

Tiedon haamu  
Hallussapidon määritelmät ja rajat tietokoneisiin liittyvissä  
hallussapitorikoksissa

Tauri Suviranta  
602052  
OTM-tutkielma  
Rikosoikeus, vastuu ja  
vastuuseen asettaminen  
Turun yliopisto  
Oikeustieteellinen  
tiedekunta  
Syyskuu 2017



TURUN YLIOPISTO  
Oikeustieteellinen tiedekunta

SUVIRANTA, TAURI: Tiedon haamu – Hallussapidon määritelmät ja rajat tietokoneisiin liittyvissä hallussapitorikoksissa

OTM-tutkielma, X + 96 s.

Rikosoikeus, vastuu ja vastuuseen asettaminen

Syyskuu 2017

Turun yliopiston laaturjestelmän mukaisesti tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu Turnitin Originality Check -järjestelmällä.

---

Tarkoitukseni on tutkielmassani lähestyä lainopillisesta lähtökohdasta hallussapidon käsitteen määritelmää digitaalisissa ympäristöissä. Tietokoneen automaattisten toimien seurauksena käyttäjän tietokoneella voi olla hänen tietämättään tai ilman hänen hyväksyntäänsä erilaisia lainvastaisia tiedostoja. Keskityn tutkielmassani pääasiassa kahteen tällaisen hallussapidon ilmenemismuotoon: poistettuihin tiedostoihin ja tietokoneen selaimen välimuistiin.

Tarkoitukseni on selvittää, milloin käyttäjän ei voida katsoa syyllistyneen lainvastaisen materiaalin tahalliseen hallussapitoon, vaikka sitä on kiistämättä tallentunut koneelle. Tarkastelen myös, että missä vaiheessa tämä hallussapidon vaatimus voidaan katsoa alkavan tai täyttyvän internetistä tai sen kautta hankitun materiaalin osalta.

Toiseksi selvitän, milloin eittämättä kerran hallussapidetystä, mutta myöhemmin palautetusta tiedostosta tulee aikaisempaan hallussapitoon viittaava todiste, eikä sellaisen kohde. Tarkastelen myös minkälaisiin toimiin syytetyn on ryhdyttävä hallussapidon katkaisemiseksi, sekä milloin tällaiset poistetut tiedostot on otettu huomioon hallussapitona ja millaisin perusteluin.

Keskityn tutkielmassani sukupuolisiveellisyttä loukkaavia, lasta esittäviä kuvia (RL 17:19) ja tietoverkkorikosvälineen hallussapitoa (RL 34:9b) koskeviin lainkohtiin. Kotimaisen lainopillisen tarkastelun lisäksi suoritan oikeusvertailua pohjoismaiseen ja angloamerikkalaiseen oikeuskäytäntöön.

Rikoslain ja sen tulkinnan on oltava systemaattista ja johdonmukaista. Johtopäätökseni on, että suomalainen lainsäätäjä on kuitenkin keskittynyt liiaksi perinteisiin hallussapidon muotoihin ja käsityksiin, mikä johtaa digitaalisissa ympäristöissä muun muassa hallussapidon, pääsyn hankkimisen ja hankkimistoimen välisten rajanvetojen hämärtymiseen. Katson myös, että tietokoneen automaattisten toimien on vaikeata nähdä kuuluvan käyttäjän tahallisuuden piiriin ilman muita (hyväksymiseen viittaavia) subjektiivisia toimia. Lainsäätäjä on ottanut kantaa poistettuihin tiedostoihin ja käyttäjän vastuuseen ainoastaan summaarisesti, eikä suomalainen oikeuskäytäntö tarjoa selkeää määritelmää hallussapidon päättymishetkelle. Johtopäätöksessäni ehdotan, että lainsäätäjä oikeussubjektien oikeusturvan takaamiseksi määrittäisi lainsäädännön tasolla hallussapidon päättymishetken.

Asiasanat: epäsideellinen julkaisu, jatkettu rikos, laillisuusperiaate, lainoppi, laintulkinta, rikoslaki, rikosoikeudellinen vastuu, rikosoikeus, rikostunnusmerkistö, tahallisuus, tieto- ja viestintärikokset, vertaileva oikeustiede.



# Sisällysluettelo

Lähdeluettelo.....	III
Lyhenteet.....	X
1 Johdanto.....	1
1.1 Yleistä.....	1
1.1 Tutkielman tarkoitus ja metodologiset valinnat.....	1
1.3 Tutkielman rakenne.....	4
2 Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate ja oikeudellinen tulkinta.....	5
2.1 Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate.....	5
2.2 Rikosoikeudellinen tarkkuusperiaate ja epätasällisyyskielto.....	6
2.3 Rikosoikeudellinen analogiakielto ja laintulkinnan periaatteet.....	8
3 Vertaus hallussapidon määritelmään muilla oikeudenaloilla.....	11
3.1 Yleistä.....	11
3.2 Vertaus siviilioikeudelliseen hallintaan.....	12
3.3 Huumausaineen hallussapito.....	15
3.3.1 Yleistä.....	15
3.3.2 Hallussapito.....	15
3.4 Väärennysaineiston hallussapito.....	18
3.4.1 Yleistä.....	18
3.4.2 Hallussapito.....	20
3.5 Olosuhdetahallisuuden arviointi etenkin huumausainerikoksissa.....	22
3.5.1 Yleistä.....	22
3.5.2 Niin sanotun tarkoituksellisen tietämättömyyden ongelma.....	23
3.5.3 Yhteenveto.....	29
4 Tietokoneisiin liittyvät hallussapitorikokset .....	31
4.1 Sukupuolisiveellisyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan hallussapito.....	31
4.2 Tietoverkkorikosvälineen hallussapito.....	36
4.3 Hallussapidon olemus tietokoneella.....	38
4.3.1 Yleistä.....	38
4.3.2 Lataaminen uuden tiedoston luomisena.....	39
4.3.3 Lataus ja latauksen keskeytys.....	42
4.3.3.1 Konkreettisen hallinnan vaatimus.....	42
4.3.3.2 Yrityksen tai valmistelun kattavuus.....	44
4.3.3.3 Hankintatoimen kattavuus.....	45
4.3.3.4 Tehokkaan katumisen mahdollisuus .....	48
4.4 Hallussapidon päättymishetki.....	51
4.4.1 Poistamisen eri muodot.....	51
4.4.2 Suomalainen ja Pohjoismainen oikeuskäytäntö.....	52
4.4.2.1 Roskakoriin siirtäminen.....	52
4.4.2.2 Tiedoston poistaminen.....	53
4.4.2.3 Tiedoston pyyhkiminen.....	56
4.4.2.4 Poistaminen tai pyyhkiminen hallussapidon katkaisevana toimena.....	57
4.4.3 Vertaus englantilaiseen oikeuskäytäntöön ja tehokkaat toimet.....	59
4.4.4 Tehokkaiden toimien määrittely ja vertailu.....	62
4.5 Pilvitiedostot, välimuisti ja selaaminen.....	63
4.5.1 Pilvitiedostot.....	63
4.5.2 Välimuisti ja selaaminen.....	65
4.5.2.1 Välimuistin toiminta.....	65
4.5.2.2 Välimuistin hallussapito angloamerikkalaisessa oikeuskäytännössä... ..	68
4.5.2.2.1 Yleistä.....	68

4.5.2.2.2 Itsenäinen hallussapidon kohde vai todiste aikaisemmasta hausta	73
4.5.2.3 Vertaus Pohjoismaiseen oikeuskäytäntöön.....	76
4.5.2.3.1 Ruotsi.....	77
4.5.2.3.2 Norja.....	78
4.5.2.3.3 Tanska.....	79
4.5.2.3.4 Suomi.....	80
5 Tahallisuuden ulottaminen tietokoneen automaattisiin toimiin.....	81
5.1 Yleistä.....	81
5.2 Vertaisverkot ja levittäminen.....	83
5.3 Rajanveto tahallisuuden ja huolimattomuuden välillä.....	88
5.4. Konkreettisen toimen vaatimus.....	90
6 Yhteenveto.....	91

## *Lähdeluettelo*

### **Kirjallisuus**

*Asp, Peter. Ulväng, Magnus. Jareborg, Nils:* Kriminalrättens grunder. Andra förtryckningen. Iustus Förlag, Uppsala 2011.

*Akdeniz, Yaman:* Internet child pornography and the law: National and international responses. Ashgate Publishing Limited 2008.

*Aulis Aarnio:* Tulkinnan taito - ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. Talentum, Helsinki 2006.

*Brenner, Susan:* Cybercrime and the law: challenges, issues and outcomes. Northeastern University Press 2012.

*Clough, Jonathan:* Now you see it, now you don't: Digital images and the meaning of 'possession'. Criminal Law Forum 2008. 19 s. 205–239.

*Frände, Dan:* Yleinen rikosoikeus. Edita Publishing Oy. Helsinki 2005.

*Gillespie, Alisdair:* Child pornography: law and policy. GlassHouse 2011.

*Holst, Nicolaj Sivan.* Straffbar passivitet. Juris og Økonomforbundet Forlag. Kööpenhamina 2015.

*Hyttinen, Tatu:* Syytön tai syyllinen. Tutkimus syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta. Suomalainen Lakimiesyhdistys, A-sarja N:o 326, Helsinki 2015.

*Hyttinen, Tatu:* Olosuhdetahallisuuden vakioitu alaraja – oikeusturvaa vai korkeimman oikeuden retoriikkaa? Defensor Legis N:o 6/2016.

*Jaakkola, Jussi:* Rikosoikeudellisen analogiakiellon problematiikasta. Edilex 6.5.2013.

*Kallio, Heikki:* KKO 2013:65 – Väärennysaineiston hallussapito ja laintulkinta. Lakimies 2/2014, s. 280–304.

*Kartio, Leena:* Esineoikeuden perusteet. 2. uudistettu painos. Jyväskylä 2001.

*Kronqvist, Stefan:* Brott och digitala bevis – En handledning. Tredje upplagan. Nordstedts Juridik, Vällingby 2013.

*Laakso, Matleena:* Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate, Euroopan ihmisoikeussopimus ja kansallinen tulkinta. Edilex 2006.

*Lappi-Seppälä, Tapio. Hakamies, Kaarlo. Koskinen Pekka. Majanen Martti. Melander, Sakari. Nuotio, Kimmo. Nuutila, Ari-Mattila. Ojala, Timo. Rautio, Ilkka:* Rikosoikeus – Oikeuden perusteokset. Kolmas, uudistettu painos, Juva 2009.

*MacCormick, Donald Neil: Summers, Robert.* Interpreting statutes: a comparative study. Ashgate Publishing Limited 1991.

*Melander, Sakari:* Kriminalisointiperiaatteet ja perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Lakimies 6/2002, s. 938–961.

*Melander, Sakari:* Rikosoikeuden laillisuusperiaate ja rikosoikeudellinen tulkinta. Defensor Legis 4/2015, s. 644–661.

*Li, Xingan:* Cybercrime and deterrence: networking systems in the networked information society. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, Rikos- ja prosessioikeuden sarja A:34, Turku 2008.

*Allgrove, Ben. Blamires, Robert. Lewis, Marks. Millard, Christopher. Naylor, David. Newton, Jeremy. O'Byrne, Peter. Patrikios. Pitt-Payne, Timothy. Press, Tim. Sutter, Gain. Walden, Ian. Reed, Chris* (edited): Computer law. Seventh edition. Oxford University Press 2011.

*Saarnilehto, Ari. Hemmo, Mika. Kartio, Leena:* Varallisuus oikeus. Juva 2001.

*Sunde, Inger Marie:* Lov og rett i cyberspace – Internettkriminalitet og etterforskningsmetoder. Fagbokforlaget Vigmostad & Borke AS 2006.

*Tammi-Salminen, Eeva:* Esinevakuusoikeuden perusteet. Alma Talent Oy 2015.

*Tapani, Jussi. Tolvanen, Matti:* Rikosoikeuden yleinen osa – Vastuuoppi. Toinen, uudistettu painos. Alma Talent Oy 2013.

*Tapani, Jussi:* Yrittänyttä ei laiteta? Rikoksen yrityksen rangaistavuus. Kariston kirjapaino Oy, Hämeenlinna 2010.

*Vagn, Greve. Jensen Asbjorn, Nielsen Gorm Toftegaard:* Kommenteret straffelov – Speciel del. 8 omarbejdede udgave. Jurist- og Okonomforbundets Forlag 2005.

*Viljanen, Pekka:* Oikeustapauskomentti (KKO 2013:65) Teoksessa Pekka Timonen (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein II/2013. Talentum. Helsinki 2014.

*Virkki, Noora:* Olosuhdetahallisuudesta erityisesti huumausainerikoksissa. Turun yliopisto, Edilex 20.5.2009.



*Willhelmsson, Thomas. Sevón, Leif. Koskelo Pauliine.* Huvudpunkter i köplagen. Talentum. Helsingfors 2006.

*Zitting, Simo:* Omistajanvaihdoksesta silmälläpitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia. Vammala 1951.

### **Internet-julkaisuja**

*Akdeniz, Yaman:* Case report: Court of Appeal Clarifies the law on downloading pornography from the web. Computer Law & Security Report, vol. 18. No. 6/2002, s. 433–435. ([www.cyber-rights.org](http://www.cyber-rights.org) 20.7.2017).

*Horsman, Graeme:* Digital forensics: Understanding the development of criminal law in England and Wales on images depicting child sexual abuse. Computer Law & Security Review 32 (2016) s. 419 – 432. (<http://www.sciencedirect.com>, 20.7.2017)

*Howard, Ty:* Don't cache out your case: Prosecuting child pornography possession laws based on images located in temporary internet files. Berkley Technology Law Journal. Volume 19 issue 4, 2004. (<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1485&context=btlj> 20.7.2017).

*Giannina, Marin:* Possession of Child Pornography: Should you be convicted when the computer cache does the saving for you? Florida Law Review vol. 60/2008, s. 1206–1235. ([www.floridalawreview.com](http://www.floridalawreview.com), 20.7.2017).

*Greijer, Susanna. Doek, Jaap:* Terminology guidelines for the protection of children from sexual exploitation and sexual abuse. ECPAT International 2016. (<http://www.ecpat.org/resources/> 20.7.2017).

*Taylor, Mark. Haggerty, John. Gresty, David. Lamb, David:* Forensic investigation of cloud computing systems. Network Security, maaliskuu 2011, s. 4–10 . (<http://www.sciencedirect.com/>, 20.7.2017).

### **Virallislähteet**

#### **Suomalaiset lain esityöt**

*HE 128/1970 vp:* Hallituksen esitys eduskunnalle Huumausaineliksi.

*HE 66/1988 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

*HE 180/1992 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslain täydentämisestä

huumausainerikoksia koskevilla säännöksillä.

*HE 94/1993 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.

*HE 6/1997 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.

*HE 27/1999 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeudellista vanhentumista koskevien säännösten uudistamiseksi.

*HE 80/2000 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle menettämisseuraamuksia koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

*HE 194/2001 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi tietoyhteiskunnan palvelujen tarjoamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

*HE 44/2002 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.

*HE 2/2003 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi rikoslain muuttamisesta.

*HE 99/2006 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi lapsipornografian levittämisen estotoimista.

*HE 282/2010 vp:* Hallituksen esitys Eduskunnalle lasten suojelemista seksuaalista riistoa ja seksuaalista hyväksikäyttöä vastaan koskevan Euroopan neuvoston yleissopimuksen hyväksymiseksi ja siihen liittyviksi laeiksi.

*LaVM 1/2003 vp:* Lakivaliokunnan mietintö 1/2003 vp hallituksen esityksestä (HE 2/2003) laiksi rikoslain muuttamisesta.

*PeVL 10/2000 vp:* Perustuslakivaliokunnan lausunto 10/2000 vp hallituksen esityksestä (HE 185/1999) rikollisjärjestön toimintaan osallistumisen säätämistä rangaistavaksi.

### **Ruotsalaiset lain esityöt**

*Regeringens proposition 1997/98:43:* Tryckfrihetsförordningens och yttrandefrihetsgrundlagens tillämpningsområden barnpornografifrågan m.m.

*Remissyttrande SOU 1997:29* över betänkandena Barnpornografifrågan Innehavskriminalisering mm och Grundlagsskydd för nya medier.

### **Norjalaiset lain esityöt**

*Ot.prp. nr. 37 (2004-2005):* Om lov om endringer i straffelova (eige straffebod om kjønnslege skildringar som gjer bruk av barn).

*Innst.O.nr.66 (2004-2005):* Innstilling til Odelstinget fra justiskomiteen.

### **Tanskalaiset lain esityöt**

*Betænkning nr. 1377/1999:* Om børnepornografi og IT-etterforskning

### **Oikeustapaukset**

#### **Korkein oikeus**

KKO 1980-II-10

KKO 1985-II-8

KKO 2001:13

KKO 2001:91

KKO 2001:117

KKO 2003:36

KKO 2004:72

KKO 2006:40

KKO 2010:32

KKO 2012:54

KKO 2013:65

#### **Korkein hallinto-oikeus**

KHO 2013:136

#### **Hovioikeudet**

Turun hovioikeus 02.02.2011, Diaarinumero R 10/1683 (lainvoimainen).

Helsingin hovioikeus 16.03.2012, Diaarinumero R 11/1889 (lainvoimainen).

Helsingin hovioikeus 01.06.2012, Diaarinumero R 11/757 (lainvoimainen).

Turun hovioikeus 12.03.2013, Diaarinumero R 12/1496 (lainvoimainen).

Vaasan hovioikeus 13.03.2013, Diaarinumero R 11/660 (lainvoimainen).

Itä-Suomen hovioikeus 08.09.2014, Diaarinumero R 13/769 (lainvoimainen).

Vaasan hovioikeus 17.09.2014, Diaarinumero R 12/1322 (ei lainvoimainen)

Rovaniemen hovioikeus 16.10.2014, Diaarinumero R 13/891 (lainvoimainen).

Itä-Suomen hovioikeus 24.02.2015, Diaarinumero R 14/341 (lainvoimainen).

### **Käräjäoikeudet**

Varsinais-Suomen käräjäoikeus 06.06.2016, Diaarinumero R 16/1271 (lainvoimainen).

### **Markkinaoikeus**

MAO:419/16 (lainvoimainen).

MAO:55/17 (ei lainvoimainen).

### **Ruotsalainen oikeuskäytäntö**

NJA 1981 s. 444

NJA 2012 s. 400

RH:2007:21 (Svea hovrätts dom 2006-12-05, mål nr B 8685-04).

Uppsala tingsrätts dom 2016-03-18, mål nr B 6261-15.

### **Norjalainen oikeuskäytäntö**

Eidsivating lagmannsrett LE-2004-8204.

Borgarting lagmannsrett LB-2016-41804.

### **Tanskalainen oikeuskäytäntö**

TfK 2008.406 Ø (Østre Landsrets dom 5.3.2008 S-2873-07).

### **Yhdysvaltalainen oikeuskäytäntö**

*United States of America v. Jeffrey Tucker*, 150 F. Supp. 2D 1263 (2001).

*United States of America v. Edward M. Stulock*, 308 F.3d 922 (2002).

*United States of America v. John Bass*, 411 F.3d 1198 (2005).

*United States of America v. Stuart Romm*, 455 F.3d 990 (2006).

*United States of America v. John Charles Kuchinski*, 469 F.3d 853 (2006).

### **Englantilainen oikeuskäytäntö**

*Atkins v. Director of Public Prosecutions; Goodland v. Director of Public Prosecutions* [2000] 2 All ER 425; [2000] 1 WLR 1427 (QBD).

*R v. Bowden* [2000] 2 All ER 418.

*R v. Smith and R. v Jayson* [2002] EWCA Crim 683; [2003] 1 Cr App R 13.

*R v. Porter* [2006] EWCA Crim 560 [2006] All ER (D) 236 (Mar).

*R v. Harrison* [2008] 1 Cr App R 29.

### **Kanadalainen oikeuskäytäntö**

*R. v. Daniels, Patrick*, 2004 NLCA 73 (NLSCTD27, 1999 HVGB 112).

## *Lyhenteet*

BrB	Ruotsin rikoslaki (Brottsbalken)
CCC	Kanadan rikoslaki (Criminal Code of Canada)
CJA	Criminal Justice Act 1988
CoA	valitustuomioistuim (Court of Appeal)
HD	Ruotsin korkein oikeus (Högsta domstolen)
HE	hallituksen esitys
HelHO	Helsingin hovioikeus
HO	hovioikeus
<i>ibid</i>	viittauksen kohde sama kuin edellisessä
ISHO	itä-Suomen hovioikeus
KKO	korkein oikeus
KL	kauppalaki
KO	käräjäoikeus
PCA	Protection of Children Act 1978
PeVL	perustuslakivaliokunta
PL	perustuslaki
RHO	Rovaniemen hovioikeus
RL	rikoslaki
ROL	laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa
RP	Ruotsin hallituksen esitys (regeringens proposition)
Strfl	Tanskan rikoslaki (Straffelov)
Strl 2005	Norjan rikoslaki (Lov om straff)
THO	Turun hovioikeus
USC	Amerikan Yhdysvaltojen rikoslaki (United States Code)
VHO	Vaasan hovioikeus

## 1 Johdanto

### 1.1 Yleistä

Tietoteknisen kehityksen myötä maailma on kutistunut ja ihmisten yhteydenpitotavat monipuolistuneet. Tämä kehitys on vaikuttanut myös esineisiin ja ihmisten mahdollisuuksiin niiden omistamiseen, hankkimiseen ja hallussapitoon. Tiedostojen toimittaminen ympäri maailmaa voi tapahtua hetkessä, oikeustieteen ja -käytännön kannalta täysin uudenvuorokaisissa muodoissa ja uudenvuorokaisilla tavoilla. Henkilön tietokoneella voi olla tiedostossa perinteinen kirja. Hänellä voi myös olla verkkopalvelimella tili, jolla hän säilyttää skannattuja kirjoja, ilman että ne tallentuvat hänen koneelleen. Hän voi päästä käsiksi näihin tiedostoihin periaatteessa milloin vain. Tiedoston hankkiminen on suhteellisen helppoa, mutta siitä eroon pääseminen voi osoittautua vaikeammaksi tehtäväksi. Vaikka henkilö poistaisi tietokoneelle tallentuneen tiedoston, jää siitä jälkiä, joiden avulla tiedoston voi palauttaa. Tällaiset jäljet ja poistetut tiedostot ovat eittämättä tallella koneella. Hallussapidon ja esineen hallussapitämisen määrittäminen on suhteellisen helppoa ymmärtää silloin, kun kyseessä ovat konkreettiset esineet, joita voi koskettaa tai joista pitää kiinni. Tietokoneella olevien tiedostojen osalta tilanne on erilainen. Millaisia tiedostojen olotiloja voi kutsua hallussapidoksi? Pelkkää katselemista ei nimittäin voida samaistaa hallussapitoon.<sup>1</sup>

### 1.1 Tutkielman tarkoitus ja metodologiset valinnat

Tarkoitukseni on lähestyä hallussapidon käsitteen määritelmää lainopillisesta lähtökohdasta. Tarkoitukseni on tarkastella pääasiassa rikoslain (RL, 1889/39) sukupuolisiveellisyttä loukkaavia, lasta esittäviä kuvia (RL 17:19) sekä tietoverkkorikosvälineen hallussapitoa (RL 34:9b) koskevien pykäliden lainopillista sisältöä, ja tahallisuuskysymyksiä esitöiden, oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön valossa. Tutkielman osa-alueiden on tarkoitus havainnollistaa hallussapito-käsitteen ongelmallisuutta. Aiheesta ei ole olemassa aikaisempaa suomalaista tulkintaa.

Tutkielmani tarkoitus on myös tehdä oikeusvertailua eri Pohjoismaiden välillä sekä nostaa esiin kyseisissä maissa omaksuttuja vastuunrajoitusperiaatteita. *Nicolaj Sivan Holstin* ”Strafbar passivitet” (2015) on tässä tärkeässä osassa. Tämän lisäksi tulen hakemaan vertailuja Yhdysvalloista, Englannista ja Kanadasta (jäljempänä:

<sup>1</sup> *Marin* 2008, s. 1207.

angloamerikkalaiset maat). Kyseisissä maissa on kirjoitettu paljon paitsi poistettujen tiedostojen roolista myös välimuistista. Esimerkkeinä jälkimmäisestä voidaan mainita *Jonathan Cloughin* ”Now you see it, now you don't: Digital images and the meaning of 'possession'” (2008) ja *Ty Howardin* ”Don't cache out your case: prosecuting child pornography possession laws based on images located in temporary internet files” (2004).

Oikeuskäytännön kattavuuden ja sen määrän vuoksi tulen keskittymään lähinnä sukupuolisiveellisyttä loukkaaviin, lasta esittäviin kuviin ja kuvatallenteisiin (RL 17:19, 18a, 19). Kyseessä on kansanomaisesti ”lapsiporno”. Tämä termi on kuitenkin huono kuvaamaan tällaisen materiaalin todellista luonnetta tai kriminalisoinnin kohdetta. Sen käyttöä tulisikin välttää tai ainakin määritellä termi asiayhteydessä varsin tarkasti.<sup>2</sup> Syynä on se, että termin ”pornografia” käyttö viittaa aikuisten välisiin seksuaalisiin akteihin, joihin tekijät ovat myöntyneet tai antaneet suostumuksensa.<sup>3</sup> Lapset eivät voi Suomessa suostua tällaisiin tekoihin, vaan tahallinen seksuaalinen kanssakäynti alle 16 vuotta nuoremman lapsen kanssa on rangaistavaa (RL 20:6–7).<sup>4</sup> Juridisen tarkkuuden ja selvyyden vuoksi tulen siis välttämään termin lapsipornografian käyttöä, elleivät ulkomaiset lainsäädännöt tai lähteet käytä sitä.<sup>5</sup> Tällaista materiaalia käsitellessäni tulen käyttämään suomalaisessa lainsäädännössä käytettyä termiä ”sukupuolisiveellisyttä loukkaava kuva”, sekä yleisempiä ”sukupuolisiveellisyttä loukkaava materiaali” tai ”lainvastainen materiaali”. Materiaali-termiä käyttämällä saavutetaan mielestäni paras mahdollinen kattavuus, sillä se kattaa sekä kuvat että kuvatallenteet, riippumatta niiden tallennus- tai esitysmuodosta (esimerkiksi videot, äänitallenteet tai vastaavat). Tällöin jätetään myös tilaa mahdollisille tuleville kriminalisoinneille, koskien esimerkiksi kirjoitettua materiaalia, jota tulen käsittelemään tarkemmin luvussa 4.1.

Yllä käsitellystä huolimatta tutkielmani ensisijaisena tarkoituksena ei ole käsitellä

---

<sup>2</sup> *Greijer – Jaap* 2016, s. 35–36, 38.

<sup>3</sup> *Gillespie* 2011, s. 1–2. *Greijer – Jaap* 2016, s. 38. Asiasta mainitaan myös Euroopan parlamentin verkossa tapahtuvasta lasten seksuaalisesta hyväksikäyttöä koskevassa päätöslauselmassa (11.3.2015 (2015/2564(RSP)). Päätöslauselmassa todetaan, että lapsiin kohdistuvissa rikoksissa on käytettävä oikeita termejä, ja että lapsipornografian” asemasta olisi asianmukaista käyttää termiä ”lasten seksuaaliseen hyväksikäyttöön liittyvä materiaali” (kohta 12).

<sup>4</sup> Kyseessä on siis juridisesta näkökulmasta samankaltaisesta termistä kuin ”laillinen murha”. T.S

<sup>5</sup> Suomen lisäksi esimerkiksi englantilaisessa lainsäädännössä käytetään termiä ”*indecent photographs*”(PCA 1978 1a). Sen sijaan esimerkiksi Ruotsissa (BrB 16:10a.5), Norjassa (Strl 2005 311§) ja Yhdysvalloissa (USC § 2252A) käytetään lainsäädännössä lapsiporno-termin tyyllisiä termejä.



juurikaan sukupuolisiveellisyttä loukkaavaa materiaalia eikä myöskään tällaisen materiaalin hallussapidon kriminalisoinnin perusteluja tai näkökulmia, vaan yleisemmin lainvastaisen materiaalin hallussapitoa digitaalisissa ympäristöissä. Tutkielmaa kirjoittaessani on kuitenkin ilmennyt, ettei Suomessa ole tietoverkkorikosvälineen hallussapitoa koskevaa oikeuskäytäntöä. Tämä voi johtua etenkin siitä, että hallussapitorikos on lainkonkurenssin myötä väistynyt esimerkiksi tietomurron (RL 37:8) tieltä. Tarkoitukseni on ensinnäkin selvittää, milloin käyttäjän ei voida katsoa syyllistyneen tahalliseen hallussapitoon, vaikka lainvastaista materiaalia on eittämättä tallentunut? Missä vaiheessa voidaan katsoa, että tämä hallussapidon vaatimus täyttyy internetistä tai sen kautta hankitun materiaalin osalta? Toiseksi tarkoitukseni on selvittää, milloin eittämättä kerran hallussapidetystä, mutta myöhemmin palautetusta tiedostosta tulee aikaisempaan hallussapitoon viittaava todiste, eikä sellaisen *kohde*. Minkälaisiin toimiin syytetyn on ryhdyttävä hallussapidon katkaisemiseksi? Milloin poistetut tiedostot on otettu huomioon hallussapitona? Mitkä ovat olleet tuomioistuimien perustelut?

Tarkoitukseni on tahallisuuden näkökulmasta käsitellä sitä, mitä toimia tietokoneen käyttäjän tahallisuuden on tällaisissa rikoksissa katsottu kattavan sekä suomalaisessa että ulkomaisessa oikeuskäytännössä. Keskityn tarkemmin luvussa 5 ongelmiin, joita voi ilmetä, mikäli käyttäjän tahallisuuden katsotaan kattavan tietokoneen taustalla tapahtuvat, tietokoneen automaattisesti suorittamat toimet ja ohjelmat.

Tietokoneiden ohella laittomia tiedostoja voi olla esimerkiksi käyttäjän puhelimella tai kameran muistitikulla. Tulen kuitenkin käyttämään yleisempiä termejä tietokone tai kovalevy. Keskityn tutkielmassani mahdollisimman pelkistettyihin tilanteisiin, joissa materiaalin luonne tai sen hankkimista koskevat olosuhteet ovat selviä. Tietokoneen pääkäyttäjän oikeuden omaavat henkilöt voivat rajoittaa muiden käyttäjien oikeutta tallentaa, poistaa, käsitellä tai ylipäänsä päästä käsiksi tiettyihin kansioihin. Tietokoneella voi täten olla monta käyttäjää, joiden tileillä olevien tiedostojen saatavuutta on rajoitettu.<sup>6</sup> On myös mahdollista piilottaa tai suojata käyttäjän tiedostoja salasanoin, jolloin ne ovat käytännössä muiden käyttäjien ulottumattomissa. Jos A:n (epäillyn hankkijan) ja B:n (esimerkiksi perheenjäsenen) yhteisessä käytössä olevalta koneelta löydetään lainvastaista materiaalia, on omistajuuden ja vastuun selvittämisessä

---

<sup>6</sup> Horsmann 2016, s. 427.

otettava huomioon muun muassa käyttäjien käyttöoikeudet, mahdollisen lataushetken tiedot tai toiminnot, tiedoston sijainti ja tallennuskansion mahdolliset suojaukset. Näiden lisäksi voi tietenkin ilmetä, että B on jälkikäteen konkludenttisesti hyväksynyt tällaisen materiaalin hallussapidon.<sup>7</sup> Oletusarvona tässä tutkielmassa onkin, että esimerkkitapauksissa tietokoneella on ainoastaan yksi käyttäjä tai että lainvastaisten tiedostojen omistajuudesta ei ole epäselvyyttä. Muutoin siirrytään näytön arvioinnin problematiikkaan ja prosessioikeudellisiin kysymyksiin, jotka ovat tämän tutkielman kannalta epäolennaisia.

Pyrkimykseni on, että tutkielman lopputuloksia ja siinä käytettyjä argumentteja voitaisiin käyttää mahdollisimman kattavasti muissa tietokoneisiin ja internetiin liittyvien hallussapitorikosten määrittelyssä. Tarkoituksena on, että hallussapito-termi olisi rikosoikeudellisesti yhteneväinen.

### **1.3 Tutkielman rakenne**

Olen pyrkinyt jäsentämään tutkielmani loogiseen järjestykseen. Luku kaksi on yleisluontoinen ja käsittelen siinä lyhyesti tutkielmani kannalta relevantteja osia rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta, keskittyen erityisesti analogiaa ja epätäsmällisyyttä koskeviin kieltoihin, sekä Suomessa hyväksytyihin laintulkintaperiaatteisiin. Uudet teknologiset kehitykset ja keksinnöt perustuvat jo olemassa olevaan tietoon tai teknologiaan. Tällaiset uudet kehitykset tuovat mukanaan uusia juridisia oivalluksia tai soveltamistilanteita, mutta myös näiden on perustuttava jo ennestään olemassa oleviin oikeudellisiin ajatuksiin ja lähtökohtiin. Tietokoneisiin liittyvissä tapauksissa tämä ei kuitenkaan aina ole helppoa, tai edes mahdollista.<sup>8</sup> Yksinkertaisimmillaan tämä voi tarkoittaa jo olemassa olevien rikosnimikkeiden ulottamista uusiin tekotapoihin tai muotoihin (esimerkiksi petos RL 36:1), mutta seurauksena voi myös olla täysin uusien rikosnimikkeiden luonti.<sup>9</sup> Kolmannessa luvussa haen tulkinta-apua ja lähtökohtia perinteisemmistä hallussapitorikoksista, koskien huumausaineita ja väärennysaineistoa. Teen tämän, jotta olisi selvää, että on olemassa epävarmuustekijöitä myös konkreettisia esineitä koskevissa rikosnimikkeissä, ja että tietokoneisiin liittyvissä rikoksissa on otettava huomioon konkreettinen hallinta ja tapaukseen liittyvät oikeudelliset tosiseikat.

---

<sup>7</sup> *Holst* 2015, s. 191–195, 206. *Clough* 2008, s. 214

<sup>8</sup> *Brenner* 2012, s. 7.

<sup>9</sup> *Brenner* 2012, s. 14.

Tutkielman neljäs luku on keskeisin. Luvun alussa käsittelen sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan materiaalin ja tietoverkkorikosvälineen hallussapitoa rikoksina, niitä koskevien lakien taustoja ja rajoituksia sekä suomalaisesta että Pohjoismaisesta näkökulmasta. Tulen myös antamaan yleisluontoisen kuvauksen tietokoneen teknisestä toiminnasta ja lainvastaisen tiedoston hallussapidon syntyhetkestä (4.3). Tämän jälkeen (4.4) käsittelen vuorostaan hallussapidon päättymishetkeä, eli kuinka ja millä ehdoilla henkilö voi katkaista hallussapidon. Analysoin myös suhteelliseen uutta hallussapidon muotoa, eli pilvitiedostoja ja -palveluja (4.5). Samassa luvussa käsittelen erästä hallussapidon teoreettisimmista muodoista, eli selaimen välimuistia. Asiaa on käsitelty kattavimmin angloamerikkalaisessa oikeuskäytännössä.

Viidennessä luvussa käsittelen tulkinnallisia ongelmia joita voi ilmetä, mikäli käyttäjän tahallisuus ulotetaan kattamaan tietokoneen automaattiset toimet, sekä suomalaisessa oikeuskäytännössä tällaisissa tapauksissa omaksutut lähtökohdat.

## **2 Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate ja oikeudellinen tulkinta**

### **2.1 Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate**

Suomen perustuslain (PL, 1999/731) 8 §:n mukaan ketään ei saa pitää syyllisenä rikokseen eikä tuomita rangaistukseen sellaisen teon perusteella, joka ei tekohetkellä ollut laissa säädetty rangaistavaksi. Rikoksesta ei myöskään saa tuomita ankarampaa rangaistusta kuin mitä tekohetkellä oli laissa säädetty. Rikoslain 3:1 mukaan rangaistuksen ja muun rikosoikeudellisen seuraamuksen on perustuttava lakiin.

