

Asianajotoimisto Kontturi & Co Oy

Lausunto velvollisuudesta pyytää poliisilta esitutinnan toimittamista

23.2.2022

Toimeksianto

Olen saanut Asianajotoimisto Kontturi & Co Oy:ltä toimeksiannon arvioida kaupunginhallituksen velvollisuutta saattaa väitetyt rikosepäilyt poliisin esitutkinnassa selvitettäväksi. Aivan aluksi analysoidaan tapauksessa relevantteja virkarikossäännöksiä, tapauksen edellyttämässä laajuudessa. Ennen pääkysymykseen vastaamista on analysoitava sitä, millä näyttökynnyksellä esitutkinta aloitetaan ja mitä esitutkintaperiaatteita tuossa yhteydessä on otettava huomioon. Sen jälkeen on vielä pohdittava, voisiko kaupunginhallitus tehdä poliisille pyynnön esitutinnan toimittamiseksi, vaikka tuossa vaiheessa ei olisi riittävää näyttöä esitutinnan aloittamisen tueksi. Tässäkin arvioinnissa vaikuttavat esitutkintalain 4 lukuun kirjatut esitutkintaperiaatteet. Pääkysymyksenä lausunnossa on se, onko kaupunginhallituksella kuitenkin velvollisuutta pyytää poliisilta esitutinnan toimittamista a) siinä tapauksessa, ettei esitutinnan aloittamisen kynnyksellä kaupunginhallituksen arvion mukaan ylity ja b) siinä tapauksessa, että kaupunginhallitus arvioisi tuon kynnyksen voivan ylittyä.

Lausunto liittyy Jouko Kaipaisen Savonlinnan kaupungin virkamiehistä tekemiin selvityspyyntöihin, joissa hän muun muassa vaatii kaupunginhallitusta tekemään poliisille tutkintapyynnön (rikosilmoituksen) selvityspyynnöissään nimeämien virkamiesten väitettyjen rikosten tutkimiseksi. Kaipaisen väitteet rikoksista keskittyvät asemakaavoitukseen. Hän katsoo kaupungin virkamiesten syyllistyneen virkavelvollisuuksien rikkomiseen, koska he eivät ole huolehtineet asemakaavoituksen vireille panemisesta Savolan Kiinteistöosakeyhtiön (jota Kaipainen edustaa) omistamalla maalla. Käytettävissäni on ollut muistio Kaipaisen esittämistä rikosepäilyistä. Lausunnossa käsitellään esitutkintakynnystä ja rikosepäilyistä poliisille ilmoittamisen velvollisuutta sekä yleisellä tasolla että sovellettuna Kaipaisen esittämiin rikosepäilyihin.

Kysymykseen tulevista virkarikostunnusmerkistöistä

Virkarikoksista vakavin on, lahjusrikosten ohella, virka-aseman väärinkäyttäminen. Rikoslain 40 luvun 7 §:n mukaan virka-aseman väärinkäyttämiseen syyllistyy virkamies, joka 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.

Relevanttia on erityisesti tahallisuuden aste. Virka-aseman väärinkäyttämisen tunnusmerkistössä on *korotettu tahallisuusvaatimus*. Virkamiehen *nimenomaisena* tarkoituksena tulee olla hyödyn hankkiminen itselle tai toiselle taikka vahingon tai haitan aiheuttaminen toiselle. Tunnusmerkistön täyttymiseen ei riitä se, että virkamies pitää seurauksen aiheutumista varsin todennäköisenä. Tämä on lain sanamuodon perusteella aivan selvää ja oikeuskirjallisuudessakin yksiselitteisesti esitetty tulkinta.¹

Jos tarkoituksena on muu kuin hyödyn hankkiminen, merkitystä ei ole sillä, että virkatoimi tuottaa hyötyä tai vahinkoa jollekin. Virkavelvollisuuden rikkominen, tahallinenkaan, ei sellaisenaan tätä tunnusmerkistöä toteuta, ellei virkavelvollisuuden rikkomisen tarkoituksena ole hyödyn hankkiminen tai vahingon aiheuttaminen. Hyödyllä voidaan ajatella tunnusmerkistössä tarkoitettavan myös virkamiehen työnantajalle eli viranomaiselle koituvaa sellaista hyötyä, jota vastaa toiselle aiheutuva vahinko.² Arvioitaessa hyödyttämisen tai vahingoittamisen tarkoitusta on olennaista kysyä, mikä oli virkatoimen tarkoitus. Jos virkatoimen tarkoituksena on ollut muu tavoite kuin hyödyn hankkiminen, virka-aseman väärinkäytön tunnusmerkistö ei tapaukseen sovellu.

¹ Viljanen/Keskeiset rikokset 2018, s. 916. Tahallisuudesta yleisesti esim. Jussi Tapani- Matti Tolvanen – Tatu Hyttinen, Rikosoikeuden yleinen osa, Vastuuoppi 2019, s. 263–312.

² Viljanen 2018, s. 915.

