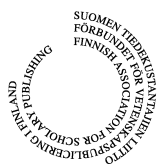

Toim. Kimmo Nuotio – Esko Yli-Hemminki

Kotimaisen rikosoikeustieteen tila ja tulevaisuus



Suomen tiedekustantajien liitto
on tukenut kirjan julkaisua
Kopioisto-apurahalla.

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

Kannen suunnittelu: Elina Malmi

Taitto: Taittopalvelu Yliveto Oy

ISSN 1458-0446 (painettu)

ISSN 2954-1832 (verkkojulkaisu)

ISBN 978-951-855-694-0 (pehmeäkantinen)

ISBN 978-951-855-695-7 (PDF)

Oy Nord Print Ab, Helsinki 2023

Riittääkö vaarasta kaikille? Luodin kimmoke Ruotsista

Mutta kun tuli ilta, menivät hänen opetuslapsensa hänen tykönsä ja sanoivat ”Tämä paikka on autio, ja päivä on jo pitkälle kulunut; laske siis kansa luotasi, että he menisivät kyliin ostamaan itsellensä ruokaa”. Mutta Jeesus sanoi heille. ”Ei teidän tarvitse mennä pois; antakaa te heille syödä”. He sanoivat hänelle: ”Meillä ei ole täällä muuta kuin viisi leipää ja kaksi kalaa”. Mutta hän sanoi: ”Tuokaa ne tänne minulle”. Ja hän käski kansan asettua ruohikkoon, otti ne viisi leipää ja kaksi kalaa, katsoi ylös taivaiseen ja siunasi, mursi ja antoi leivät opetuslapsillensa, ja opetuslapset antoivat kansalle. Ja kaikki söivät ja tulivat ravituiksi. Sitten he keräsivät jäänteiden palaset, kaksitoista täyttä vakallista., ja niitä, jotka aterioivat, oli noin viisituhatta miestä, paitsi naisia ja lapsia.

Evankeliumi Matteuksen mukaan 14:13–21

1 JOHDANTO

Tässä artikkelissa keskustellaan tietyistä aiheista, jotka liittyvät *vaaran* käsittelemiseen rikosoikeudessa ja rikosprosessioikeudessa. Tarkemmin sanottuna tehdään selkoa päätepestestä, joka sisältää konkreettisen kysymyksen, miten rikosoikeudellinen suhde, likipitään, voidaan, pitää tai saadaan nähdä *toisaalta* syytetyn asianomistajajoukkoon laukaisemien *pistoolin luotien* ja *toisaalta asianomistajien* lukumäärän kannalta – ei kovinkaan epätavallisessa tilanteessa, jossa luotien määrä on huomattavasti pienempi kuin asianomistajien määrä, mutta syyttäjä tästä huolimatta syyttää kaikkiin asianomistajiin kohdistetusta *murhan yrityksestä*. Ruotsin oikeuden mukaan langettavan tuomion edellytyksenä on murhan yrityksessä lähtökohtaisesti se, että joko yrityksen alkupisteessä tai myöhemmin käsillä oli *konkreettinen vaara* rikoksen täyttymisestä.²

¹ Kiitän Dan Frändeä ja Marie Kagrelliä arvokkaista näkökohdista ja Markus Wahlbergia tekstin ruotsista suomentamisesta.

² Tässä sovellettavassa BrB 23:1:n mukaisessa yleisessä yrityssäännöksessä on myös

Siis miten voidaan, pitää tai saadaan sellaisella tavalla formuloitu vaatimus vaarasta suhteuttaa juuri kuvatuslaiseen tilanteeseen? Tuotetaanko sellaisessa tilanteessa vain tietty rajoitettu – ja määritetty – määrä kuolemanvaaraa (minkä pitäisi järkevästi ajatellen merkitä esimerkiksi sitä, ettei vastuu voi toteutua useammasta murhan yrityksestä kuin tilanteessa laukaistiin luoteja) tai voidaanko vaara, ehkäpä sen sukuisesti kuin tapahtui kalastajien ja leivän yhteydessä edellä olevassa aloitussitaatissa, saada karttumaan siten, että sen voi mukauttaa asianomistajien lukumäärän mukaan? Vieläpä niin, että tuomioistuimien äärimmäisellä johdonmukaisuudella voisi saada aina vaaran riittämään juuri niin monelle asianomistajalle kuin heitä syytteen mukaan on? Miltä siis näyttää rikosoikeudellisen vaaran ”hahmo”? Ja pitääkö meidän (ja saammeko niin tehdä) – sillä kyse ei ole keistään muista kuin meistä, ihmisistä, jotka hallitsevat tätä – hahmottaa vaara, konstruoida se, ja mistä oletuksista ja muista rikosoikeutta ja sen roolia koskevista lähtökohdista?

Edellä mainitun luoteja koskevan esimerkin, joka on peräisin melko uudesta ruotsalaisesta alioikeustapauksesta, lisäksi noston esiin myös joitakin muita esimerkkejä. Ne ovat osin todellisia (tiettyjä rajoitettuja näkökulmia saadaan Tukholman Drottningsgatanilla tehdystä terrorisimirikoksesta), osin fiktiivisiä, lähinnä tuomioistuinkieltä (mikä suo mahdollisuuden viedä asiat päätökseensä niin, ettei jäädä epäselvän mutinan asteelle, kuten *että yhteisen arvioinnin mukaan...*) koskevia esimerkkejä.

Tulemme huomaamaan, tai tulen pikemminkin vähitellen argumentoimaan sen puolesta, että vastaus kysymykseen, miten rikosoikeudellinen vaara tulee hahmottaa, tosiasiaa vain vähän koskee juuri *vaaran* ja *vaaran* arvioinnin olemusta ja ehtoja sinänsä. Sen sijaan minun mielestäni kysymys, kun olemme onnistuneet sijoittamaan problematiikan ja keskustelun oikealle paikalle eli oikealle ”askelmalle” rikosoikeuden rakennelmassa, on vain siitä, että juuri vaaran käsitteeseen sovelletaan sitä, mikä muutoin täytyisi hyväksyä yleisiksi, paljon perustavammiksi lähtökohdiksi rikosoikeudesta ja rikosprosessioikeudesta. Katson, että tämänkaltaisessa tilanteessa on yksinkertaisesti luovuttu – ehkä unohtaen, ehkä tarkoituksellisesti taikka näiden kombinaationa – perustavien rikosoikeudellisten ja rikosprosessioikeudellisten sääntöjen huomioon ottamisesta.

vaihtoehto, että vaara sulkeutui pois mutta ”satunnaisten olosuhteiden vuoksi”. Tämän jälkimmäisen tutkimisella on yhtäläisyyksiä abstraktin vaaran kanssa. Ks. jäljempänä jakso 3 ja esim. NJA 1960, s. 522.

Jotta sanotun tyyppinen keskustelu voidaan toisaalta tuoda esille, toisaalta käydä parhaalla tavalla, on tarve käsitellä asiaa laajemminkin – lähinnä poisrajitteluun tarkoituksessa; siksi etenemme hitaasti. Saavut-taaksemme vähitellen jo muotoillun loppukysymyksen – miten menetellä harvojen luotien ja monien asianomistajien tapauksessa – tarvitaan ensin kunnon kierros.