Kriminalisoinnin tarkoitus on vaikuttaa inhimilliseen käytökseen jollain tavalla, joko saamalla oikeussubjektit tekemään tai olematta tekemään jotain.<sup>10</sup> Rikosoikeus ja siihen liittyvät sanktiot ovat luonteeltaan kansalaisten ja muiden oikeussubjektien perustuslaillisia perusoikeuksia rajoittavia. Koska tällainen rajoitus voi paikoitellen olla varsin merkittävä, ei rajoittamista koskevaa toimintaa saa delegoida lakia alemmalle säädöstasolle.<sup>11</sup> Rikoslaille ja sen käytöllä ei ole omaisarvoa, ja jonkin toimen kriminalisoinnin tuleekin olla viimeinen, ja kaikkiin muihin suojaa tarjoaviin järjestelyihin toissijainen keino (*ultima ratio*).<sup>12</sup> Tästä syystä lainsäätäjän

<sup>10</sup> Frände 2005, s. 21-22.

<sup>11</sup> Melander 2002, s. 941.

<sup>12</sup> Katso muun muassa Rikosoikeus / Lappi-Seppälä 2009, s. 69. Tapani – Tolvanen 2013, s. 91 sekä

kriminalisointioikeutta on rajoitettu lailla ja periaatteilla. Tutkielmani aiheesta ja sen rajoitetusta kattavuudesta johtuen en tule tässä työssä käsittelemään tarkemmin näitä lainsäätäjän toimia rajoittavia tekijöitä. Voidaan kuitenkin selvyyden vuoksi mainita, että näihin kuuluvat muun muassa Suomessa etabloituneet kriminalisointiperiaatteet.<sup>13</sup>

Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate on eräs suomalaisen rikosoikeuden keskeisimmistä periaatteista.<sup>14</sup> Laillisuusperiaate voidaan nähdä neljän osatekijän tai alaperiaatteen yhdistelmänä; *praeter legem*-kiellon, analogiakiellon, retroaktiivisuuskiellon ja epätäsmällisyyskiellon.<sup>15</sup> Rikoslain uudistamista koskevan hallituksen esityksen (HE 44/2002 vp) mukaan laillisuusperiaatteeseen liittyvät myös lainkäyttäjää eli tuomioistuimia velvoittavat vaatimukset lainkäytön ennustettavuudesta ja yhdenvertaisuudesta.<sup>16</sup> Laillisuusperiaate suojaa siis oikeussubjekteja mielivaltaiselta syyttämiseltä, tuomitsemiselta sekä näistä seuraavilta rangaistuksilta.<sup>17</sup> Ottaen huomioon tutkielmassani laajemmin käsiteltävän aiheen ja esiin nostetut relevantit oikeudelliset kysymykset, on mielestäni perusteltua keskittyä tarkemmin pelkästään rikosoikeudelliseen analogiatulkintaa ja epätäsmällisyyttä koskeviin kieltoihin, sekä siihen, kuinka nämä oikeudelliset ohjeet vaikuttavat käytännössä lainkäyttäjänä toimivien tuomioistuimien työhön.

## **2.2 Rikosoikeudellinen tarkkuusperiaate ja epätäsmällisyyskielto**

Toisin kuin empiirisissä tieteissä lainkäyttäjä ei tulkitse lain tuloksia, sen säätämisprosessia tai itse normia yksilönä. Näiden sijaan hän keskittyy lakitekstin lauseisiin ja siinä käytettyihin sanoihin ja termeihin.<sup>18</sup> *Tapanin* ja *Tolvasen* mukaan tällaiset oikeustieteellisen tieteenalan sääntöjen ja vakiintuneiden periaatteiden mukaiset tulkinnat voidaan nähdä ”oikeusnormilauseina”, jotka antavat tarkentavaa lisäinformaatiota kyseisistä normeista.<sup>19</sup> Vaikka oikeudellisessa tutkimuksessa ja lainkäytössä käytettävä kieli (”oikeuskieli”) perustuukin ei-ammattimaisten käyttämään (”yleis-”) kieleen, on näiden kahden kielen välillä kuitenkin ajoittain myös varsin

---

Kriminalrättens grunder / Asp 2011, s. 48.

13 Melander, 2002, s. 938.

14 Tapani – Tolvanen. 2013, s. 102. Katso myös Melander 2015, s. 644 ja Melander 2002, s. 940

15 Tapani – Tolvanen. 2013, s. 103. Melander 2015, s. 644.

16 Melander 2015, s. 646. Asiaa on käsitelty tarkemmin muun muassa rangaistukseen tuomitseminen näkökulmasta HE 44/2002 vp, s. 177–178.

17 Melander 2015, s. 646. Katso myös Melander 2002, s. 939.

18 Tapani – Tolvanen 2013, s. 104.

19 Tapani – Tolvanen 2013, s. 103.

keskeisiä eroja.<sup>20</sup> Yleiskielelliset termit voivat olla merkitykseltään varsin väljiä tai moninaisia, eikä tulkinnanvaraisuuksilta voida aina välttyä.<sup>21</sup> Tästä syystä ei-ammattilaisilla lukijoilla voi ajoittain olla vaikeuksia ymmärtää oikeudellisia kysymyksenasetteluja, vaatimuksia tai lainkäyttäjien laintekstistä tekemiä päätelmiä. Käytännönläheisinä esimerkkeinä tästä voidaan mainita Tapanin ja Tolvasen esiinnostamat rikosvastuun edellytyksiä koskevat termit ”tahallisuus” ja ”tuottamus”, tai *Hyttisen* merkityssisältöä määrittävät termit ”velallisen maksukyvyttömyys” tai ”pyhä”.<sup>22</sup> Mainittujen termien yleiskielellinen ja oikeuskielellinen merkitys ja kattavuus ovat suhteellisen erilaisia. Oikeudellisen sisältönsä tämänkaltaiset termit saavat juuri edellä mainittujen vakiintuneiden kielenkäytön sääntöjä ja oikeudenalaa koskevien tulkinnallisten periaatteiden kautta.<sup>23</sup>

Tästä huolimatta myös oikeuskielessä on termejä ja määritteitä, jotka eivät ole täysin yksiselitteisiä.<sup>24</sup> Lakiteksteissä käytetyt termit ovat tyyppikäsitteitä, joiden soveltuvuuteen on konkreettisessa päätöksenteossa otettava kantaa.<sup>25</sup> Rikoslaki ei sovelle itse itseään, vaan rikostunnusmerkistön tapauskohtaisen relevanssin määrittäminen edellyttää aina jonkinasteista tulkintaa.<sup>26</sup> Lain ja yksittäistapausten välillä olevaa vastaavuutta ei ole aina mahdollista selvittää ilman laajaa ja kattavaa oikeudellista analyysia ja tulkintaa, sillä suomalainen lainsäädäntö ei nykyään enää ole luonteeltaan *casuistista*, eli yksittäistapauksellista tai esimerkillistä.<sup>27</sup> Oikeudellisen termin monitulkinnallisuus, tai jopa suoranainen väljyys, voi johtua esimerkiksi siitä, että normia ympäröivä yhteiskunta ja tiede ovat kehittyneet alkuperäisen säännöksen säätämisen jälkeen, jolloin säännös on ajan myötä altistunut uusille tulkinnoille.<sup>28</sup>

Lainsäätäjän on pyrittävä ennalta ehkäisevästi välttämään tulkinnallisesti epävarmojen tilanteiden syntyminen, ja rikosoikeudellinen epätasällisyyskielto edellyttää rikossäännöksiä säädettäessä riittävää täsmällisyyttä ja tarkkuutta.<sup>29</sup> Tämä voidaan käänteisesti nähdä tarkkuusperiaatteena, joka tarkoittaa perustuslakivaliokunnan (PeVL)

---

20 *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 107.

21 *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 106.

22 *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 107. *Hyttinen* 2015, s. 85.

23 *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 107.

24 *Jaakkola* 2013, s. 98.

25 *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 105.

26 *Hyttinen* 2015, s. 238. *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 105. Vrt. *Frände* 2005, s. 51.

27 HE 66/1988 vp, s. 16.

28 *Jaakkola* 2013, s. 100.

29 *Melander* 2015, s. 649.

muotoilun mukaan sitä, että kunkin rikoksen tunnusmerkistö on ilmaistava laissa riittävällä täsmällisyydellä siten, että ”[...] säännöksen sananmuodon perusteella on kyettävä ennakoimaan, onko jokin toiminta tai laiminlyönti rangaistavaa.”<sup>30</sup> Yleis- ja oikeudellisen kielen eroihin viitaten lainsäätäjän tavoitteena tulisikin olla, että ainakin lainkäyttäjät ja juridisen koulutuksen saaneet henkilöt voisivat ymmärtää ja päätellä ennakolta mitä kyseinen kriminalisointi kattaa, ja kuinka ankarasti siinä määritelty teko tai laiminlyönti on sanktioitu.<sup>31</sup>

Erilaisten tekotapojen tai -muotojen tyhjentävä luettelointi esimerkillistävän listan muodossa voi käytännössä olla ongelmallista, johtuen tällaisten tapausten suuresta määrästä ja nopeasta kehityksestä. Lainsäätjä onkin monessa rikosnimikkeessä turvautunut avoimeen tekotavan kuvaukseen, joissa teko voi olla rangaistava myös muilla kuin juuri nimenomaisesti mainituilla tekotavoilla tehtynä (”muuten näihin rinnastettavalla tavalla”).<sup>32</sup> Esimerkkeinä tällaisista rikoksista voidaan mainita vainoaminen (RL 7:7a) ja syrjintä (RL 11:11). Rikoksen törkeäksi kvalifivoivat perusteet on kuitenkin määriteltävä ja lueteltava lainsäädännössä tyhjentävästi.<sup>33</sup>

### ***2.3 Rikosoikeudellinen analogiakielto ja laintulkinnan periaatteet***

PL 2:3 mukaan julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin, ja kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia. PL 3:3 mukaan tuomiovaltaa käyttävät riippumattomat tuomioistuimet. Täten myös rikoslainkäytön on perustuttava ennen kaikkea kirjoitettuun lakiin.<sup>34</sup> Eri oikeuslähteiden velvoittavuudet voidaan jakaa kolmeen eri ryhmään: vahvasti velvoittaviin (laki ja maantapa), heikosti velvoittavat (lakien esitykset ja oikeuskäytäntö) sekä sallittuihin (oikeustiede, yleiset oikeusperiaatteet, moraali ja reaaliset argumentit).<sup>35</sup> Tämä oikeuslähteiden hierarkia ei kuitenkaan täsmennä sitä, mitä (vahvasti velvoittavan) lain tulkinnassa tulisi ottaa huomioon.

Lainkäyttäjän tulkintatoimi keskittyy normien itsensä sijasta niiden sanoihin ja

---

30 PeVL 10/2000 vp. s. 2. Katso myös *Melander* 2015, s. 646.

31 *Frände* 2005, s. 40. *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 104–105, 136.

32 *Melander* 2015, s. 646–647, 651.

33 HE 66/1988 vp s. 19/II. Hallituksen esityksen mukaan törkeiden rikosten tunnusmerkistöluettelo olisi oltava tyhjentävä. Sen sijaan lievien rikosten tapauksissa oikeusturvasyyt eivät välttämättä edellytä samanlaista tyhjentävää luettelointia. Katso myös *Melander* 2015, s. 651.

34 *Frände* 2005, s. 50. *Jaakkola* 2013, s. 92.

35 *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 100–101. *Aarnio* 2006, s. 291–293.

lauseiden rakenteeseen.<sup>36</sup> Lähtökohtana on kieliopillinen laintulkinta, joka merkitsee vaatimusta, ettei laintulkinnalla ylitetä sananmuodon määrittämää merkitystä.<sup>37</sup> Myös oikeuskielessä voi kuitenkin ilmetä epäselvyyksiä tai mahdollisuuksia monitulkinnalle. Lainsäädäntö perustuu tyyppi- ja yleiskäsitteille, kun taas arvioinnin kohteina olevat tosiseikat ovat aina tapauskohtaisia.<sup>38</sup> Rikosoikeudellisessa päätöksenteossa ja terminologian käytössä on kuitenkin pyrittävä systemaattisuuteen.<sup>39</sup>

Tulen tutkielmassa käyttämään *Bielefelder-Kreis*-ryhmän hahmottelemaa ja suosittelemaa laintulkintamallia, johon muun muassa *Aarnio* on viitannut.<sup>40</sup> Mikäli lain suora kirjallinen (joko yleis- tai oikeuskielellinen) sananmuoto ei tarjoa selvää ratkaisua tulkinnalliseen ongelmaan tai epäselvyyteen, on lainkäyttäjän pyrittävä muiden ratkaisuperusteiden ohella saavuttamaan selkeys systemaattisella tulkinnalla (*”systemic arguments”*).<sup>41</sup> Ensimmäisenä tällaisena merkitysisältöä täsmentävänä argumenttina mainitaan kontekstuaalinen laintulkinta, jolloin tulkittavaa termiä tulkitaan osana laajempaa merkkiyhteyttä, joka voi esimerkiksi olla normin luku, kappale tai laajempi käsiteltävä oikeudenala (kuten rikos- tai siviilioikeus).<sup>42</sup> Mikäli tällainen kontekstuaalinen tulkinta ei tarjoa tarvittavaa selkeyttä, voidaan termiä tulkita aikaisemman oikeuskäytännön mukaisesti, ja tämän jälkeen analogisen laintulkinnan avulla.<sup>43</sup> Näiden jälkeen voidaan ottaa huomioon oikeusperiaatteet (*”general principles of law”*) ja mahdollisten eri ratkaisuvaihtoehtojen punninta, pitäen jatkuvasti mielessä loogisuuden ja systemaattisuuden vaatimukset.<sup>44</sup> Täydentävänä menetelmänä toimii lainsäätäjän tarkoituksen huomioiminen.<sup>45</sup>

Oikeudellisia kysymyksiä ratkaistaessa voidaan usein turvautua analogiaan, eli tietyn säännöksen soveltamiseen tilanteeseen, johon se ei säännöksen juridisen merkityksen tai

36 *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 103.

37 *Jaakkola* 2013, s. 93. *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 101, 113.

38 *Jaakkola* 2013, s. 93–94.

39 *Frände* 2005, s. 4. Katso myös *Hyttinen* 2015, s. 237–238.

40 *MacCormick – Summers* 1991, s. 511–541. *Aarnio* 2006, s. 291–293. Katso myös *Hyttinen* 2015, joka on tarjonnut oman analyysinsä, s. 234–247.

41 *MacCormick – Summers*, 1991. s. 512–513. *Hyttinen* 2015, s. 237–238.

42 *Hyttinen* (2015) mainitsee esimerkkeinä termit yksityiselämä ja kunnia, jotka on määritelty rikoslaissa, RL 24:8 ja RL 24:9 (s. 239).

43 Tässä vaiheessa on huomioitava erot *lain analogian* ja *oikeusanalogian* välillä. Lain analogiassa on kyse oikeudellisesta argumentoinnista ja päättelystä, jonka tukena on yksittäinen (rikos-) sääntö, jota verrataan sananmuodon ulkopuolelle mutta kuitenkin siihen verrattavaan tekoon. Oikeusanalogiassa tekoa verrataan koko oikeusjärjestyksen perusperiaatteisiin. Oikeusanalogia ei ole rikosoikeudellisessa yhteydessä hyväksyttävää syytetyn vahingoksi. *Hyttinen* 2015, s. 240 ja *Tapani – Tolvanen* 2013 s. 109.

44 *MacCormick – Summers* 1991, s. 513–514 sekä *Hyttinen* 2015, s. 242.

45 *Arguments from Intention*. *MacCormick – Summers* 1991, s. 515.

yleiskielellisen sananmuodon mukaisesti sovellu, mutta jota voidaan tästä huolimatta pitää tilanteeseen rinnastettavana.<sup>46</sup> Rikosoikeudessa vallitsevan analogiakiellon mukaan tällainen toiminta on kuitenkin kielletty, eikä lainkäyttäjää saa turvautua täydentämään lakia syytetyn vahingoksi.<sup>47</sup> Tämä estää esimerkiksi rikosoikeudellisesti kattavamman määritelmän käyttämistä rikosoikeudellisessa lainkäytössä, mikäli tämä johtaisi syytetyn kannalta epäedulliseen lopputulokseen.

Mikäli yllä mainitut kielelliseen sananmuotoon keskittyvät argumentit ja tulkintaohjeet eivät tuo tarvittavaa selkeyttä tulkittavan tai kiistanalaisen termin määrittämiseksi, on tulkinnan siirryttävä teleologiseen ja arvosensitiiviseen tulkintaan.<sup>48</sup> Teleologisella tulkinnalla tarkoitetaan lainsäätäjän pyrkimysten ja säädöksen tarkoituksen huomioon ottamista. Tällöin seuraamusharkinnasta tulee osa syyllisysharkintaa, mikäli lain sananmuoto ja merkityssisällön täsmentävät systemaattiset argumentit eivät johda ratkaisuun.<sup>49</sup> Laillisuusperiaatteen ja teleologian suhde on varsin jännittynyt. Teleologiaa ei voi kuitenkaan sulkea kokonaan pois, ja se on hyväksyttävää niin kauan kuin tulkinta pysyy tunnusmerkistön sananmuodon sisällä.<sup>50</sup>

KKO 2006:40

A oli ollut internetin kautta yhteydessä Yhdysvalloissa asuvaan 13-vuotiaaseen B:hen. Hän oli sähköpostin, puhelimen ja web-kameran välityksellä käynyt seksuaalisävytteisiä keskusteluja tämän kanssa, ja hän oli muun muassa saanut B:n esiintymään itselleen alastomana. KO tuomitsi A:n lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä (RL 20:6.1) ja sukupuolisiveellisyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan hallussapidosta (RL 17:19). KO totesi tuomiossaan, ettei sillä ollut käytettävissään vakiintunutta oikeuskäytäntöä, johon nojata koskien rangaistusseuraamuksen määräämistä. HO totesi ettei käräjäoikeuden ratkaisu tai menettely ollut virheellinen, eikä valitusta otettu sen tarkempaan käsittelyyn. KKO:n mukaan rikostunnusmerkistön soveltuvuus kyseiseen tekoon oli ollut lain tulkinnan kannalta normaalia hankalampaa. HO:n tuomio kumottiin ja palautettiin uudelleen käsiteltäväksi.

Lain sananmuodon mukaan lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä tuomitaan se, joka koskettamalla tai muulla tavoin tekee kuuttatoista vuotta nuoremmalle lapselle *seksuaalisen teon*, joka on omiaan vahingoittamaan hänen kehitystään. A:n korkeimmalle oikeudelle (KKO) osoittaman valituksen mukaan tunnusmerkistön toteutuminen edellytti kosketusta tai ainakin fyysistä läheisyyttä. Hallituksen esityksessä (HE 6/1997 vp) todetaan, että tällainen teko ilmenee *useimmiten* lapsen kosketteluna, mutta että ruumiilliseen koskemattomuuteen puuttuminen ei ole

<sup>46</sup> Laakso 2006, s. 43.

<sup>47</sup> Laakso 2006, s. 43. Katso myös Melander 2015, s. 649 ja HE 44/2002 vp. s. 29/I.

<sup>48</sup> *Teleological/Evaluative Arguments*, MacCormick – Summers 1991, s. 514–515. Hyttinen 2015 s. 245.

<sup>49</sup> Hyttinen 2015, s. 247.

<sup>50</sup> Tapani – Tolvanen 2013, s. 109. Hyttinen 2015, s. 246.



välttämätöntä.<sup>51</sup> A ja B olivat olleet maantieteellisesti kaukana toisistaan, eivätkä missään vaiheessa fyysisesti samoissa tiloissa. Tapauksen kuvauksesta ei myöskään ilmene, että A olisi pyrkinyt B:n kanssa läheisempään fyysiseen kontaktiin tai yhteyteen tai selvittämään tämän henkilöllisyyttä. KKO totesi päätöksessään, että kyseessä oli tuolloin epätavallisesta tekotavasta, jossa oli käytetty hyväksi uutta tekniikkaa, ja että rikostunnusmerkistön soveltuvuus kyseiseen tekoon oli ollut lain tulkinnan kannalta normaalia hankalampaa. Asiasta ei ole ollut oikeuskäytäntöä, eikä kysymystä ollut käsitelty esimerkiksi oikeuskirjallisuudessa tai lainvalmistelutöissä. Menettely ei ollut selvää, ja voitiin siis katsoa, että A:lla oli ollut intressiä saada asia käsiteltyä uudelleen. Jälkikäteen katsottuna KKO:n arviointi siitä, että kysymyksessä oli uusi lainsoveltamistilanne joka saattoi yleistyä, oli oikeaan osunut.

### **3 Vertaus hallussapidon määritelmään muilla oikeudenaloilla**

#### **3.1 Yleistä**

Tutkielmani tarkoitus on käsitellä digitaalisia esineitä koskevia hallussapitorikoksia. Koska kyse on kuitenkin suhteellisen uudesta rikosympäristöstä ja rikoksentekovälineistä, haen tulkinta-apua perinteisemmistä, konkreettisiin esineisiin keskittyvistä hallussapitorikoksista. Tarkemman analysoinnin ja vertailun kohteiksi olen valinnut huumausainerikokset (RL 50:1.5) ja väärennysaineiston hallussapidon (RL 33:4). Tulen käsittelemään kyseisiä rikoksia alla olevissa luvuissa, keskittyen etenkin huumausainerikoksiin ja niissä esiintyviin olosuhdetahallisuuden arviointiin. Tulen luvussa neljä palaamaan tietokoneisiin liittyviin hallussapitorikoksiin. Perusteluni juuri näiden kahden rikosnimikkeen valitsemiseksi vertailuaineistoksi ovat varsin yksinkertaiset. Huumausainerikokset olen valinnut ensinnäkin, koska aihetta koskeva oikeudellinen doktriini on pitkäaikaisen kriminalisoinnin myötä varsin kehittynyttä. Sitä koskeva oikeuskäytäntö tarjoaa myös monia havainnoillistavia esimerkkejä tahallisuuden ja tietoisuuden määrittelemisestä sekä mahdollisista tulkinnallisista rajatapauksista. Koska huumausaineet ovat lainsäätäjälle ja useimmille oikeussubjekteille (ainakin yleisluontoisesti) tuttuja konkreettisia esineitä, on näiden hallussapitamista helppo ymmärtää ja myös soveltaa muihin esineisiin. Muun muassa väärennysaineiston hallussapitoa koskevassa KKO:n oikeuskäytännössä (KKO 2013:65) ja tietoverkkorikosvälineen hallussapitoa koskevassa hallituksen esityksessä

---

51 HE 6/1997 vp, s. 181–182.

(HE 153/2006) viitataan huumausainoikeuskäytäntöön.

Väärennysaineiston hallussapidon olen valinnut melkein täysin päinvastaisista syistä: kyseessä on suhteellisen uudesta rikosnimikkeestä, joka käsittelee luonteiltaan varsin erilaisia esineitä, kattaen sekä väärennetyt esineet että niiden valmistukseen tarvittavat välineet. Rikosnimikkeestä ei myöskään ole saatavilla kovinkaan kattavasti oikeuskäytäntöä. On mielestäni myös varsin keskeistä, että rikosnimike kattaa myös tietokoneohjelmat, joten tutkielmassa tehdyt vertaukset eivät jää ainoastaan yleisluontoiselle ja teoreettiselle tasolle.

### **3.2 Vertaus siviilioikeudelliseen hallintaan**

Esineen *hallinta* on keskeisessä osassa siviilioikeutta, ja se on eräs esineoikeuden peruskäsitteistä.<sup>52</sup> Hallinta tarkoittaa siviilioikeudellisessa yhteydessä tosiasiallista valtasuhdetta esineeseen. Hallinta on esineoikeuden havaittava puoli, ja se ilmenee eri tavoilla koskien hallinnan kohdetta ja hallinnan perustetta.<sup>53</sup> Hallintaa koskeviin yleisiin oppeihin kuului *Kartion* mukaan aikaisemmin kysymys siitä, voitiinko esineen haltijalta vaatia konkreettisen hallinnan ohella myös jotain erillistä hallintatahtoa. Vanhassa roomalaisessa oikeudessa katsottiin, että *possessio*a varten vaadittiin sekä tosiasiallista valtasuhdetta esineeseen (*corpus*) että tahtoa pitää esinettä ”ainoastaan itseään varten” (*animus domini*).<sup>54</sup> Tällaisesta vaatimuksesta on kuitenkin modernissa Pohjoismaisessa oikeuskäytännössä luovuttu. Nykyisessä suomalaisessa oikeuskäytännössä onkin katsottu, että pelkästään faktisiin, ulkoisesti huomioitaviin olosuhteisiin perustuva hallintatahto on riittävä. Tällaista ei kuitenkaan voida edellyttää kaikissa tilanteissa ja tapauksissa, ja oletuksena onkin, että jatkuvaksi tarkoitettuun hallintaan sisältyy myös hallintatahto.<sup>55</sup> Esineen omistaja menettää omistusoikeuden esineeseen hylätessään sen, jolloin joku toinen voi vallata isännättömäksi jääneen esineen.<sup>56</sup> Vaikka hallinnan ja konkreettisen fyysisen hallussapidon välinen ero on kaikkein selvintä kiinteistöjen kohdalla, ei irtainten esineiden kohdalla voida aina olettaa, että esine on haltijan

---

52 *Saarnilehto – Hemmo – Kartio* 2001, s. 705.

53 *Kartio* 2001, s. 142. *Eeva Tammi-Salminen*, 2015, s. 269–270. Kirjaamispanntauksissa panttioikeuden perustaminen edellyttää merkintää relevanttiin rekisteriin, kun taas käteispanntauksessa panttauksen kohde siirretään traditiolla velkojan (tosiasialliseen) hallintaan. Muun muassa arvo-osuudet ovat nykyisin vain tilikirjauksia. Tällaisia esineitä ei voida siirtää fyysisesti ja luovuttaa pantinsaajan haltuun, joten tehokas panttaus vaatii kirjausta arvo-osuustilille.

54 *Zitting* 1951, s. 149.

55 *Zitting* 1951, s. 150–151, 157. *Kartio* 2001, s. 143.

56 *Kartio* 2001, s. 143.

”silmälläpidon alaisena.”<sup>57</sup> Sen sijaan on riittävää, että esine on normaalissa sijaintipaikassaan haltijan valtapiirissä, tai että hän tietää mistä esineen voi hakea jos hän on jättänyt sen jonnekin.<sup>58</sup>

Koska luvun tarkoituksena on antaa yleiskuva perinteisestä rikosoikeudellisesta hallussapidon määritelmästä, on mielestäni perusteltua hakea vertausta siviilioikeudesta ja esineen hallinnan merkityksestä. Liian suurta eroavaisuutta rikosoikeuden ja siviilioikeuden välillä ei voi pitää perusteltuna, ja tuomioistuimet ovatkin ottaneet kantaa rikosoikeudellisen hallussapidon kattavuuteen ja sen suhteeseen ja eroavaisuuksiin siviilioikeudelliseen hallussapitoon verrattuna. Esimerkkinä tästä voidaan mainita seuraava Ruotsin korkeimman oikeuden (HD) ratkaisu, koskien huumausaineen hallussapitorikosta (narkotikastrafflagen NSL, 1968:64 1§).

NJA 1981 s. 444.

Syytetyt H ja B olivat yhdessä S:n kanssa matkustaneet Etelä-Ruotsiin tarkoituksenaan ostaa huumeita. Sekä H ja B olivat antaneet S:lle noin 2500 kruunun ennakkomaksun. S suoritti kaupan, ilman että H ja B olivat läsnä tai muuten mitenkään osallistuneet kaupantekoon. Kaikki osalliset jäivät kiinni ennen kuin ostetut huumeet oli ehditty jakaa. HD totesi tuomionsa perusteluissa, että rikosoikeudellista hallussapitoa ei ollut määritelty lainsäädännössä, ja että siviilioikeudellisessa hallussapidossa keskeisinä kohtina olivat konkreettinen hallussapito ja kyky päättää asian hallinnasta (”[...] faktiska innehavet av, eller den faktiska rådigheten över, en sak”). HD:n mukaan oikeudellinen kysymys koskikin sitä, oliko H:lle ja B:lle syntynyt hallintaoikeutta (besittningsskydd) huumeisiin. Ottaen huomioon tapauksen ilmenneet tosiseikat ja syytettyjen väliset yhteydet, katsottiin myös H:n ja B:n syyllistyneen huumausaineen hallussapitoon.

Alioikeuksien tuomiot eivät olleet yksimielisiä, ja eriävät mielipiteet esittäneet tuomarit katsoivat, etteivät H ja B olleet syyllistyneet huumausaineen hallussapitoon. Myös HD totesi, että välikätenä toiminut S oli ostanut huumeet ilman, että H ja B olivat olleet paikalla, ja että huume-erää ei ollut jaettu tai erotettu syytettyjen ennakkomaksujen mukaan. Koska huumeita ei ollut jaettu tai eritelty H:n ja B:n kesken, ei voitu katsoa että he olisivat saaneet niitä konkreettisesti haltuunsa. Täten H:lla ja B:llä ei ollut ollut huumeita hallussaan siviilioikeudellisessa mielessä. Tästä huolimatta heidät tuomittiin huumausaineen (rikosoikeudellisesta) hallussapidosta.

Perusteluna HD totesi, että tuomioistuimet ovat perinteisissä rikosoikeudellisissa menettelyissä menneet siviilioikeudellista hallussapidon määritelmää pidemmälle.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> *Kartio* 2001, s. 144.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> NJA 1981 s. 444. ”Domstolarna har att enligt sedvanliga tolkningsprinciper bestämma innebördet av begreppet innehav”.

HD:n käyttämät perustelut eivät ole kovinkaan kattavia tai yksityiskohtaisia. Voidaan kuitenkin perustellusti tulkita, että mikäli kyseessä olisi ollut laillisen irtaimen esineen kauppa, olisi kyseessä ollut kauppalain (KL, 1987/355) mukainen luovutuskauppa. KL 6.2:n mukaan vastuu siirtyy ostajalle, kun esine on luovutettu hänelle tai hänen edustajalleen (”tavara on luovutettu, kun ostaja on ottanut sen *hallintaansa* [Kursiivi T.S].”). S oli toiminut tässä tapauksessa asiamiehenä, ja hänelle luovutettiin kaupan kohde kokonaisuudessaan. Omistusoikeus ja vaaranvastuu voivat kuitenkin ainoastaan koskea yksilöityä esinettä, ja jos kyseessä on oikeus tiettyyn osaan tai määrään suuremmasta, erotettavasta kokonaisuudesta (esimerkiksi osa öljytankkerin lastista) on kyseessä tällaista esinettä koskeva *saatava*.<sup>60</sup>

Suomessa siviilioikeudelliseen hallussapidon määritelmään on viitattu siihen viittaavaa terminologiaa käyttämällä esimerkiksi seuraavassa Turun hovioikeuden (THO) tapauksessa.

THO 2.2.2011 R 10/1683

A:n omistama teleskooppipatukka oli löydetty lentokentän turvatarkastuksessa hänen kumppaninsa matkalaukusta. A tunnusti, että hän oli asettanut mainitun teleskooppipatukan ja erän muita henkilökohtaisia tavaroita pariskunnan yhteiseen matkalaukkuun. Teleskooppipatukka ei kuitenkaan ollut hänen mukaansa tekohetkellä hänen välittömässä hallussaan. Hallussapitoa koskevan väitteen osalta HO totesi lyhykäisyydessään, että matkalaukun voitiin katsoa olleen A:n välittömässä käytössä pariskunnan yhteisellä matkalla, ja että täten myös teleskooppipatukan voitiin katsoa olleen hänen hallussaan. A tuomittiin vaarallisen esineen hallussapidosta (RL 41, järjestyslaki 2003/612, 9§). HO vahvisti KO:n tuomion.

Valituksenalaisen käräjäoikeuden ratkaisun perusteluiden mukaan: ”Se, että esine on jonkun hallussa, edellyttää *ensinnäkin omistusta ja toiseksi vallintaa*. Vallinta puolestaan tarkoittaa *tosiasiallista valtasuhdetta* esineeseen eikä se näin ollen edellytä suoraa tai välitöntä kontrollia [Kursiivi T.S].” Hovioikeus ei ottanut päätöksessään kantaa tähän määritelmään, jota voidaan siis pitää hyväksyttävänä lähtökohtana.

Yhteenvetona voidaan todeta, että siviilioikeudessa konkreettisella hallinnalla on merkitystä etenkin irtainten esineiden omistajuuden arvioinnissa. Yhteistä rikos- että siviilioikeudellisella hallussapidolla on kontrolli ja mahdollisuus hallita esinettä, ilman varsinaisen fyysisen (välittömän) hallinnan vaatimusta. Tästä huolimatta siviilioikeudellinen määritelmä ei yksinään sovi rikosoikeudellisen hallussapidon lähtökohdaksi tai sitä täydentäväksi, sillä rikosoikeudellisessa yhteydessä hallussapidon keskeisessä osassa on vastuu ja tahallisuus, kun taas siviilioikeudessa vaaranvastuun ja

---

<sup>60</sup> Huvudpunkter i köplagen / *Sevön* 2006, s. 46–48. *Saarnilehto – Hemmo – Kartio* 2001, s. 723, 851.

omistajuuden arviointi. Mikäli siviilioikeudellinen hallussapidon määritelmä olisi luonteeltaan kattavampi kuin rikosoikeudellinen, ei sitä voisi rikosoikeudellisen analogiakiellon ja syytetyn edullisuusperiaatteen takia soveltaa syytetyn vahingoksi. Täten katson, että on perustellumpaa keskittyä hallussapidon rikosoikeudelliseen määritelmään, hakien vain rajoitetusta inspiraatiota ja vertailukohtia siviilioikeudesta.

### ***3.3 Huumausaineen hallussapito***

#### ***3.3.1 Yleistä***

RL 50:1.5 kohdan mukaan henkilö, joka laittomasti pitää hallussaan tai yrittää hankkia huumausainetta on tuomittava huumausainerikoksesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi. Huumausainerikos voidaan katsoa törkeäksi muun muassa, jos rikoksen kohteena on erittäin vaarallinen huumausaine, suuri määrä huumausainetta tai teolla tavoitellaan huomattavaa taloudellista hyötyä, ja mikäli rikos on myös kokonaisuutena arvostellen törkeä (RL 50:2). Tällöin rikoksentekijä on tuomittava törkeästä huumausainerikoksesta vankeuteen vähintään yhdeksi ja enintään kymmeneksi vuodeksi.

Huumausaineiden käyttö on ollut Suomessa rangaistavaa vuodesta 1966, ja kyseisiä rikosnimikkeitä on uudistettu vuosina 1970 ja 1992 (HE 128/1970 vp ja HE 180/1992 vp). Vuoden 1970 hallituksen esityksessä käsiteltiin mahdollisuutta huumausaineen hallussapidon ja sen henkilökohtaisen käytön säilyttämisestä kriminalisoinnin ulkopuolella.<sup>61</sup> Vaikka hallitus ei alkuperäisessä esityksessään ehdottanut henkilökohtaisen käytön kriminalisointia, katsottiin eduskunnan käsittelyssä perustelluksi, että mahdollinen dekriminalisointi olisi tällaisissakin vähäisissä määrissä ja tapauksissa antanut vääränlaisen viestin julkisen vallan suhtautumisesta huumausaineiden käytön ja tällaisen toiminnan hyväksyttävyydestä.<sup>62</sup> Tämä linja omaksuttiin myös vuoden 1992 uudistuksessa.

#### ***3.3.2 Hallussapito***

Huumausaineita koskevassa lainsäädännössä ei tarjota tarkkaa määritelmää sille, mitä termillä ”pitää hallussaan” käytännössä tarkoitetaan. Lainsäädäntö ei myöskään esitä

---

61 HE 180/1992 vp, s. 12.

62 HE 128/1970 vp s. 1–2. HE 180/1992 vp, s. 12–13.

sitä, kuinka lainsäätäjän on ollut tarkoitus rajoittaa tai ohjata tämän termin tulkintaa tai sen käyttöä, esimerkiksi havainnoillistavan luetteloinnin muodossa. Tällaista määritelmää tai luettelointia ei myöskään esiinny lain tarkemmissa perusteluissa. Termiä ”pitää hallussaan” ei siis ole lainsäätäjän toimesta määritelty tyhjentävällä tavalla, jolloin sisällön määrittely jää pitkälti lainkäyttäjien ja oikeuskäytännön vastuulle. Tästä huolimatta hallituksen esityksessä HE 180/1992 vp käsitellään useassa eri kohdassa sitä, kuinka laissa käytetyn oikeudellisen merkityksen omaava termi voi merkittävästi erota samanlaisesta, perinteisessä kielenkäytössä esiintyvistä termistä.<sup>63</sup> Lainsäätäjä on siis ollut tietoinen tämän tyyppisen tulkinnallisen ongelman olemassaolosta, ja on kiinnittänyt huomiota siihen, että myös tuomioistuimien on otettava tämä seikka huomioon päätöksenteossa. Konkreettisenä esimerkkinä tällaisesta tilanteesta mainitaan huumausaineen levittämisen yritys (RL 50:1.4). Esityksessä viitataan suoraan lainuudistusta edeltävään KKO:n oikeuskäytäntöön.