Tahallisuus ja huolimattomuus virkavelvollisuuden rikkomisessa

Virkavelvollisuuden rikkominen on säädetty rangaistavaksi varsin kattavasti rikoslain 40 luvun 9 ja 10 §:n tunnusmerkistöillä. Kummassakin tunnusmerkistössä on säädetty rangaistavaksi virkatoiminnassa noudatettavien säännösten tai määräysten rikkominen. Rikosvastuulle on kolme perusedellytystä. Ensinnäkin on osoitettava säännös tai määräys, jota olisi pitänyt noudattaa. Toiseksi on yksilöitävä *konkreettinen* virkatoimi, jossa säännöstä tai määräystä piti noudattaa. Kolmanneksi on osoitettava *konkreettisesti*, miten virkamiehen virkatoiminta poikkesi säännöistä ja määräyksistä. Kyseessä on vertailuoperaatio virkavelvollisuuden ja virkamiehen toiminnan välillä. Kysymys tahallisuudesta tai huolimattomuudesta aktualisoituu vasta sitten, kun on todettu virkamiehen toiminnan poikenneen siitä, mitä säännöissä tai määräyksissä on edellytetty.

Tahallinen virkavelvollisuuden rikkominen on kyseessä silloin, kun virkamies pitää vähintään varsin todennäköisenä sitä, että hänen toimensa on vastoin virkavelvollisuutta.³ Tähän arvioon vaikuttaa ratkaisevasti se, miten virkamies on pyrkinyt varmistumaan virkatoimensa lainmukaisuudesta. Jos virkamies on käyttänyt organisaatiostaan saatavilla olevaa pätevää juristiapua ja muuta asiantuntija-apua virkatoimen laillisuuden punninnassa ja toiminut asiantuntijalta saamansa ohjeistuksen mukaisesti, hänen ei voida katsoa pitäneen virkatoimen laittomuutta varsin todennäköisenä, vaikka esimerkiksi laillisuusvalvoja myöhemmin kanteluasiaa ratkaistessaan päätyisi toisenlaiseen laintulkintaan. Virkamiehellä on tahallisuusarvion näkökulmasta lähtökohtaisesti oikeus luottaa organisaationsa juridiseen asiantuntemukseen virkatoimen lainmukaisuuden arvioinnissa. Tämä koskee vain tahallisuusarviota. Vaikka tahallisuuskriteeri ei täytyisi, teko voi olla silti rangaistava tuottamuksellisena virkavelvollisuuden rikkomisena.

Tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen analyysissä on keskeistä viranomaisen ja virkamiehen *harkintavalta*. Hallinto perustuu ajatukseen siitä, että toimiessaan laissa säädetyn harkintavaltansa puitteissa virkamies ei riko virkavelvollisuuttaan. Viranomaispäätöksiä kumotaan ja muutetaan hallintolainkäytössä vuosittain satoja, jopa tuhansia. Virkamiehiä ei aseteta

³ KKO 2008:90 ja Viljanen Keskeiset rikokset 2018, s. 940.

rikosvastuuseen, vaikka hallinto-oikeus kumoaa hallintopäätöksen sillä perusteella, että virkamies on hallinto-oikeuden näkemyksen mukaan soveltanut lakia virheellisesti.⁴ Lain soveltaminen kuuluu tyypillisesti virkamiehen harkintavallan alaan ja lakia voidaan usein tulkita vaihtoehtoisilla tavoilla. Viime kädessä ylimmät tuomioistuimet, KKO ja KHO, määrittelevät ennakkopäätöksillään, mikä on tietyn normin voimassa olevan oikeuden mukainen tulkinta. Vain selkeät normin rikkomiset tai harkintavallan ylitykset johtavat lopulta rikosvastuuseen.⁵

Tekijän (tässä tapauksessa virkamiehen) menettely on huolimaton, jos hän rikkoo olosuhteiden edellyttämää ja häneltä vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta, vaikka hän olisi kyennyt sitä noudattamaan (RL 3:7.1). Huolimattomuutta arvioidaan ensinnäkin huolellisuusnormien pohjalta. Huolellisuusnormina tulevat kyseeseen esimerkiksi lain säännökset sekä viraston ohje- ja johtosäännöt.⁶ Jos näissä normeissa ei ole saatavissa johtoa, miten tiettyä virkatointia tehtäessä olisi meneteltävä, tulevat sovellettaviksi niin kutsutut hyvät ammattikäytännöt ja vakiintuneet toimintatavat. Saatavissa olevan tiedon määrä ja tapauksen tulkinnanvaraisuus vaikuttaa huolellisuuden arviointiin.⁷ Hyvään virkamiehen ammattikäytäntöön kuuluu omasta organisaatiosta saatavilla olevan asiantuntija-avun käyttäminen. Jos virkamies on toiminut omalta organisaatioltaan saamansa ohjeen mukaisesti, on *lähtökohtaisesti* perusteltua katsoa hänen noudattaneen olosuhteiden edellyttämää ja häneltä vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta.

Korkein oikeus on pohtinut virheelliseen lainsoveltamisen perustuvaa rikosoikeudellista virkavelvollisuuden rikkomista lukuisissa ennakkopäätöksissään. Katson tässä riittäväksi vain viitata tapauksiin KKO 2017:92, 2008:90, KKO 2009:38, KKO 2017:98, KKO 2015:66, KKO 2018:58, KKO 2018:90 ja KKO 2009:86.

4 Esimerkkinä KHO 30.10.2015/3070, jossa kuntayhtymän hallituksen päätös kumottiin lainvastaisena, mutta asiassa ei edes harkittu rikosperusteisen esitutkinnan aloittamista. Kysymys oli irtisanomisajan palkan ylittävästä erokorvauksesta. Hallinto-oikeus katsoi kuntayhtymän hallituksen rikkoneen hallinnon tarkoitussidonnaisuuden periaatetta.