Siten jaksossa 2 vaaraa käsitellään yleisemmällä tavalla, arkipäiväisesti ja joka tapauksessa muussa kuin rikosoikeudellisessa merkityksessä. Jak-sossa 3 vaaraa käsitellään nimenomaan rikosoikeudessa, mutta tässä on huomattava, että esitys pidetään melko lyhyenä; tila ei riitä kuin perus-taan. Jaksossa 4 selvitetään lyhyesti mainittua ruotsalaista alioikeusta-pausta. Jaksossa 5 käydään yleisempi keskustelu ongelmista, joihin sellai-nen tapaus viittaa, käsitellään muita esimerkkejä edeltävän mukaisesti ja ehdotetaan, miten problematiikka voidaan ja minun mielestäni faktisesti pitää ratkaista. Jaksossa 6 esitetään joitakin päättäviä reflektioita.

Haluan myös tässä kiittää saamastani mahdollisuudesta myötävaikuttaa tämän muistokirjan tekemiseen. Kysymys ei ole vain rikosoikeudellisesta vaarasta, jonka yhteydessä on tarve erilaisiin mahdollisuusarviointeihin, joita käsitellään jäljempänä, vaan kysymys on myös elämästä yleisesti ot-taen. Ja kanssakäyminen Ari-Matin kanssa sai ymmärtämään, että käytän-nöllisesti katsoen melkein kaikki on mahdollisen rajoissa; ehkäpä kysymys on enemmänkin uskalluksesta sen ajattelemiseen ja uskalluksesta suuriin ajatuksiin. Ari-Matti teki, aivan omaan tapaansa, maailmasta suuremman. Hän oli tavallaan maagikko.

2 EPÄMÄÄRÄISIÄ JA EPÄMIELLYTTÄVIÄ OLIOTA. KÄSITETTÄVÄ JA KÄSITTÄMÄTÖN, KVANTIFIOITAVISSA OLEVA JA OLEMATON. JA VAARA.

Vaaraa luonnehtii perustava avoimuus ja muodottomuus. Mutta me emme tahdo avoimuutta, me suljemme siltä silmämme erilaisten järjestävien ak-tiviteettien avulla. Me tahdomme epätoivoisesti, että jonkun tulee vetää rajat, antaa nimet, järjestää maailmamme luokkiin.

Olli Lagerspetz

Askelmana rikosoikeudellista vaaraa lähestyttäessä haluan sanoa hieman enemmän vaarasta yleisesti. Tällöin on paikallaan aluksi huomauttaa, että monien muiden käsitteiden tapaan substantiivi *vaara* ilmenee tietynlaisena parihevosena adjektiivissa *vaarallinen* (*vaarallista*).³

Mutta yritäkäämme nyt hieman ajatella ”vaaraa” substantiivina eli tietynlaisena *objektina* tai oliona. Jo heti alusta alkaen yrityksemme yllä väijyy jotakin epämiellyttävää – uhkaavan merkityksessä. Perimmältään tämä epämiellyttävyys koskee *epämääräisyyttä*. Jäljempänä keskustelen mahdollisista spesifisemmistä syistä sellaisen epämiellyttävyyden syntymiselle, sillä valittavana on useampiakin mahdollisuuksia. Ensin käsitellään joitakin epämääräisyyden lähteitä, jotka *eivät*, kuten osoittautuu, liity tai meidän tapauksessamme paljoakaan liity vaararelaatioon. Mutta näin pääsemme niistä eroon.

Aloitamme siis näin. Riippuen siitä, miten haluamme jäsentää maailmaa, on erityyppisiä objekteja. Esimerkkinä voidaan esittää ero sellaisten objektien, joihin voidaan fyysisesti *tarttua*, ja objektien, joihin ei voida niin tarttua (englanniksi viimeksi mainituista käytetään ilmausta *intangible*), välillä. Vaaraan ei voi sinänsä fyysisesti tarttua, voimme todeta, ja jo tämä ehkä tekee vaarasta jonkin verran epämiellyttävää.⁴

Edelleen: tiettyjä objekteja, sekä niitä, joihin voi tarttua, että niitä, joihin ei voida tarttua, voidaan laskea ykkösillä, kakkosilla, kolmosilla ja niin edelleen. On kuitenkin syytä korostaa, *ettei* tämä jaottelu ja erottelu, mihin voidaan tarttua ja mihin ei, eivät täysin lankea yhteen. Siten voidaan laskea kaloja, leipiä ja jalkapalloja, mutta voidaan ainakin suurin piirtein – ainakin muodollisesti ja teoriassa – laskea yhtä hyvin vaikkapa erehdyksiä, historiankäsitteitä ja painajaisunia.

Mutta on myös *muunlaisia* objekteja, sekä sellaisia, joihin voi tarttua, ja niitä, joihin ei voi tarttua. Niiden laskeminen *ei* käy päinsä tavalla, jolla me laskemme esimerkiksi kaloja tai jalkapalloja, mutta joista kuitenkin ajattelemme, että niitä voidaan ajatella jonkinlaisena objektina. Englanniksi näitä nimitetään ilmaisulla *non-count nouns*.⁵ Suomen kielessä

³ Vrt. keskustelua teoksessa Claes Lernestedt, *Kriminalisering*. Justus 2003, s. 151 ss. koskien suhdetta sen välillä, että jokin on hyvä ja että se on ”(oikeus)hyvä”; ks. myös seikkaperäisemmin Claes Lernestedt, *Concepts as Property*, s. 73–84 teoksessa Claes Lernestedt, *Straffrättens karta och landskap*. Nordstedts 2013.

⁴ Järjestyksen ystävä ehkä väittäisi, että voisi aivan hyvin olla *vielä* epämiellyttävämpää, jos vaaraan *voisi* tarttua. Tämä voi olla hyvinkin totta.

⁵ Yleisesti non-count nouns -terminologiasta ja siihen liittyvästä ks. erit. Henry Laycocksin teoksia, kuten *Words Without Objects*, Oxford University Press 2006.

puhutaan jaollisista substantiiveista. Vaikka jotkin niistä sinänsä eli jossa-kin merkityksessä ovat *fyysisesti liikutettavia*, eivät ne alistu samanlaisen kvantifioinnin alaisuuteen, joka esimerkiksi koskee kärkeä, tuoleja tai leijonia. Jotta ne saataisiin antautumaan, tarvitaan sen sijaan, että tuodaan mukaan jotakin lisää, nimittäin *mittayksikkö* – useimmiten tarpeeton tuolien, pallojen, leijonien tai kalojen laskemiseksi – kuten esimerkiksi *kilo* (joka toimii tietyissä mutta ei kaikissa non-count nouns -yhteyksissä) tai *litra* (joka toimii tietyissä toisissa ryhmissä).

Tässä tulee huomata, että non-count noun -ryhmän eksklusiivisuus on niin sanotusti vain juuri niitä varten; monia fyysisesti tartuttavissa olevia objekteja, joita on mahdollista laskea ”tavalliseen” tapaan ilman ulkoisen mittayksikön apua, voidaan lisäksi *vaihtoehtoisesti* vähä vähältä ja useinkin johonkin erityistarkoitukseen kvantifioida jonkin mittayksikön tai joidenkin mittayksiköiden avulla. Verrata voidaan tässä yhteydessä *Koneen* ja muiden hissejä, joissa annetaan tavallisesti esimerkiksi painorajasuositus tietynlaisin kaksoiskvalifikaatioin: hissin kapasiteetin rajat ilmaistaan ilmauksilla *maksimi 500 kg* tai *8 henkilöä*.⁶ Juuri tässä yhteydessä on soveliaasta puhua ihmisistä 500 kilogrammana (mukaan lukien vaatteet ja kaikki muu, mitä ihmisellä on päällään ja mukanaan), mutta *lisäksi* on aina käytettävä lukuja *yksi, kaksi, kolme*. Sen sijaan non-count nouns -ryhmälle ovat ulkoiset mittayksiköt, tietynlaisten kinalosauvojen ominaisuudessa, ainoa mahdollisuus kvantifiointiin.