KKO 1985-II-8

Syytetty K oli ennalta sovittulla tavalla ja sovittuun aikaan saapunut huumausainetta myyvien henkilöiden asunnolle, tarkoituksenaan saada heiltä huumausainetta ja levittääkseen sitä eteenpäin. Syytetty ei ollut ehtinyt saada huumausaineita haltuunsa, sillä hän oli jäänyt välittömästi poliisin kiinni ottamaksi. Tästä huolimatta raastuvanoikeus ja HO katsoivat K:n syyllistyneen huumausaineiden levittämiseen. K:n valituksen mukaan pelkkä rikospaikalle saapuminen ei kuitenkaan täyttänyt rangaistavan rikoksen tunnusmerkistöä, ja hän vaati syytteiden hylkäämistä. KKO vahvisti alempien oikeuksien tuomiot, viitaten lainsäätäjän pyrkimykseen rajoittaa huumausainekauppaa. Eri mieltä ollut oikeusneuvos katsoi, että syytetty ei ollut toimillaan ehtinyt syyllistyä huumausainerikokseen.

Hallituksen esityksen mukaan yllämainitun tapauksen kaltainen tilanne ei ”normaalin kielenkäytön mukaan [...] vielä olisi levittämisen yritystä”, huomauttaen, että myös tuomioistuimet ovat huumausainerikoksissa velvollisia seuraamaan tavanomaisia rikosoikeudellisia tulkintaperiaatteita.<sup>64</sup> Tämän johdosta yllä mainittu ratkaisu ei olisi enää lainmuutoksen myötä mahdollinen, ja kyseessä olisikin levittämisen yrityksen sijaan ainoastaan hallussapidon yritys.<sup>65</sup>

Kyseisessä hallituksen esityksessä todetaan, ettei huumausaineen hallussapito edellyttää

---

63 Esimerkkinä tällaisesta huumausainerikoksiin liittyvästä termistä voidaan mainita huumausaineen *salakuljetuksen yritys*. Hallituksen esityksessä (HE 180/1992 vp) todetaan, että huumausaineen salakuljetuksen yrityksessä tekemuodot ”laiton maahantuonti” tai ”maastaviennin” voisivat tulla kyseeseen myös tilanteissa, joissa huumausainetta ei olisi varsinaisesti (fyysisesti) kuljetettu tai yritetty kuljettaa minnekään. Laiton maahantuonti tai maastaviennin yritys tulisi kyseeseen jo esimerkiksi siinä vaiheessa, kun tekijä pyrkisi virheellisin tiedoin hakemaan, saamaan tai viemään huumausainetta maasta (s. 20).

64 HE 180/1992 vp, s. 21.

65 *Ibid.*

suoranaista fyysistä hallussapitoa ja että myös hyvinkin lyhytaikainen hallussapito riittää rikosoikeudellisen vastuun perusteeksi.<sup>66</sup> Huumausaineiden katsottaisiin olevan tekijän hallussa myös silloin kun huumausaine olisi jossakin hänen haettavissaan tai noudettavissaan.<sup>67</sup> Se, että esine on jonkun hallinnassa jo silloin kun se on hänen noudettavissaan on pitkälti yhteneväinen siviilioikeudellisen hallinta-määritelmän kanssa. Erona puhtaaseen siviilioikeudelliseen hallussapitoon olisi kuitenkin se, että hallussapidon edellytys täytyisi myös tapauksissa, joissa tekijällä ei olisi *yksinomaista* hallintaa tai oikeutta huumausaineeseen.<sup>68</sup> Tämä kattaisi lainsäätäjän mukaan esimerkiksi tilanteet, joissa huumausaine on ostettu ryhmänä yhdessä käytettäväksi, mutta itse aine on ainoastaan yhden henkilön hallussa tai hänen haettavissaan. Tällöin kaikki ryhmän jäsenet syyllistyisivät laittomaan huumausaineen hallussapitoon, jolloin haasteeksi nousee tarvittavan yhteisymmärryksen todistaminen ja kunkin hankintaan osallistuneen olosuhdetahallisuuden arviointi.<sup>69</sup>

Esityksessä todetaan myös, että huumausaineen hallussapitoon voisi syyllistyä lopullisen käyttäjän tai kohteen ohella myös esimerkiksi tällaisen henkilön tuttava, joka on ottanut tehtäväkseen säilyttää huumausaineita tai vastaavaa sisältävää pakettia.<sup>70</sup> Tällainen hallussapitotilanne voisi syntyä myös sattumalta, esimerkiksi tilanteessa, jossa asian todellisesta luonteesta tietämättömälle henkilölle lähetetään huumausainetta postitse tai hänen noudettavakseen asetetaan erä huumausainetta.<sup>71</sup> Rangaistavaksi tällainen hallussapito muuttuu silloin, kun asiasta tietämätön hallussapitaja saa (riittävän tarkasti) tietää hallussa pitämänsä aineen luonteesta, eikä hän tästä huolimatta ilmoita tai toimita huumausaineita viranomaisille.<sup>72</sup>

KKO 2001:91

A:ta syytettiin törkeästä huumausainerikoksesta. Tapauksessa A oli kahdesti puhelimitse pyytänyt B:ta hakemaan huume-erän sen kätköpaikasta. Ensimmäisen puhelun aikana A ja B olivat keskustelleet huume-erän mahdollisesta tulevasta kätköpaikasta. Myöhemmässä puhelussa sekä tarkka paikka että paketin ulkonäkö oli täsmennetty. B oli kuitenkin kieltäytynyt hakemasta pakettia, koska hänen mukaansa oli ollut olemassa todellinen riski siitä, että hän jäisi kiinni. Tämän seurauksena A ehdotti, että B hankkisi jonkun korvaavan henkilön. A ei koskaan saanut kyseistä huume-erää välittömään haltuunsa. KKO katsoi näytetyksi, että nauhoitetuissa puheluissa keskustelleet henkilöt olivat syytetyt A ja B, ja että kummatkin osapuolet olivat ymmärtäneet, että erinäisillä koodi- ja kutsumanimillä nimetty paketti sisälsi kokaiinia. Koska A oli B:n kieltäytymisen jälkeen pyytänyt tätä

66 HE 1992/180 vp, s. 21.

67 *Ibid.*

68 *Ibid.*

69 *Ibid.*

70 *Ibid.*

71 *Ibid.*

72 *Ibid.*

hankkimaan jonkun korvaavan henkilön, oli hän syyllistynyt huumausaineen levittämiseen, vaikka hän ei osallistunut varsinaiseen fyysiseen käsittelyyn, ja vaikka hänen toimensa estyi ulkopuolisesta syystä. Päätös oli yksimielinen.

A:n mukaan konkreettisen fyysisen hallussapidon ja kontrollin puuttuminen tarkoittivat ettei hän ollut koskaan pitänyt kyseistä huume-erää hallussaan, eikä hän tällöin ollut myöskään voinut syyllistyä sen levittämiseen. Koska syytteessä kuvattu teko ei ollut yltänyt rikoksen yritykseksi oli syyte hylättävä. KKO:n perustelujen mukaan oli selvää, ettei lainsäätäjän tarkoituksena ollut ollut säätää välitön fyysinen hallussapito hallussapitosyytteen tai -tuomion edellytykseksi. Tunnusmerkistön täyttymiseksi riitti jo se, että tekijällä oli ollut mahdollisuus huumausaineen käsittelyyn. Rikoksen täyttymisestä KKO lausui, että A oli pyrkinyt B:n välityksellä siirtämään huumeet toiseen paikkaan myytäväksi tai edelleen toimitettavaksi, ja että oli ollut olemassa ilmeinen vaara siitä, että B suostuisi tähän tekoon. Vaikka B olikin kieltäytynyt hakemasta ja toimittamasta huume-erää eteenpäin, oli tämä ollut A:sta riippumaton seikka. Teko oli tähdännyt siihen, että *joku* henkilö siirtäisi huumeet paikasta toiseen. Puhelinkeskusteluissa oli ilmennyt, että A:n tietoisuus huume-erästä oli varsin kattava, ja että ainoastaan huume-erän tarkka määrä oli epäselvä. A oli tiennyt huume-erän kätköpaikan ja sen, mistä ja milloin aine oli noudettavissa. Hän oli täten voinut määrätä, mistä paketti haettiin ja milloin. Tuomioistuimen mukaan paketti oli täten ollut A:n noudettavissa, ja täten hänen hallussaan.

Huumausaineen hallussapito ei siis edellytä välitöntä fyysistä hallussapitoa, vaan jo todellisen (konkreettisen) kontrollin tai määräysvallan omaava henkilö voi syyllistyä hallussapitoon. Tällöin arviointi siirtyy henkilön tietoisuuden ja tahallisuuden arviointiin. Tulen luvussa 3.5 käsittelemään olosuhdetahallisuutta, keskittyen etenkin huumausaineita koskevaan oikeuskäytäntöön ja niin sanottuun tarkoitukselliseen tietämättömyyteen.

### ***3.4 Väärennysaineiston hallussapito***

#### ***3.4.1 Yleistä***

RL 33:4 1–2:n mukaan henkilö, joka ilman hyväksyttävää syytä vastaanottaa, hankkii, kuljettaa tai pitää hallussaan väärän tai väärennetyn todistuskappaleen tai valmistaa, vastaanottaa, hankkii, myy, luovuttaa tai pitää hallussaan sellaisen välineen tai tarvikkeen, jota voidaan perustellusti epäillä pääasiallisesti käytettävän



väärennysrikosten tekemiseen, on tuomittava väärennysaineiston hallussapidosta sakkoon tai vankeuteen enintään kuudeksi kuukaudeksi. Kyseessä on suhteellisen uusi rikosnimike, joka uudistettiin vuonna 2003 (HE 2/2003 vp). Alkuperäinen säädös on vuodelta 1988 (HE 66/1988 vp), ja sitä ennen väärin tai väärennettyjen todistuskappaleiden sekä väärennysten tekemiseen soveltuvien välineiden ja tarvikkeiden hallussapitoa ei ollut kriminalisoitu.<sup>73</sup> Vuoden 2003 uudistus perustui Euroopan unionin neuvoston hyväksymään puitepäätökseen (EYVL N:o L 149, 2.6.2001), koskien muihin maksuvälineisiin kuin käteisrahaan liittyvien petosten tai väärennysten torjunnasta (jäljempänä väärennysaineistoa koskeva puitesopimus).

Väärennysaineiston hallussapitoa koskevassa hallituksen esityksessä (HE 2/2003) todetaan, että kriminalisoidun hallussapidon kohteena oleva väline voi periaatteessa olla mikä tahansa väärin maksuvälineen valmistuksessa tai väärennyksessä käytettävä tarvike, huolimatta sen laadusta tai teknisestä muodosta.<sup>74</sup> Lakiteksti ei sisällä tyhjentävää luettelointia, mutta hallituksen esityksen mukaan tällaisiin välineisiin ja laitteisiin on katsottu kuuluvan muun muassa myös tietokoneohjelmat.<sup>75</sup>

KKO 2012:54

A oli hankkinut laitteen, jonka avulla hän oli vaihtanut omistamaansa matkapuhelimeen sen yksilöivän IMEI-koodin, ja yrittänyt sen jälkeen saada puhelimella yhteyttä verkkoon. A:ta syytettiin väärennöksestä (RL 33:1) tai vaihtoehtoisesti väärennysaineiston hallussapidosta. KO:n mukaan IMEI-koodi oli todisteena väärä, jos se sellaisenaan oli omiaan antamaan erehdyttävän kuvan alkuperästä tai antajan henkilöllisyydestä. A:n 000-merkkisarjaksi muuttama koodi ei missään määrin muistuttanut oikeaa IMEI-koodia, eikä puhelinverkko tunnistanut sitä. KO katsoi, että A ei ollut syyllistynyt väärennökseen tai sen yritykseen. A:n käyttämällä laitteella oli myös muita käyttöominaisuuksia kuin IMEI-koodin vaihtaminen, ja sitä ei voitu täten katsoa väärennösvälineeksi. Sen sijaan HO:n mukaan A:lla ei ollut mitään hyväksyttävää syytä muuttaa puhelimensa IMEI-koodia, ja että A:n mahdollisuus käyttää verkkoa keksityllä koodilla riippui verkon ylläpitäjän käyttämästä tekniikasta ja suojaustoiminnasta. Koska hän oli onnistunut ainakin hetkeksi, oli hän syyllistynyt väärennökseen. KKO tuomitsi A:n nuorena henkilönä tehdystä väärennöksestä.

KKO:n mukaan tunnusmerkistön täytyminen ei edellyttänyt väärin tai väärennetyn todistuskappaleen käyttämistä hyötymis- tai vahingoittamistarkoituksessa, ja että teon rangaistavuus alkoi jo aikomuksesta saada todistuskappale, tarkoituksena käyttää sitä harhauttavana todisteena. Käyttämällä tarkoitetaan todistuskappaleen käyttämistä nimenomaan jonkin oikeudellisesti merkityksellisen seikan selvittämistarkoituksessa. Teolla tuli kuitenkin tähdätä siihen, että todistuskappaleen vastaanottaja, juuri sen

---

73 LaVM 1/2003 vp, s. 2. Katso myös HE 66/1988 vp, s. 116.

74 HE 2/2003 vp, s. 8.

75 *Ibid.*

aitoutta koskevan erehdyksen harhauttamana, saataisiin tekemään tai olemaan tekemättä jotain.<sup>76</sup> Tuomioistuimen mukaan oli mahdollista, että sinänsä lailliseen toimintaan pääasiallisesti käytettävän välineen tai tarvikkeen hallussapito voisi täyttää tunnusmerkistön. Kyseisessä tapauksessa oli riidatonta, että laitteella voitiin esimerkiksi päivittää useiden puhelimallien ohjelmistotietoja. Ottaen kuitenkin huomioon muut tapauksessa ilmenevät seikat ei tuomioistuin katsonut näytetyksi, että kyseistä laitetta käytettäisiin pääasiallisesti väärennysrikosten tekemiseen.

Kuten yllä olevasta tapauksesta ja hallituksen esityksestä voidaan päätellä, ei epäillyn välineen tai tarvikkeen tarvitse olla hankittu nimenomaan väärennysrikoksia varten. On riittävää, että voidaan ”perustellusti epäillä”, että sitä pääasiallisesti käytetään tällaisten rikosten tekemiseen.<sup>77</sup> Säännös ei hallituksen esityksen myöskään edellytä, että hallussapitajällä olisi itsellään tarkoitus käyttää väärennettyä välinettä petostarkoituksessa, taikka että hänellä olisi tarkoitus luovuttaa se eteenpäin tällaiseen tarkoitukseen. Sellaisiin tapauksiin, joissa hallussa pidettyä maksuvälinettä ei ole edes yritetty käyttää tai luovuttaa edelleen, voitaisiin soveltaa kätkemisrikosta (RL 32:1).<sup>78</sup>

### **3.4.2 Hallussapito**

Väärennysaineiston hallussapitoa koskevassa lainkohdassa tai sitä koskevissa hallituksen esityksissä ei määritellä hallussapidon käsitettä tai sen laajuutta.<sup>79</sup> KKO on kuitenkin ottanut kantaa tällaisen aineiston hallussapidon kattavuuteen seuraavassa varsin uudessa ratkaisussa.

KKO 2013:65

Suomessa asuvalle A:lle oli hänen pyynnöstään lähetetty ulkomailta passi, joka oli osoittautunut väärennökseksi. A:ta syytettiin väärennysaineiston hallussapidosta. Passi ei kuitenkaan koskaan saapunut A:lle tai tämän edustajalle, koska tulliviranomaiset takavarikoivat sen (Ulkomaalaislaki, 301/2004, 132 §). KO:n tuomion mukaan oli tullut tarvittavalla tavalla selvitettyksi, että A oli ilman hyväksyttävää syytä hankkinut väärennetyn passin, ja että hänen oli täytynyt ymmärtää, ettei ulkomailta puhelimitse tilattu passi voinut olla aito. HO hylkäsi syytteen, viitaten väärennysaineiston hallussapitoa koskevaan lain sananmuotoon. Koska passi oli takavarikoitu tulliviranomaisten toimesta ennen kuin A tai joku hänen puolestaan toimiva henkilö oli saanut sen haltuunsa, ei passi voinut olla hänen tosiasiallisessa hallinnassaan (”määrättävissä tai noudettavissa”). KKO kuitenkin katsoi, että passit olivat A:n hallinnassa, ja että tulliviranomaisten väliintulo oli sellainen satunnainen seikka, jolla ei voinut olla merkitystä tunnusmerkistön täyttymisen

76 KKO 2013:65, tuomion kohta 9.

77 HE 66/1988 vp, s. 116.

78 HE 2/2003 vp, s. 6.

79 Kyseisessä hallituksen esityksessä kuitenkin todetaan, että suomalainen lainsäädäntö kattaisi valmistelutoimen lisäksi myös toisen henkilön rikoksen edistämisen, toisin kuin puitepäätöksessä (HE 2/2003 vp, s. 7).

kannalta. Koska HO ei päätöksessään ollut arvioinut A:n tahallisuutta (koskien passin aitoutta), palautettiin tapaus HO:n uudelleen ratkaistavaksi.

Hovioikeus oli tuomiossaan katsonut, että laissa käytetty hankkia-termi (”vastaanottaa, hankkii, kuljettaa tai pitää hallussaan”) täyttyi vasta kun tekijä sai esineen haltuunsa, jolloin kyseessä oli rangaistava tekokokonaisuus. Koska väärennysaineiston hallussapidon yritystä (tai valmistelua) ei ollut kriminalisoitu, ei A:n voitu katsoa syyllistyneen rikokseen.

Tapauksessa oli KKO:n mukaan kysymys siitä, voitiinko A:n katsoa menettelyllään hankkineen väärennetyn todistuskappaleen (passin) ja syyllistyneen sen hallussapitoon, vaikka hän ei ollut saanut sitä haltuunsa. Voitiinko siis katsoa suoranaisten välittömän hallussapidon olevan osa väärennysaineiston hallussapidon tunnusmerkistöä? Tuomionsa perusteluissa KKO viittasi huumausaineiden hallussapitoa koskevaan oikeuskäytäntöön sekä väärennysaineiston hallussapitoa koskevaan hallituksen esitykseen.<sup>80</sup> Tuomioistuimien kiinnitti päätöksessään huomiota siihen, että lainsäätäjän mukaan säännös koskisi lainmuutoksen jälkeen ”muitakin tekotapoja” kuin vain väärennysaineiston hallussapitoa, vaikka rikosnimike säilyisikin ennallaan.<sup>81</sup> Johtuen väärennysaineistoa koskevan puitesopimuksen ilmoitetusta tarkoituksesta ja sovellettavan artiklan (2 c kohdan) sananmuodosta oli KKO:n mukaan perusteltavaa katsoa (tulkiten kansallista lainsäädäntöä mahdollisimman EU-myönteisesti), että lainsäätäjän tarkoituksena oli ollut säätää tekomuodot *kattavasti* rangaistavaksi.

Viitaten rikoslain tulkinnassa pyrittävään käsitteiden yhteneväiseen tulkintaan eri rikosnimikkeiden välillä päätyi KKO yleiskieleen perustuvalla tulkinnallaan siihen, että väärennysaineiston hallussapito täyttyi jo hankkimisen myötä ennen kuin aineisto oli konkreettisesti tekijän hallussa.<sup>82</sup> Tuomioistuimen mukaan tekijä syyllistyy kaikissa laissa mainituissa tekotavoissa (” [...] valmistaa, vastaanottaa, hankkii, myy, luovuttaa tai pitää hallussaan”), kohteen hallussapitoon joko ennen tai niiden seurauksena.<sup>83</sup> Hallinnasta oli siis kyse jo silloin kuin väärennysaineiston lähettäjä ei enää kyennyt määräämään sen hallinnasta.<sup>84</sup> Passi oli täten ollut A:n hallinnassa. Tuomioistuimen päätöstä voidaan pitää edellä mainitun systemaattisen laintulkinnan kannalta varsin

---

<sup>80</sup> Kallio 2014, s. 284. Viljanen 2013, s. 118.

<sup>81</sup> HE 2/2003 vp, s. 16.

<sup>82</sup> KKO 2013:65, kohta 11.

<sup>83</sup> Katso myös muun muassa Viljanen 2013, s. 118.

<sup>84</sup> Kallio 2014, s. 286.

perusteltuna. Lain sananmuoto ei ollut yksiselitteinen, eikä oikeudenalan sisäinen tulkinta tai aikaisempi oikeuskäytäntö tarjonnut selvää vastausta. Tällöin on ollut perusteltua siirtyä teleologiseen tulkintaan. Sekä puitesopimuksen että lain tarkoituksena on ollut estää muun muassa väärennettyjen matkustusasiakirjojen ja muiden vastaavien esineiden kaupan, sillä tällaisten esineiden tilaaminen on nykyisin suhteellisen helppoa muun muassa internetin välityksellä.<sup>85</sup> On täten ollut varsin perusteltua, että ”hankkiminen” kattaisi myös sellaiset teot, joihin yksinomaan hallussapito ei riittäisi.<sup>86</sup> Olisi nimittäin kriminalipoliittisesti varsin ongelmallista, mikäli tällaisia esineitä hankkivat henkilöt voisivat ”yrittää” tällaista toimea yhä uudelleen ja uudelleen, ja että viranomaiset saisivat ryhtyä toimiin vasta kun esine on konkreettisesti päätyntä tekijän haltuun.<sup>87</sup> *Viljasen* mukaan olisi johdonmukaista ymmärtää tapauksen valossa hallussapito niin, että ”sen osalta on merkityksetöntä miten kohde on tullut tekijän haltuun, kun taas hankkiminen ilmentää tekijän *aktiivisuutta kohteen haltuun saamiseksi*” [kursiivi T.S].<sup>88</sup> Tämä on mielestäni hyvin perusteltua, vaikka se ei poista ristiriitaa yleiskielellisten ja oikeuskielellisten termien väliltä. Yksinkertaisesti sanottuna: jonkin esineen hankkiminen ei ole yleiskielelliseltä kannalta sama asia kuin sen hallussapito. Olen *Viljasen* kanssa samaa mieltä siitä, että lainsäädännön selkeyden ja yleisen lainymmärryksen kannalta olisi suotavaa, jos lainsäädäntöä päivitetäisiin yleiskielellisesti ymmärrettävillä ilmaisuilla.<sup>89</sup> Tulen palaamaan tähän myöhemmin pilvitiedostoja ja -palveluja koskevassa luvussa 4.5.

### **3.5 Olosuhdetahallisuuden arviointi etenkin huumausainerikoksissa**

#### **3.5.1 Yleistä**

Yleisen ymmärryksen perusteella lienee selvää, että hallussapitämisen konseptin tyhjentävä määrittely kirjoitetun lain tasolla on erittäin haasteellista, ellei jopa mahdotonta. Rikoslaki sisältää suuren määrän hallussapitorikoksia, ja se kuinka hallussapittäminen ilmenee eri rikosnimikkeiden välillä voi käytännössä vaihdella huomattavasti. Teknologinen kehitys myös luo uusia, aiemmin mahdottomia

<sup>85</sup> Puitesopimuksen kohdat (2) (3) ja (4). *Kallio* 2014, s. 286.

<sup>86</sup> *Kallio* 2014, s. 285.

<sup>87</sup> *Kallio* 2014, s. 286.

<sup>88</sup> *Viljanen* 2013, s. 120.

<sup>89</sup> *Viljanen* 2013, s. 120. On huomattava, että *Viljasen* mukaan kyseisessä tapauksessa on yllättävää, että KKO piti lähetyksen pysäyttämistä ja päätymistä tulliviranomaisten haltuun ”satunnaisena seikka”, jolla ei ollut merkitystä hallussapidon tunnusmerkistön täyttymiselle. Ottaen huomioon, että väärennysaineiston hallussapidon yritystä ei ole lainsäädännössä kriminalisoitu, ei kyseisellä asialla tulisi olla merkitystä.

tekemuotoja, joihin ajoittain hitaasti uudistuva ja yksittäisten oikeussubjektien oikeusturvan takaamiseen sidottu rikosoikeus ei ole varautunut tai voinut ottaa kantaa.<sup>90</sup>

Tehokkaan yksilön oikeussuojan ja viranomaistoiminnan kannalta olisi erittäin ongelmallista, jos esineen rikosoikeudellinen hallussapitäminen edellyttäisi aina täysaikaista ja/tai konkreettista hallussapitoa.<sup>91</sup> Tällöin esimerkiksi laitonta postilähetystä käsittelevän postilaitoksen työntekijän voitaisiin katsoa syyllistyvän tällaisen lähetyksen hallussapitoon, kun taas esineen toisen luona säilyttävän henkilön ei voitaisi katsoa pitävän esinettä hallussaan. Etenkin huumausainetapauksissa tekijöiden toimintajärjestelyt ja verkostot voivat olla monimutkaisia ja kehittyneitä, ja osalliset voivat olla vaihtelevin tasoin tietoisia omasta roolistaan. Tästä syystä oikeudellinen kysymyksenasettelu keskittyy teoreettisen terminologisen analyysin sijasta suurimmaksi osaksi syytetyn tahallisuuden arviointiin.

RL 4:1 mukaan mikäli tekijä ei teon hetkellä ole selvillä kaikkien niiden seikkojen käsilläolosta, joita rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää, tai jos hän erehtyy sellaisesta seikasta, ei teko ole tahallinen. Vastuu tuottamuksellisesta rikoksesta voi kuitenkin tulla kysymykseen tuottamuksen rangaistavuutta koskevien säännösten mukaisesti. Huumausaineita koskeva oikeudellinen doktriini on varsin kehittyntä, kriminalisoinnin pitkäaikaisuudesta ja oikeustapausten laajasta tarjonnasta johtuen. Katsonkin tästä syystä perustelluksi analysoida huumausaineoikeuskäytäntöä ja siinä esiin nostettuja näkökulmia ja tuomareiden näkemyksiä siitä milloin tekijän voidaan katsoa omaavan sellaisen (epäsuorankin) kontrollin ja tarvittavan tahallisuuden niin, että heidän voidaan katsoa syyllistyneen esineiden hallussapitoon.<sup>92</sup>

### ***3.5.2 Niin sanotun tarkoituksellisen tietämättömyyden ongelma***

RL 3:5:n mukaan rangaistusvastuun edellytyksenä on joko tekijän tahallisuus tai tuottamus. Saman luvun 6 §:n mukaan tekijä on aiheuttanut tunnusmerkistön mukaisen seurauksen tahallaan, jos hän on tarkoittanut aiheuttaa seurauksen, taikka pitänyt seurauksen aiheutumista varmana tai varsin todennäköisenä. Seuraus on aiheutettu tahallaan myös, jos tekijä on pitänyt sitä tarkoittamaansa seuraukseen varmasti liittyvänä. Kyseinen seuraustahallisuuden alarajan määritelmä lisättiin rikoslakiin

---

<sup>90</sup> *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 73–74.

<sup>91</sup> *Kallio* 2014, s. 286.

<sup>92</sup> *Saarnilehto – Hakamies – Hemmo* 2001, s. 175.

vuonna 2003 rikoslain uudistuksen yhteydessä. Sen sijaan olosuhdetahallisuuden alarajaa ei määritelty.<sup>93</sup>

Huumausainerikollisuus on luonteeltaan monipuolista ja sen järjestelyt ovat usein monimutkaista, vaikkakin tapauksissa ilmenevät, olosuhdetahallisuutta ja syytettyjen tietämystä koskevat kysymykset ja väitteet ovat usein varsin samanlaisia ja yksipuolisia.<sup>94</sup> Keskeiseksi oikeudelliseksi kysymykseksi voidaan usein muotoilla ”Onko syytetty tiennyt tilanteessa jollain tavalla olevan kyse nimenomaan huumausaineesta?” Jos tai kun tähän kysymykseen on saatu vastaus, voidaan sirtyä kysymään kuinka tarkkaan syytetty on tiennyt huumausaineen laadusta, määränpäästä tai sen tulevasta käytöstä.<sup>95</sup>

Tekijän tahallisuuden on katettava kaikki rikoksen tunnusmerkistöön kuuluvat seikat.<sup>96</sup> Ei olisi rikosoikeudellisesti perusteltua, mikäli syytetty tuomittaisiin rikoksesta, jota koskevista olosuhteista hänellä ei ole ollut tarpeellista tahallisuuden edellyttämää tietoisuutta.<sup>97</sup> Henkilön joka tietää, että hänen ystävänsä tuo lainvastaisesti nuuskaa Ruotsista (salakuljetus, RL 46:4) ja suostuu pitämään tällaista lähetystä hallussaan, ei voida katsoa syyllistyneen mahdollisen yllätyksenä tulevan huumausainelähetysten hallussapitoon, perustuen ainoastaan siihen tosiseikkaan, että lähetys on hänen välittömässä tai konkreettisessa hallussaan, ja että hänellä on ollut yleisluontoinen epäily siitä, että jotain lainvastaista on meneillään. KKO:n oikeuskäytännön mukaan on kuitenkin riittävää, että tekijä on tietoinen tosiasiallisen tapahtumakulun osalta niistä tosiseikoista, jotka lainkäyttäjää myöhemmin lukee sopivan tunnusmerkistön täyttäväksi.<sup>98</sup>

KKO 2001:117

A oli tuonut autollaan Virossa Suomeen suuren määrän huumetta. Autossa mukana ollut B oli ilmeisesti otettu matkalle mukaan, jotta rajaviranomaisille muodostuisi kuva lomamatkalla olevasta pariskunnasta, jolloin myös rajatarkastukseen jäämisen riski olisi vähentynyt. B:n mukanaolo oli siis edistänyt rikoksen täyttymistä. Oikeudellinen kysymys koski sitä, oliko B ollut tarvittavalla tavalla tietoinen matkan laittomasta tarkoituksesta ja täten syyllistynyt huumausainerikokseen tai sen avunantoon. Sekä KO että HO tuomitsivat B:n avunannosta törkeään huumausainerikokseen. HO katsoi, että huumausaineen määrä ja laatu voitiin katsoa lukeutuneen rikoksen yksityiskohtiin, joilla ei ollut merkitystä

93 Katso muun muassa *Frände* 2005, s. 127.

94 *Virkki* 2009, s. 66.

95 *Virkki* 2009, s. 74. Katso myös KKO 2006:64, esittelijä *Hirvosen* mietintö.

96 *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 219–220.

97 *Virkki* 2009, s. 85–86.

98 *Virkki* 2009, s. 86.

tahallisuuden arvioinnin ja tuomitsemisen kannalta. KKO:n mukaan B ei ollut ollut tarvittavalla tavalla tietoinen huumausaineista, jolloin hänen ei voitu katsoa syyllistyneen joko huumausainerikokseen tai sen avunantoon. Syyte B:tä vastaan hylättiin.

B:lle oli luvattu pelkästä matkalla mukanaolosta varsin korkea palkkio. Tästä huolimatta pelkästään yleisluontoinen epäily siitä, että matkaan liittyi jotain laitonta ei KKO:n mukaan ollut tässä tapauksessa riittävää tahallisuuden osoittamiseksi.

KKO 2004:72

Syytetty B oli sopinut noutavansa huumausaine-erän Vantaalla sijaitsevasta hampurilaisravintolasta. Saavuttuaan sovitulle parkkipaikalle puolisonsa A:n kanssa olivat kummatkin syytetyt poistuneet autosta noin 10-15 minuutin ajaksi, jona aikana tuntemattomaksi jäänyt henkilö oli laittanut autoon repun. Reppu sisälsi paketin, jossa oli noin puoli kiloa amfetamiinia. Oikeudellinen kysymys koski sitä, oliko puoliso A ollut osallisena törkeään huumausainerikokseen matkustaessaan samassa autossa B:n kanssa. KO tuomitsi B:n törkeästä huumausainerikoksesta, mutta hylkäsi A:ta vastaan nostetun samaisen syytteen. Perusteluissaan KO muun muassa katsoi, ettei ollut varma oliko A saanut tietää autossa olleesta repusta. Vaikka A olisikin huomannut repun, ei pelkkä ”ihmettely” siitä mitä se sisälsi viitannut siihen, että A olisi tiennyt tai edes aavistanut repun sisältävän erittäin vaarallista huumausainetta. A ei ollut myöskään millään tavoin puuttanut huumausaineeseen tai sen toimittamiseen. Oli myös ymmärrettävää, että A oli kertonut asioista vain suppeasti, johtuen hänen ja B:n välisestä pitkästä avoliitosta. HO taas katsoi, että ottaen huomioon A:n tapaamispaikan selvittämiseen tähtäävät toimet ja kummankin toistuvat vierailut siellä, oli katsottava että sekä A ja B olivat yksissä tuumin hankkineet ja kuljettaneet amfetamiinia. Kun rikoksen kohteena oli suuri määrä erittäin vaarallista huumausainetta oli tekoa pidettävä myös A:n osalta törkeänä. HO tuomitsi A:n törkeästä huumausainerikoksesta. KKO vahvisti HO:n tuomion.

KKO:n mukaan päätelmät siitä, oliko A ollut tietoinen ja osallistunut B:n valmistelemaan ja toteuttamaan rikokseen oli tehtävä ”jutussa esiin tulleiden, ulkonaisesti havaittavien seikkojen perusteella.”<sup>99</sup> Tuomioistuimien oli samaa mieltä käräjäoikeuden kanssa siitä, että pitkä avoliitto ei sinänsä todistanut, että A olisi ollut tietoinen B:n suunnitelmista. Myöskään A:n mukanaolo autossa tai tapaamispaikalla ei välttämättä merkinnyt tai osoittanut osallisuutta B:n huumausainerikokseen. Tästä huolimatta tuomioistuimien katsoi, että vaikka mitkään A:n toimet eivät ”yksinään osoittaneet hänen syyllistyneen huumausainerikokseen”, olivat kaikki hänen toimensa kuitenkin hyvin läheisesti liittyneet sen tehtävän suorittamiseen, josta B oli tuomittu.<sup>100</sup> Täten myös A:n katsottiin syyllistyneen törkeään huumausainerikokseen.<sup>101</sup>

99 KKO 2004:72, tuomion perustelut, kohta 6.

100KKO 2004:72, tuomion perustelut, kohta 13.

101Mielestäni ratkaisua voidaan kritisoida, perustuen KKO 2001:117 esitettyihin tietämystä ja ymmärrystä koskeviin vaatimuksiin. B oli aiemmissa tuomioistuinkäsittelyissä joko kiistänyt tienneensä repun olemassaolosta, ja myöhemmin kertonut, että hän oli epäillyt kyseessä olevan steroidien salakuljetus (dopingrikos, RL 44:6 2-3). Lienee perusteltua tulkita, että tuomioistuimen mukaan doping- ja huumausaineet ovat suhteellisen samanlaisia, jolloin aineiden eroavaisuudet ovat lähinnä rikoksen yksityiskohtia. Täten voidaan kenties perustellusti katsoa, että A oli syyllistynyt huumausainerikokseen, muttei törkeään huumausainerikokseen.

Syytetyn on myös oltava tarvittavalla tavalla tietoinen mahdollisista rikoksen törkeäksi tekevästä ominaisuuksista tai olosuhteista (kvalifiointiperusteista).<sup>102</sup> Tarpeellista ei kuitenkaan ole, että hän on tietoinen näiden seikkojen olevan juridiselta kannalta kvalifiointiperusteita, kunhan hän on tietoinen tällaisten tosiseikkojen olemassaolosta omassa tilanteessaan.<sup>103</sup>

KKO 2001:13

A oli säilyttänyt puolisoltansa saamaansa lukittua kassia työpaikallaan. Kun viranomaiset suorittivat kotietsinnän A:n ja B:n yhteiseen asuntoon, palautti hän kyseisen kassin C:lle, jolta B oli alun perin sen saanut. C oli kassin luovuttamisen yhteydessä ehdottanut kassin avaamista, mihin A ei ollut kuitenkaan suostunut. Ilmeni myöhemmin, että kassi oli sisältänyt erittäin suuren määrän huumausaineita. Oikeudellinen kysymys koski, voitiinko A:n katsoa toimineen tahallisesti ja syyllistyneen törkeään huumausainerikokseen. Sekä KO että HO katsoivat A:n syyllistyneen törkeään huumausainerikokseen, kun taas KKO katsoi hänen ainoastaan syyllistyneen tavalliseen huumausainerikokseen.