⁵ Ks. myös Anu Koivuluoma ym., Hallintolainkäyttö 2020, s. 265–271.

⁶ Viljanen 2018, s. 917.

⁷ Viljanen 2018, s. 944 ja KKO 2009:38.

Esitutkinnan aloittamisen kynnys

Esitutkintalain 3 luvun 3 §:n 1 momentin mukaan esitutkintaviranomaisen on toimitettava esitutkinta, kun sille tehdyn ilmoituksen perusteella tai muuten on syytä epäillä, että rikos on tehty. Esitutkintalain lähtökohtana on siten esitutkintapakko. *Toisaalta esitutkintaa ei saa aloittaa, ellei esitutkinnan aloittamiselle esitutkintalaissa säädetty näyttökynnys ylity.*

Esitutkinnan aloittamisen todennäköisyyskynnys ”on syytä epäillä” on asetettu matalalle. Kynnys on abstrakti, eikä se anna paljon eväitä lain soveltajalle. Ilmaisuu viittaa ensinnäkin suhteellisen suppeaan näyttöön rikosepäilyä tueksi. Käytännössä se, onko rikos tehty, selviää yleensä vasta tutkinnassa. Esitutkinta joudutaan usein aloittamaan hatarilla tiedoilla. Esitutkinnan aloittamiskynnyksen ylittymistä arvioitaessa voidaan kiinnittää huomiota lähinnä vain rikoksen tunnusmerkistön mukaisuuteen, muut rikoksen rakenteeseen kuuluvat seikat – oikeuttamisperusteet ja anteeksiantoperusteet – selvitetään esitutkinnan aikana ja käytännössä niiden tulkinta vaatii syvempää oikeudellista harkintaa, joka kuuluu syyttäjälle ja viime kädessä tuomioistuimelle.

Pelkkä rikoksen teoreettinen mahdollisuus ei oikeuta esitutkinnan aloittamiseen. Jotta esitutkinta voidaan aloittaa, rikosepäilyllä pitää olla konkreettiset perusteet ja esitutkinnan aloittaminen on oltava objektiivisesti perusteltavissa. Harkinnassa tulee kiinnittää huomiota ilmoituksesta ilmeneviin tosiseikkoihin ja niiden vastaavuuteen normin tunnusmerkistöön. Rikosepäily kohdistuu nimenomaan tosiseikkoihin, ei teon oikeudelliseen arviointiin. Oikeuskirjallisuudessa esitettyjen näkemysten mukaan on syytä epäillä - kynnys ylittyy silloin, kun yksi tai useampi seikka viittaa siihen, että henkilö on syyllistynyt rikokseen, vaikka epäilyä ei vielä voitaisikaan pitää todennäköisenä. On syytä epäillä -kynnys ei edellytä sitä, että tietyn henkilön epäillään syyllistyneen rikokseen.

Silloin kun kysymys on yleisen, abstraktisen tason epäilystä ilman konkreettista liittymää mihinkään rikostunnusmerkistöön, on syytä epäillä -kynnys ei ylity. Varmuutta tai suurta todennäköisyyttä rikoksen tekemisestä ei vaadita, mutta pelkkä perustelematon väite (tutkintapyyntö viranomaiselle tai poliisille tehty ilmoitus rikoksesta) ei vielä ylitä esitutkintakynnystä ja johda automaattisesti

esitutkinnan käynnistämiseen. Tyytymättömyys viranomaisen toimintaan ei riitä esitutkinnan aloittamiseen. Näin siitä huolimatta, että esitutkintalain lähtökohtana on Suomessa kuitenkin esitutkintapakko. Vain jos rikoksesta on konkreettista näyttöä, esitutkinta on lähtökohtaisesti aloitettava.

Esitutkinnassa vaikuttaa myös ETL 4 luvun 5 §:n mukainen vähimmän haitan periaate. Esitutkinnassa ei kenenkään oikeuksiin saa puuttua enempää kuin on välttämätöntä esitutkinnan tarkoituksen saavuttamiseksi. Esitutkintatoimenpiteellä ei saa aiheuttaa kenellekään tarpeettomasti vahinkoa tai haittaa. Vähimmän haitan periaate tulee sovellettavaksi erityisesti harkittaessa, mitä pakkokeinoja rikosvastuun toteuttamiseksi on käytettävissä kussakin yksittäistapauksessa.

Eduskunnan apulaisoikeusasiamies on todennut ratkaisussa AOA 604/1/99 (06.10.2004), että pelkkä väite rikoksen tapahtumisesta ei oikeuta aloittamaan esitutkintaa. Esitutkintaa ei voida toimittaa, ellei ole olemassa ulkoisesti havaittavia tosiseikkoja, jotka tukevat väitettyä rikosepäilyä.

Apulaisoikeuskanslerin ratkaisussa AOK 1002/1/97 ja 1227/1/98 (26.08.1999) apulaisoikeuskansleri on todennut, että esitutkintakynnyksen ylittymiseen väitteen tueksi pitäisi esittää myös todennäköisiä syitä. Asiassa ei ollut tutkintapyynnön uudistamisen ja lisäselvitysten jälkeen löydetty rikoksen tunnusmerkistöä ja tutkinnanjohtajat eivät olleet menetelleet virheellisesti päättämällä jättää esitutkinnan toimittamatta. Rikosepäily ei tosin edellytä päätöksessä todettuja todennäköisiä syitä, vaan esitutkinta on käynnistettävä, kun on syytä epäillä, että rikos on tehty.

