with the result that the *Government's burden to prove that the use of force was not excessive in this case is less stringent...*"

Tapauksessa Fyodorov and Fyodorova v. Ukraine oli kyse toisen valittajan saatamisesta tahdonvastaiseen psykiatriseen arviointiin. Tapauksessa katsottiin rikotun EIS 3 artiklaa (kursivoinnit tässä):⁵²⁹

"63. ...It is clear from the case-file that he refused to get into the ambulance car and vigorously demanded access to his lawyer and the chief of the police department to protest against his confinement. However, *it does not appear that he attempted to inflict any physical harm on anyone or to escape from the police quarters.* In view of this, the Court considers that this case is to be distinguished from those where the applicants resisted violently when faced with a simple obligation to submit to the legitimate requirements of law enforcement officers – an obligation which is part of the general civil duty in a democratic society... However, in the Court's view, in the context of the situation, *the manner in which they reacted to the first applicant's demands for clarification concerning the legality of his confinement order, namely, by applying force to put him in the ambulance car, was manifestly disproportionate.*

64. The Court therefore finds that, *regard being had to the gravity of the interference with the first applicant's personal inviolability inherent in his confinement to the psychiatric clinic,* the application of physical force in response to his attempts to clarify the legitimacy of the measure was capable of humiliating him to an extent that went beyond the threshold allowed by Article 3 with respect to forced medical procedures. It was therefore degrading.

65. Further, the Court considers that even in matters concerning the lawful application of force to counter resistance, State agents are responsible for reasonably planning their interventions in order to minimise potential injuries... In the present case, the Court takes note that both the *psychiatric professionals and the police officers involved in the incident had time to plan their operation well in advance,* including to prepare for potential violence and resistance on the part of the first applicant, who was allegedly in need of in-patient treatment on account of his aggressive and uncooperative behaviour. Further, the Court remarks that the *confrontation took place on the premises of the police station, where the officers, specially trained in the art of combat, outnumbered the two applicants, who had no particular force or skills to resist them. The officers were placed in a considerably superior position in terms of controlling the situation.* Based on the above considerations, the Court finds that, irrespective of whether the first applicant's injuries were self-inflicted by banging against various objects, as argued by the Government, or inflicted by the police officers, as suggested by him, the Government have failed to show that these injuries could have been caused by an application of force which was appropriate in the circumstances. The

⁵²⁹ Ks. myös ratkaisun kohta 66.

Court therefore finds that the force used was disproportionate and amounted to inhuman and degrading treatment of the first applicant.”

EIT:n voidaan havaita tehneen monisyistä punnintaa, jossa otettiin huomioon tapahtumapaikka, poliisimiesten käytössä olleet voimavarat (ml. koulutus), mahdollisuus suunnitella toimenpide etukäteen ja erityisesti tehtävän luonne sekä toimenpiteen merkitys kohdehenkilölle. Merkille pantavaa on myös, että toisena valittajana olleen toisen valittajan vaimon osalta katsottiin rikotun EIS 3 artiklaa, vaikka tämä oli saanut välikohtauksessa vain lieviä vammoja. Valittajien kohtelua arvioitiin tältä osin yhtenä kokonaisuutena.⁵³⁰

3.2.3.5 Muita tilanteita

Krastanov v. Bulgaria -tapauksessa on ollut kyse EIS 3 artiklan soveltamisesta sivullisena pidettävän henkilön kohteluun. Valittaja oli asioinut kahvilassa, jossa kävi myös useita rikoksesta epäiltyjä henkilöitä. Viimeksi mainittuja kahvilaan pidättämään tulleet poliisimiehet käskivät kaikkia kahvilassa olleita menemään makuulle. Valittajan maatessa penkillä häntä lyötiin kovalla esineellä päähän 2–3 kertaa, minkä jälkeen häntä kehoitettiin poistumaan kahvilasta. Valittajan tiedustellessa syytä kohteluunsa hänet vedettiin ulos kahvilasta ja häntä potkittiin kylkiluihin ja lyötiin useita kertoja muun muuassa kiväärinperällä päähän. Valittajalla todettiin aivotärähdys ja murtumia ohimolla sekä kylkiluissa, joista vammoista hän ei täysin toipunut. EIT totesi 3 artiklaa rikotun (kursivoinnit tässä):⁵³¹

”53. The Court finds that the injuries which the applicant sustained establish the *existence of serious physical pain and suffering*. Moreover, they had *lasting consequences for his health* (see paragraphs 13–17 above). It is further clear that the acts of violence against the applicant were committed by the police officers in the performance of their duties (see paragraph 10 above). However, *it does not appear that the pain and suffering were inflicted on the applicant intentionally for the purpose of, for instance, making him confess to a crime or breaking his physical and moral resistance*. Also, the *injuries were caused during a short period of time, in the course of a police operation for the arrest of suspected offenders, which was apparently accompanied by heightened tension...* In these circumstances, the Court concludes that the ill-treatment complained of was sufficiently serious to be considered as inhuman, but that it cannot be qualified as torture.”

⁵³⁰ Ratkaisun kohdat 67–68.

⁵³¹ Ks. ratkaisun kohta 54 sekä ratkaisun kohdat 25, 37 ja 52, joista ilmenee, että valittaja ei ollut omalla käytöksellään provosoinut väkivaltaa, jota häneen kohdistettiin. KP-sopimuksen osalta ks. Nowak 2005, s. 161–162, jonka mukaan nimenomaan kohtelun vakavuuden (*severe*) lisäksi sen tarkoituksella (*intent, purpose*) on ratkaisevaa merkitystä sen suhteen, voidaanko menettelyä pitää kidutuksena.

Sivullisen poliisioperaation yhteydessä saamista vammoista on kyse myös *Mrozowski v. Poland* -tapauksessa, jossa valittaja palasi töistä kotiin samalla junalla kuin joukko huligaaneja, jotka särkivät ikkunoita ja rikkoivat junanvaunuja. Yksi paikalle tulleista poliiseista löi valittajaa patukalla kasvoihin. Valittajalla todettiin leuassa tikkejä vaatinut 2 cm:n pituinen haava, ja lisäksi hammaslääkäri totesi kolmen hampaan katkenneen ja eräiden muiden höllentyneen. Todettuaan ensin valittajan vammojen sinänsä täyttävän EIS 3 artiklan edellyttämän vakuusasteen ja vammojen syntyneen poliisin toiminnan seurauksena EIT katsoi, että valtio ei ollut pystynyt esittämään perusteita käytetyille ankarille voimakeinoille. Patukalla kasvoihin lyöminen oli myös kansallisten määräysten vastaista. EIS 3 artiklaa oli rikottu.⁵³²

Tapauksessa *Rachwalski and Ferenc v. Poland* valittajia oli kohdeltu nöyryyttävällä ja halventavalla tavalla erääseen autoon liittyvien epäselvyyksien ja niistä seuranneiden henkilöllisyystarkastusten yhteydessä. Valittajat oli käsketty ulos talosta yöasuissaan ja seisomaan seinää vasten. Heitä oli lyöty patukoilla tässä vaiheessa ja myöhemmin heillä myös todettiin mustelmia, jotka olivat voineet aiheutua patukoilla lyömisestä. Tapauksessa ei ollut edes väitetty valittajien tehneen fyysistä vastarintaa. EIT selosti ratkaisussa edellä selostettuja yleisiä periaatteita ja totesi, että (kursivoinnit tässä):⁵³³

”60. ... However, they did not explain what criteria had been used to assess the necessity of the use of a police team with guard dogs and truncheons to investigate a minor issue of an unlocked car and in the absence of any aggression or behaviour disturbing the public order on the part of the applicants. The mere fact that the car was left unlocked in front of the house cannot, in the Court’s view, in itself constitute a good reason for a heavy-handed police intervention.

⁵³² Finlex-seloste ja ratkaisun kohdat 25–33.

⁵³³ Ratkaisun kohta 63. Ks. myös *Staszewska*-tapaus, jossa ”56. The Court observes that the applicant was apprehended in the course of an operation giving rise to unexpected developments to which the police were called upon to react. Furthermore, account must be taken of the fact that the applicant effectively resisted the legitimate actions of the police officers – by refusing to comply with their request to show her identity card and trying to walk away and, subsequently, by resisting the attempts of the policemen to apprehend her, kicking the officers and hitting one of them with an umbrella. Some injuries of one of the police officers were noted by the domestic courts...”. Vaikka selvää oli, että poliisi oli tilanteessa käyttänyt voimakeinoja, joista oli valittajalle aiheutunut lievähköjä vammoja, ei valittajan oma käytös huomioon ottaen katsottu, että voimakeinot olisivat olleet liioiteltuja. EIS 3 artiklaa ei ollut rikottu tältä osin. Valittaja myös velvoitettiin riisuuntumaan kehontarkastusta varten. Myöskään tämä tarkastus, joka toteutettiin erillisessä huoneessa samaa sukupuolta olevan poliisihenkilön läsnä ollessa eikä kestänyt kauempaa kuin oli tarpeen, ei ollut 3 artiklan loukkaus. Ks. erityisesti ratkaisun kohdat 52–60 ja tapauksen *Finlex*-seloste. Arvioitaessa voimankäytön suhteellisuutta on poliisin saamille vammoille annettu merkitystä myös esim. ratkaisussa *Shchukin and others v. Cyprus* (ratkaisun kohdat 92–100).

61. The Court, taking into account the circumstances of the incident as a whole, is of the opinion that the *applicants must have experienced a profound sense of vulnerability, powerlessness and affront which can reasonably be described as humiliating and therefore degrading within the meaning of Article 3 of the Convention.*"

Arvioidessaan Suomea koskevassa Raninen-tapauksessa sitä, oliko käsirautojen käyttö EIS 3 artiklan vastaista, EIT viitaten aiempaan käytäntöönsä kiinnitti huomiota seuraaviin seikkoihin (kursivoinnit tässä):

"55. The Court reiterates that Article 3 of the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct. In order to fall within the scope of Article 3, the ill-treatment must attain a *minimum level of severity, the assessment of which depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim, etc.*"⁵³⁴

Furthermore, in considering whether a punishment or treatment is 'degrading' within the meaning of Article 3, the Court will have regard to whether *its object is to humiliate and debase the person concerned and whether, as far as the consequences are concerned, it adversely affected his or her personality in a manner incompatible with Article 3...* In this connection, the *public nature of the punishment or treatment may be a relevant factor.* At the same time, it should be recalled, the *absence of publicity will not necessarily prevent a given treatment from falling into that category: it may well suffice that the victim is humiliated in his or her own eyes, even if not in the eyes of others...*"

Tapauksessa EIT katsoi jääneen selvittämättä, että käsirautojen käytöllä olisi ollut vaadittuja haitallisia psykologisia (tai fyysisiä) vaikutuksia kohdehenkilölle. Toisaalta jäi selvittämättä, että käsirautojen käytön tarkoituksena olisi ollut kohdehenkilön nöyryyttäminen tai halventaminen. Päinvastoin sotilasosaston johtajana toiminut varusmies katsoi toimineensa saamiensa käskyjen ja koulutuksen mukaisesti. EIS 3 artiklan minimivaatimus kohtelun vakavuudelle ei ylittynyt eikä kyse ollut halventavasta kohtelusta.⁵³⁵ EIT totesi käsirautojen käytöstä yleisesti (kursivointi tässä):

"56. As regards the kind of treatment in question in the present case, the Court is of the view that handcuffing does not normally give rise to an issue under Article 3 of the Convention where the measure has been imposed in connection with lawful arrest or detention and does not entail use of force, or public exposure, exceeding what is reasonably considered necessary in the circumstances. In this regard, *it is of importance*

⁵³⁴ Iän vaikutuksesta arviointiin ks. esim. tapaus Ivan Vasilev v. Bulgaria (erityisesti ratkaisun kohta 64), jossa 14-vuotiaasta valittajaa oli pahoinpidelty kiinnioton yhteydessä. Valittajan vammojen ja iän lisäksi huomiota kiinnitettiin siihen, että pahoinpitelijöinä olleet poliisimiehet olivat olleet harjoittelijoita, joita ei tekoetukella valvottu.

⁵³⁵ Ratkaisun kohdat 58–59. Ks. myös Pellonpää et al. 2012, s. 360.

for instance whether there is reason to believe that the person concerned would resist arrest or abscond, cause injury or damage or suppress evidence.”⁵³⁶

Itävaltaa koskeneessa Wieser-tapauksessa vaarallisena pidetty valittaja oli otettu kiinni kotoaan ja hänet oli riisuttu alasti tarkastuksen toimittamista varten. Perusteena oli aseiden etsiminen poliisimiesten ja valittajan oman turvallisuuden vuoksi. Jo sitä ennen valittajalle oli laitettu käsiraudat, joita ei otettu pois edes poliisilaitoksella kuulustelujen ajaksi. Käsiraudat olivat valittajalla kaikkiaan noin neljä tuntia. Viitaten Raninen-ratkaisuun EIT ensinnäkin katsoi, että valinneissa olosuhteissa käsirautojen kuvattu käyttö ei ollut EIS 3 artiklan vastaista, koska menettely ”*did not entail public exposure and had not caused any physical injuries or long-term effects on the applicant’s mental state*”.⁵³⁷ Sitä vastoin valittajan riisuminen alasti valinneissa olosuhteissa oli 3 artiklan vastaista. EIT kiinnitti huomiota siihen, että valittajalle ei annettu mahdollisuutta itse riisuuntua, ja toisaalta etsittävät esineet olivat aseita eivätkä huumeita tai muita pienempiä esineitä. Johtopäätöksenä EIT piti kohtelua halventavana ja totesi, että ”*this procedure amounted to such an invasive and potentially debasing measure that it should not have been applied without a compelling reason*”.⁵³⁸

EIT:n ratkaisukäytännön perusteella voidaan pitää perusteltuna apulaisoikeusasiamiehen näkemystä, että itsetuhoistakaan vapautensa menettänyttä ei voida pitää alastomana säilytystiloissa. Apulaisoikeusasiamiehen mukaan säilytystiloissakin henkilöllä tulee olla saatavilla sellainen vaatetus tai varustus, jota ei voi käyttää itsetuhoisiin tarkoituksiin. Apulaisoikeusasiamies on nimenomaisesti viitannut PL 7 §:stä johdettavaan ihmisarvon kunnioittamisen vaatimukseen.⁵³⁹

⁵³⁶ Boucht 2011a, s. 135 onkin kiinnittänyt huomiota siihen, että myös todisteiden sotkemisvaara saattaa olla peruste käsirautojen käytölle.

⁵³⁷ Ratkaisun kohta 37.

⁵³⁸ Finlex-tapausseloste ja ratkaisun kohdat 35–42. Ihmisoikeuskomitean ratkaisukäytännöstä ks. Ruotsia koskeva tapaus Mohammed Azzery, jossa yhdysvaltalaiset ja egyptiläiset virkamiehet tekivät luovutettavalle henkilölle Broman lentokentällä turvallisuustarkastuksen, jossa valittajan mukaan: ”*The hooded agents slit the author’s clothes with a pair of scissors and examined each piece of cloth before placing it in a plastic bag. Another agent checked his hair, mouth and lips, while a third agent took photographs, according to Swedish officers who witnessed the searches. When his clothes were cut off his body, he was handcuffed and chained to his feet. He was then drugged per rectum with some form of tranquilliser and placed in diapers. He was then dressed in overalls and escorted to the plane blindfolded, hooded and barefooted.*” (ratkaisun kohta 3.11). Ratkaisun kohdan 11.6 mukaan ”*the treatment suffered was disproportionate to any legitimate law enforcement purpose, it is evident that the use of force was excessive and amounted to a breach of article 7 of the Covenant*”. Ks. myös Norée 2008 s. 135, joka – viitaten ilmeisesti juuri ko. tapaukseen – on todennut, että ”*[t]ortyr är nämligen i alla sammanhang olagligt eftersom förbudet inte får begränsas genom lag. Detta torde utsluta att ansvarsfrihet skulle vara möjligt enligt nödparagrafen*”. EIT:n ratkaisukäytännöstä ks. suuren jaoston El-Masri-ratkaisu.

⁵³⁹ Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu EOA 5.3.2010 dnro 2949/4/08.

Kuzmenko-tapauksessa EIT nimenomaisesti totesi, että valittajan häiriökäyttäytymisen lopettamiseksi poliisilla oli oikeus turvautua voimakeinoin, jotka sinänsä olisivat voineet selittää havaitut ruhjeet käsivarsissa ja olkapäissä. Tämän lisäksi valittajalla todettiin kuitenkin lukuisia muita ruhjeita ja aivotärähdys. EIS 3 artiklaa oli rikottu tältä osin. Valittaja oli myös laitettu käsirautoilla muutamaksi tunniksi kiinni lämpöpatteriin viraston ulko-oven eteen yleisön nähtäville. Tältä osin EIT piti menettelyä moitittavana, mutta ei kuitenkaan EIS 3 artiklan vastaisena.⁵⁴⁰ Samantyyppisessä Archip v. Romania -tapauksessa EIT katsoi EIS 3 artiklan sisällöllisten vaatimusten vastaiseksi sen, että kaupungintalolla häiriötä aiheuttanut valittaja laitettiin kylmänä ja kosteana marraskuun päivänä lähes kahdeksi tunniksi kiinni kylän keskustassa sijainneen poliisitalon pihalla olleeseen puuhun. Valittajalle aiheutunutta kärsimystä lisäsivät hänen fyysiset ongelmansa sekä paikallis-tv:n ja lehdistön ilmaantuminen paikalle.⁵⁴¹

3.2.3.6 Lopuksi

EIS 3 artiklan kansalliselle oikeusjärjestelmällemme asettamia vaatimuksia on arvioitu jo ennen ihmisoikeussopimukseen liittymistä tehdyssä selvityksessä. Vaikka sen painopiste oli laitoksissa olevien henkilöiden asemassa eikä viranomaisten voimankäyttöä erikseen mainittu, on selvityksestä syytä nostaa esille eräitä seikkoja. Kidutuksen määritelmän EIS:n järjestelmässä todettiin vastaavan ”enemmän tai vähemmän” sen yleiskielistä merkitystä. Erityisen tarkkaan määrittelyyn ei katsottu olevan tarvetta, koska rajatapauksissa menettely on normaalisti joka tapauksessa ainakin epäinhimillistä. Epäinhimillisenä pidettävän kohtelun osalta viitattiin lähinnä EIT:n ratkaisuun Ireland vs. the United Kingdom, jossa arvioitavana ollut menettely katsottiin epäinhimilliseksi kohteluksi, mutta ei kidutukseksi.⁵⁴² Selvityksen mukaan myös halventavalla kohtelulla on oma itсенäinen merkityksensä, vaikka kidutus tai muu epäinhimillinen kohtelu onkin tyypillisesti myös halventavaa. ”Ainoastaan” halventavana on selvityksen mukaan pidettävä eräitä rangaistuksena langetettuja ruumiillisen kurituksen muotoja, rotusyrjintää sekä laitoksiin eristettyjen henkilöiden automaattista valvontaa.⁵⁴³

Turun hovioikeus ei ole ratkaisussaan 11.12.2009 nro 3107 katsonut asianmukaiseksi, oikeudenmukaiseksi tai ihmisarvoa kunnioittavaksi kohteluksi menettelyä, jossa sel-

⁵⁴⁰ Ratkaisun kohdat 42–46.

⁵⁴¹ Ratkaisun kohdat 45–59.

⁵⁴² OJLJ 21/1988, s. 26–27.

⁵⁴³ OJLJ 21/1988, s. 30.

liin viedyn henkilön päälle ruiskutettiin vettä, jotta tämä saatiin pois sellin oven väliltä ja ovi suljettua.⁵⁴⁴

Edellä on jo analysoitu EIS 3 artiklan suhdetta EIS 2 artiklaan ja toisaalta EIS 3 artiklan piiriin kuuluvien kidutuksen ja muun epäinhimillisen ja halventavan kohtelun keskinäistä suhdetta. Seuraavassa teen vielä kootusti joitakin huomioita siitä, minkä tyyppiset asiat ylipäättään ylittävät 3 artiklan soveltamiskynnyksen. Ensiksi on syytä korostaa, että EIS 3 artiklan näkökulmasta välttämätön (*indispensable*) voimankäyttö, joka ei ole kohtuutonta (*not excessive*), on määritettyjen edellytysten täytyessä sallittua. Toisaalta lähtökohtaisesti kaikenlainen fyysisen voiman käyttö, joka ei ole ollut välttämätöntä (*“strictly necessary”*) kohdehenkilön oman käytöksen vuoksi, vähentää ihmisarvoa ja on periaatteessa EIS 3 artiklan rikkomus. Vammoja aiheuttanut voimankäyttö saattaa toki olla laillista, mutta myös vammoja aiheuttaneen ”laittoman” voimankäytön tulee täyttää vakavuuden minimitaso tullakseen arvioitavaksi 3 artiklan valossa. Tämä minimitaso, joka samalla määrittää ehdottoman kiellon soveltamisalaa, on suhteellinen⁵⁴⁵, ja sen määrittämiseksi suoritetaan tapauskohtainen punninta, jossa otetaan huomioon tapauksen olosuhteet, kuten kohtelun kesto, motiivi ja suunnitelmallisuus, nöyryyttävän kohtelun julkisuus, kohtelun fyysiset ja psyykkiset vaikutukset ja niiden kesto, kohdehenkilön sukupuoli, ikä ja terveydentila.⁵⁴⁶ Nöyryyttämiseen ja halventamiseen liittyvien pyrkimysten puuttuminen ei sulje pois mahdollisuutta soveltaa 3 artiklaa.

EIS 3 artiklan kohdalla dworkinilainen vahva erottelu sääntöjen ja periaatteiden välillä ei ole täysin luontevaa. Artiklan voidaankin katsoa olevan *periaateluonteinen sääntö*, jollaisia Aarnion mukaan ”ovat mm. joustavat oikeussäännöt, joiden sovellutusalue on samaan tapaan kognitiivisesti tai evaluatiivisesti avoin kuin esimerkiksi arvoperiaatteiden soveltamisala”. Tämän ryhmän säännöille ”ei ole mahdollista luetella tyhjentävästi niitä tosiseikkoja, jotka toteuttavat normin tosiseikastokuvauksen”.⁵⁴⁷

⁵⁴⁴ Hovioikeus sovelsi tapaukseen RL 40 luvun 9 §:n 1 momenttia, PolL 2 §:n 1 ja 2 momenttia, poliisin säilyttämien henkilöiden kohtelusta annetun lain 1 luvun 4 §:n 1 momenttia sekä sisäasiainministeriön määräystä pidätettyjen kohtelusta (2.1.2 kohta 3 momentti). Viimeksi mainituissa korostetaan juuri ihmisarvon kunnioittamisen merkitystä. Veden ruiskuttamista pidettiin lievänä voimakeinona. Poliisimies tuomittiin virkavelvollisuuden rikkomisesta 10 päiväsakkoon.

⁵⁴⁵ Ks. Pellonpää et al. 2012, s. 346. Ks. myös Cassese 1993, s. 230 sekä Emmerson et al. 2007, s. 757, jossa muotoilu viittaa siihen, että EIS 3 artikla ei tältä osin olisi lainkaan ehdoton kielto. Samansuuntaisesti van Dijk et al. 2006, s. 412–413. Vrt. Mowbray 2012, s. 155 ehdottomampi muotoilu.

⁵⁴⁶ Boucht 2011a, s. 133–134 on todennut kaltoin kohtelulta edellytettävän tietyn tasoista ”objektiivista vakavuutta”. Ks. myös AI 1998, s. 3, jossa on korostettu haavoittuvien ryhmien, kuten lasten, vanhusten, naisten, pakolaisten ja vähemmistöryhmien edustajien oikeuksista huolehtimisen merkitystä.

⁵⁴⁷ Aarnio 1989c, s. 116–118. Ks. myös Peczenik et al. 1990, s. 89.

Dworkin on myös itse kiinnittänyt huomiota sääntöjen ja periaatteiden erottelun vaikeuteen eräissä tilanteissa. Dworkinin mukaan esimerkiksi *unreasonable*- tai *unjust*-tyyppisten fragmenttien sisältyminen sääntöön ei kuitenkaan tee siitä täysin periaatetta, vaikka muokkaakin sääntöä periaatteen suuntaan.⁵⁴⁸

Muina olosuhteina – käytännössä 3 artiklan soveltamisen kynnystä nostavana seikkana – tulee huomioon otettavaksi se, jos tilanne on yllättävä tai erityisen jännittynyt esimerkiksi juuri viranomaisiin kohdistuvan uhan johdosta. Tällaisen elementin puuttuminen saattaa myös vaikuttaa siihen, katsotaanko menettelyn täyttävän kidutuksen kriteerit 3 artiklan sisällä. EIT:n ratkaisukäytännössä ovat tulleet ankarammin arvostelluiksi tapaukset, joissa henkilö on esimerkiksi poliisin kiinnittämänä poliisi-asemalla tai poliisilla voidaan muutoin katsoa olevan tilannekontrolli.⁵⁴⁹ Tämänkaltaisten, usein näytöllisesti hankalien tilanteiden osalta on olennaista havaita, että sopimusrikkomuksen toteaminen ei edellytä, että vastuussa oleva virkamies voitaisiin yksilöidä.⁵⁵⁰

EIT on lisäksi todennut, että kuuluaakseen 3 artiklan soveltamisalaan aiheutetun nöyryytyksen ja kärsimyksen tulee olla vakavampaa kuin se nöyryytyksen ja kärsimyksen elementti, joka väistämättä kuuluu eräisiin laillisiin toimenpiteisiin. Tästä huolimatta poikkeuksellisissa olosuhteissa hyvinkin vähäisten vammojen, kuten ruhjeen ylähuulessa, on katsottu ylittävän 3 artiklan soveltamiskynnyksen. Joissakin tapauksissa EIT on puolestaan kiinnittänyt huomiota siihen, että voimankäyttötilanteen muodostumiseen on merkittävästi ollut vaikuttamassa kohdehenkilön oma käytös, kuten selkeiden ja laillisten käskyjen noudattamatta jättäminen, mikä on katsottu kansalaisten yleiseksi velvollisuudeksi demokraattisessa yhteiskunnassa.⁵⁵¹ Tämä on todettu myös Suomea koskeneessa Heikkinen-päätöksessä, jossa todettiin, että valittajan (voimankäytön kohdehenkilön) oma aggressiivinen ja holtiton, muita vaarantava käytös velvoitti poliisia turvaamaan sivullisten henkeä. Tällaisessa itsepuolustustilanteessa, jolla EIT tarkoitti myös muiden henkilöiden puolustamista, aseenkäyttö kohdehenkilön ajoneuvon pysäyttämiseksi ja lisävahinkojen estämiseksi katsottiin EIS:n näkökulmasta sallituksi. Yhteenvetona voidaankin todeta, että soveltamisalan tarkentuminen moniulotteisessa punnintaoperaatiossa mahdollistaa sen, että 3 artiklan soveltamiskäytäntö on EIT:ssä varsin joustavaa. Lisäksi on syytä huomata, että

⁵⁴⁸ Dworkin 1978, s. 27–28.

⁵⁴⁹ EIS 2 ja 3 artiklasta johdettavista prosessuaalista velvoitteista ks. Emmerson et al. 2007, s. 767–774. EIS 3 artiklasta johdettavista prosessuaalisista vaatimuksista ks. Pellonpää et al. 2012, s. 345–346.

⁵⁵⁰ Pellonpää et al. 2012, s. 351–352. Ks. myös esim. Ribitsch-ratkaisun kohta 34.

⁵⁵¹ Kohdehenkilön omalla käytöksellä on katsottu olevan merkitystä myös valtion näyttötaakkaan voimankäytöllä aiheutettujen vammojen välttämättömyyden suhteen. Ks. tästä esim. Berlinski-ratkaisun kohta 62.

EIS 2 artiklan yhteydessä selostetun, tarvittavien voimakeinojen määrään liittyvän *for good reasons* -testin on katsottu pätevän myös EIS 3 artiklan soveltamisalaan kuuluviin tapauksiin.⁵⁵²

EIS 3 artiklaa koskevaa ratkaisukäytäntöä rasittaa nähdäkseni se, että arvioitaessa virkamiesten toimintaa artiklan kannalta painopiste on ollut syntyneissä vammoissa eikä menettelyllä aiheutetussa vammojen vaarassa, mikä tulee olla kansallisessa tarkastelussa lähtökohtana. Ainakin osittain tätä saattaa selittää se, että useinkaan viranomaisten menettelystä ei ole ollut erityisen selkeää näyttöä, vaan kohtelun sisältö on ikään kuin määritetty seurauksista käsin.

On aiheellista korostaa, että EIS:n konkreettisen sisällön luojana EIT määrittää ainoastaan ihmisoikeuksien vähimmäistason. Kuten Pellonpää on todennut, suomalaisessa yhteiskunnassa vallitsevien arvostusten ja käsitysten muuttuessa on mahdollista, että PL 7 §:n vastaiseksi, ihmisarvoa loukkaavaksi katsotaan sellainenkin kohtelu, jota EIT ei ole pitänyt EIS 3 artiklan vastaisena.⁵⁵³ Yleisesti ottaen on kuitenkin todettava, että 3 artikla on niin keskeinen, että sen soveltamisalan keinotekoinen laajentaminen kohteluun, joka on lähinnä uhria hämmentävää, saattaa heikentää sen roolia osana koko EIS:n kivijalkaa.⁵⁵⁴ Toisaalta *soft law* -asiakirjoissa on kannustettu laajentavaan tulkintaan. YK:n menettelytapaohjeiden 5 artiklan kommentaarin c-kohdassa on todettu:⁵⁵⁵

”(c) The term ‘cruel, inhuman or degrading treatment or punishment’ has not been defined by the General Assembly but should be interpreted so as to extend the widest possible protection against abuses, whether physical or mental.”

Yleisemmin voidaan todeta, että keskeisimmissä *soft law* -koodistoissa on ehdottomasti kielletty kidutus, epäinhimillinen ja halventava kohtelu kaikenlaisten yhteiskunnallisten uhkienkin aikana, minkä lisäksi poliisimiehiä on erityisesti kielletty noudattamasta tällaiseen kohteluun johtavia käskyjä.⁵⁵⁶

⁵⁵² Emmerson et al. 2007, s. 757.

⁵⁵³ Pellonpää 2011a, s. 289.

⁵⁵⁴ Merrills – Robertson 2001, s. 47.

⁵⁵⁵ UN 1979. Ks. tästä myös Cassese 1993, s. 256–259, joka on puoltanut EIS 3 artiklan laajaa tulkintaa.

⁵⁵⁶ Ks. EN 1979 A. Ethics 3. kohta, UN 1979 5 artikla (ko. artiklasta ks. myös Norée 2000, s. 123), EN 2001, s. 10 sekä AI 1998, s. 3 ja 8.

3.3 EU:N PERUSOIKEUSKIRJA

Tutkimukseni teeman kannalta relevantit perusoikeudet on löydetävissä EU:n perusoikeuskirjan I osaston (Ihmisarvo) artikloista 1–4:

”1 artikla Ihmisarvo

Ihmisarvo on loukkaamaton. Sitä on kunnioitettava ja suojeltava.

2 artikla Oikeus elämään

1. Jokaisella on oikeus elämään.

2. Ketään ei saa tuomita kuolemaan eikä teloittaa.

3 artikla Oikeus henkilökohtaiseen koskemattomuuteen

1. Jokaisella on oikeus ruumiilliseen ja henkiseen koskemattomuuteen.

...

4 artikla Kidutuksen sekä epäinhimillisen tai halventavan rangaistuksen ja kohtelun kielto

Ketään ei saa kiduttaa eikä kohdella tai rangaista epäinhimillisellä tai halventavalla tavalla.”

Lisäksi II osaston (Vapaudet) 6 artikla *Oikeus vapauteen ja turvallisuuteen* kuuluu seuraavasti:

”Jokaisella on oikeus vapauteen ja henkilökohtaiseen turvallisuuteen.”

Perusoikeuskirjan selityksissä on todettu perusoikeuskirjan 2 artiklan määräyksien vastaavan Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja sen lisäpöytäkirjan artiklojen vastaavia määräyksiä. Perusoikeuskirjan 52 artiklan 3 kohdan nojalla niillä on katsottu olevan sama merkitys ja kattavuus.⁵⁵⁷ Samansuuntainen selitys on annettu myös perusoikeuskirjan 4 ja 6 artiklan osalta.⁵⁵⁸ Mainitun perusoikeuskirjan 52 artiklan 3 kohdan mukaan:

”Siltä osin kuin tämän perusoikeuskirjan oikeudet vastaavat ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyssä yleissopimuksessa taattuja oikeuksia, niiden merkitys ja ulottuvuus ovat samat kuin mainitussa yleissopimuksessa. Tämä määräys ei estä unionia myöntämästä tätä laajempaa suojaa.”

Tällä kohdalla on nimenomaan pyritty varmistamaan tarvittava johdonmukaisuus perusoikeuskirjan ja EIS:n välillä. Viimeksi mainitulla tarkoitetaan sekä yleissopimusta että yleissopimuksen lisäpöytäkirjoja.⁵⁵⁹ Oikeuskirjallisuudessa

⁵⁵⁷ HE 23/2008 vp, s. 641–642 ja 656.

⁵⁵⁸ HE 23/2008 vp, s. 642–644 ja 656.

⁵⁵⁹ HE 23/2008 vp, s. 656. EU:n perusoikeusjärjestelmän suhteesta kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin ks. myös Ojanen 2011, s. 452–454.

onkin katsottu, että Euroopan valtioiden valtiosääntötraditio välittyy EU:n perusoikeuskirjaan ensisijaisesti juuri kansainvälisten asiakirjojen ja erityisesti EIS:n välityksellä.⁵⁶⁰ 52 artiklaa täydentää 53 artikla, jonka mukaan ”tavoitteena on säilyttää unionin oikeudessa, jäsenvaltioiden lainsäädännössä ja kansainvälisessä oikeudessa kunkin soveltamisalalla tällä hetkellä annetun suojan taso”.⁵⁶¹ Hieman mystisestä ”kunkin soveltamisalalla” -maininnasta huolimatta artiklan on tulkittu ilmentävän pyrkimystä jäsenvaltioiden, EIS:n ja perusoikeuskirjan mahdollisimman sopusointuisiin tulkintoihin.⁵⁶² Tässä yhteydessä ei siten ole tarvetta laajemmin analysoida perusoikeuskirjan artikloita.

3.4 SÄÄNNÖT JA PERIAATTEET KANSAINVÄLISISSÄ SOFT LAW -INSTRUMENTEISSA

EIT:n ratkaisukäytännön voidaan arvioida vastaavan hyvin poliisin voimankäyttöä koskeissa *soft law* -asiakirjoissa esitettyjä näkemyksiä. Edellä jo selostettujen standardien lisäksi voidaan viitata esimerkiksi Euroopan neuvoston julistuksessa vuodelta 1979 todettuun:⁵⁶³

”12. In performing his duties, a police officer shall use all necessary determination to achieve an aim which is legally required or allowed, but he may never use more force than is reasonable.

13. Police officers shall receive clear and precise instructions as to the manner and circumstances in which they should make use of arms.

14. A police officer having the custody of a person needing medical attention shall secure such attention by medical personnel and, if necessary, take measures for the preservation of the life and health of this person. He shall follow the instructions of doctors and other competent medical workers when they place a detainee under medical care.”

Lääketieteellistä huomiota tarvitsevien asemaan on kiinnitetty huomiota myös YK:n *Code of Conduct* -asiakirjassa:⁵⁶⁴

⁵⁶⁰ Jyränki 2001, s. 38–39.

⁵⁶¹ SopS 67/2009, s. 657.

⁵⁶² Helander 2001, s. 107–108. Ks. myös Helander 2001, s. 120–121.

⁵⁶³ EN 1979 A. Ethics. Ks. myös Alderson 1984, s. 27, joka on huomionnut *aseen ja ylipäätään kuolettavan voiman käytölle* sekä EN 1979- että UN 1979 -asiakirjoissa annetun erityisen merkityksen.

⁵⁶⁴ UN 1979.

”Article 6

Law enforcement officials shall ensure the full protection of the health of persons in their custody and, in particular, shall take immediate action to secure medical attention whenever required.”

Artiklan kommentaarissa on sen soveltamisalasta todettu:⁵⁶⁵

”(c) It is understood that law enforcement officials shall also secure medical attention for victims of violations of law or of accidents occurring in the course of violations of law.”

EN:n vuoden 2001 suosituksen 4 kohdan tavoitteena on nimenomaan ollut edistää ennustettavuutta EIT:n käyttämiä muotoiluja hyödyntäen. Painopisteenä on ollut yhtäältä säännösten riittävä selkeys ja toisaalta saatavuus.⁵⁶⁶ Julistuksen 4 kohta kuuluu seuraavasti:⁵⁶⁷

”4. Legislation guiding the police shall be accessible to the public and sufficiently clear and precise, and, if need be, supported by clear regulations equally accessible to the public.”

Voimankäytön rajoja on yleisemmin määritetty julistuksen 37 kohdassa:⁵⁶⁸

”37. The police may use force only when strictly necessary and only to the extent required to obtain a legitimate objective.”

EU 2012 -asiakirjasta ilmeneviin yksittäisiä voimakeinoja koskeviin standardeihin palataan myöhemmin, mutta tässä yhteydessä on syytä mainita seuraavat yleisesti voimankäyttöä säänteävät ja erityisesti välttämättömyyttä tarkentavat periaatteet:⁵⁶⁹

- ”i) When possible, negotiations and warnings of the intent to use force must be exhausted before any use of force is initiated.
- ii) Only the minimum use of force necessary for achieving the immediate law enforcement aim shall be employed.
- iii) All measures to avoid escalation of force must be exhausted before the use of any force is initiated.”

⁵⁶⁵ UN 1979.

⁵⁶⁶ EN 2001, s. 33.

⁵⁶⁷ EN 2001, s. 7.

⁵⁶⁸ EN 2001, s. 10.

⁵⁶⁹ EU 2012, s. 10. Asiakirjan sivulla 11 on erikseen korostettu huolellisuuden merkitystä, mikäli tilanteessa on läsnä lapsia tai nuoria (*”where the use of force is inevitable, particular care and attention should be taken to the force proportions and ratio”*) sekä velvollisuutta hankkia mahdollisuuksien mukaan lääketieteellistä apua loukkaantuneille ja ilmoittaa loukkaantuneiden omaisille. Ks. viimeksi mainitusta myös AI 1998, s. 4.

3.5 PERUSTUSLAIN 7 §

Tutkimukseni kohteena olevia kysymyksiä ei ole Suomessa juurikaan tarkasteltu ihmisoikeuksien näkökulmasta eikä erityisemmin edes perustuslain materiaalsien säännösten näkökulmasta. Osin tähän voi olla syynä jo ennen Suomen liittymistä EIS:ään esitetyt näkemykset EIS 2 artiklan ongelmattomuudesta Suomen kannalta. Tuolloin tehdyssä selvityksessä todettiin varsin tyhjentävästi, että ”[a]rtikla 2 ei ole Suomen kannalta ongelmallinen”.⁵⁷⁰ Mainittu ongelmattomuus saattaa osin johtua siitäkin, että EIS 2 artikla itsessään ja erityisesti täydennettyinä EIT:n ratkaisukäytännöllä on huomattavasti seikkaperäisempi kuin perustuslakimme vastaava säännös.⁵⁷¹

Sanotusta huolimatta esitän seuraavassa eräitä yleisen tason huomioita PL 7 §:stä, joka turvaa oikeuden elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen.⁵⁷² Säännös, joka on edelleen alkuperäismuodossaan, kuuluu seuraavasti:

”Jokaisella on oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen.

Ketään ei saa tuomita kuolemaan, kiduttaa eikä muutoinkaan kohdella ihmisarvoa loukkaavasti.

Henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ei saa puuttua eikä vapautta riistää mielivaltaisesti eikä ilman laissa säädettyä perustetta. Rangaistuksen, joka sisältää vapaudenmenetyksen, määrää tuomioistuin. Muun vapaudenmenetyksen laillisuus voidaan saattaa tuomioistuimen tutkittavaksi. Vapautensa menettäneen oikeudet turvataan lailla.”

Säännöksellä pyritään antamaan suojaa ”ennen kaikkea henkeen, vapauteen ja ruumiilliseen koskemattomuuteen kohdistuvia oikeudenvastaisia tekoja vastaan”.⁵⁷³ Oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen

⁵⁷⁰ OJL 21/1988, s. 25. Tältä osin viitattiin myös KP-sopimuksen vastaavan sisältöiseen 6 artiklaan, joka on hyväksytty varaumitta.

⁵⁷¹ Ks. Mäenpää 2004, s. 6.

⁵⁷² Ihmisoikeusvelvoitteiden johdosta säännöksen otsikossa käytetään nykyään ilmausta ”oikeus elämään”, kun vielä vuoden 1919 HM 6 §:ssä käytettiin ilmausta ”hengen suoja”. Ks. tästä Sara-viita 2011, s. 156. Ylipäätään on todettu, että säädettäessä vuoden 1919 hallitusmuotoa perusoikeudet eivät olleet erityisen huomion kohteina, vaan niitä käsiteltiin lähinnä lyhyinä viitteinä tai detaljitajitasolla. Ks. tästä Hidén 1980, s. 14.

⁵⁷³ HE 309/1993 vp, s. 46. Säännöksessä turvatut oikeudet kuuluvat perusoikeuksien nelijaottelussa selkeästi vapausoikeuksien ja oikeusturvan ryhmään. Ks. tästä Karapuu 2011, s. 71. Muut ryhmät ovat taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet; tasa-arvoisuus-oikeudet ja osallistumisoikeudet. Ks. näistä Karapuu 2011, s. 71–73. Ks. myös Siltala 2004, s. 586–589, joka on erottellut vapausoikeudet ja TSS-oikeudet, joista viimeksi mainittuihin kuuluvat myös hallinnon lainalaisuuteen ja kansalaisten oikeusturvaan liittyvät *oikeudelliset oikeudet eli O-oikeudet*. Siltala

teen on turvattu ainakin jossain muodossa käytännössä kaikkein maiden perustuslaeissa. Kidutuksen sekä muun epäinhimillisen ja halventavan kohtelun kieltö on sitä vastoin uudempaa perua.⁵⁷⁴ Kansallisesti henkilökohtainen koskemattomuus ja turvallisuus tulivat hallitusmuotoomme vasta 1990-luvun uudistuksissa, vaikkakin henkilökohtainen koskemattomuus oli jo aiemmin johdettu HM 6 §:n hengen ja henkilökohtaisen vapauden turvasta. Myös nimenomainen kuolemanrangaistuksen, kidutuksen ja muun ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kieltö tuli uutena hallitusmuotoon 1990-luvulla.⁵⁷⁵ Myöhäisestä kirjoitettuun lakiin kirjaa misesta huolimatta mainittujen perusoikeuksien sisältö oli perusoikeuksia uudis tettaessa jo siinä määrin vakiintunut, että säännösten pääasiallisen merkityksen on katsottu olleen varmistaa saavutetun tilan säilyvyys – ”fyysisen koskematto muuden suojaa ei voida heikentää muutoin kuin (teoriassa) poikkeuslaeilla.”⁵⁷⁶

Oikeus elämään on perusoikeusjärjestelmän keskeinen säännös ja myös tär kein siinä suhteessa, että elämän kunnioittaminen on kaikkien muiden perusoi keuksien nauttimisen edellytys.⁵⁷⁷ Oikeus elämään kukaan ei ole ehdoton, vaikka tällainen näkökulma esimerkiksi hätävarjelun rajoja määritettäessä nousee hel posti mieleen. Kansallisessa sääntelyssä hätävarjelulle muodostunut sisältö, jon ka mukaan yksilön elämän riistäminen on määrätyin edellytyksin sallittua toisen hengen suojaamiseksi, viittaisi siihen, että oikeutta elämään on aina kunnioitet tava ja suojattava. Tämä näkemys murtuu, kun havaitaan, että yhteiskunta tukee

on toisaalta soveltanut myös ”*protected rights/access to justice as*” -jaottelua. Ks. myös Karapuu 2011, s. 73, jonka mukaan klassiset vapausoikeudet muodostavat perusoikeuksien *ensimmäisen sukupolven*, johon kuuluvien oikeuksien on katsottu muotoutuneen 1700-luvun loppupuolen Rans kassa ja Pohjois-Amerikassa.

⁵⁷⁴ KM 1992:3, s. 187.

⁵⁷⁵ HE 309/1993 vp, s. 17 ja 46. Hengen, kunnian ja vapauden sekä viimeksi mainitusta johdetun ruumiillisen koskemattomuuden merkityksestä (erityisesti steriloinnin ja kastroidin kannalta) ks. Kastari 1972, s. 156–159. Viljasen (Viljanen 1988, s. 43–47) mukaan henki ja ruumiillinen kos ke-mattomuus saivat suojaa – joskaan ei modernin perusoikeuskäsityksen mukaista suojaa – vuoden 1772 hallitusmuodossa, joka puolestaan pohjautui tältä osin Maunu Eerikinpojan (1347) ja Kris tofferin maanlakien (1442) kuninkaankaariin sekä vuosien 1719 ja 1720 hallitusmuotoihin. Kehi tys ei Viljasen mukaan kuitenkaan edusta katkeamatonta traditiota, vaan traditio katkesi auton omian kaudella muotoutuneen vuoden 1772 hallitusmuodon modernin tulkinnan ja viime kädessä vuoden 1919 hallitusmuodon säätämisen yhteydessä. Vuoden 1772 hallitusmuodon alkuperäisen tarkoituksen vastainen tulkinta ja vuoden 1919 hallitusmuoto merkitsivät siirtymistä modernin perustuslaillisuuden ja liberalistis-individualistisen taustaideologian perinteeseen. Ks. myös KM 1992:3, s. 54–57. Vuoden 1772 hallitusmuodon ”saavutetuista oikeuksista” ks. myös Kastari 1972, s. 30–31.

⁵⁷⁶ Saraviita 2005a, s. 339.

⁵⁷⁷ Pellonpää 2011a, s. 281. Ks. myös Hallberg 1992, s. 1277. Ulkomaisesta kirjallisuudesta ks. Leverick 2006, s. 58–59. Häkin korostaa elämisen oikeuden merkitystä yhtäältä muista oikeuk sista nauttimisen perustana sekä toisaalta elämän menettämisen lopullisuutta. Tämän oikeuden menettäminen merkitsee itsestään selvästi kaikkien itsensä kehittämiseen, tavoitteiden saavuttami seen ja elämästä nauttimiseen liittyvien mahdollisuuksien menettämistä.

monia elämälle vaarallisia toimintoja, kuten tieliikennettä. Tässä kontekstissa voimmekin perustellusti kysyä, onko hengen suojaamiseksi ryhdytty riittäviin toimiin.⁵⁷⁸

Säännöksen 2 ja 3 momenttien voidaan katsoa lähinnä täsmentävän 1 momenttia.⁵⁷⁹ Ihmisarvoa loukkaava kohtelu kattaa sekä fyysisen että henkisen kohtelun,⁵⁸⁰ mutta kiellon vaikutusalue rajoittuu Melanderin mukaan rangaistusluonteiseen toimintaan sekä viranomaisten henkilön vapauspiiriin puuttumiseen, eikä siitä voida tehdä päätelmää, että ihmisarvo olisi perusoikeusjärjestelmäsämme nimenomainen ja soveltamisalaltaan yleinen perusoikeus.⁵⁸¹

Säännöksellä ja siitä johdettavilla velvoitteilla on selkeästi kaksi ulottuvuutta. Julkisen vallan on itsestään selvästi kunnioitettava säännöksessä turvattuja oikeuksia ja pidättäydyttävä loukkaamasta niitä, minkä lisäksi julkisen vallan on luotava sellaiset olosuhteet, että perusoikeus saa suojaa myös horisontaalisuhteessa yksilöiden välillä. Viimeksi mainitussa ulottuvuudessa oikeutta henkeen, vapauteen ja koskemattomuuteen turvataan erityisesti kriminalisoimalla näihin oikeuksiin kohdistuvat loukkaukset rikoslaissa. Tässä suhteessa säännös ilmentää valtion velvollisuutta suojata yksilön elämää säätämällä henkeen kohdistuvat teot rangaistaviksi.⁵⁸² Rikosoikeusjärjestelmän tehokkuus onkin ”perustavanlaatuisen perus- ja ihmisoikeuskysymys”.⁵⁸³

Itse kriminalisointien ja niihin perustettavien seuraamusten lisäksi rikosoikeudellisen vastuun toteuttaminen antaa julkiselle vallalle mahdollisuuden laajemminkin kajota perusoikeuksiin ja nimenomaan juuri PL 7 §:n suojaamiin perusoikeuksiin. Oikeusturvaa ja oikeusjärjestystä ylläpitävien rangaistusjärjestelmien on todettu aina liittyneen perustavaa laatua olevien kunnian suojan, hengen suojan ja erityisesti vapauden suojan rajoittamiseen.⁵⁸⁴

Suojan laajuus ei typisty esimerkiksi elämän suojan osalta hengen riistämisen tai kuolemanrangaistuksen kieltoon, vaan siitä on katsottu voitavan johtaa laajempikin vel-

⁵⁷⁸ Ks. Länsineva 1998, s. 114–115.

⁵⁷⁹ Melander 2008, s. 244.

⁵⁸⁰ Jyräki 2000, s. 297 ja Saraviita 2005a, s. 343.

⁵⁸¹ Melander 2008, s. 266–267.

⁵⁸² HE 309/1993 vp, s. 46, Jyräki 2000, s. 297 ja Pellonpää 2011a, s. 281. Toisaalta se ei kuitenkaan ole estänyt säätämästä velvollisuutta maanpuolustukseen (PL 127 §), mikä sinällään voi vaarantaa henkeä.

⁵⁸³ EOAK 1997, s. 39. Ks. myös *Kulah and Koyuncu v. Turkey* -ratkaisu, jossa pidätystä vastustaneen poliisimiehen katsottiin saaneen kansallisessa tuomioistuimessa liian lievän rangaistuksen. EIS 2 artiklaa katsottiin rikotun.

⁵⁸⁴ Saraviita 2005a s. 337–338. Kuten jo aiemmin on todettu, perusoikeuksien yleiset rajoitusedellytykset rajaavat kriminalisointien käyttöä rikoksen tekijän perusoikeuksien näkökulmasta.

vollisuus esimerkiksi henkeen ja terveyteen kohdistuvista rikoksista *syyttämiseen*.⁵⁸⁵ Karapuu on todennut, että uudessa perusoikeusajattelussa säännöksen 1 momentin muotoilu viittaa kunnioittamisvelvollisuuden lisäksi lainsäätäjään ja hallintokoneistoon kohdistuviin velvoitteisiin positiivisin toimin huolehtia oikeuden toteutumisesta, jonka vastinparina yksilöllä on joissakin tilanteissa oikeus vaatia tuomioistuimessa oikeuksiensa toteutumista.⁵⁸⁶

PL 7 §:n 3 momentin muotoilussa ”ilman laissa säädettyä perustetta” on lakiteknisesti kysymys *sääntelyvaraukseen rinnastettavasta*, mutta sitä heikommin velvoittavasta muotoilusta. Se toisaalta rajoittaa perusteet lailla yksityiskohtaisemmin säädettaviksi ja toisaalta viittaa siihen, että sääntelyn sisältö määrittyy perustuslain ja tavallisen lain muodostaman kokonaisuuden pohjalta.⁵⁸⁷ Käytännössä siis perusoikeuden sisältö muodostuu perustuslain ja sitä konkretisoivan lain, joka voi sisältää perusoikeusrajoituksia (kuten esimerkiksi poliisilaki), yhteisvaikutuksesta.⁵⁸⁸ Toisaalta muotoilu, johon ei siis sisälly ”tarkemmin” tai ”erikseen” lailla säättämisen vaatimusta, jättää näitä muotoiluja enemmän harkintavaltaa.⁵⁸⁹ Perusoikeuden ydinsisältöön ei kuitenkaan voida kajota eikä perustuslain ilmaiseman pääsäännön perustaa voida heikentää lailla.⁵⁹⁰

Pohjolainen on yleisesti todennut säännöksen *lakivaruksen* sisällöllisen ulottuvuuden edellyttävän suhteellisuusperiaatteen ohjaamaa intressipunnintaa, jossa rajoittamista puoltavassa vaakakupissa ovat ”perusoikeuksien mahdollisimman hyvä turvaaminen ja perustuslain julkiselle vallalle asettama yleinen velvollisuus turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen”. Turvaamisvelvoitteella viitataan luonnollisesti PL 22 §:ään.⁵⁹¹ Korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 1990:50 viitaten Länsineva on korostanut PL 7 §:n 3 momenttiin sisältyvän erityisen rajoituslausekkeen merkitystä punnintatilanteissa. Kyse on perusoikeudesta, ”jonka rajoittaminen edellyttää korostetusti yksilöityä lakitasoista valtuutusta.” Perusoikeuksiin liittyvien ehdottomien kieltojen lisäksi myös PL 7 §:n 3 momentin ja kotirauhaa suojaavan 10 §:n 3 momentin kaltaiset kvalifioiduin rajoituslausekkein suojatut perusoikeudet saattavat siten olla punnintatilanteissa erityisasemassa.⁵⁹² Myös Viljanen on todennut PL 7 § 3 momentin olevan *kvalifioitu lakivaraus*, joka rajoitusvaltuuden antamisen lisäksi *rajoittaa* lainsäätäjän harkintavaltaa. Tässä määrittelyssä rajoitusfunktioita ilmentää lähinnä *mieli-*

⁵⁸⁵ EOAK 1997, s. 39. Ks. myös Pellonpää 2011a, s. 284, jossa kirjoittaja on säännöksestä johdettavien velvoitteiden osalta viitannut myös EIS 2 artiklasta EIT:n käytännössä johdettuihin prosessuaalisiin vaatimuksiin.

⁵⁸⁶ Karapuu 2011, s. 86–87.

⁵⁸⁷ Ks. PeVM 25/1994 vp, s. 5–6 ja PeVM 10/1998 vp, s. 12. Ks. myös Jyränki 2000, s. 293, Saraviita 2011, s. 144–145 ja Jyränki – Husa 2012, s. 404–405.

⁵⁸⁸ Saraviita 2005a, s. 75–76. Ks. myös Saraviita 2005a, s. 142 ja 237–238.

⁵⁸⁹ PeVM 25/1994 vp, s. 6 ja PeVM 10/1998 vp, s. 12.

⁵⁹⁰ Ks. PeVM 25/1994 vp, s. 6 ja Hallberg 2011, s. 56.

⁵⁹¹ Pohjolainen 1999, s. 934.

⁵⁹² Länsineva 2002, s. 144–146.

vallan kielto.⁵⁹³ Kvalifioidun lakivarauksen asettamien rajoituskriteerien lisäksi myös yleisten rajoitusedellytysten on täyttyävä.⁵⁹⁴ Myös Pellonpää näyttäisi pitävän PL 7 §:n 3 momentin muotoilua ennemminkin kvalifioituna lakivarauksena kuin sääntelyvarauksena. Hän on liittänyt mielivallan kieltoon myös sääntelyn suhteellisuuden vaatimuksen ja todennut, että ”lievää henkilökohtaiseen koskemattomuuteen puuttumista merkitsevät järjestelyt ovat toteutettavissa ilman perustuslainsäätämisyjärjestystä”.⁵⁹⁵

Lakivarauksesta poiketen *sääntelyvarausten* osalta kyse ei ole perusoikeuden rajoittamisvaltuudesta, vaan *perusoikeuden käytön sääntelystä*. Rajanveto näiden funktioiden välillä on teoriassa merkittävä, vaikkakin sillä tavoin häilyvä, että perusoikeuden käytön sääntelyä koskevat säännökset sisältävät usein sellaisia rajoituselementtejä, että ne on syytä alistaa perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten testiin. Tämän Viljanen on todennut liittyvän erityisesti järjestysluonteisiin säännöksiin ja mm. kotietsintävaltuuksiin.⁵⁹⁶ Viranomaistoiminnan kannalta *lakivaraukset* asettavat selkeästi ainakin kaksi rajoitetta. Ensinnäkään pelkästään viranomaisen antamilla säännöksillä ei voida puuttua perusoikeuksien suojaamaan alaan ja perusoikeuksiin kajoavien toimivaltuuksien käyttö on sopeutettava laintasoisen sääntelyn puitteisiin.⁵⁹⁷ Toisaalta lainalaisuusperiaatteen mukaisesti perusoikeuksia rajoittavan toimivallan tulee perustua täsmälliseen laintasoiseen sääntelyyn, ja viranomaisen tulee ”pidättäytyä toimimasta muulla kuin lain nimenomaisesti sallimalla tavalla”. Viimeksi mainitun vastinparina on yksilönäkökulmasta ”jokaisen oikeus luottaa siihen, että viranomainen noudattaa lakia, perustuslaki mukaan lukien”.⁵⁹⁸ Lailla säätämisen vaatimus on – mm. PL 80 §:stä johtuen – osa perusoikeusjärjestelmäämme ilman nimenomaisia lakivarauksiakin. Tästä johtuen lainsäätäjä voi pääsääntöisesti yleisten rajoitusedellytysten täytyessä täsmentää ja rajoittaa perusoikeutta, vaikka perusoikeussäännöksessä ei nimenomaista lakivarausta olisikaan.⁵⁹⁹

Kuvatut seikat huomioon ottaen ainakaan rikosoikeudellisen tutkimuksen näkökulmasta ei ole erityistä merkitystä sillä, katsotaanko 3 momentin muotoilun olevan sääntelyvaraus, lakivaraus vai kvalifioitu lakivaraus, vaan lähtökohtaisesti esimerkiksi poliisille voidaan *perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten täytyessä* säätää tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä toimivaltuuksia puuttua

⁵⁹³ Viljanen 2011b, s. 167–168.

⁵⁹⁴ Viljanen 2011b, s. 168.

⁵⁹⁵ Pellonpää 2011a, s. 290. Pellonpää on viitannut DNA-tunnisteen ottamista koskeneeseen perustuslakivaliokunnan lausuntoon PeVL 7/1997 vp.

⁵⁹⁶ Viljanen 2001, s. 35 ja 54–55 ja Viljanen 2011b, s. 169. Huomattakoon, että perusoikeusuudistus tuli voimaan 1.8.1995 ja poliisilaki voimaan 1.10.1995. Perusoikeusuudistuksen tultua voimaan ennen voimassa olevaa poliisilakia voitaneen perustellusti lähteä siitä, että poliisilain perusteella annettujen alemmantasoisten määräysten soveltamiseen ei liity erityisiä säätämisaikankohdan liittyviä valtiosääntöoikeudellisia ongelmia. Ks. näistä Mäenpää 1998, s. 129–130.

⁵⁹⁷ Mäenpää 1998, s. 122. Ks. myös Scheinin 1996, s. 827.

⁵⁹⁸ Mäenpää 1998, s. 122–124. Ks. myös Viljanen 2011b, s. 164–165.

⁵⁹⁹ Viljanen 2001, s. 29–30. Lakivarausten sisällöllisestä ja muodollisesta ulottuvuudesta ks. Mäenpää 1998, s. 125–126.

kansalaisten fyysiseen koskemattomuuteen.⁶⁰⁰ Toimenpiteiden tulee lähtökohtaisesti kohdistua toisten turvallisuutta uhkaaviin tai vaarantaviin henkilöihin. Voimakeinojen käytön teoreettinen maksimitaso määrittyy käytettävissä olevien voimankäyttövälineiden mukaan⁶⁰¹, joiden kirjoa voidaan eräissä tapauksissa laajentaa pyytämällä virka-apua puolustusvoimilta tai rajavartiolaitokselta.⁶⁰² Ymmärtääkseni mahdollisuus siihen, että poliisi voisi tarpeellisuus- ja puolustettavuuskriteerien puitteissa käyttää sellaisia keinoja, joihin sillä ei olisi tarvittavia välineitä, on lähinnä teoreettinen. Saraviita on kuitenkin lausueessaan sotilaallisten voimakeinojen käyttöä terrorismin torjunnassa koskevasta lakiehdotuksesta korostanut erityisesti voimakeinojen maksimitason määrittelyn tärkeyttä perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten ja erityisesti täsmällisyyden näkökulmasta.⁶⁰³

Jakson päätteeksi voidaan todeta, että poliisin voimankäytön substanssiin vaikuttavat perus- ja ihmisoikeustekijät kumpuavat erityisesti EIS:stä, sitä koskevasta EIT:n ratkaisukäytännöstä sekä vähäisemmässä määrin kansainvälisestä *soft law* -aineksesta. Eräitä erityiskysymyksiä lukuun ottamatta muiden kansainvälisten ihmisoikeusjärjestelmien ja myös kansallisen PL 7 §:n substanssia koskevan doktriinin merkitys on vähäinen.

⁶⁰⁰ Ks. HE 309/1993 vp, s. 47. Hallituksen esityksessä katsottiin, että yleisellä tasolla ”[k]äytännössä henkilökohtaiseen koskemattomuuteen puuttumiselle on alettu asettaa aikaisempaa tiukempia vaatimuksia perustuslakivaliokunnan tulkinnoissa”.

⁶⁰¹ Saraviita 2011, s. 157–158. Ks. myös Viljanen 2001, s. 58.

⁶⁰² Saraviita 2005a, s. 341. Muille kuin virkavastuussa oleville henkilöille voidaan *perusoikeuksien* näkökulmasta antaa voimankäyttöoikeuksia pääasiassa hätävarjelen kaltaisissa tilanteissa. Ks. tästä Saraviita 2011, s. 158.

⁶⁰³ Saraviita 2005b, s. 2. Ks. myös Mäenpää 2005, s. 2, joka on omassa asiantuntijalausunnossaan todennut, että ”sotilaalliset voimakeinot eivät mahdu poliisilain 27 §:n määrittelemän toimivallan puitteisiin”.

V

POLIISIN OIKEUDENMUKAINEN VOIMANKÄYTTÖ SUOMESSA

.....

Saksalaisen kielialueen vaikutuspiiriin kuuluvissa oikeusjärjestelmissä oikeuttamis- ja anteeksiantoperusteiden sisältö on varsin vakiintunut. Esimerkiksi hätävarjelu, siitä erotettava julkisoikeudellinen hätävarjelu (nykyään voimakeinojen käyttö) ja pakkotila ovat kuuluneet Suomen oikeusjärjestelmään jo vuoden 1889 rikoslaista lähtien. Rikoslain yleisten oppien uudistuksen esitöissä voitiinkin todeta, että vastuuvapausperusteita koskeva teoria oli jo 1800-luvun lopulla varsin kehittynyttä, ja ennen uudistusta puutteita oli nimenomaan lainsäädännössä.¹

Riippumatta siitä, noudatetaanko kaksi- vai kolmeosaista rikoksen rakennemallia, on kaikille tässä jaksossa käsiteltäville rikosoikeudellisille normatiivisille konstruktiolle yhteistä se, että kyse on *rikosoikeudellisen vastuun poissulkemista seikoista* eikä positiivisessa mielessä vastuuta perustavista seikoista. Kolmeosaisessa mallissa kyse on selkeästi oikeudenvastaisuuden poistavien seikkojen joukkoon kuuluvista seikoista, kun taas kaksiosaisista rikoksen rakennemallia hyödyntävät Tapani ja Tolvanen ovat sijoittaneet voimakeinojen käytön omaksi vastuun poistavaksi perustekseen. Kirjoittajat ovat perustelleet ratkaisua sillä, että toimiessaan voimankäyttöoikeutensa rajoissa esimerkiksi poliisimiehet toimivat ”normin mukaisesti”. Lisäksi he ovat todenneet, että jos joku loukkaantuu virkatoimien vuoksi, tilannetta ei tule purkaa pahoinpitelyn tunnusmerkistön avulla, vaan virkatehtävän ja toimivaltasääntelyn näkökulmasta. Jos tässä tarkastelussa todetaan, että laillisen voimakeinojen käytön rajoja ei ole ylitetty, kyseessä ei ole tunnusmerkistön mukainen teko.² Tapanin ja Tolvasen lähestymistapa vastaa lähtökohtaisesti muutoin omaa näkemystäni, mutta voimakeinojen käytön erottelulle muista toimivaltuuksista omaksi kategoriakseen on vaikea löytää perusteluita muualta kuin rikoslaista, jossa voimakeinojen käyttö on – ilmeisesti historiallisista syistä – erotettu omaksi vastuuvapausperustekseen.

¹ HE 44/2002 vp, s. 110–111.

² Tapani – Tolvanen 2008, s. 298.

1 Voimakeinon määritelmä

Poliisikomitean mietinnössä vuodelta 1986 voimakeinolla tarkoitettiin ”toimintaa, jolla välittömästi tai välillisesti pyritään vastarinnan murtamiseen käyttämällä ruumiillista voimaa ja erilaisia voimankäytön apuvälineitä”.³ SM:n poliisin voimakeinojen käyttämisestä antaman asetuksen (voimakeinojen käyttöasetus) 2 §:n 1 kohdassa on puolestaan todettu voimakeinojen käytöllä tarkoitettavan ”voimankäyttövälineen tai fyysisen voiman käyttämistä siten, että sillä pyritään vaikuttamaan tehtävän kohteena olevan henkilön käyttäytymiseen joko suoraan tai välillisesti”. Kohdehenkilön käyttäytymiseen vaikuttamiseen viittaa myös kansainvälisen *soft law* -asiakirjan määrittely, jonka mukaan voimankäyttöä on ”*that amount of effort required by police to compel compliance from an unwilling subject*”.⁴

SM:n kulkuneuvon pysäyttämisestä antaman asetuksen 4 §:n mukaan voimakeinojen käyttönä on pidettävä myös ajoneuvon pakkopysäyttämistä. Vaikka tässä tutkimuksessa keskitytään henkilöitä kohtaan käytettäviin voimakeinoihin, on hyvä muistaa, että voimakeinoja voidaan käyttää myös esineitä kohtaan. Voimassa olevan PolL 27 §:n 1 momentin mukaan voimakeinoja voidaan käyttää esteen poistamiseksi, ja UPL 2 luvun 7 §:n nojalla:

”Edellä 4–6 §:ssä tarkoitetuissa tapauksissa saadaan huone, säilytyspaikka tai muu vastaava toimenpiteen kohde tarvittaessa avata voimakeinoja käyttäen.”⁵

Oikeuskirjallisuudessa on voimakeinoille ja voimankäytölle annettu jossain määrin erilaisia merkityssisältöjä. Sinisalo on viitaten tuolloin voimassa olleeseen RL 3 luvun 8 §:ään todennut tarkoittavansa voimakeinoilla ”jokaista vastarinnan murtamiseksi käytettävää fyysistä keinoa”. Hän ei ole ollut halukas hyödyntämään väkivalta–voimakeino–vastakkainasettelua, mutta on kuitenkin todennut, että voimakeinon käyttäminen on nimenomaan oikeusjärjestyksen hyväksymää fyysisen voiman käyttöä.⁶ Kiehelä ja Hakonen ovat todenneet voima-

³ KM 1986:16, s. 500.

⁴ IACP 2012, s. 14. Liiallinen voimankäyttö määritettiin seuraavasti: ”*The application of an amount and/or frequency of force greater than that required to compel compliance from a willing or unwilling subject.*”

⁵ Ks. myös Helminen et al. 1999, s. 107 ja 293.

⁶ Sinisalo 1971, s. 133–135. Ks. myös HE 67/1966 vp, s. 3. Väkivalta- ja voimakeino-termien erottelusta ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 770 sekä ulkomaisesta kirjallisuudesta Vincent 2012, s. 66 av. 1.

keinojen käyttämisessä olevan kyse ”välittömän tai välillisen fyysisen pakon käyttämisestä tehtävän suorittamista estävän tai haittaavan vastarinnan voittamiseksi”.⁷ Loman on puolestaan todennut voimakeinoilla tarkoitettavan (rikoslain terminologiassa) yksinkertaisesti fyysisen voiman käyttöä.⁸ Poliisioikeudellisesta kirjallisuudesta on syytä mainita myös Helmisen ym. poliisioikeuden perusteoksessaan esittämä määritelmä. Heidän mukaansa voimakeinojen käyttöä on poliisin toimivalta ”virkatehtävää suorittaessaan käyttää vastarinnan murtamiseksi tai muutoin virkatehtävän toteuttamiseksi ruumiinvoimia tai erilaisia välineitä, jopa ampuma-asetta”. Määritelmä edellyttää siis, että poliisimies on suorittamassa laillista eli toimivaltaansa kuuluvaa virkatehtävää.⁹ Toisaalta voimakeinojen käyttö on lähtökohtaisesti sallittua kaikenlaisissa poliisitehtävissä.¹⁰

Myös rikosoikeudellisessa oikeuttamisperusteita käsittelevässä kirjallisuudessa on esitetty joitakin määritelmiä voimakeinojen käytölle. Rikosoikeuden yleisten oppien perusteoksessa on todettu voimakeinojen kynnyksenä voitavan pitää *fyysistä voimankäyttöä*, jota on käsitteenä yksilöity toteamalla, että yksinkertaisin voimakeinojen käytön muoto on ”kohteeseen kiinnikäyminen ja hänen taltuttamisensa esimerkiksi käsiotteella”.¹¹ Kerttula on asettanut voimakeinoiksi katsottavien keinojen kynnyksen huomattavan matalalle. Hän on määritellyt voimakeinojen käytön fyysisiksi keinoiksi, joiden tarkoituksena on laissa säädettyjen edellytysten täytyessä turvata orgaanin toimivallan käytön toteutuminen, minkä lisäksi hänen mukaansa myös *psykkinen keino*, joka sisältää ”fyysiseen koskemattomuuteen kohdistuvan uhkauksen”, on voimakeinojen käyttöä. Hänen mukaansa ”esimerkiksi pakenevaa murtomiestä koiran irtipäästämisellä uhkaava vartija käyttää voimakeinoja”. Laittoman uhkauksen tunnusmerkistön täyttävä toiminta tulee oikeutetuksi nimenomaan voimakeinojen käytönä.¹² Ainakaan poliisitoiminnan kontekstissa tämä ei nähdäkseni pidä paikkaansa. Ainoastaan ampuma-aseella uhkaaminen on voimakeinojen käyttöä ja muilla voimakeinoilla ”uhkaaminen” on lähtökohtaisesti ymmärrettävä käskytykseen rinnastettavaksi voimakeinosta varoittamiseksi, jolla lähinnä pyritään antamaan kohdehenkilölle mahdollisuus luopua vastarinnasta. Kyse on siis toimivallan mukaisesta toiminnasta.

⁷ Kiehelä – Hakonen 1993, s. 101.

⁸ Loman 1997, s. 47–48.

⁹ Helminen et al. 1999, s. 277 ja Helminen et al. 2012b, s. 768. Samoin Helminen et al. 2005, s. 466 ja saman teoksen uudempi painos Helminen et al. 2012a, s. 676.

¹⁰ Helminen et al. 1999, s. 288.

¹¹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 299. Ks. myös Loman 1997, s. 117 ja Frände 2012, s. 154.

¹² Kerttula 2010, s. 351.

Sallittavana ”ruumiinvoimien käyttämisenä” Ylösjoki näyttää pitäneen lähinnä henkilöön tarttumista ja erilaisten kuljetusotteiden käyttöä, kun taas lyömistä ja tönimistä hän ei ole hyväksynyt.¹³ Poliisioikeuden perusteoksessa vuodelta 1999 ruumiinvoimilla on tarkoitettu puolustautumiskeinoja sekä sidonta- ja kuljetusotteita. Voimankäytössä tulee sen sijaan välttää kuristusotteita, tarttumista hiuksiin, nenään tai korviin, iskuja ja potkuja arkoihin ruumiinosiin sekä erityistä kipua tai vammautumista aiheuttavia keinoja.¹⁴ Tutkijan huomio kiinnittyy väistämättä siihen, että patukalla lyömiseen suhtaudutaan yleisesti myönteisemmin kuin nyrkillä lyömiseen.¹⁵ Lähtökohtaisesti nyrkeillä lyöminen ja potkiminen sallitaan ainoastaan hätävarjelutilanteissa.

Hätävarjelutilanteissa on lähtökohtaisesti oikeus puolustautua käyttäen kaikkia käsillä olevia välineitä ja esineitä.¹⁶ Auglend ym. ovat esimerkiksi katsoneet kurkkuotteen – kurkusta puristamisen kädellä tai käsivarrella – kielletyksi, ellei kyseessä ole hätävarjelutilanne, jossa lievemmät, vähemmän riskialttiit keinot eivät ole riittäviä.¹⁷ Samoin on todettu, että patukkaa voidaan hätävarjelutilanteessa käyttää muihinkin ruumiinosiin kuin niihin, joita voimakeinojen käytössä pidetään hyväksyttävinä.¹⁸ Hätävarjelutilanteissa voidaan siis käyttää muutoin kiellettyjä keinoja ja välineitä sekä voimankäyttövälineitä hallinnollisten määräysten ja ohjeiden vastaisesta.¹⁹

Koska voimakeinon määritelmä ei ole noussut käytännössä ongelmalliseksi, en ryhdy sitä tässä tarkemmin määrittelemään. Voitaneen kuitenkin lähteä siitä, että voimakeinojen käyttöasetuksessa sekä *soft law* -aineksessa mainittu henkilön käyttäytymiseen vaikuttaminen tai henkilön toimintakyvyn rajoittaminen tapahtuu tyypillisesti aiheuttamalla kohdehenkilölle jonkinlainen epämiellyttävä fyysinen tuntemus, minkä tarkoituksena on taivuttaa kohdehenkilö poliisimiehen tahtoon. Esimerkiksi kiinniotettavan käteen tarttuminen lähinnä symbolisena eleenä ei mielestäni ole – perusoikeuksienkaan näkökulmasta – voimakeinojen

¹³ Ylösjoki 1966, s. 266. Ks. myös KM 1986:16, s. 134–135 ja Loman 1997, s. 114.

¹⁴ Helminen et al. 1999, s. 295. Samoin Helminen et al. 2012b, s. 783. Oikeuskäytännön perusteella samoin on katsonut Loman 1997, s. 117–118. Ks. myös Jareborg 2001, s. 273, joka on maininnut kielletyksi menettelyksi myös kurkkuun tarttumisen, sekä Berggren – Munck 2011, s. 80. Ks. myös Auglend et al. 2004, s. 435, joiden mukaan lyöminen (*bruk av slag*) tulee käytettäväksi ainoastaan hätätilanteissa, kuten aseiden riistämiseksi.

¹⁵ Ks. Norée 2000, s. 177.

¹⁶ Helminen et al. 1999, s. 295–296 ja Helminen et al. 2012b, s. 783. Samoin Norée 2000, s. 202.

¹⁷ Auglend et al. 2004, s. 435. Tätä voidaan pitää perusteltuna, kun otetaan huomioon, kuinka suuri osa voimankäytön kohdehenkilöiden kuolemista näyttäisi liittyvän tukehtumiseen. Ks. tästä Norée 2000, s. 172–174.

¹⁸ Auglend et al. 2004, s. 437.

¹⁹ Ks. Westerlund 2003, s. 19.

käyttöä, ellei tarttuminen aiheuta ainakin vähäistä kipua.²⁰ Kärjistäen voitaneen sanoa, että voimakeinojen käytön keskeisenä elementtinä on ”henkilön hallinta kivulla” tai ainakin aiheuttamalla hyvin epämiellyttäviä tuntemuksia.²¹ Tämä havainto pätee nähdäkseni myös esimerkiksi etälamauttimeen, joka toki vaikuttaa muillakin tavoin kohdehenkilöön. Sitä vastoin käsirautojen käyttö lähinnä liikkumisvapautta rajoittavana välineenä poikkeaa tässä suhteessa muista voimankäyttövälineistä.²² Tutkimuksen edetessä pyritäänkin kiinnittämään huomiota myös sen arviointiin, kuinka perusteltua on arvioida käsirautojen tai muiden sidontavälineiden käyttöä ylipäätään voimakeinojen käytön näkökulmasta.

Edellä kerrottu ei kuitenkaan päde ampuma-aseen käyttöön. Ampuma-aseen käyttö ja sillä uhkaaminen on määritelty voimakeinojen käyttöasetuksen 2 §:n 3 ja 4 kohdissa.²³ Asetuksessa on todettu tarkoitettavan:

”3) ampuma-aseen käytöllä ampuma-aselain (1/1998) 2 §:ssä tarkoitettun ampuma-aseen käytöstä varoittamista, sillä uhkaamista ja laukauksen ampumista. Ampuma-aseen esille ottaminen ja toimintavalmiuteen saattaminen eivät ole ampuma-aseen käyttöä.

4) ampuma-aseella uhkaamisella ampuma-aseen suuntaamista siten, että kohdehenkilöllä on yleisen elämäkokemuksen mukaan vaara joutua kaikkein ankarimpien voimakeinojen käytön kohteeksi, jollei hän noudata sitä käskyä, jota ampuma-aseella uhkaamisella tehostetaan.”

Ampuma-ase on voimankäyttöasetuksen 1 §:n 2 kohdassa viitatussa PolA 18 § 2 momentissa mainittu voimankäyttövälineeksi, eli ampuma-aseen käyttö on voimakeinojen käyttöä voimakeinojen käyttöasetuksen systematiikassa. Koska ampuma-aseella uhkaaminen on ampuma-aseen eli voimankäyttövälineen käyttöä, se on myös voimakeinojen käyttöä.²⁴

²⁰ Samansuuntaisesti Majanen 1979, s. 320. Majanen ei ilmeisesti ole pitänyt voimakeinoina henkilöön tarttumista tai edes hänen kantamistaan pois. Ks. myös Kerttula 2010, s. 300, joka on laajentanut voimakeinojen käytön määritelmää Majasen katsannosta esittämällä, että tilannetta tulee arvioida voimakeinojen käyttönä ”aina silloin, kun toisen fyysiseen koskemattomuuteen puututaan tavalla, joka ei ilman nimenomaista voimankäytösäännöstä olisi sallittu”. Samoin voimankäytöstä ihmisoikeuksien näkökulmasta kirjoittanut Alderson 1984, s. 67 on katsonut, että voimankäyttöä olisi jo ”*mere laying of a hand upon a person to signify arrest*”. Samansuuntaisesti Auglend et al. 2004, s. 434 ja Berrgren – Munck 2011, s. 77.

²¹ Ks. Sinisalo 1971, s. 137, joka on todennut, että vallattuun rakennukseen suihkutettu vesisuihku tai kynnelkaasu ei ”sinänsä *edes* voi siirtää rakennuksessa olevia ihmisiä. Se tekee ainoastaan heidän olonsa niin epämiellyttäväksi, että he itse ’päättävät’ siirtyä pois.”

²² Voimakeinojen käyttöasetus 4 §:n 3 momentti. Joissain erittelyissä jopa poliisin läsnäolo ja poliisin puhe (kehotukset ja käskytykset) on katsottu voimankäytöksi. Ks. tästä Crank 2004, s. 99.

²³ Ks. myös poliisiasetomikunnan samansuuntaiset määritelmät KM 1988:27, s. 76–79.

²⁴ Mainittakoon myös, että Ruotsissa Boucht on jaotellut voimakeinojen käyttöön fyysiseen voimaan, voimankäyttövälineiden käyttöön ja ampuma-aseen käyttöön. Ks. tästä Boucht 2011a, s. 154. Voimankäyttövälineiden erilaisista luokittelutavoista ks. Boucht 2011a, s. 155–160.

2 Voimakeinojen käytön oikeuttaminen rikoslaissa

2.1 YLEISTÄ

Rikoslain yleisiä oppeja uudistettaessa nähtiin voimakeinojen käytön osalta suurimman muutostarpeen olevan rikoslain ja viranomaisen toimivaltasääntelyn selkeässä eriyttämisessä. Uudistuksen yhteydessä esitöihin kirjattiin yksiselitteisesti jo vuoden 1995 poliisilain uudistuksessa käytössä ollut sääntelymalli, jonka mukaan voimakeinojen käyttötilanteita tulee aina ensisijaisesti tarkastella kunakin viranomaisen omien toimivaltasäännösten näkökulmasta. Rikoslain tehtäväksi jää lähinnä säännellä, miten toimitaan, jos hallinnonalakohtaisissa toimivaltasäännöksissä määritetyn sallitun menettelyn rajat on ylitetty. Poliisilakia uudistettaessa tehty lainsäädännöllinen linjaus vahvistettiin rikoslain yleisten oppien uudistuksen myötä kattamaan kaikki muutkin ammattiryhmät. Tämä ratkaisu oli myös vahvasti käytännön sanelema, sillä arvioitavana olevat tilanteet vaihtelevat merkittävästi eri viranomaisten ja tehtäväalojen välillä.

Rikoslakiin jäi vuonna 2004 ainoastaan yleisen tason säännös oikeudesta voimakeinojen käyttöön ja sallittujen voimakeinojen uloimmista rajoista, kun taas sallittujen voimakeinojen määrästä, voimakeinojen käyttöön oikeutettujen henkilöpiiristä sekä niistä tehtävistä, joiden suorittamiseen voimakeinoja voidaan käyttää, tulee säätää mahdollisimman kattavasti hallinnonalaa koskevassa lainsäädännössä.²⁵ Tämä sääntelytapa vastannee osaltaan myös keskeisimpiin rikoslain yleisen osan kodifointiin kohdistuneisiin tarpeisiin, jotka Lappi-Seppälän mukaan kumpusivat erityisesti laillisuusperiaatteen ja oikeusturvan tarpeista, koska siihen mennessä suuri osa rikosvastuun keskeisistä perusteista oli pohjannut oikeuskäytännölle ja oikeuskirjallisuuden kannanotoille. Kodifioinnin yhteydessä sisällölliset muutokset jäivät vähäisiksi.²⁶

Uudistus merkitsi myös sitä, että kaikille hallinnonaloille tuli välttämättömäksi säätää tarvittavat voimakeinojen käytösäännökset, koska rikoslakiin tällaisia

²⁵ HE 44/2002 vp, s. 19 ja 127–128. Majanen on jo väitöskirjassaan vuodelta 1979 hahmotellut tämän tyyppistä sääntelyä. Ks. Majanen 1979, s. 116–177. Ks. myös Pohjolainen 1999, s. 937, jossa on todettu, että ”[r]ikoslakiin jätettäisiin näiden tapausten varalta vain säännökset sallittujen toimivaltuuksien ylittämiseen mahdollisesti liittyneiden lieventävien asianhaarojen vaikutuksesta menettelyn rangaistavuuteen”.

²⁶ Lappi-Seppälä 2003, s. 752 ja 758.

säännöksiä ei jäänyt. Hallinnonalakohtaisella lainsäädännöllä voidaan voimankäyttöoikeutta luonnollisesti rajoittaa siitä, mihin rikoslaki antaa oikeudet. Tällaisen sääntelymallin on katsottu tukevan myös perusoikeuksien ja PL 124 §:n toteutumista.²⁷

Hallituksen esityksen 44/2002 vp mukaan siihen kirjatut voimakeinojen käyttösäännökset eivät säättämisyjärjestyksen näkökulmasta merkinneet tuolloin voimassa olleen sääntelyn laajennusta.²⁸ Voitaneen arvioida, että kyse oli sellaisesta perustuslaista tehtävästä aineellisesta poikkeuksesta, joka voidaan rinnastaa ns. aukkteoriaan, jonka mukaisesti uudet säännökset eivät laajenna alkuperäistä perustuslakiin tehtyä poikkeusta.²⁹ Merkitystä on luonnollisesti myös sillä, että sääntelyn tarve on johdettavissa PL 7 §:n 3 momenttiin sisältyvästä lakivaraumasta. Myös perustuslakivaliokunta piti sääntelyn tarkkarajaisuusvaatimuksen kannalta asianmukaisena, että oikeudesta voimakeinojen käyttöön säännellään eri viranomaisten ja tehtäväälojen osalta erikseen. Valiokunta on kuitenkin korostanut, että puolustettavuus- ja tarpeellisuusvaatimuksista tulee rikoslain lisäksi säätää myös eri viranomaisten ja tehtävänälojen säännöksissä.³⁰

Samoin kuin pakkotilaan ja hätävarjeluun, myös voimakeinojen käyttöön on liitetty mahdollisuus lähinnä subjektiivisin perustein tapahtuvaan rikosoikeudelliseen anteeksiantoon.³¹ Ensin mainituista poiketen voimakeinojen käytön liioittelutilanteissa anteeksianto edellyttää RL 4 luvun 6 §:n 3 momentin mukaan ”erittäin painavia perusteita”. Toimivaltasääntelyä yhtenäistettiin myös tältä osin siten, että voimakeinojen käyttöä säänteleviin rikoslain ulkopuolisiin hallinnonalakohtaisiin lakeihin otettiin viittaus mainittuun lainkohtaan.³²

Kuten todettua, rikoslaissa säädetään voimakeinojen käytön uloimmista rajoista ja siitä, miten menetellä sallitun menettelyn rajojen tultua ylityiksi. Sallitun voimankäytön rajojen määrittelyssä ei ole ainakaan tähän mennessä tehty suurtakaan eroa rikos- ja poliisioikeuden välillä, mistä syystä poliisioikeudellinen voimakeinojen lain- ja asetustentasoinen sääntely otetaan tutkimuksen kohteeksi ennen siirtymistä sallittua voimankäyttöä määrittävän oikeuskäytännön pariin.³³ Mikäli rikos- ja poliisioikeuden voimakeinojen käytölle asettamissa ra-

²⁷ HE 44/2002 vp, s. 127 ja 129. Ks. myös Koskinen 2008, s. 56 ja aiemmasta oikeustilasta Frände 2005a, s. 163–164 ja 167. RL 45 luvun 26 a §:n tultua kumotuksi puolustusvoimista annetun lain (551/2007, kumoamissäännös 553/2007) säätämisen myötä myös sotilaiden oikeudesta voimankäyttöön säädetään rikoslain ulkopuolella.

²⁸ HE 44/2002 vp, s. 248.

²⁹ HE 1/1998 vp, s. 164 ja PeVM 10/1998 vp, s. 31.

³⁰ PeVL 31/2002 vp, s. 3–4.

³¹ HE 44/2002 vp, s. 19.

³² HE 44/2002 vp, s. 128.

³³ Samanlaista jaottelua yhtäältä voimakeinojen käyttötilanteiden ja toisaalta sallittujen keinojen (voimakeinojen määrä ja muodot) analyysiin on hyödyntänyt myös Loman voimakeinojen käyttöä koskevassa teoksessaan. Ks. tästä Loman 1997, erit. s. 50–66 ja 100–126.

joissa havaitaan tosiasiallisia käytännön eroja, näihin kiinnitetään asianmukaista huomiota. Rikosoikeuden reagointitapoja liialliseen voimankäyttöön puolestaan käsitellään tutkimuksen kuudennessa pääjaksossa. *Hätävarjelua* koskevaa poliisioikeudellista sääntelyä ei nykytilassa ole³⁴, ja siltä osin kuin sillä ei ole erityistä merkitystä poliisitoiminnan kannalta, käsitellään hätävarjelua koskevaa oikeuskäytäntöä jo kuvattaessa yleistä oikeutta hätävarjeluun.

Sallitun voimankäytön, joka siis käsitteistössäni kattaa sekä hätävarjeluun että voimakeinojen käytön, rajoja asetettaessa on syytä muistaa, että samaan lopputulemaan voidaan päästä useilla erilaisilla laillisilla menettelytavoilla.³⁵ Kuten olen jo tutkimukseni johdannossa todennut, erityisesti rikosoikeuslähtöisen poliisitoiminnan tarkastelun painopisteenä tulee olla kiellettyjen toimintatapojen osoittaminen eikä valinnan tekeminen useiden laillisten menetelmien ja niiden käyttötapojen joukosta.

2.2 RIKOSLAISSA MÄÄRITETYT SALLITUN VOIMAKEINOJEN KÄYTÖN ULOIMMAT RAJAT

Sallittujen voimakeinojen uloimmat rajat määritetään RL 4 luvun 6 §:n 2 momentissa:

”Voimakeinoja käytettäessä saa turvautua vain sellaisiin tehtävän suorittamiseksi tarpeellisiin toimenpiteisiin, joita on pidettävä kokonaisuutena arvioiden puolustettavana, kun otetaan huomioon tehtävän tärkeys ja kiireellisyys, vastarinnan vaarallisuus sekä tilanne muutenkin.”

Säännöksen ydinsisältö voidaan kiteyttää tarpeellisuus- ja puolustettavuusvaatimuksiin. Tarpeellisuus viittaa nimenomaan tarpeellisuuteen kulloinkin suoritettavan lakisääteisen tehtävän kannalta. Joka tilanteessa on käytettävä ”lievintä tarkoitukseen johtavaa keinoa”. Tätä kovemmat voimakeinot ovat ankaruudessaan tarpeettomia. Keinojen voimakkuuden lisäksi tarpeellisuusvaatimus sisältää ajallisia rajauksia voimakeinojen käytölle. Voimakeinoja ei saa käyttää ennen kuin ne ovat tarpeen (välttämättömiä), ja toisaalta voimakeinojen käytöstä tulee luopua heti, kun niillä on saavutettu haluttu päämäärä tai ne eivät muutoin ole enää yksittäisessä tilanteessa tarpeen.³⁶ Tarpeellisuusvaatimukseen on liitetty

³⁴ Ks. esim. SM:n asetus poliisin voimakeinojen käyttämisestä 1 §:n 2 mom.

³⁵ Sinisalo 1971, s. 171.

³⁶ HE 44/2002 vp, s. 128–129. Ks. myös Frände 2005b, s. 51–52, joka on kummeksuen todennut ko. momentista, että ”[i] bestämmelsen sägs däremot inget om de situationer och syften som måste föreligga för att maktmedel skall kunna tillgripas”. Muiden lakien merkitys korostuu tältä osin.

myös tehokkuusulottuvuus eli, jos teonhetkessä *ex ante* -arviossa jotkut vaihtoehtoisista keinoista eivät missään oloissa voi johtaa tavoiteltuun tulokseen, niitä ei voida pitää tehtävän suorittamiseksi tarpeellisina.”³⁷ Tällaisissa tilanteissa voimakeinojen käyttö voidaan siis jo etukäteen arvioida tuloksettomaksi.

Tarpeellisuusvaatimuksesta johtuu, että ennen voimakeinojen käyttöä tulee tilanne pyrkiä selvittämään lähinnä suusanallisesti kehotuksin tai käskyin.³⁸ Käskyjen ja voimakeinojen käytön rajapinta ei välttämättä ole kovinkaan selkeä. Voidaan kysyä, miten tulee esimerkiksi suhtautua siihen, että henkilöt käsketään asettumaan makuulle maahan tarkoituksena turvata henkilötarkastus, vaikka oikeutta voimakeinojen käyttöön vastarinnan tms. syyn takia ei ole.³⁹ Tältä osin voidaankin viitata myöhempiin havaintoihin tavanomaisoikeudellisten toimivaltuuksien tarpeesta.

Puolustettavuusvaatimus viittaa suhteellisuusperiaatteeseen ja erityisesti siitä johdettavaan suoritettavan tehtävän ja voimakeinoilla aiheutettavan intressiloukkauksen väliseen punnintaan.⁴⁰ Voimakeinojen käytöllä tavoiteltavien päämäärien sekä aiheutettavien haittojen tulee olla oikeassa ja kohtuullisessa suhteessa keskenään.⁴¹

Kuten edellä on todettu, puolustettavuusarviointi tuli osaksi voimakeinojen käyttöä (julkisoikeudellinen hätävarjelu) jo vuonna 1932 (154/1932) voimaan tullessa RL 3 luvun 8 a §:ssä. Puolustettavuutta edellytettiin myös vuonna 1967 (621/1967) voimaan tullessa 3 luvun 8 §:ssä. Sitä vastoin 8 §:ää uudistettaessa voimassa olleissa poliisilain 18 §:ssä ja 20 §:ssä puolustettavuusvaatimusta ei ollut asetettu.⁴²

Kuten todettua, kaikkiin voimakeinojen käyttöä koskeviin säännöksiin tulee sisältyä vaatimukset voimakeinojen puolustettavuudesta ja tarpeellisuudesta. Tämän lisäksi voidaan säätää muistakin rajoittavista kriteereistä. Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että nimenomaan rikoslain säännöksen maininta ”tilanne muutenkin” oikeuttaa esimerkiksi PolL 27 §:n 2 momentissa käytetyn kriteerin

³⁷ HE 44/2002 vp, s. 129.

³⁸ Helminen et al. 1999, s. 291. Ks. myös Loman 1997, s. 47. Erityisesti henkisestä valmiudesta voimankäyttöön sekä käskyjen ja kehoitusten antamisesta ks. Ellonen – Nurmi 1997a, s. 85–86.

³⁹ Tämän tyyppisen tilanteen on kuvannut Norée 2008, s. 56–57. Kuvauksesta ei kuitenkaan täysin yksiselitteisesti selviä, oliko kohdehenkilöiden saattamiseksi maahan käytetty voimakeinoja vai ainoastaan käskyjä.

⁴⁰ HE 44/2002 vp, s. 128.

⁴¹ HE 44/2002 vp, s. 130. Jokamiehen kiinniotto-oikeuden laajuutta määrittäessään lakivaliokunta on täsmentänyt puolustettavuusarviointia toteamalla, että puolustettavuusvaatimuksesta johdettava intressivertailu edellyttää, että pakenemisen estämiseksi ei ole sallittua käyttää yhtä ankaria voimakeinoja kuin hyökkäyksen torjumiseksi tai vastarinnan murtamiseksi. Ks. tästä LaVM 28/2002 vp, s. 14.

⁴² Ks. Majanen 1979, s. 253–255 ja 259.

”käytettävissä olevista voimavaroista”.⁴³ Mainitun poliisilain kriteerin on katsottu myös tekevän poliisilain voimakeinojen käytösäännöksestä erityissäännöksen suhteessa rikoslain yleissäännökseen.⁴⁴ Tästä *lex specialis* -sääntöön viittaa vasta näkemyksestä huolimatta voitaneen edelleen katsoa, että rikoslain säännöksi on sovellettava kaikkiin voimakeinojen käyttötilanteisiin. Hallinnonalakohtaisten säännösten sisällöstä riippumatta huomioon tulee siten aina otettavaksi tehtävän tärkeys, kiireellinen luonne sekä vastarinnan vaarallisuus. Näistä viimeksi mainittu nousee käytännössä tärkeimmäksi.⁴⁵ Tulkintateoreettisesta näkökulmasta kyse on *lex specialisin* toimimisesta yhteensovittamismallin mukaisesti ennemminkin ensisijaisuusperiaatteena kuin valintasääntönä.

Rikoslain ja hallinnonalakohtaisten säännösten suhde ei kuitenkaan ole aivan ongelmaton. Esimerkiksi Kerttula on todennut, että ”[t]arkkaan ottaen ohjeet eivät käsitykseni mukaan voi kuitenkaan olla täydentäviä ja tarkentavia muutoin kuin siten, että niillä täsmennetään voimakeinojen käyttöön liittyviä tarpeellisuus- ja suhteellisuusvaatimuksia siitä, miten ne RL 4:6:n säännöksen perusteella muutoin määräytyisivät.”⁴⁶ Tämä ajatus poikkeaa hieman Pekka Koskisen näkemyksistä, joka on katsonut, että poliisin toimiessa virkavelvollisuuksien mukaisesti ”asiaan ei alun perinkään liity rikosoikeudellisia ulottuvuuksia”.⁴⁷ Koskisen näkemys voitaneen ymmärtää niin, että arvioitaessa voimankäytön tasoa yksittäisessä tilanteessa arviointi tapahtuisi yksinomaan poliisioikeudellisten lähteiden perusteella eikä rikoslaille ja sen esitöille annettaisi merkitystä. Toisaalta jos katsotaan RL 4 luvun 6 §:n sinänsä varsin avoimen muotoilun ilmentävän lainsäätäjän tekemää punnintaa siitä, miten eri toimijoiden oikeudet voimakeinojen käyttötilanteessa arvostetaan, tulisi hallinnonalakohtaisessa sääntelyssä pidättäytyä kiristämästä rikoslaissa asetettuja kriteerejä ja lähinnä pyrkiä antamaan avoimille rikoslain ilmauksille tarkempaa sisältöä.

Samoin poliisilain ja sen nojalla annettujen asetusten suhteesta on esitetty, että voimakeinojen käyttöasetuksella ei supisteta eikä voida supistaa poliisimiehen oikeuksia siitä, mitä ne ovat poliisilain 27 §:n mukaan, vaan sillä tarkennetaan niitä. Asetuksen säännösten tulisi siis vastata sisällöltään poliisilain säännöksiä, mutta viime kädessä esimerkiksi tutkittaessa poliisirikoksia eri viranomaisissa ja tuomioistuimissa tekevät ko. tahot omat arvionsa menettelyn *lain* mukaisuudesta.⁴⁸ Yleisesti ottaen mainitun

⁴³ Frände 2012, s. 156. Ks. myös HE 44/2002 vp, s. 130.

⁴⁴ Helminen et al. 2012b, s. 782.

⁴⁵ Frände 2012, s. 155–156.

⁴⁶ Kerttula 2010, s. 354. Ks. myös HE 44/2002, s. 130.

⁴⁷ Koskinen 2008, s. 56.

⁴⁸ Frände 2005b, s. 50–51. Ks. myös av. 8. Frände on tältä osin viitannut asetuksen 1 §:n 1. momentin muotoiluun. Aiemmin Frände katsoi, että asetus merkitsee selvää rajoitusta PolL 27 §:ään verrattuna (ks. tästä Frände 2005a, s. 166–167), mutta rikosoikeuden yleisten oppien perusteoksen uudemmassa painoksessa Frände on tyytynyt toteamaan, että ”[v]aikka asetuksella ei voida suo-

asetuksen voidaan katsoa osoittavan oikeaksi Saraviidan havainnon siitä, että PL 80 §:n säännös yhdistettynä ankaraan perusoikeuksien lakitasoa edellyttävään säätämisjärjestykseen sekä perustuslakivaliokunnan rooliin on johtanut siihen, että asetuksilla ei juurikaan ole perusoikeusvaikutuksia.⁴⁹

raan määrätä PolL 27 §:n tulkintaa, sillä on kuitenkin suuri merkitys toimenpiteen puolustettavuuden kokonaisarvioinnissa.” Ks. tästä Frände 2012, s. 154. Ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 789, joiden mukaan tuomioistuimissa sovelletaan *vain lain säännöksiä*, mutta hallinnollisilla määräyksillä ja ohjeilla saattaa olla merkitystä ”tulkittaessa harkinnanvaraisia arviontikriteereitä ja pyritäessä osoittamaan ns. hyvän poliisikäytännön sisältöä.” Kannanoton merkitys RL 40 luvun kriminalisointien näkökulmasta jää avoimeksi.

⁴⁹ Saraviita 2011, s. 296. Ks. myös Viljanen 2011b, s. 148–149. Viljanen on todennut PL 80 §:n toimivan hallinnollisen mielivallan pidäkkeenä ja toisaalta myös kansanvallan ilmenemismuotona.

3 Poliisioikeudellinen sääntely

3.1 POLIISILAIN 27 §

Sinisalon kirjoittaessa poliisioikeuden teoksiaan 1970-luvulla oli tuolloin voimassa olleen RL 3 luvun 8 § poliisin voimakeinojen käyttöä sääntelevä toisen asteen (sekundääri) toimivaltasäännös.⁵⁰ Sinisalo esittikin, että säännös olisi tullut sijoittaa poliisilakiin (tai säätää erillinen laki virkamiesten vallasta käyttää voimakeinoja).⁵¹ Poliisin voimankäyttöä koskeva sääntely uudistettiin tämän-suuntaisesti 1990-luvun poliisilain kokonaisuudistuksen yhteydessä, jolloin myös pyrittiin kitkemään ristiriitaisuudet, joita lainsäädännössä oli esimerkiksi tuolloin voimassa olleiden RL 3 luvun 8 §:n ja poliisilain 16 §:n voimakeinojen käyttöä koskeneiden säännösten puolustettavuusvaatimusten muotoiluissa.⁵² Voimassa olevan PolL 27 §:n 1 ja 2 momentissa määritetään voimakeinojen käyttöalaa sekä sallittujen voimakeinojen määrää seuraavasti:

”Poliisimiehellä on virkatehtävää suorittaessaan oikeus vastarinnan murtamiseksi, henkilön paikalta poistamiseksi, kiinniottamisen toimittamiseksi, vapautensa menettäneen pakenemisen estämiseksi, esteen poistamiseksi taikka välittömästi uhkaavan rikoksen tai muun vaarallisen teon tai tapahtuman estämiseksi käyttää sellaisia tarpeellisia voimakeinoja, joita voidaan pitää puolustettavina.

Voimakeinojen puolustettavuutta arvioitaessa on otettava huomioon tehtävän tärkeys ja kiireellisyys, vastarinnan vaarallisuus, käytettävissä olevat voimavarat sekä muut tilanteen kokonaisarvosteluun vaikuttavat seikat.”

Esitöiden mukaan säännös ei rajoita poliisimiehen oikeutta hätävarjeluun tai pakkotilatekoon, vaan määrittää nimenomaan niitä virkatehtävään liittyviä toimivaltuuksia, jotka menevät tavallisten kansalaisten oikeuksia pidemmälle. Voimakeinojen käyttö ei ole itsetarkoitus, vaan tavoitteena on aina laillisen, esimerkiksi poliisi-, pakkokeino- tai esitutkintalakiin perustuvan tehtävän suorittaminen.⁵³

Tyypillisten voimakeinojen käyttötilanteiden voidaan arvioida syntyvän poliisin päivittäistoiminnassa, kun toimivallan mukaista yksittäistä tehtävää, kuten

⁵⁰ Sinisalo 1973, s. 115. Sinisalo kuvasi säännöstä myös ”voimakeinojen käyttöön oikeuttavaksi yleisklausuuliksi”.

⁵¹ Sinisalo 1973, s. 34.

⁵² HE 57/1994 vp, s. 14. Ko. säännösten suhteesta ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 772.

⁵³ HE 57/1994 vp, s. 53. Ks. myös Helminen et al. 1999, s. 107–108.

henkilön kiinniottoa tai kotietsintää, ei pystytä toteuttamaan kehotuksin tai käskynä ("hyvällä"), vaan se joudutaan toteuttamaan kohdehenkilön vastustaminen murtaen voimakeinoja käyttäen ("pahalla"). Käytettävien voimakeinojen kirjo voi suhteellisuus- ja tarpeellisuusperiaatteiden määrittämissä rajoissa vaihdella ruumiinvoimista ampuma-aseen käyttöön. Usein on myös perusteltua jatkaa suusanallista kommunikaatiota sen jälkeen, kun voimakeinoja on ryhdytty käyttämään. Kohdehenkilölle voidaan esimerkiksi viestittää, mitä tämän tulee tehdä, jotta käytettyjä voimakeinoja voidaan lieventää.⁵⁴ Toki on koko ajan pidettävä mielessä myös mahdollisuus – yhteiskunnan yleisen turvaintressin sen salliessa – toimenpiteistä luopumiseen. Toimenpiteistä luopuminen on kuitenkin katsottu poikkeukselliseksi menettelyksi.⁵⁵

3.1.1 "Virkatehtävää suorittaessaan"

PolL 27 § edellyttää, että esimerkiksi vastarintaa kohdataan *virkatehtävää suorittaessa*. Tulee olla jokin primääri toimivaltasäännös, jonka ilmentämää virkatehtäviin liittyvää toimivaltaa ollaan käyttämässä.⁵⁶ Sallitun voimankäytön rajoja määritettäessä primääri- ja sekundääritoimivaltaa ei voida erottaa toisistaan, vaan säännöksiä on tulkittava yhdessä.⁵⁷ Poliisimiehen tahdonmuodostuksen osalta tämän voidaan katsoa edellyttävän, että poliisin toiminta perustuu tietoisuuteen siitä, että kyseessä on perustellusti todennäköisemmin voimakeinojen käyttöön oikeuttava tilanne kuin että sellainen tilanne ei ole käsillä. Voimankäytön rikosoikeudellisessa arvioissa tilannetta voidaan teemasta Ruotsissa väitelleen Bouchtin mukaan arvioida *ex post* -näkökulmasta, kun taas poliisioikeudellisessa arvioissa tulee lähteä tapahtumahetkestä *ex ante* -arviosta. Eli tilanteissa, joissa *ex ante* -arviosta poiketen *ex post* -arvioinnissa osoittautuu, että kyse oli virkatoimesta, olisi mahdollista, että teko on julkisoikeudellisesta näkökulmasta kielletty, mutta rikosoikeuden näkökulmasta sallittu.⁵⁸ Huomattakoon kuitenkin, että Ruotsissa poliisin voimankäytösäännös (poliisilain 10 §) edellyttää, että voimakeinoja käytetään virkatehtävän suorittamiseksi ("*för att genomföra en tjänsteåtgärd*"). Suomessa *ex ante* -tietoisuus virkatehtävän läsnäolosta lienee

⁵⁴ Ks. tästä Alpert – Smith 1994, s. 497.

⁵⁵ Helminen et al. 1999, s. 276 ja uuden poliisilain osalta Helminen et al. 2012b, s. 782–783. Ks. myös Norée 2008, s. 27–30, joka on laajasti pohtinut poliisin oikeutta erilaisten käskyjen antamiseen ja toisaalta oikeutta voimakeinojen käyttöön, jos käskyjä ei noudateta.

⁵⁶ Ks. Sinisalo 1973, s. 115. Ks. myös Helminen et al. 1999, s. 277. Kirjoittajien mukaan voimakeinojen käyttöön oikeuttava säännös onkin kuvatussa suhteessa toissijainen.

⁵⁷ Helminen et al. 1999, s. 288.

⁵⁸ Boucht 2011a, s. 152–153.

riittävä, mutta myös välttämätön edellytys voimankäytön hyväksyttävänä pitämiselle. Erityistä tarkoitusta ei edellytetä.

Voimakeinojen käyttö on lähtökohtaisesti mahdollista suoritettaessa kaikkia poliisin toimivaltaan kuuluvia tehtävätyyppejä, mukaan lukien virka-apu muille viranomaisille.⁵⁹ Majanen on väitöskirjassaan viitaten jo kumottuun RL 3 luvun 8 §:ään todennut voimakeinojen käytön olevan ”sallittua kaikkien toimivallan rajoissa olevien päämäärien toteuttamiseksi, mikäli siinä kohdataan vastarintaa”.⁶⁰ Tästä lähtökohdasta huolimatta Majanen on vanhan lain osalta todennut, että ”[h]yvin suuri osa virkatehtävistä on sellaisia, joissa minkäänlainen voimakeinojen käyttö ei tule normaalisti lainkaan kysymykseen”. Majanen onkin edellyttänyt toimenpiteistä luopumista silloin, kun se on mahdollista ja tarkoituksenmukaista. Voimakeinoja ei tule käyttää, jos se on tarpeen ainoastaan yhteiskunnan arvovallan ylläpitämiseksi.⁶¹ Tehtävätyyppien osalta oikeustila ei ole muuttunut, ja Majasta mukaillen voitaneen todeta, että lähtökohtaisesti voimakeinojen käyttö on sallittua kaikissa tilanteissa, mutta erityisesti puolustettavuusvaatimus saat-
taa tosiasiallisesti estää voimakeinojen käytön joissakin (poikkeus)tapauksissa.⁶² Tällainen tulkintasuositus on hyväksyttävä myös ihmisoikeuksien näkökulmas-
ta.⁶³

3.1.2 Säännöt voimakeinojen käyttötilanteista

Erilaisten voimakeinojen käyttötilanteiden osalta kyse on lähtökohtaisesti sääntötyyppisestä ratkaisusta siitä, kuuluuko käsillä oleva tilanne PolL 27 §:n soveltamisalaan. Voimakeinojen käyttötilanteen kuuluminen ”säännön soveltamisalaan” ei kuitenkaan tarkoita, että voimaa tulisi aina käyttää, vaan kyse on oikeudesta käyttää voimaa.⁶⁴ Olen seuraavassa erotellut käyttötilanteita PolL 27 §:n sääntelylogiikkaa seuraten. Valinta on lähinnä esitystekninen eikä niinkään systemaattinen.⁶⁵

⁵⁹ Frände 2012, s. 153. Ks. myös KM 1988:27, s. 5.

⁶⁰ Majanen 1979, s. 124.

⁶¹ Majanen 1979, s. 310.

⁶² UPL:n ks. erityisesti Helminen et al. 2012b, s. 777–778.

⁶³ Crawshaw et al. 2007, s. 157. Ks. myös Crawshaw et al. 2007, s. 143.

⁶⁴ Norée 2000, s. 143.

⁶⁵ Ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 778–779 jaottelu.

3.1.2.1 Vastarinnan murtaminen ja henkilön paikalta poistaminen

Hallituksen esityksen 57/1994 vp mukaan säännöksessä mainitulla ”[v]astarinalla (kursivointi tässä) tarkoitetaan jonkun henkilön fyysistä, aktiivista tai passiivista käyttäytymistä poliisimiehen lailliseen päämäärään tähtäävän toiminnan estämiseksi. Kysymyksessä voi olla poliisivaltuuksien käyttötilanne tai virkatehtävä, jonka suorittaminen ei edellytä normaaleista kansalaisoikeuksista poikkeavia valtuuksia.” Vastarinta tarkoittaa siis yritystä estää poliisin toimintaa.⁶⁶ Voimakeinoja voidaan käyttää jo ennen virkatehtävän aloittamista, jos vastustus liittyy välittömästi virkatehtävään ja pyrkii virkatoimen suorittamisen estämiseen.⁶⁷ Myös syyntakeeton tai tuottamuksellisesti toimiva henkilö voi tehdä vastarintaa.⁶⁸

Lähtökohtaisesti poliisi ei voi pakottaa ketään täyttämään aktiivisia toimimisvelvollisuuksiaan.⁶⁹ Helminen ym. ovatkin korostaneet sitä, että kansalainen voidaan enimmillään pakottaa alistumaan johonkin toimenpiteeseen eikä henkilöä voida pakottaa voimakeinoja käyttämällä esimerkiksi kävelemään. Tätä periaatetta on kirjoittajien mukaan noudatettava myös epäselvissä toimivaltasäännösten tulkintatilanteissa.⁷⁰ Hieman häilyvyyttä sinänsä selkeään kantaan tuo esimerkiksi tilanne, jossa joukon muodostavat henkilöt OC-heitettä käyttäen pakotetaan hajaantumaa eli esimerkiksi kävelemään pois paikalta. Tällainen menettely on mahdollista voimakeinojen käyttöasetuksen 4 §:n 2 momentin nojalla. Käytännössä näin toimimalla fyysistä kipua aiheuttamalla pakotetaan henkilö tekemään jotain. Näissä tilanteissa henkilöllä ei useinkaan ole tosiasiallista mahdollisuutta ryhtyä passiiviseksi, jolloin heidän olisi siedettävä sitä, että poliisi kantaa heidät pois.⁷¹ Näyttäisikin siltä, että kategorinen kieltäminen pakottaa ketään toimimaan on jossain määrin epäonnistunut. Perustellumpaa on arvioida näitäkin tilanteita tarpeellisuus- ja puolustettavuuskriteerien kannalta. Varsin usein pakottamisen kieltäminen voidaan johtaa tarpeellisuusvaatimuksesta. Jos henkilö voidaan kantaa pois, miksi pakottaa häntä patukoimalla – tai kaasupatruunoita käyttämällä – kävelemään.⁷²

⁶⁶ HE 57/1994 vp, s. 53. Ks. myös Ylösjoki 1966, s. 270, Sinisalo 1971, s. 139 ja Majanen 1979, s. 80 sekä pohjoismaisesta kirjallisuudesta Boucht 2011a, s. 149.

⁶⁷ Ks. Norée 2008, s. 58.

⁶⁸ Sinisalo 1971, s. 133.

⁶⁹ HE 57/1994 vp, s. 53–54.

⁷⁰ Helminen et al. 1999, s. 51. Samoin Helminen et al. 2012b, s. 185, jossa on todettu, että ”jos esimerkiksi voimakeinoja pyritään käyttämään siten, että niiden avulla henkilö pakotetaan vaikkapa vain itse kävelemään, menetellään virheellisesti”. Ks. myös Helminen et al. 2012a, s. 674.

⁷¹ Ks. Sinisalo 1971, s. 139–140 ja Sinisalo 1973, s. 117. Ks. myös Loman 1997, s. 115.

⁷² Sinisalo 1973, s. 117.

Vastarinnan käsitteestä on eri oikeuslähteissä kirjoitettu yllättävänkin paljon. Sinisalo määritteli vastarinnan ”*inhimilliseksi, fyysisiä seuraamuksia aikaansaa- vaksi toiminnaksi tai fyysisiin esteisiin liittyväksi suhtautumiseksi* (mukaan lu- kien passiivinen paikallaan olo), *joka estää poliisia pääsemästä päämääräänsä*”.⁷³ Kumotun RL 3 luvun 8 §:n esitöistä Sinisalo on päätellyt, että vastarinnan ei tarvitse olla väkivaltaista ja myös passiivinen käyttäytyminen on vastarintaa. Kaikki poliisin toiminnan vaikeuttaminen ei kuitenkaan ole vastarintaa.⁷⁴ Vasta- rinta voi hänen mukaansa ilmetä poliisimiestä kohti tapahtuvana hyökkäävänä toimintana (esimerkiksi lyöminen) tai poliisin tehtävän estämisenä paikallaan ollen ruumiinpainoa hyväksi käyttäen. Vastarintaa voi olla myös lyömä- tai am- puma-aseeseen tarttuminen taikka koiran käyttäminen samoin kuin yritys hävit- tää esine, jota poliisi yrittää ottaa haltuunsa.⁷⁵

Poliisikomitean mukaan vastarintaa oli ”poliisitehtävän suorittamista estävä tai haittaava vastarinta, joka voi ilmetä vastarintaa tekevän henkilön toimintana tai toimimattomuutena taikka tosiasiallisena olosuhteena, joka estää tai haittaa poliisitehtävän suorittamista”.⁷⁶

Kerttulan mukaan vastarinnalla tarkoitetaan fyysisiä toimia, ”joiden tarkoituk- sena on estää jonkin lainmukaisen toimen suorittaminen.” Pakeneminen ei kui- tenkaan ole vastarintaa. Passiivista vastarintaa hänen mukaansa on esimerkiksi tarrautuminen esteeseen tarkoituksin estää toimivallan ja tehtävän täyttäminen. Vastarinnan aktiivisuutta puolestaan ilmentää hyökkäyksellinen toiminta. Kert- tulan mukaan aktiivinen vastarinta muodostaa lähtökohtaisesti myös oikeudetto- man hyökkäyksen, mikä puolestaan oikeuttaa hätävarjeluun.⁷⁷

Pohjoismaisessa kirjallisuudessa Boucht on erotellut kolme vastarinnan muo- toa. Vastarinta voi ensinnäkin olla aktiivista henkilöön kohdistuvaa vastarintaa (väkivaltaa). Esimerkkinä voidaan mainita riuhtominen tai rynnistäminen tarkoi- tuksin vaikeuttaa poliisin toimintaa. Toiseksi vastarinta voi olla aktiivista toimin- taa, joka ei kohdistu poliisimieheen, kuten esineiden käyttäminen poliisin toi- minnan estämiseen. Kolmanneksi vastarintaa voi olla passiivinen vastarinta, jos-

⁷³ Sinisalo 1971, s. 127.

⁷⁴ Sinisalo 1971, s. 126–127. Samoin Majanen 1986, s. 229. Ks. myös HE 67/1966 vp, s. 2.

⁷⁵ Sinisalo 1971, s. 127–128. Ks. myös Helminen et al. 1999, s. 289 sekä Helminen et al. 2012b, s. 779.

⁷⁶ KM 1986:16, s. 500. Poliisikomitean mietinnössä vastarinnalla viitattiin siis myös *olosuhtee- seen*.

⁷⁷ Kerttula 2010, s. 365. Loman on määrittelemättä vastarinnan käsitettä yleisemmin todennut mm., ”ettei voimakeinoin oikeuttavan vastarinnan aina tarvitse olla tekijälleen rikosoikeudelli- sesti syyksiluettavaa.” Ks. tästä Loman 1997, s. 54–55.

sa ruumiinpainolla pyritään esimerkiksi sulkemaan kulkuväylä. Vastarintaa ei sitä vastoin ole psyykkinen tai verbaalinen vastarinta.⁷⁸

Lähdettäessä liikkeelle vähiten vahingollisesta, mutta sinänsä negatiivisesta poliisin kohtaamasta käytöksestä voidaan ensinnäkin todeta, että ollakseen haitantekoa ”tehtävän suorittamisen on jollakin tavoin vaikeuduttava”.⁷⁹ Yleinen vastahakoisuus, vastaan väittäminen, poliisin solvaaminen taikka muu yleinen negatiivinen asennoituminen poliisia kohtaan ei ole vastarintaa.⁸⁰ Tästä johtuen tällä tavoin käyttäytyvän henkilön mukauttamiseen poliisimiehen tahtoon ei voida käyttää esimerkiksi OC-sumutinta.⁸¹

Käytännössä voi olla varsin vaikeaa arvioida, milloin vastahakoisuus ylittää vastarinnan kynnyksen. Helsingin hovioikeus on esimerkiksi ratkaisussaan 30.4.2009 nro 1080 katsonut, että käynnissä olleen puhelun lopettamatta jättäminen poliisimiehen toistetusta käskystä huolimatta on ollut sellaista vastarintaa, jonka lopettamiseksi poliisimiehellä oli ”virkatehtävää suorittaessaan oikeus käyttää poliisilain 27 §:n 1 momentissa tarkoitettua tarpeellista ja puolustettavaa voimakeinoa.” Ko. tapauksessa valinneissa olosuhteissa (tapahtumapaikkana vilkasliikenteinen moottoritien ramppi, puhelun keskustelusävyinen luonne) puhelinta pitävään käteen tarttuminen ja käden painaminen alas katsottiin sopivaksi voimakeinoksi. Voimakeinon seurauksena kohdehenkilön käsi oli tapahtumapäivänä tuntunut hieman kipeältä. Primääritoimivaltuutena, jonka toteuttamiseksi käskyjen antaminen ja lopulta voimakeinojen salliminen katsottiin sallituksi, oli mitä ilmeisimmin PolL 10 §:n mukainen oikeus henkilöllisyyden selvittämiseen.⁸² Ratkaisu osoittaa myös sen, kuinka häilyvä tekemiseen pakottamisen ja toimenpiteen sietämisen välinen rajanveto on.

Lähtökohtaisesti kuitenkin *fyysisyyden aspekti* erottaa vastarinnan esimerkiksi poliisin antamien käskyjen noudattamatta jättämisestä.⁸³ Vaikka PolL 27 § ei sitä suoraan mainitse (toisin kuin Ruotsin poliisilain 10 §), myös väkivallalla tai suoranaisesti aseella uhkaaminen on lähtökohtaisesti vastarintaa.⁸⁴ Fyysiseen koske-

⁷⁸ Boucht 2011a, s. 165–167. Boucht on taipuvainen tekemään erottelun passiivisen vastarinnan ja täydellisen passiivisuuden välillä. Bouchtin mukaan täydellinen passiivisuus ei Ruotsin oikeudessa oikeuttane voimakeinojen käyttöön. Kiehelä ja Hakonen ovat puolestaan katsoneet, että aktiivinen vastarinta voi olla myös väkivallatonta. Ks. tästä Kiehelä – Hakonen 1993, s. 103.

⁷⁹ Kerttula 2010, s. 215.

⁸⁰ HE 57/1994 vp, s. 53, KM 1989:25, s. 78 ja Sinisalo 1973, s. 114.

⁸¹ Ks. Kaminski – Adang 2010, s. 176.

⁸² Ks. myös Norée 2000, s. 145 ja 151 sekä Norée 2004, s. 23, jonka mukaan passiivista vastarintaa voi olla myös kieltäytyminen noudattamasta poliisimiehen käskyjä. PolL 10 §:n soveltamisesta ks. myös apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 19.3.2009 dnro 391/4/08.

⁸³ Sinisalo 1971, s. 130.

⁸⁴ Helminen et al. 1999, s. 289. Ruotsin poliisilain 10 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan:

”10 § En polisman får, i den mån andra medel är otillräckliga och det med hänsyn till omständigheterna är försvarligt, använda våld för att genomföra en tjänsteåtgärd, om
1. han möts med våld eller hot om våld...”.

mattomuuteen liittyvä uhkaus on vastarintaa, jos se estää toimenpiteen suorittajaa pääsemästä päämääräänsä. Fyysisyyden aspekti toteutuu näissä tilanteissa nimenomaan turvallisuuteen kohdistuvana uhkana.⁸⁵ Frände ja Boucht näyttäisivät edellyttävän, että uhkausta tehostetaan ampuma- tai teräaseella tai muulla hengenvaarallisella välineellä.⁸⁶ Itse en pidä tällaisen lisäkynnyksen asettamista perusteltuna.

Oikeustieteessä on herättänyt varsin vilkasta keskustelua kysymys passiivisuuden ja passiivisen vastarinnan merkityksestä toimivaltasääntelyn näkökulmasta. Poliisioikeuden perusteoksessa Sinisalo katsoi passiivisen paikallaanolon jäävän vastarinnan ja pakenemisen välimaastoon.⁸⁷ Toisaalla samassa teoksessa hän on katsonut, että rimpuilemisen lisäksi myös kiinniotettavan heittäytyminen kadulle ja kieltäytyminen seuraamasta poliisimiestä poliisiautolle on vastarintaa.⁸⁸ Ylösjoki on maininnut esimerkkinä passiivisesta vastustamisesta käden pitämisen nyrkissä sormenjalkia otettaessa.⁸⁹ Tällainen menettely onkin mitä ilmeisimmin vastarintaa. Samoin Nuutila näyttäisi kytkevän passiivisuuden ja vastarinnan yhteen toteamalla hätävarjeluun oikeuttavan hyökkäyksen olevan ”pääsääntöisesti aktiivista toimintaa, kun taas voimakeinojen käyttö saattaa olla tarpeen pelkän passiivisuuden murtamiseksi”.⁹⁰

Vaikka edellä mainitussa hallituksen esityksen 57/1994 vp otteessa on nimenomaan mainittu passiivinen käyttäytyminen vastarinnan muotona, on Frände edellyttänyt vastarinnalta aktiivisuutta. Hänen mukaansa yleinen istumalakon tyyppinen passiivisuus ei ole vastarintaa.⁹¹ Samoin Frände ja Boucht ovat Poliisiammattikorkeakoulun rikosoikeuden oppikirjaksi tarkoitettussa teoksessaan lähinnä vastarinta-sanana normaalimerkitykseen ja hallituksen esityksen 57/1994 vp jossakin määrin ristiriitaisiin lausumiin viitaten katsoneet, että passiivisuus liikkumattomuuden muodossa (paikallaan istuminen tai seisominen) ei ole vastarintaa eikä myöskään itsensä kytkeminen työkoneeseen paikalta poistamisen estämiseksi. Toisaalta heidänkin mukaansa esimerkiksi oviaukon sulkeminen ruumiinpainoa hyväksikäyttämällä tai poliisin odottaminen haulikko sylissä notatuolissa istuen on vastarintaa.⁹²

⁸⁵ Kerttula 2010, s. 368. Samoin Helminen et al. 2012a, s. 680. Viimeksi mainittujenkaan mukaan ”pelkkä suunsoitto tai muu verbaalinen vastustelu” ei ole vastarintaa.

⁸⁶ Boucht – Frände 2008, s. 109.

⁸⁷ Sinisalo 1973, s. 116.

⁸⁸ Sinisalo 1973, s. 114. Ks. myös Kiehelä – Hakonen 1993, s. 103.

⁸⁹ Ylösjoki 1966, s. 269.

⁹⁰ Nuutila 1997a, s. 299.

⁹¹ Frände 2012, s. 153. Samoin Tapani – Tolvanen 2008, s. 298.

⁹² Boucht – Frände 2008, s. 108–109. Vrt. Norée 2008, s. 63, jonka mukaan ”[ä]ven den som vägrar att flytta på sig eller resa sig från en bänk gör passivt motstånd”.

Kerttula on kritisoinut Bouchtin ja Fränden näkemystä siitä, että *passiivisuus* ei ole vastarintaa. Hänen mukaansa tällainen aiemmasta doktriinista poikkeava tulkinta olisi tullut tuoda selkeämmin esille lain esitöissä.⁹³ Kerttula näyttääkin väitöskirjassaan erottaneen toisistaan passiivisuuden ja passiivisen vastarinnan. Viimeksi mainittujen osalta hän on viitannut hallituksen esityksessä 6/1997 vp mainittuihin esimerkkeihin, joita ovat esimerkiksi⁹⁴

”heittäytyminen makuulle tai istumaan, tarttuminen kaiteeseen, ovenpieleen tai muuhun esineeseen, vastaan haraaminen tai riuhtominen, tarttuminen järjestyksenpitäjän vaatteisiin, asiapapereiden tai tehtävän hoidossa tarvittavien esineiden sieppaaminen järjestyksenpitäjän hallinnasta”.

Yhteenvetona voidaan todeta, että merkitystä näyttäisi lähinnä olevan sillä, mikä on passiivista vastarintaa ja voidaanko tässä tarkoituksessa erottaa passiivisuus ja passiivinen vastarinta. Koska PolL 27 § sallii voimakeinojen käytön myös henkilön paikalta poistamiseksi, ei ko. erottelulla ole poliisitoiminnassa suurtaakaan merkitystä. Katson kuitenkin, että passiivisena käyttäytymisenä vastarinnan ulkopuolelle jää lähinnä tajuttoman henkilön olotilaa muistuttava liikkumattomuus. Ratkaisu ei ole ehkä erityisen tyydyttävä vastarinta-sanana yleiskielisen merkityksen kannalta, mutta toisaalta tilanne olisi vielä epätydyttävämpi, jos esimerkiksi sille seikalle, onko tuolissa passiivisesti istuvalla henkilöllä haulikko sylissä vai ei, annettaisiin ratkaiseva merkitys.

Tässäkin tapauksessa tulkintaongelmaa saattaa helpottaa aikaikkunan avartaminen. Esimerkiksi työkoneeseen kahlehdittuna istuminen on helpompi katsoa vastarinnaksi, jos katsotaan vastarinnan alkaneen siitä hetkestä, kun henkilö kytkeytyy työkoneeseen tietoisena, että joutuu sellaisen poliisitoimenpiteen kohteeksi, jonka suorittamista kytkeytyminen vaikeuttaa. Mikäli tällainen tulkinta katsotaan lakisidonnaisuuden periaatteen näkökulmasta hyväksyttäväksi, olisi passiivinen istuminen koneeseen kytkettynä vain osa vastarinnaksi katsottavaa menettelyä. Käsitteellisesti lähellä vastarinnan murtamista on myös asuntoon linnoittautuneen henkilön poistaminen asunnosta kaasuaaseella, mikä on poliisilain hallituksessa esityksessä mainittu esimerkkinä *henkilön paikalta poistamisesta*.⁹⁵ On kuitenkin syytä korostaa, että vaikka passiivisuus voi joissakin tilanteissa olla vastarintaa, sitä se ei kuitenkaan ole, jos tiedottomaksi päähtynyt

⁹³ Kerttula 2010, s. 367.

⁹⁴ HE 6/1997 vp, s. 117 ja Kerttula 2010, s. 214. Ks. myös vankeinhoidon virkamiesten oikeuksia koskeva HE 263/2004 vp, s. 204–205, jonka mukaan ”vastarintaa voi olla esimerkiksi asettautuminen oviaukkoon siten, että estetään sen sulkeminen tai vastaan rimpuileminen tehtäessä vangille tarkastustoimenpidettä”. Ks. myös Backman 2001, s. 116.

⁹⁵ HE 57/1994 vp, s. 54.

henkilö ei kykene itse liikkumaan. Tällaisissa tilanteissa viranomaistoimenpiteissä ei ole kyse voimakeinojen käytöstä, vaan lähinnä auttamisesta.⁹⁶

Toisessa ääripäässä voidaan kysyä, missä kulkee vastarinnan ja hätävarjelun oikeuttavan oikeudettoman hyökkäyksen raja. Tähän monisyiseen ja vaikeaan kysymykseen palataan myöhemmin tässä pääjaksossa, mutta oikeuskirjallisuudessa on katsottu esimerkiksi poliisimieheen aktiivisesti suuntautuvan rimpuilun, huitomisen, lyöntien ja potkujen olevan vastarintaa.⁹⁷ Rajanvetoa monimutkaistaa myös se, että on mahdollista, että poliisi joutuu väkivallan tai sen uhan kohteeksi suorittaessaan virkatehtävää, esimerkiksi tiedoksiantotehtävää, jonka toteuttamisessa voimakeinoja ei ole mahdollista käyttää. Mikäli tällaisen käyttäytymisen ei voida katsoa muodostavan vastarintaa, jouduttaneen hätävarjelusäännöstä soveltamaan poliisitoimintaan jo varsin alhaisella kynnyksellä. Selvää on, että poliisimiehellä on joka tapauksessa oikeus puolustautua tilanteessa. Kuvaluissa tapauksissa tulee varsin aikaisessa vaiheessa usein kyseeseen myös rikosperusteinen kiinniotto ja siihen perustettava voimankäyttö.⁹⁸

Jatkokehittelyjä silmällä pitäen on perusteltua viitata seuraavaan ulkomaisessa kirjallisuudessa tehtyyn erotteluun kohdehenkilön käyttäytymisessä ja sen vaikutuksessa käytettävän voimakeinon valintaan:⁹⁹

1. *Compliance* (toteleva)
2. *Verbal resistance and gestures*: kieltäytyminen tottelemasta ja ”vastahakoinen ruumiinkieli”

⁹⁶ Sinisalo 1971, s. 136. Ks. myös Berggren – Munck 2011, s. 77. En näe tarvetta lähestyä paikalta poistamista laiminlyöntirikoksen estämisen tai keskeyttämisen näkökulmasta, kuten Berggren ja Munck ovat tehneet. Heidän esimerkissään henkilö, joka ei suostu poistumaan paikasta, jossa hänellä ei ole oikeutta olla, voidaan Ruotsin poliisilain 3 §:n ja rikoslain (brottsbalk) 4 luvun 6 §:n toisen kappaleen nojalla poistaa paikalta, koska hän *laiminlyö poistua* paikalta. Ks. tästä Berggren – Munck 2011, s. 82.

⁹⁷ Ks. esim. Nuutila 1997a, s. 299 ja Boucht – Frände 2008, s. 108. Teksteistä ei tosin ilmene, voiko tällainen toiminta jossakin olosuhteissa olla myös oikeudeton hyökkäys.

⁹⁸ Ks. Norée 2000, s. 144–145, jossa on käsitelty kuvatuunkaltaisia tilanteita. Ruotsissa näihin tilanteisiin sovelletaan poliisilain 10 § 1 kohtaa, joka mitä ilmeisimmin pitää sisällään sekä aktiivisen että passiivisen vastarinnan. Ks. tästä myös Berggren – Munck 2011, s. 81.

⁹⁹ Buttle 2010, s. 40. Ellonen ja Nurmi 1997a, s. 74–77 ovat esitelleet vastaavantyyppisen viisiportaisen tilannearvio (havainnot)–toiminta (vaihtoehdot) mallin:

1. Asiakas yhteistyöhaluinen – yhteistyön ylläpitämisen keinot (neuvot, kehoitukset ja poikkeuksellisesti käskyt)
2. Passiivista vastustusta – tilannehallinta pyrittävä saavuttamaan yhteistyöhakuisin keinoin
3. Todennettu uhka tai vaara – tilannehallinta pyrittävä saavuttamaan (tarvittaessa) voimakeinojen käytöllä
4. Havaittu uhkaava vaara – uhan välittömäksi tukahduttamiseksi tarvittavat voimakeinot ja uusien vaarojen ehkäiseminen
5. Hätävarjelutilanne – käytettävä kaikkia niitä mahdollisuuksia, jotka säästävät ihmishenkiä.

3. *Passive resistance*: kohdehenkilö istuu tai seisoo paikallaan ja kieltäytyy liikkumasta
4. *Active resistance*: henkilö tönnii tai repii (*pushed or pulled*) poliisimiestä
5. *Aggressive resistance*: Kohdehenkilö tappelee poliisimiehen kanssa lyöden, potkien, sylkien, painien yms.
6. *Serious or aggravated resistance*: kohdehenkilön hyökkäys, josta seuraa vakavan vamman tai kuoleman vaara. Esimerkiksi aseenkäyttö.

3.1.2.2 Kiinnioton toimittaminen

Kiinniotolle (ja pakenemisen estämiselle) on leimallista kohdehenkilön pyrkimys päästä jalan tai kulkuneuvolla poliisin tavoittamattomiin. Lähtökohtaisesti näihin tilanteisiin ei liity vastarintaa, mutta on toki mahdollista, että kohdehenkilö yrittää estää virkatoimen toteuttamista esimerkiksi aseella uhkaamalla.¹⁰⁰ Yleisesti tilanteet, joissa voimakeinoja käytetään esimerkiksi pakenevan henkilön tai tämän käyttämän ajoneuvon pysäyttämiseksi, ovat voimakeinojen laillisen määrän arvioinnin kannalta hankalampia kuin esimerkiksi vastarintatilanteet. Esimerkiksi aseenkäyttöä ei lähtökohtaisesti voida pitää sallittuna.¹⁰¹

Poliisimiehelle on suotu *kiinniotto-oikeus* lukuisissa poliisilain säännöksissä. Erityisesti on syytä mainita PolL 20 §, jonka on todettu olevan keskeisin yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämiseen tähtäävistä säännöksistä.¹⁰² Sen mukaan, jos paikalta poistaminen on ilmeisesti riittämätön toimenpide eikä häiriötä tai vaaraa voida muutoin poistaa, poliisimiehellä on oikeus ottaa kiinni henkilö,

”jos hänen uhkauksistaan tai muusta käyttäytymisestään voidaan päätellä, että hän todennäköisesti syyllistyisi henkeen, terveyteen, vapauteen, kotirauhaan tai omaisuuteen kohdistuvaan rikokseen”

tai

”jos hän käyttäytymisellään aiheuttaa taikka hänen uhkaustensa tai muun käyttäytymisensä ja aiemman käyttäytymisensä perusteella vastaavassa tilanteessa on todennäköistä, että hän aiheuttaa huomattavaa häiriötä tai välitöntä vaaraa yleiselle järjestykselle ja turvallisuudelle.”¹⁰³

¹⁰⁰ Helminen et al. 2012b, s. 779.

¹⁰¹ Helminen et al. 2012a, s. 680.

¹⁰² Helminen et al. 1999, s. 81. Ks. kiinniottoon oikeuttavien primääritoimivaltuuksien laajuudesta esim. apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 12.12.2011 dnro 2361/4/10.

¹⁰³ Säännökseen vuonna 2005 (525/2005) tehty muutos mahdollisti ennakolta tapahtuvan paikalta poistamisen (ns. katurauhasäännös). Ks. tästä Ruuska 2007, s. 177.

Rikoksen estämiseksi annettujen toimivaltuuksien riittävyys tuli huomion kohteeksi arvioitaessa tarvetta eräiden törkeiden rikosten valmistelun kriminalisointiin. Asiaa koskeneessa hallituksen esityksessä katsottiin poliisilla olevan voimassa olevien säännösten nojalla varsin kattavat toimivaltuudet ja käytännön mahdollisuudet rikoksen valmistelun valvomiseen, vaikka kiinniottaminen ei PKL 1 luvun säännösten nojalla olisikaan mahdollista.¹⁰⁴ Kiinniotto lieneekin jo nykyään mahdollista PoL 20 §:n nojalla, jolloin poliisilla on vastarintaa kohdattaessaan oikeus käyttää lievimpiä tehokkaita voimakeinoja myös rikoksen estämiseksi (henkilön kiinniotto rikoksen estämiseksi). Voimakeinojen käyttö on mahdollista myös PoL 27 §:n nojalla välittömästi uhkaavan rikoksen estämiseksi.

Poliisin toimivaltuuksia koskevan sääntelyuudistuksen myötä toimivaltuuksien kattavuus paranee tältä osin, sillä UPL 2 luvun 10 §:n 1. momentin nojalla henkilön aiempi käyttäytyminen voidaan ottaa huomioon myös rikoksen estämiseen liittyvissä tapauksissa.¹⁰⁵ Uuden poliisilain myötä rikoksilta ja häiriöiltä suojaamista koskevaan säännökseen lisättiin mahdollisuus poistaa paikalta tai ottaa kiinni henkilö, jos ”hänen aikaisemman käyttäytymisensä perusteella on todennäköistä, että hän syyllistyisi henkeen, terveyteen, vapauteen, kotirauhaan tai omaisuuteen kohdistuvaan rikokseen”.¹⁰⁶ Nyt voimassa olevan sääntelyn mukaan henkilön aiempi käyttäytyminen voidaan ottaa huomioon ainoastaan yleisen järjestyksen ja turvallisuuden olleessa vaarassa. Lisäksi UPL 2 luvun 10 §:n 3 momentin perusteella ”[p]oliisimies voi suojella henkilöä tai vartioida paikkaa 1 momentissa tarkoitetun rikoksen estämiseksi tai keskeyttämiseksi”.

Voimakeinojen käytön näkökulmasta valmistelun kriminalisoinnin sinänsä varsin vähäinen merkitys lienee siinä, millaisia keinoja voidaan pitää puolustettavana ottaen huomioon tehtävän tärkeys (rikoksen estäminen *contra* rikoksen estäminen ja valmistelurikoksesta epäiltyjen kiinniottaminen). Ilmeisesti esimerkiksi törkeän ryöstön *estämisen* ollessa kyseessä suhteellisuusperiaate ei kuitenkaan aivan helposti edellytä voimakeinoista luopumista.

PoL 20 §:ssä tarkoitettuna häiriönä voidaan pitää ”sellaista tapahtumaa tai tilaa, jonka seurauksena normaali elämä muuttuu epämiellyttäväksi”.¹⁰⁷ Säännöksen maininta huomattavasta häiriöstä ei viittaa yleiseen järjestykseen ja tur-

¹⁰⁴ HE 141/2012 vp, s. 15.

¹⁰⁵ UPL 2 luvun 10 §:n mukaan sovellettaisiin kahta erilaista todennäköisyyskynnystä riippuen siitä, onko kyse henkilön senhetkisestä käyttäytymisestä (”perusteltua syytä olettaa”) tai aiemmas-
ta käyttäytymisestä (”todennäköistä”). Ks. tästä HE 224/2010 vp, s. 79 ja Helminen et al. 2012b, s. 606–608. Viimeksi mainitun mukaan *perusteltu syy olettaa* on tosin käytännössä hyvin lähellä *todennäköistä*.

¹⁰⁶ Ks. HE 224/2010 vp, s. 78–79 sekä Helminen 2012b, s. 606–607 kommentit muutoksesta. Nyt voimassa olevan sääntelyn mukaan henkilön aiempi käyttäytyminen voitiin ottaa huomioon ainoastaan yleisen järjestyksen ja turvallisuuden olleessa vaarassa.

¹⁰⁷ Rantanen 2003, s. 85.

vallisuuteen, joten säännöksen on katsottu soveltuvan myös kotihälytystilanteisiin.¹⁰⁸ Kuten jo edellä on todettu, myöskään turvallisuuteen ei käsitteellisesti liity yleisyyden vaatimusta.¹⁰⁹ Ylimmät laillisuusvalvojat ovat katsoneet PolL 20 §:n 2 momentin edellyttävän, että ”henkilön pitää parhaillaan aiheuttaa käyttäytymisellään mainitunlaisia seurauksia, jotta toimenpide olisi lain mukaan perusteltu”. Käyttäytymiseltä ja seuraukselta edellytetään siis välitöntä yhteyttä.¹¹⁰

Mainitussa säännöksessä kuvattua uhkaa yleiselle järjestykselle ei ollut käsillä apulaisoikeuskanslerin ratkaisussa 29.10.1999 dnro 1266/1/98 käsitellyissä tapahtumissa. Tapauksessa poliisi oli ottanut kiinni ja vienyt säilöön viideksi tunniksi kaksi henkilöä, jotka olivat sotilasparaatin aikana osoittaneet mieltään pitämällä esillä banderollia, jossa oli teksti ”Sotilassaappaat pois sivistyskaupungista”. Apulaisoikeuskansleri ei pitänyt banderollin tekstiä hyvän tavan tai lain vastaisena. Mielenosoittajat olivat seisseet ääneti yleisölle varatulla alueella, mutta varsin lähellä paraatin kutsuvierasaitioita. Näissä olosuhteissa poliisit epäilivät, että mielenosoittavat häiritsevät tilaisuutta ja ryhtyvät mahdollisesti metelöimään ja heidät otettiin kiinni. Ratkaisun mukaan mielenosoittajien ei voitu päätellä aiheuttaneen väitettyä häiriötä paraatitilaisuudelle tai sitä kutsuvierasaitiossa seuranneille. Apulaisoikeuskansleri kiinnitti ratkaisussaan huomiota erityisesti kokoontumis- ja sananvapauden merkitykseen, jonka kanssa operaation yleisjohtajan asettama kielto pitää esillä epäasiallisia julisteita ei ollut sopuisuudessa. Lisäksi huomiota kiinnitettiin siihen, että komisarion päätös mielenosoittajien säilössä pitämisestä oli perustunut tietoihin heidän aikaisemmasta toiminnastaan.¹¹¹

PolL 10 §:n nojalla poliisimiehellä on oikeus ottaa kiinni henkilö, joka kieltäytyy antamasta tietoja nimestään, henkilötunnuksestaan tai sen puuttuessa syntymäajastaan ja kansalaisuudestaan sekä paikasta, josta hän on tavoitettavissa, taikka antaa mainituista seikoista todennäköisesti virheellisen tiedon. Poliisilain 11 §:n nojalla puolestaan:

”Poliisimiehellä on oikeus ottaa kiinni henkilö hänen suojaamiseen henkeä, ruumiillista koskemattomuutta, turvallisuutta tai terveyttä välittömästi uhkaavalta vaka-

¹⁰⁸ Frände et al. 2010, s. 266 ja Rantanen 2003, s. 84–85. Ks. poliisilain 14, 16 ja 20 §:n suhteesta tarkemmin Ruuska 2007, s. 174–181.

¹⁰⁹ Ks. s. 107 av. 93.

¹¹⁰ Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 28.5.2007 dnro 3824/4/06.

¹¹¹ Ks. uudesta ratkaisukäytännöstä esimerkiksi Ostendorf v. Germany -ratkaisu, jonka kohdista 80 ja 90–105 ilmenee EIT:n korostaneen sitä, että kyse ei ollut aiempiin rekisterimerkintöihin perustuneesta toimenpiteestä, joka ei myöskään ollut rangaistuksen luontoinen, vaan ennemminkin preventiivinen. Tapauksessa poliisi oli ennen jalkapallo-ottelua ottanut kiinni valittajan, jonka oletettiin aiheuttavan häiriötä juuri ko. ottelussa. Valittaja vapautettiin tunti ottelun päättymisestä. Kiinniotto oli suhteellisuusperiaatteen mukainen ja katsottiin perustelluksi EIS 5 artiklan 1 kappaaleen b-kohdan perusteella. Velvollisuuden olla järjestämättä ja osallistumatta huligaanitappeluun ko. ottelussa sekä olla syyllistymättä väkivaltarikoksiin ja järjestyshäiriöihin katsottiin muodostavan artiklassa tarkoitetun lakimääräisen velvoitteen.

valta vaaralta, jos henkilö ei kykene pitämään huolta itsestään eikä vaaraa voida muuten poistaa tai henkilöstä huolehtia muilla keinoin.”

Poll 12 § oikeuttaa poliisimiehen ottamaan kiinni etsintäkuulutetun, kun taas Poll 14 §:n nojalla voidaan ottaa kiinni ja pitää säilössä koti- tai julkisrauhan häiritsijä, jos alueelta tai paikalta poistamisella ei todennäköisesti voitaisi estää häirion toistumista.¹¹²

Poll 14 §:n soveltamisesta on ollut kyse Vaasan hovioikeuden ratkaisussa 4.3.2010 nro 266, jossa hovioikeus käräjäoikeuden hylkäävästä kannasta poiketen katsoi poliisimiehen syyllistyneen tuottamukselliseen virkavelvollisuuden rikkomiseen (poliisimies ”on tarkoittanut menetellä tilanteessa oikein”), kun tämä oli tehnyt päätöksen ottaa kiinni henkilö, joka oli ensin jättänyt noudattamatta poistumiskehoituksia ja seuranneessa tilanteessa vastaan haraamalla tehnyt vastarintaa häntä poliisilaitoksen tiloista poistettaessa. Hovioikeus katsoi, että vastarinta oli ollut lyhytaikaista ja suhteellisen lievää eikä käytöstä pidetty väkivaltaa ja sen uhkaa sisältävänä. Kohdehenkilö ei ollut päihtynyt ja hänellä oli autossaan kuljetettavia matkustajia, joten tarve jatkaa matkaa oli korostunut. Käsillä ei hovioikeuden mukaan ollut perusteltua epäilyä, että kohdehenkilö poistamisen jälkeen jatkaisi häiritsevää käyttäytymistä. Viitaten Poll 2 §:ssä mainittuihin poliisitoiminnan yleisiin periaatteisiin sekä kiinnioton ja lyhytaikaisenkin säilössä pitämisen merkitykseen keskeisen perusoikeuden – vapauden – kannalta hovioikeus katsoi, että kohdehenkilön poistaminen poliisilaitoksen tiloista olisi ollut riittävä toimenpide. Vapaudenmenetyksen kesto, joka oli lähes puoli vuorokautta, huomioon ottaen teko ei ollut kokonaisuutena arvioiden vähäinen. Poliisimies tuomittiin varoitukseen.

Poll 19 § oikeuttaa ottamaan kiinni hajaantumaan tai siirtymään määrättyyn väkijoukkoon kuuluvan henkilön, jos tämä ei noudata hajaantumis- tai siirtymismääräystä.¹¹³

Poliisin toimenpiteet Smash Asem -mielenosoituksen yhteydessä olivat eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen laajan selvittelytyön kohteena. Selvittelyn ulkopuolelle oli kuitenkin rajattu voimakeinojen käyttöä koskevat väitteet, joten tydyn tässä vain lyhyesti toistamaan eräitä apulaisoikeusasiamiehen näkemyksiä.¹¹⁴

¹¹² Poll 12 §:n nojalla toimittaessa tulee erityisesti ottaa huomioon henkilörehdyksen vaara. Ks. tästä Helminen et al. 2012b, s. 779. Poliisilain 14 §:n soveltamisalasta ks. Ruuska 2007, s. 160–165.

¹¹³ Poll 19 § 3 momentin mukaan: ”Yleisen kokouksen keskeyttämisestä ja päättämisestä säädetään kokoontumislain 21 §:ssä sekä yleisötillaisuuden estämisestä, keskeyttämisestä ja päättämisestä saman lain 22 §:ssä.” Ks. tästä Loman 1997, s. 61, jonka mukaan käytetyllä sääntelytekniikalla on välttytty poliisilain sekä perustuslaissa turvatun kokoontumis- ja mielenosoitusvapauden väliseltä jännitteeltä.

¹¹⁴ Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisun 28.11.2007 dnro 1836/2/07, s. 43–44 mukaan syyttäjää, jolle voimakeinojen käyttöä koskevat asiat oli siirretty, suoritti arvion esitutkintakynnyksen ylittymisestä 14 poliisimiehen osalta. Esitutkinta aloitettiin kolmessa tapauksessa. Apulaisoikeusasiamies tyytyi käytettyjen voimakeinojen osalta kiinnittämään huomiota siihen, että mielenosoituk-

Poliisitoimenpiteiden seurauksena poliisin eristyksen sisäpuolelle jäi satoja rauhanomaisesti käyttäytyneitä ihmisiä, joista suuri osa ei ilmeisesti ollut syyllistynyt rikoksiin tai järjestyshäiriöihin, vaan oli tullut paikalle vain seuraamaan mielenosoitusta. Ratkaisussaan apulaisoikeusasiamies viitaten mm. PoL 18 ja 19 §:ään katsoi, että sivullisten liikkumisvapauden, heille saartorenkkaassa pitämisestä aiheutuvan vaaran sekä rikoksiin syyllisten kiinnittämiseen ja mellakoiden estämiseen liittyvien yhteiskunnallisten intressien punninnassa ”olisi perustellusti voinut päätyä toiseenkin lopputulokseen”.¹¹⁵ Tilanne katsottiin kuitenkin siinä määrin hankalaksi, että pidemmälle menevien arvioiden esittäminen olisi edellyttänyt oikeudellisten kriteerien lisäksi myös taktisten keinojen käyttökelpoisuuden arviointia. Apulaisoikeusasiamies painotti myös sitä, että ennen mielenosoituksen keskeyttämistä yleisen kokouksen järjestämispaikkaan tai kulkuun ei voida puuttua kuin kokoontumislaissa säädettyillä perusteilla.¹¹⁶ Lisäksi hän kiinnitti huomiota siihen, että kenttäjohtaja oli ilmeisesti antanut yleisen tason ohjeen kiinnittoperusteena sovellettavista lainkohdista. Tältä osin apulaisoikeusasiamies korosti, että mellakkarikoksessakin rikosepäilyn tulee kohdistua aina yksilöön, ei koko väkijoukkoon.¹¹⁷

Ylimpien laillisuusvalvojien ratkaisukäytännössä on kiinnitetty huomiota myös siihen, että ”henkilökohtaista vapautta rajoittavien poliisilakiin perustettavien toimenpiteiden edellytysten täyttymisen harkinta kuuluu poliisille riippumatta siitä, miltä taholta pyyntö toimenpiteisiin tulee”.¹¹⁸

Apulaisoikeuskanslerin ratkaisussa 24.10.2005 dnro 384/1/05 sairaalan päivystykseen oma-aloitteisesti yleistilassa tapahtuneen laskun ja nilkkakivun vuoksi hakeutunut henkilö noudettiin päivystävän lääkärin pyynnöstä poliisin säilöön, jossa häntä pidettiin yli puolen vuorokauden ajan. Säilöstä henkilö toimitettiin ambulanssilla ensiapupäivystykseen mielentila-arvioon. Käytännössä kyse oli ilmeisesti ollut siitä, että

nessa kiinnitetut olivat kahlittuina linja-auton istuimiin myös kuljetuksen aikana, mikä oli poliisin voimakeinojen käyttämisestä annetun sisäasiainministeriön asetuksen (979/2004) vastaista (ratkaisun s. 48).

¹¹⁵ Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 28.11.2007 dnro 1836/2/07, s. 19–20. PoL 18 § sääntelee poliisimiehen oikeutta paikan ja alueen eristämiseen. Ks. myös apulaisoikeuskanslerin päätös 23.2.2004, dnro 440/1/02, jossa hän kritisoi poliisin toimintaa tilanteessa, jossa poliisi oli ottanut mielenosoitukseen saapuneen henkilön kiinni ja laittanut tämän säilöön PoL 20 §:n perusteella ”häiriöltä ja rikoksilta suojaamiseksi”. Poliisin mukaan henkilö oli joitakin päiviä aikaisemmin käyttäytynyt mielenosoituksessa ”aggressiivisesti ja muita mielenosoittajia kiihottavasti ja yllyttävästi”. Apulaisoikeuskanslerin mukaan poliisilla ei olisi ollut oikeutta edes määrätä ko. henkilöä poistumaan paikalta.

¹¹⁶ Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 28.11.2007 dnro 1836/2/07, s. 18.

¹¹⁷ Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 28.11.2007 dnro 1836/2/07, s. 33–34. Ks. myös EIT:n suuren jaoston faktoiltaan Smash Asem -tapausta muistuttava Austin and others v. the United Kingdom -ratkaisu, jossa EIS 5 artiklaa ei katsottu rikutun, sekä Häkkinen 2013 (erit. s. 137–138) kommentit ratkaisusta.

¹¹⁸ Apulaisoikeuskanslerin ratkaisu 24.10.2005 dnro 384/1/05.

päihtynyt ”mielenterveysoireileva” henkilö oli toimitettu poliisin tiloihin selviämään ennen mielentilatutkimusta.¹¹⁹

Poliisimiehen rikosprosessuaalisesta kiinniotto-oikeudesta on säädetty PKL 1 luvun 2 §:ssä. Sen mukaan:¹²⁰

”Poliisimies saa ottaa kiinni rikoksesta epäillyn, joka on määrätty pidätettäväksi tai vangittavaksi.

Jos pidättämiseen on edellytykset, poliisimies saa ottaa rikoksesta epäillyn kiinni ilman pidättämismääräystäkin, jos pidättämisen toimeenpano voi muuten vaarantua. Poliisimiehen on ilmoitettava kiinniottamisesta viipymättä pidättämiseen oikeutetulle virkamiehelle. Tämän on 24 tunnin kuluessa kiinniottamisesta päätettävä, onko kiinni otettu päästettävä vapaaksi vai pidätettävä. Kiinni otetulle on heti ilmoitettava kiinniottamisen syy.”

Säännöksestä huolimatta poliisimiehen kiinniotto-oikeus perustuu joiltakin osin myös jokamiehen kiinniotto-oikeuteen.¹²¹ Tämä säädöstilanne johtaa puolestaan samantyyppisiin oikeudellisiin kysymyksiin kuin poliisin toimiminen hätävarjeluissa. Voidaan esimerkiksi kysyä, toimiiko poliisi virkavastuulla käyttäessään kaikille kuuluvaa jokamiehen kiinniotto-oikeutta. Jos ei, voiko yksityishenkilö avustaa häntä voimakeinojen käytössä PolL 27 § 3 momentin nojalla. Viimeksi mainittuun kysymykseen Kerttula on vastannut kielteisesti, koska ”kyse ei tällöin olisi säännöksessä tarkoitettulla tavalla virkatehtävästä”. Hän on katsonut, että poliisi ja yksityishenkilö voivat samanaikaisestikin toimia jokamiehen kiinniotto-oikeuden nojalla. Yksityishenkilön oikeus voimakeinojen käyttöön kiristyi olennaisesti, jos peruste kuvatuissa tilanteissa vaihtuisi jokamiehen kiinniotto-oikeudesta PolL 27 § 3 momentin mukaiseen avustamiseen.¹²²

¹¹⁹ Vrt. apulaisoikeuskanslerin ratkaisu 25.9.2006 dnro 1343/1/04, jossa vastaavankaltaisessa tapauksessa henkilö otettiin kiinni PolL 20 §:n 3 momentin nojalla rikoksilta ja häiriöiltä suojaamiseksi ja toimitettiin myöhemmin samana päivänä terveyskeskuslääkärin virka-apupyynnön perusteella takaisin terveyskeskukseen ja mahdolliseen jatkohoitoon. Poliisin toiminnassa ei ollut huomautettavaa.

¹²⁰ Rikosprosessuaalisen kiinnioton edellytyksistä ks. apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 18.11.2010 dnro 4267/4/08, jossa oli kyse Neste Oil Oyj:n Porvoon Kilpilahden jalostamolla järjestettyyn mielenosoitukseen liittyneiden henkilöiden kiinniottamisesta. Ks. myös apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 1.2.2005 dnro 2955/4/04.

¹²¹ Ks. apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 28.11.2007 dnro 1836/2/07, s. 32.

¹²² Kerttula 2010, s. 316. Vrt. Halijoki 2004, s. 186–187.

3.1.2.3 Muut voimakeinojen käyttötilanteet

Pakenemisen estämisestä lausutaan PolL 27 §:ssä erikseen, koska pakenemista ei ole oikeuskäytännössä pidetty vastarintana.¹²³ Sinisalo on pitänyt pakenemisena myös itsensä asuntoon lukitsemista, jolloin voimakeinoja käyttämällä voidaan esimerkiksi murtaa ovi.¹²⁴

Sinisalon huomiolla ei käytännössä liene merkitystä, koska PolL 13 § ja 17 § sekä PKL 5 luvun 2 § ja 5 § näyttäisivät luovan poliisille varsin kattavan oikeuden toimittaa kotietsintöjä henkilön löytämiseksi, tarvittaessa jopa huoneen voimakeinoin avaamalla.¹²⁵ Lisäksi PolL 27 §:ssä on poliisille annettu oikeus voimakeinojen käyttöön *esteen poistamiseksi*. Esteen poistamisessa voimakeinojen käytön kohteena on tyypillisesti esine, kuten lukittu ovi tai poliisin pääsyn kohteeseen estävä eläin.¹²⁶ Esteen poistamista on myös laittoman tiesulun poistaminen.¹²⁷

Poliisin toiminnalla voidaan pyrkiä vaikuttamaan henkilöön tai muutoin tapahtumainkulkuun, mitä ilmentää poliisille PolL 27 §:ssä annettu oikeus käyttää voimakeinoja *välittömästi uhkaavan rikoksen tai muun vaarallisen teon tai tapahtuman estämiseksi*. Säännös laajentaa poliisin toimivaltuuksia siitä, mitä ne PolL 20 §:n mukaan olisivat. Hallituksen esityksen mukaan rikoksella tarkoitetaan rangaistavaksi säädettyä tekoa, kun taas vaarallisella teolla tarkoitetaan rikollista tekoa, joka jää rankaisematta esimerkiksi siksi, että tekijä ei tiedä tekonsa seurauksia tai ei muutoin ole niistä rikosoikeudellisessa vastuussa. Tapahtuma on puolestaan muusta kuin inhimillisestä tahdosta johtuva olosuhteiden muutos. Esimerkkeinä on mainittu eläimen, koneen tai luonnonvoimien aiheuttama muutos.¹²⁸ Erityisesti vaarallisten tahattomien tekojen tilanteissa tulee suhteellisuusperiaatteeseen kiinnittää erityistä huomiota.¹²⁹

¹²³ LaVM 28/2002 vp, s. 14. Ks. myös KKO 1991:88 ja ratkaisua kommentoinut Lahti 1992, s. 100.

¹²⁴ Sinisalo 1971, s. 126.

¹²⁵ PolL 13 §:n 2 momentin nojalla 1 momentissa säädetty oikeus etsinnän toimittamiseksi henkilön kiinnittämiseksi ”koskee myös poliisin muulle viranomaiselle antamaa laissa säädettyä virka-apua henkilön kiinnittämiseksi”. Esimerkiksi vankeuslain 2 luvun 11 §:n nojalla ”[u]losottomies voi ottaa kiinni sen, joka välttelee vankeusrangaistuksensa täytäntöönpanoa”. Lisäksi ”[u]losottomiehellä on oikeus täytäntöönpanotehtävänsä suorittamiseksi saada poliisilta virka-apua”. Vangin karkaaminen on lisäksi säädetty rangaistavaksi RL 16 luvun 16 §:ssä. Rangaistusuhkana on sakkoa tai vankeutta enintään yksi vuosi. PolL 13 §:n soveltamisalasta ks. Ruuska 2007, s. 152–160. Ks. lisäksi Loman 1997, s. 65, jonka mukaan tarvittaessa voidaan vedota PolL 27 §:n yleissäännökseen perusteena lukitun huoneen tai säilytyspaikan avaamiselle.

¹²⁶ HE 57/1994 vp, s. 54.

¹²⁷ Tapani – Tolvanen 2008, s. 298.

¹²⁸ HE 57/1994 vp, s. 54.

¹²⁹ Helminen et al. 1999, s. 290. Ks. myös Boucht 2011a, s. 185.

Todettakoon jo tässä yhteydessä, että Helminen ym. ovat uudessa poliisilakia koskevassa yleisteoksessa katsonneet, että hätävarjelusäännös on soveltuessaan ensisijainen tilanteissa, jotka kuuluvat myös jonkin edellä selostetun normin piiriin. Tästä poiketen pakkotilasäännös yleisluontoisena säännöksenä on toissijainen suhteessa voimakeinojen käyttöä sääntelevään UPL 2 luvun 17 §:ään.¹³⁰

PolL 20 ja 27 §:n sisältöjen tarkempaan vertailuun ei tässä ole perusteltua ryhtyä, mutta vaikuttaisi todellakin siltä, että sallimalla voimakeinojen käytön vaarallisten tapahtumien estämiseksi laajentaa sekundäärisenä toimivaltasäännöksenä pidettävä PolL 27 § voimakeinojen käyttöoikeutta muihinkin tehtäviin kuin mitä PolL 20 §:ssä on tarkoitettu, eikä ainoastaan anna keinoa muualla laissa säädetyn toimivaltuuden toteuttamiseen.¹³¹ Boucht ja Frände ovat jopa esittäneet, että laajennuksesta tulisi säätää primäärisellä toimivaltasäännöksellä, ”koska on tuskin mahdollista, että sekundäärinen toimivaltanormi laajentaa primäärisessä toimivaltanormissa annettuja valtuuksia.”¹³² Olen tästä hieman eri mieltä. Vaikka nykyistä säännöstilaa ei voida pitää systemaattisesti eikä käsitteellisesti onnistuneena, mikään ei mielestäni estä soveltamasta PolL 27 §:n laajennusta voimakeinojen käyttöön.¹³³ Esimerkiksi perusoikeuksien rajoitusedellytysten näkökulman säännöksen sijoittelulla poliisilain sisällä ei ole merkitystä.

3.1.3 Voimakeinojen käytössä noudatettavat periaatteet

3.1.3.1 Tarpeellisuusvaatimus

Voimakeinojen tulee kussakin tapauksessa olla tarpeellisia ja puolustettavia. *Tarpeellisuusvaatimus* edellyttää, että voimakeinojen käyttöön ei tule ryhtyä, jos tavoite voidaan saavuttaa muilla keinoin. Toisaalta voimakeinoihin ei tule ryhtyä, jos tavoitetta ei voida saavuttaa niilläkään.¹³⁴ Rajavartiolain 35 § 1 momenttiin on kirjattu tarpeellisuudesta seuraavasti:

¹³⁰ Helminen et al. 2012b, s. 780.

¹³¹ Ks. myös Helminen et al. 1999, s. 290. Myös maininta ”muusta vaarallisesta teosta” näyttäisi laajentavan toimivaltaa laajemmalle kuin varsinaisissa primäärisäännöksissä on sallittu.

¹³² Boucht – Frände 2008, s. 110. Ks. myös Kerttula 2010, s. 229. Kerttulan mukaan ”[t]ärkeää olisi varmistaa se, että voimakeinojen käytöllä vain turvattaisiin tätä toteuttamista eikä luotaisi uutta, itsenäistä perustason toimivaltuuksiin perustumatonta toimivaltaa”. Ks. myös Kerttula 2010, s. 359–364 muut esimerkit sääntelyn vastaavista ”heikkouksista”.

¹³³ Samansuuntaisesti uuden poliisilain osalta Helminen et al. 2012b, s. 780.

¹³⁴ HE 57/1994 vp, s. 54. Ks. myös KM 1986:16, s. 144. Pohjoismaisesta kirjallisuudesta ks. esim. Norée 2000, s. 74–75.

”Jos voimakeinojen käyttäminen on välttämätöntä, on niitä käytettävä vain siinä määrin ja siihen saakka, kun laissa säädetyn virkatehtävän suorittamiseksi välttämättä on tarpeen (*lievimmän keinon periaate*).”

Rajavartiolaissa todettu pätee myös poliisitoimintaan. Tarpeellisuuteen liittyy siis vaatimus lievimmästä keinosta ja keinon käyttämisestä vähiten haittaa ja vahinkoa tuottavalla tavalla. Voidaan puhua minimimääräisestä vallankäytöstä. Valtaa ei saa käyttää enempää kuin on tarpeen.¹³⁵ Vähimmän haitan periaatteesta on uudemmassa kirjallisuudessa johdettu myös yleisempi ohje, että mahdollisuuksien mukaan potentiaalisesti vaarallisetkin tilanteet tulee pyrkiä ratkaisemaan voimavaroja lisäämällä ja voimaa näyttämällä.¹³⁶ Resurssirealiteetit huomioon ottaen tätä ajatusta ei kuitenkaan voida viedä kovin pitkälle, ja lähtökohteisesti voimakeinot voivat olla tarpeellisia, vaikka niiden käytöltä jossakin tilanteessa voitaisiinkin välttyä esimerkiksi kutsumalla paikalle lisää poliisimiehiä. Sinisalonkin mukaan tarpeellisuusvaatimus edellytti, että vaara ei ole muutoin poistettavissa. Tämä vaatimus täyttyi, jos vaaran poistaminen ”*käytettävissä olevin poliisivoimin* ei käy päinsä vaarantamatta poliisille kuuluvien muiden velvollisuuksien ’kohtuullista’ täyttämistä”. Huomioon tulee siis otettavaksi käytettävissä olevat resurssit ja muut tehtävät. Toisaalta valitun keinon on oltava *tarkoituksenmukainen* eli laadultaan sellainen, että ”se on omiaan poistamaan vaaran tai ainakin vähentämään sitä”. Keino ei siis saa olla ”etukäteen arvioiden ilmeisen hyödytön”.¹³⁷ Muun muassa juuri viimeksi mainittujen kaltaiset seikat tuovat tarpeellisuusvaatimukseen sellaisia ulottuvuuksia, että usein on perusteltua puhua ennemminkin periaate- kuin sääntöluonteisesta normista.

Kuten jo EIT:n ratkaisukäytännön analyysistä ilmeni, myös käytettyjen keinojen puolustettavuuteen ja tarpeellisuuteen voidaan liittää subjektiivisia, tietoisuuteen kytkettäviä elementtejä. Tällöin mielenkiinnon kohteena on se, onko tekijä pitänyt käyttämiään keinoja tarpeellisina ja puolustettavina. Boucht on katsonut, että Ruotsin oikeudessa riittävä tietoisuuden taso on ns. yksinkertainen todennäköisyys ulkopuolisen tarkkailijan havainnoitsemana. Jos on varsin todennäköistä (*överbälgande sannolik*),

¹³⁵ Sinisalo 1971, s. 161 ja Sinisalo 1973, s. 83. Ks. myös Helminen et al. 1999, s. 291 ja 294. Pohjoismaisesta kirjallisuudesta tarpeellisuusvaatimuksen osalta ks. esim. Norée 2000, s. 201–206. Myös esineeseen kohdistuva voimakeinojen käyttö tulee toteuttaa vähiten omaisuusvahinkoa tuottavalla tavalla. Ks. tästä Helminen et al. 2012a, s. 678.

¹³⁶ Helminen et al. 1999, s. 291. Toisaalta poliisia on joskus moitittu voimakeinojen volyymin liioittelusta. Ks. tästä Helminen et al. 2012b, s. 781.

¹³⁷ Sinisalo 1971, s. 159, 172 ja 176 sekä Sinisalo 1973, s. 82 ja 84. Ks. myös UN 1990 kohta 4. Ennen Sinisaloa jo Ylösjoki totesi, ”että poliisin käsky- ja pakkovallan käytössä ei saa mennä pitemmälle, kuin tarkoituksen saavuttaminen edellyttää, eikä käyttää ankarampaa toimenpidettä, kuin tilanne välttämättä vaatii.” Ja edelleen voimakeinon käyttö tulee lopettaa välittömästi sen jälkeen, kun sen tarkoitus on saavutettu tai vastarinta murrettu taikka, kun ilmenee, että voimakeinolla ei voida päästä haluttuun päämäärään. Ks. tästä Ylösjoki 1966, s. 116, 209–210, 266 ja 274.

että toimenpide on tehoton, siihen ei tule ryhtyä.¹³⁸ EIT:hän edellytti arviolta sen perustamista ”hyviin syihin”, mikä viittaa normatiiviseen vaatimukseen näkemys perustellisuudesta. Kannanotot yhdistäen voitaneen todeta, että näkemys voimakeinon tarpeellisuudesta ei voi olla perusteltu silloin, kun se *ex ante* objektiivisessa katsannossa on varsin todennäköisesti tehoton. Kysymykseen palataan vielä myöhemmin arvioitaessa sitä, miten suhtautua tilanteisiin, joissa on sinänsä perustellusti erehdytty pitämään liian ankaria voimakeinoja tarpeellisina. Voidaan myös kysyä, edellytetäänkö erehdyksen olleen perusteltu, jotta rikosoikeudellinen anteeksianto on mahdollista, tai edellyttääkö anteeksianto erehdystä lainkaan.

Etukäteisarvioon keinon tehokkuudesta liittyy kiinteästi vaatimus valitun keinon *riittävydestä* halutun tavoitteen saavuttamiseksi. Jos keino ei onnistuessaan olisi riittävä, saattaisi se lähinnä johtaa tilanteen eskaloitumiseen. Lähtökohtaisesti primääritoimivaltasäännökseen perustuvilla toimenpiteillä asetetaan lainmukainen tavoitetaso, minkä jälkeen valitaan riittävät keinot sen saavuttamiseksi.¹³⁹ Eli toisin sanoen tilanteen eskaloitumisen ja siitä seuraavan ankarampien voimakeinojen käytön välttämiseksi poliisimiehen ei tulisi käyttää lievempää (tai samalla tasolla olevaa) voimakeinoa kuin mitä kohdehenkilön vaarallisuus edellyttää.¹⁴⁰ Tämä tarpeellisuusvaatimuksen ulottuvuus kytkeytyy läheisesti vaatimukseen voimakeinon tarkoituksenmukaisuudesta. Tarpeellisuusvaatimus korostaa myös vastarinnan vaarallisuuden (tai hätävarjelussa hyökkäyksen laadun) merkitystä sallittujen keinojen määrää arvioitaessa, sillä ainoastaan vastarinnan nujertamiseksi tarpeelliset keinot ovat sallittuja, eikä tässä arviossa voida ottaa huomioon sitä, kuinka vaarallinen kohdehenkilö on tai mitä hän kenties on aiemmin tehnyt. Vastarinnan murtamiseen liitetty tarpeellisuusvaatimus siirtää tehtävän tärkeyden punnintakriteerinä väistämättä taka-alalle.¹⁴¹

Voimakeinoja ei luonnollisestikaan voida käyttää, jos laissa on määritelty joku muu malli vastarinnan ja yhteistyöhaluttomuuden murtamiseen. Tästä voidaan esimerkiksi mainita PoL 10 §:ssä annettu oikeus ottaa kiinni henkilö tämän henkilöllisyyden selvittämiseksi.¹⁴² Toisin sanoen sen sijaan, että henkilöstä voimakeinoja käyttämällä yritettäisiin ”puristaa henkilötiedot ulos”, voidaan tämä ottaa kiinni. Kiinniottamisen yhteydessä voidaan toki tarvittaessa käyttää puolustettavia voimakeinoja.

¹³⁸ Boucht 2011a, s. 265.

¹³⁹ Norée 2000, s. 75. Noréen esimerkissä kyse on ollut häiröiden estämisestä yleisötaapahtumien, kuten riskialttiiden jalkapallo-otteluiden, yhteydessä. Ks. myös Norée 2000, s. 203. Nähdäkseni keinon tehokkuus- ja riittävyysulottuvuuksia voidaan erotella sen perusteella, onko tehokaskaan keino riittävä tavoitteen saavuttamiseksi. Valittu keino voi esimerkiksi olla tehokas väkijoukon siirtämiseen, mutta väkijoukon siirtäminen itsessään ei ole riittävä toimenpide mellakan estämiseksi.

¹⁴⁰ Äminne – Lounaskorpi 2005, s. 61–73.

¹⁴¹ Ks. Waddington 1990, s. 696–697.

¹⁴² Ks. Sinisalo 1973, s. 117 ja Boucht – Frände 2008, s. 110.

Tarpeellisuusvaatimus rajaa voimakeinojen käyttöä myös *ajallisesti*. Ryhdyttäessä käyttämään voimakeinoja edellytysten tulee olla käsillä tai välittömästi uhkaamassa. Etäisempiä vaaroja ei voida torjua voimakeinoin. Toisaalta voimakeinoja saa käyttää ainoastaan niin kauan kuin ”edellytykset sen aloittamiseen olisivat jatkuvasti olemassa.” Hallituksen esityksen sanoin ”toimenpiteiden tulee perustua hyväksyttäviin johtopäätöksiin tilannekohtaisista tiedoista”.¹⁴³

Eräissä tilanteissa jo voimakeinojen käytöllä uhkaaminen voi olla tehokas keino haluttuun tavoitteeseen päättymiseen. Boucht ja Frände ovat todenneet voimakeinojen käytöllä uhkaamisen kynnyksen osalta, että ”[p]oliisimiehen esittämän voimakeinojen käyttöä koskevan uhkauksen on kuitenkin pysyttävä laillisen toimivallan rajoissa myös siinä tapauksessa, ettei poliisimies olisi de facto toteuttanut uhkausta.”¹⁴⁴ Ensiksi on korostettava, että ampuma-asetta lukuun ottamatta voimakeinoilla uhkaaminen ei ole voimakeinojen käyttöä. Arvioitaessa voimakeinojen käytöllä uhkaamisen sallittavuutta ongelmaa tuleekin lähestyä yleisten poliisitoiminnallisten tarpeellisuuden ja puolustettavuuden vaatimusten näkökulmasta eikä toteutetulle uhkaukselle asetetuista kriteereistä. Käytännössä tämä tarkoittaa, että ainakin rikosoikeudellisessa arvioinnissa uhatessa esimerkiksi poliisikoiran käytöllä ja käytettäessä koiraa kohdehenkilön puremiseen muodostavat sallitun menettelyn rajat huomattavan erilaisiksi. Luonnollisesti vaikka jollakin voimakeinolla uhkaaminen olisi sinänsä sallittua, se ei välttämättä ole taktisesti viisasta, jollei voimakeinoa, jolla on uhattu, ole sallittua ko. tilanteessa käyttää. Lienee syytä jo tässä yhteydessä viitata Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisuun 31.12.2007 nro 1542, joka ilmentää voimakeinolla ja erityisesti koiralla uhkaamiseen liittyviä ongelmia.

Ratkaisussa katsottiin koiranohjaana toimineen poliisimiehen syyllistyneen vammaantuottamukseen ja tuottamukselliseen virkavelvollisuuden rikkomiseen päästäessään poliisikoiran kertomansa mukaan ”uhkaamismielessä” – arvioituaan etäisyyden väärin – niin lähelle 17-vuotiasta kohdehenkilöä, että koira ylettyi puremaan kohdehenkilöä vatsaan. Tältä osin hovioikeus katsoi, että poliisimiehen olisi ”ottaen huomioon osapuolten välinen lyhyt etäisyys, joka on ollut H:n kertoman mukaan alle kaksi met-

¹⁴³ HE 57/1994 vp, s. 54. Ks. myös Sinisalo 1971, s. 168, Sinisalo 1973, s. 82, Nuutila 1997a, s. 301–302, Helminen et al. 1999, s. 291 ja Pohjolainen 1999, s. 938–939. Esimerkkinä ajallisesta rajauksesta ks. Frände 2012, s. 154, jossa hän on todennut koiran käytöstä kiinniotettavan pysäyttämiseksi, että se on sallittua vain, jos ”henkilö ilmaisee yrittävänsä paeta”. Ks. myös Heinonen 2012, s. 94 myönteiset havainnot ampuma-aseesta luopumisesta käytännössä, kun edellytyksiä sen käytölle ei enää ole.

¹⁴⁴ Boucht – Frände 2008, s. 111. Ainakin Norée Ruotsissa on katsonut viitaten sikäläiseen hovioikeusratkaisuun, että laittomalla voimakeinolla uhkaaminen voi täyttää virkarikoksen lisäksi myös laittoman uhkauksen tunnusmerkistön. Norée on jopa katsonut, että jos voimakeinolla uhataan tarkoituksin aiheuttaa psyykinen šokki, ei vastuu pahoinpitelystä ole poissuljettu. Ks. tästä Norée 2008, s. 22–23.

riä, ja koiran käyttäytyminen puheena olevassa tilanteessa, pitänyt varoa, että koira saattaisi päästä K:hon kiinni ja purra tätä”. Sitä vastoin hovioikeus ei – kärjäoikeudesta poiketen – katsonut poliisimiehen käyttäneen edeltäneessä tilanteessa liiallisia voimakeinoja tönäistessään mainittua henkilöä rintakehään saadakseen tämän liikkeelle annettujen käskyjen mukaisesti (eli toisin sanoen pakottaakseen tämän tekemään jotain). Poliisimies ei myöskään ollut syyllistynyt tahalliseen eikä tuottamukselliseen rikokseen myöhemmässä tilanteessa, kun ko. hetkellä irti ollut poliisikoiraa oli purrut paikalle tullutta sivullista käsivarteen. Hovioikeus kiinnitti huomiota siihen, että ko. sivullista oli useita kertoja kielletty lähestymästä koira, mitkä kiellot hän oli myös ymmärtänyt. Kielloista huolimatta sivullinen oli tullut noin 2–3 metrin etäisyydelle koirasta ja siitä huolimatta, että koiran ohjaaja tarttui kiinni koiran kaulapannassa olleeseen liinaan, se pääsi puremaan mainittua sivullista. Hovioikeuden kuuleman poliisin voimankäytön kenttäkouluttajan mukaan ”poliisikoiraa voitiin jättää poliisiauton ulkopuolelle käskettynä pysymään maassa paikoillaan, kun poliisit selvittivät asioita asiakkaiden kanssa, ja että koira voitiin jättää myös turvaamaan tehtävän suorittamista muutaman metrin päähän poliiseista”.¹⁴⁵ Rikoksen yleiseen rakenteeseen sovitettuna kenttäkouluttajan näkemys nähdäkseni osaltaan ilmentää poliisikoiran käyttöön liittyvän sallitun riskin rajaa. Ilmeisistä riskeistä huolimatta koiran jättäminen vahtimaan poliisiauton ulkopuolelle voi olla sallittua.

Tarpeellisuusvaatimus yksissään ei ole riittävä, ja ollakseen lainmukaisia tarpeellisten voimakeinojen tulee olla myös *puolustettavia*. Esimerkkinä ainoastaan tarpeellisuusvaatimuksen varaan rakentuvan voimankäyttöoikeuden aiheuttamista ongelmista voidaan viitata Yhdysvaltojen korkeimman oikeuden ratkaisuun tapauksessa Tennessee v. Garner vuodelta 1985.¹⁴⁶

Tapahtumahetkellä Tennesseeen osavaltiossa voimassa olleen sääntelyn mukaan poliisi sai käyttää pidätyksen toimittamiseksi kaikkia tarvittavia keinoja, jos poliisimiehen ilmoitettua aikomuksestaan pidättää henkilö tämä pakenee tai tekee vastarintaa (*“forcibly resists”*). Ko. tapauksessa poliisimies oli ampunut kuoliaaksi murtoon syyllistyneen valittajan pojan, kun tämä ei ollut totellut pysähtymiskäskyä, vaan oli paennut aidan yli. Poliisimies käytti asetta, vaikka oli kohtuullisen varma, että epäillyllä ei ollut asetta. Poliisimies oli myös havainnut kohdehenkilön hentorakenteiseksi ja vain 17–18-vuotiaaksi. Korkein oikeus katsoi Tennesseeen osavaltion sääntelyn perustuslainvastaiseksi siltä osin kuin se salli kuolettavan voiman käytön ilmeisesti aseetonta ja vaaratonta pakenevaa henkilöä kohtaan ja totesi, että *“such force may not be used*

¹⁴⁵ Hovioikeus tuomitsi poliisimiehen vamma tuottamuksesta ja tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta 40 päiväsakkoon, kun taas kärjäoikeus oli tuominnut poliisimiehen pahoinpitelystä ja virkavelvollisuuden rikkomisesta (tönäisy ja kohdehenkilöön kohdistunut pureminen) sekä vammantuottamuksesta (sivulliseen kohdistunut pureminen) 60 päivän ehdolliseen vankeuteen. Myös yksi hovioikeuden jäsenistä olisi tuominnut samoin kuin kärjäoikeus. Kuriositeettina todettakoon, että esimerkiksi tilanteissa, joissa poliisikoiran ohjaaja laiminlyö estää poliisikoiraa puremasta jo rauhoitettua henkilöä, kyseeseen saattaa tulla RL 21 luvun mukaiseen rikokseen syyllistyminen ns. epävarsinaisen laiminlyönnin kautta. Ks. tästä Norée 2008, s. 120.

¹⁴⁶ Ratkaisun merkityksestä poliisin voimankäyttöä ohjaavana standardina ks. White 2002, s. 728.

unless necessary to prevent the escape and the officer has probable cause to believe that the suspect poses a significant threat of death or serious physical injury to the officer or others". Korkeimman oikeuden näkemys näyttää aika pitkälti vastaavan eurooppalaista ihmisoikeusstandardia.

Kuten jo edellisessä jaksossa todettiin, EIT on sisällyttänyt suhteellisuuden vaatimuksen välttämättömyyden vaatimukseen. Toisaalta voidaan Jareborgin tapaan kysyä, eikö vaatimus keinojen tarpeellisuudesta sisälly vaatimukseen niiden suhteellisuudesta. Erottelun tekemistä lakitekstissä voidaan kuitenkin puoltaa koulutuksellisilla syillä ja "sääntelyperinteellä".¹⁴⁷ On myös esitetty, että *kohtuullisuuteen* ei väistämättä sisälly vaatimusta lievimmän välttämättömän voiman käyttämisestä. Vaikka kotimaisessa kielenkäytössä – ja mitä ilmeisimmin siis myös EIT:n argumentoinnissa – suhteellisuusperiaatteen on tyypillisesti katsottu olevan rajoittavampi kuin välttämättömyysvaatimuksen, on ulkomaisessa kirjallisuudessa esimerkiksi Waddington katsonut (ehdottoman) välttämättömyyden olevan esimerkiksi virkatoiminnassa rajoittavampi kriteeri kuin sisällöltään varsin epämääräiset kohtuullisuus- (*reasonableness*) ja suhteellisuuskriteerit.¹⁴⁸

Samoin Paoline ja Terrill ovat viitaten ratkaisuun Graham v. Connor todenneet, että tässä suhteessa käsitteet *objective reasonableness* ja "good force" eivät aina kohtaa.¹⁴⁹ Samoin Buttle on voimakkaasti kritisoinut *reasonable*-doktriinia sen epämääräisyyden johdosta. Kirjoittaessaan erityisesti koulutuksen näkökulmasta Buttle on korostanut *minimum force* -doktriinin käyttöä, mikä hänen mukaansa mahdollistaa ankaramman ja käytännönläheisemmän lähestymistavan. Buttle on liittänyt viimeksi mainittuun doktriiniin *minimal*- ja *absolutely necessary* -käsitteiden lisäksi myös *proportionate*-käsitteen.¹⁵⁰

3.1.3.2 Puolustettavuusvaatimus

Puolustettavuusarvionnissa huomioon otettavista kriteereistä säädetään PolL 27 §:n 2 momentissa, jonka mukaan

¹⁴⁷ Jareborg 2001, s. 268. Samansuuntaisesti Norée 2000, s. 76. Ks. myös Frände 2005b, s. 55.

¹⁴⁸ Ks. Waddington 1990, s. 696. Suomessa jo Sinisalo katsoi mahdolliseksi, että minimimäärää kovemmatkin keinot saattaisivat olla kohtuullisia, mutta eivät tarpeellisia. Ks. tästä Sinisalo 1971, s. 161.

¹⁴⁹ Terrill – Paoline 2010, s. 10. Ratkaisussa huomio kiinnittyy myös siinä tehtyyn havainnolliseen erotteluun voimankäytön objektiivisten ja subjektiivisten elementtien välillä: "An officer's evil intentions will not make a Fourth Amendment violation out of an objectively reasonable use of force; nor will an officer's good intentions make an objectively unreasonable use of force constitutional."

¹⁵⁰ Buttle 2010, s. 34–35 ja 37.

”voimakeinojen puolustettavuutta arvioitaessa on otettava huomioon tehtävän tärkeys ja kiireellisyys, vastarinnan vaarallisuus, käytettävissä olevat voimavarat sekä muut tilanteen kokonaisarvosteluun vaikuttavat seikat”.¹⁵¹

Toimenpiteiden suhteellisuus tulee arvioitavaksi objektiivisin kriteerein (keskivertokansalaisen näkökulma), jolloin käytetyn voiman tulee olla ”kohtuullisessa ja järjellisessä suhteessa virkatehtävän laatuun ja sillä tavoiteltavaan päämäärään.” Yhtäältä tarpeetonta provokaatiota tulee välttää eikä poliisin arvovallan takia tule ryhtyä suurimittaiseen voimankäyttöön. Toisaalta huomioon on otettava myös ”järjestäytyneen yhteiskunnan yleinen turvaintressi”, eikä viranomaiskoneiston ja yleisemmin yhteiskunnan uhmaamista tule sallia. Ainakin vastarintatilanteiden osalta lähtökohta on, että kun poliisilla on oikeus voimakeinojen käyttöön, tulee niistä luopua vain poikkeuksellisesti.¹⁵²

Sinisalon mukaan puolustettavuusarvioinnissa tuli huomioon otettavaksi poliisitoiminnan senhetkisen tavoitteen tärkeys ja kohdehenkilölle aiheutuva haitan suuruus. Viimeksi mainitussa oli otettava huomioon myös jo vammaan *aiheuttamisriski*. Intresivertailussa olivat siis vastakkain yleinen ja yksityinen etu, ja ratkaisu tehtiin yhteiskunnassa yleensä vallitsevan mielipiteen mukaan¹⁵³ ja ”voimakeinojen tulisi laadultaan ja kestoajaltaan olla sellaisia, että keskivertosuomalaisen oikeustaju ne hyväksyy”.¹⁵⁴

Toimivaltasäännösten mukaan toimittaessa *tehtävän tärkeyden ja kiireellisyyden* voidaan yleisesti ottaen katsoa olevan puolustettavuuspunninnan keskeisin kriteeri.¹⁵⁵ Tehtävän tärkeyden ja kiireellisyyden valossa tulee arvioitavaksi, onko toimenpiteeseen ryhdyttävä juuri sillä hetkellä vai voidaanko tilanteen antaa rauhoittua. Vastarinnan vaarallisuus kytkettynä tarpeellisuuskriteeriin rajaa kuitenkin edellä kerrotuin tavoin mahdollisuuksia tehtävän tärkeyden korostamiseen. Vastarinnan vaarallisuuteen nähden tarpeettoman ankaria voimakeinoja ei voida käyttää, vaikka tehtävän tärkeys niitä puoltaisikin.¹⁵⁶ Arvioinnin lähtökoh- ta on poliisimiehen käsitys tilanteesta.¹⁵⁷

¹⁵¹ Ks. myös KM 1986:16, s. 153. Parlamentaarisen poliisikomitean mietinnön mukaan suhteellisuusarvioinnissa tuli huomioon otettavaksi ”poliisitehtävän laatu, vastarinnan vakavuus, olosuhteet ja tilanne muutoinkin”.

¹⁵² Ks. Helminen et al. 1999, s. 292–293. Ks. myös Helminen et al. 2005, s. 468. Yleisesti puolustettavuusarvioinnista ks. pohjoismaisesta kirjallisuudesta esim. Norée 2000, s. 206–212.

¹⁵³ Sinisalo 1973, s. 85.

¹⁵⁴ Sinisalo 1973, s. 118.

¹⁵⁵ Ks. Norée 2000, s. 200. Häätävarjelutilanteessa tilanne on luonnollisesti toinen.

¹⁵⁶ Boucht – Frände 2008, s. 111.

¹⁵⁷ Norée 2000, s. 201.

Esimerkiksi erilaisten kiinniottotehtävien tärkeydellä on eroa. Pakenemisen estämiseksi käytettävien keinojen tulee olla lievempiä kuin vastarinnan torjumisessa sallittujen keinojen. Toisaalta pakenemisen estämisen ollessa kyseessä merkitystä on myös sillä, onko henkilö tunnistettu.¹⁵⁸ Lisäksi Noréen mukaan puolustettavien voimakeinojen määrää arvioitaessa on otettava huomioon esimerkiksi se, onko kyseessä vaarallisen henkilön kiinniotto vai onko kyseessä sairaan, mutta varsin vaarattoman henkilön saattaminen hoitoon.¹⁵⁹

Vastarinnan vaarallisuutta arvioitaessa tulevat huomioon otettaviksi vastarintaa tekevien henkilöiden lukumäärä ja mahdollinen aseistus.¹⁶⁰ Huomioon tulevat otettavaksi myös henkilön *välittömästi* tilannetta edeltänyt toiminta ja häiriintyneisyys.¹⁶¹ Ellonen ja Nurmi ovat listanneet seuraavia henkilön vaarallisuuden arvioinnissa huomioon otettavia tekijöitä, jotka vaikuttavat usein samanaikaisesti.¹⁶²

- *Huumausaineet* – erityinen vaara liittyy lääkkeiden, alkoholin ja huumeiden sekakäyttöön. Lisäksi on mainittu väkivaltaiset skitsofreniapotilaat, jotka ovat jääneet palaamatta sairaalaan ja jättäneet lääkityksen ottamatta.
- *Psykoottinen tila*.
- *Persoonallisuushäiriöt* – erityisen ryhmän muodostavat henkilöt, joilla on vakava narsistinen persoonallisuushäiriö.
- *Äärimmäiset turhautumistilanteet ja kriisitilanteet* – tämä voi ilmetä muutoin rauhallisena pidetyn henkilön ”pimahtamisena”.
- *Orgaaniset aivovammat ja jotkin sairaudet* – esimerkkinä on mainittu mm. kuume-houretilat, sairauksien aiheuttamat poikkeamat keskushermostossa, aivovauriot (erityisesti aivojen etuosissa ja limbisessä järjestelmässä), vanhuuden dementia ja Alzheimerin tauti.
- *Aikaisemmat väkivallan teot* – väkivaltaisuus saattaa olla yleistynyttä tai joihinkin olosuhteisiin liittyvää. Olosuhteista on esimerkkinä mainittu mustasukkaisuus.
- *Joukkona toimiminen, joukon yllitys*.

Kuten jo tarpeellisuusvaatimuksen yhteydessä todettiin, ennakkotiedot kiinniottavasta henkilöstä tulee ottaa huomioon tilanteeseen valmistauduttaessa, mutta ne eivät oikeuta tavanomaista ankarampiin voimakeinoihin.¹⁶³ Tältä osin

¹⁵⁸ LaVM 28/2002 vp, s. 14.

¹⁵⁹ Norée 2004, s. 24.

¹⁶⁰ Boucht – Frände 2008, s. 111.

¹⁶¹ Nuutila 1997a, s. 302.

¹⁶² Ellonen – Nurmi 1997a, s. 93–95. Mielenterveyden häiriöistä poliisitoimintaan liittyen ks. tarkemmin Ellonen – Nurmi 1997b, s. 259–266. Joukossa toimimisen merkityksestä vrt. de Roverin näkemykset sivulla 401.

¹⁶³ HE 57/1994 vp, s. 54. Ks. myös Boucht – Frände 2008, s. 111. Henkilöstä saaduilla ennakkotiedoilla näyttäisi tutkimusten perusteella todellakin olevan huomattavaa merkitystä tarpeellista voimaa määritettäessä. Heinosen (Heinonen 2012, s. 78–79) mukaan asean käyttötilanteista vain noin 10 %:ssa kohteena oli entuudestaan tunnettu henkilö, mikä Heinosen mukaan viittaa siihen,

voidaan viitata EIT:n ratkaisukäytäntöön, joka ei salli henkilöhistorian huomioon ottamisesta voimakeinojen valinnassa ja käytössä, vaan ratkaisevaa on henkilön käyttäytyminen ko. tilanteessa. Käytännössä huomioon tullee otettavaksi kohdehenkilön käytös korkeintaan joidenkin edeltävien minuuttien ajalta.