KKO:n mukaan tavallisesta huumausainerikoksesta tuomitseminen edellytti tahallisuutta koskien sitä, että kassi sisälsi huumausainetta. Tämän tason tahallisuus voitiin KKO:n mukaan katsoa näytetyksi, sillä tapauksen tosiseikoista ilmeten A:n oli täytynyt pitää vähintään varsin todennäköisenä, että kassi sisälsi huumausainetta. Jotta A voitaisiin tuomita teon törkeästä muodosta oli lisävaatimuksena, että hän oli tämän lisäksi tietoinen siitä, että kassi sisälsi suuren määrän tai erän erittäin vaarallista huumausainetta, tai että hän oli toiminnallaan tavoitellut huomattavaa taloudellista hyötyä. Vaikka kassi sisälsi suuren määrän huumausaineita oli tämä ollut varsin poikkeuksellista, verrattuna aikaisempiin lähetyksiin. Tästä syystä KKO katsoi, ettei A:n tahallisuus kattanut teon törkeätä muotoa.

Kuten yllä käsitellyissä KKO:n ratkaisuisissa ilmenee, on syytetyillä huumausainetapauksissa varsin usein samantyyppiset argumentit ja perustelut toimilleen. Syytetyt eivät tyypillisesti ole omien lausuntojensa mukaan olleet tietoisia siitä mitä ainetta heillä on ollut hallussaan (KKO 2004:72), eikä heillä ole myöskään ollut omasta mielestään syytä selvittää asian oikeaa tilaa (KKO 2001:13). Mikäli syytetyt sen sijaan tunnustavat tienneensä, että heidän hallussaan oleva aine on luonteeltaan lainvastaista, kiistävät he tietoisuuden esimerkiksi sen vaarallisesta luonteesta tai suuresta määrästä (KKO 2004:72). Tapausten tarkemmista kuvauksista ja tuomioistuinkäsittelyissä ilmenneistä selvityksistä ja tosiseikoista kuitenkin usein ilmenee, ettei syytetyillä ole ollut mitään suoranaista estettä asioiden oikean tilan

<sup>102</sup> *Virkki* 2009, s. 86.

<sup>103</sup> *Virkki* 2009, s. 86.



selvittämiseksi. Tällaisissa tilanteissa, joissa tekijä pyrkii nimenomaisesti ja tarkoituksella välttämään tiedon hankkimista ja tosiasioiden selvittämistä, voidaan kutsua ”tarkoitukselliseksi tietämättömyydeksi”.<sup>104</sup> Termiä voidaan pitää varsin hyvin syytetyjen ajatuksia ja pyrkimyksiä kuvaavana. Syytetyt ovat tehneet konkreettisesti ilmenevän päätöksen olla ottamatta selvää laukun sisällöstä tai sen luonteesta, seuraten periaatetta, että ”mitä vähemmän tiedän, sen parempi”.<sup>105</sup>

Tapauksessa KKO 2004:72 A:n väittämä tietoisuus autossa olleesta repusta ja sen sisällöstä erosivat toisistaan huomattavasti käräjä- ja hovioikeuden käsittelyissä. KKO totesi, että A:n ja B:n 20 vuoden yhdessäolo oli ollut hyvinkin tiivistä, ja että olisi ollut erittäin poikkeuksellista, että kyseisen tapauksen kaltaisessa avoliitossa avovaimo jättäisi kokonaan kyselemättä mahdollisen tapaamisen syytä tai tavattavan henkilöllisyyttä. Tapauksessa KKO 2001:13 A oli kiistänyt tienneensä, että hänen työpaikallaan säilyttämänsä kassi sisälsi huumausainetta. Käräjäoikeuden käsittelemässä esitutkinta-aineistossa kuitenkin ilmeni, että hän oli myöntänyt kassin luovuttamisen yhteydessä aavistaneensa kassin todellisen sisällön. KKO totesi päätöksensä perusteluissa, että A:lle oli toimitettu lukittu kassi, jonka sisältöä hän ei oman lausuntonsa mukaan tiennyt, eikä myöskään ollut pyrkinyt selvittämään. A oli tämän lisäksi ollut tietoinen siitä, että syytetyt B ja C olivat aikaisemmin syyllistyneet huumausainerikoksiin. Tuomioistuimen mukaan oletusta hänen huumausaineen kattavasta tietämyksestään puolsi myös hänen pyrkimyksensä päästä kassista eroon ilman, että se päätyisi viranomaisten käsiin. A:n väittämää epätietoisuutta oli pidettävä epäuskottavana, ja hänen toimintaansa hyvinkin poikkeuksellisenä. A:n toimien pyrkimyksenä oli täten ilmeisesti ollut hänen itsensä suojeleminen, ja hänen voitiin katsoa ainakin aavistaneen mitä kassi sisälsi.

KKO:n vuonna 2001 julkaisemista huumausaineratkaisuista (KKO 2001:13, 2001:17) ilmenee, että tuomitseminen tahallisesta rikoksesta edellyttää, että tekijä on joko tietoinen kaikista rikoksen tunnusmerkistöön kuuluvista seikoista, tai että hänen voidaan katsoa ainakin pitäneen niiden olemassaoloa varsin todennäköisenä. Alarajana on täten pidetty suoraan laista ilmenevää (seuraustahallisuuden) ”varsin todennäköisenä” (RL 3:6) rajaa. KKO:n esittelijä *Hirvonen* kommentoi tätä omaksuttua rajaa tapauksen

---

104 *Virkki* 2009, s. 88. Katso myös *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 227. Katso myös KKO 2006:64, esittelijä *Hirvosen* mietintö, koskien huumausaineen laatua ja vaarallisuutta.

105 KKO 2006:64, esittelijä *Hirvosen* mietintö, koskien huumausaineen laatua ja vaarallisuutta.

KKO 2006:64 yhteydessä. Hänen mukaansa omaksuttu linja oli omiaan johtamaan epäoikeudenmukaisiin ratkaisuihin. Hänen mukaansa (törkeissä) huumausainetapauksissa kvalifiointiperusteita koskevan tahallisuuden alaraja olisi arvioitava uudelleen, ja että alarajaksi asetettaisiin ”varteenotettavan mahdollisuuden” tasolle, jolloin tiedostaminen ja hyväksyminen riittäisi.<sup>106</sup>

KKO 2006:64

Syytetyt M ja O olivat matkustaneet Tukholman kautta Tampereelle hakemaan suuren määrän amfetamiinia. Noudettuaan amfetamiinia sisältäneen repun, he olivat kuljettaneet sitä jonkin matkaa, kunnes O oli kuljetuksen aikana katsonut repun sisään. Hän oli omien sanojensa mukaan mennyt paniikkiin nähdessään repun sisällön. Tämän seurauksena hän oli poikennut alkuperäisestä suunnitelmasta ja laittanut repun rautatieaseman säilytyslokeroon, josta viranomaiset sen olivat myöhemmin noutaneet. Syytetyt eivät olleet tieneet, selvittäneet tai pyrkineet selvittämään repussa olleen huumausaineen tarkkaa laatua tai määrää, eivätkä he olisi voineet kuriirin asemassa vaikuttaa tähän. Oikeudellinen kysymys koski sitä, voitiinko heidän kuitenkin katsoa tieneen repun sisällöstä sellaisella tarkkuudella, että heidät voitiin katsoa syyllistyneen törkeään huumausaineen hallussapitoon. Sekä KO että HO katsoivat O:n ja M:n syyllistyneen törkeään huumausainerikokseen. KKO katsoi, että M:n ja O:n oli täytynyt jo repun koon ja painon perusteella pystyä päättämään, että huumausaineen mahdollisesta laadusta riippumatta kyse oli kuitenkin suuresta määrästä. Tuomioistuimien piti epäuskottavana, ettei syytetyillä olisi ollut todellista mahdollisuutta selvittää tai ainakin huomattavalla todennäköisyydellä arvata hallussa pitämänsä huumausaineen laatu. Repun noutaminen, suunniteltu maastavienti ja näihin tähtäävät toimenpiteet olivat olleet hyvin tarkoin suunniteltuja, mikä viittasi lastin korkeaan arvoon. Hyväksyessään kuriirin tehtävän heidän voitiin myös katsoa hyväksyneen sen seurauksen ja syyllisyyden asteen minkä kyseinen huumausaineen määrä ja laatu aiheuttivat. KKO:n mukaan ei ollut perusteltua tulkita tällaista tarkoituksellista tietämättömyyttä tunnusmerkistöerehdyksenä, koska M:n ja O:n päätös olla tarkistamatta repun sisältöä oli nähtävä heidän kannaltaan tietoisena ratkaisuna. HO:n tuomiota ei muutettu. KKO:n päätös oli yksimielinen.

Esittelijä Hirvosen syyksiluettavuuden ja tahallisuutta koskevan mietinnön mukaan aikaisempi oikeuskäytäntö ja siitä kodifioitu RL 3:5–6:n sanantarkka tulkinta johtaisi siihen, että yllämainitun kaltainen tarkoituksellisen tietämättömyyden hyväksyminen poistaisi syytetyiltä rikosoikeudellisen tietämyksen ja täten vastuun. Syytteiden hylkääminen ainoastaan tällä perusteella olisi hänen mukaansa kriminaalipoliittisesti kestävämpi, ja että vapauttava päätös aiheuttaisi erityisesti huumausainerikollisuuden kontrollin kannalta merkittävän ongelman. Etenkään huume-kuriirit eivät tavallisesti tiedä, eivätkä halua tietää, lastinsa todellista tarkoitusta tai käyttötapaa, eivätkä he myöskään tunne eri huumelaatuja tai mihin ne asettuvat eri vaarallisuuden asteikoilla.<sup>107</sup>

”Mikäli huumausainekuriirin tuomitseminen törkeästä huumausainerikoksesta edellyttäisi

<sup>106</sup>Esittelijä *Hirvonen*, KKO 2006:64.

<sup>107</sup>KKO 2006:64, esittelijä *Hirvosen* mietintö, koskien olosuhdetahallisuutta ja tahallisuuden alarajaa. Tässä on kuitenkin huomautettava, ettei *Hirvonen* peräänkuuluta sitä, että kuriireja tuomittaisiin yhtä ankaraan rangaistukseen kuin hänen toimeksiantajansa tai huumausaineiden jakelusta vastaava henkilö.

kuriirin täyttä tietoisuutta lähetyksen sisällöstä tai ainakin siitä, että kuriiri on pitänyt varsin todennäköisenä, että lähetyksessä on erittäin vaarallista huumausainetta [...] olisi tarkoituksellisesti mahdollisimman tietämättömänä pysyttävä satunnaisen kuriirin tuomitseminen käytännössä mahdotonta.”<sup>108</sup>

Tuomioistuimien katsoi siis M:n ja O:n olleen tarvittavalla tavalla tietoisia, paitsi huumausaineiden olemassaolosta, niin myös niitä koskevista kvalifointiperusteista. Hirvosen ehdottama uusi ratkaisulinja ei olisi poistanut periaatteellista kysymystä siitä, kuinka lakiin sidottujen tuomioistuimien ja lainkäyttäjien tulisi arvioida tällaista sinänsä tosiallista tietämättömyyttä, joissa tekijä on kuitenkin päättänyt säilyä tahallaan tietämättömänä tietyistä olosuhteista. Tuomareiden on usein vapaan todistusharkinnan rajoissa tyydyttävä välilliseen todisteluun. On eittämättä perusteltua katsoa, että tarkoituksellinen tietämättömyys on keskeisellä tavalla hyväksyttävää tai välinpitämätöntä. Tässä lähtökohdassa voi kuitenkin piillä oikeudellinen dilemma, sillä siitä voi helposti muotoutua syytetyn kannalta epäedullinen kehäpäätelmä: tarkoituksellinen tietämättömyys perustetaan nimittäin käsitykselle siitä, että tekijän oletetaan tienneen aineen laittomuudesta, mikä taas perustellaan sillä seikalla, että hän on jättänyt tarkistamatta sisällön tai asian oikean laidan.<sup>109</sup>

### 3.5.3 Yhteenveto

Yhteenvetona voidaan todeta, ettei hallussapito-termille ole perinteisten hallussapitorikoksien yhteydessä määritelty kattavaa merkitystä tai ehdotonta rajausta. Tekijän tahallisuus kompensoi varsin merkittävällä tavalla tätä konseptia. Niin kauan kuin henkilö voi konkreettisesti hallita esinettä tai määrätä sen kohtalosta, voidaan hänen katsoa pitävän sitä hallussaan.

Yllämainitusta huolimatta esineen hallussapitäminen ei voi perustua yksinomaan tekijän tahallisuuteen tai tietoisuuteen, vaan rangaistavuus on aina ankkuroitava johonkin konkreettiseen perustaan tai ytimeen, eli toteennäytettyyn (reaalimaailmassa ilmenevään) rikosnimikkeessä mainittuun seikkaan, yhteyteen tai olosuhteeseen. Henkilö, joka rukoilee naapurinsa kuolemaa, ei voida katsoa olevan syyllinen tämän myöhemmin tapahtuvaan kuolemaan, jollei hän ole myös ryhtynyt toimiin tämän seurauksen aikaansaamiseksi. Se, että hän on itse täysin vakuuttunut omasta syyllisyydestään, ei ole relevanttia. Samoilla perusteilla henkilö, joka tietää, että hänen

<sup>108</sup>KKO 2006:64, esittelijä *Hirvosen* mietintö.

<sup>109</sup>*Virkki* 2009, s. 89–92.

tuttavansa säilyttää lukitsemattomassa kaapissa huumausaine-erää, ei voida katsoa syyllistyneen sen hallussapitoon perustuen ainoastaan tähän tietoisuuteen, vaikka myöhemmin ilmenisikin, että hän olisi ollut kiinnostunut tällaisen materiaalin hankkimisesta. Hallussapitoon ei myöskään syyllisty sellainen henkilö, joka kävellessään kadulla huomaa maassa lojuvan paketin, joka tarkemman tarkastelun yhteydessä sisältää huumausainetta, vaikka:

- a) hän käsittelisi pakettia tarkemmin, tarkoituksenaan saada selville sen luonne (esimerkiksi siirtää sivuun sitä peittäviä lehtiä tai nostaa paketin ylös tarkempaa tarkastelua varten),
- b) hänen ymmärryksensä kattaisi aineen laadun ja luonteen määrittämisen, ja
- c) hän voisi vielä myöhemmin palata paikalle, noutaa paketin tai saada paketti noudettua ilman merkittäviä esteitä.

Henkilön kontrollin tai hallinnan on siis oltava luonteeltaan jollakin tavalla *konkreettinen*. Yllä olevan esimerkin kaltaisessa tapauksessa tämä hallinta voi ilmetä esimerkiksi reppuun siirtämisen tai vastaavan toimen muodossa, tai mikäli henkilö piilottaa tai siirtää paketin muualle. Mikäli tällaisten toimien tarkoitus on ollut mahdollistaa myöhempi konkreettinen tai välitön kontrolli (esimerkiksi nouto tai hakeminen), on jo tämä viite siitä, että tekijällä on esine hallussaan. Tällöin hallussapidon ei tarvitse olla takavarikon hetkellä välitön.

Oikeuskäytännössä ei ole kuitenkaan otettu kantaa siihen, kuinka pitkälle tämä konkreettisen hallinnan ehto ulottuu. Voiko se periaatteessa kattaa myös toisella puolella maailmaa olevan esineen? Teknisesti tämä olisi mahdollista, sillä nykyiset tietotekniset välineet mahdollistavat suoran ja helpon reaaliaikaisen viestittelyn sekä esimerkiksi lähetyksien seurannan ja niihin vaikuttamisen. Tällöin esimerkiksi keskustelut tai ohjeidenannot eivät ole enää rajoittuneet kansallisten, maantieteellisten rajojen sisälle, eivätkä ne ole riippuvaisia lähettien toimista. KKO 2013:65:ssa omaksuttu oikeudellinen kanta, että lähetys on siirtynyt tilaajan vastuulle sen poistuttua lähettäjän hallinnasta, mahdollistaa varsin kattavan vastuun ulottamisen hankkimismuodon kautta. Tällöin kuitenkin ongelmaksi muodostuu ensinnäkin teon alkuhetken määrittelemisen: onko luontevaa sanoa, että on olemassa todellinen vaara rikosoikeudellisesti sanktioitujen seuraamuksien tai olotilan syntymisestä, jos esine on vielä toisella puolella maailmaa? Toiseksi ongelmaksi muodostuu hallussapito-termin ontoutuminen: jos kaikki tähän

johtavat toimet voidaan kattaa hankkimistoimella, mitä oikeastaan jää jäljelle hallussapidosta?

Tahallisuutta (ja etenkin olosuhdetahallisuutta) koskevat oikeudelliset teoriat rakentuvat luonteeltaan hyvin abstrakteille tasoille, ja tahallisuus onkin eräs rikosoikeuden moniulotteisimmista ja käsitellyimmistä käsitteistä.<sup>110</sup> Tahallisuutta koskevat teoriat tarjoavat analyyttisen näkökulman siitä kuinka kattavan tekijän tietoisuuden on oltava, jotta hänen tahallisuutensa voidaan katsoa kattavan teon seuraukset tai sen rikosoikeudellisesti relevantit olosuhteet.<sup>111</sup> Samalla on kuitenkin otettava huomioon tahallisuuden käytännönläheinen sisältö ja merkitys sekä se, miten tapauksessa esiintyvät seikat näyttäytyvät ulkopuolisille.<sup>112</sup> Hyttinen (2015) on käsitellyt KKO:n välillä joustavaa suhtautumista tahallisuuden alarajaan, jossa yhdistetään tahto- ja mieltämisteoriaa. Tulen käsittelemään tätä kattavammin luvussa 5.3.

## 4 Tietokoneisiin liittyvät hallussapitorikokset

### 4.1 Sukupuolisiveellisyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan hallussapito

RL 17:19.1 mukaan henkilö, joka oikeudettomasti pitää hallussaan kuvaa tai kuvatallennetta, jossa sukupuolisiveellisyttä loukkaavasti esitetään lasta, on tuomittava sukupuolisiveellisyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan hallussapidosta sakkoon tai vankeuteen enintään vuodeksi. Ennen vuoden 1997 kriminalisointia (HE 6/1997) ei tällaisten kuvien tai kuvatallenteiden hallussapito ollut Suomessa kriminalisoitu, ellei kyseessä ollut hallussapito levittämistarkoituksessa.<sup>113</sup> Perusteluna tälle oli lainsäätäjän varsin pidättyväinen suhtautuminen pelkästään tietyn esineen hallussapidon kriminalisointiin. Lähtökohtana pidettiin, että myös tällaisissa tapauksissa kriminalisointi tuli pikemminkin kohdistaa tällaisten tuotteiden valmistukseen ja levittämiseen.<sup>114</sup> Samaisen pykälän 2. momentin mukaan hallussapidosta tuomitaan myös henkilö, joka on maksua vastaan tai muuten sopimalla hankkinut pääsyt tällaiseen kuvaan tai kuvatallenteeseen, niin että se on hänen käytettävissään, ilman että se

<sup>110</sup>KKO 2006:64, esittelijä *Hirvosen* mietintö. *Virkki* 2009 s. 75. *Tapani* 2010, s. 134.

<sup>111</sup>*Virkki* 2009, s. 92.

<sup>112</sup>*Tapani* 2010, s. 134.

<sup>113</sup>HE 6/1997 vp, s. 149.

<sup>114</sup>HE 6/1997 vp, s. 149. Lainmuutoksen tarkoituksena oli vaikuttaa tällaisen materiaalin markkinoihin ja sen kysyntään. Vaikka tällaisesta materiaalista kiinnostuneet henkilöt eivät välittäisikään kriminalisoinnista, vaikeutuisi jo ennestään laitton ja salainen kauppa kattavamman kriminalisoinnin myötä, sillä viranomaisten ei tämän jälkeen tarvitsisi jokaisessa tapauksessa todistaa erillistä levittämistarkoitusta.

tallentuu tietokoneelle tai muulle tekniselle laitteelle. Tällaisesta tarkoituksesta ja tietoisuudesta voidaan saada vahvistusta siitä, että syytetty on käynyt kyseisellä sivustolla toistuvasti, tai että hän on maksanut pääsystä.<sup>115</sup> Pääsyn hankkimista koskeva momentti lisättiin vuonna 2011 (HE 282/2010 vp), ja sen taustalla oli pyrkimys saattaa kansallisesti voimaan Euroopan neuvoston yleissopimus lasten suojelemisesta seksuaalista riistoa ja hyväksikäyttöä vastaan (CETS 201, jäljempänä ”yleissopimus”).<sup>116</sup>

Hallituksen esityksen mukaan lainmuutoksen tarkoituksena oli muun muassa hallussapidon tekotapojen yhtenäistäminen levittämistä koskevien tekotapojen kanssa.<sup>117</sup> Yleissopimuksen 20 artiklan mukaan sopijapuolten on kriminalisoitava oikeudeton sukupuolisiveellisyyttä loukkaavien, lasta esittävien kuvien a) tuottaminen (*producing*), b) tarjoaminen tai saataville asettaminen (*offering or making available*), c) jakaminen tai välittäminen (*distributing or transmitting*), d) hankkiminen itselle tai toiselle (*procuring*), e) hallussapito (*possessing*) ja f) tietoinen pääsyn hankkiminen tieto- ja viestintäteknologian välityksellä (*knowingly obtaining access, through information and communication technologies*). Tietoinen pääsyn hankkiminen (kohta f) edellyttää, että henkilön on ollut tarkoitus mennä kyseiselle sivustolle, tietoisena siellä tarjottavasta materiaalista.<sup>118</sup> Pääsyn hankkiminen sisällytettiin hallussapitoa koskevaan lainkohtaan ilman, että alkuperäistä rikosnimikettä muutettiin, vaikka hallituksen esityksessä myönnetäänkin, että ”[kysymyksessä] ei olekaan varsinaisesti lapsipornografian hallussapidosta.”<sup>119</sup> Pääsyn hankkimisen sisällyttämistä hallussapitoa koskevaan lainkohtaan oli tästä huolimatta perusteltavissa muun muassa tietotekniikan nopealla kehitymisellä ja hankkimisen ja hallussapito-tekemuotojen ajallisilla ja käytännön yhteneväisyyksillä.<sup>120</sup> Lainsäätäjän käyttämä lainsäädäntötekniikka on ymmärrettävä, mutta mielestäni tämä voi johtaa laintulkinnallisen systematiikan kannalta epä johdonmukaisuuksiin. Tulen käsittelemään tätä myöhemmin luvussa 4.5.1,

---

115HE 282/2010 vp, s. 51.

116HE 282/2010 vp, s. 5.

117HE 282/2010 vp, s. 15.

118HE 282/2010 vp, s. 51–53. Koska hallussapidon rangaistavuus edellyttää teon oikeudettomuutta, eivät hallituksen esityksen mukaan poliisi-, syyttäjän- tai lainkäyttöviranomaiset syyllisty hallussapitoon työskennellessään tällaisen materiaalin kanssa (s. 150). Myös tietyissä muissa tilanteissa hallussapito ei ole oikeudetonta, jos se liittyy esimerkiksi tarpeelliseen tieteelliseen tutkimukseen taikka tiedotusvälineiden raportointiin. (s. 151.)

119HE 282/2010 vp, s. 52.

120HE 282/2010 vp, s. 52. Luonteeltaan samankaltainen, yleisluontoinen toteamus on löydettävissä myös väärennysaineiston hallussapitoa koskevassa hallituksen esityksessä (HE 2/2003 vp, s. 16).

pilvitiedostojen yhteydessä.

Muissa Pohjoismaissa on omaksuttu laajalti vastaavanlaiset kriminalisoinnit. Ruotsissa vastaava säännös on Brottsbalkenin (BrB, 1962:700) 16:10a 5 kohta, jonka mukaan kriminalisoinnin kohteena on lapsipornograafisen kuvan hallussapito tai sellaiseen pääsyn hankkiminen ja sen katsominen (”[...] innehar en sådan bild av barn eller betraktar en sådan bild som han eller hon berett sig tillgång till”). Tanskassa vastaava säännös on Straffelovenin (Strfl) 24:235 2. kohta, jonka mukaan tällaisen materiaalin hallussapito tai pääsyn hankkiminen internetin tai vastaavan viestintäteknologian tai välineen välityksellä on rangaistavaa (”Den, som besidder eller mod vederlag eller gennem internettet eller et lignende system til spredning af information gør sig bekendt med pornografiske fotografier eller film, andre pornografiske visuelle gengivelser [...]”). Täten Suomessa, Ruotsissa ja Tanskassa on siis käytännössä kriminalisoitu tällaisen materiaalin tahallinen, suunnitelmallinen katseleminen.<sup>121</sup> Tulen myöhemmin käsittelemään tätä koskevia ongelmia välimuistia ja pilvitiedostoja koskevassa luvussa (4.5).

Suomen, Ruotsin ja Tanskan lainsäädännössä mainitaan selvästi, että kriminalisointi koskee visuaalisia teoksia, jotka kattavat varsinaisten kuvien ja kuvatallenteiden ohella myös realistiset tietokoneella tuotetut kuvat.<sup>122</sup> Sen sijaan kirjallinen materiaali on säilytetty kriminalisoinnin ulkopuolella. Norjalainen lainsäädäntö on varsin merkittävä poikkeus tästä linjasta, ja on luonteeltaan kaikkein kattavin.<sup>123</sup> Norjalaisessa Straffelovenissa (Strl 2005) 311 § on kriminalisoitu sukupuolisiveellisyyttä loukkaavien, lapsia sisältävien ”kuvaelmien”<sup>124</sup> valmistaminen, hallussapito ja levittäminen, sekä tällaiseen pääsyn hankkiminen, joko maksua vastaan tai muuten sopimalla (”[...] produserer, anskaffer, innfører, besitter, overlater til en annen eller mot vederlag eller planmessig gjør seg kjent med fremstilling av seksuelle overgrep mot barn eller fremstilling som seksualiserer barn”).<sup>125</sup> Kuvaelma-termin on katsottu

<sup>121</sup>Holst 2015, s. 176–177. Kronqvist 2013, s. 162.

<sup>122</sup>Katso esimerkiksi Kommenteret straffelov / Jensen 2005, s. 300–301 ja HE 282/2010 vp, ss. 54–56. Myös Akdeniz 2008 (s. 21–24), ja Gillespie 2011 (s. 48–51) käsittelevät tällaisia tietokoneen avulla keinotekoisesti tuotettuja kuvia (engl. ”pseudophotographs”). Tällaiset kuvat voivat olla monen eri valokuvan fuusio, tai valokuvia, joita on manipuloitu sellaisella tavalla ja kattavuudella, että siinä esiintyvien henkilöiden ikää tai henkilöllisyyttä on vaikea tai mahdotonta vahvistaa.

<sup>123</sup>HE 99/2006 vp, s. 6.

<sup>124</sup>Käännös T.S.

<sup>125</sup>Norjalainen lainsäädäntö eroaa muista Pohjoismaisista myös siten, että myös tuottamuksellinen hallussapito voi olla rangaistavaa (Straffeloven 311.2. ”Den som uaktsomt foretar handling som nevnt

kattavan myös (fiktiivisen) kirjallisen materiaalin. Tämä ilmenee lain esitöissä, ja termin kattavuuteen on otettu kantaa muun muassa seuraavassa hovioikeuden ratkaisussa.

Borgarting lagmannsrett, LB-2016-41804.

A oli ollut aktiivinen eräällä internetin keskustelupalstalla, jossa hän oli useassa eri tilanteessa keskustellut ja viestitellyt muiden käyttäjien kanssa. Hän oli sekä lähettänyt että julkaissut tekstejä, jotka kuvasivat varsin graafisesti muun muassa lasten (törkeää) seksuaalista hyväksikäyttöä. Tapauksen kuvauksesta ei kuitenkaan ilmene, että hän olisi näissä viesteissä vaihtanut tai levittänyt varsinaisia kuvia, esimerkiksi linkkeinä tai ladattavina tiedostoina. Tapauksen kuvauksesta tai syytteestä ei myöskään ilmene, että A olisi syyllistynyt teksteissään kuvaamiin tekoihin tai suunnitellut teksteissään kuvaamiaan tekoja. A:n mukaan tekstit eivät vastanneet lain määritelmää kuvauksesta ja että kyseessä oli ainoastaan hänen yksityisistä fantasiaistaan. HO katsoi, etteivät lain terminologia tai lain esityöt rajoittaneet kuvaelmien merkitystä ainoastaan kuviin tai muihin visuaalisiin esityksiin.<sup>126</sup> A:n katsottiin syyllistyneen sukupuoliseellisyttä loukkaavan materiaalin valmistamiseen (Strl 2005 § 311.a)

Kirjalliset tekstit eivät yleensä ole yhtä vaikuttavia kuin kuvat, eivätkä ne ”tunkeudu lukijan tajuntaan” ilman tämän omaa aktiivista osallistumista.<sup>127</sup> Yleiskielellinen tulkinta näistä termeistä ei täten tue norjalaistyyppistä tulkintaa. Myöskään hallituksen esityksestä ei löydy mitään tästä tulkintalinjasta poikkeavaa, eikä suomalaisessa oikeuskäytännössä ole tutkielman kirjoittamisen hetkellä otettu kantaa tähän.<sup>128</sup>

Selventävänä yhteenvetona voidaan todeta, että yleissopimuksen 20 artiklan 2 kappaleen mukaan sukupuoliseellisyttä loukkaavaksi, lasta esittäväksi kuvaksi

---

*i første ledd [...]”). Holst 2015, s. 173. Katso myös HE 99/2006 vp, s. 6.*

126Norjalaisessa lainmuutosta koskevassa hallituksen esityksessä (*Ot.prp. nr. 37, Om lov om endringar i straffelova (eige straffebod om kjønnslege skildringar som gjer bruk av barn)*) keskityttiin ainoastaan visuaalisiin kuvaelmiin. Lakivaliokunnan (*justiskomiteen*) lausunnossa (*Inst. O nr. 66*) kuitenkin ehdotettiin muutosta medianeutraalimpaan suuntaan (*[...] enhver fremstilling uansett medium, også tekst.*) (s. 3), joka myös siirtyi lakiin. Kirjallinen materiaali on lainvastaista myös esimerkiksi Kanadassa (CCC 163(1) (a) (*Akdeniz 2008, s. 156*).

127HE 6/1997 vp, s. 152.

128Muissa Pohjoismaissa omaksuttua linjaa voidaan puoltaa sekä sananvapaudellisin perustein että suojeltavan oikeushyvän puuttumisen vuoksi. Sukupuoliseellisyttä loukkaavat kuvat loukkaavat lasten oikeuksia, ja myös pelkästään halussapidon kriminalisointi on perusteltua. Hallituksen esityksessä mainitaan esimerkkinä, että tällaisia valokuvia voitaisiin muun muassa käyttää lasten houkuttelemiseen (HE 6/1997 vp, s. 149). On mielestäni kuitenkin vaikeata perustella kirjallisten tekstien kriminalisointia samoilla perusteilla, etenkin ilman erillisiä lainsäädännöllisiä toimenpiteitä. Täten voidaankin katsoa, että mikäli yllä käsitelty norjalainen tapaus olisi tapahtunut Suomessa, ei A:n voitaisi katsoa teoillaan syyllistyneen rikokseen, mikäli; 1) tällaiseen keskusteluun tai tilaisuuteen osallistuvat henkilöt ovat aikuisia (eikä A:lla ole ollut aihetta epäillä toisen osapuolen väitettyä ikää), 2) materiaalia ei ole pyritty saattamaan lasten ulottuville tai lasta yritetty houkutelaa seksuaalisiin tarkoituksiin (RL 20:8b), 3) keskusteluissa on käytetty ainoastaan kirjallista tai ei-sukupuoliseellisyttä loukkaavaa visuaalista materiaalia, 4) eikä ole näytettävissä, että kyseessä olisi täytetyn rikoksen kuvaus tai sen valmisteluun tai suunnitteluun liittyvä toimenpide. Tässä vaiheessa on mielestäni yhdentekevää onko kyseessä esimerkiksi puhtaasti provokatiivinen teksti tai itsetyydytys. Hallituksen esityksessä HE 6/1997 vp todetaan, että tarkoituksena ei ole kriminalisoinnin kautta puuttua siihen, millaista eroottista tai pornografista aineistoa aikuiset ilman julkisuutta itselleen hankkivat, tai minkälaiseen suostumuksenvaraisiin seksuaalisen kanssakäymisiin he ryhtyvät (s. 146, 148).



(”lapsipornografiaksi”) katsotaan ”kaikkea materiaalia, jossa visuaalisesti kuvataan lasta todellisessa tai simuloitussa seksuaalisessa toiminnassa tai mitä tahansa lapsen sukupuolielinten kuvaamista ensisijaisesti seksuaalisiin tarkoituksiin.”<sup>129</sup> Lapsella taas tarkoitetaan kahdeksaatoista vuotta nuorempaa henkilöä sekä henkilöä, jonka ikää ei voida selvittää, mutta jonka on perusteltua syytä olettaa olevan kahdeksaatoista vuotta nuorempi (RL 17:18.2). Kuva on todellisuuspohjainen, jos se kuvaa tosiasiallisesti tällaista tilannetta, ja todenmukainen jos se erehdyttävästi muistuttaa valokuvaa tai muuta kuvatallennetta.<sup>130</sup>

Tässä vaiheessa on tehtävä tärkeä tarkentava huomio. Johtuen tällaisen materiaalin kansainvälisestäkin laittomasta luonteesta ja sosiaalisesta stigmasta ei tällaiseen vakavaan, räikeästi lainvastaiseen materiaaliin voi törmätä tavallisen, jokapäiväisen selaamisen yhteydessä.<sup>131</sup> Tällaista materiaalia ei löydy tavanomaisen hakukonehaun avulla, vaan tavallisesti haut vievät tällaista materiaalia vastustavien tai tutkivien ryhmien sivustoille. Viranomaisilla on myös mahdollisuuksia estää ulkomaisten sivustojen esilletuonti (Lapsipornografian levittämisen estotoimista annettua lakia koskevan hallituksen esitys HE 99/2006 vp, 4.1§). Tällaista materiaalia sisältävät sivustot ovat usein maksullisia tai salasanoin suojattuja, ja niiden pitkistä ja monimutkaisista nimistä johtuen niihin päätyminen vahingossa on epätodennäköistä.<sup>132</sup> Lisäksi sivustot ovat usein lyhytaikaisia.<sup>133</sup> Mikäli kyseessä on avoin sivusto, on

---

129HE 282/2010 vp, s. 52.

130Termiä todenmukainen on käsitelty HD:n ratkaisussa NJA 2012 s. 400. Tapaus koski piirrettyjä niin sanottuja *manga*-tyylisiä kuvia, jotka ovat tavallisia ja yleisesti saatavilla Japanissa. A:ta syytettiin lapsipornon hallussapidosta (BrB 16:10 a §). A:n hallussapitämien kuvien luonnissa ei ollut käytetty oikeita malleja, ja kuvat olivat aiheeltaan fantasiaperusteisia. Tästä huolimatta sekä KO että HO katsoivat tuomioidensa perusteluissa, että rikosnimike kattoi myös tämänkaltaiset kuvat. Vaikka tapauksessa ei ollut kyse todellisista seksuaalisista hyväksikäytöistä tai sellaisten kuvauksista, oli kyse eittämättä kuvista (”bilder”), joissa ainakin osissa kuvattiin lapsenomaisia henkilöitä seksuaalisävytteisillä tavoilla. Kuvat olivat myös kiistatta olleet A:n hallussa. HD totesi alioikeuksien tavoin, että oli selvää että lainsäätäjällä oli ollut tarkoitus kattaa myös piirretyt kuvat ja piirroksot. Kyseisessä tapauksessa kuvat olivat kuitenkin niin kaukana todellisuudesta (”orealistiska”), eivätkä kyseessä olleet todelliset henkilöt tai teot, ettei sananvapauden hyvinkin ehdoton rajoitus tällaisessa tapauksessa ollut kohtuullista. Ainoastaan yksi kuva katsottiin niin todenmukaiseksi, että se voitiin katsoa lain vastaiseksi. A:lla katsottiin kuitenkin olleen hyväksyttävä syy kyseisen kuvan hallussapitoon. Syytteet muiden kuvien osalta hylättiin. Suomalaisessa lain esitöissä todetaan, että termin todellisuuspohjainen ja todenmukainen voivat olla toisiaan täydentäviä, ja että esimerkkinä tällaisesta voidaan mainita ”erehdyttävästi oikeaa valokuvaa muistuttava kuva, joka perustuu hyväksikäyttötilanteeseen” (HE 282/2010 vp, s. 103).