Esitutkinnan aloittamiskynnys on matalampi kuin syytekynnys (ROL 1:6), joka edellyttää todennäköisiä syitä rikokseen syyllistymisestä. Näyttökynnys on eri asia kuin selvittämiskynnys, jossa on kysymys siitä, kuinka laajalti esitutkinta on toimitettava, jotta syyttäjä voisi päättää syytteestä tai syyttämättäjättämisestä.

Esitutkintalain 5 §:n 1 momentin 1 kohdassa säädetään esitutkinnassa selvitettävistä asioista, joita ovat rikos, sen teko-olosuhteet, sillä aiheutettu vahinko ja siitä saatu hyöty, ketkä ovat asianosaisia ja muut syytteestä päättämistä varten tarvittavat seikat. Esitutkintaviranomaisen tehtävänä on sille

tehdyn ilmoituksen perusteella selvittää, onko olemassa jokin sellainen rangaistussäännös, joka voi tulla sovellettavaksi ilmoituksessa tarkoitettua tekoa arvioitaessa. Sinänsä esitutkintaviranomainen ei ole sidottu ilmoittajan esittämään rikosnimikkeeseen, vaan viranomaisen on esitutkinnan toimittamistarvetta arvioitaessa otettava huomioon kaikki mahdolliset kyseeseen tulevat rikokset. Toisaalta, jos on riidatonta, että ilmoitukseen liittyvät tosiseikat eivät täytä minkään rikoksen tunnusmerkistöä, esitutkintaa ei aloiteta.

Asian selvittämisen ja toteennäyttämisen vaikeus ei ole hyväksyttävä peruste olla aloittamatta esitutkintaa. Jos tutkinnan aloittamispäätöstä ei pystytä perustelemaan ja on mahdollista, että esitetty tapahtumankuvaus on totta, tulisi viranomaisen ryhtyä ETL 3 luvun 3 §:n 2 momentin mukaiseen esiselvitykseen. Ennen esitutkinnan aloittamista esitutkintaviranomaisen on tarvittaessa selvittävä rikosepäilyyn liittyvät seikat erityisesti siten, että ketään ei aiheettomasti aseteta rikoksesta epäillyn asemaan ja että asian sitä edellyttäessä voidaan tehdä ETL 9 §:n 1 momentissa tai 10 §:n 1 momentissa tarkoitettu ratkaisu esitutkinnan toimittamatta jättämisestä. Esitutkinnan aloittamista edeltäviin toimenpiteisiin sovelletaan soveltuvin osin ETL:n säännöksiä.

Esiselvitys ei ole varsinaista esitutkintaa, eikä sitä ole sidottu samanlaisiin muotomääräyksiin. Esiselvitys on alustavien toimenpiteiden ja selvityksen tekemistä ja siihen katsotaan kuuluvaksi muun muassa alustavat puhuttelut (ETL 7:20), tiedustelu ja tiedon käsittely. Selvitysvaiheessa henkilöillä ei ole vielä asianosaisen (asianomistaja tai rikoksesta epäilty) asemaa. Vasta esitutkinnan aloittaminen tuottaa asianosaisten asemat. Henkilön kirjaaminen rikoksesta epäillyksi on jo merkittävä esitutkinnan toimenpide, josta ei kuitenkaan ole annettu normatiivista säännöstä tai kynnystä. Epäilyn tueksi täytyy kuitenkin olla jotakin konkreettista, perusteltavissa olevaa näyttöä. Pelkkä yleistävään päättelyyn perustuva epäluulo ei riitä.

Esiselvitystä on ajateltu tarvittavan harvoin. Lain esitöissä viitataan siihen, että erityinen selvittämistarve voisi liittyä esimerkiksi rikokseen tai rikosepäilyn epäillylle aiheuttamiin haitallisiin seurauksiin. Esitutkintaviranomaisten on myös huolehdittava siitä, että ketään ei aseteta aiheettomasti rikoksesta epäillyn asemaan. Erityisesti silloin, kun rikosepäilyssä on kysymyksessä vakava teko ja epäily on heikko, tulisi hankkia lisäselvitystä siitä, voiko kysymyksessä ylipäätään olla rikos.

Esiselvitystä voidaan siten käyttää joissain tapauksissa myös rikosepäilyn poissulkemiseen, mutta esiselvityksen tekeminen tässä tarkoituksessa on kuitenkin poikkeuksellista.

Lopuksi on syytä korostaa, ettei päätös esitutkinnan toimittamisesta tai toimittamatta jättämisestä saa perustua esitutkintaa vaativan henkilön subjektiiviseen arvioon. Päätökset tulee perustaa objektiiviseen punnintaan rikosta epäilevän oman käsityksen sijasta. Objektiivisuuden vaatimus on yleinen prosessi- ja hallintoperiaate, jota ei ole ollut tarpeen erikseen kirjata esitutkintalakiin.