Ihmisille ylipäätään ja ehkäpä vielä hieman enemmän tutkijoille, jotka yleisesti ottaen kykenevät jäsentämään ja käsitteellistämään maailmaa⁷ – sisältäen myös suuressa määrin tarpeen sen eri aspektien *kvantifioimiseen* – käsillä on jotakin potentiaalisesti *olemassaoloa uhkaavaa non-count nounsien* käytössä siten, että ne *eivät* ole singulaarisia *eivätkä* pluraalisia, vaan sen sijaan jotakin kolmatta ja muuta. Niitä ei voida järjestää laskujärjestelmään muulla tavoin kuin kilon tai litran tapaisin kinalosauvoihin. Ja vaikka käytetään sellaisia mittamekanismeja ja objekti joka tapauksessa osittain lannistetaan, tällöinkään ei ole todella varmaa, että epämiellyttävyyden tunne, uhan tunne, katoaa. Rajanylittäjät ovat aina potentiaalisesti epämiellyttäviä. Jotakin ryhmässä ei voida lainkaan kvantifioida (”kilo pahuutta” toimii varsin huonosti)⁸, kun taas muuhun

⁶ Ks. esim. Jämförelse av hissar – Jämför våra olika hissmoeller. Kalea, <https://www.kalealifts.com/se/jamforelse-av-hissar/>.

⁷ Ks. esim. John Traulau, Vars sak på sin plats. Axess 2021.

⁸ Tästä seuraa, että yksikkö ”pahuus” ja monikko ”pahuudet” lienevät mahdottomuuksia. Vrt. asiayhteydestä esim. ”Konung Erik XIV:s den 1 maj utfärdade patent om högmålssa-

liittyy sellaisia määrittelyvaikeuksia, että vaikka kvantifiointi katsottaisiinkin jollain tapaa sinänsä teknisesti mahdolliseksi, pyrkimys sen sijaan kaatuu määrittelyongelmaan. Näin näyttää olevan esimerkiksi ”lian” osalta.⁹ Ja yhteenvedonomaaisesti asia näyttää siltä, että mikäli emme kykene ”laskemaan” jotakin tavallisella tavalla, tästä seuraa ainakin *tiettyä* epävarmuutta, *tiettyä* epämellyttävyyttä.

Mutta tässä ei ole kysymys liasta, pahasta tai jalkapalloista vaan objektista ”vaara”. Miten tulee mainituissa suhteissa – kuten olemme jo aikaisemmin todenneet – luonnehtia *toisaalta* sitä, ettei voida fyysisesti tarttua vaaraan, ja *toisaalta* sitä, että on kuitenkin mahdollista laskea se ilman kainalosauvoja (meidän ei tarvitse emmekä myöskään voi käyttää sellaisia termejä kuin *pieni vaara*)? Miltä näyttää olemisen eksplisiittinen ja implisiittinen säännöstö sen suhteen, että juuri *tätä* objektia voidaan ja saadaan (a) luonnehtia ja sen jälkeen (b) käyttää, esimerkiksi kertoa ja jakaa?

Jos edes faktisesti alamme ajatella vaaraa substantiivina abstraktisesti, päädymme suhteellisen pian lopputulokseen, ettei käsite vaara auta meitä paljoakaan, olipa kyse olemassa olevasta todellisuudesta tai rikosoikeudellisista kysymyksistä, joita (vähitellen!) lähennymme.

Käsite signaloi vain suunnilleen sitä, että jokin (esimerkiksi tilanne) on tilassa, jossa on epävarmaa, tuleeko jotakin negatiivista tapahtumaan. On siis mahdollista, että tapahtuu lisäksi jotakin, jota ajatellaan huonoksi, epätoivottavaksi. Tällaista huolta kuitenkin saattaa edelleen hiukan vähentää se, ettei ole kovin älyllistä laskea ”vaaroja” samaan tapaan kuin lasketaan palloja, siltoja tai kananpoikia. Se toimii sinänsä muodollisesti (muodollisestihan ”vaara” ei ole *non-count*), mutta toimivuudelle ei käy yhtä hyvin, kun tämä muodollisesti mahdollisen tulee ulkoistua ja tehdä vaikutus maailmaan.

Lisävaikeus syntyy – ja nyt palaamme aikaisemman mainittuun kytkentään substantiivin *vaara* ja adjektiivin *vaarallinen* välillä – koska vaaraa on faktisesti pidettävä *relationalisena* käsitteenä: se tulee suhteuttaa johonkin muuhun, jotta se saisi substanssin ja todella syntyisi. Ajatelkaamme sitä, mitä Lagerspetz sanoo ”liasta”. Tällöin adjektiivinen puoli tulee etusijalle.

ker”, jossa kuningas johdannoksi lausuu, että ”ondsken och argheten flux växer till sig och förmerar i världen”.

⁹ Kattavasti tästä Olli Lagerspetz, Smuts. En bok om världen, vårt hem. Symposion 2006, josta enemmän tuonnempana.

”Smuts är visserligen ett ämne, men inget specifikt ämne. Ett ämne räknas som smuts bara i och med att det står i kontakt med någonting som smutsas ner. Smutsighet är med andra ord en egenskap ungefär på samma sätt som väta är en egenskap. Det uppstår när två element sammanförs liksom väta uppstår i mötet mellan vatten och det som blir vått.”¹⁰

Tämä riittäköön ”vaarasta” ja sen parihevosesta ”vaarallisesta”: vaara on suhteessa yhteyteen, jos siis on vaara, niin on vaara *jostakin*, *että* jotakin (ja sitä paitsi jotakin periaatteessa epätoivottua) tulee tapahtumaan. Teosta tai tilanteesta tulee ”vaarallinen” nähtynä yhdessä sen kanssa, millaiseen – negatiiviseen – tulokseen se voisi johtaa ja millä edellytyksillä.

Jatkamme nyt eteenpäin seuraavalle asemalle: rikosoikeudellisiin arviointeihin, jotka tapahtuvat rikosoikeudellisissa puitteissa. Ja tällaisissa puitteissa esimerkiksi vaaralle on aina arvo-objekti.

3 RIKOSOIKEUS JA VAARA

Rikosoikeudellisessa yhteydessä tullaan edellisessä jaksossa luonnehdittu vaara joka tapauksessa *prima facie* sitomaan yhteen ja konkretisoimaan. Tämä tapahtuu ensinnäkin vaatimuksella, että ennen jokaista tässä annettua aktuaalista rangaistussäännöstä on täytynyt vallita vaara *jostakin tietystä* (jotakin tiettyä siis oli tapahtua, mutta niin ei käynyt). Tämä vaara on myös tutkittava ja mitattava *tiettyinä ajankohtana* (tai tietyllä aikajänteellä) tapahtumakulussa, joka on jo mennyt.

Toiseksi, kun vaara on sidottu rikosoikeusjärjestykseen, on kiteytynyt rikosoikeudellisen vaaran eri ”lajeja” tai ”tyyppejä”. Kuten aiemmin mainitsin, tässä artikkelissa käsitellään lähinnä murhan yritystä, johon sisältyy *konkreettisen vaaran* tunnusmerkistön toteutuminen. (Tämä ei ole ainutkertaista yritysvastuussa, vaan se esiintyy myös monissa muissa RiK:n säännöksissä.) Palaan yritykseen hieman jäljempänä; ensin sanotaan jotakin yleistä *toisaalta* rikoksen rakenteesta ja *toisaalta* erityisesti niin kutsutuista vaarantamisrikoskonstruktioista.¹¹

¹⁰ Lagerspetz 2006, s. 33.