131Holst 2015, s. 195. Kronqvist 2013, s. 163. Katso myös HE 99/2006 vp s. 5.

132Holst 2015, s. 195.

133Asiaan on otettu kantaa muun muassa KHO:2013:136 koskien niin sanottua ”lapsiporno.info”-tapausta. Keskusrikospoliisin KHO:lle toimittaman vastaselityksen mukaan tällaisten sivustojen linkaari on lyhyt, ja merkittävä määrä sivustoista vanhenee tai siirtyy muualle noin kuukauden kuluessa.

*Kronqvistin* mukaan todennäköisempää, että henkilö on törmännyt kansallisen ja kansainvälisen lainsäädännön rajamailla liikkuviin ja tulkinnanvaraisiin materiaaleihin.<sup>134</sup>

Internetin kansainvälisen luonteen ja rakenteen vuoksi on haasteellista, ellei jopa mahdotonta määritellä kuinka paljon siellä tarjotusta materiaalista on suoranaisesti lainvastaista. Osa tästä haasteellisuudesta on luonteeltaan teknistä, mutta osa on myös juridista. Esimerkkinä jälkimmäisestä voidaan mainita juuri sukupuolisiveellisyttä loukkaava, lasta esittävä materiaali. Vaikka tällaista materiaalia koskeva kansainvälinen lainsäädäntö onkin kehittynyt, ei ole toistaiseksi olemassa kansainvälisesti sitovia lapsia koskevia suojaikärajoja. Suojaikärajat vaihtelevat maiden välillä, tavallisesti neljäntoista ja kuudentoista välillä, mutta joissakin maissa raja voi olla matalampi.<sup>135</sup> Internetsivustot voivat olla keskenään linkitettyjä, jolloin yhdessä maassa laillista materiaalia sisältävä sivusto voi esittää myös lainvastaisia materiaalia mainostavia sivustoja tai ponnahtusikkunoita.<sup>136</sup>

Tämän lisäksi on otettava huomioon, että vaikka henkilö olisi varotoimista huolimatta vahingossa päätenyt tällaiselle sivustolle, ei tätä hallituksen esityksen mukaan katsottaisi pääsyn hankkimiseksi, sillä sivustolla vierailun täytyisi tapahtua ”toistuvasti”.<sup>137</sup>

#### **4.2 Tietoverkkorikosvälineen hallussapito**

RL 34:9b:n mukaan henkilö, joka aiheuttaakseen haittaa tai vahinkoa tietojenkäsittelylle taikka tieto- tai viestintäjärjestelmän toiminnalle tai turvallisuudelle pitää hallussaan 9 a §:n 1 kohdan a alakohdassa tarkoitettua laitetta, tietokoneohjelmaa tai ohjelmakäskeyjen sarjaa taikka (b alakohdassa tarkoitettua) salasanaa, pääsykoodia tai muuta vastaavaa tietoa, on tuomittava tietoverkkorikosvälineen hallussapidosta sakkoon tai vankeuteen enintään kuudeksi kuukaudeksi. Laissa ei määritellä tarkasti tietoverkkorikosvälinettä. Rikoksen kohteena voi olla laite tai tietokoneohjelma tai ohjelmakäskeyjen sarja, joka on suunniteltu tai muunnettu vaarantamaan tai vahingoittamaan tietojenkäsittelyä tai tieto-

<sup>134</sup>*Kronqvist* 2013, s. 163. Katso myös tämän tutkielman alaviitteessä 130 käsiteltyä ruotsalaista HD:n tapausta NJA 2012 s. 400, koskien ns. *manga*-kuvia.

<sup>135</sup>*Greijer – Jaap* 2016, s. 7. Kyseisessä teoksessa mainitaan muun muassa Japani, jossa suojaikäraja on 13 (Japanin rikoslaki, *Japanese Penal Code*, artiklat 176–177).

<sup>136</sup>*Gillespie* 2011, s. 126.

<sup>137</sup>HE 282/2010 vp, s. 51.

tai viestintäjärjestelmän toimintaa taikka murtamaan tai purkamaan sähköisen viestinnän tai tietojärjestelmän tekninen suojaus.<sup>138</sup>

Hallituksen esityksen (HE 153/2006 vp) mukaan tietoverkkorikosvälineellä voi olla myös luvallisia käyttötarkoituksia.<sup>139</sup> Säännöksen soveltaminen ei kuitenkaan edellytä, että välineen pääasiallinen käyttötarkoitus olisi laissa mainittu tietojenkäsittelyn taikka tieto- tai viestintäjärjestelmän toiminnan haittaaminen tai vahingoittaminen, vaan riittävää on jo se, että väline on nimenomaisesti suunniteltu ja valmistettu käytettäväksi myös tällaiseen tarkoitukseen ja että käyttötarkoitus on näytetty toteen.<sup>140</sup> Vahingoittamis- tai haittaamistarkoituksen toteen näyttäminen voi kuitenkin olla haastavaa.<sup>141</sup>

Hallituksen esityksessä todetaan tietoverkkorikosvälineen hallussapidosta lyhykäisyydessään että ”ehdotetussa pykälässä tarkoitettu hallussapito ei välttämättä edellytä välitöntä fyysistä hallintaa (KKO 2001:91).”<sup>142</sup> Esityksessä mainittua KKO:n ratkaisua on käsitelty tarkemmin huumausaineita käsittelevässä luvussa (3.3), ja se on täten yhteneväinen muun muassa väärennysaineiston hallussapitoa koskevan rikosnimikkeen kanssa. Hallussapidon tunnusmerkistö voi tietoverkkorikosvälineen osalta täytyä jo silloin, kun väline tai ohjelma on selvästi henkilön käytettävissä ja hänen määräysvallassaan. Esityksessä mainitaan muun muassa se, että tekijä säilyttää välinettä tai ohjelmaa viraston tai yrityksen keskustietokoneella tai palvelimella, näiden siitä tietämättä.<sup>143</sup> Sen sijaan pelkästään tällaisen ohjelman valmistusohjeen hallussapitäminen ei ole rangaistavaa.<sup>144</sup>

Suomessa ei ole toistaiseksi tietoverkkorikosvälineen *hallussapitoa* koskevaa oikeuskäytäntöä. Oikeuskäytännön puute voi johtua rikosnimikkeen suhteellista uutuudesta, mutta myös siitä, että tällainen teko on voinut lainkonkurenssin myötä subsumoitua osaksi vakavampaa rikosta. Mikäli vakavamman rikoksen tekemiseen

---

138HE 153/2006 vp, s. 19.

139HE 153/2006 vp, s. 56–57.

140HE 153/2006 vp, s. 56.

141HE 153/2006 vp, s. 56-57. Ruotsissa haitallisten virusten ja ohjelmien valmistamista ja hallussapitoa ei ole kriminalisoitu (*Kronqvist* 2013, s. 211–212). Sen sijaan tällaiset toimet voivat kattaa tietomurron tai törkeän tietomurron (BrB 4:9c 1-2) yrityksen tai valmistelun (BrB 4:10) tunnusmerkistöt.

142HE 56/2006, s. 62. Katso myös *Rikosoikeus / Nuotio* 2009, s. 941.

143HE 153/2006 vp, s. 62

144HE 153/2006 vp, s. 62.

liittyy kielletyn esineen hallussapito, ei hallussapitoa ole yleensä katsottu erilliseksi rikokseksi.<sup>145</sup> Tästä johtuen myöskään tietoverkkorikosvälineen hallussapitoa ei hallituksen esityksen mukaan pidettäisi erillisenä rikoksena, mikäli hallussapitäjä on myös syyllistynyt johonkin ankarammin rangaistavaan rikokseen, kuten tietomurtoon (RL 38:8) tai törkeään tietomurtoon (RL 38:8a).<sup>146</sup> Esimerkkinä tästä voidaan mainita myöhemmin luvussa 4.3.3 käsiteltyä KKO:n tapausta KKO 2003:36, jossa syytetyn katsottiin syyllistyneen ainoastaan tietomurron yritykseen, eikä tällaisen mahdollistavan ohjelman erilliseen hallussapitoon.

### **4.3 Hallussapidon olemus tietokoneella**

#### **4.3.1 Yleistä**

Tietokoneessa on tietty rajattu määrä muistia, joka on jaettu eri toimintoihin ja tarkoituksiin. Tietokoneen käyttäjä voi vaikuttaa tähän muistin määrään, jakautumiseen ja sen käyttöön. Kun käyttäjä tallentaa tai asentaa uuden ohjelman, tai kun hän luo kokonaan uuden tiedoston, määrittelee kone sille tietyn tallennustilan ja alueen kovalevyllä olevasta vapaasta muistista.<sup>147</sup> Ellei käyttäjän toimintaoikeuksia ole rajoitettu, on hänellä varsin kattavat mahdollisuudet käsitellä, muuttaa tai poistaa useimpia tietokoneella olevia tiedostoja tai ohjelmia. Tällainen toimi voi kuitenkin edellyttää tiettyjä taitoja tai erikoisohjelmia, riippuen siitä onko kyseessä esimerkiksi peli, tekstitiedosto tai vastaavaa. Useiden varsinaisten asennettavien ohjelmien mukana tulee erillinen poistotoiminto tai komento (ruots. *avinstallera*, eng. *uninstall*), joka

---

145HE 56/2006 vp, s. 62. Katso myös Rikosoikeus / Koskinen 2009 s. 187–188. Hallituksen esityksessä viitataan vanhempaan KKO:n oikeuskäytäntöön (KKO 1980-II-10). Viitatussa tapauksessa A oli puukottanut B:tä useita kertoja vatsan seudulle. KO tuomitsi A:n tapon yrityksestä (RL 21:1), kun taas HO katsoi A:n syyllistyneen tappamistarkoituksen puuttuessa törkeään pahoinpitelyyn (RL 21:6). Näiden lisäksi alioikeudet katsoivat A:n syyllistyneen myös erilliseen teräaseen hallussapitoon yleisellä paikalla (Teräaselaki (108/1977) 4 ja 7 §§). KKO katsoi KO:n tavoin A:n syyllistyneen tapon yritykseen. Teräaseen hallussapidon osalta KKO kuitenkin totesi, että hallussapitoa oli tässä tapauksessa pidettävä surmaamisen yritykseen sisältyvänä toimintana, jota ei voitu katsoa erilliseksi rikokseksi. Veitsi oli ollut A:n hallussa ainoastaan lyhyen ajan, ja sen hallussapito oli liittynyt hänen suunnittelemiin rikollisiin aikomuksiinsa.

146HE 153/2006 vp, s. 62.

147Tietokoneella olevan asian todellisesta olemuksesta voisi kirjoittaa huomattavasti kattavammin, osittain teknisesti mutta myös oikeusfilosofisesti problematisoiden. En tule kuitenkaan tekemään näin. Todettakoon, että tietokoneelle tallennettu, tiettyyn järjestykseen ja muotoon asetettu data on konkreettinen esine kaikilla relevanteilla tavoilla. Tällaiset esineet voidaan omistaa sekä siivili- että rikosoikeudellisessa mielessä, ja niihin voidaan yhdistää oikeudellisia seuraamuksia. Esimerkiksi .GIF, .JPG ja .ZIP tiedostot eivät sinänsä ole visuaalisia kuvauksia tai kuvia, vaan tiettyyn järjestykseen ja muotoon järjestettyä dataa, jonka tietokoneen tiettyjen ohjelmien avulla muuttaa toivottuun muotoon (Holst 2015, s. 177). Kuva on siis sekä tietokoneen ruudulla näytetty kuva että tietokoneelle tallennettu data (Clough 2008, s. 209).

poistaa ohjelman ja sen käyttämät tiedot ja tiedostot ohjatusti. Tulen seuraavassa luvussa käsittelemään tiedoston hallussapidon syntymishetkeä, keskittyen etenkin palvelimen kautta suoritettujen tiedostojen latauksen näkökulmaan. Kuten huumausaineiden ja vääreennysaineiston hallussapitoa koskevissa luvuissa on todettu, ei hallussapittäminen edellytä tavallisissakaan hallussapitorikoksissa välitöntä fyysistä (KKO 2001:91) tai jatkuvaa (Turun HO 2.2.2011 R10/1683) hallussapitoa. Tämä muodostuu erityisen ongelmalliseksi digitaalisissa ympäristöissä. Rajanveto monimutkaistuu entisestään, kun otetaan huomioon, että esimerkiksi sukupuolisiveellisyttä loukkaavien, lasta esittävien kuvien osalta pääsyn *hankkiminen* on katsottu osaksi tai verrattavaksi osaksi *hallussapitoa* koskevaa rikosnimikettä.

#### **4.3.2 Lataaminen uuden tiedoston luomisena**

Latauksessa (ruots. *nerladdning*, engl. *downloading*) on kyse prosessista, jossa tietokoneen käyttäjä hakee internetissä olevaa dataa (esimerkiksi kuvan, ohjelman tai tällaiseen liittyvän ohjelmapäivityksen) ja tallentaa siitä kopion tietokoneen kovalevyille tai muulle hallinnassaan olevalle tallennusvälineelle. Lataus on mahdollista suorittaa periaatteessa kahdella eri tavalla. Ensinnäkin tietokone voi hakea ladattavan kohteen yhdeltä verkkosivulta (palvelimelta). Toiseksi, niin sanotuissa vertaisverkko-tapauksissa, lataus voidaan suorittaa ilman keskeistä (dedikoitua) palvelinta monen eri henkilön kautta. Pohjoismaissa ja Suomessa on hyväksytty tulkinta, jonka mukaan latauksen seurauksena koneelle syntyy tai siirtyy kopio. Tämä lähtökohta ei kuitenkaan ole ainoa perusteltavissa oleva. Tässä luvussa aion vertailun vuoksi käsitellä lyhyesti myös englantilaista oikeuskäytäntöä, jossa lähtökohdaksi on omaksuttu, että latauksen seurauksena tietokoneelle syntyy täysin *uusi* rikosoikeudellisesti relevantti esine.

Englannissa sukupuolisiveellisyttä loukkaavien, lasta esittävien kuvien (*indecent photographs*) hallussapito ja luominen on säädetty rangaistavaksi. Kriminalisointi on keskittynyt *Protection on Children Act 1978*:iin (PCA 1(1c) ”*it is an offence for a person to have in his possession [...] indecent photographs*”) ja *Criminal Justice Act 1988* (CJA 160 (1)(1a) ”*It is an offence for a person to take, or permit to be taken or to make, any indecent photograph or pseudo-photograph of a child.*”).

R. v. Bowden (2000)

Tapauksessa B oli ladannut internetistä sukupuolisiveellisyttä loukkaavaa materiaalia, jonka hän oli tallentanut erillisille levykkeille tai tulostanut ilmeisesti omaan käyttöön.

Häntä syytettiin sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan materiaalin valmistamisesta ("making") (PCA (1(1)a). B kiisti syytteen valmistamisesta. B:n mukaan laissa tarkoitettu valmistaminen edellytti kuvien tai materiaalin alkuperäistä valmistamista tai luomista. Sekä ensimmäinen oikeusaste että *Court of Appeal* (jäljempänä CoA) kuitenkin totesivat, että lainsäätäjän tarkoituksista ja lain sananmuodosta ei voitu saada tällaista käsitystä.<sup>148</sup>

Viitaten termin valmistaa yleiskielelliseen merkitykseen valitustuomioistuin (CoA) lausui, että termi kattoi myös alkuperäisestä tiedostosta luodun kopion valmistustoimen.<sup>149</sup> Käyttäjän katsottiin toimillaan luoneen tietokoneella olleet kuvatiedostot, ja hänet tuomittiin sekä niiden valmistamisesta että erillisestä hallussapidosta.

*"[...] downloading an image led to an image being made, that being the file that is now contained on the offender's hard disc."*

Yllä käsitellyn tapauksen seurauksena tietokoneisiin ja internetiin liittyvissä tapauksissa tiedoston kopioiminen katsotaan englantilaisessa oikeuskäytännössä uuden materiaalin luomiseksi.<sup>150</sup> Tällainen lähtökohta on teoriassa perusteltu, sillä tietokoneella on käyttäjän aktiivisten toimien (tiedoston lataamisen ja tallennuksen) seurauksena uusi tiedosto, joka ei ollut siellä aiemmin. On myös totta, että käyttäjä voi tallentamisen jälkeen muokata tai kopioida tätä uutta tiedostoa tai poistaa sen tahtonsa mukaan.<sup>151</sup> Tästä huolimatta muun muassa *Akdeniz* ja *Gillespie* ovat kritisoineet Bowdenissa päädyttyä johtopäätöstä. Etenkin *Akdeniz* väittää tuomioistuimen johtopäätösten olevan ongelmallisia ja menevän lainsäätäjän tarkoituksen ja lain suoran sananmuodon ulkopuolelle.<sup>152</sup>

Olen samaa mieltä *Akdenizin* ja *Gillespien* kanssa. On vaikea nähdä tällaisen materiaalin lataajaa sen "valmistajana" tai "tekijänä". Olisi mielestäni myös varsin ongelmallista, jos Suomessa lainsäätäjät pyrkisivät lainsäädännön kautta samanlaiseen tulokseen, jossa pelkkä esineen hallussapitorikos katsottaisiin yhtä vakavaksi ja tuomittavaksi toimeksi kuin sen valmistaminen, tai jopa lainkonkurensin yhteydessä

<sup>148</sup>CoA:n mukaan *"[...] a person who either downloaded images on to a disc or who printed them is making them. The Act is not only concerned with the original creation of images, but also their proliferation [...]. To download or print the images within the jurisdiction was to create new material."*

Sekä *Akdenizin* (2008 s. 49–52) että B:n puolustuksen mukaan valmistamis-termi oli kuitenkin alunperin tarkoitettu viittamaan niin sanottuihin pseudovalokuviiin.

<sup>149</sup>*"The term 'make' also has an ordinary meaning and [Oxford English Dictionary] defines the verb 'make' as being 'to bring into existence by constructing or elaboration'. Bringing into existence must include the creation of a copy."* R v Bowden. Katso myös *Gillespie* 2011 s. 118, ja *Akdeniz* 2008, s. 49.

<sup>150</sup>*Gillespie* 2011, s. 120–121.

<sup>151</sup>*Gillespie* 2011, s. 120.

<sup>152</sup>*Akdeniz* 2008, s. 49–50.

yhteensulautuvaksi. Vaikka tuomioistuinten tarkoituksena oli ilmeisesti lähettää mahdollisimman vahva viesti tällaisen materiaalin tuomittavuudesta, on tämä johtanut siihen, että sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan valmistustoimen ja hallussapidon rajanveto on hämärtynyt etenkin internettiin liittyvissä tapauksissa. Tällaisen materiaalin valmistamista koskevat syytteet ovat lisääntyneet merkittävästi, kun taas hallussapidon käyttöala on varsin rajallinen.<sup>153</sup>

Tällainen tulkintamalli ei olisi mahdollista Suomessa. Sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan hallussapitoa koskevassa lainkohdassa (RL 17:19) mainitaan nimenomaisesti ainoastaan hallussapito. Tällaisen materiaalin valmistaminen on kriminalisoitu levittämistä koskevassa lainkohdassa (RL 17:18). Hallussapidon ja valmistamisen yhtenäistävä tulkinta ei saisi myöskään tukea siviilioikeudellisesta tulkinnasta. Siviilioikeudessa termillä ”valmistaa” tarkoitetaan uuden esineen luomista jo olemassa olevasta materiaalista.<sup>154</sup> Vaikka kysymys uuden esineen luonnista ei aina ole selvää tai yksiselitteistä, on Kartion mukaan perusteltua katsoa, että alkuperäisen esineeseen tapahtuvien muutosten on oltava ”olennaisia”, eli että esineen olemuksen on muututtava.<sup>155</sup> Koska latauksen kohteena oleva tiedosto säilyy internetissä on käyttäjän koneella ainoastaan kopio.

R v Bowden on vuodelta 2000, ja kyseessä on täten teknisen kehityksen kannalta suhteellisen vanhasta tapauksesta. Tietotekniikka, yleinen tekninen osaaminen ja ymmärrys tietokoneiden toiminnasta ovat kasvaneet ratkaisun jälkeen merkittävästi, ja nykyisin myös useimmilla tavallisilla rivikansalaisilla on kotitietokoneet ja ainakin mahdollisuus käyttää kattavia tietoverkostoja.<sup>156</sup> Tästä huolimatta Bowden on vielä ennakkopäätöksen asemassa englantilaisessa oikeuskäytännössä, ja päätökseen viitataan oikeuskäytännössä vielä paljon.<sup>157</sup> Vaikka mielestäni Bowdenin ratkaisun taustalla olevat perustelut ja johtopäätökset ovat varsin vanhahtavat, ei niiden voida sanoa olevan täysin ”tuulesta temmattuja”. Perustelun tätä väärennöstä koskevalla rikosnimikkeellä (RL 33:1). Henkilö, joka jäljentää tyhjälle paperille kuuluisan taidemaalarin taulun ja tämän signeerauksen, tarkoituksenaan harhauttaa mahdollista ostajaa, syyllistyy

---

153Akdeniz 2008, s. 55–56. Gillespie 2011, s. 121.

154Kartio 2001, s. 219.

155Ibid.

156Li 2008, s. 83, 91.

157Bowdenissa omaksuttua tulkintaa siitä, että henkilö latauksen yhteydessä *valmistaa* tai *luo* uuden tiedoston on vahvistettu ratkaisuihin R v Smith (2002) ja R v Jayson (2002). Tulen käsittelemään näitä tapauksia myöhemmin välimuistia koskevassa luvussa (4.5.2). Katso myös Akdeniz 2002, s. 433–435.

väärennöksen valmistamiseen. Vaihtoehtoisesti henkilö, joka siirtää internetissä sijaitsevan valokuvan (”tyhjään”) kuvankäsittelyohjelmaan ja tulostaa sen, voi syyllistyä väärennyksen valmistamiseen. Kummassakin tapauksessa on *luotu* jotain uutta, vaikka alkuperäiseen esineeseen tapahtuvat muutokset ovatkin rajoitettuja.

### 4.3.3 Lataus ja latauksen keskeytys

#### 4.3.3.1 Konkreettisen hallinnan vaatimus

Yllä käsitellyissä huumausaine- ja väärennysaineistoa koskevissa hallussapitorikoksissa syytettyjen on katsottu syyllistyneen hallussapitoon sillä hetkellä, kun heillä on ollut konkreettinen hallinta esineeseen. Missä vaiheessa voidaan katsoa, että tämä vaatimus täyttyy internetistä tai sen kautta hankitun materiaalin osalta? Onko hallussapidon edellytyksenä jokin tietty bittimäärä tai prosenttiluku kokonaisuudesta, vai voidaanko katsoa, että hallussapito todellisuudessa alkaa jo ”Lataa”-napin painalluksen, eli hankkimistoimen myötä? Mikäli latauksen aloittaminen katsotaan rikoksen aloittamiseksi tai sen täytäntöönpanohetkeksi, onko sen keskeyttämisellä rikosoikeudellista relevanssia? Toisin sanoen: missä vaiheessa lainvastainen tila (ja lataajan vastuu) alkaa?

Suomalaisessa tai Pohjoismaisissa laeissa, lakien esitöissä tai oikeuskäytännöissä ei ole suoraan otettu kantaa yllä esitettyihin kysymyksiin. Joudun tästä syystä laajalti teoretisoimaan. Jos tapauksissa olisi kyse konkreettisen esineen (esimerkiksi huumausaineen) hankinnasta tai hallussapidosta, asia olisi suhteellisen yksinkertainen. Jos A tilaa B:ltä erän huumausainetta, mutta vastaanottaa siitä vain osan ennen kuin hän vetäytyy ostosta, ei päätöksellä ole tahallisuutta tai rikosnimikkeen täyttymistä koskevaa rikosoikeudellista relevanssia.<sup>158</sup> Lähtökohtana tulen käyttämään kanadalaista ratkaisua *R v Daniels* (2004), jossa hallussapidon syntyhetkeen ja sen problematiikkaan on nimenomaisesti otettu kantaa.<sup>159</sup>

R. v. Daniels (2004).

D oli ollut maksullisena tilaajana (eng. *subscriber*) eräällä aikuisviihdettä sisältävällä ulkomaisella sivustolla. Laillisen materiaalin ohella käyttäjillä oli myös mahdollisuus maksua vastaan ja erillisestä pyynnöstä tilata sukupuolisiveellisyttä loukkaavia, lasta esittäviä kuvia. D oli monessa eri tilanteessa alkanut ladata tällaista laitonta materiaalia, mutta oli kuitenkin aina keskeyttänyt latausprosessin ennen sen päättymistä. Tuomioistuimen mukaan oikeudellinen kysymys koski sitä, voitiinko katsoa, että D:llä oli

<sup>158</sup>*Tapani – Tolvanen* 2013, s. 387–388.

<sup>159</sup>*Clough* 2008, s. 217. Katso myös *Gillespie* 2011, s. 175.



ollut tällaiset osittain latautuneet kuvat hallussaan? D tunnusti tilanneensa syytteessä mainitun materiaalin mutta kiisti syyllistyneensä hallussapitoon, sillä hän oli keskeyttänyt lataukset ennen niiden päättymistä eikä hänellä tästä syystä ollut niitä hallussaan. Viranomaiset eivät olleet löytäneet syytteessä mainittua materiaalia hänen koneeltaan, ja tiedot hänen toimistaan oli saatu yksinomaan hänen IP-osoitetta tarkkailemalla. Tästä syystä D katsoi, että koska viranomaisten ei ollut mahdollista varmuudella sanoa kuinka suuri osa materiaalista oli saapunut perille, ja kuinka paljon hän oli ehtinyt nähdä, ei hänen myöskään ollut mahdollista syyllistyä kuvien hallussapitoon. D:n katsottiin syyllistyneen lapsipornon hallussapitoon ja maahantuontiin (CCC 1985 C-46 163.1(3)(4)).<sup>160</sup>

Tuomionsa perusteluissa tuomioistuimien totesi, että D oli ollut lataamisen aloittamisen yhteydessä täysin tietoinen kuvien sisällöstä ja niiden laittomasta luonteesta, sillä mikäli sivuston käyttäjä halusi ladata laittomia materiaaleja, oli hänen tilattava se perustuen siitä annettuun kuvaukseen. Tuomioistuimen mukaan D hallitsi siis datan lähetys- ja vastaanottamisprosessia täysin, mikä ilmeni etenkin siten, että hän oli kyennyt vapaasti aloittamaan ja keskeyttämään lataukset. Oli siis ollut D:n itsensä päätettävissä kuinka paljon hän halusi nähdä kuvista.<sup>161</sup> Sillä seikalla kuinka suuri osa kuvista tai kuinka monta pikseliä oli tallentunut hänen koneelleen ei ollut tuomioistuimen mukaan rikoksen täyttymisen kannalta relevanssia, sillä kyseessä oli kuitenkin laitton kokonaisuus.<sup>162</sup>

Havainnoillistaan problematiikkaa seuraavan kolmen esimerkkitapauksen kautta. Oletuksena on, että kyseessä on palvelimelta suoritettu kansion lataus, ja että kansiot tai tiedostot ovat niin suuria ettei lataus tapahdu hetkessä. Kyseessä on lataajan kontrollissa oleva toimi, sillä hänellä on halutessaan todellinen mahdollisuus aloittaa ja keskeyttää lataus, tai ylipäänsä estää sen alkaminen.<sup>163</sup> Esimerkkitapauksissa on oletuksena myös, että lataukset suoritetaan sivustolta, joka ei ole maksullinen tai suljettu, eikä myöskään (julkisesti) tunnettu latauksen kohteena olevan laittoman materiaalin tyylisestä levittämisestä, sillä muuten toimi voi jo itsessään täyttää pääsyn hankkimisen tunnusmerkistön (RL 17:19.2).<sup>164</sup>

---

<sup>160</sup>Tässä vaiheessa on otettava huomioon, että D:n lataukset suoritettiin vuosina 1993–1994. Tällöin jopa yksittäisten kuvien ”lataaminen” on voinut modeemi-yhteyksien kautta kestää jopa useita minutteja. Tämä ilmenee muun muassa siitä, että osa osapuolien käyttämästä oikeudellisesta argumentaatiosta perustuu siihen, kuinka nopeasti, millä tavalla ja missä järjestyksessä ladatut kuvat ilmestyivät D:n näytölle (“[...] *if it was appearing on the screen from top to bottom, or bottom to top, or if it was being processed on the screen in a random fashion.*” Tuomion perustelut, kohta 27.). Tapauksessa esiin nostetut periaatteelliset kysymykset ja päätelyt ovat kuitenkin mielestäni relevanteja myös nykyään. Katso myös Clough 2008, s. 217.

<sup>161</sup>R. v. Daniels, ja Clough 2008, s. 217.

<sup>162</sup>”*The pixels, whether one or a million, represent a component and are individually or collectively part of the whole image.*” tuomion kohta 34, Justice Robert A. Fowler.

<sup>163</sup>Kriminalrättens grunder / *Ulväng* 2011, s. 151.

<sup>164</sup>Sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan, lasta esittävän materiaalin osalta näin voi tapahtua esimerkiksi täysin laillisten aikuisviihdesivustojen tai muiden lataussivustojen kautta (Marin 2008, s. 1211) joko

Esimerkki 1: Käyttäjä X aloittaa kansion lataamisen. Kansion sisällön laittomasta luonteesta ei ole epäilystä, sillä kansion kuvauksesta tai sen sisältämien tiedostojen nimistä ilmenee niiden laitton luonne. Hänellä on tämän lisäksi mahdollisuus esikatsella tiedostoa. X keskeyttää latauksen ennen kuin se suoritetaan loppuun.

Esimerkki 2: Käyttäjä Y aloittaa kansion lataamisen. Kansion kuvauksesta tai sen sisältämien tiedostojen nimistä ei ilmene sen lainvastaista sisältöä. Latauksen yhteydessä lataajalla on kuitenkin mahdollisuus esikatsella lataamiaan tiedostoja, tai muuten saada selville niiden laitton luonne. Y keskeyttää latauksen ennen kuin se suoritetaan loppuun.

Esimerkki 3: Käyttäjä Z aloittaa kansion lataamisen. Hänellä ei mahdollisuutta esikatsella tiedostoa, eikä tiedoston kuvauksesta ilmene sen laitton sisältö. Jälkikäteen suoritettussa tarkastuksessa ilmenee, että kansio sisälsi laitonta materiaalia. Z kuitenkin keskeyttää latauksen ennen kuin se suoritetaan loppuun.

#### **4.3.3.2 Yrityksen tai valmistelun kattavuus**

Tässä vaiheessa on todettava, ettei yllä mainittuja tapauksia voi käsitellä yritysopin näkökulmasta. Kyseessä ei voi olla tällaisen materiaalin hallussapidon yritys, sillä esimerkiksi sukupuolisiveellisyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan ja tietoverkkorikosvälineen hallussapidon yritystä tai valmistelua ei ole kriminalisoitu. RL 5:1 §:n mukaan rikoksen yrityksestä rangaistaan vain, jos yritys on tahallista rikosta koskevassa säännöksessä säädetty rangaistavaksi. Kyseessä on rikoksen yritys, kun tekijä on aloittanut rikoksen tekemisen ja saanut aikaan vaaran rikoksen täyttymisestä (RL 5:1.1). Yritys on kyseessä myös silloin, kun vaaran syntymättä jääminen on johtunut vain satunnaisista syistä (2. mom).<sup>165</sup> RL 5:2.1 mukaan yrityksestä ei rangaista, jos tekijä on vapaaehtoisesti luopunut rikoksen täyttämisestä (yrityksestä luopuminen). Rikoksen valmistelu on Suomessa säädetty rangaistavaksi ainoastaan harvoissa tapauksissa, ja tällöin itsenäisillä rikostunnusmerkistöillä.<sup>166</sup>

Sukupuolisiveellisyttä loukkaavien, lasta esittävien kuvien osalta hallituksen esityksessä HE 282/2010 vp todetaan, ettei tällaisen materiaalin hallussapidon yritystä ollut perusteltua kriminalisoida. Näyttöä ja oikeussuojaa koskevien kysymysten ohella huomioon oli otettava myös osatekojen (sivustolle siirtyminen, ladattavan tiedoston valitseminen, latauksen aloittaminen) ajallisesti hyvinkin läheinen yhteys. Tästä syystä

tahaltaan tai erehdyksestä. On myös teoriassa mahdollista, että edellä käsitellyn kaltaista laitonta materiaalia laitettaisiin julkisesti saataville, vaikka tätä voidaanakin pitää epärealistisena. Tulen ottamaan kantaa tähän myöhemmin, välimuistia ja selaamista käsittelevässä luvussa 4.5.

<sup>165</sup> *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 378.

<sup>166</sup> *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 394. *Frände* 2005 s. 293. Esimerkkeinä kriminalisoiduista valmisteluista: RL 11:2 (joukkotuhonnan valmistelu), RL 13:3 (valtiopetoksen valmistelu) ja RL 21:6a (törkeä henkeen tai terveyteen kohdistuvan rikoksen valmistelu). *Frände* (2005) s. 251), *Tapani* ja *Tolvanen* (s. 382–383) mainitsevat myös salakatselun ja -kuuntelun (RL 24:5–6), sekä huumausainerikoksen yrityksen.

lainsäätäjät katsoi, että pääsyn hankkimisen kriminalisointi kattaisi myös hankkimistoimet.<sup>167</sup> Samanlainen kanta on omaksuttu myös tietoverkkorikosvälineen hallussapidon osalta. Hallituksen esityksessä todetaan, että hallussapidämisen rangaistavuus käytännössä kattaa myös hankkimisen, koska hankkimisen seurauksena (tietoverkkorikos-) väline päättyy aina myös hankinnan suorittaneen henkilön haltuun.<sup>168</sup>

Mikäli tarkoituksena olisi esittää valmistelu–yritys–täytetty rikos tyylinen jaottelu, käyttäisin hyväkseni Tapanin ja Tolvasen käyttämää esimerkkiä törkeän ryöstön (RL 31:2) valmistelun kriminalisoinnin problematiikasta.<sup>169</sup> Perustuen heidän tarjoamiinsa näkemyksiin ja perusteluihin katson, että yllä olevissa tapauksissa rikoksen valmistelu olisi sivustolle siirtyminen, tarkoituksena ladata sieltä löytyvää lainvastaista materiaalia, kun taas yrityksen alkukohdaksi muodostuu se, kun lataajat painavat ”lataa”-nappia (aloittavat rikoksen tekemisen).

#### **4.3.3.3 Hankintatoimen kattavuus**

Danielsissa tuomioistuimen esittämät perustelut ovat varsin johdonmukaisia. On kuitenkin otettava huomioon, että ennen kuin lataaminen on suoritettu loppuun, ei tiedosto konkreettisesti ole (olemassa) lataajan koneella. Clough vertaa tapausta siihen, että syytetyn hallusta löytyisi yksi tai useampi osa suuremmasta palapelistä, jotka yhteen koottuna muodostavat laitonta sisältöä esittävän kuvan tai kriminalisoinnin kohteena olevan esineen.<sup>170</sup> Esimerkiksi huumausaineen osittaisella hallussapidolla voidaan saavuttaa se haitta tai hyöty, jotka lainsäädännöllä yritetään estää. Sen sijaan luonteeltaan visuaalinen kuva tai video on laajalti riippuvainen katsottavasta kokonaisuudesta. Koska esine ei tosiasiallisesti vielä ole koneella, voidaan mielestäni perustellusti katsoa, että mahdollinen hallussapito-syyte tosiasiallisesti kohdistuu tällaisissa tapauksissa hankkimistoimeen. Jollei kyseisen aineiston hallussapidon yritystä tai valmistelua ole kriminalisoitu, on syyksilukemisen ehtona, että rikosnimikkeen voidaan muutoin katsoa (tulkita) kattavan myös hankkimis-toimen. Tämä voi tulla esiin joko suoraan lainsäädännössä tai lakien esitöissä, eli lainsäätäjän tarkoitusta selvittäessä. Esimerkiksi sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan (RL 17:19) ja tietoverkkorikosvälineen hallussapitoa (RL 34:9b) koskevissa lainkohdissa ei mainita

<sup>167</sup>HE 282/2010 vp, s. 62–63.