Puheena olevassa tapauksessa rikosepäilyjä esittäneen Kaipaisen esiin tuomia asioita on saamani informaation mukaan käsitelty lukuisia kertoja muun muassa hallintotuomioistuimissa. Näissä jutuissa ei ole havaittu kaupungin viranomaisten toiminnassa oikeudellisia seuraamuksia (kuten päätösten muuttamista tai kumoamista) vaativia toimia. Tämä tosiseikka luo vahvan oletaman sen puolesta, ettei hänen esittämilleen rikosepäilyille ole esitutkintakynnyksen edellyttämää näyttöä. Hallinnollisten toimien ja rikosvastuun edellytysten välillä vallitsee seuraava oikeudellinen toimenpidejärjestys: lähtökohtaisesti hallinnon virheet oikaistaan hallintolainkäytössä, rikosvastuu tulee kysymykseen varsin harvoin, koska rikosvastuun edellytyksenä on aina yhden tai useamman yksilöidyn henkilön tahallisuus tai huolimattomuus. Poliisin toimittama esiselvityskään ei ole tarpeen, koska esitutkinnan kynnyksen ylittymättömyys on jo muutoinkin aivan ilmeinen eikä esiselvityksellä olisi saatavissa uutta asiaan vaikuttavaa selvitystä asiaan. Olen lukenut pitkän työurani aikana useita satoja poliisin päätöksiä, joilla on päätetty jättää esitutkinta toimittamatta. Olen myös tutkijana ja opinnäytetöiden ohjaajana perehtynyt aiheeseen siinä määrin, että voin rikosoikeudellisesti perusteltuna johtopäätöksensä kirjoittaa, ettei poliisi tulisi aloittamaan esitutkintaa sen selvityksen perusteella, johon Kaipainen on vaatimuksessaan kaupunginhallitukselle viitannut.

Esitutkinnan aloittamisen kynnyks ja edellä viitatu esitutkintaperiaatteet vaikuttavat myös siihen, milloin kunnanhallitus voi pyytää poliisilta esitutkinnan toimittamista. Virkamiestä ei saa asettaa aiheettomasti rikoksesta epäillyn asemaan. Varmuuden vuoksi tehty tutkintapyyntö rikkoisi myös syyttömyysolettamaa (ETL 4:2) ja suhteellisuusperiaatetta (ETL 4:4). Virkamiehen saattaminen rikoksesta epäillyksi ilman konkreettista rikosepäilyä olisi suhteeton toimi, koska tämän tasoinen rikosepäily ei kokemusperäisesti johda poliisissa tutkinnanjohtajan tutkinnan aloittamisen epäävää päätöstä pidemmälle. Aiheettomalla rikosepäilyllä virkamiehelle on kuitenkin voitu aiheuttaa

merkittävää haittaa, vaikka tutkinnanjohtajan päätös vapauttaisi hänet rikosepäilystä. Kaupunginhallituksen päätökset ovat julkisia ja on kokemusperäisesti hyvin todennäköistä, että tutkintapyyntö johtavasta virkamiehestä ei jäisi medialta huomaamatta ja uutisoimatta. Äärimmillään aiheeton ilmoitus rikoksesta voi toteuttaa kunnianloukkauksen (RL 24:9) tai jopa väärän ilmiannon (RL 15:6) tunnusmerkistön. Näin ollen kunnanhallituksen tulee ottaa vakavasti kysymys siitä, voiko tapauksessa ylittyä ”syytä epäillä” – kynnyks. Ilmoitusta poliisille ei ole oikeutta tehdä vain siksi, että jokin taho sitä itsepintaisesti mutta konkreettisia perusteita rikosepäilylle esittämättä vaatii. Kun nyt on tehtävissä rikosoikeudellisesti perusteltu arvio siitä, ettei tutkintapyyntö johtaisi esitutkinnan aloittamiseen, kaupunginhallituksen ei tule tutkintapyyntöä tehdä.

Esimiesasemassa olevan viranomaisen velvollisuus saattaa asia esitutkintaan

Jos kunnassa on asianmukaisesti hoidettu sisäistä valvontaa koskevat määräykset kuntoon, se tarkoittaa samalla sitä, että virkavelvollisuus suorittaa sisäistä valvontaa, erityisesti sisäistä tarkkailua, kuuluu esimiesviranhaltijoille. Kun näin on, tarkoittaa se myös sitä, että esimiehellä on reagointivelvollisuus tässä tarkkailussa ja seurannassa tekemiensä havaintojen osalta silloin, kun ilmenee, etteivät alaisena toimivat viranhaltijat toimi virkavelvollisuuksiensa mukaisesti. Jos reagointivelvollisuutta ei olisi, ei sisäinen valvonta toteuttaisi sitä funktiotaan, joka sillä on liittyen hallinnon toiminnan asianmukaisuuden varmistamiseen.

Reagointivelvollisuus ei kuitenkaan tyhjene vain tällaisiin määräyksiin perustuviin velvollisuuksiin. Ne kyllä yhdessä viranhaltijalain (laki kunnan ja hyvinvointialueen viranhaltijasta, 304/2003) 17.1 §:stä ilmenevän virkakäskyjen noudattamisvelvollisuuden kanssa muodostavat yhden kategorian reagointivelvollisuudesta. Tätä luokkaa voidaan kutsua esimerkiksi *määräyksiin perustuvaksi reagointivelvollisuudeksi*, jossa siis voidaan erottaa toisistaan *pysyväismääräyksiin* sekä *ad hoc -tyyppisiin määräyksiin* perustuva reagointivelvollisuus. Siinä missä jälkimmäiset ovat juuri esimerkiksi virkakäskyjä, viitataan edellisellä esimerkiksi sisäisen valvonnan ohjeisiin tai määräyksiin, jotka annetaan joko erikseen tai osana hallintosääntöä. Näiden ohella reagointivelvollisuus voi perustua suoraan lakiin.