¹¹ Tässä käsitelty perustuu muun muassa kirjoitukseen Claes Lernestedt, Brottsoffergröande och deliktkonstruktion, s. 21–79 teoksessa Simon Andersson – Katrin Lainpelto, Festskrift till Christian Diesen. Norstedts 2014, erit. s. 30 ss.

Jos ajattelemme, että olemassa olevat mahdolliset deliktikonstruktiot muodostavat jännevälin ja syyttäjän kyseisellä deliktikonstruktiolla tulee vahvistaa se, mikä jäsentää asiayhteyttä ja johtaa siihen, *yhdessä* ääripäässä on se, mitä voimme ajatella myös yhtenä äärimmäisyytenä, nimittäin se, mitä on tapana kutsua seurausrikokseksi (tai synonyymisesti tai ainakin miltei synonyymisesti vahinkorikokseksi). Seurausrikoksille ajatellaan olevan tunnusomaista, että syyttäjän on langettavissa tuomioissa kyettävä osoittamaan paitsi se, että syytetty on toiminut tietyllä tapaa ja tietyissä olosuhteissa, myös se, että syytetyn toiminnasta on syntynyt tietty seuraus, esimerkiksi jonkun kuolema. Jännevälin *toisessa* ääripäässä on se, mitä on tapana kutsua puhtaiksi *tekorikoksiksi*. Niissä riittää, että syyttäjä kykenee näyttämään, että syytetty on toiminut tietyllä tavalla: ei ole ilmaantunut seurausta tai vastaavaa, mikä pitäisi vahvistaa oman tunnusmerkistönään.

Puolivälissä ääripäiden välillä on se, mitä ajattelemme vaarakonstruktioidena. Tässä kysymys on lyhyesti sanottuna siitä, *ettei* ole tapahtunut jotain, joka kuitenkin *olisi voinut* tapahtua, ja että tämä on jossakin relevantissa merkityksessä eri ryhmien deliktikonstruktioiden relevanssin vaihdellessa – ja kun vielä otetaan huomioon eri *tulkinnat* siitä, mitä näillä eri merkityksillä on ymmärrettävä.¹²

Ruotsalaisessa oikeudessa tehdään ensin karkea jako *toisaalta* konkreettiseen vaaraan ja *toisaalta* abstraktiseen vaaraan¹³, jolloin konkreettisen vaaran vaatimus on se, kun lakitekstissä ilmaistaan vain ”vaara”, kun taas se, mikä voidaan jäsentää heterogeenisemmän abstraktisen vaaran sateenvarjon alle, voidaan ilmaista eri tavoin: tavallisin muotoilu on se, että jokin tietty ”on omiaan” johtamaan johonkin muuhun tiettyyn.¹⁴ Eräs mahdollinen tapa kuvata, mitä tällöin vaaditaan, on sanoa, että se, mitä on tehty, on ”kelvannut” aiheuttamaan jotakin tiettyä muuta. Vaihtoehtoisesta kuvauksesta ei tosin ole kovinkaan paljon apua.

Abstraktin vaaran tutkimisessa on kysymys, kuten asia on tapana ilmaista, siitä, että *abstrahoidaan* eli *jätetään huomioon ottamatta* konkreettisen tilanteen tietyt komponentit tietynlaisen *typisoidumman* tarkastelun

¹² Elegantista vaarantamisrikoskonstruktioiden käsittelystä ks. Dan Frände, Faredeliktens allmänna läror, Oikeustiede–Jurisprudencia. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja 1994, s. 5–105.

¹³ Tai Jareborgin mukaan ”delikteihin, jotka muuten vaativat mahdollisuusarviointia”, ks. Nils Jareborg, Allmän kriminalrätt. Iustus 2001, s. 180.

¹⁴ Seikkaperäisesti konstruktiosta ”on omiaan” ks. Lernestedt 2014. Ks. myös SOU 2016:7.

eduksi.¹⁵ Etummainen vaikeus tällaisissa arvioinneissa on tietää, tai jos on kysymys tuomioistuimesta, mistä ja missä määrin on esimerkiksi mahdollista, sallittua tai välttämätöntä yksittäistapauksessa abstrahoida. Väitän, että tällainen epävarmuus on myötävaikuttanut siihen, että ”on omiaan” -konstruktio on jatkuvasti saanut lisää suosiota Ruotsin lainsäätäjältä viime vuosikymmeninä: konstruktio suo tuomioistuimelle suuren liikkumavaran, mikä karkeasti ottaen lisää tuomioistuimen mahdollisuuksia yksittäistapausta tutkittaessa ohjata itsensä taidokkaasti toivottuun tulokseen kysymyksessä, oliko tunnusmerkistö täyttynyt vai ei ja voidaanko syytetty tuomita vai ei.

Kun sitten käännyimme konkreettiseksi vaaraksi kutsutun puoleen, tuntuu vapaus olemassa olevan työstämiseen pienemmältä: sen arvioiminen, onko konkreettinen vaara ollut käsillä, näyttää tiukemmin sidotulta tilanteeseen, jossa se faktisesti oli. Tutkijoiden keskuudessa vaikutusvaltaisessa oppikirjassa konkreettisen vaaran arvioinnin sanotaan sisältävän kaksi komponenttia: (1) oli eksistentiaalinen mahdollisuus, että seuraus syntyi, ja (2) oli myös tietty todennäköisyys sille (eli oli uskottavaa), että näin tapahtuisi.¹⁶

Tämä muotoilu ei saa kuitenkaan sinänsä avaamaan salaisia portteja vuoren sisään eikä edes kuvastumaan tai vielä vähemmän tervehtien avautumaan sinne. Muotoilu ei tarjoa lainkaan tai tarjoaa vain vähän johdatusta konkreettisen tapauksen arviointeihin eli kysymykseen, kuinka paljon faktista konkreettista tilannetta saadaan *muuttaa* tai vastaavasti täytyy *kunnioittaa annettuna* vaaran arvioinnissa. Ja voimme kyllä olla samaa mieltä siitä, että vapaudet, joita arvioija voi ottaa suhteessa konkreettiseen tilanteeseen niin kuin se oli, ovat suurempia ”on omiaan” -arvioinneissa kuin konkreettisen vaaran arvioinnissa. Nämä kummatkin muodot yleisesti ottaen kärsivät samoista vaikeuksista tai valitusta asiasta riippuen mahdollisuuksista: missä määrin on sallittua etäännyä todellisuudesta sellaisena kuin se oli faktisesti hahmottunut konkreettisesti tapauksessa?

Kun ensinnäkin on kyse konkreettisesta vaarasta – ja käyttäkäämme tässä esimerkkiä pistoolin luodista, joka ei osu ajateltuun uhriin, vaan kiihtää tämän ruumiin ohi (sellaiseen tulemme lopettamaan alempana) – tässä saamme ensin todeta, että tapahtumakulussa, joka faktisesti ilmaisi itseään, luoti ei osunut.

¹⁵ Ks. *ibid* s. 49 ss., lisäviittauksineen.

¹⁶ Ks. Jareborg 2001, s. 171; ks. myös NJA 2019, ss. 492 (Asp referenti) s. 8.