<sup>168</sup>HE 153/2006 vp, s. 63.

<sup>169</sup>Tapani – Tolvanen 2013, s. 403–409.

<sup>170</sup>Clough 2008, s. 218–219.

hankkimistoimea.

Hallituksen esityksessä HE 282/2010 vp todetaan, että toimeenpantavan yleissopimuksen (CETS 201) tarkoituksena on ollut saada aikaan kattava ja laaja-alainen rikosoikeudellinen sopimus, joka kattaisi kaikki sukupuolisiveellisyyttä loukkaava, lasta esittävää materiaalin liittyvät vaiheet, sen valmistamisesta aina hallussapitoon saakka.<sup>171</sup> HE 6/1997:ssä ja HE 282/2010:ssä mainitut perustelut kuvamateriaalin hallussapidon ja tällaiseen pääsyn hankkimisen kriminalisoinnin osalta ovat laajalti samat kuin väärennysaineiston hallussapitoa koskevassa hallituksen esityksessä (HE 2/2003 vp). Yleissopimuksen kohtaa d (hankkiminen, engl. *procuring*) ei kuitenkaan nimenomaisesti lisätty erilliseksi rikosnimikkeeksi. Perusteluna tälle oli se, että ”lähtökohtana voidaan[kin] pitää, että hankkiminen itselle sisältyy käytännössä hallussapitoon.”<sup>172</sup> Lainsäätäjän pyrkimyksenä on ilmeisesti ollut mahdollisimman kattavan kriminalisoinnin aikaansaaminen, ja se että mahdollisimman monta eri rikosnimikettä ja tekemuotoa saatettaisiin yhden pykälän alle.

Lainsäätäjän omaksumaa kantaa voidaan pitää ymmärrettävänä ja perusteltuna. Jaottelu hallussapidon valmistelun, yrityksen ja täytetyn rikoksen välillä voi olla haastavaa tapauksissa, joissa vaiheiden välillä voidaan siirtyä sekunneissa, ilman henkilön merkittävää osuutta tai vaikutusta. Jaottelulla ei myöskään ole sen suurempaa käytännön merkitystä, ottaen huomioon, että hallussapito kattaa myös hankkimistoimet, ja että suoranainen pääsyn hankkiminen on jo kriminalisoitu. Tällainen jaottelu ei helpotu sillä, että tietyissä rikoksissa rangaistavan yrityksen alkupiste on viety lähelle valmistelutointa, josta hyvinkin relevanttina esimerkkinä voidaan mainita tietomurto (RL 38:8).<sup>173</sup> Rikosnimikkeen mukaan henkilö, joka käyttämällä hänelle kuulumatonta käyttäjätunnusta taikka turvajärjestelyn muuten murtamalla oikeudettomasti tunkeutuu tietojärjestelmään, jossa sähköisesti tai muulla vastaavalla teknisellä keinolla käsitellään, varastoidaan tai siirretään tietoja, taikka sellaisen järjestelmän erikseen suojattuun osaan, on tuomittava rangaistukseen tietomurrosta. Myös yritys on rangaistava.

KKO 2003:36

A:ta syytettiin tietomurron yrityksestä (RL 38:8). Syytteen mukaan hän oli suorittanut niin sanotun portiskannauksen. Tällä tarkoitetaan, että hän erityisohjelmaa käyttäen oli

<sup>171</sup>HE 282/2010 vp, s. 5, 51–52.

<sup>172</sup>HE 282/2010 vp, s. 52.

<sup>173</sup>*Tapani – Tolvanen* 2013, s. 382–383.

skannannut läpi kohteena olevan osuuskunnan internettiin yhteydessä olevan verkon kaikki osoitteet, tarkoituksenaan löytää avoimia välityspalvelimia. Skannaus ei kuitenkaan ollut läpäissyt osuuskunnan palomuuria. A:n mukaan hän ei ollut voinut syyllistyä yritykseen, koska skannauksen tarkoitus ei ollut tunkeutuminen vaan pelkästään avoimien palvelujen löytäminen. KO hylkäsi syytteen näytön puutteessa. HO katsoi A:n syyllistyneen siihen, mistä häntä syytettiin. KKO totesi perusteluissaan, että A:n skannausohjelma ei ollut läpäissyt osuuskunnan palomuuria. KKO:n mukaan rangaistavaksi oli kuitenkin saatettu jo se, että tekijä yrittää selvittää tietojärjestelmää turvaavan käyttäjätunnuksen tai murtaa muun turvajärjestelyn, jos teko tehdään tarkoituksella tunkeutua oikeudettomasti tietojärjestelmään. Tässä tapauksessa porttiskannaus oli toimenpide, jonka avulla pyrittiin selvittämään käyttöjärjestelmän haavoittuvuutta. Toimenpiteen avulla voitiin saada tietoja, jotka mahdollistivat luvattoman pääsyn kohteena olevaan järjestelmään. A:n katsottiin syyllistyneen tietomurron yritykseen.

Hovioikeuden perustelujen mukaan A oli pyrkinyt löytämään tavan tunkeutua suojattuun tietojärjestelmään, ja hän olisi myös tehnyt näin, jos tällainen mahdollisuus olisi löytynyt. Teko oli jäänyt siihen, ettei tällaista mahdollisuutta ollut löytynyt. Hovioikeus ei pitänyt uskottavana, että A olisi tehnyt tällaisen toimen (skannauksen) muusta hyväksyttävästä syystä. Hovioikeus katsoi siis, että haavoittuvaisten tai avoimien välityspalvelimien puute oli satunnainen syy. Tuomionsa perusteluissa KKO viittasi hallituksen esitykseen (HE 94/1993 vp), josta ilmenee, ettei tunkeutumiselle ole edellytetty mitään tarkoitusta.<sup>174</sup> Yrityksen kriminalisoinnin taustalla oli lainsäätäjän mukaan tavoite, että viranomaisten olisi helpompaa estää käyttäjätunnuksiin ja turvajärjestelyihin puuttuminen.<sup>175</sup> Tuomion perusteluiden ja tulkinnan mukaan rangaistavaksi oli saatettu jo se, että tekijä yrittää selvittää tietojärjestelmää turvaavan käyttäjätunnuksen tai murtaa muun turvajärjestelyn.<sup>176</sup> Edellytyksenä on, että teko tehdään tarkoituksella tunkeutua oikeudettomasti tietojärjestelmään.<sup>177</sup> Tapauksessa porttiskannaus oli toimenpide, jonka avulla pyrittiin selvittämään käyttöjärjestelmän haavoittuvuutta. Toimenpiteen avulla voitiin saada tietoja, jotka mahdollistivat luvattoman pääsyn kohteena olevaan järjestelmään. Voidaan siis todeta, että tietomurrossa täytäntöönpanotoimi alkaa jo silloin, kun tekijä yrittää hankkia tietoa, joka mahdollistaa tietojärjestelmään murtautumisen.<sup>178</sup>

Perustuen yllä käsiteltyihin hallituksen esityksiin, sekä KKO (tapauksessa KKO 2013:65) esittämiin argumentteihin, voidaan siis todeta, että kyseessä ei ole

---

174HE 94/1993 vp, s. 155–156.

175HE 94/1993 vp, s. 155.

176*Tapani – Tolvanen* 2013, s. 383.

177Ongelmallisena voidaan pitää sitä, kuten *Tapani* asian ilmaisee, ettei KKO ottanut päätöksessään ollenkaan kantaa siihen, kuinka korkea todennäköisyys oli sille, että ohjelma olisi läpäissyt osuuskunnan palomuurit. Oliko siis kyseessä juuri ja juuri sattumanvaraisuuden ylittävä, vai varsin todennäköisesti onnistuva yritys (*Tapani* 2010, s. 85)?

178*Tapani – Tolvanen* 2013, s. 382–383.

tekokokonaisuudesta, joka edellyttäisi välitöntä tai konkreettista fyysistä hallintaa. Latauksen aloittaminen (tietoisena sisällöstä) on osa tällaisen materiaalin hankkimistoimea, jonka on katsottu olevan osa täytettyä rikosta. Ladattava tiedosto on siis katsottava olevan lataajan *hallussa* sillä hetkellä kun sen saapuminen hänen koneelleen on lähettäjän (sivuston tai sen ylläpitäjän) määräysvallan ulkopuolella. Hankkimistointia ei voida tulkita liian kattavasti. Pelkästään tällaista materiaalia tarjoavalle avoimelle sivustolle tietoista siirtymistä ei voida katsoa materiaalin hankkimistoimeksi, sillä vaikka on olemassa vaara rikoksen täyttymisestä, ei tekijä ole vielä aloittanut rikoksen tekemistä. Tällaista tilannetta voidaan verrata yleisluontoiseen kaupungilla kävelyyn, tarkoituksena löytää joku jolta ostaa tai hankkia huumausainetta.<sup>179</sup> Vaikka henkilön käyttämät hakutermit voivatkin toimia vahvoina todisteina hankkimisaikomuksesta, ei näitäkään voida mielestäni tulkita yksistään liian kattavasti. Tällöin ajauduttaisiin ristiriitaan syyttömyysolettaman kanssa (esitutkintalaki 805/2011, 4:2). Rikoslain tarkoituksena ei ole ainoastaan ”huonojen ajatusten” kriminalisointi.<sup>180</sup>

#### **4.3.3.4 Tehokkaan katumisen mahdollisuus**

Sähköisen materiaalin hallussapito täyttyy siis jo tietoisien latauksen aloittamisen yhteydessä. Voidaanko latauksen keskeyttäminen tästä huolimatta tulkita tehokkaaksi katumiseksi? Tehokkaasta katumisesta on kyse kun tekijä on jollain muulla tavalla estänyt rikoksen tunnusmerkistössä tarkoitettujen seurauksien syntymisen (RL 5:2.1). Tehokas katuminen on mahdollista silloin kun kyseessä on rikos, joka edellyttää toiminnasta erillistä seurausta. Tällöin itse teko on päättynyt, eli tekijä on tehnyt kaiken, minkä voidaan katsoa kuuluvan täytäntöönpanoon, mutta seuraus ei ole vielä syntynyt.<sup>181</sup> *Frände* mainitsee esimerkkinä henkilön puukottamisen (yritys on päättynyt), mutta avun kutsumisen tai uhrin järjestämisen sairaalaan ennen kuin tämä ehtii kuolla (seuraus). Tällöin syytetty syyllistyisi ainoastaan törkeään pahoinpitelyyn, eikä tapon yritykseen.<sup>182</sup> Yrityksestä luopumisen ja tehokkaan katumisen on perustuttava tekijän vapaaseen tahtoon, joka on tultava esiin näytössä. Puukotustapauksen tyyppisessä tilanteessa tehokas katuminen edellyttää aktiivisia

---

179 *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 387.

180 *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 399.

181 *Frände* 2005, s. 263.

182 *Ibid.*

toimenpiteitä, mikä on helpompi näyttää toteen kuin yrityksestä luopuminen.<sup>183</sup> Tässä on otettava huomioon, että tehokas katuminen on mahdollista ainoastaan rikoksissa, joissa seuraus on erillinen itse toimesta (seurausrikoksissa), eikä siis niin sanotuissa teko- tai vaarantamisrikoksissa. Tapani ja Tolvanen mainitsevat esimerkkinä huumausainerikokset.<sup>184</sup> Toiselle huumausainetta ostettavaksi tarjonnut ei vapaudu rikosvastuusta, vaikka hän lopulta kieltäytyisi luovuttamasta ainetta. Myöskään ostotarjouksen tehnyt ei vapaudu rikosvastuusta, vaikka hän peruisi tarjouksen ennen kuin saa aineen haltuunsa.<sup>185</sup> Yrityksestä luopuminen ja tehokas katuminen ovat kuitenkin Fränden mukaan mahdollisia myös rikoksissa, joissa yritys rinnastetaan täytettyyn rikokseen, vaikka näihin ei ole käytännössä tilaisuutta useimmissa integroiduissa kriminalisoinneissa.<sup>186</sup>

Kaikissa yllä mainituissa, latausta koskevissa esimerkkitapauksissa seurauksena (vaarana) on ollut lainvastaisen materiaalin päätyminen lataajan hallintaan. Tämä on kuitenkin estynyt lataajan omasta toimesta. Tekijä on siis tapauksissa tehnyt täytäntöönpanotoimen, mutta seuraus ei ole varsinaisesti vielä ilmennyt.<sup>187</sup> Tästä huolimatta on kuitenkin syntynyt varsin konkreettinen vaara rikoksen täyttymisestä.<sup>188</sup> Kyseessä on selvästi aloitettu rikos, mitä lähempänä tunnusmerkistön täytyminen on.<sup>189</sup> Laissa mainittu ”ja saanut aikaa vaaran rikoksen täyttymisestä” tarkoittaa Tapanin ja Tolvasen mukaan, että rikoksen täyttymisen täytyy olla tosiasiallisesti mahdollista, ja että tämän täytyy olla käytännössä uskottava vaihtoehto.<sup>190</sup> Uskottavuutta voidaan myös mitata tekijän teko-olosuhteiden näkökulmasta.<sup>191</sup>

Vaikka X:llä ei tosiasiallisesti ole tiedostoa kokonaan saatavillaan, on latauksen valmistumisajankohta laajalti sattumanvaraisten seikkojen summa. Hän voi lataajana vaikuttaa tiettyihin tekijöihin, kuten ladattavien tiedostojen määrään tai muihin tietokoneen taustalla tapahtuviin muistia ja prosessoritehoa vaativiin toimiin. Sen sijaan

---

183Frände 2005, s. 262–263.

184Tapani – Tolvanen 2013, s. 396–397.

185Tapani – Tolvanen 2013, s. 397.

186Tapani – Tolvanen 2013, s. 399–400. Frände 2005, s. 235, 265.

187Tapani – Tolvanen 2013, s. 394.

188Internet-yhteyden katkeaminen olisi eittämättä laissa mainittu satunnainen syy, joka ei poistaisi yrityksen rangaistavuutta. Oletuksena siis on, että käyttäjät X, Y ja Z päättävät latauksensa vapaaehtoisesti. Ellei tekijää saada kiinni ”verekseltään” jolloin hän paniikinomaisesti pysäyttää lataamisen, ei liene mahdollista saada täyttä varmuutta tai selvyyttä siitä, mikä hänen syynsä lataamisen keskeyttämisessä on ollut.

189Tapani – Tolvanen 2013, s. 366.

190Tapani – Tolvanen 2013, s. 380.

191Ibid.

toiset tekijät, kuten sivuston rakenne, sen kävijämäärä (eli kuinka moni muu lataaja kuormittaa kyseistä palvelinta), ladattavien tiedostojen koko tai internet-palvelun tehokkuus ovat hänen vaikutusvaltansa ulkopuolella. Ei olisi rikosoikeudellisesti tai kriminaalipoliittisesti perusteltua, jos lataaja  $X_1$  voisi syyllistyä täytettyyn rikokseen, kun taas  $X_2$  voisi katua, johtuen esimerkiksi siitä että heidän internet-yhteytensä eivät ole yhtä nopeita. Tämä olisi verrattavissa siihen, että suuren huumausaine-erän vastaanottaja syyllistyisi hallussapitoon myöhemmässä vaiheessa kuin pienen erän. Koska  $X$  syyllistyy hankkimistoimen myötä hallussapitoon jo ”lataa”-napin painamisella tai muun vastaavan toimen hetkellä, ei hän voi toimillaan ryhtyä tehokkaaseen katumiseen. Se kuinka suuri osa tai kuinka monta prosenttia tiedostosta on ehtinyt latautua hänen koneelleen on siis täten merkityksetöntä.

Myöskään käyttäjät  $Y$  ja  $Z$  eivät voi katua, mutta toisista syistä. Koska he eivät vielä latauksen aloittamisvaiheessa ole syyllistyneet rikokseen, eivät he voi myöskään katua. Henkilö joka ei tiedä tai jonka ei voida katsoa tienneen syyllistyvänsä rikokseen, ei voi katua toimiaan. Voidaan pitää perusteltuna, että mikäli henkilö lataa lainvastaista materiaalia vahingossa, eikä ladattavan tiedoston nimestä tai kuvauksesta ilmene sen todellista sisältöä, ei hänen voida katsoa syyllistyneen hallussapitoon tai hankkimiseen, vaikka tiedostot voivat hyvinkin konkreettisella tavalla olla hänen hallussaan.<sup>192</sup> Hallituksen esityksessä HE 6/1997 mahdolliselle tahattomalla lataajalle tarjotaan mahdollisuus välttyä rikosoikeudellisilta seuraamuksilta, mikäli hän poistaa materiaalin ”ilman aiheetonta viivästystä”.<sup>193</sup> Tästä syystä henkilöt  $Y$  ja  $Z$  syyllistyvät hallussapitoon vasta sillä hetkellä, kun he huomaavat materiaalin laittoman luonteen, eivätkä ilman aiheetonta viivytystä hankkiudu siitä eroon tai ilmoita siitä viranomaisille. Tämä voi tapahtua esimerkiksi ladattavan tiedoston esikatselemisen yhteydessä, tai vasta latauksen päätyttyä. Vaikka kyseessä onkin materiaalin konkreettinen hallussapito (vallinta), ei lataajan voida katsoa tahtoneen *omistaa* juuri kyseisiä tiedostoja.  $Y$ :n tai  $Z$ :n voidaan kuitenkin katsoa konkludenttisesti hyväksyneen hallussapidon, mikäli he saatuaan varmuuden tiedostojen luonteesta jatkavat latausta. Tällöin voidaan  $X$ :n tapauksen tavoin katsoa, että he syyllistyvät hallussapitoon jo hankkimisen yhteydessä, ilman konkreettista hallussapitoa. Mikäli tiedoston todellinen luonne on mahdollista selvittää ainoastaan latauksen tultua suoritetuksi loppuun, syyllistyvät he hallussapitoon mikäli he esimerkiksi ovat muuttaneet, siirtäneet tai muuten käsitelleet tiedostoja

<sup>192</sup>Holst 2015, s. 202–203.

<sup>193</sup>HE 6/1997 vp, s. 150.



kuitenkaan niitä poistamatta.<sup>194</sup>

#### **4.4 Hallussapidon päättymishetki**

##### **4.4.1 Poistamisen eri muodot**

Käsittelin luvussa 4.3.3 hallussapidon teoreettista syntymishetkeä ja sen rajanvedon rikosoikeudellista problematiikkaa. Seuraavassa luvussa siirryn tiedoston ja hallussapidon syntyhetkestä sen mahdolliseen päättymishetkeen. Hallituksen esityksen HE 6/1997 mukaan tavallinen kansalainen ei syyllisty sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan materiaalin hallussapitoon, mikäli hän poistaa vahingossa hankitun materiaalin ”ilman aiheetonta viivästystä”. Vaikka vastaavaa toteamusta tai ehtoa ei löydy suoraan lainsäädännöstä tai tietoverkkorikosvälineen hallussapitoa koskevista hallituksen esityksistä, voidaan tätä pitää yleisesti hyväksyttävänä periaatteena. Tämä jättää kuitenkin tiettyjä kysymyksiä avoimeksi. Minkälaisiin toimiin syytetyn on ryhdyttävä hallussapidon katkaisemiseksi? Milloin poistetut tiedostot on otettu huomioon hallussapitona? Mitkä ovat olleet tuomioistuimien perustelut? Toisin sanoen, milloin voidaan katsoa, että käyttäjän toimesta poistetut mutta (viranomaisten) palauttamattomat tiedostot ovat ainoastaan viitteitä tai todisteita aikaisemmasta hallussapidosta, eivätkä voi toimia itse hallussapidon kohteina?

Tässä vaiheessa on todettava, että tiedosto voidaan poistaa koneelta monella eri tavalla, ja että pysyvyyden asteet näiden metodien välillä ovat suuria. Tulen tässä luvussa antamaan lyhyen yleiskuvauksen tietokoneella suoritettavan poistamisen (käyttäjän ulottumattomille saattamisen) eri vaiheista, ja millä termeillä tulen käsittelemään niitä jälkepäin. Asia ei nimittäin ole niin yksinkertainen kuin voisi ensinäkemältä luulla. Tietokoneeseen tallennettua tietoa ja siitä saatavia todisteita ei ole helppo tuhota täysin ja lopullisesti ilman erikoisohjelmia tai tarvittavia tietoteknisiä taitoja. Taitava ja asiansa osaava tutkija voikin saada palautettua tai kaivettua esiin paljon tiedostoja tai tietoa, jotka olivat käyttäjän toimesta poistettuja, tai joiden olemassaolosta hän ei edes ollut tietoinen.<sup>195</sup> Tulen käsittelemään jälkimmäisiä erikseen selaimen välimuistia koskevassa luvussa 4.5.2. Oheisessa luvussa tulen käsittelemään hallussapidon päättymishetkeä, sekä Pohjoismaisen että suomalaisen oikeuskäytännön näkökulmista.

---

<sup>194</sup>Holst 2015, s. 202–203. Katso konkreettisenä esimerkkinä tästä RHO R 13/891.

<sup>195</sup>Howard 2004, s. 1228.

## 4.4.2 Suomalainen ja Pohjoismainen oikeuskäytäntö

### 4.4.2.1 Roskakoriin siirtäminen

Kuvia, videoita tai vastaavia yksittäisiä tiedostoja voi käyttäjä poistaa varsin helposti valitsemalla ne ja painamalla näppäimistön poisto-näppäintä<sup>196</sup>, tai siirtämällä ne manuaalisesti tietokoneen ”roskakoriin”. Roskakori (engl. ”Recycle Bin”) ei ole fyysinen roskakori, eikä se poista, hävitä, tuhoa tai varsinaisesti estä sinne siirretyn tiedoston käyttöä. Roskakorin tehtävä on ainoastaan säilyttää tiedostoja myöhempää poistamista ja niiden jatkokäsittelyä varten. Käyttäjän on varsin helppoa palauttaa tällaiset tiedostot roskakorin asetuksista, ja hän voi tehdä niin joko kaikille tai vain tietyille yksittäisille tiedostoille.<sup>197</sup> Suomalaisessa oikeuskäytännössä tällaisesta toiminnasta käytetäänkin osuvasti termejä ”viety” tai ”siirretty” (esimerkiksi: ”Kuvat oli siirretty tietokoneen roskakoriin”, THO 12.03.2013 R 12/1496). Selvytyden vuoksi tulen seuraamaan tätä käytäntöä. Suomalaisessa oikeuskäytännössä tiedoston siirtämiseen roskakoriin on otettu kantaa muun muassa seuraavissa käräjäoikeuksien ratkaisuissa.

THO 12.03.2013 R 12/1496.

KO:n käsittelyssä A:tä syytettiin 23 sukupuolisiveellisyttä loukkaavan, lasta esittävän videotiedoston ja kahden valokuvatiedoston levittämisestä ja niiden hallussapidosta. A myönsi ladanneensa suuren määrän laillista aikuisviihdettä, mutta kiisti levittäneensä tai pitäneensä sen seassa ollutta laitonta materiaalia hallussaan. Hallussapidon hän kiisti viittaamalla siihen, että hän oli siirtänyt videot tietokoneen roskakoriin. A:n katsottiin syyllistyneen hallussapitoon, mutta levittämistä koskeva syyte hylättiin. Tuomionsa perusteluissa KO totesi muun muassa, että ”sillä seikalla onko A siirtänyt jo osan tiedostoista roskakoriin ei ole teon [hallussapidon] tunnusmerkistön toteutumisen osalta merkitystä.”

Varsinais-Suomen KO 6.6.2016 R 16/1271.

L:ää syytettiin 7 sukupuolisiveellisyttä loukkaavan lasta esittävän kuvan ja 56 videon hallussapidosta. L tunnusti ladanneensa kuvat, mutta kiisti tietoisesti hakeneensa materiaalia. Hän perusteli tahallisuuden puuttumista muun muassa sillä, että syytteessä mainitut videot oli siirretty roskakoriin kun taas kuvat oli löydetty ohjelman asetuksenmukaisesta (engl. ”default”) kansioista. KO katsoi L:n syyllistyneen kaiken materiaalin hallussapitoon. Perusteluissaan tuomioistuimien viittasi siihen, että syytettyä koskeva kuvamateriaali oli auki avoimessa ”Ladatu”-kansiossa, josta niitä ei ollut edes yritetty poistaa. Myöskään roskakoriin siirrettyjä kuvia ei ollut tuomioistuimen mukaan ”tosiasiassa poistettu”. KO katsoi, että ottaen huomioon ladattujen tiedostojen määrän ja sijainnin, oli L ollut tietoinen lataamansa materiaalin luonteesta, ja siten syyllistyneen sen hallussapitoon.

Yllä käsiteltyjen käräjäoikeuksien perustelut koskien roskakoriin siirrettyjen tiedostojen hallussapitoa ovat varsin perusteltuja ja yleisesti hyväksyttäviä. Tiedoston siirtäminen

<sup>196</sup>Kyseessä on näppäimistön ”delete” näppäin.

<sup>197</sup>Englanninkielinen teksti on ”Are you sure you want to restore all/this item[s] from the Recycle Bin?”

roskakoriin ei rajoita juuri ollenkaan henkilön mahdollisuutta hakea sitä tai vaikuttaa siihen, eikä siis käytännössä poista sitä hänen hallinnastaan.<sup>198</sup>

#### 4.4.2.2 Tiedoston poistaminen

Roskakoriin siirtämisen jälkeen seuraava askel tiedoston saattamisesta käyttäjän ulottumattomille on roskakorin tyhjentäminen. Roskakorin tyhjentämisen yhteydessä tietokone poistaa tiedostoa edeltävän tunnisteiden, jonka avulla tietokoneen on mahdollista etsiä ja tunnistaa tiedosto. Tällöin kyseisestä tiedoston varaamasta levytilasta tulee taas *allokoimatonta*, ylikirjoittamiselle vapaata osaa koneen muistia. Tämä tarkoittaa sitä, että kone vapauttaa kyseisen kohdan ylikirjoitettavaksi myöhempää käyttöä varten.<sup>199</sup> Kun käyttäjä tyhjentää roskakorin, tietokone ilmoittaa, että kyseessä on pysyvä poistaminen.<sup>200</sup> Poistettujen tiedostojen palauttaminen ei ole tavalliselle tietokoneen käyttäjälle mahdollista.<sup>201</sup> Suomalaisessa oikeuskäytännössä tällaisesta toiminnasta tai tiedostosta on käytetty termiä ”poistaminen” tai ”poistettu”. Selvyyden vuoksi tulen seuraamaan tätä käytäntöä. Poistamisen pysyvyyteen on suomalaisessa oikeuskäytännössä otettu kantaa muun muassa seuraavassa hovioikeustapauksessa.

RHO 16.10.2014 R 13/891.

K oli vuoden 2009 aikana ladannut noin 100 000 sukupuolisiveellisyttä loukaavaa lasta esittävää kuvaa ulkoiselle kovalevyllle. Hän oli lausuntona mukaan poistanut kyseiset kuvat pian lataamisen jälkeen, eikä poliisin suorittamassa tietoteknisessä tutkinnassa tai syyttäjän näytöstä ilmennyt muuta. Poliisi oli kuitenkin pystynyt palauttamaan ”delete”-toiminnolla poistetut kuvat. Koska K:lle oli toimitettu näitä koskeva haaste vasta vuoden 2013 puolella, oli syyte näiden kuvien kannalta ehtinyt vanheta (RL 8:1.4). Syytteet hylättiin näiden kuvien osalta.

Yllä mainittujen 100 000 kuvan ohella K oli myös ladannut 70 000 kuvaa, jotka hän oli siirtänyt tietokoneen sisäiseltä kovalevyltä piilotettuun kansioon. Tapauksen kuvauksesta ei ilmene, milloin ja missä vaiheessa nämä 70 000 kuvaa ladattiin. Sekä

<sup>198</sup>Katso myös *Holst* 2015, s. 180. Tähän johtopäätökseen päädyttiin myös alla tarkemmin käsiteltävässä ruotsalaisessa tapauksessa RH:2007:21. Osa tapauksen kuvista löydettiin tietokoneen roskakorista, mutta myös eri päiväyksillä muualta tietokoneesta. Voitiin siis todeta, että B oli aktiivisesti siirtänyt (*palauttanut*) ainakin osia kuvista tietokoneen roskakorista muualle.

<sup>199</sup>*U.S v Stulock* (2002) ”[...] when a computer file is deleted, the contents of the file are not irretrievably lost. The space occupied by the file is flagged as available, and until new data is stored in that location the deleted file can be recovered using an undelete tool. In addition to the contents of the file, information about when the file was created, last modified, and last accessed can be recovered.”

<sup>200</sup>Englanninkielinen teksti on: ”Are you sure you want to permanently delete these [tiedostojen määrä] items?”

<sup>201</sup>RHO 16.10.2014 R13/891, koskien syyksilukemista. Tapauksessa ei oteta tämän tarkemmin kantaa siihen kuinka kattavan tietoisuuden tavallisten tietokoneen käyttäjien voidaan katsoa omaavan.

käräjä- että hovioikeus katsoivat tuomioissaan, että K:lle oli muodostunut tarkempi selonottovelvollisuus hänen huomattessaan tiedostojen esikatselun yhteydessä, että osa kuvissa olleista henkilöistä oli nuoria. Hänen oli siis täytynyt pitää varsin todennäköisenä, että latauksessa oleva tai jo hallussa oleva kuvamateriaali oli lainvastaista. Käräjäoikeus kuitenkin katsoi tämän lisäksi, että K oli syyllistynyt kaikkien kuvien (170 000 kpl) hallussapitoon. Käräjäoikeus totesi, että K ei ollut ”esikatselun jälkeen *tehokkaasti luopunut* valokuvamateriaalin hallussapidosta” [kursiivi T.S].<sup>202</sup> Käräjäoikeuden tuomion perusteella voidaan tulkita, että poistamista ei ollut nähty tehokkaana toimena. Kuten yllä olevasta kuvauksesta ilmenee, oli hovioikeus eri mieltä, ja että K oli ilmeisesti tehokkaasti hankkiutunut eroon materiaalista.

Verrattaessa hovi- ja käräjäoikeuden ratkaisuja sekä niiden perusteluja astumme mielestäni erään tutkielman kannalta keskeisen kysymyksen äärelle. Mielestäni sekä käräjä- että hovioikeuden johtopäätökset koskien 100 000 kuvan erää ovat kiinnostavia, ja kysymyksenasetteluksi voidaan asettaa samanlainen kattavuuden arviointi kuin myöhemmin käsiteltävässä englantilaisessa R v Porter (2006) tapauksessa. Hovioikeuden mukaan oikeudellinen arviointi koski osittain sitä, kuinka monen kuvan hallussapitoon K:n voitiin katsoa syyllistyneen. Poistetut kuvat olivat eittämättä tallella hänen kovalevyllään, sillä poliisi oli kyennyt palauttamaan ne. Käräjäoikeus oli tuomiossaan keskittynyt tähän seikkaan, kun taas hovioikeuden toteamuksen mukaan poistotoiminnalla poistettujen kuvien ”palauttaminen ei ole tavalliselle tietokoneen käyttäjälle mahdollista.”

Poistotoiminnan pysyvyyteen on otettu kantaa ruotsalaisessa oikeuskäytännössä seuraavassa ruotsalaisessa hovioikeustapauksessa.

Svea hovrätt 2006-12-05, (RH 2007:21)

B:tä syytettiin yhteensä 553:n sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan hallussapidosta. Kuvat löytyivät sekä hänen tietokoneeltaan että 25 erilliseltä levykkeeltä. Levykkeiltä oli tuomioistuimen mukaan poistettu (”raderats”) 524 kuvaa, jotka poliisi oli saanut palautettua. B kiisti syytteen, viitaten siihen, että hän oli poistanut kuvat. Häneltä puuttui täten hallussapitoa koskeva tahallisuus. KO totesi tuomiossaan, että avoimilla markkinoilla oli jo tuolloin tarjolla tietokoneohjelmia, joiden avulla oli mahdollista palauttaa poistetut tiedostot, niin kauan kuin näitä ei ollut pyyhitty (”överskrivna”). Tuomioistuin katsoi B:n varastoineen levyjä tietoisena siitä, että niiden sisältö oli mahdollista palauttaa. Alioikeuden mukaan poistettujen tiedostojen hallussapidon edellytyksenä oli, että syytetty oli tietoinen mahdollisuudesta tiedostojen palautukseen. Sen sijaan ei ollut edellytettävä, että hänellä olisi ollut konkreettinen mahdollisuus saada

---

202Oulun käräjäoikeus 25.09.2013 R 13/1470, näytön arviointi ja johtopäätös.

tällainen ohjelma tai palauttaa tiedostot. B:llä oli täen ollut kaikki kuvat hallussaan.

Alioikeus totesi tuomionsa perusteluissa, että olisi eittämättä kohtuutonta, jos jokainen, jolle lähetetään tällaista materiaalia vastoin hänen tahtoaan, joutuisi rikosoikeudellisen vastuun välttämiseksi tuhoamaan tai ylikirjoittamaan kovalevynsä. B oli kuitenkin vastaanottanut kuvat ollessaan yhteydessä muihin tällaisesta materiaalista kiinnostuneisiin henkilöihin, ja hänen voitiin siis katsoa olleen tietoinen lähetettyjen ja vastaanotettujen kuvien luonteesta. Hovioikeus ei muuttanut alioikeuden tuomiota. Määritellössään hallussapidon käsitettä hovioikeus viittasi Ruotsin hallituksen lapsipornon hallussapidon kriminalisointia koskeviin esitöihin (Prop 1997/98:43 ja SOU 1997:29), aikaisempaan huumausaineoikeuskäytäntöön ja vaatimukseen, että hallussapidon määritelmän on rikosoikeuden alalla oltava yhteneväinen. B oli väittänyt poistaneensa levykkeillä olevat kuvat ennen 1.1.1999, jolloin tällaisen materiaalin hallussapito kriminalisoitiin Ruotsissa. Hovioikeus katsoi, ettei muusta ollut näyttöä. Tästä huolimatta levykkeillä ja tietokoneella olleet kuvat olivat takavarikon hetkellä olleet palautettavissa erikoisteknisellä ohjelmistolla. Vaikka syyttäjä ei ollut esittänyt, että B:llä olisi ollut tällainen ohjelma, oli tuomioistuimen mukaan katsottava, että jo ymmärrys tästä olosuhteesta ja pelkkä teoreettinen mahdollisuus kuvien palauttamisesta mahdollisti kuvien hallussapidon.

Holst on käsitellyt vastaavaa kysymystä laajemmasta Pohjoismaisesta näkökulmasta. Hänen mukaansa sekä norjalaisessa että tanskalaisessa oikeuskäytännöissä on omaksuttu Suomen ja Ruotsin kaltainen lähtökohta, jonka mukaan tiedoston siirtäminen roskakoriin mahdollistaa vielä hallussapidon. Jos taas tiedosto on *poistettu*, voi tekijä syyllistyä hallussapitoon mikäli on näytettävissä, että hän on ollut tietoinen siitä, että on olemassa ohjelmia, joilla tiedosto saadaan palautettua. Hänellä ei kuitenkaan käytännössä tarvitse olla tällaista ohjelmaa, eikä sen tarvitse olla hänen saatavillaan.<sup>203</sup>

<sup>203</sup>Holst, 2015 s. 180–181. Puuttuviin ohjelmistoihin on otettu kantaa norjalaisessa oikeuskäytännössä, jossa tekijän on katsottu syyllistyvän hallussapitoon myös sellaisen materiaalin osalta, jota hän ei ole voinut avata tai katsoa esimerkiksi puuttuvan tai vanhojen (päivittymättömien) ohjelmien takia (LE-2004-8204). F oli ollut tilaajana ulkomaisella sukupuolisiveellisyyttä loukkaavaa materiaalia levittävällä sivustolla, ja hänen koneeltaan löytyi kotietsinnän yhteydessä tällaista materiaalia, sekä video- että kuvamuodossa. F väitti, ettei hänen voitu katsoa syyllistyneen poistettujen tiedostojen ja tiettyjen videotiedostojen hallussapitoon, sillä häneltä puuttuivat niiden avaamiseen tarvittavat ohjelmat. HO totesi päätöksensä perusteluissa, että oli selvää, että F oli tietoisesti ladannut kaikki videotiedostot ja myös päättänyt säilyttää ne. Vaikka F:n tietokoneelta puuttuivat videoiden avaamiseen tarvittavat ohjelmat, voitiin hänen katsoa syyllistyneen myös kyseisten videoiden hallussapitoon. Tarvittava ohjelma oli helppo saada, ja F oli osaavainen tietokoneisiin liittyvissä asioissa. Täten toisto-ohjelman konkreettinen puute ei voinut olla vapauttava peruste. Kriminalisoinnin kohteena oli kuvien hallussapito, eikä tällaisten kuvien katsominen, joka vuorostaan edellyttäisi, että henkilö on konkreettisesti katsonut tai nähnyt materiaalin. Holstin (2015) mukaan

#### 4.4.2.3 Tiedoston pyyhkiminen

Tiedoston tai kovalevyn pyyhkiminen (formatointi) tarkoittaa niiden ylikirjoittamista vastaavalla määrällä uutta dataa (jäljempänä: ylikirjoittaminen). Suomalaisessa oikeuskäytännössä tällaisista tiedostoista on myös käytetty termiä ”pyyhitty” (esimerkiksi VHO R 12/1322 ja VHO R 11/660). Tämäkään ei poista tiedostoja täysin. Tiedostojen ylikirjoittamisen pysyvyyteen on otettu kantaa KKO:n ja hovioikeuksien oikeuskäytännöissä, koskien lähinnä rikosentekovälineen menetystä (RL 10:4). RL 10:4:n mukaan valtiolle menetetyksi on tuomittava suoranaisten rangaistavan esineen tai omaisuuden (RL 10.4.1 kohdat 1 - 2) ohella myös sellainen esine tai omaisuus, jota on käytetty tahallisen rikoksen tekemisessä tai tällaiseen läheisesti liittyvä esine tai omaisuus, joka on yksinomaan tai pääasiallisesti tahallista rikosta varten hankittu tai valmistettu, taikka ominaisuuksiltaan erityisen sovelias tahallisen rikoksen tekemiseen.