Joissain tapauksissa rangaistavaan menettelyyn puuttumisesta on säädetty nimenomaisesti laissa. Lastensuojelulain (417/2007) 25 §:ssä säädetty velvollisuus ilmoittaa poliisille ja lastensuojeluun

lapseen kohdistuvasta seksuaalirikoksesta tai pahoinpitelystä koskee esimerkiksi opettajan esimiehiä. Jos rehtori saa tietää koulunsa opettajan syyllistyneen lastensuojelulain 25 §:ssä säädettyyn rikokseen, hänen on tehtävä asiasta ilmoitus poliisille ja lastensuojeluun. Vastaava velvollisuus koskee tapausta, jossa opettaja on kertonut rehtorille tietävänsä tällaisesta lapseen kohdistuvasta teosta, mutta jättävänsä ilmoituksen poliisille ja lastensuojeluun tekemättä. Rehtorin pitää tuolloin tehdä ilmoitus tästä tietoonsa saatetusta teosta, jos opettaja ei sitä tee. Tällaisiin velvollisuuksiin perustuvaa ilmoitusvelvollisuutta on rikosoikeudessa kutsuttu *varsinaiseksi laiminlyönniksi*.⁸

Epävarsinainen laiminlyöntirikos puolestaan voi perustua virkaan, toimeen tai asemaan. Siitä säädetään rikoslain 3 luvun (515/2003) 3 §:ssä. Epävarsinaisessa laiminlyöntirikoksessa on kysymys seurausvastuusta. Rikosjutussa voi tulla arvioitavaksi se, onko ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti syy-yhteydessä siihen, että lapseen kohdistuva, lapselle seurauksen aiheuttava rikos toteutuu tai jatkuu. Tyypillinen tapaus voi liittyä terveydenhuoltoon. Virkalääkäri jättää potilaan tutkimatta. Hän syyllistyy tällä laiminlyönnillään virkavelvollisuuden rikkomiseen (varsinainen laiminlyöntirikos, rikoslaki 40:9 tai 40:10). Jos potilas kuolee lääkärin laiminlyönnin johdosta, lääkäri voi joutua rikosvastuuseen kuolemantuottamuksesta (epävarsinainen laiminlyöntirikos, rikoslaki 21:8).⁹ Syyttäjän pitää kuitenkin näyttää syy-yhteys laiminlyönnin ja seurauksen välillä. Näyttökynnys on varsin korkea: rikosvastuun edellytyksenä on se, että on varsin suuri todennäköisyys siitä, että laiminlyöty toimi tekemällä olisi estetty seurauksen aiheutuminen (KKO 2019:98). Tämä pätee myös valvontavastuuseen. Esimies on vastuussa seurauksesta vain, jos voidaan varsin suurella todennäköisyydellä osoittaa, että esimiehen puuttuminen alaisen toimintaan olisi estänyt alaisen teon seurauksen.

Rikoslain 15 luvun (563/1998) 10 §:ssä (563/1998) on säädetty jokaiselle ilmoitusvelvollisuus tietoonsa tulleesta *tekeillä olevasta*, kyseisessä lainkohdassa lähemmin määritellystä vakavasta rikoksesta. Tässäkin on kysymys varsinaisesta laiminlyöntirikoksesta. Tällaisessa tapauksessa velvollisuus kohdistuu kaikkiin henkilöihin (jokaiseen), jolloin myös esimiesviranhaltijan voidaan katsoa kuuluvan sääntelyn piiriin. Näin ollen esimiehen on tehtävä ilmoitus poliisille tai rikoksella uhatusta, jos hänen alaisensa ei sitä tee ja tekeillä oleva rikos on esimerkiksi rehtorin tai muun

⁸ Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 220.

⁹ Ks. tästä tematiikasta myös Heikki Kallio, Valvonta- ja suojeluvastuun laiminlyönti yksityisissä hoiva- ja päiväkodeissa. Lakimies 1/2021, s. 36–56.

esimiesviranhaltijan tiedossa. Sama koskee toisaalta myös kaikkia muitakin työyhteisössä työskenteleviä. Mikäli esimiesviranhaltija havaitsee, ettei alainen ole asiassa lain edellyttämällä tavalla toiminut, on tämän tuolloin reagoitava myös alaisen toimimattomuuteen. *Nyt ei ole kysymys tämän tunnusmerkistön mukaisista teoista.*

Edellisten ohella myös yhdenvertaisuuslain (1325/2014) 14 §:n 2 momentista ja työturvallisuuslain (738/2002) 28 §:stä on johdettavissa työnantajan edustajan asemassa olevan esimiehen velvollisuus puuttua alaisensa harjoittamaan häirintään ja syrjintään. Näissä tapauksissa puuttumisen tavasta ei ole säädetty, mutta ainakaan velvollisuutta rikosilmoituksen tekemiseen näistä säännöksistä ei voida johtaa. Toisaalta esimiehen reagoimattomuus voi tässäkin tapauksessa tarkoittaa sitä, että hän itse syyllistyy virkavelvollisuksiensa rikkomiseen tai jopa virka-aseman väärinkäyttämiseen, mikäli pyrkii esimerkiksi suosimaan häiritsijää. Vastaava tilanne voi syntyä, mikäli kyseessä on syrjintätilanne, johon edellä mainittujen säännösten perusteella esimiehen tulisi puuttua. *Nyt ei ole kysymys lain tarkoittamasta syrjintäepäilystä.*