Sanotusta huolimatta poliisilaki kuitenkin tunnustaa mahdollisuuden kohdehenkilön henkilöhistorian huomioon ottamiseen poliisin toiminnan suunnittelussa ja *primäärin* toimivallan käytön perusteena. Esimerkiksi edellä mainitun PolL 20 §:n (Rikoksilta ja häiriöiltä suojaaminen) esitöissä on todettu, että:

”Ennakoivaa poistamissäännöstä sovellettaisiin myös tilanteessa, jossa henkilö on aikaisemmin aiheuttanut häiriötä tai vaaraa ja henkilön muusta käyttäytymisestä voidaan päätellä hänen todennäköisesti aiheuttavan tälläkin kertaa huomattavaa häiriötä ja välitöntä vaaraa yleiselle järjestykselle ja turvallisuudelle.”¹⁶⁴

Toisaalta voimakeinot tulee ensisijaisesti kohdistaa henkilön sijasta esineeseen, ja joka tapauksessa voimakeinojen käyttö tulee pyrkiä rajaamaan poliisitoimenpiteen kohteena olevan henkilön oikeuksiin. Lähtökohtana on siis potentiaalisen poliisin toimenpiteiden kohteeksi joutuvan henkilön yksilöllinen vastuu, minkä perusteella tähän voidaan kohdistaa vain sellaisia toimenpiteitä, joihin hän omalla käyttäytymisellään antaa aiheutta. Tämä periaate on kuitenkin osoittautunut käytännössä hankalaksi esimerkiksi PolL 19 §:n näkökulmasta, kun on ilmennyt tarvetta kohdistaa toimenpiteitä mieltään osoittavaan joukkoon tai häiritsevästi käyttäytyvään urheiluseuran kannattajajoukkoon. Yksittäisten henkilöiden käytöstä tarkkailemalla ”hajaantumis- ja siirtymiskäsky olisi kuitenkin pyrittävä rajaamaan siihen väkijoukon osaan, jonka jäsenet käyttäytyvät yleistä järjestystä ja turvallisuutta vaarantavasti tai ovat todennäköisesti syyllistymässä mainittuun oikeushyvään kohdistuvaan rikokseen”.¹⁶⁵ UPL 2 luvun 9 §:n 1 momentissa mainittuihin seikkoihin onkin kiinnitetty erityistä huomiota (kursivointi tässä):

”Poliisimiehellä on oikeus määrätä väkijoukko hajaantumaan tai siirtymään, jos koontuminen vaarantaa yleistä järjestystä ja turvallisuutta tai on esteenä liikenteelle. Sama oikeus poliisimiehellä on, jos väkijoukossa olevat uhkaustensa tai muun käyttäytymisensä perusteella todennäköisesti syyllistyisivät henkeen, terveyteen, vapaukseen, kotirauhaan tai omaisuuteen kohdistuvaan rikokseen. Jollei hajaantumis- tai

että poliisi on osannut varautua tilanteeseen ennakolta eikä aseenkäyttötilanteeseen ole ajauduttu. Toisaalta kohdetta osattiin pitää vaarallisena jo alkutietojen perusteella yli 50 %:ssa tapauksista.

¹⁶⁴ HE 266/2004 vp, s. 17. Ks. myös HaVM 10/2005 vp, s. 7 ja PeVL 11/2005 vp, s. 7. Kaksi kansanedustajaa onkin hallintovaliokunnan mietintöön jättämässään vastalauseessa kritisoinut mahdollisuutta poistaa henkilö paikalta hänen aiemman toimintansa perusteella. Ko. kansanedustajat ovat katsoneet tämän perusteen olevan hyvin tulkinnanvarainen ja poliisinkin oikeusturvan kannalta ongelmallinen. Ks. tästä HaVM 10/2005 vp, s. 27.

¹⁶⁵ HE 57/1994 vp, s. 55 ja HE 224/2010 vp, s. 20. Ks. myös Helminen et al. 1999, s. 91–92 ja 294.

siirtymismääräystä noudateta, poliisimiehellä on oikeus hajottaa väkijoukko voimakeinoin sekä ottaa niskoitteleva henkilö kiinni. *Poliisin tulee mahdollisuuksien mukaan rajata toimenpiteensä koskemaan niitä henkilöitä, joiden menettelystä väkijoukon hajottamisen tai siirtämisen tarve aiheutuu.*¹⁶⁶

Myös vastarinnan luonne suhteessa suoritettavaan tehtävään tulee huomioon otettavaksi keinojen puolustettavuutta arvioitaessa. Vanhemmassa kirjallisuudessa on katsottu, että jos kyse on passiivisesta vastarinnasta, esimerkiksi käden pitämisestä nyrkissä sormenjalkia otettaessa, lyöminen kädellä tai patukalla ei ole sopivaa.¹⁶⁷ Tavoitteeseen tulee pyrkiä esimerkiksi hallintaotteilla. Vastarinnan vaarallisuuden osalta voidaan kiteyttää viitata Lomaniin, jonka mukaan ”[p]oliisin voimatoimien oma eskalaatio on riippuvainen ja sidoksissa vastapuolen väkivaltaisuuden ja aggressiivisuuden asteeseen”.¹⁶⁸

*Käytettävissä olevien voimavarojen osalta kyse on erityisesti mahdollisuudesta saada lisävoimaa tapahtumapaikalle.*¹⁶⁹ Hallituksen esityksessä 57/1994 vp on ilmeisesti viitattu juuri käytettävissä oleviin voimavaroihin, kun siinä on todettu, että pelkän perusvarustuksen turvin toimiva yksittäinen poliisimies voi yksittäisessä voimakeinojen käyttötilanteessa joutua käyttämään ankarampia voimakeinoja kuin hyvin varustautunut poliisiosasto. Tosin tällöin yksittäisen poliisimiehen tulee huolellisesti harkita tehtävän siirtämisen tai siitä luopumisen mahdollisuutta.¹⁷⁰ Toisaalta esimerkiksi erittäin vaarallisissa panttivankitilanteissa äärimmäisetkin voimakeinot saattaisivat olla sallittuja, mikäli käytössä ei olisi ”mittavia voimavaroja”.¹⁷¹

On syytä korostaa, että poliisin erityisryhmillä, kuten valmiusyksikkö Karhula, ei ole erityisvaltuuksia, vaan myös heidän toimintaansa sovelletaan PolL 27 §:stä ilmeneviä säännöksiä. Edellä viitattuun hallituksen esityksen mainintaan kytkettynä tämä tarkoittaa sitä, että tyypillisesti ryhmänä toimivilta valmiusyksikön poliisimiehiltä voidaan edellyttää jopa normaalia suurempaa pidättyvyyttä voimakeinojen käytössä. Toki on muistettava, että valmiusyksikkö toimii jo lähtökohtaisesti poikkeuksellisen vaarallisissa poliisitehtävissä, joten vertailu yksittäisen poliisipartion toimintaan vastaavassa tilanteessa voi olla vaikeaa. Erityiskoulutettujen joukkojen käyttö ei itsessään kuitenkaan ole erityisen ihmis- tai perusoikeusherkkää, mikäli näiden joukkojen koulutuksessa ja niitä operaatioissa käytettäessä tulevat huomioon otetuiksi yleiset voimankäytölle

¹⁶⁶ Ks. säännöksestä Helminen et al. 2012b, s. 791–792. Huomattakoon, että säännös sinällään sallii voimakeinojen käytön myös väkijoukkoon kuuluvia sivullisia kohtaan.

¹⁶⁷ Ks. Ylösjoiki 1966, s. 271.

¹⁶⁸ Loman 1997, s. 113.

¹⁶⁹ Boucht – Frände 2008, s. 111.

¹⁷⁰ HE 57/1994 vp, s. 55. Ks. myös HE 263/2004 vp, s. 205 esimerkki.

¹⁷¹ Nuutila 1997a, s. 303–304.

asetetut kriteerit, joista erityisesti mainittakoon tarpeellisuus- ja puolustettavuusvaatimukset.

Muina tilanteen kokonaisarvosteluun vaikuttavina seikkoina tulee huomioon otettavaksi esimerkiksi ulkopuolisille henkilöille ja omaisuudelle aiheutuva vaara.¹⁷² Merkitystä voi olla myös tilanteen yleisellä luonteella, mistä voidaan mainita esimerkkinä suuren väkijoukon häiriökäyttäytyminen.¹⁷³ Huomiota on kiinnitettävä myös tapahtumapaikkaan. Kuten myöhemmin selostettavasta Turun hovioikeuden ratkaisusta 21.7.2004 nro 2168 ilmenee, toimittaessa ahtaissa tiloissa, kuten asunnoissa tai porraskäytävissä, voidaan ankaramman ja samalla varmemmin tehokkaan voimakeinon käyttöä pitää puolustettavampana kuin tilanteissa, joissa poliisimies voi paremmin huolehtia turvallisuudestaan pitämällä riittävää etäisyyttä kohdehenkilöön.

Lähinnä henkilöön liittyvinä lieventävinä olosuhteina tulevat Noréen mukaan huomioon otettaviksi se, jos poliisimies joutuu hoitamaan vaativaa tehtävää yksin, kohdehenkilöiden lukumäärä, vaikeudet saada apuvoimia sekä kohdehenkilön alkoholista tai huumeista johtuva päihtymys. Raskauttavina olosuhteina tulee hänen mukaansa huomioon otettavaksi muun muassa poliisimiesten lukumäärä, poliisimiehen pitkä työkokemus ja puolustuskyvyttömän lyöminen tai potkiminen.¹⁷⁴ Arvioinnissa voidaan luonnollisesti ottaa huomioon myös samantyyppiset henkilöön liittyvät olosuhteet kuin hätävarjelunkin osalta. Jo tässä yhteydessä on aiheellista EIT:n ratkaisukäytännön ja *soft law* -standardienkin perusteella korostaa kohdehenkilön iän ja terveyden merkitystä.¹⁷⁵ Noréen mukaan ”[s]om allmän regel gäller att våld inte bör användas mot hjälplösa personer, till exempel barn och äldre”.¹⁷⁶

3.1.3.3 Käytettävistä voimakeinoista, varautumisesta ja varoittamisesta

Käytettävien voimakeinojen tulee olla yleisesti hyväksyttyjä, seurauksiltaan enustettavia ja suoritusvarmoja.¹⁷⁷ PolA 18 §:n 1 momentin 2. virkkeen mukaan:

”Henkilöön kohdistuvia voimakeinoja poliisilain 27 §:n 1 momentin mukaisesti käytettäessä poliisimies saa käyttää vain 2 momentissa mainittuja voimankäyttövälineitä,

¹⁷² Boucht – Frände 2008, s. 111. Ks. myös Norée 2000, s. 76.

¹⁷³ Ks. Norée 2008, s. 105–107.

¹⁷⁴ Norée 2008, s. 96 ja 102.

¹⁷⁵ Ks. Norée 2000, s. 76.

¹⁷⁶ Norée 2008, s. 102. Ks. myös Amnesty Internationalin vuotta 2012 koskeva raportti, jossa kritisoitiin poliisin toimintaa tilanteessa, jossa 14-vuotias poika loukkaantui poliisin käytettyä häntä kohtaan etälamautinta.

¹⁷⁷ HE 57/1994 vp, s. 55. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 302.

jotka Poliisihallitus on hyväksynyt ja joiden käyttöön poliisimies on saanut koulutuksen.”

PolA 18 §:n 2 momentin mukaan

”Poliisin voimankäyttövälineitä ovat:

- 1) henkilökohtaisena virka-aseena käytettävät lippaallisella tai itselataavalla kertatulella toimivat pistoolit ja revolverit niihin soveltuvine patruunoineen;
- 2) tukiasena käytettävät lippaallisella tai itselataavalla kertatulella toimivat kaliiperiltaan virka-asetta vastaavat ampuma-aseet niihin soveltuvine patruunoineen;
- 3) poliisitoimintaa tukevana erityisaseina haulikko, kaliiperiltaan virka-asetta vastaava konepistooli, kivääri tai ampuma-aselain (1/1998) 6 §:n 2 momentin 12 kohdassa tarkoitettu muu ampuma-ase ja kaasun tai muun lamaannuttavan aineen levittämiseen tarkoitettu ampuma-ase niihin soveltuvine patruunoineen; sekä
- 4) muut ominaisuuksiltaan ja asianmukaisesti käytettyinä vaikutuksiltaan ampuma-asetta lievemmat voimankäyttövälineet.”

Voimankäyttövälineitä on lukuisia erilaisia ja ne eroavat myös vaarallisuudeltaan. Yleisesti ottaen erilaisten ampuma-aseiden, patukan, käsirautojen, OC-sumuttimen ja etälamauttimen lisäksi voimankäyttövälineinä voidaan pitää vesitykkeitä, poliisikoiria ja poliisihevosiä.¹⁷⁸ Takaa-ajo- ja pakkopysäytystilanteissa voimankäyttövälineenä voidaan käyttää myös virka-autoja, joita joissain yhteyksissä on pidetty jopa kaikkein vaarallisimpina voimankäyttövälineinä.¹⁷⁹

Eduskunnan apulaisoikeusasiamies on ottanut kantaa PolA 18 §:n soveltamisalaan ratkaisussa 2.12.2002 dnro 1505/4/01. Tapauksessa poliisimies oli kiinniottotilanteessa lyönyt maassa maanutta kohdehenkilöä Maglite-valaisimella kerran selkään, kun tämä ei totellut käskyä ojentaa kätensä selän taakse, vaan alkoi kaivaa jotakin kädellään vaatteistaan vatsan kohdalta. Iskun jälkeen poliisimies sai laitettua kohdehenkilölle käsiraudat. Lyönnin seurauksena kiinniotetun lapaluuhun tuli hiushalkeama. Ratkaisussaan apulaisoikeusasiamies katsoi, että käsirautojen käyttö ja sen mahdollistamiseksi lamauttavan lyönnin antaminen oli tarpeen. Vaikka poliisimiehen tilannearvioissa eikä lyönnin toteuttamistavassa sinänsä ollut moitittavaa, katsottiin, että valaisimen käyttö voimankäyttövälineenä ei ollut hyväksyttävää. Apulaisoikeusasiamiehen mukaan valaisinta ei voitu painonsa ja kokonsa puolesta rinnastaa teleskooppipatukkaan. Hän ei myöskään hyväksynyt sitä perustelua, että ko. tilanteessa poliisimiehellä ei ollut käytössään muita voimankäyttövälineitä, vaan katsoi kiinniottotilanteen olleen ”järjestyspoliisin tehtävissä työskentelevälle poliisimiehelle melko tavanomainen, joten B:n olisi tullut ennakolta varautua tämänkaltaiseen voimankäyttötilanteeseen varustautumalla tarpeellisilla voimankäyttövälineillä.” Nähdäkseni tämäntyyppisissä tilanteissa voidaan antaa merkitystä myös sille, onko valaisinta käytetty tele-

¹⁷⁸ Ks. Boucht 2011a, s. 154–156.

¹⁷⁹ Auglend et al. 2004, s. 447 ja 450.

skooppipatukan käyttöä sääntelevien ohjeiden mukaisesti ja vältetty esimerkiksi pään lyömistä.

Vaasan hovioikeuden ratkaisussa 2.6.2005 nro 825 poliisimieheen kohdistuneet syytteen puolestaan hylättiin, kun hän oli yrittänyt napauttaa maassa maannutta kyljellään ollutta kohdehenkilöä taskulampulla olkavarteen, mutta oli osunut nenään seurauksin, että nenästä tuli verenvuotoa. Olkapäähän tähdättyä napautusta pidettiin vastarinnan murtamiseksi ja kohdehenkilön rauhoittamiseksi tarpeellisenä ja puolustettavana voimakeinona, vaikka taskulamppua ei ollutkaan tarkoitettu voimankäyttövälineeksi. Iskun osuminen kasvoihin ei hovioikeuden mukaan johtunut poliisimiehen huolimattomuudesta, vaan suurimmaksi osin kohdehenkilön omasta liikkumisesta ja siitä, että hänen potkunsaa heikensivät poliisimiehen tasapainoa.¹⁸⁰

Ehkäpä lopputulemien erot voidaan rikos- ja poliisioikeudellisten näkökulmien erilaisuuden lisäksi ainakin osin palauttaa eduskunnan oikeusasiamiehen roolin liukumiseen ”repressiosta kohti preventiota”. Lienee mahdollista, että menettely ensin kuvatussa tapauksessa on ollut sinänsä lain mukaista, mutta oikeusasiamies on enemminkin ohjaavassa tai keskusteleavassa sävyssä katsonut aiheelliseksi kiinnittää huomiota johonkin perus- ja ihmisoikeuksien kannalta relevanttiin seikkaan. Kuten Lehtimaja on todennut: ”Perus- ja ihmisoikeuksien edistäminen on päättymätön prosessi. Filosofiana on: aina meillä on parantamisen varaa.”¹⁸¹

Voimakeinojen käyttötilanteiden yllätyksellisyyden takia laissa ei ole edes yritetty säätää tyhjentävästi eri voimankäyttövälineiden käyttöjärjestyksestä tai suojeltavien oikeushyvien arvojärjestyksestä. Liian yksityiskohtainen ja vaikeasti sovellettava voimakeinojen käytön sääntely saattaisi myös vaarantaa poliisimiesten tai suojeltavien henkilöiden turvallisuuden.¹⁸² Tätä voidaan pitää

¹⁸⁰ Käräjäoikeus tuomitsi poliisimiehen vammantuottamuksesta ja tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta 15 päiväsakkoon.

¹⁸¹ Lehtimaja 1999, s. 901–902. Ks. myös apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 14.11.2002 dnro 1849/4/02, jossa poliisimies oli ”näpäyttänyt” Maglite-valaisimella käteen henkilöä, joka kuljetuksen estämiseksi oli tarttunut kiinni porraskäytävän kaiteeseen eikä suostunut irrottamaan siitä. Apulaisoikeusasiamies totesi näkemyksensä, ”että fyysisen voimankäytön käyttäminen ilman voimankäyttövälineitä olisi ollut em. suhteellisuusperiaatteen valossa hyväksyttävämpi menettely vastarinnan murtamiseksi kuin sauvavalaisimen käyttäminen patukan käyttöä muistuttavalla tavalla voimankäyttövälineenä”. Johtopäätöksenä poliisimiehen katsottiin käyttäneen ankarampia keinoja kuin ”B:n passiiviseksi vastarinnaksi luonnehdittavaan käytökseen nähden” oli tarpeen sekä lisäksi käyttäneen voimankäyttövälineenä esinettä, joka ei ollut siihen tarkoitettu.

¹⁸² HE 57/1994 vp, s. 54–55. Ks. myös Loman 1997, s. 128–129 ja pohjoismaisesta kirjallisuudesta esim. Elholm 2003, s. 24. Valitun lähestymistavan, jota voidaan kuvata voimankäytön *ratasmalliksi*, eduista suhteessa *porrasmalliin* (*force continuum / continuum of force*) ks. Terrill – Paoline 2010, s. 10–11 ja Buttle 2010, s. 38–39. Ks. *continuum*-mallista ja siihen kohdistetusta kritiikistä myös Bronitt – Gani 2012, s. 148–149. Ks. myös Buttle 2010, s. 39–41 selostus *conflict resolution*-mallista, joka kohdehenkilön käytöksen ja käytettävissä olevien voimakeinojen lisäksi kiinnittää huomiota myös muihin tapauskohtaisiin olosuhteisiin (*impact factor*), joita voivat olla mm. poliisimiehen henkilökohtaiset ominaisuudet suhteessa kohdehenkilöön, kokemus, mieltyminen ja harjaantuneisuus eri voimankäyttövälineisiin, ennakkotiedot kohdehenkilöstä, alkoholin ja huumei-

onnistuneena ratkaisuna. Kädellä tarttuminen on epäilemättä lievin ja luotiaseella tai haulikolla ampuminen ankarin poliisin päivittäisessä käytössä olevista keinoista, mutta esimerkiksi käsirautojen käytön, kaasusumuttimen käytön ja kädellä lyömisen asettaminen ankaruusjärjestykseen ei ole mahdollista eikä tarpeellista.¹⁸³

Konkreettisessa tilanteessa tämä tarkoittaa sitä, että sen sijaan, että poliisimies voisi käyttää ennalta määritetyssä järjestyksessä käsillä olevia voimankäyttövälineitä, joutuu hän tekemään nopean arvion siitä, mikä kussakin tilanteessa on soveltuvin voimankäyttöväline.¹⁸⁴ Käskytyksen tai muiden suusanallisten keinojen epäonnistuttua käytettävän voimakeinon valinta perustetaan siihen, mitä *hyökkääjän käytös* edellyttää, miten hyökkääjä reagoi poliisimiehen käyttämiin taktiikoihin sekä edellä mainittujen rajoitusten puitteissa hyökkääjästä olevaan *ennakkotietoon*.¹⁸⁵ Valittavan keinon tulee olla lievin tehokas keino, mutta samalla on muistettava ampuma-aseiden käyttöä koskevan erityissääntelyn merkitys.

Voimakeinoja käyttävän henkilön tulee olla riittävän koulutettu, minkä lisäksi hänellä tulee olla fyysiset ja taidolliset edellytykset voimakeinojen käyttöön.¹⁸⁶ Poliisimiehen *koulutukselle* ja *ammattitaidolle* on perusteltua antaa erityistä merkitystä, koska kansalaisten turvallisuuteen ja oikeuksiin liittyvien tehtävien asianmukaisen hoitamisen varmistamiseksi poliisimiehille on asetettu poliisilaissa velvollisuus huolehtia kuntonsa lisäksi myös ammattitaitonsa ylläpitämisestä. Poliisilain 9 e §:n mukaan ”[p]oliisimiehen tulee ylläpitää työtehtäviensä edellyttämää kuntoa ja ammattitaitoa”. Kulloinkin asetettava ammattitaitovaatimus riippuu poliisimiehen senhetkisistä tehtävistä.¹⁸⁷ Myös EN:n suosituksen 37 kohdan osalta on selitysmuistiassa korostettu fyysisen kunnon, ammattitaidon, koulutuksen ja onnistuneen rekrytoinnin merkitystä.¹⁸⁸

”However, the practical approach to the problem in a given situation is more difficult as the use of force, according to the above principles, places a heavy burden on the

den vaikutus, kohdehenkilön mielenterveydelliset ongelmat (*mental derangement*), loukkaantuminen, väsymys, henkilöiden lukumäärä ja aseistus. Malli on Buttlen mukaan käytössä Englannissa ja Walesissa, mutta hänen mukaansa se on epämääräisyydessään altis samalla kritiikille kuin *reasonable force* -doktriini.

¹⁸³ Kerttula 2010, s. 354–355. Tapani ja Tolvanen ovat katsoleet kohteeseen kiinnikäymistä ja käsiotteen käyttöä seuraavan ankaramman voimakeinon olevan kohteen kaataminen ja käsirautojen käyttö. Kaikkein ankarinta voimankäyttöä on heidän mukaansa lyöminen ja apuvälineiden käyttö. Apuvälineet luonnollisesti vaihtelevat vaarallisuudeltaan suurestikin. Ks. tästä Tapani – Tolvanen 2008, s. 299.

¹⁸⁴ Boucht – Frände 2008, s. 110.

¹⁸⁵ Neyroud – Beckley 2001, s. 139.

¹⁸⁶ HE 57/1994 vp, s. 55. Ks. myös PeVL 28/2001 vp, s. 4.

¹⁸⁷ HE 266/2004 vp, s. 17 ja 45.

¹⁸⁸ EN 2001, s. 55.

police and emphasises the need for police personnel not only to be physically fit and equipped but also, to a large extent, to have well-developed psychological skills. The importance of recruitment of suitable personnel to the police, as well as their training cannot be under estimated in this respect.”

Voimakeinojen käyttöasetuksessa on säädetty myös *varautumisesta* voimakeinojen käyttöön ja siitä *varoittamisesta*. Asetuksen 3 §:n mukaan:

”Jos virkatehtävää suoritettaessa on syytä epäillä kohdattavan poliisilain 27 §:n 1 momentissa tarkoitettua vastarintaa, voimakeinojen käyttöön on varauduttava sopivalta ja tarkoituksenmukaisella tavalla huomioon ottaen poliisilain 2 §:ssä säädetty periaatteet.

Virkatehtävän kohteena olevaa henkilöä on varoitettava mahdollisuudesta joutua voimakeinojen käytön kohteeksi, jos se on mahdollista ja tarkoituksenmukaista.

Varoittaminen voidaan tehdä suullisesti tai muulla tarkoitukseen soveltuvalla ymmärrettävällä tavalla.”

Varautumisvelvollisuus edellyttää, että mahdollisuuksien mukaan on hankittava riittävät ennakkotiedot kohteen aseistautumisesta ja muutoinkin vaarallisuudesta. Tilanteen ollessa käsillä ase tulisi tarvittaessa pitää esillä käyttövalmiina, käyttää suojavarusteita ja huolehtia sivullisten turvallisuudesta.¹⁸⁹ Voimakeinojen käytöstä varoittamista ei voida edellyttää, jos se heikentäisi muutoin soveltuvan voimankäyttövälineen käyttömahdollisuuksia. OC-sumuttimen käytöstä varoittaminen saattaisi esimerkiksi johtaa siihen, että kohdehenkilö suojaisi kasvojaan eikä välinettä voitaisi käyttää tehokkaasti.¹⁹⁰ Toki saattaa olla mahdollista varoittaa yleisesti voimakeinojen tai voimankäyttövälineiden käytöstä.

3.2 POLIISILAIN MUUT SÄÄNNÖKSET

Määritettäessä poliisille sallitun voimakeinojen käytön rajoja tulee huomioon otettavaksi myös eräitä muita poliisilain säännöksiä. PolL 2 §:ssä lueteltuihin poliisitoiminnan yleisiin periaatteisiin kuuluvat puolueettomuus, välttämättö-

¹⁸⁹ Helminen et al. 1999, s. 300. Toisaalta viitaten myöhemmin selostettaviin Notre Damen yliopistossa tehdyn tutkimuksen tuloksiin edes aseeseen tarttumista varautumisen muotona ei voida suositella muutoin kuin tilanteen sitä välttämättä edellyttäessä. Toisaalta, kuten poliisiasetomikunnan mietinnöstä ilmenee, edes kattavien ennakkotietojen perusteella ei voida tehdä varmoja ennusteita kohdehenkilön käytöksestä. Poliisimiehen tulee kin kaikissa tilanteissa pyrkiä varautumaan lukuisiin eri käyttäytymistapoihin. Ks. tästä KM 1988:27, s. 59 ja 63–64.

¹⁹⁰ Vrt. Kaminski – Adang 2010, s. 171, josta ilmenee, että Alankomaissa varoittamista on edellytetty myös näissä tilanteissa. Ks. lisäksi Heinonen 2012, s. 71, josta ilmenee, että aseiden käytöstä varoitettiin eri tavoin noin puolessa aseenkäyttötapauksista.

myys, suhteellisuus sekä tarkoitussidonnaisuus korostuvat erityisesti voimakeinojen käytössä ja muussa perusoikeuksiin kohdistuvassa poliisitoiminnassa.¹⁹¹ Lakivaliokunta korosti lausunnossaan 10/1994 vp erityisesti suhteellisuusperiaatteen merkitystä poliisitoimintaa ohjaavana yleisenä periaatteena. Mainitun lakivaliokunnan kannanoton ja sitä edeltäneen perustuslakivaliokunnan kannanoton myötä säännöstä muokattiin siitä, mitä se oli hallituksen esityksessä 57/1994 vp ja suhteellisuusperiaate kirjattiin selkeämmin lakitekstiin.¹⁹² Muun muassa tarpeellisuus- ja puolustettavuusvaatimusten tärkeyden korostaminen yleisiä poliisitoiminnan periaatteita koskevassa säännöksessä on epäilemättä perusteltua, mutta en näe niillä olevan käytännön merkitystä PolL 27 §:ssä säädettyjen edellytysten lisäksi.

PolL 3 § puolestaan velvoittaa poliisin hoitamaan tehtävänsä mahdollisimman tehokkaalla ja tarkoituksenmukaisella tavalla. Poliisitoiminnan tehokkuusvaatimuksen ei ole katsottu olevan välttämättömässä ristiriidassa 2 §:ssä säädetyn suhteellisuusperiaatteen kanssa, koska kansalaiselle aiheutuvan kokonaishaitan määrään vaikuttaa laadun ohella haitan kesto ja laajuus. Hallituksen esityksen mukaan tehokkuus korostuu erityisesti niissä tilanteissa, joissa kansalaisiin kohdistuu vaaraa. Toisaalta pyrkimys tehokkaaseen toimintaan ei oikeuta toimimaan tavalla, josta aiheutuisi kohtuutonta haittaa asianosaisille tai sivullisille.¹⁹³ Mainittuun säännökseen sisältyy myös velvollisuus asettaa tehtävät tarvittaessa tärkeysjärjestykseen. Esitöiden mukaan tärkeisiin perusoikeuksiin, kuten hengen ja terveyden suojaan, kohdistuvat uhat ovat ensisijaisesti torjuttavia. Tehtävien tärkeysjärjestykseen asettaminen on kuitenkin ensisijaisesti poliisiorganisaation eikä niinkään yksittäisen poliisimiehen asia.¹⁹⁴

Edellytysten luomiseksi tehokkaalle, mutta samalla kansalaisten oikeusturvaa kunnioittavalle voimankäytölle, on katsottu perustelluksi kajota joihinkin muihinkin perusoikeuksiin. Esimerkiksi säädettäessä poliisilakiin oikeudesta ns. rynnäkkötarkkailuun (nykyään PolL 31 §:n 4 momentti) perusteltiin säännöstä muun muassa sillä, että väärät ennakkotiedot tilanteesta ja niistä johtuvat virhearvioinnit, kuten riskien yli- tai alimitoitus, saattavat johtaa voimankäytön virheelliseen mitoitukseen tai väärään ajoitukseen, mikä puolestaan saattaa aiheuttaa tarpeetonta vaaraa ja vahinkoa poliisimiehille, kohdehenkilölle ja sivullisille.¹⁹⁵

Tarpeellisuus- ja puolustettavuusvaatimusten lisäksi tulee voimakeinojen käytön yhteydessä aina arvioida myös mahdollisuutta toimenpiteistä luopumiseen. PolL

¹⁹¹ HE 57/1994 vp, s. 33–34.

¹⁹² LaVL 10/1994 vp, s. 3 ja PeVL 15/1994 vp, s. 4.

¹⁹³ HE 57/1994 vp, s. 34. Ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 74.

¹⁹⁴ HE 57/1994 vp, s. 34. Ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 75.

¹⁹⁵ HE 57/1994 vp, s. 63. Ks. myös Helminen et al. 1999, s. 255.

5 §:n 2 momentin mukainen tehtävistä luopuminen olisi hallituksen esityksen mukaan mahdollista esimerkiksi silloin, kun poliisivaltuuksien käyttö aiheuttaisi asianosaiselle tai sivulliselle henkilölle suurempaa haittaa kuin torjuttava oikeudenloukkaus tai häiriö. Hallituksen esityksessä on viitattu lähinnä tilanteisiin, joissa poliisin toiminta jonkin ”toisarvoisen” edun suojaamiseksi saattaisi provosoida laajoja levottomuuksia ja vahingoittaa poliisin yleisiä toimintaedellytyksiä. Toimenpiteestä luopuminen on toki mahdollista vain, jos vaihtoehtoisia, käyttökelpoisia toimintamalleja ei ole.¹⁹⁶

Toimenpiteistä luopuminen voi tulla erityisesti kyseeseen niissä voimakeinojen käyttötilanteissa, joissa ”ennustettavissa olevat seuraukset aiheuttaisivat suurempia kustannuksia, vahinkoa tai hengen tai terveyden vaaraa kuin toimenpiteellä on tarkoitus estää”.¹⁹⁷ Jo näistä muotoiluista näkee, että kyse on eräänlaisesta puolustettavuusvaatimuksen jatkeesta. Todettaessa suunnitellun toimenpiteen olevan epäsuhteessa sillä tavoiteltuun päämäärään on siitä lähtökohtaisesti luovuttava. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että vastarinnan ollessa voimakasta voimakeinojen käytöstä tulisi luopua tehokkaiden voimakeinojen potentiaalisen vaarallisuuden johdosta. Päinvastoin olisin taipuvainen esittämään lähtökohtaisen peukalosäännön, että jos tehtävä on katsottu sen luontoiseksi, että voimakeinojen käyttö on perusteltua, voimakeinoista ei tule luopua vastarinnan voimistuessa. Tilanteiden kokonaisarvioinnissa tulee huomioon otettavaksi myös se, että tyypillisesti vastarinnan voimistuessa täyttyy esimerkiksi RL 16 luvun 1–3 §:ssä kriminalisoidut haitanteko virkamiehelle tai virkamiehen (väkivaltainen) vastustaminen, mikä tuo primääritoimivaltuussäntelyksi poliisilain rinnalle myös pakkokeinolain.

PolL 5 §:n 3 momentissa on poliisille säädetty velvollisuus kertoa toimenpidettä pyytäneelle toimenpiteestä luopumisen peruste, jos tämä sen haluaa tietää. Perusteluvelvollisuus rajoittuu ainoastaan niihin tilanteisiin, joissa pyytäjällä oli oikeus olettaa poliisin suojelevan henkeä, terveyttään tai muuta suojattua oikeushyvää.¹⁹⁸

¹⁹⁶ HE 57/1994 vp, s. 35.

¹⁹⁷ HE 57/1994 vp, s. 55.

¹⁹⁸ HE 57/1994 vp, s. 35.

3.3 SISÄASIAINMINISTERIÖN ASETUS POLIISIN VOIMAKEINOJEN KÄYTTÄMISESTÄ (979/2004)

Sisäasiainministeriö antoi 18.11.2004 PolL 54 §:n 3 momentin nojalla asetuksen poliisin voimakeinojen käyttämisestä.¹⁹⁹ Voimakeinojen valinnasta ja käytöstä säädetään asetuksen 4 §:ssä:

”Tässä asetuksessa tarkoitettuja voimakeinoja voidaan käyttää poliisilain 27 §:n 1 momentissa tarkoitetuissa tilanteissa.

Voimakeinojen valinnassa ja käytössä on otettava huomioon voimakeinojen käytön todennäköiset vaikutukset ja seuraukset niiden kohteena olevaan henkilöön ja erityisesti sivullisten turvallisuuteen. Vaikutusten ja seurausten arvioinnin on oltava jatkuvaa. Ankarin voimakeino on ampuma-aseen käyttö. Ampuma-asetta voidaan käyttää vain silloin, kun lievempää keinoa tilanteen hoitamiseksi ei ole käytettävissä ja kyseessä on välitöntä ja vakavaa vaaraa toisen hengelle tai terveydelle aiheuttavan henkilön toiminnan pysäyttäminen. Ampuma-asetta voidaan käyttää myös kiireellistä ja tärkeää tehtävää suoritettaessa esineen, eläimen taikka kiinteän omaisuuden aiheuttaman esteen poistamiseksi. Ampuma-asetta ei saa käyttää väkijoukon hajottamiseksi tai henkilön paikalta poistamiseksi, ellei ampuma-aseessa käytetä poliisasietuksen 18 §:n 2 momentin 4 kohdan mukaisia kaasutms. patruunoita niistä erikseen annettujen määräysten mukaisesti. Ampuma-aseen käytöstä yleisen kokouksen hajottamiseksi päättää päällystöön kuuluva poliisimies.

Virkatehtävän kohteena olevan henkilön liikkumavapautta voidaan rajoittaa käsirautoilla tai muulla tarkoitukseen sopivalla tavalla. Kohdehenkilöä ei saa kuitenkaan kahlita liikkuvan ajoneuvon rakenteisiin. Liikkumavapauden rajoittaminen ei saa aiheuttaa vaaraa tai tarpeetonta kipua, eikä sitä saa jatkaa kauempaa kuin on tarpeellista.”

Keskeisin osa pykälästä on 2 momentin 4. virke, josta ilmenee, että ampuma-asetta voidaan käyttää henkilön pysäyttämiseksi, jos käsillä on välitön ja vakava vaara toisen hengelle tai terveydelle.²⁰⁰ Helminen ym. ovat vuonna 2005 julkaisussaan poliisioikeuden teoksessaan katsoeet, että hätävarjelutilanteiden lisäksi ampuma-aseen käyttö osana voimakeinojen käyttöä on sallittua ”vain erityisen vakavissa tapauksissa, kun kysymyksessä on vaarallisen vastarinnan murtaminen tai aivan poikkeustapauksissa henkilön (esim. murhaajan tai terroristin) pysäyttäminen. Näissä tilanteissa ei saa vaarantaa ulkopuolisen henkeä tai terveyttä.”²⁰¹ Teoksen uudemmassa painoksessa on hieman sallivammin todettu, että aseiden käyttäminen on sallittua ”vain erityisen vakavissa tapauksissa, kun

¹⁹⁹ Perusteluista, miksi poliisi ei Norjassa kanna säännönmukaisesti asetta ks. Auglend 2004, s. 454–455. Aseenkäytön ohjeistuksesta Norjassa ks. Auglend et al. 2004, s. 459–465.

²⁰⁰ Ks. Frände 2005b, s. 50. Poliisin ampuma-aseiden käytön sääntelyhistoriasta ks. esim. Helminen et al. 2012b, s.787–789.

²⁰¹ Helminen et al. 2005, s. 469–470.

kysymyksessä on vaarallisen vastarinnan murtaminen tai vakavaa vaaraa toiselle henkilölle aiheuttavan toiminnan (esimerkiksi murhaajan tai terroristin) pysäyttäminen. Näissä tilanteissa ei saa vaarantaa ulkopuolisen henkeä tai terveyttä.”²⁰²

Ampuma-aseen käyttöä ei PoL 4 §:ssä ole kytketty tietäntyyppisiin rikoksiin, vaan ratkaisevaa on tekijän menettelyn mahdolliset seuraukset. Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että käsillä tulee olla ”sekä ontologinen mahdollisuus että varteenotettava mahdollisuus vaaran toteutumisesta”. Konkreettisuuden lisäksi vaaralta edellytetään ajallista läheisyyttä. Esimerkkinä 2 momentissa kuvastusta vaarasta on mainittu tekijän varustautuminen ampuma-aseella, käsijousella tai räjähdysaineella. Toki tällöinkin on pyrittävä mahdollisuuksien mukaan käyttämään etälamautinta tai OC-sumutinta.²⁰³

Hieman yllättäen asetuksen 4 §:n 1 momentin sanamuodon mukaan pykälässä mainittujen voimankäyttövälineiden käyttö ei olisi sallittua hätävarjelutilanteissa. Tämä johtaisi väistämättä päätelmään, että voimankäyttövälineiden käyttö hätävarjelutilanteessa perustuisi siihen, että poliisimiehellä on ikään kuin sattumalta tällaiset välineet mukana.²⁰⁴ Nähdäkseni vastuu asetuksen vastaisesta – tai oikeammin sen ulkopuolelle jäävästä – toiminnasta hätävarjelutilanteessa sulkeutuu oikeuttamisperusteen soveltamisen myötä pois. Muunlainen tulkinta olisi outo, koska se johtaisi siihen, että tilanteen muuttuessa hätävarjelutilanteeksi poliisimiehen tulisi välttää tehokkaimman hallussaan olevan voimankäyttövälineen käyttöä.²⁰⁵ Tavoiteltu säädöstila on kirjattu onnistuneemmin edellä lainatussa PolA 18 § 1 momentin 2. virkkeessä, jonka mukaan (kursivointi tässä):

”Henkilöön kohdistuvia voimakeinoja poliisilain 27 §:n 1 momentin mukaisesti käytettäessä poliisimies saa käyttää vain 2 momentissa mainittuja voimankäyttövälineitä, jotka Poliisihallitus on hyväksynyt ja joiden käyttöön poliisimies on saanut koulutuksen.”

Toki on pidettävä mielessä myös voimakeinojen käyttöasetuksen 1 §:n 2 momentin maininta siitä, että ”[h]ätävarjelusta ja pakkotilasta säädetään rikoslaisessa”. Tarkoituksena on siis mitä ilmeisimmin ollut rajoittaa voimakeinojen käyt-

²⁰² Helminen et al. 2012a, s. 680–681.

²⁰³ Boucht – Frände 2008, s. 113. Ks. myös edellä s. 167–168 puuttumiskynnyksestä lausuttu.

²⁰⁴ Ks. Nuotio 2005b, s. 220. Kysymykseen siitä, voiko jonkun voimankäyttövälineen ”mukanapidon laillisuudella olla merkitystä voimakeinojen käytön edellytysten tulkinnassa”, on kiinnittänyt huomiota myös Matikkala kommentoidessaan ratkaisua KKO 2007:87. Ks. tästä Matikkala 2008, s. 150.

²⁰⁵ Ulkomaisessa kirjallisuudessa Ashworth 2009, s. 120 on perustellusti todennut, että vaikka aseiden käyttö puolustautumiseen voi olla sallittua, sen pitäminen varotoimena mukana etukäteen ei ainakaan tällä perusteella ole sallittua.

tötilanteessa käytettävien välineiden kirjoa eikä rajoittaa laillisesti kannettujen välineiden käyttöä hätävarjelutilanteissa.²⁰⁶

Todettakoon vielä lopuksi, että hallituksen esityksessä 57/1994 vp aseenkäytöstä ei erikseen lausuttu, vaan siinä tyydyttiin lähinnä viittaamaan yhtäältä tilanteiden monimuotoisuudesta johtuviin sääntelyvaikeuksiin sekä toisaalta YK:n 8. kriminaalipoliittisen maailmankokouksen vuonna 1990 antamiin suosituksiin.²⁰⁷ Hallituksen esitystä edeltäneessä poliisilakityöryhmän mietinnössä todettiin aseenkäytöstä seuraavaa:²⁰⁸

”Henkilöön suunnattuna pidetään paitsi laukausta, joka on suunnattu henkilöä kohti myös laukausta, joka on suunnattu niin lähelle kohdehenkilöä, että siitä voi aiheutua hänelle fyysinen vamma taikka vaaraa hänen terveydelleen... Henkilöä kohti ammutaessa olisi laukaus pyrittävä suuntaamaan siten, että syntyvä vahinko jää mahdollisimman vähäiseksi. Ennen kohti ampumista on poliisin aikomus tuotava julki. Käytännössä tämä tapahtuu huudoin, varoituslaukauksin tai muulla vastaavalla tavalla. Mahdollista on kuitenkin sekin, ettei varoittamiseen jää tilaisuutta.”

Mietinnössä lausuttuja periaatteita on mielestäni syytä noudattaa vielä nykyäänkin. Sitä vastoin poliisiasetomikunnan toteamus siitä, että varoituslaukaus on lievempi voimakeino kuin vammoja ja kipua kohdehenkilölle aiheuttavat toimenpiteet, on ongelmallisempi.²⁰⁹

3.4 SISÄASIAINMINISTERIÖN ASETUS KULKUNEUVON PYSÄYTTÄMISESTÄ (1087/2001)

Poliisin voimakeinojen käyttötilanteista kaikkein perusteellisimmin on säädetty kulkuneuvon pysäyttämistä voimakeinoin. PolL 21 §:n (Kulkuneuvon pysäyttäminen ja siirtäminen, 15.7.2005/583) 1 momentin mukaan:

”Poliisimiehellä on oikeus määrätä kulkuneuvo pysäytettäväksi, jos se on tarpeen etsintäkuulutetun tai muun kiinniotettavan tavoittamiseksi, kulkuneuvon käyttöön liittyvän valvonnan tai rajatarkastuksen suorittamiseksi, yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämiseksi taikka rikoksen estämiseksi tai selvittämiseksi.”²¹⁰

²⁰⁶ Voimakeinojen käyttöasetuksen 2 §:n 5-kohdan mukaan voimankäyttövälineen kantamisella tarkoitetaan sen hallussapitoa. Ks. myös Norée 2000, s. 192, jonka mukaan Ruotsissa hätävarjelu-oikeutta ei edes voida rajoittaa hallinnollisin määräyksin.

²⁰⁷ HE 57/1994 vp, s. 20.

²⁰⁸ KM 1989:25, s. 80. Ks. myös KM 1988:27, s. 78–79.

²⁰⁹ KM 1988:27, s. 78.

²¹⁰ Säännöksen soveltamisalaa ei ole rajattu tieliikennelain soveltamisalueeseen. Ks. tästä Loman 1997, s. 62–63.

Vaikka säännöksessä ei ole erikseen säädetty oikeudesta käyttää voimakeinoja ajoneuvon pysäyttämiseksi, on tällainen oikeus yksiselitteisesti johdettavissa 27 §:stä.²¹¹ Kulkuneuvon pysäyttämisestä annetussa SM:n asetuksessa säädetään erilaisten määritelmien, taktisten menetelmien ja johtovastuiden lisäksi muun muassa osallisten ja sivullisten turvallisuudesta huolehtimisesta (5 §), poliisitoiminnan yleisten periaatteiden soveltamisesta pysäytystilanteisiin (6 §), varautumisesta (7 ja 11 §) sekä velvollisuudesta ilmoittaa etukäteen pakkopysäytyksestä toimintaan osallistuville (10 § 2 mom.) Voimakeinojen käytöstä on säädetty erikseen 12 §:ssä:

”Aloitettujen voimakeinojen käytöstä on luovuttava, jos tilanne on muuttunut sellaiseksi, ettei edellytyksiä voimakeinojen käynnistämiseen enää ole olemassa.

Pakkopysäyttämässä on otettava huomioon liikenneympäristö, liikenteen vilkkaus, liikenne-, sää-, keli- ja valaistusolosuhteet, kuljettajan todennäköinen tila, pysäytettävän kulkuneuvon laatu ja nopeus sekä muut pysäyttämiseen vaikuttavat seikat. Erityistä huomiota on kiinnitettävä sivullisten turvallisuuteen.²¹²

Ennen toimenpiteisiin ryhtymistä on pakeneva kulkuneuvo mahdollisuuksien mukaan pyrittävä ohjaamaan turvalliselle pysäytyspaikalle sekä alentamaan sen nopeutta. Pakkopysäyttämässä voidaan käyttää 13–21 §:ssä mainittuja voimakeinoja.”

13–20 §:ssä tarkoitetut *voimakeinot* ovat kulkuneuvolla uhkaaminen, piikkimaton käyttö, kulkuneuvon käyttö, esteen käyttö, sulun käyttö, edellä ajaminen ajonopeutta vähitellen alentaen, kiilaaminen ja kiinniajaminen. Asetuksen 21 §:ssä (980/2004) säädetään ampuma-aseen käyttämisestä kulkuneuvon pysäyttämässä:

”Kulkuneuvon pysäyttämiseen voidaan käyttää voimakeinona ampuma-asetta, jos kyseessä on välittömästi uhkaavan rikoksen taikka muun vaarallisen teon tai tapahtuman estäminen. Edellä mainitussa tilanteessa poliisimies voi ampuma-asetta käyttäen myös keskeyttää välitöntä vakavaa vaaraa jonkun hengelle tai terveydelle aiheuttavan henkilön toiminnan. Ampuma-aseen käyttöä harkittaessa on otettava huomioon ampuma-aseen käytön kohteena olevan henkilön välittömästi tilannetta edeltänyt toiminta, aseistautuminen, häiriintyneisyys sekä muut näihin rinnastettavat syyt. Jos kulkuneuvossa on useampi kuin yksi henkilö, edellä mainitut edellytykset on otettava huomioon kaikkien kulkuneuvossa olevien henkilöiden osalta.”

Mahdollista on siten sekä kulkuneuvon pysäyttäminen että henkilön toiminnan keskeyttäminen. Ampuma-asetta ei saa käyttää ennaltaestävästi, vaan sekä kul-

²¹¹ Ks. Loman 1997, s. 62. Ks. myös PoL 54 § 3 momentti.

²¹² Ylipäättään takaa-ajotilanteessa on syytä kiinnittää huomiota myös käytettyjen ajoneuvojen vaarapotentiaaliin sekä omiin ajovalmiuksiin. Norjalaisessa kirjallisuudessa on sivullisten osalta esitetty, että muille tielläliikkuville ei saa aiheuttaa tarpeetonta vaaraa (*”unødig fare”*). Ks. näistä Auglend et al. 2004, s. 450–451.

kuneuvoa pysäytettäessä että henkilön toimintaa keskeytettäessä todennäköisen vahinkoseurauksen tai rikoksen toteutumisen tulee olla ajallisesti hyvin lähellä.²¹³ Huomattakoon myös, että eräiden voimakeinojen käyttö moottoripyörää ja mopoa vastaan edellyttää, että kulkuneuvon kuljettajaa voidaan pitää vaarallisena toisen hengelle tai terveydelle.²¹⁴

Oikeuskirjallisuudessa Boucht ja Frände ovat katsoneet ampuma-aseen käytönnystä madaltaviksi seikoiksi muun muassa pitkään suurella nopeudella tapahtuneen takaa-ajon taikka tietoisuuden henkilön mahdollisesti raskaasta aseisautumisesta.²¹⁵ Tapani ja Tolvanen ovat puolestaan katsoneet ampuma-aseen käyttämisen pakenevan pysäyttämiseksi olevan sallittua esimerkiksi silloin, kun ”henkilö pyrkii ylinopeudella ajaen törmäämään tahallaan vastaan tuleviin ajoneuvoihin”.²¹⁶ Lienee kuitenkin perusteltua edellyttää, että estettävän rikoksen uhka on vakavuudeltaan ja välittömyydeltään samaa tasoa kuin hyökkäyksessä, joka oikeuttaa hätävarjeluun kuolettavaa voimaa käyttämällä.²¹⁷

Asetuksen 5 §:n 2 momentin mukaan asetusta ei sovelleta hätävarjelutilanteisiin, mutta ”asetuksessa selostettuja periaatteita ja menetelmiä voidaan kuitenkin noudattaa hätävarjelutilanteessa soveltuvin osin”. Vaikka muotoilu ”voidaan” onkin virkavelvollisuuksien sisällön näkökulmasta erikoinen, voidaan tällä säännöksellä katsoa asetettavan liikenteessä tapahtuviin hätävarjelutilanteisiin eräänlaisen lisästandardin. Kuten tulemme näkemään, uudessa poliisilaissa tällainen lisästandardi ulotetaan kaikkiin poliisitoiminnan yhteydessä syntyviin hätävarjelutilanteisiin.

²¹³ Boucht – Frände 2008, s. 113.

²¹⁴ SM:n asetus kulkuneuvon pysäyttämisestä 14, 20 ja 22 §.

²¹⁵ Boucht – Frände 2008, s. 113–114.

²¹⁶ Tapani – Tolvanen 2008, s. 300. Ks. myös asetus poliisin voimakeinojen käyttämisestä 4 §:n 2 momentin 4. virke sekä Frände 2005b, s. 51.

²¹⁷ Ks. tämältyypisistä näkemyksistä Smith 1994, s. 356.

4 Voimakeinojen käyttö oikeuskäytännössä

4.1 VASTARINNAN MURTAMINEN JA HENKILÖN PAIKALTA POISTAMINEN

Lähinnä *passiivisen vastarinnan* murtamisesta on ollut kysymys Kouvolan hovioikeuden ratkaisussa 7.1.2011 nro 28, jossa poliisi käytti vastarinnan murtamiseksi poliisikoiraa. Tapauksessa poliisimies oli käskenyt poliisikoiraa puremaan maassa vatsallaan ollutta kohdehenkilöä pakaraan, jotta tämä lopettaisi rimpuilun hänet maahan vienyttyä toista poliisimiestä kohtaan ja toisi oikean kätensä käsketysti vatsansa alta näkyville. Puremasta aiheutunut vamma vaati pitkäaikaista lääkärinhoitoa. Ennakkotietojen perusteella kohdehenkilö oli mahdollisesti aseistautunut puukolla, joten hovioikeus piti varautumista poliisikoiran käyttöön lähtökohtaisesti perusteltuna. Poliisin kohdatessa kohdehenkilön tällä ei kuitenkaan havaittu teräasetta eikä tämä käyttäytynyt erityisen aggressiivisesti tai uhkaavasti. Vaikka hovioikeus piti mahdollisena, että teräase olisi voinut olla kätkettyinä kohdehenkilön vaatteisiin, olosuhteet olivat sellaiset, ettei hänen voitu katsoa ko. tilanteessa aiheuttaneen välitöntä vaaraa. Tilanteen ollessa kuvantunkaltainen poliisimiesten olisi tullut pyrkiä käskyttämällä pitämään kohdehenkilö hallinnassa ja samalla valmistautua koiraa lievempien voimakeinojen käyttöön ja odottaa lisävoimia. Kun toinen poliisimies sitä vastoin vei kohdehenkilön maahan, olisi koiran ohjaajana toimineen poliisimiehen tullut hovioikeuden käsityksen mukaan käyttää tilanteessa patukkaa tai kaasusumutinta. Hovioikeuden mukaan koiran ohjaaminen ei väitetystä poiketen ollut este ko. välineiden käytölle. Johtopäätöksenä hovioikeus totesi, että koiran käyttö ei ollut tarpeellista eikä puolustettavaa ja tuomitsi koiranohjaajana toimineen poliisimiehen 30 päiväsakon suuruiseen sakkorangaistukseen pahoinpitelystä ja virkavelvollisuuden rikkomisesta. Lopputulemaa voidaan tilanne kokonaisuutena huomioiden pitää oikeaan osuneena, vaikka väistämättä mieleen nousee kysymys, olisiko poliisimies tuomittu, jos kohdehenkilöllä todella olisi ollut puukko. Hovioikeuden tuomion perusteluja voidaan kuitenkin kritisoida siinä, että se Poliisiammattikorkeakoulun voimankäytön kouluttajan ja poliisikoiralaitoksen esimiehen näkemyksistä *poiketen* katsoi, että koiran ohjaaminen ei ko. tilanteessa estänyt muiden voimankäyttövälineiden käyttöä.

Toisaalta patukalla lyömistä vatsaan vastaavassa tilanteessa ei ole katsottu liialliseksi voimakeinoksi Turun hovioikeuden ratkaisussa 21.7.2004 nro 2168. Tapauksessa poliisimies oli lyönyt patukalla vatsaan henkilöä, joka käskytykses-

tä huolimatta ei laittanut käsiään esille. Ennakkotietojen mukaan kohteessa oli puukon kanssa uhittelut ja riehunut henkilö, ja poliisin tehtävänä oli muun muassa selvittää, oliko tapahtumapaikkana olleessa huoneistossa olevilla henkilöillä teräaseita. Hovioikeus kiinnitti huomiota myös todistajana kuullun voimankäytön vastuupettajan lausumaan, jonka mukaan ”teräaseella varustettua henkilöä on pidettävä vaarallisena ja arvaamattomana. Kohdattaessa tällainen henkilö varoetaisyys tulisi pitää suurena ja ahtaat tilat, kuten eteistilat ja porraskäytävät, ovat tällöin erityisesti vaarallisia.” Käräjäoikeus totesi myös, että ”akuutissa tilanteessa ja kerrotuissa olosuhteissa, ja niiden tietojen varassa, jotka vastaajan poliisipartiolla on ollut, voimankäyttöä ei voida pitää liioiteltuna, kun sitä nimenomaan on arvioitava akuutin tilanteen ja hetken mukaan eikä jälkiarvion perusteella”.

Vastarinnan murtamisessa ei ollut otettu kohdehenkilön vaarallisuutta riittävästi huomioon Vaasan hovioikeuden tapauksessa 28.2.2012 nro 250. Hovioikeus vahvisti käräjäoikeuden tuomion, jolla kaksi poliisimiestä oli tuomittu sakkorangaistukseen tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta ja vammantuottamuksesta. Poliisimiehet olivat vastarinnan murtamiseksi ja käsirautojen laittamiseksi painaneet pyörätuolissa ollutta kohdehenkilöä eteenpäin ja vääntäneet tämän käsiä taaksepäin seurauksin, että kohdehenkilön reisiluu oli murtunut. Poliisimiehillä katsottiin sinällään olleen oikeus voimakeinojen käyttämiseen, mutta koska uhattuna oli lähinnä tapahtumapaikkana olleessa poliisi-autossa ollut omaisuus, päätyi hovioikeus katsomaan, että poliisimiesten käyttämät voimakeinot eivät kohdehenkilön liikuntavammaisuus, vastarinnan vaarallisuus, tilanteen kiireellisyys ja käytettävissä olevat voimavarat huomioon ottaen olleet puolustettavia. Kohdehenkilölle aiheutuvat vammat katsottiin poliisimiehille ennalta-arvattaviksi.²¹⁸

4.2 KIINNIOTON TOIMITTAMINEN

Seuraavassa käsiteltävät oikeustapaukset osoittavat nähdäkseni oikeaksi Lomin havainnon siitä, että kiinniotto- ja takaa-ajotilanteissa voimakeinojen käyttö muuttuu usein jo aikaisessa vaiheessa rikosperusteiseksi. Lisäksi meneillään olevaa rikosta keskeytettäessä ankarampien voimakeinojen käyttö on perustel-

²¹⁸ Käräjäoikeus oli todennut vaihtoehtoiseksi toimintamalliksi kohdehenkilön käsien ja mahdollisesti päänsikin pitämisen paikallaan niin kauan, että hänen voimansa olisivat ehtyneet ja käsirautojen laittaminen tullut mahdolliseksi. Huomattakoon myös, että tuottamus on tässä sidottu ennalta-arvattavuuden kriteeriin, mitä en itse pidä erityisen hyvänä perustelutapana.

lumpaa kuin käytettäessä voimakeinoja jo päättyneen rikoksen johdosta.²¹⁹ Samanaikaisesti myös voimakeinojen käytön tarkoitus muuttuu tyypillisesti vastarinnan murtamiseksi kiinnioton toimittamisen jäädessä toissijaiseksi.

Rikosprosessin intresseissä tapahtuvasta kiinniotosta ja siihen liittyvästä voimakeinojen käytöstä oli kyse korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1984-II-127, jossa voimakeinoja käytettiin pakenemisen estämiseksi:

KKO 1984-II-127 (Hätävarjelu, poliisi, pidättäminen): Poliisi oli kuljettanut kiinniotatamaansa rikoksista epäiltyä, kiinnioton yhteydessä uhkaavasti käyttäytynyttä ehdonalaaisessa vapaudessa ollutta henkilöä poliisiautoon. Poliisin kuljetuksen alkaessa antamasta varoituksesta huolimatta ja tietoisena siitä, että poliisilla oli ampuma-ase, kiinniotettu oli huitaistuaan ensin poliisia kassilla lähtenyt kadulla juosten pakoan. Poliisi oli ampunut tämän perään laukauksen, joka oli hengenvaarallisen vamman aiheuttaen osunut pakenijaan. Poliisin, jonka ei voitu todeta tarkoittaneen osua pakenijaan, katsottiin käyttäneen ankarampaa voimakeinoa kuin kiinniotetun henkilön tekemien rikosten laatu ja karkaamisen vaarallisuus huomioon ottaen voitiin pitää puolustettavana. Koska hän ei kuitenkaan olosuhteet kokonaisuudessaan huomioon ottaen ollut voinut maltaa mieltään, hänet jätettiin RL 3 luvun 9 §:n 2 momentin nojalla, sellaisena kuin tuo lainkohta oli 29.12.1967 annetussa laissa, rangaistukseen tuomitsematta. Ään.

Ratkaisuun on sovellettu RL 21 luvun ja 40 luvun säännösten lisäksi RL 3 luvun 8 §:n 2 momenttia sekä RL 3 luvun 9 §:n 2 momenttia. Sovelletuista lainkohdista ilmenee, että otsikoinnista huolimatta kyse on ollut voimakeinojen käyttötilanteesta (julkisoikeudellinen hätävarjelu).²²⁰ Korkeimman oikeuden tapausselektuksessa kerrotaan, että poliisimies oli varoittanut käyttävänsä asetta, mikäli kiinniotettu A aikoiisi paeta. Kiinniotetun paettua lyötyään tätä ennen poliisimiestä kassilla poliisimies oli antanut pysähtymiskehoituksen ja A:n laiminlyötyä pysähtymiskehoituksen noudattamisen ampunut paon estämiseksi ”pistoolilla vaakatasossa noin 10–20 metrin etäisyydeltä laukauksen pakenevan A:n suuntaan, tarkoittamatta kuitenkaan osua tähän”. Luoti oli osunut A:ta alavartaloon. Myös poliisimies oli loukannut niskansa tultuaan lyödyksi kassilla. Korkein oikeus katsoi jääneen näyttämättä, että kyseessä olisi ollut maahan tähdätty varoituslaukaus, kuten poliisimies oli kertonut. Käytettyjen voimakeinojen osalta poliisimiehen katsottiin käyttäneen ”A:n karkaamisen estämiseksi ankarampaa voimakeinoa kuin mitä tämän tekemien rikosten laatu ja karkaamisen vaaral-

²¹⁹ Loman 1997, s. 56.

²²⁰ Ks. KM 1986:16, s. 147, jossa on kiinnitetty erityistä huomiota siihen, että tuolloin voimassa ollut RL 9 §:n 1 momentin oikeusohjetta sovellettiin myös julkisoikeudellisen hätävarjelu tilanteisiin, vaikka sen sanamuoto ei tällaiseen mahdollisuuteen suoraan viittanutkaan. Ks. myös KM 1988:27, s. 46 ja Loman 1997, s. 109, joka on todennut säännöstä sovelletun ”nimenomaan juuri poliisitoiminnassa”.

lisuus huomioon ottaen voidaan pitää puolustettavana ja siten varomattomuudellaan aiheuttanut A:lle ruumiinvamman”.

Tapahtumia kokonaisuutena arvostellen olosuhteet katsottiin sellaisiksi, että poliisimiestä ei tuomittu rangaistukseen. Merkille pantavaa on, että korkein oikeus kiinnitti voimakeinojen arvioinnissa huomiota A:n tekemiin rikoksiin, joista ratkaisussa on mainittu varkaus. Tällä ilmeisesti viitattiin kiinnioton perusteena olleisiin rikoksiin, mikä puolestaan viittaa nykysystematiikassa tehtävän tärkeyteen. Eri mieltä olleet kaksi jäsentä eivät katsoneet olosuhteita sellaisiksi, ettei B ole voinut mieltään maltaa. He olisivat tuominneet B:n sakkorangaistukseen, kuten alioikeus ja alioikeuden päätöksen pysyttänyt hovioikeus. Ruuskanen on aiheellisesti kiinnittänyt huomiota siihen, että KKO:n ratkaisussa eikä edes eri mieltä olleiden jäsenten lausunnoissa ole kerrottu, mitkä olivat ne konkreettiset olosuhteet, jotka vaikuttivat ratkaisuun jättää poliisimies rangaistukseen tuomitsematta. Mahdollisesti huomioon on otettu poliisimiehen kohdistunut sinänsä varsin vähäinen väkivalta ja siitä aiheutuneet subjektiiviset tuntemukset.²²¹ Oikeusoppineista myös Backman on todennut, että kuvattu KKO:n vähemmistön kanta ”edusti paremmin perusteltua tulkintalinjaa”.²²² Tapausta nyky-sääntelyyn sovittaen Tapani ja Tolvanen ovat katsoneet, että voimakeinojen käyttöasetuksen 4 §:n 2 momentin mukaan KKO:n ”ratkaisussa kuvattu menettely ylittäisi ilman muuta sallitun voimankäytön rajat”.²²³ Olen taipuvainen olemaan samaa mieltä.

Suomen Poliisilehteen tapauksesta kirjoittanut asetta käyttäneen poliisimiehen oikeudenkäyntiavustajana toiminut Paavo Rautkallio on esittänyt, että voimakeinojen käytön olisi tullut katsoa alkaneen jo siitä, kun rikoksista epäilty henkilö oli kiinnioton yhteydessä läheisessä asunnossa uhannut poliisimiestä puukolla, jolloin poliisimies oli ottanut aseensa esille ja tehnyt latausliikkeen. Rautkallion mukaan voimankäyttötilanne oli jatkunut yhtäjaksoisesti tuosta eteenpäin aseella ampumiseen saakka, mikä seikka olisi ajallisesti merkittävästi laajentanut tuomioistuinten arvioimaa kokonaisuutta. Näkemyksensä tueksi Rautkallio viittasi maksutonta oikeudenkäyntiä koskeneeseen korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 1981-II-115, jossa voimakeinojen käytön katsottiin alkaneen jo ampuma-aseen esille ottamisesta.²²⁴ Korkein oikeus ei kuitenkaan yhtynyt Rautkallion näkemyksiin. Rautkallio on tehnyt KKO:n ratkaisusta lisäksi mm. seuraavat kaksi päätelmää:²²⁵

1. Sallittujen voimakeinojen käytön määrää arvioitaessa huomioon tulee otettavaksi vain ne teot, joiden johdosta kohdehenkilöä oltiin ottamassa kiinni, mutta eivät ne teot, joita kiinniotettava teki kiinnioton yhteydessä.

²²¹ Ruuskanen 2005, s. 236–238.

²²² Backman 1988, s. 799.

²²³ Tapani – Tolvanen 2008, s. 300.

²²⁴ Rautkallio 1984, s. 285–287. Ks. myös Rautkallio 1982, s. 291.

²²⁵ Rautkallio 1984, s. 289.

2. Voimakeinojen käytön edellytysten osalta riittää todennäköisyysnäyttö eikä täyttää näyttöä tarvita.

Rautkallion KKO:n ratkaisusta tekemät tulkinnat ovat sinänsä oikeita, mutta esimerkiksi EIT:n ratkaisukäytännön valossa arvio kohdehenkilön vaarallisuudesta nimenomaan kiinniottohetkellä on ratkaiseva. Juuri tähän arvioon nähdäkseni myös kiinnioton yhteydessä tehtyjen tekojen tulisi vaikuttaa.

Liiallisia voimakeinoja kiinnioton toimittamiseksi on katsottu käytetyn myös seuraavassa tapauksessa:

KKO 1990:136 (Hätävarjelu, poliisi): A oli luvattomasti käyttöönsä ottamallaan moottoripyörällä ajaen paennut poliisia ja poliisimiehen antamasta pysäytymismerkistä ja ampumasta varoituslaukauksesta huolimatta jatkanut pakoaan. Tässä tilanteessa poliisimies oli, pysäyttääkseen ja ottaakseen kiinni A:n tämän tekemien rikosten ja liikenneturvallisuudelle aiheuttaman välittömän vaaran vuoksi, ampunut revolverilla kolme laukausta tähtäämällä liikkuvan moottoripyörän takapyörään. Tällöin yksi luoti oli osunut A:n selkärankaan aiheuttaen muun muassa alaraajojen pysyvän halvaantumisen. Poliisimiehen olisi ampuessaan tullut mieltää, että luoti saattoi osua moottoripyörän asemesta A:han niin että tämä voi saada surmansa tai vaikean ruumiinvamman. Poliisimiehen katsottiin käyttäneen ankarampaa voimakeinoja kuin mitä tilanteessa voitiin pitää puolustettavana.

Todettakoon ensinnäkin, että kyse on otsikoinnista huolimatta voimakeinojen käyttötilanteesta (julkisoikeudellinen hätävarjelu), vaikka oikeuskirjallisuudessa näyttäisi tehdyn toisenkin suuntaisapäätelmiä. Sovellettavat normit olivat siis jo kumotun RL 3 luvun 8 §:n 2 momentti ja 9 §:n . momentti.²²⁶ Voimakeinoja käytettiin sekä rikosprosessuaalisten että yleiseen järjestykseen ja turvallisuuteen liittyvien tavoitteiden vuoksi.

Aseenkäyttöä ko. tapauksessa voitaneen pitää lähtökohtaisesti välttämättömänä tai tältä se ainakin *ex ante* -katsannossa mitä ilmeisimmin on vaikuttanut.²²⁷ Puolustettavuusarvioinnissa tuli yleisen oikeusjärjestyksen ylläpitämiseen liittyvän intressin näkökulmasta huomioon otettavaksi A:n pysäyttämisen ja kiinniottamisen tärkeys sekä A:n liikenneturvallisuudelle aiheuttama välitön vaara ("A:n tekemien rikosten ja hänen aiheuttamansa vaaran laatu"). Lisäksi huomiota on kiinnitetty A:n edeltäneeseen vaaraa aiheuttaneeseen toimintaan ja yleisemmin tehtävän kiireellisyyteen, jotka myös viittaavat tehtävän tärkeyteen ja torjuttavaan vaaraan.²²⁸ A oli mitä ilmeisimmin syyllistynyt lukuisiin varsin vakaviin rikoksiin, moottoriajoneuvon luvattoman käytön lisäksi törkeään liikenteen vaa-

²²⁶ Samoin Lahti 1992, s. 97. Vrt. Ruuskanen 2005, s. 233–235.

²²⁷ Ks. Halijoki 2004, s. 202.

²²⁸ Tapani – Tolvanen 2008, s. 302.

rantamiseen ja virkamiehen väkivaltaiseen vastustamiseen.²²⁹ Toisaalta huomiota on kiinnitetty A:n etuihin, erityisesti hänelle valitusta voimakeinosta aiheutuvaan *vaaraan*. A:lle aiheutuneeseen vaaraan oli hovioikeuden mukaan vaikuttanut tilanteen äkillisyys (ampuminen ”rullarevolverilla nopeasti ohimenneen pysäyttämistilanteen aikana kolme laukausta”), ampuma-etäisyys, kohteena olevan moottoripyörän liikkuminen sekä B:n vähäinen kokemus ampuma-aseen käytöstä.²³⁰ Korkeimman oikeuden päätöspäätöselästä ilmenee sen katsoneen, että:

”B:n olisi ampuessaan tullut mieltää, että luoti voi osua moottoripyörän asemesta A:han niin, että tämä voi saada surmansa tai vaikean ruumiinvamman. A:n tekemien rikosten ja hänen aiheuttamansa vaaran laatu huomioon ottaen tällaista seuraamusta ei voida pitää hyväksyttävänä. B on siten käyttänyt ankarampaa voimakeinoa kuin mitä tilanteessa voidaan pitää puolustettavana ja näin varomattomuudellaan aiheuttanut A:n vammautumisen.”

Siteeratun ensimmäisen lauseen voidaan arvioida tarkoittavan sitä, että kyse oli tiedottomasta tuottamuksesta. *Seuraus* oli ennalta-arvattavissa (ei-poikkeuksellinen tapahtumainkulku), vaikka hovioikeuden perustelujen mukaan ainakin kaksi laukauksista oli ammuttu varsin läheltä, 3–10 metrin etäisyydeltä. Hovioikeus on todennut myös, että koska ”A:ta etsimässä ja kiinniottamassa oli ollut useita poliisipartioita, A:n pysäyttäminen ja kiinniottaminen olisi ollut mahdollista muutoinkin kuin ampumalla”. Tässä hovioikeus on hyvää argumentointia osoittaen pyrkinyt ainakin yleisellä tasolla määrittämään vaihtoehtoja toimintamallia. Rangaistukseen tuomitsematta jättämisen osalta hovioikeus katsoi, että ”B:n teon moitittavuutta arvioitaessa A:n kiinniottotilannetta edeltänyt vaarallinen ajo ja kiinniottotilanteessa tapahtunut ajo kohti C:tä muodostivat B:n teolle sellaiset olosuhteet, että niiden perusteella oli erittäin painavia syitä jättää B teosta rangaistukseen tuomitsematta”. Hovioikeus jättikin B:n hänen syykseen luetusta hätävarjeluun liioitteluna tehdystä ruumiinvamman tuottamuksesta RL 3 luvun 9 §:n 2 momentin nojalla rangaistukseen tuomitsematta. Korkein oikeus, joka ei

²²⁹ Lahti 1992, s. 99.

²³⁰ Lahti 1992, s. 98 on kiinnittänyt huomiota siihen, että korkein oikeus näyttää puolustettavuusarvioinnissa ottaneen huomioon A:lle aiheutuneen *seurauksen* (”A:n tekemien rikosten ja hänen aiheuttamansa vaaran laatu huomioon ottaen tällaista seuraamusta ei voida pitää hyväksyttävänä”). Toisaalta perustelujen edeltävä lause (”B:n olisi ampuessaan tullut mieltää, että luoti voi osua moottoripyörän asemesta A:han niin, että tämä voi saada surmansa tai vaikean ruumiinvamman.”) viittaa enemmän *vaaraan*. Joka tapauksessa hovioikeuden perustelujen muotoilu ”osumisvaara kuljettajaan oli ollut suuri” on onnistuneempi. Ks. myös Ruuskanen 2005, s. 233. Ulkomaisesta kirjallisuudesta ks. myös Sangero 2006, s. 174, joka on myös korostanut seurausten sijasta *ennakoitavien seurausten* merkitystä suhteellisuusarvioinnissa. Samansuuntaisesti myös Jareborg 2001, s. 261, joka on todennut, että ”[v]id försvarlighetsbedömningen är inte bara att beakta den skada som nödvärnsgärningen medför, utan även de risker den innebär”.

muuttanut hovioikeuden päätöksen lopputulosta, ei muutoksenhaun rajautumisen johdosta lausunut seuraamuksen osalta mitään.

Ruuskanen on väitöskirjassaan kritisoinut rangaistukseen tuomitsematta jättämisen perustelujen suppeutta. Hänen mukaansa ratkaisu, joka olisi edellyttänyt, että B:n toimintaan olisi ollut erityisen painavia syitä, perusteltiin tavalla, joka viittaa rationaalisten syiden sijasta B:n ratkaisujen *ymmärrettävyyteen*.²³¹ Frände onkin katsonut, että voimassa olevan RL 4 luvun 6 §:n 3 momentin nojalla menettely tuskin olisi ollut anteeksiannettavaa.²³²

Ruuskanen on ratkaisua kommentoidessaan lisäksi todennut, että ”poliisimieheltä voidaan hänen koulutuksensa perusteella vaatia suurempaa mielenmalttia ja harkintaa voimakeinojen käyttämisen suhteen kuin henkilöltä, jolla ei ole sellaista koulutusta ja kokemusta. Tällöin ei ole tarpeen käsitellä hänen mahdollisia tuntemuksiaan edes tilanteessa, jossa hänen terveytensä ja henkensä ovat vaarassa.”²³³ Kannanotto ei ole hyväksyttävä. Poliisimiesominaisuudesta huolimatta hyökkäyksen kohteeksi joutuneen henkilön tuntemukset tulee ottaa huomioon siinä missä koulutus ja harjaantuneisuuskin. Kuten olen jo lisensiaatintutkimuksessani todennut, ”poliisi-puolustautuja on ensisijaisesti lukuisin oikeuksin suojattu ihminen eikä kasvoton julkisen vallan käyttäjä.”²³⁴ Sanotusta huolimatta voitaneen perustellusti todeta, että korkeimman oikeuden päätös olla tuomitsematta poliisimiestä rangaistukseen oli varsin suopea jo tuolloin vallinneeseen käsitykseen nähden. Poliisiasetoimikunta oli pari vuotta aiemmin todennut, että ”pakenevaa henkilöä kohti ampumista voidaan pitää puolustettavana vain, jos pakeneva on erittäin vaarallinen rikoksenteijä. Hyväksyttävänä voimankäyttökeinona pidetään ampuma-aseen käyttämistä tässäkin tilanteessa vain jos laukaukset on tähdätty raajoihin”.²³⁵

Poliisimies on joutunut varsin ankaran arvioinnin kohteeksi Helsingin hovioikeuden ratkaisussa 5.3.2007 nro 757. Tapauksessa vapaa-ajallaan ollut poliisimies oli ottanut 15-vuotiaan henkilön kiinni rattijuopumuksesta epäiltynä. Poliisimies oli puhallutuksen jälkeen tarttunut kiinni kohdehenkilön hihaan ja lähtenyt kuljettamaan tätä. Kuljetuksen aikana kolmas henkilö oli yrittänyt vetää kohdehenkilöä irti poliisimiehen otteesta, jolloin tämä oli tarttunut kohdehenki-

²³¹ Ruuskanen 2005, s. 234–235. Ajoneuvojen pakkopysäytyksiin käytettävistä taktisista keinoista ks. Helminen et al. 1999, s. 303–304.

²³² Frände 2012, s. 155.

²³³ Ruuskanen 2005, s. 234–235.

²³⁴ Terenius 2007, s. 91. Tavasta, miten poliisit väistämättä tulevat osaksi ratkaistavia tilanteita myös emotionaalisella tasolla ks. Crank 2004, s. 103–105. Emotionaalinen osallistuminen luonnollisesti myös rajoittaa mahdollisuuksia kontrolloida poliisimiesten käytöstä hallinnollisin määryksin.

²³⁵ KM 1988:27, s. 8.

lön vasempaan käsivarteen voimakkaalla otteella. Ottesta oli aiheutunut kipua ja mustelmia.

Poliisimiehen katsottiin syyllistyneen lievään pahoinpitelyyn ja virkavelvollisuuden rikkomiseen. Hovioikeus ei muuttanut käräjäoikeuden langettamaa 15 päiväsakon suuruista sakkorangaistusta. Mielestäni asiassa olisi voitu ottaa huomioon se, että poliisimies kohtasi nuorisjoukon yksin erityisesti tilanteeseen valmistautumatta. Seuranneessa tilanteessa poliisin lailliseen päämäärään tähtäävää toimintaa yritettiin estää ja vastarinta oli vieläpä luonteeltaan aktiivista fyysistä vastarintaa, vaikkakin kerrotuin tavoin kohdehenkilö oli ainoastaan vastarinnan välikappale. Sinänsä voidaan pitää selvänä, että voimakeinojen käyttöön oikeuttavaa vastarintaa voi tehdä kohdehenkilö tai sivullinen²³⁶, ja että voimakeinoja voidaan käyttää sekä kiinniotettavan että kolmannen henkilön tekemän vastarinnan murtamiseksi.²³⁷

Käräjäoikeuden perusteluissa, joihin hovioikeuskin viittasi, on mielenkiintoisella tavalla pohdittu PolL 9 §:n 3 momentissa säädetyn toimimisvelvollisuuden ja toimivaltuuksien käytön suhdetta. Käräjäoikeus totesi, että tilanteessa ei ollut toimimisvelvollisuutta ja edelleen, että kyseessä oli ”vain epäily rattijuopumuksesta”, josta ei edes väitetty aiheutuneen erityistä vaaraa eikä kohdehenkilö pyrkinyt tilanteesta pakenemaan. Näissä olosuhteissa käräjäoikeus katsoi, että poliisimies olisi tilanteessa voinut tyytyä viranomaisavun odottamiseen. Näyttäisi siltä, että käräjäoikeuden päättelyssä toimimisvelvollisuuden laajuus rajaa myös oikeutta käyttää toimivaltuuksia vapaa-ajalla.²³⁸

Hovioikeuden ratkaisu ilmentää osaltaan kiinniotto-oikeuteen sisältyvän puuttumisen ja voimakeinojen käytön välisen rajanvedon ongelmia. Näitä kysymyksiä on käsitelty myös korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2007:87, jossa voimakeinoja oli käyttänyt vapaa-ajalla ollut vartija jokamiehen kiinniotto-oikeuden nojalla.

KKO 2007:87 (Pahoinpitely, rangaistava teko, jokamiehen kiinniotto-oikeus): Kiinniotettava rikoksenteijä oli kiinniottajalle entuudestaan tuttu. Korkeimman oikeuden ratkaisusta ilmenevillä perusteilla katsottiin, että pahoinpitelyn kohteeksi joutuneella henkilöllä oli ollut jokamiehen kiinniotto-oikeus, mutta pippurikaasun suihkuttami-

²³⁶ Ks. Norée 2008, s. 58–59.

²³⁷ Ks. Berggren – Munck 2011, s. 81.

²³⁸ Ulkomaisessa kirjallisuudessa ainakin Auglend et al. 2004, s. 339–340 ovat pohtineet sinänsä laajan toimimisoikeuden käyttämisessä huomioon otettavia seikkoja. Yhtenä huomioon otettavana seikkana on kuva yliaktiivisesta ja ”painostavasta” poliisista. Kyse on tilanteiden kokonaisarviointista, mutta vakaviin tapauksiin tulee lähtökohtaisesti puuttua, kun taas aivan päivittäiseen valvontatoimintaan (esimerkiksi normaali liikennevalvonta) ei tule ryhtyä. Joka tapauksessa painopiste on syytä pitää ennemminkin preventiivisellä kuin repressiivisellä puolella.

nen ei ollut voimakeinona tarpeellinen ja puolustettava. Kiinniottajan katsottiin syylistyneen pahoinpitelyyn.

Kyse ei siis ollut A:n hätävarjelusta B:n hyökkäystä kohtaan, vaan jokamiehen kiinniotto-oikeuden toteuttamisessa käytettävistä voimakeinoista.²³⁹ Tapauksessa uhrin entuudestaan tuntema B löi kasvoihin vartija A:ta, joka lähti juoksemaan paikalta paenneen B:n perään. Tavoitettuaan B:n A suihkutti OC-sumuttimella tätä kasvoihin.

Vaikka kyse ei olekaan poliisin kiinniotto-oikeudesta, on ratkaisuun syytä kiinnittää enemmänkin huomiota, koska se on uusiin tämän tutkimuksen ydinkysymyksiin liittyvä korkeimman oikeuden ratkaisu. Kiinniotto-oikeuden olemassaolon lisäksi korkein oikeus on kiinnittänyt huomiota kiinniottamisen käsitteeseen ja sen suhteeseen voimakeinojen käyttöön. Korkeimman oikeuden mukaan (ratkaisun kohta 5):

”Kiinniottamisella tarkoitetaan lyhytkestoisen vapaudenmenetyksen sisältävää pakokokeina, joka voidaan toteuttaa ensinnäkin kiinniotettavan tosiasiallisella valtaanotamisella tarkoituksin estää tämän poistuminen paikalta. Mikäli kiinniotettava ei kuitenkaan vapaaehtoisesti antaudu tai jää paikalle, kiinniottaminen voi edellyttää myös fyysisistä kiinni pitämistä tai irti riuhtaisemisen estämistä. Näin ollen kiinniotto-oikeuteen sellaisenaan voi sisältyä liikkumisvapauden rajoittamista tai vähäinen ruumiillisen koskemattomuuden loukkaaminen.”

Samankohdan mukaan voimakeinoilla puolestaan tarkoitetaan ”muuta kuin sellaista toisen liikkumisvapauden tai ruumiilliseen koskemattomuuteen puuttumista, joka välttämättä sisältyy jo kiinniottamiseen sinänsä”. Kerttula on kritisoinut korkeimman oikeuden näkemystä, että kiinniotto-oikeuteen sisältyisi oikeus vähäiseen ruumiillisen koskemattomuuden loukkaamiseen. Hänen mukaansa korkeimman oikeuden tulkinta ”häivyttää ja hälventää oikeuttamisperusteen ja siihen liittyvän voimakeinojen käytön välistä rajaa”, koska kiinniottaminen on sinänsä mahdollista myös ilman liikkumisvapauden tai ruumiilliseen koskemattomuuteen puuttumista.²⁴⁰

Henkilön kiinniottamiseen liittyvien voimakeinojen käyttö on systemaattisesti hankala asia, koska sen lisäksi, että kiinniotto voi käsitteellisesti pitää sisällään jonkinlaista fyysiseen koskemattomuuteen kajoamista olematta kuitenkaan voi-

²³⁹ Ks. Tapani – Tolvanen 2008, s. 318.

²⁴⁰ Kerttula 2010, s. 334–335. Kerttula on kritisoinut korkeimman oikeuden tapaa perustella kannanottonsa. Korkein oikeus oli päättellyt sen, että ”kiinniotto-oikeuteen sellaisenaan voi sisältyä liikkumisvapauden rajoittamista tai vähäinen ruumiillisen koskemattomuuden loukkaaminen” aiemmin voimassa olleen RL 3 luvun 8 §:n 4 momentin sanamuodosta, jonka mukaan sillä, joka PKL 1 luvun 1 §:n nojalla oli ”ottanut toisen kiinni”, oli oikeus voimakeinojen käyttöön, mikäli kiinniotettu teki hänelle vastarintaa.

makeinojen käyttöä, voi kiinnioton ja vastarinnan murtamisen välinen rajapinta olla hyvinkin häilyvä, koska esimerkiksi passiivisen vastarinnan tapahtumisen kynnys on huomattavan matala. Oikeusohjeena voidaankin pyrkiä korostamaan perusoikeuslähtöistä tulkintaa, jossa yksinkertaisesti vain punnitaan toimenpidettä tavoitetta vastaan erittelemättä sitä, mikä konkreettinen lainkohta tapaukseen soveltuu. Tässä kontekstissa sääntöluontoinen ratkaisu siitä, soveltuuko Poll 27 § tapaukseen, ei ole relevantti, koska kiinniotto-oikeus joka tapauksessa sisältyy ko. säännökseen. Todettakoon, että lähtökohtaisesti korkeimman oikeuden näkemys vastaa omaani.²⁴¹

Käytettyjen voimakeinojen osalta korkein oikeus katsoi, että OC-sumutteen käyttö ei ollut tarpeellista eikä puolustettavaa. Se totesi muun muassa lain esitöihin viitaten, että tilanteessa oli otettava huomioon se, että A tunsu entuudestaan B:n, mikä puolestaan vaikutti siihen, millä todennäköisyydellä ja kuinka nopeasti kiinnioton voitiin ennakoita tapahtuvan viranomaisen toimesta siten, että kiinniotettavan pakoon pääseminen ei kohtuuttomasti vaikeuttaisi tapahtumakulun selvittämistä. Huomiota kiinnitettiin myös siihen, että tapahtumapaikana oli Helsingin ydinkeskusta, jolloin poliisin voitiin olettaa saapuvan paikalle melko nopeasti. Näin tapahtuikin jo siinä vaiheessa, kun A saavutettuaan B:n oli suihkuttamassa kaasua B:n kasvoille. Erittäin tärkeää on myös huomata, että B:n käyttäytyminen varsinaisessa kiinniottilanteessa ei edellyttänyt kaasusumuttimen käyttämistä. Lisäksi korkein oikeus on kantaansa erityisemmin perustelematta todennut ratkaisun kohdassa 12, että ”A:n esitettyä, ettei hänen kansalaisena ole tarvinnut olla perillä edellä kohdassa 7 selostetusta lakivaliokunnan mietinnön sisällöstä, korkein oikeus toteaa vielä, ettei asiassa ole kysymys myöskään vastuusta vapauttavasta rikoslain 4 luvun 2 §:ssä tarkoitetusta kieltoerehdyksestä”.

Vaikka korkein oikeus näki nimenomaan viranomaisavun saamisen tarpeellisuusarvioinnin näkökulmasta ratkaisevana, ei mielestäni kuvatkaltainen OC-sumuttimen käyttö olisi ollut perusteltua virkamiehiltäkään, koska itse kiinniottilanteessa kohdehenkilö ei ilmeisesti tehnyt vastarintaa eikä sumuttimen käyttö pelkästään kiinnioton toimittamiseksi olisi ollut tarpeellista.²⁴²

Teoriassa tapausta olisi voinut lähestyä myös hätävarjelun liioittelun näkökulmasta, koska OC-sumutteen käyttöä selkeästi edelsi B:n oikeudeton hyökkäys A:ta kohtaan, minkä voidaan arvioida vaikuttaneen A:n reaktioon tilanteessa. Tilanne vastaa varsin hyvin sitä, mitä hallituksen esityksessä 44/2002 vp on kuvattu toteamalla, että ”[y]leinen kielenkäyttö, joka pitää itse asiassa hätävarjelun liioittelun tyyppiesimerkkinä

²⁴¹ Ks. myös Matikkala 2008, s. 150. Myös Matikkala on pitänyt erottelua kiinniotto-oikeuteen sisältyvien keinojen ja voimakeinojen välillä perusteltuna.

²⁴² Ks. myös edellä selostettu EIT:n ratkaisu asiassa Parnov v. Moldova.

juuri tilannetta, jossa hyökkäyksen aloittanutta pahoinpidellään akuutin hätävarjelutilanteen jo lakattua, heijastaa varsin luonnollista katsantokantaa”.²⁴³ Ajallinen etäisyys hyökkäyksen ja kaasusumuttimen käytön välillä sekä B:n pyrkimys paeta tilanteesta todennäköisesti kuitenkin estäisivät rikosoikeudellisen anteeksiannon. Mikäli tapahutuma olisi arvioitu poliisimiehen poliisilakiin perustuvana voimakeinojen käyttönä, aikarajojen laajentaminen siten, että menettely olisi katsottu voimakeinojen käytön anteeksiannettavaksi tai seurausta lieventäväksi liioitteluksi, tuskin olisi tullut kyseeseen.

Kaasusumuttimen käyttö kiinnioton toimittamiseksi on katsottu perustelluksi apulaisoikeusasiamiehen ratkaisussa 18.11.2010 dnro 4267/4/08. Käsitellyssä tapauksessa merivartioston partiot antoivat poliisille virka-apua poliisin päätöksellä tapahtuneessa kahdessa kumiveneessä olleiden henkilöiden kiinnioittamisessa. Kiinnioton yhteydessä käytettiin pippurisumutetta. Tapauksessa ei apulaisoikeusasiamiehen mukaan ollut aihetta epäillä, etteivätkö käytetyt voimakeinot olisi olleet puolustettavia ja tarpeellisia. Kohdehenkilöt olivat hyvin pitkän ajan laiminlyöneet pysäytymismerkkien noudattamisen ja pyrkineet välttämään pysäyttämistä. Voimakeinojen käyttö olisi voitu välttää käskyjä noudattamalla. On aiheellista lainata apulaisoikeusasiamiehen perusteluja tilanteen arvioinnin juridisista lähtökohdista:

”Toimintatapaa on arvioitava sen perusteella, mitä havaintoja on tehty tapahtumahetkellä ja mitä vaihtoehtoja tehdyille ratkaisuille tapahtumahetkellä oli olemassa. Kysymys toimenpiteiden oikeasuhtaisuudesta tehtävään nähden on kuitenkin aina jossakin määrin tulkinnanvarainen, koska rajavartiolaitain 35 § jättää yksittäistapauksessa rajavartiomiehelle harkinnanvaraa eikä keinovalintaan vaikuttaneita seikkoja ole jälkikäteen edes mahdollista yksityiskohtaisesti selvittää ja arvioida.

4.3 MUITA TILANTEITA

Poliisioikeuden oppikirjassa on esitetty, että *välittömästi uhkaavan rikoksen estämistarkoituksessa* tapahtuva henkilön pysäyttäminen voidaan tehdä jopa ampuma-aseella, jos henkilön ”tiedetään välittömästi tilannetta edeltäneen toimintansa, aseistautuneisuutensa, häiriytyneisyytensä tai muun niihin rinnastettavan seikan perusteella aiheuttavan välittömän vakavan vaaran jonkun hengelle tai terveydelle”. Edellytyksenä on lisäksi luonnollisesti se, että lievempää tehokasta keinoa ei ole.²⁴⁴

²⁴³ HE 44/2002 vp, s. 118.

²⁴⁴ Rantanen 2003, s. 117. Kirjoittaja on tässä yhteydessä viitannut korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 1993:50.

Itsestään selvää on, että kohdehenkilön vastustaessa voimakeinoja, joita poliisimies tämän säännöksen nojalla käyttää, täyttyy myös ”vastarinta” voimakeinojen käytön perusteena.²⁴⁵ Poliisin aseenkäytöstä voimakeinojen käyttötilanteessa on ollut kyse poliisin toimenpiteiden kohteena olleen henkilön vahingonkorvausvaatimusta koskeneessa Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisussa 8.9.2011 nro 724. Tapauksessa poliisimies oli ampunut uhkaavasti käyttäytynyttä mieshenkilöä polveen erään omakotitalon pihamaalla. Käräjäoikeus, jonka tuomion perusteluihin hovioikeuskin viittasi, on perustellusti kiinnittänyt huomiota muun muassa seuraaviin seikkoihin:

- ammutuksi tullut kohdehenkilö oli mainitussa omakotitalossa puukolla varustautuneena käyttäytynyt uhkaavasti vanhempiaan kohtaan, mistä seikasta asetta käyttänyt tilannejohtajana toiminut poliisimies oli ollut tietoinen
- poliisimies on aiempien virkatoimien perusteella pitänyt kohdehenkilöä vaarallisena henkilönä
- ennen paikalle saapumista poliisimies oli saanut toiselta asunnossa olleelta henkilöltä tiedon, että kohdehenkilö oli poistunut talosta hakemaan kirvestä ja lapiota
- asetta käyttäneellä poliisimiehellä ja hänen partiokaverillaan oli käytössään käsiraudat, patukka, oc-sumutin sekä ajoneuvossa kuljetettava tukiasie
- tukiasie on osumatarkkuudeltaan virka-asetta huomattavasti tarkempi ja seurausten kannalta ennakoitavampi
- ennen tehtävää asetta käyttänyt poliisimies oli selvittänyt mahdollisuudet etälämauttimen saamiseksi paikalle
- mainitun poliisimiehen tiedossa oli, että koirapartio ei ollut ko. aikaan työvuorossa
- asetta käyttänyt poliisimies oli useita kertoja käskyttänyt kohdehenkilöä luopumaan lyöntiasentoon kohotetuista lapiosta ja veitsestä
- asetta käyttäneen poliisimiehen partiokaveri oli sumuttanut kohdehenkilöä oc-sumuttimella, mutta tällä ei ollut toivottua vaikutusta
- asetta käyttänyt poliisimies oli varoittanut kohdehenkilöä aseella ampumisesta, ellei tämä luovu lapiosta ja veitsestä
- kohdehenkilö oli ampumishetkellä muutaman askeleen etäisyydellä talon kuistista, jolle päästyään hän olisi voimankäytön näkökulmasta ollut poliisin ulottumattomissa
- kohdehenkilön aiempi käyttäytyminen talossa ja sen pihalla huomioon ottaen hänelle ei voitu antaa mahdollisuutta päästä uudelleen sisälle taloon tai aseistautuneena pois pihalta
- poliisimies ampui tukiasieella tähdätyn laukauksen kohdehenkilön vasempaan polveen.

Johtopäätöksenä käräjäoikeuden mukaan:

”Ohjeet, neuvot, käskyt, miesylivoiman hyväksikäyttö, aseiden käyttöä lievemmat voimankäyttövälineet tai tehtävästä luopuminen toistaiseksi eivät ole olleet tilanteessa

²⁴⁵ Helminen et al. 1999, s. 290.

riittäviä toimenpiteitä. Ampuma-aseen käyttäminen on ollut ainoa riittävän varma käytettävissä oleva voimakeino JK:n pitämiseksi hallinnassa hätävarjelutilanteen estämiseksi.”

Käräjäoikeus kuuli asiantuntijana Poliisiammattikorkeakoulun voimankäytön kouluttajaa, joka kuvatun kaltaisten tilanteiden taktisen hoitamisen osalta on tuomion mukaan todennut, että:

”Hätävarjelutilanteen estämiseksi poliisimies määrittelee ampuma-aseen käytön rajan, eli pysäytysalueen, jonka yli liikkuminen vaarallisen välineen kanssa aiheuttaa ampuma-aseen käyttötilanteen. Tämä pysäytysalue ei voi olla sama kuin ampuma-aseen käytön sektorin raja vaan suppeampi alue. Poliisimiehen päätöksen ampuma-aseen käytöstä tulee perustua kohdehenkilön välittömästi tilannetta edeltäneeseen toimintaan.”

Poliisimiehen ei voidakaan olettaa käyttävän voimakeinoja aivan viime tingassa eikä myöskään pysäytysaluetta voida määritellä tämän mukaisesti, vaan voimankäytön vaikutusten arvioinnille ja mahdolliselle lisävoiman käytölle on jätettävä mahdollisuus.

Samantyyppisestä tilanteesta on ollut kyse 24.2.2010 annetuilla Kanta-Hämeen syytätjänviraston syyttämättäjättämispäätöksillä 10/237, 10/238 ja 10/239 päätetyssä asiassa. Tapauksessa poliisimies ampui rivitalon piha-alueella kuoliaaksi henkilön, joka oli hetkeä aiemmin ampunut erästä toista henkilöä. Ampumahetkellä kohdehenkilö oli uhkaavasti ja aggressiivisesti käyttäytyen pyrkimässä aseistettuna erääseen toiseen asuntoon, jossa oli toinen henkilö. Kenttäjohtajan antamien voimankäyttöohjeiden, jotka yleisjohtaja vahvisti määräyksiksi, mukaisesti poliisimies oli tässä tilanteessa ampunut kohdehenkilöä rintaan. Näköesteiden vuoksi raajalaukaus ei ollut mahdollinen. Päätösten kattavissa perusteluissa huomio kiinnittyy erityisesti siihen seikkaan, että asetta käyttäneen poliisimiehen osalta ei tullut arvioitavaksi suoranaisesti voimankäytön oikeutus, vaan hänen esimiehilleen välittämiensä tietojen kattavuus sekä hänen oikeutensa noudattaa annettua käskyä ja käskyn vaikutus hänen toisintoimimismahdollisuuksiinsa.

Rikoksen jatkamisen ja vaarallisen teon estämisestä on ollut kyse myös kahdessa seuraavassa tapauksessa, joissa asetta on käytetty ajoneuvon pysäyttämiseksi. Aseenkäyttö ajoneuvon pysäyttämiseksi ja henkilön kiinniottamiseksi katsottiin oikeutetuksi Helsingin hovioikeuden ratkaisussa 19.12.2007 nro 4186, joka viime vaiheessa eteni myös EIT:n arvioitavaksi. Tapauksessa voimakeinojen kohdehenkilö oli kiihdyttänyt autollaan kohti ajoneuvon edessä noin 2–3 metrin etäisyydellä seissyttä poliisimiestä, joka oli joutunut väistämään ajoneuvoa ja sen jälkeen ampunut kuusi laukausta ajoneuvoa kohden. Neljäs lausaus osui kohdehenkilön vasemman lapaluun alapuolelle muiden osuessa ajoneuvon. Rekonstruktion perusteella laukaukset ammuttiin 1,87 sekunnin aikana. Ennen aseenkäyttöä kohdehenkilö oli käyttäytynyt vaarallisesti ja törmännyt ajoneuvol-

laan poliisiautoihin yhteensä ainakin kolmesti ja poliisi oli puolestaan yrittänyt pysäyttää kohdehenkilön ajoneuvon kiilaamalla ja törmäämällä siihen.

Hovioikeus arvioi asiaa rikoslain hätävarjelua ja voimakeinojen käyttöä koskevien säännösten, PoL 27 §:n sekä voimakeinojen käyttämisestä ja kulkuneuvon pysäyttämisestä annettujen SM:n asetusten valossa. Hovioikeuden ratkaisun perusteluista voidaan päätellä, että hätävarjeluun oikeuttava hyökkäyksenä pidettävä auton kiihdyttäminen tuli vältetyksi väistöliikkeellä, mutta kohdehenkilön hyvin aggressiivisen käytöksen johdosta tämä oli saatava pysähtymään. Paelessaan hän olisi aiheuttanut vakavaa vaaraa alueella liikkuneille henkilöille. Aseenkäyttöä ja kohdehenkilöön tähdätyn laukauksen ampumista pidettiin tehtävän tärkeys ja kiireellisyys sekä tilanteen vaarallisuus huomioon ottaen puolustettavana. Poliisimiehen ei näytetty toimineen surmaamistarkoituksessa.

Ratkaisussaan hovioikeus arvioi myös mahdollisuutta sopia etukäteen taktisista menetelmistä, käyttää muita voimakeinoja ja suunnata laukaukset muualle kuin kuljettajana toimineeseen henkilöön. Lisäksi hovioikeus arvioi sitä, olivatko poliisimiehet toimineet oikein jalkautuessaan tarkoituksin ottaa kohdehenkilö kiinni. Tällä pohdiskelulla on ilmeisesti pyritty varmistumaan siitä, etteivät aiemmat väärät taktiset valinnat johtaneet tilanteen kiristymiseen ja käytettyjen voimakeinojen ankaroitumiseen. Hovioikeus ei löytänyt huomautettavaa minäkään mainitun seikan osalta ja hylkäsi poliisimieheen kohdistetut syytteet. Käräjäoikeus oli todettuaan poliisimiehen toimineen putatiivisessa hätävarjelutilanteessa tuominnut tämän tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta ja vammantuottamuksesta sakkorangaistukseen. EIT:n hyödyntämää distinktiotekniikkaa mukaillen tämän tapauksen erottaa edellä selostetusta korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 1990:136 erityisesti kohdehenkilön vaarallisuudesta hänen käyttäytymisensä perusteella tehty arvio eikä niinkään hänen kiinniottamisensa tärkeys.

Tässä suhteessa edellä selostettu Helsingin hovioikeuden ratkaisu erosi myös Helsingin hovioikeuden ratkaisusta 10.4.2008 nro 987, jolla se pysytti voimassa Helsingin käräjäoikeuden langettavan tuomion, jossa asetta ajoneuvon pysäyttämiseen käyttänyt poliisi tuomittiin RL 40 luvun 9 §:n 1 momentin ja RL 4 luvun 6 §:n 2 momentin nojalla virkavelvollisuuden rikkomisesta 20 päiväsakkoon. Tapauksessa poliisimies oli ensin näyttänyt pakenevan auton kuljettajalle pysähtymismerkkiä poliisiauton ikkunasta, minkä johdosta pakenevan auton kuljettaja oli kiilannut kohti poliisiautoa. Noin 700 metriä tämän kiilausyrityksen jälkeen tuomittu poliisimies ampui yhden varoituslaukauksen ilmaan ja sen jälkeen kaksi laukausta noin 3–4 metrin etäisyydeltä kohti pakenevan auton vasenta eturengasta. Molemmat laukaukset osuivat. Ampumishetkellä ajoneuvojen nopeus oli noin 80 kilometriä tunnissa. Ampuma-aseen käyttö katsottiin sinänsä tapahtuneen takaa-ajon vähiten vaarallisessa paikassa. Pakeneva auto saatiin pysäytettyä sen eteen ajamalla vasta noin kolme kilometriä ampumisen jälkeen.

Tuomion perusteluissa otettiin huomioon se, että alun perin oli suunniteltu, että pakeneva ajoneuvo pysäytetään suluttamalla ja kiilaamalla se vauhdin hiljentymisen jälkeen tien sivuun. Muiden tilanteeseen osallistuneiden poliisimiesten mukaan tästä suunnitelmasta ei missään vaiheessa luovuttu, vaan asetta käyttänyt poliisimies teki ampumispäätöksen itse. Kyseessä olevassa tapauksessakin aseenkäyttö ajoneuvon pysäyttämiseksi osoittautui tehottomaksi keinoksi eikä muutoinkaan *tullut riidattomasti ilmi, ettei mitään lievempää keinoa ollut käytettävissä*. Aseenkäyttö katsottiin tarpeettomaksi ja vaaralliseksi.²⁴⁶ Asetta käyttäneen poliisimiehen katsottiin ollen tietoinen virkavelvollisuuksiensa sisällöstä ja tahallaan rikkoneen virkavelvollisuuksiaan vastaan.

Käräjäoikeus kiinnitti aiheellisesti huomiota myös siihen, että pakenevan ajoneuvon kuljettajan henkilöllisyys oli selvillä *eivätkä pakenevassa ajoneuvossa olleet henkilöt olleet aiheuttaneet välitöntä vakavaa vaaraa toisen hengelle tai terveydelle*. Nämä seikat puolsivat PolL 5 §:n mukaista toimenpiteestä luopumista.

²⁴⁶ Tuomion perusteluissa katsottiin myös, että toteutuneiden vahinkoseurausten lisäksi huomioon on otettava vahinko, ”joka teosta olisi ennalta arvioitaessa todennäköisesti syntynyt.”

5 Välitilinpäätös

Määritettäessä laillisen voimankäytön rajoja joudutaan tekemään monitahoista punnintaa, jonka tavoitteena on löytää tasapaino tehtävän ja sen toteuttamiseen annettujen primäärien sekä sekundääristen toimivaltuuksien käytöstä aiheutuvien oikeuden loukkausten välillä. Punninnan tavoitteena on kaikessa yksinkertaisuudessaan löytää tehokas keino, jolla mahdollisimman vähän loukataan kohdehenkilön oikeuksia. Toisin sanoen tavoite ja tehtävä sekä kohdehenkilön oikeudet pyritään optimoimaan siten, että niiden summa on mahdollisimman suuri.

Vaikka voimankäytön tarkoitus tuleekin otettavaksi huomioon tässä punninnassa, tulee ensi vaiheessa kuitenkin tehdä sääntöluontoinen ratkaisu siitä, onko ylipäätään käsillä tilanne, jossa voimakeinoja voi käyttää. Tulee siis arvioida, voidaanko jotain PoL 27 §:n 1 momentin kriteeriä soveltaa tilanteeseen. Pidän tätä arviointia tärkeänä, jotta ei pääsisi syntymään käytänteitä, joissa voimakeinoja käytettäisiin jonkin painavan yhteiskunnallisen intressin turvaamiseksi, vaikka mikään mainitun 1 momentin edellytyksistä ei olisikaan käsillä. Tällöin siis 1 momenttikin otettaisiin yhdeksi periaatteeksi punnintaan, minkä seurauksena se saattaisi olennaisesti menettää merkitystään. Oltaisiin aidosti yleistoimivallan äärellä.²⁴⁷ En kuitenkaan tarkoita tällä sitä, että olisi syytä palata deduktiiviseen käsitteistä päättelämiseen, jossa tyydyttäisiin luettelemaan erilaisia voimakeinojen käyttötilanteita ja pääteltäisiin luokittelun perusteella sallitun menettelyn rajoja. Päinvastoin pidän tärkeänä, että lainsäädännössä ja oikeustieteessä pyritään korostamaan suhteellisuusperiaatteen ja puolustettavuusarvioinnin merkitystä.²⁴⁸

Mitä tulee eri voimankäyttövälineiden käyttöön, olen lähtökohtaisesti sitä mieltä, että poliisin tulisi ensisijaisesti pyrkiä käyttämään voimankäyttövälineitä, jotka eivät aiheuta vammoja, kuten käsirautoja, OC-sumutinta tai etälamau-

²⁴⁷ Tässä yhteydessä voidaan viitata myös EIT:n Rehbock-tapaukseen, jossa kohdehenkilön ominaisuuksien johdosta häntä vastaan käytettiin varsin vakavia vammoja aiheuttaneita voimakeinoja, vaikka – Suomen lainsäädäntöön sovitettuna – kyse oli vain henkilön kiinniottamisesta eikä henkilö tehnyt kiinniotettaessa minkäänlaista vastarintaa.

²⁴⁸ Ks. Boucht 2011a, s. 172.

tinta.²⁴⁹ Täten esimerkiksi OC-sumutin tulisi käytettäväksi ennen sellaisia fyysisiä voimakeinoja, jotka todennäköisesti aiheuttaisivat vammoja.²⁵⁰

Tässä yhteydessä voidaan viitata eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisuun dnro 85/4/04, jossa oikeusasiamies katsoi pakkotilana oikeutetuksi hermojännitystä laukaisevan ruiskeen antamisen aggressiivisesti käyttäytyneelle henkilölle. Ratkaisussa katsottiin, että lääkärin antama ruiske oli lievempi keino kuin paikalla olleiden poliisimiesten käyttämät fyysiset keinot, jotka olisivat voineet aiheuttaa kohdehenkilölle – 67-vuotiaalle naiselle – jopa pysyvää vahinkoa. Oikeusasiamiehen mukaan ”lääkärin antama injektio merkitsi tässä tilanteessa lievempää ja inhimillisempää puuttumista kantelijan ruumiilliseen koskemattomuuteen kuin hänen taltuttamisensa voimakeinoin”. Oikeusasiamies piti siis parempana yleisiin vastuuvapaussäännöksiin perustuvaa pysyvää vahinkoa aiheuttamatonta toimenpidettä kuin läsnä olleiden poliisimiesten toimivaltasäännöksiin perustuvia muita voimakeinoja.²⁵¹

Tulkintasuositus saa tukea myös *soft law* -aineistosta. YK:n piirissä laadittujen voimankäyttöä koskevien periaatteiden mukaan:²⁵²

”These should include the development of non-lethal incapacitating weapons for use in appropriate situations, with a view to increasingly restraining the application of means capable of causing death or injury to persons.”

Mainittujen välineiden käyttö vaatii olosuhteiden huolellista huomioon ottamista. Tieteellisessä kirjallisuudessa etälamauttimen käytöstä saatua – joskin sirpaleista – tietoa ovat analysoineet Michael D. White ja Justin Ready artikkelissaan vuodelta 2010. Etälamauttimen eduiksi suhteessa esimerkiksi erilaisiin sumuttimiin on mainittu muun muassa lyhyt palautumisaika altistumisesta ja sen sumuttimia parempi luotettavuus pidemmillä etäisyyksillä.²⁵³ Toisaalta on syytä korostaa, että vaikka mahdollisuutta korvata muiden voimankäyttövälineiden käyttöä etälamauttimella lienee syytä harkinta, on samanaikaisesti varottava, ettei etäla-

²⁴⁹ Näidenkin voimankäyttövälineiden vaarallisuudessa on eroa. Erään tutkimuksen (Kaminski – Adang 2010, s. 174–175) mukaan 3–7 % OC-sumutteelle altistuneista tarvitsi lääketieteellistä hoitoa, kun taas jopa 28 %:lle henkilöistä, joihin oli käytetty etälamauttinta, katsottiin aiheelliseksi tehdä lääketieteellinen tarkastus jälkikäteen. Fyysisen voimankäytön kohteeksi joutuneista 14 % tarvitsi myöhempää lääketieteellistä hoitoa. On kuitenkin muistettava, että voimankäyttövälineiden asianmukaisuus on myös yksi poliisin työturvallisuustekijä. Ks. tästä Järvelin 2011, s. 44. Kyse ei toisin sanoen ole ainoastaan *tehtävän toteuttamiseksi* tarpeellisista välineistä.

²⁵⁰ Vrt. Kaminski – Adang 2010, s. 176, jotka ovat katsoneet, että OC-sumuttimen käytöllä ei tulisi korvata fyysisiä hallinta-otteita.

²⁵¹ Ks. myös Lahti 2006, s. 209.

²⁵² UN 1990 2. kohta.

²⁵³ White – Ready 2010, s. 180.

mauttimen käytöstä tule rutiinia ja voimankäyttövälineiden käyttö kokonaisuudessaan lisäänty.²⁵⁴

New Yorkin poliisilaitokseen kohdistuneen, vuosia 2002–2005 koskeneen tutkimuksen (375 tapausta) mukaan etälamautin (TASER) lamaannutti 89 % kohdehenkilöistä tyypillisesti viiden sekunnin sisällä.²⁵⁵ Kahden muun poliisilaitoksen kokemusten perusteella etälamautin oli tehokas 77 %:ssa ja 85 %:ssa tapauksista.²⁵⁶ Vaikka White ja Ready ovat suoritetujen tutkimusten perusteella päätyneet katsomaan, että ”*the TASER does not appear to be directly associated with an increased risk of injury or death*”, jatkotutkimuksen tarve on kuitenkin ilmeinen, sillä tuohon mennessä lähes 300 ihmistä oli menehtynyt tultuaan altistetuksi etälamauttimelle.²⁵⁷ Etälamauttimen käytöstä aiheutuvien vaarojen osalta voidaan viitata myös kotimaisessa alioikeudessa esillä olleeseen tapaukseen, jossa kohdehenkilö etälamauttimen käytön seurauksena kaatui vaarallisesti.²⁵⁸

OC-sumuttimen käytettävyyteen puolestaan vaikuttaa se, että eräiden tutkimusten mukaan se on tehokas ainoastaan 70–85 %:ssa tapauksista. Erityisesti vaikuttavuutta heikentää kohdehenkilön oleminen huumausaineiden vaikutuksen alaisena.²⁵⁹ Mahdollisuuksia OC-sumuttimen käyttöön voivat rajoittaa myös erilaiset tapahtumapaikkaan liittyvät olosuhteet, kuten tuulisuus, ja vaara siitä, että sumuttimen vaikutus kohdistuu myös sivullisiin tai muihin poliisimiehiin.

Myöskään käsirautojen käyttöä ei ole pidetty täysin vaarattomana, koska ne saattavat esimerkiksi heikentää päihtyneen henkilön tasapainoa entisestään. Tästä aiheutuvaa riskiä voidaan toki kompensoida poliisin omin toimin.²⁶⁰

²⁵⁴ Ks. tästä myös White – Ready 2010, s. 187. Ks. myös Kaminski – Adang 2010, s. 174, jotka ovat huomauttaneet, että esimerkiksi OC-sumuttimen käyttöönotto ei vähentänyt ampuma-aseen käyttöä Alankomaissa.

²⁵⁵ White – Ready 2010, s. 181. Kohdehenkilöistä 93 %:lla oli mielisairauden (*mental illness*) oireita, mutta vain 13 % oli alkoholin tai huumausaineiden vaikutuksen alaisena.

²⁵⁶ White – Ready 2010, s. 182.

²⁵⁷ White – Ready 2010, s. 184–185.

²⁵⁸ Ks. Keski-Suomen käräjäoikeuden tuomio 12/3880, 19.12.2012, jossa poliisimies oli anastusrikoksen johdosta käyttänyt etälamautinta pakenevaa henkilöä vastaan portaikossa sillä seurauksella, että tämä oli kaatuessaan loukannut vakavasti päänsä. Käräjäoikeus tuomitsi poliisimiehen tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta ja vammantuottamuksesta 35 päiväsakkoon.

²⁵⁹ Kaminski – Adang 2010, s. 170.

²⁶⁰ Auglend et al. 2004, s. 436. OC-sumuttimen (*oleoresin capsicum*) ominaisuuksista ks. esim. Auglend et al. 2004, s. 439 ja Kaminski – Adang 2010, s. 167–169. OC-sumuttimen eduiksi suhteessa esimerkiksi aiemmin käytössä olleisiin kyynelkaasusumuttimiin on mainittu vähäisemmät vaikutukset muihin kuin kohdehenkilöihin, vaikutuksen helpompi neutralointi sekä tehokkuus koiria ja esimerkiksi mielenhäiriössä tai huumausaineiden vaikutuksen alaisena olevia kohtaan. Sen vaikutuksia ovat voimakas polttava tunne iholla ja silmissä, kyynelehtiminen, silmien kouristukset, yskiminen, kakominen, hengenahdistus ja voimakas nenän vuotaminen. Aine voi olla nestemäisessä tai kaasumuodossa.

Esimerkiksi Vaasan hovioikeuden ratkaisussa 16.7.2010 nro 909 käsiraudoissa ollut kohdehenkilö oli omalla käytöksellään aiheuttanut sen, että hän sekä molemmat häntä kuljettaneet poliisimiehet olivat kaatuneet porraskäytävässä. Kohdehenkilö oli tässä yhteydessä loukannut selkensä, ja hovioikeuden arvioitavana oli mm. se, missä vaiheessa poliisit olivat loukkantumisen havainneet ja oliko heillä havaitsemisen jälkeen oikeus jatkaa kohdehenkilön kantamista 4–5 rapun matkan. Syyte poliisimiestä vastaan hylättiin.

Lähtökohtaisesti henkilöön ei voida kohdistaa enää muita voimakeinoja hänen ollessaan käsiraudoissa²⁶¹ ja samoin kuin muidenkin voimankäyttövälineiden osalta myös käsirautojen käytöstä tulee luopua sen jälkeen, kun ne eivät enää ole tarpeen.

On syytä tehdä yleisemminkin eräitä havaintoja käsirautojen käytöstä. Käsirautojen käyttö on perinteisesti katsottu voimakeinoksi, mutta käsirautojen käytön sitominen voimankäytön edellytyksiin johtaa jossain tilanteissa outoihin lopputulemiin. Esimerkiksi henkilön entisyyttä ei tämän mukaan toimittaessa voitaisi ottaa huomioon tehtäessä päätöstä käsirautojen käytöstä. Toisin sanoen ko. hetkellä rauhallisesti käyttäytyvää, mutta potentiaalisesti vaarallista ja tunnetusti ”virkamiesvastaista” henkilöä ei voitaisi kuljetuksen ajaksi laittaa käsirautoihin.²⁶² Tässä kohtaa on syytä myös viitata poliisiasetöimikunnan mietintöön, jossa se otti mielestäni aiheellisesti esille sen seikan, että poliisin työturvallisuuden lisäksi käsirautojen käytöllä voidaan ehkäistä väkivaltaisia tilanteita, joka on myös kohdehenkilön oikeusturvan kannalta myönteistä.²⁶³

Käsirautojen käytön tarpeellisuutta arvioitaessa huomiota tulee kiinnittää vartioitsemismahdollisuuksiin, kuljetusolosuhteisiin ja luonnollisesti vaarallisuusarvioon.²⁶⁴ Joissakin tilanteissa voidaan katsoa, että käsirautojen käyttö on suositeltavampaa kuin kuljetusotteiden käyttö, koska tällöin kohdehenkilön voi olettaa ymmärtävän vastarinnan turhaksi, mikä puolestaan vähentää poliisimieheen ja kohdehenkilöön kohdistuvia riskejä.²⁶⁵

Edellä sanottu ei tarkoita sitä, etteikö käsirautojen käyttöä olisi syytä – jo EIT:n ratkaisukäytännönkin perusteella – säännellä ja ohjeistaa huolella, minkä lisäksi tapauskohtaisesti tehtävän päätöksen käsirautojen käytöstä tulee perustua huolelliseen pohdintaan. Voidaan kuitenkin perustellusti kysyä, miltä osin voiman-

²⁶¹ Ks. Norée 2008, s. 87.

²⁶² Jos voimakeinoja ei saa käyttää, ei saa käyttää myöskään voimankäyttövälineitä. Lähtökohtaisesti tämä koskee juuri käsirautojen käyttöä ja esimerkiksi aseella uhkaamista. Ks. tästä Norée 2008, s. 79 ja 86.

²⁶³ KM 1988:27, s. 73.

²⁶⁴ Auglend et al. 2004, s. 436.

²⁶⁵ Ks. Auglend et al. 2004, s. 436.

käyttöä koskevaa sääntelyä tulee ylipäättään ulottaa käsirautojen käyttöön, kun esimerkiksi laki poliisin säilyttämien henkilöiden kohtelusta (841/2006) näyttäisi sallivan käsirautojen laajemman käytön. Lain 11 luvun 2 §:n mukaan:

”Vapautensa menettäneen välitöntä toimintavapautta saadaan rajoittaa käsiraudat laittamalla, muovista sidettä käyttämällä tai muulla vastaavalla tavalla, jos se on välttämätöntä:

- 1) karkaamisen estämiseksi kuljetuksen aikana;
- 2) sellaisen väkivaltaisen käyttäytymisen hillitsemiseksi, jota ei saada estetyksi muilla tavoin ja josta saattaa aiheutua vaaraa vapautensa menettäneen tai muun henkilön turvallisuudelle taikka huomattavaa vahinkoa omaisuudelle; tai
- 3) uhkaavan väkivallan torjumiseksi.”

Lain esitöiden mukaan lain soveltamisala alkaa ajallisesti siitä, kun ”poliisi tosiasiallisesti olisi käskyin, kehotuksin tai muita keinoja käyttäen saanut vastarintaa tekevän henkilön kiinni”.²⁶⁶ Voidaankin kyseenalaistaa, onko tarpeen erikseen arvioida käsirautojen käyttöä vastarinnan murtamiseksi, kuten Helminen ym. ovat tehneet.²⁶⁷ Todettakoon myös, että ainakin EU 2012 -asiakirjassa on nimenomaisesti todettu, että käsirautoja ei tule käyttää voimakeinona.²⁶⁸

Patukan käyttö tulee puolestaan pyrkiä rajaamaan tilanteisiin, joissa edellä mainittuja keinoja ei erilaisten tapahtumapaikkaan tai kohdehenkilöön liittyvien olosuhteiden johdosta voida käyttää tai se tiedetään etukäteen tehottomaksi. *Soft law* -aineistossa patukan käyttö on lähtökohtaisesti rajattu puolustukselliseen käyttöön aktiivisen vastarinnan tilanteissa sekä niihin muunlaisen vastarinnan murtamiseen liittyviin tilanteisiin, ”where it is considered to be a pressing need for them and when less drastic use of force is considered clearly unsuitable for the purpose.” Patukalla tulee pyrkiä lyömään raajoihin ja välttää päähän kohdistuvia iskuja.²⁶⁹

Vaikka en haluakaan asettaa eri voimankäyttövälineitä järjestykseen, lienee perusteltua luonnehtia poliisikoiraa ankarimmaksi voimakeinoksi, jos ampumaseita ei oteta lukuun. Pohjoismaisessa kirjallisuudessa on esitetty, että poliisikoiraa tulisi käyttää puremiseen lähinnä tilanteissa, joissa esimerkiksi yksin olevaa koiranohjaajaa vastaan hyökätään ampumaseitteen, veistä tai lyöntiasetta

²⁶⁶ HE 90/2005 vp, s. 60.

²⁶⁷ Helminen et al.1999, s. 301. Helminen ym. ovat maininneet pakenemisen estämisen toisena voimankäyttötilanteena, jossa käsirautoja voisi olla tarpeen käyttää. Ainakin tällöin kyse lienee kuvatun erityissääntelyn piiriin kuuluvasta tilanteesta.

²⁶⁸ EU 2012, s. 16: ”Handcuffs are a mean of coercion on an individual but their use is not intended as a mean to apply force...”.

²⁶⁹ EN 2012, s. 14–15. Myös patukan käytöstä tulee mahdollisuuksien mukaan varoittaa etukäteen.

käyttäen, eivätkä lievemmat keinot ole riittäviä.²⁷⁰ Myös vaarallisen henkilön pakenemisen estämiseksi koiran käyttäminen saattaa olla perusteltua jo yksinkertaisesti siitä syystä, että joissakin tilanteissa koira ja ampuma-ase ovat ainoat voimakeinot, joilla pakenevaa voidaan yrittää pysäyttää.²⁷¹ Tällöin tulee luonnollisesti huolellisesti arvioida, ovatko poliisikoiran käytöstä aiheutuvat vaarat puolustettavia suhteessa pakenevan henkilön vaarallisuuteen. Lisäksi koira voidaan käyttää erityyppisten linnoittautumistilanteiden ratkaisemiseen, joissa vaihtoehtona olisi ampuma-aseen käyttö. Sitä vastoin poliisikoiran käyttäminen puremiseen tilanteissa, joissa olisi mahdollista ja tarkoituksenmukaista käyttää esimerkiksi etälamautinta, ei liene perusteltua. Myös koiran käytöstä on aiheellista mahdollisuuksien mukaan varoittaa etukäteen.²⁷² Koiran käytön osalta voidaan myös koiranohjaajalta nähdäkseni edellyttää koiran yksilökohtaisten ominaisuuksien, kuten sen luonteen, kunnan ja ylipäätään koiran ohjaamismahdollisuuksien huomioon ottamista.²⁷³

Mitä tulee ampuma-aseen käyttöön voimakeinojen käyttötilanteissa, tyydyn toteamaan, että aseenkäyttö pakenevan henkilö pysäyttämiseksi on aihe, johon on syytä kiinnittää jatkossakin huomiota.²⁷⁴ Timo Loman totesi noin 15 vuotta sitten ratkaisujen KKO 1979-II-50, KKO 1984-II-127 ja KKO 1990:136 perusteella, että kohti pakenevaa henkilöä ampuminen on puolustettavaa ”vain, jos pakeneva on erittäin vaarallinen rikoksentekijä tai tuolloinkin ainoastaan, jos laukaukset on tähdätty raajoihin”.²⁷⁵ Oikeustila ei tältä osin ole muuttunut, sillä

²⁷⁰ Auglend et al. 2004, s. 440. Tällaisissa tilanteissa ei voida edellyttää patukan käyttöä henkilön riisumiseksi aseista – tai edes sen yrittämistä. Vrt. Auglend et al. 2004, s. 437.

²⁷¹ Ks. Majanen 1979, s. 316–317 sekä EU 2012, s. 14, jossa on todettu, että ”[p]olice dogs may be used when and where ever such use is considered appropriate in similar confrontational situations to those in which weapons and batons are used, if the handler or officer in charge considers their use appropriate and operationally desirable”. Kynnys näyttäisi siis olevan hieman esittämäni matalammalla.

²⁷² Auglend et al. 2004, s. 440. Samoin Norée 2000, s. 183 ja EU 2012, s. 14.

²⁷³ Norée 2000, s. 182. Poliisikoirien ominaisuuksista ja niiden käytöstä voimankäyttövälineenä ks. Auglend 2004, s. 439–440.

²⁷⁴ Jokseenkin yllättävänä ja lisäselvitystä edellyttävänä voidaan pitää Heinosen aseenkäyttöselvityksiin perustuvassa tutkimuksessa tekemää havaintoa siitä, että noin puolessa aseiden käyttötilanteista aseeseen turvauduttiin yksinomaan kiinniototarkoituksessa. Kyse oli siis tilanteista, joissa kohdehenkilö ei aktiivisesti vastustanut kiinniottoa eikä poliisimies ollut välittömässä vaarassa. Heinonen 2012, s. 68. Heinosen tutkimuksen metodista ks. Heinonen 2012, s. 54–55.

²⁷⁵ Loman 1997, s. 148–150. Vrt. Majanen 1979, s. 317, jonka mukaan ”[i]lman rikoksentekijän taholta olevaa väkivallan uhkaakin lienee joidenkin törkeimpien rikosten selvittäminen ja rikoksentekijän verkseltä kiinnisaaminen niin tärkeää, että asevoiman käyttöä voidaan pitää puolustettavana”. Ks. myös sääntely Norjassa (väpöinstruksen 19 §) ja Auglend et al. 2004, s. 460–461 sekä Myhrer 2005, s. 80–82 kommentit siitä. Kriteerinä välittömän kiinnioton tarve näyttäisi edellyttävän suurta todennäköisyyttä vahingollisen syntymisestä, jos kiinniottoa ei tehdä välittömästi. Aseiden käyttö on sallittua myös, jos erityiset yhteiskunnalliset intressit ovat vakavasti uhattuina. Ks. tästä aseohjeen lisäksi Auglend 2004, s. 462 ja Myhrer 2005, s. 84. Kyse voi olla

sen enempää voimakeinojen käyttöasetus kuin UPL 2 luvun 19 §:kään ei salli aseenkäyttöä henkilön kiinniottamiseksi, ellei mainittu välittömän ja vakavan henkeen tai terveyteen kohdistuvan vaaran vaatimus täyty. Tämän voidaan katsoa edustavan ainakin pohjoismaisen poliisi- ja rikosoikeudellisen kulttuurin minimitasoa ja siten täyttävän myös EIS:stä ja EIT:n ratkaisukäytännöstä johdettavat velvoitteet.²⁷⁶ Myös joissakin *common law* -maissa kuolettavan voiman käyttö henkilön kiinniottamiseksi on rajattu hyvin samantyyppisin kriteerein.²⁷⁷ Äärimmäisten voimakeinojen sallittuuteen palataan vielä myöhemmin tässä tutkimuksessa.²⁷⁸

poikkeuksellisista joukkojen hallintaoperaatioista, jossa joudutaan ampumaan varoituslaukauksia taikka esimerkiksi terrorihyökkäyksen tai sabotaasin torjumisesta. Vrt. myös Ruotsin sääntely (skjutkungörelse) ja Norée 2000, s. 192–193 kommentit siitä sekä Westerlund 2003, s. 10, jotka näyttäsivät suhtautuvan ainakin raaja- yms. laukauksiin sallivasti myös, jos kyseessä on vain pakenevan henkilön pysäyttäminen. Tanskan osalta ks. esim. Elholm 2005, s. 22–24. Ks. myös Elholm 2003, s. 51–56. Vielä vuonna 2003 Elholm katsoi, että aseiden käyttö henkilön kiinniottamiseksi tai pakenevien estämiseksi oli sallittua Tanskassa, jos henkilö oli tehnyt vakavan henkilön tai omaisuuteen kohdistuvan hyökkäyksen taikka syöllistynyt vakaviin lähinnä maanpetos- tai valtiopetos-tyyppisiin rikoksiin. Nytemmin poliisi aseenkäyttöä sääntelee Tanskassa poliisilain 17 §, jonka 5 kohdan mukaan aseiden käyttö on mahdollista ”*at sikre pågribelsen af personer, der har eller med rimelig grund mistænkes for at have påbegyndt eller gennemført et farligt angreb på samfundsvigtige institutioner, virksomheder eller anlæg*”. Lisäksi sovellettavaksi tulee 16 §:n edellyttämä välttämättömyys- ja puolustettavuusarviointi, joten huomioon on otettava esimerkiksi myöhemmän kiinnioton mahdollisuus.

²⁷⁶ Helminen et al. 2012b, s. 791.

²⁷⁷ Bronitt – Gani 2012, s. 163–165. Ks. myös Bronitt – Gani 2012, s. 166–168 huomiot erityisen terroristilainsäädännön vaikutuksesta, joka madaltaa kiinnioton kynnystä merkittävästi, mutta sallii silti kuolettavan voimankäytön kuvatuissa tilanteissa.

²⁷⁸ Ylipäätään tutkijan on nöyränä todettava, etteivät tässä jaksossa esitetyt suositukset erityisen merkittävästi poikkea näkemyksistä, joita Ylösjoki esitti jo lähes puoli vuosisataa sitten. Ks. tästä Ylösjoki 1966, s. 307–308.

6 Poliisimiehen oikeus hätävarjeluun – säännöt

6.1 YLEISTÄ OIKEUDESTA ITSENSÄ PUOLUSTAMISEEN JA HÄTÄVARJELUUN

Rikoslain vastuuvapaussäännösten keskiössä on hätävarjelu, jossa on kiteyttäen kyse sekä henkilön oikeudesta puolustaa itseään että yhteiskuntajärjestyksen ylläpitämisestä viimesijaisena keinona julkisen vallan poissaollessa.²⁷⁹ Mainittu julkisen vallan poissaolon mahdollisuus tekee hätävarjelu-oikeudesta lähes välttämättömän osan oikeusjärjestystä. Yksilölle on annettava oikeus puolustaa itseään, koska valtiovalta ei siihen aina pysty.²⁸⁰ Ashworthin sanoin ”[t]he criminal law cannot respect the autonomy of the individual if it does not make provision for this dire situation”.²⁸¹

Ihmisen oikeus itsensä puolustamiseen on jossakin muodossa kiinteä osa kaikkia demokraattisia oikeusjärjestelmiä²⁸², ja ihmisten motivoiminen toimimaan lain mukaan olisi hyvin vaikeaa, jos tällaista oikeudenmukaisen puolustautumisen mahdollisuutta ei olisi. Säädetyn oikeuden ja moraalisen oikeuden välille saattaisi muodostua kuilu, joka vaikuttaisi haitallisesti rikosoikeusjärjestelmää ja koko oikeusjärjestystä kohtaan tunnettuun luottamukseen. Hätävarjelulle ominaisen oikeuden ja moraalin kiinteän suhteen johdosta lakia täysin tuntematon henkilökin pystyy jollakin tavoin hahmottamaan sallitun puolustautumisen rajat.²⁸³

Lappi-Seppälän mukaan ”hätävarjelu voidaan katsoa yleisesti hyväksytyksi ja edistetäväksi toiminnaksi sen vuoksi, että tällainen puolustautuminen useassa tapauksessa pelastaa arvokkaita etuja melko vähäisin uhrauksin”.²⁸⁴ Voidaan katsoa myös, että hätävarjelussa – ja mielestäni usein myös voimakeinojen käytössä – toimenpiteen ”kohde on omalla oikeudettomalla toiminnallaan luonut tilanteen, jossa toinen henkilö saa kohdistaa häneen muuten rikolliseksi luokitellun teon”.²⁸⁵

²⁷⁹ Ruuskanen 2005, s. 5. Ks. myös Ashworth 1975, s. 289.

²⁸⁰ Alanen 1925, s. 1.

²⁸¹ Ashworth 2009, s. 114.

²⁸² Nuotio 2003, s. 247. Ks. myös Sangero 2006, s. 30–35.

²⁸³ Ks. esim. Nuotio 2003, s. 247, Boucht – Frände 2008, s. 89 ja Frände 2012, s. 141.

²⁸⁴ Lappi-Seppälä 1987, s. 423.

²⁸⁵ Hahto 2004, s. 158–159.

Timo Tuovinen on artikkelissaan vuodelta 1989 yleisemmin pohtinut hätävarjelu-oikeuden ja yhteiskunnan kehitystason välistä suhdetta. Koska hätävarjelu-oikeuttamisperusteena ilmentää jotain, mitä ympäröivä yhteiskunta pitää hyväksyttävänä ja jopa suositeltavana toimintana, tulee yhteiskunnan muuttuessa myös hätävarjelu-oikeuden sisällön mukautua näihin muutoksiin. Kyse ei ole pelkästään arvostusten, vaan myös voimakeinojen käyttötarpeen muutoksista.²⁸⁶

Tuovinen on jaotellut hätävarjelumallit individuaaliseen ja yli-individuaaliseen. *Individuaalisessa* mallissa keskiössä on – kuten käsitteestäkin ilmenee – hyökkäyksen kohteeksi joutunut henkilö ja hänen *subjektiivisten oikeuksiensa* suojeleminen oikeudenvastaiselta hyökkäykseltä.²⁸⁷ *Yli-individuaalisessa* mallissa lähtökohtana ei ole yksilö, joka hetkellisesti palautuu luonnontilaan puolustamaan oikeuksiaan, vaan täysin valtioon palautuva käsitys oikeudesta ja vääryydestä sen negaationa. Yli-individuaaliselle mallille onkin ominaista hätävarjelu-oikeuden ulottuminen kaikenlaisten oikeudellisten intressien suojaamiseen eikä ainoastaan tärkeimpien yksilöllisten oikeushyvien suojaamiseen.²⁸⁸

Pakkotilassa oikeus on oikeutta vastassa, mutta hätävarjelussa oikeutta vastassa on vääryys, joka yli-individuaalisessa mallissa on ”olematon”. Hyökkääjällä ei tässä ajattelussa ole mitään oikeuksia, eivätkä hänelle puolustautumisessa käytettävästä väkivallasta aiheutuvat vammat ole haitallisia yhteiskunnan kannalta. Tämä johtaa siihen, että suojeltavan oikeushyvän ja käytettyjen voimakeinojen välillä ei ole tarpeen tehdä mitään intressipunnintaa. Yli-individuaalisessa hätävarjelussa voimaa saa käyttää niin paljon kuin on välttämätöntä. Toisaalta puolustautuminen on sidottu tiukkoihin ja ehdottomiin puolustautumisen vaatimuksesta johdettaviin aikarajoihin.²⁸⁹

Tuovinen on viitaten esitettyihin näkemyksiin hätävarjelu-oikeuden laajuuden sitomisesta yleisiin kriminaalipoliittisiin ja yleispreventiivisiin tavoitteisiin itse esittänyt – siis jo 15 vuotta ennen yleisten oppien uudistamisen voimaantuloa –, että hätävarjelussa käytettäviä keinoja voidaan rajoittaa vain suhteellisuusperiaatteella, joka on sinällään riippumaton kriminaalipoliittisista tavoitteista. Yleispreventiivisistä ja oikeusjärjestelmän puolustamiseen liittyvistä tavoitteista ei voida johtaa oikeutta loukata yksilön intressejä merkittävästi yli suhteellisuusperiaatteen asettamien rajojen.²⁹⁰

²⁸⁶ Tuovinen 1989, s. 439–440.

²⁸⁷ Tuovinen 1989, s. 443. *Oikeudenvastaisuuden* elementti erottaa ”valtion kansalaisen” hätävarjelu-oikeuden luonnontilassa elävästä yksilöstä. Tuovisen sanoin ”[v]altion kansalaisen hätävarjelu perustuu oikeuden voimassaoloon valtiossa, eikä henkilöä voida velvoittaa sietämään oikeuksiensa loukkausta, jota valtio ei kykene estämään”. Ks. myös Backman 2004b, s. 5–6.

²⁸⁸ Tuovinen 1989, s. 446–447. Ks. myös Backman 2004b, s. 6.

²⁸⁹ Tuovinen 1989, s. 449–450. Tähän liittyy myös hätävarjeluun tausta-ajatus, että ”oikeuden ei tarvitse väistyä vääryyden tieltä”.

²⁹⁰ Tuovinen 1989, s. 459–460.

Kansalliseen hätävarjelusääntelyymme onkin Tuovisen mukaan jo Serlachiuksesta ja Alasesta lähtien sisältynyt relatiivisuuden elementti. Yksilön suojautumistarpeiden ja yhteiskunnallisten rikollisen käyttäytymisen torjumiseen liittyvien tarpeiden lisäksi myös oikeudenvastaiseen hyökkäykseen voi sisältyä hätävarjelu-oikeutta rajoittavia tekijöitä. Lapsen, syyntakeettoman tai erehdyksen vallassa toimivan hyökkäyksellä ei uhmata oikeusjärjestystä samalla tavoin kuin syyntakeisen syyksiluettavalla hyökkäyksellä. Serlachiuksen ja Alasen näkemysten relatiivisuutta ei kuitenkaan tule korostaa liikaa. Heillä lähtökohta oli selkeästi edelleen yhteiskunnan intressien ja oikeusjärjestyksen suojaamisessa ja välttämättömyysarvioinnissa.²⁹¹ Tuovinen onkin todennut yli-individuaalisen ajattelun murtumisen olleen havaittavissa erityisesti Brynolf Honkasalon teksteissä. Yli-individuaalisista lähtökohdista huolimatta Honkasalo on shikaanikieltoon ja sinänsä epämääräiseen ”oikeustajuntaan” vedoten torjunut absoluuttisesta hätävarjelu-oikeudesta seuraavia äärimmäisyyksiä.²⁹²

Myös Backman on katsonut rikoslainopin ja oikeuskäytännön jo 1800-luvun loppupuolelta lähtien yhä enemmän kuvastaneen näkemystä individuaalisesta hätävarjelu-doktriinista. Erityisesti tätä on ilmentänyt hänen mukaansa välttämättömyyden rinnalle tullut vaatimus hätävarjelu suhteellisuudesta, mutta yleisemminkin ”[v]oimakeinojen käytön oikeutuksen määrää suojaamisen tarve” eli toisin sanoen ”[j]os hyökkäys voidaan torjua ilman aggressiivista puolustautumista, oikeutta siihen ei ole”.²⁹³

Viimeistään yleisten oppien uudistamisen yhteydessä tapahtui selvä siirtyminen pois individuaalisesta hätävarjelumallista²⁹⁴, mutta tästä huolimatta vielä aivan uusimmassakin rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa on katsottu, että oikeus hätävarjeluun toimii myös pelotteena ehkäisten rikoksia.²⁹⁵ Näyttäisi siltä, että oikeustieteen kannanotot ovat vuosikymmenien ajan – Serlachiuksesta ja Alasesta lähtien – noudattaneet enemmän tai vähemmän sellaista kriminaalipoliittispaionotteista lähestymistapaa hätävarjeluun ja laajemminkin rikosoikeuden yleisiin oppeihin, mitä Roxin on edustanut. Hänen ajattelussaan hätävarjeluun funktio ei tyhjene itsensä puolustamiseen, vaan sillä on myös yleisempiä preventiivisiä tavoitteita. Pyrkimyksenä on ”oikeuden voittaminen”, ja ”[l]ainsäätäjät tahtoo, että hyökkääjä joutuu ottamaan huomattavia riskejä”. Näitä preventiivisiä tavoitteita ei kuitenkaan voida liittää lasten (ns. omenavarasesimerkki) eikä mielisairaiden

²⁹¹ Tuovinen 1989, s. 454–457.

²⁹² Tuovinen 1989, s. 451–452.

²⁹³ Backman 2004b, s. 7.

²⁹⁴ Nuotio 2005b, s. 234.

²⁹⁵ Frände 2012, s. 141.

hyökkäykseen, mistä syystä juuri näihin tilanteisiin on voitu liittää suhteellisuusvaatimus.²⁹⁶

Vahvaa kytkentää romaanis-germaaniseen oikeusajatteluun ilmentää se, että hätävarjelussäännöstömme ei vieläkään ole täysin individuaalinen. Hätävarjelussa on yhtäältä sallittua käyttää keinoja, jotka eivät ”ilmeisesti ylitä” sitä, mikä on puolustettavaa, ja toisaalta oikeutemme ei näytä asettaneen myöskään sellaista vahvaa väistämisvelvollisuutta, mitä individuaalinen puhtaasti itsensä puolustamisesta lähtevä hätävarjelu-oikeus edellyttäisi. Yli-individuaaliseen lähestymistapaan viittaa myös oikeus suojata lähtökohtaisesti kaikkia oikeushyviä hätävarjelyn keinoin.

6.2 YLEISTEN OPPIEN UUDISTUKSEN VAIKUTUS HÄTÄVARJELUSÄÄNTELYYN

Vaikka rikosoikeuden yleisen osan säännökset vanhentuvat erityisen osan rikoslainsäädäntöä hitaammin, olivat yleiset vastuuvapaussäännökset jo selvästi vanhentuneita niiden tultua kumotuksi rikoslain yleisen osan uudistuksen tullessa voimaan 1.1.2004.²⁹⁷ Yleisen osan uudistuksen yhteydessä muokattiin myös hätävarjelussäännöstä. Säännöksen sisällölliset muutokset koskivat erityisesti voimakeinojen määrää, aikarajoja sekä suojeltavia oikeushyviä, minkä lisäksi tarkoituksena oli ajantasaistaa säännöksen sanamuoto.²⁹⁸ Voimassa olevan RL 4 luvun 4 §:n 1 momentin mukaan:

”Aloitettun tai välittömästi uhkaavan oikeudettoman hyökkäyksen torjumiseksi tarpeellinen puolustusteko on hätävarjeluna sallittu, jollei teko ilmeisesti ylitä sitä, mitä on pidettävä kokonaisuutena arvioiden puolustettavana, kun otetaan huomioon hyökkäyksen laatu ja voimakkuus, puolustautujan ja hyökkääjän henkilö sekä muut olosuhteet.”²⁹⁹

²⁹⁶ Roxin 1989, s. 335–336. Angloamerikkalaisesta kirjallisuudesta ks. Sangero 2006, s. 67–73 ja 97–106, joka näyttäisi olevan valmis ottamaan tällaiset yhteiskunnalliset vaikutukset huomioon myös suhteellisuuspunninnassa. Todettakoon, että ”*factor of socio-legal order*” on Sangeron teoksessa varsin keskeinen kriteeri itsensä puolustamisen (*private self defence*) doktriinin muodostamisessa.

²⁹⁷ HE 44/2002 vp, s. 7. Vastuuvapausperusteita koskeva yleisen osan uudistus saatettiin voimaan säädöksellä 515/2003.

²⁹⁸ HE 44/2002 vp, s. 17.

²⁹⁹ Rangaistavaa on siis vasta puolustettavuuden *ilmeinen ylittäminen*. Ks. tästä Matikkala 2000, s. 78. Näyttäisi siltä, että esimerkiksi Englannissa suhtaudutaan ankarammin tekoihin, jotka ylittävät puolustettavuuden rajat – vaikkakin vähäisessä määrin. Ks. tästä esim. Horder 2004, s. 57. On myös syytä huomata, että termi ”sallittu” viittaa nimenomaan kaiken vastuun poissulkeutumiseen eikä ainoastaan rikosvastuun poissulkeutumiseen. Ks. tästä OM 2002:7, s. 36.

Yleisiä oppeja uudistettaessa katsottiin kriminaalipoliittisten syiden, rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen ja kansalaisten yleisen oikeusturvan edellyttävän, että rikosoikeuden yleisiä oppeja kodifoidaan aiempaa laajemmin. Hallituksen esityksessä tämän kodifointitarpeen katsottiin kohdistuvan erityisesti yleiseen syyksilukemiseen, erehdyssäännöksiin, tahallisuuden ja tuottamuksen määritelmiiin sekä laiminlyöntivastuuseen.³⁰⁰

Hätävarjelussäännöksen osalta kehityssuunta oli toisenlainen. Suojeltavien oikeushyvien piiri jätettiin uudistuksessa täysin oikeustieteen ja oikeuskäytännön määritettäväksi. Lähtökohtaisesti mitään oikeushyvää ei suljettu hätävarjelulla suojattavien oikeushyvien ulkopuolelle.³⁰¹ Ennen uudistusta hätävarjelu oli RL 3 luvun 6 §:n nojalla sallittua ainoastaan yksilöä ja yksityisiä intressejä koskevien oikeushyvien ja intressien sekä julkisen omaisuuden suojelemiseksi. Omaisuutta lukuun ottamatta julkiset ja yhteisölliset intressit, kuten ympäristö ja valtiolliset rikokset, jäivät säännöksen soveltamisalan ulkopuolelle. Samoin yksittäisistä intresseistä kunnia jäi lähtökohtaisesti hätävarjelun ulkopuolelle.³⁰²

Vuoden 2004 alusta lähtien suojeltavien oikeushyvien joukkoon ovat kuuluneet yhteisöllisistä intresseistä esimerkiksi luonto, kulttuuriarvot sekä liikenne ja yksityisistä intresseistä yksityisyys, kunnia, tieto ja immateriaalioikeudet. Suojeltavien oikeushyvien piirin laajentamisen mahdollisti siirtyminen lainsäädännössä absoluuttisesti hätävarjelusta intressivertailua edellyttävään relatiiviseen sääntelyyn.³⁰³ On katsottu, että tarvittavat rajaukset voidaan tehdä hyökkäyksen käsitteen ja hätävarjelu-oikeuden relatiivisuudesta johdettavan puolustettavuusarviointin avulla.³⁰⁴ Puolustautumiskeinojen suhteellisuusvaatimus rajanneekin tosiasiallisesti joitakin oikeushyviä hätävarjelun ulkopuolelle. Esimerkiksi kunniaa voidaan tuskin koskaan puolustaa voimakeinoin.³⁰⁵ Toisaalta hyökkäyksen käsitettä on joissakin tilanteissa tulkittava varsin laveasti, jotta esimerkiksi omaisuuden ja valtion turvallisuuden puolustaminen saavat mielekästä sisältöä.³⁰⁶

³⁰⁰ HE 44/2002 vp, s. 8

³⁰¹ HE 44/2002 vp, s. 17–18. Matikkala on katsonut kyseessä olleen eräänlaista sääntelyn purkamista. Ks. tästä Matikkala 2003, s. 217.

³⁰² HE 44/2002 vp, s. 112 ja Nuutila 1997a, s. 285. Hätävarjelulla suojeltavien oikeushyvien piirin kehityksestä ks. Majanen 1979, s. 17–22.

³⁰³ HE 44/2002 vp, s. 114. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2008, s. 312, esimerkki ympäristön suojelemisesta hätävarjelun keinoin. Suhteellisuusvaatimuksen historiallisesta kehityksestä ks. Alanen 1925, s. 16–20. Ulkomaisen oikeuskirjallisuuden näkemyksistä julkisten, yhteisöllisten ja valtion intressien suojaamisesta itsepuolustus-oikeuden keinoin ks. Sangero 2006, s. 124–128.

³⁰⁴ HE 44/2002 vp, s. 18. Ks. Nuotio 2003, s. 266.

³⁰⁵ HE 44/2002 vp, s. 115. Ks. vanhemmasta kirjallisuudesta Nuutila 1997a, s. 284. Ulkomaisesta kirjallisuudesta ks. Sangero 2006, s. 124–125, joka pitää mahdollisena, että hyvin kevyt tönäisy voisi olla suhteellisuusperiaatteen mukainen, jossa sillä pyritään torjumaan vakavan kunnian loukkaus.

³⁰⁶ Ruuskanen 2005, s. 100. Ks. myös Nuotio 2003, s. 266.

Vaikka suojeltavien oikeushyvien piiriä ei lainsäädännössä ole enää mitenkään rajattu, on hätävarjelussa kuitenkin edelleen keskeisesti kysymys yksilön perusoikeuksien, lähinnä fyysisen turvallisuuden ja hyvinvoinnin, suojaamisesta oikeudettomia hyökkäyksiä vastaan.³⁰⁷ Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että uudistuksesta huolimatta ”hätävarjelun ydinalue lienee säilynyt ennallaan”.³⁰⁸ Hätävarjelu on edelleen sallittua kolmannen henkilön intressien suojaamiseksi,³⁰⁹ myös ilman tämän myötävaikutusta.³¹⁰ Tällä tavoin myöskään heikoimmassa asemassa olevien oikeusturva ei menetä merkitystään. Tätä oikeutta on tosin katsottu rajaavan uhrin oikeus kieltäytyä avusta niissä tilanteissa, joissa loukatun suostumuksella on merkitystä oikeuttamisperusteena.³¹¹ Edelleen on muistettava, että hätävarjelu on oikeus eikä velvollisuus. Kukaan yksityinen henkilö – ei edes rikosoikeudellisessa vastuuasemassa oleva – ei ole velvollinen hätävarjeluun.³¹²

Hätävarjelu säännöksen uudistus oli tarpeen, mutta siinä ei välttämättä onnistuttu aivan parhaalla mahdollisella tavalla. Esimerkiksi Nuotio on katsonut, että hätävarjelua ja pakkotilaa koskevat säännökset olisivat voineet olla muotoilultaan lähempänä yleiskieltä.³¹³ Nuotio on myös yleisemmin katsonut uudistetun hätävarjelu sääntelyn mahdollisesti aktivoivan yksityisiä henkilöitä puolustamaan erilaisia intressejä hätävarjeluun vedoten. Toisaalta se sisältää hänen mukaansa riskin, että ”vaikeiden konfliktien ratkaisun säännöt käyvät yhä tulkinnanvaraisemmiksi”. Lopputuloksena saattaa olla rikosten torjunnan painopisteen siirtyminen julkiselta vallalta enemmän yksityisille.³¹⁴ Matikkalan mukaan hätävarjelu säännös on laillisuusperiaatteen näkökulmasta varsin altis kritiikille. Erityisesti hän on kiinnittänyt huomiota yhtäältä siihen, että suojeltavien oikeushyvien piiri perustetaan hyökkäyksen käsitteen tulkintaan ja puolustettavuusarviointiin, ja toisaalta siihen, että myös laiminlyönnit voivat olla hyökkäyksiä. Lisäksi hän on kritisoinut säännöksessä käytettyjä ilmauksia ”ilmeisesti ylitä” ja ”on pidettävä”.³¹⁵ Myös Kerttula on väitöskirjassaan kritisoinut oikeushyvien piirin määrittämättä jättämistä. Vaikka perus- ja ihmisoikeusmyönteinen tulkinta sinänsä puoltaisi oikeushyvien piirin supistamista, tulkinta ei kuitenkaan saa muodostua sanamuodon vastaiseksi. Kuten Kerttula on todennut, ”[j]os ja kun

³⁰⁷ HE 44/2002 vp, s. 115.

³⁰⁸ Koskinen 2009, s. 167–168.

³⁰⁹ HE 44/2002 vp, s. 117. Ks. myös Koskinen 2009, s. 168.

³¹⁰ Tapani – Tolvanen 2008, s. 312.

³¹¹ Backman 2004b, s. 8.

³¹² Frände 2012, s. 141.

³¹³ Nuotio 2003, s. 248.

³¹⁴ Nuotio 2005b, s. 239.

³¹⁵ Matikkala 2003, s. 229–230 ja HE 44/2002 vp, s. 18. Ks. myös Majanen 2002, s. 463.

kansalaisille ei ole tarkoitus antaa yleistä rikosten estämisoikeutta, olisi syytä säätää sellaisia lakeja, joissa tätä estämisoikeutta ei myönnetä.”³¹⁶

Itse asiassa Nuotion, Matikkalan ja Kerttulan mainitsemiin epäkohtiin kiinnitettiin huomiota jo ennen uudistusten voimaantuloa. Majanen pohti vuonna 2002 julkaistussa artikkelissaan, kuinka perusteltua oli antaa tavallisille kansalaisille oikeus hätävarjelun keinoin suojella muita kuin yksityisiä intressejä. Yhteisöllisten intressien suojelu kytkeytyy hänen mukaansa kiinteästi julkisen vallan käyttöön, joka puolestaan on lähtökohtaisesti korostetun rikos- ja hallinto-oikeudellisen vastuun piirissä olevien virkamiesten tehtävä.³¹⁷ Majanen on uudistanut kritiikkinsä kirjoituksessaan vuonna 2006, jolloin hän on katsonut, että sekä hätävarjelu- että pakkotilasäännöksessä olisi tullut luetella suojeltavat oikeushyvät. Hätävarjeluäännöksessä suojeltavien oikeushyvien määrän olisi hänen mukaansa tullut olla pienempi kuin pakkotilassa.³¹⁸

2000-luvun alkuun voimassa olleen säännöksen mukaan hätävarjelussa oli sallittua käyttää voimakeinoja, jotka olivat välttämättömiä hyökkäyksen torjumiseksi. Välttämättömyydellä viitattiin sekä torjuntatoimissa käytettävän väkivallan määrään että puolustustoimien aikarajoihin. Tätä ns. absoluuttisen hätävarjeluoikeuden sallivaa säännöstä lievennettiin edellä kerrotuin tavoin tulkinnallisesti oikeuskirjallisuudessa sekä esimerkiksi myöhemmin selostettavassa korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1988:49 siten, että puolustautumiseen käytettävien voimakeinojen ja niillä aiheutetun vahingon – tai oikeammin vahingon vaaran – tuli olla järkevässä suhteessa suojeltuihin etuihin nähden. Tämän vaikiintuneen ja yksimielisen kannan saattaminen osaksi kirjoitettua lakia oli hätävarjeluäännöksen keskeisin muutos³¹⁹, sillä kuten Lappi-Seppälä aikanaan toteusi, ”[t]yydyttävään ratkaisuun päästään kuitenkin vain lainsäädännöllisin järjes-

³¹⁶ Kerttula 2010, s. 405–406.

³¹⁷ Majanen 2002, s. 459. Ks. myös OM 2002:7, s. 42–43 yleisten oppien uudistamisen yhteydessä esitetyistä oikeushyvien piirin määrittelemättä jättämistä koskeneista kriittisistä huomioista.

³¹⁸ Majanen 2006, s. 389. Ks. myös Nuotio 2005b, s. 235. Joissakin puheenvuoroissa uudistukset ovat myös saaneet kiitosta. Ruuskanen on todennut, että vuoden 2004 uudistukset esitöineen ovat muuttaneet oikeustieteen kannanotot vähemmän kategorisiksi ja olosuhteet paremmin huomioonottaviksi. Ks. tästä Ruuskanen 2005, s. 159.

³¹⁹ HE 44/2002 vp, s. 112 ja 114. Suhteellisuusvaatimuksesta aiemmin ks. esim. Alanen 1925, s. 116 ja 121, Honkasalo – Ellilä 1966, s. 47 sekä Anttila – Heinonen 1974, s. 76–77. Honkasalon ja Ellilän klassisen esimerkin mukaan omenia varastaneen lapsen ampuminen ei ole sallittua, vaikka se olisi välttämätöntä varkauden estämiseksi. Julkisoikeudellisen hätävarjelun (nykyään voimakeinojen käyttö) osalta lainsäätäjällä oli siirtynyt relatiiviseen hätävarjelun jo aiemmin. Ks. tästä Honkasalo – Ellilä 1966, s. 49 ja Anttila – Heinonen 1974, s. 78. Ks. myös Honkasalo 1965, s. 153–154 ja 156 sekä Majanen väitöskirjassaan esittämät lainuudistusnäkökohdat (Majanen 1979, s. 343–344). Ks. myös Nuotio 2003, s. 250, joka kirjoittaa oikeustieteen piirissä kehittyneestä hätävarjeluoikeuden *sosiaalieleettisestä rajoituksesta*. Ks. tästä myös Roxin 2006, s. 683–685. Ks. myös Wittemann 1997, s. 231–233, eurooppalainen vertailu hätävarjelun suhteellisuuden osalta.

telyin, sillä tosiasiaaksi jää, että välttämättömän, mutta suhteettoman puolustuksen rankaiseminen hätävarjelun liioitteluna on vastoin lain sanamuotoa”.³²⁰ Nykyään siis edellytetään, että puolustautumiseen käytetyt keinot todetaan useat myöhemmin yksilöivät seikat ja olosuhteet huomioon ottavassa kokonaisarvostelussa puolustettaviksi. Lakitekstinkin tasolla on siis siirrytty absoluuttisesta oikeudesta hätävarjeluun relatiiviseen hätävarjelu-oikeuteen.³²¹

Todettakoon vielä lyhyesti, että toisin kuin anteeksiantoperusteen ollessa kyseessä, henkilön puolustautuessa hätävarjelusäännöksen nojalla ei kohdehenkilöllä ole ”oikeutta vastustaa oikeuttamisperustein tehtyä tekoa”. Myöskään oikeudenmukainen pakkotilateko ei oikeuta hätävarjeluun.³²² Toisaalta hyökkäyksen provosointikaan ei vie oikeutta hätävarjeluun, ellei provosointi ole tapahtunut siinä tarkoituksessa, että puolustautumisteolla halutaan aiheuttaa oikeudenloukkaus. Honkasalon ja Ellilän mukaan oikeudenloukkaaminen on näissä tilanteissa alkanut jo silloin, kun provosoiminen on alkanut³²³, mutta Frände on ratkaissut kysymyksen toteamalla, että tällaisen provosoijan puolustautumisteko ”ilmeisesti ylittää” puolustettavuuden vaatimuksen, koska hän on itse aiheuttanut hyökkäyksen.³²⁴ Voitaneen arvioida, että laillisuusperiaatteen näkökulmasta Fränden näkemys on paremmin perusteltu.

Ennen siirtymistä vallitsevan oikeustilan esittelyyn on syytä viitata Backmanin tekemään hätävarjelukäsitteen jaotteluun:

- *Itsepuolustuksella* Backman on tarkoittanut ”omin toimin tapahtuvaa puolustautumista henkilöön kohdistuvia oikeudettomia hyökkäyksiä vastaan.” Hyökkäyksessä voi olla kyse esimerkiksi tahallisen henkirikoksen yrityksestä, raiskauksesta, ryöstöstä tai kotirauhan rikkomisesta.
- *Torjuvalla itseavulla* on tarkoitettu pyrkimystä estää esimerkiksi omaisuuden anastaminen tai vahingoittaminen.
- *Hätäavulla* on puolestaan viitattu mahdollisuuteen hätävarjelun keinoin torjua ”toiseen henkilön tai toisen omaisuuteen kohdistuvaa oikeudetonta hyökkäystä.”³²⁵

³²⁰ Lappi-Seppälä 1987, s. 424.

³²¹ HE 44/2002 vp, s. 17–18. Voitaneen esittää, että ihmisoikeudetkin edellyttävät sallitun hätävarjelun olevan myös suhteellisuusperiaatteen mukaista. Ks. esim. Ashworth 1975, s. 297.

³²² HE 44/2002 vp, s. 100. Ks. esim. Honkasalo – Ellilä 1966, s. 45, Nuutila 1996a, s. 184–185 ja Nuutila 1997a, s. 287. Ks. myös Majanen 1979, s. 51 ja 307. Majanen on katsonut mahdolliseksi puolustautua hätävarjelun keinoin myös sellaista puolustautujaa vastaan, jolta puuttuu suojelutarcoitus. Toisaalta hän on todennut, että hyökkääjän alkuperäinen motiivi tuskin muuttuu puolustautumiseksi sen johdosta, että hyökkäyksen kohde ryhtyy vastahyökkäykseen.

³²³ Honkasalo – Ellilä 1966, s. 45. Samoin Honkasalo 1965, s. 149 ja Majanen 1979, s. 309. Majanen on perustellut tulkintaa suojelutarkoituksen puuttumisella. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 287–288, Ruuskanen 2005, s. 101–102 ja Tapani – Tolvanen 2008, s. 314 sekä ulkomaisesta kirjallisuudesta Wittemann 1997, s. 20–21, Leverick 2006, s. 113–114 ja Ashworth 2009, s. 118.

³²⁴ Frände 2012, s. 150. Samoin Boucht – Frände 2008, s. 99.

³²⁵ Backman 2004b, s. 6.

Tässä tutkimuksessa kiinnostuksen kohteena ovat erityisesti itsepuolustus ja hätäapu.

6.3 HÄTÄVARJELUUN OIKEUTTAVA TEKÖ

Hyökkäyksen tulee olla rikostunnusmerkistön täyttävä ja oikeudenvastainen teko, mutta ei välttämättä rangaistava. Syyntakeettoman, alle 15-vuotiaan tai erehdyksen vallassa olevan hyökkääjän toimia vastaan saa siis puolustautua. Tällaiset hyökkääjän ominaisuudet otetaan kuitenkin huomioon arvioitaessa sallittuja puolustautumiskeinoja.³²⁶ Myös rikosoikeudellista immuniteettia nauttivan diplomaatin hyökkäystä vastaan voidaan puolustautua. Hänenkin tekonsa on oikeudenvastainen.³²⁷ Sitä vastoin teko, johon joku on velvollinen esimerkiksi virkakäskyn johdosta ryhtymään, ei ole oikeudenvastainen.³²⁸

Boucht ja Frände ovat katsoneet vaatimuksen hyökkäyksen tunnusmerkistön mukaisuudesta tarkoittavan sitä, että esimerkiksi aidonnäköisellä leikkipommilla varustautuneeseen hyökkääjään kohdistetut puolustusteot arvioidaan sen perusteella, toteuttaako hyökkäys jonkin tunnusmerkistön. Esimerkissä on heidän mukaansa kyse ainakin RL 31 luvun 3 §:n mukaisesta kiristysuhkauksesta.³²⁹ Toisaalta esimerkiksi lapsen jättäminen kuumaan autoon kesähelteellä voi puolestaan olla heitteillepano-rikoksena oikeudeton hyökkäys ja oikeuttaa siten hätävarjeluun.³³⁰ Huomattakoon, että ensin mainittuun esimerkkiin näyttäisi liittyvän kiinteästi myös ns. putatiivilanteita koskeva sääntely.

³²⁶ HE 44/2002 vp, s. 116. Ruuskanen 2005, s. 101–102. Ruuskanen on yleisesti todennut, että hyökkäyksen määrittelemisen oikeudettomaksi ei ole ollut ongelmallista. Ks. myös Honkasalo 1965, s. 147, Nuutila 1997a, s. 288, Tapani – Tolvanen 2008, s. 313 ja Frände 2012, s. 143. Pohjoismaisesta kirjallisuudesta ks. Elholm 2003, s. 20–21. Vrt. Jareborg 2001, s. 257 ja 264, jonka mukaan kuvatunkaltaisiin tilanteisiin olisi luontevampaa soveltaa pakkotilasäännöstä ja erityisesti siitä ilmenevää intressivertailumallia. Samoin Norée 2008, s. 112 on todennut, että hyökkääjän ollessa lapsi tai psyykkisesti häiriintynyt sovellettavaksi tulee pakkotilasäännös. Ks. myös Saksan oikeuden osalta Wittemann 1997, s. 13. Hyökkääjän subjektiiviselle syyllisyydelle *common law*-maissa annetusta merkityksestä ks. esim. Clarkson 2005, s. 91 ja Sangero 2006, s. 44–60. Sangero on itse katsonut, että ”syyttömän hyökkääjän” (*“innocent aggressor”*) tapaukset tulisi arvioida anteeksiannettavan pakkotilan (*“necessity”*) tai anteeksiannettavan itsensäpuolustamisen näkökulmasta. Ks. tästä Sangero 2006, s. 91.

³²⁷ Majanen 1979, s. 51 ja Koskinen 2008, s. 75.

³²⁸ Ks. Alanen 1925, s. 89–90.

³²⁹ Boucht – Frände 2008, s. 90.

³³⁰ Backman 2004a, s. 398.

Hyökkäyksen tulee olla inhimillistä toimintaa eikä esimerkiksi eläimen ”omin päin” ilman usuttamista tekemä hyökkäys oikeuta hätävarjeluun.³³¹ Hyökkäysteko voi olla myös tahaton. Jos henkilö toimii vahingossa, voi puolustautuja siitä huolimatta ymmärtää teon oikeutetusti hyökkäykseksi ja ryhtyä suojelemaan itseään tai muita intressejä.³³² Puolustautujan erehtymistä tässä suhteessa arvioidaan erehdyssäännösten valossa.³³³ Ollakseen hyökkäys kyse täytyy kuitenkin olla ”kontrolloidusta primääriteosta” eli epileptinen kohtaus ei ole hyökkäys, vaikka voikin tulla oikeutetusti torjutuksi esimerkiksi pakkotilan nojalla.³³⁴ Toisaalta hyökkäykseltä on edellytettävä sellaista intensiteettiä, että voidaan sanoa suojattavien oikeushyvien todella olevan uhattuna.³³⁵ Vaikka kunnia esimerkiksi lähtökohtaisesti kuuluu hätävarjelulla suojeltavien oikeushyvien joukkoon, sulkee ”hyökkäys” terminä hätävarjelusäännöksen ulkopuolelle kaikkein lievimmät, epämääräiset sanalliset loukkaukset.³³⁶

Mikäli todetaan, että kyseessä ei ole hätävarjelusäännöksessä tarkoitettu hyökkäys, saattaa pakkotilasäännös tai rangaistusasteikon alittamista koskeva säännös (RL 4 luvun 7 § ja 6 luvun 8 §) tulla kuitenkin sovellettavaksi.³³⁷ Pakkotilasäännöksen soveltamisesta voimankäyttötilanteisiin lisää myöhemmin.

Hyökkäyksen on oikeuskirjallisuudessa katsottu voivan olla aktiivisen teon lisäksi olla myös *toimintavelvollisen henkilön laiminlyönti*.³³⁸ Honkasalon ja Ellilän esimerkissä ”Lapin opas”, joka uhkaa jättää opastettavat erämaahan, voidaan hätävarjelu nojalla pakottaa täyttämään velvollisuutensa.³³⁹ Nuutila puolestaan on katsonut, että potilaan hoitamisesta kieltäytyvä lääkäri voidaan väkivalloinkin pakottaa täyttämään velvollisuutensa, jos lääkäri on vastuuasemassa potilaas-

³³¹ Honkasalo 1965, s. 147, Nuutila 1997a, s. 288, Matikkala 2000, s. 67 ja Frände 2012, s. 142. Tosin Norée 2000, s. 220 mukaan eläimen hyökkäyksen salliminen voi olla laiminlyöntinä tehty hyökkäys. Ks. myös Ylösjoki 1966, s. 305. Ylösjoki on todennut pakkotilan oikeuttavan poliisi-koiran päälle hyökkäävän koiran surmaamiseen, jos hyökkäävä koira ei ole huomattavasti arvokkaampi.

³³² HE 44/2002 vp, s. 116. Ks. myös Frände 2012, s. 143. Hyökkääjän on hänen mukaansa toimitava tahallisesti tai huolimattomasti. Ellei näin ole, ”puolustautuminen” tapahtuu pakkotilan nojalla. Samoin Ruuskanen 2005, s. 100–101.

³³³ HE 44/2002 vp, s. 116.

³³⁴ Lappi-Seppälä 2004a, s. 17 ja Frände 2012, s. 141–142.

³³⁵ Nuotio – Majanen 2003, s. 80.

³³⁶ HE 44/2002 vp, s. 115. Ks. myös Ruuskanen 2005, s. 100.

³³⁷ Matikkala 2000, s. 71.

³³⁸ HE 44/2002 vp, s. 10 ja 115. Ks. Majanen 1979, s. 43–44. Majanen on katsonut, että hätävarjelu on mahdollista epävarsinaisia, mutta ei varsinaisia laiminlyöntirikoksia vastaan. Tätä erottelua Majanen on perustellut sillä, että hätävarjelussa kyse on nimenomaan seurauksen estämisestä eikä sinänsä jonkun pakottamisesta toimimaan velvollisuutensa mukaisesti. Ks. myös Majanen 2002, s. 460 ja Tapani – Tolvanen 2008, s. 313 sekä Saksan oikeuden osalta Wittemann 1997, s. 13.

³³⁹ Honkasalo – Ellilä 1966, s. 44–45. Samoin Honkasalo 1965, s. 146–147.

ta.³⁴⁰ Toisaalta Sinisalo on katsonut, ettei henkilöä voida voimakeinoin pakottaa täyttämään velvollisuuttaan tuolloin voimassa olleen poliisilain 23 § 1 momentin mukaiseen avustamisvelvollisuuteen katastrofitilanteessa.³⁴¹ Sinisalon näkökulma oli ensisijaisesti poliisioikeudellinen, mutta myös joissakin rikosoikeudellisissa teksteissä on katsottu, että hätävarjelun nojalla henkilöä ei voida väkivalloin pakottaa täyttämään velvollisuuttaan, vaan ”[v]oimakeinojen käyttö sellaiseen tarkoitukseen on arvioitava pakkotilasäännöksen perusteella”.³⁴²

Yhteenvetona voidaan todeta, että ilmeisesti hätävarjelu tulee sovellettavaksi laiminlyönteihin vain, jos kyse on rikosoikeudellisesti merkityksellisessä vastuuasemassa olevan henkilön laiminlyönnistä. Tällainen asemahan on esimerkiksi ”Lapin oppaalla” ja lääkäriillä, mutta mitä ilmeisimmin ei avustamisvelvollisella sivullisella. Muihin tilanteisiin voidaan soveltaa pakkotilasäännöksiä. Myös vastuuasemassa olevien osalta voitaneen lisäkriteeriksi asettaa, että toimenpide, johon henkilöä voimakeinoin pyritään pakottamaan, on sellainen, että sitä ”hänen mahdollisuutensa ja tilanteen luonne huomioon ottaen kohtuudella voidaan häneltä edellyttää”. Tällainen rajoittava normatiivinen kriteeri sisältyy RL 21 luvun 15 §:ssä kriminalisoituun pelastustoimen laiminlyöntiin.

Kuten jo ennen yleisten oppien uudistustakin, hätävarjelu *laittomia virkatoimia vastaan* on sallittua vain, ”jos virkatoimi on selvästi virkamiehen pätevyyspiiriin kuulumaton tai jos toimessa on laiminlyöty oleelliset muotomääräykset.” Vähäiset muotovirheet eivät siis oikeuta hätävarjeluun. Tällainen hätävarjeluvoimakeinon rajaaminen sekä tukee viranomaistoimintaa että ehkäisee voimankäyttötilanteiden syntymistä.³⁴³ Tilanteen kokonaisarvioinnissa merkitystä on toki myös sillä, onko kohdehenkilö ylipäättään tunnistanut toista toimijaa poliisimieheksi.³⁴⁴

Aiheesta ei näyttäisi olevan oikeuskirjallisuudessaan erimielisyyttä. Alanen katsoi väitöskirjassaan vuodelta 1925 hätävarjelun olevan sallittua sellaisia virkatoimia vastaan, joihin on ryhdytty ilman asianmukaista pätevyyttä tai joissa on laiminlyöty oleelliset muotomääräykset. Pätevyyden puuttumisella hän näyttää

³⁴⁰ Nuutila 1997a, s. 285. Ks. myös Boucht – Frände 2008, s. 90.

³⁴¹ Sinisalo 1973, s. 117.

³⁴² Frände 2012, s. 142. Ks. myös Majanen 2006, s. 389. Myös Majanen on katsonut, että monissa laiminlyöntitilanteissa olisi luontevampaa soveltaa pakkotilasäännöksiä.

³⁴³ HE 44/2002 vp, s. 117. Ks. myös HE 6/1997 vp, s. 62, jossa hätävarjeluvoimakeinon rajattiin *selvästi lainvastaisiin virkatoimiin*. Aiemmasta oikeustilasta ks. Majanen 1979, s. 52–56. Ks. myös Alanen 1925, s. 13–14, josta ilmenee, että jo keskiajan italialaisessa kaupunkioikeudessa katsottiin, että henkilöllä ei ole hätävarjeluvoimakeinon mm. viranomaisen käyttämää oikeudenmukaista väkivaltaa vastaan. Ks. myös Sangero 2006, s. 132–136. Sangeron mukaan myös *common law* -maissa on vahvistumassa tulkinta, jonka mukaan oikeus puolustautua laittomia virkatoimia vastaan on rajoitetumpi kuin ns. normaalitilanteissa.

³⁴⁴ Ks. Ylösjoki 1966, s. 281–282.

viittaavan lähinnä toimivallan puuttumiseen.³⁴⁵ Honkasalo puolestaan katsoi rikosoikeuden yleisten oppien perusteoksessaan, että hätävarjelu oli oikeutettua vain sellaista virkatointia vastaan, joka ”on selvästi virkamiehen pätevyyspiiriin kuulumaton tai jossa on laiminlyöty oleelliset muotomääräykset”.³⁴⁶ Muotoilu vastaa yleisten oppien uudistuksen esitöissä omaksuttua. Anttilan ja Heinosen mukaan hätävarjelu oli sallittua virkatointia vastaan esimerkiksi, jos oli ”aivan ilmeistä, ettei toiminta lainkaan kuulu hyökkääjän virkatehtäviin”.³⁴⁷

Majasen mukaan laitonta virkatointia vastaan voidaan puolustautua hätävarjelyn keinoin, jos virkatoimi oli tehty ”vilpillisessä mielessä ilman laillista syytä” taikka ”vilpittömässä mielessä ilman laillista syytä ja laillisia muotoja noudattamatta”. Majanen suhtautuu varauksella hätävarjeluoikeuteen niissä tapauksissa, joissa virkatoimi on tehty ”vilpittömässä mielessä ja laillisia muotoja noudattaen, mutta ilman laillista syytä”.³⁴⁸ Lakasen mukaan puolestaan ”selvä toimivallan ylitys” eli tilanteet, joissa toimivallan ylittäminen on lähes rinnastettavissa sen puuttumiseen, oikeuttaa hätävarjeluun.³⁴⁹

Backman on Alaseen ja Majaseen viitaten maininnut esimerkkinä toimivallan puuttumisesta (pätevyyspiiriin kuulumaton virkatoimi) tilanteen, jossa ”poliisiorganisaatioon kuulumaton henkilö ryhtyy käyttämään poliisille kuuluvia tutkinta- ja pakkokeinovaltuuksia”. Oleellisten muotomääräysten rikkomisesta olisi sitä vastoin kyse tilanteessa, ”jossa poliisi ryhtyisi ottamaan epäillyltä virtsanäytettä ulkosalla tai poliisilaitoksen yleisöaulassa.” Näiden lisäksi Backman sallii hätävarjelyn myös tilanteissa, joissa viranomaisen voimankäyttö on selvästi lainvastaista. Esimerkkinä tästä hän on maininnut voimakeinojen käytön tilanteessa, jossa henkilö suostuu toimenpiteeseen vapaaehtoisesti (esimerkiksi virtsanäytteen ottaminen), tai poliisin pampun käytön mielivaltaisesta valittuja henkilöitä vastaan.³⁵⁰ Näkisin, että molemmat viimeksi mainitut tilanteet ovat luettavissa myös joko primäärin tai sekundäärin toimivallan puuttumisen alaan. Yhteenvetona Backman on muodostanut kantansa seuraavasti: ”Hätävarjeluoikeus on olemassa, jos viranomaisen virkatoimi on niin selvästi laiton, että laittomuus on todettavissa ilman säännösten kaikki näkökohdat huomioon ottavaa tulkintaa tai tosiseikkojen jälkikäteistä huolellista harkintaa.”³⁵¹

³⁴⁵ Alanen 1925, s. 87 (ks. myös av. 2).

³⁴⁶ Honkasalo 1965, s. 148.

³⁴⁷ Anttila – Heinonen 1974, s. 76.

³⁴⁸ Majanen 1979, s. 55–56. Ks. myös Lakanen 1999, s. 79–83.

³⁴⁹ Lakanen 1999, s. 72–73. Ks. myös Lakanen 1999, s. 76, jossa kirjoittaja on todennut, että ”[a]linoastaan tapauksissa, joissa ’normaalin käsityskyvyn omaavan keskivertokansalaisen’ mielestä kyseessä on (erittäin) selvä ja olennainen tai (erittäin) ilmeinen toimivallan ylitys, tulisi virkatointia ryhtyä vastustamaan”.

³⁵⁰ Backman 2001, s. 116–117.

³⁵¹ Backman 2001, s. 117.

Boucht ja Frände ovat puolestaan lain esitöitä ja Honkasaloa mukaillen edellyttäneet, että ”toimenpide on selvästi virkamiehen toimivaltaan kuulumaton tai siinä jätetään olennaisella tavalla noudattamatta muotomääräyksiä.”³⁵² Frände näyttäisi myöhemmin asettaneen hätävarjeluoikeuden kynnyksen vielä korkeammalle todetessaan hätävarjeluoikeuden olevan”, jos ”toimenpide ei kuulu lainkaan virkamiehen toimivaltaan”.³⁵³ Viljasen mukaan uudemmassa oikeuskirjallisuudessa esitetyille näkemyksille on yhteistä, että eroa aineellisten ja muodollisten edellytysten välillä ei ole erityisesti tuotu esille, vaan ratkaisevaa on, 1) onko virkatoimi ollut selvästi laiton tai, 2) kuuluuko toimi lainkaan ko. virkamiehen toimivaltaan.³⁵⁴

Kansalaisten oikeutta hätävarjella itseään virkatointa vastaan on linjattu korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2000:90. Kyse on lähinnä toimivallan puuttumisesta eikä muotomääräysten noudattamatta jättämisestä.

KKO 2000:90 (Haitanteko virkamiehelle, hätävarjelu, pakkokeino, etsintä): Poliisimies oli otattanut huumausainerikoksesta epäillyltä A:lta virtsanäytteen virtsaputken kautta katetroimalla. A oli potkimalla vastustanut toimenpidettä. Vaikka poliisimiehellä ei ollut ilman pidättämiseen oikeutetun virkamiehen määräystä oikeutta päättää toimenpiteestä, toimenpide ei kuitenkaan ollut niin selvästi poliisimiehen toimivaltaan kuulumaton virkatoimi, että A:lla sen vuoksi olisi ollut oikeus vastustaa sitä. A tuomittiin haitanteosta virkamiehelle.

Keskeistä päätösperusteluissa on, että kyseessä ei ollut laissa tarkoitettu kiiretilanne, jossa poliisimies voi pidättämiseen oikeutetun virkamiehen sijasta päättää henkilökatsastuksen toimittamisesta. Lisäksi korkein oikeus on PKL 5 luvun 11 §:n 2 momenttiin viitaten arvioinut, onko henkilönkatsastuksen yhteydessä tehtävästä tutkimuksesta aiheutunut tutkittavalle sanottavaa haittaa. Asiantuntijalausuntojen perusteella voidaan todeta, että kohdehenkilön vastustaessa toimenpidettä väkisin suoritettuun katetrointiin liittyvät terveydellisen haitan riskit ovat selvästi suuremmat kuin verinäytettä otettaessa. Johtopäätöksenä korkein oikeus katsoi, että ”[a]siassa esitetty selvitys ei osoita, että virtsanäytteen ottaminen katetroimalla henkilöltä, joka sallii kyseisen toimenpiteen, vaarantaisi hänen terveyttään siten, että siitä voitaisiin katsoa aiheutuvan hänelle sanottavaa haittaa”. Virtsanäytteen ottaminen katetroimalla ei myöskään ollut epäinhimillistä eikä halventavaa. Edellä kerrotusta voitaneen päätellä, että pakkokeinon haitallisuus arvioidaan siitä lähtökohdasta, että kohdehenkilö ei laittomasti vastusta

³⁵² Boucht – Frände 2008, s. 91. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 287. Oikeudesta puolustautua vartijan tai järjestyksenvalvojan laillisuudeltaan tulkinnanvaraisia toimia vastaan ks. Boucht – Frände 2008, s. 92–93 ja Kerttula 2010, s. 409–413.

³⁵³ Frände 2012, s. 143–144.

³⁵⁴ Viljanen 2010a, s. 63–64.

toimenpidettä. Mikäli hän kuitenkin vastustelee toimenpidettä – olipa kyse sitten virtsanäytteen ottamisesta tai kiinniottamisesta –, vastustamisesta aiheutuvat vammat eivät tee toimenpidettä lain vastaiseksi.³⁵⁵

Tapauksessa ainoastaan se seikka, että poliisimies oli ilman pidättämiseen oikeutetun virkamiehen määräystä otattanut virtsanäytteen, ei tehnyt toimenpiteestä niin selvästi poliisimiehen toimivaltaan kuulumatonta virkatointia, että A:lla sen vuoksi olisi ollut oikeus vastustaa sitä.³⁵⁶ Pakkokeinolakiin kirjatun suhteellisuusperiaatteen ja myös välttämättömyysperiaatteen näkökannalta voidaan toki Backmanin tavoin pohtia, oliko voimakeinojen käyttö ylipäättään tarpeen ko. tapauksessa vai olisiko virtsanäyte voitu saada yksinkertaisesti odottamalla.³⁵⁷

Uudemmassa poliisioikeudellisessa kirjallisuudessa on katsottu, että EIT:n suuren jaoston Jalloh-ratkaisun johdosta pakkokatetrointi näytön saamiseksi ei enää tule kysymykseen.³⁵⁸ Ko. tapauksessa oksetusaineen käyttäminen nieltyjen todisteiden esille saamiseksi katsottiin epäinhimilliseksi ja halventavaksi kohteluksi. EIT:n ratkaisu perustui lukuisten seikkojen punnintaan³⁵⁹, ja vaikka mainittu ratkaisu on syytä ottaa huomioon arvioitaessa vastaavan tyyppisiä toimenpiteitä Suomessa, on rinnastusten tekemisessä syytä olla varovainen, kun otetaan huomioon EIT:n yleisesti käyttämä distinktiotekniikka sekä evolutiivis-dynaaminen tulkinta-asetenne.

Aiemmasta oikeuskäytännöstä voidaan mainita ratkaisu KKO 1969-II-98:

KKO 1969-II-98 (Hätävarjelu): Vanginvartijan, joka saadakseen koppinsa siivoamisesta kieltäytyneen vangin ryhtymään siivoustyöhön oli tarttunut tätä makuulavitsallaan istunutta vankia rintapielistä kiinni, ei katsottu ilmeisesti ylittäneen toimivaltaansa vanginvartijana, minkä vuoksi hätävarjelu tuota virkatointia vastaan ei ollut sallittu. Ään.

³⁵⁵ Näin myös EIT:n ratkaisukäytännössä. Ks. esim. tapaukset Mogilat ja Berlinski, joista viimeksi mainitun kohdassa 64 nimenomaisesti todettiin, että "[t]he seriousness of the impugned injuries, as such, does not overshadow the fact that the recourse to physical force in this case was made necessary by the applicants' own conduct."

³⁵⁶ Ks. tapauksesta myös Viljanen 2006, s. 643. Ks. myös Kouvolan hovioikeus 19.5.2009 nro 535 sekä Kouvolan hovioikeus 24.6.2010 nro 646. Viimeksi mainitussa poliisin toimivalta ei hovioikeuden tulkinnan mukaan esitetystä poiketen perustunut mielenterveyslakiin, vaan PoL 11 § ja 15 §:iin. Tästä huolimatta kyseinen toimenpide ei ollut niin selvästi poliisin toimivaltaan kuulumaton, että sitä olisi ollut oikeus vastustaa.

³⁵⁷ Backman 2001, s. 116.

³⁵⁸ Helminen et al. 2012a, s. 71. Samoin jo Fredman 2011, s. 491.

³⁵⁹ Ks. ratkaisun kohta 76: "the following factors being of particular importance: the extent to which forcible medical intervention was necessary to obtain the evidence, the health risks for the suspect, the manner in which the procedure was carried out and the physical pain and mental suffering it caused, the degree of medical supervision available and the effects on the suspect's health".

Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että ilmauksella ”ei katsottu ilmeisesti ylittäneen toimivaltaansa” viitattiin samantyyppiseen ratkaisukriteeriin, mikä on vahvistettu myöhemmin muun muassa ratkaisussa KKO 2000:90.³⁶⁰

Virkatointa vastustaneella henkilöllä katsottiin olleen puolustautumisoikeus Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisussa 2367/82 vuodelta 1983:

”Syytetyllä ei ollut velvollisuutta veropetosjutun jatkotutkimuksia varten ja samalla näytöksi itseään vastaan luovuttaa eräitä tositteita tai osoittaa niiden kätköpaikkaa eikä poliisimiehillä ollut oikeutta velvoittaa syytettyä lähtemään heidän mukaansa kätköpaikan osoittamista varten. Poliisimiesten koetettua kuitenkin voimakeinoin saada syytetyn mukaansa syytetty on tehnyt poliisimiehille väkivaltaa käyttäen vastarintaa.

Syytetyn katsottiin tehneen tuon teon suojellakseen itseään oikeudettomalta virkatoimelta, minkä torjumiseksi hänen sanottu puolustautumisensa on ollut välttämätöntä.”

Ilmeisesti nykytulkinnankin mukaan kuvattu toimi voitaisiin katsoa selvästi selvästi laittomaksi.

Ruotsista on syytä mainita Westerlundin selostama tapaus, jossa EU-huippukokouksen yhteydessä vuonna 2001 tapahtuneiden mellakoiden jälkiselvittelyssä vastaaja – ilmeisesti mellakoitsija – kertoi heittäneensä kivillä poliiseja, koska nämä olivat käyttäneet valtaansa väärin heittämällä kiviä. Kärjäoikeus katsoi, että poliisimiehet olivat tapahtumahetkellä laajamittaisen kivien heittelyn kohteena, mihin he itse reagoivat heittämällä kiviä ja saivatkin väkijoukon tällä tavoin perääntymään. Heittäessään kiviä poliisimiehet toimivat siis hätävarjelussa, johon ei ollut oikeutta vastata heittämällä kiviä.³⁶¹

Yhteenvetona voidaan todeta, että kynnyks puolustautua laittomia virkatoimia vastaan on nostettu varsin korkealle. Lisäksi puolustautujalle jää mahdollisuus vedota kieltoerehdykseen, jos hän tulkitsee väärin voimassa olevaa oikeutta ja arvioi puolustautumisoikeutensa laajemmaksi kuin se onkaan.³⁶²

6.4 HÄTÄVARJELUN AIKARAJOISTA

Hätävarjelu on sallittua aloitetun tai välittömästi uhkaavan hyökkäyksen torjumiseksi. Vuoden 2004 alussa voimaan tullut päivitetty sanamuoto ei tuonut tältä osin muutosta aiempaan oikeustilaan. Hallituksen esityksen sanoin ”[h]yökkäys on aloitettu tai välittömästi uhkaava, jos käsillä on välitön vaara suojattaville

³⁶⁰ Viljanen 2010a, s. 64 av. 16.

³⁶¹ Westerlund 2003, s. 23.

³⁶² Ks. Frände 2012, s. 143–144.

oikeushyville”. Uhkaus ei ole välittömästi uhkaava hyökkäys, ”ellei olosuhteiden perusteella ole pääteltävissä, että uhkausta ollaan tuota pikaa panemassa toimeen”.³⁶³

Vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa on todettu, että hyökkäyksen voidaan katsoa alkaneen, kun ”tunnusmerkistön mukainen toiminta on alkanut” taikka ”kun se on synnyttänyt elävässä elämässä huomioon otettavan vaaran suojeluobjektina olevalle oikeushyvälle”.³⁶⁴ Majasen mukaan hyökkäys voidaan katsoa aloitetuksi silloin, kun oikeushyvää uhkaava teko on edennyt (rangaistavan) yrityksen asteelle.³⁶⁵ Boucht ja Frände ovat puolestaan edellyttäneet, että objektiivisesti arvioitu hyökkäyksen uhan todennäköisyys on hyvin suuri ja ajallisesti lähellä. Tämä on heidän mukaansa tilanne, jos rikoksen yritys on aloitettu ja käsillä on konkreettinen vaara rikoksen täyttymisestä.³⁶⁶ Jos taas yritys on jo päättynyt, mutta seuraus ei ole ilmennyt, voidaan edelleen katsoa kyseessä olevan aloitettu hyökkäys, jonka torjuminen ei tosin ole välttämätöntä hätävarjeluun keinoin.³⁶⁷

Parisuhdeväkivaltaa tutkineen Ruuskanen mukaan ollakseen välitön hyökkäyksen uhalta edellytetään, että käsillä on *objektiivisin kriteerein* arvioituna ”uhkauksen toteuttaminen välittömästi sen esittämisen jälkeen tai muuten välittömästi konkretisoituva vaara.”³⁶⁸ Uhan konkreettisuutta voidaan arvioida eri kriteereillä, joista Ruuskanen on maininnut aseella uhkaamisen, vakavat sanalliset uhkaukset, hyökkääjän aiemman väkivaltaisuuden ja vaarallisuuden. Lisäksi Ruuskanen on maininnut joitakin parisuhdeväkivallalle tyypillisiä, vaikeammin ulkopuolisen havaittavia kriteerejä, kuten omaisuuden rikkominen, uhkaavat katseet, hampaiden kiristely tai muu poikkeuksellinen ”aggressiivisuuden tilaa osoittava käyttäytyminen”. Vaikka verbaalisten uhkausten, eleiden tai esineiden rikkomisen merkitys väkivallan uhan objektiivisena ”varoituserkinä” voi olla vaikeasti näytettävissä, jää tapauskohtaiselle harkinnalle joka tapauksessa suuri merkitys.³⁶⁹

³⁶³ HE 44/2002 vp, s. 116.

³⁶⁴ Honkasalo – Ellilä 1966, s. 46. Samoin Honkasalo 1965, s. 149. Ylipäättään voidaan todeta, että Honkasalon ja Ellilän määritelmä hyökkäyksen sisällöstä vastaa varsin pitkälti nykymääritelmää. Ks. myös Honkasalo – Ellilä 1966, s. 44–46.

³⁶⁵ Majanen 1979, s. 49 ja Majanen 2006, s. 389–390.

³⁶⁶ Boucht – Frände 2008, s. 93.

³⁶⁷ Majanen 1979, s. 49. Ks. myös Ruuskanen 2005, s. 124.

³⁶⁸ Ruuskanen 2005, s. 155. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 285. Parisuhdeväkivalta-termiin sisältyy ikään kuin taustaoletuksena ajatus siitä, että lähisuhdeväkivalta tapahtuu tyypillisesti kodin suojassa ja uhri on yleensä nainen ja tekijä mies. Ks. tästä olettamasta Pirjatanniemi 2011, s. 159.

³⁶⁹ Ruuskanen 2005, s. 125, 128 ja 156. Hätävarjeluun oikeuttavan uhan alarajasta ks. Hahto 2004, s. 442–444.

Käytännössä hyökkäyksenä on pidetty esimerkiksi käsivarren kohottamisesta lyöntiin.³⁷⁰ Tästä huolimatta ratkaisussa KKO 1992:74 ei katsottu kyseessä olleen hätävarjelutilanne:

KKO 1992:74 (Rangaistusasteikon alittaminen, tappo): B, joka entuudestaan pelkäsi A:ta, oli nähnyt tämän tulevan asuntoon, jossa muun muassa B oli, ja laittanut povi-taskuunsa veitsen. A oli käynyt B:n kimppuun ja lyönyt B:tä kasvoihin. B oli tahallaan surmannut A:n lyömällä tätä povi-taskusta ottamallaan veitsellä alavatsaan. Ään.

B oli tosin toiminut täydessä ymmärryksessä, mutta hänen mielentilansa oli ollut lähellä täyttä ymmärrystä vailla olevan rajaa. Ään.

Huomioon ottaen tekoon johtaneet olosuhteet, A:n väkivaltainen käyttäytyminen ja B:n alentunut kyky arvioida tekoaan B tuomittiin rikoslain 3 luvun 5 §:n 2 momentin nojalla laissa säädettyä vähimmäisaikaa lyhyempään rangaistukseen. Ään.

Korkeimman oikeuden päätöspäätöseluissa viitatuista hovioikeuden päätöseluista ilmenee, että A:n asunnossa tapahtuneen hyökkäyksen jälkeen B oli yrittänyt poistua asunnosta, mutta B:n vaimon saaman epilepsiahoituksen johdosta A oli tavoittanut B:n asunnon ulko-ovella. A:n lyötyä B:tä nyrkillä kaksi kertaa kasvoihin B oli lyönyt A:ta veitsellä. Korkein oikeus totesi, että A:n väkivaltainen käyttäytyminen, johon B:n ei näytetty osaltaan antaneen aihetta, myötävaikuttanut oleellisesti tekoon. Olosuhteiden ei kuitenkaan katsottu olleen sellaiset, että B:n olisi katsottu olleen hätävarjelutilanteessa.³⁷¹

Hätävarjelusta ei ollut kyse myöskään korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2004:16:

KKO 2004:16 (Tappo, hätävarjelu, myötävaikuttava tuottamus): A:n ammuttua B:tä tämä oli hakeutunut hoitoon vasta seuraavana päivänä. B oli menehtynyt vammoihin. Asiassa esitetty selvitys huomioon ottaen oli ilmeistä, ettei B ollut ymmärtänyt tilansa vakavuutta. B:n menettelyllä ei katsottu olevan merkitystä arvioitaessa A:n vastuuta B:n kuolemasta. Kysymys myös hätävarjelusta.