KKO 2010:32.

A tuomittiin KO:ssa sukupuolisiveellisyyttä loukkaavien, lasta esittävien kuvien hallussapidosta. KO tuomitsi A:n sakkorangaistukseen ja menettämään valtiolle rikosentekovälineenä takavarikoidun tietokoneen kovalevyn. HO ei muuttanut KO:n tuomiota, viitaten rikoksen vakavuuteen ja käsiteltävän esineen laatuun, kovalevyn arvoon ja muihin asiassa ilmenneisiin olosuhteisiin. Syyttäjä oli todennut olevan teknisesti mahdollista poistaa tai siirtää laitton materiaali kovalevyltä, mutta että toimenpiteitä ei pystyttäisi kokonaan rajoittamaan tai kohdistamaan vain laittomaan aineistoon. KKO:n mukaan kovalevyä oli käytetty kuvien hallussapidossa apuvälineenä, joten sitä oli perusteltua pitää laissa tarkoitettuna rikosentekovälineenä, ja että menettämisseuraamus oli tuomioistuimen harkinnasta riippuva seuraamus. Tietokoneen kovalevy oli tavanomainen tiedostojen ja ohjelmistojen tallennusalue, jolle oli mahdollista tallentaa myös laittomia tiedostoja. Tästä huolimatta ei ollut perusteltua katsoa sitä ”erityisen soveliaaksi” juuri rikosten tekemiseen. Kyseisessä tapauksessa ei myöskään ilmennyt, että A olisi käyttänyt kovalevyä pelkästään tai pääasiallisesti rikoksen tekemiseen. Menetetyksi tuomitsemisen tarpeellisuutta harkittaessa oli KKO:n mukaan erityisesti kiinnitettävä huomiota uusien rikosten ehkäisemiseen. KKO katsoi, ettei kovalevyä tässä tapauksessa ollut syytä tuomita valtiolle menetetyksi. Päätös oli yksimielinen.<sup>204</sup>

Yllä olevaan KKO:n ratkaisuun on viitattu muun muassa seuraavissa Vaasan hovioikeuden (VHO) ratkaisuisissa.

---

näin on tulkittava myös tanskalaisen oikeuskäytännön osalta (s. 181). Myös suomalaisessa HE 282/2010 vp:ssa todetaan, että kysymyksessä ei ole katsomisen kriminalisointi, ja että henkilön ei ole tarvinnut nähdä tai katsoa hankkimaansa tai hallussapitämänsä materiaalia (s. 104.).

204Oikeustapauksessa viitattuun RL 10:5 3. momentti on kumottu vuonna 2016 (356/2016). Kumotun pykälän mukaan rikosentekovälineen säilyttämiseen käytetty väline voidaan tuomita menetetyksi ”jos menettämisseuraamusta ei muuten ole hankaluuksitta mahdollista panna täytäntöön.” RL 10.5a:ssa todettiin, että astia, päällyys tai muu väline, jota on käytetty 4 tai 5 §:ssä taikka muussa vastaavassa lainkohdassa tarkoitettuna menetetyksi tuomittavan rikosentekovälineen taikka rikoksella tuotetun, valmistetun tai aikaansaadun taikka rikoksen kohteena olleen esineen tai omaisuuden säilyttämiseen, voidaan tuomita menetetyksi, jos menettämisseuraamusta ei muuten ole hankaluuksitta mahdollista panna täytäntöön.

VHO 14.3.2013 R 11/660.

M ja R oli tuomittu KO:ssa sukupuolisiveellisyttä loukkaavien, lasta esittävien kuvien hallussapidosta. Rikoksentekevälaineinä toimineet muistitikut ja DVD-levy tuomittiin valtiolle menetetyksi. Sen sijaan tietokoneet ja kiintolevyt veloitettiin palauttamaan syytetyille. Syyttäjä valitti KO:n päätöksestä siltä osin, kuin tuomioissa oli kysymys menettämisseuraamuksesta ja takavarikoitujen tietokoneiden ja kiintolevyjen palauttamisesta. Syyttäjän mukaan pelkästään kuvatiedostojen tuomitseminen valtiolle menetetyksi ei ollut riittävää uusien rikosten ehkäisemiseksi. Kuvatiedostojen poistaminen veisi kohtuuttomasti aikaa, eikä se myöskään estäisi kuvatiedostojen palauttamista kiintolevyille. Syytetyt kiistivät tämän. Heidän mukaansa tietokoneita ja kiintolevyjä ei ollut käytetty yksinomaan tai pääasiallisesti rikoksen tekemiseen, ja että kuvatiedostojen pyyhintä ei veisi poliisilta kohtuuttomasti aikaa. Heidän mukaansa kuvatiedostoja ei myöskään olisi mahdollista palauttaa kiintolevyille, toisin kuin pelkän poistamisen jälkeen. HO ylläpiti KO:n päätöksen. Eri mieltä oleva hovioikeusneuvos olisi tuominnut tietokoneen ja kiintolevyt menetetyksi, poislukien niissä olevat lailliset tiedostot.

VHO 17.9.2014 R 12/1322.

J oli KO:ssa tuomittu sukupuolisiveellisyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan hallussapidosta. KO oli määrännyt tietokoneen palautettavaksi sen jälkeen, kun poliisi oli tyhjentänyt kovalevyn laittomista tiedostoista. Syyttäjän valituksen mukaan tämä ei kuulunut poliisin toimenkuvaan, ja että tyhjentäminen olisi joko mahdotonta tai erittäin työlästä. Poliisi voisi ainoastaan tyhjentää kovalevyn kaikesta sen sisällöstä. J vaati syyttäjän valituksen hylkäämistä. J:n mukaan tietokoneessa olevan lailliset tiedostot olivat hänelle erittäin tärkeitä, ja että tiedostojen ylikirjoittaminen oli teknisesti mahdollista. HO:n mukaan J:n laitton menettely oli ollut ainoastaan osa tietokoneen tavanomaista käyttöä, eikä siis ollut perusteltua epäillä, että koko tietokoneeseen ulottuva menettämisseuraamus oli tarpeen uusien rikosten ehkäisemiseksi.

Tapauksessa R 11/660 kuultu syyttäjän todistaja L:n lausunnon mukaan tiedosto ei häviä kiintolevyiltä vain valitsemalla se poistettavaksi. Tällä tavoin poistettu tiedosto on palautettavissa ja haettavissa esiin osittaisenakin, jos sen päälle ei ole tallennettu vastaavaa määrää uutta tietoa. Tiedostojen ylikirjoittaminen asiaan soveltuvalla ohjelmalla on, fyysisen tuhoamisen ohella, ainoa tapa poistaa pysyvästi tiedostoja. L:n lausunnon mukaan ohjelmat ja tietotekniikka ovat kehittyneet niin, että käyttäjä voi palauttaa ja hakea esiin vain kerran ylikirjoitetun tiedoston. Tiedoston pysyvä poistaminen voidaan saada aikaan vain useamman ylikirjoituksen jälkeen. Hänen mukaansa kaksi kertaa oli riittävää, vaikka hän myönsi, että asiasta vallitsi alalla erimielisyyttä.

#### ***4.4.2.4 Poistaminen tai pyyhkiminen hallussapidon katkaisevana toimena***

Menettämisseuraamusta koskevan lain esitöiden (HE 80/2000 vp) mukaan mikäli esine tai omaisuus on mahdollista muuttaa lain mukaiseksi, esimerkiksi tekemällä se käyttökelvottomaksi tai merkitsemällä se väärennetyksi, ei menettämisseuraamus ole

tarpeen.<sup>205</sup> Koska KKO on oikeuskäytännössään (KKO 2010:32) katsonut, että kovalevyn saattaminen lailliseen kuntoon ei ole ainoastaan mahdollista vaan myös perustuslaillisen omaisuudensuojan kannalta suotavaa, voidaan mielestäni päätellä, että pyyhkiminen on nähty riittävänä toimena laittoman materiaalin saattamiseksi tekijän ulottumattomille, syyttäjien vastustuksesta huolimatta.

RL 8:1.1:n mukaan syyteoikeus vanhentuu, jollei syytettä ole nostettu ajoissa. Syyte vanhenee viidessä vuodessa, jos ankarin rangaistus on yli vuosi ja enintään kaksi vuotta vankeutta (RL 8:1.3) ja kahdessa vuodessa, jos ankarin rangaistus on enintään vuosi vankeutta, sakkoa tai rikesakko (RL 8:1.4). Mikäli yhdellä teolla on tehty useita rikoksia, vanhenee kunkin rikoksen syyteoikeus itsenäisesti.<sup>206</sup> Vanhenemisaika lasketaan rikoksen tekopäivästä (RL 8:2.1), jolla tarkoitetaan Fränden mukaan sitä hetkeä, jolloin rikollinen toiminta toteutettiin. Mikäli on luonnollisempaa käsitellä rikosta usean eri teon summana, katsotaan rikos tehdyksi silloin kun viimeinen ostateko on tehty.<sup>207</sup> Mikäli rikolliseen tekoon sisältyy lainvastaisen asiatilan ylläpitäminen, alkaa syyteoikeuden vanhentumisaika vasta sellaisen tilan päättymisestä (RL 8:2.2). Sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan materiaalin ja tietoverkkorikosvälineen hallussapidoissa on kyse juuri tällaisen tilan ylläpitämisestä. Tällöin voitaisiin lähtökohtaisesti katsoa, että tiedostojen saattaminen oman kontrollin ulkopuolelle, joko poistamalla tai ylikirjoittamalla ne, johtaisi hallussapitotilan päättymiseen, jolloin myös vanhentumisaika alkaisi.<sup>208</sup>

Yllä mainittuun väitteeseen ei siis ole otettu suoraan kantaa lainsäädännössä, tutkielmassa käsitellyissä hallituksen esityksissä tai tuomioistuimien oikeuskäytännöissä. Tämän lisäksi syyttäjät ovat suhtautuneet kielteisesti pyyhkimisen lopullisuuteen, mikä ilmenee esimerkiksi yllä käsitellyissä VHO:n ja KKO:n ratkaisuisissa. Kuten todistaja L lausui tapauksessa VHO R 11/660, on tekniikka kehittynyt niin, että aikaisemmin saavuttamattomissa olevien tiedostojen palauttaminen

---

205HE 80/2000 vp s. 30.

206Tapani – Tolvanen 2013, s. 498.

207Frände 2005, s. 339.

208Yllä käsitellyssä RHO:R 13/891 katsottiin, että tiedostojen poistaminen oli ”tehokas toimi”, joka katkaisi hallussapidon ja aloitti vanhenemisen. HO:n tuomiossa ei kuitenkaan otettu selvästi ja suoranaisesti kantaa tähän, ja sen seurauksena on jäänyt epäselväksi perustuiko vanhentuminen *poistamistoimen* vai *lataamistoimen ajankohtaan*. Koska poistamisajankohdalle ei ollut näytetty varmuutta turvautui HO syytetyn väittämään ajankohtaan. Poistamistoimen varmuuteen tai lopullisuuteen ei otettu suoraan kantaa.



tai esille saaminen on nykyisin mahdollista. Tällainen luonteeltaan tekninen argumentointi pyyhkimiskertojen oikeasta, suositeltavasta tai tarvittavasta määrästä on eittämättä tärkeää, mutta tämän tutkielman kannalta merkityksetöntä. On mielestäni varsin ilmeistä, että käyttäjä voi myöhemmässä vaiheessa palauttaa sellaiset tiedostot, jotka on sen hetkisen tekniikan mukaisesti saatettu käyttäjän ulottumattomille. Tämä riski on olemassa niin kauan kunnes tallennusalusta on tuhottu fyysisesti. Onko tässä siis teknisen kehityksen seurauksena kyse rikoksista, joiden vanhentumisaika jatkaa pitkittymistään ikuisuuteen asti tai kunnes alusta tuhoetaan fyysisesti? Onko siis kyseessä käytännössä RL 8:1.1 kaltaisesta, mutta lakiin kirjaamattomasta rikoksesta, jonka syyteoikeus ei koskaan vanhene?

#### ***4.4.3 Vertaus englantilaiseen oikeuskäytäntöön ja tehokkaat toimet***

Mainitsin luvussa 3.5.3, että perinteisissä hallussapitorikoksissa välittömän hallussapidon puuttumista kompensoidaan vahvasti tekijän tahallisuudella ja tietoisuudella. Niin kauan kuin henkilö voi hallita esinettä tai määrätä sen kohtalosta, voidaan hänen katsoa pitävän sitä konkreettisesti hallussaan. Suomalaisissa tapauksissa, joissa on kyse poistetuista tiedostoista, ei tämänkaltaista arviointia ilmeisesti tehdä, tai mikäli se tehdään, on se luonteeltaan varsin summaarinen ja yleinen. Vaikuttaa siltä että tämä varsin pitkälle ulottuva välitön fyysinen hallussapito ikään kuin kompensoi tekijän tahallisuutta, jolloin lähestytään lähes ankaraa vastuuta. Väitettä voidaan pitää yltiödraamaattisena, mutta katson kuitenkin, että tässä on kyseessä todellinen ongelma, jolla voi olla kohtuuttomia seuraamuksia. Havainnoillistan ongelmaa seuraavan esimerkin kautta: A törmää internettiä selatessaan lainvastaiseen materiaaliin 1.1.2015. Hetken mielijohteesta hän päättää ladata materiaalin, tallentaen sen ulkoiselle kovalevylle. Kyseessä ei siis ole vahinko, ja on selvää, että hän syyllistyy hallussapitorikokseen. Rikoksen vanhenemisaika on kaksi vuotta. Seuraavana päivänä (2.1.2015) hän kuitenkin tulee katumapäälle ja poistaa kyseiset tiedostot, siirtämällä ne ensin tietokoneen roskakoriin ja tämän jälkeen tyhjentämällä sen. Tämän jälkeen hän päättää varmuuden vuoksi pyyhkiä kovalevyn kertaalleen. A on tavallinen tietokoneen käyttäjä, eivätkä tiedostot siis ole hänen saatavillaan. Näiden toimien jälkeen hän ei toista kyseistä rikosta. Noin puolitoista vuotta myöhemmin A:ta epäillään esimerkiksi rahanpesurikoksesta (RL 32:6) tai veropetoksesta (RL 29:1), jonka seurauksena poliisit suorittavat kotietsinnän. A:n tietokone ja ulkoinen kovalevy takavarikoidaan ja tutkitaan

läpi, jolloin myös poistettu materiaali löydetään ja palautetaan. A saa materiaalia koskevan haasteen tiedokseen 3.1.2017. Voidaanko katsoa, että A on syyllistynyt lainvastaisen materiaalin hallussapitoon, vai onko syyte ehtinyt tässä vaiheessa vanheta?<sup>209</sup>

Syyttäjä saa lain oikeudenkäynnistä rikosasioissa (ROL, 1997/689) mukaan luopua syytteen nostamisesta, jos yleinen etu ei syytteen nostamista vaadi, ja jos syytteen nostaminen voisi tapauksen olosuhteet huomioon ottaen johtaa kohtuuttomaan lopputulokseen (ROL 7–8 §§).<sup>210</sup> Tämä on kuitenkin syyttäjän arvioinnin alaista ja tapauskohtaista. Tällaisissa tapauksissa syyttämättäjättämispäätös kohdistuu siihen, että oikeudellinen seuraamus olisi kohtuuton, eikä siihen, että rikosnimike on täytynyt (eli että tiedostot ovat tosiasiallisesti olleet tekijän hallussa), mutta että rikos on tästä huolimatta ehtinyt vanheta. On varsin suuri ero sen välillä että kyseessä ei ole rikos ja että kyseessä on ollut rikos, mutta tuomitseminen siitä olisi kohtuutonta.

Vanhentuminen on rikosoikeudellisesti perusteltua.<sup>211</sup> Tarjotaanko Suomessa latauksen tai lainvastaisen teon tehneelle, mutta tiedoston vapaaehtoisesti poistaneelle henkilölle todellista mahdollisuutta katkaista mahdollinen laittoman olotilan jatkuminen? Hallituksen esityksen yleisluonteisen toteamuksen ohella ei ole tarjolla oikeudellista määritelmää tai rajaa, joka koskisi tavallisia arkikäyttäjiä. Oikeuskäytännössä ei ole tarjottu mitään määritelmää sille, mikä tällainen yleisesti hyväksyttävää tai oletettava tietokoneita koskeva ymmärrys oikeastaan on. Sen sijaan englantilaisessa oikeuskäytännössä on syytetyn suojaksi tarjottu tätä varsin välitöntä hallussapitoa koskeva subjektiivinen ”takalauta”. Tiedostot eivät ole käyttäjän hallussa, jos ne eivät ole hänen saatavillaan, ilman että hänen täytyy hankkia tätä varten erikoisvälineitä tai -taitoja. Englantilaisessa oikeuskäytännössä poistettujen tiedostojen saatavuuteen on otettu kantaa seuraavassa tapauksessa.

---

209 Mainittua esimerkkiä voidaan syyttää epärealistiseksi tai turhan problematisoivaksi. Voidaan nimittäin pitää suhteellisen harvinaisena tapauksena, että tavallinen kansalainen löytäisi ja lataisi tahallaan ”hetken mielihoiteesta” esimerkiksi sukupuolisiveellisyyttä loukkaavaa materiaalia tai tietomurron mahdollistavia ohjelmia tai tiedostoja. Realistisuuden arviointi on kuitenkin tämän tutkielman ulkopuolella. On mielestäni täysin mahdollisuuksien rajoissa, että henkilö lataa lainvastaista materiaalia laillisen materiaalin seassa, suhtautuen joko täysin välinpitämättömästi sen kiellettyyn osuuteen, tai luottaen tällaisen materiaaliin kohdistuvien poistamistoimiensa lopullisuuteen.

210 HE 27/1999 vp, s. 19, sekä *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 495–496.

211 *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 495–496.

R. v. Porter (2006)

P:n kahdelta tietokoneelta löytyi yhteensä 3575 kuvaa ja 40 videota, jotka sisälsivät sukupuolisiveellisyttä loukkaavaa materiaalia. Kuvista 875 ja videoista seitsemän oli poistettu siirtämällä ne roskakoriin, joka oli tämän jälkeen tyhjennetty. Suuri osa kuvista oli pienikokoisia esittelykuvia (ns. ”thumbnaileja”), jotka olivat jääneet P:n tietokoneella olleeseen lailliseen kuvankäsittelyohjelmaan. Ohjelma loi automaattisesti kaikista katsotuista kuvista esittelykuvat, jotka olivat tämän jälkeen saatavilla. P oli siis poistanut kuvat, mutta esittelykuvat olivat jääneet jäljelle. Koska itse tiedostot oli poistettu, ei alkuperäisiä tiedostoja voitu katsoa. Poistetut kuvat ja videot oli saatu viranomaisten toimesta palautettua, käyttämällä kehittyntä rikosteknistä ohjelmistoa.

P:n mukaan hän oli tehnyt kaikkensa päästäkseen eroon kuvista, ja syyttäjän mukaan poistetut kuvat olivatkin palautettavissa ainoastaan ohjelmalla, joka ei ollut julkisesti saatavilla. Syyttäjä ei esittänyt näyttöä siitä, että P olisi pyrkinyt hankkimaan tällaista ohjelmaa. Tiedostot oli poistettu ennen poliisin suorittamaa kotietsintää ja takavarikointia. Tästä huolimatta tiedostojen poistamisella ei alioikeuden mukaan ollut rikosoikeudellista relevanssia.<sup>212</sup> Tiedostot olivat olleet koneella, jonka omistajuutta P ei kiistänyt. Myöskin P:n toimet koskien kuvien lataamista ja tallennusta olivat varsin selviä. Alioikeuden mukaan oikeudellinen kysymys oli tästä syystä rajoittunut ainoastaan P:n tahallisuuden arviointiin. Koska P ei voinut viitata laissa varattuihin syyllisyyden poistaviin seikkoihin tai olosuhteisiin (engl. ”defenses”), oli hän syyllistynyt hallussapitoon kaikkien kuvien, eli myös poistettujen, osalta. CoA:n mukaan henkilö ei kuitenkaan voinut syyllistyä poistettujen tiedostojen hallussapitoon, mikäli tiedostot eivät olleet väitetyn hallussapidon hetkellä helposti hänen saatavillaan, ilman että hänen täytyisi hankkia tätä varten erikoisvälineitä:

*”In the special case of deleted computer images, if a person cannot retrieve or gain access to an image, in our view he no longer has custody or control of it. He has put it beyond his reach just as a person who destroys or otherwise gets rid of a hard copy photograph.”<sup>213</sup>*

Tuomioistuimen mukaan liian kattava ja ankara tulkinta voisi nopean teknologisen kehityksen myötä johtaa syytettyjen kannalta kohtuuttomiin tilanteisiin, joissa palautettavissa olevan tiedoston määritelmää muuttuisi heidän oman tekonsa jälkeen.<sup>214</sup>

R. v Porterin seurauksena henkilön, joka on tehnyt kaikki häneltä perustellusti vaadittavat toimet tuhotakseen tai saattaakseen tällaiset laittomat tiedostot ulottuviltaan,

---

212 Tuomioistuimen mukaan ”[...] the mere fact that an image is on a deleted file rather than on an active file does not mean that the user is not in possession, because the file, deleted or not, is one of the files he had on a hard disk which was in his possession, was his computer and his hard disk. The issue in this case is whether he knew that the images were indecent or likely to be indecent.” R. v. Porter (2006), tuomion kohta 8. Katso myös *Akdeniz* 2008, s. 39.

213 R v Porter (2006), tuomion kohta 21.

214 R v Porter (2006) tuomion kohdat 23–24.

ei voida katsoa syyllistyvän niiden hallussapitoon.<sup>215</sup> Toimien riittävyyden arvioinnissa on otettava huomioon henkilön (subjektiiviset) tietotekniset kyvyt ja mahdolliset erikoisohjelmat, sekä hänen mahdollisuutensa tällaisten hankkimiseen.<sup>216</sup> Kuten Clough hyvin oivaltavasti asian muotoilee: henkilö voi syyllistyä esineen hallussapitoon vaikka hän ei olisi tietoinen sen lainvastaisesta luonteesta, mutta hän ei voi syyllistyä sen hallussa pitämiseen, mikäli hän ei ole edes tietoinen sen olemassaolosta tai siitä että se on hänen hallinnassaan.<sup>217</sup> Johtopäätös on mielestäni varsin perusteltu, vaikka ongelmaksi muodostuukin kuten Akdeniz huomauttaa, että tuomio perustuu syytetyn näytettyyn ymmärrykseen ja tietoisuuteen tietokoneen teknisestä toiminnasta. Tämä voi olla näytön kannalta haastavaa.<sup>218</sup>

#### **4.4.4 Tehokkaiden toimien määrittely ja vertailu**

On helppoa yksinkertaistaa ja ajatella, että yllä käsitelty ongelma koskee ainoastaan selvästi syyllisiä henkilöitä tai selviä tapauksia. Kysymys on kuitenkin syvemmästä, perustavanlaatuisesta ongelmasta. On selvää, ettei olisi rikosoikeudellisesti perusteltua jos tekijän itsekkiät tai hyvinkin triviaalit toimet voisivat poistaa hänen rikosvastuunsa. Poistettujen tiedostojen kohdalla asia ei kuitenkaan ole näin yksinkertainen. Kyseessä ei ole tällaisten tiedostojen olemassaolon unohtaminen. Huumausaineiden viemäriin huuhtomisen sijasta sopivampi esimerkki voisi tietyissä tapauksissa olla seuraava:

RL 24:8 1–2:n mukaan henkilö, joka oikeudettomasti joukkotiedotusvälinettä käyttämällä tai muuten toimittamalla lukuisten ihmisten saataville esittää toisen yksityiselämästä tiedon, vihjauksen tai kuvan siten, että teko on omiaan aiheuttamaan vahinkoa tai kärsimystä loukatulle taikka häneen kohdistuvaa halveksuntaa, on tuomittava yksityiselämää loukkaavasta tiedon levittämisestä sakkoon. Oletetaan, että maalaan jostakusta loukkaavan kuvan julkiselle seinälle, jolloin se on kaikkien saatavilla ja nähtävillä. Päätän kuitenkin, että en halua joutua rikosoikeudelliseen vastuuseen tästä teosta, joten maalaan kuvan piiloon. Käytän puolen kuvan peittämiseen vesiliukoista maalia, toiseen puoleen kestävämpää maalia. Henkilö, joka tietää mitä

215 Akdeniz 2008 s. 39. Gillespie 2011, s. 139–141.

216 R v Porter (2006), tuomion kohta 23. Horsmann 2016, s. 426.

217 ”You may possess a thing without knowing or comprehending its nature: but you do not possess it unless you know you have it.” Clough 2008, s. 222, viitaten aikaisempaan oikeuskäytäntöön. Toisin kuin englantilaisessa oikeuskäytännössä, ei yhdysvaltalaisessa oikeuskäytännössä ole otettu samalla tavalla kantaa poistettujen tiedostojen pysyvyyteen tai tarvittaviin, tehokkaisiin toimiin (Gillespie 2011, s. 187–188).

218 Akdeniz 2008, s. 39.

etsiä, voi saada vesiliukoiselle maalilla peitetyn osan esiin. Kestävämmän maalin poistaminen vaatii kuitenkin erikoisvälineitä, joita ei kaikilla ole saatavilla. Tekninen kehitys on kuitenkin nopeata. Itse maalaus on vielä jäljellä, ja kunniaa loukkaava ”tila” on yhä voimassa. Voidaanko katsoa, että olen poistanut kuvan?

#### **4.5 Pilvitiedostot, välimuisti ja selaaminen**

##### **4.5.1 Pilvitiedostot**

Tietokoneet ja tietoverkostot ovat kehittyneet huomattavasti vuosituhanen vaihteesta, jolloin esimerkiksi sukupuolisiveellisyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan hallussapito kriminalisoitiin. Vaikka tietokoneet ja internet mainittiin jo tuolloin hallituksen esityksessä, olisi ollut eittämättä varsin vaikeaa arvata teknisen kehityksen vauhtia ja luonnetta. Jokainen tietokoneiden tai tietoverkoston tarjoama uusi sähköinen ratkaisu tai palvelu mahdollistaa myös uusien rikollisuuden muotojen kehittämisen.<sup>219</sup> Esimerkkinä tällaisista uusien mahdollisuuksien ja ongelmien sarjasta voidaan mainita niin sanotut pilvipalvelut ja pilvitiedostot. Pilvipalveluissa on kyse toiminnasta, jossa dataa ja ohjelmistoja (engl. *software*) säilytetään sähköisessä muodossa monella eri tietokoneella tai palvelimella, jotka ovat toisiinsa yhteydessä joko internetin tai yhteisön oman sisäisen intranetin välityksellä.<sup>220</sup> Tämä voi johtaa siihen, että yksittäisten henkilöiden tai yritysten on vaikea tietää, missä tiettyä dataa säilytetään tai käsitellään, etenkin jos tällaiset palvelut on ulkoistettu kolmannelle osapuolelle.<sup>221</sup> Myös perinteiset sähköiset kommunikaatiovälineet kuten sähköpostit, joissa viestit on tallennettu yhdelle palvelimelle, voidaan tällaisissa tapauksissa samaistaa pilvipalveluihin, huolimatta näiden välisistä teknisistä eroavaisuuksista.<sup>222</sup>

Tutkielmani tarkoituksena ei ole käsitellä pilvipalveluja kovinkaan kattavasti. Vaikka yksittäisen maan tai viranomaisen toimivallan määrittäminen voi tällaisissa tapauksissa olla haastavaa ja tulkinnanvaraista, on omistus- tai säilytystapauksissa itse *hallussapidon* olemus suhteellisen selvä. Henkilön, joka säilyttää salasanan tai muun tunnusteen avulla suojatulla sähköisellä tilillä lainvastaista materiaalia, voidaan katsoa pitävän tätä materiaalia konkreettisesti hallussaan samalla tavalla ja samoin perustein

---

219Li 2008, s. 83. Katso myös Brenner 2012, s. 8.

220Taylor – Haggerty – Gresty – Lamb 2011, s. 4.

221Ibid.

222Holst 2015, s. 186–187.

kuin henkilön, joka säilyttää huumausainetta jonkun muun luona, oman välittömän hallintansa ulkopuolella. Palvelimen ylläpitäjän (säilyttäjän) voidaan katsoa syyllistyvän hallussapitoon, mikäli hänen tahallisuutensa katsotaan kattavan teon olosuhteet. Ylläpitäjän vastuun kattavuuteen on otettu kantaa Euroopan parlamentin ja neuvoston erityisesti sähköistä kaupankäyntiä koskevassa direktiivissä (2000/12/EY). Direktiivin 14 artiklan a ja b kohtien mukaan palvelun tarjoaja (eng. *host*) ei ole vastuussa palvelun vastaanottajan (tallentajan) pyynnöstä tallennettujen tietojen osalta, mikäli a) hänellä ei ollut tosiasiallista tietoa laittomasta toiminnasta tai tiedoista, ja b) mikäli hän toimii viipymättä tietojen poistamiseksi tai niihin pääsyn estämiseksi heti saatuaan tiedon tällaisista seikoista. Vuoden 2001 hallituksen esityksen (HE 194/2001 vp) mukaan, mikäli lainvastainen materiaali on luonteeltaan ”kiihottamista kansanryhmää vastaan, pornografisia kuvia lapsesta, väkivallasta tai eläimiin sekaantumista”, on palvelimen tarjoajan tai ylläpitäjän vastuusta vapautuakseen poistettava tällainen aineisto omasta aloitteestaan *heti* kun hän saa tosiasiallisesti tietää aineiston olevan hänen palvelimellaan.<sup>223</sup> Direktiivin artikla on myös omaksuttu tietoyhteiskuntakaaren (TYK 2014/917) 184 §.

Perustuen yllä mainittuihin seikkoihin olisi helppo olettaa, että pilvipalvelujen tai vastaavien sähköisten säilytyspalvelujen *hallussapitoa* koskeva aspekti olisi selvä: palvelimen ylläpitäjä on vastuunalainen ainoastaan tietyissä laissa määritellyissä tilanteissa, ja tallentajan tahallisuus kattaa tällaiset olosuhteet samalla tavalla kuin muiden lainvastaisten konkreettisten esineiden varastoimisen. Pilvipalvelut tuovat kuitenkin mukanaan eräitä tulkintavaikauksia, sillä palveluiden käyttäjien on usein mahdollista jakaa linkkien (osoitteiden) avulla tilejään ja kansioitaan muille käyttäjille. Tällaisten linkkien vastaanottajilla tai hallussapitäjillä ei kuitenkaan useimmiten ole oikeutta muuttaa, poistaa tai muilla tavoin vaikuttaa kansioiden sisältöön. Onko tällaisen linkin omaavalla henkilöllä tällaisilla tileillä olevat tiedostot hallussaan? Kysymykseen on otettu kantaa seuraavassa ruotsalaisessa alioikeuden tapauksessa.

Uppsala tingsrätt 18.03.2016 B 6261-15

L:ää syytettiin törkeän lapsipornografian hallussapidosta (BrB 16:10a). Osa materiaalista oli tallennettuna hänen kovalevyllään. Tämän lisäksi häntä syytettiin samanlaisen materiaalin hallussapidosta kahden eri pilvipalvelun tilillä. Ohjelmat D ja M olivat pilvipalveluja, jotka tarjosivat tiedostojen säilytystä internetin välityksellä. Tilin omistaja tai pääkäyttäjä (”kontoinnehavare”) pystyi vapaasti poistamaan tai lisäämään tiedostoja, mutta tämän lisäksi hän pystyi antamaan muille käyttäjille osoitteen tililleen, jolloin nämä

---

223HE 194/2001 vp, s. 18.

pystyivät katsomaan tai jopa lataamaan sinne tallennettua materiaalia vapaasti. L:llä oli tallennettuna erään tällaisen tilin osoite, ja hän myönsi käyneensä kyseisessä kansiossa ja katsoneensa siellä säilöttyä materiaalia. KO katsoi näytetyksi, että L oli M-ohjelmalla sijainneen tilin omistaja, ja että hän oli tästä syystä syyllistynyt tilillä olevan materiaalin hallussapitoon. Sen sijaan D-ohjelman tilin omistajuudesta ei ollut varmuutta. Koska ainoastaan tällaisen osoitteen tai linkin hallussapitoa ei voitu samaistaa materiaalin hallussapitoon, hylkäsi tuomioistuin tätä tiliä koskevan syytteen. HO vahvisti KO:n tuomion L:n peruttua valituksensa.

Käräjäoikeus viittasi päätöksensä perusteluissa ruotsalaiseen huumausaineoikeuskäytäntöön ja hallituksen lapsipornoa koskevaan lakiesitykseen. Lakiesityksen mukaan pelkästään tällaisen materiaalin katsomista ei ole kriminalisoitu eikä kyseessä ole tällaisen materiaalin hallussapito jos sitä ei ole tallennettu koneelle. Tässä vaiheessa on otettava huomioon, ettei L kiistänyt pilvipalveluilla olleiden kuvien hallussapitoa. Tästä huolimatta tuomioistuin otti itsenäisesti kantaa tähän kysymykseen, katsoen, ettei tunnuksesta huolimatta häntä voitu tuomita D-ohjelman osalta hallussapidosta.

Holstin mukaan pilvipalveluja ja -tiedostoja koskevissa tulkinnoissa on perusteltua katsoa, että pääkäyttäjän ja tavallisen (rajoitetun oikeuden omaavan) käyttäjän vallinta (tansk. ”*rådigheden*”) katsottaisiin yhtä kattaviksi, jolloin kummankin voitaisiin katsoa syyllistyvän tallennetun materiaalin hallussapitoon (mahdollisen levittämissyytteen ohella).<sup>224</sup> Vaikka tavallisen käyttöoikeuden omaavilla käyttäjillä ei sinänsä ole mahdollisuutta poistaa tai vaikuttaa säilytettävään lainvastaiseen materiaaliin, on heillä kuitenkin mahdollisuus estää tai poistaa oma pääsynsä siihen.<sup>225</sup> Vaikka pilvipalvelun palvelin tai sillä säilytetyt tiedostot voivat olla tallennettuina eri puolilla maailmaa, antavat ne tästä huolimatta vaikutelman (tansk. ”*indtrykket*”) siitä, että materiaali on fyysisesti käyttäjän koneella.<sup>226</sup>

## **4.5.2 Välimuisti ja selaaminen**

### **4.5.2.1 Välimuistin toiminta**

Internetissä erilaisten sivustojen selaaminen ja käyttäjälle kiinnostavan sisällön etsiminen (kansanomaisesti ”surfaaminen”) on helppoa. Tällaista toimintaa voidaan

---

<sup>224</sup>Holst 2015, s. 187.

<sup>225</sup>Ibid.