Maankäyttö- ja rakennuslaissa (132/1999) on säädetty velvollisuudesta rikosilmoituksen tekemiseen. Kunnan rakennusvalvontaviranomaisen on rakennustyön keskeyttämistä taikka uhkasakon tai teettämisuhan käyttämistä edellyttävän teon tai laiminlyönnin todettuaan ilmoitettava asiasta poliisille esitutkintaa varten. Ilmoitus saadaan jättää tekemättä, jos tekoa tai laiminlyöntiä olosuhteet huomioon ottaen on pidettävä vähäisenä, eikä yleisen edun ole katsottava vaativan syytteen nostamista (186 §). Jos ilmoituksen tekemiseen velvollinen kunnan viranomaisen edustaja (viranhaltija) ei ilmoitusta tee, rakennusvalvontaviranomaisessa esimiesasemassa olevan on huolehdittava siitä, että ilmoitus tehdään. Laiminlyönti voi ilmetä myös siten, ettei kunnan toimielimen esittelijä valmistelee asiaa esimerkiksi lautakunnassa päätettäväksi (jos ilmoituksen tekeminen on ohje- tai johtosäännössä määrätty lautakunnan käsiteltäväksi). Esimiehen on tällaisessa tilanteessa reagoitava ja huolehdittava siitä, että kysymys rikosilmoituksen tekemisestä esitellään toimivaltaiselle viranomaiselle. Reagointivelvollinen esimies voi tällaisessa tilanteessa siten olla esimerkiksi kuntalain 41 §:n tarkoittama kunnanjohtaja. Tämän rinnalla reagointivelvollisuus alkuperäiseen havaintoon liittyen voi olla nimenomaan maankäyttö- ja rakennuslain 21 §:n tarkoittamalla kunnan rakennusvalvontaviranomaisella nimenomaan toimielimenä. *Tässä tapauksessa ei ole kysymys maankäyttö- ja rakennuslaissa tarkoitettusta velvollisuudesta.*

Muissa kuin laissa nimenomaisesti määritellyissä tapauksissa reagointivelvollisuus riippuu siitä, mitä kunnan sisäisissä normeissa on valvonnasta ja siihen liittyvistä velvoitteista kirjoitettu. Reagoinnin tapa on lainsäädännössä jätetty pääsääntöisesti esimiehen tai muun toimivaltaisen viranomaisen harkintaan. Kuitenkin selvää on, että valvontavelvollisen pitää toimia niin, että alainen lopettaa virkavelvollisuksiensa vastaisen toiminnan. Valvontavelvollinen esimies ei saa koskaan antaa tietoonsa tulleen virkavelvollisuuden vastaisen toiminnan jatkua, jos sellainen menettely on tullut hänen tietoonsa. Reagointivelvollisuus voi tarkoittaa sitäkin, että valvontavelvolliselta kysytään, olisiko hänen tullut havaita alaisen virkavelvollisuuksien vastainen menettely. Tässä on kysymys esimiehen huolellisuusvelvollisuuden määrittelystä (RL 3:7).

Reagointitapoja on muutoin useita. Lievin reagoinnin tapa on keskustelu alaisen kanssa tai työpaikkapalaverin pitäminen. Astetta ankarampia ovat virkamieheen kohdistuvat hallinto-oikeudelliset kurinpitotoimet: huomautus, varoitus ja palvelussuhteen päättäminen. Näistä hallinnollisista keinoista ei ole nyt kysymys.

Yleistä velvollisuutta rikosilmoituksen tekemiseen ei ole. Kuitenkin edellä todetusti joissain tapauksissa laki edellyttää ilmoituksen tekemistä poliisille, jolloin ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti luetaan esimiehen syyksi virkavelvollisuuden rikkomisena. Rikosilmoituksen tekeminen saatetaan kuitenkin tulkita esimiehen velvollisuudeksi myös silloin, kun sellaista velvollisuutta ei ole nimenomaisesti säädetty tai määrätty. Jos virkamiehen rikosvastuun edellytykset täyttävä teko on aiheuttanut vahinkoa kunnalle, kunnan etu voi vaatia sitä, että asian tutkii poliisi rikoksen esitutkintana. Korvausvastuun edellytysten selvittäminen voi olla vaikeaa ilman vain poliisin käytössä olevia pakkokeinoja ja muita esitutkintatoimenpiteitä. *Nyt ei ole kysymys tällaisesta tapauksesta.*

Korkein oikeus otti rikosilmoituksen tekemisvelvollisuuteen kantaa ennakkopäätöksessään KKO 2020:53. Ilmavoimien komentaja A oli saanut tietoja, joiden mukaan lennoston komentaja Y oli johtaessaan Puolustusvoimien vapaaehtoista harjoitusta esiintynyt päihtyneenä ja käyttäytynyt epäasiallisesti harjoitukseen osallistuneita kohtaan. Korkeimman oikeuden ratkaisusta ilmenevillä perusteilla katsottiin, että A:n olisi Y:n kurinpitoesimiehenä tullut pyytää esitutkinnan toimittamista muutaman päivän kuluessa siitä, kun hän oli saanut harjoituksen tapahtumista sellaiset tiedot, että

hänellä oli ollut syytä epäillä Y:n syyllistyneen sotilasrikokseen. Kun A oli ilman perusteltua syytä tehnyt tutkintapyynnön yli kaksi kuukautta myöhemmin, hän oli tahallaan jättänyt täyttämättä palvelusvelvollisuutensa ja siten syyllistynyt palvelusrikokseen. *Tässä tapauksessa rikos oli ilmiselvä ja esimiehen velvollisuus saattaa asia esitutkintaan perustui suoraan lakiin (sotilaskurinpitolain 27 §).*