Päätöspäätöseluissa todetaan hyökkäyksen uhasta (aiemman väkivaltaisuuden lisäksi), että:

³⁷⁰ Frände 2012, s. 141 ja Boucht – Frände 2008, s. 90. Vrt. ruotsalaisesta kirjallisuudesta Norée 2004, s. 27, joka on todennut, että ”[d]et står dock klart att ett överhängande angrepp kan föreligga redan innan handen höjs för ett slag eller angriparen tar fram ett tillhygge och hotfullt närmar sig någon”.

³⁷¹ Ks. Tapani – Tolvanen 2008, s. 317. Kirjoittajat ovat todenneet, että hätävarjelun ”[a]jallista alkupistettä on tulkittu oikeuskäytännössä suhteellisen tiukasti”. Ks. myös Matikkala 2000, s. 60–63 ja Ruuskanen 2005, s. 115. Hahto on katsonut, että reagoiminen ei ollut moitittavaa ”vaan se, että toimintatapa oli liian voimakas ja aiheutti kuoleman”. Ks. tästä Hahto 2004, s. 417. Korkeimman oikeuden ratkaisu, joka kieltää hätävarjelutilanteen läsnäolon, viittaisi siihen, että mikään tunnusmerkistön mukainen reagointi ei olisi ollut sallittua.

”B:n lähdettyä sohvalta kohti A:ta A oli ottanut aseensa esiin ja ampunut B:tä vatsaan. Kuten käräjäoikeus on todennut, B:n aiheet ovat jääneet epäselviksi. Mikään ei myöskään viittaa siihen, että tilanne olisi ollut sellainen, ettei A olisi voinut uhan torjuakseen poistua asunnosta. Luodin kulusta oikeuslääkäri on voinut päätellä ampumasuunnan olleen 45–30 asteen kulmassa alaviistoon oikealle. Ottaen huomioon, että A oli yli 10 senttiä B:tä lyhyempi, ampumakulma viittaa siihen, ettei B ole seissyt laukauksen osuessa häneen. Myös A on kertonut, että B:n kädet olivat roikkuneet sivuilla ja ettei B:llä ollut ollut mitään esinettä kädessään.”

Korkein oikeus ei katsonut kyseessä olleen hätävarjelutilanne. Ns. putatiivieredyksen osalta se totesi ratkaisussaan, että ”[o]losuhteista ei voida näin ollen myöskään päätellä, että A olisi perustellusti käsittänyt B:n aloittaneen sellaisen hyökkäyksen tai uhkaavan sellaisella hyökkäyksellä, että ampumaseen käyttö olisi ollut suojelutarkoituksessa välttämätön.” Muotoilu ei tältä osin ole mielestäni erityisen onnistunut. Lähtökohtaisesti olisi parempi muotoilla putatiivitalanteen läsnäoloon liittyvät arviot, muotoon ”A ei voinut perustellusti käsittää B aloittaneen hyökkäyksen tai uhkaavan sellaisella hyökkäyksellä”. Korkeimman oikeuden käyttämä ilmaisu jättää ikään kuin auki mahdollisuuden, että B:n käytös olisi oikeuttanut A:n pitämään sitä esimerkiksi nyrkein torjuttavana hyökkäyksenä.³⁷² Tällöin kyse olisi saattanut olla hätävarjelun liioitteluna arvioitavasta ns. putatiiviliioittelusta. Merkillä pantavaa on myös, että korkein oikeus on katsonut tilanteen olleen sellainen, että A olisi voinut (mieltämänsä) uhan torjuakseen poistua asunnosta.³⁷³

Hätävarjelun on katsottu olevan poikkeustapauksissa mahdollista, vaikka teko ei ole edennyt yrityksen asteelle (teko ei ole oikeudeton). Aikaista puuttumista puoltaa erityisesti mahdollisuus torjua hyökkäys lievemmillä keinoilla. Tällaista tulkintaa voidaankin pitää poliisioikeudellisten tehokkuus- ja tarkoituksenmukaisuusvaatimusten vastineena hätävarjelussa. Fränden esimerkin mukaan myöhemmin uhkaavalta pahoinpitelyltä voidaan puolustautua sulkemalla tekijä WC:hen. Tällainen tulkinta tarkoittaa Frändenkin mukaan oikeudettomuuden vaatimuksesta luopumista (yritysoopin mukainen konkreettinen vaara rikoksen täyttymisestä ei ole käsillä). Toisaalta ”*välittömästi uhkaava*” edellyttää, että ”käsillä on objektiivisesti ottaen hyvin suuri todennäköisyys siitä, että hyökkäys aloitetaan”.³⁷⁴

Tapani ja Tolvanen ovatkin katsooneet, että Fränden esimerkissään kuvaama menettely ei ole hätävarjeluna sallittua, vaikka se voi tuki tulla hätävarjelun liioitteluna anteeksiannettavaksi aikarajojen näkökulmasta.³⁷⁵ Fränden tulkinta

³⁷² Ks. Ruuskanen 2005, s. 330–331 ja Matikkala 2005, s. 254.

³⁷³ Ks. Tapani – Tolvanen 2008, s. 319 av. 628.

³⁷⁴ Frände 2012, s. 144–145.

³⁷⁵ Tapani – Tolvanen 2008, s. 317 ja 347. Samansuuntaisesti myös Boucht 2011a, s. 302–304.

kieltämättä johtaisi tunnusmerkistön mukaisuuden vaatimuksesta luopumiseen, mutta aikarajan laajentaminen Fränden esittämällä tavalla olisi väkivallan minimoinnin tavoitteen kannalta kannatettavaa. Torjuttava hyökkäys on toki ajallisesti etäinen, mutta puolustautumiskeinokin on väkivallaton. *De lege lata* johtopäätökseni kuitenkin on, että jos *välittömyyttä* ei ole käsillä, on myös hyökkäyksen ja siitä aiheutuvan vaaran tai vahingon todennäköisyys varsin pieni. Tästä voidaan edelleen johtaa ajatus, että jos hyökkäyksen uhka ei ole välitön, se voitaneen lähtökohtaisesti väistää tai torjua hankkimalla esimerkiksi ulkopuolista apua.³⁷⁶ Kyseessä on siis eräänlainen presumoitu ei-välttämättömyys. Pidättyvää suhtautumista Fränden esimerkissään kuvaamaan toimintatapaan puoltaa myös se, että väkivallattomuudestaan huolimatta menettely kajoaa keskeiseen perusoikeuteen – vapauteen.

Parisuhdeväkivaltaan viittaavan ns. *battered woman syndromen* kontekstissa voidaan pohtia, voiko puolustautuminen voimakeinoin olla välttämätöntä, vaikka käsillä ei olekaan hyökkäyksen välitöntä uhkaa.³⁷⁷ Ainakin teoriassa olisi mahdollista, että sääntöluonteisten välittömyyden ja välttämättömyyden vaatimusten sijasta tilanteisiin sovellettaisiin puolustettavuuspuunnintaa. Ulkomaisessa kirjallisuudessa Leverick onkin yhtenä vaihtoehtona ns. *battered women syndromen* ratkaisuksi esittänyt välittömyys- ja välttämättömyysvaatimuksista luopumista ja tyytymistä arvioimaan tapahtumaa suhteellisuuden näkökulmasta (*proportionality*). Hän on tosin itsekin katsonut tämän lähestymistavan mahdottomaksi oikeuden elämään näkökulmasta.³⁷⁸

Hyökkäyksen uhan käsillä oloa ja yllätyshyökkäyksen sallittuisuutta on arvioitu korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1997:84. Kyse on myös sallittujen voimakeinojen määrästä.

KKO 1997:84 (Hätävarjelu): A oli kertomansa mukaan paennut häntä halolla pahoinpidellyttä B:tä läheiseen mökkiin. B:n tultua halko käsissään A:n perässä mökkiin A oli mökistä löytämällänsä kirveellä lyönyt B:tä kirveen hamarapuolen osuessa B:n päähän seurauksin, että B oli heti kuollut. A:n lyödessä B ei ollut havainnut A:ta eikä lyöntiä. Kysymys siitä, oliko A:n menettely välttämätön ja oikeutettu hätävarjelutoimi.

Korkein oikeus katsoi, että ”B:n saapuessa mökkiin varustautuneena lyömäaseellaan A:lla on ollut perusteltu syy pelätä, että B sillä jatkaisi mökin ulkopuolella aloittamaansa hyökkäystä ja että hänen terveytensä ja jopa henkensä olivat vaarassa”. Kyse oli siis hätävarjelutilanteesta ja ratkaisevaa oli se, oliko takaviisitosta suoritettu yllätyshyökkäys välttämätön ja oikeutettu hätävarjelutoimi. Kor-

³⁷⁶ Leverick 2006, s. 87–89.

³⁷⁷ Ks. Leverick 2006, s. 89–90.

³⁷⁸ Ks. Leverick 2006, s. 93–94.

kein oikeus katsoi, että ”[s]ellaista vastahyökkäystä, johon A turvautui, on pidettävä oikeutettuna tilanteessa, jossa yllätyksen hyväksikäyttö on ainoa keino hyökkäyksen torjumiseksi”. Kyseisessä tapauksessa korkein oikeus kuitenkin totesi, että oikeudettoman hyökkäyksen torjumiseksi oli käytetty enemmän väkivaltaa kuin on ollut tarpeen. Vaihtoehtoisina toimintamalleina korkein oikeus mainitsi iskun suuntaamisen päänseudun sijasta vartaloon tai pelkän kirveellä uhkaamisen. Korkein oikeus näyttäisikin asettaneen yleisen vaatimuksen, jonka mukaan edellytetään, että vaihtoehtoiset toimintamallit olisivat *todennäköisesti* olleet riittäviä.³⁷⁹ Tämän tulkinnan mukaan hätävarjeluteot eivät ole lainvastaisia, ellei ole olemassa vaihtoehtoisia lievempiä keinoja, jotka todennäköisesti olisivat olleet riittäviä hyökkäyksen torjumiseksi. A tuomittiin hätävarjeluun liioitteluna erittäin lieventävien asianhaarojen vallitessa tehdystä taposta 3 vuodeksi vankeuteen.³⁸⁰

Matikkala on aiheellisesti pohtinut, onko ollut laillisuusperiaatteen näkökulmasta hyväksyttävää, että korkein oikeus on tapauksen otsikon perusteella pohtinut hätävarjelutoimen välttämättömyyden ohella myös sen oikeutusta. Käytetty termi ”oikeutettu” viittaa puolustettavuuteen, mikä ei sisällynyt rikoslakiin ennen vuotta 2004.³⁸¹ Tällaisen lakiin sisällyttämättömän rajoittavan lisäkritereen asettaminen oikeuskäytännössä on laillisuusperiaatteen lisäksi ongelmallista yleisemminkin perusoikeuksien näkökulmasta.

Hyökkäyksen välittömän uhan ajallisen alkupisteen määrittäminen esimerkiksi ampuma-aseella tapahtuvan hyökkäyksen yhteydessä on vaikeaa. Jos oikeus puolustautumiseen asetetaan ajallisesti hyvin myöhäiseen vaiheeseen, saattaa oikeus hätävarjeluun menettää merkityksensä. Joka tapauksessa oikeus hätävarjeluun alkaa ennen kuin ensimmäinen laukaus on ammuttu.³⁸²

Tässä yhteydessä voidaan viitata Sangeron havaintoon siitä, että myös hätävarjeluun kynnnyksen tultua ylitetyksi uhan välittömyyden aste vaikuttaa siihen, millaisin keinoin uhkaa voidaan torjua. Kirjoittajan esimerkissä veitsellä aseistautunutta hyökkää-

³⁷⁹ Ks. Matikkala 2000, s. 229. Matikkala on pohtinut, onko todennäköisyydellä viitattu ”näyttökynnykseen vai sisältääkö se materiaallisen kriteerin”. Epäselvää on myös, mitä korkein oikeus on tarkoittanut maininnalla ”[a]siaa arvosteltaessa on otettu huomioon se, millaista harkintaa A:lta on kyseisessä tilanteessa kohtuudella voitu edellyttää”.

³⁸⁰ Ks. myös Ruuskanen 2005, s. 144–145 ja 189. Kuten Ruuskanenkin on todennut, toisin kuin hovioikeus korkein oikeus ei kiinnittänyt huomiota hyökkääjän aiempaan väkivaltaisuuteen ja puolustautujan tietoisuuteen siitä, eikä osallisten voimavaroihin (”[h]änellä ei avoimessa puolustautumistilanteessa olisi ilmeisesti ollut mahdollisuuksia puolustaa itseään”). Hovioikeuden tältä osin A:n arvioon nojautuvien perustelujen mukaan tapahtumien kokonaiskesto oli ilmeisesti noin minuutin.

³⁸¹ Matikkala 1998, s. 1333 av. 14. Ks. myös Ruuskanen 2005, s. 229.

³⁸² Nuotio – Majanen 2003, s. 80.

jää, joka lähestyy puolustautujaa, mutta on edelleen liian kaukana voidakseen käyttää veistä (esimerkiksi sata metriä), voidaan uhata ampuma-aseella, vaikka ampuminen on sallittua vasta hyökkääjän ollessa lähempänä.³⁸³

Nimenomaan ampuma-aseella tehtävän hyökkäyksen uhasta oli kysymys korkeimman oikeuden tapauksessa KKO 1997:182, jossa tapon katsottiin tapahtuneen hätävarjelussa. Päätöspäätöseluista ilmenee, että sekavassa mielentilassa ollut A oli syytetyn M:n asunnolla fileerausveitsellä huitomalla ja useita vaaraa aiheuttaneita laukauksia haulikolla ampumalla uhannut M:n ja asunnossa olleiden B:n ja T:n henkeä. M oli useita kertoja kehottanut A:ta laittamaan haulikon pois. Kehotukset eivät olleet tehonneet, ja M oli hakenut makuuhuoneen asekaapista pienoiskiväärin, ladannut sen ja palannut tapahtumapaikkana olleeseen keittiöön. Korkein oikeus piti aseiden hakemista perusteltuna, koska M oli aiemmassa tilanteessa saanut A:n aseella uhkaamalla rauhoittumaan. Keittiöön palatuaan M ampui A:ta noin metrin etäisyydeltä ylävartaloon surmaten A:n. Korkein oikeus on katsonut riidattomaksi, että A:lla ollut haulikko oli ladattu ennen M:n ampumaa laukausta. Lisäksi korkein oikeus on katsonut muun näytön tukevan ”M:n ilmoitusta siitä, että haulikon piippu ehti ennen pienoiskiväärin laukausta nousta osoittamaan melkein hänen ylävartalonsa”.³⁸⁴ Lyhyen välimatkan johdosta ”A olisi halutessaan varmasti osunut haulikolla M:ään”. Päätelmänä korkein oikeus on katsonut, että (kursivointi tässä):

”A:n mielentilan ja edellä kuvattujen olosuhteiden perusteella M:llä ei ole A:n laukauksen estämiseksi ollut muuta vaihtoehtoa kuin ampua A:ta. Tilanne on kehittynyt niin nopeasti, ettei M:llä ole ollut aikaa tähdätä laukaustaan. M:n teko on siten ollut rikoslain 3 luvun 6 §:ssä tarkoitettulla tavalla *hyökkäyksen* torjumiseksi välttämätön.”

Korkein oikeus katsoi syytetyn toimineen hätävarjelutilanteessa ja hänen puolustustekonsa olleen tuolloin voimassa olleen säännöksen sanamuodon mukaisesti hyökkäyksen torjumiseksi välttämätön sekä säännöksen vakiintuneen tulkinnan mukaisesti myös suhteellisuusperiaatteen mukaista. Sovitettuna nyt voimassa olevan säännöksen sanamuotoon tämä nähdäkseni tarkoittaa, että hyökkääjän surmaaminen voidaan äärimmäisissä tilanteissa katsoa puolustettavaksi eikä ainoastaan toiminnaksi, joka ei ”ilmeisesti ylitä” sitä mikä on puolustettavaa. Tällä erottelulla voidaan katsoa olevan jopa ratkaisevaa merkitystä sen suhteen, voidaanko tahallinen surmaaminen osana poliisialoitteellista voimakeinojen käyttöä katsoa sallituksi.

³⁸³ Sangero 2006, s. 155–156.

³⁸⁴ Ks. Wittemann 1997, s. 14, jonka mukaan Saksan oikeudessa hyökkäyksen uhka on välitön, ”wenn der Gegner zu einer Waffe greift oder eine Schußwaffe in Anschlag bringt”.

Pakenemismahdollisuuden osalta voidaan todeta, että A:n huidottua heitä fi-leerausveitsellä B poistui hetkeksi asunnosta aiemmin riidan välttämiseksi ulos menneen T:n seuraan. He kuitenkin palasivat takaisin sisälle arveltuun A:n rauhoittuneen. Korkeimman oikeuden perustelujen mukaan M – toisin kuin B ja T – pystyi liikkumaan varsin vapaasti asunnossa tapahtumien kuluessa. Korkein oikeus ei kuitenkaan kiinnittänyt huomiota mahdollisuuteen välttää hyökkäykset poistumalla paikalta. Tilanteen kokonaisarvioinnissa on luonnollisesti otettava huomioon sekin, että vaikka viime vaiheessa ampuma-aseella torjuttu hyökkäyksen uhka kohdistui ainoastaan M:ään, katsoi korkein oikeus, että ”[k]ysymyksessä olevassa tilanteessa asunnossa olleet M, B ja T ovat A:n uhkailujen, hänen mielentilansa ja hänen ampumiensa laukausten johdosta olleet todellisessa hengenvaarassa”.

Oikeus hätävarjeluun jatkuu niin kauan kuin hyökkäys jatkuu tai on olemassa uuden oikeudettoman hyökkäyksen uhka.³⁸⁵ Hyökkäys jatkuu tunnusmerkistön täyttymiseen saakka. Mikäli kyseessä on jonkin henkirikoksen tunnusmerkistö, tarkoittaa tunnusmerkistön täytyminen pääsääntöisesti hyökkäyksen ja hätävarjelutilanteen päättymistä. Muunlaisissa rikoksissa oikeus hätävarjeluun jatkuu niin kauan kuin hyökkäys jatkuu, vaikka tunnusmerkistö olisikin täyttynyt jo aiemmin. Jos kyseessä on ns. jatkuva rikos, kuten vapaudenriisto, jatkuu oikeus hätävarjeluun niin kauan kuin oikeudenvastainen tila jatkuu. Toisin sanoen vapaudenriistotilanteissa oikeudeton hyökkäys jatkuu niin kauan kuin vapauden menetyksin³⁸⁶, ja hätävarjelua voidaan lähtökohtaisesti käyttää sekä vapauden alun perin riistäneitä että laitonta vapaudenriistoa ylläpitäviä henkilöitä vastaan.³⁸⁷ Hätävarjelu-oikeuden kannalta merkitystä ei ole myöskään sillä, onko henkilö aiemmalla passiivisella käytöksellään ”alistunut” oikeudettomaan tilaan.³⁸⁸ Samoin voidaan katsoa olevan asian laita kotirauhan rikkomisen osalta.³⁸⁹

Ruuskanen on väitöskirjassaan pohtinut sitä, tuleeko useita väkivallan tekoja käsitellä yhtenä hyökkäyksenä (väkivallan jatkumo) vai hyökkäysten sarjana, ja toisaalta, voidaanko edeltäneet tapahtumat ottaa huomioon hyökkäyksen vaarallisuutta arvioitaessa. Arvioinnissa tulee huomioon otettavaksi myös hyökkääjän käyttäytyminen väkivallan tekojen välillä. Ainakin mikäli tekojen välillä on vain muutama sekunti, kyse on Ruuskasen mukaan yhdestä hyökkäyksestä. Toisaalta Ruuskanen on oikeuskäytännön perusteella todennut, että asemien muuttumi-

³⁸⁵ HE 44/2002 vp, s. 116.

³⁸⁶ Anttila – Heinonen 1974, s. 75, Majanen 1979, s. 49–50, Tapani – Tolvanen 2008, s. 314–315 ja Boucht – Frände 2008, s. 91.

³⁸⁷ Ks. Waaben 2011, s. 135.

³⁸⁸ Ruuskanen 2005, s. 127.

³⁸⁹ Alanen 1925, s. 93.

nen, kuten selän kääntäminen, on tulkittu hyökkäyksen päättymiseksi.³⁹⁰ Samansuuntaisesti Ruuskanen kanssa Boucht ja Frände ovat todenneet, että hyökkäystä ei katsota päättyneeksi, jos hyökkääjä ”vetää vain välillä henkeä”.³⁹¹ Matikkala on parisuhdeväkivaltaan liittyvässä artikkelissaan todennut, että ”[y]ksilöintio-pi saattaa edellä todetuin tavoin joissain tapauksissa mahdollistaa pitkänkin ajanjakson pitämisen yhtenä pahoinpitelynä”. Hänenkin mukaansa esimerkiksi osatekojen välinen nukkuminen tai työssäkäynti kuitenkin katkaisee hyökkäyksen.³⁹²

Samoin Ruotsissa on katsottu, että hyökkäys katsotaan päättyneeksi, vasta jos on ”*alldeles klart att det sista slaget har utdelats*”.³⁹³ Eli oikeus hätävarjelun jatkuu, vaikka hyökkääjä luopuu hetkeksi hyökkäyksestä, jos hänen käyttäytymisestään voidaan päätellä hänen välittömästi sitä jatkavan. Mikäli puolustautuja erehtyy tässä ja jatkaa puolustautumista, vaikka tekijä olikin jo luopunut hyökkäyksestä, voidaan jälkitekoja arvioida hätävarjeluun liioittelua tai putatiivitulanteita koskevien säännösten nojalla riippuen siitä, onko kyse malttamattomuudesta vai erehdyksestä.³⁹⁴

Tappelutilanteissa on usein epäselvää, onko kyse suojaumisesta tai toisen suojelemisesta vai pahoinpitelystä.³⁹⁵ Itse olen lähtökohtaisesti sitä mieltä, että yhtäjaksoisia ”tasaväkisiä” tappeluita ei tule lähteä pilkkomaan hyökkäys- ja puolustusteoiksi.³⁹⁶ Oikeudellisen arvioinnin lähtökohtia määritettäessä on Hahdon mukaan syytä kiinnittää huomiota siihen, ”onko tekijä käyttänyt vaarallisempaa tekovälinettä” kuin uhri, ”onko osapuolilla ollut tilaisuus irtaantua tappelusta” ja siihen, ”kuinka vakavan pahoinpitelyn uhri on kohdistanut tekijään” ennen tekijän tekoa.³⁹⁷ Voidaan myös yleisemmin kysyä, toimiiko näissä tilanteissa kukaan tappelijoista puolustautumistarkoituksessa. Angloamerikkalaiseen doktriiniin viitaten voidaan myös esittää, että henkilö, joka on aloittanut tappelun tai provosoinut sen, voi vedota hätävarjelun, jos hän on yrittänyt vetäytyä tilanteesta, mutta on siitä huolimatta joutunut turvautumaan puolustustekoon. Doktriinin mukaan arviointi on tällaisissa tilanteissa kuitenkin ns. normaalitilannetta ankarampaa, ja kyseeseen saattaa tulla ainoastaan lievemmän ri-

³⁹⁰ Ruuskanen 2005, s. 109, 122 ja 151.

³⁹¹ Boucht – Frände 2008, s. 93. Ks. myös Norée 2004, s. 28–29.

³⁹² Matikkala 2006, s. 422.

³⁹³ Norée 2000, s. 222. Samoin Westerlund 2003, s. 22.

³⁹⁴ Ks. Frände 2012, s. 145.

³⁹⁵ Nuutila 1997a, s. 288.

³⁹⁶ Samoin Jareborg 2001, s. 256–257, jonka mukaan molemminpuoliset samanaikaiset hyökkäykset sulkevat pois hätävarjeluun soveltamisen. Ks. myös Norée 2000, s. 222. Mahdollisista rikosoikeudellisista suhtautumistavoista ns. sovittuihin tappeluihin ks. Leverick 2006, s. 123–125.

³⁹⁷ Hahto 2004, s. 422–426. Hyökkäyksen ja fyysisen provokaation rajanvedosta ks. Hahto 2004, s. 414–422. Hahto on todennut, että esimerkiksi tönäiseminen lievän fyysisen puuttumisen muotona ei vaikuta ”hyökkääjän” vastuuseen. Tässäkin tilanteessa tulee otettavaksi huomioon tekijän mahdollisuus poistua paikalta, tilanteen uhkaavuus ja se, kuinka lähellä provokaatio on hätävarjelun oikeuttavaa hyökkäystä.

kosnimikkeen käyttö tai lievempi rangaistus.³⁹⁸ Luonnollisesti myös rikosoikeudellinen vastuu alkuperäisestä provosointiteosta saattaa – tunnusmerkistön täytyessä – olla mahdollinen.³⁹⁹

Hyökkäyksen päättymisen syiden arviointi tuo asiaan mielenkiintoisen ulottuvuuden. Kerttula on väitöskirjassaan pohtinut henkilön säilössä pitämisen oikeuttamista hätävarjelun nojalla. Tällainen keinohan olisi hyökkääjän kannalta lievempi kuin voimakeinojen käyttö, mutta hyökkäyksen päättymisen sen johdosta, että henkilön on suljettu lukittuun tilaan, edellyttäisi lähtökohtaisesti, että henkilö olisi vapautettava tilasta ennen viranomaisavun saapumista paikalle.⁴⁰⁰ Nähdäkseni useissa tapauksissa lukittuun tilaan sulkemisen perusteeksi saattaa tulla pyrkimys torjua välittömästi uhkaava uusi hyökkäys tai jopa jokamiehen kiinniotto-oikeuden käyttö.

Muun muassa hyökkäyksen päättymisen hetkeä on määritetty korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1994:2:

KKO 1994:2 (Tappo, hätävarjelu): Lyötyään hätävarjelussa vierastaan kahdesti putkitangolla päähän syytetty oli vielä viisi kertaa lyönyt vierasta tangolla päähän niin, että tämä oli kuollut kallo- ja aivovammoihin. Kun tekoon oli oleellisesti myötävaikuttanut sitä välittömästi edeltänyt vieraan oikeudeton hyökkäys, syytetty tuomittiin erittäin lieventävien asianhaarojen vallitessa tehdystä taposta. Ään.

Päätösperusteluista ilmenee, että surmatuksi tullut B oli sohinut ja huitonut veitsellä A:ta kohden, mutta pudottanut veitsen toisen putken iskun jälkeen, jonka jälkeen A oli ryhtynyt kuljettamaan osittain puolustuskyvytöntä B:tä ulos asunnosta. B:n vastusteltua A oli lyönyt tätä voimakkaasti päähän putkella vielä yhteensä viisi kertaa. Alioikeuden perusteluissa on myös mainittu, että sen jälkeen, kun B oli uhannut ilmeisesti suusanallisesti A:ta väkivallalla, oli A käynyt WC:ssä ja samalla avannut porraskäytävään johtaneet ovet. B:n potkaistua häntä vasempaan reiteen ja sohaistua veitsellä häntä kohden A oli vielä palannut eteiseen hakemaan tekovälineenä käytettyä putkea. Korkein oikeus ei antanut merkitystä tälle – sinänsä ilmeiselle – pakenemismahdollisuudelle. Avoimeksi jää, antoiko korkein oikeus merkitystä sille, että tapahtumapaikka oli A:n asunto. A tuomittiin erittäin lieventävien asianhaarojen vallitessa tehdystä taposta sekä

³⁹⁸ Ks. Ahsworth 1975, s. 301. Ks. myös Leverick 2006, s. 118–123, joka on erotellut tilanteet, joissa provosoidun vastaus on ollut suhteetonta, tilanteista, joissa se on ollut suhteellisuusperiaatteen mukainen. Ensimmäisessä tapauksessa provosoijan toimintaa arvioidaan normaalista hätävarjelun näkökulmasta, kun taas jälkimmäisessä hätävarjelun soveltaminen edellyttää tappelusta vetäytymistä ja tämän seikan tekemistä kohtuullisessa määrin selväksi myös hyökkääjälle (provosoidulle).

³⁹⁹ Leverick 2006, s. 118.

⁴⁰⁰ Kerttula 2010, s. 336.

raastuvanoikeuden hänen syykseen lukemista pahoinpitelystä ja kahdesta näpistyksestä 6 vuoden vankeusrangaistukseen. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että nykyään kuvatut viimeiset viisi iskua arvioitaisiin hätävarjelun liioittelun valossa,⁴⁰¹ minkä lisäksi on aiheellisesti kiinnitetty huomiota siihen kysymykseen, että oliko tapauksessa selvitetty, että kuolema johtui nimenomaan viidestä viimeisestä, oikeudenvastaisesta iskusta.⁴⁰²

Rikosnimikkeiden näkökulmasta saattaa joissakin hätävarjelun liioittelua lähellä olevissa tilanteissa tulla sovellettavaksi myös surma-nimike. Matikkala on analysoinut tapausta KKO 1992:74 ja edellä selostettua tapausta KKO 1994:2, joista ensiksi mainitussa tappoa edelsi uhrin väkivaltainen provokaatio ja viimeksi mainitussa kyse oli hätävarjelun jatkumisesta yli sallittujen aikarajojen. Ensimmäisessä tapauksessa alitettiin rangaistusasteikko ja toisessa tapauksessa tuomittiin privilegoidusta tekemudosta.⁴⁰³ Erityisesti viimeksi mainitun ratkaisun ennakkoratkaisuarvo väheni huomattavasti, kun hätävarjelun liioittelun soveltamisalaa laajennettiin myös liian myöhään jatkuneeseen puolustautumiseen.

Hieman edellä selostettua ratkaisua vanhemmassa Mikkelin panttivankidraamaa koskeneessa korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1993:50 arvioitiin käytettyjen voimakeinojen lisäksi jatkuvan vapauteen kohdistuvan hyökkäyksen ja akuutin henkeen ja terveyteen kohdistuvan hyökkäyksen suhdetta sekä hätävarjelutilanteen aiheuttamisen merkitystä hätävarjeluoikeuteen.

KKO 1993:50 (Virkarikos, kuolemantuottamus): T oli uhkaamalla räjäyttää hallussaan olevan dynamiittipanoksen pakottanut pankin henkilökunnan luovuttamaan hänelle rahaa ja pakoaution. Sen jälkeen T oli poistunut pankista rahojen ja räjähteiden sekä ottamansa kolmen panttivangin kanssa. Poliisi oli myöhemmin suluttanut auton niin, ettei T:llä ollut ollut mahdollisuutta jatkaa matkaa. Huolimatta siitä, että T oli uhannut räjäyttää auton, ellei matkan jatkamista sallita, sulutusta ei ollut purettu. Kahden panttivangin paettua autosta poliisit olivat avanneet tulen T:tä kohti. Auto oli räjähtänyt, jolloin T ja yksi panttivanki olivat saaneet surmansa. Ään.

Kysymys poliisin menettelyn laillisuudesta. Ään.

Alioikeutena asian ratkaissut Mikkelin raastuvanoikeus totesi ensinnäkin hätävarjelutilanteen olleen käsillä. Kyse oli oikeudettoman hyökkäyksen muodosta-

⁴⁰¹ Majanen 2002, s. 461. Ks. myös Ruuskanen 2005, s. 230–232. Ruuskanen on erityisesti vastaa-
jan subjektiivisten tuntemusten näkökulmasta pohtinut, miten ko. ratkaisussa kuvattuun menette-
lyyn suhtauduttaisiin rikoslain uusien yleisten oppien nojalla. Hän onkin oikeaan osuen todennut,
”että sillä, kuinka vastaajan tunnetila oikeusjärjestelmässä konstruoidaan, voi olla juridisesti rat-
kaiseva merkitys.” Ks. myös Frände 2012, s. 145 av. 335 ja Nuutila 1997a, s. 287. Nuutila on ko-
rostanut prosessioikeuden näkökulmasta sitä, että jos hyökkäyksen päättymisen jää epäselväksi,
tulisi tilanne tulkita puolustautujalle edullisesti.

⁴⁰² Matikkala 2010a, s. 177 av. 78.

⁴⁰³ Matikkala 2000, s. 60–63. Ks. myös KKO 1986-II-79.

masta vapaudenriistosta, jonka vaarallisuutta kaappaajan hallussa olleet ampuma-ase ja räjähteet korostivat. Lisäksi raastuvanoikeus totesi poliisimiehillä olleen oikeuden hätävarjelutoimenpiteisiin. Viimeksi mainittuun oikeuteen liittyen se totesi seuraavaa:

”Hätävarjeluoikeuden käyttämisen joutui jokainen henkilö ratkaisemaan suorittamansa tilannearvion perusteella viime kädessä itsenäisesti, poliisi virka-asemasta ja käskytyksestä riippumatta. Tätä harkintavelvollisuutta eivät poistaneet poliisin organisaatiolle luonteenomaiset tiukat käskyvaltasuhteet, joskin niillä oli merkitystä harkittaessa, oliko hätävarjelutoimenpiteisiin ryhtynyt poliisimies syöllistynyt rangaistavaan menettelyyn.

Hätävarjelu edellytysten itsenäisestä harkinnasta johtui myös se, että jokainen joutui suorittamaan harkinnan omista lähtökohdistaan muun muassa sen perusteella, mitä hän tiesi tilanteesta, mikä hänen osuutensa tapahtumiin oli ja millaiset mahdollisuudet hänellä oli vaikuttaa niihin.”

Käytettyjen voimakeinojen osalta alioikeus lausui:

”Päättyessään ampuma-aseen käytöstä jokainen poliisimies oli samassa asemassa. Esimiesasema tai erikoiskoulutus ei antanut parempaa oikeutta ampuma-aseen käyttöön.

Poliisiviranomaiset olivat koulutettuja vaarallisten tilanteiden hoitamiseen. Poliisilta voitiin jo koulutuksensa perusteella edellyttää erityistä malttia ampuma-aseen käytössä. Erikoiskoulutettujen poliisimiesten ampuma-aseen käytölle oli asetettava tätäkin suuremmat vaatimukset.”

Johtopäätöksenä hätävarjelusta raastuvanoikeus on lisäksi todennut seuraavaa:

”Vastaajien toimintaa oli arvioitava heidän tiedossaan sillä hetkellä olleiden seikkojen perusteella. Käytettyjen voimakeinojen välttämättömyyden arvioinnissa viimeisten minuuttien aikana ennen räjähdystä tapahtuneella tilanteen nopealla muuttumisella oli keskeinen merkitys. Arvioinnissa oli myös otettava huomioon inhimilliset mahdollisuudet havaintojen tekemiseen.

Kaappaaja oli paniikkiin joutuneena huutanut kovaäänisiä uhkauksia kohtapäätä uhkaavasta auton räjäyttämisestä. Tämän jälkeen tapahtumat olivat edenneet inhimilliseen suorituskykyyn nähden erittäin nopeasti. Kaksi panttivankia oli paennut autosta. Tuossa tilanteessa oli ollut perusteltua aihetta uskoa, että kaappaaja räjäyttämällä auton surmaa sekä Jukka H:n että itsensä. Ampuma-aseen käyttö tarkoituksin surmata kaappaaja oli ollut ainoa poliisien käytettävissä ollut mahdollisuus Jukka H:n hengen pelastamiseksi. Tämän vuoksi A käskiessään B:n hyökkäykseen sekä B, C ja D ampuma-asetta käyttäessään olivat toimineet hätävarjelutilanteessa. Hätävarjelutilanteen olemassaololle ei ollut merkitystä sillä, että he olivat joutuneet ampumaan lasien läpi, eikä myöskään sillä, että he eivät olleet osuneet kaappaajaan.”

Raastuvanoikeus hylkäsi valmiusyksikön toimintaa johtanutta A:ta sekä aseita käyttäneitä poliisimiehiä B, C ja D vastaan esitetyt rangaistus- ja korvausvaatimukset. Itä-Suomen hovioikeus ei muuttanut raastuvanoikeuden ratkaisua.

Korkein oikeus tuomitsi A:n sakkorangaistukseen kuolemantuottamuksesta ja varomattomuudesta tehdystä virkavirheestä.⁴⁰⁴ Se katsoi A:n tosiasiallisesti ryhtyneen kaappaajan kanssa käytäviä neuvotteluja lukuun ottamatta johtamaan poliisin toimintaa Mikkeliissä ja erityisesti kaappaajan auton sulutusta.⁴⁰⁵ Edelleen se katsoi tulleen näytetyksi A:n olleen tietoinen, että toiminnan siirryttyä pääkaupunkiseudulta Mikkeliin poliisiylijohtajan tavoitteena oli panttivankien turvallisuudesta huolehtiminen.⁴⁰⁶ Tätä taustaa vasten A:n erityinen virkavelvollisuus tilanteessa oli panttivankien turvallisuudesta huolehtiminen. Hänen katsottiin toimineen moitittavasti, koska hän relevanteista olosuhteista tietoisena oli tilanteen yllättävästä kiristymisestä huolimatta saartorengasta tiivistämällä estänyt kaappaajan poistumisen tilanteesta. Poistumisen estämisen johdosta panttivankien henki oli vakavasti vaarantumassa, mikä Korkeimman oikeuden mukaan myös A:n oli pitänyt havaita. Tilanteen tällä tavoin ”kärjistyttävä välittömiä hätävarjelutoimenpiteitä vaativaksi A on antanut B:lle hyökkäyskäsken, minkä jälkeen kaappaajan auto on räjähtänyt raastuvanoikeuden päätöksessä selostetuissa olosuhteissa ja siinä mainituin seurauksin”. Menettelyn katsottiin myös olleen poliisiylijohtajan antamien toimintaohjeiden vastaista, vaikka tapausselostuksesta ilmeneekin, että ohjeet eivät olleet täysin yksiselitteisiä. Korkein oikeus on myös katsonut, että A:n saaman erikoiskoulutuksen perusteella hänen ”on pitänyt tietää, että panttivankien sieppaajan joutuessa paniikitilaan parhaimpana ratkaisuna on yleensä pidettävä poliisitoimenpiteiden välitöntä löysäämistä”. Ellei tilanne olisi juuri ennen räjähdystä kiristynyt, pankkivankeihin ei jatkuvasta vapaudenriistosta huolimatta olisi korkeimman oikeuden mukaan kohdistunut välitöntä hengen tai terveyden uhkaa. Pikainen ampuma-asein tapahtuva tilanteen ratkaiseminen ei siten olisi ollut tarpeen.⁴⁰⁷ Jo EIT:n määrittämän ihmisoikeuksien minimitason perusteella voitaneen pitää selvänä, että käytetty voima ei olisi ollut oikeutettua pelkästään *tekijän kiinniottamiseksi*. Suluttamisen purkaminen olisi siis tälläkin perusteella ollut mahdollista.

⁴⁰⁴ Jo aiemmin oikeuskansleri oli tapauksen johdosta kiinnittänyt poliisiylijohtajan huomiota poliisitoiminnan järjestelyissä esiintyneisiin puutteisiin. Ks. tästä OKA 1987 (johtamisjärjestelyjen osalta ks. erit. OKA 1987, s. 98–100). Oikeuskansleri ei katsonut hyökkäyskäsken antaneen komisarion menettelleen virheellisesti antaessaan hyökkäyskäsken. Ks. tästä OKA 1987, s. 101.

⁴⁰⁵ Tapauksen johtamisjärjestelyistä ks. myös OKA 1987.

⁴⁰⁶ Ks. tältä osin myös OKA 1987, s. 95.

⁴⁰⁷ Nuutila 1997a, s. 304 on todennut, että ”etenkin käytettävissä olleiden voimavarojen mittavuus perusteli sitä, että sulutus olisi pitänyt purkaa”.

Sovellettu lainkohta, rikoslain tuolloin (tuomitsemishetkellä) voimassa ollut 40 luvun 11 § edellytti, että virkamies oli toiminut säännösten tai määräysten vastaisesti. Rangaistavaksi katsottiin kuitenkin toimintaohjeiden vastainen menettely. Viitaten tavoin voidaan katsoa, että toimintaohjeet ko. tapauksessa olivat sillä tavoin yksiselitteisiä ja vain vähän harkintavaltaa jättäviä, että ne voitiin tulkita yksittäistapauksessa annetuiksi määräyksiksi.⁴⁰⁸

Korkein oikeus ei myöskään hyväksynyt A:n näkemystä siitä, että sulutuksen purkaminen olisi saattanut poliisimiehet räjähdyshuonon alaiseen, vaaralliseen asemaan. Korkeimman oikeuden mukaan A:n johdossa

”olleeseen valmiusyksikköön kuuluneet poliisimiehet on koulutettu sellaisten tilanteiden ratkaisemista varten, joihin voi sisältyä henkilökohtaisia turvallisuusriskejä. Johonkin rajaan saakka he ovat olleet velvolliset sietämään tällaisia riskejä. Toiseksi kaappaajan panttivangit, joiden turvallisuudesta A:n oli ensisijaisesti huolehdittava, olivat itse joutuneet sanotun uhon alaiseksi osaksi A:n oman menettelyn johdosta. Kolmanneksi A kuitenkin hetken kuluttua on käskenyt B:n sanotunlaiseen tilanteeseen antaessaan tälle hyökkäyskäsken.”⁴⁰⁹

Jättämällä saarroituksen purkamatta A:n katsottiin *olennaisesti lisänneen* panttivankina vielä siinä vaiheessa olleen henkilön henkilökohtaiseen turvallisuuteen kohdistuvaa vaaraa. Edelleen A:n katsottiin täytyneen ymmärtää tämän seikan, mikä muotoiluna viittaa tietoiseen tuottamukseen ja jopa jonkinlaiseen välinpitämättömyyteen panttivangin hengestä. Oikeudeton vaarantaminen ja siihen sisältynyt riski on realisoitunut auton räjähtäessä ja mainitun panttivangin saadessa surmansa. Korkeimman oikeuden mukaan on ollut oikeudellisesti yhdentekevää, onko räjähtäminen johtunut kaappaajan tietoisesta toiminnasta, hänen hallitsemattomasta liikkeestään tai välittömästi luodeista, mitkä kaikki vaihtoehdot ovat olleet A:n havaittavissa, mikä viittaa seurauksen ennalta-arvattavuuteen (ei-poikkeava tapahtumainkulku). Korkein oikeus katsoi A:n varomattomuudellaan aiheuttaneen Jukka H:n kuoleman. Kaappaajan katsottiin surmanneen itsensä.⁴¹⁰

Ampuma-aseita käyttäneiden B:n, C:n ja D:n katsottiin toimineen hätävarjelu-tilanteessa torjuakseen kaappaajan taholta tuossa vaiheessa välittömästi uhkaavan oikeudettoman hyökkäyksen. B toimi ko. tilanteessa lisäksi A:n alaisena ja oli velvollinen tottelemaan tämän antamaa hyökkäyskäskeyä. He eivät syyllistyneet rangaistavaan menettelyyn.

⁴⁰⁸ Viitanen 2007, s. 136.

⁴⁰⁹ Tapahtumien kulusta tältä osin ks. OKA 1987, s. 96–97. Ks. myös Hankilanoja 2007, s. 144–145 kommentit ratkaisusta työturvallisuuskäytäntökohtien kannalta.

⁴¹⁰ Nuotio 2005b, s. 217. Ks. myös OKA 1987, s. 97.

Kyseessä oli 3–2 äänestysratkaisu. Eri mieltä olleet jäsenet ja esittelijä eivät katsoneet A:n syyllistyneen rangaistavaan menettelyyn. He kiinnittivät huomiota ensinnäkin A:n saamien ohjeiden tulkinnanvaraisuuteen sekä toisaalta tilanteen nopeaan ja yllätykselliseen kehittymiseen juuri ennen räjähdystä ja kaappaajan mielentilan muuttumisen vaikutukseen ulkopuolisten turvallisuudelle, jos hänet olisi päästetty jatkamaan matkaa. Eri mieltä olleiden jäsenten huomio tilanteen luonteesta on erityisen mielenkiintoinen, sillä EIT on ratkaisutoiminnassaan (muun muassa Suomea koskenut Huohvanainen-tapaus) antanut merkittävää painoarvoa sille, onko kyseessä ollut suunniteltu operaatio vai spontaanisti ja yllättäen syntynyt tilanne. Uutta poliisilakia koskevassa perusteoksessa kirjoittajat ovat A:n saamien ohjeiden tulkinnanvaraisuuden johdosta katsoneet KKO:n vähemmistön kannan paremmin perustelluksi. Huomioon on otettava myös se, että tilanteiden johtosuhteiden kiistaton ja merkittävä yleinen epämääräisyys ei millään tavoin ollut A:sta johtuva seikka.⁴¹¹

Korkein oikeus totesi poliisitoiminnan tavoitteista käsillä olleessa tilanteessa seuraavaa (kursivointi tässä):

”Hyväksyttäviä tavoitteita ovat nyt kysymyksessä olevassa tilanteessa voineet olla etenkin panttivankien turvallisuuden mahdollisimman tehokas suojaaminen, heidän vapauttamisensa, kaappaajan kiinniottaminen ja rikoksen selvittäminen. Tietyllä menettelytavalla ei kuitenkaan välttämättä kyetä edistämään näitä kaikkia tavoitteita samanaikaisesti. Pyrkiminen johonkin tavoitteeseen voi jopa vakavasti vaarantaa muita tavoiteltavia päämääriä. *Ilmeistä on, että ristiriitatilanteessa suoritettavan etujen vertailun perusteella ihmishenkien turvaamisen on toteuduttava ennen muita edellä mainittuja tavoitteita.*”

Ei voida epäillä, että kyse oli hyökkäyksen provosoinnista tarkoituksin päästä käyttämään puolustautumiskeinoja. Hyökkäyksen aiheuttaminen omalla menettelyllä ei kuitenkaan ole vailla merkitystä. Jo yli kymmenen vuotta ennen Mikkelin tapahtumia Sinisalo oli kaukonäköisesti katsonut, että tilanteen arvioinnissa on myös otettava huomioon se, jos hätävarjelutilanteeseen on ajauduttu sen johdosta, että poliisimies on toiminut taitamattomasti tai provosoinut vastapuolta. Tästä huolimatta ratkaisu rakentuu sen varaan, onko kyseessä ollut hätävarjelu.⁴¹² Myös Lappi-Seppälä on yleisten oppien uudistamisen jälkeen katsonut, että

⁴¹¹ Helminen et al. 2012b, s. 191.

⁴¹² Sinisalo 1973, s. 95 av 4. Poliisimiehen toiminnan merkityksestä voimankäyttötilanteiden syntymiseen ks. esim. Worden – Catlin 2002, s. 90 sekä Klockars 1996, s. 8–12. Klockars onkin esittänyt liiallisen voimankäytön (*excessive force*) määrittämistä käyttämällä hyväksi ”*highly skilled officer*” -mittapuuta, jonka mukaan kaikki voima, mitä taitava poliisimies ei tilanteen hoitamiseksi olisi pitänyt välttämättömänä, on liiallista. Voimankäyttötilanteiden kasautumisesta joillekin poliisimiehille Yhdysvalloissa ks. Worden – Catlin 2002, s. 99–103. Kirjoittajien mukaan voimankäyttöön taipuvaisina voidaan (tietyn varauksin) pitää poliisimiehiä, jotka 1) määrittelevät poliisin roolin hyvin kapeasti keskittyen taisteluun rikollisuutta vastaan ja lain ylläpitoon (*law enforcement*), 2) uskovat, että mainittu rooli tulee sitä paremmin täytettyä, mitä enemmän poliisimiehet

vaikka riskin lisääminen omalla toiminnalla (tai hyökkäyksen provosointi) ei poista oikeutta hätävarjeluun, tällaisilla seikoilla voi olla merkitystä puolustettavuusarvioinnissa.⁴¹³ Joka tapauksessa on tärkeää huomata, että poliisimies pysyy vaikuttamaan siihen, että voimakeinoja ei tarvita tilanteen ratkaisemiseksi. Toisaalta poliisimiehen tulee huolehtia siitä, että voimakeinojen käyttö perustuu kohdehenkilön käyttäytymiseen eikä poliisimiehen huolimattomuuteen tai osaa-mattomuuteen taikka omaan provosoitumiseen.⁴¹⁴ Poliisin toimivaltuudet, tehtävät ja koulutus asettavat tiukat vaatimukset sen suhteen, että poliisin tulee toiminnassaan pystyä välttämään hätävarjelutilanteiden provosointia.⁴¹⁵

Tässä yhteydessä on syytä viitata lyhyesti Ashworthin selostamaan, lähinnä kausaali-yhteyteen liittyneeseen Pagett-ratkaisuun vuodelta 1983, jossa panttivangin ottaneen henkilö D:n katsottiin syyllistyneen tappoon (*manslaughter*), kun poliisimies, joka yritti ampuu D:tä, ampuikin erehdyksessä kuoliaaksi D:n tyttöystävän, jota tämä piti kilpenä edessään ampuessaan kohti poliisia. Tuomioistuimien perusteli ratkaisua sekä sillä, että poliisimiehen oli itseään suojatakseen välttämätöntä ampuu (eikä teko siten ollut vapaaehtoinen) sekä sillä, että poliisimies täytti tilanteessa virkavelvollisuuksiaan rikoksen estämiseksi ja D:n pidättämiseksi. Ashworthin mielestä onnistuneempi perustelu olisi ollut viitata eräänlaiseen D:n luomaan velvollisuuksien kollisioon, jossa poliisimies joutuu valitsemaan, asettaako hän vaaraan itsensä vai panttivangin. Rikosoikeudellinen vastuu tällaisesta tilanteesta olisi henkilöllä, joka on luonut tilanteen, eikä sillä, joka joutuu kuvatuun valinnan tekemään. Ashworth tosin katsoi myös, että kuvatunkaltaisissa tilanteissa koulutetulta poliisimieheltä voisi kohtuudella edellyttää suurempaa pidättyväisyyttä ennen ryhtymistä panttivankia vaarantaviin toimiin.⁴¹⁶ Ainakin teoriassa lienee mahdollista, että D:n toimintaa Suomen oikeusjärjestelmän mukaan arvioitaessa tämän katsottaisiin menetelleen tavalla, jonka varsin todennäköinen seuraus on panttivangin kuolema.

6.5 HÄTÄVARJELUSÄÄNNÖKSEN SOVELTAMISALA POLIISITOIMINNASSA

Kuten tutkimuksen kolmannessa pääjaksossa on selostettu, vallitseva näkökanta on, että poliisilla on kaikille kansalaisille kuuluva oikeus hätävarjeluun. Tässä jaksossa pyritään määrittämään tämän hätävarjelu-oikeuden rajoja.

hyödyntävät käyttöönsä annettua auktoriteettia (*authority at their discretion*) ja 3) pitävät yleisöä parhaimmillaankin epäkunnioittavana ja pahimmillaan vihamielisenä sekä loukkaavana.

⁴¹³ Lappi-Seppälä 2004a, s. 30 av. 155.

⁴¹⁴ Ellonen – Nurmi 1997a, s. 73–74 ja 84.

⁴¹⁵ Elholm 2003, s. 24–25.

⁴¹⁶ Ashworth 2009, s. 106–107.

Keskusteltaessa poliisin hätävarjelu oikeuden laajuudesta voidaan haluttaessa valita joko julkisoikeudellinen tai rikosoikeudellinen näkökulma. Edellinen korostaa poliisin velvollisuutta yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämiseen, jolloin on yhdentekevää, torjuuko poliisimies yksittäiseen kansalaiseen kohdistuvia rikoksia vai itseensä kohdistuvaa rikollista hyökkäystä. Rikosoikeudellinen näkökulma taas lähtee poliisimiehen henkilöstä ja tämän oikeudesta suojella itseään. Boucht on väitöskirjassaan pohtinut sitä, kuinka mielekästä ja tarpeellista tämän erottelun tekeminen ylipäätään on. Hän on muun muassa Tuoriin viitaten katsonut, että lähtökohtaisesti itsesuojelupyrkimykset on mahdollista toteuttaa poliisioikeudellisen sääntelyn puitteissa.⁴¹⁷

Erottelu ei nähdäkseni ole perusteltua myöskään poliisimiehen eikä kohdehenkilön perusoikeusturvan näkökulmasta, vaan tavoitteena tulee olla tapausten yhdenmukainen ja johdonmukainen käsittely siitä riippumatta, minkä oikeudenalan piiristä oikeustilaa tarkastellaan. Nimenomaan tällaisen tarkastelun keinoin voidaan paikantaa erityisen perusoikeusherkät kohdat lainsäädännössä sekä löytää perusoikeudet mahdollisimman hyvin huomioon ottavat tulkinnat. Tämä ei sinänsä sulje pois sitä mahdollisuutta, että kattavamman toimivaltasääntelyn johdosta poliisimiehellä voi *in casu* olla rajoitetummat valtuudet kuin tavallisella kansalaisella.⁴¹⁸ Jatkokehittelyjä silmällä pitäen on kuitenkin syytä korostaa, että poliisimiehen hätävarjelu oikeuden rajoittaminen törmää poliisimiehen perusoikeuksiin liittyvien haasteiden lisäksi helposti siihen periaatteellisesti merkittävään lähtökohtaan, että laittomaan menettelyyn on puututtava ensisijaisesti viranomaisitoimin eikä yksittäisten kansalaisten toimenpitein.

⁴¹⁷ Boucht 2011a, s. 464–465. Ks. myös Boucht 2011c, s. 752–753.

⁴¹⁸ Boucht 2011a, s. 466.

7 Oikeudenmukaisen hätävarjelun rajat oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa – periaatteiden soveltaminen

Seuraavassa pyritään hahmottamaan sallitun voimankäytön rajoja erityisesti poliisitoimintaa silmällä pitäen. Tarkastelussa edetään samoin kuin hätävarjelun edellytysten arvioinnissa normaalissa tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa. Ensin on arvioitava, onko käsillä oikeudeton hyökkäys tai sen hätävarjeluun oikeutava uhka. Näitä seikkoja on käsitelty edellä. Tämän jälkeen arvioidaan, oliko puolustusteko lainkaan tarpeellinen (välttämätön). Mielestäni käytännön ratkaisutoiminnassa on pidettävä ainakin vahvana lähtökohtana sitä, että jos teko ei ole hätävarjelutekona tarpeellinen, on puolustettavuusarvioinnin tekeminen tarpeetonta. Toisin sanoen konkreettisia oikeushyvän loukkauksia sisältävää voimankäyttötilannetta ei pääse syntymään, jos henkilö asianmukaisesti hankkii viranomaisapua tai väistää tilanteen. Kuten tulemme seuraavassa näkemään, juuri tämäntaolaisia ratkaisuja laki edellyttää kansalaisilta.⁴¹⁹

Ihmisoikeuksista johdettavien hengen maksimaalisen suojan, väkivallan minimoinnin ja omankäden oikeuden alan supistamisen maksiimien voidaan katsoa edellyttävän, että hätävarjelu-oikeuteen liitetään ainakin jonkinlainen velvollisuus tilanteen salliessa väistää hyökkäys puolustustekoihin ryhtymisen sijasta.⁴²⁰ Väistämisvelvollisuuden laajuutta käsitellään omassa jaksossaan, koska sillä on merkitystä sekä tarpeellisuus- että puolustettavuusarvioinnissa. Jossain tilanteissa voidaan katsoa, että henkilöllä oli mahdollisuus ja velvollisuus paeta paikalta, jolloin puolustusteko ei ylipäätään ollut tarpeellinen. Lähtökohtaisesti ketään ei kuitenkaan voida henkeen ja terveyteen kohdistuvissa hyökkäyksissä velvoittaa pakenemaan paikalta, jolloin pakenemismahdollisuus tulee arvioitavaksi osana puolustettavuusarviointia.⁴²¹

⁴¹⁹ Ks. Boucht – Frände 2008, s. 95.

⁴²⁰ Ks. Ashworth 1975, s. 289–290.

⁴²¹ Tapani 2008, s. 883–884. Ulkomaisessa kirjallisuudessa myös esimerkiksi Sangero (ks. erit. Sangero 2006, s. 175 av. 725 ja s. 207) on käsitellyt väistämisvelvollisuutta nimenomaan suhteellisuusperiaatteen yhteydessä. Samoin Jareborg 2001, s. 261 on viitannut väistämiseen (*flyttar sig åt sidan*) puolustettavuusarvioinnin yhteydessä. Vrt. Ashworth 1975, s. 284–285, joka on liittänyt väistämisvelvollisuuden tarpeellisuuskriteeriin, ”*it cannot be necessary for him to inflict harm on his assailant if there is a safe avenue of withdrawal open to him.*” Ks. myös Ashworth 1975, s. 286–287 ja 293.

Kysymys väistämismahdollisuuden sijoittamisesta tarpeellisuus- tai puolustettavuusarvioinnin osaksi ei nähdäkseni ole pelkästään systemaattinen tai teoreettinen. Lähestyttäessä väistämismahdollisuutta individuaalisen hätävarjelumallin mukaisesti osana tarpeellisuusarviointia kyse on enemmän sääntötyyppisestä ratkaisusta. Tällöin sen toteaminen, että väistämismahdollisuus oli olemassa, johtaa väistämättä siihen, että puolustusteko ei ole tarpeellinen eikä siten myöskään oikeutettu. Jos väistämismahdollisuus sitä vastoin otetaan periaatetyyppisenä normina osaksi puolustettavuusarviointia muodostamaan tapauksen ratkaisemissa hyödynnettävää periaatekehikkoa, on mahdollista, että väistämismahdollisuuden olemassaolosta huolimatta hätävarjelu on toiseen suuntaan vaikuttavien periaatteiden johdosta kokonaisuutena arvostellen oikeutettua.

Väistämismahdollisuuden laajuuteen liittyvien kysymysten jälkeen siirryn arvioimaan varsinaisessa puolustettavuusarvioinnissa huomioon otettavia seikkoja. RL 4 luvun 4 § 1 momentin mukaisen hätävarjelutilanteen ollessa käsillä

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

Sanamuotonsa mukaisesti hätävarjelusäännös edellyttää järkevää suhdetta uhrattavan ja suojeltavan edun välillä. Lain ja sen esitöiden perusteella intressien kokonaisvertailussa tulee huomioon otettavaksi hyökkäyksen laatu, voimakkuus ja vaarallisuus, puolustautujan ja hyökkääjän henkilöt, suojeltavan edun merkitys, puolustuksessa käytetyn väkivallan ja sen aiheuttamien vahinkojen suuruus sekä muut olosuhteet.⁴²²

Ajoittain suhteellisuuden ja puolustettavuuden on katsottu tarkoittavan samaa asiaa. Näin ei kuitenkaan ole, vaan puolustusteko voi olla oikeassa suhteessa suojattavaan oikeushyvään, mutta ei välttämättä säännöksen tarkoittamalla tavalla puolustettavaa. Suhteellisuusperiaatteen mukainen teko voi siis ylittää sen, mitä pidetään puolustettavana.⁴²³ Puolustettavuus lieneekin käsitteenä varsin lähellä kohtuullisuutta.

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa jo Alanen on katsonut, että lähtökohtaisesti ”järkevästi ajattelevan ihmisen” *ex ante* -näkökulma on oikea sekä arvioitaessa hyökkäyksen tai sen uhan läsnäoloa että puolustautumiskeinoja.⁴²⁴ Fränden mu-

⁴²² HE 44/2002 vp, s. 114.

⁴²³ Frände 2012, s. 148 ja Boucht – Frände 2008, s. 96.

⁴²⁴ Alanen 1925, s. 97 ja 123. Ks. myös Honkasalo 1965, s. 134. Honkasalo on kiinnittänyt huomiota myös siihen, että ratkaisevaa on se, että teko on ”tahdontoiminnan hetkellä” oikeudenmukainen, vaikka se ei sitä enää seurauksen ilmaantuessa olisikaan. Samansuuntaisesti Anttila – Heinonen 1974, s. 59. Ylimpien laillisuusvalvojen ratkaisukäytännöstä ks. OKA 1987, s. 100–101.

kaan ainakin hätävarjelukeinojen tarpeellisuus arvioidaan *ex ante* huolellisen tarkkailijan mittapuulla.⁴²⁵ Samoin Majanen on puolustustekojen tarpeellisuuden osalta todennut, että välttämättömyyden arviointi tulee tehdä ”objektiivisesti tekohekellä tiedossa olevien seikkojen perusteella”.⁴²⁶ Puolustustekojen sallittuisuutta arvioitaessa arvioinnin kohteena ovat siis objektiiviset kriteerit, jotka koskevat uhkaa ja sen torjumiseksi käytettyjä keinoja. On kuitenkin todettu, että nimenomaan ”puolustettavuusarvioinnissa käytettävillä objektiivisilla mittapuilla on subjektiivinen väritys”.⁴²⁷

Hätävarjelutilanteiden oikeudellinen arviointi on Ruuskasen mukaan tyypillisesti pistemäistä (asiayhteydestä irrotettua, dekonstekstuaalista), ja siihen kuuluu vain poikkeuksellisesti tekoon johtaneiden olosuhteiden arviointia. Ruuskanen on omassa parisuhdeväkivaltaa koskeneessa tutkimuksessaan käyttänyt laajempaa *time-framingia*, joka mahdollistaa tekoon johtaneiden olosuhteiden kattavamman huomioimisen (kontekstuaalinen tarkastelu). Tällainen tarkastelu on tarpeen, jos pyritään tuomaan esille tekijään liittyviä huolimattomuuden ja jopa piittaamattomuuden kaltaisia seikkoja.⁴²⁸ Aikaikkunan avartamisen merkitys pyritään tuomaan esille myös seuraavassa analyysissä, mutta samalla on kiinnitettävä korostettua huomiota siihen, ettei olosuhteiden ajallisesti laajempi tarkastelu johda perusteettomasti kansalaisten oman voimankäyttöoikeuden laajentumiseen viranomaistoimivallan ensisijaisuuden kustannuksella.

Tarkasteltavan aikaikkunan merkityksen osalta on syytä viitata myös Nuutilaan, joka on todennut, että edellä selostetussa ratkaisussa KKO 1993:50 tapahtumia olisi voitu lähestyä aktiivisen tekemisen sijasta myös laiminlyönnin näkökulmasta. Hänen mukaansa tapauksessa katsottiin laiminlyödyn velvollisuus kansalaisten suojelemiseen.⁴²⁹ Konkreettisemmin olisi voitu katsoa laiminlyödyn velvollisuus sulutuksen purkamiseen.

⁴²⁵ Frände 2012, s. 148. Samoin Boucht – Frände 2008, s. 95. Ks. myös Saksan oikeustilan osalta Wittemann 1997, s. 16.

⁴²⁶ Majanen 1979, s. 301. Boucht on Ruotsin oikeustilan osalta katsonut, että vaikka julkisoikeudellisessa viitekehityksessä tulee käyttää objektiivisen tarkkailijan *ex ante* -katsantoa, on rikosoikeuden näkökulma *ex post*, koska muunlainen tulkinta voisi olla poliisimiehen kannalta liian ankara. Tällöin hätävarjelutilanteiden *ex post* -arvioinnissa huomioon tulee otettavaksi kaikki tuomitsemishetkellä tiedossa olevat seikat. Ks. tästä Boucht 2011a, s. 279–280 ja 300.

⁴²⁷ Boucht – Frände 2008, s. 89.

⁴²⁸ Ruuskanen 2005, s. 21–23.

⁴²⁹ KKO 1992:74, Nuutila 1996a, s. 238 av. 230. Ks. myös Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 519–520. Siltä osin kuin kyse on mahdollisuudesta, että kaappaaja räjäytti itse pommin, voidaan ratkaisua KKO 1993:50 lähestyä myös toisen tahallisen teon tuottamuksellisen edistämisen näkökulmasta. Näin on käsillä ollutta tapausta lähestynyt Vaasan hovioikeus ratkaisussa 15.4.2011 nro 471. Hovioikeuden mukaan ”vastuu toisen tahallisella rikoksella aiheuttamasta seurauksesta yleensä edellyttää erityisiä perusteita. Ensinnäkin on niin, että toisen henkilön tietoista inhimillistä toimintaa ja aikomuksia voi olla usein vaikeampi ennakoita kuin muunlaisia huolimattomuuden seurauksia. Myös mainittu luottamusperiaate puoltaa erityisiä perusteita vastuun syntymiselle.

7.1 TARPEELLINEN PUOLUSTUSTEKO

Tarpeellisuus viittaa sekä väkivallan määrään että puolustautumisen aikarajoihin. Väkivaltaa ei saa käyttää ennen kuin siihen on tarve, hyökkäys on torjuttava niin vähäisellä väkivallalla kuin mahdollista eikä puolustautumista saa jatkaa enää hyökkäyksen tultua torjutuksi.⁴³⁰

Kuten jo edeltä käy ilmi, tarpeellisuusvaatimuksen lisäksi hätävarjeluun aikarajoja on johdettavissa myös hyökkäyksen tai sen *välittömän uhan* määritelmästä. Oikeuskirjallisuudessa on jopa esitetty, että hallituksen esityksen kirjaus saattaisi oikeuttaa hätävarjeluun jo aiemmin kuin välittömästi uhkaavan hyökkäyksen määritelmästä voidaan päätellä. Matikkala on esimerkkinä viitannut vanhaan norjalaiseen tapaukseen, jossa kapteeni sai tietää, että miehistö aikoo tappaa hänet laivan saavuttua tiettyyn paikkaan. Kapteenilla katsottiin olevan oikeus hätävarjeluun, vaikka hyökkäys ei välittömästi uhannutkaan. Hän viitannut myös kahteen perheväkivaltaa käsitelleeseen tapaukseen, joissa sallituksi katsottiin väkivaltaisen aviomiehen ampuminen tämän nukkuessa sekä perheenjäseniä vuosia pahoinpidelleen perheenisän ampuminen tämän keskustellessa vanhempiensa kanssa.⁴³¹ Tältä osin viitataan jo aiemmin wc-esimerkin ja parisuhdeväkivallan osalta lausuttuun.

Tarpeellisuuskriteeriin voidaan sisällyttää myös vaatimus yrittää välttää hyökkäys suusanallisesti esimerkiksi huutamalla apua tai varoittamalla. Ääritilanteissa varoittaminen voi tapahtua myös varoituslaukaus tai -laukauksia ampumalla.⁴³² Koska aseella uhkaaminen ja varoituslaukauksen ampuminen katsotaan poliisitoiminnassa ampuma-aseen käytöksi, edellyttää näiden keinojen käyttäminen sitä, että ko. tilanteessa voidaan käyttää kuolettavaa voimaa. Aseella uhkaamiselle ja varoituslaukauksen ampumiselle näin muodostuvaa korkeaa kynnystä

Hallintoviranomaisen soveltaessa lakia lievennys saattaa perustua siihen, että viranomainen voi olla velvollinen soveltamaan lakia oikeuslähteiden ja vakiintuneen käytännön mukaisesti riippumatta mahdollisista omista epäilyksistään.” Kyse oli aselupa-asioita käsitelleen poliisimiehen vastuusta ns. Kauhajoen koulusurmista. Vaikka hovioikeus totesi poliisimiehen rikkoneen ampu-
ma-aselain 92 §:n 1 momenttiin perustuvan velvollisuutensa ja syyllistyneen tuottamukselliseen virkavelvollisuuden rikkomiseen, katsoi se, että ”H ei ollut mieltänyt sitä vaihtoehtoa mahdolliseksi, että Saari tulisi tekemään koulusurman. H:n ottama kielletty riski ei ollut koskenut koulusurmaa, eikä se huolimattomuus, johon H oli syyllistynyt jättäessään aseensa Saaren haltuun, ole näin ollen ollut relevantti Saaren tekemän rikoksen seurausten kannalta.”

⁴³⁰ HE 44/2002 vp, s. 116. Pääsääntöisesti voimankäyttö on reaktio tai vastaus (”response”) uhkaavaan käytökseen. Ks. tästä Waddington, 1990 s. 696.

⁴³¹ Matikkala 2006, s. 422–424. HE 44/2002 vp, s. 116 on todettu mm., että ”[h]yökkäys on aloitettu tai välittömästi uhkaava, jos käsillä on väkivallan vaara suojattaville oikeushyville”. Merikapteenitapauksen osalta ks. myös Honkasalo 1965, s. 150. Honkasalo katsoi, että tekoa olisi ainakin tuolloin vallalla olleen oikeustilan mukaan pidettävä ilmeisesti kiellettyinä. Vrt. Ruotsista Westerlund 2003, s. 22, joka pitää kuvattua hyökkäyksen uhkaa hätävarjelusäännöksen edellyttämällä tavalla välittömänä.

⁴³² Ks. Sangero 2006, s. 147–148 ja Jareborg 2001, s. 261.

voidaan aseenkäytön yleisen uskottavuuden ylläpitämisen lisäksi perustella sillä, että aseenkäyttötilanteiden kaltaisissa ääritilanteissa poliisimiehen kyky tehdä havaintoja ympäristöstä saattaa heiketä, mikä puolestaan saattaa johtaa siihen, että esimerkiksi paikalla olevia sivullisia ei havaita.

Toisaalta on huomattava, että viranomaisapua ollessa saatavilla ei hätävarjelu ole tarpeen eli välttämätöntä. Muissa kuin henkilökohtaiseen koskemattomuuteen kohdistuvissa hyökkäyksissä yhteydenotto viranomaiseen onkin usein riittävä toimenpide eikä puolustustekoa tarvita.⁴³³ Majanen ei kuitenkaan ole pitänyt viranomaisavun pyytämistä hätävarjelu-oikeuden edellytyksenä, vaikka hänenkin mukaansa puolustustekojen puolustettavuutta arvioitaessa on otettava huomioon, ”onko haluttomuus viranomaisen avun käyttämiseen johtanut selvästi ankarampien voimakeinojen käyttämiseen” kuin voidaan pitää puolustettavana tai tarpeellisena.⁴³⁴ Tämä kannanotto viittaisi ennemminkin viranomaisavun mahdollisuuden huomioon ottamiseen punnittavana periaatteena kuin sääntötyyppiseen joko–tai–ratkaisuun hätävarjelu edellytysten käsilläolosta. Todettakoon, että myös Ruuskanen on käsitellyt mahdollisuutta viranomaisapuun juuri *suhteellisuusperiaatteen* yhteydessä.⁴³⁵

Lievimmän mahdollisen keinon vaatimuksen osalta on vaikea asettaa täsmällisiä kriteerejä. Kuten Boucht ja Frände ovat todenneet, fyysiseen koskemattomuuteen puuttuminen oikeuttaa lähes poikkeuksetta fyysiseen voimankäyttöön, kun taas omaisuuteen ja kunniaan kohdistuvat hyökkäykset eivät lähtökohtaisesti oikeuta fyysiseen voimankäyttöön.⁴³⁶ Kunnian osalta tämä epäilemättä pitää paikkansa, mutta sitä vastoin omaisuuden suojelemiseksi lienee varsin usein oikeutettua käyttää lieviä voimakeinoja, kuten henkilöön tarttumista lisävahinkojen tekemisen estämiseksi. Tosin kuten edellä on todettu, fyysiseen koskemattomuuteen kohdistuvista hyökkäyksistä poiketen omaisuuden osalta turvautuminen viranomaisapuun on varsin usein käyttökelpoinen ratkaisu.

Puolustusteon tarpeellisuus on tullut korkeimman oikeuden arvioitavaksi seuraavassa tapauksessa:

KKO 1988:49 (Vahingonkorvaus, hätävarjelu): Huoltoasemalle yöksi pistoolilla varustautuneena vartioon jäänyt huoltoaseman hoitaja oli ampunut jalkaan anastustarkoituksessa sisään murtautunutta A:ta, joka uhkaavasti esiintymällä oli koettanut välttää kiinni joutumisen. Huoltoaseman hoitajan katsottiin käyttäneen oikeudettoman

⁴³³ Frände 2012, s. 147. Ks. myös Ruuskanen 2005, s. 159.

⁴³⁴ Majanen 1979, s. 305. Ks. myös Matikkala 2006, s. 425. Matikkala on katsonut, että mahdollisuus viranomaisavun saamiseen tulee ottaa huomioon myös puolustettavuusarvioinnissa.

⁴³⁵ Ruuskanen 2005, s. 187.

⁴³⁶ Boucht – Frände 2008, s. 95. *Common law* -kirjallisuudesta ks. Leverick 2006, s. 142, joka on esittänyt, että ihmisen surmaaminen omaisuuden suojaksi ei ole koskaan sallittua, ei edes omaisuuden ollessa kotona.

hyökkäyksen torjumiseksi ja A:n kiinniottamiseksi enemmän väkivaltaa kuin voitiin pitää välttämättömänä ja olosuhteet huomioon ottaen puolustettavana, minkä vuoksi hänet velvoitettiin suorittamaan A:lle korvausta ampumavamman johdosta. Ään.

Korvausta sovittiin vahingonkorvauslain 6 luvun 1 §:n nojalla. Ään.

Korkeimman oikeuden päätöserusteluista ilmenee seuraava tapahtumien kulku:

”Havaittuaan miehen tyhjentämässä kahvion tupakkahyllyä B oli nostonut aseensa varmistettuna ylös ja huutanut: ’Seis. Kädet ylös. Olette kiinniotetut’. B:n ensiksi havaitsema mies olikin nostonut kätensä ylös, mutta samaan aikaan keittiösyvennyksestä kahvion tiskin takaa pystyyn noussut A ei ollut niin tehnyt B:n uudesta kehoituksesta huolimatta. A oli lähtenyt tulemaan tiskiä kiertäen B:tä kohti, jolloin B oli poistanut aseensa varmistimen ja kehottanut A:ta pysähtymään. A oli kuitenkin tullut kiihtyvien askelin kohti B:tä ja kohottanut käsiään lyöntiasentoon. Tällöin B oli laskenut aseensa alas ja ampunut laukauksen kohti A:n jalkoja.”

Korkeimman oikeuden ratkaisun perustelut viittaavat jopa siihen, että Korkein oikeus on katsonut huoltoaseman hoitaja B:n ko. tilanteessa yöllisellä huoltoasemalla toimineen lain puitteissa, mutta hänen aiemman menettelynsä siltä osin kuin se johti ampumiseen huoltoasemalla olleen lain vastaista. Tältä osin päätöksen perusteluissa on varsin moniselitteisesti todettu B:llä olevan oikeus hätävarjelutekoon, ”joka hänen kertomansa A:n oikeudettoman hyökkäyksen torjumiseksi on ollut välttämätön.”

Kyseessä on ensi vaiheessa ollut kiinniottotilanne⁴³⁷, jonka yhteydessä B oli ilmoittanut kiinniotosta kohdehenkilöille. Kiinniottotilanne on muuttunut A:n oikeudettoman hyökkäyksen johdosta hätävarjeluksi. Siitä huolimatta, että B on arvioinut menettelynsä olleen välttämätöntä hyökkäyksen torjumiseksi, on B:n toiminta kokonaisuutena ja laajemmassa aikaikkunassa arvioiden ylittänyt välttämättömyyden ja puolustettavuuden rajat. Viimeksi mainitun osalta rajaus ei perustunut tuolloin voimassa olleen lain sanamuotoon.

Korkeimman oikeuden mukaan sallittua ei ollut jäädä huoltoasemalle ja varta vasten ryhtyä ”väijymään mahdollisia murtautujia ainoana turvakeinonaan ampuma-ase”. Kertomansa mukaan B oli aiempien murtojen johdosta ollut yhteydessä poliisiin ja vartiointiliikkeeseen, mutta korkein oikeus katsoi, että hänen olisi tullut ongelman poistamiseksi tehdä tiiviimpää yhteistyötä muun muassa vartiointiliikkeen kanssa sekä suunnitella toimintaansa paremmin.⁴³⁸ Korkein oikeus näyttäisi asettaneen eräänlaisen velvollisuuden välttää paikkoja, joissa

⁴³⁷ Ks. Majanen 1988, s. 50, jonka mukaan olisi myös voitu katsoa käsillä olleen koko ajan hätävarjelutilanteen, jossa ensin olisi suojattu omaisuutta ja myöhemmässä vaiheessa B olisi suojannut itseään.

⁴³⁸ Ks. Ruuskanen 2005, s. 188. Ruuskanen on todennut ratkaisun olevan poikkeuksellinen siinä suhteessa, että korkein oikeus on ottanut kantaa siihen, millaiset keinot olisivat olleet sallittuja.

voi joutua hyökkäyksen kohteeksi. Tällainen näkemys saa välillistä institutio-naalista tukea siitä, että EIS ei salli surmaamista ei-väkivaltaisen rikoksen estämiseksi.

Tapani ja Tolvanen ovat pohtineet, olisiko esimerkiksi koulutetun vahtikoiran jättäminen rakennuksen sisäpuolelle ollut ko. tapauksessa suhteellisuusperiaatteen mukainen keino. Heidän näkemyksensä mukaan kyllä, jos ”koira on koulutettu torjumaan omaisuutta kohtaan kohdistuneen hyökkäyksen pelottamalla varkaat pois tai pakottamalla varkaat pysymään paikalla.”⁴³⁹ Tällainen mahdollisuus lienee aika epärealistinen.

Yksittäisen voimakeinon tarpeellisuutta on arvioitu myös edellä selostetussa korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1997:84. Ensinnäkin siitä voidaan päätellä, että yllätyshyökkäystäkin voidaan pitää hyväksyttävänä, jos yllätyksen hyväksikäyttö on välttämätöntä hyökkäyksen torjumiseksi.⁴⁴⁰ Toisaalta korkein oikeus katsoi, että tapauksessa oli oikeudettoman hyökkäyksen torjumiseksi käytetty enemmän väkivaltaa kuin on ollut tarpeen. Iskun suuntaaminen päänsäudun sijasta vartaloon tai pelkkä kirveellä uhkaaminen olisivat *todennäköisesti* olleet riittäviä keinoja. Voimankäyttö sinänsä katsottiin tarpeelliseksi.

7.2 VELVOLLISUUS VÄISTÄÄ TAI PAETA

Yksittäisen voimakeinon sekä ylipäätään voimakeinojen käytön tarpeellisuutta on arvioitu poliisitoiminnan kannalta merkittävässä korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2004:75:

KKO 2004:75 (Hätävarjelu, virkarikos – virkavelvollisuuden rikkominen, asianomistaja, syyteoikeus): Poliisimiehet A, B ja C olivat poliisikoiran kanssa ajaneet takaa miestä, joka oli määrää toimittaa psykiatriseen hoitoon. Poliisimiesten tavoitettua miehen tämä oli kääntynyt ja tullut vesuri lyöntiasentoon kohotettuna kohti poliisikoiraa ja A:ta. B oli ampunut miestä kahdesti jalkaan. Koiran kaadettua miehen tämä oli koiran tainnutettuaan ollut kohottautumassa vesurin kanssa, jolloin A oli ampunut häntä kerran. Mies oli myöhemmin kuollut A:n ampumasta luodista saamiinsa vammoihin. Poliisimiehille luettiin syyksi B:lle hätävarjelun liioitteluna tehty pahoinpitely ja A:lle hätävarjelun liioitteluna tehty pahoinpitely ja kuolemantuottamus. (Ään.)

Menettelyä ei luettu A:n ja B:n syyksi erikseen virkavelvollisuuden rikkomisena.

Erityisen onnistuneesti se ei tätä kuitenkaan mielestäni tehnyt. Ks. myös Kerttula 2010, s. 416–417 ja Majanen 1988, s. 50.

⁴³⁹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 323. Tosin, kuten Kerttula 2010, s. 416 av. 1023 on huomauttanut, ”[k]äytännössä tilanne, jossa koira pakottaa varkaat pysymään paikalla, merkitsee sitä, että paikalta poistumisen yritys johtaa koiran suorittamaan puremiseen, josta puolestaan voi olla seurauksena vakavia vammoja.”

⁴⁴⁰ Ruuskanen 2005, s. 145.

Koska oikeus käyttää asianomistajan syyteoikeutta oli siirtynyt surmansa saaneen tyttäreille, ei surmansa saaneen vanhemmilla ollut oikeutta yhtyä virallisen syyttäjän ajamaan syyteeseen. Sillä seikalla, että tytär ei halunnut käyttää puhevaltaansa, ei ollut merkitystä asiassa. Syyteoikeutta ei syntynyt myöskään sillä perusteella, että vanhemmilla oli oikeus vaatia poliisimiehiltä kärsimyskorvausta.

Ratkaisu asiassa annettiin 9.7.2004, mutta korkein oikeus sovelsi kuitenkin teko-
hetkellä voimassa olleita RL 3 luvun 6 ja 9 §:ää, koska tuomitsemishetkellä
voimassa olleiden RL 4 luvun 4 ja 7 §:n sekä 6 luvun 8 §:n 1 momentin 4 kohdan
ja 2 ja 4 momenttien soveltaminen ei olisi johtanut lievempään lopputulokseen
käsiteltävässä asiassa.

Ratkaisun kohdasta 6 ilmenee, että korkein oikeus on eristänyt ratkaistavaksi
oikeudelliseksi kysymykseksi nimenomaan sen, olivatko ”koirapartioon kuulu-
neet poliisimiehet Keijo U ja Hannu U ylittäneet hätävarjeluoikeuden rajat, kun
he torjuakseen hoitoon toimittamisen tarkoituksessa seuraamansa mielenter-
veysongelmista kärsineen Mikko I:n hyökkäyksen ampuivat tätä seurauksin, että
Mikko I menehtyi”.

Partion tehtävänä oli päätöspäätösten mukaan toimittaa surmansa saanut
henkilö psykiatriseen sairaanhoitoon. Käytännössä kyse oli siis henkilön kiin-
niotosta, joka oli tarkoitus suorittaa ensisijaisesti käskyttämällä ja väsyttämällä
sekä tarvittaessa poliisikoiraa käyttäen. Asetta oli perustelujen mukaan tarkoitus
käyttää vain hätävarjelutilanteessa. Ratkaisun kohdista 14, 18, 23, 25 ja 29 saa-
daan varsin selkeä kuva tapahtumien kulusta.

”Jäljitettyään metsään paennutta Mikko I:tä noin tunnin ajan partio sai hänestä ensim-
mäisen havainnon metsäautotiellä. Tällöin Keijo U ja Pasi H lähtivät seuraamaan
Mikko I:tä hakkuualueelle. Seurattuaan Mikko I:tä metsänreunaan he jäivät odotta-
maan Hannu U:ta ja koiraa, koska he pitivät etenemistä ilman sitä vaarallisena. Hannu
U:n ja koiran liittyttyä partioon se jatkoi Mikko I:n seuraamista. Tavoitettuaan Mikko
I:n uudelleen ja päästyään hänestä vajaan 20 metrin päähän partio levittäytyi rinnak-
kain muutaman metrin välein ja käskytti samalla Mikko I:tä pudottamaan aseensa. Täl-
löin Mikko I pysähtyi, heitti haravan sivuun, kääntyi ja lähti vesuri kohotettuna etene-
mään nopeasti kohti poliisikoiraa ja Hannu U:ta.”

”Asiassa esitetystä selvityksestä voidaan päätellä, että Keijo U on ampunut ensim-
mäisen kerran, kun Mikko I oli vajaan 10 metrin päässä Hannu U:sta ja toisen kerran
Mikko I:n otettua vielä muutaman askeleen. Mikko I on edetessään pitänyt vesuria
koholla, mutta mitään viitteitä siitä, että hän olisi ollut aikeissa heittää sen Hannu U:ta
kohti, ei ole ilmennyt. Ampumahetkellä Mikko I ei siten ole ollut sellaisella etäisyy-
dellä, että hän olisi voinut vesurilla vahingoittaa Hannu U:ta. Etäisyyttä osoittaa sekin,
että poliisikoira heti laukausten jälkeen hyökätessään syöksyi eteenpäin.”

”Hannu U:n mahdollista syyllisyyttä arvioitaessa keskeisiä ovat ne hetket, joiden
kuluessa kaksi osumaa jalkaansa saanut Mikko I oli joutunut koiran hyökkäyksen
kohteeksi, tainnut koiran, kaatunut ja ryhtynyt vesurinsa kanssa kohottautumaan.
Hannu U oli tuolloin ampunut Mikko I:hin laukauksen, joka sittemmin johti tämän
kuolemaan.”

”Poliisimiesten arvioiden mukaan Mikko I on kaatunut noin kolmen metrin päähän Hannu U:sta. Mikko I on ollut Hannu U:n esitutkinnassa kertoman mukaan ’punnetautumassa ylöspäin’, kun Hannu U on ampunut suunnatun laukauksen Mikko I:n alaraajoihin. Luoti on osunut Mikko I:n reiteen noin 30 senttimetriä polven yläpuolelle, kulkenut oikean jalan läpi häpyluun päältä vasempaan reiteen ja siitä jalan läpi ulos. Luoti on kulkenut yläviistoon niin, että ulostuloaukko on seitsemän senttimetriä osumapistettä ylempänä, ja se on lävistänyt vasemman jalan reisivaltimon ja laskimon.”

”Valokuvien ja videotallenteen mukaan Mikko I:n kaatumispaikka on ollut tasamaata tai loivaa rinnettä. Aukealla on ollut kantoja, kiviä ja mättäitä sekä paikoitellen runsaastikin hakkuujätettä, mutta asianosaiset olivat kertomansa mukaan tulleet paikalle puolijuoksua. Hannu U:n takana tai sivulla ei ole ollut välittömiä esteitä liikkuu. Kaikki poliisimiehet ovat olleet ampumavalmiudessa.”

Todettakoon vielä ratkaisun kohdasta 28 ilmenevä seikka, että kukaan poliisimiehistä ei ”kertonut havainneensa, että Keijo U:n ampumat laaukukset olisivat osuneet Mikko I:hin. Kun Mikko I on välittömästi koiran kaadettua hänet ryhtynyt kohottautumaan, ei Hannu U:lla ole ollut syytä muutoinkaan olettaa, ettei Mikko I olisi kyennyt jatkamaan hyökkäystään.”

Päätösperustelujen mukaan tehtävän suorittamiseksi käytetyt keinot olivat kromologisesti seuraavat:

- Jo ennen lopullisia tapahtumia Mikko I:tä *varoitettiin* kahdesti poliisikoiran käyttämisestä, ellei hän pysähtyisi ja luopuisi vesurista.
- Juuri ennen tilanteen kärjistymistä partio *käskytti* Mikko I:tä pudottamaan aseensa. Tämän jälkeen Mikko I luopui haravasta, mutta ”lähti vesuri kohotettuna eteneeseen nopeasti kohti poliisikoiraa ja Hannu U:ta”.
- Keijo U ampui ensimmäisen kerran, kun Mikko I oli vajaan 10 metrin päässä Hannu U:sta ja toisen kerran Mikko I:n otettua vielä muutaman askeleen ensimmäisen laukauksen jälkeen. Alioikeuden ratkaisusta ilmenee Keijo U:n ampuneen kohti jalkoja ja että laaukukset osuivat Mikko I:n oikeaan sääreen polven alapuolelle.
- Välittömästi laukausten jälkeen poliisikoiraa syöksyi eteenpäin ja kaatoi Mikko I:n maahan. Alioikeuden ratkaisusta ilmenee, että koiraa oli tarttunut hampaillaan Mikko I:n vasempaan käsivarteeseen, jonka jälkeen Mikko I oli lyönyt sitä vesurilla päähän. Koiraa oli iskun johdosta irrottanut otteensa, mutta myös Mikko I oli hyökkäyksen johdosta kaatunut maahan ja pudottanut vesurin. Ratkaisun kohdasta 25 ilmenee paikalla olleiden poliisimiesten arvioineen Mikko I:n kaatuneen noin kolmen metrin päähän Hannu U:sta.
- Tämän jälkeen Mikko I ryhtyi kohottautumaan vesurinsa kanssa ja Hannu U ampui Mikko I:hin sittemmin kuolemaan johtaneen laukauksen. Hannu U kertoi suunnanneensa tähtäämättömän laukauksen kohti Mikko I:n alaraajoja.⁴⁴¹

⁴⁴¹ Ks. myös Knutsson 2005, s. 127–128, josta ilmenee, että tarkasteluvälillä Ruotsissa vain alle 15 %:ssa tilanteista, joissa poliisi ampui aseella, laukauksia ampui useampi kuin yksi poliisi. Yhteensä kolme tai useampia laukauksia ammuttiin alle 10 %:ssa tilanteita.

Korkein oikeus on tehnyt seuraavia arvioita Keijo U:n menettelystä. Ratkaisun kohdasta 6 ilmenee ensinnäkin, että kyseessä oli Mikko I:n hyökkäyksen torjuminen eli siis hätävarjelutilanne.⁴⁴² Todettuaan ensin, että poliisimiehelle voidaan hätävarjelutilanteessa asettaa korkeammat vaatimukset kuin tavalliselle kansalaiselle, korkein oikeus katsoi, ettei Keijo U:n Hannu U:n suojelemiseksi käyttämä voimakeino ollut välttämätön hyökkäyksen torjumiseksi eikä kerrotuissa olosuhteissa puolustettava.

Keijo U:n katsottiin tehneen Mikko I:lle ruumiillista väkivaltaa ja siten syylistyneen hätävarjelun liioitteluna tehtyyn pahoinpitelyyn. Olennaista välttämättömyys- ja puolustettavuusarvioinnissa oli, että Hannu U:lla oli käytössään koulutettu poliisikoira, jonka Korkein oikeus vastoin Hannu U:n ja Keijo U:n näkemystä katsoi olleen toimintakuntoinen ja kykenevä pysäyttämään hyökkäyksen. Korkeimman oikeuden näkemystä tukee vahvasti se, että koira itse asiassa pysäytti Mikko I:n hyökkäyksen Keijo U:n ampumien laukausten jälkeen. Voidaan tosin pohtia, olisiko koira kyennyt pysäyttämään Mikko I:tä, ellei tätä olisi jo ammuttu jalkaan. Joka tapauksessa korkein oikeus on katsonut, että koska koira ei ennen laukauksia käsketty hyökkäämään, ei Keijo U ole voinut perustellusti arvioida, että koira olisi ollut toimintakyvytön.

Seuraamusta pohtiessaan Korkein oikeus kuitenkin totesi tilanteen olleen yllätyksellinen ja edellyttäneen Keijo U:lta nopeita toimia. Kun Hannu U ja hänen ohjauksessaan ollut poliisikoira eivät tosiasiallisesti toimineet, vaikka olisivat siihen kyenneet, katsottiin olosuhteiden olleen sellaiset, ”ettei Keijo U:lta ole kohtuudella voitu vaatia muunlaista käyttäytymistä.” Hänet jätettiin rangaistukseen tuomitsematta.⁴⁴³

Hannu U:n menettelyä korkein oikeus on puolestaan arvioinut seuraavasti. Toistettuaan ensiksi Keijo U:n kohdalla todetun poliisimiehille asetettavista korkeimmista vaatimuksista se on todennut, että ”[h]yökkääjän ollessa psyykkisesti sairas voidaan poliisimieheltä edellyttää myös tavallista enemmän joustavuutta, mihin voi tarvittaessa sisältyä perääntyminen ja hyökkäyksen väistäminen”. Tällaiset normit asetettuaan Korkein oikeus totesi, että koska Mikko I oli Hannu U:n ampuessa laukauksen vasta punnertautumassa ylöspäin, ampuma-aseen käyttö ei ollut välttämätöntä eikä hyökkääjän henkilö huomioon ottaen puolustettavaa. Maasto-olosuhteetkin huomioon ottaen Hannu U olisi voinut hyökkäyksen välttämiseksi perääntyä tai siirtyä sivulle. Hannu U:n menettely oli siten hätävarjelun liioittelua. Koska kyseessä oli tähtäämätön laukaus kohti tilanteessa liikku-

⁴⁴² Ruotsissa tällainen psyykkisesti sairaan henkilön hyökkäys käsiteltäisiin pakkotilan näkökulmasta, koska hyökkäystä ei puuttuvan subjektiivisen elementin johdosta voida pitää ”rikollisena” (*brotsligt*). Ks. tästä esim. Westerlund 2003, s. 35.

⁴⁴³ Yksi oikeusneuvos olisi hylännyt Keijo U:ta vastaan nostetun syytteen ja kaksi oikeusneuvosta sekä esittelijä olisivat tuominneet Keijo U:n 40 päiväsakon suuruiseen sakkorangaistukseen.

neen Mikko I:n alaraajoja, pidettiin mahdollisena, että laukaus oli voinut osua tarkoitettua vaarallisempaan paikkaan. Tämän johdosta korkein oikeus ei katsonut, että ”Hannu U:n olisi täytynyt pitää Mikko I:n kuolemaa menettelynsä varsin todennäköisenä seurauksena”. Hannu U:n katsottiin syyllistyneen hätävarjelun liioitteluna tehdyn tapon sijasta hätävarjelun liioitteluna tehtyyn pahoinpiteilyyn, jota ei katsottu kokonaisuutena arvostellen törkeäksi.

Hannu U:n Mikko I:n kuolemaan johtanutta huolimattomuutta pidettiin lähtökohtaisesti törkeänä, koska ”[a]mmuttaessa liikkuvaa kohdetta tähtäämättä ja lähietäisyydeltä vaara siitä, että laukaus aiheuttaa vaikean vamman tai hengenvaarallisen tilan, on suuri”. Ratkaisevaa näyttää siis olleen menettelyn todennäköiset seuraukset eikä niinkään se, kuinka törkeästi huolellisuusvelvoitetta rikottiin. Koska kyseessä oli kuitenkin puolustautuminen uhkaavalta hyökkäykseltä ja hyökkääjän menehtymiseen vaikutti osaltaan se, ettei hänen vammojen vakavuutta heti ymmärretty eikä häntä olosuhteista johtuen saatu riittävän nopeasti hoitoon, kuolemantuottamusta ei kuitenkaan kokonaisuutena arvostellen pidetty törkeänä. Kuoleman aiheuttamisen osalta Hannu U:n katsottiin syyllistyneen hätävarjelun liioitteluna tehtyyn kuolemantuottamukseen. Korkein oikeus katsoi, että Hannu U:n olisi edeltävien voimakeinojen tehoa arvioidessaan tullut varautua siihen, että tilanne jatkuu uhkaavana, ja toisaalta hänen koulutuksensa ja kokemuksensa sekä hyökkääjän henkilö huomioon ottaen olosuhteet olisivat edellyttäneet ”aseen käytölle vaihtoehtoisten keinojen harkintaa ja käyttämistä”. Sakkorangaistus katsottiin kuitenkin riittäväksi.⁴⁴⁴ Kysymystä Keijo U:n ja Hannu U:n menettelyn lukemisesta syyksi myös virkavelvollisuuden rikkomisena käsitellään myöhemmin tutkimuksessa.

Tapauksessa on myös putatiivitalanteen piirteitä. Todistajana toiminut kenttäjohtaja oli arvioinut, että ainakin aiemmassa tilanteessa Mikko I oli uhannut nimenomaan poliisikoira, mistä päätelmästä myös Hannu U oli tullut tietoiseksi. Mikko I ei myöskään ennen tilanteen kärjistymistä ollut käyttäytynyt uhkaavasti poliisimiehiä kohtaan, mistä syystä korkein oikeus päätyi pitämään mahdollisena, että Mikko I kohdisti hyökkäyksensä ensisijaisesti ohjaajansa edessä olleeseen koiraan. Korkein oikeus on kuitenkin aivan oikein katsonut, että ”sanotuissa olosuhteissa myöskään Hannu U ei ole voinut tietää, oliko häneen ja koiraan suuntautuneen hyökkäyksen kohteena pelkästään koira. Näin ollen Keijo U:n ja Hannu U:n toimia ei voida arvioida tästä lähtökohdasta”. Toiminta ei siten ollut tässä suhteessa huolimattontaa, vaan erehdys tilanteen luonteesta oli perusteltu. Näin arvioituna kyse olikin ns. putatiiviliioittelusta, jossa käytetyt voimakeinot olivat liiallisia kuviteltuun hyökkäykseen nähden.

⁴⁴⁴ Kaksi oikeusneuvosta olisi jättänyt myös Hannu U:n rangaistukseen tuomitsematta ja kaksi muuta olisi tuominnut hänet hätävarjelun liioitteluna tehdystä törkeästä pahoinpitelystä ja törkeästä kuolemantuottamuksesta kuuden kuukauden ehdolliseen vankeusrangaistukseen.

Lahti on ratkaisua kommentoidessaan kiinnittänyt myönteistä huomiota ensinnäkin siihen, että poliisimiesten toiminnalle hätävarjelutilanteessa asetettiin korkeammat vaatimukset kuin tavalliselle kansalaiselle, ja toisaalta siihen, että hyökkääjän ollessa psyykkisesti sairas voitiin edellyttää suurempaa joustavuutta, mihin Lahden mukaan voi sisältyä perääntyminen ja hyökkäyksen väistäminen. Lisäksi Lahti todennut ratkaisussa otetun ns. perinteisen käsityksen mukaisen kannan yleisen hätävarjelu-oikeuden soveltuvuudesta poliisimiesten voimankäyttöön.⁴⁴⁵

Nuotio vaikuttaisi oikeustapauskommentaarissaan arvioineen tapahtumaa laajemmassa aikaikkunassa kuin Korkein oikeus. Tosiseikastoa tällä tavoin lähestyttäessä on vaikea arvioida tilannetta pelkästään hätävarjelu-oikeuden näkökulmasta. Kuten hän on todennut, psykiatrisen potilaan saattaminen hoitoon tuskin on sellainen toimi, johon tavallinen kansalainen olisi oikeutettu, jolloin tämän tulisi väistää tilannetta. Poliisi sitä vastoin on velvollinen hoitamaan ko. tilanteet muun muassa yleisen järjestyksen turvaamiseksi. Poliisi ei siten voi tilannetta ainakaan tyystin väistää. Ehkä osin lähestymistavastaan johtuen Nuotio on päätenyt toteamaan, että ”doktriini poliisin kahdesta eri roolista, kansalaisen roolista ja poliisin roolista, jota ratkaisu vahvistaa, on perusteiltaan hyvin pulmallinen”. Erityisen ongelmallisena hän on pitänyt sitä, että selkeästi julkisen vallan ja yksityisen kansalaisen välinen konflikti muuttuisi tilanteen kiristyessä yhtäkkiä kahden kansalaisen väliseksi konfliktiksi. Samalla poliisimies vapautuisi tiukasta hallinto-oikeudellisesta sääntelystä. Hän on pitänyt doktriinia ongelmallisena myös siinä suhteessa, että valtioiden tulee puuttua erityisesti julkisen vallan taholta tuleviin ihmis- ja perusoikeusloukkauksiin ja saattaa sellaisiin syyllistyneet edesvastuuseen. Ratkaisuna hän onkin esittänyt, että lainsäädäntöä kehitettäisiin siten, että tarve vedota yleiseen hätävarjelu-oikeuteen minimoitaisiin ja virkavastuu ulotettaisiin kaikkiin voimankäyttötilanteisiin.⁴⁴⁶ Nuotion näkökulma nostaa esille myös kysymyksen väistämisvelvollisuuden ja virkavelvollisuuksien mahdollisesta ristiriidasta. Tähän kysymykseen palataan myöhemmin.

Hyökkääjän henkilö tulee nykyään suoraan lakitekstin nojalla huomioon otettavaksi puolustustekojen puolustettavuutta arvioitaessa. Siitä huolimatta katson, että KKO:n ratkaisussa kuvatus tapauksen kaltaisissa tilanteissa, joissa hyökkääjänä on mielenterveysongelmista kärsivä henkilö, hyökkääjän henkilön tämä ominaisuus vaikuttaa nimenomaan puolustustekojen tarpeellisuutta arvioitaessa. Eli kuten korkein oikeuskin on edellyttänyt, tällaisissa tilanteissa hyökkäys pitää pyrkiä väistämään ja tällä tavoin välttämään tarve konkreettisten voimakeinojen käyttöön. Mikäli joustavallakaan menettelyllä tai viranomaisapuun turvautumal-

⁴⁴⁵ Lahti 2006, s. 204–205. Ks. myös Nuotio 2005b, s. 222–223.

⁴⁴⁶ Nuotio 2005a, s. 61–62. Ks. myös Nuotio 2005b, s. 222.

la hyökkäystä ei pystytä väistämään ja konkreettinen puolustusteko on välttämätön, menettävät hyökkääjän mielenterveysongelmat hänen henkilöön liittyvänä ominaisuutena nähdäkseni suurelta osin merkityksensä. Olisi kohtuutonta edellyttää, että hyökkäyksen kohteeksi joutunut virkamies tai yksityishenkilö ottaisi tällaisessa tilanteessa suurempia terveytensä tai jopa henkeensä kohdistuvia riskejä kuin niissä tilanteissa, joissa hyökkääjä on henkisesti terve. Asiaan on kiinnittänyt huomiota myös Kerttula, joka on kysynyt, missä määrin hyökkääjän psyykkisen tilan ylipäättään tulee vaikuttaa puolustettavuusarviointiin ja erityisesti puolustautujan joustavuuteen. Psyykkisesti häiriintyneen henkilön hyökkäys voidaan usein arvioida jopa vaarallisemmaksi kuin rationaalisesti ajattelevan henkilön hyökkäys.⁴⁴⁷

Ehkä oikeampi tulkintaratkaisu olisikin, että tarpeellisuuskriteerin ohella hyökkääjän henkilön vaikutusta kanavoitaisiin puolustettavuusarvioinnin sijasta ”ilmeisesti ylittää” -kriteerin tiukempaan soveltamiseen tilanteissa, joissa hyökkääjä on esimerkiksi lapsi tai mieleltään sairas.⁴⁴⁸

Tässä yhteydessä on syytä viitata myös Noréen selostamaan tapaukseen Ruotsista, jossa sekavasti käyttänyt mies lähestyi puukolla uhaten kahta poliisimiestä. Henkilön hyökkäyksen pysäyttämiseksi käytettiin pippurisumutetta sekä maahan suunnattua varoituslaukausta, jotka eivät tehonneet. Tämän jälkeen toinen poliisimies ampui hyökkääjää jalkaan ja tämänkin osoittauduttua tehottomaksi kaksi kertaa vartaloon. Viimeksi mainitut laukaukset surmasivat hyökkääjän. Voimankäyttö katsottiin oikeutetuksi ja tapauksen esitutkinta lopetettiin.⁴⁴⁹ Verrattuna tapaukseen KKO 2004:75 ainoa merkityksellinen ero näyttäisi olevan siinä, että Noréen selostama tapaus sattui terveyskeskuksen parkkipaikalla, jolloin läheisyydessä mitä ilmeisimmin oli muitakin henkilöitä.

Kuten korkeimman oikeuden ratkaisusta ilmenee, hätävarjelu puolustettavuuteen ja tarpeellisuuteen voidaan kytkeä velvollisuus väistää tilannetta tai jopa paeta tilanteesta, jos se on mahdollista. Kysymys tämän velvollisuuden laajuudesta ei ole mitenkään uusi. Alanen on jo vuonna 1925 viitannut aiempaan saksalaiseen kirjallisuuteen, jossa puolestaan katsottiin, että roomalaisessa oikeudessa hätävarjelu ei ollut sallittua, jos hyökkäyksen uhka oli väistettävissä pakenemalla.⁴⁵⁰ Edelleen hän on viitannut germaanisen oikeuden määräykseen 1200-luvulta, jonka mukaan puolustautujan oli väistettävä kolme askelta ennen ryhtymistään puolustustaumistekoihin.⁴⁵¹ Myös Preussin yleisessä maanlaissa

⁴⁴⁷ Kerttula 2010, s. 382 av. 938. Ks. myös OM 2002:7, s. 42, Elholm 2003, s. 32 ja Elholm 2005, s. 18.

⁴⁴⁸ Ks. Elholm 2003, s. 32.

⁴⁴⁹ Norée 2008, s. 45–46.

⁴⁵⁰ Alanen 1925, s. 5.

⁴⁵¹ Alanen 1925, s. 9.

vuodelta 1794 todettiin, että ”hyökkääjän hengenvaarallinen haavoittaminen ei ollut luvallista, jos hyökkäyksen saattoi paolla välttää”.⁴⁵²

Kansallisen oikeutemme osalta Alanen on yli-individuaaliseen hätävarjelu-malliin nojautuen todennut, että hyökkäyksen ollessa tahallinen velvollisuutta *paeta* ei ole, vaan ”on yhteiskunnan kannalta varsin tärkeitä, että se tulee torju-tuksi suoranaisilla ehkäisemistoimenpiteillä.” Tosin *tilapäinen väistyminen* oli tällöinkin mahdollista yhteiskunnan arvovaltaa loukkaamatta. Tällaisen väistä-mismahdollisuuden käyttämättä jättäminen saattoi hänen mukaansa johtaa sii-hen, että puolustautuminen oli oikeudetonta.⁴⁵³ Sitä vastoin hyökkäyksen ollessa tahaton tai hyökkääjän ollessa mielisairas tai hyvin päihtynyt, hätävarjelu salliminen oli ”ristiriidassa järkevän laintulkinnan periaatteiden kanssa”.⁴⁵⁴ Honkasa- lonkaan mukaan velvollisuutta pakenemiseen ei lähtökohtaisesti ollut ja pakene- minen oli myös yhteiskunnan kannalta ”vähemmän suotavaa”. Tietoisesti oikeu- denvastaisen hyökkäyksen väistäminen merkitsi hänen mukaansa ”alistumista oikeusjärjestyksen vastaiseen uhmailuun”. Nähdäkseni tämä aspekti vielä koros- tuu, jos hyökkäys kohdistetaan valtiotahoa edustavaan virkamieheen. Honkasa- lokin olisi suhtautunut eri tavalla tapauksiin, joissa hyökkääjä oli lapsi, mielisai- ras tai muutoin syyntakeeton taikka hyökkäys oli erehdyksessä tehty. Yhteiskun- nan edut eivätkä puolustautujan miehuullisuus vaarannu näissä tilanteissa.⁴⁵⁵

Hieman uudemmassa kirjallisuudessa Majanen ei ole määrittänyt hätävarjelu- oikeuden edellytykseksi erityistä väistämisvelvollisuutta, mutta on kuitenkin todennut, että ”joskus konfliktin välttäminen on hyväksyttäv in ratkaisu”. Velvol- lisuutta juosta pakoon hyökkääjän takaa-ajamana ei ole, vaan kyse on hänen mukaansa lähinnä hyökkäyksen *välttämisestä* paikalta poistumalla, väistämällä tai esimerkiksi sulkemalla oven kotirauhan ollessa uhattuna.⁴⁵⁶ Näyttäisikin siltä, että tässä suhteessa nimenomaan Majanen on ensimmäisenä ottanut selviä aske- leita kohti individuaalista hätävarjelumallia.

Myöhemmin Nuutila on todennut, että ”[u]seimmiten konfliktin välttäminen on hyväksyttäv in ratkaisu”, mutta ”[u]hria ei voitane vaatia alistumaan aina pa- kenemiseen, jos häntä vastaan hyökätään tahallaan”. Väistäminen tulisi kysee-

⁴⁵² Alanen 1925, s. 18 ja Wittemann 1997, s. 6.

⁴⁵³ Alanen 1925, s. 127 ja 130.

⁴⁵⁴ Alanen 1925, s. 128–129.

⁴⁵⁵ Honkasalo 1965, s. 155–156. Samansuuntaisesti vielä uudemmassa ruotsalaisessa kirjallisuus- dessa Norée 2000, s. 231. Ks. myös Westerlund 2003, s. 27–28. Samoja näkökohtia on tuotu esille myös saksalaisessa kirjallisuudessa. Ks. tästä Wittemann 1997, s. 19 ja Roxin 2006, s. 680 ja 683. Roxinin ajattelussa väistämisvelvollisuus näyttäisi tulevan huomioon otettavaksi periaatteena puolustettavuusarvioinnissa. Roxiniin viitaten voidaan todeta, että myös Suomen hätävarjelusäännös määrittää puolustautumiseen käytettäviä keinoja eikä pakeneminen ole puolustautumista!

⁴⁵⁶ Majanen 1979, s. 305. Samansuuntaisesti Helminen et al. 2012b, s. 796.

seen esimerkiksi silloin, jos hyökkääjä on lapsi.⁴⁵⁷ Frändenkään mukaan tarpeellisuuskriteeri ei velvoita ketään pakenemaan,⁴⁵⁸ mutta hyökkääjän henkilöstä johtuvat seikat, kuten alaikäisyys ja mielisairaus voivat puolustettavuusarvioinnin kautta johtaa siihen, että pakenemista olisi edellytetty.⁴⁵⁹ Tapani ja Tolvanen ovat puolestaan sitä mieltä, että ”esimerkiksi henkeen ja terveyteen kohdistuvissa hyökkäyksissä ketään ei voida velvoittaa pakenemaan paikalta – vaikka tämä olisi tietyissä tilanteissa järkevintä”. Toisaalta heidänkin mukaansa kysymys puolustustekojen tarpeellisuudesta muuntuu helposti kysymykseksi puolustustekojen puolustettavuudesta kokonaisuutena arvostellen. Tällöin merkitystä annetaan tilanteen nopealle kehittymiselle ja pakomahdollisuuden puuttumiselle.⁴⁶⁰ Kerttulakaan ei näyttäisi ottavan kovin jyrkkää kantaa väistämisvelvollisuuskysymykseen ainakaan vartijoiden ja järjestyksenvalvojen osalta. Mainittu ammattiryhmä sijoittuu hänen mukaansa yksityishenkilön ja poliisimiehen välimaastoon siten, että vaikka heillä on mahdollisuus turvautua viranomaisapuun, on heillä myös velvollisuus torjua omaisuuteen ja henkilöön kohdistuvia hyökkäyksiä.⁴⁶¹

Pohjoismaisessa kirjallisuudessa Norée on katsonut, että hätävarjelussa on kyse nimenomaan *oikeudesta* puolustaa itseään ja toisia eikä tähän oikeuteen voi sisältyä velvollisuutta paeta, vaikka se olisikin mahdollista. Pakeneminen saattaa toki joissakin tilanteissa olla järkevää.⁴⁶² Englantilainen Ashworth näyttäisi edustavan toisensuuntaista näkökulmaa. Ottamatta ehdotonta kantaa kysymykseen hän on katsonut, että elämän suojaamisen ja väkivallasta pidättäytymisen näkökulmasta konfliktin väistäminen olisi ainakin periaatteessa oikein. Sanotusta huolimatta Englannissa on vakiintuneesti katsottu, että henkilö, jonka kimppuun on hyökätty hänen kotonaan, ei ole velvollinen väistämään (*withdraw*). Ashworth ei itse varauksetta hyväksy tätä näkökulmaa, mutta toisaalta hänkin on katsonut, että henkilö saa puolustautua eikä hänen tarvitse paeta, jos hyökkääjä on *samassa kodissa* asuva henkilö.⁴⁶³

⁴⁵⁷ Nuutila 1997a, s. 288.

⁴⁵⁸ Frände 2012, s. 147.

⁴⁵⁹ Frände 2012, s. 149.

⁴⁶⁰ Tapani – Tolvanen 2008, s. 318–319.

⁴⁶¹ Kerttula 2010, s. 414.

⁴⁶² Norée 2004, s. 27.

⁴⁶³ Ashworth 2009, s. 121–122. Englannin oikeuskäytännöstä Ashworth on viitannut Julien-ratkaisuun vuodelta 1969 1 WLR 839 ja Bird-ratkaisuun vuodelta 1985 1 WLR 816. Ks. myös Ashworth 1975, s. 285–286 ja 294. Ashworth on erotellut toisistaan saman *prima facie* velvollisuuden osatekijöinä velvollisuuden välttää konfliktia ja velvollisuuden vetäytyä tilanteesta mahdollisuuksien mukaan. Ks. tästä Ashworth 1975, s. 293. Angloamerikkalaisista näkemyksistä väistämisvelvollisuuden laajuuteen ks. myös Sangero 2006, s. 198–215.

Väistämismvelvollisuudesta ei kuitenkaan Englannissakaan ole johdettu velvollisuutta välttää paikkoja, joissa on odotettavissa väkivaltainen hyökkäys. Tätäkään Ashworth ei pidä täysin perusteltuna, sillä se väistämättä johtaa ajatukseen liikkumisvapauden nostamisesta konfliktien välttämistä koskevan velvoitteen yläpuolelle.⁴⁶⁴ Leverick on kiistänyt tyystin ko. tapausten erityisluonteen ja lähtee siitä, että nämä tilanteet – mukaan lukien parisuhdeväkivaltatapaukset – voidaan ratkaista yleisen väistämissäännön perusteella.⁴⁶⁵ Toisessa yhteydessä hän on todennut, että vaikka ankara väistämismvelvollisuus ja pyrkimys väkivallan minimointiin ja hengen maksimaaliseen suojaan saattavatkin viitata tiukempaan linjaan, on velvollisuus väistää potentiaalisesti vaarallisia paikkoja tai henkilöitä liian pitkälle menevä. Viimeksi mainittu olisi henkilölle ajallisesti ja alueellisesti huomattavasti laaja-alaisempi velvollisuus kuin ankara väistämismvelvollisuus, joka on yksittäistä tilannetta koskeva velvollisuus.⁴⁶⁶ Myöskään kotimaisessa kirjallisuudessa esitetyn mukaan henkilöllä ei ole yleistä velvollisuutta välttää paikkoja, joissa voi joutua väkivallan kohteeksi.⁴⁶⁷

Kotimainen oikeuskäytäntö näyttäisi kuitenkin olevan varsin ankara tältä osin, mikä on edellä viitatuin korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 1988:49 lisäksi havaittavissa myös Vaasan hovioikeuden ratkaisusta 7.7.2008 nro 869, jossa oli kyse muun muassa velvollisuudesta välttää hätävarjelutilanteen syntyminen. Tapauksessa poliisimies oli vapaa-ajallaan joutunut aiempien virkatoimiensa johdosta provosoivan käytöksen kohteeksi ravintolassa. Tilanne oli myöhemmin ravintolan ulkopuolella muuttunut tappeluksi, jossa henkilöt kävivät toisiinsa käsiksi ja painivat. Edeltänyt tilanne huomioon ottaen poliisimiehelle ei hovioikeuden mukaan voinut tulla yllätyksenä vastapuolen aggressiivinen käyttäytyminen ravintolan ulkopuolella. Hovioikeus totesi seuraamusarvioinnin yhteydessä myös, että poliisimiehen ”olisi poliisina tullut pyrkiä kaikkiin tavoin välttämään väkivaltatilanne. I:llä oli ollut mahdollisuus jo ennen ravintolasta poistumista havaita uhkaava tilanne ja välttää sen uudelleen kärjistyminen.” Kummankaan henkilön ei katsottu toimineen hätävarjelutilanteessa. Poliisimies tuomittiin pahoinpitelystä 30 päiväsakkoon ja toinen henkilö mm. poliisimieheen kohdistuneesta pahoinpitelystä ja virkamiehen väkivaltaisesta vastustamisesta vankeusrangaistukseen.

Todettakoon vielä, että ainakaan yleisellä tasolla Ashworth ei ole ulottanut velvollisuutta välttää konflikteja henkilöihin, jotka pyrkivät esimerkiksi estämään rikoksia tai pidättämään rikollisia. Näissä tilanteissa tulee Ashworthin mukaan soveltaa ensisijaisesti suhteellisuusperiaatetta.⁴⁶⁸ Myös Sangeron mukaan:⁴⁶⁹

⁴⁶⁴ Ashworth 2009, s. 122–123. Ks. myös Sangero 2006, s. 215–217.

⁴⁶⁵ Leverick 2006, s. 83–85.

⁴⁶⁶ Leverick 2006, s. 126–128.

⁴⁶⁷ Ruuskanen 2005, s. 176. Ks. myös Alanen 1925, s. 131.

⁴⁶⁸ Ashworth 2009, s. 123.

⁴⁶⁹ Sangero 2006, s. 202–203. Samoin Ashworth 1975, s. 303. Ks. myös Elholm 2003, s. 33.

”Another main case in which Anglo-American law, including those who support the duty to retreat, accepts that the person attacked bears no duty to retreat, is when attacked person is a law enforcement officer, legally fulfilling his role. Thus, for example, when a police officer is attacked by a suspect who he is attempting to arrest, it is agreed by all that he does not need to retreat. It seems that this exception to the duty to retreat is self-evident.”

Myös angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa on korostettu väistämismvelvollisuutta niissä tilanteissa, joissa hyökkääjä ei ole syyntakeinen. Pyrkimyksenä tulee olla kaikenlaisen voimankäytön välttäminen näissä tilanteissa.⁴⁷⁰ Normaalitapauksia voimakkaampi väistämismvelvollisuus on *common law* -maissa katsottu syntyvän myös tilanteissa, joissa puolustautuja on omalla aggressiivisella käytöksellään aiheuttanut itsepuolustustilanteen. Näissä tilanteissa puolustautujan edellytetään vetäytyvän tilanteesta, vaikka se olisi vaarallistakin.⁴⁷¹

Ihmisoikeusmyönteistä lähestymistapaa edustava Leverick on itsensä puolustamista koskevassa teoksessaan jaotellut väistämisdoktriinit seuraavasti:⁴⁷²

- *An absolute retreat rule*: Henkilön pitää aina yrittää paeta ennen voimankäyttöä.
- *A strong retreat rule*: Henkilön pitää yrittää paeta, jos siihen on todellinen mahdollisuus (*“an opportunity to do so actually exists”*). Säännön soveltaminen on Leverickin mukaan riippuvaista siitä, millaisia riskejä pakenijan edellytetään ottavan ja mitä ylipäättään pidetään ”kohtuullisena mahdollisuutena paeta” (*reasonable opportunity*).
- *A weak retreat rule*: Tässä lähestymistavassa väistäminen ei ole itsenäinen itsensä puolustamisen ehto (*“an independent condition that must be satisfied if a plea of self-defence is to succeed”*), vaan yksi välttämättömyys- ja erityisesti suhteellisuusarvioinnissa huomioon otettava tekijä. Erotettuna vahvasta väistämissäännöstä tätä sääntöä sovellettaessa puolustautuminen saattaa olla oikeutettua, vaikka puolustautuja on jättänyt käyttämättä ilmeisen ja turvallisen pakomahdollisuuden.
- *No retreat rule*: Puolustautujalla ei ole velvollisuutta tarttua minkäänlaiseen pakomahdollisuuteen ennen ryhtymistä voimankäyttöön.

⁴⁷⁰ Sangero 2006, s. 203.

⁴⁷¹ Sangero 2006, s. 203–205, jossa todetaan: *“The actor must therefore perform a sort of ‘ceremonial retreat’, that provides clear evidence of his intention to cease to fight.”*

⁴⁷² Leverick 2006, s. 69–76. Ensin mainitun säännön osalta Leverick on viitannut Julien-tapaukseen, jossa rikoksen vakavuudesta riippumatta edellytettiin puolustautujan osoittavan haluttomuutta tapella. Varsinaista pakenemista ei kuitenkaan edellytetty. Kolmannen säännön osalta Leverick on viitannut Julien-ratkaisua uudempaan Bird-ratkaisuun. Viimeksi mainittu sääntö on Leverickin mukaan Model Penal Codesta huolimatta käytössä edelleen joissakin Yhdysvaltain osavaltioissa, joista esimerkkinä on mainittu Florida. Clarkson näyttäisi olevan heikon väistämissäännön kannalla, vaikka onkin tältä osin viitannut mainittuun Julien-tapaukseen. Ks. tästä Clarkson 2005, s. 93. Ks. myös Moden Penal Code § 3.04, jonka mukaan voimankäyttö ei lähtökohtaisesti ole oikeutettua, jos *“the actor knows that he can avoid the necessity of using such force with complete safety by retreating...”*.

Ihmisoikeusnäkökulmasta Leverick on pitänyt perustelluimpana vahvaa väistämssääntöä. Tällöin esimerkiksi oikeutta elämään suojataan maksimaalisella tavalla.⁴⁷³ Ehdoton väistämssääntö saattaisi puolustautujan perusteettomaan varaan, kun taas väistämssvelvollisuuden sivuuttava sääntö olisi moraalisesti liian ankara hyökkääjälle. Viimeksi mainittu saattaisi myös johtaa kohtuuttomuuksiin putatiivitalanteissa, joissa ei ole kyse hyökkäyksestä, vaikka puolustautuja perustellusti niin uskoo.⁴⁷⁴ Heikko väistämssääntö puolestaan on Leverickin mukaan arveluttava siinä suhteessa, että se joissakin tilanteissa saattaa sallia puolustautumisen, vaikka käytettävissä oli selkeä ja turvallinen pakomahdollisuus. Sääntö on myös varsin epämääräinen ja saattaa johtaa vaikeasti ennustettaviin ja jopa mielivaltaisiin ratkaisuihin.⁴⁷⁵

Oikeustieteen ja oikeuskäytännön kannanottojen perusteella Suomessa noudatetaan – lähteestä riippuen – joko vahvaa tai heikkoa väistämssääntöä. Oikeudellinen kenttä ei ole tältä osin kovinkaan yhtenäinen pohjoismaissa, sillä esimerkiksi Tanskassa näyttäisi olevan voimassa ei-väistämssvelvollisuutta -sääntö. Rikosoikeuden yleisten oppien perusteoksen mukaan ”[d]et er imidlertid et almindeligt anerkendt princip, at ingen har pligt til flugt i den forstand, at hans muligheder for straffrihed begrænses, hvis han vælger ikke at flygte”.⁴⁷⁶ Sangeroa mukaillen oma mielipiteeni on, että väistämssvelvollisuus (*a duty to retreat*) on perusteltua kytkeä suhteellisen turvallisen väistämisen mahdollisuuteen (*a relatively safe retreat*). Väistämiseen sisältyvä riski tulee ottaa huomioon myös puolustettavuusarvioinnissa.⁴⁷⁷

Väistämssvelvollisuuden kannalta ongelmallisia ovat ne tilanteet, joissa sinänsä vakavasti otettava uhkaus on ikään kuin jäänyt ”roikkumaan ilmaan”. Tällaisia tilanteita voi syntyä esimerkiksi pitkään jatkuneen vihanpidon seurauksena, jolloin niitä tulisi Ruuskanen mukaan pyrkiä tarkastelemaan myös laajemmassa aikakehikossa. Mielestäni pitkään jatkuneen vihanpidon tilanteissa väistämssvelvollisuus ja velvollisuus turvautua viranomaisapuun korostuvat, mutta kuten Ruuskanen on todennut, ko. toimet saattavat juuri tällaisissa tilanteissa olla poikkeuksellisen hankalia ja seurauksiltaan arvaamattomia.⁴⁷⁸ Joissakin tilanteissa juuri pakenemisyritys johtaa tilanteen ja hyökkääjän käyttämän väkivallan eska-

⁴⁷³ Leverick 2006, s. 82–83.

⁴⁷⁴ Leverick 2006, s. 76–80. Tässä lienee Leverickin omaksuman oikeuksien menettämisopin (*theory of forfeiture*) teoreettinen heikkous. Nähdäkseni hyökkääjän oikeuksien menettäminen puoltaisi lähtökohtaisesti väistämssvelvollisuuden kieltävän opin omaksumista.

⁴⁷⁵ Leverick 2006 s. 80–82.

⁴⁷⁶ Waaben 2011, s. 137.

⁴⁷⁷ Sangero 2006, s. 210–211 ja 213–214. Ks. myös Ashworth 1975, s. 293–294, joka on liittänyt väistämssvelvollisuuden ”if reasonably possible” -kriteeriin.

⁴⁷⁸ Ruuskanen 2005, s. 131.

loitumiseen.⁴⁷⁹ Toisaalta epäonnistunut pakoyritys vaikuttaa suuresti hätävarjelutilanteen arviointiin ja ilmentää puolustautujan asemaa rikoksen uhrina sekä korostaa pakoyritystä seuraavan puolustautumisen defensiivistä luonnetta.⁴⁸⁰ Hahto on kuitenkin katsonut oikeuskäytännön olevan ”erittäin ankara puolustautujia kohtaan silloin, kun nämä eivät ole päässeet pakenemaan eivätkä kenneet suojautumaan ilman tehokasta välinettä” aseetonta hyökkääjää vastaan.⁴⁸¹ Tätä osoittaa myös seuraavassa jaksossa selostettava ratkaisu KKO 1993:54. Edelleen on muistettava, että pakenemismahdollisuuden käyttämättä jättäminen ei tee *hyökkäyksestä* oikeutettua tai edes vähemmän moitittavaa.⁴⁸²

Henkilöön kohdistuvissa hyökkäyksissä hyökkäyksen aiheuttama vaara voidaan usein torjua väistämällä, mutta suojattaessa vaikeasti siirrettävää omaisuutta väistämismellisuus voi olla suppeampi, koska väistäminen käytännössä tarkoittaisi omaisuuden jättämistä hyökkääjän armoille. Puolustettavan edun laatu tulee luonnollisesti huomioon otettavaksi puolustettavuusarvioinnissa.⁴⁸³

7.3 HYÖKKÄYKSEN LAATU JA VOIMAKKUUS

Hyökkäyksen laadulla viitataan sen yllätyksellisyyteen ja tekotapaan. *Hyökkäyksen voimakkuudella* puolestaan viitataan esimerkiksi hyökkääjän mahdolliseen aseistukseen.⁴⁸⁴ Hätävarjelutekojen puolustettavuusarvioinnissa nämä kaksi seikkaa ovat mielestäni keskeisimmät ja muut, esimerkiksi osallisten henkilöihin liittyvät seikat tuovat lähinnä erilaisia painotuksia rajanvetotilanteisiin. Tämän osoittavat muun muassa korkeimman oikeuden alla selostetut ratkaisut KKO 1993:54 ja KKO 1986-II-79.

Oikeuskäytännössä vakiintuneena lähtökohtana voidaan pitää sitä, että aseetonta hyökkäystä vastaan ei saa puolustautua vaarallisena pidettävällä aseella. Arvioidessaan vanhempaa oikeuskäytäntöä hätävarjelussa sallittujen voimakeinojen määrän osalta Majanen onkin todennut, että tapauksissa, joissa hyökkäys on tapahtunut paljain käsin ja puolustautuja on torjunut hyökkäyksen aseella surmaten tai vammauttaen (vaikeasti) hyökkääjän, on arvioitu käytetyn liiallisia

⁴⁷⁹ Ruuskanen 2005, s. 200.

⁴⁸⁰ Ruuskanen 2005, s. 175.

⁴⁸¹ Hahto 2004, s. 436.

⁴⁸² Ruuskanen 2005, s. 201.

⁴⁸³ Ks. Ahsworth 1975, s. 303.

⁴⁸⁴ Frände 2012, s. 148.

voimakeinoja.⁴⁸⁵ Majasen havaintoa tukee yli kymmenen vuotta hänen väitöskirjansa julkaisemisen jälkeen annettu korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 1993:54:

KKO 1993:54 (Hätävarjelu): A oli lyömällä ja potkimalla pahoinpidellyt B:tä, joka oli yrittänyt juosta pakoon siinä kuitenkaan onnistumatta. Kun pahoinpitely edelleen jatkui, B oli taskustaan ottamallaan puukolla lyönyt A:ta rintaan. Puukon terä oli tunkeutunut sydänpussin läpi sydämeen aiheuttaen A:n kuoleman. B tuomittiin hätävarjelen liioitteluna tehdystä taposta.

Tapauksen otsikosta ja korkeimman oikeuden hyväksymistä hovioikeuden perusteluista ilmenee, että A oli pahoinpidellyt B:tä lyömällä ja potkimalla, jolloin B oli kaatunut maahan. B:n yritettyä paeta juoksemalla karkuun A oli saavuttanut B:n muutaman kymmenen metrin päässä ja jatkanut B:n pahoinpitelemistä. B oli kaatunut maahan ja noustuaan hän oli lyönyt povitaskusta ottamallaan puukolla kerran A:ta vasemmalle puolelle rintaan. B oli siis jäänyt alakynteen ensimmäisessä pahoinpitelyssä ja yrittänyt paeta, minkä epäonnistuttua hän oli tullut uudelleen pahoinpidellyksi. Alioikeuden perusteluista ilmenee lisäksi, että ”A oli ollut 176 cm pitkä, 80 kiloa painava ja vartaloltaan roteva. B sitä vastoin oli hento, 171 cm pitkä ja 68 kiloa painava”. Edelleen alioikeuden perusteluissa on todettu erään todistajan kertoneen aggressiivisesti käyttäytyneen A:n olleen juuri lyömässä B:tä, kun B löi A:ta puukolla.

Hovioikeus, jonka perusteluihin korkein oikeus tukeutui, katsoi B:n toimineen hätävarjelutilanteessa, mutta käyttäneen ”enemmän väkivaltaa kuin A:n nyrkillä lyömällä ja potkimalla tapahtuneen hyökkäyksen torjumiseksi oli ollut välttämättöntä”. Todettakoon vielä, että hovioikeus katsoi B:n täytyneen ”käsittää, että kerrotunlaisen puukolla lyömisen todennäköisenä seurauksena oli A:n kuolema”. B:n katsottiin surmanneen A:n tahallaan.⁴⁸⁶

Ruuskanen on väitöskirjassaan todennut korkeimman oikeuden ratkaisun edustavan jo aiemmin muotoutunutta kantaa, jonka mukaan aseeton hyökkäystä vastaan ei saa puolustautua aseella. Ruuskanen mukaan tämä sinänsä vakiintunut näkemys on altis kritiikille, koska se ei hänen mukaansa ota huomioon mahdollisuutta, että aseetonkin väkivalta voi vakavasti uhata henkeä tai terveyttä. Selostetussa tapauksessa käräjäoikeuden ratkaisu ottaessaan huomioon hyökkäyksen laadun ja voimakkuuden sekä hyökkääjän ja puolustautujan henkilöt vastasi paremmin yleisten oppien uudistuksessa valittua kantaa.⁴⁸⁷

⁴⁸⁵ Majanen 1979, s. 289–291. Samoin Frände 2012, s. 175. Ks. myös Ruuskanen 2005, s. 104 ja 152. Vähemmän vaarallisten puolustautumisvälineiden, kuten suksen ja kaasupistoolin, hyväksytävyydestä oikeuskäytännön valossa ks. Nuutila 1997a, s. 290.

⁴⁸⁶ Ks. tästä Hahto 2004, s. 432–433 ja Matikkala 2005, s. 256 av. 258.

⁴⁸⁷ Ruuskanen 2005, s. 121 ja 160. Ks. myös Ruuskanen 2005, s. 232–233.

Ulkomaisessa kirjallisuudessa on esitetty, että jopa yleisenä pidettävä tendenssi potkia maassa makaavia ja avuttomia pahoinpitelyjen uhreja päähän saattaa olla seikka, joka voidaan ottaa suhteellisuusarvioinnissa huomioon. Ratkaisevaksi kriteeriksi kansallisen lainsäädäntömme näkökulmasta muodostunee se, että minkä tyyppisen hyökkäyksen välitön uhka on käsillä tai miten jo aloitetun hyökkäyksen voidaan olettaa etenevän. Tässä arvioinnissa voi nähdäkseni tulla huomioon otettavaksi myös tiedot hyökkääjän persoonasta ja aiemmasta käytöksestä.⁴⁸⁸

Kuten Ruuskanen on parisuhdeväkivallan osalta todennut, nyrkein tapahtuvan pahoinpitelyn torjuminen nyrkein voi monissa tilanteissa olla mahdotonta.⁴⁸⁹ Juuri näihin tilanteisiin liittyen myös Matikkala on todennut, että vaihtoehtona saattaa olla huomattavan ankan keinon käyttö tai puolustusteen siirtäminen sellaiseen hetkeen, jolloin ”hyökkääjä” on puolustuskyvytön, kuten nukkuessa. Kun lähtökohtaisesti kumpikaan ei ole oikeutettu toimintapa eikä todennäköisesti edes anteeksiannettava, voidaan Matikkalan tavoin kysyä, mitä oikeussuojaa yhteiskunta ja oikeusjärjestys sitten tarjoavat näihin tilanteisiin.⁴⁹⁰

Rikosoikeuden näkökulmasta vastaus kysymykseen oikeasta toimintamallista on varsin selkeä: tilanteen väistäminen ja turvautuminen viranomaisapuun. Mielestäni pahoinpidellyllä perheenjäsenellä ei ole niin ehdotonta oikeutta omassa kodissaan olemiseen, etteikö häntä voitaisi edellyttää poistumaan tilapäisesti tai muuttamaan pysyvästi pois, jos toinen vaihtoehto on se, että väkivallan jatkumo katkaistaan surmaamalla väkivaltainen perheenjäsen. Jos tilanne on se, että käsillä on oikeudettoman hyökkäyksen välitön uhka eikä tilanteen väistäminen tai viranomaisavun hankkiminen ole mahdollista, saattaa fyysisesti voimakkaamman kumppanin surmaaminen olla todellakin välttämätöntä. Tällöin voimme hakea johtoa Fränden näkemyksestä – johon sinänsä yhdyin –, että *tarpeelliset* puolustautumiskeinot ovat suhteellisen harvoin laissa säädetyin tavoin *puolustettavuuden ilmeisesti ylittäviä*.⁴⁹¹

Vakiintunutta linjaa seuraten myöskään ampuma-aseella puolustautumista aseptonta hyökkäystä vastaan ei ole pidetty sallittuna hätävarjeluna.⁴⁹²

KKO 1986-II-79 (Hätävarjelu, tappo): Väkivaltaisuudestaan tunnettu A oli aamuyöllä tullut B:n asuntoon, jossa vahvasti alkoholin vaikutuksen alainen B oli ollut yhdessä kahden vieraansa kanssa. A oli ryhtynyt pahoinpitelemään toista vierasta pakottaen tämän antamaan hänelle rahaa B:n taikka hänen vieraidensa kykenemättä estämään heitä kaikkia huomattavasti nuorempaa, kookkaampaa ja voimakkaampaa A:ta. B oli pelko- ja kiihtymystilassa, estääkseen pahoinpitelyn jatkumisen ja peläten sen saatta-

⁴⁸⁸ Ks. Sangero 2006, s. 174–175.

⁴⁸⁹ Ruuskanen 2005, s. 168 ja 199.

⁴⁹⁰ Matikkala 2006, s. 423–424.

⁴⁹¹ Frände 2012, s. 149.

⁴⁹² Samoin esimerkiksi Elholm 2003, s. 27.

van kohdistua myös häneen itseensä, tahallaan surmannut A:n ampumalla tätä väli-kohtauksen aikana panostamallaan haulikolla. Kun B oli tehnyt teon suojellakseen vieraanaan ollutta henkilöä ja itseään A:n oikeudettomalta hyökkäykseltä, hänen katsottiin syyllistyneen hätävarjelun liioitteluna tehtyyn tappoon.

Korkein oikeus on katsonut B:n käyttäneen enemmän väkivaltaa kuin A:n hyökkäyksen torjumiseksi oli välttämätöntä, vaikka se on todennut, että hetkeä aikaisemmin B, C ja D eivät olleet kyenneet estämään A:ta pahoinpitelemästä C:tä ja pakottamasta C:tä antamaan itselleen 200 markkaa. Merkille pantavaa on myös, että korkein oikeus on katsonut B:n toimineen ”A:n menettelyn aiheuttamassa pelko- ja kiihtymystilassa, estääkseen pahoinpitelyn jatkumisen ja peläten sen saattavan kohdistua myös häneen itseensä, suojellakseen C:tä aloitetulta ja itseään mahdollisesti uhkaavalta A:n oikeudettomalta hyökkäykseltä”.

Tapausselostuksen perusteella ketään ei siis ampumishetkellä pahoinpidelty, vaan kyse oli pyrkimyksestä estää C:hen kohdistuvan pahoinpitelyn jatkuminen ja B:tä itseään ”mahdollisesti uhkaava pahoinpity”. Erityisesti sovellettujen lainkohtien (mm. RL 3 luvun 6 §) perusteella kyseessä katsottiin olevan hätävarjelutilanne, mutta siinä käytettiin liiallista voimaa uhkaavan hyökkäyksen torjumiseen. Kyseessä olevan ratkaisun aikaan hätävarjelun liioitteluksi ei ollut mahdollista katsoa liian aikaista hätävarjelua, ja korkein oikeus näyttäisikin tulkinneen hätävarjelun aikarajoja vastaajan kannalta varsin suopeasti.⁴⁹³ Backman onkin kommentoivissaan ko. ratkaisua todennut, että tilanne oli kehittynyt sillä tavoin hitaasti, että puolustautujalla olisi ollut mahdollisuus turvautua muihinkin keinoihin kuin ampuma-aseeseen.⁴⁹⁴

Aiemmin käsitellyssä samantyyppisessä tapauksessa KKO 1992:74 syytetty tuomittiin RL 21 luvun 1 §:n 1 momentin, 3 luvun 5 §:n 2 momentin ja 6 luvun 3 §:n 1 kohdan nojalla taposta 6 vuodeksi vankeuteen, kun taas tapauksessa KKO 1986-II-79 syytetty tuomittiin RL 21 luvun 1 § 1 momentin sekä 3 luvun 6 ja 9 §:n nojalla hätävarjelun liioitteluna tehdystä taposta 3 vuodeksi 6 kuukaudeksi vankeuteen. Ratkaisut olivat siis tosiasiallisilta seuraamuksiltaan merkittävästi erilaiset.⁴⁹⁵

Aseenkäyttö aseella tehdyn välittömästi uhkaavan hyökkäyksen torjumiseksi on todettu sallituksi aiemmin selostetussa korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1997:182, jossa puolustautuja oli ampunut pienoiskiväärillä noin metrin etäisyydeltä hyökkääjän kuoliaaksi, kun tämä oli kohottamassa ladattua haulikko kohti puolustautujaa. Ruuskanen on todennut korkeimman oikeuden ratkaisussaan

⁴⁹³ Ks. myös Ruuskanen 2005, s. 112–113, 162 ja 235–236. Toki on mahdollista, kuten Ruuskanen on todennut, että ko. tapauksessa puolustauduttiin myös kotirauhan rikkomista vastaan. Toisin kuin alioikeuden perustelut korkeimman oikeuden muotoilu ei tähän viittaa.

⁴⁹⁴ Backman 1988, s. 795.

⁴⁹⁵ Ks. Hahto 2004, s. 420.

seuranneen ”oikeuskirjallisuudessa esiin tuotua vakiintunutta periaatetta, jonka mukaan hengenvaarallisia keinoja on hätävarjelutarkoituksessa sallittua käyttää, jos hyökkäyksen kohteeksi joutunut on objektiivisin kriteerein arvioituna hengen vaarassa”.⁴⁹⁶

Majasen mukaan mainittu ratkaisu oli merkittävä uusi linjanveto aiempaan ratkaisukäytäntöön verrattuna. Aiemmin hänen mukaansa hyökkäyksen torjuminen asetta käyttämällä siten, että hyökkääjä kuolee tai vammautuu vakavasti, katsottiin pääsääntöisesti – enintään – hätävarjelun liioitteluksi.⁴⁹⁷ Kyseisessä tapauksessa ilmeisesti kuitenkin katsottiin, että aseenkäyttö oli todellakin viime-sijainen keino eikä muuta vaihtoehtoa enää ollut.⁴⁹⁸

Tässä tulkinnassa on kuitenkin varottava *tapauspositivismin* sudenkuoppaa, josta Aarnio on varoittanut. Tapauspositivismilla Aarnio viittaa ilmiöön, jossa ”ennakkotapaus-ten nähdään muodostavan samantapaisen selkeän ratkaisuperustan, jollaiseksi laki legalismin aikana miellettiin.” Tällöin ennakkoratkaisut ikään kuin irtaantuvat tapauksen tosiseikastosta ja alkavat ”elää omaa elämäänsä”.⁴⁹⁹

Vaikka ampuma-aseen käyttöön hätävarjelussa tuleekin suhtautua varoen,⁵⁰⁰ on myös ulkomaisessa oikeuskirjallisuudessa hyväksytty hyökkääjän tahallinen surmaaminen silloin, kun vaihtoehtona on joko hyökkääjän tai puolustautujan kuolema.⁵⁰¹ Ashworth on jo vuosikymmeniä sitten katsonut, että oikeus toisen surmaamiseen on johdettavissa EIS 2 artiklasta ja todennut, että ”*someone who makes a murderous attack on another must forfeit his right to life if this appears to be the only way in which the victim’s life can be preserved... When his assault is less serious, the criminal’s right to life remains protected and he merely loses his right to physical security*”.⁵⁰²

Lähtökohtaisesti hengenvaarallisten puolustautumiskeinojen käyttö, johon voidaan katsoa kuuluvan ainakin ampuma-aseen ja teräaseen käyttö, on siis sallittua vain silloin, kun hyökkäyksen kohde on objektiivisesti arvioiden hengenvaarassa.⁵⁰³ Tarkoitan tässä yhteydessä sallitulla nimenomaan *puolustettavia* keinoja erotettuna keinoista, jotka ”eivät ilmeisesti ylitä sitä, mitä on pidettävä ko-

⁴⁹⁶ Ruuskanen 2005, s. 113–114. Ks. myös Ruuskanen 2005, s. 226–228.

⁴⁹⁷ Majanen 2006, s. 392–393 sekä Nuutila 1997a, s. 289.

⁴⁹⁸ Majanen 2002, s. 457.

⁴⁹⁹ Aarnio 2011, s. 78.

⁵⁰⁰ Nuutila 1997a, s. 289.

⁵⁰¹ Ks. esim. Elholm 2003, s. 27.

⁵⁰² Ashworth 1975, s. 288.

⁵⁰³ Ruuskanen 2005, s. 113–114 ja 123, Boucht – Frände 2008, s. 97 ja Nuutila 1997a, s. 289–290. Kuten Nuutilan analyysistä ilmenee, monet korkeimman oikeuden asiaa linjaavat ratkaisut ovat varsin vanhoja.

konaisuutena arvioiden puolustettavana”. Erottelulla on merkitystä arvioitaessa, kuinka ankaria voimakeinoja voidaan pitää sallittuna voimakeinojen käytönä.

Poliisitoiminnan osalta voidaan edelleen viitata poliisiasetöimikunnan näkemukseen, jonka mukaan ampuma-aseeseen tulee turvautua vain, kun poliisimieheen tai muuhun henkilöön kohdistuva torjuttava hyökkäys on ampuma-aseella tai muulla hengenvaarallisella välineellä tai aineella tehty ja niin vaarallinen, että sen ”seurauksena olisi kuolema taikka vakava ruumiinvamma tai sairaus”. Hyökkäyksen kohdistuessa toiseen henkilöön ”poliisimiehelle asetetut vaatimukset taktisesti harkitusta toiminnasta ovat kuitenkin suuremmat kuin tilanteessa, jossa poliisimies on itse uhattuna”. Myös *ilman* asetta tehty hyökkäys voidaan torjua ampuma-asetta tai muuta hengenvaarallista välinettä käyttäen, jos ”hyökkäys ilmeisesti aiheuttaa” mainitun kaltaisen vaaran.⁵⁰⁴ Tällainen vallitsevasta käytännöstä poikkeava tulkinta on mahdollinen poikkeustapauksissa, joista pohjoismaisessa kirjallisuudessa on mainittu esimerkkinä tilanne, jossa joku uhkaa heittää toisen alas korkealta sillalta. Kuolettavan voiman käytön tulee luonnollisesti olla myös lievin tehokas keino ko. tilanteessa.⁵⁰⁵

Angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa Sangero on suhtautunut myönteisesti myös siihen, että raiskauksen yrityksen kohteeksi joutunut henkilö surmaa hyökkääjän. Tällainen teko ei Sangeron mukaan ole täysin suhteeton ja sitä on pidettävä siten oikeutettuna. Sangero on myös todennut, että ”[i]t appears that the approach that justifies deadly force for the prevention of rape is prevalent today in modern criminal law”. Yleisesti ottaen Sangero on sitä mieltä, että ennustettavuuden kannalta olisi hyvä, jos kuolettavan voiman käyttöön oikeuttavat tilanteet olisi laissa yksilöity. Listauksen ei tosin tarvitsisi olla tyhjentävä, vaan poikkeustapauksissa samaan lopputulemaan voitaisiin päätyä yleisen puolustettavuusarvioinnin kautta.⁵⁰⁶ Myös Leverick on valmis pitämään toisen hengen riistämistä raiskauksen estämiseksi oikeutettuna. Tältä osin on syytä lainata Leverickin perusteluja: ”... [I]t is because rape approaches the standard of a wrong equivalent to a deprivation of life itself...the rapist uses the victim as an object through the act of sexual penetration, an act that has been given a particular significance by society, and, in doing so, denies the victim’s humanity.”⁵⁰⁷

Myös sillä seikalla, onko puolustautuja *varoittanut* hyökkääjää ampuma-aseen käytöstä, on merkitystä yleisesti puolustettavuusarvioinnissa⁵⁰⁸ ja erityisesti viranomaistoiminnassa. Kuten jo edellä kävi ilmi, voimakeinojen käyttöasetuksen 3 §:n nojalla toimenpiteen kohdehenkilöä ”on varoitettava mahdollisuudesta

⁵⁰⁴ KM 1988:27, s. 3 ja 12–13.

⁵⁰⁵ Ks. säännöksestä Auglend et al. 2004, s. 459–462.

⁵⁰⁶ Sangero 2006, s. 183–186. Ks. myös MPC § 3.04.

⁵⁰⁷ Leverick 2006, s. 157–158. Toisaalta kuten Leverick on todennut, raiskauksen määrittely voi olla hankalaa, ja toisaalta on erotettava raikaustapaukset tapauksista, joissa raiskauksiin liittyy myös hengen menetyksen uhka. Ks. tästä Leverick 2006, s. 147–149.

⁵⁰⁸ Boucht – Frände 2008, s. 97.

joutua voimakeinojen käytön kohteeksi, jos se on mahdollista ja tarkoituksenmukaista”. Samansisältöinen säännös on vuonna 2014 voimaan tulevan UPL 18 §:n 2 momentissa. Voimakeinojen käytön mahdollisuudesta varoittaminen on luonnollisesti myös osa yleistä tarpeellisuusarviointia.⁵⁰⁹

7.4 PUOLUSTAUTUJAN JA HYÖKKÄÄJÄN HENKILÖ

Hyökkääjien lukumäärän⁵¹⁰ lisäksi myös osapuolten henkilökohtaiset ominaisuudet tulevat huomioon otettavaksi arvioitaessa puolustautumistekojen sallittavuutta. *Puolustautujan ja hyökkääjän henkilöstä* huomioon otettavia seikkoja ovat ikä, sukupuoli, ruumiinvoimat, päihtymys, mielisairaus, koulutus ja ilmeinen erehdys.⁵¹¹ Hallituksen esityksen 44/2002 vp mukaan puolustautujan osalta merkityksellisiä ovat erityisesti puolustautujan ikä, sukupuoli ja fyysinen ero hyökkääjään. Hyökkääjän osalta merkitystä on annettava ainakin sille, jos hyökkääjä on esimerkiksi lapsi tai ymmärrystä vailla taikka jos hyökkääjän ymmärrys on sairauden tai muun seikan takia heikentynyt. Tällöin lain esitöiden mukaan puolustautujan on toimiakseen laillisesti pystyttävä noudattamaan normaalia suurempaa pidättyvyyttä ja joustavuutta toiminnassaan. Mainituilla hyökkääjän henkilöön liittyvillä ominaisuuksilla on merkitystä myös arvioitaessa velvollisuutta väistää hätävarjelutilanne peräntymällä tai pakenemalla.⁵¹² Mainittujen ominaisuuksien lisäksi myös hyökkääjän hypoglykemia saattaa tulla otettavaksi huomioon puolustettavuusarvioinnissa, ellei tämä menettely rajaudu kokonaan teon käsitteen ulkopuolelle.

Syyntakeettomien, lapsien ja mieleltään sairaiden hyökkääjien ollessa kyseessä velvollisuus sietää vähäisiä loukkauksia, puolustautua pidättyvästi ja mahdollisuuksien

⁵⁰⁹ Ks. Helminen et al. 2012a, s. 678–679.

⁵¹⁰ Nuutila 1997a, s. 288. Kun hyökkääjiä on useita, on lähtökohtaisesti sallittua kohdistaa kuhunkin hyökkääjään vain sellaisia puolustustekoja, joihin tämän oma toiminta oikeuttaa. Ks. Sangero 2006, s. 175.

⁵¹¹ Frände 2012, s. 148. Ks. myös jo Alanen 1925, s. 120–121 ja Honkasalo 1965, s. 154. Ks. myös Turun hovioikeuden ratkaisu 30.4.2007 nro 842, jossa kiinnitettiin huomiota siihen, että hyökkääjä oli vasta 12-vuotias poika. Vastaajan todettiin sinänsä toimineen hätävarjelutilanteessa, mutta hänet kuitenkin tuomittiin rangaistukseen hätävarjelun liioittelun tapahtuneesta pahoinpitelystä.

⁵¹² HE 44/2002 vp, s. 115. Ks. myös Honkasalo – Ellilä 1966, s. 45 ja Ruuskanen 2005, s. 24. Ruuskanen on todennut, että sukupuoli ei sellaisenaan voi olla puolustettavuusarvioinnissa huomioon otettava seikka, vaan kyse on osapuolten yksilöllisten (fyysisten) ominaisuuksien arvioinnista. Ulkomaisesta kirjallisuudesta ks. esim. Jareborg 2001, s. 260–261 ja Elholm 2003, s. 30–31. Jokseenkin yllättäen Saksan oikeudessa hätävarjelun sallittuusarviointissa on annettu merkitystä – rajoittavampaan suuntaan – osapuolten läheiselle suhteelle, kuten avioliitolle. Ks. tästä Wittemann 1997, s. 20 ja Roxin 2006, s. 701–704.

mukaan vetäytyä tilanteesta näyttää Wittemannin tutkimuksen perusteella olleen jo viisitoista vuotta sitten niin vakiintunut Euroopan tasolla, että voitaneen puhua oikeuskulttuurin tason (oikeuden itserajoitustehtävää toteuttavasta) ilmiöstä.⁵¹³

Juuri viimeksi mainittu velvollisuus *väistää* hyökkäys korostuu hyökkääjän ollessa esimerkiksi lapsi tai syyntakeeton. Erityisesti poliisilta edellytetty erityinen harkinta lapsiin ja psykiatriisiin potilaisiin kohdistuvassa voimankäytössä pohjautuu viime kädessä siihen, että julkisella vallalla on erityisiä, lähinnä PL 22 §:stä johdettavia suojeluvälivoitteita näitä ryhmiä kohtaan.⁵¹⁴ Tätä ilmentää myös ratkaisussa KKO 2004:75 poliisimiehille asetettu velvollisuus välttää viimeiseen asti voimankäyttöä jättämättä kuitenkaan tilannetta hoitamatta. Tavalliselta kansalaiselta olisi ko. tilanteessa voitu edellyttää perääntymistä ja jopa pakenemista.⁵¹⁵

Myös kansainvälisessä ihmisoikeuskirjallisuudessa on katsottu, että käytettäessä asetta tai ylipäättään voimaa alaikäisiä kohtaan tulee noudattaa äärimmäistä pidättyvyyttä (*utmost restraint*). Tässä yhteydessä on nimenomaan viitattu siihen, että lasten aiheuttama uhka on tyypillisesti vakavuudeltaan pienempi kuin aikuisen aiheuttama ja toisaalta voimankäytön vaikutukset ovat yleensä vakavampia kohteen ollessa lapsi.⁵¹⁶

Oikeuskirjallisuudessa on tuotu esille myös muita hyökkääjän henkilöön liittyviä puolustettavuusarvioinnissa huomioon otettavia seikkoja. Tällaisina on mainittu hyökkääjän kokemana emotionaalinen paine juuri ennen hyökkäystilannetta tai päihtymys.⁵¹⁷ Hyökkääjän päihtymykselle voidaan antaa erisuuntaisia merkityksiä. Hyökkääjän päihtymys saattaa velvoittaa (mahdollisuuksien mukaan) pakenemaan tilanteesta. Toisaalta päihtyneen hyökkääjän hyökkäyksen torjuminen saattaa edellyttää ankarampia puolustautumiskeinoja kuin selvin päin olevan hyökkääjän.⁵¹⁸ Edelleen puolustettavuusarvioinnissa voi tulla huomioon otettavaksi ainakin aseettoman hyökkääjän ”tolkuton päihtymys”, joka saattaa tehdä puolustautumisen hyvin helpoksi.⁵¹⁹

⁵¹³ Wittemann 1997, s. 237. Ks. myös Kaminski – Adang 2010, s. 171 ja 173, josta ilmenee, että Alankomaissa OC-sumuttimen käyttöä on rajoitettu juuri mainitun kaltaisten erityisryhmien osalta. Tutkimuksen perusteella tällä rajoituksella ei kuitenkaan todettu olevan erityistä merkitystä käytännön toiminnan näkökulmasta.

⁵¹⁴ Nuotio 2005b, s. 222–223.

⁵¹⁵ Nuotio 2005b, s. 222.

⁵¹⁶ De Rover 1998, s. 325. Vrt. Elholm 2005, s. 18. Oikeusperustana on viitattu yleisesti *Convention on the Rights of the Child* -sopimuksesta johdettaviin lasten erityissuojelun velvoitteisiin. Ks. tästä de Rover 1998, s. 315–316.

⁵¹⁷ Boucht – Frände 2008, s. 96.

⁵¹⁸ Frände 2012, s. 149. Ks. Wittemann 1997, s. 86–87 ja 89 havainnot Ranskan oikeudessa erityisesti päihtyneiden hyökkäysten väistämismvelvollisuudesta esitetyistä näkemyksistä.

⁵¹⁹ Matikkala 2000, s. 70.

Edellä selostettu ratkaisu KKO 1986-II-79 on oiva esimerkki siitä, miten hyökkääjän henkilölle annettiin jo ennen yleisten oppien uudistusta merkitystä määritettäessä ta-pauskohtaisia sallitun voimankäytön rajoja. Korkein oikeus mainitsi nimenomaan hyökkääjän olleen kookkaampi ja voimakkaampi. Maininta nuoruudesta lähinnä selit-tänee, miksi hyökkääjä oli voimakkaampi. Hyökkääjän koollakaan ei ole suurta itse-näistä merkitystä, vaan sen merkitys ilmenee juuri presumoituna voimakkuutena.⁵²⁰ Korkein oikeus näyttäisi ko. ratkaisussa pitäneen humalatilaa juuri hyökkäyksen vaa-rallisuutta *lisäävänä* tekijänä.⁵²¹

Kysymys hyökkääjän aiemman väkivaltaisuuden merkityksestä puolustettavuus-arvioinnissa on hankala. Kuten olen aiemmin todennut, poliisitoiminnassa hen-kilön aiempi väkivaltaisuus on selkeästi tilanteisiin varautumisessa huomioon otettava seikka, mutta lähtökohtaisesti se ei oikeuta normaalia aiemmin alkavaan tai pidempään jatkuvaan taikka normaalia ankarampaan voimankäyttöön. Yksi-tyishenkilöiden osalta tilanne ei ehkä ole näin yksioikoinen. Koska heiltä ei voida edellyttää (tai edes sallia) erityistä varautumista tällaisissa tilanteissa, olen taipuvainen hyväksymään aiemman väkivaltaisuuden huomioon ottamisen vält-tämättömyys- ja puolustettavuusarvioinnissa. Ruuskanen onkin oikeuskäytän-töön viitaten katsonut, että tekijän aiemman väkivaltaisuuden huomioon ottami-nen on perusteltua arvioitaessa hyökkäyksen luonnetta ja vaarallisuutta ja siten myös puolustautujan käyttäytymistä. Kyse saattaa olla puolustautujaan aiemmin kohdistuneesta väkivaltaisuudesta tai hyökkääjän yleisestä ”maineesta” väkival-taisena henkilönä.⁵²² Ruuskasen sinänsä perusteltu näkemys haastaa väistämättä pääsäännön, jonka mukaan hätävarjelutilanteiden arvioinnin lähtökohtana pide-tään objektiivista ns. keskivertokansalaisen teonhetkistä arvioita tilanteesta. Puo-lustautujalla olevien hyökkääjän aiempaa väkivaltaisuutta koskevien tietojen huomioon ottaminen tuo arvioon selkeästi subjektiivisia elementtejä. Hätävarje-lusäännöksen vaatimus puolustettavuuden ilmeisestä ylittämisestä näyttäisi salli-van tällaisenkin tulkinnan.

Puolustautujan henkilön merkitys puolustettavuusarvioinnissa tuli kirjatuksi lakitekstiin vasta yleisten oppien uudistusten myötä, mutta ainakin jo 1960-lu-vulla Ylösjoki kiinnitti huomiota puolustautujan poliisimiesominaisuuteen hätä-varjelutilanteiden arvioinnissa. Hänen mukaansa merkityksellisiä henkilöön liit-tyviä ominaisuuksia olivat ammattiin liitettävät kyky, taito, harkinta, vastuunalai-suus, koulutus, harjoitus sekä kokemus.⁵²³ Poliisimiesten saaman voimankäyttö-koulutuksen merkitykseen ovat viitanneet myös Helminen ym. poliisioikeuden

⁵²⁰ Ruuskanen 2005, s. 162.

⁵²¹ Ruuskanen 2005, s. 366 av. 23.

⁵²² Ruuskanen 2005, s. 112–118 ja 123. Ks. myös Boucht – Frände 2008, s. 97.

⁵²³ Ylösjoki 1966, s. 290. Ks. myös KM 1988:27, s. 9–10.

perusteoksessaan.⁵²⁴ Noin puoli vuotta yleisten oppien uudistamisen jälkeen korkein oikeus antoi edellä selostetun ratkaisun KKO 2004:75, jossa (ratkaisun kohta 20) selkeästi todettiin, että ”[a]rvioitaessa vastahyökkäykseen käytettyjen voimakeinojen välttämättömyyttä ja puolustettavuutta voidaan poliisimiehelle perustellusti asettaa korkeammat vaatimukset kuin tavalliselle kansalaiselle”. Korkeimman oikeuden poliisimiehille asettamat lisävaatimukset on otettu pääsääntöisesti myönteisesti vastaan oikeuskirjallisuudessa.⁵²⁵

Oikeuskulttuurin tasolla tällaisesta tulkinnasta ei olla aivan yksimielisiä. Ruotsissa Norée on esittänyt – tosin puuttuvaan säännökseen viitaten –, että puolustautujan henkilölle, kuten poliisimiesasemalle, ei tulisi antaa mitään merkitystä arvioitaessa oikeutetun hätävarjelun rajoja. Sitä vastoin anteeksiannon mahdollisuutta arvioitaessa tällä saattaa olla merkitystä samoilla perusteilla, joilla Suomessa on perusteltu poliisimiesaseman merkitystä oikeudenvastaisuusarvioinnissa.⁵²⁶ Westerlund on lähtökohtaisesti ollut samaa mieltä Noréen kanssa, mutta hän on erottanut toisistaan *kontrolloidun hätävarjelun* ja *paniikkihätävarjelun*. Ensimmäisen osalta hän kuvannut esimerkin, jossa puukolla aseistautunut ja muutoinkin uhkaavasti käyttäytyvä henkilö lähestyy poliisimiestä, mutta tällä on aikaa arvioida tilannetta. Westerlundin mukaan voidaan edellyttää, että poliisimies ei kuvatussa tilanteessa tietoisesti ammu kohdehenkilöä päähän tai rintaan, vaan esimerkiksi jalkaan pysäyttääkseen tämän. Tältä osin poliisimiesominaisuus voidaan siis ottaa huomioon. Luonnollisesti myös päähän tai rintaan ammuttu laukaus voi olla tilanteesta riippuen rikosoikeudellisesti anteeksiannettavissa. Paniikkihätävarjelulla Westerlund viittaa tilanteisiin, joissa uhka syntyy niin yllättäen ja nopeasti, että harkintaan ei ole aikaa eikä puolustautujalla ole mitään kontrollia tilanteesta. Näissä tilanteissa poliisimiesominaisuudelle ei Westerlundin mukaan tule antaa painoarvoa. Westerlund on nimenomaisesti perustellut näkemyksiään psykologian havainnoilla ihmisten käyttäytymisestä tällaisissa tilanteissa. Ei ole kohtuullista, että lainsäätäjä edellyttää poliisimiesten paniikkihätävarjelutilanteissa toimivan vastoin luonnollisia psyykkisiä reaktioita.⁵²⁷ Pidän tilanteiden erottelua tärkeänä, mutta *de lege lata* katson, että erottelua ei tule tehdä hätävarjelun sisällä, vaan kontrolloidun hätävarjelun tilanteissa kyse on voimakeinojen käytöstä, ja ainoastaan paniikkihätävarjelutilanteet

⁵²⁴ Helminen et al. 1999, s. 310.

⁵²⁵ Ks. esim. Lahti 2006, s. 204 ja Nuotio 2005b, s. 223–224.

⁵²⁶ Norée 2000, s. 229 ja 258 ja Norée 2004, s. 31. Ks. myös Norée 2005, s. 111–112. Korostettakoon, että Noréen näkemykseen vaikuttaa osaltaan se, että poliisimiesominaisuuden huomioon ottamiselle ei ole löydettyä tukea lainsäädännöstä.

⁵²⁷ Westerlund 2003, s. 28–29. Norée on kritisoinut Westerlundin jaottelua, ja kritiikin kärki näyttäisi olevan siinä, että jaottelu ei perustu lakiin. Ks. Norée 2004, s. 31–32 ja Norée 2005, s. 112.

tulee arvioida hätävarjelusäännöksen nojalla. Kysymykseen palataan myöhemmin.

Sitä vastoin Boucht on ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa kiinnittänyt huomiota siihen, että poliisimiesominaisuus ei sinällään vaikuta sallittujen voimakeinojen määrään, vaan se, että poliisimiehellä – poliisimiesominaisuudesta johtuen – on joitakin relevantteja ominaisuuksia. Tällöin yksittäisten poliisimiesten ominaisuudet voivat koulutuseroista yms. johtuen olla erilaisia. Arviointi tulee-kin tehdä *in casu*.⁵²⁸ Olen samaa mieltä Bouchtin kanssa. Samoin kuin yksityis-henkilöiden osalta myös yksittäisten poliisimiesten osalta perehtyneisyys itsepuolustukseen, voimankäyttöön ja kokemus voimankäyttötilanteista tulee ottaa huomioon⁵²⁹, mutta sitä, että poliisikuntaan kuulumisesta johdettaisiin yleinen jokaiseen hätävarjelutapaukseen sovellettava lisästandardi, tulee välttää. Oikea toimintamalli oikeudellisessa ratkaisutilanteessa olisi, että puolustautujan poliisimiesominaisuus kirvoittaisi ottamaan selvää tämän henkilökohtaisista relevanteista ominaisuuksista, jonka jälkeen lisästandardi määritettäisiin tapauskohtaisesti.

Todettakoon vielä, että sallittujen hätävarjelukeinojen ja käytetyn voiman rajoittaminen yleisesti poliisimiesominaisuuden perusteella johtaisi myös perustuslain näkökulmasta outoon vääristymään, koska tällöin yksityishenkilöillä olisi laajemmat valtuudet voimankäyttöön kuin valtiovaltaa edustavalla ”väkivalta-koneistolla”. Ongelmaa pahentaa yksityisten kansalaisten ”toimivallan” perustavana olevien hätävarjelua ja sen liioittelua koskevien säännösten avoimuus ja tulkinnanvaraisuus. Huomio kiinnittyy myös väistämättä siihen, että hätävarjeluun liittyvän puolustettavuusarvioinnin lisäksi tekijän henkilökohtaiset erityistiedot ja -taidot voivat tulla huomioon otettavaksi jo määritettäessä *tekijäkohtais-ta huolellisuusvelvoitetta* osana teon huolimattomuutta. Kohtuussyistä saattaisi-kin olla perustelua tulkinnallisesti rajoittaa puolustautujan henkilöön liittyvien seikkojen merkitystä puolustettavuusarvioinnissa niissä tilanteissa, joissa jo teon katsominen huolimattomaksi on ratkaisevasti perustunut tekijän erityistiedoille ja -taidoille.

Puolustautujan ja hyökkääjän henkilön huomioon ottaminen hämärtää myös tarpeellisuus- ja puolustettavuuskriteerien rajaa. Kookkaampaa ja vahvempaa henkilöä vastaan puolustautumiseksi saattaa olla tarpeellista ja välttämätöntä

⁵²⁸ Boucht 2011a, s. 343–344. Samansuuntaisesti Jareborg 2001, s. 269 ja Helminen et al. 2012b, s. 799. Ks. myös Boucht 2011a, s. 345–349, missä kirjoittaja pohtii sitä, suhtaudutaanko poliisin aseeseen käyttöön hätävarjelutilanteissa suopeammin kuin tavallisen kansalaisen aseeseen käyttöön ko-tilanteissa.

⁵²⁹ Ks. esim. Boucht – Frände 2008, s. 96–97 sekä Frände 2012, s. 148–149 ja 157.

käyttää voimakkaampia keinoja kuin heiveröisempää hyökkääjää kohtaan.⁵³⁰ Saksassa Roxin näyttäisikin perustaneen poliisin erilaisen kohtelun ja rajoittavamman sääntelyn eräänlaiseen presumptioon siitä, että poliisille välttämättömät keinot ovat laajemman keinovalikoiman johdosta lievempiä kuin tavalliselle kansalaiselle.⁵³¹ Toisaalta hyökkääjän ollessa fyysisesti ylivoimainen puolustautuja joutuu puolustautumaan aiemmin, jotta se ylipäättään on mahdollista. Tässä puolestaan itää juridisen paradoksin siemen, joka syntyy siitä, että näissä tilanteissa kyse ei välttämättä ole vielä hätävarjelutilanteesta, mikä puolestaan johtaa siihen, että puolustautuja ei ylipäättään pääse vetoamaan eroihin fyysisissä voimavaroissa.⁵³²

7.5 MUUT OLOSUHTEET

Siltä osin kuin ne eivät kuulu jo edellä yksilöityjen kriteerien piiriin, tulee muina seikkoina huomioon otettavaksi suojeltavan ja uhrattavan intressin arvo sekä puolustuksessa käytetyn väkivallan (puolustusteon laatu ja voimakkuus) ja sen aiheuttamien vahinkojen suuruus.⁵³³ Hätävarjelutilanteita arvioitaessa tehtävä intressivertailu on kuitenkin erilainen kuin pakkotilatekoja arvioitaessa. Suhteessa hyökkääjään puolustautuja on oikeuden asialla, joten puolustusteossa voidaan käyttää hyökkäystä voimakkaampia keinoja ja sillä voidaan aiheuttaa vakavampia vammoja kuin mitä hyökkäys onnistuessaan (otaksuttavasti) aiheuttaisi.⁵³⁴

Mikään ei myöskään estä loukkaamasta toisen terveyttä omaisuuden suojaamiseksi, mutta lain esitöissä on katsottu, että vähäarvoisen omaisuusedun pelastamiseksi ei ole sallittua aiheuttaa vakavia henkeen tai terveyteen kohdistuvia vammoja.⁵³⁵ Klassikko-esimerkin mukaisesti omenavarasta ei saa ampua, vaikka se olisi ainoa keino varkauden estämiseksi. Itse olisin valmis esittämään, että suojattavan omaisuuden rahallisen arvon ollessa korkeintaan joitakin tuhansia euroja, voitaisiin hyökkääjälle lähtökohteisesti aiheuttaa ainoastaan sellaisia lieviä vammoja, joita aiheutuu tartuttaessa henkilöön, kaadettaessa tämä maahan tai käytettäessä käsirautoja. Luonnollisesti jos kuvatunkaltaisia toimenpiteitä tehtäessä kohdataan omaisuutta suojaavan henkilön kos-

⁵³⁰ Boucht – Frände 2008, s. 95. Ks. myös Alanen 1925, s. 123 ja Ruuskanen 2005, s. 289. Yhteenvetona viime vuosikymmenien rikosoikeuskirjallisuudesta Ruuskanen toteaa, että ”oikeuskirjallisuudesta syntyvä kuva väkivallasta on varsin maskuliininen huolimatta siitä, kirjoitustapa on sukupuolineutraali eikä tuo esille väkivallan sukupuolittunutta luonnetta”.

⁵³¹ Roxin 2006, s. 711. Ks. myös Roxin 2006, s. 712 maininnat koulutuksen ja varusteiden merkityksestä.

⁵³² Ruuskanen 2005, s. 198–199.

⁵³³ HE 44/2002 vp, s. 114 ja Frände 2012, s. 149.

⁵³⁴ HE 44/2002 vp, s. 115.

⁵³⁵ HE 44/2002 vp, s. 114. Ks. myös Frände 2012, s. 149.

kemattomuuteen kohdistuva hyökkäys tai sen uhka, on tilanne arvioitava tästä lähtökohdasta uudelleen. Asteikon toisessa ääripäässä on todettava, että hyökkääjän surmaamista omaisuusetuisten suojelemiseksi ”voi tuskin missään oloissa katsoa oikeudenmukaiseksi hätävarjeluteoksi”.⁵³⁶

Tuomioistuimet eivät ole Suomessa ottaneet erityisesti kantaa siihen, mikä merkitys on annettava sille, että henkilö on etukäteen hätävarjelutilanteita silmällä pitäen *varustautunut luvottomalla aseella*. Englannissa Ashworth on katsonut tällaisen etukäteen varustautumisen koventavan ko. henkilön toimiin kohdistettavaa puolustettavuusarviointia. Esitettyihin näkemyksiin voitaneen lähtökohtaisesti yhtyä Suomessakin nimenomaan viranomaistoimivallan ensisijaisuuden näkökulmasta.⁵³⁷

Hyökkäyksen yhteydessä tehdyille *tappouhkaukselle* on oikeuskirjallisuudessa annettu erisuuntaisia merkityksiä. Mikäli tulkitsemme Bouchtia ja Frändeä oikein, heidän katsannossaan tappouhkaus tekee hyökkäyksestä vakavamman, kun taas Nuutilan mukaan usein voidaan lähteä siitä, että ”haukkuva koira ei pure”.⁵³⁸

7.6 KOKONAISUUTENA ARVIOIDEN PUOLUSTETTAVANA PIDETTÄVÄN ILMEINEN YLITTÄMINEN

Hallituksen esityksessä 44/2002 vp on ilmeisesti pyritty täsmentämään säännöksen mainintaa ”jollei teko ilmeisesti ylitä” toteamalla käänteisesti, että ”[j]os teko kiistatta ylittää momentissa mainituilla perusteilla määritellyn puolustettavuuden tason, tekoa ei enää voida pitää sallittuna hätävarjeluna”.⁵³⁹ Muotoilun on katsottu tarkoittavan sitä, että ratkaisua tehtäessä ei ole tarpeen ryhtyä ”halko-

⁵³⁶ HE 44/2002 vp, s. 115. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2008, s. 321. Vrt. Alanen, joka on Suomen oikeuden osalta esittänyt väitöskirjassaan, että suhteellisuusperiaatetta ei tule ulottaa niin pitkälle, että hyökkääjän surmaaminen omaisuuden puolustamiseksi olisi yleensä epäoikeutettua. Ks. tästä Alanen 1925, s. 116. Ks. myös KKO 1980-II-29, jossa B oli ampunut rikotun ikkunaruudun läpi 0,5–1 m:n etäisyydeltä kaasupistoolilla laukauksen kohti A:n kasvoja seurauksin, että kaasupaineen ikkunasta irrottama lasinsiru oli tunkeutunut A:n silmään. A oli yrittänyt tunkeutua väkivalloin sisälle baariin ja rikkoo sen lukittua ovea. B tuomittiin rangaistukseen hätävarjelun liioitteluna yksin teoin tehdyistä lievistä pahoinpitelystä ja ruumiinvamman tuottamuksesta. Ks. myös Backman 1988, s. 795 ja Ruuskanen 2005, s. 188 kommentit ratkaisusta.

⁵³⁷ Ks. Ashworth 1975, s. 297–299. Ks. myös Clarkson 2005, s. 94, jonka mukaan hyökkäyksen ollessa ”*reasonably imminent*” voidaan julkisilla paikoilla hätävarjelun vedoten varustautua esimerkiksi ampuma-aseella.

⁵³⁸ Boucht – Frände 2008, s. 97 ja Nuutila 1997a, s. 290. Uhkauksen merkityksestä parisuhdeväkivallassa ks. Ruuskanen 2005, s. 156–157.

⁵³⁹ HE 44/2002 vp, s. 114.

maan hiuksia”, vaan voidaan suoraviivaisemmin arvioida, mikä on kohtuullista.⁵⁴⁰

Suomessa on jo rikoslain sanamuodon perusteella pidetty lähtökohtana sitä, että ensin tulee arvioitavaksi teon tarpeellisuus, jonka jälkeen arvioidaan teon puolustettavuus ja viimeiseksi se, ylittääkö teko ilmeisesti sen, mitä voidaan pitää puolustettavana. Ruotsin oikeuskäytännössä näyttää käytetyn erilaista päätteilytekniikkaa. Esimerkiksi Ruotsin korkeimman oikeuden ratkaisussa B 2219-08 todettiin ensiksi, että henkilöllä oli oikeus käyttää hengenvaarallisia välineitä puolustautuakseen hyökkäykseltä, joka hänen käsityksensä mukaan oli hengenvaarallinen. Vasta tämän jälkeen arvioitiin mainitun puolustettavuuden kriteerin näkökulmasta, oliko voimankäyttö ilmeisesti ylittänyt sen, mikä oli tarpeellista. Kyseessä olevassa tapauksessa kielletty epäsuhta olikin nimenomaan käytettyjen keinojen ja tarpeellisten keinojen eikä hyökkäyksen aiheuttaman uhan ja puolustautumistekojen välillä.⁵⁴¹

Ruotsissa ”*uppenbart oförsvarlig*” -kriteeriin on viitattu myös siinä suhteessa, että se sallii puolustautujan subjektiivisten keinojen puolustettavuuteen liittyvien näkökohtien huomioonottamisen.⁵⁴² Tässä joudutaan tietysti tekemään hienosyistä erottelua ”pidin puolustettavana”- ja ”en voinut mieltäni maltaa” -tyyppisten väitteiden välillä. Tutkimuksen myöhempiä jaksoja silmällä pitäen voidaan myös kysyä, voitaisiinko ainakin osa hätävarjelutilanteisiin liittyvistä soveltamiserehdyksistä katsoa sallituiksi tämän laajennetun puolustettavuusarviointin avulla.

7.7 LOPUKSI

Vuoden 2004 yleisten oppien uudistuksen myötä tapahtuneella puolustettavuusarviointin korostamisella siirryttiin muodollisista perusteiden soveltamishdoista kohti normatiivista puolustettavuusarviointia.⁵⁴³ Tämä on avannut mahdollisuuden lukuisten erityyppisten ja eri suuntaan vaikuttavien seikkojen huomioonottamiseen. Tämä on positiivinen seikka, jos aiemmin vallinnut oikeustila on katsottu rajoittavaksi. Esimerkiksi Ruuskanen on väitöskirjassaan todennut hätävarjelen olevan mahdollisesti esimerkki ”rikoslain yleisten oppien muovautumi-

⁵⁴⁰ Helminen et al. 2012b, s. 796–797.

⁵⁴¹ Ratkaisun sivut 5–6.

⁵⁴² Norée 2000, s. 228. Ks. *common law* -kirjallisuudesta Leader-Elliott 2012, s. 122–124, jonka tekstissä nimenomaan *ex ante* -objektiivisuus on sidottu suhteellisuuden käsitteeseen. Hänen mukaansa tämän kriteerin ylittävä puolustautuminen olisi lähinnä anteeksiannettavaa (*excuse*).

⁵⁴³ Nuotio 2003, s. 267.

sesta maskuliinisen mallin mukaiseksi”. Hänen mukaansa hätävarjelusäännöksen taustalla on ajatus ideaalitalanteesta, jossa kaksi tasavertaista miestä kohtaa kasvokkain ja yhtäläisin asein varustautuneena. Myös puolustautumisen oletetaan lähtökohtaisesti tapahtuvan ensisijaisesti fyysisistä voimaa käyttämällä ja sillä tavoin kontrolloidusti, että puolustautuminen on puolustettavaa.⁵⁴⁴ Uusi sääntelykokonaisuus, johon sisältyy muutkin vastuuvapausperusteet sekä liioittel- ja erehdystilanteet, mahdollistaa irtautumisen tästä lähtökohdasta ja arvioinnin aikaikkunan avartamisen. Ruuskanen lisäksi myös esimerkiksi Matikala on vuonna 2006 julkaistussa artikkelissa pohtinut mahdollisuutta arvioida parisuhdeväkivaltatilanteita laajemmassa kontekstissa.⁵⁴⁵

Lähtökohtaisesti pitää epäilemättä paikkaansa, että syrjinnän kielto kattaa myös naiseen kohdistuvan väkivallan. Kriminalisointien ja yksittäisten säännösten tulkinnan on oltava sellaisia, että ne kunnioittavat yhdenvertaisuutta eivätkä johda syrjintään. Pirjatanniemi on teemaa koskevassa artikkelissaan viitannut muun muassa EIT:n Opuz v. Turkey -tuomioon, jossa Turkin katsottiin rikkoneen sopimusvelvoitteitaan, koska sen rikosoikeusjärjestelmä ei kyennyt tarjoamaan naisille tehokasta suojaa. Lainsäädäntöä sovellettiin käytännössä siten, että viranomaiset eivät ottaneet naiseen kohdistuvaa väkivaltaa vakavasti.⁵⁴⁶ Pidän itsestäni selvänä, että yhdenvertaisuutta tulee korostaa ja syrjintää vastaan kamppailla voimakkaasti. Näen tämän tavoitteen painavan ytimen ensi sijassa pyrkimyksenä sukupuolineutraaliin kohteluun esimerkiksi rikosprosessissa. Sitä vastoin parisuhdeväkivallan uhrin hätävarjelu-oikeuden laajentaminen tulkinnallisesti syrjintäkieltoon vetoamalla ei ole hyväksyttävissä. Syrjintäkieltoon perustuva eriarvoinen kohtelu on mielestäni jo käsitteellisesti huomattavan vaikeasti perusteltavissa.⁵⁴⁷ Siltala on viitaten naisnäkökulman edustajien piirissä esitettyihin vaatimuksiin rikosoikeudellisten sanktioiden ankaroittamisesta todennut aidosti feminiinisen periaatteen edellyttävän rikoslakiin perustuvien sanktioiden sijaan ”tilanteeseen eläytymistä, rikoksentehtävien omaehtoista moraalista vastuunottoa ja keskustelemaan sovittelemiseen turvautumista”.⁵⁴⁸ Voidaankin kysyä, eikö myös ajatus rikosoikeudellisesti sallitun hätävarjeluun rajojen väljentämisestä parisuhdeväkivaltatilanteissa ole varsin maskuliininen.

Ulkomaaisessa kirjallisuudessa esimerkiksi Horder on todennut Englannin oikeusjärjestelmän mukaan itsensä puolustamiseen (*self-defence*) vetoamisen olevan kuva-

⁵⁴⁴ Ruuskanen 2005, s. 3 ja 6. Vrt. formalismin eduista Nuotio 2003, s. 268. Sinänsä ”maskuliinisen mallin” omaksuminen saa tukea empiirisestä aineistosta. Henkirikokset ovat perinteisesti miesten välistä rikollisuutta ja henkirikosten uhrin ovat tyypillisesti miehiä. Ks. tästä Pirjatanniemi 2011, s. 159.

⁵⁴⁵ Myös yleisten oppien uudistuksesta annettuihin lausuntoihin sisältyy näkemyksiä siitä, että hätävarjelua koskevaa säännöstä tulee pystyä soveltamaan myös pitkään jatkuneen perheväkivallan uhriksi joutuneen henkilön toimintaan, vaikka yllätyksellisyys hyökkäykseltä puuttuisikin. Ks. tästä OM 2002:7, s. 43–44.

⁵⁴⁶ Pirjatanniemi 2011, s. 160–164. Ks. ratkaisusta myös Mowbray 2012, s. 122–123.

⁵⁴⁷ Naisnäkökulman merkityksestä oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaatteen *vastaperiaatteena* ks. Siltala 2004, s. 401–402.

⁵⁴⁸ Siltala 2004, s. 577.

tuissa parisuhdeväkivaltatilanteissa sinänsä mahdollista, mutta sielläkin edellytetään, että ainoa vaihtoehto on odottaa lähes varmasti tapahtuvaa vaarallista hyökkäystä, jota sitten hyökkäyksen hetkellä on mitä todennäköisimmin (*in all probability*) mahdollon torjua. Horderin mukaan menestyksellä vetoaminen itsensä puolustamiseen saattaa olla mahdollista myös, jos *puolustautujan vilpittömän käsityksen* mukaan hyökkäys ei ole vältettävissä muilla keinoin kuin ennakoivan hätävarjelen keinoin (*lethal pre-emptive strike*), vaikka näin ei tosiasiaa olisikaan.⁵⁴⁹

Myös Sangero on korostanut uhan välittömyyden ja puolustautumisen viimesijaisuuden vaatimuksia. Hän on kuitenkin nostonut esille mahdollisuuden soveltaa näihin tilanteisiin putatiivihätävarjelua koskevia säännöksiä sekä seuraamuksen alentamisen tai jopa anteeksiannon mahdollisuuden. Lisäksi hän on todennut, että – mikäli se katsotaan perustelluksi – nämä tilanteet ratkaistaan erityissäännöksillä eikä hätävarjelua (*private defence*) tai pakkotilaa (*necessity*) koskevien säännösten laajentavalla tulkinnalla.⁵⁵⁰

Myös Leverick on käsitellyt teemaa laajalti teoksessaan vuodelta 2006. Leverick on ensinnäkin tuonut esille, että yhdysvaltalaisen tutkimuksen mukaan hyökkäyksen uhan välittömyys puuttui ainoastaan noin viidesosassa tapauksista, joissa pahoinpidellyt naiset olivat tappaneet puolisonsa. Toisaalta hän on korostanut sitä, että kyse ei ole ainoastaan välttämättömyys-, vaan myös suhteellisuusarvioinnista (*proportionality*). Useimmissa tapauksissa väkivaltaisen aviomiehen tappaminen ei ole suhteellisuusarvioinnissa hyväksyttävää.⁵⁵¹ Ratkaisuvaihtoehtoina Leverick on maininnut mm. ”välittömyyden” laajan tulkinnan, jonka hän on hylännyt erityisesti siitä syystä, että ehdotetut laveat tulkinnat ovat sanamuodon vastaisia ja siten yleisen ymmärrettävyyden kannalta heikkoja.⁵⁵² Toisaalta hän on ehdottanut välittömyyden vaatimuksesta luopumista ja pitäytymistä välttämättömyydestiin.⁵⁵³ Viimeksi mainitun osalta ongelmallisena voidaan pitää sen yleistämistä aiheutuvaa hallitsematonta soveltamisalan laajentumista ja toisaalta liian suurta joustavuutta ja tapauskohtaista harkinnanvaraisuutta. Teoksensa lähtökohdille uskollisena hän onkin korostanut erityisesti oikeuden elämään maksimoimista. Eräänlaista alexylaista optimointia edustaa Leverickin näkemys, jonka mukaan välittömyyden kriteeristä joustaminen kasvattaa riskiä, että toinen tulee surmatuksi, vaikka molempien henki olisi voitu säästää. Tässä tarkoituksessa välittömyys toimii välttämättömyyden indikaattorina (*”imminence of harm is a very good signifier of necessity of action”*).⁵⁵⁴ Leverickin oma ratkaisu ongelmaan on vahingon väistämättömyys -testi (*inevitability of harm test*), joka ilmoittaa merkityksellisen todennäköisyyden rajan. Ko. testi voi laajentaa puolustautumisoikeutta välittömyyden ulkopuolelle, mutta ei välttämättömyyden ulkopuolelle (*”no reasonable*

⁵⁴⁹ Horder 2004, s. 180–182. Horder on pohtinut myös mahdollisuutta vedota mielenhäiriöön rikosvastuun välttämiseksi ko. tilanteissa. Ks. myös Clarkson 2005, s. 95–96.

⁵⁵⁰ Sangero 2006, s. 350–353.

⁵⁵¹ Leverick 2006, s. 91–92.

⁵⁵² Leverick 2006, s. 95–96. Ks. myös Weston-Scheuber 2012, s. 177. Weston-Scheuber on artikkelissaan käsitellyt vaikutuksia, joita on sillä, että parisuhdeväkivaltatapauksia ja poliisin voimankäyttöön liittyviä asioita käsitellään Australiassa eri prosesseissa. Toisaalta hänen huomionsa kohteena ovat olleet eroavaisuudet tapausten käsittelyssä käytävässä diskurssissa.

⁵⁵³ Leverick 2006, s. 96–99. Lisäksi hän on maininnut yhtenä vaihtoehtona sekä välittömyys- että välttämättömyyskriteereistä luopumisen. Ks. tästä tutkimukseni s. 569.

⁵⁵⁴ Leverick 2006, s. 99–101.

prospect of preventing the harm by taking an alternative course of action”). Se kunnioittaa molempien oikeutta elämään siinä missä välittömyysvaatimuskin.⁵⁵⁵

Kansallisesti – niin haluttaessa – saattaisi olla mahdollista säätää ihmisoikeusvelvoitteita rikkomatta oikeudesta hätävarjeluun, jos puolustusteko on välttämätön, vaikkei hyökkäyksen uhka olisikaan välitön. Tällöin välttämättömyysarvioinnin tulisi kuitenkin olla ehdottoman sääntöluonteista eli toisin sanoen muita vaihtoehtoja intressin suojaamiseksi ei saisi olla käsillä. Tältä osin voidaankin viitata Leverickiin, jonka mukaan ns. *battered woman syndromesta* kärsivät naiset pystyvät usein menestyksellä vetoamaan vahingon väistämättömyys -osakriteeriin, mutta vain poikkeuksellisesti tilanne on sellainen, että vaihtoehtoisia toimintamalleja ei ollut.⁵⁵⁶

Hieman yllättäen samanaikaisesti tällaisen sallivamman keskustelun kanssa on esitetty lukuisia puheenvuoroja siitä, kuinka puolustettavuusarvioinnin kautta poliisin tosiasiallista oikeutta hätävarjeluun tulisi rajoittaa, kuten näyttäisi tapahtuneenkin esimerkiksi ratkaisussa KKO 2004:75. Perustuslain näkökulmasta kehityssuunta on outo. Voidaan kysyä, onko todellakin tarkoituksenmukaista, että poliisin voimankäyttöä pyritään eri oikeuslähteissä rajoittamaan ja saattamaan yhä yksityiskohtaisemman sääntelyn alaiseksi ja samalla sekä kirjoitetussa laissa että oikeustieteessä laajennetaan tavallisten kansalaisten oikeutta hätävarjeluun. Lahden tavoin voidaan kysyä, kuuluuko oikeuksien puolustaminen voimakkein toista yksilöä vastaan yksittäisen kansalaisen tehtäväksi vai tulisiko laajemminkin edellyttää tukeutumista viranomaisapuun. Vastausta pohdittaessa tulee kiinnittää merkittävää huomiota perus- ja ihmisoikeusnäkökohtiin, joista mainittakoon erityisesti PL 124 §:n ja EIS 2 artiklan sisältämät rajoitteet.⁵⁵⁷ Teemaa on sivuttu myös poliisin toimintaa koskevissa *soft law* -asiakirjoissa. EN:n suosituksessa vuodelta 2001 todetaan:

”5. Police personnel shall be subject to the same legislation as ordinary citizens, and exceptions may only be justified for reasons of the proper performance of police work in a democratic society.”⁵⁵⁸

”31. Police staff shall as a rule enjoy the same civil and political rights as other citizens. Restrictions to these rights may only be made when they are necessary for the

⁵⁵⁵ Leverick 2006, s. 101–102.

⁵⁵⁶ Ks. Leverick 2006, s. 102–108. Ks. myös Horderin (Horder 2004, s. 16–17) näkemyksiä uusien vastuuvapausperusteiden luomisesta.

⁵⁵⁷ Lahti 2003, s. 148–149. Julkisen ja yksityisen vastuun rajasta ks. myös KM 1986:16, s. 18–20. Komitean mukaan kansalaisten omatoiminen menettely tulee rajoittaa tilanteisiin, joissa ”julkisen valta ei voi välittömästi toimia tosiasiallisen loukkauksen tai todennäköisen uhan torjumiseksi tai ennalta estämiseksi”. Viranomaisavun hyödyllisyydestä parisuhdeväkivaltatapauksissa ks. Ruuskanen 2005, s. 191–197.

⁵⁵⁸ EN 2001, s. 7.

exercise of the functions of the police in a democratic society, in accordance with the law, and in conformity with the European Convention on Human Rights.”⁵⁵⁹

Selitysmuistion mukaan:⁵⁶⁰

”The paragraphs of this section are guided by the overall principle that police in an open democratic society should have the same rights as other citizens, to the fullest possible extent. This is an important element of the rule of law and of making the police organisation part of the society it serves.

The rights covered by the European Convention on Human Rights (civil and political rights) apply fully to all citizens in member states, including those employed by the police. Some of these rights are absolute in their character, whereas others may be derogated under special conditions. In this respect, reference is made to the extensive case-law developed by the European Court of Human Rights.

Paragraph 31 emphasises that member states shall not deprive their police staff of any civil and political rights, unless there are legitimate reasons directly connected to the proper performance of police duties in a democratic state governed by the rule of law.”

Kohtuuttomuuksien välttämiseksi ja lainkäytön ennustettavuuden varmistamiseksi olen taipuvainen esittämään, että hyökkäyksen laadun ja voimakkuuden tulisi olla *prima facie* -lähtökohtana arvioitaessa puolustustekojen puolustettavuutta.

Edellä esitetystä on aiheellista tehdä muitakin kokoavia päätelmiä. Voidaan esimerkiksi todeta, että aiemmin selostetut korkeimman ratkaisut KKO 1993:50 ja KKO 2004:75 vahvistavat sen tulkinnan, että poliisimiehellä on oikeus hätävarjelun keinoin puolustaa itseään, muita poliisimiehiä ja muita henkilöitä.⁵⁶¹ Ratkaisun KKO 2004:75 kohdan 37 muotoilu (kursivointi tässä) ”[m]ikäli poliisimies virkatehtävää suorittaessaan joutuu tilanteeseen, jossa *hän itseään tai toista oikeudettomalta hyökkäykseltä suojellakseen...*” jättää tosin auki senkin mahdollisuuden, että korkein oikeus on halunnut rajata poliisin hätävarjeluoikeuden henkeä ja terveyttä uhkaavien hyökkäysten torjumiseen.⁵⁶² Tähän kysymyksen palataan tuonnempana.

Poliisin ankarinta voimankäyttöä koskevaa korkeimman oikeuden ratkaisukäytäntöä kuormittaa yksi varsin yllättäväkin seikka. Ratkaisua KKO 2004:75 lukuun ottamatta ratkaisut rakentuvat sen varaan, että kyse on ollut harhalaukauksesta eli toisin sanoen on ainakin jäänyt näyttämättä, että olisi pyritty osu-

⁵⁵⁹ EN 2001, s. 10.

⁵⁶⁰ EN 2001, s. 50. EN:n suosituksen 31 artiklan merkityksestä ks. myös Crawshaw et al. 2007, s. 28–29.

⁵⁶¹ Nuotio 2005b, s. 217. Poliisin hätävarjeluoikeuden osalta ks. myös Helsingin hovioikeus 19.12.2007 nro 4186.

⁵⁶² Ks. Boucht 2006, s. 519.

maan siihen, mihin lopulta on osuttu.⁵⁶³ Seuraavassa pääjaksossa selostettavassa ratkaisussa KKO 1979-II-50 poliisimies oli yrittänyt ottaa kiinni pakenevan henkilön ja ampunut laukauksen tarkoittaen osua maahan pakenijan viereen luodin kuitenkin osuessa tämän reiteen. Ratkaisussa KKO 1984-II-127 poliisi oli ampunut pakenevan henkilön perään laukauksen, joka oli hengenvaarallisen vamman aiheuttaen osunut pakenijaan, vaikka poliisin ei voitu todeta tarkoittaneen osua pakenijaan. Ratkaisussa KKO 1990:136 liikkuvan moottoripyörän takapyörään tähdätty luoti osui moottoripyörän kuljettajan selkärankaan. Ratkaisussa KKO 1993:50 poliisit puolestaan avasivat tulen kaappaajaa kohden, mutta alioikeuden perusteluista ilmenee, ettei ”yksikään valmiusyksikön poliisimiesten muutaman metrin etäisyydeltä ampumista luodeista ollut osunut kohteeseensa”. Kuten seuraavassa pääjaksossa tullaan havaitsemaan, tällaisella ratkaisukäytännön puutteella saattaa olla merkitystä arvioitaessa oikeudenvastaista voimankäyttöä tahallisuuden näkökulmasta.