Kysymys, joka tulee nyt asettaa, on se, olisiko luoti kuitenkin *voinut* osua. Ja niin olisi tietysti aina voinut tapahtua, *jos...* Konkreettisen vaaran tutkimisessa saamme tehdä niin, että konstruoimme vaihtoehtoisen version tapahtuneelle, vaihtoehtoisen tapahtumakulun, jossa luoti ei mennyt potentiaalisen uhrin ohi vaan osui uhuriin. Ja kun tämä vaihtoehtoinen tapahtumakulku on konstruoitu, kysymykseksi tulee, olisivatko *muutokset*, jotka piti toteuttaa, jotta luoti tässä vaihtoehtoisessa tapahtumakulussa olisi faktisesti osuva, myös *sallittuja* muutoksia. Kuinka pitkälle saadaan mennä: kuinka paljon saadaan muuttaa konstruoidussa vaihtoehtoisessa maailmassa, ja mikä on päinvastoin katsottava järkkymättömäksi, sellaiseksi, mitä ei voida muuttaa?

Kun sen sijaan siirrytään abstrakteihin vaarantamisrikoksiin, vaatimukset esitetään hieman toisella tavalla, ja tämä ero on tietyissä suhteissa tärkeä: kyse ei ole siitä, mitä saadaan muuttaa, vaan siitä, mikä saadaan *jättää ottamatta huomioon* eli *abstrahoida* siinä tilanteessa kuin se oli. Voitaisiin ajatella, että se, mitä abstrakteissa vaarantamisrikoksissa käsketään, on ”perusta”, tai pinnallisemmin, katselija: kyse on siitä, mikä oli *yleisesti ottaen* vaarallista seurauksen syntymisen kannalta, tai ehkä niin, mikä oli ”kelvollista” samassa suhteessa. Mutta, ja tämän pääsiallisen näkökohdan tahdon tässä sanoa, yhtä hyvin konkreettisen kuin abstraktin vaaran tutkimisessa on epäselvää, kuinka paljon tilanteesta, sellaisena kuin se faktisesti hahmottui, on hyväksyttävä tai siitä voidaan ottaa etäisyyttä arvioinnissa. Tämä suo kummankin deliktimuodon arvioijalle, usein tietenkin tuomioistuimelle, hyviä mahdollisuuksia – minun näkemykseni mukaan *liian* hyviä mahdollisuuksia – itse valita, onko vaaravaatimus katsottava täytetyksi vai ei.

Sanoakseni jotakin yhteenvedonomaista, vertailevaa ja jotensakin täsmällistä kahdesta rikosoikeuden tuntemasta vaaran ”lajista” – konkreettisesti ja abstraktista vaarasta – voidaan todeta asian koskevan menettelytavallisesti *lajieroa* mutta *aste-eroa*, kun kysymys on tuloksesta. Konkreettisen vaaran tutkimisessa on kysymys siitä, että säilytetään tilanteen syvyys ominaisuuksiltaan mutta samalla *muutetaan* tiettyjä näistä ominaisuuksista. Sitä vastoin abstraktin vaaran tutkimisessa kysymys on siitä, että jätetään huomioon ottamatta eli abstrahoidaan tilanteen tietyt tunnusmerkit, ja se nähdään tietynlaisena ”perustarkasteluna”. Jos vaarat eroavat vain *menettelytavaltaan*, tulee *tulokseksi* vain aste-ero: abstraktin vaaran vaatimuksen suhteen on suurempi etäännyminen sallittua siitä, miten asiassa oli.

Jättäkäämme nyt kuitenkin yleisluonteisemmat erilaisia vaaroja koskevat ajatukset ja keskittäkäämme mielenkiinto *toisaalta* konkreettiseen

vaaraan ja *toisaalta* konkreettiseen vaaraan juuri murhan yritystä koskevassa syytteessä. Tällainen keskittäminen merkitsee – suuressa määrin – sitä, että jotakin on sanottava myös vaara-arvion *ajankohdasta*. Parametri lisänä edellä mainittuihin on seuraava: tulee esiintymään erilaisia tuloksia kysyttäessä, oliko vaara käsillä riippuen siitä ajankohdasta, joka valitaan tuon vaaran ”mittaamiseksi”. Katsokaamme ruotsalaista yleistä yritys-sääntelyä, joka relevantilta osin (BrB 23:1) kuuluu seuraavasti:

Jos joku on aloittanut tietyn rikoksen tekemisen ilman, että se on täyttynyt, hänet tulee niissä tapauksissa, joissa siitä on säädetty erityinen säännös, tuomita rikoksen yrityksestä sikäli kuin vaara on ollut käsillä, että teko johtaa rikoksen täyttymiseen tai sellainen vaara on sulkeutunut pois vain satunnaisten olosuhteiden perusteella.

Mikä siis pätee ajankohdan osalta: täytetyn rikoksen vaara on voitava vahvistaa yrityksen *alkupisteessä* (”kun tietyn rikoksen toteuttaminen on aloitettu”) vai *myöhemmin*? Se, että vaara on ollut käsillä aikaisemmin kuin yrityksen alkupisteessä, ei voi vaikuttaa asiaan. Sitä mahdollisuutta, että vaara on ollut käsillä yrityksen alkupisteessä mutta on sittemmin hävinnyt, käsitellään tuonnempana.

Jos nyt kuvittelemme syytteen murhan yrityksestä tapahtumakulussa, jossa on useita potentiaalisia uhreja, usein voidaan ajatella konkreettisen vaaran olevan käsillä suhteessa heihin, jos arviointi suhteessa kuhunkin heistä tehdään tapahtumakulun aikaisessa *vaiheessa* tai jos syytetty on esimerkiksi edennyt toiminnassaan hieman pitemmälle. Siihen on sisältynyt myös se, että joitakin toimintavalintoja on pitänyt tehdä niin, että tiettyjä mahdollisuuksia on suljettu pois, jolloin vaarasta ei muodostu enää yhtä kattavaa. Palaamme tähän seikkaperäisemmin jäljempänä: *jos* tietty luoti on jo laukaistu tiettyyn täsmälliseen suuntaan ja tarkoituksena on, että tämä tulee asettaa vaaranarvioinnin perusteeksi, *niin* tämä ei voi aiheuttaa yhtä laajaa ja kattavaa vaaraa kuin se, että ase olisi aikaisemmin tähdätty ja laukaistu juuri siihen suuntaan.

Tässä sanottu merkitsee sitä, että täytettyä rikosta (tässä: murhaa) koskevan konkreettisen vaaran arvioinnin lopputuloksen kannalta on monesti täysin ratkaisevaa, *minä ajankohtana määrätään, että arviointi tulee esittää*. Pääsäännöksi voidaan kyllä sanoa, että mitä aikaisemmaksi yrityksen alkupiste asetetaan – mitä aikaisemmin konkreettinen vaara saadaan mitata – sitä useamman asianomistajan vaara voi kattaa. Tämä merkitsee, että sen määrittäminen, mihin yrityksen alkupiste tulee yksittäistapauksessa asettaa, miten tuo alkupiste tulee konstruoida, on

tässä yhteydessä suuri mahtiteko. Asiaan ei useinkaan kiinnitetä tarpeeksi huomiota.

Juuri käsiteltävässä yhteydessä ja sen johdosta on mainittava myös BrB 23:3:n sääntely, joka koskee *yrityksestä* sekä valmistelusta ja salanhankkeesta *luopumista*. Mainituissa säännöksessä säädetään merkitykselliseltä osin (1 virke):

Vastuuta rikoksen yrityksestä, valmistelusta tai salanhankkeesta ei tuomita sille, joka on vapaaehtoisesti teon täytäntöönpanon lopettamalla tai muuten saanut aikaan sen, ettei teko täyty.