Viranhaltijalain 47.1 §:ssä säädetään velvollisuudesta tehdä viipymättä rikosilmoitus, jos kyse on *ilmeisestä* virkarikoksesta. *Tässä on siten säädetty lailla velvollisuus rikosilmoituksen tekemiseen, jos virkarikos on ilmeinen.* Sitä milloin kysymys on tällaisesta ilmeisestä virkarikoksesta, ei kuitenkaan laissa tai sen esitöissä mitenkään avata.¹⁰ Myöskään oikeuskirjallisuudessa selvyttä siihen, milloin kyse olisi rikosilmoitusta vaativasta ilmeisestä virkarikoksesta ei ole saatu.¹¹ Vastaava sääntely sisältyy kunnan luottamushenkilöiden osalta kuntalain 85 §:n (1484/2016) 2 momenttiin, mutta senkään yhteydessä esityöt tai oikeuskirjallisuus ei apuja tulkintaongelmaan näyttäisi antavan.¹² Jossain määrin ongelmallisena voidaan pitää sitä, ettei laista tai sen esitöistä suoraan ilmene milloin kunnan viranomaisten tulisi rikosilmoitus tehdä sekä toisaalta miten ylipäättään ilmeinen virkarikos voitaisiin kunnan hallinnollisella päätöksellä todeta olevan olemassa. Esitutinnan aloittamisen kynnyks ylittyä, kun on syytä epäillä rikosta (ETL 3:3.1). Rikosvastuun edellytykset selvitetään esitutkinnassa ja syytteen nostamiseenkin riittävät todennäköiset syyt (ROL 1:6.1). Miten on mahdollista jo ennen esitutinnan aloittamista todeta virkarikoksen ilmeisyys, joka on korkeampi kynnyks kuin ”syytä epäillä” tai ”todennäköiset syyt”? *Lain sanamuoto nostaa velvollisuuden rikosilmoituksen tekemiseen sangen korkeaksi.*

¹⁰ Ks. HE 196/2002 vp, s. 68/I–II.

¹¹ Ks. Hirvonen – Mäkinen, Kunnallinen viranhaltija 2006, s. 334; ks. myös Koskinen – Kulla, Virkamiesoikeuden perusteet 2019, s. 357.

¹² Ks. HE 268/2014 vp, s. 200/II ja Hallituksen esitys Eduskunnalle 192/1994 vp, s. 97/II–98/I kuntalaiksi. Ks. myös Harjula – Prättälä, Kuntalaki – Tausta ja tulkinnat, 2019, 85 §:n selityksen 3. alaluku ja Arno Hannus – Pekka Hallberg – Anne E. Niemi, Kuntalaki. Talentum 2009, s. 239.

Johtopäätös pääkysymykseen

*Johtopäätös edellä kirjoitetusta on se, että käytettävissäni olevien tietojen perusteella kaupunginhallituksella ei ole **velvollisuutta** saattaa Kaipaisen väitteitä rikoksista poliisin esitutkinnassa selvitettäväksi. Tämä kannanotto on rikosoikeudellisesti perusteltu, koska termi ”ilmeinen” kuvastaa selkeästi korkeampaa näyttöä kuin esitutkinnan aloittamisen kynnyksellä ja kielellisesti viittaa jopa syytekynnystäkin vahvempaan rikosepäilyyn. Nykysuomen sanakirjassakin sanalla ”ilmeinen” viitataan varmaan ja kiistattomaan, toki myös todennäköiseen ja uskottavaan. Juridiikassa ilmeinen on tarkoittanut perinteisesti todennäköisyyttä korkeampaa näytön vaatimusta (esimerkiksi Myrsky- Räbinä, Verotusmenettely ja muutoksenhaku, Talentum 2015, s. 349). Johtopäätökseni pätee sekä tilanteeseen, jossa esitutkinnan kynnyksellä ei ylity, että tapaukseen, jossa esitutkinnan kynnyksellä ylittyisi, mutta virkarikos ei olisi ilmeinen. Esitutkinnan kynnyksen ylittymisen ja ilmoitusvelvollisuuden väliin jää kynnyksellä, jonka vallitessa tutkintapyyntö poliisille saa tehdä, mutta siihen ei ole velvollisuutta. Selvyyden vuoksi korostan, että tässä tapauksessa esitutkinnan kynnyksellä ei ole rikosoikeudellisesti arvioituna ylittynyt, kun selvityspyyntö perustuu yleisluontoisiin väitteisiin siitä, että kaupunki olisi tahallaan viivyttänyt asemakaavoitusta Kaipaisen edustaman yhtiön mailla. Johtopäätös perustuu oletamaan siitä, että kaupungin virkamiesten toiminnassa ei ole voitu osoittaa hallinnollisessa menettelyssä tai muussa luotettavassa asiantuntija-arviossa virkatoiminnassa noudatettavien säännösten tai määräysten vastaista toimintaa.*



Matti Tolvanen

OTT, rikos- ja prosessioikeuden professori

Itä-Suomen yliopisto

Oikeustieteiden laitos

matti.tolvanen@uef.fi

P. 050 550 8092