Rikoslain hätävarjelusäännöstä arvioitaessa on ensinnäkin todettava, että vaikka laissa lueteltujen ”oikeudenmukaisuuskriteerien” luettelo olisi tyhjentävä, ei se sinällään kerro yhtään mitään siitä, millainen näitä kriteereitä käyttäen saavutettu tulos on oikeudenmukainen.⁵⁶⁴ Jo Alanen on väitöskirjassaan selkeästi tiedostanut suhteellisuusperiaatteen varaan rakentuvan hyväksyttävyyssarvioinnin potentiaalisen ongelman eli jonkintasoisen epämääräisyyden. Hän on kuitenkin katsonut, että ”yleinen oikeustaju”, jonka varassa puolustettavuusarviointia joka tapauksessa tehdään, on aina läsnä arvosidonnaisessa oikeusjärjestyksessä eikä seikalle tule antaa erityistä painoa.⁵⁶⁵ Oikeustajuun tukeutumisella on myös positiivisia vaikutuksia normien sisäistämiseen. Voitaneen vedota samansuuntaiseen argumenttiin kuin Lappi-Seppälä väitöskirjassaan seuraamusjärjestelmän osalta:

”On täysin perusteltua edellyttää, että yksilön arvojärjestelmän ja oikeusjärjestelmän edustaman virallisen arvojärjestelmän välillä vallitsee määrätty kongruenssi siihen katsomatta, mitä seurauksia tällä on esimerkiksi rikollisuuden torjunnan kanssa. Pysyvät arvoriistiriidat johtavat anomiaa ja vieraantumiseen. Tieto siitä, että oikeusjärjestys heijastaa kunkin itsensä tärkeinä pitämiä arvoja kohottaa elämisen laatua. Olemme tyytyväisempiä ympäristössä, joka ajattelee samansuuntaisesti kuin me.”⁵⁶⁶

⁵⁶³ Saman havainnon on ratkaisujen KKO 1979-II-50 ja KKO 1984-II-127 osalta tehnyt Lahti 1992, s. 99.

⁵⁶⁴ Ks. Lappi-Seppälä 1987, s. 174.

⁵⁶⁵ Alanen 1925, s. 118–119.

⁵⁶⁶ Lappi-Seppälä 1987, s. 179–180. Laajemmin oikeustajunnasta suhteellisuusvaatimuksen määrittäjänä ks. Lappi-Seppälä 1987, s. 175–183. Oikeustajun painoarvoon vaikuttaa hänen mukaansa argumentin latenttisuus, yleisyys, riidattomuus, johdonmukaisuus, perusteltavuus ja tarkoituksenmukaisuus.

Sallittujen puolustuskeinojen määrittämisessä tulee pyrkiä yhdenvertaisuuteen unohtamatta kunkin tapauksen erityisluonnetta. Kohtuus on oikeudenmukaisuutta *in concreto* – yksilöllistävää oikeudenmukaisuutta erotettuna oikeusvarmuuden ja ennustettavuuden edustamasta yleisestä oikeudenmukaisuudesta. Näiden välisen suhteen määrittäminen riippuu Lappi-Seppälän mukaan yhteiskuntarakenteista. Liian kankea järjestelmä voi kohdata legitimitteettiongelmia, kun taas ”liiaksi yksilöllistävä järjestelmä vuorostaan heikentää oikeusnormien yhteiskuntaelämää stabilisoivaa ja strukturoivaa vaikutusta”.⁵⁶⁷ Toisaalta, kuten Lappi-Seppälä on todennut, oikeusvarmuus ja ennakoitavuus edellyttävät, että poikkeamisia ankarampaan suuntaan ei tapahdu, kun taas ”normaalitasosta” lievempään suuntaan poikkeaminen, mihin kohtuusargumentointi pyrkii, ei ole oikeusturvan kannalta yhtä ongelmallista.⁵⁶⁸ Hätävarjelutilanteissa ongelma tietysti on, että tyypillisesti ”toiselle lisää on toiselta pois”. Tämä korostuu erityisesti individuaalisessa hätävarjelumallissa, jossa sääntelyn kohteena oleva perusoikeussuhde on korostetusti horisontaalinen.

Liiallisesta joustavuudesta johtuvien ongelmien eli lähinnä ennakoitavuuden heikkenemisen ehkäisemiseksi ja lakisidonnaisuuden periaatteen vahvistamiseksi olisi ehkä syytä pohtia yleisemminkin tarpeellisuuskriteerin merkitystä sekä poliisin voimankäyttöä että hätävarjelutilanteita arvioitaessa. Voidaan pohtia, tulisiko vaatimus puolustusteen välttämättömyydestä nähdä ennemminkin sääntöluontoisena ratkaisuna siitä, että käsillä ei ollut sellaisia muita keinoja tilanteen hoitamiseksi, jotka todennäköisesti olisivat olleet riittäviä ja joita yksilön olisi voitu (kohtuudella) edellyttää käyttävän. Nykytilassa näyttäisi siltä, että välttämättömyys tai tarpeellisuus ymmärretään ennemminkin vähimmän haitan periaatteeksi, joka tulee punnittavaksi tilanteen kokonaisarvioinnissa.⁵⁶⁹ Kansainvälinen ihmisoikeuskäytäntö ja *soft law* -asiakirjat näyttäisivät sinänsä ehdottomista muotoiluista huolimatta jossain määrin häilyvän näiden lähtökohtien välillä.

Ennen siirtymistä eräiden erityiskysymysten pariin todettakoon vielä, että vaikka henkilö on hätävarjelussa käyttänyt voimakeinoja sallituissa rajoissa, on hän velvollinen huolehtimaan avun hankkimisesta avuttomaan tilaan saatetulle hyökkääjälle. Korkein oikeus on vanhassa ratkaisussaan KKO 1942-II-127 tuominut heitteillepanosta rangaistukseen henkilön, ”joka hätävarjelussa pahoinpidelyään toista niin, että tämä ei itse ollut kyennyt liikkumaan, ei ollut ryhtynyt toimenpiteisiin hoidon hankkimiseksi pahoinpidellylle”. Rangaistavaksi katsot-

⁵⁶⁷ Ks. Lappi-Seppälä 1987, s. 188–189.

⁵⁶⁸ Lappi-Seppälä 1987, s. 194.

⁵⁶⁹ Kysymys näyttäisi rinnastuvan edellä selostettuihin Veli-Pekka Viljasen ja Sakari Melanderin näkemyksiin siitä, miten välttämättömyys perusoikeuksien yleisenä rajoitusedellytyksenä tulisi ymmärtää.

tiin hyökkääjän jättäminen avuttomaan tilaan.⁵⁷⁰ Tahallisuuden tasosta riippuen puolustautuja, joka laiminlyö hankkia apua nujerretulle hyökkääjälle, joka menehtyy, saattaa syyllistyä esimerkiksi kuolemantuottamukseen tai jopa tahalliseen henkirikokseen.⁵⁷¹

Tässä yhteydessä on syytä yleisemminkin korostaa EIT:n useissa voimankäytösratkaisuissa esille tuomaa velvollisuutta huolehtia mahdollisuuksien mukaan ensihoitovalmiuksista. Myös apulaisoikeuskanslerin varamies on ratkaisussaan 15.4.1997 dnro 283/1/96 kiinnittänyt huomiota siihen, että voimakeinojen käytön kohteeksi joutuneelle henkilölle, joka oli väittänyt saaneensa vammoja voimakeinojen käytön seurauksena ja pyytänyt päästä lääkäritarkastukseen, olisi tullut järjestää mahdollisuus päästä lääkäritarkastukseen. Hoitotoimenpiteiden lisäksi tällöin olisi ollut mahdollista myös todeta, ovatko vammat voineet aiheutua poliisin voimakeinoista.⁵⁷² Tällaista ohjetta voidaan yleiselläkin tasolla pitää ihmisoikeusveloitteiden näkökulmasta perusteltuna. On kuitenkin vaikea arvioida, kuinka raskaaksi tällainen ehdoton oikeus tavata terveydenhoitohenkilökuntaa käytännössä muodostuisi.

⁵⁷⁰ Ks. myös KKO 1975-II-1: ”A oli riitaannuttuaan B:n kanssa seurannut tätä juoksemalla ja B:n astuttua sen johdosta vaatteet yllään veteen heitellyt kiviä B:n perään ja tämän lähdettyä uiden ylittämään noin 100 metrin levyistä merensalmea jatkanut takaa-ajoa uimalla sekä ohitettuaan B:n uhkailemalla estänyt tätä nousemasta vastakkaiselle rannalle, jolloin B oli A:n nähden vaipunut veden alle. Koska A oli menettelyllään myötävaikuttanut B:n joutumiseen vaaratilanteeseen, ja hänellä sen vuoksi oli ollut erityinen velvollisuus auttaa B:n jouduttua hukkumisvaaraan, A tuomittiin kuolemantuottamuksesta.” Matikkala 2000 s. 132–133 on ratkaisun osalta pitänyt melko selvänä, että kuvattu edellä käynyt toiminta perustaa vastuuaseman. Ks. myös Matikkala 2000, s. 145.

⁵⁷¹ Frände 2012, s. 217. Ks. myös HE 44/2002 vp, s. 45.

⁵⁷² Samoin eduskunnan apulaisoikeusasiamies on ratkaisussa 14.6.2001 dnro 1581/4/98 todennut, että ”[a]siaa oikeudellisesti arvioiden pidän selvänä, että poliisikoiran puremasta saanut henkilö on poliisilain 49 §:n 2 momentin mukaan toimitettava lääkärin tai muun puolueettoman henkilön arvioitavaksi niin pian kuin se on käytännössä mahdollista”. Ulkomaisesta kirjallisuudesta erityisesti aseenkäytön osalta ks. Elholm 2003, s. 26.

8 Eräitä erityiskysymyksiä

8.1 VOIKO TAHALLINEN SURMAAMINEN OLLA OIKEUTETTUA VOIMAKEINOJEN KÄYTTÖÄ?

8.1.1 Tarkoitus- ja varmuustahallisuus seurauksen suhteen

Seuraustahallisuus on klassisesti jaettu oikeuskirjallisuudessa kolmeen eri tasoon. *Dolus determinatus* -tasoisessa tahallisuudessa ”kriminalisoidun seurauksen aikaansaaminen on ollut tekijän tarkoitus”. Pelkkä tarkoitus seurauksen aiheuttamiseen ei kuitenkaan ole riittävä, vaan lisäksi edellytetään, ettei seurauksen aiheutuminen toiminnan seurauksena ole täysin poissuljettu. *Dolus directus* -tahallisuudessa on kyse tilanteista, joissa tekijä ei ole tarkoittanut aiheuttaa seurausta, mutta on mieltänyt sen toimintansa välttämättömäksi seuraukseksi. Tällä tahallisuuden tasolla keskiössä ovat tahtoon liittyvien seikkojen sijasta kognitiiviset seikat. Alimman tason *dolus eventualis* -tahallisuudessa kyse on toiminnan enemmän tai vähemmän todennäköisistä seurauksista. Mieltämisteorioiden mukaan ne teot ovat tahallisia, jotka ylittävät mielletylle todennäköisyydelle lainsäädännössä asetetut rajat, ja muut tuottamuksellisia. Painotus on siis tekijän tiedollisissa seikoissa, kun taas tahtoteorioissa rajanveto tahallisuuden ja tuottamuksen välillä painottuu siihen, miten tekijä suhtautunut tekonsa seurauksiin.⁵⁷³ Niissä tilanteissa, joissa tekijä on tehnyt seurausten osalta perusteettoman optimistisen todennäköisyysarvion, on perusteltua katsoa tahallisuuden puuttuvan.⁵⁷⁴

Useilla 1970-, 1980- ja 1990-luvuilla antamillaan ratkaisuilla korkeimman oikeuden katsottiin vahvistaneen kognitiivisen mieltämisteorian mukaisen rajanvedon tahallisuuden ja tuottamuksen välille.⁵⁷⁵ Oikeuskäytännön linjan vakiinnuttua tällä tavoin säädettiin rikosoikeuden yleisten oppien uudistamisen yhteydessä tahallisuudesta RL 3 luvun 6 §:ssä seuraavasti:

”Tekijä on aiheuttanut tunnusmerkistön mukaisen seurauksen tahallaan, jos hän on tarkoittanut aiheuttaa seurauksen taikka pitänyt seurauksen aiheutumista varmana tai

⁵⁷³ HE 44/2002 vp, s. 72–73. Suhtautumisesta ja hyväksymisestä ks. Matikkala 2005, s. 472–473. Tahto- ja todennäköisyysteorioista ks. myös Nuutila 1997a, s. 220–227.

⁵⁷⁴ Lappi-Seppälä 2004a, s. 6 av. 100.

⁵⁷⁵ HE 44/2002 vp, s. 76–82 ja 87. Ks. myös Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 474–476. Tahtomisteoriasta ks. esim. Honkasalo – Ellilä 1966, s. 69–71.

varsin todennäköisenä. Seuraus on aiheutettu tahallaan myös, jos tekijä on pitänyt sitä tarkoittamaansa seuraukseen varmasti liittyvänä.”

Tahallisuus määritetään siis kognitiivisin perustein, ja ratkaisevaa on seurauksen pitäminen varmana tai ainakin ”varsin todennäköisenä”. Tässä pääjaksossa mielenkiinnon kohteena ovat tarkoitus- ja varmuustahallisuus. Todennäköisyydestä tahallisuuteen (seurauksen pitäminen varsin todennäköisenä) palataan seuraavassa pääjaksossa, koska tahallisuuden muotona se määrittää erityisesti tuottamuksellisenä ja tahallisenä syyksiluettavan menettelyn rajaa.

Tarkoitustahallisuuden osalta on rikoslain esitöissä edellytetty, että nimenomaan suojattujen etujen vastainen kriminalisoitu seuraus on ollut teon syy ja peruste. Teon seuraus on usein tekijän lopullinen tavoite, mutta hallituksen esityksessä on myös pohdittu myös sitä tilannetta, jossa seuraus onkin välitavoite. Esimerkkinä on mainittu tilanne, jossa henkilö surmaa toisen periäkseen tämän rahat. Tällöinkin tekijä osoittaa välitavoitteen suhteen tarkoitustahallisuutta.⁵⁷⁶

Tarkoitustahallisuuden osaltakin edellytetään jonkinlaista todennäköisyyttä seurauksen syntymiseltä. Hallituksen esityksen sanoin ”[p]elkkä epärealistinen toiveajattelu ei voi perustaa tahallisuusvastuuta”.⁵⁷⁷ Jos henkilö ostaa naapurilleen lentolipun toivoen, että lentokone putoaa ja naapuri menehtyy, ei tämä henkilö syyllisty henkirikokseen, vaikka näin sattuman oikusta kävisikin. Nuotion ja Majasen sanoin tällainen toiminta on ollut *sosiaaliadekvaattia*⁵⁷⁸, kun taas Frände on kytkenyt tarkoitustahallisuuden edellyttämän todennäköisyyden *sallittuun riskiin*, eli riskin tultua teon huolimattomuutta koskevassa arvioinnissa kielletyksi myös tarkoitustahallisuuden edellyttämä todennäköisyys tulee täytettyä.⁵⁷⁹ Mikäli taas seuraus kuuluu epätodennäköisyydessään sallitun riskin puolelle, pelkkä tarkoitus aiheuttaa seuraus ei riitä rikosoikeudelliseen vastuuseen.⁵⁸⁰ Sallittua riskiäkään ei määritetä ”juridisessa tyhjiössä”. Matikkala on viitannut ”kompensaatiokysymyksellä” pohdintaan siitä, tuleeko sallitun riskin raja näissä tilanteissa asettaa alemmas kuin esimerkiksi *dolus eventualis* -tilanteissa.⁵⁸¹

Tarkoitustahallisuuden edellyttämään seurauksen todennäköisyyteen voidaan liittää myös subjektiivinen mieltämisen elementti. Sen lisäksi, että henkilö on tarkoittanut aiheuttaa seurauksen, tulee hänen mieltää seuraus ”oletettavaksi eli

⁵⁷⁶ HE 44/2002 vp, s. 85.

⁵⁷⁷ HE 44/2002 vp, s. 85–86. Tarkoitustahallisuuden edellyttämästä seurauksen todennäköisyydestä ks. myös Tapani 2010, s. 138–141.

⁵⁷⁸ Nuotio – Majanen 2003, s. 53.

⁵⁷⁹ Frände 2012, s. 114–115. Ks. myös Nuutila 1996a, s. 310–311 ja Jareborg 2001, s. 235, jonka esimerkissä jopa tappamistarkoituksessa ilmaan ammuttu laukaus, joka kohdistuu alueelle, jossa on ihmisiä, saattaa täyttää todennäköisyyden minimivaatimuksen.

⁵⁸⁰ Lappi-Seppälä 2003, s. 782.

⁵⁸¹ Matikkala 2005, s. 531.

ei aivan epätodennäköiseksi”. Tiedollinen vähimmäisvaatimus on, että henkilö arvioi teollaan olevan ”edes jonkinlaisen mahdollisuuden seurauksen aikaansaamiseen”.⁵⁸²

Toisin kuin tarkoitustahallisuus *varmuustahallisuus* kattaa sekä teko-olosuhteisiin että seuraukseen liittyvät tahallisuuden osa-alueet. Varmuustahallisuudessa kyse ei ole seurauksen tavoittelemisesta tai tarkoituksesta välitavoitteen suhteen, vaan seurauksen pitämisestä käytännössä varmana (oheis)seurauksena teosta tai toiminnasta. Kyse saattaa myös olla seurauksista, jotka ovat välttämättömiä varsinaisen tavoitteen saavuttamiseksi, tai lisäseurauksista. Tällaiset oheisseuraukset saattavat olla tekijöille jopa epätoivottuja tai vastenmielisiä. Volitiivisilla tekijöillä ei kuitenkaan ole merkitystä, vaan kognitiivinen varmuus seurauksista riittää perustamaan tahallisuuden. Pää- ja oheisseurausten suhteesta on hallituksen esityksessä 44/2002 vp todettu, että ”epävarmaan tavoitteeseen varmuudella liittyvät oheisseuraukset arvioidaan varmuustahallisuudella aiheutetuiksi”. Myös tällöin pääseurauksen – tavoitteen – toteutumista on pidettävä samalla tavoin realistisena kuin edellä tarkoitustahallisuuden yhteydessä on selostettu.⁵⁸³

Vihriälä on mielestäni perustellusti esittänyt tietoisuuteen liittyvien tahallisuuden muotojen merkityksen kasvattamista suhteessa tarkoitustahallisuuteen. Käytännössä lienee niin kuin kirjoittaja on todennut: ”Se, joka todella tarkoittaa saavuttaa jonkin seurauksen, tekee teon tarkoituksensa mahdollisimman hyvin täyttävällä tavalla. Tämä tapa täyttää oletettavasti myös todennäköisyyshallisuuden.”⁵⁸⁴

8.1.2 Tarkoituksellisen surmaamisen sallittuus

Kuten edellä on todettu, henkilön surmaaminen on oikeutettua hätävarjelua niissä tilanteissa, joissa hyökkäys uhkaa henkeä tai vakavasti terveyttä eikä muuta keinoa puolustautumiseen ole.⁵⁸⁵ Esimerkkinä ratkaisusta, jossa ainakin *dolus eventualis* -tasoinen surmaamistahallisuus on täytynyt, mutta menettely on katsottu oikeutetuksi, on KKO 1997:182. Tapauksessa puolustautuja M ampui hyökkääjää A pienoiskiväärillä noin metrin etäisyydeltä ylävartaloon. Ruumiin-

⁵⁸² Tapani – Tolvanen 2008, s. 211. Ks. myös KKO 2003:115 (tekijän on ”täytynyt pitää osumista varte-notettavana mahdollisuutena”) sekä Tapanin ja Tolvasen kommentit siitä.

⁵⁸³ HE 44/2002 vp, s. 86–87. Ks. myös Lappi-Seppälä 2003, s. 783–784. Lappi-Seppälä on katsonut lakitekstin edellyttävän ”käytännöllistä varmuutta”, mikä puolestaan tarkoittaa sitä, että ”tekijä sulkee mielestään mahdollisuuden, että seuraus jäisi syntymättä”.

⁵⁸⁴ Vihriälä 2012, s. 246. Tarkoituksella on toki merkitystä murha-tunnusmerkistön täyttymisessä. Ks. tästä Vihriälä 2012, s. 247–250.

⁵⁸⁵ Ks. myös Jareborg 2001, s. 261, jonka mukaan ei ole poissuljettua, etteikö toisen surmaaminen voisi olla oikeutettua hätävarjelua.

avauslausunnon mukaan A:n kuolema aiheutui vasemmalle rintakehälle kohdistuneesta ja vasenta keuhkoa, sydäntä ja rinta-aorttaa vaurioittaneesta luotiaseen lähilaukauksesta. Lähtökohtaisesti tahallisuusarvio jää hieman epävarmalle pohjalle, koska M oli kertonut, ettei hän ollut ehtinyt tähdätä mihinkään erityiseen osaan A:n ylävartaloa ja toisaalta kyseessä oli pienikaliiberinen ase. Koska sekä alioikeus että hovioikeus selkeästi totesivat M:n surmanneen A:n tahallisesti ja korkein oikeuskin sovelsi RL 3 luvun 6 §:n lisäksi RL 21 luvun 1 §:ää (tappo), voidaan johtopäätöksenä todeta, että tahallinen surmaaminen oli tapauksessa oikeutettua.

Hätävarjelua koskevasta oikeuskirjallisuudesta on syytä nostaa vielä esille Majasen väitöskirjassaan esittämiä näkemyksiä. Hän on ensinnäkin katsonut, että hyökkääjän tahallinen surmaaminen olisi oikeutettua erittäin harvoin ja lähinnä silloin, kun kyseessä on niin vakava hyökkäys (surmaamisyritys), että vaihtoehtoina on joko hyökkääjän tai puolustautujan kuolema. Sellaisten vaarallisten toimintamallien käyttämisestä, jotka voivat huolimattomuudesta tai varomattomuudesta johtaa kohteen kuolemaan, tulisi pidättäytyä. Tällaisesta menettelystä seuraa tyypillisesti tuottamusvastuu. Toki myös tällaisten potentiaalisesti vaarallisten toimintamallien käyttäminen voi olla perusteltua hengen uhan sisältävissä tilanteissa. Viimeksi mainittuihin voitaneen rinnastaa myös Majasen mainitsemat vapaudenriistotilanteet, joihin liittyy jatkuva hengen menetyksen tai vammautumisen uhka. Kuolemanrangaistuksen kieltoa ei kuitenkaan voida Majasen mukaan kiertää käyttämällä toimintamalleja, jotka tosiasiaassa johtavat samaan lopputulemaan.⁵⁸⁶

Edellä kerrotun perusteella voidaan todeta, että myös poliisimies on oikeutettu äärimmäisissä hätävarjelutilanteissa surmaamaan henkilön tahallisesti eli toisin sanoen kohdistamaan hyökkääjään sellaista voimaa, mistä seuraa vähintään varsin todennäköisesti kuolema. On kuitenkin aiheellista esittää periaatteellisesti hyvin tärkeä kysymys siitä, voiko poliisi muutoin kuin hätävarjelutilanteessa lain mukaan toimiessaan koskaan tahallisesti surmata vaarallisesti käyttäytyvää henkilöä. Arvioitavana ovat siis tilanteet, joissa on sinänsä selvää, että kohdehenkilön kuolema on ollut voimakeinojen käytön vähintäänkin ”varsin todennäköinen seuraus” ja vastattavaksi jää kysymys, voiko tällainen *toimivaltasäännöksiin* perustuva voimakeinojen käyttö olla oikeutettua.

Ensiksi on huomattava, että arkikieli ja juridinen kieli antavat ”tahallisuudelle” erilaisen sisällön. Arkikielessä tahtominen viittaa ”tieten tahtoen tekemiseen”, mahdollisesti pyrkimykseen johonkin päämäärään. Rikosoikeudellinen tahallisuus kattaa joltain osin suppeamman, mutta joiltain osin laajemman alan kuin yleiskielinen ilmaisu. Esimerkiksi rikosoikeudellisessa terminologiassa ta-

⁵⁸⁶ Majanen 1979, s. 301–303. Ks. myös Majanen 2002, s. 456.

hallisuus ja ”tahtominen” saattavat ulottua jopa sellaisiin seurauksiin, joiden ”tekijä toivoisi jäävän syntymättä”.⁵⁸⁷ Tahallisuuden käsitteeseen ei siten sisälly ajatusta seurauksen pitämisestä miellyttävänä. Tahtomalleissakin kyse on lähinnä suhtautumisesta tai hyväksymisestä. Yksinkertaistaen voidaan kuitenkin todeta, että mitä korkeammasta tahallisuuden asteesta on kysymys, sitä paremmin se vastaa yleiskielen merkitystä tahallisuudelle. Ilmeisesti juridisen kielen tarkoitustahallisuus vastaa lähinnä yleiskielen tahallisuuskäsitettä. Toki jos tahallisuuden merkitykset yleiskielessä ja juridisessä kielessä vastaisivat toisiaan, helpotaisi tämä rikoslain ja sen nojalla annettujen tuomioiden ymmärtämistä ja hyväksymistä.⁵⁸⁸ Arkikielessä tahallisenä pidettävä toiminta on paheksuttua nimenomaan siksi, että se pitää sisällään ”tietoisen päätöksen loukata tai vaarantaa toisen oikeudellisesti suojattuja etuja”.⁵⁸⁹ Toisaalta arkikielen ilmaus ”toisen vaarantamisesta” saattaa olla jo varsin lähellä juridisen kielen todennäköisyyshallisuutta. Tutkittaessa poliisin oikeutta surmata tahallisesti ihminen onkin ensiarvoisen tärkeää pitää mielessä, että kyse on oikeudellisesta juridisiin käsitteisiin ja ilmauksiin tukeutuvasta pohdinnasta.

Tarkoituksellisen surmaamisen, millä tarkoitan *dolus determinatus* -tasoista tahallisuutta, osalta perustuslakivaliokunta on yksiselitteisesti lausunut, että ”on muun ohella selvää, ettei poliisi voi rikoslaissa rangaistavaksi säädettyä tekoa tekemättä käyttää voimaa esimerkiksi surmaamistarkoituksessa”.⁵⁹⁰ Poliisiase-toimikuntakin totesi, että (hätävarjelutilanteessa) *tarkoituksena* ei voi olla hyökkääjän surmaaminen tai edes vahingoittaminen, vaan hyökkäyksen torjuminen, jonka seurauksena ”syntyvät vahingot, ääritapauksessa jopa hyökkääjän kuolema, ovat ei-toivottuja, toiminnan luonteesta johtuvia välttämättömiä seurauksia”.⁵⁹¹ Jopa varmasti kuolemaan johtavan laukauksen ampumisen tarkoituksena ja tavoitteena ei saa olla kohdehenkilön surmaaminen, vaan tämän vaarallisen toiminnan pysäyttäminen. Henkilön kuolema ei ole välitavoite, vaan päätavoitteen enemmän tai vähemmän varma oheisseuraus.⁵⁹²

⁵⁸⁷ HE 44/2002 vp, s. 71. Ks. myös Frände 2012, s. 106.

⁵⁸⁸ Matikkala 2005, s. 53–55 ja 473.

⁵⁸⁹ Tapani 2010, s. 134.

⁵⁹⁰ PeVL 23/2005 vp, s. 4. Ks. myös OKA 1987, s. 93–94, jossa käytetyistä ilmauksista saa väistämättä sen käsityksen, että Mikkeli-panttivankidraaman ratkaisemiseksi oli poliisitoiminnan yhdeksi tavoitteeksi asetettu kaappaajan surmaaminen (”Takalan eliminoiminen”, ”Takalan eliminoimiseksi”). Ks. myös Wuori 1989 s. 76.

⁵⁹¹ KM 1988:27, s. 13.

⁵⁹² Heinosen tutkimuksen perusteella aseiden käyttökään ei ole erityisen tehokas keino henkilön toiminnan pysäyttämiseen. Tähdätyillä laukauksilla saavutettiin toivottu vaikutus vain 62 %:ssa tapauksista. Tosin henkilöön *osuneilla* laukauksilla saavutettiin haluttu vaikutus 82 %:ssa tapauksista. Ks. tästä Heinonen 2012, s. 75–76.

Kysymykseen on löydettävissä joitakin kannanottoja myös oikeuskirjallisuudesta. Poliisioikeuden perusteoksessa Helminen ym. ovat todenneet, että ampuma-asetta ei saa koskaan käyttää surmaamistarkoituksessa, vaan ainoastaan kohdehenkilön tekemiseen vaarattomaksi. Tähän saattaa toki sisältyä riski kohdehenkilön hengen menettämisestä.⁵⁹³ Tästä ei tosin selviä, tarkoitetaanko siinä todellakin tarkoitustahallisuutta vai kenties muitakin tahallisuuden lajeja.⁵⁹⁴ Edelleen kirjoittajat ovat todenneet ampuma-aseen olevan viimekätinen keino käytettäväksi äärimmäisissä tilanteissa vastarinnan murtamiseksi tai aivan poikkeustapauksissa henkilön pysäyttämiseksi eikä esimerkiksi ulkopuolisten henkeä tai terveyttä saa vaarantaa näissä tilanteissa. Käytettyjen ilmausten perusteella kyse on voimakeinojen käyttötilanteista.⁵⁹⁵ Johtopäätöksenä kirjoittajien näkemyksistä voidaan todeta, että ampuma-aseen käyttö on sallittua myös toimivaltasäännöksiin pohjautuvassa poliisialoitteellisessa voimakeinojen käytössä, ja ilmeisesti myös sellainen ampuma-aseen käyttö, joka varsin todennäköisesti (tai varmasti) johtaa kohdehenkilön kuolemaan, on lähtökohtaisesti sallittua.

Boucht on arvioinut väitöskirjassaan tarkoituksellisen surmaamisen problematiikkaa Ruotsin oikeudessa. Huomattavaa on, että Boucht on nimenomaan arvioinut tilanteita, joissa poliisin tarkoitus on ollut surmata. Hän on päätenyt siihen, että EIS ei lähtökohtaisesti kiellä tarkoituksellista surmaamista, vaikkakin se asettaa sille lukuisia rajoituksia. Yhtenä keskeisenä rajoituksena on vaatimus riittävästä kansallisesta sääntelystä. Tähän viitaten Boucht on katsonut, että poliisioikeuden näkökulmasta tahallinen surmaaminen ei ole sallittua. Sitä vastoin hätävarjelutilanteessa surmaaminen voi olla sallittua hätävarjeluoikeuden rajoissa. Tällöinkin tulee sivullisten (esimerkiksi panttivankien) turvallisuuteen kiinnittää erityistä huomiota.⁵⁹⁶ Roxin on puolestaan viitaten Saksassa voimassa oleviin säännöksiin, joiden mukaan ”tähdäty tappolaukaus” on sallittu, jos se on ainoa mahdollinen keinon hengen tai vakavan terveydenvaaran aiheuttavan vaaran torjumiseksi, todennut, että ”so wird auch nach den durch die MRK gemilderten Regeln des Notwehrrechts (vgl. Rn. 86–88) ein ’gezielter Todesschuss’ kaum je erforderlich und geboten sein”.⁵⁹⁷

Lähtökohtaisesti pidän selvänä, että rikosoikeudellisesti tahallisena pidettävä surmaaminen on sallittua, jos kohdehenkilön menettely aiheuttaa välitöntä ja

⁵⁹³ Helminen et al. 1999, s. 297 ja 307 sekä Helminen et al. 2012b, s. 786–787. Ensin mainitussa teoksessa kirjoittajat ovat osuvasti todenneet, että Suomessa ei voida antaa ”lupaa tappaa”. Ks. myös Nuotio 2005b, s. 224–225. Ks. myös Westerlund 2003, s. 11.

⁵⁹⁴ Ks. Hakonen 2006, s. 71 av. 10.

⁵⁹⁵ Helminen et al. 1999, s. 298.

⁵⁹⁶ Boucht 2011a, s. 246–248. Sivullisten suhteen kyse on pakkotilasta. Ks. myös Norée 2004, s. 33–34.

⁵⁹⁷ Roxin 2006, s. 711. MRK-lyhenne viittaa EIS:ään.

riittävän vakavaa vaaraa toisen hengelle tai terveydelle eikä muuta lievempää keinoa hyökkäyksen torjumiseksi ole käytettävissä. Ottaen huomioon PolL 27 §:n sanamuodon ja sitä tarkentavan voimankäyttöasetuksen 4 §:n sanamuodon katson, että merkitystä ei ole sillä, onko kyseessä voimakeinojen käyttötilanne vai hätävarjelutilanne.

8.1.3 Johdetut tilanteet

8.1.3.1 Yleistä

Esimerkkeinä – eräänlaisina tyyppitapauksina – tilanteista, joissa tahallinen surmaaminen osana poliisialoitteellista voimakeinojen käyttöä saattaisi tulla kyseen, ovat Majasen mainitsema äärimmilleen kiristyneet panttivankitilanteet. Tällöin käsillä voi olla jatkuvan vapaudenriiston lisäksi välitön hengen vaara, jonka poistamiseen ei ole muuta keinoa kuin hyökkääjän tekeminen vaarattomaksi.⁵⁹⁸ Helmisen selvityksessä vuodelta 2006 esimerkkeinä on mainittu myös suuriin yleisötilaisuuksiin tai kansainvälisiin kokouksiin liittyvät turvallisuusuhat, liikennevälineiden kaappaus, panttivanki- tai linnoittautumistilanteet sekä terrorismi-iskujen torjunta.⁵⁹⁹ Tällaiset tilanteet ovat tyyppillisesti johdettuja poliisitoiminnan tilanteita, minkä vuoksi on syytä pysähtyä hetkeksi tarkastelemaan poliisin käskyvaltasuhteita.

On kuitenkin syytä painottaa, että useimmiten poliisi käyttää asetta yllättävästi kehittyneissä tilanteissa. Tanskassa tehdyn, vuosia 1996–2002 koskeneen tutkimuksen mukaan 86 %:ssa tapauksista, joissa poliisi ampui aseella, oli kyse yllättävästä ja nopeasti kehittyneestä tilanteesta. Lisäksi todettiin, että lähes aina, kun joku loukkaantuu poliisin aseenkäytön seurauksena, kyse on yllättävästä tilanteesta.⁶⁰⁰ Ruotsia ja Norjaa koskevasta tutkimuksesta puolestaan ilmenee, että 72 % tilanteista, joissa poliisi Ruotsissa käytti asetta ampumiseen, oli hätävarjelutilanteita. Kuvaavaa on myös se, että suoraan ilman varoituslaukausta kohti kohdehenkilöä ammuttaessa keskimääräinen etäisyys (mediaani) oli kolme metriä. Tämän tyyppisiä tilanteita oli hieman alle puolet kaikista tilanteista, joissa aseella ammuttiin. Usein näissä tilanteissa, joissa ammuttiin lähietäisyydeltä, oli kyse sisätiloissa tapahtuneen puukon tai muun astalon avulla tehdyn hyökkäyksen torjumisesta. Myös poliisimies loukkaantui näissä tilanteissa keskimääräistä useammin. Ilmeisesti erilaisista aseenkantamiskäytännöistä johtuen Norjassa vastaava mediaanietäisyys oli kahdeksan metriä, minkä lisäksi paikalla

⁵⁹⁸ Vrt. KKO 1993:50, jossa käsillä oli kuvatunkaltainen tilanne sillä poikkeuksella, että sulutuksen purkaminen olisi korkeimman oikeuden mukaan voinut poistaa välittömän hengen vaaran.

⁵⁹⁹ Helminen 2006, s. 159–160.

⁶⁰⁰ Holmberg 2005, s. 34–35.

oli tyypillisesti useampia poliisimiehiä (mediaani Norjassa viisi poliisimiestä ja Ruotsissa kaksi).⁶⁰¹ Myös poliisin aseenkäyttöä Yhdysvalloissa tutkineen Whiten mukaan aseenkäyttötilanteille on tyypillistä ampuma-aseen käyttö ensikontaktin yhteydessä poliisimiehen lähestyessä tapahtumapaikkaa tai henkilöä. Tämä havainto luonnollisesti korostaa taktisten valintojen ja niihin liittyvän koulutuksen sekä ohjeistuksen merkitystä.⁶⁰² Whiten havaintoon liittyen voimankäyttötilanteiden kehittämisessä voidaan erottaa jopa kuusi vaihetta:

1. ennakkointi (*anticipation*)
2. saapuminen (*entry*) ja ensimmäinen kohtaaminen (*initial confrontation*)
3. keskustelu ja tiedon vaihto (*dialogue and information exchange*)
4. mahdollisuus ei-kuolettavan voiman käyttöön (*opportunity for the deployment of non-lethal options*)
5. ratkaisu (*final frame solution*)
6. jälkivaikutus (*aftermath*).⁶⁰³

Edellä selostettujen ihmisoikeusvelvoitteiden näkökulmasta on tärkeää, että poliisioperaatioiden johtosuhteet ovat selkeät ja kaikkien osallisten tiedossa.⁶⁰⁴ Myös EN:n piirissä luoduissa standardeissa on korostettu selkeän komentoketjun merkitystä. Vuoden 2001 suosituksen 17 kohdan mukaan:⁶⁰⁵

”The police organisation shall provide for a clear chain of command within the police. It should always be possible to determine which superior is ultimately responsible for the acts or omissions of police personnel.”

⁶⁰¹ Knutsson 2005, s. 125–126, 129–130, 132–133 ja 137. Toimivaltuuksien käytöstä oli kyse 16 %:ssa tapauksista, pakkotilasta 2 %:ssa ja loput tapauksista oli vahingonlaukauksia. Ks. myös Knutsson 2010, s. 105–111. Ks. myös White 2002, s. 737, 740, 742 ja 745, jonka mukaan Yhdysvalloissa tutkituissa tapauksissa aseenkäyttötilanteissa oli normaalia useammin läsnä useita poliisimiehiä. Luonteva selitys tälle on se, että potentiaalisesti vaarallisiin tehtäviin pyritään tyypillisesti lähettämään useita partioita. Ks. myös Heinonen 2012, s. 80–81, jonka mukaan poliisin aseenkäyttötilanteista, mikä siis sisältää myös uhkaamistilanteet, noin puolet on sellaisia, joihin liittyy ampuma-ase, tyypillisesti käsiase. Tämä saattaa osin olla seurausta siitäkin, että voimankäyttövälineiden kehityksen myötä puukolla tai lyömäaseella tapahtuva hyökkäys voidaan torjua myös muutoin kuin ampuma-asetta käyttämällä.

⁶⁰² White 2002, s. 742 ja 745. Ks. myös White 2002, s. 737 ja 740.

⁶⁰³ Neyroud – Beckley 2001, s. 139–140. Viimeiseen vaiheeseen kuuluu esimerkiksi hyökkääjän tekeminen vaarattomaksi ja ensiavun antaminen.

⁶⁰⁴ Ks. Helminen et al. 1999, s. 307. Samoin Norée 2000, s. 247–248.

⁶⁰⁵ EN 2001, s. 8. Julistuksen 16 kohdan mukaan ”[p]olice personnel, at all levels, shall be personally responsible and accountable for their own actions or omissions or for orders to subordinates”. Ko. artiklasta ks. myös Crawshaw et al. 2007, s. 66. Kohtiin 16 ja 17 viitaten esimiehen vastuu voi olla yksinomaista tai rinnakkaista toimenpiteen toteuttaneen poliisimiehen kanssa. Ks. tästä EN 2001, s. 41–42. Ks. myös EN 1979 A. Ethics. kohta 10. Ks. myös Gordon – Miller 2012 (erit. s. 216–218), johon sisältyy varsin yksityiskohtainen selostus vaativien tilanteiden johtojärjestelmistä Englannissa, sekä Crawshaw et al. 2007, s. 309–314.

Muutoinkin kysymyksellä komentosuhteiden merkityksestä on kiinteä yhteys kansainvälisiin ihmisoikeusstandardeihin. Esimerkiksi YK:n kriminaalipoliittisen maailmankokouksen antamissa periaatteissa on todettu:⁶⁰⁶

”25. Governments and law enforcement agencies shall ensure that no criminal or disciplinary sanction is imposed on law enforcement officials who, in compliance with the Code of Conduct for Law Enforcement Officials and these basic principles, refuse to carry out an order to use force and firearms, or who report such use by other officials.

26. Obedience to superior orders shall be no defence if law enforcement officials knew that an order to use force and firearms resulting in the death or serious injury of a person was manifestly unlawful and had a reasonable opportunity to refuse to follow it. In any case, responsibility also rests on the superiors who gave the unlawful orders.”

Myös Veli-Pekka Viljanen on väitöskirjassaan rikosoikeudellisia oikeuttamisperusteita sivuten katsonut, että PL 1 §:stä ilmenevä ihmisarvon loukkaamattomuuden periaate estää säätämästä kuuliaisuusrikoksena rangaistavaksi sen, että sotilas jättää noudattamatta esimiehen käskyn, joka johtaisi syylistymiseen sotarikokseen tai rikokseen ihmisyyttä vastaan.⁶⁰⁷ Todettakoon selvyiden vuoksi, että tässä mielenkiinnon kohteena on nimenomaan yksittäistapausta koskeva käsky eikä luonteeltaan yleisempi määräys.⁶⁰⁸

Viitattakoon vielä EN:n suosituksiin vuodelta 2001, joissa todetaan:⁶⁰⁹

”39. Police personnel shall carry out orders properly issued by their superiors, but they shall have a duty to refrain from carrying out orders which are clearly illegal and to report such orders, without fear of sanction.”

Lainatun 39. kohdan sanavalinnalla ”*clearly illegal*” on nimenomaisesti pyritty välttämään tilanteita, joissa sääntelyn epäselvyys johtaisi käskyjen noudattamista jättämiseen.⁶¹⁰

8.1.3.2 Poliisimiehen yleinen velvollisuus käskyjen noudattamiseen

Hallituksen esityksen 57/1994 vp mukaan suunnitellulla työnjaolla tulee päästä siihen, että työvuorossa olevilla poliisimiehillä tulee olla esimiehenään päällyss-

⁶⁰⁶ UN 1990 kohdat 25–26. Periaateasiakirjan 26 kohdan osalta ks. Crawshaw et al. 2007, s. 154. Ks. myös de Rover 1998, s. 282.

⁶⁰⁷ Viljanen 2001, s. 319.

⁶⁰⁸ Mainitusta erottelusta ks. esim. Vienola 2008, s. 29.

⁶⁰⁹ EN 2001, s. 10. Ks. myös EN 1979 A. Ethics kohdat 3,4, 7, 9 ja 13.

⁶¹⁰ EN 2001, s. 56.

tön edustaja, jolla on kokemuksen ja koulutuksen kautta hankitut riittävät valmiudet kenttätöiminnan johtamiseen.⁶¹¹ Mikäli kyseessä on pidempään jatkunut tilanne, esimerkiksi piiritystilanne, toimintaa johtaakin tyypillisesti päällystö- tai alipäällystötasoinen poliisimies, joka mahdollisuuksien mukaan tekee ratkaisuja myös voimakeinojen käytöstä. Kysymys oikeudesta tahalliseen surmaamiseen tulee siis ulottaa voimankäyttövälinettä käyttävästä poliisimiehestä laajemmalle.

Vaikka esimiehen lainvastaiseen menettelyyn antaman käskyn oikeudellinen merkitys korostuukin niillä aloilla, joilla noudatetaan erityistä kuuliaisuusvaatimusta, on huomattava, että Suomen lainsäädäntö ei tunne lainkaan velvollisuutta tehdä rikoksia esimiehen käskystä eikä rikoksen tekeminen esimiehen käskystä voi koskaan toimia oikeuttamisperusteena. Sotilasesimiehen alaiselleen antama käsky voi kuitenkin joissain tilanteissa toimia RL 45 luvun 26 b §:n nojalla anteeksiantoperusteena.⁶¹²

Kansallisesti poliisin toiminnallisista johtosuhteista on säädetty PolA 2–6 §:ssä. PolA 7 §:ssä on puolestaan määritetty yksittäisen poliisimiehen poliisioikeudellinen toimintavelvollisuus:

”Poliisimiehen on noudatettava niitä käskyjä, määräyksiä ja ohjeita, joita hänen esimiehensä toimivaltansa rajoissa antaa.”

Hallituksen esityksen 44/2002 vp mukaan ollakseen sitovia käskyjen ja määräysten tulee ensinnäkin olla muodollisesti oikeita, mikä tarkoittaa sitä, että käskyn antaminen kuuluu sen antajan toimivaltaan, käsketty toimenpide kuuluu siihen ryhtyvän virkamiehen toimivaltaan ja käskyn antamisessa on noudatettu laillisia muotoja. Toiseksi käsky ei saa olla *ilmeisen lainvastainen*.⁶¹³

Vienolan mukaan ilmeinen lainvastaisuus voi ilmetä sitenkin, että käskyn perustana olevat tosiseikat ovat alaisen tietien ilmeisen väävät. Esimerkkinä on mainittu tilanne, jossa alainen tietää kohdehenkilön hallussa olevan aseensa kopioaseeksi. Tällainen olosuhde korostaa luonnollisesti PolA 8 §:ssä säädetyn informointivelvollisuuden merkitystä.⁶¹⁴ Mahdollista on myös, että kohdehenkilö luo-

⁶¹¹ HE 57/1994 vp, s. 36.

⁶¹² HE 44/2002 vp, s. 19–20. Esimiehen käskyn vaikutus anteeksiantoperusteena rajattiin tietoisesti sotilaskäskyihin. Ks. tästä HE 44/2002 vp, s. 111. Rikosoikeuskomitea näyttäisi olleen myöntyväinen laajentamaan anteeksiantoa eräisiin muihin tilanteisiin. Ks. tästä KM 1976:72, s. 106. Teoriassa on merkittävää, että jos esimiehen käsky laajemminkin toimisi oikeuttamisperusteena, kohdehenkilö ei voisi puolustautua hätävarjeluteolla lainvastaisen käskyn perusteella toimivaa kohtaan. Ks. tästä Tapani – Tolvanen 2008, s. 333.

⁶¹³ HE 44/2002 vp, s. 220. Hierarkiasta ja käskynalaisuudesta poliisiorganisaatiossa ks. myös Vienola 2008, s. 27.

⁶¹⁴ Vienola 2008, s. 33.

puu oikeasta aseestaan käskyn antamisen jälkeen, mutta ennen käskyn toteuttamista. Aseenkäyttökäskyä ei tietenkään saada noudattaa tällaisessa tilanteessa.⁶¹⁵

Ilmeisen lainvastaisen käskyn tarkistuttaminen ei tee käskyä sitovaksi, mutta rikoslain esitöiden mukaan vastuuvapaus saattaa kuitenkin olla mahdollista ”motivointiin liittyvin perustein”.⁶¹⁶ Sitä vastoin käskyn lainmukaisuuden ollessa *tulkinnanvaraista*, voi käskyn saanut virkamies vapautua käskyn seuraamisesta aiheutuvasta virkavastuusta ja rikosoikeudellisesta vastuusta tarkistuttamalla käskyn esimiehellään tai tämän esimiehellä. Mikäli virkamies ei tarkistuta käskyn lainmukaisuutta tulkinnanvaraisissa tilanteissa, hän vastaa seurauksista.⁶¹⁷ Vastuuvapaus lainvastaisista toimista, jotka on tehty tulkinnanvaraisen käskyn vahvistamisen jälkeen, perustuu lähinnä kieltoerehdyssäännökseen tai sen analogiseen soveltamiseen.⁶¹⁸

Lähtökohtaisesti tietämättömyys käskyn lainvastaisuudesta arvioidaan laajemminkin kieltoerehdyssäännöksen nojalla. Tilanne eroaa kuitenkin kieltoerehdyksen tyyppitilanteista siinä, että käskyvaltasuhteen vallitessa alemman tason virkamies voi olettaa, että hänen esimiehensä toimivat lainmukaisesti ja että heidän antamansa käskyt ovat lain rajoissa. Esimiehen käskyjen kyseenalaistaminen ei ole virkamiehen keskeinen velvollisuus. Tilanne voidaanakin jossain määrin *rinnastaa virheelliseen viranomaisneuvoon*. Neuvon sijasta kyseessä on kuitenkin käsky⁶¹⁹, millä perusteella kieltoerehdystä koskevan säännöksen soveltamiskynnys voi nähdäkseni olla näissä tilanteissa ns. normaalitilannetta matalampi. Säännöksen soveltamiseen ei ole perusteltua myöskään kytkeä erityistä velvollisuutta ottaa selkoa esimiehen käskyn lainmukaisuudesta. Tässä suhteessa vahvistamisvelvollisuuden laukaisevan tulkinnanvaraisuuden tulee olla ”ilmeistä”.

Oikeuskirjallisuudessa esitetyt kannanotot ovat samansuuntaisia kuin edellä esitetyt lainvalmisteluasiakirjojen kannanotot. Poliisioikeudellisessa kirjallisuudessa esitetyn mukaan PolA 7 §:n muotoilu ”toimivaltansa rajoissa” velvoittaa alaisen arvioimaan, pysyykö annettu käsky esimiehen toimivallan rajoissa. Ehdotonta tottelemisvelvollisuutta ei siten ole, vaikka lähtökohtainen tottelemisvelvollisuus toki on.⁶²⁰ Myös rikosoikeudellisessa kirjallisuudessa on katsottu poliisimiehellä olevan velvollisuus tarkastaa käskyjen lainmukaisuus esimieheltään. Jos esimies vahvistaa käskyn eikä se ole ilmeisen lainvastainen, virkamies on velvollinen toimimaan käskyn mukaisesti ja samalla hän vapautuu itse vastuusta. Toisaalta on esitetty, että jos esimerkiksi komisario määrää suorittamaan kotiet-

⁶¹⁵ Vienola 2008, s. 112.

⁶¹⁶ HE 44/2002 vp, s. 228–229.

⁶¹⁷ HE 44/2002 vp, s. 220–221. Ks. myös HE 44/2002 vp, s. 226.

⁶¹⁸ Boucht – Frände 2008, s. 134.

⁶¹⁹ HE 44/2002 vp, s. 227–229. Ks. myös Boucht 2011c, s. 775 ja Elholm 2003, s. 66.

⁶²⁰ Helminen et al. 1999, s. 305 ja 332.

sinnän, poliisimiesten ei tarvitse pohtia käskyn lainmukaisuutta, koska ”[p]akko-keinosta päättäminen on komisarion yksinomainen oikeus ja velvollisuus”. Jos sitä vastoin komisario määrää alaisensa patukoimaan kuulusteltavaa, tätä käskyä ei pidä totella, koska kenenkään poliisimiehen toimivaltaan ei kuulu kuvatonlainen pahoinpitely.⁶²¹

Oikeuskirjallisuuden kannanotot eivät ole aivan yhteneviä. Helminen ym. ovat vastaa-
van kotietsintäesimerkin osalta katsoeet, että toimenpidettä suorittavat poliisimiehet
ovat velvollisia reagoimaan virheelliseen päätökseen. Kirjoittajien mukaan ainakaan
selvästi virheellisen pakkokeinopäätöksen ollessa kyseessä poliisimiehet eivät voi
välttyä kokonaan vastuulta päätöksen täytäntöönpanosta.⁶²² Toimenpiteen suorittavan
poliisimiehen oman vastuun osalta Helminen on poliisilain uudistusta edeltäneessä
selvityksessään maininnut esimerkin, jossa esimiehensä määräyksestä henkilöä esi-
tutkintaan noutava poliisikonstaapeli havaitsee, että noudettava henkilö on vakavasti
sairas tai tilanne muutoin sellainen, että noudon suorittaminen ei ole hyväksyttävää
(ETL 18 §). Tällöin toimenpidettä suorittavan poliisimiehen tulee jättää nouto sillä
kertaa toteuttamatta.⁶²³

Kuvatuista tilanteista Helminen ym. ovat kuitenkin erottaneet johdetut tilanteet,
”joissa esimiehellä ja alaisella on lähtökohtaisesti sama toimivalta”. Tästä on
kyse tyypillisesti voimankäyttötilanteissa. Näissä(kin) tilanteissa alaiset ovat
velvollisia ”totelemaan määräyksiä, jotka ovat toimivallan rajoissa annettuja”,
mistä on kirjoittajien mukaan johdettavissa alaisen velvollisuus käskynalaisena-
kin arvioida, onko voimankäyttö ko. tilanteessa puolustettavaa.⁶²⁴ Olosuhteet
voivat luonnollisesti rajoittaa lainmukaisuuden tarkastusmahdollisuutta suuresti-
kin eikä käskyjen lainmukaisuuden aprikointi voi olla virkamiehen ensisijainen
virkatehtävä.

Yhteenvetona edellisestä voidaan erottaa ainakin kolme eri tilannetta:

1. Käsketty toimenpide ei kuulu kenenkään poliisimiehen toimivaltaan (esimerkkinä
mainittu kuulusteltavan patukointi), jolloin käskyä ei tule eikä tyypillisesti saakaan
totella. Tässä yhteydessä voidaan viitata esimerkiksi kansainvälisissä sopimuksissa
määritettyyn ehdottomaan kidutuksen kieltoon ja *soft law* -asiakirjoissa asetettuun
vaatimukseen olla noudattamatta kiduttamiseen johtavia käskyjä.
2. Käsketty toimenpide kuuluu määrätyssä virka-asemassa olevien poliisimiesten
päättäväksi (kotietsinnästä päättäminen). Tulkintasuosituksena esitän, että käsky-

⁶²¹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 335–337. Erään toisen esimerkin yhteydessä Tapani ja Tolvanen
ovat todenneet, että ”poliisimies B saa luottaa esimiesasemassa olevan komisario A:n toimineen
toimivaltansa rajoissa”.

⁶²² Helminen et al. 1999, s. 59. Samoin Helminen et al. 2012b, s. 188. Ks. myös Kuusimäki 1991,
s. 176.

⁶²³ Helminen 2006, s. 160.

⁶²⁴ Helminen et al. 1999, s. 59–60 ja uuden poliisilain osalta Helminen et al. 2012b, s. 189–190.
Ks. myös Kuusimäki 1991, s. 177–179.

jä on noudatettava, elleivät ne ole ilmeisen lainvastaisia. Kohdattaessa Helmisen ym. mainitsemia erityisiä olosuhteita, jotka eivät todennäköisesti ole olleet päätöksentekijän tiedossa, on syytä tarkistaa käskyn noudattamisvelvollisuus esimieheltä.

3. Käsketty toimenpide on sellainen, että se kuuluu kaikkien poliisimiesten toimivaltaan. Näissä tilanteissa korostuu käskynalaisen oma arviointi erityisesti toimenpiteen puolustettavuuden suhteen.

Lienee mahdollista, että jossakin tilanteessa esimiehensä lainvastaista voimankäyttökäskyä toteuttava poliisimies vapautetaan vastuusta (anteeksianto), kun taas hänen kanssaan laitonta voimaa käyttäneet *esimiehen käskystä tietämättömät* poliisimiehet taikka poliisimiehet, joilla ei ollut velvollisuutta noudattaa käskyä, joutuvat rikosoikeudelliseen vastuuseen. Kyse on anteeksiantoperusteen subjektiivisesta luonteesta.⁶²⁵

8.1.3.3 Erityisesti johdetuista voimankäyttötilanteista

Erityisesti edellä 3. kohdassa mainittujen tilanteiden arviointiin vaikuttavat voimakkaasti tapahtumaolosuhteet. Jos poliisimies toimii esimerkiksi tarkka-ampujana tai muutoin yksittäisessä keskittymistä edellyttävässä erityistehtävässä, hänelle ei voi asettaa vastuuta tilanteen kokonaisarvioinnista ja esimerkiksi ampu-ma-aseen käytön edellytysten taustaharkinnasta. Toisaalta on otettava huomioon se, että johdetussakin tilanteessa ”toimintaryhmän” jäsenillä on yleensä parhaat edellytykset tilanteen muutosten havaitsemiseen eikä yksityiskohtaisten käskyn antaminen tästä syystä ole aina taktisestikaan viisasta. Johtopäätöksenä Helminen ym. ovatkin todenneet, että äärimmäisissä ”voimankäyttötilanteissa yksittäisen poliisimiehen henkilökohtainen harkinta johdetunkin organisaation osana on suurempi kuin aikaisemmin ehkä on nähty”.⁶²⁶

Myös englantilaisessa kirjallisuudessa on korostettu aseiden käyttäjän olevan vastuussa siitä riippumatta, onko kyse tilanteesta, jossa asetta *voidaan* käyttää (”shots may be fired”), vai tilanteesta, jossa asetta *tulee* käyttää (”shots will be fired”). Aseiden käyttäjän viimekätisestä vastuusta voidaankin johtaa esimiehille velvollisuus antaa aseiden käyttäjälle riittävästi informaatiota myös viimeksi mainituissa tilanteissa.⁶²⁷ Kuten olemme edellä havainneet, poliisioperaatioiden tiedonkulkuun liittyvät kysymykset ovat usein olleet myös EIT:n huomion kohteena.

⁶²⁵ Tällaisen esimerkin on kuvannut Norée 2008, s. 41–42. Ks. myös Norée 2008, s. 146.

⁶²⁶ Helminen et al. 1999, s. 60–61 ja Helminen et al. 2012b, s. 190. Ks. myös OKA 1987, s. 102, Kuusimäki 1991, s. 179 sekä Vienola 2008, s. 35–37.

⁶²⁷ Gordon – Miller 2012, s. 218. Molemmansuuntaisen tiedonkulun merkityksestä ks. myös Crawshaw et al. 2007, s. 311–313.

Pohjoismaisessa katsauksessa poliisin aseenkäytöstä vuodelta 2005 selviteltiin muun muassa eroja Ruotsin ja Norjan poliisien aseenkäyttötilanteissa. Vertailua voitaneen pitää varsin relevanttina myös oman tutkimuksen kannalta, sillä Ruotsin sääntely vastaa hyvin pitkälti omaamme, kun taas Norjassa poliisi ei pääsääntöisesti kanna asetta virkatehtävissä. Tilastojen perusteella todettiin ensinnäkin, että Ruotsissa ammuttiin oikeutettuja laukauksia 4,7 kertaa useammin kuin Norjassa ja kohdehenkilö haavoittui 4,5 kertaa useammin Ruotsissa kuin Norjassa. Kuolemaan johtaneissa laukauksissa ero oli huomattavasti vähäisempi (1,6-kertainen Ruotsissa Norjaan verrattuna). Merkille pantavaa on myös, että Ruotsissa poliisi loukkaantui 8 %:ssa tapauksista ja Norjassa ei yhdessäkään. Erojen katsottiin pääasiassa johtuvan siitä, että erilaisista aseenkantamiskäytännöistä johtuen ruotsalaiset poliisimiehet päätyvät usein käyttämään asetta nopeasti kehittyvissä hätävarjelutyypisissä tilanteissa. Aseistautumattomuudesta johtuen norjalaiset poliisit pyrkivät vastaavissa tilanteissa jäädyttämään tilanteen, hankkimaan lisävoimia ja pyytämään aseistautumisluvan, mitkä toimenpiteet antavat aikaa päätöksentekoon ja saattavat itsessään rauhoittaa tilannetta. Johtopäätöksenä on arvioitu, että norjalainen malli aseistautumattomasta poliisista saattaa tarjota parasta suojaa sekä poliiseille että kansalaisille.⁶²⁸ Utøyen saaren tapahtumien valossa arvioituna vaikuttaa Knutssonin ja Noréen toteamus vuodelta 2010 varsin dramaattiselta: ”Given the reactive nature of police firearms use, and the stable levels of employment of firearms by the police in Norway as well as in the other Nordic countries..., it is hard to find reasons for Norway to change its policy of a routinely unarmed police force.”⁶²⁹ Toisaalta on huomattava, että vaikka Utøyen saaren tapahtumien johdosta laaditussa selvitystyössä tehtiinkin lukuisia poliisin toimintakykyyn liittyviä parannusehdotuksia, aseistautumissääntelyä ei ehdotettu muutettavaksi.⁶³⁰

Mitä tulee esimiehen ja alaisen rikosoikeudelliseen vastuuseen johdetuissa voimankäyttötilanteissa, todettakoon ensiksi, että perustoimivalta ja vastuu on kaikilla toimijoilla sama. Vaikka operaation johdon tehtävänä on määrittää tarvittavat linjaratkaisut,⁶³¹ ”[v]iime kädessä jokainen poliisimies joutuu itsekin harkitsemaan, ovatko ja millaiset voimakeinot puolustettavia, ja vastaamaan toimintansa seurauksista.” Helminen ym. ovat kuitenkin todenneet, että ”taktistyyppisissä poliisioperaatioissa kentällä alaisen oma harkintavara lienee pienempi kuin virastoympäristössä”.⁶³² Lienee perusteltua lainata hallituksen esitystä 44/2002 vp:

⁶²⁸ Strype 2005, s. 104–105. Ks. myös Knutsson 2005, s. 137–138 sekä Knutsson 2010, s. 113–114.

⁶²⁹ Knutsson – Norée 2010, s. 123.

⁶³⁰ NOU 2012:14, s. 458–459.

⁶³¹ Helminen et al. 1999, s. 61, 286 ja 306.

⁶³² Helminen et al. 1999, s. 306–307. Ks. myös Hankilanoja 2007, s. 143–144 sekä vanhemmasta kirjallisuudesta Ylösjoki 1965, s. 217 ja 221. Samansuuntaisesti pohjoismaisessa kirjallisuudessa Norée 2000, s. 248 ja 264, jonka mukaan kuuliaisuusvelvollisuus ja lainvastaisen käskyn merkitys tulee arvioida intressipunninnassa, jossa huomioon tulee otettavaksi kuuliaisuusvelvollisuuden laatu, teon luonne ja muut olosuhteet. Ks. myös Ruotsin rikoslain (brottsbalk) 24 luvun 8 §. Ks. myös Norée 2004, s. 50, jossa kirjoittaja on mm. katsonut, että virkatehtäviä ryhmänä täytettäessä

”Siviilihallinnon ja sotilashallinnon välimailla on aloja, joissa käskyvaltasuhteiden ylläpito on korostuneen tärkeää. Näitä ovat muun muassa poliisitoimi, rajavartiolaitos, vankeinhoito, voimailotukset, merenkulku ja vartiointi. Näillä aloilla käskyn vastuusta vapauttavaa vaikutusta voidaan yksittäistapauksissa laajentaa ohi edellä esitetyn. Lähinnä on ajateltavissa, että milloin käskyn nopea täytäntöönpano ei salli sen sisällön tarkistuttamista, vastuu rakentuisi sotilaskäskyä koskevan sääntelyn pohjalte.”⁶³³

Myös Boucht ja Frände ovat pitäneet mahdollisena, että tilanteissa, ”joissa faktiset käskynalaissuhteet muistuttavat sotilaallisia komentosuhteita ja joissa alaisen tosiasialliset mahdollisuudet kieltäytyä tottelemasta käskyä ovat rajalliset”, voi olla perusteltua soveltaa analogisesti sotilaskäskyä koskevaa anteeksiantoperustetta. Edellytyksenä voitaneen pitää sitä, että tilanne on siinä määrin kriittinen ja kiireinen, ettei käskyä sen lainvastaisuutta epäiltäessä voida vahvistuttaa.⁶³⁴ Poliisiasetöimikunnan mukaan johdetuissa tilanteissa esimiehen ja toimenpiteen suorittajan vastuun laajuutta arvioitaessa huomioon tulee otettavaksi tilanteen ja toimenpiteen luonteen lisäksi myös käskyn antajan ja toimenpiteen suorittajan arvoaste-ero, jolla on viitattu muun muassa koulutukseen ja kokemukseen.⁶³⁵

Kysymystä aseenkäyttöön johtavien käskyjen merkityksestä on käsitelty myös korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1993:50, jossa korkein oikeus ensinnäkin totesi, että ”A on antanut B:lle hyökkäyskäskyn, minkä jälkeen kaappaajan auto on räjähtänyt raastuvanoikeuden päätöksessä selostetuissa olosuhteissa ja siinä mainituin seurauksin” ja edelleen, että ”B on toiminut A:n alaisena ja ollut velvollinen tottelemaan tämän antamaa hyökkäyskäskyä”. Helminen ym. ovat todenneet korkeimman oikeuden kannanoton käskyvaltasuhteen sisällöstä olleen varsin tiukka. Kirjoittajat ovat tosin katsoneet, että korkeimman oikeuden lausumat voidaan tulkita siten, että myös B on ollut tietoinen tilanteen kärjistyttyä syntyneen ampuma-aseen käyttöä edellyttävän hätävarjelutilanteen käsilläolosta ja A käskyllään ainoastaan määrittä hyökkäyshetken. Tässä tilanteessa B oli velvollinen noudattamaan käskyä.⁶³⁶ Ilmeisesti Helminen ym. katsovat B:n toiminnan oikeutuksen ja jopa toimintavelvollisuuden perustuneen ensi sijassa hänen tietoisuuteensa tilanteen vakavuudesta eikä A:n käskyyn. Loman on kuitenkin katsonut ratkaisun jälkeen lievenvän ”selvä, että ainakin vastaavissa voimankäyttötilanteissa käskytyksellä on olennainen merkitys harkittaessa onko poliisimies

myös muille ryhmän jäsenille saattaa syntyä vastuuta tapahtumista. Ks. tältä osin Ruotsin rikoslain (brottsbalk) 23 luvun 4 §. Tanskan osalta ks. Waaben 2011, s. 132, jonka mukaan pääsääntönä on velvollisuus jättää laittomat toimet suorittamatta.

⁶³³ HE 44/2002 vp, s. 229.

⁶³⁴ Boucht – Frände 2008, s. 134.

⁶³⁵ KM 1998:27, s. 18–20. Ks. myös Boucht 2011c, s. 775.

⁶³⁶ Helminen et al. 1999, s. 308.

menetellyt virkavelvollisuuksiensa vastaisesti”. Ratkaisu korosti hänen mukaansa esimiesten vastuuta.⁶³⁷

Olen edellä esittänyt, että esimerkiksi aseiden käyttäminen tahalliseen surmaamiseen on lähtökohtaisesti oikeutettua vain, jos hyökkäyksen kohteen hengen menetys on sekunneista kiinni – ”hiuskarvan varassa” –, kuten oli tapauksessa KKO 1997:182. Tätä taustaa vastaan voitaneen arvioida, että tilanteet kehittyvät tähän pisteeseen niin nopeasti, että selkeistä johtovastuista huolimatta päätös aseenkäytöstä jää yksittäisen poliisimiehen operaation johdon asettamien yleisten linjausten mukaisesti tehtäväksi. Jos näin on, esimiehen vastuu ei ehkä ole niin korostunutta kuin Loman on esittänyt. Tahalliseen surmaamiseen sekä siviilisten asemaan liittyviä oikeudellisia kysymyksiä pohdittiin muutettaessa joitakin vuosia sitten puolustusvoimien virka-avusta poliisille annettua lakia. Erityisen tyhjentäviä vastauksia ei kuitenkaan saatu, kuten seuraava jakso osoittaa.

8.2 SOTILAALLINEN VOIMANKÄYTTÖ POLIISIOPERAATIOIDEN YHTEYDESSÄ

Puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain 1 §:n nojalla virka-apua voidaan antaa esimerkiksi henkilön etsimiseksi ja kiinni ottamiseksi sekä henkilöiden ja omaisuuden tilapäiseksi suojaamiseksi. Lain 1 §:n 6 kohdan mukaan virka-apua voidaan antaa myös muuhun sellaiseen tehtävään, jonka suorittamiseksi tarvitaan puolustusvoimien erityishenkilöstöä tai -välineistöä. Tyypillisesti puolustusvoimien kuljetuspanssariajoneuvoilla on suojattu virkamiehiä ja siviilejä raskain asein ja jopa räjähtein varustautuneilta linnoittautujilta, taikka puolustusvoimien henkilöstön tehtävänä on ollut esimerkiksi alueen eristäminen.⁶³⁸

Laissa on säädetty myös virka-aputehtävien yhteydessä käytettävistä voimakeinoista. Yleisesti oikeudesta voimakeinojen käyttöön säännellään lain 6 §:ssä:

”Virka-apuosastoon kuuluvan oikeudesta hätävarjeluun on voimassa, mitä rikoslain 4 luvun 4 §:ssä säädetään. (13.6.2003/526)

Virka-apuosastoon kuuluvalla, joka tämän lain mukaisesti suorittaa virka-aputehtävää, on erittäin tärkeässä ja kiireellisessä tehtävässä oikeus poliisimiehen ohjauksessa käyttää sellaisia tehtävän suorittamiseksi tarpeellisia voimakeinoja, joihin poliisimies hänet toimivaltansa nojalla valtuuttaa ja joita tilanne huomioon ottaen voidaan pitää puolustettavina. (13.6.2003/526)

⁶³⁷ Loman 1997, s. 140.

⁶³⁸ HE 187/2004 vp, s. 4 ja 6.

Poliisin on ennen toiminnan aloittamista tarpeen mukaan selostettava virka-apu-osaston päällikölle, milloin oikeus hätävarjeluun ja voimakeinojen käyttämiseen on olemassa.”

Tämän säännöksen nojalla voimankäyttö olisi ns. normaaleissa virka-aputilanteissa poikkeuksellista ja rajoitettu hätävarjelutilanteisiin sekä erittäin tärkeisiin ja kiireellisiin tehtäviin.⁶³⁹ Hätävarjeluun liioittelun ja voimakeinojen liioittelun osalta lain 8 §:ssä viitataan rikoslakiin. Säännökset saivat nykyisen muotonsa rikoslain yleisten oppien uudistamisen yhteydessä, mutta uudistuksen esitöissä säännösten sisältöä ei enemmälti avata.⁶⁴⁰

Niin sanottuun perinteiseen virka-apuun ei siis lähtökohtaisesti kuulu voimakeinojen käyttäminen, vaan voimakeinoja käyttää poliisi.⁶⁴¹ Syyskuun 9. päivän tapahtumat vuodelta 2001 nostivat kuitenkin esille uhkakuvia, joiden torjumisessa voimakeinoja joutuisivat poliisimiesten sijaan käyttämään sotilaat. Poliisien varustamista sotilaallisen voimankäytön varustein ja kouluttamista niiden käyttöön ei pidetty tarkoituksenmukaisena.⁶⁴² Mainittujen uhkakuvien johdosta lakiin lisättyä uutta 4 §:ää voidaan pitää periaatteellisesti merkittävänä, vaikkakin käytännössä harvoin, jos koskaan, sovellettavana. Mainittu pykälä ja lain 4 a § oikeuttavat poliisin saamaan voimakeinojen käyttöä edellyttävää virka-apua puolustusvoimilta RL 34 a luvun 1 §:n 1 momentin 2–7 kohdissa tai 2 momentissa tarkoitetun rikoksen estämiseksi tai keskeyttämiseksi.⁶⁴³ Hallituksen esityksen sanoin tarkoitus oli ”täydentää säännöksiä normaaliajan ja poikkeusolojen väliin jäävään ajanjaksoon soveltuvasta viranomaisen toimivallasta erittäin vaa-

⁶³⁹ HE 187/2004 vp, s. 8.

⁶⁴⁰ Ks. HE 44/2002 vp, s. 242–243.

⁶⁴¹ HE 187/2004 vp, s. 6.

⁶⁴² HE 187/2004 vp, s. 6.

⁶⁴³ 1 momentissa luetellut rikokset ovat terroristisessa tarkoituksessa tehty:

2) tahallinen vaaran aiheuttaminen, tahallinen räjähdერიკος, vaarallisia esineitä koskevien säännösten rikkominen tai 17 luvun 1 §:ssä tarkoitettu julkinen kehottaminen rikokseen

3) törkeä varkaus tai törkeä moottorikulkuneuvon käyttövarkaus, jonka kohteena on joukkoliikenteeseen tai tavarankuljetukseen soveltuva moottorikulkuneuvo, tuhotyö, liikennetuhotyö, terveyden vaarantaminen, törkeä vahingonteko, törkeä ampuma-aserikos tai puolustustarvikkeiden maastaviennistä ja kauttakuljetuksesta annetussa laissa (242/1990) tarkoitettu maastavientirikos

4) kemiallisen aseen kiellon rikkominen, biologisen aseen kiellon rikkominen tai tahallinen törkeä ympäristön turmeleminen, joka on tehty 48 luvun 1 §:n 1 momentin 1 kohdassa tarkoitettulla tavalla

5) törkeä pahoinpitely, törkeä ihmiskauppa, panttivangin ottaminen, törkeä tuhotyö, törkeä terveyden vaarantaminen, ydinräjähdერიკος tai kaappaus

6) surma

7) tappo.

2 momentissa tarkoitettu rikos on terroristisessa tarkoituksessa tehty murha. Ks. myös RL 34 a luvun 6 §:n määritelmä *terroristisesta tarkoituksesta*.

rallisten rikollisten tekojen torjumiseksi”.⁶⁴⁴ Lain muutoksella ei haluttu luoda uutta voimankäytön kategoriaa, mihin muun muassa puolustusvaliokunta kiinnitti myönteistä huomiota.⁶⁴⁵ Lukijalle kylläkin väistämättä muodostuu kuva, että sääntelyllä nimenomaan luotiin uusi voimankäytön kategoria, sillä perustuslakivaliokunta ei katsonut PoL 27 §:n 3 momentin mainintaa poliisimiehen oikeudesta pyytää apua voimankäyttötilanteissa riittäväksi, mistä syystä pykälään lisättiin 4 momentti, jonka mukaan:⁶⁴⁶

”Poliisilla on oikeus puolustusvoimien avustuksella käyttää sotilaallisia voimakeinoja terrorismirikoksen estämiseksi tai keskeyttämiseksi sen mukaan kuin puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetussa laissa (781/1980) säädetään (15.7.2005/523).”

Virka-avun antamista koskevan lain 4 §:n 1 momentin mukaan edellytyksenä virka-avulle on, että mainittujen rikosten estäminen tai keskeyttäminen ei ole mahdollista poliisin omalla välineistöllä ja henkilöstöllä. Hallituksen esityksen mukaan tämä voi olla tilanne, jos hyökkääjät ovat varustautuneet poikkeuksellisen vahvoin suoja- tai hyökkäysvälinein.⁶⁴⁷ Lain 4 §:n 2 momentin mukaan:

”Virka-apu voi sisältää sotilaallisten voimakeinojen käyttöä, jos se on välttämätöntä suuren ihmismäärän henkeä tai terveyttä välittömästi uhkaavan vakavan vaaran torjumiseksi eikä vaaraa ole mahdollista torjua lievemmillä keinoilla.”

Lain esitöissä on yleisemmin puhuttu tilanteista, joissa on kyse ”yhteiskunnan tärkeälle toiminnolle vakavaa vaaraa aiheuttavan rikoksen” estämisestä tai keskeyttämisestä.⁶⁴⁸ Sotilaallisin voimakeinoin ei voida torjua omaisuusvahinkoja tai muita taloudellisia vahinkoja, ja myös henkeen tai terveyteen kohdistuvalta vaaralta edellytetään konkreettisuutta eli vahingollisen seurauksen todennäköi-

⁶⁴⁴ HE 187/2004 vp, s. 9.

⁶⁴⁵ PuVL 4/2005 vp, s. 2.

⁶⁴⁶ PeVL 23/2005 vp, s. 4–5 ja HaVM 11/2005 vp, s. 6. Samalla muutettiin puolustusvoimista annetun lain 2 §:n 1 momentin 6. kohta siten, että puolustusvoimien tehtävänä on ”antaa tarvittaessa virka-apua yleisen järjestyksen ja turvallisuuden voimassa pitämiseen sekä terrorismirikosten estämiseen ja keskeyttämiseen niin kuin siitä on erikseen säädetty” sekä säädettiin uusi 2 momentti: ”Puolustusvoimilla on sen mukaan kuin puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetussa laissa (781/1980) säädetään oikeus poliisin johdolla käyttää sotilaallisia voimakeinoja puolustusvoimien avustaessa poliisia terrorismirikoksen estämisessä tai keskeyttämisessä (524/2005).” Useat perustuslakivaliokunnan kuulemat asiantuntijat kritisoivat näkemystä, jonka mukaan virka-avun pyytäjän ja antajan toimivalta perustettaisiin paljon arkipäiväisempiä tilanteita silmällä pitäen säädetyn PoL 27 §:n varaan. Ks. tästä Hidén 2004, s. 6, Mäenpää 2004, s. 2–3, Tuori 2004b, Veli-Pekka Viljanen 2004, Tuori 2005, Mäenpää 2005, s. 1–3 ja Hidén 2005, s. 3–4. Kuten asiantuntijat ovat todenneet, virka-avun pyytäminen ja saaminen eivät laajenna pyytäjän toimivaltuuksia eikä virka-apusääntely toisaalta anna virka-avun antajalle pyytäjän toimivallasta riippumatonta toimivaltaa.

⁶⁴⁷ HE 187/2004 vp, s. 8.

⁶⁴⁸ HE 187/2004 vp, s. 6.

syyn tulee olla suuri. Lisäksi vaaran tulee olla *välitön* (kohta päätää uhkaava) ja *yleinen* (kohdistua suureen joukkoon ihmisiä). Kaikkein näiden edellytysten tulee täytyä samanaikaisesti, minkä lisäksi sotilaallisten voimakeinojen tulee olla välttämättömiä.⁶⁴⁹

Hallituksen esityksen mukaan 4 §:n mukaisissa tilanteissa poliisi päättää voimakeinojen käyttämisestä ja johtaa niiden käyttöä, kun taas ns. normaaleissa virka-aputilanteissa lain 5 §:n mukaisesti kokonaisjohtovastuussa oleva poliisi päättää virka-avun antamisen keskeyttämisestä ja lopettamisesta, mutta virka-apuosasto johtaa sotilasvirassa palveleva henkilö tehtävän suorittamista johtavan poliisimiehen ohjeiden mukaan.⁶⁵⁰ 4 §:n mukaisissa tilanteissa voimakeinojen käyttö perustuisi poliisilain voimakeinojen käyttöä koskevaan säännökseen ja voimakeinojen käytön laillisuudesta vastaisi virka-apua pyytänyt taho eli sisäasiainministeriö.⁶⁵¹ Lain 4 a §:n mukaan 4 §:n mukaisesta virka-avun antamisesta päättäisi valtioneuvoston yleisistunto ja tarvittaessa ”yhteiskunnan erittäin tärkeää toimintoa välittömästi ja vakavasti vaarantavassa kiireellisessä tapauksessa” puolustusministeriö. Tällöinkin pyynnöstä ja päätöksestä olisi ilmoitettava viipymättä valtioneuvostolle ja tasavallan presidentille.⁶⁵²

Sotilaalliset voimakeinot eivät ole välttämättömiä, jos tilanne voidaan ratkaista poliisin omin keinoin ja välinein. Säännöksen 3 momentissa olevan määritelmän nojalla:

”Sotilaallisilla voimakeinoilla tarkoitetaan virkamiehen henkilökohtaisen aseensa käyttöä voimakkaampaa sotavarustein tapahtuvaa sellaista asevoiman käyttöä, joka soveltuu poliisitehtävän suorittamiseen.”

Esimerkkeinä sotilaallisista voimakeinoista on mainittu ”rynnäkkökivääriä voimakkaammat konetuliaseet, tykit, ohjukset ja räjähteet” sekä ”sotavarustein varusteltujen panssariajoneuvojen, sota-alusten sekä sotilasilma-alusten aseistuksen” käyttö.⁶⁵³ Viimeksi mainitut olisivat hallituksen esityksen mukaan tarpeen⁶⁵⁴

⁶⁴⁹ PeVL 23/2005, s. 3.

⁶⁵⁰ HE 187/2004 vp, s. 3.

⁶⁵¹ HE 187/2004 vp, s. 1 ja 7. Hallituksen esityksen esitettiin, että ”erittäin kiireellisessä ja vaarallisessa tilanteessa” virka-apua pyytäisi poliisin ylijohdo ja siitä päättäisi pääesikunta. Perustuslakivaliokunnan asiantuntijana kuulemma Olli Mäenpää kritisoi vastuun kohdentamista poliisille mm. sillä perusteella, että poliisilla ei ”voi olla riittävää ammattitaitoa, kokemusta ja valvonta-edellytyksiä” sotilaallisten voimakeinojen käytössä. Toisaalta kuten Mäenpää on todennut, säädetyillä lailla ei voida vaikuttaa siihen, mitä PL 118 §:stä johtuu. Ks. tästä Mäenpää 2004, s. 4.

⁶⁵² Ks. PeVL 23/2005 vp, s. 5.

⁶⁵³ HE 187/2004 vp, s. 8.

⁶⁵⁴ HE 187/2004 vp, s. 8. Ks. PuVL 4/2005 vp, s. 2, missä näitä hallituksen esityksen esimerkkejä on kritisoitu. Ks. myös SM 2004, jossa on kiinnitetty huomiota siihen, että ilma-aluksen pysäyttäminen voimakeinoin saattaa tapahtua myös varoittamalla mahdollisuudesta käyttää voimakeinoja tai ampumalla varoitustulta. Nämä toimethan ovat uudenkin poliisilain käsitteistössä ampumaseen käyttämistä.

”esimerkiksi tilanteessa, jossa terroristien haltuun ottama ilma-alus olisi tulossa Suomen ilmatilaan taikka se olisi Suomen ilmatilassa poistunut lentoreitiltään suunnaten lentonsa kohti yhteiskunnan kannalta erittäin merkittävää ja tuhoutuessaan laajalle alueelle tuhoa tai vakavaa vaaraa aiheuttavaa kohdetta, esimerkiksi ydinvoimalaa. Tällainen ilma-alus saattaisi suunnata lentonsa myös kohden huomattavaa taajamaa taikka paikkaa, jossa on koolla valtion ylintä johtoa”.

Hallituksen esityksessä ei valitettavasti mainita, miten kuvatuinkaltaisia kohteita vastaan tulisi toimia ja miten ei. Hallituksen esityksen arviossa esityksen vaikutuksista yksilön asemaan todettiin, että (kursivointi tässä) ”[e]hdotuksessa tarkoitettujen sotilaallisten voimakeinojen käyttö olisi hyvin epätodennäköistä ja kohdistuisi toteutuessaankin *vain äärimmäisen vakavia rikoksia tekeviin*”.⁶⁵⁵

Perustuslakivaliokunta kritisoikin hallituksen esityksessä ehdotettua sääntelyä muun muassa perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten ja PL 2 §:n 3 momentin eli täsmällisyyden ja tarkkarajaisuuden näkökulmasta. Perustuslakivaliokunta piti ensinnäkin välttämättömänä määritellä sotilaalliset voimakeinot lakitekstissä. Lisäksi se edellytti selkeämmin kirjattavaksi, millä edellytyksillä virka-apu voi sisältää sotilaallisten voimakeinojen käyttöä. Hallituksen esityksessä perusterikokset sisälsivät koko RL 34 a luvun. Edelleen lakiin oli lisättävä maininta käytettyjen keinojen puolustettavuusarvioinnissa huomioon otettavista seikoista. Tätä hallituksen esitykseen ei sisällynyt.⁶⁵⁶ Kuten edellä olevasta käy ilmi, lakiin tulikin sotilaallisten voimakeinojen määritelmä⁶⁵⁷, minkä lisäksi sen 4 §:n 4 momentissa säädetään puolustettavuusarvioinnissa sovellettavista kriteereistä seuraavasti:

”Voimakeinojen on oltava puolustettavia suhteessa tehtävän tärkeyteen ja kiireellisyyteen, vastarinnan vaarallisuuteen, käytettävissä oleviin voimavaroihin sekä muihin tilanteen kokonaisarvosteluun vaikuttaviin seikkoihin. Erityisesti on otettava huomioon sivullisten oikeudet ja heidän turvallisuutensa. Ennen voimakeinojen käyttöä on niiden käytöstä mahdollisuuksien mukaan varoitettava.”

Täysin auki jää, mitä merkitystä lausumalla on sivullisten aseman kannalta.⁶⁵⁸ Hallituksen esityksen edellä viitatus lausumasta huolimatta hallintovaliokunnan mietintöön sekä puolustusvaliokunnan ja perustuslakivaliokunnan lausun-

⁶⁵⁵ HE 187/2004 vp, s. 7.

⁶⁵⁶ PeVL 10/2005 vp, s. 2–3.

⁶⁵⁷ Vaikka lakiehdotusta täsmennettiin, edellytti perustuslakivaliokunta toisessa lausunnossaan, että sotilaallisten voimakeinojen määritelmään lisätään vaatimus niiden soveltumisesta poliisitehtävän suorittamiseen. Tätä rajoitusta ei voitu jättää pelkästään suhteellisuus- ja puolustettavuusarvioinnista johdettavaksi. Ks. tästä PeVL 23/2005 vp, s. 3. Nytemmin vaatimus sisältyy 4 §:n 3 momentissa olevaan sotilaallisten voimakeinojen määritelmään.

⁶⁵⁸ Ks. Hidén 2007, s. 68.

toihin jätetyissä eriävissä mielipiteissä pidettiin selvänä, että hallituksen esityksen perusteella sotilaallisia voimakeinoja voitaisiin käyttää myös sivullisten surmaamiseksi terrorihyökkäyksen torjumiseksi.⁶⁵⁹

Oikeuskirjallisuudessa Kimmo Hakonen on sovittanut terrorismin torjuntaan tarvittavia äärimmäisiä sivullisiakin uhkaavia voimakeinoja Suomen oikeuteen hätätilaoikeuden konstruktion avulla. Hätätilaoikeudella hän on viitannut poikkeusoloissa valtioelimille annettuun poikkeukselliseen toimivaltaan. Hätätilaoikeudessa voidaan hänen mukaansa erottaa valtiosääntöinen ja ulkovaltiosääntöinen hätätilaoikeus. Ensimmäisellä tarkoitetaan laissa säädettyjä menettelyitä, kun taas jälkimmäisessä on kyse ”ylipositivista oikeusperiaatteista”⁶⁶⁰, jotka viittaavat oikeuden syvempiin rakenteisiin kerrostuneisiin yleisiin oikeudellisiin periaatteisiin. Koska valtiosääntöinen hätätilaoikeus edellyttäessään erityisiä toimenpanoakteja soveltuu huonosti yllättävien, mutta laajaa vaaraa aiheuttavien terrorihyökkäysten torjuntaan⁶⁶¹, kyseeseen saattaisi kirjoittajan mukaan tulla ainoastaan ulkovaltiosääntöinen hätätilaoikeus, eräänlainen hätätilaoikeudellinen yleisvaltuus. Tällaisen valtuutuksen omaksuminen johtaisi luonnollisesti monimutkaiseen lainalaisuusperiaatteeseen ja kansanedustuslaitoksen asemaan kytkeytyviin haasteisiin. Lisäksi ulkovaltiosääntöiseen hätätilaoikeuteen perustuvan yleisvaltuuden osalta tulisi pystyä määrittämään ainakin jotkin ylittämättömät uloimmat rajat. Näiden osalta Hakonen on itse viitannut kidutuksen sekä julman, epäinhimillisen ja halventavan kohtelun kieltoon.⁶⁶² Oikeuskirjallisuudessa on mielestäni perustellusti todettu PL 2 §:n 3 momenttiin sisältyvän vaatimuksen julkisen vallan käytön perustumisesta lakiin käytännössä torjuvan ns. hätätilaoikeuskonstruktion. Viranomaisilla ei voi olla sellaista julkisen vallan käyttämisenä pidettävää toimivaltaa, joka ei perustu oikeusjärjestykseen.⁶⁶³ Hakonen on itsekkin todennut poliisilainsäädännön säädetyn siten, että normaalit toimivaltuudet riittävät sekä normaalioloissa että poikkeusoloissa.⁶⁶⁴

Poliisitoiminnan oikeutuksen hakeminen esimerkiksi ulkovaltiosääntöisestä hätätilaoikeudesta saattaa johtaa niiden oikeusvaltion perusteita uhkaavien vaarojen äärelle, joista Taxell varoitti jo yli 25 vuotta sitten. Oikeusvaltion käsite pitää sisällään vaatimuksen ihmis- ja perusoikeuksien kunnioittamisesta siitä riippumatta, kuinka vakavasti valtiota tai ihmistä vastaan on rikottu. *Oikeusvaltion proseduraalinen puoli kat-*

⁶⁵⁹ Ks. HaVM 11/2005 vp, s. 10, PuVL, VP s. 4 ja PeVL 10/2005 vp, s. 5. Ks. myös PeVL 23/2005 vp, s. 7 ja Lavapuro 2010a, s. 20 (samoin Lavapuro 2010b, s. 262). Lavapuron mukaan se, että perustuslakivaliokunnan lausunnot eivät olleet yksimielisiä, on poikkeuksellista.

⁶⁶⁰ Hakonen 2006, s. 72.

⁶⁶¹ Hakonen 2006, s. 74–75. Samoin Hidén 2004, s. 2.

⁶⁶² Hakonen 2006, s. 76.

⁶⁶³ Saraviita 2011, s. 69.

⁶⁶⁴ Hakonen 2006, s. 74 av. 21.

taa tarkoin säännellyn menettelytapanormiston, johon tukeudutaan poikkeusolosuhteissakin, kun taas *oikeusvaltion substantiaaliset osat* takaavat, ettei erityislainsäädännön keinoin poiketa oikeusvaltion perusperiaatteista. Taxell kiinnitti huomiota myös samaan dilemmaan kuin Tuori 1990-luvun lopulla. Laillisen yhteiskuntajärjestyksen ylläpitämisen nimissä ja oikeusjärjestyksen toiminnan turvaamiseksi rajoitetaan perusoikeuksia, minkä seurauksena tosiasiaassa rappeutetaan juuri niitä oikeusvaltion perusteita, joita pyrittiin suojaamaan.⁶⁶⁵

Campbell on kommentoidessaan erityisesti terrorismin vastaiseen taisteluun liittyvää tarvetta äärimmäiseen voimankäyttöön lähestynyt kysymystä eräänlaisen dikotomian kautta, jossa toista ääripäätä edustaa näkemys, jonka mukaan äärimmäisissä hätätilanteissa virkakoneisto voi ikään kuin astua perustuslain ulkopuolelle – *rule of law'n* sivuuttaen – ja tehdä, mitä on tarpeen ”kansakunnan pelastamiseksi”. Pidäkkeenä liialliselle voimankäytölle toimisi lähinnä mahdollisuus joutua vastuuseen tehdyistä toiminnoista. Toista ääripäätä edustaa Campbellin mukaan konstitutionalistinen näkemys, jossa laillisuuden vaatimuksen sisältö määrittyy perusoikeuksien ja perustuslain näkökulmasta eikä huomiota erityisesti kiinnitetä vallanjoon periaatteisiin.⁶⁶⁶ Campbell itse edustaa selkeästi lakipositivistista, moraaliulottuvuudet kieltävää ja tiukkaa vallanjakoa edustavaa lähestymistapaa.⁶⁶⁷ Tätä taustaa vasten hän on esittänyt, että erotettuna ns. normaaleista poliisitoiminnan haasteista terrorismin aiheuttamien uhkien torjunnassa tulisi käyttää eri sääntöjä. Lähtökohtaisesti tähän sisältyy ajatus suurempien riskien sallimisesta sekä poliiseille että suurelle yleisölle ja ajatus siitä, että erityisen vakavan uhan todennäköisyyden arvioinnissa joudutaan tekemään myönnytyksiä lievempään suuntaan. Tämä johtaa osaltaan esimerkiksi poikkeuksellisen matalaan kuolettavan voimankäytön kynnykseen ja erilaisten ehdottomien kieltojen merkityksen vähenemiseen.⁶⁶⁸

Campbellin johtopäätös voitaneen kiteyttää siihen, että tarvittaessa erityisiä keinoja terrorismin aiheuttaman uhan torjumiseksi tulee asettaa poikkeustila, jonka toteaminen on kuitenkin sidottu tiukkoihin, positivististen normien mukaisiin edellytyksiin. Campbellin mukaan näiden edellytysten tulee olla tiukemmin formuloituja kuin esimerkiksi EIS 15 artiklassa.⁶⁶⁹ Esitetyn metodin käytännössä saamat muodot ovat nähdäkseni voimakkaasti riippuvaisia valtiosääntöoikeudellisista ratkaisuista kussakin valtiossa ja erityisesti siitä, mille taholle on ensisijaisesti asetettu vastuu perustuslainmukaisuuden valvonnasta.

⁶⁶⁵ Taxell 1986, s. 308–309.

⁶⁶⁶ Campbell 2012, s. 4–6.

⁶⁶⁷ Campbell 2012, s. 7–9.

⁶⁶⁸ Campbell 2012 s. 11–12.

⁶⁶⁹ Campbell 2012, s. 12–14 ja 17.

Valtiosääntöoikeudellisista ratkaisuksista riippumatta poliitikkojen harkintavaltaa lainsäätäjänä rajoittavat tyypillisesti perus- ja ihmisoikeuksista johdettavat ehdottomat kiellot. Mikael Hidén onkin käsitellyt yllä selostettua lakimuutosta juuri valtiosääntöoikeuden ja erityisesti perusoikeuksien näkökulmasta. Hän on kiinnittänyt huomiota ensinnäkin siihen, että kyse ei ollut sotilaalliseen maanpuolustukseen liittyvästä sääntelystä, jonka oikeutus tulee arvioitavaksi eri lähtökohdista. Toinen ja tämän tutkimuksen kannalta merkityksellisempi on Hidénin havainto siitä, että huolimatta hallituksen esityksen maininnasta ”äärimmäisen vakavia rikoksia tekeviin” kohdistuvista toimenpiteistä, toimenpiteiden kohteena olisi tosiasiaassa viattomia siviilejä, kuten matkustajia ja lentokoneen henkilökuntaa.⁶⁷⁰ Mitä tulee näiden sivullisten asemaan, on Hidén ensinnäkin viitaten oikeuteen elämään todennut, että tekijän tieteen varmana pidettävä sivullisen hengen menetys ei voi suomalaisessa oikeusajattelussa olla tärkeänkään virkatoimen ikävä haittapuoli (*collateral damage*) eikä sitä voida oikeuttaa minkään hätätilakonstruktion perusteella.⁶⁷¹ Toisaalta perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta on ylipäättään ongelmallista argumentoida lukumäärillä hengen suojan yhteydessä. Mikäli näin kuitenkin tehdään, tulisi arvioinnissa ottaa huomioon myös eri vaihtoehtojen todennäköisyydet. Hidén katsookin, että lukumäärien vertailu olisi perustelua ”enintään silloin, kun varman kuoleman viranomaistoinnilla aiheuttamisen vastinparina on toisten ihmisten muuten varman kuoleman välttäminen.”⁶⁷²

Väistämättömän tuhon doktriiniin liittyy suoranaisesti kysymys siitä, mikä merkitys sivullisten elämän lyhentämiselle esimerkiksi puolella tunnilla tulee antaa. Saksan valtiosääntötuomioistuin ei antanut tälle mitään merkitystä usein viitatussa ratkaisussaan vuodelta 2006⁶⁷³, jossa se katsoi perustuslain vastaiseksi ilmailuturvallisuutta koskevassa laissa (*Luftverkehrsgesetz*) annetun mahdollisuuden ampua alas kaapattu matkustajalentokone, jota epäillään käytettävän aseena ihmishenkiä uhkaavassa hyökkäyksessä. Valtiosääntötuomioistuin ei hyväksynyt ajatusta viattomien sivullisten (matkustajat ja lentokonehenkilökunta) uhraamisesta toisten pelastamiseksi, koska tällainen ratkaisu loukkaisi sivullisten ihmisarvoa muuttaessaan heidät ihmisoikeussubjektista keinoksi päämäärän saavuttamiseen. Tuomioistuin toteaa ratkaisun kohdassa 124:

”...Eine solche Behandlung missachtet die Betroffenen als Subjekte mit Würde und unveräußerlichen Rechten. Sie werden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Ret-

⁶⁷⁰ Hidén 2007, s. 66–67.

⁶⁷¹ Hidén 2007, s. 69. Samoin Hidén 2005, s. 5.

⁶⁷² Hidén 2007, s. 69–70. Samoin Hidén 2005, s. 5. Ks. myös Kleinig – Kasachkoff 2012, s. 30–33 kriittiset huomiot tällaisesta matemaattisesta lähestymistavasta.

⁶⁷³ Bundesverfassungsgericht 1 BvR 357/05, 15.2006. Ks. ratkaisusta myös Möller 2012, s. 48–52.

tung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird, wird den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt.”

Lähinnä moraalin näkökulmasta asiaa ovat arvioineet Kleinig ja Kasachkoff, joiden mukaan – toisin kuin Saksan valtiosääntötuomioistuimen – voidaan esittää, että kuvatunkaltaisella elämän lyhentämisellä ei ole merkitystä sivullisten elämänlaadun kannalta. Määrän vähäinen lisääntyminen ilman laadun lisääntymistä ei ole moraalisesti merkityksellistä, kun sitä verrataan useiden ihmishenkien säästämiseen. Tämän näkemyksen haastaa kuitenkin se lähtökohta, että kuvattuja arviointeja saa tehdä vain ko. henkilö itse. Kirjoittajat ovat myös huomauttaneet siitä, että punnittavana eivät ole ihmishenkien suhteelliset arvot, vaan ihmishenkien *pelastamisen* suhteelliset arvot, joten käytännössä tulee arvioitavaksi, tuleeko pyrkiä pelastamaan ne, jotka ovat pelastettavissa. Kysymys rinnastuu jossain määrin lääkintähenkilöstön vakavissa onnettomuustapauksissa tekemiin valintoihin. Olennainen ero toki on siinä, että jättäessään jonkun henkilön hoitamatta lääkärit eivät aktiivisesti surmaa ketään!⁶⁷⁴

Hufnagel on puolestaan johtanut siitä, että terroristien surmaaminen on sallittua, ajatuksen, että ihmisarvon loukkaamattomuus kytkettynä oikeuteen elämään on suhteellinen ja punnittavissa. Ottamatta erityisemmin kantaa siihen, kytkikö Saksan valtiosääntötuomioistuin ihmisarvon loukkaamattomuuteen kohdistuvat pohdinnat vain viattomiin sivullisiin ja heidän käyttämiseen keinoina tavoitteen saavuttamiseen vaiko laajemmin myös koneen kaappaajiin (eli kuuluuko hyökkääjän surmaaminen ylipäättään ihmisarvon loukkaamattomuuden soveltamisalaan), voidaan pitää realistisena Hufnagelin näkemystä siitä, että ihmisarvon loukkaamattomuuden kiellon ehdottomuus on riippuvainen siitä, mihin ihmisoi- keuteen se kytkeytyy. Jos kyse on oikeudesta elämään, myös ihmisarvon loukkaamattomuus on lähtökohtaisesti punnittavissa, kun taas kidutuksen kieltoon yhdistettynä kyse on ehdottomasta kiellosta.⁶⁷⁵

Hufnagelin lähestymistapa rinnastuu Kaarlo Tuorin näkemykseen siitä, että ihmisarvon loukkaamattomuus saa konkretiaa vain yksittäisten ihmis- tai perusoikeuksien kautta. Oikeuden eri tasojen väliseen dynamiikkaan suhteutettuna kyse on siis konkretisaatiosuhteesta, jossa ihmisarvon loukkaamattomuus konkretisoituu oikeuskulttuurin tasolla perus- ja ihmisoikeuksissa ja näiden välityk-

⁶⁷⁴ Kleinig – Kasachkoff 2012, s. 30–33.

⁶⁷⁵ Hufnagel 2012, s. 202–205 ja 208–211. Hufnagel on pohtinut ihmisarvon loukkaamattomuuden merkitystä laajemmin koko rikosprosessin näkökulmasta ja havainnut aivan oikein, että langetetut tuomiot saattavat olla varsin lieviä, vaikka ehdotonta ihmisarvon loukkaamattomuuden kieltoa katsotaan loukatun. Ks. tästä Hufnagel 2012, s. 208 ja esimerkiksi EIT:n Gäfgen v. Germany -ratkaisu.

sellä edelleen oikeuden pintatason voimankäyttönormeissa. Näin ajateltuna ihmisarvon loukkaamattomuuden epämääräisyyttä voidaan pitää myönteisenä asi-
ana, koska sen ajautuminen ristiriitaan muiden oikeuden syvärakenteeseen kuu-
luvien periaatteiden kanssa ei ole kovinkaan todennäköistä.

Hidénin mukaan olisi mahdollista yrittää argumentoida myös painavalla yh-
teiskunnallisella intressillä. Tällainen argumentti voidaan – olen tästä samaa
mieltä – torjua hengen suojan ydinalueen suojalla, mikä ainakin rauhanoloissa
tarkoittaa sitä, että mikään julkinen intressi ei voi oikeuttaa hengen suojan si-
vuuttamista.⁶⁷⁶ Valtiosääntöoikeudellisesti hankalinta on, että perustuslakivalio-
kunta ei ottanut kantaa tähän eikä mihinkään muuhunkaan Hidénin yksilöimään
kysymykseen eikä niiden vaikutukseen lainsäätämisyjärjestykseen.⁶⁷⁷ Lainsäätä-
misjärjestyksen näkökulmasta Hidén on esittänyt, että toimivaltuuksista olisi
tullut ainakin säätää poikkeuslakimenettelyssä.⁶⁷⁸ Tämä herättää väistämättä ky-
symyksen siitä, että onko Hidénin mielestä kyse puhtaasti kansallisen perusoi-
keusjärjestelmän sisäisestä asiasta. Eivätkö kansainväliset ihmisoikeusvelvoit-
teet ja yleisesti hyväksytty ihmisarvon loukkaamattomuus, johon esimerkiksi
Saksan valtiosääntötuomioistuin samaa kysymystä käsitellessään viittasi, mil-
lään tavoin rajaisi kansallista sääntelyä?⁶⁷⁹

Kotimaisessa kirjallisuudessa kysymykseen on palannut vielä ainakin Juha
Lavapuro vuonna 2010 julkaistussa artikkelissaan. Lavapuro on kytenyt kysy-
myksen osaksi keskustelua siitä, kuinka perustuslain sisältö viime kädessä jou-
tuu taipumaan kiperissä ja pakottaviksi määritellyissä tilanteissa ”poliittiselle
harkinnalle ja tilannekohtaisesti saavutettaville optimaalisille lopputuloksille”
(formalistisen joustavuuden oppi). Prosessin kuluessa valtiosääntö ja valtiosään-
töoikeudelliset käytännöt muuttuvat instrumentalistisen vallankäytön oikeutuk-
seksi sen sijaan, että rajoittaisivat sitä (valtiosääntöinen managerialismi).⁶⁸⁰

Tämän jakson teeman osalta Lavapuro on ensinnäkin kritisoinut sitä, että pe-
rustuslakivaliokunta ei ottanut selkeää kantaa siihen, asettaako perustuslakimme
ehdottomia rajoja kuvatun kaltaiselle sotilaallisten voimakeinojen kohdistami-

⁶⁷⁶ Hidén 2007, s. 70. Samoin Hidén 2005, s. 6. Kuten Hidén on todennut, ehdotetun toimivallan
käytön seurauksena saattaa olla ”sananomukaisesti ’elintärkeän’ perusoikeuden kokonaisuuden menetys...
suomalaiseen perusoikeuskäsitykseen ei kuulu ajatus, että perusoikeuden ydinalueeseenkin voi-
daan tunkeutua, saati koko ydinkin viedä, tavallisella lailla – ei myöskään silloin, kun voidaan
vedota merkittäviin yhteiskunnallisiin syihin”.

⁶⁷⁷ Hidén 2007, s. 70.

⁶⁷⁸ Hidén 2007, s. 73–74.

⁶⁷⁹ Saman havainnon on tehnyt Lavapuro 2010, s. 22 av. 76. Ks. myös Lavapuro 2010a, s. 19–20.

⁶⁸⁰ Lavapuro 2010a, s. 6–9. Samoin Lavapuro 2010b, s. 244–247. Artikkelin on osin täydennettynä
osa Lavapuron samana vuonna julkaistua väitöskirjaa. Ks. myös Scheinin 2008. Joustavaa forma-
lismia ilmentää Lavapuron mukaan myös perustuslakiuudistuksessa säilytetty poikkeuslaki-insti-
tuutio. Ks. tästä Lavapuro 2010a, s. 10. Samoin Lavapuro 2010b, s. 248.

selle siviili-ilma-aluksia vastaan. Tältä osin asia jäi valmisteluvaiheessa annettujen lausumien sekä lausunnon maininnan ”[t]errorismissa on kysymys yhteiskunnan perustoimintoja, oikeusjärjestystä sekä ihmisten henkeä, terveyttä ja turvallisuutta hyvin vakavasti vaarantavasta rikollisuudesta, jonka estämiselle ja keskeyttämiselle on perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta hyväksyttävät ja hyvin painavat perusteet” varaan. Lavapuron mukaan sekä PL 1 §:n 2 momentissa mainittu ihmisarvon loukkaamattomuuden periaate että PL 7 §:n 2 momentissa mainittu kielto kohdella ketään ihmisarvoa loukkaavasti olisivat antaneet sellaisen institutionaalisen tuen, johon nojautuen perustuslakivaliokunta olisi voinut asiasta selkeämmin lausua.⁶⁸¹ Lavapuro on itse katsonut, että juuri PL 1 §:n 2 momentin ja PL 22 §:ssä asetetun perusoikeuksien turvaamisvelvollisuuden ilmentämien valtiosäännön perusperiaatteiden nojalla on selvää, että perustuslaki ei missään olosuhteissa salli suurenkaan ihmisjoukon pelastamiseksi käyttää asevoimaa tavalla, joka riistää samalla sivulliselta hengen (väistämättä johtaa sivullisten menehtymiseen).⁶⁸² Lavapuron mukaan:

”Saksan valtiosääntöuomioistuimenkin artikuloimia ihmisarvon loukkaamattomuuden ja niin ollen myös modernin perusoikeusajattelun keskeisiä lähtökohtia seuraten, perusoikeuksien kielen ensisijaisena tarkoituksena on osoittaa yksilöllinen kärsimys objektiivisesti vääräksi. Sellaisenaan sivullisen kärsimys ei koske vain uhria, vaan aina myös kaikkia. Jos siis hyöty/haitta -punnintoja tehdään, ’jokainen’ on laskettava haitaksi.”⁶⁸³ Tähän liittyen Kleinig ja Kasachkoff ovat huomauttaneet, että kyse ei ole viattomien matkustajien pitämisestä ”keinona” (*means*) terroristien torjumiseen, vaan kyse on nimenomaan valitettavasta, traagisesta oheisseuraamuksesta. Tästä johtuen loukattu etu ei ole matkustajien ihmisarvo, vaan heidän oikeutensa elämään.⁶⁸⁴

Ihmisarvon loukkaamattomuudella argumentointi kirvoittaa väistämättä kaksi huomiota. Ensinnäkin – kuten jo edeltä käy ilmi – ainakin jotkut valtiosääntöoikeuden asiantuntijat ovat katsoleet, että periaatteella ei ole suurta itsenäistä merkitystä, vaan yksittäiset perusoikeussäännökset konkretisoivat sen sisältöä.⁶⁸⁵ Toisaalta kuten Nieminen on lähinnä biolääketiedettä koskevassa artikkelissaan

⁶⁸¹ Lavapuro 2010a, s. 14 ja 21–23 ja PeVL 23/2005 vp, s. 2. Samoin Lavapuro 2010b, s. 255 ja 264–265.

⁶⁸² Lavapuro 2010a, s. 23. Samoin Lavapuro 2010b, s. 266. Sivullisten asemasta moraaln näkökulmasta ks. Kleinig – Kasachkoff 2012, s. 23–24.

⁶⁸³ Lavapuro 2010a, s. 23. Samoin Lavapuro 2010b, s. 266. Vrt. Kleinig – Kasachkoff 2012, s. 46.

⁶⁸⁴ Kleinig – Kasachkoff 2012, s. 24–25. Samoin Möller 2012, s. 59–60. Möllerin mukaan matkustajia voidaan arvioida aseena osina (*”part of the weapon”*), mikä mahdollistaa koneen tuhoamisen ja matkustajien surmaamisen. Vrt. Saksan valtiosääntöuomioistuin 1 BvR 357/05 ratkaisun kohta, jossa näkemys hylättiin. Menettelyn hyvän tarkoituksen merkityksestä moraaln näkökulmasta (ns. *double effect* -doktriini) ks. Kleinig – Kasachkoff 2012, s. 25–26. Ks. Saksan valtiosääntöuomioistuin ratkaisusta myös Möller 2012, s. 48.

⁶⁸⁵ Tuori 2003a, s. 941–942.

todennut, ihmisarvon loukkaamattomuuden periaatteesta on hyvin vaikea tehdä päätelmiä konkreettisessa tapauksessa. Tyypillisesti katseet kohdistuvatkin tässä yhteydessä ihmisoikeussopimuksiin ja muuhun kansainväliseen ihmisoikeusai-
nekseen.⁶⁸⁶ Nähdäkseni kuitenkin sen enempää kansallinen perusoikeusjärjes-
telmä kuin kansainväliset ihmisoikeusinstrumentit eivät pysty vastaamaan tässä
jaksossa esitettyyn kysymykseen sivullisten asemasta. Toki voidaan perustellusti
esittää, että sellainen PL 7 §:n tulkinta, joka kieltää sivullisten ”uhraamisen” ko-
tilanteissa, saa institutionaalista tukea sekä ihmisarvon loukkaamattomuuden
maksiimista että oikeuskirjallisuuden kannanotoista. Asia on sillä tavoin avoin,
että oikeuskulttuurin tasolle ei voida katsoa vielä tiivistyneen sitä koskevia peri-
aatteita.⁶⁸⁷

Lähtökohtaisesti olen täysin samaa mieltä Hakosen kanssa siitä, että velvolli-
suudesta tai oikeudesta terroristien käyttämän lentokoneen tuhoamiseen tai eh-
dottomasta kiellosta näin menetellä tulisi säätää laissa. Ratkaisun tekeminen ei
ole yksittäisten virkamiesten tehtävä tilanteen jo ollessa käsillä, vaan politiikko-
jen tehtävä niiden arvojen perusteella, joita yhteiskunnassa erityisesti suojellaan.
Tämä olisi myös minimivaatimus virkamiehen oikeusturvan kannalta. Nykyti-
lanteessa sekä tulen avaaminen lentokonetta vastaan että sen laiminlyönti kansa-
laisten pelastamiseksi voivat johtaa vastuuseen, eikä varmasti oikeaa tai varmas-
ti väärää toimintatapaa ole määritetty.⁶⁸⁸ Toisaalta vaikka esitetyille näkemyksil-
le on pyritty hakemaan oikeudelle ominaista institutionaalista tukea viittaamalla
yksilöiden oikeuksiin ja ihmisarvoon, voidaan yleisimminkin pohtia, onko kyse
kuitenkin sääntelymahdollisuuksien ulkopuolella olevasta ennemminkin moraa-
lin tai yhteiskuntapolitiikan piiriin kuuluvasta asiasta.⁶⁸⁹ Tähän viittaisi myös se,
että aiheen vakavuudesta huolimatta siitä esitetyt näkemykset ovat hyvin kauka-
na toisistaan.

Edellä kuvatut oikeudelliset haasteet saattavatkin olla sellaisia, joiden edessä
oikeusvaltioperiaatteet sekä voimankäytön ennustettavuuden ja ennakoitavuun-
den takuuna oleva lakisidonnaisuusperiaate saavat taipua. Tämän suuntaista lä-
hestymistapaa näyttäisivät edustavan Kleinig ja Kasachkoff, jotka ovat lähteneet
siitä, että määrittämättä etukäteen, mikä on oikein tai väärin, yhteiskunnassam-
me on virallisessa asemassa henkilöitä, joiden on tehtävä kuvattuja valintoja.

⁶⁸⁶ Ks. Nieminen 2005, s. 77–78.

⁶⁸⁷ Ks. myös Hidén 2004, s. 3 ja Mäenpää 2004, s. 5.

⁶⁸⁸ Hakonen 2006, s. 78. Ks. myös Hidén 2004, s. 2 sekä Taxell 1986, s. 310. Kuten Taxell on to-
dennut, ”[k]aikkea väkivaltaa vastaan ei voi suojautua.”

⁶⁸⁹ Samansuuntaisesta pohdinnasta ks. myös Crawshaw et al. 2007, s. 59–60 sekä 168–171. Vii-
meksi viitatussa kohdassa kirjoittajat ovat kuvanneet esimerkkitalanteen, joka muistuttaa Jarebor-
gin atomipommiesimerkkiä. Kirjoittajat ovat viitanneet myös EIT:n Gäfgen-ratkaisussa käsittele-
mään tapaukseen.

Valinnoista tulee kantaa vastuu, mutta vastuun laajuutta määritettäessä huomiota tulee kiinnittää siihen, että mainitut päätöksentekijät tekevät moraalisesti raskaita päätöksiä meidän puolestamme – päätöksiä, joita emme ehkä itse edes kykenisi tekemään. Kirjoittajien mukaan ratkaisevaa on ”*to determine whether, when he acted, he acted with due diligence and due regard – whether he did as much as his office required of him and with appropriate regard to the moral dimension of what confronted him*”.⁶⁹⁰

Näin ajateltuna valtiosääntöoikeuden ja poliisioikeuden tehtäväksi tulee määrittää kuvatunkaltaisiin ääritilanteisiin liittyvään päätöksentekoon sovellettavat päätöksentekostandardit. Päätöksenteko itsessään olisi näihin standardeihin perustuvaa punnintaa eikä niinkään joko–tai-tyyppistä säännön soveltamista. Rikosoikeudelliseen viitekehykseen sovitettuna kyse olisi sen (jälkikäteisestä) arvioinnista, onko päätöstä tehtäessä toimittu asetetun huolellisuusvelvoitteiden mukaisesti ja jos ei ole toimittu, olisiko tähän ollut kyky ja tilaisuus. Päätös voidaan *ex post* -arvioinnissa todeta vääräksi, mutta rikosoikeudellisessa arvioinnissa tämä olisi selkeästi toissijainen – ja jopa merkityksetön – havainto. Voidaan kuitenkin jälleen kysyä, onko perusteltua asettaa yksittäiselle virkamiehelle velvollisuutta tehdä tällaisia päätöksiä. Ainakaan Hakosen mukaan ei ole perusteltua asettaa yksittäiselle virkamiehelle *toimimisvelvollisuutta* tilanteissa, joissa toimitaan hätätilaoikeudellisen yleisvaltuuden nojalla. Ehkä tällaisilla oikeudellisen arvioinnin raja-alueilla toimittaessa vastuun, rajoitusten ja jopa ihmisten surmaamiseen johtavien velvollisuuksien tulisi olla enemmän moraaliluontoisia kuin juridisia.⁶⁹¹ Näyttäisikin siltä, että riippumatta siitä, lähestymmekö ongelmaa valtiosääntöoikeuden, poliisioikeuden tai rikosoikeuden suunnalta päädyimme aina oikeuden ja moraalin rajalle.

⁶⁹⁰ Kleinig – Kasachkoff 2012, s. 39.

⁶⁹¹ Hakonen 2006, s. 77–78. Samansuuntaisesti *moraalisesta* oikeudesta kieltäytyä noudattamasta sinänsä laillisia käskyjä, jotka tosiasiallisesti johtavat kohdehenkilöön kuolemaan ks. myös Gordon – Miller 2012, s. 233–234. Kirjoittajien mukaan terrorismin vastaisissa operaatioissa voi olla kyse epävarmuuden tilassa nopeasti tehtävistä päätöksistä, jotka saattavat johtaa viattomien henkilöiden (joko oletetun, mutta viattoman hyökkääjän tai terrori-iskun uhrien) kuolemaan. Henkilöt, jotka ovat tehneet *ex post* -arvioinnissa vääräksi osoittautuneen valinnan, voivat olla moraalisesti vastuussa ratkaisustaan (*morally responsible*), mutta heihin ei voi kohdistaa moraalista moitetta (*morally culpable / morally blameworthy*). Kotimaisessa kirjallisuudessa Kiehelä ja Hakonen ovat viitanneet oikeuteen kieltäytyä aseellisesta palveluksesta esimerkkinä säännöksestä, joka antaa merkittävää painoarvoa ”vakaville omantunnonsyille”. Kirjoittajat pohtivatkin, voisivatko vastaat omantunnonsyyt olla hyväksyttävä perustelu olla toimimatta tavalla, joka todennäköisesti johtaa kohdehenkilön kuolemaan. Ks. tästä Kiehelä – Hakonen 1993, s. 111–112. Lienee aiheellista kuitenkin lakonisesti huomauttaa, että yleisestä asevelvollisuudesta poiketen kellään ei ole velvollisuutta ryhtyä poliisiksi.

8.3 PAKKOTILAN MERKITYKSESTÄ VOIMANKÄYTÖN PERUSTEENA – ERITYISESTI SILMÄLLÄ PITÄEN OIKEUTTA SIVULLISEN VAARANTAMISEEN

8.3.1 Yleistä pakkotilasta

Pakkotilassa on kysymys oikeushyvän suojaamisesta toista oikeushyvää loukkaamalla.⁶⁹² Rikosoikeudellisen pakkotilan ydinsisältö on kirjattu onnistuneesti hallituksen esityksen 44/2002 vp yleisperusteluissa. Niiden mukaan:

”pakkotilassa on kysymys muusta kuin 4 §:ssä tarkoitetusta hyökkäyksestä johtuvasta kestäättömästä tilanteesta, josta ainoa ulospääsy vaatisi toimia, jotka aiheuttavat vahinkoa toisen suojatuille eduille. Kyse on siis tilanteesta, jossa määrätyn oikeudellisesti suojatun edun pelastamiseksi pakottavasta, välittömästi uhkaavasta vaarasta joudutaan uhraamaan toinen oikeudellisesti suojattu etu.”⁶⁹³

Pakkotilasäännös uudistettiin rikoslain yleisten oppien uudistuksen yhteydessä. Hallituksen esityksen 44/2002 vp mukaan uudistustarpeita koettiin erityisesti olevan suojattavien oikeushyvien piirin määrittelyssä sekä oikeudenmukaisten ja anteeksiannettavien pakkotilatekojen erottelussa. Lisäksi intressivertailussa huomioon otettavista seikoista haluttiin säätää tarkemmin.⁶⁹⁴ Pakkotilasta oikeuttamisperusteena säädetään nykyään RL 4 luvun 5 §:n 1 momentissa:

”Muun kuin edellä 4 §:ssä tarkoitetun, oikeudellisesti suojattua etua uhkaavan välittömän ja pakottavan vaaran torjumiseksi tarpeellinen teko on pakkotilatekona sallittu, jos teko on kokonaisuutena arvioiden puolustettava, kun otetaan huomioon pelastettavan edun ja teolla aiheutetun vahingon ja haitan laatu ja suuruus, vaaran alkuperä sekä muut olosuhteet.”⁶⁹⁵

⁶⁹² HE 44/2002 vp, s. 119. Ennen yleisten oppien uudistamista oikeuskirjallisuudessa vallitsi jonkin verran epäselvyyttä siitä, edellyttikö vastuuvapaus sitä, että uhrattu etu oli suojeltua pienempi vai olennaisesti pienempi.

⁶⁹³ HE 44/2002 vp, s. 18. Klassisen määritelmän mukaan ”hätävarjelussa on oikeus vääryyttä vastassa, mutta pakkotilassa oikeus oikeutta vastassa”. Ks. tästä Honkasalo 1965, s. 165.

⁶⁹⁴ HE 44/2002 vp, s. 121.

⁶⁹⁵ Säännöksen maininta ”muun kuin...” tekee säännöksestä toissijaisen hätävarjelusäännökseen verrattuna. Ks. tästä esim. Lappi-Seppälä 2004a, s. 24. Ennen yleisten oppien uudistusta oli kumottua RL 3 luvun 10 §:n pakkotilasäännöstä mahdollista tulkita siten, että siinä mainittu pakottava vaara piti sisällään myös RL 3 luvun 6 §:ssä mainitun oikeudettoman hyökkäyksen. Tällöin pakkotila olisi ollut ikään kuin yläkäsite, jonka alle hätävarjelu pakkotilan erityistapauksena sijoittui. Ks. tästä KM 1976:72, s. 102–103 ja Majanen 1979, s. 45 ja 56–57. Ks. ulkomaisesta kirjallisuudesta Leader-Elliott 2012, s. 112–113, joka on selostanut Australiassa esitettyjä näkemyksiä pakkotilan, hätävarjeluun ja eräänlaisten pakottavien syiden (*duress*) tyyppisten vastuuvapausperusteiden yhdistämistä yhdeksi ainoaksi pakkotila (*necessity*) -tyyppiseksi vastuuvapausperusteeksi. Todetta-

Pakkotila ja sitä ilmentävä pakottava vaara ovat tyypillisesti tiloja, joihin ajaututaan, ja pakkotila oikeusinstituutiona sääntelee, miten tällaisista tiloista saadaan pelastautua. Pakkotilan tarkoittama pakottava vaara onkin lähtökohtaisesti ulkoisista syistä johtuva ja luonnollinen, vaikkakaan sitä ei kaikissa tapauksissa voida täysin erottaa ihmisen toimista.⁶⁹⁶ Esimerkiksi epileptisen kohtauksen aiheuttamaa vaaraa ihmisille ja esineille voidaan joutua torjumaan pakkotilan keinoin. Myös pakottavan vaaran luominen omin toimin on luettavissa tähän joukkoon.⁶⁹⁷ Koska vaaralta ei edellytetä oikeudenvastaisuutta, myös esimerkiksi luonnonmullistukset tulevat huomioon otettaviksi.⁶⁹⁸ Pakkotilateoin suojeltavia oikeushyviä ei ole lakitekstissä mitenkään rajattu, vaan pakkotilateolla voidaan lähtökohtaisesti suojata kaikkia oikeushyviä. Tarpeelliset rajaukset voidaan hallituksen esityksen mukaan perustaa samantyyppiseen puolustettavuusarviointiin kuin hätävarjelunkin osalta.⁶⁹⁹

Koska pakkotilaan ei tyypillisesti liity kenenkään suorittamaa hyökkäystä, on myös intressivertailu lähtökohtaisesti yksinkertainen – pienemmän edun on väisyyttävä suuremman tieltä.⁷⁰⁰ Pakkotilateon oikeudenmukaisuus ratkaistaankin intressivertailulla, jossa punnitaan suojellun ja uhratun *edun suuruus*. Punninnassa otetaan huomioon myös *oikeushyvän luonne*. Hengen pelastamiseksi saadaan uhrata omaisuusetuja, mutta vaikeampaa on arvioida, voidaanko terveydelle aiheuttaa vähäistä vahinkoa suurien omaisuusvahinkojen torjumiseksi.⁷⁰¹ Esi-

koon, että germaanisten oikeusjärjestysten sekä esimerkiksi Yhdysvaltojen Moden Penal Coden (MPC 2.09 ja 3.02) näkökulmasta *duress* on lähinnä anteeksiantoperuste.

⁶⁹⁶ Nuotio 1998a, s. 380–381. Ks. myös Nuotio 1998a, s. 497, jossa hän on todennut, että ”[p]akkotilasääntelyssä esiintyvä intressivertailu ilmentää kaikkiaan modernissa oikeudessa korostunutta arvojen yhteismitallisuutta”.

⁶⁹⁷ HE 44/2002 vp, s. 121. Syyntakeettomien hyökkäykset torjutaan sitä vastoin lähtökohtaisesti hätävarjelen keinoin. Selvytyden vuoksi todettakoon, että ”[p]akkotilateko voidaan toteuttaa myös laiminlyönnillä”.

⁶⁹⁸ Frände 2012, s. 159. Vaaran todennäköisyydestä ks. Frände 2012, s. 159–160.

⁶⁹⁹ HE 44/2002 vp, s. 18. Honkasalo ja Ellilä katsoivat, että pakkotilateko ei ollut mahdollinen julkisten intressien turvaamiseksi. Honkasalo – Ellilä 1966, s. 52.

⁷⁰⁰ HE 44/2002 vp, s. 18. Verrattavat intressit voivat olla hyvinkin monimuotoisia, mitä osoittaa esimerkiksi KKO 2008:105, jossa vertailtavat intressit olivat hanhien ulkonapitokiellon A:n elinkeinotoiminnalle aiheuttama haitta ja A:n eläintaudin leviämiskärsiä lisäävän teon merkitys koko yhteiskunnalle.

⁷⁰¹ HE 44/2002 vp, s. 120. Esimerkkejä omaisuuden ja fyysisen koskemattomuuden kollisioista ks. Pennanen 2006, s. 9 ja 13–14. Ks. myös Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisu 1.12.2009 nro 1115, jossa vastaaja oli alkoholin vaikutuksen alaisena ajanut mopolla yöaikaan hiekkatiellä, jolla ei tuolloin ollut ollut muuta liikennettä, noin 500 metrin matkan auttaakseen auto-onnettomuudessa loukkaantunutta ystäväänsä. Hovioikeus otti punninnassaan huomioon sen, että vastaajalla oli koulutuksensa ja työkokemuksensa puolesta valmiuksia antaa ensiapua ja auttaa onnettomuustilanteessa. Vastaajan veren alkoholipitoisuus oli myös ollut varsin vähäinen. Vastaajan katsottiin toimineen pakkotilassa.

merkiksi kriminalisointien rangaistusasteikoista on katsottu olevan mahdollista saada jonkinlaista johtoa siitä, miten eri oikeushyviä arvotetaan.⁷⁰²

Edellä kerrotun lisäksi tulee huomioon otettavaksi myös *solidariteettiperiaate*. Henkilön on tietoisesti ylitettävä ”ylimääräinen kynnyks” ryhtyessään tekemään itse arvopunnintaa ja toimimaan tavalla, joka lähtökohtaisesti on rikos tai ainakin tunnusmerkistön mukainen teko. Tämä edellyttää, että tekoa ei leimata oikeusjärjestyksen hyväksymäksi ja suosittelemaksi, ellei suojeltava etu ole olennaisesti uhrattua etua suurempi.⁷⁰³

Kuvatusista lähtökohdista huolimatta kyseessä ei ole puhdas intressipunninta, vaan arvioinnissa tulee lakitekstinkin mukaan ottaa huomioon *vaaran lähde* ja muut olosuhteet.⁷⁰⁴ Intressipunnintaa monimutkaistavatkin hätävarjelua lähellä ovat *defensiiviset pakkotilatilanteet*, joissa vaara on lähtöisin siltä taholta, jonka etuja joudutaan vaaran torjumiseksi uhraamaan. Nämä tilanteet voidaan erottaa *aggressiivisesta pakkotilasta*, jossa uhrataan täysin sivullisen etuja. Erottelulla on merkitystä määritettäessä sallitun pakkotilateon rajoja. Lain esitöiden mukaan defensiivisen pakkotilan ollessa kyseessä voidaan sallia suurempia vahinkoja ja jopa se, että uhrattu etu on pelastettua etua jonkin verran suurempi.⁷⁰⁵

Vaaran lähteellä näyttäisikin olevan intressivertailussa ratkaisevaa merkitystä. Oikeuskirjallisuudessa esitetyn perusteella sallitun defensiivisen pakkotilan tilanteissa aiheutettu vahinko voi olla *merkittävästi* suojeltavaa etua suurempi, kun taas sallitun aggressiivisen pakkotilan tilanteissa suojellun edun täytyy olla merkittävästi aiheutettua vahinkoa suurempi. Nuutilan mukaan ainakin ennen yleisten oppien uudistusta sovellettiin defensiivisessä pakkotilassa samaa suhteellisuuspäätettä kuin hätävarjelutilanteissa. Aggressiivisessä pakkotilassa on lähtökohtana edellä selostetun kaltainen intressivertailu.⁷⁰⁶ Varsin lähellä hätävarjellussa suoritettavaa punnintaa näyttäisi olevan myös Pekka Koskisen yleisten oppien uudistuksen jälkeen esittämä näkemys, että defensiivinen pakkotilateko

⁷⁰² Boucht – Frände 2008, s. 121.

⁷⁰³ HE 44/2002 vp, s. 122. Ks. myös Honkasalo – Ellilä 1966, s. 51. Heidän mukaansa toisen intressipiiriä tulee kohtuulliseen määrään asti kunnioittaa oman edunkin kustannuksella. Ks. myös Nuotio – Majanen 2003, s. 82–83 ja Melander 2010a, s. 125–126.

⁷⁰⁴ HE 44/2002 vp, s. 120. Hallituksen esityksen mukaan ainakin ennen yleisten oppien uudistusta huomioon tuli otettavaksi myös esineiden tunnearvo. Samoin Lappi-Seppälä 1987, s. 421. Ks. myös Backman 2004a, s. 400 ja vanhemmasta kirjallisuudesta Honkasalo 1965, s. 169 ja Anttila – Heinonen 1974, s. 81–82. Pohjoismaisesta kirjallisuudesta ks. esim. Jareborg 2001, s. 266.

⁷⁰⁵ HE 44/2002 vp, s. 119 ja 122. Ks. myös Honkasalo 1965, s. 169–170. Vaikka itse aiheutettu vaaratilannekaan ei poista oikeutta pakkotilaan, tulee tämä seikka otettavaksi huomioon intressivertailussa. Ks. tästä Boucht – Frände 2008, s. 119 ja Frände 2012, s. 160 ja 163.

⁷⁰⁶ Nuutila 1997a, s. 310.

voi olla oikeudenmukainen, ”jollei aiheutettu vahinko ole suhteettoman suuri pelastettuun etuun verrattuna.”⁷⁰⁷

Hätävarjelun tavoin myös pakkotila on aina toissijainen, viimekätinen keino. Ensisijassa tulee turvautua viranomaisapuun, tilanteen väistämiseen tai uhrata omat edut ”edellyttäen, ettei pakeneminen tai omien etujen likoon paneminen johda olennaisesti suurempaan oikeudenloukkaukseen”.⁷⁰⁸ Viimesijaisuuden vaatimus eli vaatimus siitä, ettei mitään muuta pelastuskeinoa ole käsillä, on ehdoton. Niissä tilanteissa, joissa on ryhdytty pakkotilatekoon eikä ole turvaututtu muuhun mahdollisesti vaikeastikin käytettävään pelastuskeinoon, voidaan soveltaa pakkotilasäännöksen 2 momenttiin kirjattua anteeksiantoperustetta. Anteeksiannon edellytyksenä on, että henkilöltä ei kohtuudella voitu muuta edellyttää. Lakitekstissä pakkotilateon viimesijaisuutta on haluttu ilmentää vaatimuksella ”välittömästä ja pakottavasta vaarasta”. *Välittömyydellä* viitataan siihen, että ”vaara on käsillä”⁷⁰⁹, mutta ajallisesti välittömyyden vaatimus ei kuitenkaan ole yhtä tiukka kuin hätävarjelussa.⁷¹⁰ *Pakottavuudella* puolestaan viitataan vaaran suuruuteen. Hallituksen esityksen mukaan tilanteen dramaattisuuden tulee ylittää määrätty kynnyks, ja vähäisten vaarojen torjuminen jää pakkotilasäännöksen soveltamisalan ulkopuolelle. Rikosvastuu saattaa näissäkkin tapauksissa rajautua pois teon tunnusmerkistön mukaisuuteen vaikuttavan sallitun riskin konstruktion kautta.⁷¹¹ Toisaalta Frände on katsonut, että pienetkään vahingot eivät rajaudu pakkotilan ulkopuolelle, vaan intressipunninta oikeuttaa näissä tilanteissa vain pienen vahingon aiheuttamiseen.⁷¹²

Pakkotilateolla torjuttavan vaaran tulee myös olla varteenotettavan todennäköinen. Arvio suoritetaan teon hetkellä tiedossa olevien seikkojen perusteella kyseisellä elämänalueella toimivan huolellisen tarkkailijan mittapuulla, jolloin erityisosaaminen tulee siis huomioon otettavaksi. Merkittävää on, ettei *ex post*-havainto vaaran ontologisesta mahdottomuudesta vaikuta pakkotilan sallittavuuteen.⁷¹³ Jos pakkotilassakin edellytettäisiin vaaran todennäköisyyden lisäksi sen ontologista mahdollisuutta, kuten rikosoikeudessa yleensä, jättäisi tämä on-

⁷⁰⁷ Koskinen 2009, s. 168–169.

⁷⁰⁸ HE 44/2002 vp, s. 119. Vanhemmasta oikeuskirjallisuudesta ks. Honkasalo 1965, s. 175.

⁷⁰⁹ HE 44/2002 vp, s. 121. Vrt. Nuutila 1997a, s. 308, joka on todennut, että ”[j]os vaara on helposti vältettävissä pakenemalla tai viranomaisapuun turvautumalla, tätä vaihtoehtoa on käytettävä”. Honkasalo ja Ellilä 1966, s. 52 ovat kuvanneet välittömyyttä toteamalla, että ”oikeuden menetys on viivytyksettä uhkaamassa”. Viranomaisavun ensisijaisuudesta ks. myös Honkasalo 1965, s. 154–155 ja Anttila – Heinonen 1974, s. 81.

⁷¹⁰ Frände 2012, s. 161 ja Lappi-Seppälä 2004a, s. 24.

⁷¹¹ HE 44/2002 vp, s. 121. Ks. myös Lappi-Seppälä 2004a, s. 25 ja Backman 2004a, s. 400.

⁷¹² Frände 2012, s. 161.

⁷¹³ Frände 2012, s. 160–161 ja Boucht – Frände 2008, s. 119–120. Ks. myös Honkasalo 1965, s. 173, jonka mukaan vaaralla ymmärrettiin ”läheistä mahdollisuutta tai todennäköisyyttä”.

tologisesta mahdollisuudesta erehtyneelle ainoaksi keinoksi vedota putatiivipakkotilaan, mikä puolestaan saattaisi johtaa kohtuuttomaan lopputulemaan.⁷¹⁴

Ruotsin oikeusjärjestelmän osalta Boucht on todennut pakkotilan edellyttävän konkreettista vaaraa, jolloin vaaran tulee olla huomattava (*”beaktansvärd”*). Tässä arvioinnissa tulee toki huomioon otettavaksi mm. suojattavan intressin laatu (esim. henki, huomattava omaisuus) ja se, onko kyseessä offensiivinen vai defensiivinen pakkotila.⁷¹⁵

Yhteenvetona voidaan todeta, että oikeutettu pakkotila edellyttää, että muuta keinoa pelastautumiseen ei ole. Jos käytössä on vaikeastikin käytettävä keino, oikeuttamisperuste ei tule sovellettavaksi.⁷¹⁶ Toisaalta hengen menetyksen ollessa korvaamaton täytyy henkeen kohdistuvan pakottavan vaaran katsoa olevan erityisasemassa. Vaaran todennäköisyyden ei tarvitse tällöin olla yhtä suuri kuin muissa tapauksissa.⁷¹⁷ Lisäksi huomattavatkin omaisuusarvot voidaan pakkotilassa oikeutetusti uhrata toisen ihmisen hengen pelastamiseksi.⁷¹⁸

8.3.2 Sivullisen loukkaaminen voimankäytön yhteydessä

8.3.2.1 Pakkotilan merkityksestä

Alanen on väitöskirjassaan kuvannut tilanteen, jossa A torjuakseen B:n taholta tulevan hyökkäyksen haavoittaa ampuma-aseella B:tä ja tämän takana tulilinjalla ollutta C:tä. Hänen mukaansa C:n loukkaaminen ei ollut hätävarjelua, mutta se saattoi olla oikeutettua pakkotilan perusteella.⁷¹⁹ Honkasalo puolestaan on rikosoikeuden yleisten oppien perusteoksessaan erotellut tilanteet, joissa *tuho on väistämätön*, tilanteista, joissa tuho tapahtuu valinnan kautta. Tuhon ollessa väistämätön on tuhon rajoittava teko katsottava oikeudenmukaiseksi. Esimerkkinä Honkasalo on maininnut tilanteen, jossa kaksi vuorikiipeilijää ovat kiinnittäneet itsensä toisiinsa köydellä kiinni ja toinen kiipeilijöistä putoaa jyrkänteen reunan yli. Itsensä pelastamiseksi toinen kiipeilijä leikkaa köyden poikki. Näin menetelmällä menetystä rajoitetaan ”jättämällä toinen tuholle alttiiksi ehkä vähän aikaisempana ajankohtana kuin tuho ilman pakkotilatekoa tapahtuisi”. Näihin ti-

⁷¹⁴ Frände 2012, s. 159–160.

⁷¹⁵ Boucht 2011a, s. 357.

⁷¹⁶ Lappi-Seppälä 2004a, s. 25. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2008, s. 329. Hyökkäykseltä suojautuminen ajamalla humalassa autoa ei ole hätävarjelua, koska loukattavat oikeushyvät ovat ulko-
puolisten – muiden tienkäyttäjien.

⁷¹⁷ Backman 2004a, s. 398 ja 400.

⁷¹⁸ Lappi-Seppälä 2004a, s. 26.

⁷¹⁹ Alanen 1925, s. 133–134. Ks. myös Honkasalo 1965, s. 177.

lanteisiin voidaan Honkasalon mukaan rinnastaa tilanteet, joissa torjutaan toista henkilöä uhkaava menetys aiheuttamalla tälle pienempi menetys. *Valinnan kautta tapahtuvasta tuhosta* on puolestaan kyse esimerkiksi tilanteessa, jossa pelastusvene ei kanna kaikkia siinä olevia, vaan jotkut henkilöt on poistettava veneestä. Tällaisissa tilanteissa vastuusta vapauttaminen voi Honkasalon mukaan tapahtua vain subjektiivisin perustein.⁷²⁰ Tuhosta valinnan kautta on selkeästi kyse englantilaisessa klassikkotapauksessa Dudley and Stephens vuodelta 1884, jossa kaksi merimiestä tappoi ja söi kolmannen ajelehdittuaan sitä ennen merellä lähes kolme viikkoa, josta viikon ilman ruokaa taikka juomaa. Tapauksessa langetettu kuolemantuomio muutettiin myöhemmin kuuden kuukauden vankeusrangaistukseksi, mikä Ashworthin mukaan heijastelee elämän suojan ja suuressa hädässä olleiden ihmisten intressien välistä konfliktia.⁷²¹

Myöhemmissä oikeustieteen kannanotoissa on oltu Honkasaloa ehdottomampia, ja vallitseva kanta näyttäisi olevan se, että kysymystä oikeudesta toisen hengen uhraamiseksi toisen hengen pelastamiseksi ei ole edes mielekästä esittää. Majanen on väitöskirjassaan 1970-luvun lopulla katsonut, että ”henki on niin arvokas oikeushyvä, ettei edes tuhon rajoittamistarkoituksessa voi sen uhraamista pitää oikeudenmukaisena”. Koska tilanteen pakottavuus huomioon ottaen ei voida edellyttää norminmukaista menettelyä, Majanen pitää subjektiivista syistä tapahtuvaa rankaisematta jättämistä mahdollisena näissäkin tilanteissa.⁷²² Maja-

⁷²⁰ Honkasalo 1965, s. 170–171. Roxin 2006, s. 738–742 suhtautuu kielteisesti tällaiseenkin ihmishenkien arvottamiseen. Ulkomaaisessa kirjallisuudessa Leverick 2006, s. 7 on katsonut, että vuorikiipeilijä-esimerkissä kyse saattaisi olla hätävarjelutilanteesta, koska jyrkänteen yli pudonnut kiipeilijä on (passiivinen) uhka toisen kiipeilijän hengelle. Hätävarjeludoktriinin näkökulmasta merkitystä ei ole sillä, että ensin mainitulta kiipeilijältä puuttuu syyllisyys. Todettakoon, että myös Nuutila on viitaten saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa esitettyyn esimerkkiin todennut, että ”[m]yös kuolemanvaarassa oleva on yleisten rangaistusuhkien suojan kohteena ja teon rankaisemattomuus perustuu lähinnä oletettuun suostumukseen tai pakkotilaan”. Näissäkin tilanteissa subjektiivisen syyllisyyden perustava tahallisuus tai tuottamus voi toki jäädä puuttumaan. Ks. tästä Nuutila 1996a, s. 307.

⁷²¹ Ashworth 2009, s. 212–213. Ks. myös Horder 2004, s. 133–137. *Necessity*-opin näkökulmasta ko. tilannetta lähestyvät Leverick 2006, s. 7 ja Clarkson 2005, s. 122. Clarkson on nimenomaan korostanut sitä, että mahdollisessa rikosvastuusta vapauttamisessa ei ole kyse oikeutuksesta (*justification*), vaan anteeksiannosta (*excuse*) eli toisin sanoen: ”If a person of reasonable firmness would have responded in the same way – which will only be the case in the most exceptional situations – surely we ought, while recognising that a ‘wrong’ has been done, to exempt the defendant from blame and punishment.” Muotoilu osoittaa, että anteeksiannon mahdollisuus tulee arvioitavaksi objektiivisin kriteerein. Vrt. oikeuskehitys Australiassa (Leader-Elliott 2012, s. 110–111 ja 129), jossa vastuuvapaus olisi ilmeisesti mahdollista. Leader-Elliott ei tosin tässä yhteydessä näyttäisi tekevän eroa oikeuttamisen ja anteeksiannon välillä.

⁷²² Majanen 1979, s. 326 ja 345. Samoin Jareborg 2001, s. 266. Ks. myös Lappi-Seppälä 2004a, s. 26 ja Nuotio 1998a, s. 497. Nuotio pohti väitöskirjassaan sitä, onko intressien yhteiskunnallisessa punninnassa mikään arvo täydellisen ehdoton. Kysymyksen ihmishengen uhraamisesta pakko-

sen näkemys hyväksyttiin myös yleisten oppien hallituksen esityksessä, jonka mukaan:⁷²³

”Ihmishengen arvo on absoluuttinen, eikä ihmishenkien välillä ole arvoeroa: kaikki ihmishenget ovat yhtä arvokkaita ja nauttivat samanlaista oikeusjärjestyksen suojaa. Tästä myös seuraa, ettei ihmishengen riistäminen pakkotilanteessa voi johtaa vastuuvapauteen oikeuttavan pakkotilan perusteella. Ihmishengen riistäminen ei pakkotilasaännöksen perusteella voi olla sallittua tai oikeudenmukaista. Korkeintaan tällainen teko saattaa poikkeuksellisen vaikean motivointitilanteen johdosta jäädä rankaisematta subjektiivisin perustein.”

Ihmishengen riistäminen pakkotilassa ei siis voi olla sallittua tai oikeudenmukaista, vaan korkeintaan anteeksiannettavaa poikkeuksellisen vaikeaan motivointitilanteeseen liittyvin subjektiivisin perustein. Myöhemmin myös Frände on katsonut selvästi arvokkaamman edun vaatimuksen tarkoittavan sitä, että henkeä ei saa uhrata hengen pelastamiseksi. Henkilöiden iällä ei ole tässä merkitystä. Myöskään yhden ihmisen uhraaminen useiden pelastamiseksi ei ole sallittua.⁷²⁴

Isossa-Britanniassa Ashworth näyttäisi katsovan, että teon *oikeuttava* pakkotilan kaltainen *necessity*-peruste saattaa joskus olla käsillä tilanteissa, joissa joku tai jotkut henkilöt surmaamalla pelastetaan useampia henkilöitä ja saavutetaan näin ihmishenkien nettosäästöä. Esimerkkinä Ashworth on maininnut *Herald of Free Enterprise* -lautan uppoamisen vuonna 1987, jolloin köysitikkaille paniikissa pysähtynyt nuori mies työnnettiin mereen, jotta useat muut pääsivät käyttämään tikkaita pelastautumiseen. Nuori mies katosi mereen, mutta asia ei ilmeisesti koskaan edennyt tuomioistuimeen. Tässäkään tilanteessa ei Ashworthin mukaan ollut kyse valinnan kautta tapahtuvasta tuhosta, vaan tikkailla olleen nuoren miehen oikeudet olivat itsestään selvästi ne, jotka joutuivat väistymään.⁷²⁵ Oikeuttamisperustetta (*justification*) ei sitä vastoin voida Ashworthin mukaan soveltaa tilanteisiin, joissa yksi viaton uhrataan toisen pelastamiseksi. Tästä on kyse esimerkiksi tilanteissa, joissa joku saadaan vakavasti uhkailemalla surmaamaan toinen henkilö. Rikosoikeudellinen anteeksianto (*excuse*) saattaa olla mahdollinen näissäkään tilanteissa.⁷²⁶

Backman on puolestaan pohtinut hieman laajemmin niitä tilanteita, joissa pakkotilassa aiheutetaan hengen menetyksen tai vakavan loukkaantumisen vaa-

tilassa hän on sivuuttanut toteamalla, että vaatimus uhrattavan edun vähennyksestä pakkotilassa mahdollistaa sen, että ihmishengelle ei jouduta määrittämään arvoa.

⁷²³ HE 44/2002 vp, s. 123.

⁷²⁴ Frände 2012, s. 162–163. Ks. myös Boucht – Frände 2008, s. 121 ja Melander 2010a, s. 125.

⁷²⁵ Ashworth 2009, s. 130–131. Ks. myös Leverick 2006, s. 7–8 ja Ashworth 2009, s. 213.

⁷²⁶ Ashworth 2009, s. 213 ja 263.

raa. Ihmishenki on hänenkin mukaansa korvaamattomuudessaan poikkeusasemassa eikä ihmishenkiä voida laskennallisesti mitata. Myös pysyvä vakava vammautuminen on merkittävämpi vahinko kuin suurelta varallisuusvahingot. Toisaalta vakava vammautuminen on sallittua torjua aiheuttamalla vähäisempiä vammoja toiselle. Toki vähäisenkin vamma voi olla suuri menetys, kuten esimerkiksi sormien vammautuminen ammattimuusikolle. Myös omaisuuteen liittyvät erityiset arvostukset tulee pyrkiä ottamaan huomioon. Jakson ydinkysymyksen osalta Backmankin on joka tapauksessa sitä mieltä, että ”[i]hmisen surmaaminen ei ole oikeutettua, vaikka siten pelastettaisiin useita muita ihmishenkiä”. Kyseessä voi kuitenkin olla anteeksiannettava pakkotilateko.⁷²⁷

Toisen henkilön surmaaminen pakkotilassa ei siis ole oikeutettua, mutta hätävarjelutilanteessa se saattaa sitä olla. Näiden vastuuvapausperusteiden erottaminen toisistaan on siis tärkeää. Perinteisesti on katsottu, että pakkotilan erottaa hätävarjelusta se, että hätävarjelussa torjuttava uhka on oikeudeton hyökkäys ja pakkotilassa torjutaan muunlaista vaaraa. Tällaista muuta vaaraa voi edustaa hallituksen esityksen mukaan ”muiden lainmukainen käyttäytyminen, luonnonilmiö, onnettomuus tai vaikkapa eläimen hyökkäys”.⁷²⁸ Hallituksen esityksessä 44/2002 vp on todettu sinänsä perustellusti, että aiemmin käytetty ilmaisut pakkotilassa on ”oikeus oikeutta vastassa” ja hätävarjelussa on ”oikeus vääryyttä vastassa” ovat harhaanjohtavia. Myös hätävarjelussa uhrattavat edut on suojattavia oikeushyviä (ruumiillinen koskemattomuus, terveys, jopa henki), ja toisaalta pakkotilakin voi johtua sellaisesta oikeudettomasta toiminnasta, jota ei voida pitää hyökkäyksenä.⁷²⁹

Poliisin voimankäytön kannalta olennainen ero on siinä, että laillinen hätävarjeluteko kohdistuu aina hyökkääjään, minkä lisäksi hätävarjelua voidaan kohdistaa ulkopuoliselle kuuluviin hyökkäysvälineisiin, kuten autoon tai eläimeen.⁷³⁰ Jos puolustautuminen tehdään loukkaamalla sivullisen oikeuksia, tulee tilanne arvioitavaksi pakkotilan näkökulmasta. Poliisitoimintaan sinänsä liittymättömänä esimerkkinä Nuutila on maininnut tilanteen, jossa henkilö ravintolatappelussa puolustautuu lyömällä hyökkääjää ravintolan tuolilla, joka lyönnin johdosta särkyi. Suhteessa hyökkääjään tilanne arvioidaan hätävarjeluna, kun taas tuolin vahingoittaminen suhteessa sen omistajaan pakkotilana.⁷³¹ Honkasalon mukaan pakkotilasäännöksen kannalta tulevat arvioitaviksi myös tilanteet, joissa joku it-

⁷²⁷ Backman 2004a, s. 401. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 309.

⁷²⁸ HE 44/2002 vp, s. 119.

⁷²⁹ HE 44/2002 vp, s. 119.

⁷³⁰ HE 44/2002 vp, s. 116–117. Samoin jo Alanen 1925, s. 135, Honkasalo 1965, s. 152, Honkasalo – Ellilä 1966, s. 47, Majanen 1979, s. 51, Nuutila 1997a, s. 288 ja Helminen et al. 1999, s. 309.

⁷³¹ Nuutila 1997a, s. 288. Samoin Honkasalo 1965, s. 152. Ks. myös Boucht 2011a, s. 248.

seään suojellakseen esimerkiksi pahoinpitelee tai uhkailee hyökkääjän vaimoa tai lasta.⁷³²

Common law -kirjallisuudessa Ian Leader-Elliott on EIT:n McCann-tapausta mukailleen esittänyt esimerkin, joka muutoin vastaa McCann-tapausten tosiseikkoja, mutta Leader-Elliottin esimerkissä surmatulla terroristilla on viaton panttivanki, jota hän pitää kilpenään seurauksin, että virkamies luulottelemansa uhan torjumiseksi surmaa laukauksin sekä epäillyn terroristin että panttivangin. Leader-Elliottin mukaan panttivankia ei voida rinnastaa viattomiin hyökkääjiin (*innocent aggressors*), kuten lapsiin ja mieleltään sairaisiin henkilöihin, mutta tästä huolimatta joissakin tilanteissa panttivankiin kohdistuva tarkoituksellinen kuolettavan voiman käyttö voi olla *necessity*-perusteella oikeutettua. Leader-Elliottin johtopäätös näyttäisi perustuvan lähinnä ankaralle utilitarismille ja potentiaalisten uhrien lukumäärien vertailulle.⁷³³ Australiassa utilitaristinen punninta on viety jopa niin pitkälle, että kriittistä infrastruktuuria uhkaavat kaapatut matkustajakoneet voidaan tuhota, vaikka ihmishenkiä ei välittömästi olisikaan uhattuna.⁷³⁴

Maltillisempaa ajattelua edustavan Fiona Leverickin *Killing in Self-Defence* -teoksessa käyttämä lähestymistapa voidaan kiteyttää ajatukseen, että oikeutetun puolustautumisen (oikeudeton ja välitön uhka – *conduct element*) edellytysten täytyessä hyökkääjän oikeus elämään menettää tilapäisesti merkityksensä välttämättömyyskriteerin määrittämissä rajoissa (*circumstances element*). Leverickin lähestymistapaa voidaan luonnehtia *rights*-painotteiseksi erotettuna *consequentialist*-lähestymistavasta, joka korostaa tekojen seurauksia niiden moraalisen hyväksyttävyyden mittarina. *Rights*-lähestymistavasta poiketen viimeksi mainittuun lähestymistapaan kytkeytyy myös ihmis- ja perusoikeuksien näkökulmasta hyvin ongelmallinen mahdollisuus loukata sivullisia ja päättää teon oikeutuksesta laskemalla yhteen uhratut ja säästetyt ihmishenget, mihin ilmeisesti Leader-Elliottkin viittaa. Korostettakoon, että Leve-

⁷³² Honkasalo 1965, s. 152.

⁷³³ Leader – Elliott 2012, s. 126–131. Kirjoittaja on myös pohtinut, olisiko panttivangilla ollut ko. tilanteessa oikeus puolustaa itseään virkamiestä kohtaan. Ks. myös Leader-Elliott 2012, s. 135–136.

⁷³⁴ Hufnagel 2012, s. 196–197. Erot Saksan ja Australian valtiosääntöoikeudellisissa järjestelyissä ovat merkittäviä. Australiassa ihmisoikeuksien asema kirjoitetussa laissa on yleisesti ottaen vähäisempi kuin Saksassa, eivätkä esimerkiksi tuomioistuimet voi jättää lakia soveltamatta sen ollessa ristiriidassa perustuslain kanssa. Toisaalta Hufnagel on esittänyt, että merkittäviä eroja ihmisoikeuksien suojan tasossa ei kuitenkaan ole, vaan merkittävin ero on yksittäisten äärimmäisistä virkatoimista päättäneiden ja niitä toteuttaneiden virkamiesten asemassa. Australiassa – Saksasta poiketen – virkamiesten mahdollisuudet joutua rikosoikeudelliseen vastuuseen teoistaan ovat hyvin vähäiset. Toisin sanoen Australiassa on virkamiehille annettu merkittävää vastuuta ja harkintavaltaa kansalaisten oikeuksien ja yhteiskunnallisten intressien välisessä punninnassa. Eroa tasoitaa virkamiehille Saksassa langetettavat varsin vähäiset seuraamukset. Mielenkiintoista kyllä, dramaattisista seurauksista huolimatta varsin vähäinen tuomio langetettiin myös esimerkiksi Dudley and Stephens -tapauksessa sekä EIT:nkin käsittelemässä Gäfgen-tapauksessa. Ks. tästä Hufnagel 2012, s. 197–201 ja 206. Hufnagel on kyllä itsekin pohtinut sitä, edellyttäisikö Dudley and Stephens -ratkaisussa omaksuttu doktriini, joka ei sallinut toisen hengen uhraamista toisen pelastamiseksi, pidättyvämpää suhtautumista kaapatun lentokoneen alasampumiseen. Ks. tästä Hufnagel 2012, s. 210–211.

rickin lähestymistapa ei liity syyllisyyteen, vaan kyse on pelkästään siitä, että hyökkääjästä on tullut oikeudeton, väkitön uhka (toisen hengelle). Tästä johtuu myös se, että hyökkääjän syyntakeettomuudelle tai sille, että hyökkääjä on lapsi, ei anneta erityistä merkitystä. Merkitystä ei anneta myöskään sille, että henkilöstä on muodostunut vain ns. passiivinen uhka, kuten edellä selostetussa vuorikiipeilijäesimerkissä, mitä konstruktiota voidaan Suomen oikeusjärjestelmän näkökulmasta pitää melko poikkeuksellisenä.⁷³⁵

Alasen näkemyksistä lähtien on edellä kerrotussa pitkälti ollut kysymys enemmän tai vähemmän varmoina pidettävistä seurauksista. Toinen asia on kysyä, voidaanko muiden henkiä *vaarantaa* toisen hengen pelastamiseksi. Esimerkkinä Tapani ja Tolvanen ovat kuvanneet tilanteen, jossa lääkäri ajaa sairaalaan ylinopeutta voidakseen tehdä potilaan hengen pelastavan kiireellisen leikkauksen. Ratkaisun keskiössä on tällöin teosta aiheutuvan henkilövahingon todennäköisyys. Mitä korkeampi tämä todennäköisyys on, sitä pidättyvämmän menettelyn sallittavuuteen tulee suhtautua.⁷³⁶ Kuten muistamme, samantyyppisiä näkemyksiä esitti myös Hidén kommentoidessaan puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetun lain muutoksia.

8.3.2.2 *Sivullisen asema poliisioikeudellisessa sääntelyssä*

Ennen kuin arvioin, missä määrin on hyväksyttävää aiheuttaa sivullisille vaaraa poliisioperaatioiden yhteydessä, on syytä kuvata aihetta koskevaa sääntelyä. Lähtökohtaisesti suhteellisuusperiaatteen on todettu edellyttävän, että sivullisten oikeuksille annetaan ”erityisen korostettu merkitys” poliisitoimista päätettäessä⁷³⁷, jolloin ”[l]ähtökohtana on pidettävä sitä, että poliisilla on oikeus kohdentaa voimakeinoja yleensä vain vaaraa aiheuttavaan tai siitä muutoin vastuussa olevaan henkilöön”.⁷³⁸ Toisaalta on tunnustettu, että poliisitoiminnan yhteydessä syntyvissä *hätävarjelutilanteissa* ulkopuolisen hengen ja terveyden vaarantami-

⁷³⁵ Leverick 2006, s. 2–3 ja 43–68 (erit. s. 54–68). Mainittuun olosuhde-elementtiin (*circumstances*) kytkeytyvät myös väistämisvelvollisuuteen liittyvät kysymykset. Ks. myös Leverickin selostukset *consequentialist*-lähestymistavasta (s. 45–50) *personal partiality*- ja *double effect*-doktriineista (s. 50–54).

⁷³⁶ Tapani – Tolvanen 2008, s. 330–331. Poliisioikeudellisessa kirjallisuudessa Helminen et al. 2012b, s. 781 ovat korostaneet, että sivullisten aseman kannalta on kiinnitettävä huomiota siihen, ”miten suuri riski on, että ulkopuolisten henkilöiden turvallisuus ja omaisuus vaarantuvat.”

⁷³⁷ HaVM 20/1994 vp, s. 3. Ks. myös Tuori 2004b, s. 4, joka on kyseenalaistanut, oikeuttaako PoL 27 § ylipäättään voimankäyttöön, jonka kohteena ovat ennen muuta sivulliset. Samoin Tuori 2005, s. 1–2. Mielestäni voidaan kuitenkin perustellusti väittää, että esimerkiksi voimassa olevan PoL 19 § (väkijoukon hajottaminen) sisältää oikeuden kohdistaa ainakin jonkintasoisia voimakeinoja myös henkilöihin, jotka eivät siihen omalla käytöksellään suoranaisesti anna aihetta.

⁷³⁸ Loman 1997, s. 59.

nen on sallittua, vaikka sitä toki tulee välttää näissäkin tilanteissa.⁷³⁹ Poliisiase-toimikunta katsoi, että ampuma-aseen käyttäminen ei ole sallittua, jos laukauksen ampumisesta aiheutuu välitöntä vaaraa sivullisen hengelle tai terveydelle.⁷⁴⁰ Toisaalla mietinnössä toimikunta on todennut, että hätävarjelutilannekaan ”ei oikeuta sellaisten voimakeinojen käyttämiseen, jotka aiheuttavat merkittävää vaaraa tai vahinkoa sivullisille”.⁷⁴¹ Näistä rajoituksista johtuen ampuma-aseen käyttäminen ei joissakin tilanteissa ole mahdollista, vaikka se olisi ainoa tehokas keino hyökkäyksen torjumiseksi.

Kiellettyä olisi siis välittömän ja merkittävän vaaran aiheuttaminen. Kääntäen näyttää kuitenkin siltä, että vaikka toimivaltasääntelyyn perustuvassa poliisi-aloitteellisessa voimakeinojen käytössä tulee poliisin toimintataktiikkaa suunniteltaessa pyrkiä siihen, että sivullisten oikeusasemaan ei puututtaisi lainkaan tai puuttuminen jäisi mahdollisimman vähäiseksi⁷⁴², ollaan myös näissä tilanteissa valmiita hyväksymään jonkintasoisia sivullisiin kohdistuvia riskejä. Esimerkiksi kulkuneuvon pysäyttämisestä annetun SM:n asetuksen 5 ja 21 §:ssä mainitaan erityisesti sivullisten asema – tosin hieman ristiriitaisesti. Niin sanottua pakko-pysäytystä yleisellä tasolla sääntelevässä 5 §:ssä todetaan, että ”[e]rityisesti on otettava huomioon sivullisten turvallisuus”, ja ampuma-aseen käyttämistä kulkuneuvon pysäyttämässä sääntelevässä 21 §:ssä todetaan, että ”[j]os kulkuneuvossa on useampi kuin yksi henkilö, edellä mainitut edellytykset on otettava huomioon kaikkien kulkuneuvossa olevien henkilöiden osalta”.

Ensin mainittu säännös – samoin kuin voimakeinojen käyttöasetuksen 4 § 2 momentti – näyttäisi siis sallivan sivullisten vaarantamisen, kun taas jälkimmäisessä se on kielletty.⁷⁴³ Muun muassa mainitun kulkuneuvon pysäyttämisestä annetun asetuksen on katsottu estävän sellaisten maa- tai vesikulkuneuvojen taikka ilma-aluksen pysäyttämiseen tarkoitettujen toimintamallien käyttämisen, jotka poliisin tietien aiheuttaisivat ”varmasti tai varsin todennäköisesti sivullisen henkilön kuoleman tai vammautumisen taikka jossa kohdehenkilö surmattaisiin tarkoituksellisesti”.⁷⁴⁴

Myös hallituksen esityksen 224/2010 vp mukaan uutta poliisilain voimakeinojen käyttöä koskevaa säännöstä tulkittaessa sekä poliisilakiperusteisessa ja

⁷³⁹ Helminen et al. 1999, s. 298.

⁷⁴⁰ KM 1988:27, s. 8.

⁷⁴¹ KM 1988:27, s. 14.

⁷⁴² Helminen et al. 1999, s. 76 ja Helminen et al. 2012b, s. 209. Ks. myös Pohjolainen 1999, s. 939, jonka mukaan ”[o]n vain hyvin poikkeuksellisesti ajateltavissa, että tehtävän suorittaminen voisi edellyttää puuttumista sivullisten oikeuksiin”.

⁷⁴³ Ks. Hakonen 2006, s. 72 av. 13. Lisäksi esimerkiksi PolL 47 § 2 momentin nojalla valtion varoista korvataan sivulliselle henkilölle poliisin suorittamasta pakkotoimenpiteestä aiheutuneita kustannuksia. Ks. tästä Hakonen 2006, s. 70.

⁷⁴⁴ SM 2004.

hätävarjelusäännöksen varassa tapahtuvissa voimankäyttötilanteissa ”[v]oimakeinojen valinnassa ja käytössä on otettava huomioon voimakeinojen käytön todennäköiset vaikutukset ja seuraukset niiden kohteena olevaan henkilöön ja erityisesti sivullisten turvallisuuteen”.⁷⁴⁵

Varsin avoimeksi jää, mitä sivullisten ja sivullisten turvallisuuden huomioon ottaminen käytännössä tarkoittaa. Uutta poliisilakia koskevassa yleisteoksessa on esitetty, että ”kovien voimakeinojen käyttöön ei pidä ryhtyä lainkaan, jos ulkopuolisten henki tai terveys joutuisivat vakavaan vaaraan”.⁷⁴⁶ Kysymys voidaan myös asettaa muotoon, mitä seikkoja yksittäisessä voimankäyttötilanteessa tulee sivullisten osalta huomioon otettavaksi. Tältä osin toimivaltasäännöksen tulkintaan voidaan mielestäni saada tukea näkemyksistä, joita rikosoikeuden piirissä on esitetty riskistä, vaarasta, vaaran vähentämisestä ja vähäisestä vaaran korottamisesta.

8.3.2.3 Riski, vaara, vaaran vähentäminen ja vähäinen vaaran korottaminen

Jo otsikossa mainittujen teemojen luettelo osoittaa, että lähestyn sivullisten asemaa nimenomaan vaarantamisen enkä loukkaamisen näkökulmasta. Toisaalta vaarantamisen ja loukkaamisen rajanveto on ylipäättään varsin häilyvä, koska suurin osa loukkaamistilanteista voidaan katsoa vaarantamistilanteiksi, joissa riski seurauksesta on ollut hyvin suuri. Nuutila onkin todennut, että ”[h]uolellisuusvelvoitteissa on kyse vaarojen eikä oikeudenloukkausten minimoinnista. Vaarat vain realisoituvat vahinkoseurauksissa”.⁷⁴⁷

Myös kielletty riskinotto ja konkreettinen vaarantaminen tulee erottaa toisistaan. Kielletyn riskinoton näkökulma on nimenomaan tekijän näkökulma, kun taas vaarantamisessa näkökulma on vaarannetun intressin suunnasta. Toiminnassa voi olla kyse kielletystä riskinotosta, vaikka konkreettista vaaratilannetta ei olekaan käsillä. Toisaalta kaikenlainen vaaran aiheuttaminen ei ole rikosoikeudellisesti kiellettyä riskinottoa.⁷⁴⁸ Poliisitoiminnan osalta voidaan jopa todeta, että huomattavan suuri osa vaarallisesta toiminnasta kuuluu sallitun riskin piiriin. Nyt käsiteltävänä ovat nimenomaan sallitun riskin rajat suhteessa poliisitoiminnassa kohdattaviin sivullisiin.

⁷⁴⁵ HE 224/2010 vp, s. 83.

⁷⁴⁶ Helminen et al. 2012b, s. 786. Erityisesti on viitattu takaa-ajoihin.

⁷⁴⁷ Nuutila 1996a, s. 439.

⁷⁴⁸ Nuotio 1998a, s. 377–378. Ks. myös Lohse 2012, s. 182.

Vaaralla viitataan negatiivisen tapahtuman mahdollisuuteen.⁷⁴⁹ Vaaran käsitteen olennaisiksi rakenne-elementeiksi on mainittu vaaran ontologinen mahdollisuus ja seurauksen (vahingon) todennäköisyys. Kysymys vahingon ontologiasta mahdollisuudesta eli siitä, oliko teon hetkellä ”mahdollista muotoilla kausaalilinja teon ja seurauksen välille”, ei ainakaan tässä jaksossa käsiteltävien teemojen osalta nouse esille, vaan ontologinen mahdollisuus on ikään kuin koko ajan läsnä poliisin voimankäytössä. Tarkastelun painopiste onkin vahingon todennäköisyydessä.⁷⁵⁰ Rikosoikeudellisessa vaara-arvostelussakin on kyse *toiminnan hetken näkökulmasta* tehtävästä tosiasiallisesta vaara-arvostelusta, jossa mittapuuna on *tosiasiallisen tekijän erityistiedoilla varustettu ulkopuolinen tarkkailija*.⁷⁵¹ Arvioinnin lähtökohtana onkin eräänlainen objektivoitu tekijän subjektiivinen näkemys eli Jareborgin sanoin ”*vad någon i gärningsmannens position rimligen har kunnat känna till. Bedömningen blir därigenom ’objektiv’ trots att den är en bedömning från ett visst subjekts synpunkt*”.⁷⁵² Tosiasiallista toimintaa ja ”rationaalisen standardisubjektin” käyttäytymistä vertaamalla tapahtuva vaaran objektivoinen edellyttää arvioitsijalta aina *konstruktivistista panosta*”.⁷⁵³

Rikosoikeudellisen vaaran todennäköisyyden ääripäinä voidaan pitää kognitiivista mahdollisuutta ja varmuutta seurauksen syntymisestä.⁷⁵⁴ Tässä arvioinnin kohteena on nimenomaan konkreettinen vaara, jonka todennäköisyyden alarajasta seurauksen suhteen on oikeuskirjallisuudessa esitetty erilaisia kannanottoja. Käytyä tieteellistä keskustelua toistamatta pidän itse hyväksyttävimpänä muun muassa Fränden uudessa rikosoikeuden yleisten oppien oppikirjassaan esittämää näkemystä. Hänen mukaansa matalin hyväksyttävä todennäköisyys on seurauksen pitäminen vartenotettavana. Tämä kynnys, joka sijoittuu selvästi alle 50 %:n todennäköisyyden, mutta korkeammalle kuin ”mahdollisuutta ei voida sulkea pois”, tulee sovellettavaksi hengen vaaran tilanteisiin. Vaaran uhatessa vähemmän merkittävää oikeushyvää todennäköisyys voi nousta kirjoittajan mukaan suhteellisen korkeaksi.⁷⁵⁵ Lohsea mukaillen kyse on haittakeskeisestä punnin-

⁷⁴⁹ Lohse 2012, s. 182.

⁷⁵⁰ Tapani 2010, s. 62 ja Frände 2012, s. 79–80.

⁷⁵¹ Nuutila 1996a, s. 290. Ks. myös Frände 2012, s. 81–82.

⁷⁵² Jareborg 2001, s. 170. Honkasalo on määritellyt konkreettisen vaaran tilaksi, ”johon olevien, tahdontoinninan hetkenä yleisesti tai myöskin vain tekijälle tunnettujen seikkojen vallitessa liittyy läheinen mahdollisuus (todennäköisyys) siitä, että seurauksena tulee olemaan oikeushyvän loukkaus.” Ks. tästä Honkasalo 1965, s. 106.

⁷⁵³ Nuotio 1998a, s. 41. Ks. myös Lohse 2012, s. 182, joka on todennut, että ”[r]iskiärvio tehdään tekijän näkökulmasta toisin kuin vaara-arvostelu, joka on pikemminkin objektivoitua”. Ks. myös Lohse 2012, s. 261. Näkemykseni mukaan molemmat tehdään tekijän näkökulmasta, mutta rikosoikeudellinen vaara-arvostelu objektivoituu selkeämmin kuin riskiärvio.

⁷⁵⁴ Tapani 2010, s. 65.

⁷⁵⁵ Frände 2012, s. 82. Fränden mukaan mainitusta vaaran suhteellisuudesta johtuen hengenvaaran osalta vaara ja vakava vaara samastuvat. Myös Tapani on jo aiemmin todennut, että vaaditun toden-

nasta, jossa oikeushyvän painoarvoa painotetaan enemmän kuin todennäköisyyskomponenttia.⁷⁵⁶

Vaaralle on keskeistä, että ”tekijä ei enää pysty hallitsemaan kaikkia niitä edellytyksiä, joista tietyn vahingon syntyminen tai syntymättä jääminen riippuu”. ”Vaara on käsillä, jos kokemussäännön mukaan tiettyjen edellytysten valitessa vahinkojen tarkoituksellinen torjuminen ei ole mahdollista.”⁷⁵⁷ Konkreettisen vaaran näkökulmasta olennaista onkin *tilannekontrolli* eli kysymys siitä, ”miten hyvin tekijä hallitsee tekojensa seurauksia”. Tilannekontrolli ei käytännössä voi koskaan olla täydellinen, mutta Nuotio esimerkissä hyvä ampuja aiheuttaa joka tapauksessa vähemmän vaaraa sivullisille kuin huono. Toisaalta Nuotio mukaan juuri tilannekontrollin keskeisyys heikentää mahdollisuutta tukeutua tilastolliseen tietoon konkreettisen vaaran rikosoikeudellisessa arvioinnissa.⁷⁵⁸

Tilannekontrolliin liittyy keskeisesti myös mahdollisuus varotoimenpiteisiin.⁷⁵⁹ Turvallisuuden näkökulma liittyy usein johonkin inhimilliseen toimintajärjestelmään, jolloin turvallisuutta voidaan pyrkiä varmistamaan esimerkiksi korostamalla osaamista, koulutusta, huolellisuutta, toimintasääntöjen ja -vastuiden täsmentämistä ja valvontaa. Nuotio on viitannut näillä tekijöillä lähinnä liikenneturvallisuuteen, mutta ne ovat nähdäkseni aivan yhtä relevantteja niinkin erilaisessa kontekstissa kuin poliisin voimankäytössä ja siitä sivullisille aiheutuvissa riskeissä. On kuitenkin muistettava, että vaikka riskeihin voidaan koettaa varautua, niitä ei voida eliminoida.⁷⁶⁰ Selvänä voidaan pitää, että esimerkiksi seinän tai oven läpi ampuminen tai ampuminen muutoin näkemättä kohdetta ei ole sopivaa.⁷⁶¹

Vaaraan käsitteenä sisältyy jo tietty epävarmuus, kun taas *riski* käsitteenä pyrkii hallitsemaan epävarmuustekijöitä – ”muuntamaan epävarmuudesta riskejä”. Tyypillisesti riskin laskentakaavio esitetään muodossa ”todennäköisyys x haitta = riski”. Riskiinkin sisältyy aina epävarmuutta ja puute jotakin tekijää koskevissa tiedoissa johtaa siihen, että päätöksentekotilannetta ei voida typistää matemaattiseksi riskikalkulaa-

näköisyyden raja näyttäisi määrittävän rikostyyppikohtaisesti. Ks. tästä Tapani 2010, s. 74. Ks. myös Nuutila 1996a, s. 290–291, Nuutila 1997a, s. 102, Nuotio 1998a, s. 379–382, Jareborg 2001, s. 172 ja 213, Tapani – Tolvanen 2008, s. 204, Matikkala 2010a, s. 201–202 ja Tapani 2010, s. 70–73. Oikeuskäytännöstä ks. esim. KKO 1995:143, KKO 1997:108 ja KKO 2003:115.

⁷⁵⁶ Lohse 2012, s. 229.

⁷⁵⁷ Nuotio 1998a, s. 372–373. Vaaran määritelmästä ks. myös Jareborg 2001, s. 165–166.

⁷⁵⁸ Nuotio 1998a, s. 394–395. Ks. myös Tapani 2010, s. 66–68. Tapani on katsonut kontrollikyvyn tulevan rikosoikeudellisenä käsitteenä lähelle toisintoimimismahdollisuutta.

⁷⁵⁹ Ks. Nuotio 1998a, s. 374–377 ja Tapani – Tolvanen 2008, s. 201–202.

⁷⁶⁰ Nuotio 2008, s. 260–261.

⁷⁶¹ Ks. Westerlund 2003, s. 49. Tällaisesta menettelystä ks. esimerkiksi EIT:n tapaus Gül v. Turkey.

tioksi.⁷⁶² Jakson teeman kannalta tilanteen tekee erityisen hankalaksi se, että epävarmuus liittyy toisten toimijoiden, esimerkiksi kaappaajan ja panttivankien *aikomuksiin*.⁷⁶³ Tässä yhteydessä todennäköisyys onkin *subjektiivista* ja sen seurauksena riskikin on luonteeltaan subjektiivinen eli ”*inhimillisen päätöksenteon, uskomusten ja arvostusten ominaisuus*”.⁷⁶⁴ Lohse on *haitan* määrittelyssä viitannut oikeushyväopin sijasta vaarannettujen etujen tärkeyteen, jonka hän katsoo pakottavan ”selventämään, mikä tekijä, ominaisuus tai olosuhde vaarantaa ja mikä etu on vaaralle alttiina”.⁷⁶⁵ Itse näen etujen tärkeydestä puhumisen viittaavan enemminkin perustaviin etuihin ja oikeuksiin – perusoikeuksiin – kuin mahdollisesti oikeudenalakohtaisesti normatiivisesti määrittyviin oikeushyviin. Joka tapauksessa haitasta ja haitan suuruudesta puhuttaessa on aiheellista korostaa aiheutuvan haitan korjattavuuden astetta, jolloin ”[p]eruuttamattoman vahingon suuruus on suurempi kuin korjattavissa olevan”.⁷⁶⁶

Jotta riskikalkulaatioille voitaisiin löytää jotakin relevanssia käytännössä vaarallisiin tilanteisiin varautumisessa ja niiden johtamisessa, saattaisi käyttökelpoinen olla esimerkiksi malli, jollaista on käytetty pelastustoimen suunnittelussa. Tässä mallissa sekä onnettomuuden todennäköisyys että sen seurauksena syntyvän vahingon laatu ja laajuus määritetään viisiportaisella asteikolla. Seurauksiltaan vakavimpiin skenaarioihin tulee luonnollisesti kiinnittää erityistä huomiota, vaikka riskipotentiaali jää sinänsä vähäiseksi.⁷⁶⁷ Työturvallisuusriskien kartoittamisessa on puolestaan käytetty seuraavaa mallia, jossa sekä uhan todennäköisyys että seuraukset on jaettu kolmeen ryhmään.⁷⁶⁸

Uhan todennäköisyys	Seuraus vähäinen	Seuraus haitallinen	Seuraus vakava
epätodennäköinen	merkityksetön riski	vähäinen riski	kohtalainen riski
mahdollinen	vähäinen riski	kohtalainen riski	merkittävä riski
todennäköinen	kohtalainen riski	merkittävä (merkitsevä) riski	sietämätön

⁷⁶² Nuotio 1998a, s. 40. Ks. myös Kamppinen – Raivola 1995, s. 15 ja 25, Nuotio 1998a, s. 373, Jareborg 2001, s. 169, Sitra 2002, s. 8 ja 11 sekä Lohse 2012, s. 181. Samansuuntaisesti *vaaran vakavuudella* viitataan seurauksen syntymisen todennäköisyyden lisäksi myös potentiaalisen vahinkoon. Mitä suurempi riski(potentiaali) on, sitä vakavampi vaara on kyseessä. Ks. tästä HE 94/1993 vp, s. 99 ja Frände 2012, s. 82–83.

⁷⁶³ Ks. Kamppinen – Raivola 1995, s. 26.

⁷⁶⁴ Kamppinen – Raivola 1995, s. 49–50. Ks. myös Lohse 2012, s. 261 sekä Sitra 2002, s. 9, jossa todetaan, että ”[i]hmiset arvottavat riskejä eri tavoin ja yhteiskunnallisesti hyväksyttävä riskitaso heijastelee kansalaisten arvoja ja tunteita”.

⁷⁶⁵ Lohse 2012, s. 227.

⁷⁶⁶ Sitra 2002, s. 10.

⁷⁶⁷ Ks. Alho 1999, s. 19–20. Hengen vaaran erityisestä asemasta tällaisessa ”tulomallissa” ks. myös Matikkala 2010a, s. 202 av. 121.

⁷⁶⁸ Gruenewaldt 2004, s. 26. Ks. Lohse 2012, s. 229, joka näyttäisi suhtautuvan kriittisesti edes näin karkeiden todennäköisyysjaottelujen tekemiseen.

Lainsäädännössä, teknisessä normistossa ja viime kädessä hyöty–haitta-punninnassa määritettävän sallitun riskin lisäksi sallitun riskin piiriin kuuluvat tapaukset, joissa on tosiasiallisesti kyse *vaaran vähentämisestä*. Osa vaaran vähentämistapauksista kuuluu pakkotilan piiriin, mutta usein voidaan Nuutilan mukaan todeta, että kyse ei ole edes tunnusmerkistön mukaisesta toiminnasta. Nimenomaan tunnusmerkistön näkökulmasta vaaran vähentämisellä viitataan tilanteisiin, joissa ”tekijä *’heikentää’ seuraukseen muutenkin johtamassa olevaa tapahtumakulkua*”. Tekijä ei toiminnallaan toisin sanoen aiheuta uutta, alkuperäistä vaaraa suurempaa uutta vaaraa. Nuutilan esimerkissä rakennustyöntekijä ohjaa toisen työntekijän päähän osumassa olevan tiiliskiven osumaan tämän olkapäähän. Syy-yhteydestä huolimatta teko on vaaraa vähentävä eikä täytä tunnusmerkistöä.⁷⁶⁹ Myös arviointi siitä, onko vaaraa vähennetty, tehdään puolueettoman tarkkailijan *ex ante* -näkökulmasta.⁷⁷⁰ Tällöin ratkaisevaa on nimenomaan se, onko menettely mainitusta näkökulmasta katsoen *ollut omiaan vähentämään vaaraa*.⁷⁷¹ Vaaran vähentämisen sijasta saattaisikin olla perustellumpaa puhua *riskin pienentämisestä*, joka käsitteenä ottaisi todennäköisyyden lisäksi selkeämmin huomioon sen, että epätodennäköisen, mutta vakavan vammautumisen vaaran muuntaminen todennäköiseksi, mutta hyvin lieviä vahinkoja aiheuttavaksi vaaraksi olisi sallitun riskin piirissä.

Nuutilan mukaan tilanteet, joissa tekijä ottaa ”uuden, alkuperäiseen nähden itsenäisen riskin” tulevat arvioitavaksi tunnusmerkistön mukaisuuden sijasta *oikeudenvastaisuuskysymyksenä*. Esimerkkinä Nuutila on maininnut tilanteen, joissa juopunut henkilö lähtee kuljettamaan kesämökillä loukkaantunutta henkilöä autolla sairaalaan. Nämä tilanteet tulevat Nuutilan mukaan arvioitavaksi esimerkiksi pakkotilan näkökulmasta.⁷⁷² Toisaalta leikkauksessa epäonnistunut kirurgi ei voi vedota vaaran vähentämiseen väittämällä, että potilas olisi kuollut joka tapauksessa ilman leikkausta ja että huolimatonta leikkausta pienensi kuoleman riskiä. Kyse on ollut selkeästi uuden riskin ottamisesta ja tämän uuden riskin sallittuisuutta arvioidaan erityisesti hyvän hoidon standardiin tukeutuen.⁷⁷³

Backmanin esimerkin mukaan vaaran vähentämistä on tapaus, jossa jalankulkija tulee vasten punaista valoa suojatielle ja autoilija ohjaa jalankulkijaan törmäämisen estämiseksi autonsa liikennevalotolppaan. Sen sijaan pakkotilasta (sallittu liikenneturvallisuuden vaarantaminen) olisi kysymys, jos törmääminen estettiin ohjaamalla auto viereisellä kaistalla ajavaan toiseen autoon.⁷⁷⁴ Nuutila näyt-

⁷⁶⁹ Nuutila 1996a, s. 304–305.

⁷⁷⁰ Nuutila 1996a, s. 307. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 142–143 ja Tolvanen 2010a, s. 242.

⁷⁷¹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 204.

⁷⁷² Nuutila 1996a, s. 306.

⁷⁷³ Nuutila 1996a, s. 308–309.

⁷⁷⁴ Backman 2004a, s. 398.

täisi kuitenkin olevan sitä mieltä, että toisessakin tapauksessa kyse saattaisi olla vaaran vähentämisestä, kun taas esimerkiksi tilanteessa, jossa autoilija väistää toista autoilijaa ja törmää mopoilijaan, vaara ei vähentyisi eli seuraukseen muutenkin johtamassa oleva tapahtumainkulku ei heikkene. Mopoilijaan törmännyt autoilija voisi vedota pakkotilaan, mutta intressivertailu saattaisi kuitenkin johdattaa rangaistukseen.⁷⁷⁵

Lisäksi on syytä kiinnittää huomiota eräisiin Nuutilan täydentäviin kommentteihin. Vaikka tunnusmerkistön mukaisuuden näkökulmasta olennaista on vaaran vähentäminen eikä vaaran maksimaalista vähentämistä edellytetä, ei vaaran vähentämisen kriteeri Nuutilan mukaan koske tilanteita, joissa ”joku on velvollinen vaaraa vähentämään ja tekee sen puutteellisesti”. Tästä on kyse esimerkiksi työturvallisuusmääräysten puutteellisessa noudattamisessa.⁷⁷⁶ Myöskään suojelevastuussa olevan epäonnistuminen pelastustoimessa ei voi tulla arvioitavaksi vaaran vähentämisenä.⁷⁷⁷

Vähäinen vaaran korottaminen katsotaan yleisesti rankaisemattomaksi. Myös tämä arviointi tehdään *ex ante* huolellisen tarkkailijan näkökulmasta. Esimerkiksi henkilön yllyttäminen vaaralliseen urheiluun, auto- tai lentomatkalle taikka alkoholin käyttöön ei ole tunnusmerkistön mukaista toimintaa, vaikka mainittuihin aktiviteetteihin riskejä sisältyykin. Jos henkilö sitä vastoin tietää toimintoihin liittyvästä poikkeuksellisesta vaaratekijästä, rikosvastuu on mahdollinen.⁷⁷⁸ Toisaalta vähäisenkin vaaran korottaminen voi olla rangaistavaa, jos kyse on esimerkiksi erityisen vaarallisesta aineesta. Tästä esimerkkinä Nuutila on maininnut asbestityöt, joiden osalta hän on viitannut ratkaisuun KKO 1990:71. Vaikka käsitellyt asbestimäärät olivat ko. tapauksessa vähäisiä, edellyttivät työturvallisuusmääräykset suojeluvälineiden käyttöä määristä riippumatta, eikä vastuuvapaus siten tullut kyseeseen.⁷⁷⁹ Kyse on sallitun riskin alan määrittämisestä sekä siitä, miten arvioidaan tilanteita, joissa sallittu riski on ”ylitetty”, mutta sama seuraus olisi todennäköisesti aiheutunut sallitun riskin puitteissa toimittaessa.⁷⁸⁰

Johtopäätöksenä voidaan todeta, että lähtökohtaisesti poliisitoiminta ei saa korottaa minkään käsiteltävänä olevan tilanteen *kokonaisvaarallisuutta*, millä tarkoitan kaikkien toimintaan sisältyvien vaarojen teoreettista summaa. Esimerkiksi Mikkelin panttivankidraamaa koskeneessa ratkaisussa KKO 1993:50 kor-

⁷⁷⁵ Nuutila 1997a, s. 306 sekä Nuutila 1996a, s. 305 ja 308. Ks. myös Tolvanen 1999, s. 309–312 ja 347.

⁷⁷⁶ Nuutila 1996a, s. 309.

⁷⁷⁷ Nuutila 1997a, s. 143.

⁷⁷⁸ Nuutila 1996a, s. 310–311.

⁷⁷⁹ Nuutila 1996a, s. 310. Vastuuvapaus voikin vaaran lisääntymisen tapauksissa perustua lähinnä huolimattomuuden vähäisyyteen. Ks. tästä Nuutila 1997a, s. 143. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2008, s. 202–203.

⁷⁸⁰ Ks. tästä erit. Nuutila 1996a, s. 448–457.

kein oikeus totesi, että saarrostuksen purkamatta jättäminen lisäsi olennaisesti tuossa vaiheessa panttivankina olleen henkilön henkilökohtaiseen turvallisuuteen kohdistuvaa vaaraa. Sitä vastoin on erikseen arvioitava, voidaanko ja kuinka paljon voidaan korottaa esimerkiksi henkilöön A kohdistuvaa hengen ja terveyden vaaraa henkilöihin B ja C kohdistuvan hengen ja terveyden vaaran vähentämiseksi. Vaikka olenkin korostanut toimivaltasääntelyn ensisijaisuutta rikosoikeuteen nähden, voidaan rikosoikeudellisesta pakkotilasääntelystä mielestäni johtaa eräitä rajoituksia sivullisten asemaa koskevalle poliisioikeudelliselle sääntelylle. Tällainen lähestymistapaa on perusteltu, koska tarkastelukulman lähtiesä tapahtumiin tosiasiallisesti täysin syyttömän sivullisen oikeusasemasta kovin erilaista kohtelua ei voida perustella sillä, että vaaraa tai vahinkoja aiheuttaa yksityishenkilön sijasta virkamies. Luonnollisesti on muistettava, että EIS, Suomen perustuslaki ja esimerkiksi korkeimman oikeuden kannanotot ratkaisussa KKO 1993:50 asettavat erityisen velvollisuuden kaikkien osapuolien hengen suojaamiseen.

Edellä esittämäni kysymyksen osalta voidaan ensiksi todeta, että esimerkkinä A:ta ei voida surmata rikosoikeudellisesti arvioituna tahallaan. Toisin sanoen on ehdottoman kiellettyä menetellä tavalla, jonka varsin todennäköisenä seurauksena A menehtyisi. Ilmeisesti toisen surmaaminen ei voi olla hyväksyttävää edes Honkasalon kuvaamissa väistämättömän tuhon tilanteissa. Tämän tyyppisestä oikeudellisesta asetelmastahan on kysymys aiemmin käsitellyissä tilanteissa, joissa on pohdittu, voidaanko terroristihyökkäykseen käytettävä matkustajalentokone ampua alas suurempien henkilövahinkojen välttämiseksi. Aina ei tietenkään näissä tilanteissa tuhon voida väittää edes olevan väistämätön. Toiseksi on syytä kiinnittää huomiota siihen, että torjuttava uhka ei esimerkissäni ole lähtöisin A:n taholta. Intressipunninnan tulee siten mukailla samaa kaavaa kuin ns. aggressiivisen pakkotilan tilanteissa eli aiheutetun vaaran tulee olla selkeästi pienempi kuin torjuttava vaara. Tilannetta monimutkaistaa se, että esimerkiksi joissakin panttivankitilanteissa suojeltava ja vaarannettu etu liittyvät samaan henkilöön.

Sekä pakkotilasäännöksestä että vaaran vähentämistä koskevasta konstruktiosta voidaan johtaa poliisitoiminnalle vaatimus siitä, että valitun taktisen toimintamallin tulee vaaran todennäköisyyteen ja vakavuuteen perustuvan laskelman perusteella vähentää tilanteen kokonaisvaarallisuutta. Lisäksi ihmisoikeusvelvoitteista voidaan johtaa kielto käyttää toimintamalleja, joista aiheutuu sivullisille suuri hengen menetyksen riski. Toisin sanoen toimintaa ei voida pitää sallittuna, vaikka sivullisten kuoleman riski putoaa 90 %:sta poliisitoiminnan aiheuttamaan 80 %:iin. En kuitenkaan ole valmis rinnastamaan ihmisoikeusvelvoitteista johdetun sallitun vaaran maksimimäärää Fränden määritelmään vaarasta. Vaikka poliisitoimenpiteen aiheuttaman hengen vaaran pitäminen *ex ante*-arviossa Fränden tavoin *varteenotettavana mahdollisuutena* saattaakin tehdä

toimenpiteestä kielletyn, voidaan mielestäni joidenkin poliisitoimenpiteiden osalta sallia, että ne aiheuttavat lähes varmasti lieviä vammoja sivullisille. Fränden rikosoikeudellinen malli ei tätä näyttäisi sallivan.⁷⁸¹

Lohsen mukaan ”[h]yvä riskipäätös edellyttää selkeää päämäärätietoa (minne halutaan mennä) ja riittävää tilannetietoa (missä ollaan) sekä voimavaratietoa eli käsitystä käytettävissä olevista resursseista”.⁷⁸² Riskianalyysikehikossa huomioon otettavat seikat määrittyvät aina jossain määrin subjektiivisesti. Juridiseen päätöksentekoon liittyvässä riskien ja vaarojen arvioinnissa tavoitteena ei olekaan totuuden tavoittelu, vaan tehdyn päätöksen perustelujen sisältö ja arvioinnin avoimuus.⁷⁸³

Joitakin reunaehtoja tilannekohtaiselle osin subjektiiviselle päätöksenteolle voidaan kuitenkin asettaa. Edellä olevaan taulukkoon 1 viitaten kielletyn riskin alaan tulisi kuulua ainakin merkittävän ja sietämättömän riskin ryhmät. Edellytyksenä toki on, että toimenpiteet ovat perusteluja tilanteen kokonaisvaarallisuuden vähentämiseksi. Kokonaisvaarallisuusarviossa tulee huomioon otettavaksi sivullisten henkilöiden lisäksi jossain määrin myös omaisuus- yms. intressit sekä poliisimiesten turvallisuus tutkimukseni viimeisessä pääjaksossa selostettavin rajoituksin. Poliisitoimenpiteistä kohdehenkilölle aiheutuva vaara tulee sitä vastoin mielestäni irrottaa tästä arviosta. Kohdehenkilölle aiheutuvan vaaran hyväksyttävyyys arvioidaan voimakeinojen käyttöä ja hätävarjelua koskevien säännösten ohjaamassa puolustettavuusharkinnassa.⁷⁸⁴ Nuotion tavoin katson tärkeäksi korostaa tilannekontrollin merkitystä riskin arvioinnissa. Vaikka tilannekontrolli ei esimerkiksi inhimillisten tekijöiden – tai kuten Moskovassa tapahtuneessa panttivankidraamassa käytetyn kaasun tuntemattomien vaikutusten – johdosta voikaan olla täydellinen, voidaan johdetuissa poliisioperaatioissa käyttää sivullisille vaarallisia keinoja, jos niiden käyttöä pystytään kontrolloimaan esimerkiksi (erityis)koulutettua henkilöstöä käyttämällä ja pelastustoimiin varautumalla.⁷⁸⁵

⁷⁸¹ Vrt. IACP 2006 s. 5, jossa on katsottu, että ”rare instances may develop in which failure to react to a serious threat would likely result in the loss of life. Under such circumstances, it may be justifiable to accept reasonable risks to others rather than accept the probable loss of life if no actions are taken”. Oikeus sivullisten vaarantamiseen näyttäisi siis rajatun tilanteisiin, joissa on kyse jonkun hengen suojaamisesta todennäköiseltä uhalta.