Tämä merkitsee sitä, että voidaan ajatella tilanne, jossa (1) vaara rikoksen (tässä: murhan) täyttymisestä ja sinänsä myös yrityksen alkupiste ovat kärsillä mutta (2) poistuvat sitten syytetyn oman valinnan ja toiminnan perusteella. Jos tällaisesta valinnasta on *toisaalta* johtunut, ettei rikos täyty, eli meidän tapauksessamme ei ole murhaa, ja *toisaalta* valinta on ollut vapaaehtoinen, yrityksestä ei tule tuomita rangaistusta: katsotaan, että on vapaaehtoisesti *luovuttu* yrityksestä.

Jos tällöin tiettyssä jutussa, jossa on useampi asianomistaja, yrityksen alkupiste on asetettu ajoissa yhteisesti suhteessa kaikkiin asianomistajiin, voitaneen sanoa, että rikosoikeuden rakennelmassa ”luopumisen” kuvio toimii reservinä, jota ei useinkaan tarvittaisi, *jos* yrityksen alkupiste olisi *toisaalta yksilöity* suhteessa kuhunkin asianomistajaan ja *toisaalta* myös asetettu riittävän myöhäiseksi suhteessa kuhunkin asianomistajaan.

4 RUOTSALAINEN ALIOIKEUSRATKAISU

Tässä kommentoidaan lyhyesti erästä ruotsalaista alioikeusratkaisua, joka ei edennyt korkeimpaan oikeuteen asti, vaikka puolustus sitä yritti, myös tämän kirjoittajan avustuksella.¹⁷ Jutussa X:ää syytettiin toisaalta murhasta ja toisaalta suuresta määrästä murhan yrityksiä tilanteessa, jossa X ja toinen tekijä olivat ampuneet pistooleilla kohti ryhmää, joka koostui melko monesta henkilöstä.¹⁸ X:n ja toisen henkilön laukaisemia luoteja oli huomattavasti vähemmän kuin niitä murhan yrityksiä, joista X:ää syytettiin.

¹⁷ Hovrätten för Västra Sverige dom 2022-07-08 B 6730-21.

¹⁸ Toinen ampuja jäi kokonaan identifioimatta.

Tuomioistuimet seurasivat syyttäjän linjaa: sekä kärjäoikeus että hovioikeus tuomitsivat X:n toisaalta murhasta ja toisaalta huomattavasti suuremmasta määrästä murhan yrityksiä kuin ylipäänsä jutussa ammuttiin luoteja. Hovioikeus meni tosiasiasa pitemmälle kuin kärjäoikeus viimeksi mainitussa suhteessa. Asiaan liittyi rikoskumppanuusproblematiikkaa, mutta jos nyt ohitamme sen, voidaan todeta, että asianomistajiin kohdistettujen/ammuttujen luotien määrä oli yhteensä 9.¹⁹ Näistä luodeista 4 osui siihen henkilöön, joka faktisesti kuoli, mistä siis X tuomittiin murhasta vastuullisena; ainakin 3 näistä luodeista pysähtyi kuolleen ruumiiseen.

X tuomittiin *lisäksi* kymmenestä murhan yrityksestä. Kaiken tämän X:n (ja tuntemattomaksi jääneen, väitetyn rikoskumppanin, joka myös oli paikalla) katsottiin saaneen aikaan yhteensä 9 luodilla, joista 4 osui ja 3 pysähtyi kuolleen ruumiiseen. Hovioikeus perusteli kannanottonsa muun muassa seuraavalla tavalla:

Hovioikeuden mainitsemassa yrityksen alkupisteessä yhteensä kymmenen asianomistajaa oli ampujien ampumalinjalla. Laukaus suunnattiin kaikkien asianomistajien aseisiin. Siksi käsillä oli selvä riski siitä, että tekijän tavoitteleva seuraus – kuolema – toteutuisi kaikkien asianomistajien kohdalla. Hovioikeus toteaa asiayhteydestä selviävän, että ampujilla oli riittävästi ammuksia kaikkien asianomistajien ampumiseksi.

Kaksi ruotsalaista tuomioistuinta oli siis sitä mieltä, että tämä oli järkevän harkinnan tulos. X, nuori mies, tuomittiin siksi lain ankarimpaan rangaistukseen eli elinkaudeksi vankeuteen.²⁰ Ja miten jokin muu rangaistus olisi voinut olla mahdollinen – X kun tuomittiin paitsi murhasta myös huomattavasta määrästä murhan yrityksiä?

¹⁹ Kärjäoikeus lausui kuitenkin – tavalla, jota mielestäni ei pidä ylipäänsä suvaita – että ”on selvitetty, että X oli ampunut *vähintään kuusi* laukausta ja että hänen kumppaninsa oli ampunut *vähintään kolme* laukausta” (kursivoinnit artikkelin kirjoittajan). Tämä ilmaisu-tapa muodostui – yhdessä sen kanssa, mitä hovioikeus ilmoittaa jäljempänä leipätekstissä – tietynlaiseksi mahdolliseksi legitimaatioksi langettavalle vastuulle siksi, että murhan yrityksiä oli ollut suuri määrä. Se, että joku on *voinut* ampua useita laukauksia, on, jollei tätä näytetä toteen, suorastaan vihjailevaa, eikä sillä ole mitään tekemistä rikosoikeudenkäynnin kanssa. Ja se, että joku olisi *voinut* ampua useita laukauksia siinä mielessä, että hänellä oli enemmän panoksia kuin laukauksia ammuttiin, on vielä kehnompaa: nythän mitään sel-laista ei *tehty*.

²⁰ Jos vastuu olisi ollut ”vain” murhasta, olisi voinut – eräisiin lieventäviin olosuhteisiin vedoten – olla mahdollista määrätä määräaikainen rangaistus.

5 RATKAISUJA JA SUOSITUKSIA. MISTÄ KOKONAISUUDESSA MIELESTÄNI ON KYSYMYS

Problematiikka, joka aktualisoitui ruotsalaisessa ratkaisussa, on tuskin kovinkaan epätavallinen.²¹ Tämä luo (riippuen siitä, kuinka salaliitto-orientoitunut on) melko kummallisen tunteen siitä, ettei problematiikkaa ole tyydyttävästi käsitelty. Mutta yrittäkäämme nyt sitä käsitellä. Mainitsen tässä vain, ettei käsittely faktisesti vaadi kovinkaan paljon tilaa.

Ensimmäinen väitteeni kuuluu: Syytteessä, joka lähtee siitä, että tietty määrä henkilöitä on saatettu murhan yrityksen alaiseksi ampuma-aseen luodeilla, tulee käytettyjen *luotien määrä* suhteuttaa eri tavoin niiden *henkilöiden*, jotka oli tarkoitettu saattaa hengenvaaraan ammuttujen luotien vuoksi, määrään. Kuinka monta henkilöä esimerkiksi *yhdellä* luodilla voidaan asettaa relevanttiin vaaraan? Problematiikan havainnollistamiseksi – ja mahdollisen partaan mumisemisen välttämiseksi – otan esimerkin parilla muunnoksella. Oletamme, sekä havainnollistamiseksi että (sen myötä) tämän komponentin poissulkemiseksi, että *A:lla on tahallisuus*: A tahtoo *tappaa kaikki*. Seuraavat esimerkit:

- I: A on tilassa, jossa on 40 henkilöä. A tahtoo tappaa heidät kaikki. Aseena A:lla on pistooli ja luoti. A ampuu umpimähkään yhden luodin tilaan sisälle. Luoti ei osu keneenkään. Syyttäjä syyttää A:ta 40:stä murhan yrityksestä. Miten tuomioistuimen tulee käsitellä asia?
- II: Sama skenaario kuin I:ssä, mutta A:n luoti osuu tiettyyn henkilöön (sanokaamme C:hen) ja tappaa tämän henkilön. Syyttäjä syyttää A:ta 1 murhasta ja 39:stä murhan yrityksestä. Miten tuomioistuimen tulee käsitellä tätä?