⁷⁸² Lohse 2012 s. 253.

⁷⁸³ Lohse 2012, s. 233.

⁷⁸⁴ Vastaavasta erottelusta ks. myös valtiosääntöoikeudellisesta kirjallisuudesta Hidén 2007, s. 67.

⁷⁸⁵ Ks. myös Lahti 1992, s. 100. Lahti on ratkaisua KKO 1991:88 kommentoidessaan katsonut, että ampumataidolla ja osumisvarmuudella saattaa olla merkitystä, kun arvioidaan menettelyllä aiheutettua vaaraa ja sen todennäköisyyttä. Ks. myös Ashworth 2009, s. 131, joka on edellä käsitellyn viattomien ihmisten uhraamista suuremman joukon pelastamiseksi koskevan pohdinnan yhteydessä todennut, että ”[a] dire choice has to be made, and it must be made in a way that fairly minimizes the overall harm”.

Bouchtin mukaan poliisitoiminnan huolellisuuden objektiivisessa arvioinnissa on kiinnitettävä erityistä huomiota siihen, kuinka todennäköinen ei-toivottu seuraamus (esimerkiksi panttivankien joutuminen hengen vaaraan ns. tappolaukauksen (*dödsbott*) johdosta) on. Hän on päättänyt siihen, että ei-toivotun seurauksen ollessa yhtä todennäköinen tai todennäköisempi kuin tavoiteltu seuraus, menettelyä voitaisiin pitää huolimattomana ja sitä tulisi välttää. Sinänsä on selvää, että voimankäyttöön sisältyy aina jonkinlainen sallittu riski oheisseuraamuksesta tai ei-toivotusta seuraamuksesta.⁷⁸⁶ Bouchtin asettaman standardin osalta nousee väistämättä esille kysymys siitä, milloin panttivankiin kaappajaan taholta kohdistuvaa uhkaa voidaan pitää niin korkeana, että voitaisiin ottaa lähes ”fifty-fifty”-riski siitä, että panttivanki poliisin aseenkäytön seurauksena menehtyy. Tältä osin voidaan viitata myös EU:n voimakeinojen käyttöä siviilikriisinhallinnassa koskevaan asiakirjaan, jossa todettu, että *”if there is any risk for bystanders to be endangered, the police may open fire only as a last resort in an extreme emergency”*.⁷⁸⁷

Tanskassa sivullisten asemaan aseenkäyttötilanteissa on kiinnittänyt huomiota ainakin Elholm, jonka mukaan sivullisten suhteen tulee huomioon otettavaksi hyökkäyksen vakavuus, suunnitellun puolustusteon vaarallisuus (voimakeinon kohdistaminen ihmisjoukkoon, ympäristötekijät yms.) sekä sivullisten rooli tilanteessa (rikoskumppaneita, muuten häiritsevästi käyttäytyviä henkilöitä, henkilöitä, joita yritetään voimankäytöllä suojata, täysin sivullisia).⁷⁸⁸ Lähtökohtaisesti aseenkäyttö edellyttää, että ampujalla on kontrolli ampumasuunnasta⁷⁸⁹, eikä asetta saa käyttää, jos sivulliset vaarantuvat.⁷⁹⁰ Norjassa puolestaan Myhrer ja Strype ovat esittäneet, että aseenkäyttö, johon sisältyy ennalta-arvattava riski sivullisten haavoittumisesta, on sallittua vain tilanteissa, joissa torjuttava uhka kohdistuu myös mainittuihin sivullisiin.⁷⁹¹ YK:n kriminaalipoliittisen maailmankokouksen asettamissa periaatteissa on sivullisten asemaan viitattu ei-kuolettavien voimakeinojen yhteydessä seuraavasti:⁷⁹²

”The development and deployment of non-lethal incapacitating weapons should be carefully evaluated in order to minimize the risk of endangering uninvolved persons, and the use of such weapons should be carefully controlled.”

⁷⁸⁶ Boucht 2011a, s. 246 ja 248. Ks. myös Bouchtin arvio tiedottoman ja tietoisien tuottamuksen välisestä rajanvedosta ei-toivottujen seuraamusten yhteydessä, Boucht 2011a, s. 245.

⁷⁸⁷ EU 2012, s. 14.

⁷⁸⁸ Elholm 2003, s. 36–37. Ks. myös Elholm 2005, s. 19–20. Pelkkä teoreettinen riski ulkopuolisille ei vaikuta oikeuteen käyttää asetta. Toisaalta *”yderste nødfald”* edellyttää *”en høj grad af sandsynlighed for, at personer pådrager sig alvorlige helbredsskader eller mister livet”*. Asetta ei voida lähtökohtaisesti kuitenkaan käyttää esimerkiksi henkilön kiinniottamiseksi, jos se vaarantaisi sivullisia. Oikeus sivullisten vaarantamiseen rajoittuu lähinnä siis hätävarjelutilanteisiin. Ks. tästä Elholm 2003, s. 53–56 ja 59. Ks. myös Tanskan poliisilain 17 §:n 3 momentti ja 16 §.

⁷⁸⁹ Elholm 2005, s. 19.

⁷⁹⁰ Elholm 2005, s. 19–20 ja 24.

⁷⁹¹ Myhrer – Strype 2010, s. 99. Ks. myös Myhrer 2005, s. 85: *”Bare når situasjonen blir så alvorlig og prekar at selv et uønsket fatalt utfall for tredjemann vil fremstå som et mindre offer enn det en kunne risikert ved ikke å syfte, kan våpenbruk som setter tredjemann i fare anses forsvarlig etter politiloven § 6 fjerde ledd.”*

⁷⁹² UN 1990 3 kohta.

Toimivaltasääntelyn näkökulmasta voidaan johtopäätöksenä todeta, että *de lege ferenda* sallittu riski ja huolellisen menettelyn rajat suhteessa sivullisiin tulisi määrittää nykyistä selkeämmin poliisitoimintaa koskevissa lain säännöksissä, määräyksissä ja ohjeissa. Vaaran vähentämiselle tai hyöty–haitta-punninnalle ei tulisi juurikaan jäädä itsenäistä soveltamisalaa sallitun riskin alan määrittämisessä. Toki näihin konstruktioihin liittyvillä argumenteilla voisi jatkossakin olla vaikutusta tulkintaa ohjaavina standardeina toimivaltanormien soveltamisessa. *De lege lata* tätä standardivaikutusta korostaa sivullisten asemaa koskevien säännösten epämääräisyys.

Voidaan kuitenkin kysyä, onko sivullisten asema puhtaasti poliisioikeudellinen kysymys vai tuleeko se arvioitavaksi myös pakkotilan näkökulmasta. Eli voidaanko pakkotilaan vedoten aiheuttaa sivullisille suurempia riskejä kuin toimivaltasääntelyllä on sallittu? Jos toimivaltasääntely ylitetään suhteessa sivullisiin, voidaan mielestäni jatkossakin pohtia, oliko tuottamuksellinen tai tahallinen seurauksen aiheuttaminen kuitenkin rikosoikeudellisesti oikeutettua tai anteeksiannettavaa ja edelleen, poistuuko kaikenlainen rikosvastuu vai ainoastaan vastuu ns. yleisestä rikoksesta. Kysymys on systemaattisesti hyvin lähellä voimakeinon käytön ja hätävarjelun välistä suhdetta ja vastauskin on samansuuntainen: *De lege ferenda* pakkotilasäännöksen – kuten myös hätävarjelusäännöksen – soveltaminen poliisitoimintaan pitäisi olla hyvin poikkeuksellista.

Tässä yhteydessä voidaan viitata myös edellä selostettuun EOA:n ratkaisuun (31.8.2005, dnro 85/4/04), jossa oli kysymys siitä, oliko hermojäännitystä laukaisevan ruiskeen antaminen aggressiivisesti käyttäytyneelle henkilölle sallittua hätävarjelun, pakkotilan tms. perusteella. Oikeusasiamies katsoi, että toiminta oli sallittua *pakkotilatekona*, mutta Raimo Lahti Terveystieteiden tutkimuskeskuksen asiantuntijana katsoi, että kyseessä oli hätävarjelutilanne ja tilanteessa oli toimittu lainmukaisesti. Molempien oikeusoppineiden mielestä kyse oli joka tapauksessa voimakeinoja lievemmästä keinosta ja myös ammattialakohtaiseen kaksoisstandardiin perustuvat erityisvelvollisuudet oli täytetty. Yleisemmin Lahden mukaan tulee suhtautua varauksella siihen, että kuvatuinkaltaisia ruiskeita annettaisiin pelkästään potilaan oman turvallisuuden suojaamiseksi. Eri alojen toimivaltasäännösten tulisi kattaa kaikki tällaiset tilanteet, jotta oikeuttamisperusteisiin vetoaminen ei olisi tarpeen.⁷⁹³

8.3.3 Itsemurhan estämisestä voimakeinoin

Yksityisautonomian vaikutuksesta etuja ei lähtökohtaisesti saa suojata vastoin suojattavan tahtoa, mutta oikeuskirjallisuudessa katsottu, että esimerkiksi itsemurha voidaan estää voimakeinoin.⁷⁹⁴ Tämä todettiin selkeästi myös voimassa

⁷⁹³ Lahti 2006, s. 208–209.

⁷⁹⁴ Nuutila 1997a, s. 307 ja Backman 2004a, s. 399.

olevan poliisilain säätämistä edeltäneessä poliisilakityöryhmän mietinnössä.⁷⁹⁵ Hallituksen esitykseen 57/1994 vp vastaavaa mainintaa ei tosin sisälly.

Ruotsissa Boucht on lähestynyt poliisin oikeutta estää itsemurha voimakeinoin ihmis- ja perusoikeuksien näkökulmasta. Viitaten EIT:n ratkaisuun *Pretty v. the United Kingdom* hän on ensinnäkin todennut, että EIS 2 artikla ei sinänsä oikeuta ketään päättämään yksin tai toisten avustuksella elämäänsä. Itsemurhan estäminen viranomaisten toimesta ei siis loukkaa EIS:n takaamaa oikeutta elämään.⁷⁹⁶ EIS:n 8 artiklasta on puolestaan johdettavissa oikeus itsemääräämisoikeuteen, jonka vastapainona on valtion velvollisuus suojella kansalaistensa henkeä ja toisaalta poliisin velvollisuus yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämiseen. Boucht on päätnyt johtopäätökseen, että psyykkisesti normaalin henkilön vapaaehtoista päätöstä tehdä itsemurha tulee kunnioittaa, kun taas henkilön ollessa mieleltään sairas tai jos hänen päätöksentekokykynsä on jostakin syystä alentunut, tulisi poliisin pyrkiä estämään itsemurha. Käytännön poliisitoiminnassa tulee lähtökohdan Bouchtin mukaan olla jälkimmäisessä vaihtoehdossa.⁷⁹⁷ Todettakoon, että Berrgren ja Munck ovat viitaten muun muassa EIT:n ratkaisuun tapauksessa *Keenan v. the United Kingdom* katsoneet poliisilla olevan jopa *velvollisuus* itsemurhien yritysten estämiseen.⁷⁹⁸

Myös Suomen PL 7 §:ssä taataan henkilökohtainen vapaus. Esitöiden mukaan kyseessä on ”yleisperusoikeus, joka suojaa ihmisen fyysisen vapauden ohella myös hänen tahdonvapauttaan ja itsemääräämisoikeuttaan”.⁷⁹⁹ Samoin PL 10 §:n 1 momentissa turvatus yksityiselämän on katsottu pitävän sisällään oikeuden määrätä itsestään ja ruumiistaan.⁸⁰⁰ Näistä havainnosta huolimatta yhdyn Bouchtin tulkintasuositukseen. Huomattakoon, että lähtökohtaisesti kolmannen etuja saa hätävarjellakin ilman lupaa.

Itsemurhan estämisessä käytettävistä keinoista Boucht on todennut, että fyysisen voiman, patukan, OC-sumuttimen tai käsirautojen käyttö ei ole juridisesti ongelmallista. Sitä vastoin ampuma-asetta ei voida käyttää niissä tilanteissa, joissa itsemurha ei uhkaa muiden henkeä tai terveyttä. Päätelmänsä Boucht perustaa EIS 2 artiklalle, joka ei salli aseenkäyttöä ko. tilanteissa. Tilanteen pakko-

⁷⁹⁵ KM 1989:25, s. 78.

⁷⁹⁶ Boucht 2011a, s. 238. Ks. myös Pellonpää et al. 2012, s. 341–343, *Pretty v. the United Kingdom* -ratkaisu (erityisesti ratkaisun kohdat 39–40) sekä Scheinin 2012, s. 127–128 kommentit ratkaisusta. Oikeuskirjallisuudessa on myös katsottu, että PoL 11 §:n mukainen kiinniottaminen henkilön suojaamiseksi soveltuu itsemurhahakuisuudesta ja -yrityksestä aiheutuviin vaaratilanteisiin. Ks. tästä Helminen et al. 1999, s. 81.

⁷⁹⁷ Boucht 2011a, s. 237–238. Vrt. Norée 2000, s. 70. Kuten Norée on huomauttanut, poliiseilla on jopa velvollisuus huolehtia päihtyneistä.

⁷⁹⁸ Berrgren – Munck 2011, s. 38.

⁷⁹⁹ HE 309/1993 vp, s. 46.

⁸⁰⁰ HE 309/1993 vp, s. 53.

tilaluonne ei muuta tätä. Tilanteissa, joissa itsemurha aiheuttaisi vaaraa muiden hengelle tai terveydelle, arvioidaan aseiden ja muidenkin voimakeinojen käytön tarve toimivaltanormien ja rikoslain vastuuvapaussäännösten avulla.⁸⁰¹ Tanskassa Elholm on aiemmin katsonut mahdolliseksi, että itsemurhan estäminen asetta käyttämällä voitaisiin katsoa *oikeutetuksi* pakkotilanteeksi. Esimerkkinä hän on viitannut tapaukseen, jossa virkamies ampui kiväärillä varustautunutta itsemurhalla uhannutta henkilöä kerran jalkaan pyydettyään sitä ennen tätä toistuvasti laskemaan aseensa.⁸⁰² Nytemmin menettely perustuisi Tanskan poliisilain 17 §:n 1 momentin 2 kohtaan (*”at afværge overhængende fare i øvrigt for personers liv eller for, at personer pådrager sig alvorlige helbredsskader”*), mutta olisi sinällään edelleen sallittua.⁸⁰³ Bouchtiin verrattuna pidän Elholmin näkemystä perustellumpana, kun otetaan huomioon, että on yleisemminkin perusteltua erotella kuolettava ampuma-aseiden käyttö ja muu ampuma-aseiden käyttö.

⁸⁰¹ Boucht 2011a, s. 240–241.

⁸⁰² Elholm 2003, s. 61–63.

⁸⁰³ Elholm 2005, s. 26.

9 Eräitä täydentäviä huomioita sallituista voimakeinoista

Muihin voimankäyttötilanteisiin suhteutettuna ampuma-aseen käyttö on tilanteiden vähälukuisuus huomioon ottaen saanut huomattavan paljon huomiota osakseen sekä oikeuskirjallisuudessa että oikeuskäytännössä. Aseenkäyttö samaistetaan tyypillisesti kuolettavan voiman käyttöön ja tällä tavoin ymmärrettynä oikeus aseenkäyttöön kiteytyy EIS 2 artiklan 2 kappaleen a-kohdan mukaisesti kysymykseen aseenkäytön ehdottomasta välttämättömyydestä hengenvaarallisten hyökkäysten torjumiseksi. Tässä suhteessa oikeus aseenkäyttöön on edelleen luonteeltaan *absoluuttista*. Hengenvaarallisen hyökkäyksen torjumiseksi voidaan käyttää kaikkia keinoja, jotka ovat välttämättömiä hyökkäyksen torjumiseksi.⁸⁰⁴

Mitä tulee aseenkäytön volyymiin Suomessa ja muissa Pohjoismaissa, voidaan ensiksi todeta, että vuosina 1991–2003 poliisi ampui Suomessa vuosittain 0–5 ihmiseen osunutta laukausta.⁸⁰⁵ Pohjoismaita koskeneiden vuonna 2005 julkaistujen vertailutalastojen perusteella Suomessa ainakin tilastollisesti uhataan aseella huomattavasti harvemmin kuin esimerkiksi Tanskassa ja jopa vähemmän kuin Norjassa. Aseella ammutaan väkilukuun suhteutettuna suurin piirtein yhtä usein kuin Ruotsissa ja Tanskassa (noin kolme tapausta / miljoona asukasta / vuosi), mutta merkittävästi enemmän kuin Norjassa. Vammoja tai kohdehenkilön kuolema aiheutetaan Suomessa kuitenkin harvemmin kuin Ruotsissa ja Tanskassa. Tältä osin väkilukuun suhteutetut lukemat ovat lähempänä Norjan kuin Ruotsin lukuja. Erityisesti kuolemaan johtaneiden aseenkäyttötilanteiden lukumäärä on kuitenkin niin vähäinen, että tilastollisesti merkityksellisiä vertailuja on vaikea tehdä. Yhteenvetona hieman yksinkertaistaen voidaan todeta, että tarkastelujaksolla Suomen poliisi ei käyttänyt asetta perusteettomasti uhkaamiseen (Suomessa noin 60 %:ssa aseenkäyttötapauksista uhattiin aseella, vrt. Tanska ja Norja yli 90 %, ja 40 %:ssa ammuttiin) ja ampuessaan laukauksia poliisi pyrki hallittuun vaikutukseen muutoin kuin kohti henkilöä ampumalla.⁸⁰⁶ Myös uudemman, mutta hieman suppeamman vertailututkimuksen tulokset vastaavat edellä selostettua.⁸⁰⁷

⁸⁰⁴ Ks. Norée 2008, s. 15 ja 43. Ks. myös AI 1998, s. 5, jonka mukaan ”*intentional lethal use of firearms may only be made when strictly unavoidable in order to protect life*”.

⁸⁰⁵ Ks. tästä Äminne – Lounaskorpi 2005, s. 68.

⁸⁰⁶ Knutsson – Norée 2005, s. 148–157.

⁸⁰⁷ Knutsson – Norée 2010 (erit. s. 119–122). Norjan osalta uudempiä tilastoja ks. Myhrer – Strype 2010, s. 101–104. Laukausten ampumisen suhteen ei erityisiä muutoksia ole kirjoittajien mukaan havaittavissa, vaikka aseistautumismääräysten ja aseella uhkaamisen määrä on lisääntynyt vuosikymmenten vaihteen jälkeen.

Aivan viimeaikaisessa tutkimuksessa Heinonen on tosin päätnyt Suomen osalta tulokseen, jonka mukaan aseella uhattiin noin 90 %:ssa aseenkäyttötapauksista. Toisaalta laukauksiakin ammuttiin noin 20 %:ssa tapauksista, mikä viittaa siihen, että aseella uhkaamisenkin kynnys on Suomessa varsin korkea. Aseenkäytöstä tehtyjen selvitysten (yhteensä 345 aseenkäyttötapausta) perusteella aseella ammuttiin 85 tapauksessa vuosina 2000–2010. Laukauksia ammuttiin yhteensä 167 kappaletta. Tähdättyjä laukauksia ammuttiin 58 kertaa. 22 tapauksessa luoti osui henkilöön ja näistä 15 tapauksessa alaraajaan. Kohdehenkilö sai surmansa yhdessä tapauksessa ja henkilövahinkoja seurasi 21 tapauksessa.⁸⁰⁸

Jos aseenkäyttö on sallittua ainoastaan sen ollessa ehdottoman välttämätöntä hengenvaarallisen hyökkäyksen torjumiseksi, puolustettavuusarvioinnille ei jää itsenäistä soveltamisalaa. Kyse on nimenomaan hengenvaaran torjumisesta. Teon hetkisessä arvioinnissa jaottelua henkeä uhkaavien hyökkäysten tai terveyttä (hyvin) vakavasti vaarantavien hyökkäysten välillä lieene usein mahdotonta tehdä. Voidaankin esittää, että jos yritys torjua hyökkäys aseella epäonnistuu, mutta hyökkäyksen kohteena ollut vakavasti loukkaantunut henkilö lääkärintenkinhölön sankarillisten toimien johdosta jää henkiin, aseenkäyttö on ollut puolustettua eikä ole mielekästä erikseen pohtia, aiheuttiko hyökkäys hengen menetyksen vai vakavan loukkaantumisen vaaraa.

Hieman yllättäen, mutta sinänsä oikeaan osuen, myös kotimaisessa kirjallisuudessa on esitetty näkemyksiä, joiden mukaan *tarpeellisuusarvioinnissa* aseenkäytön yhteydessä poliisimiesominaisuudella ei ole merkitystä. Toisaalta se, että jokin menettely ei maallikolle ilmeisesti ylitä *puolustettavuuden* rajoja, saattaa ylittää ko. rajan poliisimiehelle.⁸⁰⁹ Huomiota on kiinnitettävä myös siihen, onko keino ylipäättään *oletettavissa tehokkaaksi*. Noréen selostamassa tapauksessa poliisimies ampui kohti tulevaa ajoneuvoa tuulilasiin ja tuomioistuimet totesivat, että keino ko. etäisyydellä tuskin oli tehokas. Johtopäätöksenä Norée on katsonut, että tehotontakaan keinoa ei tehotomuuden takia ole väistämättä pidettävä puolustettavan menettelyn rajoja ilmeisesti ylittävänä.⁸¹⁰ Tarpeettomana sitä edellä kerrotun perusteella voitaisiin ehkä kuitenkin pitää.

EIS 2 artiklan ja erityisesti EIT:n sitä koskevan ratkaisukäytännön määrittämä ihmisoikeuksien suojan vähimmäistaso mahdollistaa kuolettavan voiman käytön myös henkilön kiinniottamiseksi, paon estämiseksi taikka mellakan tai kapinan estämiseksi, missä tilanteissa myös suhteellisuusarvioinnille jää merkittävää soveltamisalaa nimenomaan välttämättömyyskriteeriä rajoittavampana tekijänä.⁸¹¹ Näyttäisi kuitenkin siltä, että Suomessa suhtaudutaan hyvin varauksella ase-

⁸⁰⁸ Heinonen 2012, s. 72–74 ja 76.

⁸⁰⁹ Frände 2005b, s. 57.

⁸¹⁰ Norée 2000, s. 232–233. Ks. myös Westerlund 2003, s. 25.

⁸¹¹ Ks. van Dijk et al. 2006, s. 395.

käyttöön näissä tilanteissa, ellei niihin liity 2 artiklan 2 kappaleen a-kohtaan viittaavaa hengenvaarallisen hyökkäyksen välitöntä uhkaa.

Tässä suhteessa oikeuskäytäntö on ehkä päässyt liian helpolla, mikä puolestaan on mahdollistanut oikeustieteen pitäytymisen kannanotoissa, jotka ovat luonteeltaan varsin idealistisia ja julistuksenomaisia. Perusteltua realismia edustaa Matti Kuusimäki kirjoituksessaan vuodelta 1989. Kuusimäki on kommentoidessaan poliisilain uudistustyötä tehnyt ratkaisuihin KKO 1979-II-50 ja 1984-II-127 viitaten johtopäätöksen, että aseenkäyttöä rikoksenteijän kiinniottamiseksi ei periaatteessa hyväksytä. Kuusimäki on kuitenkin kysynyt, onko todella näin, kun korkein oikeuskin jätti molemmissa tapauksissa poliisimiehet rangaistukseen tuomitsematta, vaikka kiinniotettavien teot olivat varsin vähäisiä. Kuusimäki on todennut:⁸¹²

”Tohtisin arvella jonkinlaisen kokemuksen perusteella, että jos tänään poliisi ampuisi, jollei muuta keinoa olisi, jalkaan maasta pakenemaan pyrkivää kansainvälistä tappajaa, joka on palkkiosta surmannut suomalaisen teollisuusjohtajan, mikään oikeusaste ei katsoisi poliisin menetelleen voimankäyttönormiston vastaisesti. Vakaa käsitykseni on, että yleinen oikeustaju hyväksyisi menettelyn tulevaisuudessakin. Miksi siis muutostarve?”

Jos kohdehenkilön kuolema on aseenkäytön varsin todennäköinen seuraus, voidaan puhua selkeästi EIS 2 artiklan 2 kappaleen piiriin kuuluvasta tahallisesta surmaamisesta. Tahallinenkaan surmaaminen ei ole kiellettyä, mutta sallittuus tulee arvioitavaksi EIS 2 artiklan 2 kappaleen poikkeuksien näkökulmasta. Periaatteellisista syistä pidän tärkeänä, että edes varmuustahallisuutta lähestyvän aseenkäytön yhteydessä ei puhuttaisi poliisin tehtäviin ja oikeusvaltiollisiin perusteisiin huonosti sopivasta tarkoituksellisesta surmaamisesta.⁸¹³ Surmaamisen tosiasiallisesta rikosoikeudellisesta tahallisuudesta huolimatta aseenkäytön tavoitteena tulee aina olla kohdehenkilön vaarallisen toiminnan pysäyttäminen ja hänen tekemisensä vaarattomaksi.⁸¹⁴

Miten sitten tulee arvioida sellaista tilannetta, joka on kuvattu edellä selostetussa Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisussa 8.9.2011 nro 724, jossa poliisimies ampui uhkaavasti käyttäytynyttä kohdehenkilöä polveen. EIT epäilemättä katsoisi, että kyseessä on EIS 2 artiklan 2 kappaleen a- tai b-kohdan mukainen oikeutettu aseenkäyttötilanne, mutta voidaan myös kysyä, kuuluuko kuvatun tyyppi-

⁸¹² Kuusimäki 1989, s. 293.

⁸¹³ Ks. Boucht 2011a, s. 246. Bouchtin mukaan *dödsbrott*-termiin liitettyjä kriteerejä tulee soveltaa kaikkeen ase- käyttöön, jonka seurauksena kohdehenkilön kuolema on yhtä todennäköinen tai todennäköisempi kuin ei-kuolema.

⁸¹⁴ Ks. EU 2012, s. 13 sekä AI 1998, s. 5, jossa ampuma-aseen käyttö on rajattu tilanteisiin, joissa on kyse itsen tai toisen puolustamisesta välittömän hengen vaaralta tai vakavalta loukkaantumisen vaaralta, erityisen vakavan henkeä uhkaavan rikoksen torjumisesta taikka kuvatonlaista vaaraa edustavan ja poliisia vastustavan henkilön kiinniottamisesta tai tällaisen henkilön paon estämisestä.

pinen voimankäyttö lainkaan EIS 2 artiklan soveltamisalaan. Muun muassa McCann- ja Andronicou and Constantinou -tapauksissa katsottiin 2 artiklan 2 kapaleen soveltuvan myös tilanteisiin, joissa käytetään sellaista voimaa, joka saattaa johtaa (*"may result"*) hengen menetykseen. Makaratzis-tapauksessa puolestaan arvioitiin muun muassa sitä, oliko käytetty voima mahdollisesti kuolettavaa (*"potentially lethal"*). Näiden havaintojen perusteella voitaneen perustellusti esittää, että EIS 2 artikla ei kata aseenkäyttöä, jonka seurauksena kohdehenkilön kuolema ei ole *varteenotettava mahdollisuus*, missä arvioissa tulee huomioon otettavaksi tilanne kokonaisuudessaan (mm. ensihoitovalmiudet).⁸¹⁵ Nämä tilanteet voivat tulla arvioitavaksi EIS 3 artiklan näkökulmasta.

Näyttäisi jopa siltä, että poliisin voimankäyttöasetus salliessaan ampumaseen käyttämisen myös välitöntä ja *vakavaa vaaraa terveydelle* aiheuttavan henkilön toiminnan pysäyttämiseen olisi ihmisoikeusvelvoitteiden vastainen, jos kaikki aseenkäyttötilanteet arvioitaisiin EIS 2 artiklan näkökulmasta. Onhan suurella todennäköisyydellä toteutuva lievää vakavamman loukkaantumisen riski ainakin hyvin lähellä *"vakavaa vaaraa"*. Vaikka aseenkäytön kynnys onkin ilmeisesti käytännössä niin korkea, että asetta käytetään vain kun kohdehenkilön kuolema on sen hyväksyttävä seuraus – eli EIS 2 artiklan mukaisissa tilanteissa –, saattaa voimankäyttöasetuksen muotoilu sallia aseenkäytön myös EIS 3 artiklan mukaisissa tilanteissa. Tämä puolestaan saattaa lisätä paineita esimerkiksi tähdätyjen raajalaukausten mahdollisuuden huomioon ottamiseen. Toisaalta on huomattava, että esimerkiksi EIT:n Berlinski-ratkaisussa tapahtumia arvioitiin EIS 3 artiklan valossa, vaikka poliisimiehet joutuivat uhkaamaan kohdehenkilöi-

⁸¹⁵ Ks. *soft law* -aineistosta esim. IACP 2006, s. 2, jossa kuolettavaksi voimaksi on määritelty *"force that creates a substantial risk of causing death or serious bodily harm"*. Aiemmin selostettujen EIT:n ratkaisujen lisäksi voidaan 2 artiklan soveltamisalan osalta viitata myös vuonna 2010 annettuun Vasil Sashov Petrov -ratkaisuun, jossa poliisin menettely, jonka seurauksena henkilön vatsaan osui laukaus, katsottiin ko. olosuhteissa sellaiseksi, että siitä aiheutui hengen vaaraa ja 2 artiklaa voitiin soveltaa. Ratkaisun kohdasta 40 ilmenee, että *"The evidence adduced makes it clear that the officers who chased the applicant fired their weapons in order to stop and arrest him (see paragraphs 6 and 7 above), and the Court accepts that they did not intend to kill him. However, the Court notes that at least one of the officers fired directly at the applicant and not into the air... Also, it cannot overlook the facts that the applicant suffered a serious and, albeit temporarily, life-threatening injury (see paragraphs 8 and 11 above and contrast with Tzekov, cited above, §§ 17 and 42), that both officers' pistols were loaded with live cartridges, that the injury was caused by a bullet fired from about four metres away (see paragraphs 7 and 16 above and contrast with Tzekov, cited above, §§ 13 and 42), and that the bullet could easily have inflicted more serious damage. Nor can the Court fail to notice that when the officers took the applicant to the hospital, they did not mention to the doctor who took charge of him that they had used firearms against him (see paragraph 8 above). It appears that that fact, which no doubt contributed to the doctor's failing to realise that the applicant's wound had been caused by a firearm, significantly increased the risk to the applicant's life."*

tä ampuma-aseella, mikä sinänsä on Suomen oikeusjärjestelmässä ampuma-aseen käyttöä.

EIS 2 artiklan ja erityisesti siihen liittyvän ehdottoman välttämättömyyden kriteerin soveltamisalan rajaamisella voitaisiin välttää se, että aseenkäyttö katsotaan oikeutetuksi vasta silloin, kun mahdollisuudet hallittuun aseenkäyttöön ja vahinkojen minimoimiseen ovat huomattavasti heikentyneet.

Ruotsin oikeustilan osalta Norée on samansuuntaisesti esittänyt, että tilanteen kiristymistä ei tule odottaa, vaan aseeseen tulee tarvittaessa tarttua jo varhaisemmassa vaiheessa.⁸¹⁶ Boucht on jopa arvioinut, että Ruotsissa poliisit ”odottavat” tilanteen kehittymistä hätävarjelutilanteeksi päästäkseen soveltamaan sallivampia hätävarjelusäänöksiä poliisilain säännösten sijasta.⁸¹⁷ Ongelma ei ilmeisesti Suomessa ole yhtä paha, sillä aseenkäytön (ampuminen) perusteena on ollut kaksi kertaa useammin toimivalan käyttö kuin hätävarjelu.⁸¹⁸

Mikäli aseenkäyttö tavalla, joka ei vaaranna kohdehenkilön henkeä, halutaan sallia, tulee luonnollisesti pohdittavaksi, sidotaanko se henkeen kohdistuviin, mutta ajallisesti etäisempiin uhkiin, vai esimerkiksi terveyden vaaraan. Puolustettavuusarviointi rajaisi joka tapauksessa aseenkäyttöä merkittävästi jo siitä syystä, että siitä tyypillisesti aiheutuu vähäistä vakavampi vamma, mutta esimerkiksi tähdätyjen raajalaukausten ampuminen saattaisi olla puolustettavaa myös vähemmän vaarallisissa tilanteissa.⁸¹⁹ Mikäli aseenkäyttö rajataan vain ehdottomimpaan välttämättömyyteen, jää esimerkiksi raajalaukausten käytölle vähän mahdollisuuksia. Ylipäättään voidaan todeta, että raajalaukausten sallittavuutta tulee lähestyä tehokkuuden⁸²⁰ näkökulmasta, jolloin tulee kysyä, voidaanko raajoihin *tähdäty*n laukauksen perustellusti olettaa pysäyttävän kohdehenkilön vaarallisen toiminnan tai johtavan muutoin toivottuun lopputulokseen. Arvioinnin lähtökohtana ei siis ole se, pysäyttääkö raajaosuma kohdehenkilön toiminnan, vaan arvioinnissa tulee huomioon otettavaksi myös osumatodennäköisyys ja muut relevantit olosuhteet. Tosiasiallisesti saattaa olla niin, että eräitä poikkeus-tilanteita lukuun ottamatta (esimerkiksi tarkka-ampujat panttivankitilanteissa)

⁸¹⁶ Norée 2000, s. 169.

⁸¹⁷ Boucht 2011a, s. 463–464.

⁸¹⁸ Ks. Knutsson – Norée 2010, s. 122–123.

⁸¹⁹ Myös Elholm on korostanut poliisin ase- käyttöä koskeneessa tutkimuksessaan velvollisuutta pyrkiä ampumaan mahdollisuuksien mukaan raajoihin. Lähtökohtaisesti tulee myös pyrkiä ampumaan yksittäisiä laukauksia, jotta niiden vaikutuksia voidaan reaaliaikaisesti arvioida. Ks. Elholm 2003, s. 25. Ks. myös norjalainen Myhrer 2005, s. 85, jonka mukaan vartaloon ampuminen olisi sallittua lähinnä hätävarjelutilanteissa, joissa kohdehenkilö pitää saada ”*umiddelbart ut av spill*”. Ks. myös Myhrer – Strype 2010, s. 98–99.

⁸²⁰ Tehokkuudella näyttäisi toimivaltasääntelyn kontekstissa olevan kaksi ulottuvuutta. Yhtäältä tulee käyttää lievintä tehokasta keinoa ja toisaalta tulee välttää keinoja, joiden ei voida olettaa olevan tehokkaita.

pyrkimys raajalaukausten ampumiseen on epärealistinen ja usein sivullisia tarpeettomasti vaarantava toimintamalli. Onkin esitetty, että ensisijaisesti tulisi pyrkiä massakeskipisteeseen kohdistettuihin laukauksiin.⁸²¹

Kysymykseen aseenkäytön kynnyksestä liittyy kiinteästi ns. *shoot to kill* -toimintamalli. Waddington on jo ennen EIT:n McCann-ratkaisua kirjoittamassaan artikkelissa lähtenyt siitä, että kuolettavaa voimaa voidaan käyttää vain tilanteissa, joissa kohdehenkilön surmaaminen on oikeutettua eli tyypillisesti tilanteissa, joissa käsillä on välitön uhka hengelle. Tästä lähtökohdasta aseenkäytön tavoitteena on nimenomaan kohteen totaalinen ja välitön lamauttaminen (*total and immediate incapacitation*), ja esimerkiksi raajalaukausten laukausten ampuminen ja aseenkäytöstä varoittaminen aiheuttaisivat usein vain tarpeetonta vaaraa virkamiehille tai sivullisille. Hänen mukaansa haavoittamiseen tarkoitettujen laukausten *osumistodennäköisyys on pienempi*, mikä aiheuttaa vaaraa sivullisille ja laittoman hyökkäyksen kohteelle. Lisäksi *kohdehenkilö pystyy todennäköisesti jatkamaan toimintaansa*. Myös aseenkäytön kynnyksen *madaltuu*, koska virkamiehet joutuvat ikään kuin jättämään itselleen peliaikaa kuolettavien laukausten ampumiselle. Aseenkäytön kynnyksen madalluttua tarkoittamatta tapahtuneet kohdehenkilön tai sivullisen surmaamiset saattavat lisääntyä ja lopputulemana virkamiesten aseenkäytöstä aiheutuneet vahingot lisääntyvät.⁸²² Ampuma-aseen käytön kytkeminen vain hengen vaaraa sisältäviin tilanteisiin ja siitä johdettava pyrkimys kohdehenkilön täydelliseen lamauttamiseen puoltaa Waddingtonin mukaan myös tehokkaiden ammustyypien käyttöä sekä lukuisten – myös päähän kohdistuvien – laukausten ampumista. Viimeksi mainittua ilmentää sotilaiden toiminta McCann-tapauksessa.⁸²³ Waddingtonin mukaan raju aseenkäyttö (*“overkill”*) saattaa olla laajassa katsannossa hyväksyttävän ja eräällä tavalla ihmisoikeusmyönteisin, koska se minimoi aseenkäytön ja todennäköisimmin johtaa sivullisten pelastumiseen. Pyrkimys kohdehenkilön vammojen minimointiin saattaisi perusteettomasti siirtää loukkaantumisriskin rikolliselta viattomille osapuolille.⁸²⁴

Mitä tulee oikeutetun aseenkäytön, millä tarkoitan tässä aseella ampumista, ajalliseen alkupisteeseen, on *de lege lata* tyytyminen toteamaan, että suojattavaan oikeushyvään tulee kohdistua välitön ja konkreettinen uhka. Esimerkiksi Waddington, jonka teesien mukaan asetta käytetään ainoastaan surmaamiseen, on katsonut, että aseenkäytön kynnyksen ei tule olla niin korkea, että ase osoittaa

⁸²¹ IACP 2006, s. 5. Todettakoon on, että IACP 2006, s. 4–5 mukaan eräissä poliisilaitoksissa ohi ammuttujen laukausten osuus oli 42–83 %.

⁸²² Waddington 1990, s. 697–699. Ks. myös Maguire 2010, s. 203–204 näkemykset ”*shoot to kill*”- ja pohjoismaisen ”*shoot to wound*” -toimintamallien eroista. Varoituslaukauksista itsestään mahdollisesti aiheutuvista vaaroista ks. Maguire 2010, s. 202–203. Ks. myös IACP 2006, s. 5.

⁸²³ Waddington 1990, s. 703–706. Waddingtonin mukaan henkilön poikkeuksellinen kyky kestää osumia ampuma-aseista voi johtua 1) henkilön ruumiinrakenteesta, 2) henkilön oman kehon erittämistä ”luonnon opiaateista”, jotka voivat parantaa kykyä kestää kipua ja vammoja, 3) huumausaineista tai 4) suojavarusteista. Ihmisten kyvystä toimia äärimmäisissä voimankäyttötilanteissa vammautuneenakin ks. myös Artwohl – Christensen 1997, s. 38–39.

⁸²⁴ Ks. Waddington 1990, s. 706–707.

henkilöä. Hänen näkemyksensä kulminoituu ohjeeseen, jonka mukaan ampuminen on oikeutettua, jos poliisimies perustellusti ennakoii henkensä olevan välittömästi uhattuna.⁸²⁵

Vaativuus käsityksen perustellisuudesta objektoi asetetun standardin. Jos katsotaan, että asetta voidaan käyttää muidenkin kuin henkeä vaarantavien uhkien torjumiseen, voitaneen tällöinkin noudattaa samoin muotoiltua välittömyyden vaatimusta. Näkemykseni lieenee yhdenmukainen voimankäyttöasetuksen kanssa, joka sallii ampuma-aseen käytön, kun kyseessä on ”välitöntä ja vakavaa vaaraa toisen hengelle tai terveydelle aiheuttavan henkilön toiminnan pysäyttäminen”. Aseenkäytön kynnyksen osalta voidaan viitata myös korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 1997:182, jossa laukauksen ampuminen katsottiin sallituksi, kun ”haulikon piippu ehti ennen pienoiskiväärin laukausta nousta osoittamaan melkein hänen ylävartaloonsa”.

Olosuhteista riippuen voi olla välttämätöntä käyttää henkilön pysäyttämiseen luotiaseen sijasta esimerkiksi haulikkoa, jos kohdehenkilön pysäyttäminen on esimerkiksi aikaikkunan kapeuden johdosta korostetun välttämätöntä. Tässä yhteydessä onkin kiinnitettävä huomiota siihen mahdollisuuteen (mistä itse asiassa oli kyse mainitussa Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisussa), että kohdehenkilö on poistumassa poliisin voimankäytön ulottumattomiin paikkaan, jossa hän aiheuttaisi välitöntä ja vakavaa vaaraa jollekin sivulliselle. Näissäkin tilanteissa aseenkäyttö on sallittava, vaikka vaatimus välittömyydestä jossakin määrin korvautuikin välttämättömyyskriteerillä.⁸²⁶ Kyse on juuri sellaisesta henkeen kohdistuvasta, mutta ajallisesti etäisemmästä uhasta, johon olen edellä viitannut. Mitä tulee aseenkäyttöön oikeuttavan tilanteen päättymiseen, viitataan aiemmin tässä tutkimuksessa todettuun ja erityisesti EIT:n ratkaisuihin Juozaitiene and Bikulcius -tapauksessa sekä Suomea koskeneessa Heikkinen-tapauksessa.

Tässä yhteydessä on syytä kiinnittää myös huomiota erääseen lähinnä EIT:n ratkaisukäytännöstä, mutta myös kansallisesta perusoikeuksien suojasta johdettavaan vaatimukseen voimankäytölle. Ihmisoikeuksien näkökulmasta estettä ei sinänsä ole sille, että poliisi järjestää rikoksen tekijöille erilaisia ”väijytyksiä” taikka lykkää kiinniottoa riittävän näytön hankkimiseksi rikosprosessia varten. Mutta jos näiden tavoitteiden johdosta on jätetty hyödyntämättä turvallisia kiinniottotilaisuuksia ja lopullisessa kiinniotto-operaatioissa joudutaankin käyttämään kuolettavaa voimaa, saattavat aiemmat taktiset valinnat olla ryhtymättä kiinniottoon johtaa jopa EIS 2 artiklan rikkomuksen toteamiseen. Tästä oli kes-

⁸²⁵ Waddington 1990, s. 701.

⁸²⁶ Välittömyyden ja välttämättömyyden suhteesta arvioitaessa poliisin aseiden käyttöä ks. myös Leverick 2006, s. 97–98 av. 67.

keisesti kysymys myös neljännessä pääjaksossa selostetussa McCann-tapauksessa.⁸²⁷

Myös kovimman ja vaarallisimman voimankäytön, jota juuri ampuma-aseen käyttö edustaa, puolustettavuus tulee arvioitavaksi teon hetkellä havaittavan uhan vaarallisuuden ja välittömyyden perusteella eikä siihen vaikuta se, onko kyseessä taktisesti arvioituna johdettu tilanne ja sen yhteydessä annetun tulikomennon noudattaminen vai nopeasti syntynyt aseenkäyttötilanne, eikä toisaalta se, onko kyseessä rikosoikeudellisesti arvioituna voimakeinojen käyttötilanne vai hätävarjelutilanne. Tarpeellinen ja puolustettava voimankäyttö on joka tapauksessa sallittua. Sillä seikalla, oliko kyseessä kontrolloitu ja suunniteltu voimakeinojen käyttötilanne vai nopeasti kehittynyt ja yllättävä hätävarjelutilanne, saattaa sitä vastoin olla merkitystä sen suhteen, miten suhtaudutaan puolustettavuuden rajat ylittäneeseen voimankäyttöön. Tästä lisää seuraavassa.

⁸²⁷ Ks. Myhrer 2005, s. 78. Ks. myös Fisher 2010, s. 173–175 esimerkki tapauksesta, jossa kohdehenkilöä ei otettu kiinni heti valeoston jälkeen, vaan hänen kiinniottamiseksi tehtiin myöhemmin kotietsintä, jonka yhteydessä kohdehenkilö tuli ammutuksi kuoliaaksi sinänsä oikeutetussa itsepuolustustilanteessa. Kirjoittaja on esittänyt kysymyksen, miksi kiinniottoa ei suoritettu ensi tilassa. Todettakoon myös, että kohdehenkilö paljastui myöhemmin kärsivän mm. mielenterveysongelmista.

10 Lopuksi

10.1 HÄTÄVARJELUN JA VOIMAKEINOJEN KÄYTÖN SUHDE

10.1.1 Rajan määrittäminen

Kysymystä hätävarjelun ja voimakeinojen käytön välisen rajan määrittämisestä on oikeuskirjallisuudessa sivuttu lukuisia kertoja viime vuosikymmenien aikana. 1960-luvulla kirjoittaneen Ylösjoen mukaan virkatehtävään kohdistuvan *vastuksen ollessa aktiivista, kohden käypää* oli mahdollista turvautua hätävarjelusään-
nöstöön.⁸²⁸ Ylösjoki näyttäisi perustavan erottelun suojattaville oikeushyville. Suojeluobjektin ollessa julkinen intressi (yleinen järjestys ja turvallisuus, viran-
toimitusrauha) kyseessä oli julkisoikeudellinen hätävarjelu, ja kun suojattava
oikeushyvä oli poliisimiehen tai muun yksilön henki, ruumiillinen koskematto-
muus, vapaus, kotirauha tai varallisuus, kyseessä oli yleinen hätävarjelu-oikeus.⁸²⁹
Edelleen hän vaikuttaisi olleen sitä mieltä, että yleisen hätävarjelu-oikeuden ole-
massaolo sulkee pois julkisoikeudellisen hätävarjelun.⁸³⁰ Tämä viittaisi hätävar-
jelu-oikeuden ensisijaisuuteen. Eri säännöksissä olevista erityyppisistä sanon-
noista huolimatta niitä tulee tulkita yhdenmukaisesti, ja Ylösjoki onkin oikeaan
osuen tähdentänyt:⁸³¹

”Hätävarjelusäännökset muodostavat loppujen lopuksi yhtenäisen *mielekkään kokonaisuuden* eikä suinkaan mitään disparaattisten (eri alaan kuuluvien) lainkohtien säännöstöä... Virantoimitus- tai yleistä hätävarjelutoimintaa harjoittavalta tavalliselta poliisimieheltä ei voida vaatia väitöskirjatyön tasoa edellyttävää erittely-, määrittely- ja erivivahteisten säännöstöjen hallintakykyä samanlaatuudessa asiassa.”

Muutamaa vuotta myöhemmin Sinisalo katsoi, että yleinen hätävarjelu on luon-
teeltaan defensiivistä ja ns. julkisoikeudellinen hätävarjelu offensiivista. Sinisalo
kritisoi myös hätävarjelu-termin käyttöä offensiivisen poliisitoiminnan yhtey-
dessä. Hänen mukaansa voimakeinoja tarvittaessa yhteiskunta ei normaalisti ole

⁸²⁸ Ylösjoki 1966, s. 269.

⁸²⁹ Ylösjoki 1966, s. 283–284. Ylösjoki käytti julkisoikeudellisen hätävarjelun sijasta termiä viran-
toimitushätävarjelu.

⁸³⁰ Ylösjoki 1966, s. 293.

⁸³¹ Ylösjoki 1966, s. 289.

minkäänlaisessa hätässä.⁸³² Sinisalo on asettanut rajan siihen, onko poliisimies tai hänen mukanaan oleva henkilö *joutunut hyökkäyksen kohteeksi*. Esimerkkinä hän on maininnut tilanteen, jossa kiinniotettava käyttäytyy väkivaltaisesti.⁸³³ Pari vuotta myöhemmin hän on samansuuntaisesti todennut, että voimakeinojen käyttötilanne saattaa muuttua hätävarjelukseksi ja tilanteen oikeudellinen arviointi muuttua toiseksi, jos poliisimies ”vastustuksen voimakkuuden takia joutuukin itse puolustautumaan”. Näin saattaa hänen mukaansa tapahtua, jos esimerkiksi ilmenee, että kohdehenkilöllä on ase.⁸³⁴

Majasen mukaan aiemmin voimassa ollut RL 3 luvun 8 § ei rajoittanut poliisin oikeutta yleiseen hätävarjeluun. Hätävarjelutilanteessa tavoiteltavat seikat ovat usein tärkeämpiä kuin voimakeinojen käyttötilanteessa, millä perusteella voidaan oikeuttaa myös ankarammat voimakeinot. Edelleen hän on katsonut, että poliisimiehen kohdatessa vastarintaa, joka vakavuudeltaan muodostaa samalla oikeudettoman hyökkäyksen, voivat sallitun voimankäytön rajat määräytyä myös hätävarjelusäännöksen nojalla. Summittainen huitominen ja potkiminen maassa maaten eivät Majasen mukaan välttämättä muodostaneet hyökkäystä. Aiempaan lainvalmisteluaineistoon tukeutuen voitiin katsoa, että hätävarjeluoikeus syrjäyttää julkisoikeudellisen hätävarjelun. Säännökset tulivat siis sovellettavaksi ajallisesti *peräkkäin*, ei *päällekkäin*.⁸³⁵ Majasen näkemys vahvistettiin parlamentaarisen poliisikomitean mietinnössä.⁸³⁶

Myös poliisiasetointikunta näyttäisi olleen sillä kannalla, että säännökset tulevat sovellettavaksi ajallisesti peräkkäin. Huomio kiinnittyy kuitenkin erityisesti toimikunnan perusteluihin, joiden mukaan tämä tulkinta perustuu siihen, että hätävarjelutilanteissa ei edellytetä suhteellisuusperiaatteen mukaista arvovertailua.⁸³⁷ Vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa myös Kuusimäki on kansalaisten tasa-arvoisuuteen vedoten korostanut erottelun merkitystä, mikä on liittynyt erityisesti suhteellisuusvaatimuksen puuttumiseen tuolloin voimassa olleesta hätävarjelusäännöksestä. Hätävarjelu ja voimakeinojen käyttö eivät siis hänen mukaansa voineet esiintyä rinnakkain, jos kyse oli yhdestä teosta.⁸³⁸ Korostettakoon, että säännösten sanamuoto oli tuolloin merkittävästi erilainen.

⁸³² Sinisalo 1971, s. 113–114. Ks. myös Sinisalo 1973, s. 34.

⁸³³ Sinisalo 1971, s. 113.

⁸³⁴ Sinisalo 1973, s. 34.

⁸³⁵ Majanen 1979, s. 313–316. Majasen mukaan tällöin ”ei ole syytä ryhtyä erottelemaan virkatehtävän suorittamiseksi käytettäviä voimakeinoja ja yleisen hätävarjeluoikeuden mukaisia keinoja”. Ks. myös Majanen 1988, s. 50–51, Loman 1997, s. 77–79 ja Norée 2004, s. 33.

⁸³⁶ KM 1986:16, s. 501 ja 503–504. Ks. myös KM 1988:27, s. 34–35.

⁸³⁷ KM 1988:27, s. 3. Ks. kuitenkin myös KM 1988:27, s. 11–14.

⁸³⁸ Kuusimäki 1980, s. 377.

Helminen ym. ovat poliisioikeuden teoksessaan todenneet virkatoimen hoitamiseen tähtäävän voimakeinojen käytön ja puolustautumiseen käytettävän hätävarjeluun usein lomittuvan. Esimerkiksi kiinniottotilanteessa saattaa yhdistyä suojautuminen nyrkiniskulta ja kohdehenkilön kuljettaminen poliisiautoon. Kirjoittajien mukaan kahden oikeuttamisperusteen ollessa rinnakkaisia (eli ilmeisesti samanaikaisia), sovelletaan ensisijaisesti hätävarjelusäännöksiä.⁸³⁹ Samoin on lausuttu uudessa, lähinnä esitutkintaa käsittelevässä poliisioikeudellisessa teoksessa.⁸⁴⁰

Vuonna 2002 rikoslain yleisten oppien hallituksen esityksessä 44/2002 vp korostettiin *puolustautumismotiivin* merkitystä rajaa määrittävänä tekijä.⁸⁴¹

”Esimerkiksi virkatehtävää suorittava poliisi saattaa myös joutua tilanteeseen, jossa hänen toiminnassaan ei enää niinkään ole kyse määrätyn virkatehtävän suorittamisesta, vaan hänen itsensä tai toisen suojaamisesta oikeudettomalta hyökkäykseltä. Tällöin puolustusteko arvioidaan hätävarjelu-oikeuden nojalla, olkoonkin, että raja viranomaisvaltuuksiin liittyvien tehtävien toteuttamisoikeuden ja jokaiselle kuuluvan puolustautumisoikeuden välillä jää vaikeasti täsmennettäväksi.”

Rikos-oikeuden yleisten oppien uudistuksen jälkeen Lappi-Seppälä on todennut hätävarjelulle olevan tyypillistä, että tavanomaisena virkatehtävänä alkanut tilanne riistäytyy käsistä ja virkamies joutuu henkeen tai terveyteen kohdistuvan uhan kohteeksi. Peruserona on hänen mukaansa se, että voimakeinojen käyttö on luonteeltaan hyökkäävää ja pyrkii kohdehenkilön pakottamiseen alistumaan tai sietämään virkatoimi. Hätävarjelulle ominaista on sitä vastoin alkaneen tai välittömästi uhkaavan hyökkäyksen torjuminen.⁸⁴²

Ruotsissa Norée on tekstissään vuodelta 2008 liittänyt poliisin toimivaltaan perustuvaan voimankäyttöön offensiivisuuden elementin, kun taas hätävarjelu on luonteeltaan defensiivistä. Hän on todennut, että ”*den laga befogenheten används offensivt för att utöva verksamhet som anses värdefull, medan nödvärnsrätten brukas defensivt för att skydda eller rädda någon*”.⁸⁴³ Kotimaisessa kirjallisuudessa Kerttula ei kuitenkaan pidä jakoa defensiiviseen hätävarjeluuun ja offensiiviseen voimakeinojen käyttöön ylipäätään onnistuneena. Se johtaa hänen mukaansa siihen, että kaikenlainen aktiivinen vastarinta voitaisiin katsoa hätävarjeluuun oikeuttavaksi hyökkäykseksi, mikä puolestaan yhdistettynä ratkaisus-

⁸³⁹ Helminen et al. 1999, s. 278, 290–291 ja 308. Ks. myös Helminen et al. 1999, s. 363.

⁸⁴⁰ Helminen et al. 2012a, s. 677.

⁸⁴¹ HE 44/2002 vp, s. 130. Hyvin samansuuntaisesti on ulkomaisessa kirjallisuudessa rajan määrittänyt myös esimerkiksi Norée 2005, s. 112–113.

⁸⁴² Lappi-Seppälä 2004a, s. 30

⁸⁴³ Norée 2008, s. 43. Ks. myös Norée 2008, s. 45–46.

sa KKO 2004:75 valittuun kantaan tarkoittaisi, että poliisimies toimisi välillä virkavastuulla ja välillä ei.⁸⁴⁴

Kerttula sinänsä hyväksyy sen, että hätävarjelu ja voimakeinojen käyttö voidaan erottaa toisistaan toiminnan tarkoituksen avulla kysymällä, onko kyse virkatoimen suorittamisesta vai puolustautumisesta. Toki, kuten Kerttulakin on huomauttanut, motivaatioperustan arviointi on hyvin vaikeaa.⁸⁴⁵ Samoin Nuutila näyttäisi sotilaallista kriisinhallintaa käsitelleessä artikkelissaan antaneen motivaatioperustalle merkittävää painoarvoa todetessaan, että kyse on voimankäytösääntöjen nojalla arvioitavasta voimankäytöstä, jos ”voimankäyttö ei ole oikeutettua hätävarjelua itsen tai toisen puolustamisen tarkoituksessa”.⁸⁴⁶

Kerttula pitää toimivaltasäännösten mukaan toimimista selkeästi ensisijaisena suhteessa hätävarjelu-oikeuteen. Tällainen tulkinta yhtäältä estää poliisia lähtökohtaisesti nojautumasta toiminnassaan hätävarjelusäännökseen ja toisaalta saattaa poliisin yhdenvertaiseen asemaan muiden kansalaisten kanssa, vaikka tavallinen kansalainen voisikin vedota hätävarjeluu poliisia aiemmin. Hätävarjelusäännös tulisi poliisitoiminnassa sovellettavaksi ”vasta silloin, jos toimivaltuusäännökset eivät tilanteeseen yksinkertaisesti sovellu tai ne ovat siihen täysin riittämättömiä”.⁸⁴⁷

Olen hieman eri mieltä Kerttulan kanssa siitä päätelmästä, että kysymys poliisin oikeudesta hätävarjeluu on keskittynyt henkeä ja terveyttä vaarantaviin hyökkäyksiin, koska ”[p]oliisi suojaa omaisuutta vain hyvin poikkeuksellisesti”.⁸⁴⁸ Mielestäni kysymys on ennemminkin siitä, että näissä tilanteissa poliisin toimivaltuusääntely on riittävää eikä omaisuuden suojaaminen tyypillisesti aiheuta pelkoa, hätäannystä tms. tunteita. Sinänsähän poliisi epäilemättä varsin usein suojaa omaisuutta esimerkiksi keskeyttämällä vahingontekorikoksia.

Frände on rikosoikeuden yleisten oppien perusteoksen aiemmassa painoksessa todennut hätävarjelu on olevan *ensisijaista*⁸⁴⁹, mutta teoksen uudemmassa painoksessa hän on katsonut *lex specialis* -sääntöön viitaten, että jos sekä hätävarjelu että voimakeinojen käyttö soveltuvat oikeuttamisperusteena, sovelletaan voimakeinojen käyttöä. Jos toiminta on oikeutettua ainoastaan hätävarjeluna, Fränden

⁸⁴⁴ Kerttula 2010, s. 390.

⁸⁴⁵ Kerttula 2010, s. 390.

⁸⁴⁶ Nuutila 2006, s. 361.

⁸⁴⁷ Kerttula 2010, s. 393.

⁸⁴⁸ Kerttula 2010, s. 388.

⁸⁴⁹ Frände 2005a, s. 169. Samoin Boucht on vuonna 2006 oikeuskirjallisuuteen viitaten katsonut, että hätävarjelu on ensisijaista poliisilain mukaiseen voimakeinojen käyttöön nähden. Ks. tästä Boucht 2006, s. 517. Ks. myös Norée 2008, s. 42–45. Noréen mukaan oikeus voimakeinojen käyttöön ja oikeus hätävarjeluu voivat esiintyä samanaikaisesti. Ks. myös KM 1986:16, s. 501.

mukaan ”[k]äytännössä on katsottu, että on sovellettava hätävarjelua”.⁸⁵⁰ Samoin Bouchtin mukaan mahdolliset voimakeinojen käytön ja hätävarjelun päällekkäisen soveltamisen (konkurenssitilanteet) tilanteet tulisi ratkaista *lex specialis*-säännön avulla, jolloin esimerkiksi poliisilaki erityislakina sivuuttaisi yleislakina pidettävän rikoslain. Poliisilain ollessa vain määrättyä henkilöjoukkoa koskeva on sitä pidettävä ensisijaisesti sovellettavana erityislakina.⁸⁵¹ *De lege lata* tämän näkemyksen hankaluus on nähdäkseni siinä, että poliisilain esitöiden mukaan poliisilain soveltamisala määrittyy juuri voimakeinojen käytön osalta ainakin osin rikoslaissa hätävarjelusäännökselle annetun sisällön perusteella. PolL 27 §:n tekstissä tämä ei tosin tule ilmi.

Boucht ja Frände ovat rajanvedon yhteydessä nostaneet esille tilannekontrollin voimakeinojen käytön ominaispiirteenä, kun taas hätävarjelutilanteet ovat tyypillisesti kontrolloimattomia. Ajaututtuaan hätävarjelutilanteeseen poliisi-miehen tulee kirjoittajien mukaan etäisyyttä ottamalla, aikaa voittamalla ja muilla taktisilla valinnoilla palauttamaan tilanne kontrolliin ja siten voimakeinojen käytön piiriin.⁸⁵² Varautuminen ja valmistautuminen voimankäyttöön aiheuttavat sen, että tilanteen yllätyksellisyys ei johda tilannekontrollin menettämiseen.⁸⁵³

Heinonen onkin katsonut, että oikein toimittaessa voimakeinojen käyttötilanne voi muuttua hätävarjelutilanteeksi vain poikkeuksellisesti tilanteen saadessa täydellisen yllättävän käänteä. Tyypillisesti hätävarjeluun ajaututaan kuitenkin siksi, että toimintataktiikka on pettänyt. Taktiikka voi pettää tilanteen arvioinnissa tai valitussa toimintataktiikassa tapahtuneiden virheiden lisäksi myös siksi, että välttämättömiin toimenpiteisiin on jouduttu ryhtymään riittämättömin resurssein. Tosin Heinosen tutkimuksen mukaan tarkastelujaksolla hätävarjelu oli aseenkäytön peruste lähes neljänneksessä tapauksista ja näistä lähes puolet oli

⁸⁵⁰ Frände 2012, s. 140.

⁸⁵¹ Boucht 2011c, s. 755–757. Boucht on aiheellisesti kiinnittänyt huomiota myös siihen, että kansalaisten oikeus toimia rikoslain hätävarjelusäännöksen (ja pakkotilasäännöksen) nojalla rajoittuu lähtökohtaisesti sellaisiin poikkeustilanteisiin, joissa valtiovalta on epäonnistunut kansalaisten turvallisuuden takaamisessa.

⁸⁵² Boucht – Frände 2008, s. 116. Boucht ja Frände ovat katsoeet, että voimakeinojen käytössä kyse on positiivisesta intressikollisista, koska voimakeinojen käyttö ”muodostaa vaiheen toiminnassa, jota pidetään arvokkaana”. Hätävarjelussa intressikollisio on negatiivinen, koska kyse on joidenkin arvojen uhraamisesta joidenkin toisten arvojen suojelemiseksi. Ks. tästä Boucht – Frände 2008 s. 89. Ks. myös Boucht 2011c s. 757. Toisessa yhteydessä Boucht on korostanut vastarinnan *kohtuullista ennustettavuutta* (*rimligen förutsebart*) seikkana, joka puoltaa poliisilain soveltamista voimankäyttöön. Ks. tästä Boucht 2011c, s. 757–758.

⁸⁵³ Boucht 2011a s. 472. Sitä vastoin hyökkäyksen käsitteen sitominen RL 16 luvun 1 §:ssä kriminalisoidun virkamiehen väkivaltaisen vastustamisen tunnusmerkistöön siten kuin olen itse aiemmin esittänyt (ks. Terenius 2007, s. 102) näyttäisi laskevan kynnyksen liian alas, sillä ko. tunnusmerkistön tulkinnassa väkivallaksi on katsottu (ainakin) jo lievän pahoinpitelyn tunnusmerkistön täyttävä menettely. Ks. tästä Viljanen 2010a, s. 65.

sellaisia, joissa kohdehenkilö tiedettiin tai häntä epäiltiin vaaralliseksi. Heinonen kysyykin, ”miksi poliisi joutui hätävarjelutilanteeseen”.⁸⁵⁴ Varautuminen parantaa nähdäkseni myös mahdollisuuksia joustavuuteen ja vetäytymiseen tilanteesta, mitä laki eräissä tilanteissa näyttäisi edellyttävän.

Varautumis- ja valmistautumismahdollisuudetkin huomioon ottaen saattaa esimerkiksi kuulustelutilanteessa kuulusteltava henkilö ryhtyä niin yllättävään ja rajuun hyökkäykseen, että etäisyyden ottaminen ja tilannekontrollin ylläpitäminen on mahdotonta. Tällöin ajaututaan helposti hätävarjelutilanteeseen, jossa poliisimiehen keskeisenä ja usein ainoana motiivina on tilanteesta selviäminen mahdollisimman vähäisin vammojin.

Boucht on poliisin voimankäyttöoikeutta Ruotsissa käsittelevässä väitöskirjassaan pohtinut varsin laajalti rikos- ja julkisoikeuden suhdetta nimenomaan virantoimituksessa tehtyjen virheiden rangaistavuuden näkökulmasta. Lähtökohtaisesti myös toimittaessa hätävarjelusäännöksen nojalla poliisimiehen voidaan katsoa olevan virantoimituksessa. Boucht on arvioinut sikäläisten poliisilain säännösten sekä rikoslain hätävarjelu- ja pakkotilasäännösten suhdetta sekä muodollisesta että materiaalisesta näkökulmasta. Muodollisesta näkökulmasta kysymys on mainittujen säännösten ”marssijärjestyksestä” eli toisin sanoen siitä, kumpaa normistoa sovelletaan ensisijaisesti. Kuten todettua, *lex specialis derogat legi generalis* -säännön nojalla Boucht päättyy siihen, että rikoslain hätävarjelusäännös sen yleisen luonteen vuoksi väistyy, jos myös esimerkiksi poliisilain toimivaltasäännös soveltuu tilanteeseen.⁸⁵⁵ Bouchtin mukaan tulkintaa tukee myös ajatus viranomaistoimivallan ja valtiovallan ensisijaisuudesta, jota tarvittaessa esimerkiksi oikeus hätävarjeluun ja pakkotilatekoon täydentää.⁸⁵⁶ Edelleen Boucht on pohtinut, mitä ensisijaisuus tosiasiaa tarkoittaa ja sulkeeko poliisilain ensisijaisuus pois rikoslain soveltamisen. Viitaten Ruotsin poliisilain 10 §:n muotoiluun, Boucht on katsonut, että vaikka poliisilain säännös on ensisijainen, voidaan toissijaisesti arvioida, olisiko menettely ollut oikeutettua esimerkiksi rikoslain mukaisena hätävarjeluna.⁸⁵⁷ Voitaneen katsoa, että oikeustila Suomessa on vastaava, vaikka esimerkiksi voimassa olevan PolL 27 §:stä päätelmää ei voida suoraanaisesti johtaakaan.

Poliisin voimankäytöstä jo ennen Bouchtia Ruotsissa väitellyt Annika Norée on hankin arvioinut hätävarjeluun ja voimakeinojen käytön rajanvetoa, joka on Ruotsissa ehkä vielä hankalampaa kuin Suomessa. Ruotsissa lähinnä Suomessa käytetyn *vastarrinnan* käsitteen vastinparina käytetään ilmaisua ”*våld eller hot om våld*”, mikä selkeästi näyttäisi kattavan myös hyökkäykset. Tämän lisäksi Ruotsin poliisilain 10 §:n 1 momentin 3 kohta oikeuttaa käyttämään voimaa, jos ”*det är fråga om att avvärja en straffbelagd handling eller en fara för liv, hälsa eller värdefull egendom eller för omfattande skada i miljön*”, joka Noréen esityksen mukaan nimenomaan kattaa hätävarjelu- ja pakkotilatyypiset tilanteet, joissa esimerkiksi henkilö uhkaa toista hengen-

⁸⁵⁴ Heinonen 2012, s. 66–67.

⁸⁵⁵ Boucht 2011a, s. 383–387.

⁸⁵⁶ Boucht 2011a, s. 387–388.

⁸⁵⁷ Boucht 2011a, s. 388–389.

vaarallisella välineellä. Vastarintaa ei näissä tilanteissa kuitenkaan edellytetä. Joka tapauksessa Norée on muiden seikkojen ohessa korostanut rajanvedon merkitystä myös siinä suhteessa, että voimankäyttö voimakeinojen käyttönä saattaa olla virkavelvollisuus, mitä se hätävarjelutilanteessa ei ole. Tämä ulottuvuus näyttäisi Noréen ajattelussa olevan myös peruste hätävarjelutyypistensäkin tilanteiden sääntelyyn toimivaltasäännöksissä.⁸⁵⁸

Joitakin näkemyksiä voimakeinojen käytön ja hätävarjelun välisestä rajanvedosta on löydetävissä myös oikeuskäytännöstä. Korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 2004:75 kohdan 37 mukaan poliisimiehen joutuessa

”tilanteeseen, jossa hän itseään tai toista oikeudettomalta hyökkäykseltä suojellakseen joutuu turvautumaan voimakeinoin, ei niiden käyttö perustu viranomaisvaltuuksiin ja tapahdu virkatehtävän hoitamiseksi vaan poliisimieskin käyttää tällöin voimakeinoja yleisen oikeuden nojalla ja puolustautumistarkoituksessa”.

Korkeimman oikeuden ratkaisun perusteella vallitseva oikeustila on sellainen, että voimakeinojen käyttötilanne muuttuu hätävarjelutilanteeksi silloin, kun kyse on poliisimiehen itsensä tai toisen henkilön puolustamisesta oikeudettomalta hyökkäykseltä. Ratkaisevina kriteereinä näyttäisivät olleen henkilöön kohdistuva uhka ja oikeudeton hyökkäys. Puolustustarkoitus näyttäisi lähinnä johdetun edellisistä eikä rajanvetoa perustettu sille. Hyökkäyksen käsitteeseen näyttäisi rajanvedon kiteyttäneen myös Nuutila, jonka mukaan hyökkäyksenä ei kuitenkaan tule pitää esimerkiksi kiinniotettavan linnoittautumista.⁸⁵⁹ Toisaalta myöskään kaikenlainen väkivaltainen käytös ei voi poliisitoiminnan kontekstissa muodostaa hätävarjelun oikeuttavaa hyökkäystä. Hyökkäykseltä edellytetäänkin näissä tilanteissa jonkinasteista vakavuutta.⁸⁶⁰

Hätävarjelusäännöksen soveltamiskynnys laskettiin huomattavan alas Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisussa 11.1.2007 nro 5, joissa poliisimiehen katsottiin toimineen RL 4 luvun 4 §:n 1 momentin salliman hätävarjelun puitteissa tilanteessa, jossa kuljetusotteessa ollut kiinniotettu henkilö oli otteesta huolimatta päässyt puremaan poliisimiestä kädenselkäänsä. Puremisen lopettamiseksi ja samalla kuljetusotteen säilyttämiseksi poliisimies oli lyönyt kuljetettavaa nyrkillä nenään. Hieman myöhemmin kohdehenkilö oli *yrittänyt* purra mainittua poliisimiestä uudemman kerran käteen, jolloin

⁸⁵⁸ Norée 2000, s. 144–146 ja 151–153. Vrt. Westerlund 2003, s. 12–13, joka on myös todennut, että toimivaltasääntelyyn perustuva voimankäyttö saattaa olla virkavelvollisuus, mutta poliisi ei ole koskaan velvollinen käyttämään kaikkea voimaa, joka ei ”ilmeisesti ylitä” hätävarjelutilanteissa puolustettavana pidettävän voiman määrää. Ilmeisesti hän on kuitenkin sinänsä valmis ulottamaan velvollisuuden käyttöä voimaa myös hätävarjelutilanteisiin – puolustettavuuden (mutta ei sallittavuuden rajoissa). Ko. 3. kohdan soveltamisalasta ks. myös Berrgren – Munck 2011, s. 82.

⁸⁵⁹ Nuutila 1997a, s. 299.

⁸⁶⁰ Ks. Boucht 2011c, s. 757.

poliisimies oli lyönyt kiinniotettua toisen kerran nenään. Lyönneistä oli aiheutunut turvotusta nenänvarteen ja nenäverenvuotoa.⁸⁶¹

Vuonna 2014 voimaan tulevan poliisilain hallituksen esityksessä 224/2010 vp on tyydytty toteamaan, että rajanveto poliisin toimivaltuuksiin perustuvan voimakeinojen käytön ja yleisen hätävarjelu-oikeuden välillä ”on vaikeasti täsmennettävää”, eikä rajanveto-ongelmia voida täysin poistaa lainsäädännöllisillä ratkaisuilla. Hallituksen esityksen mukaan se seikka, että poliisimiehellä on poliisilain nojalla oikeus voimakeinojen käyttöön, kaventaa poliisimiehen oikeutta hätävarjeluun verrattuna ns. tavallisten kansalaisten hätävarjelu-oikeuteen. Oikeudenloukkaukset, joiden torjuminen edellyttäisi muilta turvautumista hätävarjeluun, saattavat tulla torjutuksi poliisimiehen PolL 27 §:n mukaisella voimakeinojen käytöllä.⁸⁶² Esimerkkinä tilanteista, joissa ei olisi niinkään kyse virkatehtävien suorittamisesta, vaan hätävarjeluun oikeuttavan hyökkäyksen torjumisesta, on hallituksen esityksessä mainittu virka-aikana kadulla kävelevän poliisimiehen joutuminen hyökkäyksen kohteeksi. Lisäksi on viitattu henkilön kiinnioton yhteydessä tapahtuvaan toiminnan tarkoituksen muuttumiseen vastarinnan murtaamisesta hyökkäyksen torjumiseksi.⁸⁶³ Rajanvedon kriteerinä näyttäisi siis olevan puolustautumismotiivi.

Uutta poliisilakia koskevassa yleisteoksessa on nimenomaisesti katsottu hätävarjeluun ja voimakeinojen käytön periaatteellisen eron olevan siinä, että voimankäyttö on aktiivista ja eräällä tavoin hyökkäävää, kun taas hätävarjelu on ”passiivislähtöinen” puolustustoimenpide. Voimakeinojen käytöllä pakotetaan kohdehenkilö alistumaan virkatoimeen, kun taas hätävarjelulla lähtökohtaisesti torjutaan oikeushyvään kohdistuva hyökkäys. Käytännössä nämä oikeuttamisperusteet lomittuvat, mutta niiden ollessa rinnakkaisia on hätävarjelu-säännös kirjoittajien mukaan ensisijainen.⁸⁶⁴ Myös hallituksen esityksen 224/2010 vp mukaan korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 2004:75 on johdettavissa ajatus, että ”rikosoikeudellinen vastuuvapausperuste on ensisijainen poliisioikeudelliseen toimintaperusteeseen nähden”.⁸⁶⁵

⁸⁶¹ Teko oli tapahtunut 4.11.2004, joten sovellettu lainkohta viittaa nimenomaan uudistuneeseen hätävarjelu-säännöksen. Ks. myös Helsingin hovioikeuden ratkaisu 30.6.2011 nro 2183, jossa kärkeä-oikeuden tuomioiden perusteluiden ristiriitaisuudesta huolimatta ei ollut kyse hätävarjelusta. Tapauksessa aggressiivisesti, mutta ei sinänsä väkivaltaisesti, käyttäytynyt kohdehenkilö oli painettu niin voimakkaasti selviämisaseman vastaanottotiskiä vasten, että hän oli saanut rintalastaansa kivuliaan murtuman. Voimakeinoja käyttäneet poliisimiehet tuomittiin virkavelvollisuuden rikkomisesta ja pahoinpitelystä 25 päiväsakkoon.

⁸⁶² HE 224/2010 vp, s. 24.

⁸⁶³ HE 224/2010 vp, s. 24. Ks. myös Boucht 2011a, s. 461.

⁸⁶⁴ Helminen 2012b, s. 769.

⁸⁶⁵ HE 224/2010 vp, s. 24.

10.1.2 Rajanvedon merkityksestä

Hätävarjelun ja voimakeinojen käytön välisen rajanvedon merkityksen osalta voidaan viitata ensinnäkin mainittuja vastuuvapausperusteita koskevien säännösten erilaiseen puolustettavuusformulointiin. Hätävarjeluteko on sallittu, *jollei se ilmeisesti ylitä sitä*, mitä on pidettävä puolustettavana, kun taas voimakeino on sallittu, *jollei se ylitä sitä*, mitä on pidettävä puolustettavana.⁸⁶⁶ Bouchtin ja Fränden mukaan kursivoiduista ilmauksista ilmenevä ero ei kuitenkaan käytännössä ole kovin suuri, koska myös hätävarjelusäännös rakentuu puolustettavuusarvioinnille, jossa muun muassa poliisimiesominaisuus tulee huomioon otettavaksi.⁸⁶⁷ Olen tästä eri mieltä. Mainittujen ilmausten välisen eron häivyttäminen poliisin hätävarjeluoikeutta tulkinnallisesti kaventamalla johtaisi poliisimiehen perusoikeuksien suojan ja jossain määrin myös rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen kannalta ongelmalliseen tilanteeseen. Toisaalta voimakeinojen käyttöoikeuden tulkinnallinen laajentaminen haastaisi oikeusvaltiollisen lainalaisuusperiaatteen. Merkittävä ero on siis olemassa eikä sitä voida tulkinnallisesti häivyttää.

Toisaalta rajanveto on todettu erityisen merkitykselliseksi niissä tilanteissa, joissa on ylitetty sallitun menettelyn rajat.⁸⁶⁸ Hätävarjelun ja voimakeinojen käytön liioittelutapaukset ratkaistaan eri tavoin. Näihin kysymyksiin palataan myöhemmin, mutta todettakoon jo tässä, että voimakeinojen käytön liioittelutilanteissa vastuusta vapauttamiseen täytyy olla painavia perusteita. Kuten Lappi-Seppälä on anteeksiannon perusteena olevan mielenmaltin menettämisen osalta todennut, "[t]ilanteessa, jossa tavallinen kansalainen voisi syyllistyä anteeksiantettavaan ylilyöntiin, sama virhe poliisin tai vartijan tekemänä voi hyvinkin perustaa vastuun."⁸⁶⁹

Ylipäätään on esimerkiksi poliisin aseenkäytön osalta todettu, että voimankäyttöasetuksen 4 § 2 momentin ja hätävarjelusäännöksen välillä ei käytännössä ole eroa. Asetuksen (ja PolL 27 §:n) ei voida katsoa sallivan sellaista aseenkäyttöä henkilöä kohden, jota hätävarjelusäännös ei sallisi. Valinnalla yhtäältä rikoslain ja toisaalta poliisilain ja voimankäyttöasetuksen välillä on merkitystä siis lähinnä juuri anteeksiantoarvioinnissa.⁸⁷⁰

⁸⁶⁶ Frände 2012, s. 157.

⁸⁶⁷ Boucht – Frände 2008, s. 116. Ruotsissa on yksiselitteisesti katsottu, että sikkäläisen lain vastavasta muotoilusta johtuen "[p]olismanne kan därför ha rätt att använda sitt vapen i en nödvärnsituation, även om det inte är fråga om svårare våld". Ks. tästä Westerlund 2003, s. 44.

⁸⁶⁸ HE 44/2002 vp, s. 130.

⁸⁶⁹ Lappi-Seppälä 2004a, s. 31.

⁸⁷⁰ Frände 2005b, s. 57. Muutoin PolL 27 §:n on katsottu sallivan paljonkin sellaista toimintaa, joka ei kuulu hätävarjelusäännöksen piiriin.

Kolmanneksi voidaan pohtia rajanvedon merkitystä virkavelvollisuuden ja virkavastuun näkökulmasta. Esimerkiksi Ruotsin poliisilain 10 §:n 3 kohta kattaa menettelyä, joka on varsin pitkälti myös hätävarjelusäännöksen (tai pakkotilan) piirissä. Virkavelvollisuuksien ulottamiseksi näihin tilanteisiin on kuitenkin katsottu tarpeelliseksi säätää niistä myös poliisilaissa.⁸⁷¹ Tähän teemaan palataan tutkimuksen kuudennessa pääjaksossa.

Boucht on yleisellä tasolla korostanut myös rikoslain ja poliisilain toimivaltasääntelyn erilaista luonnetta. Rikoslain vastuuvapausperusteiden näkökulma on erityisesti kansalaisten välisten horisontaalisuhteessa tapahtuvien ristiriitojen ratkaisemisessa, kun taas hallinto-oikeudellista toimivaltasääntelyä edustavassa poliisilaissa kyse on enemmänkin julkisen vallankäytön kontrollista ja ohjaamisesta eli vertikaalista perussuhteesta.⁸⁷²

10.1.3 Johtopäätöksiä rajan määrittämisestä

De lege lata en näe muuta mahdollisuutta kuin arvioida poliisin voimankäyttöä aina ensisijaisesti voimakeinojen käytön kannalta.⁸⁷³ Jos hätävarjelu olisi ensisijaista, voisi lähes kaiken erilaisia yksityisiä ja julkisia intressejä suojaavan poliisitoiminnan oikeuttaa hätävarjelulla. Pidän tätä lähtökohtaa varsin selvänä, mutta valitettavasti se ei poista kaikkia ongelmia, vaan ennemminkin luo uusia haasteita. Merkittävin näistä on varmistua siitä, että edellytysten täytyttyessä poliisimies saa hyödykseen hätävarjelua koskevan suotuisamman anteeksiantosääntelyn.

Käytännön ratkaisutoiminnassa näen edellä todetun tarkoittavan sitä, että konkreettinen voimankäyttötilanne arvioidaan lähtökohtaisesti voimakeinojen käyttöä koskevan sääntelyn näkökulmasta. Jos menettely ei ole oikeutettua voimakeinojen käyttöä, on arvioitava, voiko se tapauksen poikkeuksellisen luonteen johdosta olla oikeutettua hätävarjelua.⁸⁷⁴ Jos lopputulemana todetaan, että kyse ei ollut ylipäätään *oikeutetusta* voimankäytöstä, joudutaan arvioimaan, oliko kyse rikosoikeudellisesti *anteeksiannettavasta* voimakeinojen käytöstä. Tätä pohdintaa ei tarvitse tehdä, jos jo aiemmassa vaiheessa on tehty sääntöluonteinen päätös, että kyse oli hätävarjelutilanteesta (jossa oli käytetty liiallista voimaa). Tällaisessa tilanteessa voidaan suoraan ryhtyä pohtimaan, olivatko hätävarjelussa käytetyt keinot anteeksiannettavia, vaikkakaan eivät oikeutettuja. Poliisitoimin-

⁸⁷¹ Norée 2008, s. 64–65. Ko. kohta kuuluu ”*det är fråga om att avvärja en straffbelagd handling eller en fara för liv, hälsa eller värdefull egendom eller för omfattande skada i miljön*”.

⁸⁷² Boucht 2011c, s. 755–756.

⁸⁷³ Samoin Lahti 2011, s. 3.

⁸⁷⁴ Ks. Loman 1997, s. 78.

nan kontekstissa anteeksiannettavan hätävarjelun soveltamisala rajoittunee kuitenkin *liiallisiin* voimakeinoihin. Poliisin toimivaltasääntelyyn perustuvasta voimakeinojen käyttöoikeudesta johtuen hätävarjelun *aikarajojen ylittämiseen* liittyvä anteeksianto ei liene lähtökohtaisesti mahdollista. Rikosoikeudelliseen anteeksiantoon liittyvistä kysymyksistä lisää myöhemmin.

Mihin raja sitten tulisi asettaa? Buttlen erottelua hyväksi käyttäen hätävarjelusäännös saattaa tulla sovellettavaksi vain, jos kyseessä on aggressiivinen vastarinta (*aggressive resistance*) eli kohdehenkilö tappelee poliisimiehen kanssa esimerkiksi lyöden, potkien, sylkien, painien, taikka jos kyseessä on vakava tai törkeä vastarinta (*serious or aggravated resistance*) eli kohdehenkilö tekee esimerkiksi aseellisen hyökkäyksen, josta seuraa vakavan vamman tai kuoleman vaara. En sitä vastoin näe, että haitanteko virkamiehelle- tai virkamiehen vastustaminen -tunnusmerkistöjen tyyppinen töniminen ja repiminen voisi juuri missään olosuhteissa oikeuttaa hätävarjeluun.

Sanotusta huolimatta kaikki vaarallisimmatkaan tilanteet eivät ole hätävarjelutilanteita. Hyökkäyksen käsitteen määrittelyä tärkeämpää onkin se, onko poliisilla tilannekontrolli vai ei. Tilannekontrolli on hyvin keskeistä poliisitoiminnassa, ja poliisimiehellä, toimintaryhmällä tai muulla poliisin yksiköllä tulisi aina olla tilanteen, ja mahdollisimman pitkälle myös toiminnan seurauksien, hallinta.⁸⁷⁵ Tilannekontrollin ollessa poliisilla toimintaa arvioidaan toimivaltasääntelyn kannalta, mikä toki edellyttää sitä, että jopa henkilön tahallinen surmaaminen osana poliisialoitteellisesta voimankäyttöä ollaan valmiita hyväksymään eikä lainsoveltajaa ”pakoteta” tässä vaiheessa liukumaan oikeusvaltiollisten lähtökohtienkin kannalta arveluttavaan hätävarjeluun.

Crank on kirjoittanut reunakontrollista (*edge control*) viitaten sillä juuri poliisimiehen kykyyn pitää tilanteet yllättävistä käänteistä huolimatta kontrollissa ja estää niitä muuttumaksi ”turbulenssiksi”, jossa asiat tapahtuvat hyvin nopeasti ja ennustamattomasti. Kyky tämän reunakontrollin ylläpitämiseen ja sen menettämisen ennakoointiin on riippuvainen mm. poliisimiehen koulutuksesta ja kokemuksesta.⁸⁷⁶ Crankin mukaan reunalla toimimiseen liittyy usein illuusio reunan hallinnasta, jolloin traagisimpiinkin seurauksiin johtaneiden tilanteiden arvioidaan usein johtuneen taitamattomasta menettelystä. Toisaalta Crank on esittänyt, että poliisikunnassa työskentelee henkilöitä, jotka nimenomaan pyrkivät pääsemään reunatilanteisiin.⁸⁷⁷ Ja mikä olennaisinta, työskentely reunalla saattaa vahvistaa sellaisia egoistisia piirteitä poliisimiehen käytöksessä, jotka merkittävästi heikentävät mahdollisuuksia vaikuttaa henkilön käytökseen esimerkiksi hallinnollisin määräyksin.⁸⁷⁸ Myös Claes Wallenius on todennut, että reunatilanteissa toimija saattaa keskittyä toimenpiteisiin, jotka kohottavat subjektii-

⁸⁷⁵ Boucht 2011a, s. 204.

⁸⁷⁶ Crank 2004, s. 174–176. Ks. myös Crank 2004, s. 183–184.

⁸⁷⁷ Crank 2004, s. 178.

⁸⁷⁸ Crank 2004, s. 179.

vista tilannekontrollia (subjektiivinen kontrollin tunne), vaikka nämä toimenpiteet eivät objektiivisesti arvioituna tosiasiassa edistä tilannekontrollia, vaan ovat ennemminkin huonosti tilanteeseen soveltuvia tai jopa järjettömiä. Esimerkkinä on mainittu laiminlyönti hankkia apua, koska tällainen menettely ilmentäisi kontrollin luovuttamista.⁸⁷⁹

Aivan varauksetonta hyväksyntää jo aiemmin lisensiaatintutkimuksessani esittämäni näkemykset eivät ole saaneet. Kerttula on kritisoinut kuvattua lähestymistapaa, johon tosin myös Boucht ja Frände ovat Poliisiammattikorkeakoulun opikirjassaan päätyneet:⁸⁸⁰

”Itse olen taipuvainen pitämään Bouchtin ja Fränden ajatusta sinänsä kannatettavana. Siihen liittyy kuitenkin myös ongelmia. Taustaoletuksena esimerkissä on, että voimakeinojen käyttötilanne olisi aina täysin kontrolloitu tilanne, jossa voimakeinojen käyttäjä suhtautuu ratkaisuihinsa täysin tunteettomasti. Hätävärjelun aikana puolustautuja taas menettäisi täysin kontrollinsa ja joutuisi voimakkaiden pelko- ja muiden tunnetilojen kouriin. Todellisuudessa tilanteeseen joutuva poliisimies kykenee tuskin edes itse sanomaan jälkikäteen, missä vaiheessa hän koki tilanteen olevan kontrolloitu ja milloin se taas on mahdollisesti ollut hänen kontrollinsa ulkopuolella.”

Tilanteen kontrollointi tuskin kuitenkaan on sellainen subjektiivinen mielipide tai tunnekysymys, johon Kerttula on viitannut. Tilannekontrollin käsilläolo voidaan nähdäkseni arvioida myös objektiivisesti esimerkiksi vertaamalla toteutunutta tapahtumainkulkua käskettyyn tai muutoin parhaana pidettävään taktiikkaan. Tässäkin arvioinnissa lähtökohdan tulisi olla tilanteessa toimineiden poliisimiesten subjektiivisessa käsityksessä, mutta viimekätinen oikeudellinen arviointi on objektiivinen. Subjektiivisen tietoisuuden merkityksestä hätävarjelutilanteissa lisää seuraavassa.

10.2 TIETOISUUDEN JA VOIMANKÄYTÖN MOTIIVIN MERKITYKSESTÄ

Kuten jo edellä kerrotusta on käynyt ilmi, teon huolimattomuus määritellään ”tekijän erityistiedoilla varustetun huolellisen tarkkailijan” *ex ante* -näkökulmasta. Myös rikosoikeudellisen vaara-arvostelun ja seurauksen todennäköisyyden arvioinnissa hyödynnetään toiminnan hetken näkökulmasta tehtävää arviointia, jossa mittapuuna on tosiasiallisen tekijän erityistiedoilla varustettu ulkopuolinen tarkkailija. Samoin voimakeinojen käytön puolustettavuus ja tarpeel-

⁸⁷⁹ Claes Wallenius 2001, s. 20–21.

⁸⁸⁰ Kerttula 2010, s. 390–391. Ks. myös Boucht 2011a, s. 468–482.

lisuus määritetään ”järkevästi ajattelevan ihmisen” *ex ante* -näkökulmasta, joka on ratkaiseva myös arvioitaessa hätävarjeluun oikeuttavan hyökkäyksen tai sen uhan läsnäoloa. Hieman erilaisista muotoiluista huolimatta nämä kriteerit ovat objektiivisia, mutta hätävarjeluun on liitetty myös subjektiivinen puoli.

Rikoslain esitöiden mukaan hätävarjelulta edellytetään puolustautumistarkoitusta,⁸⁸¹ miltä osin Matikkala on huomauttanut, että hätävarjelusäännöksestä ei voida lukea ulos hallituksen esityksessä mainittua subjektiivista tarkoitusta ja tällainen tulkinta saattaisi hänen mukaansa olla syytetyn vahingoksi tapahtuvaa sanamuodon ylittämistä, mikä on kiellettyä.⁸⁸² Tilanteita, joissa oikeuttamisperuste on käsillä, mutta tekijällä ei ole siitä käsitystä, on Matikkala kuvannut esimerkillä, jossa A lyö yöllä B:n ikkunan kostoksi rikki, mikä kuitenkin koituu huoneistossa nukkuvan B:n onneksi, koska huoneeseen virtasi vaarallista kaasu.⁸⁸³

Tässä yhteydessä joudutaan kiinnittämään huomiota kysymykseen siitä, mikä merkitys on annettava sille, että hätävarjelutilanteessa hyökkäyksen kohdetta avustava henkilö ei ymmärrä kyseessä olevan hätävarjelutilanne. Voidaan pohtia, estääkö tämä tietoisuuden puuttuminen auttanutta henkilöä menestyksellä vetoamasta hätävarjeluun.⁸⁸⁴

Muutoin oikeuskirjallisuudessa on vuosien saatossa esitetty erilaisia toisiaan sivuavia kannanottoja. Honkasalo ja Ellilä ovat katsoneet, että ”[p]uolustuksen tulee ollakseen hätävarjelua tapahtua etujen *suojelemiseksi* hyökkäykseltä”.⁸⁸⁵ Samoin Majanen on katsonut, että tilanteen tunnistaminen ulkoisesti hätävarjelutilanteeksi ei riitä, vaan ollakseen lainmukaista voimakeinojen käyttö täytyy mieltää tapahtuvaksi oikeushyvien suojelemiseksi. Toki suojelumotiivin lisäksi voi olla muitakin motiiveja, kuten kosto tai viha.⁸⁸⁶

Lappi-Seppälä on katsonut riittäväksi, että ”tekijä on ollut selvillä siitä, että käsillä on ollut hätävarjelu”.⁸⁸⁷ Bouchtin ja Fränden rikosoikeuden yleistöksessä on edellytetty hätävarjelussa toimivan henkilön pitävän varsin todennäköise-

⁸⁸¹ HE 44/2002 vp, s. 116.

⁸⁸² Matikkala 2005, s. 241–242 ja 583 ja Matikkala 2006, s. 421.

⁸⁸³ Matikkala 2005, s. 573–574.

⁸⁸⁴ Ks. Sangero 2006, s. 17 (ks. myös av. 66).

⁸⁸⁵ Honkasalo – Ellilä 1966, s. 47. Samoin Honkasalo 1965, s. 157. Myös jo Alanen 1925, s. 101–103 edellytti puolustustarkoitusta.

⁸⁸⁶ Majanen 1979, s. 306.

⁸⁸⁷ Lappi-Seppälä 2004a, s. 20. Ks. myös av. 132, jossa kirjoittaja on todennut, että ”[h]ätävarjeluoikeus lienee syytä lukea sellaisenkin tekijän eduksi, joka pelastaa uhrin vain siitä ilosta, että pääsee tappelemaan”.

nä, että hän on oikeudettoman hyökkäyksen kohteena.⁸⁸⁸ Tapani ja Tolvanen ovat puolestaan omaan olosuhdetahallisuuden määritelmäänsä viitaten katsoneet, että riittävää on, jos henkilö pitää varteenotettavana mahdollisuutena, että hän toimii hätävarjelutilanteessa.⁸⁸⁹ Ilmeisten näyttövaikeuksien vuoksi myös Frände on uudessa yleisesityksessään tyytynyt edellyttämään tietoa hätävarjelutilanteesta. Tiedon taso on sama kuin olosuhdetahallisuudessa eli henkilön tulee pitää varsin todennäköisenä, että hän toimii hätävarjelutilanteessa.⁸⁹⁰ Myös angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa on esitetty, että ainakin tietoisuutta hätävarjelutilanteen käsilläolosta (*“awareness by the actor of the justifying circumstances”*) tulisi edellyttää.⁸⁹¹

Viitaten edellä olosuhdetahallisuuden osalta esitettyyn katson, että oikeuttamisperusteen vaikuttaessa toimivan henkilön tulee pitää oikeuttamisperusteen käsilläoloa *varsin todennäköisenä*. Voimankäytön kontekstissa tämä on ymmärrettävä siten, että poliisimiehen tulee pitää varsin todennäköisenä, että hän on oikeutettu käyttämään voimaa – olipa sovellettava oikeuttamisperuste *ex post* -arviossa sitten voimakeinojen käyttö, hätävarjelu tai jopa pakkotila.⁸⁹²

Toisensuuntaisiakin kannanottoja on esitetty. Esimerkiksi Nuutila on ennen yleisten oppien uudistusta katsonut, että sallitun hätävarjelu rajat määritetään sosiaalisen vahingollisuuden perusteella eivätkä tekijäpsykologiset, tekijän tahdonmuodostuksen moitittavuuteen liittyvät subjektiiviset tekijät tule hätävarjelutekoa arvioitaessa pohdittavaksi.⁸⁹³ Samansuuntaisesti Hahto on todennut olennaista olevan sen, ”että vastareaktiolla puolustetaan jotain oikeusjärjestyksen suojelemaa oikeushyvyä” eikä puolustautujan tunnetila.⁸⁹⁴ Ruuskanen on puolestaan todennut, että tunteiden olemassaolo, edes kostonhalu, ei sinänsä vaikuta teon juridiseen arviointiin, vaan ratkaisevaa on, ”täytyvätkö oikeutetun puolustusteon kriteerit”.⁸⁹⁵ Lisäksi hän on katsonut, että mitä lievemmat puolustusteolla aiheutetut vammat tai vahingot ovat, sitä uskottavampaa on, että teot on tehty puolustautumistarkoituksessa.⁸⁹⁶ Myöskään Ruotsissa minkäänlaista tietoisuus-

⁸⁸⁸ Boucht – Frände 2008, s. 99. Kirjoittajat ovat perustaneet vaatimuksen ”varsin todennäköisestä” olosuhdetahallisuudelle, joka heidän mukaansa edellyttää myös vastaavantasoisia tietoa.

⁸⁸⁹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 323. Ks. myös Tapani 2008, s. 888.

⁸⁹⁰ Frände 2012, s. 149. Ks. myös Roxin 2006, s. 1099–1100.

⁸⁹¹ Sangero 2006, s. 225. Puolustustarkoituksen näyttämisen kriteeristä ks. myös Sangero 2006, s. 234–235.

⁸⁹² Oikeuskäytännössä on puolustautujan subjektiivisia tuntemuksia, motiivia ja toiminnan tavoitteita on kuvailtu varsin esimerkillisesti edellä selostetussa tapauksessa KKO 1986-II-79. Ks. myös Ruuskanen 2005, s. 236.

⁸⁹³ Nuutila 1996a, s. 177–179.

⁸⁹⁴ Hahto 2004, s. 158–159.

⁸⁹⁵ Ruuskanen 2005, s. 182 ja 201–202. Ulkomaisesta kirjallisuudesta vrt. Ashworth 2009, s. 126.

⁸⁹⁶ Ruuskanen 2005, s. 184.

vaatimusta ei ole asetettu. Siellä näkökulma perustuu korostetusti ajatukselle vastuuvapausperusteen objektiivisesta luonteesta.⁸⁹⁷

Myös pakkotilassa edellytetään tietoisuutta tai ”ymmärrettävää luuloa” tilanteen pakkotilaluontoisuudesta.⁸⁹⁸ Tapani ja Tolvanen ovat olosuhdetahallisuuteen viitaten – samoin kuin hätävarjelun osalta – todenneet, että riittävää on, että henkilö pitää ”pakkotilan käsillä oloa vartenotettavana vaihtoehtona.”⁸⁹⁹ Edellä kerrottuun viitaten muokkaisin ”vartenotettavan” muotoon ”varsin todennäköinen”.

Tilanteisiin, joissa hätävarjelun objektiivinen puoli täyttyy, mutta subjektiivinen ei täyty, voidaan hahmottaa erilaisia ratkaisuja. Vaihtoehtoisia ratkaisuja ovat ainakin vastuuvapaus, vastuu rangaistavasta yrityksestä ja vastuu täytetystä tahallisuudesta rikoksesta. Matikkalan mukaan Suomessa käyttökelpoisia ratkaisutapoja olisivat lähinnä vastuu täytetystä teosta ja vastuuvapaus.⁹⁰⁰ Ainakin Boucht ja Frände näyttäisivät päätyneen vastuuseen täydestä teosta. Heidän esimerkissään henkilö, joka ”ampuu B:n tietämättä, että B on juuri aloittanut oikeudettoman hyökkäyksen C:tä vastaan”, tuomitaan rangaistukseen tahallisesta rikoksesta, vaikka ampuja tosiasiallisesti pelasti C:n hengen.⁹⁰¹ Syytetyn tulee siis esittää jotain uskottavuusnäyttöä siitä, että hän tiesi kyseessä olleen hätävarjelutilanne.

Seuraavassa pääjaksossa tulee erikseen arvioitavaksi se, edellytetäänkö voimankäyttöön liittyvältä rikosoikeudelliselta anteeksiannolta, että voimakeinoja käyttänyt henkilö on pitänyt käyttämiään keinoja oikeutettuina tai edes tarpeellisina.

⁸⁹⁷ Boucht 2011a, s. 321–322. Ks. myös Jareborg 2001, s. 259 (hätävarjelu) ja 265 (pakkotila), Norée 2000, s. 134 ja 227 ja Norée 2004, s. 27. Vrt. Ashworth 2009, s. 119, jonka perusteella Englannissa edellytetään tietoisuutta jonkin oikeuttamisperusteen käsillä olosta. Ns. luulotelluista rikoksista (*wahndelikt*) ks. myös Roxin 2003, s. 458–461.

⁸⁹⁸ HE 44/2002 vp, s. 121–122. Ks. Frände 2005a, s. 170. Ks. myös IACP 2006, s. 2, jossa on todettu, että (kursivoinnit tässä) ”[f]orce that is likely to cause death or serious bodily harm is properly judged through the eyes of a reasonably prudent and well-trained police officer under the same or similar circumstances. This reasonable man or, more accurately, reasonable officer standard is an objective test. That is, it is not based on the intent or motivation of the officer or other subjective factors at the time of the incident. It is based solely on the objective circumstances of the event and the conclusion that would be drawn by any ‘reasonable officer at the scene’.” Ks. tästä myös Alpert – Smith 1994, s. 486–487.

⁸⁹⁹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 331.

⁹⁰⁰ Matikkala 2005, s. 584–585.

⁹⁰¹ Boucht – Frände 2008, s. 99.

10.3 VOIMAKEINOJEN KÄYTTÖ UUDESSA POLIISILAISIA – MIKÄ MUUTTUU?

Uudessa vuonna 2014 voimaan tulevassa poliisilaissa säädetään aiempaa lakia kattavammin poliisin oikeudesta voimakeinojen käyttöön. Lukuisia poliisin voimakeinojen käyttämisestä annetussa asetuksessa (979/2004) aiemmin olleita säännöksiä (muun muassa voimakeinojen käytöstä varoittaminen sekä liikkumatai toimintavapautta rajoittavien keinojen käyttö) katsottiin tarpeelliseksi siirtää lakiin niiden keskeisyyden vuoksi. Tutkimukseni kannalta erityisen olennaista on se, että hallituksen esityksen mukaan uuden poliisilain säännökset perustuvat keskeisesti mainitun asetuksen säännöksille. Asetus kumottiin uuden poliisilain säätämisen myötä.⁹⁰² UPL 2 luvun 17 § (voimakeinojen käyttö) kuuluu kokonaisuudessaan seuraavasti:⁹⁰³

”Poliisimiehellä on virkatehtävää suorittaessaan oikeus vastarinnan murtamiseksi, henkilön paikalta poistamiseksi, kiinniottamisen toimittamiseksi, vapautensa menettäneen pakenemisen estämiseksi, esteen poistamiseksi taikka välittömästi uhkaavan rikoksen tai muun vaarallisen teon tai tapahtuman estämiseksi käyttää sellaisia tarpeellisia voimakeinoja, joita voidaan pitää puolustettavina. Voimakeinojen puolustettavuutta arvioitaessa on otettava huomioon tehtävän tärkeys ja kiireellisyys, vastarinnan vaarallisuus, käytettävissä olevat voimavarat sekä muut tilanteen kokonaisarvoteluun vaikuttavat seikat.

Poliisimiehellä on virantoimituksessa lisäksi oikeus hätävarjelukseen siten kuin rikoslain 4 luvun 4 §:ssä säädetään. Tällaisessa hätävarjelussa poliisimies toimii virkavastuulla. Arvioitaessa hätävarjeluun puolustettavuutta on otettava huomioon poliisimiehelle koulutuksensa ja kokemuksensa perusteella asetettavat vaatimukset.

Sillä, joka poliisimiehen pyynnöstä tai tämän suostumuksella tilapäisesti avustaa poliisimiestä tilanteessa, jossa on välttämätöntä turvautua sivullisen apuun voimakeinojen käytössä erittäin tärkeän ja kiireellisen poliisin virkatehtävän suorittamisessa, on oikeus poliisimiehen ohjauksessa sellaisten voimakeinojen käyttämiseen, joihin poliisimies toimivaltansa nojalla hänet valtuuttaa.

Poliisilla on oikeus puolustusvoimien avustuksella käyttää sotilaallisia voimakeinoja terrorismirikoksen estämiseksi tai keskeyttämiseksi sen mukaan kuin puolustusvoimien virka-avusta poliisille annetussa laissa (781/1980) säädetään.

⁹⁰² HE 224/2010 vp, s. 25 ja 63. Lienee syytä viitata selvityshenkilö Klaus Helmisen havaintoon siitä, että nykyiseenkin poliisilakiin sisältyvä voimakeinojen käyttö säännös on toimiva. Ks. Helminen 2006, s. 23.

⁹⁰³ Huomattakoon, että UPL 2 luvun 17 §:n 1 momentti vastaa sanatarkasti voimassa olevan PoL 27 §:n 1 ja 2 momentteja. Fyysisen esteen poistamista koskevia erityissäännöksiä ovat UPKL 8 luvun 6 §:n 2 momentti ja UPL 2 luvun 7 §. Voimakeinojen käytöstä säännellään myös UPL 2 luvun 9 §:n 1 momentissa, 2 luvun 22 §:ssä sekä 3 luvun 4 §:ssä. Näihin tilanteisiin sovelletaan yleissäännöksestä ilmeneviä periaatteita ja sääntöjä. Ks. tästä Helminen et al. 2012b, s. 771.

Voimakeinojen käytön liioittelusta säädetään rikoslain 4 luvun 6 §:n 3 momentissa ja 7 §:ssä sekä hätävarjelun liioittelusta rikoslain 4 luvun 4 §:n 2 momentissa ja 7 §:ssä.”

Selvyyden vuoksi lienee syytä lainata hallituksen esityksessä 2 momentista todettua:⁹⁰⁴

”Momenttiin otettava viittaus rikoslain 4 luvun 4 §:ään tarkoittaisi sitä, että hätävarjelutilanteissa sovellettavaksi tulisi myös mainitun pykälän 1 momentin loppu, jonka mukaan hätävarjeluteko ei ilmeisesti saa ylittää sitä, mitä on pidettävä kokonaisuutena arvioiden puolustettavana, kun otetaan huomioon hyökkäyksen laatu ja voimakkuus, puolustautuja ja hyökkääjän henkilö sekä muut olosuhteet. Samoin sovellettaisiin mainitun pykälän 2 momenttia hätävarjelun liioittelusta. Hätävarjelutilanteissa ei siis sovellettaisi ehdotettavan pykälän 1 momentin jälkimmäistä virkettä voimakeinojen puolustettavuuden arviointiperusteista eikä rikoslain 4 luvun 6 §:n 3 momentin säännöstä rangaistusvastuusta vapautumisesta tapauksissa, joissa on ylitetty saman pykälän 2 momentissa säädetty voimakeinojen käytön rajat.”

Merkille pantavaa on, että poliisin oikeudesta hätävarjeluun säädetään nyt yksiselitteisesti laissa. Oikeustila ei tältä osin kuitenkaan muuttunut.⁹⁰⁵ Oikeustila, mikä se sitten onkaan, ei Bouchtin mukaan ole muuttunut siltäkään osin kuin kyse on hätävarjelun ja voimakeinojen käytön keskinäisen suhteen määrittämisestä.⁹⁰⁶ Boucht on kuitenkin katsonut, että viitattuun RL 4 luvun 4 §:n 1 momenttiin sisältyvä maininta ”muista olosuhteista” mahdollistaisi sen, että UPL 17 §:n 1 momentissa luetteloituja seikkoja voitaisiin ottaa huomioon myös hätävarjelutilanteissa. Käytännössä huomioon tulisi otettavaksi käytettävissä olevat voimavarat sekä voimakäyttövälineen valintaan ja vaikutusten ja seurausten arviointiin kohdistuvat vaatimukset. Tehtävän tärkeydellä ja kiireellisyydellä sitä vastoin ei Bouchtin mukaan juurikaan olisi relevanssia.⁹⁰⁷ Bouchtin mainitsemista seikoista ainakin käytettävissä olevat voimavarat tulisivat otettavaksi huomioon siinä arviossa, onko kyse ylipäätään hätävarjelutilanteesta.

Esitutkintalain, pakkokeinolain ja poliisilain kokonaisuudistusta valmistelleen esitutkinta- ja pakkokeinotoimikunnan mietinnössä ehdotettiin, että uudessa poliisilaissa olisi voimakeinojen käytön liioittelutilanteiden osalta viitattu RL 4 luvun 6 §:n 3 momentin (ja 3 momentin kautta 2 momentin) sijasta poliisilain voimakeinojen käytön puolustettavuutta koskevaan lainkohtaan. Tällöin rangaistusvastuusta vapautuminen muissa kuin hätävarjelutapauksissa olisi määräytynyt poliisilain perusteella rikoslain

⁹⁰⁴ HE 224/2010 vp, s. 84.

⁹⁰⁵ Ks. Boucht 2011c, s. 753–754.

⁹⁰⁶ Boucht 2011c, s. 754 ja 758.

⁹⁰⁷ Boucht 2011c, s. 765–766.

sijasta.⁹⁰⁸ Hallituksen esityksessä tätä muutosta ei enää esitetty. Käytännössä sillä ei olisi ollut suurtakaan merkitystä edes virkavastuun kannalta, koska rikoslain voimakeinojen käyttösäännöksen ja poliisin voimakeinojen käyttösäännöksen soveltamisessa ei sanamuodon pienistä eroista huolimatta vaikuttaisi olevan käytännössä eroa. Siinänsä lakiuudistuksessa päädyttiin joiltain muilta osin säätämään rikosoikeudellisesta vastuuvapautumisesta poliisioikeudellisin säännöksin. Näin tapahtui mm. peitetoinnin osalta.

Hallituksen esityksen mukaan nyt voimakeinojen käyttämisestä annettuun asetukseen kirjattua ohjetta siitä, että ”[v]oimakeinojen valinnassa ja käytössä on otettava huomioon voimakeinojen käytön todennäköiset vaikutukset ja seuraukset niiden kohteena olevaan henkilöön ja erityisesti sivullisten turvallisuuteen” ja, että tämän ”[v]aikutusten ja seurausten arvioinnin on oltava jatkuvaa”, tulee jatkossakin noudattaa tulkintaohjeina sekä voimakeinojen käyttötilanteissa että hätävarjelutilanteissa.⁹⁰⁹

Huomattavaa on, että oikeuskirjallisuudessa on katsottu UPL 2 luvun 17 §:n sanamuotoon viitaten, että käytettävien voimankäyttövälineiden piiriä ei ole rajattu. Vaikka poliisimiehen tulisi voimakeinoja käytettäessä turvautua hänelle osoitettuihin välineisiin, voi tämä poikkeustilanteissa turvautua muihinkin, epävirallisiin välineisiin, jotka eivät kuitenkaan saa esitetyn näkemyksen mukaan olla ”hyvän tavan vastaisia”.⁹¹⁰ Mikäli tulkintasuositus on oikea, poistaa se osin tarvetta soveltaa rikoslain hätävarjelusäännöstä poliisin voimankäyttöön.

Voimakeinojen käytöstä säädetään uudessa poliisilaissa myös muualla kuin 2 luvun 17 §:ssä. Esimerkiksi 2 luvun 9 §:n mukaan, jollei väkijoukon hajottamiseen tähtäävää määräystä noudateta, ”poliisimiehellä on oikeus hajottaa väkijoukko voimakeinoin sekä ottaa niskoitteleva henkilö kiinni. Poliisin tulee mahdollisuuksien mukaan rajata toimenpiteensä koskemaan niitä henkilöitä, joiden menettelystä väkijoukon hajottamisen tai siirtämisen tarve aiheutuu.” Tällainen säännös on varsin haastava perusoikeuksien näkökulmasta, koska poliisitoimenpide saattaa jo pykälän sanamuodonkin mukaan kohdistua henkilöön, jonka oma toiminta ei ole ollut sinänsä moitittavaa.⁹¹¹ Tältä osin viitataan aiemmin voimassa olevan poliisilain osalta todettuun.

UPL 2 luvun 18 § velvoittaa varautumaan voimankäyttöön asianmukaisesti ja mahdollisuuksien mukaan varoittamaan uhkaavasta voimankäytöstä. Säännös kuuluu seuraavasti:

⁹⁰⁸ KM 2009:2, s. 172, 546 ja 716. Jälkimmäisessä mietinnön kohdassa olevan ehdotetun säännöksen sanamuoto ei kuitenkaan vaikuttaisi olevan yhtä yksiselitteinen kuin perustelut sivulla 172 ja 546.

⁹⁰⁹ HE 224/2010 vp, s. 83. Samansuuntaisesti Ruotsista ks. Westerlund 2003, s. 49.

⁹¹⁰ Helminen et al. 2012b, s. 783.

⁹¹¹ HE 224/2010 vp, s. 173.

”Jos virkatehtävää suoritettaessa on syytä epäillä kohdattavan vastarintaa tai rikoslain 4 luvun 4 §:n 1 momentissa tarkoitettu oikeudeton hyökkäys, voimakeinojen käyttöön on varauduttava sopivalla ja tarkoituksenmukaisella tavalla.

Virkatehtävän kohteena olevaa henkilöä on varoitettava mahdollisuudesta joutua voimakeinojen käytön kohteeksi, jos varoittaminen on mahdollista ja tarkoituksenmukaista. Varoittaminen on tehtävä tarkoitukseen soveltuvalle ymmärrettävällä tavalla.”

Tästäkin virkavelvollisuudesta katsottiin asianmukaiseksi säätää asetuksen si-
jaan lakitasoisesti.⁹¹² Lakitekstiin sisältyvän viittauksen perusteella varautumis-
velvollisuus ulottuu siis myös hätävarjelutilanteisiin, mutta hallituksen esityk-
sessä on arvioitu, että hätävarjelutilanteiden yllätyksellisyyden ja ennalta-arvaa-
mattomuuden johdosta tätä säännöstä voidaan harvemmin soveltaa ko. tilantei-
siin.⁹¹³ Säännöksen sisältöä on hallituksen esityksen mukaan johdettu UPL 1 lu-
vussa säädetyistä poliisitoiminnan yleisistä periaatteista. Hallituksen esityksessä
on mainittu erityisesti perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien kunnioittaminen (1
luvun 2 §), velvollisuus asialliseen ja sovinollisuutta edistävään toimintaan (1
luvun 6 §:n 1 momentti), suhteellisuusperiaate (1 luvun 3 §) sekä vähimmän
haitan periaate (1 luvun 4 §).⁹¹⁴ Vähimmän haitan periaatteen voidaan lisäksi
katsoa edellyttävän, että varoituslaukauksilla ei aiheuteta välitöntä vaaraa edes
kohdehenkilöille eikä lähtökohtaisesti minkäänlaista vaaraa sivullisille.⁹¹⁵ Näh-
täväksi jää, tuleeko sinänsä ehdollisen varoittamisvelvollisuuden kirjaaminen
lakiin johtamaan jopa ei-toivottuihin seurauksiin. Pohjoismaisessa kirjallisuus-
dessa on esitetty, että varoittamisvelvollisuuden puuttuminen kirjoitetusta nor-
mista helpottaa ja nopeuttaa päätöksentekoa konkreettisessa voimankäyttötilan-
teessa, mikä puolestaan edesauttaa voimakeinojen käyttöä aiemmassa vaiheessa
kontrolloidulla ja aidosti vähiten haittaa aiheuttavalla tavalla.⁹¹⁶ Lakisidonnai-
suuden vaatimuksen korostaminen voikin pahimmillaan kangistaa päätöksente-
koa ja jopa heikentää kansalaisten perusoikeuksien turvaa.

Aseenkäytöstä varoittamatta jättämisestä ei voi tehdä mitään päätelmiä itse aseenkäy-
tön oikeutuksesta eikä varoittaminen itsessään saa aiheuttaa tarpeetonta vaaraa poli-
simiehille viivästyttämällä aseenkäyttöpäätöstä. Toisaalta tilanne voi muutoinkin olla
sellainen, että aseenkäytöstä varoittaminen aiheuttaa tarpeetonta vaaraa. Tästä voi olla

⁹¹² HE 224/2010 vp, s. 84.

⁹¹³ HE 224/2010 vp, s. 84. Ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 784.

⁹¹⁴ HE 224/2010 vp, s. 84–85. Ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 784. Se, että Suomessa ei ole
aiemmin säädetty varoituslaukauksesta millään tavalla, on poikkeuksellista pohjoismaisessa ver-
tailussa. Ks. tästä Knutsson – Norée 2010, s. 115. Ks. myös Knutsson – Norée 2010, s. 121–122,
josta ilmenee, että vuosina 1997–2006 suurin osa poliisin ampumista laukauksista Suomessa oli
varoituslaukauksia.

⁹¹⁵ Ks. Elholm 2003, s. 68.

⁹¹⁶ Knutsson 2010, s. 114. Samoin Knutsson – Norée 2010, s. 122.

kyse esimerkiksi silloin, jos kohdehenkilö on aseistautunut hyvin tulivoimaisella aseella, kuten rynnäkkökiväärillä. Tällaisissa tilanteissa jossain määrin ennakoivakin hätävarjelu voi olla sallittua. Kolmantena esimerkkinä on mainittu tilanne, jossa uhka kohdistuu muihin kuin poliisimieheen, kuten esimerkiksi EIT:n McCann-tapauksessa, jossa kohdehenkilöillä epäiltiin olevan hallussaan viritetyn pommin kaukolaukaisin. Kyse on viime kädessä punninnasta. Kuten Waddington toteaa, ”(t)he police must always balance the likelihood that the person will surrender if given the chance against the threat to innocent life he does not.”⁹¹⁷

Todettakoon, että varautuminen ja seuraamukseltaan lievien voimakeinojen käyttö ovat juridisesti yllättäväinkin vaikeita kysymyksiä. Jaakko Wallenius on tutkielmassaan viitannut eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisuun dnro 1274/4/92, jossa oli kyse aiheettomaksi osoittautuneesta henkilötarkastuksesta. Tapauksessa poliisi oli pysäyttänyt ajoneuvon, jossa oli neljä varusmiestä, jotka tuntomerkeiltään sopivat erään ampumavälikohtauksen osallisiksi. Varusmiehet oli aseilla uhaten käsketty ulos autosta ja laitettu käsirautoihin. Tämän jälkeen heitä kuulusteltiin ja heidän ajoneuvonsa tarkastettiin. Oikeusasiamiehen mukaan voimakeinot olivat ennakkotietojen valossa puolustettavia, joskin hän kritisoi käsirautojen käyttöä ja sitä, että kohdehenkilöiltä ei pyydetty erehdystä anteeksi.⁹¹⁸ Ratkaisuun liittyen olennaisinta on kuitenkin Walleniuksen kysymys, oliko voimakeinojen käyttö ko. tilanteessa oikeutettua, koska kohdehenkilöt eivät tehneet vastarintaa.⁹¹⁹ Ilmeisesti ei voida myöskään katsoa, että kyse olisi ollut kiinnioton toimittamisesta. Sekä ampuma-aseella uhkaaminen että käsirautojen laittaminen ovat nykyään ja myös uuden poliisilain mukaan selkeästi voimakeinojen käyttöä.

Osin mainittuun tapaukseen liittyen Wallenius on esittänyt, että osa poliisin toimivallasta voisi jatkossakin perustua tavanomaiseen oikeuteen. Esimerkkinä hän on maininnut juuri ennakoivat voimakeinot, joilla tarkoitetaan lähinnä poliisin oman työturvallisuuden takia tehtäviä toimia, joiden pohjana oleva vaara-arvio perustuu ”etäisempään, kokemuksen aikaansaamaan käsitykseen”. Wallenius on nähnyt tällaisen toimintatavan usein koituvan myös kohdehenkilön hyödyksi. Kirjoittajan mukaan näitä tilanteita tulee arvioida legaliteettiperiaatetta laajemmalla katsannossa – hyvän hallinnon yleisten periaatteiden mittapuulla. Ilmeisenä ratkaisuna Walleniuksen esille tuomaan haasteeseen voidaan toki esittää ko.

⁹¹⁷ Waddington 1990, s. 702–703.

⁹¹⁸ EOAK 1993, s. 88–89. Ks. myös samantyyppinen ratkaisu EOAK 1994, s. 41–42 (7.1.1994 dnro 1062/4/93). Aseella uhkaaminen oli vaarallisuusarvioon nähden suhteellisuusperiaatteen vastaista. Ko. tapauksessa ajoneuvo pysäytettiin väärin rekisterikilpien johdosta.

⁹¹⁹ Jaakko Wallenius 2001, s. 97.

tilanteista säätämistä toimivaltalainsäädännössä. Wallenius ei pidä kattavan sääntelyn luomista tältä osin kuitenkaan realistisena vaihtoehtona.⁹²⁰

Aseenkäytöstä ajoneuvoa vastaan ei uudessa laissa säädetä erikseen, vaan myös kulkuneuvon pysäyttämiseen sovellettaisiin 17 §:n säännöksiä voimakeinojen käytöstä. Tosin UPL 9 luvun 10 §:n 2 momentin 4 kohdan mukaan myös kulkuneuvon pysäyttämisestä voidaan säätää tarkemmin SM:n asetuksella.⁹²¹ Lähtökohtaisesti voidaan edelleen viitata voimassa olevassa asetuksessa oleviin määräyksiin. Todettakoon kuitenkin, että voimassa olevan asetuksen vaatimus, että ”[j]os kulkuneuvossa on useampi kuin yksi henkilö, edellä mainitut edellytykset on otettava huomioon kaikkien kulkuneuvossa olevien henkilöiden osalta” on ilmeisesti ankarampi kuin UPL 2 luvun 17 § ja ainakin ankarampi kuin esimerkiksi EIT:n Juozaitienė vs. Lithuania -ratkaisussa asettamat kriteerit. EIS ei kiellä aseenkäyttöä, vaikka aseenkäytön edellytykset eivät kaikkien matkustajien osalta täytyisikään. Matkustajien oikeudet pitää toki ottaa huomioon. Bouchtin mukaan oikeustilaa tuskin on haluttu tältä osin muuttaa, mutta lopputulema joka tapauksessa on se, että enää ei ole ehdotonta kieltoa käyttää asetta sellaista ajoneuvoa kohtaan, jonka kaikki matkustajat eivät edellytyksiä täytä.⁹²² Mielestäni muutos saattaa olla perusteltu ja johtaa tasapainoisempaan sääntelytilanteeseen kuin vielä asetuksen voimassa ollessa. Jos aseenkäytön ehdottomaksi kynnykseksi määritetään se, että aseenkäytön edellytykset täyttyvät kaikkien kulkuneuvossa olevien henkilöiden osalta, saattaa tämä johtaa siihen, että suurtakaan vaaraa sivullisille aiheuttavan autoilijan pysäyttämiseen ei voida käyttää ainoata tehokasta keinoa eli ampuma-asetta. Sivullisten oikeudet voitaisiin näissäkin tilanteissa ottaa huomioon siten kuin olen edellä esittänyt.

Uuden poliisilain muiden säännösten osalta voidaan viitata ensinnäkin suhteellisuusperiaatetta koskevaan 1 luvun 3 §:ään, jonka mukaan:

”Poliisin toimenpiteiden on oltava puolustettavia suhteessa tehtävän tärkeyteen, vaarallisuuteen ja kiireellisyyteen, tavoiteltavaan päämäärään, toimenpiteen kohteena olevan henkilön käyttäytymiseen, ikään, terveyteen ja muihin vastaaviin häneen liittyviin seikkoihin sekä muihin tilanteen kokonaisarviointiin vaikuttaviin seikkoihin.”

⁹²⁰ Jaakko Wallenius 2001, s. 101. Toisaalta työsuojelun käsikirjassa korostetaan ammattitaitoon kuuluvan sen, että riskejä sisältävät tilanteet erotetaan rutiininomaisesti toistuvista tilanteista ja niihin reagoidaan mahdollisimman varhaisessa vaiheessa, jotta väkivalta jää mahdollisimman vähäiseksi. Reagoinnissa myöhästyminen vähentää käytettävissä olevien vaihtoehtojen toimintamallien kirjoa. Ks. tästä Grueneweldt 2004, s. 89.

⁹²¹ HE 224/2010 vp, s. 83.

⁹²² Boucht 2011c, s. 769–771. Samat huomiot voidaan tehdä myös aseenkäytöstä kaksipyöräisiä ajoneuvoja kohtaan.

Säännöksen esitöissä on korostettu sitä, että suhteellisuusperiaatteen mukainen toiminta voi johtaa myös toimenpiteen keskeyttämiseen tai siitä luopumiseen. Henkilön käyttäytymisen lisäksi suhteellisuusperiaatteen maininta tehtävän vaarallisuudesta kytkeytyy selkeästi voimakeinojen käyttöön. Hallituksen esityksen muotoilu viittaa tältä osin tarpeellisuusperiaatteen tehokkuusulottuvuuteen: ”Joissakin tilanteissa saatetaan jo perustellusti ennakoida, että toimenpiteen kohteena olevan henkilön käyttäytyminen voi vaarantaa poliisin työturvallisuuden, mikä voidaan sitten ottaa huomioon käytettävän keinon valinnassa.” Tehtävän vaarallisuus voi henkilön lisäksi viitata myös poikkeuksellisiin suoritusolosuhteisiin, jotka edellyttävät tehtävän luonteelle epätyypillisten toimivaltuuksien käyttöä.⁹²³ Tässä yhteydessä voidaan sovellettavana standardina viitata myös UPL 1 luvun 2 §:ään (Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien kunnioittaminen), jonka mukaan:⁹²⁴

”Poliisin on kunnioitettava perusoikeuksia ja ihmisoikeuksia sekä toimivaltuuksia käyttäessään valittava perusteltavissa olevista vaihtoehdoista se, joka parhaiten edistää näiden oikeuksien toteutumista.”

UPL 1 luvun 8 §:n (Poliisimiehen aseman ilmaiseminen ja poliisimiehen yksilöiminen) mukaan:

”Poliisimiehen on tarvittaessa ilmaistava toimenpiteen kohteena olevalle henkilölle olevansa poliisimies ja pyynnöstä esitettävä virkamerkinsä, jos ilmaiseminen tai esittäminen on mahdollista toimenpiteen suorittamista vaarantamatta.”

Yleisesti voidaankin todeta, että potentiaalisten voimankäyttötilanteiden hoitamisessa voimakeinojen käyttöä edeltävänä vaiheena on tärkeä huolehtia siitä, että kohdehenkilö tietää olevansa tekemisissä nimenomaan poliisin (tai muun voimakeinojen käyttöön oikeutetun henkilön) kanssa.⁹²⁵ Sääntelylle on saatavis-

⁹²³ HE 224/2010 vp, s. 72.

⁹²⁴ Boucht 2011c, s. 749. Boucht on katsonut säännöksen korostavan perusoikeuksien huomioon ottamista sekä voimakeinoista päätettäessä että niitä käytettäessä.

⁹²⁵ HE 224/2010 vp, s. 85 ja Helminen et al. 1999, s. 286. Tämä osaltaan puoltaa näkemystä, että mahdollisuuksien mukaan voimakeinojen käyttöön oikeutetut henkilöt kantavat erityistä virkapukua, joka helpottaa heidän tunnistamistaan esimerkiksi poliiseiksi. Ks. tästä Helminen et al. 2012b, s. 775. Tunnistamisen merkityksestä ks. KKO 1991:171. Ratkaisu koski lähinnä tahallisuutta, mutta korkeimman oikeuden viittaamista hovioikeuden perusteluista voidaan ottaa esille seuraava kohta: ”C:n havaittua asuntonsa ikkunasta pihatietä saapuneen auton valot hän oli, luultuaan tulijoiden olleen hänen kanssaan aikaisemmin riitautuneita henkilöitä, ladannut kaksipiippuisen haulikon ja ampunut talon ulkoportailta kaksi laukausta, toisen noin 50 metrin päähän pysähtyneen auton suuntaan. Auton katolla ollut poliisin tunnusvalo ei ollut ollut toiminnassa. Tämän jälkeen B oli sammuttanut auton ajovalot ja peruuttanut autoa noin 30 metrin matkan, minkä jälkeen A oli poistunut lumeen juuttuneesta autosta tien ojaan. C oli tietä pitkin kulkien lähestynyt autoa ja am-

sa tukea myös kansainvälisestä *soft law* -aineksesta. Vuonna 1990 annettujen voimankäyttöä koskevien yleisten periaatteiden 10 kohdan mukaan (kursivoinnit tässä):⁹²⁶

”In the circumstances provided for under principle 9, law enforcement officials shall identify themselves as such *and* give a clear warning of their intent to use firearms, with sufficient time for the warning to be observed, *unless* to do so would unduly place the law enforcement officials at risk *or* would create a risk of death or serious harm to other persons, *or* would be clearly inappropriate or pointless in the circumstances of the incident.”

Euroopan neuvoston vuoden 2001 julistuksen mukaan:⁹²⁷

”45. Police personnel shall, during intervention, normally be in a position to give evidence of their police status and professional identity.”

Kyse on sekä poliisimiesominaisuuden esille tuomisesta että mahdollisuudesta lähinnä valvonnan tarpeita silmällä pitäen yksilöidä toimenpiteen tehnyt poliisimies. Tällä ei kuitenkaan välttämättä tarkoiteta poliisimiehen nimen paljastamista. Sekä poliisimiesominaisuuden ilmoittamisvelvollisuuden että poliisimiehen yksilöintivelvollisuuden laajuuden määrittäminen yksittäistapauksessa edellyttää tapauskohtaista punnintaa poliisihenkilöstön turvallisuuden ja yleisön intressien välillä.⁹²⁸

Poliisin työturvallisuuden kannalta on olennaista huomata, että korkein oikeus näyttää asettaneen varsin korkean näyttökynnyksen sille, onko syytetty tunnistanut toisen osapuolen poliisiksi tai muuksi korostettua rikosoikeudellista suojaa nauttivaksi henkilöksi. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 1984-II-80 vastaaja A:n ei katsottu syyllistyneen järjestysmiehen väkivaltaiseen vastustamiseen, koska vastustelun kohteena olleella luvan mukaisella järjestysmiehellä ei ollut SM:n antamassa päätöksessä edellytettyä nauhaa tai pukua, jossa järjestysmiesominaisuus olisi selkeästi ilmaistu. Päätöspäätöseläissa todetaan, että ”vahtimestari ei myöskään ollut esittänyt A:lle järjestysmieskorttiaan eikä ilmoittanut olevansa järjes-

punut yhden laukauksen A:n läheisyyteen, jolloin A oli huutanut olevansa poliisi ja ampunut kaksi varoituslaukausta. C oli jatkanut lähestymistään ja ampunut A:ta kohti raastuvanoikeuden päätöksessä kerrotuin tavoin ja seurauksin. Tuo laukaus oli osittain osunut myös noin 50 metrin päässä olleen auton tuulilasiin. Näyttämättä oli jäänyt, että C olisi kuullut A:n huudot tai muutoinkaan tiennyt A:n ja B:n olleen poliisimiehiä.” Myös EIT on kiinnittänyt huomiota siihen, kuinka tärkeää on, että kohdehenkilöt tunnistavat poliisimiehen poliisimieheksi. Ks. tästä esim. Kalucki-ratkaisun kohta 55.

⁹²⁶ UN 1990 kohta 10. Ks. myös de Rover 1998, s. 278 kommentit kohdan asettamista vaatimuksesta.

⁹²⁷ EN 2001, s. 11. Ks. myös AI 1998, s. 6.

⁹²⁸ EN 2001, s. 59–60.

tysmies. Näin ollen A ei ole tiennyt ravintolan vahtimestarina toimineen C:n olleen myös asianmukaisesti asetettu järjestysmies. A ei siten ole syyllistynyt järjestysmiehen väkivaltaiseen vastustamiseen.”

Voitaneen perustellusti väittää, että jos vahtimestarin merkeillä varustettuun asuun pukeutunut henkilö ryhtyy poistamaan jotakuta ravintolasta, on sivusta seuraavienkin pidettävä ainakin varsin todennäköisenä, että henkilö on järjestysmies. Matikkala on tosin katsonut, että A on tiennyt, mitä tehtäviä C ravintolassa hoiti, mutta ”[t]ämä ei kuitenkaan riittänyt järjestysmies-tunnusmerkin edellyttämään tahallisuuteen, jonka osalta ratkaisussa operoitiin verbillä ’tietää’.”⁹²⁹ Backman puolestaan on katsonut tahallisuuden kynnyksen tulleen nostetuksi perusteettoman korkealle. Hänen mukaansa ”tekijän tahallisuudelta edellytettiin liian täsmällistä tietoa vastustamisen kohteen järjestysmiesominaisuudesta”. Ratkaisun taustalla saattoivat vaikuttaa myös seuraamukseen liittyvät syyt. Ehdollinen vankeusrangaistus ehkä katsottiin liian kovaksi seuraamukseksi varsin lievistä konfliktista.⁹³⁰

Ampuma-aseen käytöstä ei 1990-luvun poliisilain kokonaisuudistuksessa katsottu tarpeelliseksi säätää erikseen, koska aseiden ei katsottu eroavan muista voimankäyttövälineistä niiden käyttöä edeltävän kokonaisharkinnan osalta.⁹³¹ Uudessa poliisilaissa poliisin ampuma-aseen käyttöä sääntelee 2 luvun 19 §:

”Ampuma-asetta voidaan käyttää vain silloin, kun kyseessä on välitöntä ja vakavaa vaaraa toisen hengelle tai terveydelle aiheuttavan henkilön toiminnan pysäyttäminen eikä lievempää keinoa pysäyttämiseksi ole käytettävissä.”⁹³² Ampuma-asetta voidaan lisäksi käyttää kiireellistä ja tärkeää tehtävää suoritettaessa esineen, eläimen tai muun vastaavan esteen poistamiseksi. Ampuma-asetta ei saa käyttää väkijoukon hajottami-

⁹²⁹ Matikkala 2005, s. 198. Alaviitteessä 161 Matikkala on myös pohtinut sitä, liittyykö ratkaisussa tehty linjaus siihen, että ”pidemmälle menevä rikosoikeudellinen suoja edellyttää suojeltavaltakin määräysten tarkkaa noudattamista” ja toisaalta siihen, että kyse on eräänlaisesta julkisen vallan jatkeesta, mihin puolestaan kytkeytyvät korostetut velvollisuudet.

⁹³⁰ Backman 1989, s. 574. Ks. myös Lakanen 1999, s. 104–105 ja Kerttula 2010, s. 221.

⁹³¹ HE 57/1994 vp, s. 20.

⁹³² Esimerkiksi Norjassa aseenkäyttöä koskee ankarampi välttämättömyysarviointi, joka edellyttää olevan käytännössä lähes varmaa, ettei mikään lievämpi keino ole riittävä. Ks. Auglend et al. 2004, s. 459. Käytännössä siis lievempiä keinoja on kokeiltu, mutta ne on todettu tehottomiksi, lievempiä keinoja ei ole aikaa kokeilla taikka ne ovat selvästikin tehottomia. Ks. myös aseenkäyttöohjeen (väpeninstruks) 19 §:n 1 momentti. Laintasoisesti voimakeinojen käyttöä on säännelty Norjassa ainoastaan poliisilain 6 §:ssä (ks. erit 4 momentti):

”§ 6. Alminnelige regler om hvordan polititjenestens skal utføres

Tjenesteoppdragets mål skal søkes nådd gjennom opplysning, råd, pålegg eller advarsel eller ved iverksettelse av regulerende eller forebyggende tiltak.

Politiet skal ikke ta i bruk sterkere midler uten at svakere midler må antas utilstrekkelige eller uhensiktsmessige, eller uten at slike forgjeves har vært forsøkt. De midler som anvendes, må være nødvendige og stå i forhold til situasjonens alvor, tjenestehandlingens formål og omstendighetene for øvrig.

seksi, ellei ampuma-aseessa käytetä kaasupatruunoita tai muita vastaavia ammuksia niistä erikseen annettujen määräysten mukaisesti.

Ampuma-aseen käytöllä tarkoitetaan ampuma-aselain 2 §:ssä tarkoitetun ampuma-aseen käytöstä varoittamista, ampuma-aseella uhkaamista ja laukauksen ampumista. Ampuma-aseen esille ottaminen ja toimintavalmiuteen saattaminen eivät ole ampuma-aseen käyttöä.

Ampuma-aseella uhkaamisesta ja laukauksen ampumisesta päättää päällystyyntöön kuuluva poliisimies, jos se tilanteen kiireellisyys huomioon ottaen on mahdollista.”⁹³³

Säännöksen on ensinnäkin todettu olevan *lex specialis* -säännön mukainen aseenkäyttöä koskeva erityissäännös suhteessa 17 §:n yleissäännökseen⁹³⁴, mikä puolestaan tarkoittaa sitä, että säännöstä on sovellettava myös hätävarjelutilanteisiin, koska 19 §:ssä – toisin kuin 17 §:ssä – näitä tilanteita ei ole rajattu säännöksen soveltamisalan ulkopuolelle. Sinänsä en näe estettä sille, etteikö 17 §:n yleissäännöksestä ilmeneviä periaatteita voitaisi 19 §:n *lex specialis* -luonteesta huolimatta yhteensovittamismallin mukaisesti soveltaa myös aseenkäytön arviointiin.⁹³⁵

Ensimmäisen momentin ilmaus ”toisen” tarkoittaa muuta henkilöä kuin voimankäytön kohdehenkilöä.⁹³⁶ Vaaralta puolestaan edellytetään konkreettisuutta eli sekä ontologista mahdollisuutta että varteenotettavaa (*beaktansvärd*) todennäköisyyttä.⁹³⁷ Uutta poliisilakia koskevassa yleisteoksessa on todettu, että säännöksen vaatimus vaaran välittömyydestä rinnastuu hätävarjelusäännöksessä asetettuun kynnykseen (”välittömästi uhkaava”)⁹³⁸, eli ilmeisesti 19 §:n soveltami-

Politiet skal opptre saklig og upartisk og med omtanke for personers integritet, slik at den som er gjenstand for inngrep fra politiet, ikke utsettes for offentlig eksponering i større grad enn gjennomføringen av tjenestehandlingen krever.

Politiet kan anvende makt under tjenesteutførelsen i den utstrekning det er nødvendig og forsvarlig.”

Todettakoon, että poliisitoimintaa koskeva Alminnelig tjenesteinstruks for politiet (politi-instruksen) edellyttää ankarampaa tarpeellisuus- ja puolustettavuusarviointia. Ohjeen § 3-2:n mukaan: ”Politiet kan benytte makt under iverksettelse og gjennomføring av en tjenestehandling når dette følger av lov eller sedvane, og det ellers finnes klart nødvendig og forsvarlig i betraktning av situasjonens alvor, følgene for den maktanvendelsen rettes mot og forholdene for øvrig. Dessuten må de øvrige vilkår i § 3-1 være oppfylt.” Ks. ohjeesta myös Auglend et al. 2004, s. 427–428.

⁹³³ Mainittu 3 momentti on ainoa voimakeinojen käyttöä koskeva lain kohta, jossa toimivaltaa on eroteltu myös asteellisesti. Ks. tästä Helminen et al. 2012b, s. 189 ja 775–776. Perusteista aseenkäytöstä säätämiseen lain tasoisesti ks. Helminen et al. 2012b, s. 789.

⁹³⁴ Helminen et al. 2012b, s. 789.

⁹³⁵ Yhteensovittamismallin mukaisesta *lex specialis* -argumentin käytöstä ks. av. 64. Ks. myös Määttä 2013 s. 188.

⁹³⁶ HE 224/2010 vp, s. 85.

⁹³⁷ Boucht 2011c, s. 768.

⁹³⁸ Helminen et al. 2012b, s. 73.

nen hätävarjelutilanteisiin ei ainakaan tältä osin suoranaisesti vaikuta hätävarjelu-
lun edellytysten täyttymiseen.

Toinen momentti on hallituksen esityksen mukaan otettu lakiin, koska ”ampuma-
aseen käyttöä koskeva määritelmä poikkeaa siitä, mitä ampuma-aseen käytöllä yleisesti ymmärretään”. Ampuma-aseella uhkaamisella tarkoitetaan hallituksen esityksen mukaan ”ampuma-aseen suuntaamista siten, että kohdehenkilöllä on yleisen elämäkokemuksen mukaan vaara joutua kaikkein ankarimpien voimakeinojen käytön kohteeksi, jollei hän noudata sitä käskyä, jota ampuma-aseella uhkaamisella tehostetaan”.⁹³⁹

Pohjoismaisessa kirjallisuudessa on esitetty, että aseella ei tulisi edes uhata, ellei sen käyttöön ole edellytyksiä.⁹⁴⁰ Tähän liittyen on myös kiinnitetty huomiota siihen, että erityisesti yksin toimittaessa tulisi välttää tilanteita, joissa poliisimies joutuu käsikäm-
mään kohdehenkilön kanssa ase kädessään. Tällaisissa tilanteissa tulee pyrkiä pitämään riittävä etäisyys kohteeseen.⁹⁴¹

Kolmas momentti on ainoa säännös poliisin voimankäyttöä koskevassa sääntely-
kokonaisuudessa, jossa päätöksenteko on porrastettu virka-aseman perusteella. Säännöksen soveltuessa myös hätävarjelutilanteisiin saatetaan näissäkkin tilanteissa voimaa käyttää esimiehen päätöksellä. Momentti tulee hallituksen esityksen mukaan sovellettavaksi lähinnä johdetuissa pitkään kestäneissä voimakeinojen käyttötilanteissa, kuten piiritystilanteissa. Ankarimpia voimakeinoja sisältävät voimankäyttötilanteet kehittyvät kuitenkin usein niin yllättäen ja nopeasti, että päätöksen tekeminen päällystötasolla ei ole mahdollista. Huomattavaa on, ettei ampuma-aseen käytöstä varoittaminen eikä myöskään aseesille ottaminen tai toimintavalmiuteen saattaminen suoraan lain mukaan kuulu päällystön päätettäviin asioihin.⁹⁴²

Oikeuskirjallisuudessa ainakin Boucht on esittänyt huomattavan kriittisiä kommentteja ko. momentin tarkoituksenmukaisuudesta. Hänen mukaansa näyttää ilmeiseltä, että momenttiin kirjatun pääsäännön mukaan toimiminen jää tilanteiden luonteen johdosta poikkeukselliseksi. Lisäksi aseenkäyttöluvan tarpeellisuuteen ja sen saamiseen liittyvät epävarmuudet yhdistettynä virkavastuun uhkaan saattavat johtaa siihen, että aseenkäytössä odotetaan, kunnes tilanne on

⁹³⁹ HE 224/2010 vp, s. 85. Toisaalta UPL 9 luvun 10 §:n nojalla sisäasiainministeriön asetuksella voidaan säätää muun muassa voimakeinojen käytön määrittämisestä.

⁹⁴⁰ Norée 2004, s. 60 ja Norée 2005, s. 119. Ks. myös Noréen (Norée 2000, s. 195–197) arvioita aseesille ottamiseen liittyvistä riskeistä. Myönteisesti aseenkäyttöön varautumiseen (esille ottaminen ja lataaminen) varhaisessa vaiheessa näyttäisi suhtautuvan Westerlund 2003, s. 49–50. Ks. myös Äminne – Lounaskorpi 2005, s. 65.

⁹⁴¹ Norée 2000, s. 194.

⁹⁴² HE 224/2010 vp, s. 85–86. Ks. Boucht 2011c, s. 771 ja Helminen et al. 2012b, s. 790.

muuttunut hätävarjelutilanteeksi. Boucht on aiheellisesti pohtinut myös sitä, mikä merkitys erityyppisille ehdottomille tai ehdollisille päätöksille tulee antaa.⁹⁴³ Voidaan myös viitata Kuusimäen jo neljännesvuosisata sitten tekemään arvioon siitä, että voimankäyttöä koskevien päätösten keskittäminen tilanneorganisaatioiden ylemmille tasoille saattaa johtaa siihen, että lähtökohtaisesti samoin toimivaltuuksin varustetut kenttätason poliisimiehet eivät ”uskalla” toimia, vaikka yllättäen aukenisi esimerkiksi lyhytkestoinen mahdollisuus ratkaista tilanne varsin vähäisin voimakeinoin.⁹⁴⁴ Passivoidessaan voimaa tosiasiallisesti käyttävän poliisimiehen omaa tilannearviointia aseenkäyttöä koskevan päätösvallan siirtäminen esimiehelle voi myös tarpeettomasti madaltaa aseenkäytön kynnystä. Edelleen on pohdittava, millaisia esimerkiksi laukauksen ampumista koskevien käskyjen tulisi olla. Työdyn tältä osin toteamaan, että nähdäkseni käskyjen tulee ehdottomia (Ammu!) tai sidottuja johonkin selkeään ja yksiselitteiseen ehtoon (Ammu, jos kohdehenkilö ylittää linjan x!).⁹⁴⁵

Päätösvallan siirtäminen kenttätasolta esimiestasolle korostaa yhtäältä poliisiasetuksen 8 §:ssä yksittäiselle poliisimiehelle asetettua velvollisuutta viipymättä ilmoittaa ”esimiehelleen havaitsemansa tai tietoonsa tulleet poliisitoiminnan kannalta tärkeät asiat” ja toisaalta yksittäisten esimiesten sekä operaatioesikuntien velvollisuutta välittää tietoja ja käskyjä kentälle mahdollisimman tarkasti ja ymmärrettävästi. Näiden velvollisuuksien merkitys tuli havainnollisesti esille jo edellä selostetussa EIT:n ratkaisemassa McCann-tapauksessa, minkä lisäksi voidaan viitata Isossa-Britanniassa kesällä 2005 tapahtuneeseen suurta huomiota saaneeseen Jean Charles de Menezes-tapaukseen. De Menezes, jota erehdyttiin luulemaan itsemurhapommittajaksi, ammuttiin tarkkailuoperaation päätteeksi kuoliaaksi Lontoon metrossa. Operaation aikana tarkkailuryhmä ei varmuudella tunnistanut de Menezesiä oikeaksi terroristiepäilyksi Hussain Osmaniksi, mutta tunnistuksen epävarmuus ei tullut operaation johdon tietoon. Operaatioesikunta määräsi de Menezesin pysäytettäväksi ennen kuin tämä pääsee metroasemalle, mutta tehtävään määrätty toimintaryhmä ei ollut riittävän lähellä de Menezesiä ehtiäkseen tämän tekemään. Pysäyttämiskäskyn epämääräisyys yhdistettynä toimintaryhmän jäsenen käsitykseen, että kohdehenkilö oli tunnistettu itsemurhapommittajaterroistiksi, johti siihen, että de Menezes surmattiin metrovau-

⁹⁴³ Boucht 2011c, s. 772–775. Boucht on aiheellisesti pohtinut myös sitä, mikä merkitys erityyppisille päätöksille tulee antaa.

⁹⁴⁴ Kuusimäki 1991, s. 180.

⁹⁴⁵ Ks. Elholm 2003, s. 64–65, jonka mukaan Tanskassa on hallinto-oikeudellisessa sääntelyssä yksityiskohtaisesti säädetty, millaisia annettavien käskyjen tulee olla. Ks. myös Auglend et al. 2004, s. 462, jossa on erityisesti eroteltu yleisemmät voimankäyttöohjeet varsinaisista tulikomennoista. Ks. myös OKA 1987, s. 102, jossa oikeuskansleri on kritisoinut Mikkelin panttivankidraaman yhteydessä annettujen käskyjen sisältöä (esim. ”ammuttaessa on oltava varma osuma päähän”, ”lupa ampua kuolettavasti”). Oikeuskanslerin mukaan annettuihin käskyihin ”saatetaan jälkikäteen tarkastellen liittää näkemyksiä yksittäisten poliisimiesten virheellisistä asenteista”. Ks. myös OKA 1987, s. 103.

nussa useilla päähän kohdistuneilla laukauksilla.⁹⁴⁶ Tapausta kommentoineet Waddington ja Wright on pitäneet suurimpana ongelmana tarkkailuryhmän kyvyttömyyttä tunnistaa kohdehenkilöä. Sitä vastoin kiinniotto ei kirjoittajien mukaan viivästynyt merkittäväällä tavalla. Kirjoittajien mukaan myöskään tavassa, jolla de Menezes surmattiin, ei uhkakuvat ja kohdehenkilön toiminnan täydellisen pysäyttämisen tarve huomioon ottaen ollut mitään erityisen poikkeavaa.⁹⁴⁷ Tapauksen osalta huomio kiinnittyy siihen, että operaation johtamisjärjestelmät perustuivat aiemmin valmisteltuihin malleihin, jotka mitä ilmeisimmin olivat sellaisenaan varsin toimivia. Lisäksi tiedon kulkuun oli ennen operaatiota kiinnitetty erityistä huomiota. Se, että tapahtumat näistä varotoimista huolimatta saivat niin traagisen päätöksen, osoittaa, kuinka vaikeaa äärimmäisen vaarallisten tekojen ja tapahtumien torjuminen on. Näissä tilanteissa toimenpiteistä luopuminen ei suuresta epävarmuudestakaan huolimatta ole yleensä mahdollista ja massiivisten vahinkojen torjumiseksi voimakeinoin tapahtuvan puuttumisen kynnyks joudutaan pitämään huomattavan matalalla.

UPL 2 luvun 20 §:ssä säädetään erikseen henkilön sitomisesta esimerkiksi käsiraudoin.⁹⁴⁸ Sitominen on mahdollista, jos se on ”välttämätöntä virkatehtävän suorittamisen yhteydessä henkilön karkaamisen estämiseksi, väkivaltaisen käyttäytymisen hillitsemiseksi tai uhkaavan väkivallan torjumiseksi”. Säännöksen mukaan ”[l]iikkuma- tai toimintavapauden rajoittamista ei saa jatkaa pitempään kuin on välttämätöntä. Rajoittaminen ei saa aiheuttaa kohteena olevalle henkilölle vaaraa tai tarpeetonta kipua.”⁹⁴⁹ Edellä esittämäni näkökohdat huomioon ottaen käsirautojen käytöstä sääntely näinkin yksityiskohtaisesti ja voimakeinojen käytöstä irrotettuna oli perusteltua, koska myös eduskunnan oikeusasiamies näyttäisi suhtautuneen käsirautojen käyttöön varsin ankarasti. Esimerkiksi apulaisoikeusasiamiehen ratkaisussa asiassa 5.9.2011 dnro 100/4/10 todettiin, että käsirautojen käytön välttämättömyydestä paon vaaran, vastarinnan tms. konkreettisen seikan johdosta ei esitetty selvitystä. Johtopäätöksenä apulaisoikeusasiamies totesi, että käsirautojen käyttö ei saa olla rutiininomaista, vaan sen tulee perustua tapauskohtaiseen harkintaan. Samansuuntaisesti apulaisoikeusasiamiehen ratkaisussa 31.3.2003 dnro 2841/4/00 katsottiin, että rikoksesta epäillyn kuljetuksen turvaaminen tilanteessa, jossa kuljetukseen käytettävässä ajoneu-

⁹⁴⁶ Gordon – Miller 2012. Ks. erit. s. 221–227, joihin sisältyy myös riippumattoman valituslautakunnan (*Independent Police Complaints Commission*) havainnot. Yksittäisiä poliisimiehiä ei syytetty tapauksessa.

⁹⁴⁷ Waddington – Wright 2010, s. 93.

⁹⁴⁸ Käsirautojen lisäksi käytettäväksi voivat tulla esimerkiksi ns. nippusiteet sekä sylkemisen estävän siteen käyttäminen. Ks. tästä Helminen et al. 2012b, s. 793.

⁹⁴⁹ Huomattakoon, että käsirautojen käyttö voi ääritapauksessa tulla arvioitavaksi myös EIS 3 artiklan valossa. Lähtökohtaisesti käsirautojen käyttö ei tule ko. artiklan piiriin, jos käyttö on suhteellisuusperiaatteen mukaista eikä ”siihen liity sellaista liiallista voimankäyttöä tai julkista nöyryytystä, jota ei järkevästi voida pitää tarpeellisena kyseisessä tilanteessa”. Ks. tästä HE 76/2009 vp, s. 15.

vossa on vain yksi poliisimies, ei ole peruste käsirautojen käyttöön, jos epäillyn oma käytös ei anna siihen muuta aihetta. Näissä tilanteissa tulee ensisijaisesti pyrkiä hankkimaan paikalle lisävoimia henkilön kuljettamiseksi ilman käsirautoja.⁹⁵⁰ Mitä ilmeisimmin käsiraudat on kuitenkin jatkossakin mielletävä voimakäyttövälineiksi⁹⁵¹, vaikka siitä saattaakin aiheutua edellä kuvattua sekavuutta oikeustilaan.

⁹⁵⁰ Ks. myös EOAK 1992, s. 70–71 ratkaisu 21.1.1992 dnro 717/4/90 käsirautojen poistamisesta oikeuskäsittelyn ajaksi.

⁹⁵¹ Helminen et al. 2012b, s. 783.

VI

OIKEUDENVASTAINEN VOIMANKÄYTTÖ

1 Anteeksiantoperusteet

Vaikka poliisin voimankäyttö katsottaisiinkin oikeudenvastaiseksi, saattaa se kuitenkin olla rikosoikeudellisesti anteeksiannettavaa. Anteeksiantoperusteiden soveltamisessa on keskeisesti kysymys siitä, että ”[s]yylisyysoitteen täytyy vaieta silloin, kun yleiseen elämäkokemukseen katsoen keneltäkään keskimääräisihmiseltä kysymykseen tulleissa olosuhteissa ei ole voitu odottaa oikeudenmukaiseen toimintaan johtavaa motivointia”.¹ Anteeksiantoperusteen vallitessa henkilö ei siis ole voinut toimia toisin, vaikka hänen olisi pitänyt toimia toisin.² Kuten jo edellä on todettu, myös perus- ja ihmisoikeusnormiston on katsottu edellyttävän syylisyysoitteen asettamista rankaisemiselle.³

Rikosoikeudellisessa katsannossa voimankäytön liioittelutilanteissa ei ole kysymys mistään erityisestä rikostyyppistä, vaan olosuhteista, jotka vaikuttavat tunnusmerkistön mukaisen ja oikeudenvastaisen teon rangaistavuuteen.⁴ Rikoksen rakenteen osalta omaksutusta näkemyksestä riippuen edellisessä jaksossa käsitellyt oikeuttamisperusteet poistavat teon oikeudenvastaisuuden (teko on oikeudenmukainen) tai rikosvastuun. Tällaisessa tilanteessa tehty teko on oikeusjärjestyksen hyväksymä tai jopa sen suosittelema. Anteeksiantoperusteet puolestaan poistavat tekijän syylisyyden (tekijää ei voida moittia). Anteeksiantoperusteen vaikuttaessa tehty teko ei – oikeutetusta teosta poiketen – ole oikeusjärjestyksen yleisesti hyväksymä, vaan anteeksiantoperuste poistaa ainoastaan teon moitittavuuden ja tekijän syylisyyden.⁵

Anteeksiantoperusteen vaikuttaessa vaikea motivaatiotilanne tekee oikeudenvastaisesta teosta yksittäisessä tilanteessa ja yksittäisen tekijän osalta sillä tavoin ymmärrettävän, ettei tekijään tällaisista henkilöistä johtuvista syistä johtuen voida kohdistaa rikosoikeudellista syylisyysoitetta. Toisin kuin oikeuttamisperuste, joka sulkee pois kaikki rikokseen liittyvät seuraamukset, poistaa anteeksiantoperuste ainoastaan teosta seuraavan rangaistuksen, mutta henkilöön voidaan kuitenkin kohdistaa esimerkiksi menettämisseuraamus. Oikeuttamisperusteista poiketen subjektiivisiin syihin perustuvat anteeksiantoperusteet eivät myöskään

¹ Honkasalo – Ellilä 1966, s. 60. Fränden mukaan rangaistus ja rikosoikeudellinen moite voidaan kohdistaa vain henkilöihin, ”joka olisi voinut toimia toisin kuin hän tosiasiaa toimi.” Ks. tästä Frände 2012, s. 167.

² Lappi-Seppälä 2004a, s. 15.

³ Nuotio 2003, s. 258.

⁴ Helminen 1999, s. 310–311.

⁵ HE 44/2002 vp, s. 16. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 87.

poista osallisten, esimerkiksi avunantajien, vastuuta.⁶ Oppi anteeksiperusteista tuli ankkuroitua osaksi kirjoitettua lakia vasta vuonna 2004 yleisten oppien uudistuksen myötä.⁷

1.1 HÄTÄVARJELUN LIIOITTELU

Hätävarjelun liioittelun osalta vuonna 2004 voimaan tulleissa säännöksissä on kyse lähinnä aiemmin vakiintuneen oikeustilan kirjaamisesta hieman eri tavoin. Anteeksiannettavan hätävarjelun määrittelyssä arvioinnin keskiössä ovat subjektiiviset puolustautujaan liittyvät tekijät, joiden osalta laissa puhuttiin aiemmin (RL 3 luvun 9 § 1 momentti, 621/1967) tilanteista, joissa tekijä ”ei voinut mieltänsä malttaa”, kun taas voimassa olevassa laissa käytetään ilmaisua ”ettei tekijältä kohtuudella olisi voinut vaatia muunlaista suhtautumista”.⁸ Nykyään hätävarjelun liioittelusta säädetään RL 4 luvun 4 §:n 2 momentissa, joka kuuluu kokonaisuudessaan seuraavasti:

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

Fränden mukaan termi ”rajat” viittaa aikarajoihin ja tarpeellisuuteen, mutta ei puolustettavuuteen. Eli jos puolustautumisessa on käytetty keinoja, jotka RL 4 luvun 4 §:n 1 momentin sanamuodon mukaisesti *ilmeisesti ylittävät* sen, mikä on puolustettavaa, kyseeseen ei hänen mukaansa tulisi rikosoikeudellinen anteeksi-anto, vaan mahdollisesti ainoastaan rangaistusvastuun lievennys.⁹ Frände eikä samansuuntaisen kannanoton esittänyt Tapanikaan¹⁰ ole erityisemmin perustellut kuvattua säännöksen soveltamisalan rajoitusta. Itse olen lähtökohtaisesti taipuvainen hyväksymään liioittelusäännöksen soveltamisen myös puolustettavuusarviointiin. Jos esimerkiksi pyörätuolissa oleva vanhus havaitsee kesämökkillään

⁶ RL 5 luvun 7 § ja HE 44/2002 vp, s. 99–100. Nuutilan (Nuutila 1997a, s. 78) sanoin ”[s]yylisyys on henkilökohtainen olosuhde”. Ks. myös esim. Ruuskanen 2005, s. 207.

⁷ Koskinen 2009, s. 177 ja Nuutila 1996a, s. 184–185.

⁸ HE 44/2002 vp, s. 18.

⁹ Frände 2012, s. 175–176. Samoin Helminen et al. 2012b, s. 797. Vrt. ulkomaisesta kirjallisuudesta esim. Waaben 2011, s. 140, joka näyttäisi ulottavan liioittelusäännökset myös puolustettavuuskriteerin ylittämiseen.

¹⁰ Tapani 2008, s. 884. Ks. myös Hahto 2004, s. 435, joka on katsonut, että tuomittaessa henkilö hätävarjelun liioitteluna tehdystä rikoksesta, ”tarkoittaa tämä sen toteamista, että käytetty väkivalta on ollut liiallista suhteessa hyökkäyksen vakavuuteen.”

tuntemattoman kulkurin pahoinpitelevän teini-ikäistä lapsenlastaan nyrkein ja ampuu hyökkääjää sylissä olleella haulikolla jalkaan, voidaan todeta, että teko oli tarpeellinen hyökkäyksen torjumiseksi, mutta ylitti ilmeisesti sen, mikä on oikeuskäytännön valossa puolustettavaa. Puolustettava oikeushyvä ja puolustautujan henkilö huomioon ottaen mielestäni myös näissä tilanteissa tulee olla mahdollista soveltaa anteeksiantosäännöstä, vaikka lievennetty rangaistus saattaisikin olla oikeampi ratkaisu.

Merkittävän hätävarjelun liioittelua koskeva vuonna 2004 voimaan tullut uudistus liittyy hätävarjelun aikarajoihin. Vuoteen 2004 voimassa olleessa rikoslain säännöksessä rikosoikeudellinen anteeksianto oli mahdollista hätävarjelun osalta vain, jos kyseessä oli hätävarjelutilanne, jossa käytettiin liiallisia voimakeinoja. Sitä vastoin anteeksianto ei ollut mahdollista, jos väkivaltaa oli käytetty liian aikaisin tai liian myöhään. Tällöin kyse ei ollut lainkaan hätävarjelutilanteesta tapahtuneesta teosta vaan itsenäisestä rikoksesta.¹¹ Yleisten oppien uudistamisen yhteydessä hätävarjelun liioittelu laajennettiin kattamaan myös hätävarjelun aikarajojen ylittämisen. Uudistus, jota voidaan pitää ainakin teoreettisesti merkittävänä, oli lain esitöiden mukaan tarpeen, koska liian aikaisin aloitettuun hätävarjeluun ja erityisesti liian pitkään jatkuneeseen hätävarjeluun liittyy usein samankaltaisia tuntemuksia kuin sellaiseen hätävarjelun liioitteluun, joka ilmenee liiallisena voimakeinojen käyttönä.¹² Ruuskasen sanoin ”myös liian aikaisin tai liian myöhään tehty hätävarjelutoimi on lupa katsoa syntyneeksi puolustautumisen tarpeesta”.¹³

Aikarajojen venyttäminen edellä kerrotuin tavoin on aiheuttanut paljon kritiikkiä oikeuskirjallisuudessa. Matikkala on jo ennen uudistuksen voimaantuloa pohtinut, antaako uudistus ”ei-toivottuja signaaleja yhteiskunnan suhtautumisesta väkivallan käyttöön”.¹⁴ Samoin Nuotio ja Majanen ovat katsoneet, että liian aikaisin aloitettu hätävarjelu voi tulla anteeksiannon piiriin vain tiukoin edellytyksin. Muutoin riskinä olisi puolustuksen ja hyökkäyksen välisen rajan hämärtyminen liiaksi.¹⁵ Frände onkin oikeassa todetessaan, että jos aikarajoja perusteettomasti venytetään, ”on merkityksentöntä puhua aikarajan ylittämisestä.”¹⁶ On myös katsottu, että aikarajojen venyttäminen vaikeuttaa hätävarjelun keskeisiin tehtäviin kuuluvaa oikean erottamista väärästä,

¹¹ HE 44/2002 vp, s. 112. Liiallisten voimakeinojen osalta Hahto on kirjoittanut osittaisista oikeuttamisperusteista tarkoittaen tilanteita, joissa on ollut sallittua aiheuttaa määrätyn tasoinen vahinko, mutta ylimenevältä osalta kyse onkin rangaistavasta teosta. Tähän ylijäävään osaan voi kohdistua anteeksiantoperuste. Ks. tästä Hahto 2004, s. 158.

¹² HE 44/2002 vp, s. 118. Ks. myös Nuutila 1996a, s. 108.

¹³ Ruuskanen 2005, s. 213. Ks. myös Tapanin ja Tolvasen esimerkki hätävarjelun liioittelun ja itsenäisen rikoksen rajanvedosta. Tapani – Tolvanen 2008, s. 345.

¹⁴ Matikkala 2000, s. 78.

¹⁵ Nuotio – Majanen 2003, s. 84–85. Ks. myös Tapani 2008, s. 889–891.

¹⁶ Frände 2012, s. 175.

koska aikarajoille annetaan tosiasiallisesti ohjeellinen luonne.¹⁷ Vartijoiden ja järjestyksenvalvojien asemaa tutkineen Kerttulan mukaan aikarajojen laajentamiseen liittyvät vaaran lähteet korostuvat erityisesti ko. ammattiryhmien toiminnassa, jossa toimivaltuuksien puuttuessa joudutaan turvautumaan hätävarjelun ammattimaisesti. Hänen mukaansa sääntelykokonaisuuden osalta ei ole täysin perustetonta puhua eräänlaisesta yleistoinnivaltuudesta.¹⁸

Kirjallisuudessa esitetystä kritiikistä huolimatta muutos ei välttämättä ole käytännössä kovinkaan dramaattinen. Majanen on väitöskirjassaan jo ennen yleisten oppien uudistusta todennut, että ”tavallisesti muutama ylimääräinen isku jää hätävarjelun liioitteluksi arvioituna hätävarjelun piiriin”. Suojelutoimenpiteiden on tällöin kuitenkin muodostettava yksi kokonaisuus.¹⁹ Samoin Lappi-Seppälä on uudistuksen jälkeen todennut, että muutoksen merkitystä ei ole syytä liikaa korostaa, koska kyse on samanlaisten motivaatiotekijöiden (itsesuojeluvaiston saanelemat reaktiot, loukkauksen herättämä kiihtymys, pelko ja suuttumus) vaikuttaessa tehtyjen ylilyöntien arvioimisesta saman säännöksen avulla – ”oikeassa asiayhteydessä”. Edelleen hän on todennut, että ennakollinen puolustautuminen tulee harvoin arvioitavaksi hätävarjelun liioitteluna ja erityisesti ”[o]n vaikea kuvitella tilannetta, jossa esim. poliisin harjoittama ’ennakollinen hätävarjelu’ voisi milloinkaan perustaa vastuuvapautta anteeksiantoperusteena”.²⁰

Lisäksi etenkin ajallisesti liian aikaisin tapahtuvan hätävarjelun katsomista hätävarjelun liioitteluksi rajoittaa ratkaisevasti säännöksen sanamuotoon sisältyvä vaatimus siitä, että liioittelunkin tulee tapahtua *puolustuksessa*.²¹ Toisen osapuolen toimissa täytyy selkeästi olla joitakin hyökkäyksellisiä elementtejä, joilta ilmeisesti on lähtökohtaisesti edellytettävä objektiivista havaittavuutta. Tosin tätäkin aspektia hämärtää edellisessä pääjaksossa selostamani Matikkalan esimerkki uhatusta merikapteenista.²² Majasen mukaan vakavasti otettava uhkaus henkilöön kohdistuvasta väkivallasta, vaikkakin uhkaus on toteutumassa vasta päivien kuluttua, saattaa tehdä puolustautumisesta *anteeksiannettavaa*, jos uhkauksen kohteella ei ollut käytettävissä muuta keinoa (esimerkiksi viranomaisapua) kuin puolustautua ennenaikaisesti voimakeinoin.²³ Mikäli ennakoiva puo-

¹⁷ Nuotio 2003, s. 268.

¹⁸ Kerttula 2010, s. 407. Yleisemmin Kerttula onkin todennut ongelmalliseksi sen, että hänen jomakiehen voimankäyttöoikeuksiksi kuvailemansa oikeudet ovat tarkoitettu käytettäväksi yksityishenkilön kohtaamisissa poikkeuksellisissa tilanteissa eikä ammattimaissa käytössä. Ks. tästä Kerttula 2010, s. 379.

¹⁹ Majanen 1979, s. 290.

²⁰ Lappi-Seppälä 2004a, s. 22 (ks. myös av. 137). Ks. myös Majanen 2006, s. 396.

²¹ Matikkala 2006, s. 422.

²² Ks. Matikkala 2006, s. 424.

²³ Majanen 2006, s. 390.

lustautuminen johtuu vääärästä tilannearviosta, tehdään oikeudellinen arviointi erehdyssäännösten nojalla.

Haastavia ovat myös sellaiset lähinnä sotilaalliseen voimankäyttöön liittyvät ennakoivana hätävarjeluna (*pre-emptive self-defence*) pidettävät tilanteet, joissa torjutaan oletettava terroristinen hyökkäys. Kyse on siis tilanteista, jotka ovat vasta kehitymässä – eskaloitumassa –, mutta lopputulema on kuitenkin todennäköinen.²⁴ Tällaista ennakoinvan puolustautumisen konstruktia tuskin voidaan Suomessa hyväksyä, vaikka toiminta sinänsä puolustuksellista onkin. On kuitenkin syytä huomauttaa, että vaikka *pre-emptive strike* -ilmaisuna viittaisikin muuhun, on sillä *common law* -kirjallisuudessa tarkoitettu myös tilanteita, jotka Suomen oikeudessa näyttävät ainakin suurelta osin kuuluvan ”välittömästi uhkaavan oikeudettoman hyökkäyksen” asettaman aikarajauksen sisäpuolelle. Esimerkiksi Ashworth on todennut: ”*The use of force in self-defence may be justifiable as a pre-emptive strike, when an unlawful attack is imminent.*”²⁵

Toisin kuin liian aikaista hätävarjelua, liian pitkään jatkunutta hätävarjelua on Majasen mukaan luontevaa arvioida hätävarjelen liioitteluna. Yleisesti hän on edellyttänyt, että ollakseen hätävarjelen liioittelua yksittäisellä puolustusteolla tulee olla kiinteä ajallinen yhteys alkuperäiseen hätävarjelutilanteeseen. Kiinteän ajallisen yhteyden katkettua saattaa toki olla mahdollista turvautua jokamiehen kiinniotto-oikeuteen tai itseapuun.²⁶ Majasen näkemys vastaa varsin pitkälti niitä näkemyksiä, joita olen itse esittänyt (hyökkäysteon osalta), mutta Tapani näyttäisi edustavan tiukempaa linjaa.

Tapanin esimerkissä puolustautuja torjuu hyökkäyksen lyömällä hyökkääjää mahaan ja välittömästi tämän jälkeen vielä leukaan. Lisäksi hän potkaisee mahaan puolustuskyvyttömäksi tuupertunutta hyökkääjää vielä kahdesti mahaan varmistaakseen, ettei uutta hyökkäystä tehdä. Tapanin mukaan leukaan osunut isku saattaa tulla arvioitavaksi hätävarjelen liioitteluna, mutta kiinteästä ajallista yhteydestä huolimatta potkut ovat pahoinpitelyä.²⁷

²⁴ Ks. Nuutila 2006, s. 362–363. Ks. myös Honkasalo 1965, s. 164. Eräänlaisena ennakoivan hätävarjelen tilanteena voidaan pitää myös Alasen (Alanen 1925, s. 138) esimerkkiä, jossa henkilö ottaakseen selville, kuka varastaa hänen viinejään, panee myrkkyä kellarissaan oleviin viinipulloihin ja aiheuttaa varkaan kuoleman. Erilaisten ansojen käytön sallittuudesta ks. Honkasalo 1965, s. 150–151. Ulkomaisesta kirjallisuudesta ks. esim. Sangero 2006, s. 165–166, Ashworth 2009, s. 120 ja Waaben 2011, s. 137. Johtoajatuksena voitaneen pitää vaatimusta, että ansoihin käytetyt keinot ovat puolustettavia suhteessa torjuttavaan hyökkäykseen.

²⁵ Ashworth 2009, s. 123. Pohjoismaisesta kirjallisuudesta ks. Norée 2000, s. 221–222, joka on hankin suhtautunut kielteisesti ennakoivaan hätävarjeluun (*preventivt nödvärn*) ja todennut sen olevan väkivallattomuuden periaatteen vastaista.

²⁶ Majanen 2006, s. 390–391.

²⁷ Tapani 2008, s. 884.

Samansuuntaisesti Boucht ja Frände ovat edellyttäneet, että tullakseen arvioituksi liioitteluna aikarajojen suhteen puolustusteen on täytynyt tapahtua ”välittömästi, ennen kuin hyökkäys on konkretisoitunut välittömästi uhkaavaksi, tai välittömästi sen jälkeen, kun hyökkäys on päättynyt”.²⁸ Yllättäen näyttäisi siltä, että hätävarjelun liioitteluun liitetty kiinteän ajallisen yhteyden vaatimus saattaa johtaa jopa tiukempaan tulkintaan kuin edellä selostetut *sallittuun* hätävarjeluuun liitetyt aikarajat.

Ei tule langeta myöskään liian kategoriseen päättelyyn aikarajojen suhteen. Kuten Ruuskanen on väitöskirjassaan todennut, ”[u]seampi veitsenisku ei sinänsä automaattisesti osoita liiallista voimankäyttöä, sillä on otettava huomioon se mahdollisuus, että ensimmäinen isku ei hyökkäystä vielä pysäyttänyt”. Toki veitseniskujen lukuisuus saattaa olla osoitus tarpeettomasta voimankäytöstä ja siihen liittyvästä kielletystä motiivista, kuten kostonhalusta.²⁹ Lähtökohtaisesti tulisi kuitenkin jollakin tavoin pysyä osoittamaan, mitä seurauksia jokainen yksittäinen veitsenisku on aiheuttanut. Tältä osin voidaan viitata korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 1994:2, jossa tällaista arviointia olisi ainakin ollut syytä tehdä.

Kaikki hätävarjelun liioittelu ei ole anteeksiannettavaa, mutta edellytysten täytyessä henkilö on rangaistusvastuusta vapaa eikä tuomioistuimilla tässä suhteessa ole harkintavaltaa.³⁰ Rikosoikeudellisessa anteeksiannossa on kyse sääntöluontoisesta ratkaisusta. Anteeksiantoa koskevan säännöksen soveltamisalaa määritettäessä huomio kiinnitetään subjektiivisiin seikkoihin. Huomioon tulee otettavaksi tekijän subjektiiviset tuntemukset, kuten pelko, kauhu ja hämmennys³¹, joiden läsnäolo saattaa tehdä toiminnasta ymmärrettävää ja rikosoikeudellisesti anteeksiannettavaa.³² Hätävarjelun liioittelun rikosoikeudellisella anteeksiannolla on kuitenkin myös normatiivinen edellytyksensä. Anteeksianto on mahdollista vain, jos tekijältä ei voitu *kohtuudella* edellyttää muuta. Kaikilta kansalaisilta edellytetään jonkin tasoista itsehillintää. Mikäli motivointivaikeuksien taustalla on mainittujen defensiivisten tuntemusten sijasta aggressiivisia tuntemuksia, kuten vihaa, raivoa tai kostonhalua, anteeksianto ei tule kyseeseen.³³

²⁸ Boucht – Frände 2008, s. 129. Ks. myös Jareborg 2001, s. 258.

²⁹ Ruuskanen 2005, s. 163.

³⁰ HE 44/2002 vp, s. 118. Ks. myös Lappi-Seppälä 2004a, s. 23.

³¹ HE 44/2002 vp, s. 117–118. Ks. myös Ruuskanen 2005, s. 215. Ruuskanen kirjoittaa ”hyökkääjän teon psykologisista vaikutuksista”.

³² HE 44/2002 vp, s. 118. Ks. HD 2219-08, s. 7, jossa on juuri rikosoikeudellisen anteeksiannon mahdollisuutta arvioitaessa todettu, että ”[d]et har inte heller gjorts gällande att JH haft annat syfte än att avvärja det angrepp som riktats mot honom”. Ratkaisussa on muutoinkin esimerkillisen laajasti pohdittu anteeksiannon perusteita.

³³ HE 44/2002 vp, s. 118. Tapani (Tapani 2008, s. 887) kirjoittaa subjektiivis-objektiivisesta arvioinnista.

Tyypillisissä liioittelutapauksissa korostuu itsesuojausvaiston merkitys ja sen vaikutus siihen, onko rankaiseminen kohtuutonta.³⁴ Tästä huolimatta anteeksiannettavien tunteiden tulee olla ymmärrettäviä ja sosiaalisesti hyväksyttyjä. Päädyemmekin taas käyttämään ”keskivertokansalaista” mittapuuna.³⁵ Arvioinnin lähtökohtana on teon hetkinen tilanne *ex ante*, mutta koska teonhetkisten motivaatiotekijöiden selvittäminen jälkikäteen on usein hyvin vaikeaa, tulee se tyypillisesti korvattavaksi vastaajan ja/tai tuomioistuimen toimesta tehtävällä jälkikäteisellä konstruoinnilla.³⁶ Kuten Tapani on todennut, henkilön puolustautuessa ”oikeudetonta hyökkäystä vastaan puolustautuvan henkilön on usein vaikea tunnistaa analyttisesti toimintaansa ohjaavia motiiveja”. Usein läsnä oleva humalatilaa vaikeuttaa tilannetta entisestään.³⁷ Näissä tilanteissa järjestelmä ei voi tukeutua pelkästään vastaajan kertomaan, vaan sitä on täydennettävä yleisillä kokemussäännöillä. Näytön hankkimiseen liittyvät ongelmat eivät saa kuitenkaan johtaa todistustaakan kääntymiseen.³⁸ Asetelma on hyvin samantapainen kuin arvioitaessa puolustustarkoituksen olemassaoloa sallitun hätävarjelen tilanteissa.³⁹

Subjektiiivisia tuntemuksia ja niiden normatiivista hyväksyttävyyttä voidaan pyrkiä johtamaan tai jälkikäteen konstruoimaan tapauksen olosuhteista. Hallituksen esityksen 44/2002 vp mukaan syyllisyyttä poistavaa rikosoikeudellista anteeksiantoa puoltavia ulkoisesti havaittavia seikkoja ovat ”tilanteen vaarallisuus, yllätyksellisyys ja nopea kehittyminen”.⁴⁰ Mitä vaarallisemmalta vaikuttava ja yllättävämpi hyökkäys on, sitä mahdollisempaa on, että puolustautuja pelästyy tai joutuu paniikkiin ja käyttää tarpeettoman kovia voimakeinoja.⁴¹ Majanen on hallituksen esityksen perusteluista päätellyt hyökkäyksen vaarallisuuden ja yllätyksellisyyden vain esimerkeiksi seikoista, jotka puoltavat anteeksiantoa. Käytännössä ratkaisu voidaan tehdä kokonaisarvioinnin perusteella. Muu tulkinta supistaisi hänen mukaansa anteeksiannon alaa liiaksi verrattuna yleisten oppien uudistusta edeltäneeseen tilaan.⁴² Hallituksen esityksessä mainittujen seikkojen lisäksi esimerkiksi hyökkääjän henkilöllä saattaa olla merkitystä arvioitaessa anteeksiannon edellytyksiä.⁴³ Jos puolustautuja tietää hyökkääjän vaaralliseksi

³⁴ Nuutila 1997a, s. 292.

³⁵ Ruuskanen 2005, s. 215–218. Toki näiden defensiivisten tuntemusten toteen näyttämiseksi voidaan kohdata melkoisia haasteita.

³⁶ Ruuskanen 2005, s. 217.

³⁷ Tapani 2008, s. 888.

³⁸ Matikkala 2006, s. 425.

³⁹ Samoin Tapani 2008, s. 888.

⁴⁰ HE 44/2002 vp, s. 113.

⁴¹ Frände 2012, s. 176.

⁴² Majanen 2006, s. 393–394. Yleisellä tasolla Majanen on vielä todennut, että toisen hengen riistämistä ei tulisi pitää oikeutettuna, vaan anteeksiannettavana. Hän ei ole tässä kuitenkaan aivan ehdoton – kuten ei korkein oikeuskaan.

⁴³ Hahto 2004, s. 435.

henkilöksi, saattaa tämä vaikuttaa hänen kykyynsä hillitä itseään puolustautumisteoissa.⁴⁴

Rikoslain yleisten oppien uudistukseen johtaneissa lain esitöissä analysoitiin myös liioittelutilanteiden käsittelyä oikeuskäytännössä. Yhteenvedona todettiin, että mitä vaarallisemmilla välineillä on puolustauduttu ja mitä vakavampia vammoja puolustautumisella on aiheutettu, sitä pidättyväisemmin täydelliseen vastuuvapauteen tai edes seuraamuksen lieventämiseen on suhtauduttu.⁴⁵ Majanen katsoi väitöskirjassaan tyypillisen hätävarjelun liioittelutilanteen olleen oikeuskäytännön valossa sellainen, jossa aseeton ruumiilliseen koskemattomuuteen kohdistunut hyökkäys torjuttiin hengenvaarallisella välineellä, kuten ampumatai teräaseella, hyökkääjän kuolema aiheuttaen.⁴⁶ Oikeuskäytäntö on tältä osin ollut vakaata, sillä Hahto katsoi hovioikeuskäytännön perusteella 25 vuotta Majasta myöhemmin, että hätävarjelutilanteessa tapahtuneissa hätävarjelun liioitteluisissa on ”lähes aina käytetty veistä, asetta tai muuta vaarallista välinettä. Vaarallinen väline ja sillä aiheutettujen vammojen vakavuus viittaa yleensä käytetyn väkivallan suhteettomuuteen.”⁴⁷

1.2 VOIMAKEINOJEN KÄYTÖN LIIOITTELU

Myös voimakeinojen käyttöä koskevassa rikoslain säännöksessä on säädetty vastaavantyyppinen mahdollisuus anteeksiantoon kuin hätävarjelusäännöksessä. RL 4 luvun 6 §:n 3 momentin mukaan:

”Jos voimakeinojen käytössä on ylitetty 2 momentissa säädettyt rajat, tekijä on kuitenkin rangaistusvastuusta vapaa, jos on erittäin painavia perusteita katsoa, ettei tekijältä kohtuudella olisi voinut vaatia muunlaista suhtautumista, kun otetaan huomioon hänen asemansa ja koulutuksensa sekä tehtävän tärkeys ja tilanteen yllätyksellisyys.”

Kuten hätävarjelussakin, myös arvioitaessa rikosoikeudellisen anteeksiannon mahdollisuutta joudutaan pohtimaan, onko kyseisten sinänsä liiallisten voima-

⁴⁴ Nuutila 1997a, s. 292

⁴⁵ HE 44/2002 vp, s. 113.

⁴⁶ Majanen 1979, s. 284.

⁴⁷ Hahto 2004, s. 427. Vrt. KKO 2013:60, jossa korkein oikeus katsoi oikeutetuksi hätävarjelukseksi käyttää veistä toisen henkilön puolustamiseksi ilman asetta tehdyttä hyökkäykseltä. Tapauksessa A oli kuristanut C:tä kurkusta, jolloin B oli lyönyt A:ta seitsemän senttimetrin mittaisella terällä varustetulla pihviveitsellä useita kertoja mm. käsivarteen ja ylävartaloon. Vaikka epäselväksi jäi, oliko kuristaminen tehty paljain käsin vai kumipampulla, B:llä oli joka tapauksessa ”aihe pelätä C:n olevan vakavassa hengen ja terveyden vaarassa”. Siltä osin kuin B oli jatkanut veitsellä lyömistä kuristamisen jo päätyttyä, katsottiin kyseessä olleen anteeksiannettava hätävarjelun liioittelu.

keinojen käyttö ollut käsiteltävässä yksittäistapauksessa ymmärrettävää ja anteeksiannettavaa. Arvioitavat seikat ovat hyvin samankaltaisia kuin hätävarjelun liioittelutapauksissa. Tästä huolimatta sellaisten voimankäyttötilanteiden arviointi, joissa on liikuttu voimakeinojen käytön ja hätävarjelun rajoilla sekä käytetty liiallista voimaa, on käytännössä hyvin haastavaa. Valinta kahden oikeuttamisperusteen välillä vaikuttaa merkittävästi myös tapahtuneen muuhun oikeudelliseen arviointiin.⁴⁸

Jos katsotaan, että poliisimies on toiminut ennemminkin oman tai toisen hengen pelastamiseksi kuin virkatehtävän suorittamiseksi, kyse on hätävarjelusta. Tällaisiin tilanteisiin tyypillisesti liittyvät subjektiiviset tuntemukset, kuten pelko, kauhu ja hätäannus, puoltavat laajempaa rikosoikeudellista anteeksiantoa. Hallituksen esityksen mukaan tällöinkin voidaan koulutetulta ammattilaiselta, kuten poliisilta, edellyttää suurempaa mielenmalttia kuin ns. tavalliselta kansalaiselta.⁴⁹ Kerttula on kritisoinut hallituksen esityksen perusteluja siltä osin kuin niissä on keskitytty voimakeinojen ja hätävarjelun rajapintaan ainoastaan hengen tai terveyden vaaran osalta. Hänenkin mukaansa esitöiden lausumat ovat kuitenkin perusteltuja, jos katsotaan liioittelutilanteilla viitattavan juuri niihin tilanteisiin, joissa pelko, hätäannus ja kauhu ovat ymmärrettäviä tunnetiloja. Esimerkiksi omaisuuden suojaamisen ei yleensä voida katsoa herättävän tällaisia tuntemuksia ainakaan viranomaisissa.⁵⁰ Kerttulan kritiikki on sinänsä ymmärrettävää, mutta poliisitoiminnan osalta ei voida sivuuttaa sitäkään seikkaa, että poliisin toimivaltasäännösten varsin hyvän kattavuuden johdosta ko. rajanveto tulee käytännössä esille nimenomaan vaarallisissa henkeä tai terveyttä uhkaavissa tilanteissa.

Voimakeinojen liioittelun osalta kyse on tyypillisesti nimenomaan liiallisista (liian ankarista) voimakeinoista. Fränden mukaan liian aikaisin (ennen tehtävää) tai liian myöhään (tehtävän jälkeen) käytetyillä voimakeinoilla ei itse asiassa ole mitään tekemistä itse virkatehtävän kanssa.⁵¹ Kuten Halijoki on todennut, ennakollista voimankäyttöä ei voi edes kontrolloida tarpeellisuus- ja puolustettavuuskriteerien valossa, koska ei tiedetä, mitä tulee tapahtumaan.⁵² Kyse voi olla myös siitä, että alun perin tarpeellista voimakeinojen käyttöä jatketaan liian pitkään,

⁴⁸ HE 44/2002 vp, s. 130.

⁴⁹ HE 44/2002 vp, s. 130–131. Nuotio 2005b, s. 233. Ks. myös Lahti 2011, s. 4, joka on uutta poliisilakia säädettäessä esittänyt, että myös niihin tilanteisiin, joissa poliisimies on hätävarjelua liioitellen käyttänyt liiallista voimaa, tulisi soveltaa – vastaajan poliisimiesaseman, kokemuksen ja koulutuksen perusteella – vastaajan kannalta ankarampaa RL 4 luvun 6 §:n 3 momenttia eikä hätävarjelun liioittelua koskevaa 4 §:n 2 momenttia.

⁵⁰ Kerttula 2010, s. 371.

⁵¹ Frände 2012, s. 176–177 ja Tapani – Tolvanen 2008, s. 352. Ks. myös Boucht 2011a, s. 375–376.

⁵² Halijoki 2004, s. 204.

tai jo ennen voimakeinojen käyttöön ryhtymistä on havaittavissa, että puolustettavilla keinoilla ei ole mahdollista tavoittaa haluttua asiantilaa.⁵³

Jos poliisimies on käyttänyt liiallisia voimakeinoja puhtaasti virkatehtävän suorittamiseksi ilman hätävarjeluun tyypillisesti liitettäviä puolustautumismotiiveja, edellyttää anteeksianto erittäin painavia perusteita. Tätä voidaan pitää varsin perusteltuna, sillä voimakeinojen liioitteluun ei yleensä johda pelko tai hättäännyys, vaan liiallinen virkaintoisuus ja tehtävän ylikorostaminen. Arvioitaessa ylilyöntien ymmärrettävyyttä juridisesti tulee hallituksen esityksen mukaan huomioon otettavaksi ”tilanteen yllätyksellisyys, poliisimiehen asema, koulutus ja henkilökohtaiset edellytykset, käytettävissä oleva harkinta-aika sekä vastarinnan määrä”.⁵⁴ Koska kyse on viranomaistoiminnasta, ”virheisiin voimakeinojen käytössä ei voida suhtautua joustavasti.”⁵⁵

Säännöksessä mainittu *yllätyksellisyys* voi Fränden mukaan viitata esimerkiksi tilanteeseen, jossa mielenosoitus osoittautuu ennakkotietoja suuremmaksi ja poliisimies käyttää tilanteesta yllättyneenä tarpeettoman kovia voimakeinoja henkilön poistamiseksi paikalta.⁵⁶ Henkilön *asemalla* viitataan esimerkiksi ulosottomiehiin tai muihin voimakeinojen käyttöön oikeutettuihin, joita ei ole erityisesti voimankäyttöön koulutettu. Toisaalta Frände ja Boucht ovat katsoneet, että poliisin päällystön tai alipäällystön edustajilta voidaan odottaa enemmän kuin miehistön edustajilta.⁵⁷ Tällaiset virka-asemaan liitetyt odotukset eivät nähdäkseni ole relevantteja, vaan voimakeinojen käyttäjän henkilön osalta ratkaisevia ovat kokemus ja erityisesti *koulutus* voimakeinojen käytössä eli juuri henkilökohtaiset edellytykset. Asianmukaisen koulutuksen saaneen poliisimiehen voidaan ”edellyttää käyttävän voimakeinoa vähiten vahinkoa ja vaaraa aiheuttavalla tavalla”.⁵⁸ Koulutus viittaa myös itsehillintään eli esimerkiksi pidättäytymiseen tarpeettomasta tönimisestä tai potkimisesta kiinni otettua käsiteltäessä.⁵⁹ Korkein oikeus on viitannut muun muassa juuri koulutuksen merkitykseen linjatessaan RL 4 luvun 6 §:n 3 momentin soveltamisalaa edellä selostetussa ratkaisussa

⁵³ Boucht – Frände 2008, s. 131. Ks. myös Boucht 2011a, s. 376.

⁵⁴ HE 44/2002 vp, s. 131. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 305.

⁵⁵ Nuotio – Majanen 2003, s. 86. Hallituksen esityksessä on myös korostettu sitä, että jos todetaan kyseessä olleen toimivaltasääntelyyn perustuva voimakeinojen käyttö, on käytettyjä voimakeinoja ja niiden liiallisuutta arvioitaessa luonnollisesti ensin selvittävä, miten hallinnonalan voimankäyttösäännökset sääntelevät käytettävän voiman määrää. Nämä säännökset voivat olla rikoslain säännöstä tiukempia. Ks. tästä HE 44/2002 vp, s. 131.

⁵⁶ Frände 2012, s. 177.

⁵⁷ Boucht – Frände 2008, s. 132. On huomattava, että Heinosen tutkimuksen mukaan aseenkäyttötilanteisiin joutuu usein varsin kokemattomia poliisimiehiä (0–5 vuotta palvelleiden osuus noin 35 %) ja toisaalta tarkastelujaksolla 2000–2010 päällystötasoinen virkamies ei käyttänyt asetta kertaakaan. Ks. tästä Heinonen 2012, s. 60–61.

⁵⁸ Tapani – Tolvanen 2008, s. 350–351. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 304–305.

⁵⁹ Frände 2012, s. 177. Koulutuksen merkityksestä ks. myös KM 1988:27, s. 69–70.

KKO 2007:87. Ratkaisun päätösperustelujen kohdassa 11 on todettu anteeksiantoperusteen olemassaolon osalta, että ”A:n saamaan vartijan koulutukseen, B:n kiinniottamisen tärkeyteen tai tilanteen etenemiseen nähden asiassa ei ole erittäin painavia perusteita katsoa, ettei A:lta kohtuudella olisi voinut vaatia muunlaista suhtautumista”.

Koulutuksen merkitykseen liittyen Kerttula on nostanut esiin yllättävän – joskin ilmeisen – paradoksin, joka liittyy nimenomaan voimakeinojen käyttötilanteissa (erotettuna hätävarjelutilanteista) tapahtuneisiin ylilyönteihin. Henkilökohtaisten edellytysten huomioon ottaminen johtaa siihen, että osaavia toimijoita rangaistaan ankarammin kuin osaamattomia. Kerttulan tavoin voi aiheellisesti kysyä, eikö osaamattomien ja puutteellisin edellytyksin varustautuneiden toimijoiden tulisi mahdollisimman pitkälle pidättäytyä voimakeinojen käytöstä.⁶⁰ Koulutus voimakeinojen käyttöön on merkittävä kohdehenkilön oikeusturvan tae, ja kouluttamattomuudesta ”palkitseminen” rangaistavuuden arvioinnissa on todellakin hieman paradoksaalista. Kysymys kytkeytyy läheisesti myös teon objektiiviseen puoleen liittyvään ryhtymistuottamuksen konstruktion. Viranomaisvallan ja erityisesti poliisitoiminnan ensisijaisuuden johdosta puutteellisesti koulutettujen henkilöiden ei pääsääntöisesti tulisi ryhtyä käyttämään voimakeinoja, eikä toimivaltuussääntelyyn perustuvia voimakeinojen käyttöoikeuksia ylipäättäen tulisi olla kellään kouluttamattomalla henkilöllä. Näin asiaa lähestyttäessä merkityksen antaminen koulutukselle on useimmissa tapauksissa perusteetonta. Poliisitoiminnan osalta voidaan katsoa, että ”koulutus” voisi tulla kyseeseen lähinnä lisävaatimusten asettamisella poikkeuksellisen hyvin koulutetuille henkilöille.

Viitaten edellä selostamiini Majasen hätävarjelen liioittelua koskeviin näkemyksiin katson, että lakitekstissä ja hallituksen esityksessä mainitut seikat eivät muodosta tyhjentävää listaa, vaan muitakin seikkoja voidaan ottaa huomioon. Tulkintani saattaa toki haastaa säännöksen sanamuotoa, sillä voimakeinojen käyttöä koskevassa säännöksessä ei ole vastaavaa ”tilanne muutoinkin” -mainintaa kuin hätävarjelusäännöksessä. Pohjoismaisessa kirjallisuudessa Norée on todennut liioittelutilanteissa huomioon otettaviksi olosuhteiksi tilanteen kiireellisyyden lisäksi myös vilkkuvat valot tai muutoin huonot valaistusolosuhteet, tilanteen yleisen sekavuuden, ahtaat tilat ja voimakkaan metelin.⁶¹ Merkitystä on myös sillä, jos poliisimies jostakin syystä toimii tilanteessa yksin.⁶² Toisaalta myös poliisitoiminnassa on otettava huomioon mahdollisuus, että poliisimiehen toisintoimimiskykyyn ja itsehillintään vaikuttaa merkittävästi se, että kollega,

⁶⁰ Kerttula 2010, s. 372.

⁶¹ Norée 2004, s. 39.

⁶² Norée 2000, s. 262.

joka saattaa olla hyvinkin läheinen ystävä, joutuu vakavan väkivallan kohteeksi.⁶³

Korkeimman oikeuden hieman vanhemmasta ratkaisukäytännöstä on löydetävissä tapauksia, joissa on varsin selkeästi käytetty liiallisia voimakeinoja.

KKO 1979-II-50 (Hätävarjelu): Kotimatalla toimestaan ollut poliisimies oli yrittäessään ottaa kiinni häntä pahoinpidelleen ja pakoon lähteneen henkilön ampunut 40–50 m:n etäisyydeltä laukauksen tarkoittaen osua maahan pakenijan viereen luodin kuitenkin osuessa tämän reiteen. Poliisimiehen katsottiin käyttäneen ankarampaa voimakeinoja kuin kiinniotettavan tekoon nähden voitiin pitää puolustettavana ja varomattomuudellaan aiheuttaneen ruumiinvamman, mutta koskei hän olosuhteet huomioon ottaen ollut voinut maltaa mieltään, hänet jätettiin RL 3 luvun 9 §:n 2 mom:n nojalla rangaistukseen tuomitsematta.

Poliisiasetointikunta on ratkaisua analysoidessaan kiinnittänyt aiheellisesti huomiota siihen, että kyse oli puhtaasti kiinniottotilanteesta eli motiivina oli ainoastaan varmistaa henkilön joutuminen vastuuseen teostaan. Mitään vastarintaa tai väkivallan uhkaa ei käsillä ollut eikä myöskään yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämiseen liittyviä perusteita ollut läsnä.⁶⁴ Korkein oikeus olikin ratkaisussaan varsin suopea.

Vaikka korkein oikeus on otsikossaan viitannut pakkotilaan, on seuraavassa tapauksessa mielestäni varsin selkeästi käytetty voimakeinoja oikeudettoman hyökkäyksen torjumiseksi tai vastarinnan murtamiseksi.⁶⁵ Myös sovellettu säännös viittaa hätävarjeluun.

KKO 1963-II-112 (Pakkotila): Poliisikonstaapeli, joka oli ampunut pidätettävien pidätystä estääkseen suojanaan käyttämän, poliisille vihaiseksi usutetun koiran, tuomittiin rangaistukseen varomattomuudesta tehdystä virkavirheestä, kun koiran ampumisen ei katsottu olleen välttämätön virkatehtävän täyttämiseksi. HO oli katsonut syytetyn toimineen pakkotilassa ja RL 3 luv. 6 §:n nojalla hylännyt syytteen.

Liioittelutilanteissakin arvioinnin lähtökohdaksi tulisi asettaa tilanteessa olleen poliisimiehen näkemykset.⁶⁶ Itä-Suomen hovioikeus on ratkaisussaan 6.6.2000 nro 565 hyväksynyt käräjäoikeuden perustelut, joista on syytä lainata seuraava pitkäkö ote, jossa on varsin ansiokkaasti arvioitu voimakeinojen käytön liioittelun subjektiivisia ulottuvuuksia:

⁶³ Norée 2008, s. 156.

⁶⁴ KM 1988:27, s. 42.

⁶⁵ Ks. Majanen 1979, s. 51–52.

⁶⁶ Norée 2004, s. 39.

”Käräjäoikeus lähtee siitä, että voimakeinojen käytön oikeellisuutta arvosteltaessa on lähdeittävä siitä, miltä kyseinen tilanne on Ä:n ja P:n kannalta voinut ennen voimakeinojen käyttöön ryhtymistä näyttää. Tilannetta näin arvioitaessa voidaan todeta, että V oli kuljettanut liikenteessä vaarallisesti lastattua autoa ja ennen pysäyttämistä suusanallisesti kieltäytynyt pysäyttämästä autoa poliisien antamasta merkistä. Käräjäoikeus katsoo, että noissa olosuhteissa V:n vielä kieltäytyttyä tulemasta ulos auton hytistä ja sammuttamasta moottoria, P:llä ja Ä:llä on ollut oikeus käyttää jonkinasteisia voimakeinoja henkilöön käyvän tarkastuksen suorittamiseksi. Kuitenkin Ä:n ja P:n suorittama väkivalloin V:n katuun pitkälleen laittaminen ja käsiensä raudoittaminen sisältävät käräjäoikeuden mielestä sellaisen voimakeinojen käytön, jota V:n vastarinnan laatu ja kyseinen tilanne muutoinkin huomioon ottaen ei voida pitää puolusteltavana. Käräjäoikeus katsoo kuitenkin, että edellä selostettu voimakeinojen käytön liioittelu on saattanut johtua Ä:n ja P:n huolimattomasta tilanteen arvioinnista, mistä johtuen he eivät tahallisuuden edellyttämällä tavalla ole voineet havaita voimankäyttönsä liiallisuutta.”

Tahallisesta virkarikoksesta tuomitseminen ei siten ollut mahdollista, mutta tuotamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen tunnusmerkistön käräjäoikeus katsoi täyttyneen, ”koska Ä:n ja P:n olisi pitänyt havaita tilanteen tosiasiallinen laatu.” Huomio kiinnittyy myös tapaan, jolla käräjäoikeus on erotellut sen, onko käsillä ylipäättään voimakeinojen käyttöön oikeuttava tilanne, siitä, millaisia voimakeinoja voidaan käyttää.

1.3 PAKKOTILA ANTEEKSIAANTOPERUSTEENA

Myös pakkotilassa tehdyt oikeudenvastaiset teot voidaan antaa rikosoikeudellisesti anteeksi samankaltaisin subjektiivisin perustein kuin hätävarjelussa ja voimakeinoja käytettäessä. Pakkotilasta anteeksiantoperusteena säädetään RL 4 luvun 5 §:n 2 momentissa:

”Jos oikeudellisesti suojatun edun pelastamiseksi tehtyä tekoa ei ole 1 momentin perusteella pidettävä sallittuna, tekijä on kuitenkin rangaistusvastuusta vapaa, jos tekijältä ei kohtuudella olisi voinut vaatia muunlaista suhtautumista, kun otetaan huomioon pelastettavan edun tärkeys, tilanteen yllätyksellisyys ja pakottavuus sekä muut seikat.”

Anteeksiannettavalla pakkotilalla on oikeuskirjallisuudessa viitattu erilaisiin katastrofitilanteisiin, joissa henkilöt kamppaillessaan oman henkensä puolesta joutuvat uhraamaan tai vakavasti vaarantamaan muiden henkiä.⁶⁷ Anteeksiantope-

⁶⁷ Nuutila 1997a, s. 310–311 ja Frände 2012, s. 199. Frände on maininnut tässä yhteydessä myös ns. tyrannisoivan aviomiehen tapaukset, joihin hätävarjelu ei näyttäisi lainkaan soveltuvan. Ks. myös Boucht – Frände 2008, s. 132–133.

ruste tulleeikin sovellettavaksi lähinnä niissä aggressiivisen pakkotilan tilanteissa, joissa suojeltava etu ei ole ollut uhrattua etua olennaisesti arvokkaampi. Tällaisissa tilanteissa henkilö voi vapautua rikosoikeudellisesta rangaistusvastuusta laissa mainittujen subjektiivisten seikkojen perusteella. Hallituksen esityksen mukaan *pelastettavan edun tärkeydellä* viitataan tunnearvoon ja muihin vastaaviin yksittäisen henkilön tuntemuksiin, joita oikeusjärjestys ei sinänsä hyväksy oikeuttamisperusteiksi, mutta kuitenkin ymmärtää niiden merkityksen yksittäiselle kansalaiselle. Merkille pantavaa on, että ainakin hallituksen esityksen mukaan julkiset intressit rajautuvat tältä osin anteeksiantoperusteen ulkopuolelle.⁶⁸ Anteeksianto edellyttää myös sitä, että pelastettava etu on ollut oikeudellisesti suojattu. Kansalaistottelemattomuus ei siten voi tulla anteeksiannettavaksi.⁶⁹ Sitä vastoin perheensä turvallisuuteen kohdistuvan uhkailun seurauksena aseelliseen ryöstöön osallistuva henkilö voi ehkä vedota pakkotilaan anteeksiantoperusteena.⁷⁰ Ylipäätään voidaan todeta, että anteeksiannon perusteena oleva emotionaalinen paine voi olla suurempi tilanteissa, joissa pelastettava etu on oma eikä vieras.⁷¹

Tältä osin voidaan viitata myös englantilaiseen oikeuskirjallisuuteen, jossa on katsottu, että kuvatulmaisissa painostustilanteissa ei koskaan ole oikeutta riistää toisen henkeä, ellei kyse ole sellaisesta hyvin poikkeuksellisesta tilanteesta, jossa tekijän oma tahto on täysin murrettu esimerkiksi kidutuksen keinoin.⁷² Kansallisessa katsannossa vastuu saattaisi näissä tilanteissa sulkeutua pois anteeksiannon lisäksi jo sillä perusteella, että käsillä ei ole tahdonvaltaista tekoa.

⁶⁸ HE 44/2002 vp, s. 18 ja 122. Esineiden tunnearvon osalta vrt. HE 44/2002 vp, s. 120. Ks. myös Honkasalo 1965, s. 177.

⁶⁹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 348–349 ja Frände 2012, s. 159 ja 178. Ks. myös korkeimman ratkaisun ns. Kojjärvi-tapauksessa KKO 1983-II-159. Ratkaisusta ks. Backman 1988, s. 796–798. Ks. lisäksi Clarkson 2005, s. 91, jossa on todettu, ettei vastaavaan kansalaistottelemattomuustapaukseen voida soveltaa hätävarjelu (*self-defence*)-sääntelyä, koska ”hyökkäys” ei ole laiton. Esineiden tunnearvon osalta ks. myös HE 44/2002 vp, s. 120.

⁷⁰ Frände 2012, s. 178–179. Ks. myös OLJ 5/2000, s. 168, jossa viitattiin tämällytyypiseen tilanteeseen ehdotetun pakottavat olosuhteet -vastuuvapausperusteen yhtenä soveltamistilanteena. Ko. vastuuvapausperustetta ei enää sisällynyt hallituksen esitykseen 44/2002 vp. *Common law* -kirjallisuudessa vastaavaa tilannetta on lähestytty *duress*-doktriinin (*duress by threats* -tilanteet erotettuna pakkotilatyypisistä *duress by circumstances* -tilanteista) näkökulmasta, jossa on kiteytetysti kyse siitä, että itsensä puolustamisessa tyypillisen uhan torjumisen sijasta tekijä alistuu uhkailuun (*“the accused avoids harm by complying with the demands of the threatener”*). Rajoituksena on pidetty ns. *truly blameless* -kriteeriä, joka tarkoittaa sitä, että rikolliseen toimintaan ryhtyneet ja rikolliseen organisaatioon liittyneet henkilöt eivät voi vedota ko. puolustukseen, jos he näiden valintojensa seurauksena joutuvat tekemään rikoksia vastoin tahtoaan. Ks. tästä Leverick 2006, s. 9 ja Clarkson 2005, s. 116–117 ja 121.

⁷¹ Pakkotilan osalta Hahto 2004, s. 166–167.

⁷² Horder 2004, s. 92–96.

Myös tilanteen ollessa sillä tavoin yllättävä, ettei järkevään punnintaan ollut aikaa, saattaa anteeksianto olla perusteltua. Tilanteen *yllätyksellisyyden ja pakottavuuden* yhteydessä on hallituksen esityksessä käsitelty myös ne tilanteet, joissa ihmishenki uhrataan toisen henkilön hengen pelastamiseksi. Tällainen menettely ei hallituksen esityksen mukaan voi koskaan olla oikeudenmukaista, vaan korkeintaan anteeksiannettavaa ”poikkeuksellisen vaikean motivointitilanteen johdosta”.⁷³ Viitaten edellisessä pääjaksossa esitettyihin näkökohtiin parisuhdeväkivallasta todettakoon, että Hahto ei pidä mahdollisena, että tyrannisoivan ja väkivaltaisen aviomiehensä tämän nukkuessa tappanut vaimo voisi pakkotilan perusteella saada tekonsa juridisesti anteeksi. Hänen mukaansa tilanteessa ei ole välitöntä vaaraa ja säännöksen soveltaminen tällaisiin tilanteisiin ”rapauttaisi vakiintunutta tulkintalinjaa avaamalla mahdollisuuden muihinkin laajennuksiin tilannekohtaisen tarpeen perusteella”.⁷⁴ Frände sen sijaan on pitänyt pakkotilan aikarajojen avartamista sillä tavoin mahdollisena, että vaikka kyseessä ei ole välitön vaara, anteeksianto saattaa olla mahdollista, jos vaimo surmaamisen sijasta aiheuttaa vain vaikean ruumiinvamman.⁷⁵

Ikään kuin peilikuvana tilanteen poikkeukselliselle kiireellisyydelle ja pakottavuudelle ovat tilanteet, joissa vaara ei ollutkaan RL 4 luvun 5 §:n 1 momentissa tarkoitettu tavoin välitön ja pakottava. Myös tällöin kyse voi olla anteeksiannettavasta pakkotilasta.⁷⁶ Lähtökohtaisesti myös pakkotilan liioittelun osalta aikarajojen laajentamiseen tulee suhtautua pidättyvästi.

Muina anteeksiantoon vaikuttavina seikkoina on hallituksen esityksessä mainittu muun maussa henkilön asema ja hänen myötävaikutuksensa tilanteen syntymiseen. Tilanteen ollessa itse aiheutettu ”on vaikea perustella vastuuvapautta ymmärrettävyysskriteerein”.⁷⁷ Boucht ja Frände ovat tässä yhteydessä viitanneet myös henkilön ikään ja ruumiinvoimiin esimerkkeinä henkilöön liittyvistä seikoista.⁷⁸ On myös esitetty, että lievä rikos on yleensä ”vähäisemmin perustein anteeksiannettavissa kuin vakavampi rikos”.⁷⁹

⁷³ HE 44/2002 vp, s. 123.

⁷⁴ Hahto 2004, s. 167–168. Välittömyyden ja ns. tyrannisoivan aviomiehen problematiikasta ks. myös Ashworth 2009, s. 120. Ashworth on tässä yhteydessä taipuvainen tulkitsemaan välittömyyden vaatimusta joustavasti ja kiinnittämään enemmän huomiota siihen, onko pelko perusteltu ja uhan väistäminen muutoin mahdotonta.

⁷⁵ Frände 2012, s. 179. Ks. myös Matikkala 2006, s. 425 ja Majanen 2006, s. 391.

⁷⁶ Tapani – Tolvanen 2008, s. 348. Ks. myös Frände 2012, s. 178.

⁷⁷ HE 44/2002 vp, s. 123.

⁷⁸ Boucht – Frände 2008, s. 133.

⁷⁹ OM 2002:7, s. 36.

1.4 LOPUKSI

Mikäli anteeksianto ei ole rikosoikeudellisesti perusteltua, tekijä ”tuomitaan siitä rikoksesta, jonka tunnusmerkistön liiallinen voimakeinojen käyttäminen täyttää”. Toistettakoon selvyyden vuoksi hallituksen esityksessä 44/2002 vp todettu, että ”[r]ikoslaissa ei siis ole hätävarjelun liioittelu -nimistä rikosta, sen sijaan hätävarjelun liioittelu mainitaan rikosnimikkeen yhteydessä (esimerkiksi hätävarjelun liioitteluna tehty tappo)”.⁸⁰

Luonnollisesti tuomioistuin voi RL 6 luvun 12 §:n 1 momentin 3 kohdan nojalla jättää tekijän rangaistukseen tuomitsematta, jos rikos on anteeksiannettavaan tekoon *rinnastettava*.⁸¹ Vaikka oikeuskirjallisuudessa onkin mielestäni perustellusti katsottu, että voimakeinojen käytön liioittelun osalta rangaistukseen tuomitsematta jättämiseen tulee olla erittäin painavat syyt⁸², on ratkaisuisissa KKO 1979-II-50, 1984-II-127 ja 1990:136 poliisimies jätetty rangaistukseen tuomitsematta, vaikka teoissa on selkeästi ollut kysymys virkatoimen suorittamisesta.

RL 4 luvun 7 §:n perusteella olosuhteet voidaan ottaa huomioon rangaistusvastuuta *lieventävinä*, vaikka tekijää ei kokonaan vapauteta rangaistusvastuusta. Lieventävien olosuhteiden vaikutus ei kuitenkaan ole ehdoton, vaan tekijälle voidaan tuomita ns. täysi rangaistus normaalien mittaamissääntöjen mukaan.⁸³ RL 4 luvun 7 §:ssä on viitattu rangaistusasteikon lieventämistä koskevaan RL 6 luvun 8 §:ään⁸⁴, jossa säädetty lievennysmahdollisuus koskee muitakin kuin RL 4 luvun vastuuvapausperusteita.⁸⁵

Pohdittakoon vielä lopuksi sitä, mikä merkitys on annettava puolustautujan tai voimakeinojen käyttäjän henkilökohtaiselle näkemykselle tarvittavista voimakeinoista. Ruuskanen on todennut hätävarjelun liioittelua koskevista korkeim-

⁸⁰ HE 44/2002 vp, s. 113.

⁸¹ Tapani 2008, s. 884–885.

⁸² Nuutila 1997a, s. 304–305.

⁸³ HE 44/2002 vp, s. 131. Näin on toimittu esimerkiksi Kouvolan hovioikeuden ratkaisussa 14.10.2010 nro 970, jossa oli kyse hätävarjelun liioitteluna tehdystä törkeästä pahoinpitelystä. Ks. myös Lappi-Seppälä 2004a, s. 4. Ks. myös Hahto 2004, s. 428, jossa hän on todennut, että jos lievään väkivaltaan reagoidaan välinettä käyttämällä, rangaistusta ei hänen havaintojensa mukaan juurikaan lievennetä. Toisaalta jos hyökkäys on ollut lievää vakavampi, se on vaikuttanut sekä tunnusmerkistön valintaan että rangaistukseen. Ks. tästä Hahto 2004, s. 430.

⁸⁴ Koskinen 2009, s. 178. Ks. myös Majanen 2006, s. 394–396. Majanen on katsonut RL 6 luvun 8 §:n ”koskevan kaikkia vastuuvapausperusteita läheisesti muistuttavia olosuhteita”. Ks. myös Tapani 2008, s. 886–887.

⁸⁵ Lappi-Seppälä 2004a, s. 36 ja Lappi-Seppälä 2004b, s. 446 av. 227. Ks. myös Lappi-Seppälä 2004b, s. 439–447 (erit. 445–447).

man oikeuden ratkaisuisista, että ”[h]ätävarjelun liioittelu näyttäytyy lähes yksinomaan objektiivisena perusteena... ilman pohdiskelua vastaajan henkilöön liittyvistä kysymyksistä”. Erityisesti tämä pätee hänen mukaansa niihin ratkaisuihin, joissa on kysymys poliisin voimankäytöstä.⁸⁶

Viimeksi mainittua Ruuskanen selittää sillä, että liiallisen voimankäytön on katsottu ratkaisuisissa johtuvan lähinnä virkatehtävän yhteydessä tapahtuneesta ylilyönnistä.⁸⁷ Subjektiiivisten pelon tuntemuksien osalta Ruuskanen on hovioikeuksien ratkaisujen kirjoittamistapaan viitaten arvioinut, että ”suunnitelmallinen, tietoinen väkivalta, jolla on selkeä motiivi, näyttäytyy vakavasti otettavana ja vakavana”. Spontaanista tappe-lusta poiketen tällainen väkivalta on usein yksipuolista väkivaltaa, jota yksi henkilö harjoittaa toista kohtaan.⁸⁸

Ruuskanen huomion painopiste näyttäisi olevan siinä, että subjektiivisille seikoille ei ole annettu riittävää merkitystä anteeksiantoperusteen soveltuvuutta arvioitaessa. Tähän kysymykseen palataan vielä myöhemmin, mutta asialla on myös toinen puolensa. Ulkomaisessa kirjallisuudessa Fiona Leverick on vuonna 2006 kirjoittanut tarvittavien *voimakeinojen määrää koskevasta vilpittömyydestä erehdyksestä*. Leverickin kirjoituksessa on kyse tilanteista, joissa on arvioitu väärin, kuinka paljon voimaa on välttämätöntä käyttää. Hänen mukaansa myös tältä osin on merkitystä sillä, onko erehdys perusteltu. Tilanteet tulisivatkin arvioida samantapaisista lähtökohdista kuin putatiivitulanteet. Leverickin mukaan *common law* -järjestelmässä perustelematon erehdys ei vapauta vastuusta, mutta saattaa vaikuttaa nimikevalintaan tai rangaistuksen mittaamiseen.⁸⁹ Toisaalta täydelliseen vastuuvapauteen johtava *perusteltu erehdys* näyttäisi viittaavan jo läheisesti tilanteeseen, joka meilläkin kuuluu sallitun hätävarjelun piiriin.⁹⁰

Jo aiemmin Leverick oli käynyt keskustelua J. C. Smithin kanssa siitä, onko rikosoikeudellinen sääntely, jossa tällaista normatiivista elementtiä ei olisi ja erehdys (*unreasonably mistaken self-defender*) poistaisi aina rikosvastuun, EIS 2 artiklan vastainen. EIS:n ratkaisukäytännön analyysiä silmällä pitäen kysymys erehdyksestä sen suhteen, mitkä voimakeinot ovat tarpeellisia, kietoutuu valitettavan hankalasti yhteen tilanteen luonnetta koskevan putatiivierehdyksen kanssa. Tätä erottelua ei Englannissa ainakaan Smithin ja Leverickin käydessä keskusteluaan ollut erityisen selkeästi tehty. Kirjoittajien mainitseman McCann-ratkaisun kohta 200 viittaa käytettyjen voimakeinojen määrään suhteessa *kuviteltuun* uhkaan, kun taas Leverickin viittaamassa Andronicou-ratkaisussa (ratkaisun kohta 192), jossa EIT käytti samansuuntaisia lau-

⁸⁶ Ruuskanen 2005, s. 239.

⁸⁷ Ruuskanen 2005, s. 261.

⁸⁸ Ruuskanen 2005, s. 266 ja 271–272.

⁸⁹ Leverick 2006, s. 169–176. *Common law* -kirjallisuudesta ks. myös Sangero 2006, s. 218–225.

⁹⁰ Leverick 2006, s. 175.

sumia, *ei ollut kyseessä ns. putatiivitalanne*.⁹¹ Mahdollinen vaatimus voimakeinojen tarpeellisuuteen kohdistuvan erehdyksen perusteltuisuudesta ei rajoitu vain kuolettavan voiman käyttöön, vaan voitaneen ennakoita, että sekä EIS 2 artiklan että EIS 3 artiklan nojalla arvioitavia tilanteita koskevat tässä suhteessa samat kriteerit.⁹² Tai ainakin EIS:ää on syytä tulkita kansallisissa elimissä tällä tavoin. Tilannetta monimutkaistaa entisestään se, että erehdys voimakeinon välttämättömyydestä kohdistuu enemmän tosiseikkaan, kun taas erehdys voimakeinon puolustettavuudesta kohdistuu ennemminkin normatiiviseen seikkaan. Tällä erolla saattaa puolestaan olla jotakin (teoreettista) merkitystä selonottovelvollisuuden laajuuden kannalta.

On myös syytä viitata Leader-Elliottiin, joka on – tosin *common law* -järjestelmän näkökulmasta – erottanut oikeuttamisperusteista (*justified*) perustellun (*warranted*) toiminnan kategorian (oikeuttamisen ja anteeksiannon (*excuse*) välissä). Esimerkkinä hän on kuvannut osin tositapahtumiin perustuvan tilanteen, jossa ajoneuvojen kulunvalvontapisteellä ajoneuvo varoitussalauksista ja muista varoittavista toimista huolimatta ylittää ennalta määritetyn tulenavauslinjan (*kill line*) seurauksin, että kuljettaja menehtyy. Tilannetta voitaisiin lähtökohtaisesti pitää putatiivitalanteena, mutta Leader-Elliottin esimerkissä ampuma-asetta käyttänyt henkilö ei varsinaisesti erehtynyt pitämään kuljettajaa terroristina, vaan piti mahdollisena, että tämä on terroristi ja toimi annettujen ohjeiden mukaisesti. Toimintaa ei Leader-Elliottin mukaan voida pitää oikeutettuna, mutta kylläkin rikosoikeudellisesta vastuusta vapauttavalla tavalla perusteltuna. Kyse on luonnollisesti myös ns. ennakoivan hätävarjelun rajoista.⁹³ Viitaten aiemmin esimiehen käskyjen merkityksen osalta esittämiini näkemyksiin katson, että Leader-Elliottin kuvaamia tilanteita voitaisiin Suomessa lähestyä kieltoerehdyksen näkökulmasta.

Myös Roxin on viitannut siihen, että kriminaalipoliittisista ja preventiivisistä syistä ei hätävarjelun rajat ylittänyttä henkilöä tulisi ainakaan täysin vapauttaa vastuusta, jos rajojen ylittäminen on pelon ja hätäännyksen sijasta tapahtunut

⁹¹ Vastaava havainto ko. ratkaisusta ks. Vienola 2008, s. 100. Ks. Smithin ja Leverickin artikkelit *Criminal Law Review*'ssä 2000-luvun alussa, erityisesti Leverick 2002a, s. 351–361, Smith 2002, s. 960–961 ja Leverick 2002b, s. 966–967. Ks. myös Leverick 2006, jonka jakso 10 perustuu Leverickin vuoden 2002 artikkeliin. Leverick viittaa myös John Kelly v. the United Kingdom -päättökseen. Ks. tästä Leverick 2002, s. 351–352. Smith on esittänyt *unreasonably mistaken self-defender* -tilanteisiin ratkaisuksi törkeästä tuottamuksellisesta rikoksesta (*manslaughter by gross negligence*) tuomitsemista murhan sijasta ja Leverick puolestaan seuraamuksen vähentämistä. Ks. myös Leverick 2006, s. 163–168 sekä Clarkson 2005, s. 92–93 ja 97, joka näyttäisi olevan sillä kannalla, että EIS ja EIT:n tulkinnat siitä edellyttävät vastuuvapauden antavalta erehdykseltä järjestyttä (*“reasonable belief”*). Voitaneenkin pitää selvänä, että putatiivitalanteissa EIS edellyttää erehdyksen olevan perusteltu. Ks. myös Boucht 2011a, s. 126–127 havainnot putatiivitalanteiden arvioinnista EIT:n ratkaisukäytännössä. Boucht arvioi, että erehtyminen tarvittavista voimakeinoista ei kuuluisi EIS 2 artiklan soveltamisalaan. Nähdäkseni Andronicou-ratkaisu viittaa toisenlaiseen tulkintaan. Perustellun erehdyksen merkityksestä ks. myös Leader-Elliott 2012, s. 132–134 ja hänen viittaamansa MPC 3 pykälä.

⁹² Leverick 2002a, s. 360–361.

⁹³ Leader-Elliott 2012, s. 117–120. Ks. myös Leader-Elliott 2012, s. 137–138, jonka perusteella välittömyyden vaatimus ei rajaa Australiassa viranomaisten kuolettavan voiman käyttöä, vaikka rajoittaakin yksityisten henkilöiden oikeutta voimankäyttöön toisten puolustamiseksi.

vihastuksesta, tappelunhalusta tai äkkipikaistuksesta. Näissä tapauksissa rankaiseminen on perusteltua yhteiskunnan turvallisuuden ja väkivallan minimoinnin näkökulmista.⁹⁴ Ruuskasen mukaan erottelua ei tule liiaksi korostaa, koska voitaneen pitää itsestään selvänä, että väkivaltaisen hyökkäyksen kohteeksi joutuminen herättää lähes poikkeuksetta jonkin tasoisia negatiivisia tuntemuksia hyökkääjää kohtaan.⁹⁵ Frände on puolestaan hieman vaikeaselkoisesti todennut, että anteeksiannon perusteena olevat tosiasialliset olosuhteet eivät välttämättä ole tahallisuuden kohteena.⁹⁶ Ilmeisesti tällä viitataan siihen, että näitä seikkoja koskeva tieto on merkityksetön. Myös jo ennen yleisten oppien uudistusta katsottiin, että vaikka keskustelun painopiste on ollut syyllisyyskysymyksissä, myös hätävarjelun liioittelutilanteissa on läsnä ”oikeusjärjestyksen periaatteessa suojaamien etujen puolustaminen”, mikä on osoittanut teon alentunutta *vääryyssisäiltöä*, mikä puolestaan on sallinut lievemmat rangaistukset näissä tilanteissa.⁹⁷

Onko kotimaisessa ajattelussa tältä osin syytä korjausliikkeisiin? Onko mahdollista, että hätävarjelusäännöstä sovelletaan henkilöön, joka suurta kyvykkyyttä itsensä puolustamisessa osoittaen riistää hyökkääjältä veitsen, kaataa tämän maahan ja välittömästi tämän jälkeen lyö hyökkääjää nyrkillä kaksi kertaa vatsaan, mutta erehtyy oikeudenkäynnissä myöntämään, että viimeiset nyrkiniskut oli lyöty puhtaasti ”koulutusmielessä”? Luullakseni objektiivisten ulkoisesti havaittavien seikkojen perusteella tuomioistuimet olisivat hyvinkin taipuvaisia antamaan nyrkiniskut ko. tapauksessa rikosoikeudellisesti anteeksi.

Nähdäkseni rikosprosessissa tulee edellyttää ainakin jonkintasoista uskottavuusnäyttöä siitä, että on toimittu ”puolustuksessa”, katsottu käytetyn toimivaltasäännöksiin perustuvia voimakeinoja tai teko on tehty ”oikeudellisesti suojatun edun pelastamiseksi”. Mikäli syyttäjä sitä vastoin pystyy osoittamaan, että tällaista tarkoitusta ei ollut käsillä, vaikka ulkoisten havaintojen perusteella siltä vaikuttaisikin, anteeksiantoperustetta ei voi soveltaa. Tällainen tulkinta ei laajena analogisesti rangaistavan menettelyn alaa eikä siten ole laillisuusperiaatteen vastainen.

Tämän lisäksi on vaikea kuvitella, että jossakin tilanteessa henkilön voitaisiin katsoa toimineen puolustustarkoituksessa, mutta käyttäneen sellaisia – sinänsä määrällisesti anteeksiannettavia – keinoja, että hänen ei voida *perustellusti* katsoa pitäneen niitä välttämättöminä. Toisin sanoen, jos joku käyttää puolustautumiseen niin paljon sallittua kovempia keinoja, että hän ei voi väittää perustellus-

⁹⁴ Roxin 1989, s. 338–339. Toisaalta, kuten Leverick 2002a, s. 359 huomauttaa, mikä preventiivinen merkitys tällä on henkilöille, jotka omasta mielestään joka tapauksessa toimivat järkevästi ja kohtuuden rajoissa.

⁹⁵ Ruuskanen 2005, s. 222.

⁹⁶ Frände 2012, s. 108.

⁹⁷ Lappi-Seppälä 1987, s. 423–424.

ti kuvitelleensa olevansa oikeutettu niihin, on tämä vahva indisio, että kyse on jostakin muusta kuin puolustautumistarkoituksesta.

Teemaan liittyen Tapani on peräänkuuluttanut eräänlaista prosessuaalista vastuuta hätävarjelutilanteiden arvioinnissa. Hätävarjelun liioittelusäännös ja erityisesti siihen nyttemmin kytketty mahdollisuus aikarajojen avartamiseen ei saa vaikuttaa siihen, katsotaanko hätävarjelutilanteen edellytysten täyttyvän. Ensin on huolellisesti arvioitava, onko kyse ollut hätävarjelutilanteesta, minkä ymmärrän pitävän sisällään liioittelusäännöksen maininnan ”puolustuksessa”. Jos näin ei ole, on yksiselitteisesti luettava syyksi esimerkiksi tappo, pahoinpitely tms. Seuraamusharkinta on tästä päätelystä erillinen päättely, jossa toki voidaan ottaa huomioon vastuuvapausperusteita läheisesti muistuttavat olosuhteet.⁹⁸

Joissakin voimankäytön liioittelutilanteissa ei ole käsillä mitään tässä jaksossa kuvatun kaltaisia olosuhteita ja rangaistus tulee määrättäväksi normaalien sääntöjen mukaan. Tästä lisää seuraavassa.

⁹⁸ Tapani 2008, s. 890–891. Ks. myös Lappi-Seppälä 1987, s. 425, jossa kirjoittaja katsoi, että jo ennen yleisten oppien uudistusta aikarajat ylittävä *ekstensiivinen hätävarjelun liioittelu* oli mahdollista ottaa huomioon rangaistusta lieventävänä.

2 Virkarikosvastuu

2.1 VIRKAVASTUUN PERUSTEET

Julkisen vallan käyttö edellyttää erityistä valvontaa ja vastuuta. Oikeusturvavaatimukset perusoikeuksien yleisenä rajoitusedellytyksenä edellyttävät, että ”perusoikeuksia rajoitettaessa on huolehdittava riittävistä oikeusturvajärjestelyistä”.⁹⁹ Keskeisimpänä oikeusturvatakeena ja julkisen vallan käytön vastapainona toimii virkavastuu, joka viime kädessä rakentuu PL 2 §:n 3 momentin ja PL 118 §:n varaan.¹⁰⁰ Viimeksi mainitun säännöksen 1 momentin 1. virkkeen perusteella:

”Virkamies vastaa virkatoimiensa lainmukaisuudesta.”

Käytännössä virkavirhe voi ilmetä lain tai virkavelvollisuuksien vastaisena toimintana virkatehtävissä taikka tehtävien laiminlyöntinä.¹⁰¹ Myös toimivallan ylittäminen voi laukaista virkarikosvastuun. Tässä suhteessa toimivallan rajat ovat kuten muutkin virkatoimintaa määrittävät normit.¹⁰²

1980-luvun lopun uudistuksessa tavoitteena oli säätää virkarikoksina rangaistavaksi lähinnä vain ne teot, jotka olivat erityisen moitittavia yhteiskunnan ja kansalaisten kannalta, tai joista ei muualla laissa ollut säädetty ”virkatoiminnan asianmukaiseksi turvaamiseksi riittävää rangaistusuhkaa”.¹⁰³ Tuolloin kirjoitetussa virkamiesoikeuden perusteoksessa todettiin yleensä katsotun, että ”selvästi tulkinnanvaraisissa oikeuskysymyksissä virkavastuun toteuttamiseen ei välttämättä ole syytä ryhtyä”. Esimerkkinä on mainittu tilanne, jossa tehty päätös kumotaan lain väärän soveltamisen johdosta. Samoin on todettu, että päätöksen

⁹⁹ PeVM 25/1994 vp, s. 5. Ks. myös PeVL 4/1986 vp, s. 5 sekä PeVL 23/1997 vp, s. 2, jonka mukaan tämän vaatimuksen ei ole katsottu yleensä olevan ongelmallinen rikoslainsäädännön osalta, koska rikosoikeudenkäyttöön liittyy erityisiä peruslaissa tarkoitettuja oikeusturvajärjestelyjä.

¹⁰⁰ Rautio 2009, s. 1102. Valtiosääntöoikeuden uudessa perusteoksessa on laillisuusvalvonnan säädöstaustaksi esitetty myös PL 22 §:ssä säädettyä velvollisuutta turvata perus- ja ihmisoikeudet. Kirjoittajien mukaan vaarana kuitenkin on, että perus- ja ihmisoikeuslähtöisesti operoitaessa laillisuusvalvonnan ja tarkoituksenmukaisuuskysymyksiin keskittyvän valvonnan rajanveto helposti hämärtyy. Laillisuusvalvonnan kohteena tulisikin olla ainoastaan virkatoiminnan laillisuus. Ks. tästä Jyräki – Husa 2012, s. 333.

¹⁰¹ Mäenpää 2003, s. 515–516. Ks. myös Bruun et al. 1988, s. 183.

¹⁰² Viljanen 1984, s. 195.

¹⁰³ Bruun et al. 1988, s. 188.

perustuminen pitkään jatkuneeseen, sinänsä virheelliseen käytäntöön voi poistaa virkavastuun tai lieventää sitä.¹⁰⁴

Virkamiesoikeuden perusteoksessa on katsottu erityisen virkavastuun perustuvan lähinnä kahteen toisiaan sivuvaan perusteeseen. Yhtäältä vain virkamiehellä on oikeus käyttää julkista valtaa ja toisaalta ”virkatehtävien suorittamiselta vaaditaan korostettua julkista luotettavuutta ja objektiivisuutta”.¹⁰⁵ Nähdäkseni ensimmäisessä perustelussa virkavastuu on vallankäyttöoikeuden vastapaino, kun taas jälkimmäisessä ”suojeltavana oikeushyvinä” on virkatoiminnan yleinen maine. Viimeksi mainittuun voidaan katsoa kiinteästi kytkeytyvän esimerkiksi poliisimiehen sopimattoman käyttäytymisen vapaa-ajalla kriminalisoiva säännös.¹⁰⁶ Virkarikoksista väitellyt Pekka Viljanen ei kuitenkaan ole antanut suojeluobjektin määrittämiselle erillistä merkitystä, vaan hänen mukaansa kyse on ”rikostunnusmerkistön sisällön selvittämisestä oikeuslähteiden pohjalta”. Suojeluobjektin määrittäminen ei sinänsä tuo tähän mitään lisäarvoa yli niiden oikeuslähteiden, joiden perusteella se on määritetty. Sama koskee hänen mukaansa kriminalisoinnin tarkoituksen määrittämistä.¹⁰⁷ Erityisesti Viljanen on kritisoinut suojeluobjektin tai suojeltavan intressin määrittämistä valtion kollektiivisiin etuihin kohdistuvien rikoksien osalta. Tällöin suojeluobjekti joko määrittyy hyvin yleisluonteisesti tai sitten se joudutaan valitsemaan mielivaltaisesti useiden potentiaalisten intressien joukosta. Viljanen on kuitenkin valmis myöntämään, että oikeushyvällä voi olla tulkinnallista välinearvoa niissä tapauksissa, joissa säännöksen tarkoitus on selkeästi määritetty jo lain esitöissä.¹⁰⁸ Tämä näyttäisi jättävän auki mahdollisuuden teleologiseen tai periaatteet huomioon ottavaan tulkintaan.

Toisaalta virkavelvollisuutta ja virkavastuuta koskeva sääntely erityisine virkamiehiä ja julkisyhteisön työntekijöitä koskevine rangaistussäännöksineen antaa valvontaviranomaisille mahdollisuuden ohjata virkatoimintaa sekä ryhtyä toimenpiteisiin epäiltyjen virheiden johdosta.¹⁰⁹ Erityisesti juuri sellaisten perusoikeuksia rajoittavien toimien osalta, joista ei tehdä muutoksenhakukelpoisia päätöksiä, on oikeusturvatekijä mainittu eduskunnan oikeusasiamiehen valvontatehtävät.¹¹⁰

Vahingonkorvausvastuun osalta on mielestäni sinänsä perustellusti katsottu, että normaalihuolellisesta toiminnasta huolimatta julkista valtaa käytettäessä voi toiminnassa helposti olla puutteita tai virheellisyyksiä. Erityisesti on vielä otettava huomioon, että usein virkamiehellä ei ole mahdollista jättää tekemättä vaikeitakaan tai helposti vahinkoa aiheuttavia toimia.¹¹¹ On toki otettava huomioon, että vahingonkor-

¹⁰⁴ Bruun et al. 1988, s. 186.

¹⁰⁵ Bruun et al. 1988, s. 180. Ks. myös Mäenpää 2003, s. 514.

¹⁰⁶ Ks. Viljanen 1984, s. 77.

¹⁰⁷ Viljanen 1984, s. 69. Vrt. Honkasalo 1965, s. 141, joka on todennut, että ”[i]lman suojeluobjektin tuntemista on mahdotonta tietää kriminalisoinnin tarkoitusta. Tarkoituksen tunteminen on taas tulkinnan (teleologisen tulkinnan) välttämätön edellytys.”

¹⁰⁸ Viljanen 1984, s. 70.

¹⁰⁹ Rautio 2009, s. 1101–1102.

¹¹⁰ Viljanen 2001, s. 258. Kansainvälisestä *soft law* -aineksesta poliisin toiminnan valvonnan osalta ks. esim. UN 1990 kohdat 22–24 sekä EN 2001, s. 12–13 ja 68–70.

¹¹¹ Bruun et al. 1988, s. 200.

vausvastuu ja rikosoikeudellinen virkavastuu eivät ole toisistaan riippuvaisia eivätkä niiden kynnykset ole yhteneväisiä.¹¹²

Oikeudellisen virkavastuun¹¹³ ohella perusoikeusrajoituksiin liitettyinä oikeusturvatakeina on mainittu myös se, ”minkätasoiset ja kuinka kvalifioitunut viranomaiset” päätösvaltaa käyttävät sekä se, kuinka selvät rajat harkintavallalle on asetettu.¹¹⁴ Voidaankin pitää selvänä, että perusoikeuksien rajoittamisvaltuuksia käyttävien henkilöiden koulutuksesta ja pätevyydestä huolehtiminen sekä yleisesti pitäytyminen virkamieshallintoperiaatteessa edistävät kansalaisten oikeusturvaa.¹¹⁵ *Koulutus* ei kuitenkaan ole rikosoikeudellisen virkavastuun vaihtoehto, vaikka sillä voidaan esimerkiksi nopeuttaa asioiden käsittelyä, kun virkamiehen ei tarvitse käyttää aikaa virhemahdollisuuksien pohtimiseen.¹¹⁶ Toisaalta vaikka koulutukselle annetaankin merkitystä syyksilukemisessa, sillä ei luoda ”säännöksiin tai määräyksiin perustuvia” virkavelvollisuuksia. Koulutuksessa opetetava menettelytapa voi olla oikea ja lainsäädännön vaatimukset täyttävä, mutta ei välttämättä ainoa oikea ja rikosoikeudellisesti hyväksyttävä toimintatapa.¹¹⁷

2.2 VIRKA-ASEMAN VÄÄRINKÄYTTÄMINEN

Virka-aseman väärinkäyttäminen on kriminalisoitu RL 40 luvun 7 §:ssä:

”Jos virkamies hankkiakseen itselleen tai toiselle hyötyä taikka aiheuttaakseen toiselle haittaa tai vahinkoa

- 1) rikkoo virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin tai määräyksiin perustuvan virkavelvollisuutensa osallistuessaan päätöksentekoon tai sen valmisteluun tai käyttäessään julkista valtaa muissa virkatehtävissään taikka
- 2) käyttää väärin asemaansa käskyvallassaan tai välittömässä valvonnassaan olevaan henkilöön nähden,

hänet on tuomittava virka-aseman väärinkäyttämisestä sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.

¹¹² Ks. Viljanen 1990, s. 48–51.

¹¹³ Oikeudellisen virkavastuun lisäksi voidaan puhua *tosiasiallisesta virkavastuusta*, jota ei kuitenkaan ole oikeudellisesti sanktioitu. Esimerkkinä voidaan mainita hyvän hallintotavan ja virkamiesmoraalin noudattaminen. Ks. tästä Bruun et al. 1988, s. 181.

¹¹⁴ Hidén 1980, s. 103. Harkintavallan ja valvontatarpeiden suhteesta ks. myös Lahti 1974, s. 33–34.

¹¹⁵ Viljanen 2001, s. 258–259. Koulutuksen merkitystä on korostettu myös *soft law* -asiakirjoissa. Ks. tästä esim. EN 2001, s. 9–10 ja 47–49, UN 1979 Johdanto ja UN 1990 kohdat 18–21. Ks. myös Alderson 1984, s. 15–16 ja esim. Worden – Catlin 2002, s. 106–107.

¹¹⁶ Viljanen 1990, s. 6.

¹¹⁷ Viljanen 1990, s. 447–448.

Virkamies voidaan tuomita myös viralta pantavaksi, jos rikos osoittaa hänet ilmeisen sopimattomaksi tehtäväänsä.”

Kuten säännöksestä ilmenee, esimerkiksi poliisimies voi syyllistyä virka-aseman väärinkäyttämiseen käyttäessään julkista valtaa virkatehtävissään, vaikka ei osallistuisikaan päätöksentekoon tai sen valmisteluun.¹¹⁸ Esimerkkinä poliisitoiminnan yhteydessä (virkavelvollisuuden laiminlyöntinä) tapahtuvasta virka-aseman väärinkäyttämisestä on mainittu tilanne, jossa poliisimies jättää rikoksenteijän kiinni ottamatta tarkoituksin, että tämä pääsee pakenemaan.¹¹⁹

Kiinniotettuja ja pidätettyjä henkilöitä sekä päihtymyksen takia poliisin suojassa olevia henkilöitä voidaan pitää lainkohdan tarkoittamin tavoin poliisin käskyvallassa tai välittömässä valvonnassa olevina henkilöinä.¹²⁰ Viljanen on jaotellut ko. tilanteita vielä pidemmälle toteamalla, että pidätetyt ovat pidättämiseen oikeutetun virkamiehen käskyvallassa ja pidätettyjä vartioivan virkamiehen välittömässä valvonnassa.¹²¹

Henkilön ollessa turvattomassa asemassa tai ylipäättään huomattavan riippuvainen virkatoimien asianmukaisuudesta on erityisen tärkeää saattaa virka-aseman väärinkäyttö erityisen rangaistusuhan alaiseksi.¹²² Täten esimerkiksi ETL 24 §:n vastainen menettely kuulustelun yhteydessä voi olla virka-aseman väärinkäyttämistä. Samoin yleisemminkin menettelyt, joissa käytetään esimerkiksi ruumiillista tai henkistä pakotusta, kidutusta, uhkailua tai väkivaltaa, voivat olla säännöksen 2 kohdassa tarkoitettua virka-aseman väärinkäyttämistä.¹²³ Virka-aseman väärinkäyttämisenä voidaan myös pitää tilanteita, joissa välittömässä valvonnassa olevaa henkilöä käytetään välikappaleena muihin henkilöihin vaikuttamisessa, esimerkiksi painostamalla vangin sukulaisia uhkauksin aiheuttaa jotakin kielteistä vangille.¹²⁴

Käskyvallassa tai välittömässä valvonnassa olevaa henkilöä voidaan käyttää myös välikappaleena rikoksen tekemisessä¹²⁵, minkä tyyppisestä menettelystä väitettiin olleen kysymys korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2000:112. Sitä vastoin virka-aseman väärinkäyttämisen tunnusmerkistöä ei täyty pelkästään se, että epäkonventionaalisia tutkintamenetelmiä käytettäessä poliisi ryhtyy yhteistyöhön siihen vapaaehtoisesti suostuneen tutkintavangin kanssa. Tällaista yhteis-

¹¹⁸ HE 58/1988 vp, s. 63. Esimerkkinä voidaan mainita velvoittavien käskyjen ja kieltojen antaminen. Ks. tästä Viljanen 1990, s. 366.

¹¹⁹ Viljanen 1990, s. 368.

¹²⁰ HE 58/1988 vp, s. 63, KKO 2000:112 ja Rautio 2009, s. 1136.

¹²¹ Viljanen 1990, s. 417. Ks. myös Helminen 1989, s. 327.

¹²² HE 58/1988 vp, s. 63.

¹²³ Viljanen 1990, s. 423–424.

¹²⁴ Viljanen 1990, s. 425.

¹²⁵ Viljanen 1990, s. 425.

työtä ei kuitenkaan voida pitää ehtona tutkintavangin esittämiselle vapaaksi eikä yhteistyöstä kieltäytymistä voida käyttää hänelle kuuluvien oikeuksien rajoittamiseksi. Kyseessä olevassa tapauksessa korkein oikeus katsoi, että yhteistoimintaan ryhdyttyä edellytykset tutkintavangin pitämiseen edelleen vangittuna olivat olleet olemassa.

Ratkaisusta on päätelty myös, että rangaistava teko voidaan tehdä tarkoituksin hyödyttää esimerkiksi virkamiehen työnantajaa.¹²⁶ Korkein oikeus totesi ratkaisussaan, että RL 40 luvun 7 §:ssä ”tarkoitettun hyödyn ei tarvitse olla laadultaan taloudellista eikä myöskään laitonta. Myös se, että virkamies pyrkii toimellaan saavuttamaan hänen tehtäviinsä kuuluvaa laillista tavoitetta, voi olla lainkohdassa tarkoitettun hyödyn tavoittelua.” Pyrkimys virkavelvollisuuksien mukaiseen lailliseen tavoitteeseen voi siis olla säännöksessä tarkoitettua hyötyä.¹²⁷

Virka-aseman väärinkäyttämisenä pidettävä teko voi sinänsä kohdistua vapautteen tai ruumiilliseen koskemattomuuteen¹²⁸, mutta tästä huolimatta virka-aseman väärinkäyttäminen voimankäytön yhteydessä tulee hyvin harvoin sovellettavaksi. Lähinnä kyseeseen voisi tulla tosiasiallisena julkisen vallan käyttönä ilmenevä PolL 27 §:stä johdettujen virkavelvollisuuksien vastainen toiminta, johon liittyy pyrkimys aiheuttaa hyvin vähäistä vahinkoa suurempi vahinko kohdehenkilölle.¹²⁹ On erittäin tärkeä huomata, että pelkkä vahingon syntyminen ei riitä perustamaan vastuuta ko. rikoksesta, vaan ollakseen virka-aseman väärinkäyttämistä teon tulee olla tehty vahingoittamistarkoituksessa. Käytännössä edellytetään *dolus determinatus* -tasoista tahallisuutta.¹³⁰ Toisaalta vahingon syntymistä tai hyödyn saamista ei edellytetä, vaan pyrkimys näiden aiheuttamiseen riittää.¹³¹

Virka-aseman väärinkäyttäminen on RL 40 luvun 8 §:n nojalla törkeää:

”Jos virka-aseman väärinkäyttämisessä 1) tavoitellaan huomattavan suurta hyötyä tai 2) pyritään aiheuttamaan erityisen tuntuva haittaa tai vahinkoa tai 3) rikos tehdään erityisen suunnitelmallisesti tai häikäilemättömästi ja virka-aseman väärinkäyttäminen on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä.”

¹²⁶ Viljanen 2010b, s. 608.

¹²⁷ Viljanen 1990, s. 408–409 ja Rautio 2009, s. 1128. Haittana voidaan Viljasen mukaan pitää jopa ajanhukkaa, joka muutoksenhausta asianosaiselle aiheutuu. Hyötynä puolestaan voi olla haitallisten seurausten välttäminen. Ks. myös Pekka Viljanen 2001, s. 264–265.

¹²⁸ Viljanen 1990, s. 420.

¹²⁹ Rautio 2009, s. 1129 ja 1135–1136.

¹³⁰ Rautio 2009, s. 1137. Ks. myös Viljanen 1990, s. 414 ja 452–457, Tapani – Tolvanen 2008, s. 214–215 ja Lohse 2012, s. 195. Ilmeisesti petosrikosten osalta todettu pätee näihin tilanteisiin, eli hyötymistarkoitus päätellään muista tunnusmerkistön täyttymiseen vaadittavista seikoista eikä hyötymistarkoituksella siten ole rangaistusvastuuta rajoittavaa merkitystä. Ks. tästä Tapani 2010, s. 144–145.

¹³¹ Viljanen 1990, s. 411.

Oikeuskirjallisuudessa esitetyn mukaan suunnitelmallisuus voi ilmetä useista osateoista muodostuvana kokonaisuutena, jolloin kokonaisuus on huomattavasti moitittavampi kuin yksittäinen tapaus, jonka yhteydessä kokonaisuus paljastuu.¹³² Häikäilemättömyys viittaa ”erityiseen röyhkeyteen tai erityiseen piittämättömyyteen uhrin kärsimyksistä”. Häikäilemättömyys on otettu lakiin yhtenä ankaroitamisperusteena silmällä pitäen muun muassa ruumiillisen koskemattomuuden loukkauksia tai muita räikeästi ihmisarvoa loukkaavia tekoja.¹³³ Tässä yhteydessä on myös syytä muistuttaa siitä, kuinka ankarasti EIT on suhtautunut valtioiden velvollisuuteen selvittää, miten poliisin hallinnassa – käskyvallassa tai välittömässä valvonnassa – olleet henkilöt ovat saaneet vammoja.

RL 40 luvun näkökulmasta voidaan esittää, että muu EIS 3 artiklan vastainen menettely kuin kidutus voisi kansallisesti tulla arvioitavaksi juuri törkeänä virka-aseman väärinkäyttämisenä. Poikkeuksellisen vakavissa ääritilanteissa liiallinen voimankäyttö voisi tulla arvioitavaksi RL 11 luvun 9 a §:n mukaisena kidutuksena, esimerkiksi niissä tilanteissa, joissa voimakeinoin kiinniotettua pahoinpideltäisiin pitkään. Ollakseen kidutusta on teolla aiheutetun kärsimyksen oltava erittäin tuntuva.¹³⁴ Viimeksi mainitut ääritapaukset on rajattu tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

2.3 VIRKAVELVOLLISUUKSIEN RIKKOMINEN

Perinteisesti on katsottu, että juuri virkavelvollisuuksien rikkominen on olennaista virkarikoksissa. Toisin sanoen lähtökohtaisesti kaikissa virkarikoksissa on kysymys virkavelvollisuuden rikkomisesta.¹³⁵ Virkatehtävien suorittamisen ohessa virkamiehen keskeisin velvollisuus on rikoksista pidättäytyminen yleisesti¹³⁶ ja erityisesti RL 40 luvun 1–8 §:ssä säädetystä rikoksista.¹³⁷ Viimeksi mainittuja säädöksiä täydentävät toissijaisesti sovellettavat RL 40 luvun 9 §:n ja 10 §:n kriminalisoinnit, joissa käytettyjä rikosnimikkeitä ei tosin edellä kerrottu huomioon ottaen voida pitää erityisen onnistuneina. RL 40 luvun 9 §:ssä säädetään virkavelvollisuuden rikkomisesta:

”Jos virkamies virkaansa toimittaessaan tahallaan muulla kuin edellä tässä luvussa tai 11 luvun 9 a §:ssä säädetyllä tavalla rikkoo virkatoiminnassa noudatettaviin säännök-

¹³² Viljanen 1990, s. 432.

¹³³ Rautio 2009, s. 1138. Ks. myös Viljanen 1990, s. 432.

¹³⁴ HE 76/2009 vp, s. 24–25 ja 30–31. Todettakoon myös, että kidutuksen erillisellä kriminalisoinnilla on pyritty ehkäisemään erityisesti rikosten selvittämiseen ja rangaistusten täytäntöönpanoon liittyviä tekoja. Ks. tästä HE 76/2009 vp, s. 30.

¹³⁵ Salmiala 1952, s. 358, Viljanen 1984, s. 41–44 ja Viljanen 1990, s. 439.

¹³⁶ Bruun et al. 1988, s. 119.

¹³⁷ Viitanen 2007 s. 132.

siin tai määräykseen perustuvan virkavelvollisuutensa, eikä teko huomioon ottaen sen haitallisuus ja vahingollisuus ja muut tekoon liittyvät seikat ole kokonaisuutena arvostellen vähäinen, hänet on tuomittava virkavelvollisuuden rikkomisesta sakkoon tai vankeuteen enintään yhdeksi vuodeksi. (4.12.2009/990)

Virkamies voidaan tuomita myös viralta pantavaksi, jos hän on syyllistynyt 1 momentissa mainittuun rikokseen rikkomalla jatkuvasti tai olennaisesti virkavelvollisuutensa ja rikos osoittaa hänet ilmeisen sopimattomaksi tehtäväänsä.”

Viitatulla 9 §:llä ja tuottamuksellista virkavelvollisuuden rikkomista koskevalla 10 §:llä kriminalisoidaan siis muu kuin RL 40 luvun 1–8 §:ssä kriminalisoitu virkavelvollisuuksien vastainen toiminta.

2.3.1 ”Virkaansa toimittaessaan”

Ollakseen rangaistavaa virkavelvollisuuksien rikkomisen tulee olla tehty virkaa toimitettaessa. Oikeuskirjallisuudessa tätä vaatimusta on yritetty konkretisoida eri tavoilla. Salmialan mukaan vaatimus täyttyy, kun ”virkamies tekee rikoksen virkamiehenä esiintyen rikoksen tunnusmerkistön toteuttavassa täytäntöönpanoteossa taikka virka-asemaansa kuuluvia oikeuksia tai valtaa käyttäen tahi velvollisuuksia täyttäen”.¹³⁸ On myös esitetty, että ollakseen rangaistavaa teolla tai laiminlyönnillä tulee olla ”asiallinen yhteys viran toimittamiseen ja virkavelvollisuuksiin”. Teon tulee liittyä virkatehtäviin eikä pelkkä ajallinen ja paikallinen yhteys viran toimittamiseen ole riittävä.¹³⁹ Lähtökohtaisesti esimerkiksi virkasuhteen ulkopuolinen toiminta ei perusta virkavastuuta, ellei kyse ole suoranaisesti virkavelvollisuuksien, kuten salassapitovelvoitteen, rikkomisesta.¹⁴⁰ Toisaalta on katsottu, että rikos voidaan katsoa tehdyksi virassa tai virkaa toimitettaessa, jos se on tehty ”virkavelvollisuuksiin kuuluvia tehtäviä eli virkatoimia suoritettaessa”.¹⁴¹

Jo kumottuja virkarikossäännöksiä arvioidessaan Viljanen on pohtinut, syyllistyykö henkilö virkarikokseen, jos hän pahoinpitelee virkahuoneessaan henkilön virka-asioi-

¹³⁸ Salmiala 1952, s. 372. Viitasen mukaan virkavelvollisuuden rikkomista voi olla harkintavallan alittaminen (laiminlyönti, tekemättömyys), harkintavallan ylittäminen toimivallan puitteissa pyssyen, toimivallan ylittäminen ja toimivallan puuttuminen. Ks. tästä Viitanen 2007, s. 184. Ylösjoki on tarkoittanut toimivallan ylittämistä myös harkintavallan tai sallittujen ”poliisipakkokeinojen” väärinkäyttämistä. Ks. tästä Ylösjoki 1965, s. 40. Ks. myös Sinisalo 1971, s. 62, jonka mukaan laiminlyöntinä tapahtuva virkavelvollisuuden rikkominen ei voine olla toimivallan ylittämistä. Jos taas virkavelvollisuus rikotaan käyttämällä liiallisia voimakeinoja, kyse on samalla toimivallan ylittämisestä.

¹³⁹ Rautio 2009, s. 1138–1139. Ks. myös Salmiala 1952, s. 373 ja Viljanen 1990, s. 470–471.

¹⁴⁰ Bruun et al. 1988, s. 182.

¹⁴¹ Ks. esim. Viljanen 1984, s. 45.

hin liittymättömän perintöriidan johdosta. Kyse on asiallisen yhteyden puuttumisesta, joka taas on läsnä silloin, kun henkilö pahoinpitelee työhuoneessaan toisen henkilön siksi, että tämä on arvostellut hänen virkatoimiaan.¹⁴² Toisaalta aiemmin laissa olleen, mutta nyttemmin jo kumotun rangaistuksen mittaamiseen vaikuttaneen RL 40 luvun 22 §:n olemassaoloa puollettiin sillä, että jo ajallinen ja paikallinen ”ulkoinen yhteys viran hoitamisen ja rikoksen välillä riittää jo vahingoittamaan ao. julkisyhteisön arvovaltaa tavalla, joka edellyttää normaalia ankarampaa reaktiota”.¹⁴³

Viran toimittamista on määritelty korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1985-II-64, jossa harhauttavan varattomuusilmoituksen antamista virkanimikettä käyttäen ei katsottu virkavirheeksi, koska ilmoitusten antaminen ei ollut ko. virkamiehen virkatehtävä. Ratkaisun perusteella viran toimittamista onkin juuri *virkaan kuuluvien tehtävien hoitaminen*, eikä ajallinen ja paikallinen yhteys näyttäisi olevan erityisen merkityksellinen. Myös virkatehtävien hoitamatta jättäminen voi tapahtua virkaa toimitettaessa.¹⁴⁴ Ratkaisussa KKO 2000:40 on tulkinnan kohteena ollut juuri säännöksen vaatimus viran toimittamisesta. Rikoslain esitöihin, aiempaan oikeuskäytäntöön ja oikeuskirjallisuuteen viitaten hovioikeus katsoi, että (kursivointi tässä):

”virkaa toimittaessaan -tunnusmerkistökijää oli tulkittava siten, että virkavelvollisuuden rikkominen oli tapahtunut virkaa toimitettaessa, mikäli *kysymyksessä oleva virkavelvollisuus koski virkatehtävien hoitamista*. Valtion virkamieslain sopimattoman edun vastaanottamista koskeva säännös ei rajoittunut toiminnasta virkasuhteessa saatuihin etuihin, vaan koski yleensä virkamiesasemassa olevan saamia etuja.”

Tuottamuksellista virkavelvollisuuden rikkomista koskenutta RL 40 luvun 11 §:n soveltamista vapaa-ajalla tapahtuneeseen edunsaantiin ei katsottu myöskään sanamuodon vastaiseksi laajentavaksi tulkinnaksi, vaan ”säännöksen tarkoitusta ja sen suhdetta muita virkarikoksia koskeviin rangaistussäännöksiin” vastaavaksi tulkinnaksi. Korkein oikeus on tältä osin viitannut hovioikeuden perusteluihin.¹⁴⁵

Ratkaisussa on lisäksi arvioitu valtion virkamieslain säännösten soveltuvuutta rankaisemisen perustaksi. Mainitun lain 14 §:n osalta korkein oikeus katsonut, että sillä ei ole ”sellaista muista säännöksistä riippumatonta itsenäistä merkitys-

¹⁴² Viljanen 1984, s. 219. Ko. aikaan toki oli voimassa rangaistuksen mittaamiseen vaikuttanut RL 40 luvun 22 §.

¹⁴³ Viljanen 1984 s. 101.

¹⁴⁴ Viljanen 1990, s. 471–472 ja Viitanen 2007, s. 131. Myös virkatehtävien totaalinen laiminlyönti (esim. poissaolo) voidaan katsoa tapahtuneeksi viran toimituksessa. Tällöin vaatimus *viran toimittamisesta* ei juurikaan tuo lisärajoitusta suhteessa *virkatoinnassa noudatettavien* säännösten ja määräysten rikkomiseen. Ks. tästä Viljanen 1990, s. 472–474.

¹⁴⁵ Ks. myös Viljanen 2000, s. 616–617.

tä”, että se olisi tullut sovellettaviksi asiassa.¹⁴⁶ Vaikka korkeimman oikeuden muotoilu viittaa 14 §:n riippuvuuteen muista säännöksistä, on oikeuskirjallisuudessa ainakin Nuutila pitänyt KKO:n kannanottoa perusteltuna erityisesti laillisuusperiaatteen näkökulmasta.¹⁴⁷ Ilmeisesti kuitenkin velvollisuus olla toimimatta lain tai muiden vastaavien yleisten sääntöjen vastaisesti on johdettavissa valtion virkamieslain 14 §:ssä asetetusta velvollisuudesta suorittaa ”tehtävänsä asianmukaisesti ja viivytyksettä”. Tällöin mainittu säännös toimisi ikään kuin välittävänä normina, mutta ei rangaistuksen perustana.¹⁴⁸ Todettakoon myös, että ratkaisulla KKO 2000:40 korkein oikeus vahvisti tulkinnan, jonka mukaan rangaistuksen tuomitseminen tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta ei edellytä haitan tai vahingon syntymistä.

Vaikka virkavelvollisuudet voivat ulottua vapaa-aikaan (kuten edellä on lahjusrikosten osalta todettu), rangaistavuus on Viljanen mukaan lähtökohtaisesti liitetty virkatoimintaan ja *virkatehtävien hoitamiseen*, eikä Poll 9 c §:ssä asetetun käyttäytymisvelvoitteen vastainen menettely vapaa-ajalla voi sellaisenaan tulla rangaistavaksi virkavelvollisuuden rikkomisena.¹⁴⁹

Rovaniemen hovioikeuden ratkaisusta 28.8.2008 nro 736 ilmenee, että asian ensimmäisessä vaiheessa käsitelty alioikeus oli perustanut syyksi lukevan tuomion virkavelvollisuuden rikkomisesta mm. poliisilain 0 c §:ään, millä ilmeisesti on tarkoitettu poliisilain 9 c §:ää. Syytteen teonkuvauksen mukaan vastaaja oli nauttinut johtovalmiudessa ollessaan kotonaan ja myöhemmin myös työpaikalle saavuttuaan olutta. Asia oli hovioikeuden käsiteltävänä ainoastaan rangaistusseuraamuksen osalta.¹⁵⁰ Viljanen argumentteihin sovitettuna ratkaiseva ”distinktio” on siinä, että A oli tekoahjelmalla johtovalmiudessa eli hoiti virkatehtäviä.

¹⁴⁶ Ks. myös KKO 2008:95, jossa esimerkiksi oikeudenkäymiskaaren esteellisyyssäännöksen rikkomisen katsottiin voivan olla virkarikosvastuun perustavia säännöksiä (ratkaisun kohdat 2–6). Rovaniemen hovioikeuden ratkaisussa 12.10.2007 nro 925 puolestaan katsottiin, että valtion virkamieslain 14 §:stä ilmenevät velvollisuudet yhdistettynä esitutkinnan yleisiä periaatteita ja kuulustelun toimittamista koskeviin säännöksiin saattoivat toimia virkarikostuomion perusteena. Kyse oli tapauksesta, jossa poliisipäällikkö oli puuttunut alaisensa suorittamasta kuulustelusta laaditun pöytäkirjan sisältöön siten, että siitä oli poistettu joitakin jo siihen kirjattuja mainintoja. Ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 856.

¹⁴⁷ Nuutila 2000, s. 249.

¹⁴⁸ Ks. myös Viljanen 2000, s. 615 ja Viljanen 2008, s. 502–503.

¹⁴⁹ Viljanen 1990, s. 332–333 ja 441.

¹⁵⁰ Päihtyneenä johtovalmiudessa olemisesta oli kyse myös Vaasan hovioikeuden ratkaisussa 30.11.2011 nro 1387. Tapaukseen sovellettiin valtion virkamieslain 14 §:ää ja poliisilain 9 c §:ää, mutta hovioikeus katsoi, että ko. normit olivat liian yleisluontoisia määrittääkseen sellaisenaan virkavelvollisuuden konkreettista sisältöä. Teonkuvauksen määrittävänä normistona tulikin sovellettavaksi johtovalmiusvuorossa olevan poliisin virkavelvollisuuksia koskevat, yksityiskohtaisemmat SM:n määräys ja Länsi-Suomen lääninhallituksen ohje. Asiassa oli kyse myös siitä, mikä merkitys oli annettava poliisimiehen menettelystään saamalle valtion virkamieslain 24 §:n mukaiselle varoitukselle. Hovioikeuden mukaan varoitus ei ollut sellainen seuraamus, että asia kuuluisi *ne bis in idem* -kiellon piiriin.

Poliisimiesten valtuudet ovat voimassa myös vapaa-ajalla ja vuosilomalla. Jos poliisimies käyttää näitä valtuuksia esimerkiksi vapaa-ajallaan, hän on virantointituksessa ja toimii virkavastuulla. Tässä tilanteessa hän on siten velvollinen myös noudattamaan säännöksiä ja määräyksiä sekä yksittäistapauksellisia käskyjä.¹⁵¹ Avoimeksi jää kuitenkin kysymys siitä, aiheuttaako virka-asemaan vetoaminen sen, että myös PolL 9 c §:n vastainen menettely tulee rangaistavaksi virkavelvollisuuden rikkomisena.¹⁵² Vastaus kysymykseen on ilmeisesti kielteinen, sillä ratkaisussa KKO 2013:6 korkein oikeus nimenomaisesti katsoi, ettei virkamerkin esittäminen automaattisesti merkitse sitä, että poliisimies samalla ”ilmoittaa toimivansa ja toimii virkatehtävässään. Virkamerkin esittämiselle voi olla myös muita syitä.”¹⁵³ Joka tapauksessa tulkintasuosituksena voidaan esittää, että mikäli myöhemmin selostettavaa PolL 9 §:n 3 momenttiin perustuvaa toimimisvelvollisuutta ei ole käsillä, kohtuullisesti päihtyneen virkamiehen tulisi pidättäytyä toimivaltuuksien ja ainakin voimakeinojen käytöstä.

Itä-Suomen hovioikeuden ratkaisussa 1428 vuodelta 2005 poliisimiehen katsottiin rikkoneen virantointituksessa noudatettavia säännöksiä, kun hän oli vapaa-ajallaan ryhtynyt ottamaan kiinni anastusrikoksesta epäilemiään henkilöitä ja tässä yhteydessä käyttänyt muun muassa ilmaisua ”turvat maahan” ja kiroillut. Menettelyn arvioinnissa sovellettuja lainkohtia olivat PolL 2 §, tuolloin voimassa ollut PolA 13 §:n 2 momentti sekä valtionvirkamieslain 14 §. Lisäksi hovioikeus katsoi poliisimiehen tämän nimittäessä kiinniottamiaan henkilöitä rosvoiksi rikkoneen esitutkintalakiin ja EIS:ään perustuvaa syyttömyysolettamaa. Poliisimiehen käyttäytymistä oli hovioikeuden mukaan muutoinkin pidettävä kiinni otettujen ihmisarvoa ja perusoikeuksia loukkaavana sekä epäasianmukaisena. Menettely katsottiin kuitenkin kokonaisuutena arvostellen vähäiseksi. Tältä osin hovioikeus viittasi ylimpien laillisuusvalvojen ratkaisukäytännön lisäksi siihen, että poliisimies oli ollut tilanteessa yksin ja epäillyt toisen kiinni otettavana olleen varustautuneen jollakin lyömäaseella. Tilanteen ollessa tällä tavoin stressaava oli ymmärrettävää, ettei poliisimies kyennyt tilanteessa ”loppuun asti harkitsemaan käyttämiensä ilmaisujen asianmukaisuutta”.

Tässä yhteydessä on syytä viitata myös EIT:n ratkaisuun *Đurđević v. Croatia* -tapauksessa, jossa EIS 3 artiklan katsottiin soveltuvan poliisimiesten vapaa-ajallaan tekemiin toimiin nimenomaan sillä perusteella, että poliisimiehet vetosivat poliisimiesasemaansa eikä heidän puuttumiselleen tilanteeseen ollut muuta perustetta kuin heidän virkansa.

¹⁵¹ HE 57/1994 vp, s. 36. Ks. myös Rautio 2009, s. 1133–1134 ja 1139. Mainittu ei kuitenkaan koske virkavapaalla olevaa virkamiestä.

¹⁵² Ks. Viljanen 1984, s. 167. Ks. myös Viljanen 1984, s. 170–178, jossa kirjoittaja käsittelee ”teon laatua”.

¹⁵³ Ratkaisun kohta 13.

Poliisimiesten toimivaltuuksien käytössä vapaa-ajalla ei ole kyse ainoastaan oikeudesta, vaan myös velvollisuudesta. PolL 9 §:n 3 momentti velvoittaa poliisimiehen kaikkialla Suomessa myös vapaa-ajallaan ryhtymään välttämättömiin kiireellisiin toimiin muun muassa vakavan rikoksen estämiseksi sekä yleistä järjestystä ja turvallisuutta uhkaavan vakavan vaaran torjumiseksi. Hallituksen esityksen mukaan toimimisvelvollisuus kattaa ne toimet, jotka ovat välttämättömiä säännöksen tarkoituksen saavuttamiseksi. Torjuttavan vaaran ja rikoksen vakavuutta arvioitaessa tulee huomioon otettavaksi ”teon kohdistuminen suojauskyvyttömään henkilöön tai sen aiheuttamat aineelliset vahingot tai loukatun oikeustilan palauttamisintressi tai mahdollisuudet estää teosta aiheutuvia toissijaisia vahinkoja”.¹⁵⁴ Viitasen mukaan poliisimies on selkeästi virantoimituksessa toimiessaan PolL 9 §:n 3 momentin toimimisvelvollisuuden alaisena.¹⁵⁵ Samoin jo hallituksen esityksessä todettiin, että poliisivaltuuksien käyttö tapahtuu aina virkavastuulla.¹⁵⁶ Jos vastauksena edellä esitettyyn kysymykseen kuitenkin katsotaan, että PolL 9 c §:n vastainen menettely tulee rangaistavaksi virkavelvollisuuden rikkomisena niissä tilanteissa, joissa poliisimies vetoaa virka-asemaansa, voidaan esittää jatkokysymys, mikä merkitys on sillä, että toimivaltuuksien käyttäminen näissä tilanteissa perustuu velvollisuuteen.

2.3.2 Säännöksiin tai määräyksiin perustuvan virkavelvollisuuden rikkominen

Rikoslain sanamuodon mukaan rangaistavaa on *säännösten ja määräysten vastainen* menettely. Käytännössä virkavelvollisuus voi perustua lakiin, asetukseen, päätökseen sekä yksittäistapauksessa annettuun tai yleisesti voimassa olevaan määräykseen. Harkintavallan rajoissa tehdyt huonotkaan päätökset eivät ole virkavelvollisuuden vastaisia eivätkä myöskään tulkinnanvaraisiin säännöksiin perustuvat ratkaisut, ellei toisensuuntainen tulkinta ole vakiintunut. Ohjeet yksistään eivät Viitanen mukaan voi perustaa virkavastuuta, vaikka esimerkiksi ratkaisussa KKO 1993:50 rangaistusvastuu perustettiin poliisimiehen saamiin toimintaohjeisiin ja niiden vastaiseen menettelyyn. Tosin toimintaohjeet olivat Viitanen mukaan olleet ko. tapauksessa varsin yksiselitteisiä ja ehdottomia.¹⁵⁷ Tältä osin lain esitoissa on myös todettu, että säännökset ja määräykset saattavat olla

¹⁵⁴ HE 57/1994 vp, s. 38.

¹⁵⁵ Viitanen 2007, s. 131. Samoin Helminen et al. 2012b, s. 799.

¹⁵⁶ HE 57/1994 vp, s. 36.

¹⁵⁷ Viitanen 2007, s. 136–137.

niin yleisluonteisia, että niiden tulkinnassa joudutaan tukeutumaan esimerkiksi juuri ohjeisiin ja vakiintuneeseen hallintokäytäntöön.¹⁵⁸

Toisaalta Viitanen mukaan kaikki säännökset eivät ole *virkatoinnassa noudatettavia*, jolloin niistä ei voi seurata vastuuta virkarikoksesta, vaikka vastuu jostakin yleisestä rikoksesta onkin mahdollinen. Korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2004:75 viitaten Viitanen on maininnut esimerkkinä hätävarjelussäännökset.¹⁵⁹ Myöskään edellä mainittu poliisilain 9 c § ei säätele virkatointia eikä virkatehtävien suorittamista.

Virkavelvollisuus näyttäisi perustetun suoraan perustuslakiin Turun hovioikeuden lähinnä toimivallan ylittämistä koskevassa ratkaisussa 13.10.2006 nro 2224, jossa oli kyse siitä, että kaksi poliisimiestä ja haastemies olivat tunkeutuneet erääseen asuntoon testamentin tiedoksiantoa varten. Poliisi antoi tilanteessa virka-apua haastemiehille. Hovioikeus katsoi yksiselitteisesti mainittujen virkamiesten rikkoneen PL 10 §:n 1 momentissa tarkoitettua kotirauhan suojaa eikä menettelyn lailliseksi tekevää säännöstä ollut olemassa, joten ko. henkilöt olivat ”virkaansa toimittaessaan rikkoneet virkatoinnassa noudatettaviin säännöksiin perustuvan virkavelvollisuutensa”. Virkamiesten ei katsottu kuitenkaan toimineen tahallisesti, koska säännösten monilukuisuus ja menettelytapojen epäselvyys huomioon ottaen pelkästään heidän koulutuksensa ja virka-asemansa perusteella ei voitu ”päättellä heidän olleen tietoisia menettelynsä lainvastaisuudesta tai pitäneen sitä varsin todennäköisenä”. Tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen osalta päällystään kuuluneen toisen poliisimiehen osalta katsottiin, että hänen olisi pitänyt ja ollut mahdollista tietää menettelyn lainvastaisuus. Tältä osin viitattiin jälleen mainittuun perustuslain säännökseen, joka ei ollut tulkinnanvarainen, eikä toisaalta ollut sen syrjäyttävää säännöstä, jonka perusteella lainvastaisuus olisi ollut tulkinnanvaraista. Näihin seikkoihin viitaten menettely ei hyväksyttävistä tarkoituspäristä huolimatta ollut hovioikeuden mukaan myöskään kieltoerädyksenä ilmeisen anteeksiannettavaa, koska menettelyllä oli rikottu ”merkittävää perusoikeutta, kotirauhan suojaa”. Ottaen kuitenkin huomioon, että talon asukkaat olivat varhaisessa vaiheessa tulleet tietoiseksi tunkeutumisen laillisista tavoitteista eivätkä olleet pyytäneet virkamiehiä poistumaan talosta, menettely katsottiin sillä tavoin vähäiseksi, että tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen tunnusmerkistöäkään ei täyttnyt.

Viitanen on ilmeisesti juuri ratkaisun KKO 2004:75 perusteella arvioinut, ”että positiivisten oikeusperiaatteiden rikkominen voi tulla arvioitavaksi virkarikoksesta.” Virkavastuun voivat hänen mukaansa perustaa poliisitoiminnan keskeisiä arvopäämääriä ilmaisevien periaatteiden vastainen toiminta. Tällaisia periaatteita edustavat poliisilaissa julkituodut tasapuolisuus- ja objektiivisuusperiaate sekä

¹⁵⁸ HE 58/1988 vp, s. 65 ja Viljanen 1990, s. 334–335 ja 440.

¹⁵⁹ Viitanen 2007, s. 134.

suhteellisuusperiaate ja siihen kytkeytyvä kohtuullisuuden vaatimus.¹⁶⁰ Lisäksi Viitanen on maininnut vähimmän haitan ja hienotunteisuuden periaatteet sekä priorisoinnin ja tarkoitussidonnaisuuden periaatteet.¹⁶¹ Näkemyksensä Viitanen on perustanut varsin pitkälti ylimpien laillisuusvalvojien ratkaisuihin. Ainakin osa periaatteisiin perustuvien virkavelvollisuuksien rikkomisista jää kuitenkin vähäisyyskriteerin nojalla rangaistavan virkavelvollisuuden rikkomisen ulkopuolelle.¹⁶² Lisäksi Viitanen mukaan toistuvasti samasta asiasta annetut ylimpien laillisuusvalvojien ratkaisut voivat merkitä ratkaisukäytännön vakiintumista, jolloin tällaisen vakiintuneen käytännön vastainen menettely voi tulla rangaistavaksi virkarikoksena.¹⁶³

Toisaalla väitöskirjassaan Viitanen on kuitenkin pitänyt perusteltuna, että ”rangaistusvastuu rajattaisiin virkavelvollisuuksien rikkomisen osalta ainoastaan *täsmällisiin säännöksiin ja määräyksiin* sekä *ylipäänsä virkavelvollisuuksien ydinalueelle*”.¹⁶⁴ Samoin Viljanen on jo aiemmin katsonut, että vaikka kuvattunkaltaiset periaatteet tulevat virkatoiminnassa noudatettavaksi, on yksittäistapauksissa ”syytä tiettyyn varovaisuuteen ja rajatapausten jättämiseen rikosoikeudellisen arvioinnin ulkopuolelle”.¹⁶⁵ Kyse on hallinnollisen ja rikosoikeudellisen näkökulman erottamisesta.

Näyttäisi siltä, että oikeuskäytännössä erityiseen varovaisuuteen ei ole nähty tarvetta, vaan rikosoikeudellisesti rangaistava virkavelvollisuuksien rikkominen ollaan valmiita perustamaan poliisilaissa kirjatuille yleisille periaatteille. Helsingin hovioikeus on ratkaisussaan 1.6.2006 nro 1599 katsonut poliisimiehen rangaistavalla tavalla rikkoen virkavelvollisuuksiaan toimimalla PolL 2 §:ssä asetetun puolueettomuusvaatimuksen vastaisesti, minkä lisäksi poliisimiehen toiminta oli ollut *vastoin vakiintunutta poliisikäytäntöä*, josta vastaajan katsottiin olleen tietoinen. Tapauksessa poliisimies oli vastaanottanut ja kirjannut itse oman rikosilmoituksensa.

Viitanen on yleisemminkin kritisoinut virkavelvollisuuden rikkomisen ja tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen soveltamisalan epämääräisyyttä. Koska virkatehtävissä noudatettaviin säännöksiin ja määräyksiin perustuvien virkavelvollisuuksien rikkominen on rangaistavaa, henkilön tulisi tuntea kaikki

¹⁶⁰ Viitanen 2007, s. 151–152. Viitanen on viitannut ratkaisuun KKO 2004:132, vaikka hän ilmeisesti on tarkoittanut ratkaisua KKO 2004:75.

¹⁶¹ Viitanen 2007, s. 153.

¹⁶² Viitanen 2007, s. 156–157.

¹⁶³ Viitanen 2007, s. 157.

¹⁶⁴ Viitanen 2007, s. 178–179. Ratkaisuna ongelmaan Viitanen on esittänyt vaihtoehtoina mm. virkavelvollisuuden rikkomista ja tuottamuksellista virkavelvollisuuden rikkomista koskevien kriminalisointien täsmentämistä sekä kurinpidollisten ja ammattieettisten valvontajärjestelmien kehittämistä.

¹⁶⁵ Viljanen 1990, s. 336. Epäiltyyn virkarikokseen liittyvän esitutkintapyyntöön kynnyksestä ks. EOAK 2001, s. 354–355 (28.12.2001 dnro 2119/4/99).

hallinnonalan yleiset määräykset ja lisäksi myös esimerkiksi virastokohtaiset määräykset. Ilmeisesti käyttäytymisnormijoukkoa tarkoittaen Viitanen onkin todennut, että ”[n]ormijoukko ei ole suljettu eikä tarkoin selvitettävissä”. Tilannetta hankaloittaa vielä sekin, että viran toimittaminen käsitteenä on edellä kerro-
tuin tavoin varsin epämääräinen, minkä lisäksi hallinnonalojen määräysten val-
mistelu ei ole samalla tasolla kuin lainvalmistelu. Ongelman voidaan todeta ki-
teytyvän ennakoitavuuden ja siinä olevien puutteiden seurauksena myös virkari-
kosten syyksilukemiseen liittyvien tahallisuus- ja tietoisuus -kysymysten ympä-
rille.¹⁶⁶ Toisaalta Viljanen on vuonna 1990 kiinnittänyt huomiota säännöksessä
käytettyyn ilmaukseen ”säännöksiin tai määräyksiin *perustuvan*”, mikä sallii
laajemman tulkinnan. Riittävää hänen mukaansa on ollut, että ”säännös tai mää-
räys antaa edes jonkinlaisia viitteitä virkavelvollisuuden sisällöstä”.¹⁶⁷

Perusoikeusuudistuksen ja voimassa olevan RL 3 luvun 1 §:n säätämisen jäl-
keen olen taipuvainen yhtymään Viitasen kritiikkiin. Voidaan kyseenalaistaa,
onko tilanne tänä päivänä niin selkeä kuin kaksikymmentä vuotta sitten, jolloin
Viljanen totesi, että vähäisten tekojen jäädessä kriminalisoinnin ulkopuolelle
virkarikokset eivät ole ”mitään virkatoimintaan väistämättömästi liittyviä tapah-
tumia periaatteella ’tekevälle sattuu’”.¹⁶⁸

2.3.3 Teko ei ole kokonaisuutena arvostellen vähäinen

Ollakseen rangaistavaa virkavelvollisuuksien rikkomisen tulee olla vähäistä va-
kavampaa. Edeltävänä vaiheena on siis jo todettu virkavelvollisuuksia rikotun.¹⁶⁹
RL 40 luvun 9 §:ään liittyvässä *vähäisyysarvioinnissa* tulee lain sanamuodon
mukaan otettavaksi huomioon muun muassa teon haitallisuus ja vahingollisuus.
Esimerkiksi tuntuvat henkilö-, esine- tai varallisuusvahingot estävät teon arvioi-
misen vähäiseksi.¹⁷⁰ Haitallisuusarvioinnissa tulee Viitasen mukaan huomioon
otettavaksi myös asianosaisten oikeusturva, yleinen luottamus viranomaistoi-
mintaan sekä rikosoikeusjärjestelmän toimivuus. Edelleen hän on arvioinut, että

¹⁶⁶ Viitanen 2007, s. 176.

¹⁶⁷ Viljanen 1990, s. 336–337.

¹⁶⁸ Viljanen 1990, s. 5.

¹⁶⁹ Viljanen 2009b, s. 316. Juuri tällä ei-kriminalisoitujen virkavelvollisuuksien rikkomisten
alueella korostuu yleisten laillisuusvalvojien suorittaman valvonnan merkitys. Ks. tästä EOAK
2004, s. 52.

¹⁷⁰ Viitanen 2007, s. 170–171. Helsingin hovioikeuden ratkaisussa 6.10.2006 nro 3011 vastaajaa
syytettiin siitä, että hän oli laiminlyönyt ilman aiheutonta viivytystä suorittaa esitutkinnan eräissä
asioissa. Hovioikeus katsoi, että siltä osin kuin laiminlyöntejä oli tapahtunut, kenellekään yksityi-
selle henkilölle ei ollut aiheutunut vahinkoa tai vahinko oli katsottava vähäiseksi. Ottaen huomioon
menettelyohjeistuksen puuttuminen laiminlyönnit katsottiin kokonaisuutena arvostellen vähäisiksi
ja syytteet hylättiin.

lain rikkominen on ”vaikeampi arvioida vähäiseksi kuin vastaava menettely määräyksen osalta”.¹⁷¹ Myös perus- ja ihmisoikeussäännösten rikkomistilanteissa teon toteaminen vähäiseksi edellyttää painavampia perusteluita.¹⁷² Vähäisyysarvioinnissa voidaan ottaa huomioon myös haittojen ja vahinkojen syntymisen mahdollisuus ja todennäköisyys eli *vahinkopotentiaali*.¹⁷³ Kuten Viljanen on ratkaisuun KKO 2004:132 liittyen todennut:¹⁷⁴

”Kun sellaisella valvonnalla, mitä A:lta ja B:ltä voitiin kohtuudella odottaa, ei kuitenkaan olisi täysin voitu estää tapahtuneen kaltaisen pahoinpitelyn mahdollisuutta, ei pahoinpitelyn tapahtuminen estä virkavelvollisuuden rikkomisen katsomista vähäiseksi. Kukin vastatkoen omista tekemisistään ja pahoinpitelyn estämisestä ensisijaisesti ne, joilla siihen on myös käytännön mahdollisuudet.”

Laissa mainittujen haitallisuuden ja vahingollisuuden rinnalle Viitanen on nostanut vähäisyysarvioinnissa huomioon otettavaksi seikaksi myös olennaisuuden eli kysymyksen siitä, ”koskeeko virkavelvollisuuden rikkominen normin säätelemää ydinaluetta.” Merkityksellistä on myös se, onko kyseessä virkamiehen osaamisen ydinalue ja olennaisimmat työtehtävät (ja niiden laiminlyönti). Lisäksi virkavelvollisuuden rikkomisen ajallinen kesto, tapahtumien poikkeuksellisuus (teon kontrolloitavuus) ja tietoisuus virkavelvollisuuksien sisällöstä tulee huomioon otettavaksi. Huomioon voidaan ottaa myös virkamiehen asema päätöksenteossa. Toisaalta säännösten tulkinnanvaraisuus on voinut aiheuttaa sen, että teko on katsottu vähäiseksi.¹⁷⁵

Raution mukaan vähäisyysarvioinnissa tulee kiinnittää huomiota myös siihen, onko asia jostain syystä tarpeen saattaa tuomioistuimen ratkaistavaksi, onko muita seuraamusmuotoja käytettävissä, ovatko virheet olleet toistuvia sekä se, kuinka vakavasti teko vaarantaa luottamusta viranomais toimintaan.¹⁷⁶ Suhtaudun kahden ensimmäisen seikan huomioon ottamiseen epäilevästi. Vähäisyyskriteeri muodostaa osan tunnusmerkistöä ja potentiaalisella virkarikoksen tekijällä tulisi

¹⁷¹ Viitanen 2007, s. 162–163. Ks. myös Helsingin hovioikeus 13.1.2012 nro 69.

¹⁷² Viitanen 2007, s. 167. Ks. tältä osin myös Rovaniemen hovioikeus 17.11.2009 nro 1035, jossa on katsottu, että tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen ja tuottamuksellisen vapaudenriiston vähäiseksi katsomista vastaan puhuu se, että ”[h]enkilökohtainen vapaus on keskeisimpiä perustuslaissa suojattuja oikeuksia ja henkilökohtaisen vapauden rajoittamista koskevia säännöksiä on noudatettava huolellisesti”. Vrt. edellä selostettu Turun hovioikeuden ratkaisu 13.10.2006 nro 2224.

¹⁷³ Viljanen 1990, s. 47.

¹⁷⁴ Viljanen 2005, s. 457.

¹⁷⁵ Viitanen 2007, s. 160–161, 167–168 ja 171. Ks. myös Turun hovioikeus 21.4.2006 nro 1019. Tapauksessa oli kyse ns. putkakuolemasta, jossa säilöön otetun kuolema havaittiin vasta tuntien kuluttua. Siitä huolimatta, että säilöön otettujen tilan tarkkaileminen oli vartijoiden keskeinen virkavelvollisuus, katsottiin, että menettely oli vähäistä.

¹⁷⁶ Rautio 2009, s. 1140–1141.

olla mahdollisuus teonhetkiseen arvioon sitä, mikä on rikollista. Tässä suhteessa rikosta ja rikosprosessia ei tule sekoittaa.

Oikeuskirjallisuudessa vähäisyys on kytketty myös rangaistukseen tuomitsematta jättämisen edellytyksiin. Viljasen mukaan teko ei vähäisyydestä johtuen ollut yleensä rikos, jos siihen voitiin soveltaa tuolloin voimassa ollutta RL 3 luvun 5 §:n 3 momentin 1 kohdan rangaistuksen tuomitsematta jättämisen perustetta.¹⁷⁷

Vähäisyyskriteerin tulkintaa ei rajoita laillisuusperiaate, joten on katsottu, että sen tulkinnassa on mahdollista ottaa laajentavasti huomioon esimerkiksi *ultima ratio* -periaate.¹⁷⁸ Johtopäätös laillisuusperiaatteen merkityksestä on sinänsä oikea, mutta on tärkeä huomata, että vaikka *ultima ratio* -periaate on keskeinen kriminalisointiperiaate, se ei ole rikosoikeudellinen oikeusperiaate eikä siihen yleensä voida menestyksellä vedota ratkaistaessa yksittäistä oikeudellista ongelmaa.¹⁷⁹

Vaatus vähäistä suuremmasta haitallisuudesta ja vahingollisuudesta voi johtaa siihen, että poliisimies tuomitaan ns. yleisestä rikoksesta, mutta ei virkarikoksesta. Itä-Suomen hovioikeus hyväksyi ratkaisussaan 29.6.2006 nro 794 käräjäoikeuden näyttöpäätelmät ja sen suorittaman oikeudellisen arvioinnin tapauksessa, jossa poliisimies oli otettuaan suurikokoisesta, voimakasrakenteisesta ja itsepuolustuslajeja harrastaneesta ja vastarintaa tehneestä henkilöstä hallintaotteen ja kaadettuaan tämän lattialle jäänyt kohdehenkilön alle. Tässä tilanteessa oli ”uskottavaa, että J:n pyrkiessä kaikin voimin irtautumaan H:n otteesta ja muiden paikalla olleiden voimatta tätä auttaa, tämän keinot, pelätessään voimiensa ehtyvän, olivat J:n hillitsemiseksi vähäiset”. Poliisimies katsottiin oikeutetuksi sinänsä käyttämään voimakeinoja, mutta tämän kohdehenkilön kasvoin kohdistamat useat voimakkaat lyönnit eivät olleet kokonaisuutena arvostellen puolustettavia. Tältä osin poliisimies kuitenkin jätettiin pahoinpitelyn osalta rangaistukseen tuomitsematta, koska ”vastarinnan yllätyksellisyydestä, voimakkuudesta ja vaarallisuudesta johtuen” oli erittäin painavia perusteita katsoa, ettei poliisimieheltä voitu kohtuudella odottaa muunlaista suhtautumista ja menettelyä. Kuvatut lyönnit katsottiin osaksi yhtä ajallisesti laajempaa pahoinpitelyrikosta, jossa myöhemmän osateon muodosti se, kun samainen poliisimies tönäisi saman kohdehenkilön nurin putkan lattialle. Tönäisemisen osalta poliisimiehen katsottiin syyllistyneen rangaistavaan pahoinpitelyyn, mutta sekä lyöntien että tönäisyn osalta käräjäoikeus totesi, että vaikka voimakeinojen käytölle säädetyt rajat oli ylitetty ja virkavelvollisuuksia siten rikottu, ”tekoja on kuitenkin pidettävä kokonaisuutena arvostellen vähäisinä” eikä poliisimies näiden tapahtumien osalta syyllistynyt rangaistavaan virkavelvollisuuden rikkomiseen. Samassa yhteydessä poliisimies kuitenkin tuomittiin eri yhteydessä tapahtuneista kahdesta pahoinpitelystä ja virkavelvollisuuden rikkomis-

¹⁷⁷ Viljanen 1990, s. 46.

¹⁷⁸ Viitanen 2007, s. 170.

¹⁷⁹ Nuotio 1998a, s. 516. Ks. myös Melander 2008, s. 402, joka on todennut, että lainsäätäjän päätöstä jättää tietty teko kriminalisoimatta on kunnioitettava.

sesta. Hän oli kiinniottotilanteessa lyönyt teleskooppipatukalla päähän kahta pysäytystä autosta nousevaa henkilöä. Henkilöiden tilanteessa tekemää vastarintaa voidaan luonnehtia lähinnä passiiviseksi haluttomuudeksi noudattaa välittömästi poliisin käskyä. Iskuista aiheutui ompeleita vaatineet haavat molempien henkilöiden takaraivoille. Poliisin toimintaan sovelletut lainkohdat olivat RL 21 luvun 5 §:n 1 momentti, PolL 2 ja 27 § sekä RL 4 luvun 6 §:n 2–3 momentit. Teleskooppipatukalla lyömiseen sovellettiin myös RL 40 luvun 9 §:n 1 momenttia.

2.3.4 Tuottamuksellinen virkavelvollisuuden rikkominen

RL 40 luvun 10 §:ssä kriminalisoidaan tuottamuksellinen virkavelvollisuuden rikkominen:

Jos virkamies virkaansa toimittaessaan huolimattomuudesta muulla kuin 5 §:n 2 momentissa tarkoitetulla tavalla rikkoo virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin tai määräyksiin perustuvan virkavelvollisuutensa, eikä teko huomioon ottaen sen haitallisuus ja vahingollisuus ja muut tekoon liittyvät seikat ole kokonaisuutena arvostellen vähäinen, hänet on tuomittava tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta varoitukseen tai sakkoon.

Tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen tarkoittama huolimattomuus on laiminlyöntiä noudattaa teko-olosuhteissa vaadittavaa huolellisuutta ja varovaisuutta. Huolimattomuus kattaa myös välinpitämättömyyden ja ylipäättään asenteellisen varomattomuuden. Huolellisuusvelvollisuuden sisältöä määrittävät erityisesti virkatoimintaa koskevat säännökset ja määräykset,¹⁸⁰ mutta lainkohdan tarkoittamana huolimattomuutena voidaan pitää myös välinpitämättömyyttä varmistua virkavelvollisuutensa sisällöstä ja sen rikkomisesta.¹⁸¹ Tällä tavoin ymmärrettynä huolimattomuuteen ja varomattomuuteen voidaan katsoa sisältyvän kohtuullisen laajaan selonottovelvollisuuteen viittaavia seikkoja.¹⁸²

¹⁸⁰ Rautio 2009, s. 1141 – 1142.

¹⁸¹ Helsingin hovioikeus 6.5.2011 nro 1396. Hovioikeus on poliisin valeostotoimintaa koskeneessa ratkaisussa kiinnittänyt huomiota siihen, että vastaajana ollut päällystyyttöön kuulunut poliisimies oli avoimesti raportoinut esimiehilleen käytetyistä menetelmistä, ja toisaalta syytteen teonkuvauksessa kuvatulla tavalla käyttää ns. välimiehiä oli vastaajana olleen poliisimiehen esimiesten hyväksyntä. Johtopäätöksensä hovioikeus katsoi, että poliisimies on ”perustellusti voinut olla siinä käytöksessä, ettei X:n valeosto-operaation onnistumisen hyväksi tekemä poliisin aloitteesta tapahtunut toiminta ole ollut poliisilain 31 b §:n tai muidenkaan säännösten vastaista. M:n ei siten voida katsoa tahallaan menetelleen virkavelvollisuuksiensa vastaisesti. Kun laintulkintakysymykset ovat kuuluneet keskusrikospoliisissa M:n esimiesten vastuulle, hovioikeus katsoo, ettei valeosto-operaation operatiivisena johtajana toimineen M:n voida myöskään huolimattomuudesta katsoa menetelleen virkavelvollisuuksiensa vastaisesti.”

¹⁸² Vikatmaa 1970, s. 242. Vikatmaa (Vikatmaa 1970, s. 241) on myös huomauttanut, että ”[v]irkamiehet ehkä myös asiantuntemuksensa vuoksi osaavat tavallista kansalaista paremmin vedota jonkin asian tai määräyksen epäselvyyteen ja siihen, etteivät he ole tunteneet jotakin seikkaa”.

Hallituksen esityksessä 58/1988 vp mainittiin vielä erikseen ymmärtämättömyys ja taitamattomuus virheiden lähteenä. Näitä ei kuitenkaan lakitekstiin enää tuolloin säädetty, koska näistä aiheutuneet virheet olivat yleensä syyksiluettavia huolimattomuutena tai varomattomuutena.¹⁸³

Rangaistavan menettelyn rajojen hahmottamiseksi on vielä syytä kiinnittää huomiota korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2009:38.

KKO 2009:38 (Virkarikos – tuottamuksellinen virkavelvollisuuden rikkominen, tuottamuksellinen vapaudenriisto, tuomioistuimen toimivalta – alueellinen toimivalta, oikeuspaikka): Hovioikeus oli katsonut, ettei pidätetyn vangitsemisesta kiireellisessä tapauksessa päättänyt kyseisen hovioikeuspiirin niin sanottu päivystävä käräjäoikeus ollut ollut asiassa alueellisesti toimivaltainen, ja poistanut vangitsemispäätöksen. Huomioon ottaen kiireellisiä vangitsemisasiota käsittelevien tuomioistuinten toimivaltaa koskevien säännösten tulkinnanvaraisuus katsottiin, ettei vangitsemisesta päättänyt käräjätuomari ollut menettelyllään syyllistynyt tuottamukselliseen vapaudenriistoon tai tuottamukselliseen virkavelvollisuuden rikkomiseen.

Jos tuomarin olisi katsottu toimineen harkintavaltansa, joka säännösten tulkinnanvaraisuudesta johtuen saattoi olla poikkeuksellisen laaja, rajoissa, virkarikoksen tunnusmerkistö ei olisi täyttynyt ja vastuu olisi sulkeutunut pois jo tällä tasolla. Ratkaisua ei ilmeisesti tehty tällä tasolla, vaan tahallisuus- ja tuottamusarvioinnissa.¹⁸⁴ Ratkaisusta tehtävät johtopäätökset voidaan kiteyttää seuraavasti:

1. Käräjätuomarilla oli velvollisuus viran puolesta selvittää tuomioistuimen toimivaltaa koskeva kysymys.
2. Toimivaltanormit olivat tulkinnanvaraisia.
3. Korkeimman oikeuden näkemys toimivaltanormien oikeasta tulkinnasta oli erilainen kuin käräjätuomarin.
4. Myös käräjätuomarin tulkinta oli perusteltu, vaikkakin ilmeisesti väärä.
5. Käräjätuomari ei ollut menetellyt huolimattomasti.¹⁸⁵

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty myös, että ratkaisussa olisi voitu soveltaa kieltoerehdysäännöstä, koska ”erehtymistä lain oikeasta sisällöstä olisi ollut *johdonmukaista* pitää anteeksiannettavana säännösten tulkinnanvaraisuuden vuoksi”. Edelleen on katsottu, että vaikka historiallisesti virkarikossyytteitä on hylätty sillä perusteella, että jokin ratkaistavana ollut oikeuskysymys on ollut tulkinnanvarainen, tätä perustetta ei voida enää käyttää, ellei kyseessä ole RL 4 luvun

¹⁸³ HE 58/1988 vp, s. 66.

¹⁸⁴ Tapani 2010, s. 203.

¹⁸⁵ Voitaneen toki edelleen ihmetellä, miksi korkein oikeus katsoi aiheelliseksi ratkaisun kohdassa 6 todeta, että käräjätuomarin menettely ei ollut aiheuttanut haittaa tai vahinkoa eikä se ollut vaikuttanut vangitun oikeuksiin epäedullisesti, jolloin menettelyä voitiin pitää myös kokonaisuutena arvostellen vähäisenä.

2 §:ssä säädetty kieltoerehdys.¹⁸⁶ Jo aiemmin tutkimuksessa selostetuin perustein tämä näkemys ei ainakaan tahallisten virkarikosten osalta pidä paikkaansa. Esietyssä oikeustilassa jää avoimeksi kysymys, mikä merkitys voidaan antaa ennen yleisten oppien uudistusta annetulle ratkaisulle KKO 2000:14, jossa todetaan, että sekä näytön arvioinnin että siihen perustuvan oikeudellisen arvioinnin tulee olla *ilmeisen virheellistä*, jotta menettely voitaisiin katsoa huolimattomaksi tai varomattomaksi.¹⁸⁷

Edellä kerrotun perusteella voitaneen lähteä siitä, että tilanteiden monimuotoisuudesta johtuen myös voimakeinojen käyttöä rikosoikeudellisesti arvioitaessa tulee poliisimiehelle jättää jonkin suuruinen harkintavara – eräänlainen virhearvointien puskurivyöhyke.¹⁸⁸

2.4 VELVOLLISUUS VOIMANKÄYTTÖÖN ERITYISESTI HENGEN SUOJAA SILMÄLLÄ PITÄEN

Poliisilla on lähtökohtaisesti velvollisuus suojella valtion alueella oleskelevia henkilöitä rikoksilta ja muilta oikeudenvastaisilta teoilta sekä niiden aiheuttamilta vaaroilta ja vahingoilta.¹⁸⁹ Seuraavassa pohditaan, kuinka laaja tämä velvollisuus suhteessa yksittäiseen kansalaiseen käytännössä on ja voiko se velvoittaa voimakeinojen käyttöön joissakin tilanteissa. Ensin arvioidaan laajemmin – ikään kuin ylittämättömiä raja-aitoja määrittäen – poliisin yleistä toimintavelvollisuutta (toimivelvollisuus, toimimisvelvollisuus, virantoimitusvelvollisuuden) sekä rikosoikeudellisen epävarsinaisten laiminlyöntirikosten konstruktion että ihmisoikeusvelvoitteiden näkökulmasta. Tämän jälkeen tulee arvioitavaksi poliisin velvollisuus voimankäyttöön.

¹⁸⁶ Viljanen 2010b, s. 628–629.

¹⁸⁷ Ainakin Pölönen on viitannut ko. ratkaisuun vielä vuonna 2005 arvioidessaan yleisellä tasolla tuomareiden rikos- ja vahingonkorvausoikeudellisen virkavastuun toteutumiskynnystä. Ks. Pölönen 2005, s. 1107–1108. Ks. myös Viljanen 2010b, s. 630 av. 82, jossa kirjoittaja on katsonut, että korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 2000:14 on kritisoitavissa, jos siinä todella on tarkoitettu asettaa tuottamukselle jokin tavanomaista korkeampi kynnys tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta puhuttaessa. Eri asia on se Viljasen mukaan se, jos menettely olisi haluttu katsoa kokonaisuutena arvostellen vähäiseksi.

¹⁸⁸ Ks. tästä Norée 2000, s. 207.

¹⁸⁹ HE 34/1999 vp, s. 7. Ks. myös Helminen et al. 2012b, s. 43.

2.4.1 Yleinen rikosoikeudellinen laiminlyöntivastuu – epävarsinaiset laiminlyöntirikokset

Poliisimiehen toimintavelvollisuuksia voidaan lähestyä ns. epävarsinaisten laiminlyöntirikosten näkökulmasta. Kyse on siis tilanteista, joissa rikoksen tunnusmerkistö voidaan aktiivisen tekemisen lisäksi toteuttaa laiminlyönnilläkin. Laiminlyöntiin perustuvan rikosvastuun keskeisenä edellytyksenä on tekijän oleminen erityisen toimimisvelvollisuuden perustavassa vastuuasemassa. Käytännössä tällainen vastuuasema voi ilmetä joko velvollisuutena valvoa jotakin vaaranlähdetä tai velvollisuutena suojella jotakuta uhkaavia vaaroja vastaan. Vastuuasema saattaa myös perustua aiemmalle omalle tai valvottavien alaisten vaaraa aiheuttaneelle toiminnalle.¹⁹⁰

Tässä arvioidaan sitä, voidaanko rikosoikeuden yleisistä opeista johtaa yksittäiselle poliisimiehelle *velvollisuus toimia*, kun taas tutkimuksen muissa jaksoissa on arvioitu sitä, miten rikosoikeusjärjestelmä vaikuttaa poliisin *oikeuteen toimia*. Poliisin velvollisuuksien rinnastaminen tavallisen kansalaisen velvollisuuksiin on tässä suhteessa perusteltua, koska voitaneen kiistatta lähteä siitä, että ns. tavallisen kansalaisen toimintavelvollisuus toimia ei voi olla laajempi kuin virkamiehen.

Varsinaisten laiminlyöntirikosten osalta voidaan todeta, että RL 21 luvun 15 §:ssä (21.4.1995/578) oleva pelastustoimen laiminlyönnin kriminalisointi rajoittaa tavallisen kansalaisen avustamisvelvollisuuden toimiin, joita ”hänen mahdollisuutensa ja tilanteen luonne huomioon ottaen kohtuudella voidaan häneltä edellyttää”. Samoin PolL 45 §:ssä on kansalaisten avustamisvelvollisuutta rajoitettu mm. toteamalla, että ”jollei se hänen terveydentilansa tai henkilökohtaiset olosuhteensa huomioon ottaen tai muusta erityisestä syystä ole kohtuutonta”. Lienee selvää, että poliisimiehen toimintavelvollisuus on joka tapauksessa merkittävästi laajempi kuin tavallisella kansalaisella.

Ennen rikoslain yleisten oppien uudistusta kehitettiin oikeustieteessä epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen konstruktio niihin tilanteisiin, joissa tunnusmerkis-

¹⁹⁰ HE 44/2002 vp, s. 40 ja 213–214. Ks. myös Honkasalo 1965, s. 103. Honkasalo on määritellyt laiminlyönnin ”*ihmisen tahdosta riippuvaksi ulkonaaisessa maailmassa ilmenevän muutoksen estämättä jättämiseksi*”. Varsin selväpiirteinen esimerkki vaaran lähteen valvontavelvollisuuden laiminlyönnistä on kuvattu korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1979-II-99 (Vahingonkorvaus, sopimussuhteesta johtuva korvausvelvollisuus, ravintoloitsijan ym. palveluelinkeinon harjoittajan vastuu): ”Täysihoidolan omistaja, joka oli laiminlyönyt velvollisuutensa huolehtia siitä, että asiakaskaille olisi ilmoitettu, ettei täysihoidolan alueella ollut uimakoppi enää ollut käytössä, tuomittiin rangaistukseen ruumiinvamman tuottamuksesta ja vahingonkorvausvelvolliseksi, kun täysihoidolan asiakas hypähtyään uimakopin laiturilta veteen oli satuttanut päänsä veden alla näkymättömissä olleeseen järeästä puusta rakennettuun lauttaan.” Kuten Frände 2012, s. 216 on todennut, täysihoidolan omistajan velvollisuus eliminoida asiakkaisiin kohdistuvat riskit ei ulotu sallittuna pidettävään riskinottoon. Jos esimerkiksi täysihoidola järjestää pyöräretkiä, jonka aikana asiakas kaatuu ja loukkaantuu, täysihoidolan pitäjä ei ole vastuussa.

tön teonkuvauksessa käytettiin aktiiviseen tekemiseen viittaavia ilmauksia, mutta myös määrätynlaisilla laiminlyönneillä aiheutettuja seurauksia pidettiin ”rankaisemisen arvoisina”. Tämän konstruktion ilmeinen ongelma oli sen määrittämisessä, kuka ja missä tilanteessa on velvollinen estämään jonkun tunnusmerkistössä kuvatun seurauksen syntymisen. Yleisten oppien uudistuksen yhteydessä oikeuskäytännössä ja pohjoismaisessa tietoisopissa kehitetyt laiminlyöntivastuun edellytykset säädettiin lähes sellaisenaan osaksi rikoslakia.¹⁹¹

Rikosoikeuden yleisten oppien uudistamisen – tai tältä osin paremminkin kodifioimisen – yhteydessä pyrittiin lainsäädännön tasolla määrittelemään ainoastaan laiminlyöntivastuun henkilöllisestä ulottuvuudesta eli toisin sanoen siitä, ketkä ovat sellaisessa vastuuasemassa, että he voivat syyllistyä epävarsinaiseen laiminlyöntirikokseen. Laiminlyöntivastuun asiallinen ulottuvuus jätettiin suosiolla oikeustieteen ja oikeuskäytännön määritettäväksi. Toisaalta sääntelyä ei haluttu ulottaa erilaisten oikeushenkilöiden tai muiden ryhmien (kuten poliisiryhmät) sisäisen vastuunjaon määrittelyyn.¹⁹² Epävarsinaisten laiminlyöntien kriminalisoinnissa onkin tilanteiden monimuotoisuuden pakottamana päädytty ratkaisukäytäntöä varsin heikosti ohjaavien tyyppitilanteiden kuvaamiseen keskittyvien normien kirjaamiseen.¹⁹³ Lopullisessa muodossaan RL 3 luvun 3 §:n 2 momentti kuuluu seuraavasti:

”Laiminlyönti on rangaistava myös, jos tekijä on jättänyt estämättä tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntymisen, vaikka hänellä on ollut erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen syntyminen. Tällainen velvollisuus voi perustua:

- 1) virkaan, toimeen tai asemaan;
- 2) tekijän ja uhrin väliseen suhteeseen;
- 3) tehtäväksi ottamiseen tai sopimukseen;
- 4) tekijän vaaraa aiheuttaneeseen toimintaan; tai
- 5) muuhun niihin rinnastettavaan syyhyn.”¹⁹⁴

Vastuuaseman syntyminen arvioidaan aina jälkikäteen¹⁹⁵, ja pohdinnan keskiössä ovat ”erilaiset sosiaaliset roolit ja niihin liittyvät odotukset”.¹⁹⁶ Arviointi kohdistuu henkilön toimintavelvoitteisiin yksittäisessä konkreettisessa tilanteessa eikä

¹⁹¹ HE 44/2002 vp, s. 13–14. Laiminlyönnistä rankaisemisen moraalisisista ulottuvuuksista ks. myös Kleinig – Kasachkoff 2012, s. 26–28.

¹⁹² HE 44/2002 vp, s. 40.

¹⁹³ HE 44/2002 vp, s. 42.

¹⁹⁴ Hallituksen esityksessä ehdotettiin muotoilua ”laiminlyöntinä on rangaistava”, mutta lakivaliokunta kiinnitti ilmaukseen huomiota, koska laiminlyönti sinällään ei ole rangaistavaa, vaan seurauksen aiheuttaminen laiminlyönnillä. Lakivaliokunnan mietinnön johdosta myös esitetty muotoilu ”vastuuasema” muutettiin muotoon ”erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen syntyminen”. LaVM 28/2002 vp, s. 8–9. Vrt. HE 44/2002 vp, s. 250.

¹⁹⁵ Melander 2010a, s. 98.

¹⁹⁶ Nuutila 1996a, s. 256.

hänen yleiseen staattiseen asemaansa. Vastuuaseman synty edellyttää myös ”huolekseen ottaneen” henkilön hallintaa tapahtumien kulusta.¹⁹⁷

Honkasalon ja Ellilän mukaan laiminlyönniltä edellytetään rikosoikeudellista relevanssia. Tapahtuman tulee olla ”laiminlyönnin adekvaattinen seuraus”.¹⁹⁸ Esimerkiksi laiminlyöntirikoksena tapahtuvan toisen henkilön kuoleman aiheuttamisen osalta ratkaisevaa on, ”olisiko uhri kuollut samalla tavalla, jos tekijä olisi toiminut huolellisesti”. Huolimattoman teon ja seurauksen väliin tullut tahallinen teko sitä vastoin ei nykyisen käsityksen mukaan katkaise syy-yhteyttä.¹⁹⁹ Nuutilan mukaan laiminlyöntivastuun perustavan syy-yhteyden osalta riittäväksi on yleensä katsottu ”varmuutta lähen-televä todennäköisyys”.²⁰⁰ Normaalisti vastuu (syyllisyys) sulkeutuu pois, jos todetaan olevan varsin todennäköistä, että seuraus olisi syntynyt, vaikka olisi toimittu huolelli-suusnormin mukaisesti. Laiminlyöntien osalta on oikeuskirjallisuudessa kuitenkin katsottu, että ei pidä jäädä varteenotettavaa epäilyä siitä, että rikosoikeudellisesti rele-vantti seuraus olisi syntynyt, vaikka vaadittu, mutta laiminlyöty teko olisi toteutettu.²⁰¹

Luettelossa ensimmäisenä mainitun, esimerkiksi *virkaan* perustuvan toimimis-velvollisuuden osalta on hallituksen esityksessä todettu, että ”[y]leinen virkavel-vollisuus harvemmin riittää epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen vastuuperus-teeksi”. Esimerkin mukaan tekeillä olevan varkausrikoksen seuraaminen passi-visena sivusta ei tee poliisimiestä syylliseksi varkauteen, vaikkakin mahdollises-ti johonkin virkarikokseen. Lisäksi on todettu, että suojele- tai valvontavelvolli-suuden tulee olla johonkin henkilöön, henkilöryhmään tai määrättyyn omaisuu-teen kohdistuvaa, jotta se voisi toimia perusteena epävarsinaisesta laiminlyönti-rikoksesta rankaisemiselle.²⁰²

Lain esitöissä on todettu, että kiinteitä käskyvaltasuhteita noudattavissa organisaatioissa, kuten poliisissa, saattaa esimiehillä olla korostettu velvollisuus valvoa alais-tensa toimia. Esimiesasema voikin perustaa rikosoikeudellisen laiminlyöntivastuun alaisten toimista. Yleisluontoinen esimiehen valvontavastuu ei rikosoikeudellista vas-tuuta perusta, vaan hallituksen esityksessä on kriteeriksi asetettu konkreettinen val-vontasuhte ja vastuuasema.²⁰³ Nuotio on sotilastoiminnan osalta maininnut eräitä seikkoja, jotka puoltavat tiukan ja rikosoikeudellisesti relevantin valvontavastuun syn-tymistä. Vastuun syntymistä puoltavat organisaatorakenne ja siihen liittyvät käsky-

¹⁹⁷ Nuutila 2006, s. 269–271.

¹⁹⁸ Honkasalo – Ellilä 1966, s. 36.

¹⁹⁹ Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 523–524.

²⁰⁰ Nuutila 1996a, s. 213–214. Tässä jaksossa ei voida syventyä laiminlyönteihin liittyviin syy-yhteysskysymyksiin. Kyse on kuitenkin hypoteettisesta syy-yhteydestä, missä arvioidaan, mitä olisi tapahtunut (olisiko seuraus vältetty), jos laiminlyöjä olisi toiminut velvollisuuksiensa mukai-sesti. Ks. tästä Nuutila 1996a, s. 203.

²⁰¹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 184 ja Frände 2012, s. 213.

²⁰² HE 44/2002 vp, s. 43. Ks. myös Lappi-Seppälä 2003, s. 765.

²⁰³ HE 44/2002 vp, s. 44. Ks. myös KKO 1964-II-69 ja KKO 1977 II 11.

valtasuhteet, aseistetun joukon vaarapotentiaali sekä luonnollisesti velvollisuuksien tarkka määrittely (esim. virkavelvollisuudet). Lisäksi hän on todennut, että vastuun kohdentumista ja vastuuasemaa koskevat opit ovat suhteellisen avoimia, ja täten voidaan ”tavoittaa sosiaalisten suhteiden oikeutta luovat merkitykset, mukaan lukien se, että vastuun tulisi seurata valtaa”. Kyse on sosiaalisista rooliodotuksista.²⁰⁴ Tässä mielenkiinnon kohteena ei kuitenkaan ole esimiehen velvollisuus estää alaistensa rikokset, vaan poliisin velvollisuus estää ulkoisista uhkista aiheutuvia seurauksia.

Virkaan perustuvan laiminlyöntivastuun rajoista on kyse korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1964-II-69²⁰⁵, jossa hoitotoimenpiteen yhteydessä epäkuntoisesta höyryhengityslaitteesta purkautunut kuuma vesi aiheutti pienelle lapselle vammoja. Toimenpiteen määränneen lääkärin syyksi luettiin laitteen yleisen valvonnan ja tarpeellisten tarkastusten laiminlyönti, ylihoitajan syyksi laitteen käytön ohjaamisen ja sen määräysten mukaisen laitteen kunnosta huolehtimisen laiminlyönti. Lastenhoitajan syyksi luettiin poistuminen hoidettavan luota ilman pakottavaa syytä, vaikka hoidossa käytettävä kone oli hoitajan tietien epäkuntoinen. Hänenkin osalta voidaan katsoa kyseessä olevan valvonnan laiminlyönti. Vastaajien todettiin syyllistyneen yksin teoin tehtyihin virkavirheeseen ja ruumiinvamman tuottamukseen. Laiminlyönnin rangaistavuuden lisäksi kyse oli myös vastuun jaosta eri asemassa olevien henkilöiden kesken.²⁰⁶

Virkavastuun ja epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen perusteena olevan suoje-luvastuun alaa määrittävänä ratkaisuna voidaan pitää myös seuraavaa korkeimman oikeuden ratkaisua 1970-luvulta.

KKO 1977-II-11: Kun kansalaiskoulun oppilaiden uimahalliin tekemän uintiretken valvojaksi määrätty opettaja oli poistunut uima-altaan reunalta ennen kuin kaikki oppilaat olivat uintiajan päätyttyä nousseet altaasta ja eräs oppilas oli tuolloin kenenkään havaitsematta vajonnut altaan pohjalle ja hukkunut, opettaja oli syyllistynyt yksin teoin tehtyihin kuolemantuottamukseen ja laiminlyönnistä tehtyyn virkavirheeseen.²⁰⁷

Tekijän ja uhrin välisellä suhteella viitataan sukulaisuussuhteeseen tai muuhun läheiseen yhteiselämään perustuvaan huolenpito- ja suojaamisvelvollisuuteen.²⁰⁸ Korkein oikeus on ratkaisussa KKO 2009:36 yleisellä tasolla todennut, että ”aviopuolisoihakaan ei lähtökohtaisesti ole tällaista velvollisuutta, mutta se voi syntyä puolisoitten olosuhteiden kuten toisen puolison sairauden, vamman tai iän taikka muun sellaisen seikan perusteella”. Kyseisessä tapauksessa korkein

²⁰⁴ Nuotio 2006, s. 337.

²⁰⁵ Ratkaisu on tosin otsikoitu ”Rikosten yhtyminen, lainkonkurrenssi ja ideaalikonkurrenssi”.

²⁰⁶ Ks. Nuutila 1996a, s. 269 ja Tapani – Tolvanen 2008, s. 168.

²⁰⁷ Ratkaisusta sekä erityisesti laiminlyönnin ja seurauksen kausaaliyhteydestä ks. Nuutila 1996a, s. 214 av. 148 ja Nuotio 1998a, s. 288.

²⁰⁸ HE 44/2002 vp, s. 44.

oikeus katsoi, että aikuisten ihmisten välinen ”jonkin asteinen seurustelusuhde”, johon ei liittynyt yhdessä asumista, ei perustanut erityistä huolenpitovelvollisuutta.²⁰⁹

Tekijän ja uhrin välisestä suhteesta johdettavien vaatimusten tulee olla kytkettävissä vastavuoroisten sosiaalis-moraalisten toimintaodotusten lisäksi myös muuhun oikeusjärjestykseen.²¹⁰ Vaikka esimerkiksi todistajansuojelutehtävissä toimivan poliisimiehen velvoitteet ja niistä johdettavat odotukset ovat hallituksen esityksen sanoin ”ankkuroitavissa oikeusjärjestyksen muuhun normistoon”, kyse ei mielestäni ole säännöksen tarkoitus huomioon ottaen 2 kohdassa kuvastusta läheisestä suhteesta.²¹¹ Säännöksen soveltamisalaan eivät siis näyttäisi kuuluvan poliisimiehen ja suojeltavan henkilön välille muodostuvat, jopa vuosia kestävät yhteistyösuhteet.

Tehtäväksi ottamiseen tai sopimukseen perustuva erityinen oikeudellinen velvollisuus viittaa vapaaehtoiseen suojattavaksi tai valvottavaksi ottamiseen eikä sinällään sovellu virkavelvollisuuksiin perustuvaan poliisitoimintaan. Poliisitoimintaa varsin läheisesti sivuavana voidaan kuitenkin pitää hallituksen esityksessä mainittua esimerkkiä henkivartijan vastuusta tilanteessa, jossa hän antaa surmata päämiehensä.²¹² Valitettavasti hallituksen esityksessä käytetty termi ”antaisi toisen surmata” on siinä määrin tulkinnanvarainen, ettei siitä voida tehdä pidemmälle meneviä tulkintasuosituksia. Tehtäväksi ottamisen osalta klassikkoratkaisuna voidaan pitää korkeimman oikeuden ratkaisua KKO 1994:101, jossa luontaisheidon asiantuntijana esiintyneelle tekijälle katsottiin syntyneen erityinen vastuu menehtyneen lapsen hengestä ja terveydestä.²¹³

RL 3 luvun 3 §:n 2 momentin 4 kohdan nojalla laiminlyöntivastuun perustava *edeltävä vaaraa aiheuttanut toiminta* voi olla lainmukaistakin toimintaa. Hallituksen esityksessä esimerkkinä mainitussa oikeustapauksessa KKO 1942-II-172 hätävarjelutoimin hyökkääjän liikuntakyvyttömäksi tehnyt henkilö tuomittiin heitteillepanosta.²¹⁴ Myös yhteiselle kalastusretkelle lähteminen tai yhdessä

²⁰⁹ Ks. Frände 2012, s. 216. Myös Frände on katsonut, että tämän kohdan soveltaminen edellyttää käytännössä yhdessä asumista. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2008 s. 169, jossa on esitetty, että erityistapauksissa (esimerkiksi yhdessä asuminen) aikuisilla lapsilla saattaa olla säännöksessä tarkoitettu vastuu iäkkäistä vanhemmistaan.

²¹⁰ HE 44/2002 vp, s. 43 ja Matikkala 2009, s. 299–300.

²¹¹ Kansainvälisissä *soft law* -asiakirjoissa todistajansuojelusta esitettyistä näkemyksistä ks. esim. EN 2001, s. 63–64 ja siinä viitatuksi asiakirjat.

²¹² HE 44/2002 vp, s. 44. Tehtäväksi ottamisesta oli kyse myös ratkaisussa KKO 1979 II 99. Ks. tästä esim. Nuutila 1996a, s. 244 ja Tapani – Tolvanen 2008, s. 169.

²¹³ Ks. myös Nuutila 1996a, s. 253–255, Nuutila 1996c, s. 491–494, Nuutila 1997a, s. 96, Frände 2006, s. 485–486 Tapani – Tolvanen 2008, s. 169–170 ja Tapani 2010, s. 59 kommentit ratkaisusta.

²¹⁴ HE 44/2002 vp, s. 45.

ryyppääminen voivat perustaa vastuun seurueen muiden jäsenten hengestä.²¹⁵ Ulkomaisessa kirjallisuudessa on katsottu toimintavelvollisuuden syntyvän myös silloin, kun henkilö laittaa injektioneulan suojaamattomana taskuunsa. Henkilön on katsottu tällöin olevan velvollinen varoittamaan henkilötarkastusta suorittavaa poliisimiestä neulan aiheuttamasta vaarasta.²¹⁶

Mitä tulee säännöksen 5 kohtaan, todettakoon, että oikeuskirjallisuudessa on aiheellisesti kiinnitetty huomiota sen epämääräisyyteen laillisuusperiaatteen näkökulmasta.²¹⁷ Tarvetta soveltaa mainittua kohtaa hyvin pidättyvästi korostaa sekin, että koko epävarsinaisen laiminlyönnin konstruktio on hyvin monisyinen perusta rikosvastuulle.

Oikeuskirjallisuudessa Nuotio on hieman eri painotuksin käyttänyt *suoje-luvastuusta* myös ilmaisua *huolenpitovastuu ja turvaamisvastuu*. Ymmärrän hänen tarkoittavan, että suoje-luvastuu huolenpitovastuuna on paternalistista luonteeltaan, kun taas turvaamistyyppisessä vastuussa on enemmänkin kyse vastuusta valvoa jotakin vaaranlähdeä. Esimerkiksi uimavalvojan vastuussa on piirteitä molemmista. Hänellä on jonkin tasoinen yleinen vastuu uimassa olevista henkilöistä ja myös vedestä vaaran lähteenä.²¹⁸

Nuotio on todennut suoje-luvastuun voivan perustua myös yhteiseen vaaraan heittäytymiseen, josta seuraa vastavuoroisia odotuksia osallistujille. Esimerkkinä hän on maininnut ryhtymisen vuorikiipeilyyn. Edellytykseksi vastuuaseman muodostumiselle hän on katsonut vaaran tietyntäsoisen intensiteetin sekä ryhmän jäsenten riittävän kiinteän yhteyden.²¹⁹

Esimerkkinä *valvontavastuusta* Nuotio on maininnut tilanteen, jossa vangin tullessa pahoinpidellyksi toisen vangin toimesta voidaan katsoa vartijan olleen en-

²¹⁵ Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 522. Ks. myös KKO 1981 II 97 ja Backman 1988, s. 788 kriittiset kommentit siitä. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2008, s. 171. Kirjoittajat ovat todenneet ratkaisussa KKO 1981 II 97 aktiivisen tekemisen ja laiminlyönnin kietoutuvan toisiinsa. Samoin Nuutila 1996a, s. 246 ja 252–253. Kyse on siis siitä, tarkastellaanko toimintaa pistemäisesti vai ajallisesti pidempään kestäneenä tekojen jatkumona. Ks. myös edeltävään vaaraa aiheuttaneeseen toimintaan sekä tekijän ja uhrin väliseen suhteeseen liittyen korkeimman oikeuden muutamia vuosia siten antama heitteillepanoa ja kuolemantuottamusta koskenut ratkaisu KKO 2009:36 sekä Tapani 2010, s. 69–70 huomiot siitä. Tapani on kritisoinut mainittujen säännösten edellytysten kytkemistä yhteen korkeimman oikeuden tekemien tavoin. Tapanin mukaan epävarsinaiset laiminlyöntirikokset liittyvät seurauksen aiheuttamiseen laiminlyönnillä, kun taas RL 21 luvun 14 §:ssä kriminalisoidussa heitteillepanossa on kyse vaaran aiheuttamisesta hengelle tai terveydelle. Ks. myös Nuotio 2006, s. 345.

²¹⁶ Clarkson 2005, s. 51–52.

²¹⁷ Matikkala 2009, s. 300.

²¹⁸ Nuotio 2006, s. 334–336.

²¹⁹ Nuotio 2006, s. 334–335.

siksi mainittuun vankiin nähden suojeluvastuussa ja toisena mainittuun vankiin nähden valvontavastuussa.²²⁰ Tämän tyyppisiä teemoja on arvioitu myös korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2004:132, josta voidaan virkavelvollisuuksien laajuuteen, niiden rikkomiseen sekä rikkomisen vähäisyyteen liittyvien kysymysten lisäksi tehdä joitakin päätelmiä viranomaistoimintaan liittyvän suoje- lu- ja valvontavastuun laajuudesta.

Tapauksessa erillään pidettävä vanki oli ruokailun yhteydessä joutunut muun kuin erillään pidettävän vangin pahoinpitelemäksi. Vankilan osastolla ei ollut lähes vuoteen noudatettu päiväjärjestystä, jonka mukaan erillään pidettävien vankien ruokailukin oli järjestettävä erillään muista vangeista. Korkein oikeus katsoi ensinnäkin, että tuottamuksellista virkavelvollisuuden rikkomista koskevan säännöksen osalta vuonna 2002 tapahtunut uudistus ei aiheuttanut sellaista muutosta, että korkeimman oikeuden tehdessä päätöstään voimassa ollut lain säännös (12.7.2002/604) johtaisi ainakaan lievempään lopputulokseen kuin te- kohetkellä voimassa ollut RL 40 luvun 11 § (792/1989). Tapauksessa sovellettiin siis tekohekellä voimassa ollutta säännöstä. Virkavelvollisuuksien rikkomisen osalta korkein oikeus katsoi, että asiassa oli riidatonta,

”etteivät A ja B ole tulleet ennen pahoinpitelyä tietämään siitä, ettei päiväjärjestystä noudatettu. Esitetyn todistelun mukaan päiväjärjestyksen vastainen käytäntö oli osas- tolla jatkunut koko syytteessä tarkoitetun lähes vuoden ajan ennen pahoinpitelyä. Kun tällainen käytäntö on voinut jatkua näin pitkään, on jo tästä pääteltävissä, että A:n ja B:n valvonnassa käyttämät keinot ovat olleet riittämättömiä. Vaikka vankilan olosuhteet sekä A:n ja B:n muut työtehtävät ovat hankaloittaneet esimerkiksi osastokäynnein toteutettuja valvontatoimia, asiassa ei ole ilmennyt sellaisia seikkoja, joista voisi päätellä, ettei valvontaa olisi ollut mahdollista järjestää tehokkaammalla tavalla. A:n ja B:n vastuuta ei myöskään poista se, että ylivartijat ovat ensisijaisesti olleet vastuussa päiväjärjestyksen noudattamisesta, koska he ovat olleet velvollisia valvomaan myös ylivartijoiden toimia. Näin ollen korkein oikeus katsoo, että A ja B ovat laiminlyöneet riittävästi valvoa päiväjärjestyksen noudattamista ja siten rikkoneet huolimattomuus- desta säännöksiin ja määräyksiin perustuvan virkavelvollisuutensa.”

Muotoilu viittaa tiedottoman tuottamuksen tilanteeseen, jossa A:lla ja B:llä kat- sottiin kuitenkin olleen kyky ja tilaisuus havaita oikea toimintamalli ja toimia sen mukaisesti. Virkavelvollisuuden rikkomista pidettiin kuitenkin kokonaisuutena arvostellen vähäisenä (ratkaisun kohta 17), koska järjestyksen valvominen osas- toilla oli ensisijaisesti A:n ja B:n alaisina toimineiden ylivartijoiden keskeinen tehtävä. Asiassa ei ollut tullut ilmi seikkoja, joiden perusteella A:n ja B:n olisi

²²⁰ Nuotio 2006, s. 336 ja 340.

tullut epäillä, ettei päiväjärjestystä noudateta. Huomiota kiinnitettiin myös van-
kilaan yleisiin olosuhteisiin ja vastaajien tehtävien määrään.²²¹

Kyseessä olevassa tapauksessa virkavelvollisuuden rikkominen koski nimen-
omaan sääntöjen keskeisenä tavoitteena olevia vankien suojelemiseen liittyviä
velvoitteita, joiden laiminlyönnistä – tosin välillisesti – aiheutui vahingollinen
seuraus.²²² Korkeimman oikeuden voidaan katsoa asettaneen rangaistavan
menettelyn rajan varsin korkealle. Ottaen kuitenkin huomioon päätöspäätösluoi-
sta ilmenevät A:n ja B:n tosiasialliset mahdollisuudet valvoa sääntöjen noudatta-
mista, katson Korkeimman oikeuden enemmistön ratkaisun olevan oikea. Rat-
kaisun keskiössä ollut valtion ja sen virkamiesten vastuu kiinniotettuina, pidätet-
tyinä, vankeina taikka muutoin viranomaisten hallinnassa olevien henkilöiden
turvallisuudesta on ollut toistuvasti esillä myös EIT:ssä.²²³

Vaaranlähteen valvontavastuusta on kyse myös seuraavassa Jareborgin esi-
merkissä. Jareborgin mukaan poliisimies, joka laiminlyö tehtävänsä vahtia mie-
lissairasta henkilöä seurauksin, että henkilö karkaa ja karkumatkallaan surmaa
jonkun, ei lähtökohtaisesti voi joutua vastuuseen uhrin kuolemantuottamuksesta.
Poikkeuksena on tilanne, jossa karkaaminen sinällään sisältää kielletyn riskin-
oton suhteessa surmatekoon sen todennäköisyydestä johtuen.²²⁴ Tämä tulisi ky-
seeseen lähinnä äärimmäisten vaarallisten henkilöiden kohdalla.

Edellä kerrotun osalta voidaan yhteenvedonomaaisesti viitata Nuotioon, joka
on katsonut, että normatiivisesti vastuuasema, valvonta- ja suojeluvastuu sekä
säännöksessä mainittu ”erityinen oikeudellinen velvollisuus” tulevat hyvin lä-
helle toisiaan eikä esimerkiksi vaatimus ”erityisestä oikeudellisesta velvollisuu-
desta” tosiasiaassa aseta mitään lisäkynnystä vastuuaseman lisäksi. Vallitseva oi-
keustila ei tosin hänen mukaansa ole välttämättä tyydyttävä.²²⁵

²²¹ Eri mieltä olleet presidentti Sevón ja oikeusneuvos Koskelo katsoivat, että virkavelvollisuus-
sien rikkomista ei voitu pitää vähäisenä. He olisivat tuominneet A:n ja B:n varoitukseen.

²²² Ks. Viitanen 2007, s. 160.

²²³ Kotimaisesta ratkaisukäytännöstä ks. myös korkeimman oikeuden vanha ratkaisu KKO 1948-
II-363: Poliisikonstaapeli, joka kuulusteluja varten oli pidättänyt 15 vuotta nuoremman henkilön ja
kuljetettuaan hänet pidätettyjen säilytyskuoneeseen jättänyt uuniin sytytetyn takkavalkean hoidon
pidätetyn huoleksi seurauksin, että tämä, suljettuaan ymmärtämättömyydestä uunin pellit liian ai-
kaisin, oli samoin kuin toinen pidätettynä ollut henkilö kuollut häämyrkytykseen, tuomittiin tai-
tamattomuudesta tehdystä virkavirheestä sekä lisäksi yksin teoin tehdystä huolimattomuudesta
tapahtuneesta virkavirheestä ja kahdesta kuolemantuottamuksesta.

²²⁴ Jareborg 2001, s. 190. Toisaalta Jareborg on katsonut, että mielisairasta henkilöä vahtimaan
asetettu poliisimies tai sairaanhoitaja, joka sallii henkilön surmata itsensä, lieene mahdollista saat-
taa rikosoikeudelliseen vastuuseen laiminlyönnistään. Ks. tästä Jareborg 2001, s. 194. Ks. myös
Roxin 2003, s. 738–743, joka näyttäisi olevan valmis katsomaan poliisin olevan varsin helposti
vastuuasemassa (*Garantstellung*), jos kansalainen on poliisin tietien konkreettisten ja yksilöity-
jen uhkausten kohteena.

²²⁵ Nuotio 2006, s. 348–349.

On syytä vielä erikseen arvioida, miten erityinen oikeudellinen velvollisuus kohdistuu organisaatioissa. Nuutilan mukaan vastuunjaon osalta merkitystä on asianomaisen tosiasiallisella asemalla organisaatiossa, tehtävien laajuudella, toimivaltuuksien laadulla (itsenäisyys), laajuudella sekä selvyydellä, ammatillisella pätevyydellä ja muutoin henkilön osuudella ”lainvastaisen tilan syntyyn ja jatkumiseen”.²²⁶ Huomiota on kiinnitettävä tunnusmerkistön mukaisuuden osalta myös siihen, onko työnjako ylipäätään ollut perusteltu, selkeä ja toteuttamiskelpoinen.²²⁷

Tehtävien tai toimivaltuuksien ollessa epäselvät organisaatiotasolla korostuu ”niiden henkilöiden vastuu, joiden asiana on tehtäväjaosta päättäminen ja siitä tiedottaminen”. Rangaistusvastuuta ei voida välttää sillä, että jotakin tehtävää ei ole annettu kenenkään hoidettavaksi.²²⁸ Toisaalta tunnusmerkistön mukaisuuteen liittyvänä kysymyksenä on kiinnitettävä huomiota siihen, onko henkilöllä ollut oikeus – ja kuinka pitkälle – luottaa toisen henkilön asianmukaiseen toimintaan.²²⁹ Merkille pantavaa on myös, että jos käsillä on samanaikaisesti useampia velvollisuuksia, voi tiettyjen seurausten estämättä jättäminen olla sallittua. Tällöin kyse on nimenomaan oikeuttamisperusteesta eikä anteeksiantoperusteesta.²³⁰

Myös Lahti on ratkaisua KKO 2007:62 kommentoidessaan hahmotellut laiminlyöntivastuun luonnetta organisaatioissa tapahtuneissa rikoksissa. Lähtökohteisesti jollakin taholla on oltava vastuuasema, joka ilmenee tyypillisesti velvollisuutena kontrolloida jotakin vaaran lähdeä. Organisaation sisällä vastuuasema henkilöityy lakisääteisesti tai esimerkiksi ohjesäännön avulla. Tällä tavoin yksilöidyssä vastuuasemassa olevalla henkilöllä on siten mahdollisuus huolehtia turvallisuusvelvoitteista tai siirtää ne osin tai kokonaan jollekin toiselle taholle. Olennaista on huomata, että vastuuta siirrettäessä jää vastuuasemassa olevan velvollisuudeksi kuitenkin valvoa, että taho, jolle velvoitteet on siirretty, myös täyttää ne.²³¹

Jakson päätteeksi on vielä aiheellista kiinnittää huomiota siihen, että rikosoikeudellinen laillisuusperiaate edellyttää, että tuomittaessa henkilöä epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta sovellettava tunnusmerkistö sanamuodoltaan kattaa arvioitavana olevan menettelyn. Tunnusmerkistön on oltava sellainen, että sen voidaan katsoa kattavan myös passiivisen suhtautumisen. Lain esitöiden mukaan RL 21 luvussa käytetyn termin ”aiheuttaa” lisäksi myös ”surmaaminen” ja toisen

²²⁶ Nuutila 1997a, s. 135–140.

²²⁷ Nuutila 1996a, s. 346.

²²⁸ Nuutila 1996a, s. 267 ja Nuutila 1997a, s. 138.

²²⁹ Nuutila 1996a, s. 343. Ks. myös Frände 2012, s. 96–97.

²³⁰ Frände 2012, s. 210.

²³¹ Lahti 2007, s. 411–414.

terveyden ”vahingoittaminen” kattavat termeinä myös passiivisen suhtautumisen.²³²

Merkille pantavaa on, kuten Tapani ja Tolvanen ovat todenneet, että oikeuskäytännön perusteella RL 3 luvun 3 § kattaa lähinnä RL 21 luvun tuottamuksellisia tekemuotoja. Tämä on puolestaan johtanut siihen, että teon ja laiminlyönnin rajanvetoa ei ole juurikaan jouduttu pohtimaan, koska ”rikossäännöksessä kuvattu toiminta on normaalisti sekoitus aktiivista toimintaa ja laiminlyöntiä”.²³³ Liekö tässä merkitystä sillä, että tahallisuus laiminlyöntirikosten yhteydessä edellytti ainakin ennen yleisten oppien uudistusta myös tietoisuutta vastuuasemasta – esimerkiksi tietoisuus nimityksestä tiettyyn tehtävään – ja konkreettisesta tilanteesta. Tietoisuutta ei kuitenkaan ole edellytetty toimintavelvollisuudesta.²³⁴

Laiminlyönteihin liittyvä *tiedoton tuottamus* ilmenee Fränden mukaan siinä, että henkilö ”ei yksinkertaisesti ollut ajatellut, että hän on velvollinen tietyn seurauksen estämiseen”. Tällöin henkilöltä edellytetään kykyä ja tilaisuutta riskien havaitsemiseen. *Tietoisesta tuottamuksesta* tilanteissa henkilö on tunnistanut olevansa vastuuasemassa ja ymmärtänyt seurauksen syntymisen riskin, mutta ”arvioinut seurauksen todennäköisyyden matalaksi tai luottanut siihen, että seuraus jää syntymättä jonkun toisen aloitteellisuuden johdosta”.²³⁵

Epävarsinaiseen laiminlyöntirikokseen saattaa liittyä myös yritysvaihe. Kyse on tilanteista, joissa ”seuraus olisi vielä estettävissä ryhtymällä tekoon, jota henkilöltä edellytetään”. Yrityksen alkupiste saavutetaan siinä vaiheessa, kun seurauksen syntymisestä on konkreettinen vaara. Huomattavaa on kuitenkin, että yrityksen rangaistavuus edellyttää tahallista rikosta. Kysymys laiminlyöntirikoksiin liittyvästä yritysproblematiikasta onkin Tapanin mukaan ainoastaan teoreettinen ja saattaa käytännössä nousta esille lähinnä tappo-rikoksen näkökulmasta.²³⁶

2.4.2 Velvoite hengen suojaamiseen

EIS 2 artiklan 1 kappaleen ensimmäinen virke velvoittaa valtiota suojaamaan jokaisen oikeutta elämään. Kyse on ensisijaisesti lainsäätäjään kohdistuvista eri

²³² HE 44/2002 vp, s. 42–43.

²³³ Tapani – Tolvanen 2008, s. 172–173. Esimerkkinä on mainittu petoksen tunnusmerkistö (RL 36 luvun 1 §). Ks. myös Nuotio 2006, s. 355–356 ja Frände 2012, s. 219.

²³⁴ Frände 1996, s. 487 ja Viljanen 1984, s. 315 ja 331. Tosin Viljanen on ilmeisesti sitä mieltä, että virkamiesten osalta ainakin joissakin tapauksissa (yleisluonteiset virkarikokset) edellytetään tietoisuutta toimintavelvollisuudesta.

²³⁵ Frände 2012, s. 219.

²³⁶ Tapani 2010, s. 58–60.

tekojen kriminalisointiin ja rikosprosessiin kohdistuvista velvoitteista, mutta oikeuskirjallisuudessa on katsottu EIS 2 artiklasta johdetun positiivisen toimintavelvollisuuden ja siihen liittyvän EIT:n ratkaisukäytännön aiheuttavan paineita muunkin tyyppisiin viranomaistoimenpiteisiin.²³⁷

KP-sopimuksen 2 artiklan 2 kappaleen sekä 40 artiklan 1 kappaleen on katsottu antavan ”ainakin jonkinasteista tukea ihmisoikeuksien *Drittwirkung*-vaikutukselle”²³⁸, ja esimerkiksi hengen turvasta KP-sopimuksessa turvattuna oikeutena on johdettavissa kunnioittamisvelvollisuuden lisäksi suojaamisvelvollisuus valtioille. Tämä puolestaan pitää sisällään kriminalisointitoimien (lainsäädäntötoimet) lisäksi oikeudellisen velvollisuuden tiettyihin hallinnollisiin toimiin, kuten henkirikosten estämiseen ja niiden selvittämiseen.²³⁹ 6 artiklan osalta tähän on katsottu liittyvän myös kielto määrittellä oikeus itsensä puolustamiseen liian laveasti. Viimeksi mainitun osalta Nowak on nimenomaan viitannut eräänlaiseen poliisioikeudelliseen yleislausekkeeseen (”*a general statutory presumption of justification for combating certain offences*”).²⁴⁰

Suomen liittyessä EIS:ään sillä katsottiin olevan *drittwirkung*-vaikutusta vain siinä suhteessa, että valtio voi joutua vastuuseen EIS:n vastaisen yksityisoikeudellisen lainsäädännön sisällöstä tai puutteista.²⁴¹ Samansuuntaisesti Scheinin on arvioinut, että Suomessa voimaansaatettujen ihmisoikeussopimusten välitön *drittwirkung*-vaikutus on sopimusmääräysten ei-täsmällisen kirjoitusasun johdosta varsin rajoitettu. Sitä vastoin niiden välillinen *drittwirkung*-vaikutus ihmisoikeussopimusten voimaansaatamisen yhteydessä säädettyjen lakien tulkinnassa ja soveltamisessa saattaa olla merkittävä.²⁴² Samansuuntaisesti asiaa on arvioitu myös EIS:ää koskevassa uudessa yleisteoksessa, jonka mukaan valtio voi välillisten *drittwirkung*-vaikutusten seurauksena joutua vastuuseen esimerkiksi ihmisoikeusloukkaukset mahdollistavan yksityisoikeudellisen lainsäädännön olemassaolosta, lainsäädännön ihmisoikeuksien vastaisesta tulkinnasta tai epäonnistumisesta suojella yksilöä riittävästi toisen yksilön taholta tulevia oikeudenloukkauksia vastaan. Viimeksi mainitun osalta korostuu lainsäädännön puutteiden ja oikeudenloukkauksen välisen kausaaliyhteyden määrittäminen. Kirjoit-

²³⁷ Viitanen 2007, s. 95. Esimerkkinä Viitanen on maininnut tarpeen kehittää rikosten ennalta estämiseen tähtäviä poliisin toimivaltuuksia. Samoin Scheinin on todettuaan ensinnäkin, että TSS-oikeuksien lisäksi myös vapausoikeuksiin voi liittyä positiivisia toimintavelvoitteita, korostanut tämän aspektin toteutumisen valvonnan tärkeyttä. Ks. tästä Scheinin 1991, s. 334. Ks. myös Nowak 2005, s. XX–XXI, Emmerson et al. 2007, s. 91–93 sekä Danelius 2007, s. 61. Daneliuksen mukaan velvoitteesta voidaan johtaa vaatimus, että rikosoikeudelliset vastuuvapausperusteet, kuten hätävarjelu, ovat tiukasti rajattuja. Ks. myös Neyroud – Beckley 2001, s. 59. EIT:n ratkaisukäytännöstä ks. esim. Paul and Audrey Edwards vs. UK, jossa mielenterveysongelmista kärsinyt vanki tappoi sellitoverinsa. EIS 2 artiklaa katsottiin rikutun. Ks. ratkaisusta myös Mowbray 2012, s. 123.

²³⁸ Eriksson – Scheinin 1988, s. 96. Kyse on ilmeisesti kuitenkin lähinnä välillisestä vaikutuksesta horisontaalisuhteisiin. Välilliseen vaikutukseen viittaa myös esimerkiksi Nowak 2005, s. 39–40 selostus 2 artiklasta johdettavissa horisontaalivaikutuksista.

²³⁹ Karapuu 1988, s. 77.

²⁴⁰ Nowak 2005, s. 122–124. Ks. myös Nowakin huomiot rikosoikeuteen ja kriminalisointeihin kohdistuvista positiivisista velvoitteista.

²⁴¹ OJL 21/1988, s. 4.

²⁴² Scheinin 1991, s. 190–191. Ks. myös Scheinin 2012, s. 127–132. Erityisesti EIS 2 artiklan osalta ks. myös Leverick 2002a, s. 358–359.

tajien mukaan edellytetään, että asianmukainen lainsäädäntö olisi *todennäköisesti* estänyt oikeudenloukkauksen tai ainakin mahdollistanut hyvityksen loukkauksen johdosta.²⁴³

Tutkimukseni teeman kannalta keskeisen EIS 2 artiklan osalta Boucht on katsonut, että ainakin Ruotsissa vertikaalivaikutus on ensisijainen ja horisontaalinen vaikutus on lähinnä välillinen. Hänen mukaansa yksilöiden oikeus elämään edellyttää, että lainsäätaja asettaa asianmukaiset puitteet tämän oikeuden suojaamiseksi. Toisaalta esimerkiksi hätävarjelusäännöksen soveltamiseen liittyvässä puolustettavuusarvioinnissa on perusteltua ottaa huomioon myös EIT:n ratkaisukäytäntö. Bouchtin mukaan Ruotsin oikeuden hätävarjelusäännös vastaa asiallisesti EIS 2 artiklan vaatimuksia, mutta on mahdollista, että poliisimiehen hätävarjelu-oikeutta tosiasiallisesti rajaa se, että voimankäyttötilanteet ovat EIS:n systematiikassa vertikaalisuhteen ilmentymiä ja tulevat arvioiduksi EIS 2 artiklan nojalla.²⁴⁴

Positiivisen toimintavelvollisuuden kannalta Suomen oikeustilaa voidaan yleisellä tasolla pitää tyydyttävänä. Poliisin velvollisuus poliisitoimintaan eri rooleissa kytkeytyvien henkilöiden turvallisuudesta huolehtimiseen on noussut viime vuosina esille useissa eri yhteyksissä. Kansallisesti tämä velvollisuus voidaan johtaa PolL 1 §:stä, jossa säädettyihin poliisin tehtäviin kuuluu oikeus- ja yhteiskuntajärjestyksen turvaaminen sekä yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitäminen, jotka hallituksen esityksen 224/2010 vp mukaan pitävät ”sisällään muun muassa erityistä henkilönsuojelua koskevat tehtävät, kuten rikosprosessin asianosaisten, erityisesti todistajien suojaamiseksi tarpeelliset tehtävät”.²⁴⁵

Vaikka Mäkipää on vuonna 2009 todennut, että ”[t]ietolähteen henkilöllisyyden turvaamista ja muutakin turvallisuutta tällaisissa tilanteissa – tai ylipäätään – koskeviin näkökulmiin ei lainsäädännössä eikä lainvalmistelussa ole juuri kiinnitetty huomiota”²⁴⁶, vaikuttaisi siltä, että poliisin tehtävien suorittamisesta poliisin tietolähteille aiheutuva turvallisuusriski on lainvalmistelussa ainakin jossain määrin huomioitu, ja tämän riskin torjuminen on myös ollut motiivina lakimuutoksille.²⁴⁷ Tämänäsuuntaisia tavoitteita voidaan havaita esimerkiksi vuonna 2005 voimaan tulleen toimenpiteen siirtämistä sääntelevän PolL 5 §:n taustalta. Lain säännöksessä ja sen esitöissä todetaan, että toimenpiteen siirtäminen on mahdollista tiedonhankintatoiminnan paljastumisen estämiseksi.²⁴⁸ Myös peitetöiminnan taustalla olevan hallinnollisen peit-

²⁴³ Pellonpää et al. 2012, s. 25–27. Ks. myös van Dijk et al. 2006, s. 28–32 esitys EIS:n *drittwirkung*-vaikutuksesta.

²⁴⁴ Boucht 2011a, s. 333–334.

²⁴⁵ HE 224/2010 vp, s. 16. Ks. myös HE 224/2010 vp, s. 71.

²⁴⁶ Mäkipää 2009, s. 593.

²⁴⁷ HE 266/2004 vp, s. 9.

²⁴⁸ HE 266/2004 vo, s. 11, 23, 26 ja 31. Luonnollisesti henkilöiden turvallisuuden suojaamista koskevaan sääntelykokonaisuuteen kuuluu lukuisia muitakin normeja, joista esimerkkinä mainittakoon PolL 44 §, jossa on säädetty poliisin henkilöstöön kuuluvalla oikeus olla määrättyjen ehtojen täyttyessä paljastamatta poliisimiehelle tietoja luottamuksellisesti antaneen henkilöllisyyttä ja valeostajana tai peitetöiminnassa toimineen henkilöllisyyttä koskevaa tietoa.

teen luomisen motiivina on poliisitoiminnan suojaamisen lisäksi tarve suojata poliisimiehen ja hänen lähipiirinsä turvallisuutta.²⁴⁹ Perustuslakivaliokunta onkin todennut, että tiedonhankinnan paljastumisen estäminen suojaa viime kädessä tiedonhankintaan osallistuvien poliisimiesten henkilökohtaista turvallisuutta. Perusteet ovat perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta hyväksyttäviä.²⁵⁰ Toisaalta peitet toimintaan ei tule ylipäätään ryhtyä, jos peitemiehen turvallisuudesta ei pystytä riittävästi huolehtimaan.²⁵¹

Mahdollisuutta säädellä erityissuojelun järjestämisestä joillekin henkilöille tai kohteille arvioitiin jo poliisilain kokonaisuudistuksen yhteydessä 1990-luvulla. Tuolloin siihen ei ryhdytty, koska katsottiin, että ehdotetut säännökset antoivat riittävät mahdollisuudet myös tällaisten henkilöiden suojaamiseen.²⁵² Todistajien lisäksi erityissuojeltavia ryhmiä saattavat olla uhkauksien kohteeksi joutuneet esitutkintavirkamiehet, syyttäjät, lähestymiskiellolla suojattavat henkilöt, valtiopäämiehet sekä valtiovieraat.²⁵³ Nytemmin tilanne on muuttunut sillä tavoin, että kansalliseen perus- ja ihmisoikeustoimintaohjelmaan vuosille 2012–2013 sisältyy PL 7 §:ään kytketty Eri-tyinen henkilöturvallisuus -hanke, jossa ”[s]elvitetään erityistä henkilöturvallisuutta koskevan erityislainsäädännön tarpeet”. Tavoitteena on erityistilanteissa olevien henkilöiden turvallisuuden parantaminen. Asiaa koskevan hallituksen esityksen tulisi valmistua viimeistään 2014.²⁵⁴ Tällainen sääntely on jo voimassa Ruotsissa, missä asia on sääntelyteknisesti toteutettu säätämällä poliisilakiin ko. tehtäviä koskeva yleisluonteinen säännös (poliisilain 2 a §), jossa valtuutetaan hallitus antamaan asiaa koskevia tarkempia määräyksiä.²⁵⁵

Erityisesti poliisin tietolähdetoiminnan osalta on todettava, että poliisilain muutoksista annetun hallituksen esityksen perustelujen mukaan poliisi voi käyttää tietolähdettä tiedonhankintaan mm. siten, että tietolähde hankkii poliisin ennalta pyytämiä tietoja.²⁵⁶ Hallituksen esityksessä 222/2010 vp on itse asiassa todettu, että lainsäädäntötarpeet liittyvät nimenomaan aktiiviseen tietolähteen käyttämiseen, ”jossa poliisi pyytää tietolähdettä hankkimaan rikoksen selvittämiseksi merkityksellisiä tietoja”, eikä passiiviseen ”vinkkien” vastaanottamiseen.²⁵⁷ Tällaisesta *tietolähteen ohjatusta käytöstä* syntyy viranomaiselle velvollisuus tarvittaessa huolehtia tietolähteen turvallisuudesta operaation kestäessä ja sen jälkeen.²⁵⁸ Oikeuskirjallisuudessa on yksiselitteisesti todettu, että jos esimerkiksi tietolähteen (tai hänen läheistensä) henkilökohtaisesta turvallisuudesta tai oikeusturvasta ei voida varmistua, tietolähteen ohjattuun käyttöön ei tule ryhtyä. Vaaraa voidaan tuki vähentää taktisin toimenpitein. Todetakoon, että erityistä suojausvelvollisuutta ei ole katsottu syntyvän, jos tietolähde tahallaan paljastaa itsensä.²⁵⁹ Toisaalta ainakaan Nuutilan mukaan suojeltavan itsensä vaa-

²⁴⁹ HE 34/1999 vp, s. 15 ja 26–28.

²⁵⁰ PeVL 11/2005 vp, s. 8.

²⁵¹ PeVL 5/1999 vp, s. 5.

²⁵² HE 57/1994 vp, s. 18.

²⁵³ HE 224/2010 vp, s. 16 ja 71.

²⁵⁴ Toimintaohjelma, s. 25.

²⁵⁵ Ko. säännöksestä ks. Berrgren – Munck 2011, s. 41–42.

²⁵⁶ HE 266/2004 vp, s. 24. Ks. myös HE 34/1999 vp, s. 30 ja HE 224/2010 vp, s. 51.

²⁵⁷ HE 222/2010 vp, s. 120.

²⁵⁸ HE 222/2010 vp, s. 135. Ks. myös HE 222/2010 vp, s. 347–348. Ks. myös HE 224/2010 vp, s. 126.

²⁵⁹ Helminen et al. 2012a, s. 1113–1114.

rantaminen (oma tietoinen riskinotto) ei itsestään selvästi poista suojeluvastuussa olevan vastuuta.²⁶⁰ Vastuuaseman asiallinen ulottuvuus tulee ratkaista kussakin tapauksessa erikseen.²⁶¹

Teoriassa voitaneen pitää mahdollisena, että poliisin käyttämälle tietolähteelle tiedonhankintatehtävän antanut poliisimies saattaa joutua rikosoikeudelliseen vastuuseen, jos tietolähde joutuu tietoja hankkiessaan väkivallan kohteeksi eikä hänen turvallisuudestaan ollut riittävästi huolehdittu. Ei kuitenkaan voida ajatella, että poliisimiehellä olisi vaarassa olevan tietolähteen suhteen yhtä laaja suojeluvollisuus kuin esimerkiksi vanhemmilla lapsiinsa. Tilanne ei ole rinnastettavissa vanhemman velvollisuuden lapsen *avuttomuuden hallintaan* eikä edes poliisin velvollisuuden huolehtia säilöön otetusta päihtyneestä, vaan kyse on lähinnä väkivaltarikoksen uhan torjumisesta ja ehkä jopa suppeammin tietolähdetoiminnasta johtuvan väkivaltarikoksen uhan torjumisesta. Kyseessä voidaan ajatella olevan lähinnä *vaaran lähteeseen* kohdistuva valvontavastuu ja velvollisuus estää ko. lähteestä peräisin olevat loukkaukset.²⁶²

Poliisin velvollisuus estää yksittäiseen henkilöön kohdistuvia rikoksia on ollut esillä joissakin EIT:n käsittelemissä tapauksissa. Tärkein näistä lienee suuren jaoston käsittelemä Isoa-Britanniaa koskenut Osman-tapaus, jonka keskeinen juridinen ongelma oli siinä, olisiko poliisin tullut sen tiedossa olevien seikkojen perusteella ryhtyä erityisiin operatiivisiin toimiin valittajan perheen suojaamiseksi perheen pojan opettajan suunnalta tulevalta uhalta. Pitkällisen, yli vuoden kestäneen tapahtumaketjun päätteeksi opettaja surmasi ampumalla perheen isän ja haavoitti vakavasti poikaa. Lisäksi hän haavoitti erästä kouluvirkailijaa ja surmasi tämän pojan. Ennen ampumista opettaja oli osoittanut epätavallista kiintymystä Osmanin perheen poikaan, levittänyt perättömiä huhuja tästä, ilmeisesti kirjoittanut herjaavia graffiteja, anastanut poikaa koskevia koulutiedostoja, muuttanut sukunimensä Osmaniksi sekä törmännyt ajoneuvollaan Osmanien pojan ystävän ajoneuvoon ja seurannut mainittua ystävää. Lisäksi Osmanien talon ikkuna rikottiin, auton renkaat puhkottiin kahdesti, pihalle levitettiin palavia nesteitä ja auton lasit rikottiin. Ilkivallanteot raportoitiin poliisille ja eri asianosaistahot keskustelivat lukuisia kertoja asiasta poliisien kanssa. Poliisin sisällä oli myös tiedotettu mahdollisesta uhasta Osmanien perhettä kohtaan, mutta esi-

²⁶⁰ Ks. Nuutila 1996a, s. 474.

²⁶¹ Ks. Nuutila 1997a, s. 180.

²⁶² Suojeluvastuun laajuudesta ks. Nuutila 1997a, s. 126–127 ja Nuotio – Majanen 2003, s. 96. Kuten jo edeltä käy ilmi, suojeluvastuu tarkoittaa velvollisuutta torjua kaikki suojeltavaan kohdistuvat vaarat. Valvontavastuu voi sitä vastoin olla sisällöllisesti rajatumpi. Ks. myös Frände 2012, s. 215 ja 217–218. Valvontavastuun osalta Frände toteaa, että ”[j]oka luo vaaran, on myös velvollinen poistamaan sen”. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2008, s. 167 ja Melander 2010a, s. 97 sekä aiemmin selostettu ratkaisu KKO 2007:62.

merkiksi kiinniottoja tai kotietsintöjä ei suoritettu.²⁶³ Tapausta arvioidessaan EIT totesi yleisellä tasolla (kursivoinnit tässä):

”115. The Court notes that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction... It is common ground that the State’s obligation in this respect extends beyond its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions. It is thus accepted by those appearing before the Court *that Article 2 of the Convention may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual.* The scope of this obligation is a matter of dispute between the parties.

116. For the Court, and *bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, such an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities.*²⁶⁴ Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising. Another relevant consideration is the need to *ensure that the police exercise their powers to control and prevent crime in a manner which fully respects the due process and other guarantees which legitimately place restraints on the scope of their action to investigate crime and bring offenders to justice, including the guarantees contained in Articles 5 and 8 of the Convention.*

In the opinion of the Court where there is an allegation that the authorities have violated their positive obligation to protect the right to life in the context of their above-mentioned duty to prevent and suppress offences against the person (see paragraph 115 above), it must be established to its satisfaction that the *authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.* The Court does not accept the Government’s view that the failure to perceive the risk to life in the circumstances

²⁶³ Ratkaisun kohta 91. Kansallisissa tuomioistuimissa tapausta lähestyttiin ensisijaisesti *duty-of-care*-opin näkökulmasta ja todettiin, että mainittuun oppiin perustuvan laajan toimimisvelvollisuuden asettaminen saattaa johtaa haitalliseen toimivallan käyttämiseen.

²⁶⁴ Muotoilun on katsottu ilmentävän ns. *implied limitations* -tulkintaperiaatetta, jonka mukaan tietyillä oikeuksilla saattaa olla rajoituksia, jotka eivät sopimusmääräyksen tekstistä suoraan ilmene. Osa tällaisista rajoituksista (esimerkiksi 6 artiklaan liittyen) saattaa kummuta EIT:n viimeaikaisista pyrkimyksistä rikoksen uhrien ja todistajien oikeuksien huomioon ottamiseen. Ks. tästä Emmerson et al. 2007, s. 93–96 ja siinä viitattu Doorson v. the Netherlands -ratkaisun kohta 70. Ks. myös Emmerson et al. 2007, s. 774–776 ja Merrills 1993, s. 88–90. Merrills on sivulla 90 korostanut sitä, että jos rajoitukset jo sisältävät artiklan tekstiin, *implied limitations* -oppia ei voida soveltaa.

known at the time or to take preventive measures to avoid that risk must be tantamount to gross negligence or wilful disregard of the duty to protect life (see paragraph 107 above). Such a rigid standard must be considered to be incompatible with the requirements of Article 1 of the Convention and the obligations of Contracting States under that Article to secure the practical and effective protection of the rights and freedoms laid down therein, including Article 2... For the Court, and having regard to the nature of the right protected by Article 2, a right fundamental in the scheme of the Convention, it is sufficient for an applicant to show that the *authorities did not do all that could be reasonably expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they have or ought to have knowledge*. This is a question which can only be answered in the light of all the circumstances of any particular case.”

Johtopäätöksenä EIT totesi (kursivoinnit tässä):

”121. In the view of the Court the applicants have failed to point to any decisive stage in the sequence of the events leading up to the tragic shooting when it could be said that the police knew or ought to have known that the lives of the Osman family were at real and immediate risk from Paget-Lewis. While the applicants have pointed to a series of missed opportunities which would have enabled the police to neutralise the threat posed by Paget-Lewis, for example by searching his home for evidence to link him with the graffiti incident or by having him detained under the Mental Health Act 1983 or by taking more active investigative steps following his disappearance, it cannot be said that these measures, judged reasonably, would in fact have produced that result or that a domestic court would have convicted him or ordered his detention in a psychiatric hospital on the basis of the evidence adduced before it. As noted earlier (see paragraph 116 above), *the police must discharge their duties in a manner which is compatible with the rights and freedoms of individuals. In the circumstances of the present case, they cannot be criticised for attaching weight to the presumption of innocence or failing to use powers of arrest, search and seizure having regard to their reasonably held view that they lacked at relevant times the required standard of suspicion to use those powers or that any action taken would in fact have produced concrete results.*”

Tapauksessa tehtiin punnintaa epäillyn oikeuksien, vaaran välittömyyden ja poliisitoiminnan resurssien rajallisuuden kesken ja päädyttiin siihen, että 2 artiklaa ei ollut rikottu.²⁶⁵

Sitä vastoin Turkkia koskeneessa Dink-tapauksessa EIT katsoi, että poliisin olisi oma-aloitteisesti tullut ryhtyä joihinkin toimenpiteisiin. EIT:n mukaan mi-hinkään toimenpiteisiin ei ollut ryhdytty, vaikka poliisi oli tiennyt, että Dinkiin kohdistuu todennäköinen henkirikoksen uhka. Murhaan yllyttäneiden henkilöiden nimet olivat poliisin tiedossa ja he olivat poliisille entuudestaan tuttuja.

²⁶⁵ Ks. Merrills – Robertson 2001, s. 31, van Dijk et al. 2006, s. 358–359 ja Emmerson et al. 2007, s. 741–743 kommentit ratkaisusta.

Mainituista yllyttäjäistä toinen oli itse asiassa poliisin tietolähde, joka kertoi murhaa valmisteltavan.

Myös Turkkia koskeneessa Mahmut Kaya -tapauksessa katsottiin EIS 2 artiklan vaatimuksia rikotun. Valittajan mukaan Turkin valtion edustajat sieppasivat, kiduttivat ja surmasivat Hasan Kayan tai ainakin hyväksyivät tämän menettelyn. Kuolemantapausta ei myöskään tutkittu tehokkaasti. Hasan Kaya katosi hänen lähdettyään toverinsa kanssa hoitamaan haavoittunutta PKK:n jäsentä. Miehet löydettiin ammuttuina muutamaa päivää myöhemmin. Esitettyjen todisteiden perusteella EIT katsoi, että Mahmut Kayalla oli läheiset yhteydet PKK:hon, ja tällaisilla henkilöillä oli vaara joutua turvallisuusviranomaisten tai näiden suostumuksella toimivien tahojen toimenpiteiden kohteeksi. EIT:n ratkaisusta ilmeeneekin, että valtion viranomaiset olivat ennen Kayan kuolemaa olleet kiinnostuneita tämän yhteyksistä PKK-järjestöön. Kayan surmaajasta tai ylipäätään siitä, että surman taustalla olisivat olleet viranomaisahot, ei kuitenkaan saatu riittävää näyttöä.²⁶⁶

Ratkaisussa pidettiin mahdollisena, että viranomaiset olisivat ainakin jollakin tasolla hyväksyneet Hasan Kayan ja Metin Canin murhat.²⁶⁷ EIT katsoi Turkin valtion rikkoneen 2 artiklan mukaista velvoitettaan suojata Hasan Kayan elämää:

”100... A wide range of preventive measures would have been available to the authorities regarding the activities of their own security forces and those groups allegedly acting under their auspices or with their knowledge. The Government have not provided any information concerning steps taken by them prior to the Susurluk report to investigate the existence of contra-guerrilla groups and the extent to which State officials were implicated in unlawful killings carried out during this period, with a view to taking appropriate measures of prevention.

101. The Court concludes that in the circumstances of this case the authorities failed to take reasonable measures available to them to prevent a real and immediate risk to the life of Hasan Kaya. There has, accordingly, been a violation of Article 2 of the Convention.”

Käytännössä EIT siis suorittaa kaksiosaisen testin, jonka avulla se arvioi, onko 2 artiklan asettamat positiiviset velvoitteet täytetty. Ensinnä arvioidaan sitä, onko käsillä todellinen ja välitön vaara (*”real and immediate risk”*) ja toiseksi sitä, onko valtio uhan torjumiseksi ryhtynyt niihin välttämättömiin operatiivisiin toimenpiteisiin, joita siltä kohtuudella voidaan edellyttää (*”all necessary opera-*

²⁶⁶ Ratkaisun kohdat 72–76.

²⁶⁷ Ks. erityisesti ratkaisun kohdat 85–99 sekä van Dijk et al. 2006, s. 381–382 kommentit ratkaisusta.

tional measures that could reasonably be expected)”.²⁶⁸ Kynnys velvollisuudelle ryhtyä operatiivisiin toimiin näyttäisi käytännössä olevan varsin korkea.²⁶⁹

Testin toisen vaiheen osalta voidaankin todeta, että positiivisten toimintavelvollisuuksien kontekstissa tulkinnalla johdettu suhteellisuusperiaate rajoittaa yksilön oikeuden soveltamisalaa ja samanaikaisesti kohtuullistaa valtioille asetettuja velvollisuuksia. Periaatteen soveltamisala näyttää siis laajemmalta kuin negatiivisten velvoitteiden osalta.²⁷⁰ Pitkäsén mukaan suhteellisuusperiaate tulee huomioon otettavaksi myös arvioitaessa, onko positiivinen toimintavelvoite olemassa. Nyt esillä olevan kysymyksen osalta näen itse kuitenkin, että ainakin kysymys todellisesta ja välittömästä vaarasta on ennemminkin sääntöluontoinen ratkaisu, kun taas *velvollisuus yksittäisiin toimenpiteisiin* on selkeästi punnintatyypinen.²⁷¹

Myös KP-sopimuksen 9 artiklaa on tulkittu siten, että se asettaa valtiolle ”velvollisuuden positiivisin toimenpitein suojata yksilöä muiden yksityisten taholta tulevilta hyökkäyksiltä, uhkauksilta tai vainolta”.²⁷² KP-sopimus 9 artiklan 1 kohta kuuluu seuraavasti:

”1. Jokaisella on oikeus vapauteen ja henkilökohtaiseen turvallisuuteen. Ketään ei saa mielivaltaisesti pidättää tai vangita. Keneltäkään ei saa riistää hänen vapauttaan paitsi laissa säädetyillä perusteilla ja sen määräämässä järjestyksessä.”

Merkille pantavaa on, että vaikka artiklan muotoilu vastaa varsin pitkälti EIS:ää, on ihmisoikeuskomitean tulkintakäytännössä EIS:n tulkinnasta poiketen annettu myös henkilökohtaiselle turvallisuudelle erityistä merkitystä.²⁷³ Avainratkaisu tältä osin on ihmisoikeuskomitean ratkaisu asiassa William Eduardo Delgado Páez v. Colombia vuodelta 1990. Tapauksessa valittajan henkeä oli uhattu eri tavoilla hänen toiminnastaan opettajana sekä hänen tekemistään hallinnollisista valituksista johtuen. Uhkaukset olivat tulleet myös viranomaisen tietoon. Myöhemmin tuntemattomat murhaajat surmasivat valittajan kollegan ja myös valitta-

²⁶⁸ Van Dijk et al. 2006, s. 356. Edellä selostettujen ratkaisujen lisäksi ks. esim. Keenan v. the United Kingdom (erit. ratkaisun kohdat 89–102), jossa arvioitiin muun muassa, oliko valtio täyttänyt EIS 2 artiklan mukaiset velvollisuutensa valittajan mielenterveysongelmista kärsineen pojan hengen suojaamiseksi, kun tämä oli tehnyt itsemurhan ollessaan vankilassa. Ks. myös Kontrová v. Slovakia (erit. kohdat 46–55), joissa valtion todettiin rikkoneen 2 artiklan asettamia velvollisuuksiaan tilanteessa, jossa poliisi ei ollut ryhtynyt rikostutkintaan tai muihin aktiivisiin toimiin, vaikka sen tietoon oli tullut vakavaa ja pitkään jatkunutta perheväkivaltaa. Myöhemmin perheen isä surmasi lapsensa ja itsensä. Ks. ratkaisusta laajemmin Helminen et al. 2012b, s. 59.

²⁶⁹ Ks. Mowbray 2012, s. 122.

²⁷⁰ Pitkänén 2013, s. 63–64. Ks. myös Pitkänén 2013, s. 71–72.

²⁷¹ Ks. Pitkänén 2013, s. 65–66.

²⁷² KM 1992:3, s. 194, jossa on todettu ihmisoikeuskomitean asettaneen siteeratun oikeusohjeen Delgado Páez -ratkaisullaan.

²⁷³ Ks. Hanski – Scheinin 2007, s. 126.

jan kimppuun hyökättiin, minkä jälkeen hän pakeni Ranskaan ja sai sieltä poliittisen turvapaikan. Ratkaisun kohdassa 5.5. todetaan (kursivointi tässä):

”Although in the Covenant the only reference to the right of security of person is to be found in article 9, there is no evidence that it was intended to narrow the concept of the right to security only to situations of formal deprivation of liberty. At the same time, States parties have undertaken to guarantee the rights enshrined in the Covenant. It cannot be the case that, as a matter of law, States can ignore known threats to the life of persons under their jurisdiction, just because that he or she is not arrested or otherwise detained. States parties are under an obligation to take *reasonable and appropriate measures* to protect them. An interpretation of article 9 which would allow a State party to ignore threats to the personal security of non-detained persons within its jurisdiction would render totally ineffective the guarantees of the Covenant.”

Sopimuksen 9 artiklaa oli rikottu.²⁷⁴ Ratkaisu osoittaa selkeästi, että KP-sopimuksen järjestelmässä henkilökohtaiselle turvallisuudelle annetaan erityistä merkitystä, minkä lisäksi se osoitti ko. oikeudella olevan horisontaalisia vaikutuksia.²⁷⁵ Nowak toteaaakin systemaattisen tulkinnan paljastavan, että henkilökohmainen turvallisuus antaa yksilölle vapaudesta riippumattomia oikeuksia suhteessa toiseen yksilöön.²⁷⁶

2.4.3 Poliisin tehtävät

Viime kädessä valtion virkamieslain 14 § 1 momentista ja PL 21 § 1 momentista voidaan johtaa virkamiehille velvollisuus käyttää heille kuuluvaa toimivaltaa ja toteuttaa julkiset tehtävät. Virkatehtävät tulee pyrkiä suorittamaan asianmukaisesti ja ripeästi. Passiivisuus ja toimivallan käyttämättä jättäminen voivat olla oikeudellisia virheitä.²⁷⁷

Poliisimiesten velvollisuuksien osalta voidaan viitata PolL 1 §:ään, jossa on määritelty poliisin tehtäväalue, jonka mukaisia tehtäviä suorittaessaan poliisimies voi käyttää laissa säädettyjä primäärejä ja sekundäärisiä toimivaltuuksia.²⁷⁸ PolL 1 §:n 1 momentin mukaan:

²⁷⁴ Ratkaisun kohta 6.

²⁷⁵ Nowak 2005, s. 214–215.

²⁷⁶ Nowak 2005, s. 214. Nowak on viitannut Wienin yleissopimuksen 31 artiklan 1 kappaleeseen.

²⁷⁷ Mäenpää 2003, s. 97 ja 215. Ks. myös Rantanen 2003, s. 30 sekä vanhemmasta poliisioikeudellisesta kirjallisuudesta ks. Ylösjoki 1965, s. 212. PL 21 § 1 momentin mukaan jokaisella on mm. ”oikeus saada asiansa käsiteltyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa”. Valtion virkamieslain 14 §:n nojalla ”[v]irkamiehen on suoritettava tehtävänsä asianmukaisesti ja viivytyksettä”.

²⁷⁸ Poliisin henkilöstöllä saattaa toki olla muunkin tyyppisiä työtehtäviä, kuten koulutus- ja kehittämistehtävät, mutta näiden tehtävien suorittamiseen poliisivaltuuksia ei voida käyttää. Mainitut

”Poliisin tehtävänä on oikeus- ja yhteiskuntajärjestyksen turvaaminen, yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitäminen sekä rikosten ennalta estäminen, selvittäminen ja syyteharkintaan saattaminen.”

Vaikka esimerkiksi PolL 27 §:n ilmaus ”on oikeus” ei viittaa velvollisuuteen, näyttää PolL 1 §:n 3 momentti olevan jossain määrin ehdottomampi. Sen mukaan:²⁷⁹

”Poliisin on suoritettava myös muut sille erikseen säädetty tehtävät ja annettava jokaiselle tehtäväpiiriinsä kuuluvaa apua.”

PolL 1 §:n 1 momentti kattaa hallituksen esityksen mukaan muun muassa turvallisen elin- ja toimintaympäristön luomisen ja ylläpitämisen sekä oikeudenloukausten ja häiriöiden torjumisen ja ennalta estämisen. Toisaalta PolL 1 §:n 1 momentti rajaa myös 3 momentin soveltamisalaa. Annettavalta avulta edellytetään sellaista yhteyttä yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämiseen tai rikosten torjuntaan, joka vastaa kansalaisille historian saatossa muodostunutta käsitystä.²⁸⁰ Huomio kiinnittyy myös siihen, että velvoitettu taho on *poliisi* eikä yksittäinen poliisimies.

Jo yli neljäkymmentä vuotta sitten Ylösjoiki totesi virkasuhteeseen nimittäminen tuovan poliisimiehelle oikeuden – perustoimivallan – käyttää poliisivaltuuksia ja toisaalta velvollisuuden niiden käyttämiseen. Viimeksi mainitusta Ylösjoiki käyttää termiä virantoimitusvelvollisuus.²⁸¹ Käytännön poliisitoiminnalle on kuitenkin hyvin tyypillistä erisuuntaisten velvollisuuksien kollisio. Backman on maininnut esimerkkinä tilanteen, jossa ”liikenteen valvontaan määrätty poliisi-partio yllättäen havaitsee liikenteessä varastetun auton tai etsintäkuulutetun rikoksenteelijän”. Tällöin poliisimiesten on ryhdyttävä toimiin varastetun auton palauttamiseksi tai rikoksenteelijän kiinniottamiseksi ja jätettävä liikennevalvontatehtävä sillä hetkellä. Käytännössä kyse on tehtävien asettamisesta tärkeys- ja kiireellisyysjärjestykseen, mutta tosiasiassa samanaikaisesti tapahtuu teko, joka ainakin muodollisesti täyttää virkavelvollisuuden rikkomisen tunnusmerkistön. Teko on kuitenkin sallittu. Samantyyppistä kiireellistenkin tehtävien tärkeys- ja kiireellisyysjärjestykseen laittamista voi kuvitella tapahtuvan päivittäin sairaaloissa. Näissäkin tilanteissa jotkut virkavelvollisuudet saattavat jäädä täyttämät-

tehtävät eivät lähtökohtaisesti ole myöskään julkisen vallan käyttöä. Ks. esim. KKO 2008:78 ratkaisun kohta 6. Ko. ratkaisussa lääkemääräyksen antamista ja uusimista ei ole pidetty julkisen vallan käyttönä.

²⁷⁹ Ks. toimivalta- ja tehtäväsäännösten muotoilujen merkityksestä Norée 2000, s. 68–69.

²⁸⁰ HE 57/1994 vp, s. 32–33.

²⁸¹ Ylösjoiki 1965, s. 211.

tä.²⁸² Myös esimerkiksi suuronnettomuuksissa saatetaan joutua tekemään valintaa pelastettavien välillä. Jos pelastustoimien päätavoitteena on ollut mahdollisimman monen hengenvaaraan joutuneen pelastaminen ja kun on toimittu tavoitteen mukaisesti ”tilanteeseen soveltuvalla huolellisuudella ja ripeydellä, rangastusvastuu menehtyneiden jättämisestä avuttomaan tilaan tai kuoleman aiheuttamisesta poistuu anteeksiannettavan pakkotilan perusteella”.²⁸³

Niemi-Kiesiläinen on lähinnä heitteillepano-kriminalisoinnin (RL 21 luvun 14 §) näkökulmasta arvioinut, voiko perheväkivallasta tietoiselle terveydenhuoltohenkilölle muodostua laissa tarkoitettu erityinen velvollisuus huolenpitoon. Niemi-Kiesiläisen mukaan tällaisen vastuuaseman muodostuminen on mahdollista vakavimmissa tapauksissa, jos viranomainen on tietoinen toistuvista, esimerkiksi lapseen tai vanhukseen kohdistuvista pahoinpitelyistä eikä ryhdy toimiin. Huomattakoon, että ko. tunnusmerkistön soveltaminen edellyttää tahallisuutta, miltä osin Niemi-Kiesiläinen on katsonut, että virkamiehiltä voidaan edellyttää sellaista kouluttautuneisuutta, että ”he ainakin räikeimmissä tapauksissa ymmärtävät vakavan ja toistuvan väkivallan mahdollisuuden”.²⁸⁴

Tehtävistä johdettavan toimintavelvollisuuden – virantoimitusvelvollisuuden – laajuus ja sisältö ovatkin hyvin tilannesidonnaisia. Toimintavelvollisuuden laajuuden osalta voidaan myös viitata EN:n poliisia koskevaan julistukseen vuodelta 1979, jossa sivutaan kysymystä voimankäyttövelvollisuuden laajuudesta.²⁸⁵

”5. A police officer must oppose violations of the law. If immediate or irreparable and serious harm should result from permitting the violation to take place he shall take immediate action, to the best of his ability.”

”12. In performing his duties, a police officer shall use all necessary determination to achieve an aim which is legally required or allowed, but he may never use more force than is reasonable.”

Hieman konkreettisemmin asiaan on otettu kantaa hallituksen esityksessä 224/2010 vp, jossa muun muassa EIT:n ratkaisukäytännön perusteella on todettu, että poliisilla on myös velvollisuus – eikä ainoastaan oikeus – käyttää tehtäviinsä kytkettyjä toimivaltuuksia. Erityisesti on mainittu velvollisuus huolehtia yksittäisten kansalaisten turvallisuudesta, jos heidän henkeensä kohdistuu rikollisesta toiminnasta johtuva uhka.²⁸⁶ Frände onkin katsonut, että jos poliisi esimer-

²⁸² Backman 2004a, s. 402–403. Backmanin artikkelissa mielenkiinnon kohteena on ollut erityisesti pakkotila. Ks. myös Honkasalon (Honkasalo 1965, s. 177) esimerkit velvollisuuksien kolli-siotilanteista sekä Frände 2012, s. 30–31.

²⁸³ Backman 2004a, s. 401.

²⁸⁴ Niemi-Kiesiläinen 2006, s. 457–458.

²⁸⁵ EN 1979 A. Ethics.

²⁸⁶ HE 224/2010 vp, s. 71–72.

kiksi tietää jonkun suunnittelevan pankkiryöstöä, on henkilön toiminta pyrittävä pysäyttämään ennen kuin tämä ryntää pankkisaliin ja ryhtyy uhkailemaan henkilökuntaa ampuma-aseella. Toisaalta esimerkiksi huumausainerikollisuuden ollessa kyseessä puuttumista saatetaan lykätä, kunnes rikollisorganisaatio saadaan kokonaisuudessaan paljastettua.²⁸⁷

Jonkinlaista johtoa tilannekohtaiselle toimintavelvollisuudelle on saatavissa myös PolL 5 §:stä, jossa säädetään oikeudesta siirtää tekeillä olevaan rikokseen puuttumista. Saatettaessa mainittua säännöstä nykymuotoon perustuslakivaliokunta ja lakivaliokunta kiinnittivät lausunnoissaan huomiota siihen, että toimenpiteen siirtäminen tiedonhankinnan paljastumisen estämiseksi ei ole mahdollista niissä tilanteissa, joissa toimenpiteen siirtämisestä aiheutuu vaaraa hengelle tai terveydelle.²⁸⁸ Hallintovaliokunta yhtyi mietinnössään mainittujen muiden valiokuntien lausuntoihin, ja poliisilakiin säädetttiinkin rajoitus toimenpiteen siirtämiselle. Sisällöllisesti rajoitus vastaa poliisin vaitiolovelvollisuudelle PolL 43 § 4 momentissa asetettua rajoitusta.²⁸⁹

2.4.4 Velvollisuus voimankäyttöön hengen suojaamiseksi

Virkavelvollisuuksien sisältämien tehtävien hoitaminen saattaa joissakin tilanteissa edellyttää voimakeinojen käyttöä. Tästä seuraa välillisesti se, että myös voimakeinojen käyttö saattaa olla virkavelvollisuus. Velvollisuus voimankäyttöön ei kuitenkaan ole itsenäinen virkavelvollisuus, vaan aina virkatehtäviin ja primääritoimivaltuuteen sidottu.²⁹⁰ Parlamentaarinen poliisikomitea liitti mietinnössään vuodelta 1986 velvollisuuden voimakeinojen käyttöön niihin tilanteisiin, joissa ”kysymyksessä on poliisitehtävä, jonka viivytyksetöntä suorittamista tärkeä yleinen etu vaatii eikä poliisitehtävän suorittaminen ole mahdollista turvautumatta voimakeinoin.”²⁹¹ Ottamatta kantaa siihen, onko viittaus yleiseen etuun perusteltu, poliisikomitean näkemystä voitaneen hyödyntää jatkokehittelyjen perustana.

Määritettäessä tapauskohtaisesti velvollisuutta poliisialoitteelliseen voimakeinojen käyttöön tulee pyrkimyksenä itsestään selvästi olla sellaisen toimintamallin löytäminen, joka *ex ante* -arvion mukaan johtaa mahdollisimman monen

²⁸⁷ Frände 2004a, s. 406. Ks. myös Ylösjoiki 1966, s. 162. Ylösjoen viisi vuosikymmentä sitten esittämä yleisen tason ohje lienee edelleen asianmukainen. Hän määritteli toimimisvelvollisuuden rajoja toteamalla, että mikäli ”poliisihoidollinen vaara” on käsillä, poliisi ei voi ainakaan poistua paikalta, vaan tilannetta tulee jäädä aktiivisesti tarkkailemaan.

²⁸⁸ LaVL 6/2005 vp, s. 2–3 ja PeVL 11/2005 vp, s. 6.

²⁸⁹ HaVM 10/2005 vp, s. 4–5.

²⁹⁰ Ks. Norée 2004, s. 23, Norée 2008, s. 18–19 ja Boucht 2011a, s. 149.

²⁹¹ KM 1986:16, s. 152.

hengenvaarassa tai vakavassa terveyteen kohdistuvassa vaarassa olevan henkilön pelastamiseen unohtamatta kuitenkaan, että sivullisia ei saada vaarantaa enemmälti kuin olen edellisessä pääjaksossa esittänyt. Tässä yhteydessä on kuitenkin kysyttävä, millaista painoarvoa toimintamallia valittaessa tulee antaa poliisimieheen kohdistuville vakaville uhkille. Kyse on tyypillisesti tilanteista, jotka puoltamani tiukankin tulkinnan mukaan olisivat *de lege lata* hätävarjelutilanteita, joissa nimenomaan poliisimies on oikeudettoman hyökkäyksen tai sen välittömän uhan kohteena.

Vaikka humanisuuden rikosoikeuden yleisenä arvoperusteena on katsottu sisältävän vaatimuksen siitä, että ketään ei rikosvastuun uhalla velvoiteta saattamaan itseään suureen hengen tai terveyden vaaraan, tämä ei kuitenkaan estä asettamasta erityisiin tehtäviin koulutetuille henkilöille, kuten poliiseille ja pelastushenkilöstölle, muista kansalaisista poikkeavia vaatimuksia. Luonnollisesti heidänkään turvallisuuttaan ei voida unohtaa.²⁹² Ihmisoikeudet asettavatkin valtioille velvoitteita poliisien hengen suojaamiseen. Näistä velvoitteista voidaan johtaa esimerkiksi poliisimiesten rekrytointiin, koulutukseen ja varustamiseen sekä poliisioperaatioiden johtamiseen kohdistuvia vaatimuksia.²⁹³ Pyrkimyksenä tulee olla oikeuksien ydinalueita kunnioittava optimaalisen tasapainon löytäminen eri suuntaan vievien tarpeiden välillä.

Kansallisen sääntelyn osalta voidaan lainata Hankilanojaa, joka työturvallisuuslain säännöksiin viitaten on katsonut, että poliisimiehellä on oikeus pidättäytyä noudattamasta esimiehensä käskyä, jos ”käskyn noudattamisesta aiheutuu käskynalaisen omalle tai muiden toimintaan osallistuvien poliisien hengelle ja terveydelle vakavaa vaaraa”. Poliisilain ja virkamieslain kuuliaisuusvelvoitteet väistyvät näissä tilanteissa.²⁹⁴ Näkemys perustuu työturvallisuuslain (23.8.2002/738) 23 §:ään (Työntekijän työstä pidättäytyminen), jonka mukaan:

”Jos työstä aiheutuu vakavaa vaaraa työntekijän omalle tai muiden työntekijöiden hengelle tai terveydelle, työntekijällä on oikeus pidättäytyä tällaisen työn tekemisestä.

Työstä pidättäytymisestä on ilmoitettava työnantajalle tai tämän edustajalle niin pian kuin mahdollista. Oikeus pidättäytyä työnteosta jatkuu, kunnes työnantaja on poistanut vaaratekijät tai muutoin huolehtinut siitä, että työ voidaan suorittaa turvallisesti.

²⁹² Backman 2003, s. 9.

²⁹³ Crawshaw et al. 2007, s. 30–31 ja 119–121. Näihin valtioon kohdistuviin velvoitteisiin vastaa osaltaan työturvallisuuslain 29 §, jonka mukaan ”työssä, johon liittyy ilmeinen väkivallan uhka, työ ja työolosuhteet on järjestettävä siten, että väkivallan uhka ja väkivaltatilanteet ehkäistään mahdollisuuksien mukaan ennakolta”. Tämä edellyttää mm. asianmukaisten väkivallan torjumiin ja rajoittamiseen soveltuvien laitteiden käsilläoloa sekä asiaa koskevien menettelytapahojien laatimista.

²⁹⁴ Hankilanoja 2007, s. 148–150.

Työstä pidättäytyminen ei saa rajoittaa työntekoa laajemmalti kuin työn turvallisuuden ja terveellisuuden kannalta on välttämätöntä. Työstä pidättäytyessä on huolehdittava siitä, että pidättäytymisestä mahdollisesti aiheutuva vaara on mahdollisimman vähäinen.

Jos työntekijä tämän pykälän mukaisesti pidättäytyy työstä, hän ei ole velvollinen korvaamaan työstä pidättäytymisestä aiheutuvaa vahinkoa.”²⁹⁵

Hallituksen esityksen 167/1987 vp mukaan 1 momentin mukaisen vaaran todellisuutta ja vakavuutta arvioitaessa tulee ottaa huomioon toimialan ja työtehtävien vaarallisuusaste, työtehtävien sisältö sekä vaaran ajallinen ja paikallinen läheisyys. Esityksen mukaan pidättäytymisoikeus edellyttää, että työhön sisältyvä *keskimääräinen riski olennaisesti ylittyy*. Päätös pidättäytymisoikeuden käytöstä jää työntekijälle tämän koulutuksen ja kokemuksen turvin tehtäväksi. Edellytyksenä kuitenkin on, että vaaraa ei työsuojelutoimin voida välttää. Jos riittävistä varotoimista huolehditaan, työntekijällä voidaan teettää myös erityistä vaaraa sisältäviä tehtäviä. Yleinen etu voikin hallituksen esityksen mukaan edellyttää nopeita ja tehokkaita toimia niihin liittyvistä vaaroista huolimatta. Pidättäytymisoikeutta voidaan käyttää myös tilanteissa, joissa työntekijän omat toimet aiheuttavat vakavaa vaaraa muille työntekijöille. Säännöksen on nimenomaisesti todettu koskevan myös virkamiehiä.²⁹⁶

Poliisitoimintaa silmällä pitäen voidaan todeta, että säännös on ehdoton, mutta sen soveltamisalan (työturvallisuuden toleranssirajan) määrittämisessä voidaan suorittaa punnintaa, jossa Hankilanojan mukaan tulee huomioon otettavaksi työn tarpeellisuus, hyödyllisyys, kohtuullisuus, kiireellisyys, virkatehtävän laatu ja tilanne muutoinkin. Mitä suurempi on vaara, jota ei suojelutoimin voida torjua, sitä merkittävämpi täytyy suojattava intressi olla. Merkittäviä suojattavia intressejä ovat ainakin henki ja terveys. Toimittaessa hätävarjelun tai pakkotilan kaltaisissa työskentelyolosuhteissa työturvallisuustaso on tyypillisesti alhaisempi kuin normaalioloissa, joissa myös intressi on yleensä vähäisempi.²⁹⁷

Myös norjalaisessa poliisioikeuden perusteoksessa on tyydytty varsin yleisluonteisesti toteamaan, että tilanteissa, joihin liittyy hengen, terveyden tai muiden painavien intressien vaaraa, poliisimiehet ovat ammatillisesti periaatteessa velvollisia saattamaan itsensä ainakin lyhytaikaisesti vaaraan, joka ei ole vähäpätöinen.²⁹⁸

²⁹⁵ Ks. myös KKO 1989:58, jossa katsottiin, että palomiehillä ei ollut oikeutta kieltäytyä työtehtävästään. Ks. myös Hankilanoja 2007, s. 148 kommentit tapauksesta.