Mielestäni on ilmeistä, että on kohtuutonta tuomita A 40:stä murhan yrityksestä. Yhtä ilmeisen kohtuutonta on tuomita A yhdestä murhasta ja 39:stä murhan yrityksestä.

²¹ Paljon huomiota herättäneessä suomalaisessa tapauksessa (usein Porvoon ampumatapauskeksi kutsutussa) kahta veljestä syytettiin joukosta hyvin vakavia rikoksia. Itä-Uudenmaan käräjäoikeuden tuomiossa (6.11.2020, R 20/3629) veljekset tuomittiin lainvoimaisesti muun muassa 9:stä murhan yrityksestä. Katsottiin näytetyksi, että he yrittäessään paeta poliisia olivat laukaissseet 5 laukausta takaa-ajoon osallistunutta kahta poliisiautoa kohti. Laukauksista 3 osui poliisiautoihin aiheuttamatta kuitenkaan kenellekään vahinkoa. Autoissa oli yhteensä 6 poliisimiestä. Myöhemmin samassa takaa-ajotilanteessa ammuttiin kaksi laukausta kohti poliisiautoja, joissa oli 3 poliisimiestä. Yksi laukaus osui auton takapeiliin, muut menivät ohitse.

Ei ole kuitenkaan ehkä yhtä ilmeistä, *miksi* tämä on kohtuutonta, etenkin jos ei katsota ylöspäin. Jos ei katsota ylöspäin, tehdään kaksiaskelinen operaatio seuraavasti:

(1) Ensin asetetaan yrityksen alkupiste (jota aikaisemmin luonnehdin asiasyhteyden kätkeytyksi vallanpitäjäksi) niin varhaiseen tapahtumakulun vaiheeseen, ettei ole ehtinyt tapahtua mitään sellaista, mikä sulkee pois vaaran suhteessa *johonkuhun* monista asianomistajista.

(2) Sen jälkeen tehdään vaara-arviointi suhteessa *kuhunkin* asianomistajaan, *yksittäisesti*, ilman että yhtälöön otetaan mukaan se fakta, että paikalla oli *toisaalta* joukko muita asianomistajia ja toisaalta rajoitettu määrä luoteja – minun fiktiivisessä esimerkissäni on vain yksi. Tällöin käsillä on yksi asianomistaja, yksi luoti ja käsittelyprosessin tila, jossa ei ole vielä syystä tai toisesta suljettu pois sitä, että voidaan osua asianomistajaan.

Sen jälkeen tehdään sama identtinen harkinta *yksitellen kunkin* asianomistajan tapauksessa peräjälkeen, mutta niin, että harkinta koskee tätä yhtä asianomistajaa (poissulkien muut), ainoaa luotia ja aikaisin asetettua yrityksen alkupistettä. Tällä tavoin käy teknisesti mahdolliseksi tuomita yhdellä luodilla tehdystä 39:stä tai 40:stä murhan yrityksestä. *Jos* tapahtumankulussa on ollut jokin ajankohta, jolloin luoti on voinut osua keneen tahansa 40 asiaomistajasta, *niin* käsillä on ollut – joka tapauksessa jossa-kin merkityksessä – relevantti vaara täytetystä murhasta suhteessa keneen tahansa. Eikä merkitystä ole sillä, oliko kyseessä ollut 69 asianomistajaa tai 200 asianomistajaa: kuvattu konstruktio mahdollistaa sen, että vaara voi riittää aina. Tässä tapahtuu ratkaiseva liukuma käsitteestä ”kukin” käsitteeseen ”kaikki yhtä aikaa”.

Ja juuri tämä liukuma, minun mielestäni on sanottava, on ristiriidassa tosiasiaassa kaiken sen kanssa, minkä puolesta rikosoikeuden sanotaan normaalisti ja muuten seisovan. On kaksi tapaa, joilla tuomioistuim voi valita tarkasteltavakseen tässä kosketellun kaltaisia tilanteita.

Joko niin, että tuomioistuim sallii itsellensä tarkastella tilannetta suhteessa kuhunkin yksittäiseen asianomistajaan kerrallaan, tai erillistettynä, erikseen ja *ottamatta huomioon*, että tilanteessa on myös muita asianomistajia. Kullekin yksittäiselle asianomistajalle annetaan tällöin kuvitteellisesti, voisi asian ehkä ilmaista, pääsy ”koko” vaaraan (tai joka tapauksessa niin paljoon kuin tarvitaan langettavaan tuomioon).

Tai niin, että tuomioistuimen lähtökohta on se, että tilanteen tarkastelun täytyy faktisesti tapahtua sellaisena kuin se *kokonaisuutena* oli, mukaan lukien tällöin se, että käsillä oli 1 luoti ja 40 henkilöä (ei 1 henkilö). Ja

tässä tapauksessa, ja erotettuna siitä, mikä koski kalastajia ja leipää, vaara ei riitä kaikille. *Ei voi olla vaaraa* täytetystä murhasta kaikille asianomistajille yhtä aikaa; sellainen *ei käy laatuun*.

Jos nostamme katseemme, ainoa lähtökohta ja sen myötä ratkaisu, jonka rikosoikeusjärjestys yleisellä tasolla sietää, on se, mikä ilmaistaan jälkimmäisessä vaihtoehdossa: vaikka siis jokainen murhan yritys olisi voinut onnistua, jos se olisi kohotettu kontekstistaan ja tutkittu erillisinä, ei tämä ole mielenkiintoista. Nimittäin kaikki yritykset, jos niitä tarkastellaan yhdessä tilanteessa sellaisena kuin se faktisesti oli, eivät koskaan olisi voineet onnistua samanaikaisesti. Tämä on mielestäni asian ydin.

Ja tämä ydin ei käy ilmi jostakin yritystä koskevasta opista eikä myöskään jostakin vaaraa koskevasta doktriinista (tässä konkreettisesta sellaisesta), vaan se käy ilmi lähes automaattisesti perustavien yleisten rikosoikeudellisten ja rikosprosessioikeudellisten lähtökohtien soveltamisesta nyt käsillä olevaan problematiikkaan.

Huolimatta kysymyksestä, miten problematiikkaa tulee käsitellä – *joko* vastaamalla niin, että valitaan *tosiasioita* koskevien eri mahdollisuuksien tarkastelun välillä, *tai* vastaamalla niin, että valitaan *oikeudellisen sääntelyn* eri mahdollisuuksien tarkastelun välillä (joka tässä olisi BrB 23:1) – rikosoikeudellisen harkinnan lopputuloksen täytyy olla sama. Viime kädessä *koko* konteksti, tässä merkityksessä toiset asianomistajat, otetaan huomioon arvioitaessa suhdetta *kuhunkin yksittäiseen asianomistajaan*.