²⁹⁶ HE 167/1987 vp, s. 6–7. Voimassa olevan säännöksen esitöissä todetaan, että ”[s]äännös vastaisi nykyisen työturvallisuuslain 9 d §:ää, joka säädettiin lailla 287/1988 ja jota on laajasti perusteltu sitä koskevassa hallituksen esityksessä. Tässä yhteydessä säännöksen tarpeellisuuden ja oikeudellisten perusteiden osalta viitataan tuohon esitykseen.” Ks. tästä HE 59/2002 vp, s. 38.

²⁹⁷ Hankilanoja 2007, s. 40–41. Ks. myös Järvelin 2011, s. 69.

²⁹⁸ Auglend et al. 2004, s. 429.

Yleisellä tasolla voitaisiin esittää, että valtiomahtia edustavilla virkamiehillä on periaatteellinen velvollisuus vastustaa väkivaltaa myös hätävarjelutilanteissa, mikä toimimisvelvollisuuden lisäksi samalla rajoittaisi mahdollisuutta väistää tai paeta tilanteesta.²⁹⁹ Näin yksioikoinen vallitseva oikeustilamme ei kuitenkaan ole. Vaikka oikeusjärjestys ei lähtökohtaisesti velvoita ketään puolustautumaan hyökkäykseltä (kyse on nimenomaan *oikeudesta*),³⁰⁰ on esimerkiksi poliisioikeuden perusteoksessa katsottu, että poliisilla on virkavelvollisuus estää toiseen kohdistuva, hätävarjelusäännöksessä tarkoitettu oikeudeton hyökkäys.³⁰¹

Myös edellä selostetussa ratkaisussa KKO 1993:50 korkein oikeus näytti ulottaneen esimiehen käskyvallan ja siten myös virkavelvollisuudet hätävarjelutilanteisiin. Ratkaisun perusteluissa korkein oikeus katsoi, että ”B on toiminut A:n alaisena ja ollut velvollinen tottelemaan tämän antamaa hyökkäyskäskyä. Lisäksi B on toiminut hätävarjelutilanteessa torjuakseen kaappaajan taholta tuossa vaiheessa välittömästi uhkaavan oikeudettoman hyökkäyksen.”

Myös Nuotio on kiinnittänyt huomiota siihen, että poliisimies B samanaikaisesti noudatti esimieheltään saamaansa käskyä ja itsenäistä oikeutta hätävarjeluun. Oman lähtökohtansa mukaisesti Nuotio on katsonut, että käskyä noudatettiin virkamiehenä, mutta hätävarjeluun osalta kyse ei ollut virkatehtävästä. Nuotio onkin täysin oikeassa todetessaan, että valittu ”rikosoikeuslähtöinen ja vahvasti yksilökeskeinen näkökulma hätävarjelutoimiin voi osaltaan vaikeuttaa selkeiden vastuusuhteiden syntymistä ja siten vähintään epäsuorasti hankaloittaa poliisiorganisaation kykyä järjestää toimensa asianmukaisesti”.³⁰² Havainto liittyy kiinteästi tutkimukseni ydinkysymyksiin poliisi- ja rikosoikeuden suhteesta.

Toisenkin suuntaisia näkökohtia on esitetty. Hakonen on artikkelissaan, joka koski sotilaallista voimankäyttöä terrori-iskujen torjumiseksi, katsonut, että virkamiehelle ei voida asettaa PolL 1 §:stä johdettavaa toimintavelvollisuutta hätävarjelutilanteissa eli tilanteissa, joissa ei toimita toimivaltuussääntelyn tuella. Keskeistä on, että tällaisen toiminnan lainmukaisuus tulee arvioitavaksi jälkikäteen rikosoikeudellisena vastuuvapauskysymyksenä, mikä puolestaan olisi yksittäisen virkamiehen oikeusturvan näkökulmasta kohtuutonta.³⁰³ Toimivaltuussäännöksiin tällainen toimimisvelvollisuus sitä vastoin voidaan luontevasti liittää ”silloin, kun viranomaiselle säädettyjen tehtävien suorittaminen niiden käyttämistä edellyttää”. Näissä tilanteissa virkamies on luonnollisesti myös esimiehen

²⁹⁹ Ks. esimerkiksi Italian osalta Wittemann 1997, s. 202.

³⁰⁰ Boucht – Frände 2008, s. 89.

³⁰¹ Helminen et al. 1999, s. 309. Ks. myös Boucht – Frände 2008, s. 95.

³⁰² Nuotio 2005b, s. 221.

³⁰³ Hakonen 2006, s. 77.

käskyvallan alainen.³⁰⁴ Tällainen erottelu ei mielestäni ole perusteltu. Hätävarjelutilanteiden rajaaminen toimimisvelvollisuuden ulkopuolelle näyttäisi käytännössä johtavan siihen, että poliisimies voitaisiin työturvallisuuslain puitteissa käskää tekemään toimenpiteitä, joiden seurauksena hän ajautuisi väistämättä hätävarjelutilanteeseen, jolloin hän kuitenkin itse saisi vapaasti päättää, käyttääkö voimakeinoja puolustautumiseen.

2.4.5 Lopuksi

Poliisin tehtäviksi on todettu ihmisoikeuksien edistäminen, suojeleminen ja kunnioittaminen (*promote, protect, respect*).³⁰⁵ Poliisin toimintavelvollisuutta ihmisoikeusvelvoitteiden näkökulmasta arvioitaessa ratkaisevaa näyttäisi olevan se, onko käsillä *todellinen ja välitön uhka* jonkun hengelle. Mikäli tällainen uhka on käsillä, viranomaisten tulee ryhtyä *tarkoituksenmukaisiin* toimenpiteisiin, joita heiltä voidaan *kohtuudella edellyttää* resurssi- ja priorisointitarpeet sekä esimerkiksi lakisidonnaisuusperiaate ja rikosoikeudellinen laillisuusperiaate huomioon ottaen.³⁰⁶ Tämän lisäksi on edellytetty, että uhan kohteena oleva henkilö tai henkilöt pystytään etukäteen identifioimaan.³⁰⁷ Näin määrittävä toimintavelvollisuus muodostaa ihmisoikeuksien vähimmäistason.

Ervo on katsonut, että todistajan kuuleminen anonymisti todistajan suojelemiseksi edellyttää konkreettista uhkaa eikä "[p]elkkä abstrakti pelko siitä, että esimerkiksi järjestäytynyttä rikollisuutta koskeissa asioissa saatetaan pelotella todistajia" ole riittävä. Syyttäjien ja poliisien yhteistyön erilaisista kansallisista järjestelyistä riippumatta mahdollisuudet kuulla poliisia anonymisti ovat vielä rajoitetummat.³⁰⁸ Toisaalta konkreettinen uhka ei oikeuta poikkeamaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksista. Esimerkiksi todistajan anonymiä kuulemista tulee kompensoida

³⁰⁴ Hakonen 2006, s. 77. Myös Ruotsissa on katsottu, että poliisimiehellä on velvollisuus toimivaltasääntelyn mukaisten puolustettavien voimakeinojen käyttöön, mutta ei sellaisten voimakeinojen käyttöön, jotka eivät hätävarjelutekona ilmeisesti ylitä puolustettavaa. Ks. tästä Berrgren – Munck 2011, s. 81. Ks. myös Westerlund 2003, s. 12–13, josta tarkemmin tämän tutkimuksen alaviitteessä 2904.

³⁰⁵ De Rover 1998, s. 149–150. Ks. myös Neyroudin ja Beckleyn (Neyroud – Beckley 2001, s. 55–56) ytimekäs esitys ihmisoikeuksista johdettavien velvoitteiden kehittämisestä.

³⁰⁶ EIS 2 artiklasta johdettavista positiivista toimintavelvoitteista ks. myös Pellonpää et al. 2012, s. 317–326. Taloudellisten rajoitteiden merkityksestä PL 22 §:ssä säädetyn ihmis- ja perusoikeuksien turvaamisvelvoitteen toteutumisesta ks. myös Koskela 2012, s. 113–116. Kuten Koskela on viitatus teoksen sivulla 115 todennut: ”Oikeuksien maksimointi ilman vastaavia voimavaroja on harhaa.”

³⁰⁷ Ks. esim. Giuliani and Gaggio -ratkaisun kohdat 246–247.

³⁰⁸ Ervo 2005, s. 371 ja 373–374 sekä Ervo 2008, s. 304–305 ja 308–309. Ks. myös Danelius 2007, s. 239.

muilla oikeusturvaa kohentavilla keinoilla.³⁰⁹ Kuten hallituksen esityksessä 224/2010 vp on todettu, ”oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ei ole ehdoton muut ihmisoikeudet syrjäyttävä ihmisoikeus. Ihmis- ja perusoikeuksia joudutaan yhteentörmäystilanteissa punnitsemaan toisiaan vastaan.”³¹⁰ Englannissa puolestaan on katsottu EIT:n Osman-ratkaisussa muotoillun ”*real and immediate risk*” -kynnyksen olevan liian korkea sovellettavaksi erilaisiin rikosprosessuaalisiin (esimerkiksi anonymiteetti) ja muihin vastaaviin todistajansuojelutoimiin.³¹¹

Mitä sitten voidaan kohtuudella edellyttää? Tässä tutkimuksessa on tältä osin keskitytty nimenomaan voimankäyttötilanteisiin tai oikeammin tilanteisiin, joissa voimankäyttöön ajautuminen on vakavasti otettava mahdollisuus. Näissä tilanteissa on varauduttava siihen, että primääritoimivaltuuksien toteuttamisen tueksi joudutaan käyttämään sekundääritoimivaltuutena voimakeinoja.

Toimimisvelvollisuutta rajaavat lähinnä edellä viitatu työturvallisuusnäkökohdat. Eli jos käsillä on tilanne, jossa joku henkilö tai henkilöryhmä on todellisessa ja välittömässä hengen vaarassa tulee poliisin ryhtyä aktiivisiin toimenpiteisiin uhan poistamiseksi, ellei tästä aiheudu vakavaa vaaraa poliisimiehen omalle tai muiden hengelle tai terveydelle. Yleisesti ottaen pidättäytymisoikeuden kynnys näyttäisi olevan poliisitoiminnan yleinen luonne huomioon ottaen varsin korkealla, mutta selvänä voidaan pitää, että myös pidättäytymisoikeudella on jokin loukkaamaton ydin. Jos pidättäytymiseen oikeuttava vaara on käsillä, on huolehdittava siitä, että pidättäytymisestä aiheutuva vaara on mahdollisimman vähäinen. Toimimisvelvollisuus palautuu, kun vaaratekijä on poistunut, tai esimerkiksi taktisin toimin ja erityisin suojavälinein on huolehdittu siitä, että työ voidaan suorittaa riittävän turvallisesti.³¹²

Seurausvastuu epävarsinaisen laiminlyöntirikoksenkin johdosta lieene lähtökohtaisesti mahdollista, mikäli voidaan osoittaa laillisuusperiaatteen näkökulmasta hyväksyttävä vastuuaseman perustava säännöksiin, määräyksiin tai yksittäistapaukselliseen käskyyn perustuva erityinen oikeudellinen velvollisuus huolehtia jonkin henkilön turvallisuudesta tai ehkä ennemminkin esimerkiksi kou-

³⁰⁹ Ervo 2005, s. 371 ja Ervo 2008, s. 304 ja 307. Ks. myös Emmerson et al. 2007, s. 776.

³¹⁰ HE 224/2010 vp, s. 138.

³¹¹ Emmerson et al. 2007, s. 776.

³¹² Pidättäytymisoikeuden laajuudesta ja esimiehen käskyn merkityksestä tapauksessa KKO 1993:50 kuvatuissa olosuhteissa ks. Vienola 2008, s. 31 ja 86–87. Ks. myös Heinonen 2012, s. 95–96. Haastaviksi tilanteet tekee myös se, että tilanneorganisaatiossa työnantajan työsuojeluvastuussa olevana edustajana saattaa konkreettisessa tilanteessa toimia henkilö, jolla ei ole normaalisti esimiesasemaa. Ks. tästä Järvelin 2011, s. 74–78. Ks. myös Järvelin 2011, s. 122–127 esimerkki tilanneorganisaatiosta ja toiminnasta Kauhajoen kouluampumistapauksen yhteydessä. Vrt. toimintamallit Suomessa (Järvelin 2011, s. 122–124) ja Yhdysvalloissa (Järvelin 2011 s. 188–189). Tilanneorganisaatioista erityisesti työturvallisuuden näkökulmasta ks. Hankilanoja 2007 s. 135–140. Ks. myös Crawshaw et al. 2007, s. 309–314 tilanneorganisaation kuvaus. Poliisiesimiehen ja alaisen tehtävänjaosta ks. myös Vienola 2008, s. 111–114.

luampumistapauksiin viitaten torjua jostakin vaaran lähteestä tuleva uhka. Tämän lisäksi edellytetään, että velvollisuuteen kytkettävä toimintamalli (joka on laiminlyöty) on ainakin jollakin tarkkuudella taktisesti yksilöity ja kohtuudella toteutettavissa (toisintoimimismahdollisuus). Luonnollisesti edellytetään myös syy-seuraussuhteen osoittamista ja sen näyttämistä, että oikea toimintamalli olisi johtanut erilaiseen lopputulokseen (tai siitä ei ainakaan jää varteenotettavaa epäilyä). Vastuu tulee myös pystyä kohdentamaan riittävällä tarkkuudella poliisiorganisaation sisällä.

Todettakoon myös selvyiden vuoksi, että jos henkilöllä on työturvallisuuslain 23 §:n nojalla oikeus pidättäytyä työstä, hän ei luonnollisestikaan voi joutua vastuuseen pidättäytymisestä mahdollisesti aiheutuneista vahingoista.³¹³

2.5 VIRKAVASTUU HÄTÄVARJELUTILANTEISSA – NYKYTILA

2.5.1 Oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden kannanotot

Poliisialoitteellisissa voimakeinojen käytössä (aiemmin ns. julkisoikeudellisessa hätävarjelussa) on kyse julkiseen valtaan kytkettyvän pakon käyttämisestä julkisyhteisön, ensisijaisesti valtion, nimissä. Voidaan pitää juridisesti selvänä, että tällaiseen julkisoikeudelliseen, luonteeltaan offensiiviseen voimankäyttöön on tarpeen liittää rikosoikeudellinen virkavastuu.³¹⁴ Virkavastuun ulottaminen yleiseen luonteeltaan defensiiviseen hätävarjeluun on sitä vastoin monitahoisempi kysymys.

Majanen katsoi väitöskirjassaan vuodelta 1979, että jos voimakeinojen käytötilanteissa ylitettiin RL 21 luvussa asetetut rajat, oli kyseessä aina myös virkarikos. Rikosten katsottiin olevan ns. ideaalikonkurrenssissa. Jos virkamies sitä vastoin käytti yleisen hätävarjeluoikeuden nojalla voimakeinoja, joiden käyttö ei edellyttänyt virkamiesasemaa, olisi Majasen mukaan tullut sovellettavaksi jo kumottu RL 40 luvun 22 §, jonka mukaan virkamiesasema oli rangaistusasteikkoa määritettäessä huomioon otettava raskauttava asianhaara.³¹⁵

Viljanen on muutama vuosi Majasen jälkeen katsonut, että jos poliisimies hätävarjelutilanteessa käyttää hänelle viran puolesta annettua voimankäyttövälinettä ohjeiden vastaisesti, kyse on tältä osin virkavirheestä. Viljasen oma kanta kysymykseen virkavastuun ja hätävarjeluun suhteesta jää hieman epäselväksi,

³¹³ HE 167/1987 vp, s. 7.

³¹⁴ Viljanen 1990, s. 385–386. Ks. myös Boucht – Frände 2008, s. 116.

³¹⁵ Majanen 1979, s. 314–315.

sillä hän vaikuttaisi viittaavan lähinnä Majaseen ja oikeuskäytännön kannanotoihin todetessaan, että ”[t]osiasiaassa periaate merkitsee sitä, että virkamiehen käyttäessä RL 3:6:n mukaista hätävarjelu-oikeutta hänellä ei ole mitään erityisiä, tavallisten kansalaisten velvollisuuksista poikkeavia velvollisuuksia”.³¹⁶

Vuoden 1995 poliisilain uudistuksen jälkeen Loman on puolestaan katsonut, että hätävarjelutilanteessa poliisimies ei ”ainakaan periaatteessa” toimi virkavastuulla. Toisaalta hän on todennut, että poliisimies on näissäkkin tilanteissa virkamiehenä velvollinen asianosaisten ja sivullisten turvallisuuden huomioon ottamiseen.³¹⁷ Loman on lisäksi korkeimman oikeuden myöhempiä linjauksia ennakkoiden esittänyt, että poliisin harkinnalle voidaan sekä hätävarjelun edellytysten että voimakeinojen valinnan suhteen asettaa korkeammat vaatimukset kuin tavaliselle kansalaiselle.³¹⁸

Vuonna 2004 korkein oikeus otti ratkaisussaan KKO 2004:75 yksiselitteisen ja tämän kysymyksen osalta myös yksimielisen kannan virkavastuun ulottamiseen hätävarjelutilanteisiin. Tapauksen otsikossa on todettu, että hätävarjelun liioitteluna tehtyihin pahoinpitelyihin ja kuolemantuottamukseen syyllistyneiden poliisimiesten

”menettelyä ei luettu A:n ja B:n syyksi erikseen virkavelvollisuuden rikkomisena”.³¹⁹

Hätävarjelutilanteessa tehdyt teot eivät täyttäneet virkavelvollisuuden rikkomisen tunnusmerkistöä. Ratkaisun perusteluissa korkein oikeus totesi:

”37. Poliisimiehen on kaikessa virkatoiminnassaan noudatettava poliisivaltuuksien käyttöön liittyviä rajoituksia. Näitä rajoituksia ei kuitenkaan ole perusteltua laajentaa koskemaan yleistä hätävarjelu-oikeutta, joka sitä koskevan rikoslain 3 luvun 6 §:n perusteella kuuluu jokaiselle henkilölle ja johon oikeuteen perustuvan teon hyväksyttävyyys tulee saman säännöksen nojalla arvioitavaksi. Mikäli poliisimies virkatehtävää suorittaessaan joutuu tilanteeseen, jossa hän itseään tai toista oikeudettomalta hyökkäyksestä suojellakseen joutuu turvautumaan voimakeinoin, ei niiden käyttö perustu viranomaisvaltuuksiin ja tapahdu virkatehtävän hoitamiseksi vaan poliisimieskin

³¹⁶ Viljanen 1984, s. 160–161. Vrt. Viljanen 1990, s. 458–459, jossa kirjoittaja näyttäisi olevan sitä mieltä, että myös tuolloin voimassa olleen RL 3 luvun 6 §:n ilmentämät velvollisuudet olivat ”virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin perustuvia”.

³¹⁷ Loman 1997, s. 79. Ks. myös Loman 1997, s. 109.

³¹⁸ Loman 1997, s. 79–80.

³¹⁹ Korkein oikeus viittasi ratkaisun kohdassa 36 myös aiempaan ratkaisukäytäntöönsä, josta on löydettävissä yksi yli viisikymmentä vuotta aikaisemmin annettu ratkaisu, jossa on otettu kantaa hätävarjelun ja virkavastuun suhteeseen: ”KKO 1961-II-70 (Virkarikos, nimismies ja poliisi): Poliisimies oli virantoimituksessa ollessaan syyllistynyt hätävarjelun liioitteluun. Hänet tuomittiin rangaistukseen RL 21 luv. 4 §:n 1 mom., 13 §:n 1 mom:n, 40 luv. 22 §:n sekä 3 luv. 8 a ja 9 §:n nojalla. Ään.” Poliisimiestä ei siis tuomittu virkarikoksesta. Ks. ratkaisusta Ylösjoki 1966, s. 291 av. 1 ja Viljanen 1984, s. 358–359.

käyttää tällöin voimakeinoja yleisen oikeuden nojalla ja puolustautumistarkoituksessa. Tämä periaate on ilmaistu myös poliisilain esitöissä perusteltaessa poliisilain 27 §:n 4 momenttiin sisältyvää viittausta rikoslain hätävarjelua ja pakkotilaa koskeviin säännöksiin (HE 57/1994 vp, s. 55–56). Teon hyväksyttävyyssuhteellisuusperiaatteen kannalta ja se seikka, että hätävarjeluoikeutta käyttää poliisimies, tulee joka tapauksessa punnittavaksi arvioitaessa itse hätävarjelutekoa.”

Vaikka virkavastuu sulkeutuikin pois, katsoi korkein oikeus ratkaisussa KKO 2004:75, että puolustettavuuskriteerin vastainen menettely oli sinänsä PolL 2 §:n 2 momentissa ilmaistun suhteellisuusperiaatteen vastaisia.³²⁰

Oikeuskirjallisuudessa on tehty korkeimman oikeuden ratkaisusta se päätelmä, että hätävarjelutilanteissa ei ole kyse virkatoiminnasta ja virkamies toimii tällöin yksityishenkilönä. Tätä linjaa edustaa muun muassa Nuotio, joka on ilmeisesti tulkinnut korkeimman oikeuden muotoilun tarkoittavan sitä, että ratkaisevaksi muodostuu virkatoimen rajojen määrittäminen. Jos kyse ei ole virkatoimesta, virkarikossäännökset eivät tule sovellettavaksi.³²¹ Myös Boucht ja Frände ovat kantaansa erityisemmin perustelematta todenneet, että ”[n]äin ollen katsotaan, että poliisi toimii hätävarjelutilanteessa yksityishenkilönä”.³²² Näyttäisi siltä, että kirjoittajat ovat hieman nurinkurisesti päätelleet siitä, että virkarikossäännöksiä ei johonkin menettelyyn sovelleta, että kyse ei ole virkatoiminnasta. Nuotion tulkinnalle on kylläkin löydettävissä tukea vanhemmasta oikeuskirjallisuudesta. Ainakin Sinisalo on katsonut, että poliisin puolustautuessa yleisen hätävarjeluoikeuden nojalla kyse ei ole ”virkatehtävien suorittamisesta” eikä ”poliisin vallan käytöstä”.³²³ Lisäksi hänkin on katsonut, että vaikka menettely todetaan jossakin suhteessa oikeudenvastaiseksi, siitä ei kohtuusnäkökohtien vuoksi automaattisesti seuraa rangaistusta virkarikoksesta.³²⁴ Ilmeisesti Sinisalo viittaa tältä osin rikosoikeudelliseen anteeksiantoon (teko on ollut tunnusmerkistönmukainen ja oikeudenvastainen).

Poliisimiehen katsominen yksityishenkilöksi hänen toimiessaan hätävarjelutilanteissa ei ole ilman juridisia heijastevaikutuksia. Kerttula onkin kysynyt, ”millä perusteella poliisimiehen, vartijan tai järjestyksenvalvojan katsotaan ylipäättään olevan oikeutettu

³²⁰ Ratkaisun kohta 34.

³²¹ Nuotio 2005a, s. 61. Toisessa yhteydessä Nuotio on katsonut ratkaisun vahvistavan Tuorin jo aiemmin tekemän havainnon, että ”poliisi todellakin astuu ulos virkamiehen roolistaan joutuessaan turvautumaan yleiseen hätävarjeluoikeuteen”. Ks. tästä Nuotio 2005b, s. 219. Ks. myös Boucht 2006, s. 522–523 ja vallitsevan oikeustilan osalta myös HE 224/2010 vp, s. 83, jossa on todettu, että ”[v]irkavastuun liittäminen hätävarjelutilanteeseen ja hätävarjeluun liioitteluun tarkoittaisi tämän esityksen mukaan sitä, ettei poliisimiestä arvioitaisi *enää* siviilihenkilönä hätävarjelutilanteessa”. (Kursivointi tässä.)

³²² Boucht – Frände 2008, s. 116.

³²³ Sinisalo 1973, s. 34 ja 120.

³²⁴ Sinisalo 1973, s. 124 av. 17.

voimankäyttövälineiden käyttöön silloin, kun heidän arvioidaan toimineen yksityishenkilöinä kaikkia koskevien oikeuttamisperusteiden nojalla”.³²⁵

Samoin kuin Viljanen olen sitä mieltä, että ainakaan rikosoikeuden näkökulmasta ei välttämättä ole kovinkaan hedelmällistä pohtia, onko joku rikos tehty virkamiehenä vai yksityishenkilönä. Olennaisempaa on hänen mukaansa arvioida, koskettaako arvioitava menettely lainkaan virkavelvollisuuksia. Toisin sanoen voidaan kysyä, säänteleeke arvioitavaa menettelyä mitkään virkavelvollisuusnormit tai edes ”viran laatuun” perustuvat kriteerit.³²⁶ Ratkaisevaa siis on, ulottuvatko virkavelvollisuudet ko. tilanteeseen.³²⁷ Tästä näkökulmasta korkeimman oikeuden ratkaisua KKO 2004:75 voidaankin mielestäni tulkita toisella tavoin kuin Nuotio on tehnyt. Sen voidaan katsoa perustuvan sille ilmeiselle seikalle, että poliisilaki ei lainsäätäjän tietoisien valinnan seurauksena sisältänyt riittävän täsmällisiä hätävarjeluun ulottuvia *virkatoiminnassa noudatettavia säännöksiä* eikä sellaisia säännöksiä tai määräyksiä ollut löydettävissä muualtakaan. Kyse oli siis sellaisesta virkatoiminnan virheestä, jota ei ollut RL 40 luvun näkökulmasta riittävän selkeästi kriminalisoitu. Käytännössä puutteet sääntelyn täsmällisyydessä johtivat siihen, että RL 40 luvun normeja ei voitu soveltaa, koska se ei ollut laillisuusperiaatteen mukaista. Teko ei kaikessa yksinkertaisuudessaan ollut tunnusmerkistön mukainen. Näin ymmärrettynä toiminta oli virkatoimintaa, vaikkakaan ei virkatehtävien hoitamista toimivaltuuksien nojalla. Voimakeinoja käytettiin *ensisijaisesti* hyökkäykseltä suojautumiseksi eikä virkatehtävän suorittamiseksi. Tällaiseen virkatoimintaan poliisilain rajoituksia ei ole haluttu ulottaa.³²⁸ On kuitenkin myönnettävä, että tällainen näkemys virkatehtävien hoitamisen ulkopuolisesta virkatoiminnasta ei ehkä ole täysin yhdenmukainen edellä tehtyjen RL 40 luvun 9 §:n soveltamisalaa koskevien huomioiden kanssa.

Toisaalta tulkintani tueksi voidaan viitata myös siihen, että Korkein oikeus yksiselitteisesti ja kategorisesti liitti poliisimiehen virka-asemaan korostettuja vaatimuksia myös hätävarjelutilanteessa. Kyse ei ollut yksittäisen kansalaisen tai edes yksittäisen poliisimiehen ominaisuuksista (”puolustautujan henkilö”), vaan yleisemmin ammattikunnalle asetettavista kriteereistä. Mikäli väitettäisiin, että korostetut vaatimukset liittyvät yksittäisen poliisimiehen – kansalaisen – kykyyn puolustautua, olisi se edellyttänyt sekä ko. tapauksessa että yleisemminkin kai-

³²⁵ Kerttula 2010, s. 391 av. 964

³²⁶ Viljanen 1984, s. 162–167. Kuten Viljanen on todennut, eräät virkavelvollisuudet voivat ulottua myös ”yksityiselämään”, ja joiltain osin virkavelvollisuudet voivat merkitä sitä, että tietynlaisissa asioissa virkamies ei voi koskaan toimia yksityishenkilönä. Ks. myös Helminen et al. 1999, s. 335.

³²⁷ Viljanen 1984, s. 168.

³²⁸ Samansuuntaisesti ks. Viitanen 2007, s. 134, jonka mukaan – kuten edellä on jo todettu – kaikki säännökset eivät ole virkatoiminnassa *noudatettavia*. Viitaten juuri korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2004:75 hän on maininnut esimerkkinä hätävarjelusäännökset.

kissa hätävarjelutapauksissa näiden ominaisuuksien perusteellisempaa analysointia. Ammattikuntaakohtaisesti lisävaatimuksista enemmän seuraavassa.

2.5.2 Kaksoisstandardiajattelu oikeuskirjallisuudessa

Myös Lahti on suhtautunut kriittisesti korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2004:75 ottamaan kantaan virkavastuun ulottumisesta hätävarjelutilanteisiin. Lähinnä lääkintäoikeuden piiriin kuuluvassa kirjoituksessaan vuodelta 2006 hän on todennut, että olisi ollut perustellumpaa ”arvioida menettelyä kokonaisuudessaan poliisimiehen virkatoiminnassaan noudatettavien poliisivaltuuksien ja voimakeinojen käytön (eikä yleisen hätävarjeluoikeuden) rajoitusten valossa, jolloin voimakeinojen käytön liioittelu arvostellaan myös virkavelvollisuuksien rikkomisena”.³²⁹ Lahti on edellyttänyt erityisessä tekijäasemassa olevia henkilöitä, kuten lääkäreitä ja ilmeisesti myös poliiseja, koskevien erityisvelvollisuuksien – kaksoisstandardin – soveltamista myös hätävarjelu- ja pakkotilatilanteisiin. Lääkärien osalta tämä kaksoisstandardi tarkoitti huomion kiinnittämistä lääketieteellisiin seikkoihin, esimerkiksi eri lääkeaineiden vaikutuksiin henkilön rauhoittamisessa.³³⁰

Nuotio on kaksoisstandardiajatteluun viitaten katsonut, että tyypillisissä hätävarjelutilanteissa poliisitoiminnan periaatteet tulisivat huomioon otettavaksi ikään kuin lisävaatimuksina toiminnalle. Nämä lisästandardit muotoutuisivat ajan saatossa normiston, doktriinin ja oikeuskäytännön kehittymisen myötä. Äärimmäisissä tilanteissa standardit saattaisivat jopa vaieta kokonaan. Kaksoisstandardiajattelussa on perimmiltään Nuotion mukaan kyse siitä, että ”hätävarjeluoikeudet eivät voi loppujen lopuksi antaa viranomaiselle oikeutta rikkoa lakimääräisiä velvollisuuksiaan”. Vaikeimpien tilanteiden ratkaisemiseksi tulisi pyrkiä kehittämään lainmukaisia toimintamalleja ”eikä siirtyä operoimaan valtuutuksella rikkoa lakia”, mitä hätävarjeluoikeus Nuotion ajattelussa edustaa.³³¹ Näen tämän kannanoton tukevan myös omaa poliisioikeudellisen toimivaltasääntelyn merkitystä korostavaa ajattelua.

Oikeuskirjallisuudessa on myöhemminkin katsottu sen, että hätävarjelutilanteissa käytettyjä voimakeinoja arvioitaessa poliisimiehille asetetaan korkeammat vaatimukset kuin tavallisille kansalaisille, pienentävän Nuotion vuonna 2005 julkaistuissa kirjoituksissa esille tuomia ongelmia.³³² Kerttula on jopa katsonut, että korkein oikeus on jo ratkaisussa KKO 2004:75 soveltanut Lahden ja

³²⁹ Lahti 2006, s. 205.

³³⁰ Lahti 2006, s. 209.

³³¹ Nuotio 2005b, s. 223–224.

³³² Viljanen 2010b, s. 625 av. 77.

Nuotion kehittelemää kaksoisstandardiajattelua ottaessaan hätävarjelutekoa arvioidessa huomioon sen, että puolustautujina oli poliisimiehiä.³³³ Tämä näkökoh- ta huomioon ottaen voidaan vuosien tieteellisen kiistelyn jälkeen kysyä, onko huoli yleistöimivallan paluusta ja poliisimiehen liukumisesta yksityishenkilön asemaan hätävarjelutilanteissa ollut turhaa. Mikäli korkeimman oikeuden näke- mys virkavastuun laajuudesta on perustettavissa lähinnä laillisuusperiaatteesta johdettaville näkökohdille, vastaus kysymykseen saattaa olla myönteinen.

2.5.3 Laillisuusperiaatteen vaikutuksesta

Kun otetaan huomioon poliisilain säätämisen historia, voidaan perustellusti esit- tää, että laillisuusperiaatteen sallimaa perustetta virkarikosvastuun ulottamiselle hätävarjelutilanteeseen ei olisi ollut, vaikka korkein oikeus olisikin halunnut tuomita toisin kuin tuomitsi. Voimassa olevan poliisilain alkuperäisen 27 §:n 4 momentin perusteluissa todettiin, että ”viittaus rikoslakiin osoittaa, että tässä pykälässä säännelty voimankäyttöoikeus ja rikoslaissa säännelty hätävarjelu ja pakkotila ovat toisistaan erillisiä oikeudellisia käsitteitä”. Toisaalta on todettu olevan mahdollista, että ”virkatehtävää suorittava poliisimies joutuu tilantee- seen, jossa hän saa hätävarjelusäännösten nojalla menetellä tavalla, johon polii- sivaltuudetkaan eivät häntä oikeuttaisi”.³³⁴ Voimassa olevan PolL 27 §:n 4 mo- mentin perusteluissa puolestaan todetaan, että ”vuonna 1995 voimaan tullut py- kälä on kirjoitettu tässä esityksessä noudatettujen periaatteiden mukaisesti. Py- kälään ei siten ehdoteta sisällöllisiä muutoksia. Lakiin ehdotettava muutos on luonteeltaan tekninen.”³³⁵ Hätävarjelusta ei ole siten katsottu perustelluksi antaa rikoslakia tarkentavia määräyksiä.

Pitäen mielessä korkeimman oikeuden edellä selostetussa ratkaisussa KKO 2000:40 lausuman, on kuitenkin ehkä aiheellista kysyä, olisiko valtionvirkamies- lain 14 § ollut laillisuusperiaatteen näkökulmasta riittävä peruste virkavastuun ulottamiselle hätävarjelutilanteisiin, mikäli näin olisi haluttu tehdä.³³⁶ Onhan esimerkiksi Viljanen poliisin kotietsinnän yhteydessä tekemään varkauteen viita- ten katsonut, että ”[I]ain säännösten vastainen menettely on poliisimiehen virka- velvollisuuksien vastaista”.³³⁷ Samoin Viljasen mukaan velvollisuus ainakin lii- kennesääntöjen noudattamiseen virkatoiminnassa on johdettavissa valtion virka- mieslain 20 §:ssä (nykyään 14 §) asetetusta velvollisuudesta suorittaa ”tehtävän-

³³³ Kerttula 2010, s. 383–384.

³³⁴ HE 57/1994 vp, s. 56.

³³⁵ HE 44/2002 vp, s. 235.

³³⁶ Mainitun virkamieslain säännöksen tueksi olisi toki voitu laajemminkin viitata myös poliisitoi- mintaa koskeviin yleisiin periaatteisiin.

³³⁷ Viljanen 1984, s. 165.

sä asianmukaisesti ja viivytyksettä”. Tällöin yleiset säännöt antavat sisällön virkamieslain säännöksen asianmukaisuus-vaatimukselle. Esimerkiksi liikennesäännöt ovat siis virkatoiminnassa noudatettavia nimenomaan virkamieslain säännöksen välityksellä. Rikoslain kriminalisoinnin näkökulmasta virkavelvollisuus ja ylipäätään rangaistavuus *perustuu* mainitulle virkamieslain säännökselle.³³⁸

Niin sanotun yleisen rikoksen ja samalla teolla tehdyn sotilasrikoksen rangaistavuutta on käsitelty korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1989:44, jossa asevelvollisuutta suorittaneen sotilaan katsottiin syyllistyneen sekä liikenteen vaarantamiseen että palvelusrikkomukseen, kun tämä oli palveluksessa ollessaan kuljettanut puolustusvoimien ajoneuvoa liikennesääntöjen vastaisesti. Erittelemättä rangaistavan menettelyn määrittävää oikeuslähdettä tai ylipäätään sotilaan velvollisuuksia ko. tapauksessa korkein oikeus on ratkaisun perusteluissa tyytynyt toteamaan, että puolustusvoimien ajoneuvoa kuljettavalla, palveluksessa olevalla sotilaalla on velvollisuus noudattaa yleisiä liikennesääntöjä. Tämän velvollisuuden laiminlyömyllä sotilas oli syyllistynyt yleisen rikoksen lisäksi palvelusrikkomukseen.

Johtopäätöksenä voidaan todeta, että joudumme jättämään auki kysymyksen siitä, muuttiko korkein oikeus ratkaisulla KKO 2000:40 ja KKO 2004:75 aiemmin vallinnutta käsitystä laillisuusperiaatteen rajoista vai liukuiko virkamies jälkimmäisessä tapauksessa yksityishenkilöksi.

2.5.4 Velvollisuuksien merkityksestä virkavastuun syntyyn

Todettakoon vielä, että korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2004:75 ottamalle kannalle on löydettävissä tukea rikoslain aiemmista esitöistä. Hallituksen esityksessä 77/2001 vp lausuttiin, että virkavastuuta ei ole tarkoitus ulottaa sellaiseen vallankäyttöön, ”johon jokainen on oikeutettu pakkokeinolain 1 luvun 1 §:n nojalla jokamiehen kiinniotto-oikeuden perusteella.” Tätä on perusteltu erityisesti sillä, että jokamiehen kiinniotto-oikeudesta poiketen virkavastuulla tapahtuvalle julkisen vallan käytölle on ominaista se, että toimenpiteeseen on paitsi oikeus myös velvollisuus.³³⁹

Virkavastuu on siis kytketty toimimisvelvollisuuteen, mitä Kerttula on kritisoinut. Hänen mukaansa on toisaalta vaikea löytää hyvää perustelua, sille ”miksi toimintaan, johon ei ole velvollisuutta vaan ainoastaan oikeus, liittyy pienempi vastuu kuin velvollisuuden käsittävään toimintaan”. Etenkin näin, kun otetaan huomioon, että vartioimisliike- ja järjestyksenvalvojatoiminnassa kaikille kansa-

³³⁸ Viljanen 1990, s. 441–442. Ks. myös Viljanen 1986, s. 372–373.

³³⁹ HE 77/2001 vp, s. 53.

laisille kuuluvia oikeuksia käytetään ammattimaisesti. Toisaalta tämä johtaa Kerttulan mukaan siihen, että sama teko tulee arvioitavaksi eri tavoin riippuen siitä, kuka on tekijä. Tekijä korostuu teon sijasta. Oman lukunsa saattavat lisäksi muodostaa edellä mainitut tilanteet, joissa poliisimies ottaa kiinni henkilön verkseltään tai pakenemasta rikoksen selvittämistä varten. Vielä nykytilassa oikeus kiinniottoon näissä tilanteissa perustuu PKL 1 luvun 1 §:ssä säänneltyyn jokamiehen kiinniotto-oikeuteen, mutta siitä huolimatta kiinniottaminen on poliisin virkatoimi, johon on velvollisuus.³⁴⁰ Rajautuuko virkavastuu pois sillä perusteella, että poliisimiehellä on tilanteessa samat *oikeudet* kuin ”jokamiehellä”? Vai kytketäänkö virkavastuu *toimintavelvollisuuteen* ja jos kytketään, onko myös hätävarjelu osalta ratkaisevaa se, onko hätävarjeluun velvollisuus?

2.5.5 Lopuksi

Pohjoismaissa on parin viime vuoden aikana otettu kysymykseen virkavastuun ulottamisesta hätävarjelutilanteisiin kantaa ainakin kahdessa oikeustieteellisessä väitöskirjassa. Kerttulan vastaus kysymykseen virkavastuun ulottamisesta hätävarjelutilanteisiin on selkeä. Hänen mukaansa virkavastuu tulee aina liittää lakisääteisten tehtävien hoitoon riippumatta siitä, käytetäänkö toimivaltaa vai perustuuko toiminta yleisille oikeuttamisperusteille. Kyse on kiistattomasti julkisen vallan käytöstä.³⁴¹ Kerttula on myös muistuttanut virkavastuun ja virkamiehille annetun erityisen suojan (erityisesti RL 16 luku) välisestä suhteesta. Suojan ja vastuun tulee kulkea käsi kädessä eikä hänen mukaansa voida hyväksyä, että henkilö toimiessaan ”yksityishenkilönä” hätävarjelutilanteessa ei toimisi virkavastuulla, mutta nauttisi kuitenkin julkisen vallan käyttäjälle annettua erityissuojaa.³⁴² Vastauksena legaliteetti- ja ilmeisesti myös yhdenvertaisuushaasteisiin Kerttula on esittänyt yhtenä vaihtoehtona, että kaikille kuuluvien oikeuttamisperusteiden käyttö säädettäisiin kaikkia kansalaisia koskevalla nimenomaisella säännöksellä julkisen vallan käytöksi.³⁴³

³⁴⁰ Kerttula 2010, s. 208–209. Ks. myös Helminen et al. 2005, s. 515. Ks. myös edellä esittämäni huomiot virkavastuusta tilanteissa, joissa poliisimiehellä on oikeus, muttei velvollisuutta toimia vapaa-ajallaan.

³⁴¹ Kerttula 2010, s. 391–392.

³⁴² Kerttula 2010, s. 388. Ks. myös KKO 2008:78, jossa korkein oikeus on nimenomaisesti todennut (ratkaisun kohta 14): ”Edellä esitetyin perustein lääkemääräyksen antaminen tai uusiminen ei yleensä ole toimi, joka sisältäisi rikoslaissa tarkoitettua julkisen vallan käyttöä. Siitä seuraa, ettei A:han tältä osin kohdistettu syyte huomioon ottaen rikoslain 16 luvun 1 §:n 1 momentin 1 kohdassa tarkoitetun virkamiehen väkivaltaisen vastustamisen tunnusmerkistö täyty.”

³⁴³ Kerttula 2010, s. 392. Ks. myös Kerttula 2010, s. 441.

Myös Ruotsissa poliisin voimankäytöstä väitellyt Boucht on sitä mieltä, että poliisimiehen on katsottava toimivan virkamiehenä myös hätävarjelu- ja pakko-tilatilanteissa.³⁴⁴ Arvioitaessa virkavastuun ulottamista hätävarjelutilanteisiin voidaan ongelman selventämiseksi toki erottaa julkisoikeudellinen ja rikosoikeudellinen näkökulma. Kuten Boucht on todennut, julkisoikeudellisesta näkökulmasta on yhdentekevää, vaikka poliisimies suojaasi itseään tai toista henkilöä rikolliselta teolta. Joka tapauksessa hän ylläpitää yleistä järjestystä ja turvallisuutta. Rikosoikeuden näkökulmasta on kuitenkin merkittävää erottaa tilanteet, joissa on kyse itsensä tai toisen suojaamisesta.³⁴⁵ Hätävarjelutilanteissa poliisimiestä tarkastellaan sekä julkisen vallan instituutiona tai sen edustajana sekä julkisen vallan suojeleobjektina.³⁴⁶

Teemasta käyty oikeudellinen keskustelu painunee uuden poliisilain voimaantulon myötä oikeushistoriaan. Uudessa poliisilaissa virkavastuu on lakitekstissä selkeästi ulotettu myös hätävarjelutilanteisiin. Virkatoiminnan kokonaisuuden kannalta on huomattava, että viimeistään virkavastuun ulottaminen hätävarjelutilanteisiin tekee siitä sellaista virkatoimintaa, jota on aiheellista ohjata hallinnollisin määräyksin ja ohjein. Samassa yhteydessä tulee säännellä hallinnollisin määräyksin myös toimimisvelvollisuuden laajuudesta näissä tilanteissa.³⁴⁷ Toisaalta on varsin kyseenalaista, mitä merkitystä hallinnollisen ohjauksen – ja ylipäätään lainsäädännön – kaltaisilla ympäristötekijöillä (*environmental determinants*) on voimankäytön määrittäjinä vaarallisissa ääritilanteissa. Whiten mukaan potentiaalisissa aseenkäyttötilanteissa ratkaisevia ovat lähinnä tilannesidonnaiset tekijät (*situational determinants*), kuten kohdehenkilön aseistautuneisuus ja tehtävätyyppi.³⁴⁸

³⁴⁴ Boucht 2011a, s. 339.

³⁴⁵ Boucht 2011a, s. 339. Ks. myös Heinonen 2012, s. 67. Heinosen tutkimuksen mukaan tarkastelujaksolla kaikissa tilanteissa, joissa asetta käytettiin hätävarjelutilanteessa, kyse oli poliisimiehen tai toisen henkilön suojaamisesta.

³⁴⁶ Ks. KM 1986:16, s. 10–11. Ks. myös KM 1986:16, s. 27.

³⁴⁷ Hätävarjelu- ja toimivallan mukaisen voimankäytön päällekkäisyyden merkityksestä hallinnollisen esimiehisyyden näkökulmasta ks. Vienola 2008, s. 116. Ks. myös Vienola 2008, s. 45–46. Olennaista Vienolan analyysissä on nähdäkseni se, hätävarjelutilanteissa esimiesten käskyistä poikkeamista on pidettävä sallittuna ainakin siinä suhteessa, että voimankäytön kiellon noudattamisesta voidaan tilanteen sitä edellyttäessä poiketa.

³⁴⁸ White 2002, s. 727–731, 737, 740–742 ja 745.

2.6 VIRKAVASTUUN LAAJENTAMINEN HÄTÄVARJELUTILANTEISIIN UUDESSA POLIISILAISSA

2.6.1 Muutos oikeustilassa

1.1.2014 voimaan tulevan UPL 2 luvun 17 §:n 2 momentissa todetaan seuraavasti:

”Poliisimiehellä on virantoimituksessa lisäksi oikeus hätävarjeluun siten kuin rikoslain 4 luvun 4 §:ssä säädetään. Tällaisessa hätävarjelussa poliisimies toimii virkavastuulla. Arvioitaessa hätävarjeluun puolustettavuutta on otettava huomioon poliisimiehelle koulutuksensa ja kokemuksensa perusteella asetettavat vaatimukset.”

Lainkohdassa mainitun ”virantoimituksen” käsitteen laajuutta on määritetty hallituksen esityksessä 224/2010 vp toteamalla, että poliisimies on virantoimituksessa aina virka-ajallaan riippumatta siitä, toimittaako hän jotakin erityistä virkatehtävää. Toisaalta hänen on katsottava olevan virantoimituksessa, jos hän velvollisuutensa perusteella on ryhtynyt toimimaan vapaa-aikanaan tai palvelukseen ilmoittautumisen jälkeen.³⁴⁹ Ensin mainittua näkökohtaa voidaan pitää hieman erikoisena, koska oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa on nimenomaisesti korostettu viran toimittamisen ja virkatehtävien suorittamisen yhteyttä ajallisen ja paikallisen yhteyden sijasta.³⁵⁰

Selvyyden vuoksi hallituksen esityksessä 224/2010 vp on lisäksi todettu, että hätävarjelutilanteissa tapahtunutta voimankäyttöä arvioitaessa ei sovellettaisi UPL 2 luvun 17 §:n 1 momentin 2. virkkeen luetteloa puolustettavuusarvioinnissa huomioon otettavista tekijöistä eikä RL 4 luvun 6 §:n 3 momentin säännöstä. Hätävarjelussa tapahtunut poliisimiehen voimankäyttö tulisi arvioitavaksi RL 4 luvun 4 §:n nojalla, minkä lisäksi sovellettaisiin UPL 2 luvun 17 §:n 2 momentin 3. virkettä.³⁵¹ Oikeuskirjallisuudessa on tosin aiheellisesti pohdittu, mikä merkitys ko. virkkeellä on, koska samat seikat tulevat huomioon otettavaksi jo rikoslain hätävarjelusäännöksen perusteella.³⁵²

Toisaalta 2 momentista on katsottu johtuvan, että hallinto-oikeudellisia normeja voidaan soveltaa myös hätävarjelutilanteissa.³⁵³ Hallituksen esityksen sisänsä hieman epäselvästä muotoilusta voidaankin päätellä, että rikosoikeudelli-

³⁴⁹ HE 224/2010 vp, s. 83. Ks. myös LaVM 15/2009 vp, s. 3, jossa arvioidaan kidutus-kriminalisoinnin soveltumista virkamiehen vapaa-ajallaan tekemiin tekoihin.

³⁵⁰ Ks. tutkimukseni s. 678.

³⁵¹ Ks. HE 224/2010 vp, s. 84.

³⁵² Helminen et al. 2012b, s. 800.

³⁵³ Boucht 2011c, s. 760–761.

sen laillisuusperiaatteen edellyttämänä perustana virkavirheen syyksilukemiselle nimenomaan virkarikoksena olisivat hätävarjelutilanteessa nämä 2 momentin 3. virkkeessä yksilöidyt, poliisimiehelle asetettavat tavallista kansalaista korkeammat vaatimukset.³⁵⁴ Aseenkäytön osalta tulisi lisäksi sovellettavaksi UPL 2 luvun 19 §. Jos aiemmassa oikeustilassa ongelmana oli ns. välittävän normin puuttuminen, säädösmuutos epäilemättä korjasi puutteen, mutta jos kyse olikin RL 40 luvun 9 §:n tulkinnasta (”virkaansa toimittaessaan”), muuttuiko rikoslain säännöksen tulkinta poliisilain säätämisellä?

Virkavastuun laajentaminen hätävarjelutilanteisiin herätti erityistä mielenkiintoa myös valiokuntakäsittelyssä. Lakivaliokunta on kehottanut hallintovaliokuntaa kiinnittämään kysymykseen erityistä huomiota. Toisaalta lakivaliokunta on kritisoinut sitä, että virkavastuu ehdotettiin hallituksen esityksessä koskemaan hätävarjelutilanteissa toimivia poliisi- ja tullimiehiä, mutta ei rajavartiomiehiä. Valiokunnan mielestä tämä on ongelmallista sekä virkamiehen että kohdehenkilön oikeusturvan kannalta.³⁵⁵ Myös hallintovaliokunta on kiinnittänyt huomiota eri viranomaisten eriarvoiseen asemaan, minkä lisäksi se on lisäksi pitänyt ongelmallisena ”poliisin hätävarjeluoikeuden eriyttämistä muiden viranomaisten ja kansalaisten hätävarjeluoikeudesta liittämällä poliisin hätävarjeluoikeus virkavastuun yhteyteen”. Edelleen hallintovaliokunta on todennut muutoksen jäävän tulkinnanvaraiseksi ja arvioinut sen voivan heikentää poliisimiehen oikeusturvaa ja johtavan kohtuuttomuuksiin joissakin tilanteissa. Loppupäätelmänään hallintovaliokunta ja myöhemmin eduskunta ovat edellyttäneet ”hallituksen tarkkaan seuraavan poliisimiehen hätävarjelua koskevien säännösten toimivuutta ja ryhtyvän tarvittaessa toimenpiteisiin lainsäädännön tarkistamiseksi”.³⁵⁶

Lainmuutoksen on myös todettu herättävän kysymyksen siitä, miten rikosoikeudellinen virkavastuu käytännössä toteutetaan.³⁵⁷ Lähes kehäpäätelmän kaltaisesti joudumme myös pohtimaan, että eikö hätävarjelusäännös sen soveltuessa tapaukseen yleisenä rikosoikeudellisena vastuuvapaussäännöksenä vapautta rikosoikeudellisesta vastuusta myös siltä osin kuin toimittu UPL 2 luvun 17 §:n 2 momentin vastaisesti. Toisin sanoen jos toiminta on poliisille rikoslain hätävarjelusäännöksessä asetetut erityisvaatimukset huomioon ottaen oikeutettua, onko mahdollista, että esimerkiksi mainittuun poliisilain säännökseen perustuva virkarikosvastuu vielä konkretisoituisi. Vai onko tarkoitus, että uuden poliisilain säännöstä sovelletaan ennemminkin *standardina* rikoslain säännöstä tulkittaessa eikä niinkään itsenäisenä normina? Tai scheinilaisittain muotoiltuna, muodostaako 17 §:n 2 momentti rikoslain säännöksen ohella yhden normifragmentin

³⁵⁴ HE 224/2010 vp, s. 84.

³⁵⁵ LaVL 21/2010 vp, s. 4–5. Perustuslakivaliokunta ei ole lausunnossaan 67/2010 vp lausunut mitään virkavastuun laajentamisesta hätävarjelutilanteisiin.

³⁵⁶ HaVM 42/2010 vp, s. 5 ja EV 371/2010, s. 1.

³⁵⁷ Boucht 2011a, s. 413 av. 89.

määritettäessä äärimmäiseen voimankäyttötilanteeseen sovellettavaa oikeusnormia. Boucht on katsonut ratkaisevaa olevan se, millaisen oikeusvastaisuuskäsitteen omaksumme eli toisin sanoen, ymmärretäänkö kysymys oikeudenalakohitaksi vai koko oikeusjärjestystä koskevaksi.³⁵⁸ Boucht itse näyttäisi lähtevän siitä, että rikosoikeudellisen *oikeuttamisperusteen* soveltuminen tilanteeseen poistaa myös rikosoikeudellisen virkavastuun hallinto-oikeudellisen normin rikkomisesta. Edellytyksenä kuitenkin on, että ”*överträdelsen av den offentligrättsliga föreskriften helt sammanfaller med den gärning som täcks av en straffrätlig rättfärdigande grund, t.ex. avlossandet av skatter*”.³⁵⁹ Tähän kysymykseen palaatan kielletyn riskinoton relevanssin yhteydessä.

Virkavastuun ulottamista hätävarjelutilanteisiin on hallituksen esityksessä 224/2010 vp perusteltu erityisesti sillä, että on ”vaikeaa nähdä perusteita sille, että julkista valtaa virkamiehenä käyttävä poliisimies ei tässä ominaisuudessaan toimiessaan toimi virkavastuulla”. Lisäksi on otettu huomioon se, että poliisimiehelle voidaan joka tapauksessa asettaa hätävarjelutilanteessa korkeampia vaatimuksia kuin ns. tavalliselle kansalaiselle. Tämä ajattelu perustuu yhtäältä poliisimiesten kokemukseen ja koulutukseen voimakeinojen käytössä sekä toisaalta poliisimiesten valtuuksiin ratkaista tilanne muutoinkin kuin voimakeinoja käyttämällä.³⁶⁰ Virkavastuun ulottamisella hätävarjelutilanteisiin on haluttu myös korostaa, että kyse on julkisen vallan käytöstä siihen kuuluvine vastuineen ja erityisine valvontamuotoineen eikä poliisimiehen toimintaa näissäkään tilanteissa arvioitaisi enää siviilihenkilön toimintana.³⁶¹ Virkavastuun laajentaminen hätävarjelutilanteisiin parantaisi kansalaisten oikeusturvaa selkiyttämällä valtion vahingonkorvausvastuuta ja mahdollistaisi sekä virkarikossääntelyn että virkamiesoikeudellisten seuraamusten soveltamisen hätävarjelutilanteissa tapahtuneisiin lainvastaisuuksiin.³⁶² Näiden lisäksi Raimo Lahti on Eduskunnan hallintovaliokunnalle antamassaan lausunnossa nähnyt sääntelyllä olevan rikosoikeudellista symboliarvoa.³⁶³

Hallituksen esityksessä 224/2010 vp on nähdäkseni hieman liioiteltu virkavastuun sääntelyn merkitystä lainsoveltamistilanteiden selkiyttäjänä. Hallituk-

³⁵⁸ Boucht 2011c, s. 761–762.

³⁵⁹ Boucht 2011c, s. 763. Anteeksiantoperusteiden osalta Boucht sitä vastoin näyttäisi pitävän mahdollisena virkarikoksen ja ns. yleisen rikoksen erilaista kohtelua. Ks. tästä Boucht 2011c, s. 764.

³⁶⁰ HE 224/2010 vp, s. 25. Ks. myös HE 224/2010 vp, s. 83.

³⁶¹ HE 224/2010 vp, s. 83–84.

³⁶² HE 224/2010 vp, s. 84. Virkavastuun ulottaminen yksiselitteisesti hätävarjelutilanteisiin saattaa vahingonkorvauskysymysten osalta myös parantaa tai ainakin selkiyttää virkamiehen oikeusasemaa, sillä vahingonkorvauslain 4 luvun 1 ja 2 §:n nojalla vahingonkorvausta ei ole tuomittava, jos virkamiehen viaksi jää vain lievä tuottamus.

³⁶³ Lahti 2011, s. 3.

sen esityksen mukaan voimakeinojen käytön ja hätävarjelun rajapinnassa tapahtuneet voimankäyttötilanteet voitaisiin jatkossa pyrkiä ”arvioimaan tämän rakennelman mukaan yhtenäisenä kokonaisuutena”.³⁶⁴ Tosiasiassa mainittu rajanveto on huomattavan tärkeä jatkossakin erityisesti anteeksiantoperusteiden soveltamisen kannalta, eikä virkavastuukysymyksestä säätäminen poistanut rajanvedon tarpeellisuutta – eikä siihen liittyviä ongelmia. Itse asiassa säännös ei helpottanut rajanvetoa laisinkaan.

Toisaalta voidaan kysyä, kuinka perusteltua on ylipäättään rajoittaa oikeutta hätävarjeluun rikoslain ulkopuolisin säännöksin. Helminen ym. ovat uutta poliisilakia koskevassa perusteoksessaan aiheellisesti kiinnittäneet huomiota siihen, että oikeus elämään on turvattu PL 7 §:ssä sekä EIS 2 artiklassa, ja edelleen kysyneet:³⁶⁵

”Miten siis voi olla kansalaisten yhdenvertaisuusnäkökulmasta katsoen olla mahdollista, että poliisi ei lain mukaan voi hätätilanteessa vaalia oikeuttaan elämään samoin edellytyksin kuin kaikki muut kansalaiset, vaan joutuu tekemään sen virkavastuulla, valtion kurinpitovallan alaisena?”

Kun otetaan huomioon, että kyse on erityisesti puolustettavuuspunninnassa eikä välttämättömyysarvioinnissa huomioon otettavista seikoista, on perusteltua väittää, että hätävarjelu-oikeutta rajaamalla tosiasiassa kriminalisoidaan joiltakin osin itsensä puolustamista. Tämä havainto puolestaan tuo meidät väistämättä Helmisen ym. viittaamien oikeutta elämään ja fyysiseen koskemattomuuteen suojaavien perus- ja ihmisoikeusnormien äärelle. Tässä suhteessa yleiset vastuuvapausperusteet ovatkin eri asemassa verrattuna muihin sinänsä lukuisiin tilanteisiin, joissa muutokset rikosoikeuden ulkopuolisessa toimivaltasäätelyssä loukkaavat kriminalisointien alaa.

2.6.2 Muutoksesta yleisten kriminalisointiperiaatteiden valossa

Rikoslain tarkoituksena on ensisijaisesti vähentää ei-toivottua käyttäytymistä. Kriminalisoinnilla pyritään saavuttamaan yleispreventiota eli ”rangaistusuhilla pyritään ennakolta vaikuttamaan ihmisten käyttäytymiseen”.³⁶⁶ Kriminalisoinneissa tulee optimoida kaksi tavoitetta: ”preventiivinen oikeushyvien suojaami-

³⁶⁴ HE 224/2010 vp, s. 84.

³⁶⁵ Helminen et al. 2012b, s. 801.

³⁶⁶ Nuutila 1998, s. 168–169. Ks. myös Lappi-Seppälä 1987, s. 196, joka mainitsee yleisprevention syntykanaviksi pelotusvaikutuksen, normien sisäistämisen ja ryhmänormeja vahvistavan vaikutuksen. Välttömän yleisprevention edellytyksiksi Lappi-Seppälä 1987, s. 202 on maininnut normituntemuksen, sanktiovarmuuden ja sanktioankaruuden.

nen ja yksilön oikeuksien suojaaminen.” Ensin mainittua tulee arvioida oikeushyvän arvon ja siihen kohdistuvan uhan intensiteetin avulla. Jälkimmäinen toimii tasapainottavana ja rajoittavana periaatteena.³⁶⁷ Kyse on siis ensisijaisesti pyrkimyksestä vähentää lainrikkomisia yleisesti eikä pyrkimyksestä heikentää itse rikoksenteikijän taipumusta rikkoa lakia (erityispreventio).³⁶⁸

Rikosoikeusjärjestelmän olemassaolon oikeuttaa intressisuojaajan tavoite eli järjestelmän kyky suojata tärkeitä intressejä muiden taholta tulevilta loukkauksilta. Tästä lähtökohdasta on johdettavissa kriminalisointiperiaatteita, jotka lähtökohteisesti edellyttävät, että rikosoikeutta tulee käyttää vain tärkeiden intressien suojaamiseksi ja rikoslain tulee olla viimesijainen keino (*ultima ratio*) jonkin intressin suojaamiseksi. Lisäksi rangaistuksin saavutettavien etujen tulee olla haittoja suurempia. Pelkästään symbolisia ja julistuksenomaisia kriminalisointeja, joita on vaikea valvoa ja jotka jo etukäteen voidaan arvioida tehottomiksi, ei tule säätää.³⁶⁹ Edellytyksenä on lisäksi, että ”kohtuullisin kustannuksin ei ole käytettävissä toista moraalisesti yhtä hyväksyttävää ja tehokasta järjestelmää”.³⁷⁰ Arvioitaessa kriminaalipolitiikan keinoja tehokkuus onkin keskeinen aspekti. Tehotonta ja epäoikeudenmukaista keinoa ei tule käyttää jonkin yhteiskunnallisen ongelman torjumiseen.³⁷¹

Ultima ratio -periaate on analoginen yleisiin perusoikeuksien rajoitusedellytyksiin lukeutuvan välttämättömyysperiaatteen kanssa,³⁷² mutta Melanderin mukaan myös suhteellisuusvaatimus perusoikeuksien yleisenä rajoitusedellytyksenä sisältää *ultima ratio* -periaatetta vastaavan rikoslainsäädäntöön sovellettavan rajoituksen. Kyse on siis luonteeltaan oikeudellisesta rikosoikeudelliseen järjestelmään kohdistuvasta valtiosääntöisestä rajoitteesta eikä pelkästään kriminaalipoliittisesta periaatteesta.³⁷³ Toisaalta on katsottu, että ”[u]ltima ratio -periaatteen asema perusoikeusargumentaatiossa riippuu olennaisesti siitä, millä tavalla yhteiskunnassa ymmärretään julkisen vallan tehtävien laajuus ja velvollisuudet”.³⁷⁴

Suunniteltujen kriminalisointien suhteen tehtävässä *hyöty-haitta-punninnassa* arvioidaan, tuottaako kriminalisointi ”enemmän yhteiskunnallista hyötyä

³⁶⁷ Nuotio 1998a, s. 521. Moraalikriminalisointien kiellosta ks. esim. Nuutila 1997a, s. 42–43.

³⁶⁸ Nuutila 1997a, s. 23. Ks. myös Lappi-Seppälä 1987, s. 196.

³⁶⁹ Lappi-Seppälä 2009b, s. 69 ja Tapani – Tolvanen 2008, s. 106–107. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 37–38 sekä 44–46, Backman 2003, s. 10–12 ja *ultima ratio* -periaatteesta laajemmin Melander 2008, s. 389–470.

³⁷⁰ Tapani – Tolvanen 2008, s. 91

³⁷¹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 53–54. Ks. myös Nuutila 1998, s. 169.

³⁷² Nuutila 1996a, s. 69 ja Tolvanen 1999, s. 193.

³⁷³ Melander 2008, s. 396–398.

³⁷⁴ Nuutila 1998, s. 173–174. Tällä saattaa olla merkitystä esimerkiksi arvioitaessa erilaisten tukipalvelujen merkitystä ei-toivotun käyttäytymisen kitkemisessä.

kuin siitä koituu haittaa”.³⁷⁵ Hyötynä otetaan huomioon ennen kaikkea kriminalisoinnilla vältetyt suojeltaviin intresseihin kohdistuvat oikeudenloukkaukset. Lisäksi hyötynä voidaan ottaa huomioon ihmisten pienentynyt pelko rikoksen uhriksi joutumisesta ja hyvinvoinnin lisääntyminen, lisääntynyt usko järjestelmän kykyyn pitää yllä säätämiään normeja sekä yhteisölliset koheesiovaikutukset. Nämä vaikutukset tulevat kuitenkin preventiivisen vaikutuksen lisänä.³⁷⁶ Haittojen osalta tulee tuomitulle aiheutuneiden negatiivisten tuntemusten ja voimavarojen kulumisen lisäksi huomioon otettavaksi myös rikosoikeuden inflaatio, perusoikeusjärjestelmälle haitalliset toiminnalliset rajoitukset yksittäisille kansalaisille, mahdollisesti lisääntyvä turvattomuuden tunne ja yhteiskuntarauhan järkkäytyminen, tasa-arvohaitat sekä muut yhteiskunnalliset sivuvaikutukset.³⁷⁷

Oikeushyvien suojeluperiaate edellyttää, että kriminalisointeja käytetään vain silloin, kun sääntelyn voidaan perustellusti olettaa suojaavan jotakin oikeushyvää. Kriminalisoinnilla suojeltavat intressit voivat olla luonteeltaan joko yksilöllisiä tai yhteisöllisiä.³⁷⁸ Kollektiivitasolla kyse on tyypillisesti ”järjestäytyneen yhteiselämän, turvallisuuden ja siedettävien elinolojen” turvaamisesta.³⁷⁹ Kulloinkin suojeltavien oikeushyvien piiri perustuu arvovalintoihin. Melander onkin todennut, että ”oikeushyvien arvottaminen on aina suhteellista ja edellyttää tiettyä ennakkokäsitystä siitä, mitä tulisi suojella ja mikä on järjestelmän tarkoitus. Toisin sanoen oikeushyviin liittyvät punnintatilanteet edellyttävät kriminaalipoliittista näkemystä.”³⁸⁰ Väitöskirjassaan Melander on liittänyt oikeushyvien suojeluperiaateeseen kolme keskeistä elementtiä:³⁸¹

1. Ollakseen hyväksyttäviä rikoslain säännösten tulee suojella jotakin intressiä tai oikeushyvää.
2. Lainsäätäjän tulee argumentoida kriminalisoinnin tavoite.
3. Oikeushyvien suojeluperiaate mahdollistaa osaksi rikoslain säännösten jaottelun oikeushyvittäin tai elämänalueittain.

³⁷⁵ Nuutila 1996a, s. 85. Ks. myös Tolvanen 1999, s. 200–202 ja Tapani – Tolvanen 2008, s. 104–106.

³⁷⁶ Nuutila 1996a, s. 86, Tolvanen 1999, s. 201, Melander 2002, s. 956 sekä laajemmin Melander 2008, s. 480–488.

³⁷⁷ Nuutila 1996a, s. 86–87, Melander 2002, s. 955 ja Tapani – Tolvanen 2008, s. 105 sekä laajemmin Melander 2008, s. 481–496.

³⁷⁸ Nuutila 1996a, s. 81. Nuutila kirjoittaa myös siitä, minkä asteista uhkaa oikeushyvään tulee kohdistua, jotta kriminalisointi on perusteltua. Ks. tästä Nuutila 1996a, s. 81–82. Ks. myös Nuotio – Majanen 2003, s. 36–37 ja Tapani – Tolvanen 2008, s. 91 ja 93–96 sekä laajemmin Melander 2008, s. 327–388.

³⁷⁹ Nuutila 1997a, s. 40–42. Ks. myös Lindstedtin (Lindstedt 2007, s. 1014–1015) kommentit yhteisöllisten oikeushyvien ja symbolisen rikosoikeuden yhteydestä.

³⁸⁰ Melander 2002, s. 946.

³⁸¹ Melander 2008, s. 331–332.

Kuten edellä on todettu, suojeluperiaatteen ilmentämä ”valtion velvollisuus säätää ja ylläpitää perusoikeuksien turvaamiseksi välttämättömiä kriminalisointeja” voidaan johtaa perusoikeusjärjestelmästä. Tolvanen on jopa katsonut, että oikeushyvän käsite palautuu jäännöksettä perusoikeuksiin.³⁸² Melanderin puolestaan on vuonna 2002 katsonut, että ainoastaan keskeisimmät oikeushyvät, kuten henki, terveys, vapaus, ruumiillinen koskemattomuus ja omaisuus, palautuvat jäännöksettä perusoikeusjärjestelmään. Muiden oikeushyvien osalta yhteys perusoikeusjärjestelmään on välillisempi. Joka tapauksessa tällainen välillisempi-kin yhteys arvosidonnaiseen ja vallitsevaa yhteiskuntapolitiikkaa peilaavaan perusoikeusjärjestelmään tarjoaa ”huomattavasti vankemman pohjan kriminalisoinnille kuin oikeushyväopin teoretisointi, joka viime kädessä hakee oikeutuksensa yhteiskuntasopimusajattelusta”.³⁸³ Myöhemmässä ja laajemmassa teemaa koskevassa esityksessään Melander näyttäisi siirtäneen painopistettä välillisestä perusoikeusyhteydestä selkeämmin painavan yhteiskunnallisen tarpeen suuntaan. Hän onkin todennut olennaista olevan, että perusoikeuskytkennän puuttuminen ei tee kriminalisoinnista perustuslain vastaista tai yleisemmin perusoikeusjärjestelmän kannalta ongelmallista.³⁸⁴ Toisaalta on syytä huomata, että vaikka kriminalisointi ei rajoita perusoikeutta, tulee sen olla oikeushyvien suojeluperiaatteen mukaista.³⁸⁵

Vaikka rikosoikeuden ja perusoikeuksien suhteen on yleisesti katsottu kehittyneen varsin myöhäisessä vaiheessa, kiinnitti jo rikosoikeuskomitea huomiota oikeushyvien suojeluperiaatteen ja perusoikeuksien keskinäiseen yhteyteen. Tuolloin painopiste oli vapausoikeuksien ryhmässä, mutta komitea korosti myös TSS-oikeuksien rikosoikeudellisen suojaamisen tarpeen selvittämisen tärkeyttä. Lisäksi komitea korosti yhteiskunnallisten olosuhteiden ja oikeudellisen ajattelun muutoksen merkityksen huomioimista arvioitaessa, mitä oikeuksia ja oikeushyviä suojataan kriminalisoinnin.³⁸⁶

Väitöskirjassaan Melander on todennut valtion positiivisen perusoikeuksien turvaamisvelvoitteen käytännössä johtavan siihen, että ”yksilön perusoikeudesta tulee painava yhteiskunnallinen tarve, joka oikeuttaa toiseen perusoikeuteen puuttumisen tai sillä uhkaamisen”. Painava yhteiskunnallinen tarve ja perusoikeusjärjestelmästä kumpuavat perusteet perusoikeuksien rajoittamiseen siis liittyyvät. Ero valtiosääntöoikeudellisen hyväksyttävyyysvaatimuksen ja perinteisen oikeushyväajattelun välillä on juuri mainituissa lainsäätäjään kohdistuvissa

³⁸² Tolvanen 1999, s. 180–182. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 40–41.

³⁸³ Melander 2002, s. 947. Samoin Melander 2008 s. 350–351. Ks. myös Melander 2008, s. 361.

³⁸⁴ Melander 2008, s. 346–348.

³⁸⁵ Melander 2008, s. 348.

³⁸⁶ KM 1976:72, s. 57–58.

aktiivisissa toimintavelvoitteissa.³⁸⁷ Toisaalta nimenomaan perusoikeuksiin liittyvät toimintavelvoitteet nostavat niiden edustamat oikeushyvät Melanderin sanoin ”superoikeushyviksi”. Tämä ei kuitenkaan ole hänen mukaansa ongelmalista, koska oikeushyvien arvottaminen on osa perinteistä näkemystä.³⁸⁸ Melanderin tavoin voidaan esittää, että perusoikeuksien turvaamisvelvoite vahvistaa rikosoikeuden ytimeen kuuluvien kriminalisointien oikeutusta ja korostaa niiden merkitystä suhteessa lievempiin rikoksiin. Turvaamisvelvoitteesta voidaan rikosoikeuden ydinalueella johtaa jopa *dekriminalisointikielto*.³⁸⁹

Kriminalisointiperiaatteiden joukkoon voidaan liittää myös laillisuusperiaate sekä ja ihmisarvon loukkaamattomuuden periaate, joiden merkitystä tutkimukseni teeman kannalta on käsitelty jo aiemmin.³⁹⁰

Lainvalmistelussa on ajoittain otettu kantaa kriminalisoinnin tarpeeseen yleisemminkin. Tällainen kannanotto on löydettävissä yllättäen metsälakiin ehdotettua rangaistussäännöstä koskevasta lakivaliokunnan lausunnosta. Siinä todetaan rangaistussäännösten hyväksyttävälle käyttämiselle yhteiskunnallisina sääntelyvälineinä asetettavista edellytyksistä seuraavaa:

”Näiden edellytysten mukaan kaikelle rikoslainsäädännölle tulee ensinnäkin olla *hyväksyttävä peruste*. Toiseksi on kyettävä osoittamaan, että on *painava yhteiskunnallinen tarve*, joka edellyttää juuri uuden rikostunnusmerkistön 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 säädetystä rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta johtuu, että tunnusmerkistön on oltava *täsmällinen ja tarkkarajainen*.”³⁹¹

Jotta olisi mielekästä arvioida sitä, kuinka tarpeellista kriminalisointien tavoitteiden kannalta virkamiesten hätävarjelutilanteissa tapahtuneiden ylilyöntien kriminalisointi myös virkarikoksena ylipäättään on, tulee ensin selvittää virkarikossääntelyn tavoitteita. Hallituksen esityksessä 58/1988 vp tuotiin esille joitakin tavoitteita ja perusteluja virkarikosten kriminalisoimille ja ylipäättään korostetulle virkavastuulle. Hallituksen esityksen mukaan yleinen etu ja kansalaisten oikeusturva edellyttävät, että virallistahot hoitavat asioita lakien ja muiden sää-

³⁸⁷ Melander 2008, s. 345–346.

³⁸⁸ Melander 2008, s. 352.

³⁸⁹ Melander 2008, s. 354.

³⁹⁰ Ks. Melander 2002, s. 938.

³⁹¹ LaVL 9/2004 vp, s. 1–2.

dösten mukaisesti sekä yleisesti hyväksyttävällä tavalla ja muutoinkin asianmukaisesti. Lainmukaisen menettelyn katsottiin tukevan kansalaisten tasapuolista kohtelua ja takaavan sen, ettei kansalaisten oikeuksia loukata. Julkisen vallan käytön ja yleisemminkin virallisten tehtävien hoidon vastinparina on virkavastuu. Virkavastuun perustana on mainittu HM 92 §, joka edellytti, että kaikessa virkatoiminnassa on noudatettava lakia. Edelleen hallituksen esityksessä on katsottu, että rikosoikeudellisen virkavastuun ennaltaehkäisevä vaikutus on suurempi kuin kurinpidollisen virkavastuun.³⁹²

Lappi-Seppälä on maininnut *välillisen yleisprevention* ehdoiksi, että ”rangaistuksen langettaja koetaan auktoriteetiksi ja järjestelmä legitimiiksi”, ”rangaistus mielletään moitteeksi” ja ”teot, joihin rangaistus liitetään, vähitellen mielletään paheksuttaviksi ja hylättäviksi”.³⁹³ Voitaneen ehkä ajatella, että virkavastuun ulottamisella hätävarjelutilanteisiin olisi tällaisia välillisiä yleispreveniivisiä vaikutuksia normien sisäistämisen sekä moraalia ja tapaa luovan taikka niitä vahvistavan ja ylläpitävän vaikutuksen kautta. Käsillä olevaan ongelmaan sovellettuna tämä tarkoittaisi sitä, että liiallisten voimakeinojen käyttö hätävarjelutilanteissa katsottaisiin juuri virkamiehelle erityisen paheksuttavaksi ja moraalisesti hylättäväksi taikka kuvattu menettely juuri virkamieheltä olisi ”reilun pelin vaatimusten” vastaista.³⁹⁴

Merkitystä saattaa olla myös sosiaalipedagogisesti motivoidulla oppimisvaikutuksella positiivisen yleisestävyyden ilmenemismuotona. Tällöin normin noudattaminen perustuu siihen, että henkilö on oppinut käyttäytymään normin mukaisesti ja ”sisäistänyt normin seuraamisen käyttäytymismallikseen”. Tämän seurauksena rangaistuksen pelkoon perustuva normin seuraaminen muuttuu vapaaehtoiseksi, normin sisäistämisen kautta tapahtuvaksi normin noudattamiseksi.³⁹⁵ Nuutila onkin erottanut moraalia ja tapaa luovat vaikutukset juuri sen perusteella, että tapaa luovassa vaikutuksessa lähtökohtana on, että henkilö tottelee

³⁹² HE 58/1988 vp, s. 5.

³⁹³ Lappi-Seppälä 1987, s. 203. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 31–33, missä hän on luettellonut yleispreveniiviseen vaikutukseen liittyviä tekijöitä.

³⁹⁴ Lappi-Seppälä 2009b, s. 74–76. Kotimaisessa kirjallisuudessa rangaistuksen moraalia luovasta ja vahvistavasta yleisestä vaikutuksesta kirjoittivat ainakin Honkasalo ja Ellilä jo vuonna 1966. Ks. Honkasalo – Ellilä 1966, s. 7–8. Ks. myös Lappi-Seppälä 1987, s. 200–201, Tapani 1999, s. 62–73, Nuotio – Majanen 2003, s. 15, Hahto 2004, s. 55, Melander 2008, s. 181 sekä Tapani – Tolvanen 2008, s. 58–64. Ks. myös Viljanen 1990, s. 6–7, missä hän kirjoittaa erityisesti virkarikoskriminalisointien moraalia luovasta vaikutuksesta.

³⁹⁵ Tapani – Tolvanen 2008, s. 65. Ks. myös Lappi-Seppälä 1987, s. 201–202, joka on todennut, että ”tavan noudattaminen edellyttää jo ennakollista mallia, joka on vuorostaan voinut syntyä vain pelotuksen tai moraalia luovan vaikutuksen kautta”. Samanlaisen seurannaisuuteen Lappi-Seppälä on hahmotellut yleisemminkin välillisen ja välittömän yleisprevention välille. Ks. tästä Lappi-Seppälä 1987, s. 204.

lakeja ”ilman, että niihin otettaisiin *mitään* asennetta”.³⁹⁶ Aarnio on tässä tarkoituksessa puhunut *sosiaalistumisprosessista*.³⁹⁷ Oikeuskirjallisuudessa onkin moraalisen vaikuttamisen sijasta puhuttu myös asenteisiin vaikuttamisesta, mikä vastannee nimenomaan ajatusta normien sisäistämisestä. Lakiin kuuluvia normeja on noudatettava, vaikka ne eivät vastaisikaan moraalinormeja. On kuitenkin syytä pitää mielessä, että nämä vaikutustavat liittyvät nimenomaan siihen, että ihmiset noudattavat kieltoja ja käskyjä. Lakia pidetään auktoriteettina juuri siksi, että sen rikkomisesta rangaistaan.³⁹⁸ Pidän mahdollisena, että virkavastuun tuominen ns. yleiseen rikokseen liittyvän vastuun rinnalle vahvistaa jo olemassa olevaa moraalialia.³⁹⁹

Mainitut vaikutukset ovat saavutettavissa ja mielestäni jo saavutettu sillä, että myös hätävarjelutilanteissa poliisimies on yleisten kriminalisointien piirissä. Tämä näkökohta olikin merkittävästi esillä uudistettaessa virkarikoslainsäädäntöä 1980-luvulla. Hallituksen esityksessä 58/1988 vp nimenomaisesti esitettiin kriminalisoitavaksi virkatoiminnan asianmukaisen hoidon kannalta merkitykselliset teot ja laiminlyönnot, jotka olivat erityisen moitittavia yhteiskunnan ja kansalaisten kannalta tai joista ei muualla laissa ollut säädetty ”virkatoiminnan asianmukaisuuden varmistamiseksi riittävää rangaistusuhkaa”. Esimerkkeinä mainittiin lahjusrikokset, salassapitorikokset, virka-aseman väärinkäyttäminen sekä muu virkavelvollisuuden rikkominen.⁴⁰⁰ Arvioitaessa muualla laissa olevan kriminalisoinnin riittävyyttä on arvioissa toki otettava keskeisesti huomioon tunnusmerkistön ja teosta säädetyn rangaistusasteikon riittävyys kattamaan myös tekijän virkamiesominaisuudesta aiheutuvat rankaisemisen tarpeet.⁴⁰¹

Rangaistavuuden rajaa nostettiin uudistuksen yhteydessä siten, että vähäinen virkavelvollisuuden rikkominen ei enää ollut rangaistavaa. Vähäisinä saattoi tulla arvioitavaksi vähäistä haittaa aiheuttaneet teot tai teot, joissa oli kyse menettelysäännösten rikkomisesta eikä tällä rikkomisella ollut merkitystä kansalaisten tai yhteiskunnan kannalta. Toisaalta vakavimpien kansalaisiin kohdistuvien julkisen vallan väärinkäyttötapausten virkarikoskriminalisointia pidettiin tärkeänä. Tällä haluttiin tuoda selkeästi esille julkisen vallan väärinkäytön tuomittavuus.⁴⁰²

Hallituksen esitykseen 58/1988 vp sisältyvä pohdinta erityisen virkamiehiä koskevan virkarikossääntelyn tarpeellisuudesta osoittaa, että virkavastuun, julkisten

³⁹⁶ Nuutila 1997a, s. 30.

³⁹⁷ Aarnio 1989a, s. 18.

³⁹⁸ Tolvanen 1999, s. 65–66. Tolvanen on kuvannut tätä vaikutusta defensiiviseksi.

³⁹⁹ Tolvanen 1999, s. 72.

⁴⁰⁰ HE 58/1988 vp, s. 1, 18 ja 62.

⁴⁰¹ HE 58/1988 vp, s. 14.

⁴⁰² HE 58/1988 vp, s. 2, 14 ja 18–19.

tehtävien ja julkisen vallan käytön suhde ei ole niin kiinteä kuin usein ymmärretään. Luonnollisesti vakavimmat virassa tehtävät rikkeet tulevat aina jollakin tavoin rangaistavaksi, yleisen tai erityisen sääntelyn nojalla. Mainitussa hallituksen esityksessä katsottiin kuitenkin virkatoiminnan ja julkisen vallan käytön olevan luonteeltaan sellaista, että rikoslain yleiset kriminalisoinnit eivät riitä takaamaan virkatehtävien asianmukaista hoitoa ja lainmukaisuutta. Esityksessä myös pohdittiin mahdollisuutta jättää kurinpitomenettelyn varaan tahallisesti ilman hyötymis- tai vahingoittamistarkoitusta tapahtuneet virkarikokset sekä tuotamuksellisena virkavirheenä rangaistavat teot. Tämä katsottiin sinänsä perustellusti ongelmalliseksi, koska tällöin osa tapauksista, joissa lainvastaisella menettelyllä on aiheutettu vahinko ulkopuolisille, olisi jäänyt kurinpitomenettelyyn.⁴⁰³

Virkarikoskriminalisointien tarpeen arviointia vaikeuttaa myös hallituksen esityksessä 58/1988 vp todettu, että virkavelvollisuuden rikkomista koskeville säännöksille on tyypillistä, että ko. säännöksistä eikä niiden esitöistä ole löydetävissä yhtenäistä linjaa sääntelyn tavoitteista. Mainitussa hallituksen esityksessä on kuitenkin katsottu voitavan päätellä tavoitteena olleen pyrkimys suojata ”yksityistä kansalaista häneen nähden määrätyn viran johdosta ylivertaisessa asemassa olevan virkamiehen vallan väärinkäytöksiltä”. Lisäksi on pyritty turvaamaan virkatoiminnan häiriötön kulku.⁴⁰⁴

Havainnon siitä, että virkavastuun ulottaminen hätävarjelutilanteisiin ei saa tukea juuri mistään kriminalisointiperiaatteesta, ei tulisi yllättää. Kuten Tapani ja Tolvanen ovat todenneet, kriminalisointiperiaatteilla ei ole merkittävää jalansijaa lainvalmistelussa ja lainsäädäntöprosessissa. Kirjoittajat ovat epäilleet tämän johtuvan perusoikeuksien rajoitusperiaatteiden vahvasta asemasta.⁴⁰⁵ Tämän lisäksi Melander on maininnut kriminalisointiperiaatteiden heikkoudeksi niiden sisällöttömyyden.⁴⁰⁶ Kriminalisoinnin hyväksyttävyyttä voidaankin arvioida yleisemmin perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta, joka tarjoaa oivan rikosoi-keuden ulkopuolisen lähtökohdan rikoslainsäädännön kehittämistarpeille.⁴⁰⁷

Tässä yhteydessä voidaankin muistuttaa Tuorin ja Nuotion epäilyistä, jotka liittyivät pelkoon perustuslainvastaisen yleistoimivallan paluusta. Virkavastuun ulottaminen hätävarjelutilanteisiin ei tätä tilannetta kuitenkaan korjaa. Kuten Kerttula on todennut, vaikka kyse on periaatteellisesti merkittävästä asiasta, vir-

⁴⁰³ HE 58/1988 vp, s. 17–19. Ks. myös KM 1976:72, s. 232–235. Komitea ehdotti mm. ”poliisivaltuuksien väärinkäyttö” -kriminalisointia, jonka piiriin olisivat kuuluneet toisen terveyden, vapauden tai kunnian aiheeton loukkaaminen ja toisen aiheeton nöyryyttäminen.

⁴⁰⁴ HE 58/1988 vp, s. 62.

⁴⁰⁵ Tapani – Tolvanen 2008, s. 92.

⁴⁰⁶ Melander 2008, s. 173–174.

⁴⁰⁷ Nuutila 1996a, s. 82–83. Perus- ja ihmisoikeuksien, kriminalisointiperiaatteiden ja tunnusmerkistönmukaisuuden suhteesta ks. Nuutila 1996a, s. 90–95 ja Nuotio 1998a, s. 522.

kavastuun liittäminen hätävarjelutilanteisiin toisi käytännössä virkamiehelle varsin pienen lisärangaistuksen eikä siten estäisi ”mahdollisuutta käyttää näitä oikeuttamisperusteita yleistöimivaltuuden kaltaisesti”.⁴⁰⁸ *Välitöntä* yleispreventiivistä pelotusvaikutusta virkavastuun laajentamisella ei voida arvioida olevan. Tutkimukseni keskiössä olevissa tilanteissa ”rikoksenteelijät” toimivat ”olosuhteissa, joissa etujen ja haittojen tietoinen vertailu harvoin tulee kysymykseen”.⁴⁰⁹

Kuten Nuutila on todennut, jollei preventiivisen tehon odoteta olevan merkittävä, kriminalisointiin ei tule ryhtyä, ”ellei suojan tarve ole erityisen suuri”.⁴¹⁰ Valitettavaa ja valitettavan kuvaavaa on, että poliisilain uudistuksen valiokuntakäsittelyssä perustuslakivaliokunta ei katsonut aiheelliseksi lausua yhtään mitään virkavastuun laajentamisesta hätävarjelutilanteisiin. Ehkäpä perustelut virkavastuun ulottamiselle hätävarjelutilanteisiin ovat löydettävissä lopulta samoista kriteereistä, joilla perusteltiin jo kumottua RL 40 luvun 22 §:ää, jonka nojalla ns. yleisen rikoksen, joka ei kuitenkaan ollut virkavirhe, tekeminen viran toimituksessa katsottiin raskauttavaksi asianhaaraksi. Perusteluiksi katsottiin julkisyhteisön arvovallan säilyttäminen nuhteettomuutta korostamalla sekä pyrkimys ”taata virkatehtävien tehokas ja tunnollinen hoitaminen”.⁴¹¹ Tällaisten ”tietyn viestin välittämiseen” tähtäävien kriminalisointien, jotka ovat päällekkäisiä toisten kriminalisointien kanssa, käyttämiseen tulee Melanderin mukaan suhtautua kielteisesti. Se olisi ”rikosoikeudellisen järjestelmän inflatorista käyttöä” ja herättäisi epäilyksiä ”järjestelmän käytön legitimiisyydestä”. Kriminalisoinnin käyttöä tällaisissa tilanteissa tulisi harkita erityisen tarkoin.⁴¹²

Lopuksi on syytä muistuttaa siitä yksinkertaisesta lähtökohdasta, että rikosoikeuden perustehtävä on rikollisuuden vähentäminen, eikä preventiivisesti tehotonta rikosoikeutta tule käyttää sen mahdollisista kulttuurisista merkityksistä huolimatta.⁴¹³ Toisaalta ei voida sivuuttaa sitäkään seikkaa, että lainvastaisen voimakeinojen käytön tapauksissa vastaaja on tyypillisesti tuomittu sekä RL 21 luvun mukaisesti yleisestä rikoksesta että virkarikoksesta. Kriminalisointiperiaatteiden varaan rakentuva kritiikkini on tässä suhteessa taistelua tuulimyllyjä vastaan.

⁴⁰⁸ Kerttula 2010, s. 394.

⁴⁰⁹ Yleisprevention pelotusvaikutuksesta ks. Lappi-Seppälä 1987, s. 199–200. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 29–30.

⁴¹⁰ Nuutila 1997a, s. 43.

⁴¹¹ Lappi-Seppälä 1987, s. 377–378.

⁴¹² Symbolisen rikosoikeuden kiellosta ja sen ajankohtaisuudesta ks. Melander 2008, s. 364–367. Melanderin esimerkissä kyse on RL 47 luvun 3a §:ssä kriminalisoidusta kiskonnantapaisesta työsyrynnästä ja RL 36 luvun 6 §:ssä kriminalisoidusta kiskonnasta.

⁴¹³ Nuutila 1997a, s. 36.

2.6.3 Ihmisen toiminta hätävarjelutilanteissa

2.6.3.1 Yleistä

Kuten edellisessä jaksossa kävi ilmi, kriminalisointeihin perinteisesti liitetty pelotevaikutus lähtee siitä, että tekijä harkitsee ennakolta tilannetta sekä punnitsee vastakkain rikoksen tuottamia etuja ja siitä mahdollisesti aiheutuvia haitallisia seuraamuksia.⁴¹⁴ Uudemmassa ajattelussa kriminalisointi ei vaikuta tapauskohtaiseen hyöty–haitta-punnintaan, vaan tätä aiemmassa vaiheessa tapahtuvaan käyttäytymistavan valintaan eli ratkaisuun olla ryhtymättä rikolliseksi. Pelotevaikutuksen sijasta kriminalisoinnin tavoitteena onkin se, että ”ihmiset valitsevat vapaaehtoisesti normin noudattamisen vaihtoehdon”.⁴¹⁵

Tehtiinpä päätös rikokseen ryhtymisestä sitten tapauskohtaisessa punninnassa tai valitsemalla etukäteen lainkuuliaisuuteen tähtäävä käyttäytymismalli, on kriminalisointien pyrkimyksenä joka tapauksessa vaikuttaa ihmisten käyttäytymiseen. Esimerkiksi RL 40 luvun kriminalisoinnit ja erityisesti virkatoiminnassa noudatettavat säännökset ja määräykset osoittavat, millaisia odotuksia virkamieheen kohdistetaan. Käyttäytymiseen kohdistettavien odotusten tulee olla yleisesti ottaen realistisia ja kohtuullisia, mikä tulee ottaa huomioon myös tulkintasuosituksia annettaessa.⁴¹⁶

Ihmisten mahdollisuus motivoitua rangaistusuhasta on sidottu harkintaan käytettävissä olevaan aikaan. Oikeuskirjallisuudessa onkin pohdittu, onko rangaistusuhalla ylipäättään mahdollista ehkäistä esimerkiksi ”äkillisissä liikennetilanteissa sattuvia ajoneuvon käsittelyvirheitä ja paniikkireaktioita”. Kyse ei ole ainoastaan harkintaan käytettävissä olevasta ajasta, vaan yllättävissä tilanteissa myös esimerkiksi ryhmäpaine voi ratkaisevasti vaikuttaa päätökseen ryhtyä rikolliseen toimintaan.⁴¹⁷ Perinteisesti tällaista toiminnan vaistonvaraisuuden huomioon ottavaa, ”luonnollinen käyttäytyminen – luonnoton käyttäytyminen” -akselilla operoivaa biologislähtöistä diskurssia ei kuitenkaan ole liitetty rikosoikeudelliseen arviointiin, joka lähtee rationaalisesti toimivista oikeussubjekteista.⁴¹⁸

Pyrkimys järkipäiseen ja käytännölliseen kriminaalipolitiikkaan edellyttää kuitenkin kokemukseräisen tiedon käyttöä. Kriminologian lisäksi merkitykselli-

⁴¹⁴ Lappi-Seppälä 2009b, s. 72. Ks. myös Nuotio – Majanen 2003, s. 15. Kirjoittajat puhuvat negatiivisesta yleispreventiosta.

⁴¹⁵ Tolvanen 1999, s. 57–58 ja Tapani – Tolvanen 2008, s. 55–56.

⁴¹⁶ Viljanen 1990, s. 4.

⁴¹⁷ Tapani – Tolvanen 2008, s. 57. Liikennerikollisuuden osalta onkin esitetty, että rangaistusuhalla tulisi pyrkiä vaikuttamaan ennemminkin ajotapaan kuin toimintaan yksittäisessä tilanteessa. Ks. myös Tolvanen 1999, s. 60.

⁴¹⁸ Ruuskanen 2005, s. 267–268.

siä tieteenaloja voivat olla muut yhteiskuntatieteet sekä esimerkiksi käyttäytymistieteet. Kriminaalipolitiikan ohella myös rikoslainoppi tarvitsee tuekseen empiiristä tietoa.⁴¹⁹ Järkiperäisen kriminaalipolitiikan lisäksi vaarallisten tilanteiden päätöksentekoa koskevalla tiedolla voi olla merkitystä syyllisyysarvioinnissa ja anteeksiantoperusteiden soveltamisalaa määritettäessä. Kyse on sen ymmärtämisestä, millaisissa tilanteissa ei ole kohtuullista edellyttää ihmisten toimivan toisin. Jakson teemaan liittyen voidaan siis kysyä, onko kohtuullista odottaa virkamiehiltä hätävarjelutilanteissa jotakin enemmän kuin tavalliselta kansalaiselta.

Yrittämättä edes löytää mitään lopullisia vastauksia pyrin seuraavassa nostamaan esille joitakin näkökohtia, jotka saattaisi olla hyvä ottaa huomioon lakeja säädettäessä ja niitä käytäntöön sovellettaessa. Voimankäytön psykologisia elementtejä käsittelevien teosten lisäksi lähteinä on käytetty joitakin kriisitalannejohtamista koskevia teoksia. Tästä huolimatta en lähesty ongelmaa johtamisen, vaan yksittäisen toimijan näkökulmasta. Tutkimuksen kohteena eivät myöskään ole voimankäyttötilanteista johtuvat psykologiset kuormitustekijät.

2.6.3.2 Päätöksenteko hätävarjelutilanteissa

Oman tulkintasuositukseni mukaan hätävarjelusäännös tulee *de lege lata* sovellettavaksi lähinnä nopeasti kehittyviin poliisin kontrollin ulkopuolella oleviin tilanteisiin, joihin liittyy vakavaa hengen tai terveyden uhkaa.⁴²⁰ Kuten olen lissensiaatintutkimuksessani todennut, ”kontrolloitu hätävarjelu” on jo käsitteenä ristiriitainen.⁴²¹ Erityisen hyvin koulutettu henkilö voi kuitenkin toimia tällaisissa äärimmäisen vaarallisissakin tilanteissa järkiperäisesti. Kyse ei kuitenkaan ole niinkään rationaalisesta askel askeleelta etenevästä analyttisestä päätöksenteosta, vaan ennemminkin kokemuseräisestä päätöksenteosta, jolle on leimallista vaivattomuus, automaattisuus, äärimmäinen nopeus, toimintasuuntautuneisuus ja tehokkuus eikä niinkään täsmällisyys ja tarkkuus. Toiminta kumpuaa aiemmista kokemuksista, esimerkiksi harjoitelluista toimintamalleista.⁴²² Pysyminen tällä, termillä ”*condition red*” kuvatulla tasolla, jolla toimittaessa voidaan hyö-

⁴¹⁹ Lahti 1998, s. 1193–1994.

⁴²⁰ Voimakeinojen käyttötilatteen ovat tyypillisesti vuorovaikutustilanteita, joissa toisen osapuolen toiminta vaikuttaa toisen osapuolen toimintaan. Näin ei kuitenkaan aina ole, vaan väkivalta on ehkä tapahtunut ilman edeltävää vuorovaikutusta, tai merkittävää vuorovaikutusta on tapahtunut jonkun kolmannen tahon kanssa. Ks. tästä Grueneweldt 2004, s. 88. Esittämäni normatiivisen tulkintasuosituksen johdosta voitaneen arvioida, että hätävarjelutilanteessa vuorovaikutusta ei tyypillisesti juurikaan tapahdu.

⁴²¹ Terenius 2007, s. 130.

⁴²² Artwohl – Christensen 1997, s. 45–47. Ks. myös Grossman 2004, s. 30.

dyntää opittuja taitoja, edellyttää huomattavaa harjoittelua. Ainakin Molloy ja Grossmanin mukaan aktiivisessa konfliktitilanteessa useimmat ihmiset toimivat tilassa, josta kirjoittajat ovat käyttäneet ilmausta ”*condition gray*”. Fysiologisten muutosten lisäksi ja osin niistä johtuen tällaisessa tilassa toimittaessa rationaalisuus vähenee, toiminta muuttuu selkeämmin vaistonvaraiseksi eikä perustu mahdollisten seurausten loogiseen analyysiin. Tilaan liittyvät tyypillisinä pidetyt vaihtoehtoiset pelkoreaktiot, joita ovat raivoisa taistelu, pako tai jäätyminen.⁴²³

Vuonna 2007 julkaistussa artikkelissa Molloy ja Grossman ovat erottaneet toisistaan käsitteet *impulsive aggression* ja *instrumental aggression*. Edellisellä viitataan jostakin ärsykkeestä nopeasti syntyvään vihaan (*a rapidly induced state of anger*), joka usein kanavoituu henkilöön, eläimeen tai esineeseen kohdistuvana väkivaltaisena käytöksenä. *Impulsive aggression* -tilanteessa siirtyminen eräänlaista valmiustilaa edustavasta *condition yellow* -tilasta *condition grey* -tilaan tapahtuu hyvin nopeasti. *Instrumental aggression* -käsitteellä sitä vastoin viitataan organisoituun tavoitteelliseen käytökseen, ja juuri tämäntyyppisen aggressiivisen käyttäytymisen on katsottu liittyvän taistelutilanteissa tapahtuvaan väkivaltaan. Tämänkaltaisen aggressiivisuus voidaan muokata ”positiiviseksi”, esimerkiksi yhteiskunnallisia tavoitteita palvelevaksi toiminnaksi.⁴²⁴

On myös muistettava, että ääritilanteissa poliisimies joutuu tekemään valintoja käsillä olevan, tyypillisesti puutteellisen tiedon valossa ja kaikki nämä valinnat osaltaan vaikuttavat siihen, mikä toimintamalli valitaan. Psykologian termin kyse on heuristisesta ongelmaratkaisumetodista. Kiireellisissä tilanteissa metodiin liittyvät ongelmat korostuvat.⁴²⁵ Tekniset ja taktiset valmiudet sekä taidot vähentävät tarvetta heuristiselle päätöksenteolle ja parantavat mahdollisuuksia suunnitella, organisoida ja toteuttaa vaihtoehtoisia toimintamalleja.⁴²⁶

Edellä on jo mainittu ryhmäpaineen merkityksestä yllättävissä tilanteissa. Pelastustoimen johtamista koskevassa teoksessaan Alho on todennut, että ryhmäpaineella saattaa olla merkitystä jo varsinaista kriisitilannetta edeltävässä vaiheessa, josta Alho puhuu *häilytysvaiheena*. Ryhmäpaineen vaikutuksesta henkilö pyrkii poistamaan mielestään

⁴²³ Grossman 2004, s. 30–34 ja Molloy – Grossman 2007, s. 193–194. Ks. myös Siddle 1995, s. 7–8 ja Claes Wallenius 2001, s. 157–158 ja 165–168. Harjoiteltujen toimintamallien merkityksestä äärimmäisissä voimankäyttötilanteissa ks. myös Artwohl – Christensen 1997, s. 43. Kotimaisesta rikosoikeudellisesta kirjallisuudesta ks. myös Ruuskanen 2005, s. 266–267. Toiminnan kuvaaminen vaistonvaraisena viittaa myös hyväksytyyn motiiviin, puolustautumiseen. Kyseessä on sosiaalisesti adekvaatti tahtotila. Ulkomaisesta kirjallisuudesta ks. esim. Horder 2004, s. 79–81. Äärimmäisten tilanteiden (*high-threat situation*) psykologisten ulottuvuuksien ymmärtämisen tärkeydestä juridisissa ratkaisutoiminnassa ks. myös Artwohl – Christensen 1997, s. 47–48.

⁴²⁴ Molloy – Grossman 2007, s. 189 ja 194. Ks. myös Alpert – Smith 1994, s. 488–489.

⁴²⁵ Auglend et al. 2004, s. 457–458.

⁴²⁶ Auglend et al. 2004, s. 458.

vaikutelmat, jotka poikkeavat toisten vaikutelmista ja vastaavasti yhteiset, jaetut vaikutelmat ja tunnetilat voimistuvat. Tämän seurauksena tilanearvio ja uhkakuvat saatavat ryhmäpaineen johdosta muodostua erilaisiksi kuin ne olisivat yksilötason pohdinnan tuloksena.⁴²⁷ Tilanteen pitkittyessä psyykkinen kuormitus saattaa kasvaa useiden eri tekijöiden seurauksena huomattavaksi. Alhon mukaan tämä vaikuttaa muun muassa henkilöiden kykyyn tehdä havaintoja, joka muuttuu subjektiiviseksi ja valikoi-vaksi. Samalla kyky tietoiseen havainnointiin heikkenee. Ajattelu puolestaan muuttuu stereotyyppiseksi ja henkilö pystyy arvioimaan samanaikaisesti vain muutamia vaihtoehtoja. Lisäksi henkilön toiminta saattaa muuttua impulsiiviseksi ja muun muassa ajantaju heiketä.⁴²⁸ Psyykkistä suorituskyvyn ylläpitoa voidaan Alhon mukaan kehittää kouluttamalla sekä yksilötason että ryhmätason toimintaa. Koulutuksen avulla tärkeimmät taidot voidaan saattaa automaatiotasolle, jolloin näistä tehtävistä suoriututaan myös stressitason kasvaessa.⁴²⁹ Laajemmin ymmärrettynä koulutuksen luomaan ammattitaitoon vaikuttaa myös tarkoituksenmukaisen henkilörakenteen luominen ja oikeantyyppisten henkilöiden rekrytointi.⁴³⁰

Toimittaessa ääritilanteissa mainitulla ”*condition grey*”- tai sitä seuraavalla ylemmällä ”*condition black*” -tasolla myös henkilön kuulo-, näkö- ja tuntoaistien havainnot sekä aikakäsitys voivat vääristyä, mikä osaltaan voi vaikeuttaa voimankäytön vaikutusten arviointia ja päätöksentekoa.⁴³¹ Voimakkaiden näkö-, kuulo- ja haju-aistimusten lisäksi kriisitilanteen aiheuttamina muutoksina on mainittu myös ”yksittäisten muistikuvien tunkeutuminen ja kiinnittyminen tietoisuuteen”.⁴³² Muistikuvat tapahtuneesta voivat myös vääristyä. Tyypillisesti esimerkiksi äärimmäisissä tilanteissa ammuttujen laukausten määrä muistetaan alakanttiin.⁴³³ Tärkeää on myös huomata, että eräissä tilanteissa tapahtumiin osalliset ovat muistaneet tapahtumia, joita ei todellisuudessa ole tapahtunut.⁴³⁴ Erityisen ongelmalliseksi muistikuvien ja aistihavaintojen vääristymät tulevat,

⁴²⁷ Alho 1999, s. 315. Ryhmän vaikutuksesta ks. myös Grossman 2004, s. 203–204 sekä Crank 2004, s. 105–107. Crankin mukaan valmius voimankäyttöön ja jopa voimankäyttö itsessään voi poliisikulttuurin osana kasvattaa ryhmän solidaarisuutta. Hälytysvaiheen vaikutuksista yksilöön ks. myös Ellonen – Nurmi 1997b, s. 209–210. *Hälytysvaihe* saattaa auttaa henkilöä ”mobilisoi-maan voimavaroja ja toimimaan niin, että hän on saavuttanut tasapainotilan”. *Sopeutumisvai-heesta* ihminen arvioi tilanteen oikein, ja hänellä on fyysiset ja psyykkiset keinot tilanteen hallin-taan ja tasapainotila palautuu. Jos tasapainotilaa ei saavuteta, ihminen jatkaa toimimista ylikierrok-silla ja ajautuu lopulta kolmanteen stressireaktiovaiheeseen – *uupumisvaiheeseen*, jossa mm. ”psyykkiset edellytykset hallita tilannetta vähenevät”.

⁴²⁸ Alho 1999, s. 319.

⁴²⁹ Alho 1999, s. 320. Ks. myös Molloy – Grossman 2007, s. 191–192.

⁴³⁰ Ks. Grueneweldt 2004, s. 84.

⁴³¹ Grossman 2004, s. 54–69 ja 90–95 ja Molloy – Grossman 2007, s. 193–194. Ks. myös Westerlundin (Westerlund 2003, s. 57) kommentit tarkkaavaisuuden kaventumisesta ja keskittymisestä uhkaan – putkinäöstä. Aikakäsityksen vääristymisestä ks. myös Artwohl – Christensen 1997, s. 42.

⁴³² Grueneweldt 2004, s. 74.

⁴³³ Grossman 2004, s. 96–101, ks. erit. taulukko s. 99. Ks. myös Artwohl – Christensen 1997, s. 43.

⁴³⁴ Grossman 2004, s. 103–106 ja Artwohl – Christensen 1997, s. 44.

jos tapahtumat on esimerkiksi videoitu. Toimijan subjektiiviset havainnot voivat tuntua videon perusteella epäuskottavilta, ellei esimerkiksi putkinäön (*tunnel vision*) tai ”valikoivan” kuulon (*diminished sounds*) vaikutuksia tunneta.⁴³⁵

Artwohlin ja Christensenin mukaan putkinäköön saattaa liittyä näkökentän supistuminen joidenkin tuumien levyyiseksi sekä syvyytnäön ja kyvyn havaita kohteena takana olevia objekteja heikentyminen. Toisaalta tunnelinäköön saattaa liittyä korostunut kyky havaita kohdehenkilöön liittyviä yksityiskohtia, joista esimerkkinä on mainittu aseiden suuliekki tai sormus kohdehenkilön sormessa. Kuuloaistimuksiin liittyvät vääristymät voivat puolestaan ilmetä esimerkiksi siten, että asetta käyttänyt henkilö ei kuule annettuja käskyjä taikka laukausten ääntä yhtä voimakkaasti kuin normaalitilanteissa. Viimeksi mainittu saattaa vaikeuttaa sen arvioimista, montako laukausta henkilö on ampunut.⁴³⁶ Näyttäisi siltä, että aistihavaintojen vääristymät eivät ole harvinaisia yksittäistapauksia. Artwohlin ja Christensenin tekemän kyselyn mukaan aseenkäyttötilanteisiin (*deadly force encounter*) joutuneista poliiseista (yhteensä 72 kpl) kuuloaistimusten häiriöitä koki 88 % vastaajista, putkinäköä koki 82 % vastaajista, automaattisen toiminnan tuntemuksia oli 78 %:lla vastaajista, korostunutta kykyä havaita yksityiskohtia koki 65 % vastaajista ja aikakäsityksen vääristymistä (*slow motion time*) 63 % vastaajista. Merkille pantavaa on lisäksi, että jopa 19 % vastaajista muisti tapahtuneeksi asioita, joita ei todellisuudessa tapahtunut.⁴³⁷

Psykologisissa tutkimuksissa on myös todettu, että nopea hälytysajo tapahtumapaikalle saattaa aiheuttaa fysiologisen jännityksen tilan (*physiological arousing*), joka ilmenee esimerkiksi sydämen sykkeen nousuna, hikoiluna ja hengitystiheyden kasvuna. *Excitation transfer theory of aggression* -teorian mukaan tapahtumapaikalle saavuttuaan poliisimies ei välttämättä tunnista, mistä lähteestä (nopea ajaminen vai tapahtumapaikan olosuhteet ja epäilyt) jännitys johtuu, mikä saattaa johtaa virheellisiin tilannearvioihin, kuten tarpeettomaan voimakeinojen tai jopa aseiden käyttöön.⁴³⁸

2.6.3.3 Pelko ja vastahakoisuus kuolettavan voiman käyttöön

Rikosoikeudellisissa kirjallisuudessa pelko tyypillisesti liitetään alentuneeseen kykyyn toimia toisin. Havainto on epäilemättä lähtökohtaisesti oikea, mutta vaarallisissa tilanteissa pelon on todettu itse asiassa olevan selviytymisen ja hengen suojaamiseen tähtäävän toiminnan edellytys. Pelon tunne on elämää suojeleva tunne, joka pitää ihmisen valppaana vaarallisissakin tilanteissa ja lisää keskittymiskykyä, mikä puolestaan edesauttaa mahdollisuuksia hyödyntää henkilön

⁴³⁵ Grossman 2004, s. 106–107.

⁴³⁶ Artwohl – Christensen 1997, s. 39–42. Ks. myös Siddle 1995, s. 75–79.

⁴³⁷ Artwohl – Christensen 1997, s. 48–50.

⁴³⁸ Howitt 2006, s. 194–195.

kaikkia voimavaroja ja löytää erilaisia ratkaisukeinoja. Tässä suhteessa pelkoa voidaan pitää tarpeellisenä ja hyödyllisenä tunteena.⁴³⁹ Eräsen mukaan realistisen pelon (erotettuna neuroottisesta pelosta) seurauksena ihmisen *valppaus* lisääntyy, hän tarkkailee ympäristöä ja hankkii vaaraa koskevaa tietoa sekä laatii toimintasuunnitelmia ja valmistautuu toimimaan. Ylivalppaus voi kuitenkin joutaa ihmisen ajattelukyvyyn heikkenemiseen ja hätiköityyn toimintaan, jopa paniikkiin. Valppauden lisäksi pelkoon saattaa liittyä tarve vähentää jännitystä *rauhhoittavan tiedon* avulla, joka saattaa ilmetä pyrkimyksenä kiinnittää huomiota erityisesti seikkoihin, jotka osoittavat, ettei vaaraa ole, taikka uskona haavoittumattomuuteen. Tavoitetilassa vallitsee kompromissi valppauden ja rauhoittavan tiedon tarpeen välillä.⁴⁴⁰ Toisaalta Artwohlin ja Christensenin mukaan luontaiset reaktiotavat tunnettaessa pelkoa oman turvallisuuden puolesta ovat kontrolloidun toiminnan sijasta 1) raivoisa ja säännöistä piittaamaton taistelu, 2) pako tai 3) jähmettyminen. Ilmeistä on, että mikään näistä ei ole sopiva reaktiotapa poliisimiehelle tämän kohdatessa vakavan terveyteen tai henkeen kohdistuvan uhan.⁴⁴¹

Pelon vaikutuksia voidaan Artwohlin ja Christensenin mukaan pyrkiä hallitsemaan psykologian tieteenalan piirissä kehitetyn SIT-menetelmän (*Stress Inoculation Training*) avulla. Menetelmä sisältää kolme eri vaihetta: stressin aiheuttajan hahmottaminen, tarvittavien taitojen hankkiminen ja ylläpitäminen sekä soveltaminen ja loppuhoito.⁴⁴² Ensimmäisen vaiheeseen kuuluu pelon positiivisten ja negatiivisten vaikutusten tunteminen ja tunnistaminen itsessä, äärimmäisten voimankäyttötilanteiden mahdollisuuden ennakkointi (eräänlainen yleinen varautuminen) sekä realistisen kuvan muodostaminen omista kyvyistä ja taidoista.⁴⁴³ Toinen vaihe pitää kirjoittajien mukaan sisällään fyysisen harjoittelun, mahdollisimman realistisen taktisen harjoittelun, oikeudelliseen aineistoon perehtymisen sekä henkisen valmentautumisen, johon liittyy mielikuvaharjoittelu (*mental imagery*). Viimeksi mainitussa potentiaalisia voimankäyttötilanteita harjoitellaan kuvitteellisissa skenaarioissa samalla tavoin kuin

⁴³⁹ Grueneweldt 2004 s. 36 ja Ellonen – Nurmi 1997b, s. 220. Ks. myös Grossman 1996, s. 76–78, joka on esittänyt, että vaaran tunne ei sinällään ole suurin henkisen kuormituksen aiheuttaja, vaan sellainen on erityisesti toisen ihmisen aggressiivinen ja vihamielinen käytös.

⁴⁴⁰ Eränen 1991 s. 18–19.

⁴⁴¹ Artwohl – Christensen 1997, s. 33–37. Pako ei tarkoita tässä taktista vetäytymistä tai suojautumista. Ks. myös Siddle 1995, s. 88–91, Claes Wallenius 2001, s. 78–81 ja Westerlund 2003, s. 55–56. Myös Westerlundin mukaan ensimmäinen reaktio vaarallisiin tilanteisiin saattaa olla eräänlainen šokki tai jäätyminen, jonka kesto voi olla joistakin sekunneista jopa minuutteihin. Tässä tilassa henkilöt pystyvät toimimaan lähinnä koulutuksensa ja harjoiteltujen toimintamallien mukaisesti, osin jopa vaistonvaraisesti (primitiiviset reaktiot).

⁴⁴² Artwohl – Christensen 1997, s. 50.

⁴⁴³ Artwohl – Christensen 1997, s. 50–54.

urheilijat valmistautuvat suorituksiinsa.⁴⁴⁴ Viimeiseen kolmanteen vaiheeseen kuuluu yhtäältä kokemuksista oppimisen elementti ja toisaalta psykologinen jälkihoito.⁴⁴⁵

Samoin kuin on otettava huomioon, että pelko saattaa ruokkia raivoisaa väkivaltaa puolustauduttaessa, on otettava huomioon myös ihmisten luontainen vastahakaisuus väkivallan käyttöön. Grossmanin sotahistoriaa käsittelevän katsauksen perusteella vaikuttaisi varsin ilmeiseltä, että ihmiselle toisen ihmisen surmaaminen ja ylipäättään toista ihmistä kohden ampuminen on luonnostaan vastenmielistä.⁴⁴⁶ Useimmille ihmisille jopa aggressiivinen puhuminen on vastenmielistä.⁴⁴⁷

Samansuuntaisena voidaan pitää Artwohlin ja Christensenin teoksessa selostettuja havaintoja erään yhdysvaltalaisen turvallisuusviranomaisen tekemistä poliisiksi haakeutuvien henkilöiden haastatteluista. Haastatelluilta kysyttiin, olisivatko he valmiita ampumaan pysäyttääkseen toiseen poliisimieheen kohdistuvan aseettoman, mutta hengenvaarallisen fyysisen väkivallan. Esimerkkitapaus oli laadittu siten, että aseenkäyttö oli ainoa mahdollinen voimakeino. Noin kaksi kymmenestä hakijoista ei olisi käyttänyt lainkaan asetta ja ainoastaan yksi tai kaksi kymmenestä olisi ampunut tappaakseen. Muista hakijoista osa olisi ampunut varoituslaukauksia tai ampunut haavoittaakseen. Eräät hakijat eivät osanneet ottaa kysymykseen kantaa.⁴⁴⁸ Havainto ihmisten haluttomuudesta väkivallan käyttöön saattaa olla jossain ongelmallinenkin. Kimmo Heinosen vuosina 2000–2010 tehtyihin aseenkäyttöselvityksiin perustuvassa tutkimuksessa paljastui useita tapauksia, joissa poliisi ei ollut laukaissut asettaan, vaikka kohdehenkilö jo osoitti poliisimiestä aseella. Heinonen onkin viitannut juuri näihin tapauksiin todetessaan, että kohdehenkilön aiheuttaessa välitöntä ja vakavaa vaaraa jonkun hengelle tai terveydelle poliisi ei voi vain reagoida, vaan poliisin pitää määrätä tapahtumien kulusta ja tarvittaessa pysäyttää kohdehenkilön vaarallinen toiminta. Oikeilla toimintataktisilla valinnoilla estetään siis hätävarjelutilanteiden syntyminen. Olen samaa mieltä Heinosen kanssa.⁴⁴⁹

Lukuisat seikat vaikuttavat kuitenkin siihen, miten ihminen suhtautuu väkivallan käyttöön toista ihmistä kohtaan. Merkitystä on todettu olevan erityisesti aggres-

⁴⁴⁴ Artwohl – Christensen 1997, s. 54–60. Ks. myös Siddle 1995, s. 91–131. Mielikuvaharjoittelusta ja erityisesti sitä tukevista rentoutumistekniikoista ks. Artwohl – Christensen 1997, s. 60–66 ja Siddle 1995, s. 102–106.

⁴⁴⁵ Artwohl – Christensen 1997, s. 66–67.

⁴⁴⁶ Ks. Grossman 1996, s. 3–36. Taisteluissa tämä ilmeni mm. ampumatta jättämisinä ja tahallisenä ohi ampumisena. Ks. myös Grossman 2004, s. 194–196 ja Molloy – Grossman 2007, s. 196–200. Vrt. Bourke 1999, s. 1–4 ja 18–21, jonka sotahistoriallisen tutkimuksen mukaan ainakin surmaamisen hetkeen ja sen jälkeisiin tunteisiin liittyy usein voimakasta iloa, mikä ainakin osin juontuu surmaamisen aiheuttamasta vallan tunteesta, sekä Claes Wallenius 2001 s. 90–91. Ks. myös Bourke 1999, s. 100.

⁴⁴⁷ Grossman 1996, s. 76–77. Grossmanin tutkimuksen mukaan ihmisistä noin kaksi prosenttia ei tunne katumusta ja syyllisyyttä surmaamisesta. Ks. tästä Grossman 1996, s. 235.

⁴⁴⁸ Artwohl – Christensen 1997, s. 29–30.

⁴⁴⁹ Ks. myös Heinonen 2012, s. 94.

sion kohteen fyysisellä etäisyydellä. Toisen surmaaminen on psykologisesti helpompaa fyysisesti kauempaa, esimerkiksi tarkka-ampujille.⁴⁵⁰ Toimittaessa lähietäisyydellä merkittäviä tekijöitä ovat tapahtumankulun intensiivisyys ja henkilökohtaisuus, eri aistihavaintojen tilanteeseen tuoma elävyys sekä varmuus oman toiminnan vaikutuksista toiseen ihmiseen.⁴⁵¹ Grossmanin mukaan haluttomuus lähietäisyydeltä tapahtuvaan toisen ihmisen surmaamiseen voi olla vaikutukseltaan jopa suurempaa kuin itsesuojeluvaiston, esimiehen käskyvallan, ryhmän muiden jäsenten odotusten ja kollegoiden suojaamisvelvoitteen yhteisvaikutus.⁴⁵²

Fyysisen etäisyyden lisäksi myös henkinen (*emotional*) etäisyys vaikuttaa eräänlaisen legitimoinnin kautta ihmisen kykyyn surmata toinen ihminen. Tällä viitataan kulttuuriseen etäisyyteen (esimerkiksi etniset ja rodulliset eroavaisuudet), moraaliseen etäisyyteen (usko moraaliseen ylemmyyteen), sosiaaliseen etäisyyteen (esimerkiksi sosiaalisten luokkien tai ryhmien erot) ja mekaaniseen etäisyyteen (tähtäimet, pimeänäkölaitteet tms. kohteen ihmisyyden havainnointiin vaikuttavat tekniset välineet).⁴⁵³ Näistä erityisesti moraalaisella etäisyydellä eli uskolla oman toiminnan oikeutukseen saattaa olla merkittävää vaikutusta myös siviiliyhteiskunnan poliisitoiminnassa. Grossmanin mukaan juuri moraalisen etäisyyden varaan on rakennettavissa surmaamisen mahdollistavia mekanismeja. Legitimoinnin kautta väkivallasta ja tappamisesta saattaa tulla yksinkertaisesti hallintomenettelyä (*administration of justice*). Toisaalta moraalisen etäisyyden tilanteissa ylilyönnit eivät yleisesti ottaen ole niin todennäköisiä kuin esimerkiksi kulttuurisen etäisyyden ollessa kyseessä. Toiminta pysyy tyypillisesti paremmin sallituissa rajoissa.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰ Grossman 1996, s. 97–98. Vrt. esim. Bourke 1999, s. 48–50 esimerkit. Toisaalta ks. myös Bourke 1999, s. 147 huomioiden vihan tunteen ja fyysisen etäisyyden yhteydestä.

⁴⁵¹ Grossman 1996, s. 114–119. Ks. myös Bourke 1999, s. 52–56.

⁴⁵² Grossman 1996, s. 87. Esimerkeistä ja ylipäätään psykologisesta varautumisesta voimankäyttötilanteisiin ks. myös Grossman 2004, s. 142–147. Ryhmän merkityksestä vaarallisissa olosuhteissa ks. Bourke 1999, s. 86–87.

⁴⁵³ Grossman 1996, s. 156–170. Samoin Bourke 1999, s. xvii–xviii ja 148–149. Moraalisen etäisyyden käyttämisestä vastuun häivyttämiseen toimivat esimerkkinä myös Hoggin kuvaukset siitä, kuinka terrorismin vastaisessa taistelussa kohdehenkilöiltä on ikään kuin riisuttu ihmisyyden (*dehumanise*) ja uhristatus kuvaamalla heitä terroristeiksi, ekstrimisteiksi tai fanaatikoiksi. Ks. tästä Hogg 2012, s. 97 sekä Bourke 1999, s. 220–221 ja 225–226. Mekaanisen etäisyyden käyttämisestä vastuun häivyttämiseen ks. Hogg 2012, s. 95–96 esimerkki. Vrt. Bourken (Bourke 1999, s. 65) havainnot mekaanisen etäisyyden merkityksestä. Rodullisten eroavaisuuksien yhteydestä sodissa tapahtuviin julmuuksiin ks. Bourke 1999, s. 193–194. Erityisesti nopeasti kehittyvissä tilanteissa rodulliset eroavaisuudet saattavat vaikuttaa alttiuteen voimankäyttöön ennemminkin yhteisöllisten stereotyyppien kuin yksilön oman asenteen seurauksena. Ks. tästä Payne 2006.

⁴⁵⁴ Ks. Grossman 1996, s. 164–167 sekä Bourke 1999, s. xix–xx ja 212–213. Moraaliseen etäisyyteen näyttäisi kytkeytyvän läheisesti myös vastuun sivuuttamiseen käytettävä retoriikka, jossa käytetään teknisluontoisia ja kliinisiä ilmauksia toiminnan todellisen luonteen häivyttämiseen. Ks.

Sekä pelon vaikutuksia että ihmisten yleistä vastahakoisuutta väkivallan (tai tässä yhteydessä oikeamminkin voimakeinojen) käyttöön voidaan pyrkiä rajoittamaan koulutuksen keinoin. Kuten todettua, äärimmäisissä tilanteissa tapahtuva voimankäyttö ei usein ole tietoista toimintaa, vaan enemmän tai vähemmän refleksiivistä vastaamista ärsykkeisiin harjoitellun toimintamallin mukaan. Luontaisten tuntemusten, kuten esimerkiksi halu paeta paikalta tai vastahakoisuus aseenkäyttöön, torjumiseen tähtäävä käytös mahdollistetaan Grossmanin mukaan erityisesti väline-ehdollistumisen (*operant conditioning*) kautta. Käytännössä väline-ehdollistuminen voi yksinkertaisimmillaan tapahtua esimerkiksi harjoittelemalla ampumista aidon kaltaisissa olosuhteissa ihmisen näköisiin maalitauluihin, jotka kaatuvat osuman johdosta. Onnistuminen tällaisessa harjoituksessa palkitaan ja epäonnistumisesta, esimerkiksi väärän tyyppisen taulun ampumisesta, rangaistaan.⁴⁵⁵

Myös Artwohlin ja Christensenin mukaan kuolettavan voiman käyttöön liittyvän harjoittelun tulee olla realistista, mikä edellyttää sen olevan luonteeltaan dynaamista ja koulutettavaa ainakin jossain määrin stressaavaa. Harjoitteet tulee toistaa riittävän usein, minkä lisäksi suoritteet tulee arvioida jälkikäteen niistä oppimisen mahdollistamiseksi.⁴⁵⁶ Aseenkäytön koulutusta tasapainottavina seikkoina Grossman on maininnut erityisesti laillisen ja laittoman aseenkäytön erottamisen koulutuksessa (palkkioineen ja rangaistuksineen) sekä esimiehen roolin korostamisen auktoriteetin luojana.⁴⁵⁷ Esimiehen tai muun auktoriteetin vaiku-

tästä esimerkiksi Hogg, 2012 s. 102 ja 104. Juuri tähän ilmiöön viitaten Hogg on todennut, että erityisesti terrorismin vastainen sota ”has been a lawyers’ war and a war mired on legalism”. Ks. myös Bourke 1999, s. 70–71.

⁴⁵⁵ Grossman 1996, s. 252–255 ja 257–261. Ks. myös Grossman 2004, s. 205–208, Claes Wallenius 2001, s. 78 ja Westerlund 2003, s. 56–57. Luontaista vastahakoisuutta toisen ihmisen surmaamiseen voidaan ehdollistumisen lisäksi pyrkiä voittamaan tunteettomaksi muuntautumisen (*desensitization*) ja erilaisten defenssikieltomekanismien (*denial defense mechanism*) avulla. Ensimmäisessä on kyse lähinnä henkisestä valmistautumista väkivallan käyttöön ”poistamalla” viholliselta kuvitteellisesti inhimillisiä ominaisuuksia ja jälkimmäisessä on kyse samantyyppisestä, mutta väkivallan käytön jälkeisestä toiminnasta. Ks. näistä Grossman 1996, s. 251–252 ja 255–256. Ks. myös Molloy – Grossman 2007, s. 191–193.

⁴⁵⁶ Artwohl – Christensen 1997, s. 69–75. Koulutukseen liittyy myös vastuunkannon elementti. Viimeksi mainitun osalta huomattavaa on, että vastuu ei kohdistu ainoastaan yksittäiseen poliisimieheen, vaan laajemminkin hänen työnantajansa ja yhteisöön. Työnantajana toimivan turvallisuusviranomaisen vastuu liittyy erityisesti koulutukseen ja rekrytointiin, positiivisen ilmapiirin luomiseen työyhteisössä sekä riittävän tuen antamiseen kuolettavaa voimaa käyttäneille poliisimiehille ja hänen lähipiirilleen. Ks. myös Molloy – Grossman 2007, s. 193 ja IACP 2006, s. 7, jotka samoin korostavat harjoittelun realistisuuden ja stressaavuuden merkitystä.

⁴⁵⁷ Grossman 1996, s. 260–261. Ks. myös Grossman 1996, s. 313–316, jossa kirjoittaja kytkee määrätyn tyyppiset videopelit väline-ehdollistumisen kautta väkivallan lisääntymiseen. Elokuvien vaikutuksesta surmaamisen psykologisiin ulottuvuuksiin ks. Bourke 1999, s. 15–17. Taktisesti oikeiden toimintamallien koulutuksen tärkeydestä ks. esimerkit Grossman 2004, s. 71–73. Ks. myös Grossman 2004, s. 79–85.

tuksen on puolestaan katsottu riippuvan esimiehen fyysisestä läheisyydestä, esimiehen tuntemisesta ja subjektiivisesta kunnioituksesta tätä kohtaan sekä käskyjen intensiivisyydestä ja legitimiisyydestä.⁴⁵⁸

Vaikka väline-ehdollistuminen nopeuttaa poliisimiehen reaktioita uhkaavissa tilanteissa, on syytä huomata, että henkilön päätöksestä käyttää asetta itsensä puolustamiseen kuulu kolmasosasekunnista kahteen sekuntiin aikaa ennen laukauksen ampumista. Tässä ajassa kohdehenkilö saattaa jopa kääntää selkensä asetta käyttävälle poliisimiehelle. Ratkaisevaa merkitystä ei tältä osin näyttäisi olevan silläkään, että ase on jo kohotettuna ampuma-asentoon. Selkään ampumisestakaan ei siis voida suoraviivaisesti päätellä, että kyseessä ei olisi ollut hätävarjelutilanne. Noréen mukaan Ruotsissa tuomioistuin on ainakin yhdessä tapauksessa hylännyt hätävarjelun perusteella kohdehenkilöä selkään ampuneeseen poliisimieheen kohdistuneet syytteet. Toisaalta näiden johtopäätösten perusteella vaikuttaisi olevan kohtuutonta edellyttää, että poliisimies odottaa, että ase kohotetaan häntä vastaan ennen tulen avaamista.⁴⁵⁹ Jonkinlainen ennakointi on sallittava, sillä aseennosta riippumatta mitä ilmeisimmin se, joka päättää ampua ensin, myös ampuu ensin.

2.6.3.4 Loppuhuomioita

Suomessa poliisitoiminnan lainsäädännön valmistelutyössä ainakin poliisiase-toimikunta on mietinnössään pohtinut aseenkäyttötilanteiden psykologisia ulottuvuuksia. Mietinnössä on mielenkiintoisella tavalla kytketty itsetunto stressinsietokykyyn. Mietinnön mukaan ”[y]ksilö, jolla on vahva ja realistinen perusitsetunto, kykenee kestämaan voimakasta ja pitkäaikaista stressiä”. Huono itsetunto puolestaan saattaa ilmetä johdetuissa tilanteissa esimerkiksi pyrkimyksenä ”sooloiluun” ja tarpeettomien riskien ottamiseen sekä jopa alentuneeseen kynnökseen käyttää voimakeinoja. Toimikunnan mukaan myös aseenn hallussapito, aseeseen tarttuminen, aseella uhkaaminen ja varoituskaukausten ampuminen vähentävät pelkoja ja lisäävät tunnetta tilanteen hallinnasta.⁴⁶⁰

Ampuma-aseenn käsilläolon vaikutukset on syytä ottaa laajemminkin huomioon poliisitoiminnan taktisessa suunnittelussa. Tuoreesta yhdysvaltalaisesta psykologian tieteenalan piirissä tehdystä tutkimuksesta ilmenee, että henkilö, jolla on hallussaan ase – tai oikeammin henkilö, jolla on mahdollisuus käyttää

⁴⁵⁸ Grossman 1996, s. 141–145. Ks. myös Grossman 2004, s. 201–203. Esimiehen käskyjen vaikutuksesta ks. myös Bourke 1999, s. 185–186.

⁴⁵⁹ Lewinski – Grossi 1999, Norée 2004, s. 55–56 ja Westerlund 2003, s. 58–63. Toisaalta henkilön tehtyä päätöksen käyttää asetta laukauksen ampumiseen johtavaa liikkeen sarjaa on hyvin vaikea pysäyttää.

⁴⁶⁰ KM 1988:27, s. 67–68.

asetta tai joka suunnittelee sitä käyttävänsä –, on taipuvaisempi näkemään toisen henkilön hallussa aseena kuin henkilö, jolla itsellään ei ole asetta.⁴⁶¹ Tutkimustuloksella on merkitystä erityisesti ns. putatiivitalanteiden välttämiseksi⁴⁶², ja se tukee myös Suomessa omaksuttua mallia, jossa aseella uhkaamistakin vältetään viimeiseen asti.

Uhkaaviin tilanteisiin on todettu myös liittyvän piirteitä, jotka ovat jossain määrin ristiriitaisia Suomessakin tehtyjen lainsäädännöllisten ratkaisujen kanssa. Henkilöt, jotka ovat koulutettuja ja tottuneita traumaattisiin ja stressaaviin tilanteisiin, saattavat kokea olonsa uhatuksi helpommin kuin tällaisiin tilanteisiin tottumattomat henkilöt ja saattavat tästä syystä käyttää asetta tai muuta voimaa, vaikka ns. tavallinen kansalainen ei näe tilanteessa erityistä uhkaa. Tämä johtuu siitä, että koulutetut ja uhkaaviin tilanteisiin tottuneet henkilöt tunnistavat ja ymmärtävät paremmin riskejä, kun taas tottumattomille on tyypillistä ”epärealistinen optimismi” ja tunne haavoittumattomuudesta.⁴⁶³

Ajatuksellisesti ei ole syytä sivuuttaa myöskään poliisikunnan vahvan yhteenkuuluvuuden ja solidaarisuuden tunteen – jopa eristäytyneisyyden – merkitystä voimakeinojen käyttötilanteissa. Kiehelä onkin todennut, että ”[j]atkuvaa fyysisen uhan ja väkivallan kokeminen yhdistettynä voimakkaaseen ryhmähenkeen voivat pahimmillaan johtaa ammattikunnan edustajat ennakkoluuloihin (’me’ vastaan ’he’), epäluuloisuuteen ja ulkopuolelta tuotettujen arvojen kieltämiseen”.⁴⁶⁴ Huomioon on otettava myös se mahdollisuus, että virkakunnassa on henkilöitä, jotka adrenaliinin vaikutuksen tunteakseen hakeutuvat voimankäyttötilanteisiin ja tulevat niistä jopa eräällä tavoin riippuvaisiksi.⁴⁶⁵

⁴⁶¹ Witt – Brockmole 2012 (kysymyksen asettelusta ks. erit. s. 1159–1160 ja tuloksista ks. erit. s. 1165–1166). Tutkimuksessa selvitettiin myös, voiko kyse olla siitä, että henkilöt hahmottavat ympäröivää maailmaa omien *toimintamahdollisuuksiensa* mukaisesti. Tulokset eivät viitanneet tähän, sillä kokeen toistaminen siten, että koehenkilöllä oli kädessään kenkä, joka ei – toisin kuin ase – vaikuta toimintamahdollisuuksiin, johti samansuuntaisiin havaintoihin siitä, että kenkää kädessään pitävät henkilöt olivat taipuvaisempia näkemään myös kohdehenkilön kädessä kengän.

⁴⁶² Ks. tutkimukseni jakso 5.4 havainnot putatiiviaskeenkäytön yleisyydestä Ruotsissa sekä Witt – Brockmole 2012, s. 1166, josta ilmenee, että jopa 25 %:ssa poliisin aseenkäyttötilanteista (laukauksen ampuminen) kohdehenkilö oli aseistamaton.

⁴⁶³ Westerlund 2003, s. 54–55. Ks. myös Claes Wallenius 2001, s. 20 ja 77–79 ja 90.

⁴⁶⁴ Kiehelä 1997, s. 9. Mielenkiintoista kyllä myös käskytyksellä ja jopa sopimattomalla kielenkäytöllä voidaan pyrkiä ottamaan kohdehenkilöön sosiaalista etäisyyttä ja vahvistamaan poliisi- miesten solidaarisuutta. Ks. tästä Crank 2004, s. 182.

⁴⁶⁵ Ks. tästä Artwohl – Christensen 1997, s. 27–28.

3 Vastuu yleisestä rikoksesta

3.1 TEON JA SEURAUKSEN SUHDE

Tässä jaksossa arvioidaan niitä tilanteita, joissa lainkäyttäjät pohtii, tuleeko rikos-oikeudenvastaisesti toiminut poliisimies rangaistavaksi virkarikoksen lisäksi tahallista tai tuottamuksellisesta yleisestä rikoksesta. Lähestyn tätä kysymystä pohtimalla voimankäyttöön liittyvän kielletyn riskin relevanssia suhteessa seuraukseen. Seurauksen todennäköisyyteen kiinteästi kytkeytyvä rajanveto tahallisen ja tuottamuksellisen vastuun välillä on tarkastelun kohteena seuraavassa jaksossa. Kyse on rikoksen kaksiosaisen rakenteen kentässä *vastuun perustavista* seikoista ja kolmiosaisessa osin tunnusmerkistön mukaisuuteen ja osin syyllisyyteen liittyvistä kysymyksistä. Viimeksi mainittu liittyy luonnollisesti laajempaan kysymykseen siitä, onko tekijällä ollut mahdollisuus toimia toisin.⁴⁶⁶

Kysymyksenasetteluni saattaa olla nurinkurinen, sillä ainakin vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa on nostettu esille ongelma, joka on päinvastainen tässä esittämäni kanssa. On todettu olleen joissakin tapauksissa epäselvää, onko kiinniotetun henkilön pahoinpidellyt poliisimies syylistynyt pahoinpitely-rikoksen *lisäksi myös virkarikokseen*.⁴⁶⁷ Edellä on etsitty vastausta tähän kysymykseen hätävarjelutilanteiden osalta, mutta voimakeinojen käytön osalta oikeustila näyttäisi varsin selkeältä. Viljanen on virkarikoksia käsitelleessä väitöskirjassaan katsonut, että poliisin käyttäessä liiallisia voimakeinoja on kysymyksessä ”yhdeällä teolla tehdyt virkarikos ja yleinen rikos”. Viljasen mukaan yleisiä rikoksia koskevat tunnusmerkistöt antavat sisällön myös virkarikokselle. Toisaalta Viljasen mukaan edellytetään ”välittävää normia, joka osoittaa esim. pahoinpitelyn virkavelvollisuuden vastaiseksi”. Viljasen mukaan tällainen oli löydettävissä rikoslain kumotuista 3 luvun 8 §:stä ja 9 §:stä sekä poliisilain säännöksestä, jonka mukaan poliisi ei saanut puuttua kansalaisten oikeuksiin enempää kuin virkatehtävien toimittamiseksi oli tarpeen.⁴⁶⁸ Nykyään tällaisena välittävänä normina ovat itsestään selvästi erityisesti poliisilain säännökset ja sen 27 §, joka ei siis ulotu hätävarjelutilanteisiin. Rikoslain säännösten ja poliisilain yleisten säännösten riittävyyttä välittäviksi normeiksi on käsitelty edellä.

⁴⁶⁶ Koskinen 2009, s. 171. Todettakoon, että ainakin Ruotsissa virkarikokset ovat toissijaisia suhteessa ns. yleisiin rikoksiin. Ks. esim. Norée 2000, s. 329

⁴⁶⁷ Viljanen 1984, s. 318. Tässäkin on toki huomattava ko. aikaan voimassa ollut rangaistuksen mittaamiseen vaikuttanut RL 40 luvun 22 §.

⁴⁶⁸ Viljanen 1984, s. 357. Kyseessä oli Viljasen mukaan ”tarpeettoman kansalaisten oikeuksiin puuttumisen käsittävän virkarikoksen ja pahoinpitelyrikoksen ideaalikonkurrenssi”. Ks. myös KKO 2004:75 ratkaisun kohta 36, Nuotio 2005a, s. 60 ja Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 537.

Virkamies voi syyllistyessään RL 40 luvun mukaiseen virkarikokseen samalla (samalla teolla) syyllistyä lähtökohtaisesti myös muualla rikoslaissa rangaistavaksi säädettyyn tekoon. Tekoon tulee lähtökohtaisesti soveltaa sekä rikottua yleistä normia että virkavelvollisuuden rikkomista koskevia säännöksiä.⁴⁶⁹ Epävarsinaisista virkarikoksista luovuttaessa selkeä johtajuus oli, että ”kun virkamies virkatoiminnassaan syyllistyy yleisessä laissa... olevien rikosoikeudellisten säännösten rikkomiseen, rangaistus virkamiehellekin määrättäisiin noiden yleisten rangaistussäännösten nojalla”.⁴⁷⁰ Esitöissä ja oikeuskirjallisuudessa esitetty kanta saa vahvistuksen oikeuskäytännöstä. Korkein oikeus on ottanut kantaa poliisitoiminnan yhteydessä tapahtuvien ylilyöntien rangaistavuuteen muun muassa ratkaisussa KKO 1973-II-6. Ratkaisun tiivistelmän mukaan:

”Poliisikonstaapeli, joka oli virkatoimensa yhteydessä tahallaan pahoinpidellyt epäilyn rikoksen vuoksi kiinniotettavaa henkilöä, tuomittiin yksin teoin tehdyistä pahoinpitelystä ja virkarikoksesta.”

Virkatoimien yhteydessä tapahtunut liiallinen voimakeinojen käyttö katsottiin siis rangaistavaksi sekä RL 21 luvun mukaisena ns. yleisenä rikoksena että virkarikoksena.

Todettakoon, että Helminen ym. ovat viitanneet kuvattuun ratkaisuun esimerkkinä tilanteesta, jossa kiinniotettu saa vammoja vasta poliisiasemalla tapahtuneen voimankäytön yhteydessä. Kirjoittajien mukaan tällaisissa tapauksissa herää helposti epäily liiallisesta voimankäytöstä tai jopa väkivallasta, koska poliisiasemalla kohdehenkilö on lähtökohtaisesti alakynnessä ja vakavankin vastarinnan tapauksissa lisävoimia on usein helposti saatavilla.⁴⁷¹ Kuten edeltä käy ilmi, myös EIT on useissa tapauksissa kiinnittänyt huomiota juuri tämäntyyppisiin olosuhteisiin.

Toisaalta tapauksessa KKO 2006:24 korkein oikeus katsoi, että suljetulla sotilasalueella tapahtunut *liikenne rikkomus sisältyi palvelusrikokseen*. Korkein oikeus kuitenkin katsoi, että yleisellä tiellä liikuttaessa kyseeseen tulee helpommin liikenneturvallisuuden vaarantaminen, mikä on selvästi liikenne rikkomusta vakavampi rikos. Perusteluissaan se totesi (kursivoinnit tässä):

”13. Palvelusrikoksia koskevilla rangaistussäännöksillä pyritään puolestaan turvaamaan myös se, että palvelukseen kuuluvat velvollisuudet täytetään ja annettuja ohjeita

⁴⁶⁹ HE 58/1988 vp, s. 8 ja 45. Vanhastaan näissä tilanteissa puhuttiin ideaalikonkurrenssista (yksitekoisen rikosten yhtyminen). Kurinpitomenettelyn ollessa laajemmin käytössä tulkittiin valtion virkamieslakia niin, että tällaisia tapauksia ei voitu käsitellä kurinpitomenettelyssä, vaan asiat tuli saattaa tuomioistuimen päätettäväksi. Ks. myös Salmiala 1952, s. 368 ja uudemmassa kirjallisuudesta Boucht – Frände 2008, s. 116.

⁴⁷⁰ HE 58/1988 vp, s. 23.

⁴⁷¹ Helminen et al. 1999, s. 292.

ja määräyksiä noudatetaan ja että puolustusvoimissa säilyy niiden toiminnan kannalta välttämätön järjestys ja kuri. *Säännösten tarkoitus ja samalla suojelukohde on siten laajempi kuin vain kulloinkin kysymyksessä olevan tietyn yksittäisen ohjeen tai määräyksen noudattamisen turvaaminen. Tuottamuksellisen palvelusrikoksen rangaistusasteikko on ankarampi kuin liikenne rikkomuksen. Näistä syistä tuottamuksellinen palvelusrikos ei voi sisältyä liikenne rikkomukseen. Sen sijaan edellä mainitut seikat puoltavat sitä, että tässä tapauksessa liikenne rikkomus sisältyisi tuottamukselliseen palvelusrikokseen.*”

”16. Kun sotilasajoneuvon kuljettaja syyllistyy tiellä liikennesääntöjen rikkomiseen, on edellä mainituista syistä luonnollista, että tekoa arvioidaan palvelusrikoksen ohella myös erillisenä liikenne rikoksena. *Olosuhteet suljetulla sotilasalueella ja tiellä ovat niin erilaiset, että niillä tapahtuvia liikennesääntöjen rikkomisia voidaan perustellusti arvioida liikenne rikosten ja sotilasrikosten keskinäisen suhteen kannalta eri tavoin.*”

Ennen siirtymistä tuottamuksellisten yleisten rikosten pariin todettakoon lyhyesti, että vaikka teko katsotaan huolimattomaksi ja sinänsä tunnusmerkistön mukaiseksi eli objektiivisesti syyksiluettavaksi, tekoa ei kuitenkaan välttämättä voida lukea tekijän syyksi tahallisenä tai tuottamuksellisenä. Tällöin kyse on tapaturmasta.⁴⁷² Tapaturman mahdollisuus on todettu RL 3 luvun 7 §:n 3 momentissa:

”Pikemmin tapaturmaan kuin tuottamukseen perustuvasta teosta ei rangaista.”

Kyse voi ilmeisesti olla myös olosuhteisiin liittyvästä erehdyksestä. Rikosoikeuskomitean mukaan ”anteeksiannettava tosiasia erehdys saattaa aiheuttaa sen, että tapausta pidetään tapaturmana.⁴⁷³ jolloin henkilöön ei voida kohdistaa edes tuottamusmoitetta. Voitaneen edelleen yhtyä Vikatmaan esittämään näkemykseen tapaturman rajoista. Hän on todennut, että ”[j]os tekijä on yrittänyt parhaansa hänen edellytyksilleen sopivalla alueella toimien eikä ole siitä huolimatta ymmärtänyt tai tuntenut asioita oikein, on lähtökohtaisesti kysymyksessä tapaturma”.⁴⁷⁴ En näe, että mainitulle RL 3 luvun 7 §:n 3 momentille jää käytännössä merkitystä myöhemmin tässä jaksossa käsiteltujen tekijän huolimattomuuteen liittyvien näkökohtien ulkopuolella.

⁴⁷² HE 44/2002 vp, s. 99.

⁴⁷³ KM 1976:72, s. 108.

⁴⁷⁴ Vikatmaa 1970, s. 97. Esimerkiksi hätävarjelutilanteessa seuraus saatetaan aiheuttaa pikemminkin tapaturmaisesti kuin tuottamuksella. Tilannetta on tällöin arvioitava kokonaisuudessaan puolustettavuus- ja tarpeellisuuskriteerien näkökulmasta. Ks. tästä Majanen 1979, s. 301.

3.1.1 Sallittu riski ja huolimaton voimankäyttö

Harjoitettaessa yhteiskunnan kannalta hyödyllisiä ja luvallisia, mutta vaarallisia toimintamuotoja on tärkeää, että noudatetaan tarkasti sääntöjä ja muutoinakin tarpeellista varovaisuutta.⁴⁷⁵ Poliisitoiminta on usein luonteeltaan vaarallista, mistä syystä huolellisuuden merkitys korostuu. Toisaalta myös huolimattoman menettelyn osalta on pystyttävä osoittamaan konkreettinen yksilöllinen syyllisyysmoite. On toisin sanoen pystyttävä osoittamaan, mikä tekijän valinnoista oli väärä.⁴⁷⁶ Johtoa voidaan itsestään selvästi hakea hallinnollisista normeista, esimerkiksi voimankäyttöä koskevista määräyksistä.⁴⁷⁷ Tältä osin voidaan viitata esimerkiksi käräjätuomarin menettelyä koskeneeseen virkarikosasiaan KKO 2009:38.

Oikeudellisten ongelmien hahmottamiseksi voidaan myös muokata korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1998:2 esitettyä tapahtumain kulkua ajatuksellisesti siten, että tekijä on poliisimies. Tapauksessa vastaaja oli aiheuttanut toisen henkilön kuoleman lyhytaikaisesti yhdellä kädellä kurkusta kuristamalla. Päätöserusteluissa on viitattu oikeuslääkärin lausumaan, jonka mukaan kaulavaltimon painaminen johtaa verenpaineen nousuun, joka puolestaan saattaa aiheuttaa paineaistinsolujen välityksin hermorefleksejä, jotka voivat pysäyttää sydämen ja aiheuttaa nopean kuoleman. Korkeimman oikeuden mukaan ”[s]ydänpysähdyksen mahdollisuus lyhytaikaisen kuristamisen seurauksena ei ole yleisesti tiedossa”, eikä syytetyllä siten katsottu olleen tietoisuutta siitä, että uhrin kuolema olisi kuristamisen varsin todennäköinen seuraus.⁴⁷⁸ Hänen katsottiin kuitenkin huolimattomuudellaan aiheuttaneen uhrin kuoleman. Johtopäätöksenä korkein oikeus totesi, että ”[v]aikka kovin yleisesti ei tiedetäkään kuristamiseen liittyvää äkillisen sydänpysähdyksen ja siitä johtuvan yllättävän ja hyvin nopean kuoleman vaaraa, yleisesti kuitenkin on tiedossa, että kurkusta kuristaminen voi olla hengenvaarallista”. Vastaaja tuomittiin pahoinpitelystä ja törkeästä kuolemantuottamuksesta.

Oikeuskirjallisuudessa Matikkala on todennut olevan ”[a]bsurdia puhua huolellisesta kuristamisesta”.⁴⁷⁹ Samoin myös Vihriälä on katsonut, että ei-sallitun riskin ottamisesta puhumiseen sisältyy kielellisesti oletus, että sallittukin riski on

⁴⁷⁵ Anttila 1946, s. 149.

⁴⁷⁶ Nuotio – Majanen 2003, s. 59.

⁴⁷⁷ Ks. Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 537.

⁴⁷⁸ Kommentoidessaan ratkaisua Matikkala on tulkinnut korkeimman oikeuden perusteluja (”A:lla ei ole ollut tahallisuuden edellyttämää tietoisuutta”) siten, että ne voivat viitata siihen, että objektiivisesti arvioiden kyse olikin varsin todennäköisestä seurauksesta. Ks. tästä Matikkala 2005, s. 168.

⁴⁷⁹ Matikkala 2000, s. 126.

mahdollinen. Pahoinpitelyrikoksiin ei hänen mukaansa tällaista sallittua riskiä voi sisältyä – ”ei ole olemassa oikeutta vähän pahoinpidellä jotakuta”.⁴⁸⁰ Kirjoittajat ovat mielestäni väärässä. RL 21 luvun näkökulmasta poliisitoiminnan kohdehenkilön huolellinen ”pahoinpitely” on arkea poliisitoiminnassa. Tätä ilmentää myös esimerkiksi järjestyksenvalvojaa koskenut Turun hovioikeuden ratkaisu 22.5.2012 nro 1093. Kyseisessä tapauksessa oli kyse otteesta, jolla on yhtäläisyyksiä kuristus- ja hapetusotteen kanssa. Järjestyksenvalvojan ei katsottu tahallaan kuristaneen otteen seurauksena ns. heijasteiseen sydänpysähdykseen kuollutta henkilöä eikä tahallaan aiheuttaneen vammoja. Järjestyksenvalvojan katsottiin kuitenkin syyllistyneen kuolemantuottamukseen. Hovioikeus toteaa:

”Ottaen huomioon Jari S:n vahvan humalatilán hovioikeus katsoo, että K:lla on ollut erityinen velvollisuus huolellisuuteen käyttäessään häneen voimakeinoja. K on järjestyksenvalvojana saanut koulutusta voimakeinojen käytöstä ja ollut tietoinen niistä riskeistä, joita voimakeinojen käyttö erityisesti kaulan alueelle voi aiheuttaa. Pelkäättään se, että tilanne on ollut jossain määrin yllätyksellinen, ei osoita, että K:lla ei olisi ollut kykyä noudattaa häneltä vaadittavaa huolellisuutta.”

Järjestyksenvalvojan katsottiin toimineen huolimattomasti, mutta ei törkeän huolimattomasti. Tältä osin oikeus totesi, että ihmisen fyysinen koskemattomuus ja henki ovat tärkeitä etuja, mutta vakavan loukkaantumisen ja kuoleman todennäköisyys henkilöä maahan laitettaessa ja raudoitettaessa on kuitenkin pieni. Järjestyksenvalvojan riskinotto ei myöskään ollut tietoista.⁴⁸¹

Voimme siis kysyä, olisiko kuvattu kuristaminen puolustettavuus- ja välttämättömyyskriteerien puitteissa toimittaessa voinut olla huolellista ja sallitun riskin piirissä. Toisin sanoen toiminnan luonne ”laillisena väkivaltana” vaikuttaa teon huolimattomuus -arviointiin myös tahallisten tekojen osalta puolella eikä ainoastaan tuottamuksellisissa teoissa. Henkilökohtainen rikosvastuu voitaisiin siis sulkea pois jo tunnusmerkistön mukaisuuden tasolla tilanteissa, joissa poliisimies on käyttänyt voimaa määräysten ja ohjeiden sekä muiden teon huolimattomuutta määrittävien standardien mukaan.⁴⁸²

⁴⁸⁰ Vihriälä 2012, s. 174. Vihriälä on oikeassa siinä, että ei ole luontevaa puhua teon *huolimattomuudesta* esimerkiksi pahoinpitelyrikoksen yhteydessä. Ks. myös Vihriälä 2012, s. 178–179 ja 186–187.

⁴⁸¹ Ks. myös KKO 2012:94, jossa käsiteltiin tapahtumaa, jossa A oli lyönyt B:tä kerran nyrkillä vasemmalle puolelle päätä korvan seutuun, minkä seurauksena – vähäisempien seurausten lisäksi – B:lle oli aiheutunut laaja-alainen kovakalvonalainen verenvuoto, joka oli aiheuttanut hengenvaaran. Katsottiin, ettei A ole voinut pitää ko. seurausta varsin todennäköisenä. Vammaa ei siis ollut aiheutettu tahallaan.

⁴⁸² Ks. Jareborg 2001 s. 274, joka on todennut: ”*Inte heller är en domstol bunden av en försvarlighetsbedömning som kommer till uttryck i en administrativ föreskrift. Men har en polisman följt*

Samoin Elholm on pohjoismaisessa kirjallisuudessa lähtenyt siitä, että ainakin aseenkäytön oikeudenmukaisuuden arvioinnissa nimenomaan hallinnollinen sääntely asetetaan arvioinnin lähtökohdaksi. Hän on perustellut tätä yhtäältä sääntelyn erityisluonteella yleisluontoisen rikosoikeuden sääntelyn rinnalla ja toisaalta hallinnollisen sääntelyn perustumisella täsmälliseen, pitkään jatkuneeseen käytäntöön.⁴⁸³

Henkilökohtainen rikosvastuu voidaan mahdollisesti sulkea pois myös niissä tilanteissa, joissa poliisimies on käyttänyt voimaa sillä tavoin kuin koulutuksessa, virallisissa käsikirjoissa tai muissa ei-oikeudellisesti sitovissa lähteissä on opetettu, vaikka tuomioistuin katsoisikin, että käytetty voima ei ollut puolustettavaa. Tällöin kyse on kuitenkin ehkä ennemminkin puutteista rikosvastuun subjektiivisissa edellytyksissä (tahallisuus ja tuottamus) ja erityisesti oikeudenvastaisuustietoisuudessa.⁴⁸⁴ Tämä kysymys liittyy kuitenkin enemmän tekijän kuin teon huolimattomuuden ulottuvuuteen.

3.1.2 Kielletyn riskinoton relevanssi ja tunnusmerkistön ulottuvuus

Lähtökohtaisesti ainakin selkeimmissä ylilyöntitapauksissa rinnakkaista vastuuta sekä virkarikoksista että yleisistä rikoksesta voidaan pitää kriminalisoinneilla suojattavien intressien näkökulmasta perusteltuna. Rikoslain yleisillä kriminalisoinneilla pyritään estämään esimerkiksi ihmisten fyysisen koskemattomuuden ja kodin rauhan loukkauksia, kun taas poliisioikeudellisten säännösten tavoitteena on lähinnä suojata valtiollisen valtamonopolin legitimizeettiä, erityisesti asettamalla rajoituksia ja korostetun vastuun virkatoiminnalle.⁴⁸⁵ Voidaan kuitenkin kysyä, kuinka ehdoton tämä lähtökohta on.

Kielletyn riskinoton relevanssissa on kyse teon ja vahinkoseurauksen suhteesta. Lähtökohtaisesti tähän liittyvää pohdintaa edeltävässä vaiheessa teon on jo todettu kuuluvan kielletyn riskin alaan. Kielletyn riskinoton relevanssi puolestaan edeltää systemaattisesti arviota siitä, minkälaisia rajoja kulloinkin sovellettavan tunnusmerkistön tavoitteet asettavat. Vaikuttaisi kuitenkin siltä, että tämä raja ei Nuutilankaan mukaan ole aivan selvä, sillä myös kielletyn riskinoton re-

en sådan föreskrift kan han eller hon i regel inte dömas till ansvar. Om gärningen inte var försvarlig har polismannen sannolikt inte handlat uppsätligt eller oaksamt på det sätt som krävs.”

⁴⁸³ Elholm 2003, s. 17. Toisaalta voimankäytön sääntely hallinnon sisäisin määräyksin mahdollistaa Elholmin mukaan ainakin teoriassa sen, että määräysten mukainen menettely katsotaan rikoslain vastaiseksi. Ks. tästä Elholm 2005, s. 13.

⁴⁸⁴ Samansuuntaisesti Norée 2008, s. 82–83. Ks. myös Norée 2008, s. 89–90.

⁴⁸⁵ Boucht 2011a, s. 429.

levanssista puhuminen pitää sisällään arvion siitä, ”kattaako rikottu huolellisuusvelvoite sattuneen kaltaisen vahinkoseurauksen.”⁴⁸⁶

Kielletyn riskinoton relevanssin osalta on tärkeä huomata, että ”[n]imenomaisen huolellisuusvelvoitteen rikkominen merkitsee kiellettyä riskiä ainoastaan kulloisenkin *toimintarikoksen* näkökulmasta”. Riskin ja vahingon tulee ”osua yhteen” eli seurauksen tulee kuulua siihen seurausten luokkaan, johon riskin arviointi kytkeytyy.⁴⁸⁷ Melanderin sanoin ”[o]n loogista ja melko itsestään selvää, että rangaistussäännöksen tarkoitukselle ja suojeltavalle intressille tulee antaa merkitystä rangaistussäännöstä yksittäistapauksessa sovellettaessa, koska lainsäädäntö on tarkoituksellista toimintaa eikä abstrahoidu lakia säädettyä omak-sutuista tavoitteenasetteluista täysin erilliseksi voimaan tultuaan”.⁴⁸⁸ Tai kuten Roxin on kuolemantuottamuksen osalta todennut, ”kuoleman aiheuttaminen lue-taan X:n syyksi, jos sitä on pidettävä X:n aikaansaaman oikeudellisesti moititta-van vaaran toteutumisenä ja jos seuraus kuuluu tunnusmerkistön suojelupiiriin.”⁴⁸⁹ Kriminalisointiperiaatteiden vaikutus on kuitenkin tulkinnallista ja tapahtuu sa-namuodon puitteissa eikä se oikeuta lainsoveltajaa yleisesti jättämään tiettyä kriminalisointia soveltamatta. Tarkoitus ei ole ollut siirtää lainsäädäntövaltaa lain soveltajille.⁴⁹⁰

Riskinoton relevanssia kuvastaa korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 1987:3, jossa vastaajan kuljettama auto törmäsi pysäkillä pysähtyneen linja-auton edestä maantielle juosseeseen lapseen. Vaikka lapsi menehtyi törmäyksen seurauksena ja vastaajan todettiin menettelyllään tilanteessa syyllistyneen liikenteen vaaran-tamiseen, syyte kuolemantuottamuksesta hylättiin. Korkeimman oikeuden mu-kaan ”lapsen tulo tielle linja-auton edestä oli ollut niin yllättävää, että onnetto-muus todennäköisesti olisi seurannut varotoimenpiteistä huolimatta”. Koska onnettomuus olisi todennäköisesti tapahtunut varotoimenpiteistä huolimatta, A:n ei katsottu varomattomuudellaan aiheuttaneen B:n kuolemaa. Backmanin sanoin kyse on ollut ”rikossäännöksen tarkoittaman seurauksen adekvaattisuuden puut-tumisesta”.⁴⁹¹ Korkein oikeus edellytti siis *todennäköisyyttä* vahinkoseurauksen syntymiselle huolellisestikin meneteltäessä. Nuutila on väitöskirjassaan katso-nut, että loukkaamisrikoksesta tuomitseminen edellyttää, että vahinkoseurauk-

⁴⁸⁶ Nuutila 1996a, s. 402–403. Ks. myös Tolvasen (Tolvanen 1999, s. 258) pohdinta liikenteen työaikanormien ja liikenneonnettomuuksien rikosoikeudellisesta suhteesta.

⁴⁸⁷ Frände 2012, s. 100.

⁴⁸⁸ Melander 2008, s. 176. Tästä seuraa luonnollisesti lainsäätäjälle vaatimuksia rangaistussään-nöksen suojelukohteen täsmälliseen määrittelyyn. Ks. tästä Melander 2008, s. 253.

⁴⁸⁹ Roxin 1989, s. 333.

⁴⁹⁰ Melander 2008, s. 178.

⁴⁹¹ Backman 1988, s. 791–792.

sen sattumisen riskiä on korotettu olennaisesti. Vähäinen riskin korottaminen ei perusta vastuuta loukkaamisrikoksesta.⁴⁹²

Toisaalta Nuutila on rikosoikeuden yleisten oppien osalta viitannut vähäisen vaaran korottamisen yhteydessä myös tuottamukselliseen vapauden riistoon (RL 25 luku 6 §) ja tuottamukselliseen virkavelvollisuuden rikkomiseen (RL 40 luku 11 §) esimerkkeinä kriminalisoinneista, jotka koskevat vain vähäistä vakavampia tapauksia.⁴⁹³ Näistä ainakin tuottamuksellinen virkavelvollisuuden rikkominen saattaa hyvinkin olla teko-rikostyyppinen.

Samoin Lappi-Seppälän ja Ojalan mukaan rankaiseminen edellyttää, että huolimattomalla menettelyllä on olennaisesti korotettu kuoleman riskiä. Toisin sanoen voidaan kysyä, ”olisiko kuolemalta todennäköisesti vältytty toimittaessa huolellisesti”.⁴⁹⁴ Lappi-Seppälän ja Ojalan kysymys on ikään kuin toisen suuntainen korkeimman oikeuden asettamaan verrattuna. On nähdäkseni eri asia todeta, että huolellisesti menettelemällä kuolemalta olisi todennäköisesti vältytty, kuin todeta, että huolellisesti menettelemällä kuolema olisi todennäköisesti tapahtunut.

Rikosoikeuden yleisten oppien perusteoksen uusimmassa painoksessa Frände on katsonut, että teon huolimattomuuden ja riskinoton relevanssin ulottuvuudessa kaikenlainen vertailu hypoteettiseen tapahtumain kulkuun on tarpeetonta ja tältä osin on riittävää todeta, että ”tekijä otti kielletyn riskin, joka toteutui relevantilla tavalla vahinkoseurauksessa”. Hypoteettisuus tulee kuitenkin huomioon otettavaksi *syylisyydessä*. Syylisyyden osatekijänä kyse on siitä, että ketään ei voida moittia varotoimien laiminlyömisestä, jos varotoimetkaan eivät olisi suojattua intressiä pelastaneet. Toisin sanoen moite voi poistua huolellisen toiminnan hyödyllisyyteen liittyvän epävarmuuden takia. Fränden mukaan moite poistuu, jos oikea toimintatapakin olisi ”vähintään varsin todennäköisesti johtanut kiellettyyn seuraukseen”. Syytetylle edullisin vaihtoehto olisi Fränden mukaan kuitenkin se, että syylisyydsmoite poistuu, jos ”on varteenotettavia epäilyjä siitä, että oikea toimintatapa olisi estänyt seurauksen”.⁴⁹⁵ Tämä kynnys asettunee varsin lähelle Lappi-Seppälän ja Ojalan asettamaa ja siten matalammalle kuin korkeimman oikeuden, jonka mukaan vastuusta vapauttaminen edellytti, että vahinkoseuraus olisi huolellisestikin toimittaessa ollut todennäköinen.

⁴⁹² Nuutila 1996a, s. 448, 454 ja 456. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 175–176 ja Tolvanen 1999 s. 305–309.

⁴⁹³ Nuutila 1997a, s. 143–144.

⁴⁹⁴ Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 526. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 176.

⁴⁹⁵ Frände 2012, s. 101 ja 203–204. Hypoteettisen tapahtumainkulun merkityksen osalta ks. myös Jareborg 2001, s. 231.

Rikoslain säännöksen soveltamisalaa voidaan lähestyä myös huolellisuusvelvoitteen suojelutavoitteen käsitteen avulla. *Huolellisuusvelvoitteen alaa* (huolellisuusvelvoitteen suojelutavoite) voidaan pyrkiä selvittämään esimerkiksi kysymällä, minkä vaaran vähentämiseen huolellisuusvelvoitteella on pyritty ja onko juuri tämä vaara realisoitunut vahinkoseurauksessa.⁴⁹⁶ Huolellisuusvelvoitteen suojelutavoite tulee Nuutilan mukaan pyrkiä määrittämään riittävän täsmällisesti. Suojelutavoitteen merkitys vastuuperusteena vesitty, jos se määritellään hyvin yleisellä tasolla (esimerkiksi liikenneturvallisuuden edistämisen määrittäminen tieliikennelain huolellisuusvelvoitteiden tavoitteeksi). Tällöin suojelutavoitekriteeri täytyisi lähes poikkeuksetta.⁴⁹⁷ Suojelutavoitteen määrittäminen ja riskiyhteyden toteaminen edellyttävät Nuutilan mukaan hyvin konkreettista teologologista tulkintaa.⁴⁹⁸ Nuotio on mielestäni perustellusti kiinnittänyt huomiota siihen, että Nuutilan ajattelussa normien tarkoituksilla ei tulisi operoida määrittäessä kiellettyä riskiä, vaan vasta seurauksen syyksilukemisen yhteydessä. Tämä saattaa aiheuttaa tarpeetonta sekavuutta ja epävarmuutta.⁴⁹⁹

Tunnusmerkistön ulottuvuudessa on Nuutilan kielletyn riskinoton relevanssia selkeämmin kyse tapauskohtaisesta arvioinnista. Yksittäistapauksissa onkin Nuutilan mukaan mahdollista, että loukkaamisrikoksessa tarkoitettua vahinkoseurausta ei lueta tekijän syyksi, jos tunnusmerkistön ulottuvuus eli sen suojelutavoite ”ei kata sattuneen kaltaista vahinkoseurausta” eli toisin sanoen ”tunnusmerkistöä ei ole tarkoitettu sovellettavan kyseisenlaisissa tapauksissa”. Nuutila on katsonut opilla olevan soveltamisalaa erityisesti tuottamuksellisissa rikoksissa.⁵⁰⁰ Frände ei näe lainkaan tarvetta tunnusmerkistön ulottuvuuden käsitteelle. Hänen mukaansa sovellettavaksi tulevan rangaistussäännöksen ”tarkoitusta ei voida määrittää, vaan sovellettavuus on ratkaistava muunlaisilla argumenteilla”.⁵⁰¹ Arvioimatta laajemmin käsitteen tarpeellisuutta työdyn toteamaan, että Nuutilan mainitsemista neljästä tapausryhmästä merkitystä tutkimukseni kannalta saattaisi lähinnä olla tilanteilla, joissa on kyse mm. uhrin omien erityisten ominaisuuksien aiheuttamista lisäseurauksista.⁵⁰² Esimerkkinä tällaisesta erityisominaisuudesta voidaan mainita sydänsairaudet. Nämä kysymykset tosin voitaneen ratkaista tyydyttävällä tavalla *ennakoitavuuden* kriteerin avulla.⁵⁰³ Jareborg on

⁴⁹⁶ Nuutila 1996a, s. 403. Kielletyn riskin kohteesta terrorismirikosten kontekstissa ja erityisesti valmistelurikoksen ja ns. päär rikoksen suhteesta ks. Lohse 2012, s. 182–184. Ks. myös Frände 2012, s. 104–105, jossa Frände arvioi ratkaisua KKO 1998:67 mm. liikennesääntöjen suojeluintressin näkökulmasta. Johtopäätöksensä hän toteaa, että fyysisiä ja psyykkisiä vammoja ei voida erottaa rationaalisin perustein tilanteissa, joissa on aiheutunut konkreettinen hengen ja terveyden vaara.

⁴⁹⁷ Nuutila 1996a, s. 408–409.

⁴⁹⁸ Nuutila 1996a, s. 416–417. Ks. myös KKO 1993:162 ja Nuutilan kommentit siitä.

⁴⁹⁹ Nuotio 1998a, s. 325.

⁵⁰⁰ Nuutila 1996a, s. 458–459.

⁵⁰¹ Frände 2012, s. 99 av. 232.

⁵⁰² Nuutila 1996a, s. 460.

⁵⁰³ Nuutila 1996a, s. 517–520. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 190.

puolestaan todennut normin suojelutavoitteiden osalta, että muun oikeudenalan kuin rikosoikeuden normit toimivat vain *argumentteina* arvioitaessa teon huolimattomuutta. Tosin hän on myöntänyt, että useimmissa tapauksissa erilaiset huolellisuusstandardit ovat oiva lähtökohta rikosoikeudelliselle arvioinnille.⁵⁰⁴

Virkavastuun osalta suojelutavoitteen määrittäminen voi tarkoittaa sen arvioimista, ”missä tarkoituksessa virkamies on virkatoimiinsa velvollinen”. Nuutila on tältä osin maininnut esimerkkinä korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 1989:11⁵⁰⁵, jossa kaupunginkamreeri oli kaupunginhallituksen johtosäännön mukaisesti varmentanut asiakirjan, jolla kaupunginjohtaja toimivaltansa ylittäen sijoitti kaupungin varoja. Kaupunginkamreerin menettelyn ei katsottu täyttävän virkarikoksen tunnusmerkistöä, koska hän ei ollut toiminut asian esittelijänä. Ainoastaan varmentajana toimivalle virkamiehelle ei ollut säädetty velvollisuutta valvoa varmennettavan päätöksen laillisuutta tai asianmukaisuutta.

3.1.3 Johtopäätöksiä

Edellä kerrottua ongelmaa voidaan lähestyä myös kysymällä, voiko hallinnonalakohtaisen voimakeinojen käyttösäännöksen ja rikoslain voimakeinojen käyttösäännöksen väliin muodostua alue, jossa on RL 40 luvun katsannossa kyse kielletystä menettelystä, mutta yleisten rikosten osalta sallitun riskin alueella toimimisesta. Arvioinnin keskiössä ei ole niinkään tunnusmerkistön ulottuvuus, vaan se, voidaanko rikoslain voimakeinojen käyttöä koskevaa säännöstä tulkita niin, että vastuu yleisestä rikoksesta sulkeutuu pois, mutta toimivaltasääntelyn vastainen menettely siitä huolimatta laukaisee virkarikosvastuun. Boucht on väitöskirjassaan kirjoittanut varsin laajalti erilaisista oikeudenvastaisuuskäsityksistä eli tässä yhteydessä julkisoikeudellisesta ja rikosoikeudellisesta oikeudenvastaisuudesta ja niiden eroavaisuuksien merkityksestä voimankäyttötilanteiden oikeudellisessa arvioinnissa. Lähtökohdan ollessa yleisellä tasolla ja yleisessä oikeudenvastaisuudessa ei tietyn menettelyn erilainen kohtelu eri oikeudenaloilla ole perusteltua. Jos taas ollaan valmiita hyväksymään oikeusalakohtainen lähestymistapa, voidaan ottaa huomioon kunkin oikeudenalan luonne sekä yhteiskunnalliset tehtävät, jolloin myös erilaiset lopputulemat ovat sallittuja.⁵⁰⁶

Kuvatunkaltaista kysymystä pohti myös parlamentaarinen poliisikomitea vuonna 1986. Komitea ei ottanut kysymykseen suoraan kantaa, mutta komitean mietinnöstä voitaneen päätellä, että ainakin jos voimakeinojen käyttöoikeutta on

⁵⁰⁴ Jareborg 2001, s. 219.

⁵⁰⁵ Nuutila 1996a, s. 418–419.

⁵⁰⁶ Boucht 2011a, s. 403–405. Ks. Roxinin (Roxin 2006, s. 710) kommentit oikeudenalakohtaisesta erottelusta. Kritiikin kärkenä ovat erityisesti kriminaalipoliittiset näkökohdat.

rajoitettu *lakia alemmanasteisilla säännöksillä* eikä sääntely perustu erityiseen valtuutukseen, saattaa muodostua alue, jossa toimiminen on rangaistavaa ainoastaan virkarikoksena eikä ns. yleisenä rikoksena.⁵⁰⁷

Voidaan epäilemättä väittää, että esimerkiksi poliisilain uudistuksen myötä lakitekstiinkin kirjattavien varoittamisvelvollisuuden ja poliisimiesasemasta ilmoittamisvelvollisuuden tavoitteena on kohdehenkilölle aiheutuvien vammojen minimointi. Samoin esimerkiksi voimassa olevaan poliisiasetukseen sisältyvä velvollisuus käyttää vain niitä voimankäyttövälineitä, jotka sellaisiksi on hyväksytty ja joiden käyttöön poliisimies on koulutettu, tähtäävät kohdehenkilön vammojen minimointiin ja välttämättömien vammojen aiheuttamiseen sellaisiin varustalon osiin, joista niiden voidaan olettaa paranevan. Tästä huolimatta katson, että näiden määräysten vastaisen menettelyn relevanssi esimerkiksi RL 21 luvun tunnusmerkistöjen kannalta tulee huolella arvioitavaksi kussakin tapauksessa erikseen. Tulee kysyä, mikä merkitys on annettava sille, että jos voimakeinoa on käytetty tarpeellisuus- ja puolustettavuusvaatimusten rajoissa, mutta voimankäyttövälineenä on ollut luvallisen teleskooppipatukan sijasta poliisimiehen varustukseen kuulunut raskas taskulamppu. On kysyttävä, olisiko myös huolellinen menettely aiheuttanut vastaavat vammat.

Olen edellä esittänyt, että sivullisillekin voidaan lähtökohtaisesti aiheuttaa vaaraa voimankäytön yhteydessä, mutta tilanteen kokonaisvaarallisuus ei poliisin toimenpiteiden johdosta saa kasvaa. Voidaan kuvitella tilanne, jossa sivullisen kuoleman todennäköisyys ilman poliisitoimenpiteitä on 40 %, mutta poliisitoimenpide aiheuttaa 5 %:n todennäköisyyden kuolemalle. Mikäli sivullinen toimenpiteen johdosta menehtyy eikä tällainen menettely kuuluisi sallitun riskin piiriin, olisiko menettely rikosoikeudellisesti arvioituna huolimatonta suhteessa seuraukseen? Jos vastuuvapaus edellyttää, että ”oikein” toimittaessakin kuolema on vartenotettava vaihtoehto, tekijää ei voi esimerkkitapauksessa voi moittia. Jos sitä vastoin edellytetään, että oikein toimittaessakin seuraus olisi ollut (varsin) todennäköinen, menettely olisi ollut huolimatonta. Esimerkki on prosenttilukuineen vieras elämän realiteeteille, mutta toivottavasti se kuitenkin avaa lukijalle jakson keskeisproblematiikkaa. Voidaan viitata myös korkeimman oikeuden ratkaisun perusteluihin ns. Mikkeli-tapauksessa, joiden mukaan (kursivointi tässä) ”[s]aarrostuksen purkamatta jättäminen on *olennaisesti lisännyt* panttivanhina olleen Jukka H:n henkilökohtaiseen turvallisuuteen kohdistuvaa vaaraa. A:n on täytynyt ymmärtää tämä seikka. Vaarantaminen on ollut oikeudetonta ja siihen sisällynyt riski on toteutunut auton räjähtäessä ja Jukka H:n saadessa surmansa.”

⁵⁰⁷ KM 1986:16, s. 508.

Edellä selostettu liittyy kiinteästi kysymykseen sallitun ja kielletyn riskin rajoista, minkä lisäksi on syytä huomata, että oikeudellisen arvioinnin näkökulmasta keskeinen merkitys on myös aikaikkunan määrittämisellä (*time-framing*) eli sillä, katsotaanko arvioinnin kohteena olevassa voimankäyttötilanteessa tapahtuneen yksi vai useampia tekoja. Boucht on tarkoittanut pääteolla tekoa, joka aiheuttaa rikosoikeudellisesti relevantin seurauksen (esimerkiksi aseiden laukaiseminen), kun taas sivutekona voidaan pitää pääteon kanssa samanaikaisesti tapahtuvaa taikka sitä edeltävää tai seuraavaa tekoa, joka *ei aiheuta rikosoikeudellisesti relevanttia seurausta*. Tällainen teko saattaa olla poliisioikeudellisten määräysten vastainen vakava taktinen virhe tai väärä menettelytapa taikka voimankäyttövälineiden väärä käyttötapa. Kuvatonlainen virhe saattaa johtaa siihen, että poliisimies ajautuu hätävarjelutilanteeseen.⁵⁰⁸

De lege lata edellä selostetut kysymykset koskevat siis ainoastaan voimakkeiden käyttilanteita. Korkeimman oikeuden ratkaisun KKO 2004:75 mukaisesti poliisioikeudellisia (poliisilaki) rajoituksia ei ole ulotettu hätävarjelutilanteisiin, vaikka muissa tilanteissa vastuu sekä virkarikoksesta että yleisestä rikoksesta on mahdollinen.⁵⁰⁹

3.2 TEKIJÄN HUOLIMATTOMUUS

3.2.1 Yleistä

Kysymys teon huolimattomuudesta liittyy enemmän tai vähemmän sekä tuottamuksellisiin että tahallisiin rikoksiin. Sitä vastoin tekijän huolimattomuuteen liittyvät kysymykset on uudemmassa kirjallisuudessa liitetty nimenomaan osaksi huolimattomuutta eikä toisintoimimismahdollisuutta ole käsitelty yhtenä kokonaisuutena. Noudatan tältä osin Tapanin ja Tolvasen sekä Fränden käyttämää jaottelua ja käsittelen tekijän huolimattomuuteen liittyvät kysymykset tuottamuksellisen rikosvastuun osana⁵¹⁰, vaikka toisenlainenkin ratkaisu olisi saattanut olla perusteltu. Kyse on joka tapauksessa vastuun perustavasta seikasta.

Hallituksen esityksessä 44/2002 vp on katsottu huolimattomuuden subjektiivisen puolen täyttymisen edellyttävän, että ”[t]ekijällä on täytynyt olla tosiasialliset mahdollisuudet riskien havaitsemiseen viimeistään tekoon tai toimintaan ryhtyessään”. Tuottamusvastuu on siis mahdollinen, jos toiminta on järjestetty

⁵⁰⁸ Boucht 2011a, s. 391–392 ja 414–416.

⁵⁰⁹ Ks. Boucht 2011a, s. 413 av. 88.

⁵¹⁰ Tapani – Tolvanen 2008 ja Frände 2012. Ks. esim. Nuutila 1997a (erit. s. 79–87), jossa tekijän huolimattomuus sijoittuu kolmiosaisessa rikoksen rakennemallissa syyllisyyden ryhmään.

siten, että toiminnan kestäessä riskejä ei enää voida havaita, hallita tai torjua. Riskien havaitsemisen lisäksi tekijällä on luonnollisesti täytynyt olla *mahdollisuus toimia toisin*. Tämän toisintoimimismahdollisuuden saattaa poistaa esimerkiksi tilanteen yllätyksellinen kehittyminen. Henkilöllä täytyy myös olla *kyky toimia toisin*. Esimerkiksi vammaisuuden lisäksi toisintoimimiskykyyn voi vaikuttaa hämmennys, pelko tai hätäntyminen. Rankaiseminen edellyttää myös, että tekijältä voidaan edellyttää huolellisuusvelvollisuuksien noudattamista. Tätä täydentää monilla aloilla henkilöön kohdistuva selonottovelvollisuus alalla valitsevista ja toimintaa sitovista normeista.⁵¹¹ Lisäksi on mahdollista, että henkilö vapautuu rikosvastuusta, jos hän toimii vakiintuneen, mutta huonon rutiinin mukaisesti, jonka vaarat eivät olleet hänen tiedossaan.⁵¹²

Frände on todennut edellyttävän, että ”tekijällä oli yksittäistapauksessa tilaisuus tulla tietoiseksi riskeistä”. Esimerkkinä hän on maininnut tilanteen, jossa B on vaihtanut lääkkeeseen etiketin, minkä seurauksena sairaanhoitaja A ruiskuttaa potilaaseen vääräntyyppistä unilääkettä aiheuttaen potilaan kuoleman. Tilaisuus riskitietoisuuteen ei siten riipukaan tekijästä, vaan olosuhteista eikä rikosta ole tapahtunut. Tällaiset ”poissuljetun tilaisuuden tapaukset” ovat kuitenkin harvinaisia.⁵¹³

Lappi-Seppälä on maininnut toisintoimimiskykyyn vaikuttavina – sitä heikentävinä – tekijöinä myös akuutimmat viat ja vammat, kuten sairauskohtaukset, syyntakeisuussääntelyssä huomioon otettavat tekijäpiirteet sekä tilannekohtaisista olosuhteista tilanteen äkkinäisyyden.⁵¹⁴ Nuutila on puolestaan todennut kyvyttömyyden viittaavan tekijän kykenemättömyyteen kontrolloida käyttäytymistään. Esimerkkeinä Nuutila on maininnut tilanteet, joissa teko ei ollut vapaaehtoinen (esimerkiksi tiedottomuus) tai laiminlyöty teko on ollut mahdoton tehdä.⁵¹⁵

Kuten jo edellä käyvästä käy ilmi, tekijän huolimattomuus on subjektiivinen, yksilökohtainen kysymys, jossa huomio kohdistuu konkreettiseen tekijään.⁵¹⁶ Tätä on korostanut myös Jareborg:

⁵¹¹ HE 44/2002 vp, s. 96–97.

⁵¹² Nuutila 1996a, s. 576.

⁵¹³ Frände 2012, s. 195.

⁵¹⁴ Lappi-Seppälä 1987, s. 314–315. Ks. myös Lappi-Seppälä 2003, s. 787. Lappi-Seppälä on maininnut huomioon otettavina seikkoina ”fyysiset kyvyt (esim. aistien terävyys ja terveydentila), hankitut ominaisuudet (tieto ja taito) sekä samat motivaatioseikat, joiden nojalla syyllisyysopin puolella on arvioitu tekijän yleistä lainnoudattamiskykyä (esim. painostus, uhka, pelottelu, harhaanjohtaminen, väsymys tai hätäntyminen)”. Ks. myös Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 531, jotka kirjoittavat *tilaisuudesta ja kyvystä* havaita kuoleman vartenotettava mahdollisuus.

⁵¹⁵ Nuutila 1996a, s. 530.

⁵¹⁶ Frände 2005a, s. 215 ja Frände 2012, s. 193. Ks. myös Tolvanen 1999, s. 377. Tolvanen on asettanut kysymyksen muotoon ”olisiko *juuri konkreettinen tekijä* voinut *yksilöllisten ominaisuuksiensa puitteissa toimia* normin edellyttämällä tavalla”.

”Bedömningen av personlig culpa skall emellertid göras så individuell som möjligt. Tanken är att hänsyn skall tas till gärningmannens speciella svagheter (men in till hans eventuella överlägsenhet i något hänseende), såsom underlägsen fysisk styrka eller rörelseförmåga (sådan är dock sällan av betydelse), syn, hörsel, skicklighet, kunskap, utbildning, erfarenhet, intelligens, och även sådant som psykisk störning, nervös läggning (men knappast dåligt humör) och tillfälliga tillstånd av skräck, förvirring, bedövning eller utmattnings.”⁵¹⁷

Rajanveto tuottamuksen objektiivisen puolen subjektiivisiin elementteihin voi olla monissa tilanteissa vaikea, mutta lähtökohtaisesti tekijän huolimattomuudessa on kyse ”vastuun rajoittamisesta” tekijän yksilöllisten ominaisuuksien perusteella”, kun taas vastuun ankaroittaminen keskimääräistä paremman kyvyn vuoksi on kielletyn riskin osakysymys.⁵¹⁸

3.2.2 Tietoinen ja tiedoton tuottamus⁵¹⁹

*Tietois*en tuottamuksen tilanteissa tekijä on mieltänyt ”tunnusmerkistön toteutumisen mahdolliseksi”. *Tiedottom*an tuottamuksen tapauksissa henkilö ei ole mieltänyt ”tunnusmerkistön toteutumista mahdolliseksi” taikka ajatellut koko asiaa. Rikosvastuun kannalta viimeksi mainituissa tilanteissa merkityksellistä on, että henkilöllä oli kyky ja tilaisuus havaita riskit ja hänen olisi ne pitänyt havaita. Henkilön olisi tullut toisin sanoen selvittää paremmin toiminnan riskejä. Tuottamukselliset rikokset ovat rangaistavia molemmilla tavoilla tehtynä.⁵²⁰ Fränden mukaan ”[t]iedostamattoman tuottamuksen rangaistavuus on normatiivisesti perusteltavissa, jos

- a) normista poikkeava teko on omiaan aiheuttamaan suurta vahinkoa,
- b) vahinkoriski on ilmeinen ja
- c) tekijällä on kyky ja tilaisuus ryhtyä tarvittaviin varotoimenpiteisiin.”⁵²¹

⁵¹⁷ Jareborg 2001, s. 322. Ks. myös Jareborg 2001, s. 321.

⁵¹⁸ Tolvanen 1999, s. 382.

⁵¹⁹ Tapani ja Tolvanen (Tapani – Tolvanen 2008, s. 269–273) käyttävät termejä tiedostettu tuottamus ja tiedostamaton tuottamus.

⁵²⁰ Nuutila 1996a, s. 563 ja 566–567. Ks. myös Nuutila 1997a, s. 74–75 ja 266, jossa hän on puhunut seurauksen sattumisen epäilystä, ”jään kepillä koettamisesta” sekä Tolvanen 1999, s. 382–385. Ks. myös Honkasalo – Ellilä 1966, s. 66, jotka ovat todenneet itsetiedottoman tuottamuksen tarkoittavan ”välinpitämättömyyttä toisen oikeudesta”. Tällöin tekijä ei ole kiinnittänyt riittävää huomiota tekoonsa eikä tekonsa seurauksiin, vaikka olisi sen voinut tehdä. Pohjoismaisesta kirjallisuudesta ks. esim. Jareborg 2001, s. 207 ja 319–320.

⁵²¹ Ks. Frände 2012, s. 195. Fränden mukaan rangaistusuhan legitimointi edellyttää, että tekijällä tulee olla ”yksittäistapauksessa tilaisuus tulla tietoiseksi riskeistä”.

Kaksi ensimmäistä kriteeriä viittaavat ilmeisesti korkean riskipotentiaalin tilanteisiin, joissa tekijältä voidaan perustellusti odottaa enemmän. Tekijän tiedottomana huolimattomuutena tulevat siis arvioitaviksi tilanteet, joissa tekijällä oli kyky tiedostaa riskit. Tulee toisin sanoen pystyä osoittamaan, mitä tekijän olisi pitänyt tehdä tunnistaakseen riskit. Merkille pantavaa on, että moite edellyttää, että oikein toimimalla olisi riskeistä saatu tietoa. Toisin sanoen, jos tekijällä oli kyky ja tilaisuus riskitietoisuuden hankkimiseen, merkitsee se Fränden mukaan sitä, että henkilöllä oli myös mahdollisuus toimia toisin, mihin puolestaan voidaan liittää rikosoikeudellinen moite. Hankittu tietoisuus riskeistä edellyttää usein myös toimenpiteistä luopumista.⁵²²

Fränden rikosoikeuden yleisten oppien perusteoksen aiemmassa painoksessa esitettyä mukaillen tekijän huolimattomuuteen voidaan liittää vaatimus kyvystä ja tilaisuudesta vaihtoehtoisen toimintamallin havaitsemiseen ja sen mukaan toimimiseen. Kyky ja tilaisuus toimia toisin kytkeytyvät kiinteästi vaihtoehtoisen toimintamallin käsilläoloon. Kommentoidessaan ratkaisua KKO 1994:101 Frände on esittänyt, että puuttuvien tietojen osalta vaihtoehtoinen toimintamalli saattaa yksinkertaisesti olla sitä, että tekijän ”olisi tullut miettiä tekoansa huolellisemmin”.⁵²³ Yleisesti voidaan arvioida, olisiko riski tunnistettu esimerkiksi toimimalla jollakin seuraavista tavoista:⁵²⁴

- ”1. ajattelemalla paremmin eli varaamalla enemmän aikaa päätöksentekoon
2. kiinnittämällä huomionsa tiettyyn kohteeseen tai tilaan
3. ryhtymällä mittauksiin tai muihin kontrollitoimenpiteisiin
4. hankkimalla relevanttia tietoa kirjallisuudesta
5. kääntymällä viranomaisten puoleen.”

Tietoiselle tuottamukselle Frände on katsonut puolestaan olevan tyypillistä ”negatiivinen moraalilataus”, joka johtuu siitä, että riskeistä tietoinen henkilö jatkaa riskeistä huolimatta riskialtista käyttäytymistään.⁵²⁵ Hän onkin todennut, että vaikka tietoisien ja tiedottoman tuottamuksen erottelulla ei olekaan merkitystä rikosoikeudellisen vastuun muodostumisen kannalta, on sillä merkitystä törkeys-arvostelussa ja seurauksen mittaamisessa.⁵²⁶ Hallituksen esityksessä 44/2002 vp on todettu tuottamuksen törkeyden ja vaihtoehtoisten toimintamallien merkityksestä seuraavaa:

⁵²² Frände 2012, s. 197 ja 199.

⁵²³ Frände 1996a, s. 487. Ks. myös Nuutila 1996c, s. 495–496. Nuutila puhuu *kyvystä havaita kykenemättömyytensä*.

⁵²⁴ Frände 2012, s. 196.

⁵²⁵ Frände 2012, s. 199.

⁵²⁶ Frände 2012, s. 191.

”Muita tekoon liittyviä ja arvioissa huomioon otettavia olosuhteita ovat muun muassa tekijän tosiasialliset mahdollisuudet suurempiin varotoimenpiteisiin. Jos varmuuden maksimointiin ei ole ollut käytännössä mahdollisuuksia tai jos esimerkiksi tarkastuksesta, varmistuksista tai muista varotoimenpiteistä olisi aiheutunut huomattavaa ajanhukkaa tilanteessa, jossa loukkauksen todennäköisyys ei ole suuri, tuottamus ei ole yleensä törkeää. Vastaavasti jos tekijällä olisi ollut kaikki mahdollisuudet toimia huolellisemmin, mutta hän ei ole vaivautunut minimoimaan riskejä, tuottamuksen törkeys voidaan todeta helpommin. Lisäksi muuna olosuhteena voidaan ottaa huomioon toiminnan yleinen sosiaalinen merkitys. Sosiaalisesti hyödyllisessä tai välttämättömässä toiminnassa aiheutuu tavanomaisista varotoimista huolimatta merkittäviä riskejä, joihin suhtaudutaan hyväksyvämmän kuin esimerkiksi jo sellaisenaan kielletyn toiminnan aiheuttamiin riskeihin. Esimerkiksi ambulanssia hälytysajossa kuljetettaessa voidaan harvoin sanoa, että kuljettaja syyllistyy törkeään liikenteen vaarantamiseen, vaikka tieliikennelain 48 §:n poikkeussäännöstä olisi rikottu ja vaikka yksityisajossa vastaavaa kolarin aiheuttamista pidettäisiinkin törkeänä huolimattomuutena.”⁵²⁷

Haastavimpina tapauksina Frände on pitänyt tilanteita, joissa tekijä on pitänyt riskinottoa sallittuna vahingon hyvin matalan todennäköisyyden johdosta. Henkilö voi olla huolimaton silloinkin, kun hän on katsonut toimivansa ”sallitun riskinoton puitteissa, jos hänellä oli kyky ja tilaisuus ymmärtää, miten teko olisi pitänyt toteuttaa” sekä ”kyky ja tilaisuus toimia vaaditulla tavalla”.⁵²⁸ Esimerkkinä Frände on maininnut tapauksen, jossa työnjohtaja oli määrännyt kaksi työntekijää puhdistamaan selluloosakattilaa. Työnjohtaja oli tiennyt puhdistustyön riskialttiiksi kattilaan jäävien myrkykaasujen vuoksi, mutta ei ollut antanut työntekijöille erityisiä suojavarusteita, vaan oli uskonut työntekijöiden havaitsevan kaasun hajuaistilla. Menettelyn seurauksena työntekijät menehtyivät. Työnjohtaja oli uskonut ottavansa sallitun riskin, mutta riski oli ollut kielletty. Työnjohtajalla oli kyky ja tilaisuus selvittää, miten työ voidaan suorittaa ilman riskejä sekä kyky ja tilaisuus tehokkaan suojauksen toteuttamiseen.⁵²⁹ Jareborgin sanoin ”*det inte är själva riskkapandet som är det förkastliga, utan det förhållandet att man försummar att vidta skyddsåtgärder*”.⁵³⁰

Olosuhteiden osalta Frände on todennut, että tiedottoman tuottamuksen tilanteissa henkilö on ollut ”kokonaan vailla todennäköisyystietoisuutta” olosuhteesta.⁵³¹ Tietoisuuden tuottamuksen tilanteissa henkilö on huolimaton, jos hän ”mieltää, että rikosoikeudellisesti relevanttia olosuhdetta ei voida konkreettisessa tilanteessa sulkea pois”.⁵³² Jos henkilö on pitänyt olosuhdetta varsin todennäköisenä, hän on toiminut tahallises-

⁵²⁷ HE 44/2002 vp, s. 98.

⁵²⁸ Frände 2012, s. 198.

⁵²⁹ Frände 2012, s. 198–199.

⁵³⁰ Jareborg 2001, s. 205. Ks. myös Jareborg 2001, s. 215.

⁵³¹ Frände 2012, s. 191.

⁵³² Frände 2005a, s. 214. Ks. myös Frände 2012, s. 201.

ti.⁵³³ Jos henkilöllä ei ole riittävää tietoa tietystä juridisesti relevantista *olosuhteesta*, joudumme arvioimaan, onko henkilöllä ollut tilaisuus ja kyky hankkia tuo tieto. Mitä henkilön olisi siis tullut tehdä?⁵³⁴

Tietoisien ja tiedottoman tuottamuksen erottelun merkitys on lähinnä systemaattinen. Tietoisien tuottamuksen puolella normatiiviset ongelmat liittyvät ennemminkin teon huolimattomuuteen kuin syyllisyysperiaatteen soveltamiseen, kun taas tiedottoman tuottamuksen puolella kyse on nimenomaan tekijän huolimattomuudesta, hänen yksilöllisestä toisintoimimismahdollisuudestaan.⁵³⁵ Hallituksen esityksessä 44/2002 vp onkin todettu tietoisien riskinoton viittaavan tahallisuutta lähellä olevaan tekijän subjektiiviseen huolimattomuuteen. Näissä tilanteissa teon objektiivisella huolimattomuuden asteella ei ole suurtakaan merkitystä.⁵³⁶

Toisintoimimismahdollisuus heikossa mielessä ymmärrettynä voi ulottua tilanteisiin, joissa ei suoranaisesti ole kyse kyvystä ja tilaisuudesta toimia toisin, vaan henkilö on *pakottavasta syystä* toiminut väärin eikä häntä *kohtuuden nimissä* voida asettaa menettelystään rikosoikeudelliseen vastuuseen. Tolvasen mukaan tällainen tilanne saattaisi olla käsillä, kun poliisimies ajaa ylinopeutta, jotta hänen kyyditsemänsä ministeri ehditsi ajoissa tärkeänä pitämäänsä kokoukseen.⁵³⁷

Rikoslakiprojektin ehdotuksessa ehdotettiin säädettäväksi *pakottavista olosuhteista* yleisenä vastuuvapausperusteena. Kyse oli tilanteista, joissa tekijältä ei ”tekoheikolla voitu kohtuudella edellyttää lainmukaista suhtautumista”. Ehdotuksessa puhuttiin myös ”normaaleista motiivintodellisuuksista” ja ”syyllisyyden normatiivisesta elementistä”. Säännösehduksen mukaan vastuuvapaus oli mahdollista pakottavissa olosuhteissa tehdyn teon osalta. Näillä olosuhteilla viitattiin voimakkaaseen pakkoon tai painostukseen, ylitsepääsemättömään velvollisuuksien ristiriitaan taikka muuhun senkaltaiseen pakottavaan syyhyin. Velvollisuuksien ristiriidalla viitattiin ”yhteiskunnassa yleisesti hyväksyttyihin ja legitimeiksi tunnustettuihin velvollisuuksiin, joiden toteuttamiseksi voisi ajatella saatavan myös viranomaisen apua”. Virkavelvollisuuksia ei tässä yhteydessä erikseen mainittu. Viimeksi mainitun perusteen osalta ehdotuksessa viitattiin mm. pitkään jatkuneeseen parisuhdeväkivaltaan olosuhteena, ”jossa tekijän lainnoudattamiskyky voi hyvin olla alentunut vastuuvapauden edellyttämässä merkityksessä.” Lisäksi katsottiin, että säännöksen soveltamisalaan saattaisi kuulua myös virkamiehen väkivaltainen vastustaminen ”tilanteessa, jossa poliisi hakee per-

⁵³³ Frände 2012, s. 200.

⁵³⁴ Ks. Frände 2012, s. 225.

⁵³⁵ Ks. Tolvanen 1999, s. 384. Lappi-Seppälän mukaan olettaessa huolimattomuuden objektiivinen puoli vakioksi tietoisien ja tiedottoman tuottamuksen erottelun sijasta merkityksellisempää onkin ”suoraan selvittää seikkoja, jotka vaikuttavat kykyyn havaita riskit ja noudattaa vaadittavaa huolellisuusvelvoitetta”. Ks. tästä Lappi-Seppälä 1987, s. 313.

⁵³⁶ HE 44/2002 vp, s. 98.

⁵³⁷ Tolvanen 1999, s. 398. Näissä tilanteissa voitaneen puhua normatiivisesti toisintoimimismahdollisuudesta. Ks. tästä Lappi-Seppälä 1987, s. 139. Ks. myös ratkaisut KKO 1995:203 ja KKO 1993:22 sekä Tolvanen 1999, s. 285–286 ja 356–357 kommentit niistä.

heenisän perättömän ilmiannon perusteella keskiyöllä vuoteestaan” ja perheenisä vastustaa kiinniottoa. Vaikka ehdotukseen sisältyikin vaatimus viimesijaisesta keinosta, voidaan näiden esimerkkien valossa pitää onnistuneena ratkaisuna jättää säätämästä ko. vastuuvapausperusteesta.⁵³⁸

Tekijän kyvyttömyys toimia toisin ei välttämättä poista vastuuta, jos henkilö on ilman vaadittavia taitoja ryhtynyt vaaralliseen toimintaan. Kyse on tällöin *ryhtymistuottamuksesta*.⁵³⁹ Moite kohdistuu siis siihen, että henkilö ryhtyy toimintaan, jota ”ei osaa eikä hallitse”.⁵⁴⁰ Tapani ja Tolvanen ovat määritelleet ryhtymistuottamuksen seuraavasti:

1. ”Henkilön olisi pitänyt olla ryhtymättä toimeen, jonka menestykselliseen suorittamiseen hänellä ei ollut edellytyksiä”, ja
2. ”Tekijä on tiennyt tai hän olisi voinut kykyjensä edellyttämää huolellisuutta noudattaen havaita olevansa tiedoiltaan tai taidoiltaan kykenemätön kyseiseen tehtävään.”⁵⁴¹

Ryhtymistuottamuksena Nuutila on pitänyt esimerkiksi sitä, että lääkäri laiminlyö lähettää potilaan erikoislääkärin hoitoon, vaikka ei itse ole kykenevä asianmukaiseen hoitoon.⁵⁴² Onkin katsottu, että erityisesti *suojelu- ja valvontavastuun tilanteissa* henkilöllä on ennen toimintaan ryhtymistä korostettu velvollisuus pyrkiä arvioimaan toiminnan riskejä.⁵⁴³ Toki ”tekijän oman kyvyttömyyden tai taitamattomuuden on oltava hänen itsensä havaittavissa hänen käyttäessään omia kykyjään”.⁵⁴⁴ Tekijän huolimattomuus ei täyty, jos esimerkiksi pahoinpidellyn kuolema johtui harvinaisesta sairaudesta, jonka vaikutusta ei voitu ennakoida. Henkilöltä katsotaan puuttuvan tilaisuus havaita menettelynsä vaarallisuus. Kyse on siis samantyyppisistä seikoista kuin edellä ennalta-arvattavuuden yhteydessä on käsitelty.⁵⁴⁵

Nuutilan mukaan vastuu tiedottomasta tuottamuksesta kanavoituu juuri edellä selostetun ryhtymistuottamuksen kautta.⁵⁴⁶ Tosin on muistettava, että ryhtymistuottamus voi olla myös tietoista. Jos esimerkiksi ajotaidoton lähtee ajamaan tietoisena ajotaitonsa puutteista ja virheiden mahdollisuudesta, kyse on tietois-

⁵³⁸ OJL 5/2000, s. 17, 164–170 ja 301. Ks. myös uudistusehdotuksesta annetut lausunnot tältä osin OM 2002:7, s. 49–52.

⁵³⁹ Koskinen 2009, s. 176. Ks. myös Nuutila 1996a, s. 578–579 ja Frände 2012, s. 196.

⁵⁴⁰ Nuotio – Majanen 2003, s. 62. Ks. myös Jareborg 2001, s. 324.

⁵⁴¹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 287. Ks. myös esim. Nuutila 1997a, s. 267–269 ja Tolvanen 1999, s. 414–415.

⁵⁴² Nuutila 1996a, s. 579. Ks. myös Nuutilan viittaama ratkaisu KKO 1969-II-9.

⁵⁴³ Nuutila 1996a, s. 573.

⁵⁴⁴ Lappi-Seppälä 2003, s. 787.

⁵⁴⁵ Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 531.

⁵⁴⁶ Nuutila 1997a, s. 267.

ta tuottamuksesta. Tällöinkin moite kohdistuu ajovirheiden sijasta lähinnä ryhtymiseen ajoon tietoisena huonosta ajotaidostaan.⁵⁴⁷ Henkilö toisin sanoen havaitsee riskit ja oman kykenemättömyytensä, mutta ei kykene noudattamaan vaadittavaa huolellisuusvelvoitetta.

Poliisitoimintaakin silmällä pitäen on pidettävä mielessä Tolvasen huomautus, että ajoluvan puuttuminen ei ole näyttö puuttuvasta ajotaidosta eikä siitä, että liikenneturvallisuuden vaarantaminen jossakin konkreettisessa tapauksessa olisi johtunut puutteellisesta ajotaidosta. Ajoluvan puuttumisesta huolimatta tekijällä voi olla erinomaisen ajotaito.⁵⁴⁸

Tiedollisten puutteiden osalta Nuutila on korostanut, että ainoastaan tietämättömyys siitä, mitä on tekemässä tai mitkä ovat teon mahdollisia seurauksia, voi vaikuttaa syyllisyysarvosteluun (tahallisuuden tai rangaistusvastuun poistavana). Sitä vastoin tietämättömyys siitä, onko teko kielletty, ei lähtökohtaisesti voi vaikuttaa syyllisyysarvosteluun teon subjektiivisen huolimattomuuden kautta, vaan korkeintaan anteeksiantoperusteena.⁵⁴⁹ Frände sen sijaan näyttäisi jättävän oikeudelliselle erehtymiselle soveltamisalaa myös tekijän huolimattomuutta määritettäessä. Virkarikosesimerkissä (vientituen myöntäminen kieltonormin vastaisesti) hän on katsonut, että kuvattu huolimattomuus voi koskea esimerkin kaltaisissa tapauksissa myös oikeusnormin olemassaoloa. Hän on todennut yhteyden kieltoerehdykseen, mutta katsonut, että ”[a]rviointi tapahtuu kuitenkin syyllisyyden tasolla”.⁵⁵⁰ Lähtökohtaisesti kyse on tekijän huolimattomuuteen ja tahallisuuteen liittyvistä seikoista – arviointi tapahtuu siis juuri syyllisyyden tasolla.

3.3 VASTUU TAHALLISESTA TEOSTA

3.3.1 Seurauksen todennäköisyys tahallisuuden alimpana asteena

Tahallisuuden alin aste eli *todennäköisyystahallisuus* on RL 3 luvun 6 §:ssä si-dottu seurauksen pitämiseen ”varsin todennäköisenä”. Lainsäätäjä on tällä muotoilulla halunnut vahvistaa Korkeimman oikeuden aiemmillä prejudikaateillaan luoman linjan. Ilmauksella ”varsin todennäköinen” viitataan arkikielen käsityk-

⁵⁴⁷ Tolvanen 1999, s. 414. Toisaalta ainakaan liikenteen osalta kaikki tiedoton tuottamus ei välttämättä ole ryhtymistuottamusta. Ks. tästä Tolvanen 1999, s. 414 ja esimerkki siinä.

⁵⁴⁸ Tolvanen 1999, s. 415–416.

⁵⁴⁹ Nuutila 1996a, s. 531. Ks. myös Vikatmaa 1970, s. 96 ja Vikatmaa 1970, s. 275. Vikatmaa viit-tasi termillä ”oikeudellinen tuottamus” tilanteisiin, joissa henkilö ei ollut yrittänyt ottaa selvää lain sisällöstä, ”vaikka hän toimii elämänalalla, jossa tällainen vaatimus voidaan kohtuudella esittää.”

⁵⁵⁰ Frände 2012, s. 201.

seen todennäköisyydestä, mutta tätä on tarkennettu esitöissä toteamalla, että jos tekijä pitää seurauksen syntymistä yhtä todennäköisenä kuin sen syntymättä jäämistä, teko ei ole tahallinen.⁵⁵¹ Matikkala on katsonut valitun mallin edustavan yksinkertaista todennäköisyystahallisuutta⁵⁵² ja on mielestäni aiheellisesti jo ennen yleisten oppien uudistuksen voimaantuloa kysynyt, eikö pelkkä ”todennäköinen” olisi ollut riittävä.⁵⁵³ Nuutila on puolestaan jo ennen yleisten oppien uudistamista muotoillut varsin todennäköinen -kriteerille rakentuvaa tahallisuuden ja tuottamuksen erottelua seuraavasti:

”Jos tekijä uskoo, että seuraus ei satu, hän ei ole mieltänyt seurausta varsin todennäköiseksi eikä toimi tahallaan. Jos taas tekijä lähtee siitä, että seuraus sattuu tai ei epäile seurauksen sattumista, ei olla ainakaan kovin kaukana siitä, että hän pitää seurauksen sattumista varsin todennäköisenä. Keskeistä on se, että seuraus vastaa sitä, minkä tekijä on käsittänyt teon hetkellä.”⁵⁵⁴

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että objektiivinen todennäköisyys tulee erottaa subjektiivisesta todennäköisyydestä. Seurauksen esimerkiksi tilastotieteen keinoin määritettävä objektiivinen todennäköisyys tulee olla yli 50 %, jotta vastuu tahallisesta rikoksesta on mahdollinen. Tämä ei kuitenkaan ole riittävä – vaikkakin välttämätön – edellytys todennäköisyystahallisuuden perusteella rikoksesta tuomitsemiselle, vaan arvioinnissa on otettava huomioon myös tekijän mieltämä subjektiivinen todennäköisyys. Käytännössä nämä todennäköisyyden osatekijät sekoittuvat, koska tahallisuuden täyttymistä joudutaan arvioimaan ulkoisesti havaittavien seikkojen perusteella.⁵⁵⁵ Tämä on johtanut usein ”on täytynyt pitää varsin todennäköisenä” -päätelyyn, joka ilmaisee, että tuomioistuimelle ei ole jäänyt varteenotettavaa epäilyä, etteikö tekijä olisi ymmärtänyt, mitä oli tapahtumassa.⁵⁵⁶

⁵⁵¹ HE 44/2002 vp, s. 87. Samoin Tapani 2010, s. 151. Lappi-Seppälä on kiteyttänyt todennäköisyystahallisuuden vaatimukseen siitä, että ”[t]ahalliseksi luettaisiin siis sellaiset *seuraukset, joiden tekijä uskoi pikemminkin syntyvän kuin jäävän syntymättä*”. Ks. tästä Lappi-Seppälä 2003, s. 781. Samoin Lappi-Seppälän ja Ojalan mukaan ”tekijä pitää seurauksen syntymistä todennäköisempänä kuin sen syntymättä jäämistä”. Ks. tästä Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 476.

⁵⁵² Matikkala 2005, s. 523.

⁵⁵³ Matikkala 2000, s. 89.

⁵⁵⁴ Nuutila 1997a, s. 223.

⁵⁵⁵ Tapani 2010, s. 151–152 ja Tapani – Tolvanen 2008, s. 223–224. Ks. myös Backman 1989, s. 567, Nuutila 1997a, s. 224 ja Matikkala 2005, s. 151. Matikkala on ratkaisuun KKO 1988:8 (ratkaisun otsikon ilmaukset ”ulkoiset olosuhteet” ja ”A:n tietien”) viitaten todennut, että ”voisi usein olla käytännössä vaikeaa päätyä langettavaan todennäköisyystahallisuusratkaisuun, jos seuraus ei ollut ex ante objektiivisesti varsin todennäköinen”.

⁵⁵⁶ Frände 2012, s. 121.

Nuotio ja Majanen ovat ns. revolveriesimerkin avulla todenneet, että myös 50 % prosentin todennäköisyyttä alhaisempi todennäköisyys voi olla merkityksellinen, jos se osoittaa henkilössä surmaamistarkoitusta.⁵⁵⁷ Liikutaan selkeästi mieltämis- ja tahtoteorian rajamailla.

Korkein oikeus näyttäisi tuoreessa ratkaisussaan KKO 2012:98 itse asiassa rakentaneen tahallisuusarvioinnin tyystin subjektiivisen arvion varaan. Ratkaisun kohdassa 7 se on yksiselitteisesti todennut, että ”[t]odennäköisyys on ymmärrettävissä subjektiiviseksi arvioksi eikä tilastollisobjektiiviseksi seuraussuhteeksi”. Väkivaltarikoksen ollessa kyseessä tulee korkeimman oikeuden mukaan arviotavaksi muun muassa mahdollisesti käytetty tekoväline, väkivallan voimakkuus ja kesto, mihin kohtaan uhrin kehoa teko on kohdistettu sekä uhrin ulkoisesti havaittavat ominaisuudet. Keskiössä tulee olla ne seikat, ”joiden pohjalta tekijä on voinut teon aikana arvioida tekonsa seurauksia”.⁵⁵⁸ Vaille vastausta jää kysymys siitä, onko ylipäättään käytännössä mahdollista, että tekijä korkeimman oikeuden yksilöimien seikkojen perusteella pitää varsin todennäköisenä, että hänen menettelynsä seurauksena on uhrin kuolema, mutta seuraus ei kuitenkaan olisi objektiivisesti riittävän todennäköistä. Ja jos on, miten näihin tilanteisiin tulee suhtautua.

Vuonna 2004 lakiin kirjatun tahallisuuden määritelmän muotoutumisen kannalta merkittävä on ollut muun muassa korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 1985-II-172. Ratkaisussa katsottiin, että lyötäessä puukolla vatsaan helposti vioittuvien sisäelinten alueelle, tekijä ei voinut lähteä siitä, etteikö uhrin kuolema olisi hyvinkin todennäköinen seuraus. Vastaajan menettelyn todettiin myös osoittavan välinpitämättömyyttä uhrin hengestä. Vastaaja tuomittiin tapon yrityksestä. Backman on 1980-lopulla KKO:n ratkaisua kommentoidessaan huomauttanut, että tahallisuuden perustamiseen ei riitä se, että puukonisku oli tahallinen ja osui tekijän tietien hengenvaaralliseen kohtaan eikä lopullinen osuma-kohta johtunut esimerkiksi uhrin yllättävästä liikkeestä. Merkitystä oli myös esimerkiksi iskutavalla, välineellä ja iskun voimakkuudella⁵⁵⁹, joihin seikkoihin Korkein oikeus siis kiinnitti huomiota uudehkossa ratkaisussaan KKO 2012:98. Ratkaisu KKO 1985-II-172 on varsin merkittävä myös prosessuaalisesta näkökulmasta, sillä korkein oikeus otti siinä kantaa myös syytetyn väitteisiin hätävarjelusta. Korkein oikeus totesi varsin lyhyesti, että vastoin syytetyn väitettä ”ei ole ilmennyt, että kysymyksessä olisi ollut hätävarjelutilanne, koska tapahtumapai-

⁵⁵⁷ Nuotio – Majanen 2003, s. 54. Kirjoittajat ovat katsoneet, että henkilö, joka on ladannut kuudestilaukeavaan revolveriin kaksi patruunaa ennen kuin pyöräyttää rullaa ja ampuu (yrittää ampua) kohti toista henkilöä, ei voi kovinkaan tehokkaasti kiistää surmaamistarkoitusta. Seurauksen synnyn todennäköisyyshän jää esimerkissä kolmasosana.

⁵⁵⁸ Ratkaisun kohta 8.

⁵⁵⁹ Backman 1988, s. 567 ja Matikkala 2005, s. 146–148.

kalla ei ole todettu tappelun merkkejä eikä muutakaan sellaista selvitystä ole esitetty, joka viittaisi puukotustilanteen alkaneen V:n pullolla uhkaamisesta”. Selvityksen puuttumisella on oikeuskirjallisuudessa katsottu viitatan vastaajan velvollisuuteen esittää väitettään tukevaa näyttöä.⁵⁶⁰

Edellä kuvatussa ratkaisussa operoitiin osin vielä välinpitämättömyyden käsitteellä, mutta seuraavissa poliisitoimintaan liittyvissä ratkaisussa tahallisuus on jo rakennettu seurauksen todennäköisyyden varaan:

KKO 1988:8 (Murhan yritys, virkamiehen väkivaltainen vastustaminen, liikenneriikos, rikosten yhtyminen): A oli poliisin näytettyä hänelle pysähtymismerkkejä ja ryhdyttyä sen jälkeen ohittamaan hänen autoaan tahallaan siirtänyt autossa sivusuunnassa kohti poliisiautoa törmäten siihen ja suistaen sen tieltä. A tuomittiin rangaistukseen yhdellä teolla tehdyistä virkamiehen väkivaltaisesta vastustamisesta ja törkeästä liikenteen vaarantamisesta.

Syyte murhan yrityksestä hylättiin, kun A:n tarkoituksena ei ollut ollut surmata poliiseja eivätkä myöskään ulkoiset olosuhteet olleet sellaiset, että poliisien kuolema olisi A:n tietten ollut törmäyksen varsin todennäköinen seuraus.

KKO 1991:171 (Tapon yritys, tahallisuus): Syytetty oli heikossa valaistuksessa ja päihtyneenä ampunut haulikolla noin 35 metrin etäisyydeltä laukauksen kohti poliisimiestä. Tämä oli saanut haulista naarmun leukaansa ja menettänyt toisesta haulista hampaan. Kolmas hauli oli läpäissyt hänen vaatteensa, pysähtyen olkapään ihoon. Kun syytetty oli ollut tietoinen siitä, että ammuttaessa haulikolla lähietäisyydeltä toista henkilöä kohti tämän hengen menettämisen vaara on yleisen elämäkokemuksen mukaan huomattavan suuri, ja hän tästä huolimatta oli laukaissut haulikon kohti asianomistajaa, syytetty syyllistyi tapon yritykseen.⁵⁶¹

Viimeksi mainitusta ratkaisusta voidaan johtaa suuntaviivoja siihen, millainen poliisin erityisaseena käyttämän haulikon käyttö voi olla tahallista surmaamista (tai sen yritys). Tästä ei tietenkään voida tehdä mitään päätelmää tällaisen voimakeinin käytön sallittuudesta.

Selkeästi ”varsin todennäköisen” varaan rakentui myös korkeimman oikeuden ratkaisu KKO 1992:92.⁵⁶²

KKO 1992:92 (Tappo, tahallisuus, tieliikenne): A oli tahallaan kuljettanut henkilöautoa kovalla nopeudella vastaan tulevan liikenteen kaistalla noin 800 metriä. Tällä matkalla hän oli törmännyt vastaan tulleeseen B:n kuljettamaan henkilöautoon, jolloin B oli saamiensa vammojen johdosta kuollut.

⁵⁶⁰ Ruuskanen 2005, s. 306

⁵⁶¹ Oikeuskirjallisuudessa on esitetty erilaisia näkemyksiä ko. ratkaisun merkityksestä tahallisuus- ja yritysoopin näkökulmasta. Keskusteluun ei ole mielekästä tässä syventyä. Ks. Matikkala 2005, s. 155–156, Frände 2012, s. 226 ja Tapani 2010, s. 159–160.

⁵⁶² Ratkaisua ovat oikeuskirjallisuudessa analysoineet mm. Matikkala 2005, s. 158–160 ja Tapani – Tolvanen 2008, s. 222.

Koska A:n on täytynyt ymmärtää, että hän kuljettaessaan autoa mainitulla tavalla tulisi törmäämään johonkin vastaan tulevaan ajoneuvoon ja että vastaan tulijat silloin varsin suurella todennäköisyydellä kuolisivat, A:n katsottiin tahallaan surmanneen B:n.⁵⁶³

Korkein oikeus on rikoslain yleisten oppien uudistamisen jälkeen antanut aina-kin kaksi ratkaisua, joissa on ollut kysymys tieliikenteessä tapahtuneesta rikoksesta.

KKO 2004:120 (Tahallisuus, tappo, rikokseen osallisuus – yllytys): A oli maantiellä ajanut suurella nopeudella takaa Y:n ohjaamaa autoa 18 kilometrin matkan, yrittänyt ohittaa sitä ja useaan kertaan tahallaan törmännyt siihen. Viimeisestä törmäyksestä Y:n ohjaama auto oli suistunut tieltä metsään. Tieltä suistumisen seurauksena autossa ollut X oli saanut surmansa. Korkeimman oikeuden tuomiossa lausutuilla perusteilla A:n katsottiin tahallaan surmanneen X:n. (Ään.)

Kysymys myös siitä, olivatko A:n auton matkustajat syyllistyneet yllytykseen.

Päätösperusteluissaan korkein oikeus on todennut varsin todennäköiseksi sekä sen ”että törmättäessä toistuvasti Y:n auton perään tämä tulisi ennen pitkää menettämään autonsa hallinnan ja auto tulisi suistumaan tieltä” sekä sen, että jos kuvatuissa ”oloissa Y:n kovalla nopeudella kulkeva auto menettää törmäyksen vuoksi ohjattavuutensa, seurauksena on auton hallitsematon ja kovavauhtinen tieltä suistuminen ja törmääminen puihin sekä autossa olleiden henkilöiden kuolema”.⁵⁶⁴ Tuomioistuimelle ei jäänyt varteenotettavaa epäilystä, että A olisi voinut välttää ymmärtämästä, mitä oli tapahtumassa.⁵⁶⁵ Kuten Tapani on todennut, korkeimman oikeuden perustelujen valossa voidaan perustellusti pohtia, oliko A:n *tarkoitus* tappaa toisessa ajoneuvossa olleet henkilöt.⁵⁶⁶

⁵⁶³ Vrt. KKO 1993:26 (Tappo, liikennerikos): ”Auton kuljettaja oli suurella nopeudella ohittanut toisen auton rajoitetusta näkyvyydestä huolimatta ja tällöin törmännyt kohtaavaan autoon seurauksin, että sen kuljettaja oli kuollut. Kun auton kohtaaminen ei ollut varsin todennäköistä vallinneissa keskiyön olosuhteissa, syyte taposta hylättiin ja kuljettaja tuomittiin rangaistukseen törkeästä kuolemantuottamuksesta.” Päätösperustelujen mukaan ”[v]allinneissa keskiyön olosuhteissa vastaan tulevan ajoneuvon kohtaaminen ei myöskään ole ollut varsin todennäköistä. Näin ollen A:n ei voida katsoa tahallaan törmänneen C:n kuljettamaan autoon eikä siten myöskään C:n kuoleman aiheuttaessaan syyllistyneen tappoon vaan alempien oikeuksien hänen syykseen lukemaan törkeään kuolemantuottamukseen.”

⁵⁶⁴ Ks. Matikkala 2005, s. 258. Matikkala on osuvasti todennut, että kahden ”varsin todennäköisen” (tieltä suistuminen ja suistumisen seuraukset) tulo on vähemmän kuin ”varsin todennäköinen”. Hän vaikuttaisikin pitävän onnistuneempana yllyttäjien vastuuta käsittelevässä perustelujen kohdassa 21 käytettyä ilmausta ”heidän on täytynyt pitää varsin todennäköisenä, että Y:n auto tulee A:n menettelyn seurauksena suistumaan tieltä ja että autossa olleet henkilöt tieltä suistumisen seurauksena kuolevat”.

⁵⁶⁵ Frände 2005a, s. 131.

⁵⁶⁶ Tapani 2010, s. 155–156.

Viimeksi mainitun ratkaisun ja edellä selostetun ratkaisun KKO 1988:8 osalta voidaan viitata poliisijoneuvolla tehtäviin ns. pakkopysäytyksiin poliisin taktisena menetelmänä. Vaikka auton tieltä suistuminen on törmäämisen varsin todennäköinen seuraus (tai itse asiassa sen tarkoitus), nopeuden pysyessä varsin alhaisena autossa olleiden kuolema ei kuitenkaan ole varsin todennäköinen seuraus. Haluan tosin tässä yhteydessä korostaa, että oikein toteutettuna pakkopysäytys ei edes ole tunnusmerkistön mukainen teko, vaikka se jostakin ”kohtalon oikusta” johtaisikin kohdeautossa olevan kuolemaan.

Poliisitoimintaan liittyy myös seuraava korkeimman oikeuden ratkaisu.

KKO 2010:19 (Tahallisuus, murhan yritys): Rattijuopumuksesta epäilty A, jota poliisimies yritti pysäyttää, jatkoi pysäytysmerkistä piittaamatta ajoaan. Hyppäämällä viime hetkellä syrjään poliisimies onnistui välttämään yliajetuksi joutumisen. Kysymys siitä, oliko A syyllistynyt murhan tai törkeän pahoinpitelyn yritykseen.

Tahallisuusarvioinnissa ratkaisun kohdissa 10–12 korkein oikeus kiinnitti huomiota siihen, että lähtökohtaisesti voidaan olettaa poliisimiehen pyrkivän väistämään havaitessaan, että lähestyvä ajoneuvo ei noudata pysäytysmerkkiä. Tapahetimitapaikan olosuhteissa tai vastaajan menettelyssä ei ollut korkeimman oikeuden mukaan sellaisia erityispiirteitä, jotka olisivat heikentäneet poliisimiehen väistämismahdollisuuksia. Vaikka ajoneuvon törmääminen poliisimieheen olikin mahdollista, todennäköisempää korkeimman oikeuden mukaan oli, että poliisimies selviää vahingoittumatta tilanteesta. Korkein oikeus päätyi siihen, ”etteivät Mikko N:n kuljettaman auton törmääminen Ove W:hen ja Ove W:n kuolema tai vakava vammautuminen ole olleet niin todennäköisiä seurauksia Mikko N:n menettelystä, että hänen syykseen voitaisiin lukea murhan tai törkeän pahoinpitelyn yritys”.⁵⁶⁷

Ratkaisussa KKO 2004:16 puolestaan katsottiin, että mahaan ampuminen osoittaa surmaamistahallisuutta. Tosin korkeimman oikeuden muotoilu ratkaisun kohdassa 8 on hieman erikoinen: ”Korkein oikeus katsoo, että A:n, joka on ker-tonut olevansa tottumaton aseenkäyttäjä, ampuessaan lähietäisyydeltä B:tä kohti laukauksen on täytynyt ymmärtää laukauksen osumisen hengenvaarallisesti olevan hyvin todennäköistä ja ampumisesta seuraavan varsin todennäköisesti B:n kuoleman.” Tekstistä saattaa saada sellaisen käsityksen hengenvaarallisen osu-man ja kuoleman todennäköisyyttä arvioitaisiin kaksivaiheisesti ja eri asteikoil-la. Fränden mukaan tästä ei kuitenkaan ole kyse, vaan korkein oikeus on vain halunnut käyttää vahvempaa ilmaisua tilanteen selostamisessa.⁵⁶⁸

⁵⁶⁷ Ks. ratkaisusta myös Tapani 2010, s. 157–159.

⁵⁶⁸ Ks. myös Frände 2004b, s. 113. Vrt. Matikkala 2005, s. 93, joka on todennut, että hengenvaaran aiheuttaminen tai lyöminen puukolla ”helposti vioittuvien sisäelimiä alueelle” eivät välttämättä

3.3.2 Voimankäytön motiivin merkitys

Kommentoidessaan ratkaisua KKO 2004:75 Matikkala on tahallisuuden osalta esittänyt aiheellisesti kysymyksen, olisiko tähdätty laukaus osumakohtaan johtanut vastuuseen tahallisesta rikoksesta. Mikäli näin on, korostuvat näyttökysymykset huomattavasti. Edelleen hän on katsonut, että ”[j]os tekotyypin määrittely on laueammin ja myös vähemmän vaarallisia kohtia käsittäen 9 mm:n pistoolin laukaukseksi ’kohti alaraajoja’, ei todennäköisyystahallisuus ilmeisesti ole lähellä”.⁵⁶⁹ Voidaan viitata myös rinnastukseen, jonka tein edellä ratkaisun KKO 1991:171 ja poliisitoiminnan osalta, sekä huomioihin, joita jo aiemmin tein poliisin aseenkäyttöä koskevista korkeimman oikeuden ratkaisuksista, joissa tyypillisesti on ollut kyse ”harhalaukauksista”.

Positiivisen tahtoteorian mukaan tahallisuuden täyttymisen kannalta riittävää voi olla hyväksyvä tai välinpitämätön suhtautuminen tunnusmerkistön täyttymiseen. Todennäköisyystahallisuuteen verrattuna positiivisen tahtoteorian on katsottu tyypillisesti alentavan tahallisuuden kynnystä, koska henkilön suhtautuessa tunnusmerkistön täyttymiseen hyväksyvästi tai välinpitämättömästi sen toteutumiselta ei edellytetä 50 %:n tai suurempaa todennäköisyyttä.⁵⁷⁰

Rikoslakiprojektin ehdotukseen sisältyi neljäntenä tahallisuuden lajina eventualis-tahallisuus erotettuna todennäköisyystahallisuudesta. Eventualis-tahallisuutta ei kuitenkaan ollut tarkoitettu korvaamaan todennäköisyystahallisuutta tahallisuuden alimmana lajina, vaan juuri täydentämään sitä. Ehdotuksen mukaan tahallisuusvaatimus olisi täyttynyt, mikäli tekijä teon hetkellä oli pitänyt seurausta ”varteenotettavana mahdollisuutena, milloin menettelyn on katsottava osoittavan hänen hyväksyneen tunnusmerkistön toteutumisen”. Huomiota olisi kiinnitetty siis sekä tekijän tiedollisiin käsityksiin että hänen suhtautumiseensa (tahdonsuuntaukseensa). Lisäksi ehdotuksessa on todettu, että toimet, joilla seuraus pyritään estämään, ovat indisio siitä, että seurausta ei ole hyväksytty, ja edelleen, että ”[v]aadittava hyväksyminen ei niin ollen tule todistetuksi pelkäämällä, että tekijä on pitänyt seurauksen syntymistä varteenotettavana mahdollisuutena, mutta siitä huolimatta jatkanut toimintaansa”.⁵⁷¹

Ongelman siemen piilee seikassa, joka ilmenee korkeimman oikeuden yleisen oppien uudistamisesta antamassa lausunnossa. Korkein oikeus katsoi, että ”[j]os tekijä on pitänyt seurausta ’varsin todennäköisenä’ ja siitä huolimatta teh-

viittaa yli 50 %:n todennäköisyyteen, vaan ehkä jopa 20 %:n todennäköisyyttä voidaan pitää hengen vaaran aiheuttamisena. Ks. myös Koponen 2004, s. 245 ja Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 474. Ks. ratkaisusta myös Vihriälä 2012, s. 196–198.

⁵⁶⁹ Matikkala 2005, s. 256–257. Ks. myös Matikkala 2005, s. 260.

⁵⁷⁰ Koponen 2004, s. 244–247.

⁵⁷¹ OJLJ 5/2000, s. 12, 100–102 ja 299.

nyt teon, on selvää, että hän on suhtautunut seuraukseen joko hyväksyvästi tai välinpitämättömästi”.⁵⁷² Luonnontieteelliset kausaalilait eivät kuitenkaan ohjaa ihmisen käyttäytymistä. Syyn sijasta Frände puhuukin toimintaperusteesta, minä itse ymmärrän lähinnä toiminnan motiiviksi. Kyse on tosiasiaista, ”joka muutoin kuin kausaalisella tavalla saa ihmisen tekemään tai tekemättä jättämään jotain.” Esimerkkinä on mainittu velvollisuudentunto.⁵⁷³

Mielestäni voitaisiinkin kysyä, tulisiko tahallisuuskynnystä nostaa tilanteissa, joissa toimitaan virkavelvollisuuden velvoittamana ja haitallinen seuraus pyritään välttämään, vaikka se tosiasiaassa mielletäänkin hyvin todennäköiseksi tai jopa varmaksi. Olisiko mahdollista, että toiminnan laillinen ja hyväksyttävä motiivi sekä torjuva suhtautuminen seuraukseen yhdistettynä mahdollisiin oikeudenvastaisuustietoisuuden puutteisiin estäisi teon pitämisen tahallisena? Koposen sanoin ”moraalisen moitearvioinnin yhtenä osana tekijän syyllisyyden arvioinnissa voitaisiin käyttää teon sosiaalisen moitittavuuden ja sen riskipotentiaalin arviointia”.⁵⁷⁴ Näiden seikkojen avulla voitaisiin tasapainottaa tahallisuusarviointia siten, että suojatuille oikeushyville aiheutuva uhka ja menettelyn ilmentämä yhteiskunnanvastaisuus tulisivat paremmin huomioon otettavaksi.⁵⁷⁵

Samanlaisia elementtejä näyttäisi sisältyvän *double effect* -doktriiniin surmaamisen oikeutuksen filosofisena perusteluna. Tämän lähestymistavan mukaan hyökkääjän kuolema olisi sallitun (välttämätön ja suhteellinen) teon luvallinen ”sivuvaikutus”. Tarkoitus ulottuisi vain oman hengen pelastamiseen ja seuraus sitä vastoin olisi ennalta-arvattava – jopa lähes varma –, mutta ei tarkoitettu. Lähestymistapaa on kritisoitu voimakkaasti sillä perusteella, että seurauksen pitämistä ennustettavana ja sen tarkoitamista ei voida juridisesti merkityksellisellä tavalla erottaa toisistaan.⁵⁷⁶

Viitaten aiempiin pohdintoihin oikeudenvastaisuustietoisuuden merkityksestä voidaan myös kysyä, tulisiko tahallisuuden alimman asteen alarajaa nostaa, jos henkilö toimii kieltoerehdyksessä (oikeudenvastaisuustietoisuuden merkitys).⁵⁷⁷ Nämä kysymykset jääkööt jatkotutkimuksen selvitettäväksi.

⁵⁷² OM 2002:7, s. 29.

⁵⁷³ Frände 2012, s. 78–79.

⁵⁷⁴ Koponen 2004, s. 115.

⁵⁷⁵ Koponen 2004, s. 121. Koponen on liittänyt kuvatut seikat nimenomaan olosuhdetahallisuuteen. Talousrikosten osalta ainakin Koponen on edellyttänyt – tosin tahallisuutta laajentavaan suuntaan – että ”tekijän hyväksyvällä tai kvalifioitun välinpitämättömällä suhtautumisella on oltava merkitystä tahallisuusarvioinnissa”. Ks. tästä Koponen 2004, s. 112.

⁵⁷⁶ Leverick 2006, s. 53–54.

⁵⁷⁷ Matikkala 2005, s. 531.

3.3.3 Harha-iskut

Äärimmäisissä voimankäyttötilanteissa saattaa tulla arvioitavaksi myös harhaiskun mahdollisuus. RL 21 luvun näkökulmasta tällaisella erehdyksellä ei ole rikosoikeudellisen arvioinnin kannalta merkitystä, jos tarkoitettu kohde ja todellinen kohde olivat ”rikosoikeudelliselta merkitykseltään samanarvoiset”.⁵⁷⁸ Vikatmaan mukaan eriarvoisuuden tultua todetuksi – mikä ei ole välttämättä lainkaan yksinkertaista –, ”[j]os todella tehty teko on luuloteltua raskaampi, poistaa erehdys tahallisuuden, ja teko voi olla tuottamuksellisena rangaistava. Jos taas tapahtunut teko on luuloteltua lievemmin rikosoikeudellisesti arvosteltava, rangaistetaan tekijää todella tapahtuneen mukaan.” Mikäli tulkitsen Vikatmaata oikein, voidaan ainakin muiden rangaistuksen suuruuteen vaikuttavien seikkojen kuin mittaamisen osalta puhua rikosoikeudellisesti merkittävästä eriarvoisuudesta.⁵⁷⁹ Nuotio ja Majanen ovat lisäksi edellyttäneet, että tekijän tahallisuus *dolus eventualis*-asteisena kattaa myös toteutuneen tapahtumainkulun.⁵⁸⁰ Samoin Tapani ja Tolvanen ovat katsoet, että suhteessa tarkoitettuun kohteeseen kyse on tahallisuudesta yrityksestä, kun taas suhteessa todelliseen kohteeseen kyse on tuottamuksellisesta rikoksesta tai vähintään *dolus eventualis*-tahallisuuden (seurauksen aiheuttaminen harhaiskun toteutuneelle kohteellekin oli varsin todennäköistä) toteutuessa myös tahallisuudesta rikoksesta.⁵⁸¹

Harhaiskusta on kyse korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 1980-II-87, jossa hätävarjelutilanteessa puolustautuneen henkilön nyrkinisku oli osunut vahingossa sivulliseen A:han. A:n vahingoittumisen katsottiin aiheutuneen tapaturmasta eikä rikollisesta teosta. Ratkaisu on mielenkiintoinen. Korkeimman oikeuden päättely on mitä ilmeisimmin edennyt siten, että koska kyseessä on hätävarjelutilanne, mikään tilanteesta tehty tunnusmerkistön mukainen teko ei ole oikeuden vastainen (rikollinen teko). Toki on muistettava, että kyseessä on ensi sijassa vakuutuskorvausta koskeva ratkaisu, eikä sille tule antaa erityisen suurta merkitystä rikosoikeudellisesta näkökulmasta. Vaikuttaisi jopa siltä, että rikosoikeudelliselle huolimattomuudelle ei ole jätetty mitään sijaa, vaan tahallisuuden sulkeuduttua pois on kyse ollut tapaturmasta. Itse olisin kuitenkin sitä mieltä, että ainakaan teoriassa ei voida sulkea pois vastuuta tuottamuksellisesta rikok-

⁵⁷⁸ Lappi-Seppälä 2004a, s. 6. Lappi-Seppälä – Ojala 2009, s. 473. Ks. myös Honkasalo 1967, s. 112, Backman 1989, s. 585 ja Nuutila 1997a, s. 237–239 ja Nuutilan taulukko Nuutila 1997a, s. 237. Ulkomaisesta kirjallisuudesta ks. Ashworth 2009, s. 192–193.

⁵⁷⁹ Vikatmaa 1970, s. 314. Ks. myös Honkasalo 1967, s. 112–114.

⁵⁸⁰ Nuotio – Majanen 2003, s. 87–88. Ks. myös Honkasalo 1967, s. 113, Frände 2012, s. 132 ja Ashworth 2009, s. 193.

⁵⁸¹ Tapani – Tolvanen 2008, s. 248. Samoin Frände 2012, s. 132. Vrt. Nuutila 1997a, s. 237–238. Nuutilan mukaan vastuun tulisi kohdata tekijää vain täyttyneestä teosta, mutta ei sen sijaan tarkoitettuun kohteeseen kohdistuneesta yrityksestä.

sesta esimerkiksi tapauksissa, joissa hätävarjelutilanteessa sinänsä oikeutetusti ampuma-asetta käyttävä henkilö ampuu ohi hyökkääjistä surmaten etäämmällä olleen sivullisen.

Ratkaisu näyttäisi haastavan Fränden havainnon, jonka mukaan oikeuttamisperusteet eivät voi tulla kyseeseen tuottamuksellisten tekojen yhteydessä. Frände perustelee tätä sillä, että ”oikeuttamisperusteen nojalla toimivan täytyy vähintäänkin tietää, mitä hän on tekemässä” (esim. tietoisuus hyökkäyksen kohteena olemisesta). Hän on kuitenkin itsekin todennut, että esimerkiksi hätävarjelen yhteydessä aiheutuneet tarkoitamattomat vahingot kuulunevat oikeuttamisperusteen piiriin.⁵⁸²

Vahingonlaukausten oikeudellisen arvioinnin osalta voidaan kiteyttäen todeta, että nämä tapaukset eivät käytännössä eroa muun poliisin menettelyn rikosoikeudellisesta arvioinnista. Ensinnä on pyrittävä muun muassa viranomaismääräysten ja -ohjeiden avulla selvittämään, mikä on ollut objektiivisesti kiellettyä. Tähän Norée sisällyttää myös puolustettavuusarvioinnin. Katsoessaan menettelyn huolimattomaksi tulee tuomioistuimen muodostaa jonkinlainen huolellinen malli toimia ja sen jälkeen vielä todeta, että huolellisen menettelyn ja todellisten tapahtumien ero on niin suuri, että rikosoikeudellinen moite on perusteltu. Teon objektiivisessa arvioinnissa tulee nähdäkseni arvioida myös riskinoton relevanssi- ja tunnusmerkistön ulottuvuus -kysymyksiä. Vasta tämän jälkeen tulee arvioitavaksi, onko perusteltua asettaa tekijä rikosoikeudelliseen vastuuseen toimista.⁵⁸³

⁵⁸² Frände 2012, s. 202. Ks. myös Roxin 2006, s. 1099, jonka esimerkin mukaan henkilö, joka tarkoittaa ampua varoituslaukauksen torjuakseen hyökkäyksen, mutta osuikin vahingossa hyökkääjään surmaten tämän, on toiminut oikeutetusti, jos myös tahallinen kohti ampuminen olisi ollut sallittua.

⁵⁸³ Norée 2004, s. 62–66.

4 Putatiivitalanteet – huolellinen ja huolimaton erehdys

Poliisin voimankäyttöön liittyvät putatiivitalanteet eivät ole lainkaan harvinaisia. Noréen poliisin aseenkäyttöä koskevasta tutkimuksesta vuodelta 2004 ilmenee, että vuosien 1990–2004 (tammikuu) välisenä aikana Ruotsin poliisi ampui kuoliaaksi 14 ihmistä. Tutkimuksen lyhyistä tapausselostuksista ilmenee, että seitsemässä tapauksessa kyse oli ns. putatiivitalanteesta. Yhdessä tapauksessa kohdehenkilöllä oli jäljitelmäase, yhdessä käyttökelvoton ase, yhdessä lataamaton kivääri, kahdessa tapauksessa poliisimies luuli kohteella olevan ase, vaikka näin ei ollutkaan, ja kahdesta tapauksesta ei ilmene, mihin erehdys tilanteen luonteesta perustui. Toisessa tapauksista, joista ei ilmene, mihin erehdys perustui, poliisimies tuomittiin kuolemantuottamuksesta. Kyseessä oli ilmeisesti vahingonlaukaus. Toisessa tapauksessa, jossa poliisimies oli erehtynyt luulemaan kohdehenkilön ottavan esille sahatun haulikon, poliisimies tuomittiin törkeästä pahoinpitelystä ja kuolemantuottamuksesta. Muissa tapauksissa poliisimies vapautettiin rikosepäilyistä jossakin rikosprosessin vaiheessa.⁵⁸⁴ Myös EIT:n ratkaisukäytännössä on useita tapauksia, joissa on ollut kyse selväpiirteisistä putatiivitalanteista. Esimerkkinä mainittakoon poliisin voimankäyttöä koskevana avainratkaisuna pidettävä McCann-tapaus. Varsin yllättävää kyllä omaan tutkimusaineistooni kuuluneissa tapauksissa ainoastaan Kouvolan hovioikeuden ratkaisussa 7.1.2011 nro 28 on putatiivitalanteen piirteitä, ja siinäkin kyse oli siitä, minkälainen merkitys poliisin toimia arvioitaessa oli annettava sille, että kohdehenkilöllä epäiltiin olevan hallussaan teräase.

Erilaisten erehdystilanteiden erittelemiseksi on syytä viitata Lappi-Seppälään, jonka mukaan oikeuttamisperusteista erehtyminen voi olla kolmenlaista:⁵⁸⁵

- a) Tekijä luulee oikeuttamisperusteen olevan käsillä, vaikka oikeusjärjestys ei edes tunne kyseisenlaista oikeuttamisperustetta (aito kieltoerehdys).
- b) Tekijä erehtyy oikeuttamisperusteen rajoista ja vaikutuksista (subsumptioerehdys). Tästä lieenee kysymys Lappi-Seppälän toisaalla väitöskirjassaan kuvaamassa tilanteessa, jossa tekijä ”aidosti” ja ”yleisesti hyväksytyistä ja ymmärrettävistä syistä” kuvittelee pelastavansa tärkeämmän edun vähemmän tärkeän kustannuksella. Tällöin henkilöllä ei omasta mielestään ollut syytä menetellä muulla tavalla. Rangais-

⁵⁸⁴ Norée 2004, s. 53–55. Ks. myös Norée 2005, s. 118 sekä Norée 2008, s. 125–126. Englannissa tapahtuneista putatiiviluonteisista aseenkäyttötilanteista ks. Waddington 1990, s. 699–700.

⁵⁸⁵ Lappi-Seppälä 1987, s. 323 ja 421–422.

tuksen mittaamisessa tilanteisiin on liitettävä ”subjektiivisten arvostuserojen va-
rauma”.

- c) Tekijä erehtyy oikeuttamisperusteen edellytysten suhteen eli esimerkiksi erehtyy luulemaan harmitonta toimintaa hyökkäykseksi (tosiasiaerehdys).

Lähes samanlainen erittely on löydettävissä myös hallituksen esityksestä 44/2002 vp:⁵⁸⁶

- a) Ensinnäkin erehdys saattaa koskea sitä, sisältyykö oikeusjärjestykseen lainkaan tekijän kuvittelemaa vastuuvapausperustetta. Tällöin kyse on selkeästi kieltoerehdyksestä.
- b) Tekijä saattaa myös erehtyä vastuuvapausperusteiden oikeudellisista soveltamisrajoista. Tekijä on siis hahmottanut konkreettisen tilanteen oikein, mutta erehtynyt vastuuvapausperusteen sovellettavuudesta siihen. Kyse on siis normiston sisältöön kohdistuvasta erheestä eli kieltoerehdyksestä (soveltamiserehdys).
- c) Henkilö saattaa myös erehtyä vastuuvapausperusteista siten, että hän kuvittelee toimivansa lainvastaisesti, vaikkei tosiasiaa syyllistykään rikokseen. Tällaisissa tilanteissa tunnusmerkistön mukaista tekoa ei ole tapahtunut eikä erehdyksellä ole mitään oikeudellista merkitystä.
- d) Lisäksi erehdys voi liittyä vastuuvapausperusteen tosiasiallisiin edellytyksiin. Tilanteeseen, sillä tavoin kuin tekijä sen hahmotti, liittyi vastuuvapausperuste, mutta tekijä ymmärsi tilanteen jostain syystä väärin eikä vastuuvapausperuste tosiasiaa sovellu. Tekijä siis erehtyy siitä, onko käsillä joku tosiseikka, joka vapauttaisi rikosoikeudellisesta vastuusta. Hallituksen esityksen 44/2002 vp mukaan tunnusmerkistöerehdystä koskeva säännös ei näihin tilanteisiin sovellu, koska vastuuvapauden edellytykset eivät ole tunnusmerkistötekijöitä.

Kohdissa a ja b kuvattujen tilanteiden on katsottu kuuluvan kieltoerehdyksen piiriin ja ne toimivat vastuuvapausperusteina vain, jos erehtymistä on pidettävä ilmeisen anteeksiannettavana. Koska tunnusmerkistö- ja kieltoerehdystä koskevat säännökset eivät kata kohdassa d kuvattuja tilanteita, joissa erehdytään vastuuvapausperusteiden edellytysten suhteen⁵⁸⁷, on näitä tilanteita varten säädetty erillinen säännös RL 4 luvun 3 §:ään:

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

⁵⁸⁶ HE 44/2002 vp, s. 108–110 ja 117.

⁵⁸⁷ HE 44/2002 vp, s. 17. Ks. myös Lappi-Seppälä 2004a, s. 5. Kuten Lappi-Seppälä on todennut, ”[t]osiasiallisia edellytyksiä koskeva erehtyminen ei koske teon oikeudenvastaisuutta. Toisaalta vastuuvapauden perustavat olosuhteet eivät myöskään kuulu tunnusmerkistöön, eikä niihin siis sovellu tunnusmerkistötekijöitä koskeva tunnusmerkistöerehdys.”

Lain kohta soveltuu luulotellun hätävarjelun, voimakeinojen käytön ja pakkotilan tilanteisiin. Klassisen esimerkin mukaan henkilö, jota uhataan leikkapistoolilla, erehtyy pitämään asetta oikeana ja ryhtyy tässä käsityksessä hätävarjelutoimiin. Kyse on tilanteesta, jossa ”käsillä ei ole oikeuttamisperustetta, mutta tekijä uskoo näin olevan”. Esimerkkinä lähinnä hätävarjeluun liittyvästä putatiivitilanteesta Matikkala kuvaa myös tilanteen, jossa ”A luulee virheellisesti, että häntä lähestyvä B on hyökkäämässä hänen kimppuunsa ja kaataa B:n maahan”.⁵⁸⁸ Voimakeinojen käytön osalta Frände on puolestaan maininnut esimerkkinä tilanteen, jossa poliisimiehet ottavat kiinniotettavaksi määrätyn henkilö x:n sijasta kiinni tätä muistuttavan henkilö y:n ja kantavat hänet poliisiautoon.⁵⁸⁹ Yleisesti ottaen kynnys putatiivisäännöksen soveltamiseen voimakeinojen käyttöön on kuitenkin korkeampi kuin hätävarjelun ja pakkotilan osalta.⁵⁹⁰

Säännöksen näkökulmasta relevantti erehdys ei vaikuta tahallisuuteen sinänsä, vaan vapauttaa tahallisuusvastuusta. Toisinhan on tunnusmerkistöerehdyksen osalta, jolloin ”teko ei ole tahallinen”.⁵⁹¹ Lappi-Seppälä on tosin katsonut, että tällä muotoilujen erolla ei ole ”konkreettisia käytännön oikeusvaikutuksia”.⁵⁹²

Roxin on kriminaalipoliittisen systeemimuodostuksen näkökulmasta kritisoinut tällaista sääntelyä, jossa teon todetaan olleen tahallinen, mutta henkilöä ei siitä huolimatta rangaista tahallisesta teosta. Roxinin mukaan ”on arvotonta määritellä tahallisuus tavalla, johon ei liity rangaistusta tahallisesta teosta. Koska jo esitettyjen perusteluiden vuoksi ei ole oikein rangaista putatiivihätävarjelusta tahallisena tekona, on tahallisuuden käsite alun alkaen määriteltävä sillä tavoin, että oikeuttamisperusteen asiallista käsilläoloa koskeva erehdys sulkee pois tahallisuuden.”⁵⁹³

Tuottamusvastuuseen johtaneesta putatiivisesta hätävarjelusta oli kyse vanhassa korkeimman oikeuden ratkaisussa, joka otetaan tässä esille lähinnä esimerkkinä tapahtumain kulusta, joka voi tulla arvioitavaksi ns. putatiivihätävarjeluna.

⁵⁸⁸ Matikkala 2005, s. 573–574.

⁵⁸⁹ Frände 2012, s. 182. Putatiivivoimankäytöstä on myös Ruotsissa mainittu esimerkkinä tilanne, jossa poliisi erehtyy kiinniotetun henkilön henkilöllisyydestä. Ks. tästä Westerlund 2003, s. 41. Ks. esimerkit putatiivipakkotilasta Tolvanen 1999, s. 375 ja Tapani – Tolvanen 2008, s. 332. Ks. myös Ylösjoki 1965, s. 130. Ylösjoki kuvasi voimakeinojen käyttöön liittyviä putatiivitilanteita ilmauksella ”putatiivinen poliisivaara”.

⁵⁹⁰ Nuotio – Majanen 2003, s. 91. Vrt. Viljanen 1984, s. 371. Myös laillisen voimakeinojen käytön aikarajoista erehtyminen saattoi Viljasen mukaan poistaa tahallisuusvastuun.

⁵⁹¹ Matikkala 2005, s. 578. Ks. myös Alanen 1925, s. 144, joka on käyttänyt ilmausta ”erehdys estää teon rankaisemisen tahallisena rikoksena”. Ks. myös Roxin 1989, s. 323, jonka mukaan valittua lainsäädäntöratkaisua voidaan perustella sillä kriminaalipoliittisesti värityneellä ajatuksella, että putatiivitilanteessa toiminut ei ansaitse tulla rangaistuksi tahallisesta, vaan korkeintaan tuottamuksellisesta rikoksesta.

⁵⁹² Lappi-Seppälä 2004a, s. 14 sekä av. 113.

⁵⁹³ Roxin 1989, s. 325.

KKO 1948-II-322 (Hätävarjelu): Ravintolan vahtimestari oli poistaessaan ravintolan portaikosta meluavaa väkijoukkoa erehdyksessä lyönyt erästä sivullista henkilöä luullen tämän kuuluvan meluajiin. Tässä putatiivisessa hätävarjelutapauksessa pahoinpitely rangaistiin tuottamuksellisenä tekona eivätkä RL 3 luv. 6 ja 9 §:n säännökset olleet siihen sovellettavissa. Ään

Tapausselostuksesta ilmenee, että vahtimestari oli erehtynyt luulemaan joutuneensa mainitun sivullisen henkilön taholta oikeudettoman hyökkäyksen kohteeksi. Vahtimestari tuomittiin ruumiinvamman tuottamuksesta.⁵⁹⁴ Kyse ei siis ollut edellä selostetun tapauksen kaltaisesta harhauskusta tai ohilyönnistä.

Vaatus perustellusta käsityksestä tuo säännökseen normatiivisen elementin.⁵⁹⁵ Tämä vaatimus ilmeni korkeimman oikeuden ratkaisusta vuodelta 1999, jossa tekijä tuomittiin tapon yrityksestä hänen lyötyään toista henkilöä puukolla reiden yläosaan. Päätöserustelujen mukaan A on väittänyt toimineensa putatiivisessa hätävarjelutilanteessa, ”koska oli luullut, että hänet oli aiottu ryöstää”. Väitteen tueksi ei mitään ilmeisimmin esitetty mitään näyttöä, ja korkein oikeus totesikin, että ”esitetty selvitys ei anna aihetta päätellä, että A:n lyödessä veitsellä tilanne olisi hänen kannaltaan ollut uhkaava ja että hänellä olisi ollut perusteita luulla joutuvansa B:n oikeudettoman hyökkäyksen kohteeksi. A:n ei näin ollen voida katsoa tahallisuuteen vaikuttavalla tavalla erehtyneen tekoonsa johtaneista tosiseikoista.”⁵⁹⁶

Tapauksen voidaan katsoa vastaavan yleisten oppien uudistuksen yhteydessä esitettyä käsitystä, että putatiivierehdystä koskevaa ”[s]äännöstä tulisi soveltaa sitä ahtaammin, mitä törkeämpi teko on kyseessä”.⁵⁹⁷ Tapauksessa limittyvät myös havainnollisesti hätävarjeluväitteen tueksi esitettävään näyttöön liittyvät kysymykset ja toisaalta A:n subjektiivinen näkemys tilanteesta. Kuten Lappi-Seppälä on todennut, ”[h]ovioikeuden perustelut painottuvat enemmän näytön

⁵⁹⁴ Ks. ratkaisusta myös Majanen 1979, s. 364–365.

⁵⁹⁵ Ks. Frände 2005a, s. 95. Ks. myös englantilaisesta kirjallisuudesta Horder 2004, s. 78–79, joka näyttäisi edellyttävän lainvalvontaviranomaisilta suurempaa kykyä tilanteen luonteen tunnistamiseen, eli toisin sanoen perustellun erehdyksen kynnys asettuisi esimerkiksi poliisimiehellä korkeammalle kuin tavallisella kansalaisella.

⁵⁹⁶ Hovioikeus totesi tapauksessa, että ”että A:n olisi tullut esittää jonkinasteista selvitystä erehtymisestään, jotta hänen väitettään olisi voitu pitää niin uskottavana, että todistustaakka sen paikkansapitämättömyydestä olisi siirtynyt syyttäjälle”. Ks. myös Ruuskanen 2005 s. 329–331. Ruuskanen on väitöskirjassaan pohtinut syytetyn taustatietojen (aiempi väkivaltaisuus tms.) oikeudellista merkitystä arvioitaessa hätävarjeluluulon oikeutusta.

⁵⁹⁷ OM 2002:7, s. 41. Erityisesti kuolemaan johtaneiden tilanteiden osalta voidaankin lainata Leverickiä, jonka mukaan ”[b]ut where a consequences of a mistake are as serious as the death of an entirely innocent human being, there is surely a duty on individuals, as far as is possible or reasonable in the circumstances, to reflect before acting.” Ks. tästä Leverick 2002a, s. 350.

ulottuvuudelle. KKO tuntui taas painottavan enemmän A:n omaa näkökulmaa ja sitä, antoiko tilanne *hänelle* riittävästi perusteita päätyä virhepäätelmään.”⁵⁹⁸

Kuten otsikosta ilmenee, arvioitavana oli myös surmaamistahallisuus. Tältä osin keskeistä oli, että lyönnin objektiivisesta vaarallisuudesta huolimatta katsottiin, että A:n ei ollut ”näytetty suunnanpuukoniskua B:n keskikehon helposti vioittuvien sisäelinten alueelle” eikä esitetyn selvityksen perusteella ”muutoinkaan voida katsoa näytetyn, että A:n tarkoituksena on ollut tappaa B tai että hänellä olisi ollut tahallisuuden edellyttämä tietoisuus siitä, että hänen B:n jalkoihin tarkoittamansa puukoniskun varsin todennäköinen seuraus olisi tämän kuolema”.

Jos henkilö huolellisen, ns. normaalikansalaiselta edellytettävän arvioinnin jälkeen erehtyy pitämään hätävarjelutilanteena tilannetta, joka ei sellainen ole, ja toimii sen mukaisesti, hän on rangaistusvastuusta vapaa. Mikäli hän sitä vastoin ei ole arvioinut tilannetta riittävän huolellisesti ja olisi näin toimiessaan ymmärtänyt, että kyse ei ole hätävarjelutilanteesta, hän saattaa joutua vastuuseen tuottamuksellisesta teosta.⁵⁹⁹ Tässäkin tapauksessa edellytetään, että henkilö on ollut vilpittömässä mielessä eli toisin sanoen hän perustellusti käsitti tilanteen hätävarjelutilanteeksi. Virhekäsityksen täytyy siis jollain tavoin olla järjellisesti perusteltavissa. Henkilö ei vapaudu tahallisuusvastuusta, jos käsitys vastuuvapausperusteen olemassaolosta ei ole perusteltu.⁶⁰⁰

Vastuuvapausperusteen olemassaolosta erehtyminen viittaa tilanteeseen, jossa henkilö pitää varmana, että vastuuvapausperuste on käsillä. Tästä voitaneen erottaa tilanteet, joissa henkilö ryhtyy toimimaan olettaen vastuuvapausperusteen olevan käsillä, mutta pitää kuitenkin jossain määrin mahdollisena, että vastuuvapausperuste ei olekaan käsillä. Voidaan hyvin kuvitella tilanne, jossa kioskihenkilökunta ei ole aivan varma, onko ryöstäjän ase oikea, mutta katsoo kuitenkin perustelluksi ryhtyä ankariin puolustautumistoimiin. Vaikka tunnusmerkistöerehdyssäännös ei sovellukaan putatiivitilanteisiin, voitaneen kuvattuja tilanteita ratkaistaessa noudattaa vahvaa analogiaa suhteessa olosuhdetahallisuuteen ja sille oikeuskäytännössä määrittäneeseen todennäköisyyskynnykseen. Jos henkilö pitää vastuuvapausperusteen käsilläoloa yhtä todennäköisenä kuin ei-käsilläoloa, vastuu tahallisesta teosta sulkeutuu pois.

Putatiivierehdyksiin kytketty normatiivinen edellytys on kirvoittanut Matikkalan aiheellisesti kysymään, onko ollut tarkoitus kohdella eri tavoin putatiivitilanteisiin ja tunnusmerkistöerehdykseen liittyviä erehdyksiä. Edellä mainituissa edellytetään, että

⁵⁹⁸ Lappi-Seppälä 2004a, s. 13. Ks. myös Matikkala 2000, s. 76.

⁵⁹⁹ HE 44/2002 vp, s. 117.

⁶⁰⁰ HE 44/2002 vp, s. 110.

”tekijä sen perustellusti käsitti” ja jälkimmäisessä todetaan yksinkertaisesti ”tekijä ei teon hetkellä ole selvillä... tai jos hän erehtyy”.⁶⁰¹

Yleisten oppien uudistuksen yhteydessä esitettiin aiheellisesti kysymys, miten tuottamusvastuu on ylipäättään mahdollinen, jos henkilö on erehtynyt ”perustellusti”.⁶⁰² Ymmärrän tämän viittaavan kysymykseen siitä, *mitä henkilön olisi pitänyt siis tehdä toisin*. Tämä kysymys tulisi aina esittää arvioitaessa tekijän menettelyn huolimattomuutta. Vikatmaa on ratkaisua KKO 1948-II-322 kommentoidessaan nostanut esiin tekijän ammattitaitoon ja koulutukseen perustuvan selonottovelvollisuuden merkityksen.⁶⁰³ Tämä vaikuttaa suoraan siihen, oliko menettely huolimaton, ja huolimattoman menettelyn ollessa kyseessä, oliko erehtyminen perusteltua. Ilmeisesti Vikatmaan näkemyksestä voidaan johtaa myös perusteluja sille, että perustellusti erehtynyt henkilö tuomitaan tuottamuksellisesta rikoksesta. Tällöin henkilö on erehtynyt perustellusti, mutta ei ole täyttänyt häneltä vaadittavaa selonottovelvollisuutta, mikä olisi poistanut erheen mahdollisuuden. Toisaalta on muistettava, että tyypillisesti selonottovelvollisuus liitetään normatiivisiin seikkoihin eikä tosiasioihin.

Lakivaliokunta tähdensi mietinnössään, että pelkkä väite erehtymisestä ei riitä, vaan esimerkiksi hätävarjelun osalta ”tekijän on kyettävä esittämään uskottavia syitä hyökkäystä koskevalle oletukselleen”.⁶⁰⁴ Frände on katsonut lakivaliokunnan asettaneen käännetyn todistustaakan, mitä oikeusvaltiossa ei voida pitää hyväksyttävänä.⁶⁰⁵ Tapani onkin myöhemmin todennut, että riittävää on, jos ”erehtymismahdollisuutta on kuitenkin pidettävä järjellisenä, eikä syyttäjä onnistu osoittamaan tekijän erehtymisen syitä epäuskottavaksi”.⁶⁰⁶ Prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa näyttäisi kallistutun sille kannalle, että syyttäjällä on selkeästi todistustaakka myös rangaistavuuden poistavien perusteiden, kuten hätävarjelun osalta.⁶⁰⁷ Backman on kuitenkin edellyttänyt, että hätävarjeluväite ei ole epäuskottava eli toisin sanoen väite saa tukea tapauksen tosiseikoista.⁶⁰⁸ Toisaalta syyttäjän ei tarvitse haastehakemuksessa vedota seikkoihin, joiden perusteella kyseessä ei ole hätävarjelu, ellei epäilty ole esimerkiksi esitutkin-nassa vedonnut tällaisiin seikkoihin.⁶⁰⁹

⁶⁰¹ Matikkala 2000, s. 76.

⁶⁰² OM 2002:7, s. 41–42.

⁶⁰³ Vikatmaa 1970, s. 226.

⁶⁰⁴ LaVM 28/2002 vp, s. 10.

⁶⁰⁵ Frände 2012, s. 184 av. 415.

⁶⁰⁶ Tapani 2008, s. 889.

⁶⁰⁷ Jokela 2008, s. 563.

⁶⁰⁸ Backman 2004b, s. 9–10.

⁶⁰⁹ Jokela 2008, s. 285. Ks. myös Jokela 2008, s. 632, jossa kirjoittaja on todennut, että tuomioistuimen tulee omasta aloitteestaan ottaa huomioon esimerkiksi pakkotilan ja hätävarjelun tyypiset olosuhteet. Tällaisista seikoista tulee toki kuulla asianosaisia.

”Perustellusti käsittäminen” on aineellisoikeudellinen lisäehto eikä näyttöä koskeva ohje, eli vaaditaan, että ”henkilöllä on ollut todellinen ja uskottava peruste erehtymiselleen”⁶¹⁰. Olen taipuvainen olemaan samaa mieltä Ruuskasen kanssa, joka on korkeimman oikeuden ratkaisuihin KKO 1999:20 ja KKO 2004:16 viittaen katsonut, että ”perustellusti” -vaatimus viittaa ensisijaisesti luulon perusteeksi esitettäviin objektiivisiin seikkoihin. Hän ei kuitenkaan sulje pois mahdollisuutta tuoda esille subjektiivisia, esimerkiksi tietoisuuteen hyökkääjän aiemmas-
ta väkivaltaisuudesta liittyviä seikkoja.⁶¹¹

Fränden mukaan putatiivitulanteessa erehdyksen tulee kohdistua tosiasioihin eikä putatiivitulanteena voida arvioida niitä tilanteita, joissa erehdytään lain sisäl-
löstä. Esimerkkinä viimeksi mainitusta hän on maininnut tilanteen, jossa joku luulee toimivansa sellaisen oikeuttamisperusteen nojalla, joka ei edes kuulu oi-
keusjärjestykseen.⁶¹² Kyse on siis edellä kohdassa a kuvatuista tilanteista. Nämä tilanteet samoin kuin se, jos henkilö erehtyy oikeuttamisperusteen rajoista, tulee käsitellä kieltoerehdyksinä. Esimerkkinä viimeksi mainitusta Frände on mainin-
nut tilanteen, jossa henkilö puolustautuu laillista kotietsintää vastaan. Henkilö siis erehtyy hätävarjelusäännökseen sisältyvän termin ”oikeudettoman” sisällös-
tä.⁶¹³ Viimeksi mainitusta on kyse kohdan b tilanteista, joiden piiriin kuuluu myös Ruuskasen kuvaamat tilanteet, joissa henkilö erehtyy kuvittelemaan, että tilanteeseen liittyy vastuuvapausperuste, vaikka näin ei ole. Henkilö on toisin sanoen tulkinnut oikein relevantit tosiseikat ja tuntee normien sisällön, mutta hänen tulkintansa normin sisällöstä on väärä. Esimerkkinä hän on maininnut er-
heellisen käsityksen ennakoivan hätävarjelun sallittuisuudesta.⁶¹⁴

Vaikka molemmissa b-kohtiin liitettävissä esimerkeissä on piirteitä soveltami-
serehdyksestä, ovat ne mielestäni kuitenkin selkeästi kieltoerehdykseksi katsot-
tavia erehdyksiä ja sinänsä lähtökohtaisesti juridisesti merkityksettömiä. Kansai-
laisilta voitaneen edellyttää tietoisuutta sekä siitä, että virkatoimia vastaan ei
lähtökohtaisesti voi puolustautua hätävarjelun keinoin sekä siitä, että ennakoiva
hätävarjelu ei ole sallittua. Kieltoerehdyksenä pidettävien ennakoivan hätävarje-
lun tilanteiden ja soveltamiserehdyksenä pidettävien tilanteiden, joissa on kyse
siitä, onko joku menettely oikeudellisesti määriteltävissä oikeudettomaksi hyök-
käykseksi, välinen rajanveto jää tässä määrittämättä. Molempia tilanteita tulisi
lähtökohtaisesti pitää kieltoerehdyksinä ja mahdollinen anteeksianto tulisi perus-
taa hätävarjelun liioittelulle, ellei joissakin poikkeustilanteissa voitaisi soveltaa
kieltoerehdystä anteeksiantoperusteena.

⁶¹⁰ Lappi-Seppälä 2004a, s. 13. Ks. myös Ruuskanen 2005, s. 326.

⁶¹¹ Ruuskanen 2005, s. 331.

⁶¹² Frände 2012, s. 183. Samoin Tapani – Tolvanen 2008, s. 324 ja 344–345.

⁶¹³ Frände 2012, s. 183. Ks. myös Tapani – Tolvanen 2008 s. 324–325.

⁶¹⁴ Ruuskanen 2005, s. 325.

Oikeudettoman hyökkäyksen määrittelyä koskevia erehdyksiä liittyy myös tilanteisiin, joissa poliisimies kuvittelee toimivansa hätävarjelutilanteessa, vaikka toimiikin voimakeinojen käyttötilanteessa ja käyttää liiallista voimaa. Tekijä toisin sanoen erehtyy siitä, mikä oikeuttamisperuste tilanteeseen soveltuu. Tällainen erehdys on varsin mahdollinen ottaen huomioon edellisessä pääjaksossa kuvatut haasteet mainittujen kahden oikeuttamisperusteet välisessä rajanvedossa. Lopputuleman kannalta relevanttia on, että oikeuttamisperusteena hätävarjelu sallii ankaramman voimankäytön kuin voimakeinojen käytössä on sallittua. Onko tällaisessa hätävarjelun ja voimakeinojen väliseen rajanvetoon liittyvässä erehdyksessä kysymys putatiivitalanteesta, joka poistaa tahallisuuden? Lähtökohtaisesti ilmeisesti ei, koska kyse on kieltoerehdyksenä pidettävästä soveltamiserehdyksestä, joka ei edellä selostettujen lain esitöiden ja oikeuskirjallisuuden kannanottojen mukaan kuulu putatiivisäännöksen soveltamisalaan. Tämä ratkaisu ei mielestäni ole kriminaalipoliittisesti erityisen onnistunut. Laillisuusperiaatehan ei sinänsä estä tulkitsemasta rikosoikeudellista vastuuta vähentävää säännöstä laajentavasti epäillyn eduksi. Esittäisinkin tulkintasuosituksena, että mikäli kuvatunkaltaiseen soveltamiserehdykseen vedotaan uskottavasti ja erehdys on säännöksen edellyttämällä tavalla perusteltu, tahallisesta rikoksesta tuomitsemista tulisi välttää.⁶¹⁵

Kaikenlaisen poliisin voimankäytön näkökulmasta mielenkiintoisia ovat myös tilanteet, joissa lain sisällöstä tietoinen henkilö on tehnyt oikeat havainnot tilanteesta, mutta henkilö tulkitsee lakia väärin ja kuvittelee olevansa oikeutettu käyttämään enemmän voimaa kuin laki tosiasiassa sallii. Tällöin käsillä siis todella on henkilön käsittämä oikeuttamisperuste, mutta käytetyt keinot ovat liiallisia. Frände on katsonut, että puolustautujan väärä käsitys esimerkiksi hätävarjelun tarpeellisuudesta voitaneen arvioida putatiivitalanteena.⁶¹⁶ Frändea mukaillen katson, että käytettyjen voimakeinojen puolustettavuuteen ja tarpeellisuuteen liittyvät soveltamiserehdykset tulisi käsitellä putatiivitalanteina. Mutta kuten jo edellä on todettu, erehdyksen tulee olla perusteltu myös siinä suhteessa, että voimaa on käytetty lain sallimaan tarkoitukseen, eli puolustautumiseen, tai toimivallan käyttötarkoituksessa. Toisin sanoen tapauskohtaiselle harkinnalle on jätettävä tilaa, jonka määrä tosin riippuu siitä, onko käsillä erityisiä olosuhteita, kuten esimerkiksi kohdehenkilön korkea ikä tai mielenterveyden ongelmat. Tämäkin ratkaisu voidaan luonnollisesti tehdä jo teon huolimattomuuden tasolla.

Myös oikeuskirjallisuudesta on löydettävissä jonkin verran tukea tulkinnalleni. Viljanen on 1980-luvulla väitöskirjassaan katsonut, että ”tekijällä täytyy...

⁶¹⁵ Jareborg 2001, s. 114 on tosin esittänyt, että laajentavakaan tulkinta ei saa mennä sanarajan ulkopuolelle.

⁶¹⁶ Frände 2012, s. 148.

olla tahallisuuden edellyttämä tieto luvallisten voimakeinojen rajan ylittämises-
tä, jotta hänet voitaisiin tuomita tahallisesta virkarikoksesta”. Tältä osin Viljanen
on todennut *dolus eventualis* -tahallisuuden yleensä riittäväksi, mitä voitaneen
edelleen pitää perusteltuna sekä seuraus- että olosuhdetahallisuudelle asetettua
kynnystä silmällä pitäen. Edelleen Viljanen katsonut, että ”teon virkarikosomi-
naisuuden arviointi on ratkaiseva myös kokonaisuuden kannalta” ja ”liioittelu-
teon arvosteleminen on pahoinpitelyteon arvioimista virkavelvollisuuksien kan-
nalta”. Syyksilukemiseen tämä vaikuttaa hänen mukaansa siten, että ns. yleinen
rikoskin on tuottamuksellinen, ”jos liioittelun muodostama virkarikos katsotaan
tuottamukselliseksi.” Toisaalta virkarikoksen ollessa tahallinen ns. yleinen rikos
voi tulla ainoastaan tuottamuksellisena rangaistavaksi.⁶¹⁷

Voidaankin spekuloida, olisiko poliisimiehiä tapauksessa KKO 2004:75 tuomittu ta-
hallisista pahoinpitelyrikoksista, jos virkarikosvastuu olisi ollut mahdollinen ja olisi
todettu, että poliisimiesten oikeudenvastaisuustietoisuuden taso ei olisi mahdollista-
nut tahallisesta virkarikoksesta tuomitsemista.

Tuottamuksellisesta rikoksesta rankaisemisen ja seuraukseen liittyvän tahalli-
suuden osalta voidaan viitata myös edellä selostettuun ratkaisuun KKO 1963-II-
112, jonka osalta Viljanen on katsonut tuottamusvastuun perustuneen varomatto-
muudesta tapahtuneeseen tilanteen virheelliseen arviointiin, vaikka menettely ja
seurauksen aiheuttaminen olivat mitä ilmeisimmin tahallisia. Edelleen Viljanen
on katsonut, että rangaistaessa tuottamuksellisesta virkarikoksesta ”olisi epäjoh-
donmukaista rangaista se samalla tahallisena yleisenä rikoksena”.⁶¹⁸ Tahallisen
rikoksen syyksilukeminen edellytti Viljasen mukaan, että tekijä oli tiennyt ”puut-
tumattomuusnormin” olemassaolosta ja sen loukkaamisesta. Tosin kuten Vilja-
nenkin on todennut, tietämättömyys ei yleensä kohdistu normin olemassaoloon,
vaan soveltamiseen yksittäistapauksessa.⁶¹⁹ Henkilö voidaan kuitenkin tuomita
tuottamuksellisesta rikoksesta niissä tilanteissa, kun henkilön ”olisi ainakin pitä-

⁶¹⁷ Viljanen 1984, s. 370–371. Ks. myös Viljanen 1984, s. 371–381, jossa kirjoittaja arvioi yleisen
rikoksen ja virkarikoksen suhdetta mm. laittoman kotietsinnän ja laittoman vangitsemisen tapauk-
sissa, sekä Viljanen 1990, s. 460–461. Vrt. Salmiala 1952, s. 376–377, jossa kirjoittaja näyttäisi
hyväksyvän ainakin tuolloin voimassa olleiden säännösten valossa senkin mahdollisuuden, että
virkamies tuomitaan tahallisesta yleisestä rikoksesta ja tuottamuksellisesta virkarikoksesta. Ks.
myös Boucht 2011c, s. 765 ja Anttila 1946, s. 87. Anttila on katsonut, että myös suostumusopin
alalla voi syntyä tilanteita, joissa ”täysi-ikäinen ihminen tietämättömyydestä, pahaa aavistamatta
tulee tehneeksi rikoksen”. Näissä tilanteissa oikeuserehdyksen on Anttilan mukaan poistettava ta-
hallisuus.

⁶¹⁸ Viljanen 1984, s. s. 365–366.

⁶¹⁹ Viljanen 1984, s. 357–358.

nyt tietää normin olemassaolosta ja rikkomisesta”.⁶²⁰ Pohjoismaisessa kirjallisuudessa ainakin Norée näyttäisi olevan samoilla linjoilla.⁶²¹

Yleisten oppien uudistus on toki voinut vaikuttaa Viljasen näkökohtien hyväksyttävyyteen, mutta uudistuksen jälkeen ainakin Frände on katsonut, että jotkut tilanteet, joissa poliisimies on esimerkiksi erehtynyt toimivaltansa rajoista tai erehtynyt toimenpiteen perusteena olleista faktoista ja ryhtynyt tunnusmerkistön mukaiseen tekoon, voivat tulla putatiivisäännöksen piiriin analogian kautta. Laillisuusperiaatehan ei sido tällaista epäilyllä hyväksi tapahtuvaa tulkintaa.⁶²²

Toisaalta rikoslakiprojektin ehdotuksessa perusteltiin erityisestä pakottavasta olosuhteista -vastuuvapausperusteesta säätämistä mm. sillä, että anteeksiantoperusteiden analogian soveltaminen hämärtäisi ”muutoinkin vaikeasti hahmotettavia vastuuvapausperusteiden rajoja”. Lisäksi myös syytetyn eduksi tapahtuvan analogian katsottiin sopivan huonosti kokonaisuuteen, jossa korostetaan laillisuusperiaatetta ja rikoslain analogisen soveltamisen kieltoa.⁶²³

Joka tapauksessa lopputulema näyttäisi muodostuvan varsin samanlaiseksi riippumatta siitä, arvioidaanko virkatoimintaa koskeviin säännöksiin (ja niiden soveltamiseen) liittyvää tietoisuutta tai sen puuttumista olosuhdetahallisuuden, putatiivierohdyksen analogisen tulkinnan tai virkarikoksia koskevan erityisen kieltoerohdyskonstruktion avulla. Olen taipuvainen yhtymään Alasen mielipiteeseen, kun hän on todennut, että ”[r]ikosteen tosiasialliseen olemukseen kuuluvain tunnusmerkkien tietoinen toteuttaminen ei ansaitse ankarampaa rangaistusta kuin seurauksen tuottamuksellinen aiheuttaminen, jollei tekijä ole tietoinen siitä, että hänen tekonsa on ristiriidassa oikeusjärjestyksen tahdon kanssa”.⁶²⁴

Putatiivitalanteisiin liittyy monia muitakin juridisia ongelmia. Yhtäältä voi olla ylipäättään epäselvää, mitkä ovat putatiivisäännöksen soveltamiseen oikeuttavia oikeuttamisperusteita (miten suhtautua tunnusmerkistöihin sisältyviin laittomasti ja oikeudettomasti -ilmaisuihin), koska RL 4 luvun 3 § koskee sanamuotonsa mukaisesti vain joitakin oikeuttamisperusteita.⁶²⁵ Tältä osin Matikkala on

⁶²⁰ Viljanen 1984, s. 325–326.

⁶²¹ Norée 2008, s. 97.

⁶²² Frände 2012, s. 184. Samoin Backman 1989, s. 578.

⁶²³ OJL 5/2000, s. 166. Myöskään Tanskassa ei tilanteiden harvinaisuuden johdosta ole katsottu tarpeelliseksi säätää vastuuvapausperustetta, joka kattaisi psykologisesti hyvin poikkeuksellisia tilanteita, kuten pelastusvene- ja vuorikiipeilijäesimerkeissä kuvatut tilanteet, joissa on kyse henkilön uhraamisesta muiden säästämiseksi. Ks. tästä Waaben 2011, s. 146–147.

⁶²⁴ Alanen 1925, s. 145.

⁶²⁵ Matikkala 2005, s. 575.

katsonut, että myös muihin oikeuttamisperusteisiin liittyviin virhekäsityksiin voitaisiin soveltaa analogisesti RL 4 luvun 3 §:ää.⁶²⁶

Toisaalta jo ennen yleisten oppien uudistusta katsottiin hätävarjelun liioittelun ja putatiivitilanteiden olevan varsin lähellä toisiaan. On syytä lainata Viljasta, joka on väitöskirjassaan todennut, että⁶²⁷

”riippuu lähinnä tarkastelutavasta, todetaanko tekijän enemmän tai vähemmän anteeksiannettavalla tavalla arvoineen tilanteen virheellisesti ja käyttäneen vallinneeksi kuvittelevansa tilanteeseen nähden sinänsä sallitun määräisiä voimakeinoja, vai todetaanko hänen arvoineen vastarinnan voimakkuuden oikein, mutta ylittäneen enemmän tai vähemmän anteeksiannettavalla tavalla sallittujen voimakeinojen rajat. Lopputulos ei saisi muodostua erilaiseksi ottaen huomioon myös tapauksen todellisen laadun selvittämisvaikeudet.”

Tilannetta on entisestään hankaloittanut hätävarjelun liioittelun aikarajojen laajentaminen. Rajanveto putatiivihätävarjelun ja esimerkiksi liian aikaisin tapahtuvana puolustautumisena ilmenevän hätävarjelun liioittelun välillä on huomattavan vaikeaa. Tällöin epämääräisen oloinen arvio hyökkäyksen ”todellisuudesta” muodostuu ratkaisevaksi kriteeriksi, kun arvioidaan oliko hyökkäys tai sen uhka olemassa (hätävarjelun liioittelu) vai ei (putatiivitilanne). Ruuskanen on tosin katsonut, että jälkimmäinen vaihtoehto voi tarkoittaa sitäkin, että henkilöllä ei ollut RL 4 luvun 3 §:n edellyttämää ”perusteltua” käsitystä, mikä johtaa siihen, että ko. säännös ei tule sovellettavaksi.⁶²⁸

Mikäli ylipäätään katsotaan, että putatiivisäännös soveltuu soveltamiserehdystilanteisiin, on lisäksi mahdollista, että liialliseen voimankäyttöön syyllistynyt virkamies on arvioinut tilanteen niin, että vaikka kyse ei olisikaan hätävarjelusta, olisi tilanteeseen silti sovellettava anteeksiantoperustetta, ja erehtynyt tässäkin arviossa. Putatiivisäännös soveltuu sinällään sekä oikeuttamis- että anteeksiantoperusteiden tosiasiallisia edellytyksiä koskeviin erehdyksiin.⁶²⁹ Käytännön lainsoveltamisen näkökulmasta saattaa kuitenkin olla varsin vaikea hahmottaa, miten arvioida sitä, onko henkilö tahallisuuden tai jopa koko rikosvastuun poistavasti perustellusti erehtynyt subjektiivista tuntemuksistaan ja niiden vaikutuksista päätöksentekokykyynsä.⁶³⁰ Tapani on joitakin vuosia sitten analysoinut näitä *putatiivihätävarjelun liioitteluna* pitämiään tilanteita, joissa puolustautuja

⁶²⁶ Matikkala 2005, s. 578–579. Lappi-Seppälä 2004a, s. 14.

⁶²⁷ Viljanen 1984, s. 367.

⁶²⁸ Ruuskanen 2005, s. 334–335. Voidaan Bouchtin ja Fränden tavoin kysyä, ”miten varmana hyökkäyksen alkamista tulee pitää, jotta kysymys olisi hätävarjelusta eikä putatiivihätävarjelusta”. Ks. tästä Boucht – Frände 2008, s. 129.

⁶²⁹ Ruuskanen 2005, s. 325. Ks. myös Lappi-Seppälä 2004a, s. 12.

⁶³⁰ Ks. Vikatmaa 1970, s. 331–332. Ks. myös Honkasalo 1967, s. 119, jonka mukaan ”[e]rehdys tilanteen suhteen on katsottava rangaistavuuden poistavaksi vain edellytyksellä, että tilanne sellai-

erehtyy hätävarjelun liioittelun edellytyksistä. Tapanin mukaan sääntely näyttäisi edellyttävän, että pystytään erottamaan tilanteet, joissa ”erehtyminen, joka kohdistuu hätävarjelun liioittelun syyksilukevaan alueeseen”, tilanteista, joissa ”erehtyminen, joka kohdistuu hätävarjelun liioittelua koskevaan anteeksiantoperusteeseen ja tuottaa siten vastuuvapauden”. Kuten kirjoittaja on todennut, erotelun tekeminen on lähes mahdotonta, mutta siitä huolimatta valinta saattaa johtaa huomattavan erilaisiin seuraamuksiin yksittäistapauksissa.⁶³¹ Anteeksiantoperusteen uloimpien rajojen määrittäessä samalla myös rangaistavan menettelyn rajaa saattaisi olla perusteltua lähestyä anteeksiantoperusteen soveltamisalaan kohdistuvia erehdyksiä kieltoerehdyksen näkökulmasta.

Hallituksen esityksessä ehdotettiin, että vastuuvapausperusteita koskeva erehdys voisi kohdistua ainoastaan oikeuttamisperusteeseen (*”joka tekisi teon sallituksi”*), mutta lakivaliokunnassa erehtymisen mahdollisuus laajennettiin kattamaan myös anteeksiantoperusteet (*”tekoon ei liity jäljempänä 4–6 §:ssä tarkoitettua vastuuvapausperustetta”*).⁶³²

sena, kuin tekijä on sen kuvitellut, olisi lain mukaan poistanut teon *oikeudenvastaisuuden*”. (kursivointi tässä)

⁶³¹ Tapani 2008, s. 888–889. Ks. myös Vikatmaa 1970, s. 330–331.

⁶³² HE 44/2002 vp, s. 277 ja LaVM 28/2002 vp, s. 10.

VII

JOHTOPÄÄTÖKSET

Rikoslain systematiikan näkökulmasta voidaan keskeisenä tutkimustuloksena pitää sitä, että tutkimus ei tuottanut vastausta kysymykseen, miksi poliisin toimivaltuuksista ainoastaan voimakeinojen käyttö on nimenomaisella oikeuttamisperusteella suljettu rikosoikeudellisesti rangaistavan alan ulkopuolelle. Voimakeinojen käytön erilaista kohtelua ei voida perustellusti rakentaa sen varaan, että voimakeinojen käytössä on kyse sekundääritoimivallasta, kun taas esimerkiksi oikeus suorittaa kotietsintöjä edustaa lähtökohtaisesti poliisin primääritoimivaltuutta. Perusoikeuksien näkökulmasta esimerkiksi toisen kotiin tunkeutuminen, johon ei liity voimakeinojen käyttöä, sisältää siinä määrin perusoikeuden rajoittamista, ettei voimakeinojen käytön erottaminen muista toimivaltuuksista pelkästään tällä perusteella ole luontevaa. Toisaalta ei mielestäni voida uskottavasti väittää, etteikö toisen kotiin tunkeutuminen olisi tunnusmerkistön mukainen teko siinä missä toisen lyöminen patukallakin. Voimakeinojen käytön eri kohtelu näyttäisi kaikessa yksinkertaisuudessaan liittyvän siihen, että oikeus elämään ja ruumiilliseen koskemattomuuteen on oikeuksista suurin ja perustavin. Ehkä todellakin on niin kuin Saskia Hufnagel on todennut: *”The more absolute the right that needs to be balanced, the later in the criminal process the special circumstances find consideration.”*¹ Vaikka tällaiseen seikkaan perustuva erottelu onkin jossain määrin ymmärrettävä, se ei ole systemaattisesti hyväksyttävä. Toimivaltasääntelyyn perustuvan menettelyn rangaistavuuden tulisi aina poistua samassa rikosoikeudellisen arvioinnin vaiheessa riippumatta siitä, mitä perusoikeutta toimivallan käyttö rajoittaa.

Miten tällainen rankaisemattomuuden toteaminen tulisi sitten sijoittaa rikoksen rakenne -kentässä? Lähtökohtaisesti voidaan pitää selvänä, että se, mihin on velvollisuus, ei voi olla lainvastaista ja rangaistavaa. Tähän lähtökohtaan tukeutuen olen päättänyt esittämään, että *virikavelvollisuuksiin ja virkatehtävien suorittamiseksi annettuihin toimivaltuuksiin perustuva toiminta ei ole tunnusmerkistön mukaista*. Kyse on toisin sanoen puutteesta vastuun perustavissa seikoissa – toimimisesta sallitun riskin alueella. Tällöin myös menettelyn rikosoikeudellinen hyväksyttävyys arvioidaan yksittäistapauksessa korostetusti poliisioikeudellisia toimivaltuuksia eikä rikosoikeudellisia oikeuttamisperusteita tulkitsemalla ja soveltamalla. Vaikka rikosoikeudellisten käsitteiden tulisikin pääsääntöisesti väistyä toimivaltasääntelystä, saattaisi hätävarjelulle ja pakkotilalle jäädä soveltamistilaa joissakin poikkeustapauksissa. Erityisesti hätävarjelu merkitys kuitenkin vähenisi merkittävästi nykyisestä.² Rikosoikeudellisen tutkimukseni yhtenä keskeisenä tuloksena on siis hallinto-oikeudellisen näkökulman korostami-

¹ Hufnagel 2012, s. 206.

² Esittämälläni ajatusmallin muutoksella ei nähdäkseni ole välttämättömiä vaikutuksia anteeksi-antoperusteiden soveltamiseen.

nen. Sanotusta huolimatta rikosoikeuden ja poliisioikeuden substanssi eivät saa kuitenkaan etäännyä liian kauas toisistaan, olkoonpa kyse sitten poliisin voimankäytöstä, rikosprovokaatiosta tai mistä tahansa muusta toimivaltuuksien mukaisesta virkatoiminnasta. Tältä osin voidaan lainata Brynolf Honkasalon näkemyksiä lähes puolen vuosisadan takaa:

”Rikosta edellyttämättömiä turvaamistoimenpiteitä koskevat säännöt kuuluvat hallinto-oikeuteen, mutta mainitut toimenpiteet ovat huomioitavat rikosoikeudessa, kun ilman sitä yhdenmukainen suhtautuminen olemukseltaan samanlaiseen yhteiskuntailmiöön ei olisi mahdollinen.”³

Kysymys siitä, todetaanko virkavelvollisuuksista johtuva vastuuvapaus tunnusmerkistönmukaisuuden vai vastuuvapausperusteiden tasolla, on lähinnä teoreettinen ja ilman käytännön vaikutuksia. Korostaessaan hallinto-oikeudellista näkökulmaa ja hallinto-oikeudellisen sääntelyn merkitystä lisäisi vastuuvapauden toteaminen tunnusmerkistönmukaisuuden tasolla kuitenkin viranomaistoiminnan ennustettavuutta, mikä luonnollisesti kohentaisi sekä kansalaisten että virkamiesten oikeusturvaa. Toisaalta oikeudenalojen yleisiin oppeihin kohdistuvan tutkimuksen näkökulmasta ei voida väheksyä sitä moraalistakaan viestiä, mikä vastuuvapauden toteamisella mahdollisimman varhaisessa vaiheessa on. Kyse hän on laillisen virkatehtävän suorittamisesta eikä yksittäistapauksellisesta oikeudesta rikkoa lakia.

Voimakeinojen käyttö on lakitekstin tasolla sijoitettu osaksi oikeuttamisperusteita, mutta muiden toimivaltuuksien osalta edellä esitetty näkemys on katsottava tulkintasuositukseksi *de lege lata*. Koska yleisten oppien uudistuksesta ei tätä kirjoitettaessa ole kulunut vielä vuosikymmentäkään, en pidä perusteltuna, että väitöskirjatutkimuksen kaltaisessa opinnäytetyössä esitettäisiin tältä osin merkittäviä lakimuutoksia. Joka tapauksessa valittavasta teoreettisesta mallista riippumatta tulee toimivaltasääntelyn näkökulmasta sallitun menettelyn rajat määrittää lähtökohtaisesti yhdessä punnintatapahtumassa. Ei ole aiheellista arvioida tapahtumaa ensin osana teon huolimattomuutta ja seuraavassa vaiheessa oikeuttamisperusteiden näkökulmasta.

Poliisitoiminnassa perusoikeudet ovat koko ajan läsnä ja on jopa vaikea nimeä yksittäisiä laintasoiseen sääntelyyn perustuvia toimivaltuuksia, joiden soveltamiseen ei liittyisi ihmis- ja perusoikeuslottuvuuksia.⁴ Toimivallan ja samalla

³ Honkasalo 1965, s. 15. Rikosta edellyttämättömillä turvaamistoimenpiteillä Honkasalo viittaa lähinnä preventiiviseen yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämiseen tähtäävään poliisitoimintaan.

⁴ Ks. esim. Lehtimaja 1999, s. 903, joka on oikeusasiamiehen toiminnan osalta todennut, että ”jotkut tapaukset saattavat olla perus- ja ihmisoikeuksien kannalta mielenkiintoisempia kuin muut, mutta silti on lähdetty siitä, että jokaisessa kantelussa on oma perusoikeuslottuvuutensa”.

rikosoikeudellisesti sallitun riskin rajoja määritettäessä kulloinkin relevantin perusoikeuden yleiset rajoitusedellytykset saavat merkittävää painoarvoa. Perusoikeusmyönteiselle laintulkinnalle on kuitenkin asetettava rajansa. Poliisitoiminnan perusoikeusherkkyys huomioon ottaen liiaksi korostunut perusoikeusmyönteisyys ja yleinen toimivaltasäännösten supistavan tulkinnan standardi ovat poliisin yhteiskunnallisen tehtävän näkökulmasta tarpeettoman rajoittavia.⁵ Tällä en kuitenkaan tarkoita väheksyä perus- ja ihmisoikeusargumenttien merkitystä. Päinvastoin, kuten olen pyrkinyt rikosprovokaatiota koskevan ekskursion avulla osoittamaan, poliisin toimivaltuuksien uloimmat ylittämättömät rajat määrittävät juuri perus- ja ihmisoikeuksien kautta⁶ eivätkä rikoslain yleisen osan tai erityisen osan kriminalisointien kautta. Yleisesti ottaen perusoikeusmyönteisen tulkinnan sijasta tulisi pyrkiä kuvaamani kaltaiseen *perusoikeudet huomioon otta-vaan* laintulkintaan tai *perustuslainmukaiseen* laintulkintaan.⁷

Poliisitoiminnasta puhuttaessa tulisi keskittyä perus- ja ihmisoikeusnäkökoh-tien huomioon ottamiseen ensisijaisesti lakeja säädettäessä ja tulkintastandar-deja oikeustieteen piirissä esitettäessä. Näissä konteksteissa perus- ja ihmisoikeudet voisivat helpottaa juridisten ongelmien paikantamista, toimia oikeudellisten tul-kintasuositusten hyväksyttävyyden mittapuuna ja oikeuden sisäisen pirstaloitu-misen vastavoimana. Käytännön poliisitoiminnassa ja toimivaltakysymyksiä tuomioistuimissa käsiteltäessä perus- ja ihmisoikeuksilla argumentointi tulisi sitä vastoin rajoittaa lähinnä lain aukkotapauksiin sekä niihin tilanteisiin, joissa toimivaltuuden käyttö potentiaalisesti uhmaisi ihmisoikeuksista johdettavia eh-dottomia kieltoja, EIT:n ratkaisukäytännössä määritettyä minimisuoja- aluetta tai kansallisesti määritettyä perusoikeuden ydinaluetta.⁸ Lähestymistapa ko-rostaa nimenomaan oikeuden itserajoitusfunktioita sallitun sääntelyn ja sallittu-

⁵ Tulkinnallinen asetelma rinnastuu jossain määrin edellä selostettuihin rikosoikeudellisen *in dubio mitius* -periaatteen lievemmän ja radikaalimman tulkinnan eroihin.

⁶ Ks. myös Lahti 2011, s. 2.

⁷ Ks. myös Lahti 2001, s. 721. Lahti toteaa: ”Lainuudistusten tavoitteenasettelua sekä niiden taustalla olevaa intressi- ja periaatepunnintaa olisi pitänyt tuoda selkeämmin esiin esimerkiksi poliisin toimivaltuuksia voimaperäisesti laajennettaessa, jotta ehdotusten perusteltavuus olisi mahdollisimman hyvin koeteltavissa. Näin on tehtävä silloinkin, kun uudistusten taustalla on lainsäädännön yleiseurooppalainen lähentäminen... Esimerkiksi miten suhteuttaa preventioajatteluun perustuvia tehokkuusargumentteja ihmis- ja perusoikeusnormeista vahvaa tukea saaviin oikeusvarmuus- ja oikeusturva-argumentteihin? Voiko oikeusturvaa olla joskus liikaakin? Onko jopa tarvetta erityiseen perusoikeuksien väärinkäytön kieltoon?”

⁸ Ks. myös Lavapuro 2012, s. 150–152, jonka mukaan sekä perusoikeuksia että niiden rajoitusperusteita tulee tulkita laajentavasti (ulkoisten rajoitusten teoria). Tällä tavoin perusoikeudet tulevat kattamaan koko oikeuden kentän toisin kuin järjestelmissä, joissa sekä perusoikeuksien soveltamisalaa että rajoitusperusteita tulkitaan suppeasti (sisäisten rajojen teoria). Viimeksi mainituissa järjestelmissä, joista Lavapuro on maininnut esimerkkinä yhdysvaltalaisen valtiosääntökulttuurin, perusoikeuden soveltuminen tapaukseen estää lähtökohtaisesti muunlaisten ratkaisujen tekemisen. On myös muistettava, että vielä perusoikeusuudistusta koskeneen hallituksen esityksen mukaan

jen menettelytapojen uloimpien rajojen määrittäjänä. Lisäksi se saattaisi lisätä ihmisoikeuksien painoarvoa siirtämällä niitä sivummalle päivittäisestä oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta, mikä ilmiönä väistämättä johtaa ja on jo johtanut ihmisoikeuksien arkipäiväistymiseen ja tulemiseen tietynlaisen teknisen juridii-kan piiriin. Ei sovi myöskään unohtaa sitä, että rikos- ja poliisioikeudellinen poliisin voimankäyttöön liittyvä argumentointi on monissa suhteissa huomatta-vasti kehittyneempää ja hienosyisempää kuin perus- ja ihmisoikeuksista näke-myksensä ammentava valtiosääntöoikeudellinen argumentointi.

Miten edellä kerrottu niveltyy Suomessa perinteisesti vallalla olleeseen erotte-luun poliisin voimakeinojen käyttöoikeuden ja hätävarjelun välillä? Kuinka pe-rusteltua tämä erottelu ylipäättään on? Lähtökohtaisesti olen sitä mieltä, että *de lege ferenda* erottelusta tulisi luopua ja sekä offensiiviset että defensiiviset poliis-in voimankäyttötilanteet tulisi arvioida saman poliisioikeudellisen sääntelyko-konaisuuden nojalla. Sen lisäksi, että ehdotettu muutos korostaisi voimankäytön luonnetta laillisena virkatoimintana, varmistuttaisiin tällä tavoin siitä, ettei vasta-rinnan voimistuessa ja muutuessa hyökkäävämmäksi ja poliisimiehen motivaa-tioperustan siirtyessä yhä enemmän puolustautumiseen tapahtuisi mitään yhtäk-kistä hyppäystä sovellettavan normin ja sallittujen keinojen suhteen.

De lege lata hätävarjelusäännöksen tarpeettoman laajaa soveltamisalaa voitai-siin pyrkiä tulkinnallisesti kaventamaan, jolloin *poliisimiehen hätävarjelu-oikeus ja siihen liittyvä sallivampi punnintakehikko rajattaisiin henkeä tai terveyttä vakavasti uhkaaviin hyökkäyksiin* ja ainoastaan poikkeuksellisesti tilanteisiin, joissa tämä hyökkäys tai sen uhka kohdistuu johonkin muuhun kuin voimakeino-ja käyttävään poliisimieheen.⁹ Tällaisen tulkinnan voidaan olettaa tukevan kan-salaisten oikeusturvaa ja hallinnollisen lakisidonnaisuusperiaatteen toteutumista, vaikkakin se samalla rajoittaessaan poliisimiesten oikeutta puolustaa oikeuk-siaan saattaa koetella perusoikeuksien yleisinä rajoitusedellytyksinä pidettävien laillasäättämis-, tarkkarajaisuus- ja ydinalueen koskemattomuus -vaatimusten ra-joja. Tällaisesta suojattavien intressien piirin supistavasta tulkinnasta huolimatta suhtaudun varsin kriittisesti viimeistään korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 2004:75 lähtien esillä olleisiin pyrkimyksiin rajoittaa poliisimiehen hätävarjelua poliisimiesominaisuuden nojalla. Valtiovallan ensisijaisuuden periaatteen ja eri-tyisesti poliisimiehen fyysistä koskemattomuutta suojaavien perusoikeuksien näkökulmasta poliisimiehen puolustautumiskeinojen rajoittaminen suhteessa

ihmisoikeussopimukset määrittivät perusoikeuksille ”kansainvälisesti hyväksytyn nykyaikaisen tason”. Ks. tästä HE 309/1993 vp, s. 6.

⁹ Ks. myös Nuotio 2005b, s. 219, joka on sinänsä aivan oikein huomauttanut, että äärimmäisissä tilanteissa virkavelvollisuudet menettävät merkitystään eikä julkinen valta voi vaatia virkamiehiltä mahdottomia. Tilanteiden hoidon ammattimaistuesssa myös ”rima nousee” ja yhä haastavampia ti-lanteita voidaan arvioida virkamiesoikeudellisen ja ylipäättään toimivaltasääntelyn kannalta.

vastaavassa tilanteessa olevaan ns. tavalliseen kansalaiseen on jossain määrin erikoista. Kärjistäen voitaisiin jopa todeta, että perustuslaista johdettava pyrkimys voimankäytön keskittämiseen virkakoneiston käsiin yhdistettynä poliisin yleiseen toimimisvelvollisuuteen, joka ainakin jossakin laajuudessa ulottuu myös hätävarjelutilanteisiin, puoltaisi poliiseille jopa muita kansalaisia laajempaa oikeutta hätävarjeluun.¹⁰

Ensisijaisesti poliisimiesominaisuuden tai oikeammin yksittäisen poliisimiehen todellisten ominaisuuksien tulisi vaikuttaa siihen, milloin tämän katsotaan toimivan hätävarjelutilanteessa. Tehdyn suppean, lähinnä psykologian tieteenalaan kuuluvan selvityksen perusteella äärimmäisille tilanteille on ominaista ainakin kaksi seikkaa. Ensinnäkin äärimmäisen uhan edessä ihmisen toiminta on vaistonvaraista, refleksinomaista ja jopa raivoisaa selviytymistaistelua. Toisaalta esimerkiksi koulutuksesta riippuu se, kuinka vakavan uhan edessä ihmisen käyttäytyminen muuttuu tällaiseksi.¹¹ Viimeksi mainittu seikka tarkoittaa oikeudelliseen diskurssiin tuotuna sitä, että vaikka tilannekontrolli ja poliisimiehen henkilökohtaiset ominaisuudet vaikuttavat suuresti siihen, milloin hätävarjelun kynnys on ylitetty, voidaan kuvitella uhkia, joiden edessä kaikki poliisimiehet pyrkivät vain selviytymään hengissä ja mahdollisimman vähäisin vammoin.¹² Sovitettaessa mainittua toista keskeistä havaintoa rikosoikeudelliseen viitekehykseen huomio kiinnittyy erityisesti rikoslain hätävarjelusäännöksen muotoiluun ”jollei teko ilmeisesti ylitä sitä, mitä on pidettävä kokonaisuutena arvioiden puolustettavana”, jonka voidaan arvioida ottavan riittävän hyvin huomioon ääritilanteisiin liittyvät psykologiset ulottuvuudet. Voimakeinojen käytösäännöksen punnintanormi on sitä vastoin suoraviivaisempi eikä siihen lakitekstin tasolla sisälly vastaavaa subjektiivisen virhearvioinnin sallivaa ”puskurivyöhykettä” kuin hätävarjelusäännökseen.

Voidaankin todeta, että sen enempää voimassa olevan poliisilain kuin vuoden 2014 alusta voimaan tulevan poliisilain voimakeinojen käytön sääntelykokonai-

¹⁰ Voidaan esittää, että myös ihmisoikeusstandardit edellyttävät, että poliisimiehen oikeus turvallisuuteen ja siten itsensä puolustamiseen on korostuneempi kuin ns. tavallisella kansalaisella. Ks. esim. UN 1990 Johdanto: *“Whereas a threat to the life and safety of law enforcement officials must be seen as a threat to the stability of society as a whole.”*

¹¹ Tässä yhteydessä voidaan viitata myös Vienolaan, jonka mukaan hätävarjelun edellytysten tullessa liian teoreettiseksi ”voi lakia kunnioittamaan pyrkivän henkilön riski menettää elämänsä tai terveytensä ydinosa kasvaa... Kyse on yhteiskunnan legitimitietin reunaehdoista, jotta kenenkään ei tarvitse uhrata ainutkertaista henkeään tai terveyttään hyökkääjän puolesta.” Ks. tästä Vienola 2008, s. 119–120.

¹² *Common law* -kirjallisuudessa on esitetty, että suoranainen itsepuolustus rajattaisiin sananmukaisesti itsensä puolustamiseen ja muissa tilanteissa eli toisia puolustettaessa puolustettavuusarviointi olisi ennemminkin pakkotilatyypinen (*necessity*). Tässäkin ajattelussa itsensä puolustamiseen saattaa rinnastua lähipiiriin kuuluvien henkilöiden (*extended self*) puolustaminen. Ks. Leader-Elliott 2012, s. 125–126 ja 136–138.

suus ei täytä niitä vaatimuksia, jotka ihmisten luontaiset ominaisuudet itsensä (tai toisen) puolustamista koskevalle sääntelylle asettavat. Samaan seikkaan on kiinnitetty huomiota myös uudessa poliisioikeuden perusteoksessa, jossa on todettu, että ”voi hyvin syin kysyä, miksei ihmisen sisäsyntyinen ja vaistonvarainen halu todellisen hätätilan syntyessä puolustaa itseään tai toista olisi poliisimiehenkin inhimillinen oikeus, jopa virkatehtävän edelle menevä”.¹³ Sallivamman puolustettavuuden ylittämistä koskevan arvioinnin lisäksi huomio kiinnittyy siihen, että vaikka esimerkiksi tätä kirjoitettaessa voimassa olevan voimakeinojen käyttöä koskevan asetuksen ja myös uuden poliisilain muotoilut viittaavat selkeästi hätävarjelutyyppeihin tilanteisiin¹⁴, eivät voimakeinojen käytöissä lainkaan mahdollista esimerkiksi puolustautujan ja hyökkääjän henkilöiden ottamista punninnassa huomioon. Korostaessaan toimivaltasääntelyn ja hallinnollisten standardien merkitystä kaksoisstandardiajattelukaan ei äärimmäisissä voimankäyttötilanteissa erityisen hyvin vastaa kuvaamiini haasteisiin.

Voimakeinojen käyttötilanteen muuttuessa hätävarjelutilanteeksi myös poliisimiehestä tulee perusoikeussubjekti poliisitoimenpiteen kohdehenkilön rinnalle. Poliisimies ei muutu näissä tilanteissa yksityishenkilöksi eikä laillisten virkatehtävien suorittamisvelvollisuus lakkaa, vaan kyse on ainoastaan siitä, että vertikaalisen perusoikeussuhteen rinnalle tulee perusoikeuksien horisontaalinen ulottuvuus. Tällaisten tilanteiden sääntelevä poliisin toimivaltasääntelyllä on epäilemättä sekä lakiteknisesti mahdollista että poliisin perusoikeuksien näkökulmasta hyväksyttävää, kun muistetaan, että poliisimiehen oikeutta itsensä suojelemiseen ei voida rajoittaa pelkästään sillä perusteella, että hän on virkamies. Käytännössä näen tämän tarkoittavan sitä, että vaikka poliisimies voidaan käskää suorittamaan vaarallisia, hätävarjelutilanteen riskin sisältäviä tehtäviä, ei hänen oikeuttaan itsensä suojelemiseen uhan konkretisoituessa voida virka-aseman perusteella rajoittaa. Toisin sanoen poliisin virkatehtäviin kuuluu vaarallisten tilanteiden hoitaminen, ja tästä velvoitteesta poliisimiehen perusoikeuksiin kohdistuvat rajoitukset voidaan katsoa viranhoidon vaatimuksista johtuviksi. Sitä vastoin voi olla vaikeampi perustella, miten poliisimiehen hätävarjeluoikeuden rajoittaminen voisi olla virkatehtävien tai viranhoidon näkökulmasta perusteltua. Jos siis edellä selostetulla tavalla muodostuva varsin yksilöllinen hätävarjelukynnys on ylittynyt, *poliisimiehen koulutus ja kokemus tulisikin otettavaksi huomioon*

¹³ Helminen et al. 2012b, s. 799. Työterveyslaitoksen julkaisemassa työhyvinvoinnin käsikirjassa on mielestäni osuvasti todettu, että ”vaikka turvallisuusalalla työskentelevät joutuvat kohtaamaan väkivaltaa työssään, sitä ei voida pitää hyväksyttävänä osana tehtävänkuvaa. Jokainen väkivallanteko on loukkaus perusoikeuksia kohtaan.” Ks. tästä Grueneweldt 2004, s. 82.

¹⁴ Samanlaista systematiikkaa näyttäisi noudattavan myös esimerkiksi laki sotilaallisesta kriisinhallinnasta. Ks. tästä tarkemmin Terenius 2007, s. 108–109 ja siinä viitatu lähteet.

korkeintaan arvioitaessa, milloin puolustettavuuden rajat on ilmeisesti ylitetty eikä siinä, mikä on puolustettavaa. Mikäli kaikesta poliisin virkatoimintaan liittyvästä voimankäytöstä haluttaisiin säännellä poliisilain säännöksiin, mitä sinänsä pidän kannatettavana tavoitteena, tulisi toimivaltasääntelyyn sisällytettävän itsensä (ja toisten) puolustamisoikeuden mahdollisimman pitkälti vastata rikoslain yleistä hätävarjelusäännöstä. Muu ratkaisu johtaisi kansalaisten epäyhtenäiseen kohteluun.¹⁵

Toisaalta on pidettävä mielessä sekin mahdollisuus, että pohjoismainen lähestymistapa, jossa myös poliisimiehellä on selkeästi toimivaltasääntelystä erottuva oikeus hätävarjeluun, vastaa paremmin tilanteiden todellista luonnetta ja on siten pidemmälle kehittynyt kuin esimerkiksi EIT:n ja *common law* -maiden noudattama lähestymistapa, jossa vastaavaa erottelua ei niin selkeästi tehdä.

Oikeuspositivistisesta lähestymistavasta huolimatta emme voi väistää sitä tosiasiaa, että monet normiformulaatiot ovat nykyään hyvin joustavia, ja myös poliisin sallitun voimankäytön rajoja määritettäessä keskenään punnittavilla periaatteilla on ratkaisevaa merkitystä. Vaikka periaatteet ovat osin korvautuneet, tai ainakin niiden rinnalle on tullut perus- ja ihmisoikeusargumentteja, on oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta olennaisinta, että ratkaisu löydetään lukuisten eri suuntiin vaikuttavien tekijöiden yhteisvaikutuksesta.

Erilaisten kirjoitusasultaan joustavien säännösten lisääntyminen johtaa väistämättä lainsoveltajan vallan kasvuun¹⁶, mutta tämä on ollut lainsäätäjän tietoinen valinta. Parlamentaarinen poliisikomitea katsoi jo vuonna 1986, että poliisin voimakeinojen käyttöä koskeva yleisluontoinen sääntely ”asettaa pääasiallisen vastuun järjestelmän toimivuudesta oikeuslaitokselle, jonka on ratkaistava ristiiriitatilanteet oikeussääntöjen ja periaatteiden mukaan”. Tämä sääntelyvaihtoehto mahdollisti komitean mukaan kohtuusnäkökohtien huomioon ottamisen ja lainsoveltamisen ”niin kuin oikeus ja kohtuus on.” Tästä huolimatta perusoikeuksista johdettava lailla säätämisen vaatimus edellytti komitean mukaan, että voimakeinojen käyttöoikeuden olennainen sisältö tuli säätää lain tasoisesti.¹⁷ Tämä herättää väistämättä kysymyksen siitä, sääteleekeä laki yleisten periaatteiden merkityksen korostuessa jo sinällään kirjoitusasultaan joustavien normien tulokinnassa edelleen voimankäytön olennaisesta sisällöstä. Vai onko voimankäytön sääntelystä ja sen seurauksena myös oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta tullut

¹⁵ Ks. myös Kerttula 2010, s. 387 ja 392–393.

¹⁶ Aarnio 1989a, s. 21.

¹⁷ KM 1986:16, s. 156. Myös rikosoikeuskomitea näki, että hätävarjelunormin joustavamman muotoilun johdosta tuomioistuinten rooli korostuu, mitä se pitikin toivottavana asiainatilana. Ks. tästä KM 1976:72, s. 104.

suhteettoman suhteellista? Onko kehityskulku vienyt siihen, mistä Aarnio on varoittanut todetessaan:¹⁸

”Jos yleissäännöksen tulkinta-asette vie sovellutuksia yhä väljemmiksi ja väljemmiksi, kääntyy yleissäännös itseään ja lopulta koko oikeusjärjestyksen kantavia ajatuksia vastaan. Oikeus ei ole vain kohtuutta, se on – mikä tulisi aina muistaa – myös sananmukaisesti oikeutta.”

Voidaankin todeta, että vallan mukana tulee vastuu. Kuten Huovila on todennut, ”avoimet normit edellyttävät tarkempaa ja parempaa perustelemista kuin kattava, ajanmukainen ja sääntömainen lainsäädäntö”.¹⁹ Ottamatta erityisesti kantaa ratkaisujen perusteluihin tämän tutkimuksen lähteaineiston perusteella voidaan todeta tuomioistuinten ratkaisujen olevan jopa yllättävän linjakkaita sekä keskenään että suhteessa muihin oikeuslähteisiin. Ratkaisut ovat ainakin juristeille ns. perinteisen oikeuslähteopin valossa riittävässä määrin ennakoitavia. Tästä havainnosta huolimatta saattaisi olla perusteltua antaa tarpeellisuuskriteeriin kytkeytyville sääntötyyppiselle välttämättömyysarvioinnille suurempaa painoarvoa kuin mitä nykyään on tapana. EIS:n ihmisoikeusjärjestelmän käsitteistöön viitaten voidaan kysyä, mitä lisäarvoa väistämättä epämääräinen vaatimus voimakeinojen ankarasta suhteellisuudesta (*”strictly proportionate”*) tuo vaatimukseen voimakeinojen ehdottomasta välttämättömyydestä.²⁰ Klassisen omenavarasesimerkin kaltaisten tilanteiden muodostaessa sinänsä merkittävän poikkeuksen voitaisiin ns. tyyppitapausten arvioinnissa lähteä liikkeelle siitä, onko teon hetken arvioissa ollut käsillä mitään lievempää keinoa, jolla oletettavasti päästäisiin haluttuun tavoitteeseen, eli onko käytetty keino ollut lievin tehokas. Erityisesti lievempiä uhkia ja vaaroja torjuttaessa suhteellisuusperiaatteesta johdettava toimenpiteestä luopuminen olisi usein varteenotettava vaihtoehto, kun taas uhan ollessa suuri ja uhattujen intressien arvokkaita välttämättömyys olisi jopa ainoa huomioon otettava kriteeri.²¹

Sallitun menettelyn rajoja määritettäessä on muistettava, että sekä viranomais-toiminnassa että kansalaisten lähinnä hätävarjelussäännökseen perustuvan voimankäytön arvioinnissa on toimijoille jätettävä tietty harkintavaltia. Hätävarjelun

¹⁸ Aarnio 1989a, s. 20. Ks. myös Hidén 1980, s. 82–84. Hidén viittaa tekstinsä otsikossa perusoikeussäännösten ”suhteellisuuden suhteellisuuteen”.

¹⁹ Huovila 2005, s. 18.

²⁰ Kyse ei kuitenkaan ole loogisesta välttämättömyydestä, vaan empiiriseen tietoon perustuvasta arviosta.

²¹ Ks. myös Mäenpää 2005, s. 3, joka on perustuslakivaliokunnalle puolustusvoimien virka-apua poliisille koskevasta lakiehdotuksesta antamassaan asiantuntijalausunnossa korostanut puolustettavuuden sijasta välttämättömyyden merkitystä arvioitaessa sallittujen voimakeinojen rajoja. Voimakeinojen ankaruus huomioon ottaen ”voimakeinojen välttämättömyys olisi tässä suhteessa selkeämpi ja korostaisi etukäteen tehtävän arvioinnin merkitystä”.

osalta tämä harkintavalta – erehtymisen mahdollisuus – ilmenee suoraan lakitekstistä, mutta myös voimakeinojen käytön osalta on tilanteiden monimuotoisuus ja juuri sääntelyn avoimuus huomioon ottaen jätettävä tietty ”pelivara”. Tämä lähtökohta tulee ottaa huomioon myös oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa, jossa voimakeinoja käyttäneen henkilön vilpittömän subjektiivisen arvion tilanteen luonteesta ja sallituista voimakeinoista tulee olla arvioinnin lähtökohta, jota ratkaisua tehtäessä verrataan objektiiviseen standardiin. Vasta objektiivisen ja subjektiivisen arvion erkaantuessa toisistaan riittävän kauaksi voidaan todeta toimivalta ylitetyksi. Aina sinänsä vilpittömään näkemys tarpeellisista ja puolustettavista keinoista ei ole normatiivisesti ”perusteltu”. Tältä osin kotimainen oikeudellinen keskustelu²² on tosin ollut varsin laimeaa ja kannanotot harvalukuisia sekä muihin pohjoismaihin²³ että *common law* -maihin verrattuna.²⁴ Tieteenharjoittajien puolustukseksi on todettava, että muissakaan maissa käyty keskustelu ei ole tältä osin ollut erityisen jäsentynyttä.

Vaikka tuomioistuinten ratkaisut todetusti osoittautuivatkin varsin linjakkaiksi, ei mainitun objektiivisen standardin muodostaminen ole käytännössä usein lainkaan yksinkertaista. Päinvastoin tutkimukseni vahvistaa sen jo aiemmin kirjallisuudessa esitetyn näkemyksen, että oikeuskäytännön vähälukuisuuden ja tilanteiden monimuotoisuuden johdosta on hyvin vaikea esittää selkeitä ja yleisiä tulkintasuosituksia – niin tärkeää kuin se olisikin. Voimakeinojen laillisuuden arviointi on hyvin pitkälti tapauskohtaista.²⁵ Ihmisoikeusargumenteistakaan niiden määrittäessä lähinnä uloimpia ylittämättömiä rajoja ei tässä suhteessa ole suurta apua. Vaikka esimerkiksi oikeus elämään sinänsä on sen tyyppinen perus- ja ihmisoikeus, josta on helppo johtaa kriminalisointeja, on esimerkiksi hätävarjeluoikeuden ja erityisesti itsensä puolustamisen oikeuden laajuuden osalta perus- ja ihmisoikeuksista vaikea johtaa konkreettisia suuntaviivoja rangaistavan menettelyn määrittämiseen.²⁶

Haasteen edessä ei kuitenkaan ole syytä lamaanua, ja oikeustieteen tulee jatkossakin pyrkiä määrittämään keskivertokansalaisen ja keskivertopoliisimiehen käyttäytymisstandardeja – muokkaamaan yleisistä periaatteista tapauskohtaisia sääntöjä. Olen tutkimuksessani pyrkinyt tällaisia standardeja joidenkin kysy-

²² Ainakin rikoslain yleisten oppien uudistuksen yhteydessä eräässä lausunnossa todettiin hätävarjelen osalta, että ”[s]äännös tulisi kirjoittaa niin, että arvioinnin lähtökohtana olisi oikeudettoman hyökkäyksen kohteeksi joutuneelta edellytettävä perusteltu tilannearvio, joka saattaa olla aivan muuta kuin jälkikäteen kokonaisarvio”. Ks. tästä OM 2002:7, s. 46.

²³ Ks. esim. Norée 2000, s. 215, 228 ja 257, Elholm 2003, s. 38–40, Elholm 2005, s. 20–21, Norée 2005, s. 113–114 ja Waaben 2011, s. 139.

²⁴ Bronitt – Gani 2012, s. 156.

²⁵ Ks. Loman 1997, s. 100 ja 142–143.

²⁶ Samantyyppisen havainnon on lähisuhdeväkivallan osalta tehnyt Pirjatanniemi 2011, s. 162–163.

mysten osalta esittämään eikä niitä ole aiheellista ryhtyä tässä toistamaan. Yhteenvetona voidaan kuitenkin todeta, että yksittäisen kansalaisen perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta poliisin voimankäyttö on Suomessa hyvin säänneltyä, hyvin johdettua ja hyvin toteutettua.²⁷ Erityisen selkeästi tämä tulee esille poliisin aseenkäytön osalta, joka on jopa pohjoismaihin rajoittuvassa vertailussa korkealla tasolla. Ainoastaan sivullisten aseman osalta oikeustilamme on varsin kehittymätön. Olen edellä yrittänyt avata tähän liittyvää keskustelua varsin pitkällekkin menevin kannanotoin, mutta aihe kaipaa selkeästi jatkotutkimusta. Nykytilan ollessa kuvatuin tavoin vähintäänkin tyydyttävä johtopäätösten tulee olla varovaisia eikä tutkijan pidä pyrkiä ehdoin tahdoin ”korjaamaan ehjää”. Rikosoikeuden yleisten oppien yhteydessä heikko ajattelu todellakin on ainakin tässä suhteessa vahvuus.

Aika ajoin sallitun voimankäytön rajat ylitetään. Lainkäyttäjän on näitä tapauksia arvioidessaan muun ohessa pohdittava, onko asiassa tapahtunut juridisesti relevantti ja syyllisyysarviointiin vaikuttava erehdys.²⁸ Jotta voitaisiin katsoa, että kyse on tahallisesta virkarikoksesta ja usein sen ohessa myös tahallises- ta ns. yleisestä rikoksesta, on pystyttävä osoittamaan, että virkamies on teon hetkellä pitänyt aiheuttamaansa seurausta varsin todennäköisenä. Tämän lisäksi hänen on täytynyt pitää myös sekä tekonsa oikeudenvastaisuutta että relevanttien olosuhteiden käsilläoloa varsin todennäköisenä. Kuvattu oikeudenvastaisuuteen liittyvä tietoisuuden taso tulee mielestäni ulottaa myös soveltamiserehdystilanteisiin, jotka liittyvät nimenomaan tekijän subjektiiviseen arvioon hänen käyttämiensä voimakeinojen tarpeellisuudesta ja puolustettavuudesta. Tahallisuusarvioinnissa on myös suljettava pois perustellun putatiivierehdyksen mahdollisuus. Mikäli kaikki nämä kriteerit eivät täyty, kyse ei ole tahallisesta vaan korkeintaan tuottamuksellisesta rikoksesta.

Tuottamusarvioinnissa tulee lainkäyttäjän ensisijaisesti pystyä vastaamaan kysymykseen, mitä olisi pitänyt tehdä toisin. Kyse saattaa olla huolimattomasta menettelystä esimerkiksi ajoneuvolla tapahtuvassa pakkopysäytystilanteessa, mutta useissa tapauksissa tuottamusarviointi liittyy keskeisesti selonottovelvollisuuden laiminlyöntiin. Selonottovelvollisuuden laajuus jää tässä(kin) tutkimuksessa auki, mutta lähtökohtana voitaneen edelleen pitää sitä, että mitä normatiivisemmasta seikasta on kysymys, sitä voimakkaampi on myös selonottovelvolli-

²⁷ Ks. myös Toimintaohjelma, s. 12–13. Kansalliseen perus- ja ihmisoikeustoimintaohjelmaan listattujen kehitystarpeiden joukossa ei ole suoraan poliisin voimankäyttöön liittyviä teemoja. Tosin erään erityisesti PL 22 §:ään kytketyn hankkeen tavoitteena on poliisiin kohdistuvan valvonnan oikeusperustan kehittäminen. Ks. tästä Toimintaohjelma, s. 18.

²⁸ Jossain yhteyksissä on esitetty, että erehdyskysymykset ovat ylikorostuneet rikoslain yleisten oppien säädösten joukossa. Ks. tästä OM 2002:7, s. 35. Itse näen kuitenkin, että ainakin virkarikoksista puhuttaessa erehdyksen elementti on hyvin usein läsnä.

suus – tilanteen sen muutoin salliessa. Jos kyse on puhtaasti tosiseikoista, voidaan pohtia, ulottuuko näihin seikkoihin sellaista selonottovelvollisuutta, joka ei jo muuten kuuluisi normaalien poliisitoimintaan koskevien huolellisuusvelvoitteiden piiriin.²⁹

Viime kädessä rangaistusvastuuta mietittäessä on pidettävä mielessä mahdollisuus kieltoerehdyssäännökseen perustuvaan anteeksiantoon sekä liioittelusäännösten mahdollistamaan anteeksiantoon ja rangaistusvastuun lieventämiseen. Näyttäisi tosin siltä, että voimakeinojen liioittelun osalta anteeksiannon mahdollisuus on nykypäivänä lähes täysin unoitettu. Ehkäpä on tapahtunut ”rattijuopon korjausliike”, jossa erityisesti 1970–1980-lukujen huomattavankin sallivan oikeuskäytännön jälkeen on tehty tulkinnallinen suunnanmuutos seurauksin, että on päädytty ojaan tien toiselle puolelle. Ainakin jos hätävarjelukynnystä esittämälläni tavalla tulkinnallisesti korotetaan, lienee perusteltua samassa yhteydessä ryhtyä käyttämään RL 4 luvun 6 §:n 3 momenttia anteeksiantoperusteena nykyistä useammin. Toisaalta vaikka virkavastuu vuoden 2014 alusta ulottuu myös hätävarjelutilanteisiin, saattaa joissakin tilanteissa olla aiheellista katsoa menettely virkavelvollisuuksien kannalta kokonaisuutena arvostellen vähäiseksi. Toimimis- ja väistämisvelvollisuuden ristipaine voi luoda puolustautujalle siinä määrin vaikean motivaatiotilanteen, että teon moitittavuus virkavastuun näkökulmasta vähenee ratkaisevasti.³⁰

Lopuksi on syytä vielä kiinnittää laajemminkin huomiota velvollisuuksien merkitykseen. Voimankäyttötilanteita ja yleisemminkin viranomaisten lakisääteisiin tehtäviin liittyvää toimivaltuuksien käyttöä arvioitaessa tulee muistaa, että kyse on velvollisuuksiin perustuvasta toiminnasta. Sallittujen voimakeinojen osalta kyse on tyypillisesti siitä, kuinka laaja väistämisvelvollisuus poliisimiehille voidaan potentiaalisissa voimankäyttötilanteissa asettaa, ja kuinka väistämisvelvollisuutta toteutetaan suhteessa toimimisvelvollisuuteen. Toimimisvelvollisuuden alarajaksi henkeä ja vakavasti terveyttä uhkaavissa tilanteissa olen EIT:n ratkaisukäytännön perusteella määrittänyt ”todellisen ja välittömän uhan”. Lähelläkohtaisen toimimisvelvollisuuden edellyttämät konkreettiset toimenpiteet määritetään punnintatapahtumassa, jossa huomioon otettaviksi tulevat myös viranomaiskoneiston resurssit ja poliisimiesten työturvallisuusnäkökohdat. Toimimisvelvollisuuden vastinparina on luonnollisesti toimimisoikeus eli sen määrit-

²⁹ Tässä yhteydessä voidaan viitata myös korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2013:17, jossa enemmistö nimenomaan hylkäsi esittelijän ja vähemmistöön jääneiden oikeusneuvosten näkemyksen, jonka mukaan tahallisen olisi pidetty menettelyä, jossa olosuhteen olemassaolon pitäminen varteenotettavana mahdollisuutena yhdistyi välinpitämättömyyteen tämän mahdollisuuden olemassaolosta. Selonottovelvollisuuden ulottamiseen tosiseikkoihin voidaan siis katsoa suhtaudutun varsin pidättyvästi.

³⁰ Ks. Hahto 2004, s. 163–164.

täminen, mitä todennäköisyyttä ”poliisioikeudelliselta vaaralta” edellytetään, jotta toimivaltuuksia voidaan ryhtyä käyttämään. Erityisesti voimakeinojen käytön kontekstissa sekä velvollisuuden että oikeuden tarkempi määrittely tapahtuu punninnassa, jossa merkittävää painoarvoa on hyökkäyksen todennäköisyyden lisäksi torjuttavan vaaran vakavuudella. Juuri kaikkien suurimpia uhkia torjuttaessa on käsillä myös kaikkein suurimmat mahdollisuudet vakaviin, esimerkiksi kohteen henkilöllisyyteen ja aikomuksiin liittyviin virhearviointeihin. Tätä vaaraa ilmentää sekä EIT:n klassikkoratkaisu McCann-asiassa että Jean Charles de Menezesin tapaus Isossa-Britanniassa. Näihin tilanteisiin varautuminen edellyttää poliisi- ja rikosoikeudellista tutkimusta, jonka keskeinen kontribuutio voisi olla erityisesti voimankäyttöön kytkeytyvien toimimisvelvollisuuksien ja -oikeuksien tarkempi analyysi.

Velvollisuuksien ja tarkemmin toimimisvelvollisuuden käsilläolo puoltaa myös edellä – toki vallitsevaan tulkintaan tukeutuen – esittämäni normaalia korkeamman oikeudenvastaisuustietoisuuden vaatimusta tahallista virkarikoksesta tuomitsemiselle. Juridiset haasteet, joita nykyaikaisessa poliisitoiminnassa kohdataan, ovat monessa suhteessa rinnastettavissa niihin oikeudellisiin kysymyksiin, joita potentiaalinen talousrikosten tekijä joutuu miettimään. Talousrikollisella on kuitenkin lähes poikkeuksetta mahdollisuus valita varmasti laillinen menettely luopumalla toimimasta kyseenalaisella tavalla. Virkamiehellä mahdollisuus tällaiseen luopumiseen on huomattavasti rajallisempi. Ääritapauksessa toimimattomuus voi jopa olla rangaistavaa virkavelvollisuuksien laiminlyömistä, ja lievemmissäkin tilanteissa tehokkaasta toimenpiteestä luopuminen sen laillisuuteen liittyvien vähäisten epäilyjen johdosta voi olla moraalisesti vaikeaa. Huolellisen pyrkimyksen juridisten kysymysten selvittämiseen tulee vapauttaa rikosoikeudellisesta vastuusta, vaikka rikoslain yleinen kieltoerehdyssäännös ei tapaukseen soveltuisikaan.

Abstract

Markus Terenius

POLICE USE OF FORCE – A STUDY IN CRIMINAL LAW ON THE LIMITS OF ALLOWED USE OF FORCE

The purpose of the study is to provide an overview on the legal framework on police use of force. As the study falls primarily to the sphere of criminal justice, the special focus in analysis is on defining the approaches that are to be considered non-acceptable. A great number of various operational models, of which some are considered better and some worse than others in a tactic sense, are left within the scope of the defined external limits of the zone of acceptable use of force for discretion of individual police officers.

Rules on self-defence and use of force provided in the Criminal Code and Police Act are flexible and for their application, various factors, all pulling to different directions, must be weighed. In order to describe this process of weighing, the study provides an analysis of the discussion on the rules and principles of the 1980's and 1990's. Since the 1990's, argumentation on fundamental and human rights has gained more room in this discussion. Arguments based on fundamental and human rights have been used to pinpoint legal problems as well as scales of approval in respect to recommendations for legal interpretation. Both of the approaches reflect the significance of fundamental and human rights as the factor merging various fields of justice and as the counter-force to scatter justice. Thus, the methodology used in the study may be described as a legal doctrine that takes fundamental and human rights into account.

Regarding the relation between criminal law and police law, the study aims to establish the way in which actions in line with police powers are positioned on the structural field of crime and to ascertain the significance that criminal justice has in defining the limits of police powers. The study suggests that action based on powers accepted to cover official duties and tasks does not constitute any action meeting the definitional elements of crime, but that it is rather a question of action taken within the limits of acceptable risk defined in criminal law. In the light of this approach, the study evaluates the acceptability of use of official powers from the perspective of criminal justice by interpreting and applying police powers, in particular, instead of justifications derived from the field of criminal justice. In addition to sending a strong moral message, noting discharge of liabil-

ity on the level of conformity to the definitional elements accentuates the perspective of administrative law and, at the same time, makes government action more predictable resulting in refined legal safeguards for both citizens and government officials.

Highlighting the significance of administrative regulation in the context of police use of force would lead to a situation in which provisions of criminal law on self-defence and necessity were to be applied only in exceptional cases and where self-defence, in particular, would lose importance as justification for police use of force. The study suggests that the unnecessary wide scope of application of the provision on self-defence should be *de lege lata* narrowed. A police officer's right for self-defence should be limited to concern attacks posing serious threat to life or health and only under exceptional circumstances, to situations in which other persons than the police officer employing forcible means are subjected to an attack or a threat of an attack. The *de lege ferenda* split in the use of force and self-defence should be waived, and all situations involving use of force should be assessed on the basis of the same set of administrative regulations regardless of the used force having been offensive or defensive. In the light of a police officer's fundamental and human rights and considering the principle of equality in particular, it is required, however, that the content of the provision on right for self-defence to be included in the regulations of official powers should correspond to the content of the general provision on self-defence in the Criminal Code. In respect to the substance, criminal law and police law should not diverge too far from each other, whether it is a question of police use of force or any other official action taken within the scope of official powers. Arguments on fundamental and human rights serve as the force merging these fields of justice but they also define the external limits of police use of force – and of police powers in a more general sense – that cannot be crossed.

By analysing the case law of the European Court of Human Rights in particular, the study aims to establish what kind of unconditional prohibitions or principles to be taken into account in the interpretation are set on police use of force by fundamental and human rights. Some efforts have been taken to derive standards applicable to police use of force from human rights, although fundamental and human rights are too general and imprecise to offer any particularly clear guidelines for defining illegal action. Rulings of the Supreme Court of Finland and Courts of Appeal have been used to outline the limits of legal use of force in Finland. Questions on whether or not intentional killing falls within the limits of acceptable use of force, on one hand, and the extent in which rights of bystanders may be jeopardized in the context of employing force, on the other hand, have been discussed as individual questions.

The study did not reveal such weaknesses in national regulations on police use of force that would jeopardize fundamental and human rights, but it concludes

that from the perspective of fundamental and human rights of an individual citizen, police use of force is well regulated, well managed and well carried out. Especially in respect to the police weapon use it is evident; it is highly regulated even in a comparison limited to concern only the Nordic countries. In relation to police use of force, only legal standing of the bystander is relatively poorly regulated. In this respect, the study aims to define some preliminary standards, but there is an obvious need for further study.

The last part of the study focuses on the following questions: How unlawful use of force should be punished and what are the legal norms on which such punishment should be based? And: How various types of mistakes should be assessed in the context defining the limits of criminal liability? A precondition for passing a sentence for an offence committed in public office with intent and along with it, for a so-called general intent offence is that the government official in question was aware of not only the consequences for the act, but prevalence of the unlawful nature of the act and relevant circumstances *quite probable* at the time of commission. In the context of evaluation of situations involving use of force and, in more general sense, application of official powers in the context of statutory duties, it should be borne in mind that it is a question of action based on statutory duties which has inevitable repercussions on the possibilities to act differently – an essential concept from the criminal law point of view.

The study assesses situations in which a police officer is obliged to employ force from the angle of statutory duties. On the basis of case law of the European Court of Human Rights, the lower limit in situations jeopardizing life and health has been set to a "real and immediate threat". However, any obligation to act must not result in unreasonable burden on the state nor may it lead to unduly compromises in any police officer's safety at work.

Finnish Lawyers' Association 2013
ISBN 978-951-855-333-8

Oikeustapaushakemisto

Kotimaiset tuomioistuinratkaisut

KKO 1942-II-127	620, 758
KKO 1948-I-19	268
KKO 1948-II-322	844, 846
KKO 1948-II-363	761
KKO 1961-II-70	782
KKO 1963-II-112	726, 849
KKO 1964-II-69	756, 757
KKO 1966-II-33	249
KKO 1969-II-9	830
KKO 1969-II-98	564
KKO 1973-II-6	814
KKO 1975-II-1	621
KKO 1977-II-11	756, 757
KKO 1979-II-50	548, 619, 677, 726, 730
KKO 1979-II-99	754, 758
KKO 1980-II-29	613
KKO 1980-II-87	839
KKO 1981-II-97	212, 215, 759
KKO 1981-II-115	218, 530
KKO 1983-II-159	728
KKO 1984-II-80	705
KKO 1984-II-127	529, 548, 619
KKO 1985-I-2	258
KKO 1985-II-64	742, 833
KKO 1985-II-172	833
KKO 1986-II-37	258
KKO 1986-II-79	575, 601, 603, 604, 609, 696
KKO 1987:3	819
KKO 1987:39	259
KKO 1987:132	259, 819
KKO 1988:8	832, 834, 836
KKO 1988:49	557, 587, 598, 613
KKO 1998:67	211, 821
KKO 1989:11	822
KKO 1989:44	787
KKO 1989:58	777
KKO 1989:125	260
KKO 1990:27	216
KKO 1990:71	667

KKO 1990:136	531, 540, 548, 619
KKO 1991:84	329
KKO 1991:88	504, 669
KKO 1991:171	704, 834, 837
KKO 1992:74	567, 575, 585, 604
KKO 1992:92	834
KKO 1993:22	829
KKO 1993:26	835
KKO 1993:50	276, 537, 575, 585, 618, 629, 637, 667, 668, 745, 778, 780, 783
KKO 1993:54	601, 602
KKO 1993:162	821
KKO 1994:2	574, 575, 720
KKO 1994:101	758, 827
KKO 1995:143	664
KKO 1995:203	216, 279, 829
KKO 1997:84	204, 569, 589
KKO 1997:108	664
KKO 1997:117	292
KKO 1997:182	571, 604, 625, 638, 681
KKO 1998:2	816
KKO 1998:41	233
KKO 1998:159	151
KKO 1999:20	847
KKO 1999:46	234
KKO 1999:50	151
KKO 2000:14	753
KKO 2000:40	742, 743, 786, 787
KKO 2000:90	563, 565
KKO 2000:112	288, 293, 295, 738
KKO 2001:13	237, 240
KKO 2001:97	237, 240
KKO 2001:117	237, 240
KKO 2003:115	635, 664
KKO 2004:16	204, 567, 836, 847
KKO 2004:26	70
KKO 2004:75	275, 589, 595, 608, 610, 617, 618, 686, 689, 690, 746, 747, 782–785, 787, 813, 824, 837, 849, 858
KKO 2004:120	835
KKO 2004:132	747, 749, 760
KKO 2005:27	216, 231, 260
KKO 2005:126	240
KKO 2006:1	216
KKO 2006:11	261, 320
KKO 2006:24	814

KKO 2006:52	234
KKO 2006:64	240
KKO 2006:72	265
KKO 2007:62	211, 215, 216, 762, 767
KKO 2007:78	245
KKO 2007:87	523, 534, 752
KKO 2008:10	65
KKO 2008:78	98, 100, 773, 788
KKO 2008:86	230, 232
KKO 2008:90	251, 252
KKO 2008:93	77, 198
KKO 2008:95	251, 743
KKO 2008:105	652
KKO 2008:119	252, 261
KKO 2009:3	149
KKO 2009:36	757, 759
KKO 2009:38	249, 752, 816
KKO 2009:80	336, 338
KKO 2009:87	241, 242, 253
KKO 2010:19	836
KKO 2010:41	198
KKO 2010:88	242
KKO 2011:23	261
KKO 2011:28	231, 264
KKO 2012:11	325
KKO 2012:56	208
KKO 2012:66	242, 243, 245, 254
KKO 2012:94	817
KKO 2012:98	833
KKO 2013:6	243, 744
KKO 2013:17	865
KKO 2013:55	243
KKO 2013:60	722
KHO 2002:43	65
KHO 2005:50	65
KHO 2009:15	345
KHO 2009:22	27
Helsingin hovioikeus 1.6.2006 nro 1599	747
Helsingin hovioikeus 6.10.2006 nro 3011	748
Helsingin hovioikeus 5.3.2007 nro 757	533
Helsingin hovioikeus 19.12.2007 nro 4186	539, 618
Helsingin hovioikeus 10.4.2008 nro 987	540
Helsingin hovioikeus 30.4.2009 nro 1080	494
Helsingin hovioikeus 6.5.2011 nro 1396	253, 301, 751
Helsingin hovioikeus 30.6.2011 nro 2183	690
Helsingin hovioikeus 13.1.2012 nro 69	252, 749

Itä-Suomen hovioikeus 11.3.1983 nro 2367/82	565
Itä-Suomen hovioikeus 6.6.2000 nro 565	726
Itä-Suomen hovioikeus 8.12.2005 nro 1428	744
Itä-Suomen hovioikeus 29.6.2006 nro 794	750
Itä-Suomen hovioikeus 11.1.2007 nro 5	689
Itä-Suomen hovioikeus 31.12.2007 nro 1542	508
Itä-Suomen hovioikeus 1.12.2009 nro 1115	652
Itä-Suomen hovioikeus 8.9.2011 nro 724	538, 677
Kouvolan hovioikeus 19.5.2009 nro 535	564
Kouvolan hovioikeus 24.6.2010 nro 646	654
Kouvolan hovioikeus 14.10.2010 nro 970	730
Kouvolan hovioikeus 7.1.2011 nro 28	527, 841
Rovaniemen hovioikeus 12.10.2007 nro 925	743
Rovaniemen hovioikeus 28.8.2008 nro 736	743
Rovaniemen hovioikeus 17.11.2009 nro 1035	749
Turun hovioikeus 21.7.2004 nro 2168	515, 527
Turun hovioikeus 21.4.2006 nro 1019	749
Turun hovioikeus 13.10.2006 nro 2224	250, 746, 749
Turun hovioikeus 30.4.2007 nro 842	607
Turun hovioikeus 11.12.2009 nro 3107	461
Turun hovioikeus 22.5.2012 nro 1093	817
Vaasan hovioikeus 2.6.2005 nro 825	517
Vaasan hovioikeus 7.7.2008 nro 869	598
Vaasan hovioikeus 4.3.2010 nro 266	501
Vaasan hovioikeus 15.4.2011 nro 471	585
Vaasan hovioikeus 30.11.2011 nro 1387	743
Vaasan hovioikeus 28.2.2012 nro 250	528
Keski-Suomen käräjäoikeuden tuomio 12/3880, 19.12.2012	545

Kotimaiset viranomaisratkaisut

Apulaisoikeuskanslerin varamiehen ratkaisu 15.4.1997 dnro 283/1/96	621
Apulaisoikeuskanslerin ratkaisu 29.10.1999 dnro 1266/1/98	500
Apulaisoikeuskanslerin ratkaisu 23.2.2004, dnro 440/1/02	110, 502
Apulaisoikeuskanslerin ratkaisu 24.10.2005 dnro 384/1/05	502
Apulaisoikeuskanslerin ratkaisu 25.9.2006 dnro 1343/1/04	503
Oikeusasiamiehen ratkaisu 31.8.2005, dnro 85/4/04	544, 671
Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 14.6.2001 dnro 1581/4/98	621
Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 7.6.2002 dnro 1104/4/00	173
Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 14.11.2002 dnro 1849/4/02	517
Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 2.12.2002 dnro 1505/4/01	516
Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 31.3.2003 dnro 2841/4/00	710
Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 29.4.2004 dnro 2250/4/02	173

Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 1.2.2005 dnro 2955/4/04	503
Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 28.5.2007 dnro 3824/4/06	500
Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 28.11.2007 dnro 1836/2/07	145, 401, 501, 502, 503
Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 19.3.2009 dnro 391/4/08	494
Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 21.1.2010 dnro 2758/4/09	214
Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 5.3.2010 dnro 2949/4/08	460
Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 18.11.2010 dnro 4267/4/08	214, 503, 537
Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 5.9.2011 dnro 100/4/10	710
Apulaisoikeusasiamiehen ratkaisu 12.12.2011 dnro 2361/4/10	498
Kanta-Hämeen syyttäjänviraston syyttämättä jättämispäätös 10/237, 24.2.2010	539
Kanta-Hämeen syyttäjänviraston syyttämättä jättämispäätös 10/238, 24.2.2010	539
Kanta-Hämeen syyttäjänviraston syyttämättä jättämispäätös 10/239, 24.2.2010	539

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut

Airey v. Ireland (application no. 6289/73, 9.10.1979)	341
Akpinar and Altun v. Turkey (application no. 56760/00, 27.2.2007)	396
Aksoy v. Turkey (application no. 21987/93, 18.12.1996)	436, 438
Al-Adsani v. the United Kingdom (application no. 35763/97, 21.11.2001)	342, 343, 378
Andreou v. Turkey (application no. 45653/99, 27.10.2009)	416, 433
Andronicou and Constantinou v. Cyprus (application no. 25052/94, 9.10.1997)	387, 393, 395, 401, 404, 407, 418–419, 424, 425, 427, 428, 434, 678, 731, 732
Application no. 10044/82 by Kathleen Stewart against the United Kingdom, 10.7.1984 (päättös)	404, 405, 407, 415
Application no. 17579/90 by John Kelly against the United Kingdom, 13.1.1993 (päättös)	408, 732
Application no. 55151/00 by Kenneth Brady against the United Kingdom, 3.4.2001 (päättös)	413, 41, 428, 433
Application no. 67537/01 by John James Shannon against the United Kingdom, 6.4.2004 (päättös)	287
Application no. 62006/00 by Claire Susan Elisabeth Romijn against the Netherlands, 3.3.2005 (päättös)	413, 426
Application no. 27968/03 by Natalja Kuzmickaja against Lithuania, 10.6.2008 (päättös)	184, 817
Application no. 22102/09 by Mika Heikkinen against Finland, 22.3.2011 (päättös)	411, 448, 449, 463, 681
Archip v. Romania (application no. 49608/08, 27.9.2011)	461
Assenov and others v. Bulgaria (application no. 24760/94, 28.10.1998)	436
Austin and others v. the United Kingdom (applications nos. 39692/09, 40713/09 and 41008/09, 15.3.2012)	502
Avşar v. Turkey (application no. 25657/94, 10.7.2001)	442
Balenko v. Russia (application no. 35350/05, 11.10.2011)	443, 447
Bannikova v. Russia (application no. 18757/06, 4.11.2010)	305
Barta v. Hungary (application no. 26137/04, 10.4.2007)	455
Bayatyan v. Armenia (application no. 23459/03, 7.7.2011)	343
Berliński v. Poland (application nos. 27715/95 and 30209/96, 20.6.2002)	454, 463, 564, 678
Bitiyeva and X v. Russia (application nos. 57953/00 and 37392/03, 21.6.2007)	403
Boicenco v. Moldova (application no. 41088/05, 11.7.2006)	442

Bolovan v. Romania (application no. 64541/01, 24.11.2009)	446
Borbála Kiss v. Hungary (application no. 59214/11, 26.6.2012)	452
Bubbins v. the United Kingdom (application no. 50196/99, 17.3.2005)	393, 397, 418, 424, 425, 429
Casado Coca v. Spain (application no. 15450/89, 24.2.1994)	343
Corsacov v. Moldova (application no. 18944/02, 4.4.2006)	228
Dimov and others v. Bulgaria (application no. 30086/05, 6.11.2012)	421
Dink v. Turkey (application nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09, 14.9.2010)	769
Doorson v. the Netherlands (application no. 20524/92, 26.3.1996)	768
Đurđević v. Croatia (application no. 52442/09, 19.7.2011)	446, 744
Dzwonkowski v. Poland (application no. 46702/99, 12.4.2007)	451
El-Masri v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia (application no. 39630/09, 13.12.2012)	438, 460
Finogenov and others v. Russia (application nos. 18299/03 and 27311/03, 20.12.2011)	401, 420, 435
Fyodorov and Fyodorova v. Ukraine (application no. 39229/03, 7.7.2011)	456
Giuliani and Gaggio v. Italy (application no. 23458/02, 24.3.2011)	351, 388, 394, 395, 397–399, 408, 409, 422, 424, 427, 430, 779
Golder v. the United Kingdom (application no. 4451/70, 21.2.1975)	340
Guzzardi v. Italy (application no. 7367/76, 6.11.1980)	339
Gül v. Turkey (application no. 22676/93, 14.12.2000)	422, 427, 428, 664
Güleç v. Turkey (application no. 21593/93, 27.7.1998)	388, 415
Gäfgen v. Germany (application no. 22978/05, 1.6.2010)	272, 273, 646, 649, 659
Harju v. Finland (application no. 56716/09, 15.2.2011)	352
Heino v. Finland (application no. 56720/09, 15.2.2011)	352
Hilda Hafsteinsdóttir v. Iceland (application no. 40905/98, 8.6.2004)	103
Hugh Jordan v. the United Kingdom (application no. 24746/94, 4.5.2001)	386, 388, 407, 417, 423, 426
Huohvanainen v. Finland (application no. 57389/00, 13.3.2007)	388, 422, 426, 429, 432, 579
İlhan v. Turkey (application no. 22277/93, 27.6.2000)	387, 404, 406, 439–440, 448
Iljina and Sarulienė v. Lithuania (application no. 32293/05, 15.3.2011)	443, 444
Ireland v. the United Kingdom (application no. 5310/71, 18.1.1978)	339, 388, 436, 440, 461
Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia (application nos. 57947/00, 57948/00 and 57949/00, 24.2.2005)	393, 399
Isayeva v. Russia (application no. 57950/00, 24.2.2005)	388, 393, 399, 420, 421
Ivan Vasilev v. Bulgaria (application no. 48130/99, 12.4.2007)	459
Jalloh v. Germany (application no. 54810/00, 11.7.2006)	564
Juozaitienė and Bikulčius v. Lithuania (application nos. 70659/01 and 74371/01, 24.2.2008)	411, 681
Kallis and Androulla Panayi v. Turkey (application no. 45388/99, 27.10.1999)	414
Keenan v. the United Kingdom (application no. 27229/95, 3.4.2001)	672, 771
Kelly and others v. the United Kingdom (application no. 30054/96, 4.5.2001)	386, 407, 417
Khashiyev and Akayeva v. Russia (application nos. 57942/00 and 57945/00, 24.2.2005)	403
Klaas v. Germany (application no. 15473/89, 22.9.1993)	441, 442, 451
Kontrová v. Slovakia (application no. 7510/04, 31.5.2007)	771
Krastanov v. Bulgaria (application no. 50222/99, 30.9.2004)	436, 457
Kuzmenko v. Russia (application no. 18541/04, 21.12.2010)	428, 445, 461

Külah and Koyuncu v. Turkey (application no. 24827/05, 23.4. 2013)	470
Labita v. Italy (application no. 26772/95, 6.4.2000)	436, 444
Lüdi v. Switzerland (application no. 12433/86, 15.6.1992)	303–305
Mahmut Kaya v. Turkey (application no. 22535/93, 28.3.2000)	770
Makaratzis v. Greece (application no. 50385/99, 20.12.2004)	388, 395, 398, 404, 406, 412, 421, 428, 432, 678
Malininas v. Lithuania (application no. 10071/04, 1.7.2008)	305
Malone v. the United Kingdom (application no. 8691/79, 2.8.1984)	103
Matko v. Slovenia (application no. 43393/98, 2.11.2006)	443, 450
McCann and others v. the United Kingdom (application no. 18984/91, 27.9.1995)	386–389, 393, 395, 398–399, 404, 407, 212, 414, 419
McKerr v. the United Kingdom (application no. 28883/95, 4.5.2001)	386, 407, 417
McShane v. the United Kingdom (application no. 43290/98, 28.5.2002)	417
Menesheva v. Russia (application no. 59261/00, 9.3.2006)	438
Milan v. France (application no. 7549/03, 24.1.2008)	452
Mogilat v. Russia (application no. 8461/03, 13.3.2012)	443, 446, 453, 564
Mrozowski v. Poland (application no. 9258/04, 12.5.2009)	458
Muradova v. Azerbaijan (application no. 22684/05, 2.4.2009)	441
Murray v. the United Kingdom (application no. 14310/88, 28.10.1994)	437
N. v. Finland (application no. 38885/02, 26.7.2005)	386
Nachova and others v. Bulgaria (applications no. 43577/98 and 43579/98, 6.7.2005)	388, 393, 397, 398, 402, 407, 409, 410, 412, 421, 423, 425, 426, 429, 432, 659, 678, 680, 682, 702, 709, 731, 841, 866
Oğur v. Turkey (application no. no. 21594/93, 20.5.1999)	403
Olteanu v. Romania (application no. 71090/01, 14.4.2009)	452
Opuz v. Turkey (application no. 33401/02, 9.6.2009)	615
Osman v. the United Kingdom (application no. 23452/94, 28.10.1998)	420, 767, 769, 780
Ostendorf v. Germany (application no. 15598/08, 7.3.2013)	500
Parnov v. Moldova (application no. 35208/06, 13.7.2010)	445, 453, 536
Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom (application no. 46477/99, 14.3.2002)	764
Petri Sallinen and others v. Finland (application no. 50882/99, 27.9.2005)	168
Polyakov v. Russia (application no. 77018/01, 29.1.2009)	445, 452
Pretty v. the United Kingdom (application no. 2346/02, 29.4.2002)	672
Putintseva v. Russia (application no. 33498/04, 10.5.2012)	410
R.L. and M.-J.D. v. France (application no. 44568/98, 19.5.2004)	450
Rachwalski and Ferenc v. Poland (application no. 47709/99, 28.7.2009)	458
Ramanauskas v. Lithuania (application no. 74420/01, 5.2.2008)	287, 304, 305
Ramsahai and others v. the Netherlands (52391/99, 15.5.2007)	388, 389, 411, 429
Raninen v. Finland (application no. 20972/92, 16.12.1997)	386, 459, 460
Rehbock v. Slovenia (application no. 29462/95, 28.11.2000)	432, 449, 450, 454, 543
Ribitsch v. Austria (application no. 18896/91, 4.12.1995)	407, 441, 442, 443, 449, 463
Rivas v. France (application no. 59584/00, 1.4.2004)	442, 443
Salman v. Turkey (application no. 21986/93, 27.6.2000)	387, 404, 407
Sašo Gorgiev v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia (application no. 49382/06, 19.4.2012)	398
Schalk and Kopf v. Austria (application no. 30141/04, 24.6.2010)	343
Selmouni v. France (application no. 25803/94, 28.7.1999)	436–438, 440, 443
Sequeira v. Portugal (application no. 18545/06, 20.10.2009)	305

Shanaghan v. the United Kingdom (application no. 37715/97, 4.5.2001)	386
Shchukin and others v. Cyprus (application no. 14030/03, 29.7.2010)	458
Şimşek and others v. Turkey (applications no. 35072/97 and 37194/97, 26.7.2005)	416
Soering v. the United Kingdom (application no. 14038/88, 7.7.1989)	339, 343
Solomou and others v. Turkey (application no. 36832/97, 24.6.2008)	416
Staszewska v. Poland (application no. 10049/04, 3.11.2009)	444, 458
Stoica v. Romania (application no. 42722/02, 4.3.2008)	444
Stojnšek v. Slovenia (application no. 1926/03, 23.6.2009)	443
Sunday Times v. the United Kingdom (application no. 6538/74, 26.4.1979)	370
Teixeira de Castro v. Portugal (application no. 25829/94, 9.6.1998)	287, 302–305, 307, 309
Tomasi v. France (application no. 12850/87, 27.8.1992)	441
Tyrer v. the United Kingdom (application no. 5856/72, 25.4.1978)	342, 343
Tzekov v. Bulgaria (application no. 45500/99, 23.2.2006)	454, 678
Van Vondel v. the Netherlands (application no. 38258/03, 25.10.2007)	315
Vanyan v. Russia (application no. 53203/99, 15.12.2005)	304
Vasil Sashov Petrov v. Bulgaria (application no. 63106/00, 10.6.2010)	410, 678
Wasilewska and Kałucka v. Poland (application nos. 28975/04 and 33406/04, 23.2.2010)	412, 448
Wieser v. Austria (application no. 2293/03, 22.2.2007)	460
Zelilof v. Greece (application no. 17060/03, 24.5.2007)	407, 436, 443, 447, 451

Ihmisoikeuskomitean ratkaisukäytäntö

Mohammed Azzery v. Sweden, Communication No 1416/2005, Sweden, 10.11.2006. CCPR/C/88/D/1416/2005. (Jurisprudence)	460
Pedro Pablo Camargo v. Colombia, Communication No. 45/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 112 (1985)	380
Rodger Chongwe v. Zambia, Communication No. 821/1998, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/821/1998 (2000)	381
William Eduardo Delgado Páez v. Colombia, Communication No. 195/1985, Colombia. 23.08.1990. CCPR/C/39/D/195/1985. (Jurisprudence)	771

Muiden maiden tuomioistuinratkaisut

Tennessee v. Garner, 471 U.S. 1 (1985)	509
Graham v. Connor 490 U.S. 386 (1989)	510
Jacobson v. United States, 503 U.S. 540 (1992)	298, 307
The Queen v. Dudley and Stephens, 14 Queens Bench Division 273 (1884)	656, 659
R v Julien (1969) 1 WLR 839	597, 599
R v Pagett (1983) 76 Cr App R 279	580
R v Bird [1985] 1 WLR 816	597, 599
Regina v Loosely on Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division) Attorney General's Reference Number 3 of 2000, 25.10.2001 [2001] UKHL 53	306–209
Bundesverfassungsgericht 1 BvR 357/05, 15.2.2006	645, 648
Högsta domstolen mål nr B 5039-06, 28.12.2007	309, 319
Högsta domstolen mål nr B 2219-08, 6.5.2009	614, 720
Högsta domstolen mål nr B 2150-11, 20.10.2011	300

Asiahakemisto

- Agent provocateur 278, 288, 290–294, 304–305
- Aikaikkuna, time framing 205–206, 496, 585, 588, 594, 615, 681, 824
- Analogiakielto 103, 228–229
- Argumentaatiovaikutus 66, 78
- Aseenkäyttö
- ajoneuvoja vastaan 463, 539–541, 703
 - henkilön kiinniotaminen 498, 531–533, 539–540, 548–549, 676–677
 - hyökkäyksen torjuminen 431, 604–606, 675–680
 - koulutus 391, 398
 - määritelmä 482, 708
 - sivullisten suhteen 703
 - sääntely 396–398, 435
 - tilastot 435, 636, 675–676, 841
- Battered woman syndrome 569, 617
- Blankettinormi, -laki, -asetus, -säädos, -malli 233, 250, 264, 326, 328–329
- Blankosääntely, -säännös, -tekniikka, -kriminalisointi 214, 233, 256–259, 328
- Distinktiotekniikka 344–345, 428, 540, 564
- Drittwirkung 143–148, 764–765
- Ennakoitavuus, ennustettavuus
- autonominen tulkinta 340
 - oikeusvaltio 102–103, 163–164, 168, 467, 606, 618, 620, 649–650, 856
 - oikeusvertaileva tulkintatapa 343–344
 - rikosoikeus (laillisuusperiaate) 198, 210, 228–232, 238–239, 244, 269, 748
 - yleiset opit 5, 34, 37, 44, 73, 79, 82
- Epäinhimillisen ja halventavan kohtelun kielto 28, 31, 273, 378–379, 382, 436–465, 468–469, 563–564, 643
- Epäsovinnaiset (epäkonventionaaliset) tiedonhankintakeinot 127, 183, 166, 184, 223, 278, 297, 309, 316, 321–322, 738
- peitetoiminta 183–184, 223, 274, 284–285, 287–288, 295, 309–313, 316, 352, 700, 765–766
 - valeosto 183–184, 192, 223, 253, 284–322, 682, 751
- Epävarsinainen laiminlyöntirikos 206, 509, 560, 753–763, 780–781
- suojeluvastuu 667, 757, 759–761, 767, 780, 830
 - valvontavastuu 756–757, 759–761, 767, 830
 - vastuuasema 556, 560–561, 621, 754–759, 761–763, 766–767, 774, 780–781
- Erillisysteesi 156
- Erityispreventio 201, 374, 794
- Esimiehen käsky 400–401, 577–578, 629–638, 650, 744, 756–757, 780–781
- anteeksiantoperusteena 202, 279, 732
 - aseenkäytön yhteydessä 708–710
 - hätävarjelutilanteessa 789, 806, 809–812
 - ilmeinen lainvastaisuus 464, 632–635
 - toimivallan laajuus 181, 186–187
 - työturvallisuus 776–779
 - virkarikosvastuu 214
- Etälamautin 482, 515, 523, 538, 543–545, 548
- Evoluutiivisdynaaminen tulkinta 53, 330–311, 336–337, 342–345, 436–437, 564
- Harhaiskut 839–840, 844
- Harkintamarginaali, margin of appreciation 53, 155, 158, 337, 341, 343, 345–346, 348, 361, 383, 420, 434
- Haulikko (voimankäytövälineenä) 516, 681
- Horisontaalivaikutus 70, 109–111, 143–148
- Hyöty-haitta-punninta
- kriminalisointiperiaatteena 118, 135, 794–795, 802
 - rikosoikeudellisesti kielletyn riskin määrittämisessä 213, 216–217, 219, 666, 671
- Hätävarjelu
- absoluuttinen 6, 553, 555, 557–558
 - aikarajat 552, 557, 565–580, 586, 604, 720, 734

- aseenn käyttö hätävarjelussa 431–432, 463, 539–540, 586–587, 604–607, 636, 675–682, 691, 703, 707–709, 802–812
- hyökkäyksen laatu 188, 601–607
- hyökkäyksen uhka 568–571, 604–605, 659, 680–681, 685, 707–708, 719, 565–566
- hyökkäys 559–565
- hyökkääjän henkilö 592–597, 607–609, 611–612, 721–722
- hätävarjelu laitonta virkatoimintaa vastaan 561–565
- hätävarjeluun ja voimakeinojen käytön välinen rajanveto 497, 683–694, 792–793, 848, 858, 860–861
- hätävarjeluun liioittelu 276, 453, 692–693, 716–722, 851
- individuaalinen malli 552–554, 584, 596, 620
- jatkuva hyökkäys 572–573, 575–577, 629
- pelko 603–604, 686, 694, 720, 723–724, 729, 804, 806–811, 825
- poliisimiehen oikeus hätävarjeluun 142, 269–277, 489, 690, 859, 791, 860–861
- preventiivinen hätävarjelu 276, 616, 719
- puolustautujan henkilö 271–272, 602, 607, 609–612, 717, 784–785
- relatiivinen 553, 555, 557–558
- suojattavat intressit 552, 555–556, 683
- vaistonvarainen toiminta (itsesuojeluvaisto) 718, 720–721, 802–812, 859–860
- velvollisuus hätävarjeluun 778–779
- väistämisvelvollisuus 554, 583–584, 589–601, 608, 660, 865
- yli-individuaalinen malli 552–554, 596
- yllätyshyökkäys puolustustekona 569–570, 589
- Ihmisarvon loukkaamattomuus 98, 106–107, 133–134, 370–375, 377, 631, 646–649, 797
- Ihmisoikeuksien minimitaso 27, 140, 158, 317, 327, 345–346, 365–366, 383, 434, 446, 448–449, 459, 462, 548–549, 577, 857–858
- Ihmisoikeusperiaatteet 34–37, 39, 61, 66–67, 77, 121, 133, 147–148, 346, 367–378
- Ihmisoikeusstandardi 26, 157–158, 336–337, 364–365, 437, 509–510, 631, 859
- In dubio mitius -periaate 228, 231, 857
- Individuaaliset oikeudet 14–16, 21, 30, 148
- Institutionaalinen tuki 13–14, 19–25, 40, 43, 46, 58–61, 71, 74–75, 77–79, 83, 112, 134–135, 139–141, 199, 217, 336, 361, 363, 365, 371, 589, 648–649
- Julkinen tehtävä 94
- Julkinen valta
 - hätätilaoikeus 643, 692
 - hätävarjelu 275, 551, 557, 594,
 - käsite 94–95, 98–99, 171–172
 - oikeus elämään ja väkivallan kieltäminen 470
 - perus- ja ihmisoikeudet 75–77, 81, 87, 91–100, 105, 143–148, 157
 - poliisitoiminta 128, 141, 163, 174, 191, 223, 244, 533, 772–773
 - soft law 360
 - tosiasiallinen julkinen valta 100
 - turvallisuus perusoikeutena 108–112
 - virkavastuu 735–739, 787–789, 792, 794, 798–800
 - väkivaltamonopoli 93–98, 617, 725
- Juridis-tekninen kieli 56, 229–230
- Kaksoisstandardi 347, 356, 671, 785–786, 860
- Karsintavaikutus 66, 79, 150
- Kelvoton yritys 290–294, 310, 317
- Kidutus 28, 31, 103, 133, 151–152, 156–158, 272–274, 327, 351, 376–378, 382, 436–441, 444, 457, 461–464, 469, 634, 643, 646, 728, 738, 740, 770, 790
- Kielletty riski 207–220, 286, 300–301, 316, 319–320, 586, 662, 669, 761, 813
 - kielletyn riskinoton relevanssi 210, 212, 277, 286, 792, 813, 818–822, 840
 - tunnusmerkistön ulottuvuus 210, 818–822, 840
- Kieltoerehdys 202, 204, 239–240, 245–246, 249, 254–268, 746
 - esimiehen lainvastainen käsky 633, 732
 - lain sisällön erityinen vaikeaselkoisuus 257–258, 261, 264–265, 267–268, 374
 - oikeudenvastaisuustietoisuus virkatoiminnassa 249–254, 280, 297, 752–753, 818, 831, 838, 849, 865–866
 - suhde muihin erehdyksiin 428, 841–842, 847–850, 852

- viranomaisen virheellinen neuvo 258, 260
- Klassiset vapausoikeudet 21, 92, 107, 118–119, 128, 131, 143, 147, 157, 353, 379, 469
- Koherenssi 4–5, 20, 34, 37, 40, 43, 55, 58, 149, 199–201
- Konkretisaatiosuhde 36–37, 646–647
- Konsistenssi 20, 34
- Kotietsintä 100–101, 124, 220, 227, 248, 285–286, 309–310, 314–315, 351–352, 504, 633–635, 682, 786, 847, 849, 855
- Kotirauha 115, 126, 169–170, 222, 227, 230, 247–250, 272, 285, 311, 321, 471, 572, 596, 683, 746
- Kriminaalipolitiikka 6, 197, 230–233, 291–292, 316, 822, 843
 - arvot 30, 43
 - hätävarjelu, hätävarjeluun liioittelu 552–553, 555, 732–733, 802–803
 - kiellorehdys, oikeudenvastaisuus-tietoisuus 253, 255, 263, 848
 - kriminalisointiperiaatteet 135, 201, 373–374, 794–795
 - perus- ja ihmisoikeudet 120–121
 - rikoksen rakenne 203, 210–211
 - rikosoikeuden kansainvälistyminen 117
- Kriminalisointiperiaatteet 43, 88, 118, 120, 124, 133–135, 151, 197, 229, 375, 750, 793–801, 819
- Kunnioittamisvelvoite 108, 143, 196, 471, 764
- Kuolemanrangaistus 119, 133, 151, 377–378, 383, 403, 469–471, 626
- Käsiraudat 459–461, 482, 516–518, 528, 543–547, 612, 672, 702, 710–711
- Laillisuusperiaate 70, 201, 211, 228–235, 326, 361, 372, 797
 - epävarsinainen laiminlyöntirikos 759, 762–763, 779–781
 - hätävarjelu 555–556, 558, 570, 691, 733
 - kiellorehdys 255–257, 260, 265
 - lain aukkotilanteet 78
 - perus- ja ihmisoikeusargumentointi 82, 151
 - perusoikeuksien rajoitusedellytykset 103
 - suhde teleologiseen tulkintaan 56, 61
 - vastuuvapausperusteet 82, 848, 850
- virkavastuu 301, 743, 750, 784, 786–787, 790–791
- Lainalaisuusperiaate 59, 99, 101–103, 163–164, 166, 169, 180–184, 235, 279, 282, 355–356, 372, 468, 472, 643, 691
- Lakisidonnaisuusperiaate 9, 64, 98–101, 163–165, 180, 352, 361, 496, 620, 649–650, 701, 779, 858
- Lakivarauma 89, 125, 129, 131, 134, 377, 471–472, 484
- Lapsi 431, 467, 553, 557, 595–597, 607–608, 659–660, 767, 774
- Lex posterior (derogat legi priori) 20, 158, 325–326
- Lex specialis (derogat legi generali) 158, 316, 325, 487, 686–688, 707
- Linnoittautumistilanteet 418–425, 434, 496, 548, 629, 638, 689
- Mellakan torjunta 383, 394–395, 408–409, 415–417, 433–434, 502, 507, 565, 676–677
- Moraali
 - kriminalisointiperiaatteet ja moraali 794, 798–799
 - oikeus ja moraali 14, 19–20, 25–26, 34–40, 72, 77
 - oikeuslähteet ja moraali 43, 57, 59–61
 - oikeuttamisperusteet ja moraali 268–269, 551, 600, 644, 646, 648–650, 659, 809
 - perusoikeudet ja moraali 67–68, 74, 89, 155
 - rikoksen rakenne ja moraali 203–204, 225, 856
 - rikosoikeus ja moraali 75, 120–121, 135, 197, 266, 375, 755, 758, 827, 838, 866
 - soft law 331–332, 355, 360, 362–363, 365
- Normaalikieli 56, 230
- Normifragmentti 27–29, 65, 189, 328, 791–792
- OC-sumutin 494, 516, 519, 523, 535–536, 543–545, 608, 672
- Oikeus
 - oikeuden dynamiikka 36–38, 646–647
 - oikeuden itserajoitus 37–39, 54, 607–608, 857–858
 - oikeuden olemus 33–40

- oikeuden tasot 33–35, 39, 41, 54, 60, 200, 646–647
- oikeuden ratio 33, 35
- oikeuden syvärakenne 33–40, 54, 60, 72, 117, 133, 147–148, 199, 371, 646–647
- oikeuden voluntas 33, 35
- oikeuskulttuuri 33–41, 47–48, 53, 60, 73–74, 76, 89, 117, 133, 154, 200, 317, 330–331, 339, 343, 347, 367, 385, 608, 610, 646–647, 649
- Oikeus elämään, hengen suoja
 - itsensä puolustaminen 379–380, 382–384, 408–409, 425–432, 447–449, 463–464
 - koulutus 391–392, 396, 398–400, 403, 416, 418–419, 423–424, 457, 459, 514–515
 - kriminalisointivelvoitteet 380, 429, 615, 763–765
 - kunnioittamisvelvollisuus 91–93, 108, 400, 643, 704, 764, 779
 - poliisioperaatioiden johto ja suunnittelu 389–395, 400–401, 432
 - positiivinen toimintavelvollisuus 91, 108, 340–341, 343–344, 353–354, 373, 380, 382–383, 386, 393–399, 404–405, 422, 435, 448–449, 763–765, 767–772, 776, 779–780
 - perustuslaissa 468–471
 - suojaamisvelvollisuus 91, 118, 358, 390–391, 393–394, 396–397, 418–419, 433, 435, 469–470, 763–765, 767–772, 776
 - takaamisvelvollisuus 107, 110, 143–145, 328, 345–346
 - voimankäytön sääntely 395–399, 401–402
- Oikeusasema 87, 98–100, 167, 169, 174, 177–178, 183, 187–189, 284, 314–315, 358, 661, 668
- Oikeushyvien suojele(periaate) 23–24, 28, 56, 92, 114, 116–120, 122–124, 129, 135, 141–142, 149, 265, 275–276, 278, 286, 517, 521, 552, 554–557, 665, 736, 793–798, 838
- Oikeuslähdeoppi 4, 6–7, 22, 41–61, 65–67, 69, 74, 77–83, 197–200, 371, 862
 - kansainvälisoikeudelliset oikeuslähteet 325–366
- Oikeuslähdeperiaate 57, 59, 66, 71, 83
- Oikeusnormi 13–31
- Oikeusvertailu 26, 49, 52–53, 200, 340, 343–345, 355
- Optimointikäsky 15–17, 22–24, 66, 83, 317
- Pakkotila 269–274, 277–280, 651–673
 - liioittelu pakkotilassa 727–729
 - pakottava vaara 277–280, 651–652, 654–655, 729
 - suojattavat intressit 278–280, 652–653, 655–656, 658
- Patukka 454, 458, 481, 514, 516–517, 527–528, 547–548, 672, 750–751, 823, 855
- Periaatevaikutus 23, 26–27, 30, 66, 73, 75, 361, 751
- Perusoikeuksien rajoittamisperusteet
 - henkilökohtainen turvallisuus 75, 92, 108–111, 114, 127–128, 766, 772
 - painava yhteiskunnallinen tarve 87, 107, 111–116, 119–120, 123, 130–131, 133–134, 138–140, 142, 148–149, 176, 321, 372, 543, 796–797
 - perusoikeuksien painoarvo 148–152
 - virkamiesaseman merkitys 138–139, 275, 860
 - välttämättömyysvaatimus 134, 140
 - ydinalueen koskemattomuus 62–63, 97, 119, 129–134, 140, 142, 149, 154, 366, 647, 776, 857–858
- Perusoikeuskollisio 7, 39–40, 67–68, 144, 148–151, 349, 372, 652
- Perusoikeusmyönteinen systematisointi 79, 199
- Perusoikeusmyönteinen (lain)tulkinta 9, 63–70, 80, 88, 146, 149–151, 159, 341, 857
- Perusoikeusperiaate 58–59, 74, 78, 132
- Perustuslainmukainen laintulkinta 65–70, 80, 88, 105, 857
- Poliisikoira 423, 434, 480, 493, 508–509, 516, 527, 545, 547–548, 560, 589–593, 621
- Poliisin tehtävät 9, 106–107, 128, 138–139, 163, 175, 183, 194, 275, 297–298, 311, 364, 370, 677, 765, 772–775, 779

- yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitäminen 81, 105–110, 112, 114–116, 129, 141–142, 163, 168, 171–172, 188, 191, 266, 358, 498–499, 581, 672, 765, 773
- rikostorjunta 103, 115–116, 124–127, 129, 134, 136, 158, 176, 183, 223, 318–319, 350–352
- Punninta**
 - ihmisoikeusperiaatteet, ihmisoikeuksien minimisuoja 365, 376–378, 384, 392, 400, 407, 429–430, 443, 457, 462–464, 564
 - pakkotila 652–654, 656
 - periaatteiden punninta 19, 23–25, 28, 30–31, 58, 61, 66–68, 72–74, 77–78, 81, 112, 129–130
 - perusoikeudet ja rikosoikeus 118–120, 124–125, 192–193, 235
 - perusoikeuksien rajoittaminen 131–137, 139–142
 - perusoikeuksien välinen punninta 149–151
 - rikosprovokaatio 319–320
 - rikostorjunta 308, 317, 471
 - toimimiselvöllisyys 769, 771, 777, 865–866
 - voimakeinojen käyttö 486–487, 502, 507, 511, 543, 552, 554, 648, 659, 663–664, 650, 668, 702, 856–860
- Positivismi** 6, 19, 33, 35, 39–40, 42, 54, 61, 72, 121, 362, 368–369, 605, 644, 861
- Putatiivierohdys** 262, 268, 425, 428–429, 540, 559, 568, 573, 593, 600, 616, 655, 731–732, 812, 841–852, 864
- Ratkaisuperiaate** 57–59, 83
- Rikoksenteke-oikeus** 309, 311–312
- Rikosprovokaatio** 11, 287, 294, 298–302, 305–307, 311–312, 316–321, 344, 856–857
- Riskianalyysi** 136, 669
- Riskipotentiaali** 216–217, 665, 827, 838
- Riskiyyhteiskunta** 117
- Riittävä edellytys** 111, 288, 317
- Salainen tiedonhankinta** 125, 192, 298, 311, 352
- Sallittu riski** 207–209, 212–216, 220, 300, 319, 509, 624, 654, 662, 666–667, 670–671, 816–818, 822–823, 828, 855–857
- Selonottovelvollisuus** 240–241, 244–245, 261–267, 301, 313, 321, 411, 429, 732, 751, 825, 846, 864–865
 - luottamusperiaate 263–264, 585
- Seurausrikos** 212, 216, 220, 241
- Soft law**
 - oikeuslähteenä 26–27, 41, 105, 226, 360–363
 - poliisin voimankäyttöä koskeva soft law 190–191, 331–332, 354, 363–366, 396, 416, 429–435, 464, 466–467, 473, 479, 481, 515, 544, 547, 617–618, 620, 634, 678, 704–705, 736–737, 758
- Suhteellisuus**
 - perusoikeuksien yleisenä rajoitusedellytyksenä 118, 132, 134–138, 140–141, 374
 - yleisenä hallinto-oikeudellisenä periaatteena 5–6, 157, 176, 189–196, 318, 364, 499–500, 504, 520, 564, 701–704, 746–747, 783, 862
- Suojeluintressi** 56, 123, 232, 821
- Soveltamiserehdys, subsumptioerehdys** 246, 252, 262–268, 614, 841–842, 847–848, 851, 864
- Standardivaikutus** 26–29, 362, 671
- Subjekttiivinen näkemys** 425–429, 506, 510, 585, 609, 614, 663, 665, 669, 694–697, 730–734, 805–806, 832, 844–845, 847, 859, 863–864
- Suojaamisvelvoite, suojelemisvelvoite** 143–145, 147
- Systeemyhteys** 44–45, 78–80, 199
- Systematisointi** 6–7, 19, 24, 34, 37, 41–46, 49, 51, 54, 79, 149, 198–201, 209–210, 358
- Syyntakeeton** 18, 188, 204, 492, 553, 559, 596, 607–608, 652, 660
- Sääntelyvaraus** 471–473
- Sääntövaikutus** 23, 26–29, 66, 80
- Tahallisuus**
 - dolus determinatus 220, 623, 627, 739
 - dolus directus 623
 - dolus eventualis 380, 405, 623–626, 839, 849
 - mieltäminen 236, 623–624, 833

- olosuhdetahallisuus 236–254, 301, 696–697, 838, 845, 849–850
- seuraustahallisuus 238–240, 623
- tahtotahallisuus 238–239, 837–838
- Takaamisvelvoite 112, 143, 147
- Tapaturma 188, 211, 215, 374, 815, 839
- Tarkkailu 147, 169–171, 176, 183, 192–193, 278, 292, 299, 314, 520, 709–710
- Tavallisen mahdollisuuden testi 307–309, 317, 319–320
- Tehokkuusperiaate
 - EIT:n tulkintaperiaatteena 340–342, 383, 386, 404
 - hallinto-oikeudellisena periaatteena 81, 93, 97, 194, 196, 485–486, 507, 520, 568, 679, 704
- Tekijän huolimattomuus 214, 217–218, 815, 824–831
- Tekninen katselu, tekninen kuuntelu 176, 247–248
- Tekorikos 212–213, 820
- Telekuuntelu 97, 124–125, 136, 183, 247, 309–310, 314–315
- Teleologinen argumentointi / tulkinta 45, 47, 55–57, 61, 67, 78–79, 127, 209, 217, 228, 230–232, 234, 260, 317, 340, 345, 355, 736, 821
- Teon (objektiivinen) huolimattomuus 119, 203–213, 217–218, 220, 223, 227, 277, 611, 624, 694, 817–818, 820–822, 824, 829, 848, 856
- ennalta-arvattavuus 211–212, 215, 528, 532, 578, 670, 830, 838
- erityistietojen ja -taitojen merkitys 217–218, 313
- huolellisuusstandardi 207, 211, 822
- huolimaton voimankäyttö 816–818
- tekijäkohtainen huolellisuusvelvoite 213–214, 218, 313, 611
- Tietolähde(toiminta) 183, 301, 308, 311, 314–316, 766–767, 770
- Todistajansuojelu 758, 780
- Todisteprovokaatio 294, 299–300, 314
- Toimimisvelvollisuus, toimivellisuus 185–187, 244, 266–267, 449, 492, 534, 650, 744–745, 753–756, 768, 775, 778–780, 787, 789, 859, 865–866
- Toimivalta, toimivaltuus 171–189
- primääritoimivalta 101, 129, 137, 173–174, 177–179, 221, 281, 490, 494, 498, 505, 507, 513, 521, 543, 562, 775, 780, 855
- sekundääritoimivalta 101, 173–174, 177–179, 221, 281, 384–385, 489–490, 505, 543, 562, 772, 780, 855
- tavanomainen oikeus toimivallan lähteenä 163–171, 183, 187, 486, 702
- yleistoimivalta, yleisvaltuus 9, 109–110, 163–171, 174, 179, 182–183, 185, 274–275, 284, 543, 643, 650, 718, 786, 800–801
- Tulkinnan standardi 59, 857
- Tulkintaperiaate 20, 57–59, 83, 133, 209, 340–342, 345, 371, 385–386, 404–405, 768
- Tulkintavaikutus 23, 26–27, 66, 133, 147, 150–152, 349, 356, 372
- Tunnusmerkistöerehdys 204, 236–256, 259–260, 263, 265–266, 301, 842–843, 845
- Tunnusmerkistön mukaisuus 201–228, 254, 268, 762, 813, 815, 839, 842
- hätävarjeluun oikeuttava teko 559, 568–569
- teleologinen tulkinta 56, 250, 271
- toimivalta 247–248, 280, 284–285, 294, 309–311, 314, 316, 850, 855–856
- vaaran vähentäminen 666
- virkarikosvastuu 783–784
- voimakeinojen käyttö 477, 817, 836
- Tunnusmerkistötekijät 56, 210, 241, 245–249, 252, 254, 297, 742, 842
- Tuomarivaltiokehitys 59, 71–77
- Turvaamisvelvoite 70–72, 74, 89, 91–93, 96, 108, 110, 120, 122, 143–145, 147, 154–155, 328, 370, 470–471, 648, 735, 779, 796–797
- Työturvallisuus 185, 192, 213, 544, 546, 578, 665, 667, 702, 704–705, 776–781, 865–866
- pidättäytymisoikeus 777, 780
- Ultima ratio 120, 135, 750, 794
- Vaara 663–665
- sivullisten vaarantaminen voimakeinoja käytettäessä 667–671, 823
- vaaran vähentäminen 666–668, 671, 821

- vähäinen vaaran korottaminen 667, 820
- Vastarinta 479–480, 489–499, 504, 506–507, 511–512, 514, 521–523, 527–529, 534–536, 538, 543, 628, 684–685, 693, 702, 726–727, 750–751, 858
- Virka-aseman väärinkäyttäminen 234, 244, 285, 737–740, 799
- Virkavastuu
 - perusteet 735–737
 - virkavastuu hätävarjelutilanteissa 790–812
- Virkavelvollisuuksien rikkominen 740–753
 - ohjeet 745–746
 - periaatteet 746–747
 - säännökset ja määräykset 745–748, 784
 - tuottamuksellinen virkavelvollisuuksien rikkominen 212, 233–234, 250, 267, 285, 301, 313, 320, 742–743, 747, 751–753, 760, 800, 820, 824, 849
 - virkatehtävän suorittaminen 741–745, 782–784
 - vähäisyys 748–751
- Voimakeino
 - fyysinen / ruumiillinen voimakeino 480–481
 - määritelmä 479–482
 - sotilaallinen voimakeino 641–642
- Voimakeinojen käyttö
 - pakeneva henkilö 278, 411–413, 432, 480, 498, 504, 509–510, 525–526, 529, 533, 540–541, 545, 548–549, 619
 - sotilaallinen voimankäyttö 110, 473, 637–650, 719, 778
 - tahallinen surmaaminen 429, 571, 605, 623–638, 677, 693
 - varoittaminen 409, 434–435, 480, 519, 524, 529, 547–548, 680, 698, 700–701, 708, 732, 823
 - varoituslaukaus 219, 397, 407, 410–411, 414, 454, 524, 529, 531, 540, 549, 586, 595, 629, 680, 701, 705, 732, 808, 811, 840
 - velvollisuus voimakeinojen käyttöön 775–781
 - virkatehtävän suorittaminen 490–491
 - voimakeinojen käytön liioittelu 722–727
- Vähimmän haitan periaate 194–196, 506, 620, 701
- Välttämätön edellytys 288, 317, 320, 490–491, 736
- Yhteiskuntapolitiikka 20–21, 140, 649, 796
- Yksilövalitus(järjestelmä) 53, 332, 334–335, 354
- Yleinen oikeusperiaate 58–60, 199, 362
- Yleiset hallinto-oikeudelliset periaatteet
 - luottamuksensuojaperiaate 189
 - objektiviteettiperiaate 189–191, 193
 - tarkoitussidonnaisuuden periaate 101, 120, 141, 189–190, 192, 520, 747
 - yhdenvertaisuusperiaate 5–7, 44, 46, 73, 82, 99, 189–191, 378, 615, 620, 788, 793
- Yleispreventio 197, 254, 401, 552, 793, 798, 801–802
- Yleistettävyysteesi 21–22, 57–58
- Yllytyksen kielto, yllyttämisen kielto 286–322

Oikeudellisena ilmiönä poliisin voimankäyttö sijoittuu useiden eri oikeudenalojen solmukohtaan. Poliisioikeudellinen toimivalta voimakeinojen käyttöön kietoutuu useissa tilanteissa rikosoikeudelliseen hätävarjelun. Kajotessaan keskeisimpiin yksilön oikeushyviin – ruumiilliseen koskemattomuuteen ja jopa henkeen – poliisin voimankäyttö on myös ilmeisen perusoikeusherkkää viranomaistoimintaa. Tässä teoksessa luodaan kokonaiskuva poliisin oikeudesta voimankäyttöön ja esitetään aihetta koskevia sääntely- ja tulkintasuosituksia.

Teoksessa pyritään selvittämään erityisesti sitä, missä kulkevat sallitun voimankäytön uloimmat rajat, joiden puitteissa voidaan tehdä valintoja eri toimintamallien välillä. Lisäksi arvioidaan sitä, missä tilanteissa oikeudenvastaisesta voimankäytöstä tulee langettaa rikosoikeudellinen seuraamus ja miten erityyppisiä erehdyksiä tulee rikosvastuun rajoja määritettäessä arvioida. Teoksessa on otettu huomioon vuoden 2014 alussa voimaan tulevien poliisin toimivaltasääntelyyn kohdistuvien lakimuutosten vaikutukset. Kotimaisen oikeustieteellisen kirjallisuuden sekä korkeimman oikeuden ja hovioikeuksien ratkaisujen lisäksi tutkimuksessa on tukeuduttu laajalti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöön sekä ulkomaiseen aihetta koskevaan kirjallisuuteen.

Tutkimuksen mukaan kotimaisessa sääntelyssä ja käytänteissä ei ole perus- ja ihmisoikeuksia uhkaavia heikkouksia. Yksittäisen kansalaisen perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta poliisin voimankäyttö on Suomessa hyvin säänneltyä, hyvin johdettua ja hyvin toteutettua. Erityisen selkeästi tämä tulee esille poliisin aseiden käytön osalta, joka on korkeatasoista jopa muihin Pohjoismaihin verrattuna. Tutkimuksen perusteella keskeisimmät lainsäädännön kehittämistarpeet liittyvät sivullisten oikeusaseman tarkempaan sääntelyyn sekä hätävarjelen ja voimakeinojen käytön välisen suhteen selkiyttämiseen.