(a) Jos problematiikka muotoillaan siten, että se koskee eri tapoja tarkastella *tosiasiallista*, tämä koskee tietenkin (mikä muotoillaan *in dubio pro reoksi*) sitä, että syytetylle suosiollisimman tulkinnan tulee päteä. Tässä se siis tarkoittaa sitä, että tilannetta tulee tarkastella juuri niin kuin se faktisesti oli kokonaisuudessaan.

(b) Jos sen sijaan problematiikka muotoillaan siten, että se koskee erilaisia *oikeudellisia* tulkintamahdollisuuksia (tässä BrB 23:1), voimassa on tietysti (mikä muotoillaan *in dubio pro mitiuksena*) se, että syytetylle edullisimman tulkinnan tulee päteä. Siten tässäkin tilannetta tulee tarkastella sellaisena kuin se tosiasiallisesti oli kokonaisuutena. Ja pääsisältönä summa summarum on tällöin:

Ei käy laatuun eikä saa käydä niin, että tehtäisiin 40 murhan yritys-tä yhdellä luodilla, ja periaatteessa käy yhtä vähän laatuun (esimerkiksi) 10 murhan yrityksen tekeminen 4 luodilla. Jos tuomioistuin kuitenkin tuomitsee sellaisella tavalla, se syyllistyy *toisaalta* kiellettyyn

kaksoislaskemiseen, toisaalta ilmeisellä tavalla yllä mainittujen periaatteiden rikkomiseen.²²

Se, mitä tässä yhteydessä on syytä jonkin verran liittää yhteen edellisen kanssa, on kysymys, olisiko tuomioistuimen sallittua *asettaa yrityksen alkupiste* tapahtumakulussa, jossa on monta asianomistajaa, aikaisessa vaiheessa ja näin sallia vaaran arvioinnin alkavan aikaisin suhteessa jokaiseen asianomistajaan. Tällöin tulee ottaa huomioon myös yrityksestä *luopumista* koskeva sääntely. Kuvaavana esimerkkinä käy Tukholmassa Drottningsgatanilla tehty terrorismirikos.²³

Käräjäoikeus, josta tuli jutun viimeinen oikeusaste, asetti yrityksen alkupisteen kaikkia asianomistajia kohtaan Drottningsgatanilla poikkeuksellisen (ja virheellisen) aikaiseen vaiheeseen: jo ennen kuin tekijä (jatkossa A) oli edes kääntynyt Drottningsgatanille ja näin ollen lähinnä minuutteja ennen kuin A saavutti ajomatkinsa pään kadulla. Aikaisessa vaiheessa oli, voidaan sanoa, vaara kullekin asianomistajalle.

Mutta tuolloin syntyi ainakin yksi tilanne, jolloin A:n tarvitsi valita tie. Kappaleen matkaa Drottningsgatanilla oli sijoitettu keskelle katua penkkejä istujia varten. Tämä merkitsi, että A:n oli määritettävä, ajaisiko hän kuorma-autonsa penkeistä vasemmalle vai oikealle. Jos hän valitsisi ajon vasemmalle, tämä tulisi, oikealla säännösten soveltamisella, katsoa merkitsevän, että hän faktisesti relevantilla tavalla valitsisi pois ne asianomistajat, jotka olivat oikealla. Tämä poisvalinta täytyisi myös katsoa BrB 23:3:n mukaiseksi vapaaehtoiseksi luopumiseksi suhteessa niihin asianomistajiin, jotka olivat oikealla puolella eli sillä puolella, jonka A oli aktiivisesti valinnut pois. Johtopäätös saattaa tuntua epäsovelialta tai ehkä jopa vastenmieliseltä, mutta jotakin tällaista täytyy kuitenkin voida mahdollistaa toimivaan ja oikeusvarmaan rikosoikeusjärjestykseen.

²² Ja pitää lisätä: problematiikka jää jäljelle, vaikka konkreettisen vaaran sijasta tilanne harkitaan niin, että sellainen vaara on sulkeutunut pois satunnaisten olosuhteiden perusteella.

²³ Stockholms tingsrätt dom 2018-06-07 nr B 4708.

6 PÄÄTÖS. ONKO TÄMÄNTYYPPISISSÄ TAPAUKSISSA PERUSPERIAATETTA, ETTÄ ON VALITTAVA SYYTTÄJÄLLE JOKA TILANTEESSA SUOSIOLLISIN TULKINTA?

6.1 Erityistä. Yhden liittäminen toiseen

Käsittelyn ruotsalaisen alioikeustapauksen lopputuloksen tarkastelu, yhtä hyvin käräjäoikeudessa kuin hovioikeudessa, ei voi mielestäni johtaa muuhun johtopäätökseen kuin siihen, että tuomioistuimet ovat todellisuudessa lyöneet laimin ottaa huomioon perustavat – ja yleiset – rikosoikeudelliset ja rikosprosessioikeudelliset periaatteet, jotka ovat syytetyn suojaksi.

Voimme olla varmoja, että kumpikin instanssi sinänsä tietyllä abstraktilla tavalla tiesi, ja tietää, että nämä perusperiaatteet ovat olemassa. Sitä emme voi tietää, ymmärsivätkö kummatkin tuomioistuimet, että nämä periaatteet *aktualisoituivat* selvällä tavalla juuri siinä jutussa, joka oli niiden ratkaistavana ja johon ne piti *yhdistää*. Valitsen uskomukseksi ja toivomukseksi, etteivät ne tätä ymmärtäneet, sillä tällöin ratkaisuna on lisäsivistyksen hankkiminen.

6.2 Yleistä. Yleisen yleinen

Myös tässä asennoitumisessa – valinnassa kahden pahan välillä, jossa olen valintani kautta joka tapauksessa paennut väittämään, että tuomioistuimet omistautuvat tietoiseen langettavasti suuntautuvaan viranomaisyhteistyöhön – minun on kuitenkin kohdattava tiettyjä vakavia kysymyksiä.

On vaikea lukea merkkejä taivaalta, mitä yritän tässä jossakin mielessä tehdä. Mutta vakava asia, jos kuitenkin sitä yrittää, on se, mikä ei vain tässä vaan myös melko usein esiintyy lähes totaalisenä *kompassin* tai *käsi-kirjan* taikka *luuston* tai *selkärangan* puutteena. On monta sanaa, jotka voivat kuvata suunnilleen samaa asiaa.

Mutta ruotsalaisessa tapauksessa tuomioistuimet eivät nähneet sitä, mitä ne tekivät – mistä seurasi se, että nuori mies tuomittiin elinkautiseen vankeuteen – suhteessa ”yleisiin” harkintoihin, jotka ovat rikosoikeuden peruskiviä. Yleisemmällä tasolla tämä vain viittaa siihen suuntaan, että on

vielä tärkeämpää kuin olemme ehkä aikaisemmin ajatelleet. Että korostetaan yleisen painoarvoa ja tämänkaltaisessa tapauksessa myös sitä, mitä voimme kutsua yleisen yleiseksi, nimittäin perusperiaatteita ja lähtökoh-
tia, olivatpa ne lailla vahvistettuja tai eivät, jotka oikeusvaltiollinen rikos-
oikeus soveltamisvaiheessa asettaa kuljettajan istuimelle. Vaaran määrit-
täminen ja arviointi kuuluvat rikosoikeuden yleiseen osaan, mutta myös
tällä yleisellä osalla on yleinen osa valvomassa itseään (ja myös, osaltaan,
valvomassa rikosoikeuden erityistä osaa), eikä tätä jälkimmäistä yleis-
tä osaa saa unohtaa kuin jonkinlaista viitanomaista arvokasta juhlapukua
menneisyydestä.