<sup>226</sup>Holst 2015, s. 187.

teoriassa verrata valtavan ja kattavan kirjaston läpikäymiseen.<sup>227</sup> Internetin ja selaimien käyttäjien on mahdollista esimerkiksi hakukoneiden avulla etsiä ja siirtyä nopeasti ja vaivattomasti erilaisten materiaalien välillä. Kuka tahansa, jolla on internet-yhteys, voi luoda uutta materiaalia ja tuoda sen muiden käyttäjien ulottuville, joko rajoittamattomasti tai rajoitetusti.<sup>228</sup> Todellisuudessa internet ei ole tavallisen käsityksen mukainen kirjasto, eikä sivusto ole kirja tai huone, jossa käyttäjä voi lukea lehteä, katsoa videoita tai asioida pankissa.<sup>229</sup> Vaikka tällainen yleistäminen on ymmärrettävää, trivialisoi tämä internetin luonteesta ja toiminnasta seuraavat ongelmat.

Käyttäjän selatessa internetiä ja siirryessä sivustolta toiselle tallentaa hänen selaimensa automaattisesti kopion jokaisesta sivustosta tietokoneen kovalevyille. Myös käyttäjän valitessa ja seuratessa niin sanottua hyperlinkkiä, lataa tietokone tosiasiaa kyseisen sivun kovalevyille.<sup>230</sup> Tällaisia tiedostoja kutsutaan ”tilapäisiksi internet-tiedostoiksi” (ruots. temporära internetfiler, eng. *temporary internet files*), ja tallennuskansio on selaimen välimuisti (engl. *cache*).<sup>231</sup> Mikäli käyttäjä palaa samalle sivustolle myöhemmin, eikä sen sisältö ole muuttunut, lataa tietokone kyseisen sivun välimuistista. Tämä nopeuttaa selaamista. Selain tyhjentää automaattisesti välimuistin kansiolle varatun tilan täytyttyä, mutta käyttäjä voi myös määrittellä selaimen asetuksista kuinka usein tämä tapahtuu, ja mitä tai kuinka paljon välimuistiin tallennetaan. Käyttäjä voi myös antaa manuaalisen käskyn, jolloin selain tyhjentää välimuistin kokonaisuudessaan. Sivuston sisältö voi taas koostua monesta eri osasta, jotka on koottu eri puolilta internetiä.<sup>232</sup> Välimuistin toiminta ja siihen tapahtuva tiedostojen tallennus riippuvat monesta eri tekijästä, joista vain osa on tietokoneen käyttäjän hallittavissa.<sup>233</sup> Jotkut näistä riippuvat esimerkiksi sivuston ylläpitäjästä.<sup>234</sup>

Välimuistin toiminta voi tulla yllätyksenä tietokoneen tai selaimen arkikäyttäjälle. Ammattimainen käyttäjä voi olla tietoinen tällaisesta toiminnasta, mutta suurin osa tietokoneiden arkikäyttäjistä ei todennäköisesti ole.<sup>235</sup> Tiedoston perinteinen lataaminen tai sen tallentaminen vaatii useimmiten käyttäjän aktiivisia toimia, ja käyttäjä voi

---

227Li 2008, s. 94.

228Kronqvist 2013, s. 67.

229Li 2008, s. 94. Kronqvist 2013, s. 67.

230Kronqvist 2013, s. 69. Howard 2004, s. 1229–1230.

231Howard 2004, s. 1229–1230. Holst 2015, s. 182.

232Kronqvist 2013, s. 67.

233Howard 2004, s. 1230. Marin 2008, s. 1213.

234Howard 2004, s. 1230–1231.

235U.S v. Kuchinski (2006), tuomion kohta 36, tuomari *Fernandez*.



pitkälti itse päättää, milloin ja kuinka lataus tehdään sekä minne ladattu tiedosto siirtyy.<sup>236</sup> Perinteisen latauksen käynnistys on useimmiten myös jollain tavalla nähtävissä tai käyttäjän havaittavissa, kun taas välimuistin toiminta tapahtuu pitkälti koneen taustalla. Välimuisti ja tilapäiset internet-tiedostot ovat rikosoikeudellisesti ongelmallisia, sillä tällainen materiaali on hyvinkin konkreettisesti käyttäjän koneella, ja sen voitaisiin perustellusti katsoa olevan hänen hallussaan. Välimuisti ja sinne tallennetut tiedostot eivät ole olemassa missään abstraktissa tai teoreettisessa muodossa, jonka muuttaminen koneen- tai ihmisten luettavaan muotoon vaatisi kehittyneitä it-taitoja tai erikoisohjelmistoja. Välimuisti on käyttäjien saatavilla, vaikka se onkin suojattu, eli käyttäjän on annettava tietokoneelle suora komento. Tietokone kuitenkin varoittaa tällaisesta toiminnasta.<sup>237</sup> Asiasta tietoinen henkilö voi päästä käsiksi välimuistiin ja sinne tallennettuihin tiedostoihin, jolloin hän voi muun muassa tulostaa, kopioida, siirtää tai poistaa niitä kuten muitakin tietokoneelle tallennettuja tiedostoja.<sup>238</sup>

Voidaanko täten katsoa, että käyttäjä jonka selaimen välimuistista löytyy esimerkiksi sukupuolisiveellisyyttä loukkaavaa materiaalia, on ollut tietoinen sellaisen olemassaolosta ja että hänen tahallisuutensa kattaa sellaisen materiaalin hallussapidon? Arvioitaessa hallussapito-termin käsitettä ja rikosoikeudellista tahallisuuden kattavuutta tietokoneisiin liittyvissä hallussapitorikoksissa on mielestäni suoranaisten latausten, tallennuksien ja pääsyn hankkimisen rajanvedon ohella otettava huomioon myös välimuisti ja siellä olevat tilapäiset tiedostot.<sup>239</sup> Katson, että välimuistissa menee rikosoikeudellisesti relevantin hallussapidon ja kriminalisoinnin ulkopuolelle jätetyn ”pelkän katsomisen” raja. Kysymys ei ole luonteeltaan pelkästään teoreettisesta pohdiskelusta, sillä yhdysvaltalaisessa, englantilaisessa ja kanadalaisessa oikeuskäytännöissä on katsottu, että tietokoneen käyttäjän tahallisuus voi kattaa myös tietokoneen välimuistissa olevat tiedostot. Tulen seuraavassa luvussa käsittelemään yllä mainittujen angloamerikkalaisten maiden oikeuskäytäntöä ja siellä valittuja lähtökohtia ja vertaamaan niitä muissa Pohjoismaissa ja Suomessa omaksuttuihin kantoihin.

---

<sup>236</sup>Marin 2008, s. 1211.

<sup>237</sup>Todistaja *Keller*, U.S v Romm (2006), tuomion kohta 14. Katso myös *Atkins v. DPP* (2000) ja *Clough* 2008, s. 217.

<sup>238</sup>Todistaja *Luckie*, U.S v. Romm (2006), tuomion kohta 31.

<sup>239</sup>Välimuistin oikeudellista asemaa käsitellään yllä mainitussa Euroopan parlamentin ja neuvoston sähköistä kaupankäyntiä koskevassa direktiivissä artiklassa 13 ja TYK 183 §. Kyseinen pykälä käsittelee tällaisen palvelun tarjoajan vastuuvapauden ehtoja, jotka eivät kuulu tämän tutkielman piiriin. *Sutterin* mukaan direktiivissä käytetty määritelmä välimuistin tilapäisestä luonteesta on ristiriidassa käytännön elämän kanssa, sillä monet palvelimet säilyttävät tietoja hyvinkin pitkään (*Computer law / Sutter* 2011, s. 316).

Tulen tässä luvussa keskittymään lähinnä sukupuolisiveellisyyttä loukkaavaan materiaaliin, siitä saatavilla olevaan oikeuskäytäntöön sekä sen yhteydessä käytettyihin oikeudellisiin perusteluihin. Tästä huolimatta katson, että tällaista materiaalia koskevat perustelut voidaan ilman sen suurempia muunnelmia siirtää myös tietoverkkorikosvälinettä (ja muuta mahdollista tulevaa hallussapitorikollisuutta) koskeviin tapauksiin, sillä välimuisti tallentaa kaikki sivustolla olleet tiedostot. Henkilöllä voi siis selaamisen seurauksena olla tallennettuna välimuistissaan tietoverkkorikosvälineeksi tarkoitettu komentosarja, salasana, pääsykoodi tai muuta vastaavaa tietoa (RL 34:9b).

#### ***4.5.2.2 Välimuistin hallussapito angloamerikkalaisessa oikeuskäytännössä***

##### ***4.5.2.2.1 Yleistä***

Käyttäjän kykyyn ja mahdollisuuksiin vaikuttaa välimuistissa olevien tiedostojen hallussapitoon on otettu kantaa englantilaisessa, kanadalaisessa ja yhdysvaltalaisessa oikeuskäytännössä. Kyseisissä maissa on omaksuttu lähtökohdaksi se, että välimuistiin tallennetut tiedostot voidaan laajalti samaistaa muihin tietokoneelle oleviin tiedostoihin. Koska tallennus on luonteeltaan automaattista ja laajalti käyttäjästä riippumatonta, on vastuun ja tahallisuuden edellytykseksi omaksuttu tietoisuus tai ymmärrys välimuistin toiminnasta ja sinne tallennetuista tiedostoista. Tämä tietoisuus on Yhdysvalloissa lähtökohtaisesti katsottu varsin kattavaksi, ja käyttäjillä on varsin rajalliset mahdollisuudet vedota (joko todelliseen tai tarkoitukselliseen) tietämättömyyden tarjoamaan suojaan. Sen sijaan Englannissa on omaksuttu varovaisempi kanta, jonka mukaan tietoisuus on pystyttävä näyttämään erikseen. Keskityn luvussa englantilaiseen ja yhdysvaltalaiseen oikeuskäytäntöön.

Englantilaisessa oikeuskäytännössä keskeisimpänä välimuistia ja sen hallussapitoa koskeva ratkaisu on *Atkins v D.P.P.* (2000).

*Atkins v D.P.P.* (2000)

A:n tietokoneelta löydettiin sukupuolisiveellisyyttä loukkaavia, lapsia esittäviä kuvia. Osa kuvista oli tallentunut tietokoneen kovalevylle erilliseen kansioon, perinteisen aktiivisen latauksen ja tallennuksen kautta, kun taas osa kuvista oli ainoastaan tallentunut selaimen välimuistiin. A kiisti tienneensä välimuistin automaattisesta toiminnasta ja sinne tallennetuista tiedostoista. A:n mukaan koska hän ei ollut ollut tietoinen tiedostojen olemassaolosta, ei hän voinut myöskään syyllistyä niiden hallussapitoon. Alioikeuden mukaan ei ollut selvää, oliko A ollut tietoinen välimuistin toiminnasta. Sen sijaan oli selvää,

että hän oli itse vapaaehtoisesti hankkiutunut sellaiseen tilanteeseen, jossa lainvastaista materiaalia oli (tietoisin) napin painalluksen myötä siirtynyt ja tallentunut hänen koneensa kovalevylle (ja hänen ruudulleen). Se, että hän oli ymmärtänyt väärin minne materiaali tallentuisi oli asiassa merkityksetöntä. Kyseessä oli vakava rikos, ja lainsäätäjän tarkoitus oli ilmeisesti ollut saattaa tällainen materiaali kattavasti rangaistavaksi mahdollisin vähin puolustuksin ("strict liability"). Alioikeus kuitenkin katsoi, ettei välimuistiin tallennettujen kuvien voitu katsoa olleen "valmistettuja" ("make"), ja A tuomittiin hallussapidosta.<sup>240</sup> Valitustuomioistuimen mukaan lainsäädäntö ei luonut ankaraa vastuuta ("absolute offense") tällaisiin kuviin, ja että henkilön ei voitu katsoa syyllistyvän sellaisten kuvien hallussapitoon, joiden tallennuksesta hän ei ollut tietoinen. Koska A:n ei ollut näytetty olleen tietoinen välimuistin toiminnasta tai sen olemassaolosta hylättiin syytteet näiden kuvien osalta.

Ratkaisun lopputuloksena syyttäjien on hallussapitoa koskevissa tapauksissa kyettävä näyttämään, että käyttäjä on ollut tietoinen välimuistista ja sen automaattisesta tallennuksesta.<sup>241</sup> Mikäli henkilön ei voida näyttää tietoisuutta välimuistin olemassaolosta tai toiminnasta, ei tiedostojen todennäköisesti voida katsoa olevan hänen hallussaan.<sup>242</sup> Tällaiset tiedostot voivat sen sijaan olla todiste materiaalin valmistuksesta (katso tarkemmin luku 4.3.2).<sup>243</sup> Mikäli on kuitenkin näytettävissä, että henkilö on ollut tietoinen välimuistista, ei hallussapitosyytteen edellytyksenä ole, että käyttäjän nimenomaisena tarkoituksena on ollut tallentaa kuvat, tai että ne ovat hänen palautettavissaan tai haettavissaan ("retrievable").<sup>244</sup> Riittävää on, että hänen tahallisuutensa kattaa tällaisen materiaalin luonteen, ja että hänellä on ollut tarkoituksena katsoa materiaalia.

Tietoisuus välimuistin toiminnasta vaihtelee henkilöiden välillä, riippuen heidän teknisestä osaamisestaan. Tämä ilmenee tapauksissa *R v Smith & Jayson* (2002). Smithissa S oli vastaanottanut sähköpostin, joka sisälsi sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan kuvan. Vaikka hän ei ollutkaan nimenomaisesti tilannut tai pyytänyt tällaista materiaalia, katsottiin hänen tietoisuutensa tai voineen aavistaa sähköpostin liitteen sisällön ennen sen avaamista, ottaen huomioon aiemmin lähettäjän kanssa käydyn keskustelun ja kirjeenvaihdon. Koska hänen voitiin katsoa olleen tietoinen kuvan luonteesta, oli liitteen avaaminen myös luonut (tallentanut) kuvan. Jaysonissa J oli selannut internetissä sukupuolisiveellisyyttä loukkaavaa materiaalia, joka oli tallentunut tietokoneen

---

<sup>240</sup>"It [termi "make"] does not mean 'stored', 'isolated', or 'reserved' in whatever form. For those reasons I say now that I find the concept of 'making' in this case difficult in relation to [the 'making' charges] and I say that there is no case to answer in respect of them." *Atkins v D.P.P* (2000). Sen sijaan valitustuomioistuin katsoi, että myös tällainen materiaali oli valmistettu, mikäli käyttäjän tietoisuus voitiin näyttää. Katso muun muassa *Akdeniz* 2008, s. 51–52.

<sup>241</sup>*Akdeniz* 2008 s. 51. *Horsman* 2016, s. 425.

<sup>242</sup>*Horsmann* 2016, s. 429.

<sup>243</sup>*Ibid.*

<sup>244</sup>*Akdeniz* 2008, s. 54. *Horsmann* 2016, s. 426.

välimuistiin. Välimuisti oli tyhjentynyt automaattisesti mutta poliisi oli saanut kuvat palautettua. Koska J:llä oli ollut yli kolmenkymmen vuoden kokemus tietokoneiden käytössä, oli hänen täytynyt olla tietoinen siitä, että ruudulla esiintyvät kuvat tallentuisivat välimuistiin. Kummassakin tapauksessa lainvastainen materiaali oli tallentunut ainakin tietokoneen välimuistiin.

Yhdysvalloissa sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan, lasta esittävän materiaalin hallussapito on kriminalisoitu rikoslain (United States Code, U.S.C) § 2252A (a) (5) (B):ssä. Kriminalisointi koskee kirjojen, lehtien ja filmien ohella myös kaiken muun visuaalisen materiaalin (*”any other material that contains an image”*) tahallista hallussapitoa, jossa kuvataan sukupuolisiveellisyyttä loukkaavalla tavalla lasta. Välimuistiin tallennettujen tiedostojen ja tietokoneen käyttäjän suhteeseen on otettu Yhdysvalloissa kantaa tapauksessa U.S v Tucker (2001), samoin johtopäätöksiin kuin Atkins v D.P.P:ssä.<sup>245</sup> Kyseinen tapaus on Yhdysvalloissa kaikkein tunnetuin.<sup>246</sup>

U.S v Tucker (2001)

Tapauksessa T:n tietokoneelta löytyi sukupuolisiveellisyyttä loukkaavia, lapsia esittäviä kuvia. Kuulusteluissa hän tunnusti käyneensä usein tällaista materiaalia sisältävillä sivustoilla, ja että hän myös kuului tällaista materiaalia internetissä levittävään suljettuun ryhmään. Hän kuitenkin kiisti kuvien hallussapidon. Hänen mukaansa pelkästään internetissä olevien kuvien katseleminen ei ollut laissa määriteltyä hallussapitoa (engl. *possession*). Hänen toimensa kattoivat ainoastaan katselemisen, eikä hän ollut aktiivisesti tallentanut yhtäkään kuvista. Tämän lisäksi hän oli jokaisen katselukerran jälkeen manuaalisesti tyhjentänyt välimuistin. Mikäli välimuistissa olevien kuvien katsottaisiin tästä huolimatta olleen hänen hallussaan, ei hän tästä huolimatta ollut syyllistynyt tahalliseen hallussapitoon, sillä tallennustoimi oli ollut hänestä riippumatonta. T:n katsottiin syyllistyneen lapsipornon hallussapitoon (U.S.C. § 2252A(a)(5)(B)).

Tuomionsa perusteluissa tuomioistuin keskittyi pitkälti Tuckerin konkreettisiin mahdollisuuksiin käsitellä ja hallita sekä selatessa katsottuja (tietokoneen ruudulla olevia) että välimuistiin tallennettuja kuvia.<sup>247</sup> Tuomioistuimen mukaan hän pystyi kuvia selatessaan muun muassa kopioimaan, tulostamaan sekä halutessaan myös esikatsелеmaan niitä. Tuomioistuimen mukaan oli täten selvää, että hän oli internetissä olevien kuvien osalta syyllistynyt hallussapitoon. Välimuistiin tallennettujen kuvien osalta tuomioistuin katsoi merkittäväksi seikaksi sen, että Tucker oli myöntänyt tyhjentäneensä välimuistin jokaisen katselukerran jälkeen. Käyttäen tätä lähtökohtanaan tuomioistuin lausui, että materiaalin poistaminen oli mahdollista ainoastaan sellaiselle henkilölle, jolla oli se hallussaan. Tällöin poistaminen toimi hallussapidon todistavana

---

<sup>245</sup>Gillespie 2011, s. 186.

<sup>246</sup>Howard 2004, s. 1239.

<sup>247</sup>Howard 2004, s. 1240–1241.

tekijänä.<sup>248</sup> Koska Tucker oli käynyt (useasti) sivustolla, tarkoituksenaan katsella sukupuolisiveellisyttä loukkaavaa, materiaalia, tietoisena siitä, että kuvat tallentuisivat hänen koneelleen, oli hallussapito myös ollut luonteeltaan tahallista. Sillä, että hän ei halunnut tai toivonut kuvien tallentuvan hänen koneelleen ei ollut merkitystä.

Samantyyppiseen lopputulokseen päädyttiin myös myöhemmässä ratkaisussa U.S v Bass (2005). Tapauksessa Bassin tietokoneelta löydettiin noin 2000 sukupuolisiveellisyttä loukkaavaa, lasta esittävää kuvaa, jotka saatiin palautettua poliisin erikoisohjelmalla. Kuvien lainvastaisuus oli riidatonta, mutta sen sijaan kuvien alkuperää, eli olivatko kuvat tallentuneet koneelle automaattisesti vai käyttäjän aktiivisten toimien seurauksena, ei ollut mahdollista selvittää.<sup>249</sup> Bass kiisti paitsi kuvien aktiivisen tallennuksen myös sen, että hän oli ollut tietoinen välimuistin toiminnasta ja sinne tallennetuista tiedostoista. Hän kuitenkin myönsi käyttäneensä ohjelmia H ja W, joiden avulla hän tyhjensi selaushistoriansa jokaisen katselukerran jälkeen. Tuomioistuimen enemmistö katsoi täten näytetyksi, viitaten muun muassa Tuckerissa päädyttyihin johtopäätelmiin, että Bass oli ollut tietoinen tietokoneen automaattisesta tallennuksesta, ja että hän oli syyllistynyt lainvastaisen materiaalin hallussapitoon.

Vähemmistöön jäänyt tuomari *Kelly* esitti eriävän mielipiteen, joka on mielestäni varsin valaiseva ja perusteltu. Hänen mukaansa tahallinen, tietoinen hallussapito edellytti esineen hallintaa. Toisin kuin Tuckerissa, jossa syytetyn oli näytetty olleen tietoinen välimuistin toiminnasta ja omatoimisesti käsitelleen (poistaneen) siellä tallennettuja tiedostoja, ei Bassin tietoisuudesta ollut mitään erillistä tai konkreettista näyttöä.<sup>250</sup> Kellyn mukaan ei ollut näyttöä siitä, että Bass olisi Tuckerin tavoin yrittänyt varsinaisesti muuttaa tai käsitellä välimuistiin tallennettuja tiedostoja.<sup>251</sup> Pelkkä yleisluonteinen tiedostojen poistaminen ja kovalevyn puhdistaminen ohjelmien H ja W avulla ei Kellyn mukaan osoittanut konkreettista tietoisuutta välimuistin toiminnasta, ja tällaisista toimista tehdyt johtopäätökset olivat ainoastaan tuomioistuimen suorittamaa spekulointia. Oli selvää, että Bass oli ollut tietoinen katsomansa materiaalin lainvastaisesta (ja erittäin tuomittavasta) luonteesta. Tästä huolimatta tällaisen materiaalin katsomista ei ollut kriminalisoitu. Tuomioistuimen suorittama

---

248*Ibid.*

249”*However, the origin of the images could not be identified-that is, whether the images had been intentionally or automatically saved to the computer from the internet.*” U.S v Bass (2005), tuomion kohta 4.

250Tuomari *Kelly*, U.S v Bass (2005), tuomion kohta 29. Katso myös *Clough* 2008 s. 223–224.

251Tuomari *Kelly*, U.S v Bass (2005), tuomion kohta 30.

argumentatiivinen loikka katsomisesta hallussapitoon, perustuen ainoastaan tietokoneen automaattisiin toimiin, oli Kellyn mukaan tosiasiallisesti huolimattomuuden tai ymmärtämättömyyden kriminalisointia.

*”Knowing possession of pornography cannot be established merely by demonstrating that Mr Bass was ignorant, negligent, careless or foolish not to have known that downloading files is easy and material is saved in temporary internet files. [...] The court’s leap from viewing child pornography to knowingly possessing it based solely on computer default operation without any proof the defendant knew about such operation establishes a precedent that mere negligence suffices for criminal liability.”<sup>252</sup>*

Suurin osa yhdysvaltalaisista tuomioistuimista on hyväksynyt Tuckerissa omaksutun ja Bassissa vahvistetun kannan. Välimuistissa olevien kuvien on katsottu olevan luonteeltaan tarpeeksi konkreettisia, ja että syytettyjen toimet osoittavat rikosoikeudellisesti tiedostavan hallussapidon.<sup>253</sup>

U.S v Romm (2006).

Tapauksessa R oli käynyt sukupuolisiveellisyyttä loukkaavia, lapsia esittäviä kuvia sisältävällä sivustolla, jonka seurauksena hänen välimuistiinsa oli tallentunut 40 kuvaa. R oli väittänyt, ettei hän ollut ollut tietoinen välimuistin toiminnasta. Tuomioistuin kuitenkin katsoi, että vaikka R ei ollut muuttanut selaimensa asetuksia tai muuten osallistunut aktiivisesti välimuistin tallennusprosessiin, oli hän kuitenkin ollut tietoinen tästä toiminnasta rikosoikeudellisesti relevantissa merkityksessä. Tuomioistuimen perusteluiden mukaan henkilö voi pitää hallussaan ja vastaanottaa tällaista materiaali ilman sen suoranaista lataamista, jos hän hakee ja kontrolloi sitä. Tuomioistuimen mukaan hallinta ilmeni kyseisessä tapauksessa siten, että syytetyllä oli mahdollisuus kuvia katsoessaan tulostaa, tallentaa, lähettää niitä eteenpäin tai poistaa niitä. Koska kuvat olivat olleet hänen kannettavalla koneellaan, oli hänen hallussapitonsa ja hallintansa ollut hyvin konkreettista.

Yhdysvaltalaisen oikeuskäytännön kattava analysointi ei ole tämän tutkielman tarkoitus. Lopullisen kannan osoittaminen voisi olla hankalaa, sillä monessa välimuistia koskevassa oikeustapauksessa välimuisti ja sinne tallennetut kuvat on mainittu ja käsitelty varsin nopeasti ja ohimennen, ilman sen syvällisempiä rikosoikeudellisia analyysejä tai perusteluja.<sup>254</sup> Yhdysvaltalainen oikeuskäytäntö ei Howardin mukaan ole täysin yksiselitteistä, ja asiasta on vielä meneillään suhteellisen vilkas keskustelu oikeuskirjallisuudessa. Tästä huolimatta voidaan perustellusti katsoa, että oikeudelliseksi kannaksi on vakiintunut se, että tietokoneen käyttäjän voidaan katsoa olevan tietoinen välimuistin olemassaolosta ja vastuussa sinne tallennetuista tiedostoista.<sup>255</sup> Kellyn kannalla olevia tuomioita on muutama, joista esimerkkinä voidaan mainita U.S v Stulock (2002) ja U.S v Kuchinski (2006).

<sup>252</sup>Tuomari Kelly, U.S v Bass (2005), tuomion kohta 31.

<sup>253</sup>Howard 2004, s. 1239.

<sup>254</sup>Howard 2004, s. 1239, 1248–1253.

<sup>255</sup>Howard 2004, s. 1239.

Stulockissa alioikeus oli hylännyt tietokoneella olevien kuvien hallussapitosyytteen, sillä syytekirjelmän mukaan syyte koski ainoastaan välimuistissa olleita kuvia (*"The possession charge specified only the images found in the browser cache."*). Alioikeuden mukaan pelkästään katsomista ei voitu samaistaa hallussapitoon, etenkin koska kuvat tallentuivat koneelle automaattisesti.<sup>256</sup> Valitustuomioistuin vahvisti tämän tuomiossaan ainoastaan nopealla maininnalla. Kuchinskissa tuomioistuin katsoi, että vaikka syytetyllä oli teoriassa ollut mahdollisuus päästä käsiksi välimuistissa olleisiin tiedostoihin, oli häneltä ilmeisesti puuttunut tähän vaadittava konkreettinen tietoisuus ja ymmärrys. Toisin kuin Tuckerissa, ei Kuchinskin ollut näytetty käyttäneen välimuistia tai edes tienneen sen olemassaolosta. Koska hänen ei ollut näytetty hallinneen välimuistia millään tavoin, ei hänen ymmärtämättömyyttään voitu mieltää tai samaistaa tietoisuudeksi.<sup>257</sup>

#### **4.5.2.2 Itsenäinen hallussapidon kohde vai todiste aikaisemmasta hausta**

Howardin mukaan välimuistiin voidaan periaatteessa suhtautua kahdella eri tavalla: joko niin, että sinne tallennetut tiedostot toimivat todisteina hallussapidosta ja että ne ovat itsenäisiä hallussapidon kohteita (*"Present Possession"*), tai niin, että välimuistiin tallennetut tiedostot nähdään todisteina aikaisemmasta etsinnästä tai sellaisen materiaalin hankinnasta ja hallussapidosta (*"Evidence of Approach"*).<sup>258</sup> Hänen mukaan kumpikin lähestymistapa vaatii erilaisen näkökulman ja oletuksen tietokoneen toiminnasta. Mikäli välimuistiin tallennettujen tiedostojen katsotaan olevan *Present Possession* lähtökohdan mukaisesti tietokoneen käyttäjän hallussa itsenäisinä hallussapidon kohteina, nähdään tietokone periaatteessa tyypillisenä fyysisenä arkistokaappina.<sup>259</sup> Tällöin välimuisti on yksinkertaisesti eräs monesta eri vetolaatikosta tai kansioista, jossa käyttäjä säilyttää tallentamiaan laillisia ja laittomia tiedostoja.<sup>260</sup> Käyttäjä on internettiä selatessaan etsinyt lainvastaista materiaalia, ja valinnan seurauksena tietokone on arkistoinut kopion haetusta materiaalista. Tällöin tiedoston

---

<sup>256</sup>Howard 2004, s. 1248. Valitettavasti alkuperäistä Missouriin osavaltion alioikeuden tuomiota ei Howardin mukaan ole julkaistu.

<sup>257</sup>"Where a defendant lacks knowledge about the cache files, and concomitantly lacks access to and control over those files, it is not proper to charge him with possession and control of the child pornography images located in those files, without indication of dominion and control over the images. To do so turns abysmal ignorance and a less than valetudinarian grasp into dominion and control." Tuomari Fernandez, U.S v Kuchinski (2006), tuomion kohta 13.

<sup>258</sup>Howard 2004, s. 1253–1254.

<sup>259</sup>Howard 2004, s. 1254.

<sup>260</sup>*Ibid.*

hallussapito alkaa sillä hetkellä, kun kuva on tallentunut tietokoneen välimuistiin, ja päättyy vasta silloin kun tiedosto on poistettu.<sup>261</sup> Tämän jälkeen tuomioistuimien arvioitaviksi jää lähinnä mahdollisten syyksiluettavuuden poistavien tai muuten syytetyn puolesta puhuvien ulkoisten seikkojen arviointi, kuten esimerkiksi käyttäjän näytetty tietämys materiaalin olemassaolosta, hänen toimensa koskien sen manipulointia tai poistamista, hänen toimensa materiaalin hankkimisessa tai ladatun materiaalin määrä.<sup>262</sup> *Evidence of Approach* lähtökohdassa tietokone nähdään vertauskuvallisesti kamerana, joka tallentaa todisteita käyttäjän rikollisesta toiminnasta. Välimuisti toimii videokuvana (todisteena), joka välillisesti todistaa katsotun materiaalin luonteesta, määrästä ja tekijän tahallisuudesta. Tällöin varsinainen hallussapidon aika on huomattavasti lyhyempi: se alkaa silloin kun henkilö valitsee kuvan, ja päättyy silloin kun hän siirtyy seuraavaan kuvaan tai poistuu kokonaan sivustolta.<sup>263</sup> Sen sijaan selaimen välimuistin pyyhkimisellä tai tyhjentämisellä ei ole merkitystä.

Tuckerin tapauksessa oli kiistatonta, että syytetty oli tahallisesti (maksua vastaan) hankkinut pääsyn lainvastaista materiaalia sisältävälle sivustolle, tietoisena siitä että materiaali tallentui (vaikkakin vain tilapäisesti) hänen koneelleen, jolloin se myös oli periaatteessa hänen saatavillaan. Olen kuitenkin samaa mieltä Howardin kanssa siitä, että tuomioistuimen korostama mahdollisuus ja kyky poistaa tai tuhota materiaali ei automaattisesti merkitse sitä, että käyttäjä tosiasiallisesti pitäisi sitä hallussaan.<sup>264</sup> Tätä väitettä voidaan havainnollistaa Howardin käyttämän esimerkin avulla. Henkilö A menee aikuisviihdekauppaan, tarkoituksenaan tilata siellä tarjolla olevaa lainvastaista materiaalia. Hän tilaa materiaalin myyjältä, käyttäen tiettyjä termejä ja kuvauksia. Saatuaan materiaalin (1) hän selaa sitä, päättäen kuitenkin olla ostamatta tai ottamatta mitään. Hänellä on kuitenkin eittämättä materiaali hallussaan, ja hän voisi halutessaan repiä sen, heittää sen pois tai vaihtoehtoisesti tarkastella sitä lähemmin. Hänen tietämättään kaupan omistaja on kuitenkin ottanut kopion kaikesta hänen selaamastaan materiaalista, ja laittanut nämä kopiot A:n takin taskuun (2). Kävellessään kotiin A huomaa yhtäkkiä taskussaan olevat kuvat, ja päättää heittää ne lähimpään roskakoriin. Noudattaen Tuckerissa ja Rommissa tehtyjä johtopäätöksiä ja *Present Possession* linjan periaatteita, olisi A syyllistynyt paitsi ensimmäisen (1) myös toisen (2) kuvaerän

---

261Howard 2004, s. 1255.

262Howard 2004, s. 1253.

263Howard 2004, s. 1255.

264Howard 2004, s. 1258.



hallussapitoon, mikäli hän oli kauppaan mennessään ollut tarvittavalla tavalla tietoinen taskun (välimuistin) toiminnasta.<sup>265</sup>

Kuten olen luvussa 4.5.2 käsitellyt, ovat välimuistissa olevat tiedosto teoriassa (ja käytännössä) tallentuneina tietokoneella. Howardin kuvaama *Present Possession* on täten teknillisesti oikeampi vaihtoehto. Äärimmilleen vietynä tämä voi kuitenkin johtaa varsin ongelmallisiin tai epäoikeudenmukaisiin tulkintoihin, joissa lähestytään käyttäjän kannalta ankaraa vastuuta, jolloin henkilön oletetaan hyväksyvän tietyt toimet ja seuraukset ”kunnes toisin näytetään”. Näin voi tapahtua esimerkiksi niin sanotun ponnahdusikkunan muodossa (eng. ”pop-up”). Käyttäjällä ei juurikaan ole mahdollisuutta hallita ponnahdusikkunoita tai etukäteen tietää niiden sisällöistä, ja ne ovat varsin tavanomaisia kaikenlaisilla sivustoilla. Osa ponnahdusikkunoista voidaan estää erilaisilla esto-ohjelmilla, mutta tämä johtaa kilpavarusteluun, jossa sivustot yrittävät vuorostaan kiertää kyseiset esto-ohjelmat.<sup>266</sup> Selaimen välimuistin asetuksista riippuen mahdolliset ponnahdusikkunassa näytetyt kuvat voivat tallentua käyttäjän koneelle tavallisten sivustojen tavoin.

R. v. Harrisson (2008).

H:n tietokoneen kovalevyiltä oli poliisin suorittaman kotietsinnän yhteydessä löytynyt sukupuolisiveellisyttä loukkaavia, lapsia esittäviä kuvia. H myönsi käyneensä usein laillisilla aikuisviihdesivustoilla, jolta kyseinen materiaali oli tallentunut hänen koneelleen (välimuistiin) ponnahdusikkunoiden kautta. Hänen käyttämänsä hakutermit olivat viitanneet tällaiseen lainvastaiseen materiaaliin. Hän kiisti olleensa tietoinen välimuistista tai sen toiminnasta. Sen sijaan hän oli vain oletanut, että käydyistä sivustoista jäisi merkintä hänen koneelleen. H:n mukaan ponnahdusikkunat olivat tavallisia, ja niiden toiminta riippuu sivun rakenteesta ja sen asetuksista. Ponnahdusikkunat voivat siirtää henkilön toiselle sivustolle ilman tämän toimia tai edesauttamista, ja hänen ei voitu täten katsoa syyllistyneen tietoiseen hallussapitoon. Syyttäjän mukaan H oli usein käynyt aikuisviihdettä sisältävillä sivuilla ja täten ollut myös tietoinen siitä, että ne saattoivat sisältää laitonta materiaalia esittäviä ponnahdusikkunoita. Syyttäjä esitti myös, että H oli ollut tietoinen välimuistista, ja että mikäli tällaista lainvastaista materiaalia ilmestyisi, tallentuisi se automaattisesti hänen koneelleen. Koska hän oli ollut tietoinen tästä toiminnasta, oli hän täten syyllistynyt kyseisen materiaalin hallussapitoon. CoA vahvisti alioikeuden päätöksen.<sup>267</sup>

<sup>265</sup>Howard 2004, s. 1258–1259. Mielestäni Howardin esimerkki on hyvin oivaltava, vaikka vertaukset tilanteiden välillä eivät ole täydellisiä. Tämä ei kuitenkaan mielestäni johdu Howardin käyttämistä argumenteista, vaan reaali maailman paikoitellen huonosta sopivuudesta tietokoneisiin liittyviin esimerkkeihin. Tällaiset myyjän toimet, koskivat ne sitten laillista tai lainvastaista materiaalia, voidaan nähdä hyvinkin poikkeuksellisenä. Vaikka kyseinen aikuisviihdekauppa ilmoittaisi tällaisesta käytännöstä sisäänkäyntinsä yhteydessä, pidän varsin todennäköisenä, ettei suomalainen tuomioistuimien katsoisi A:n syyllistyneen kopioiden tahalliseen hallussapitoon ilman konkreettisempaa näyttöä. Sen sijaan välimuistin toiminta on luonteeltaan hyvin yleisessä tiedossa, ja selaimen tehokkaan toiminnan kannalta varsin olennainen. Kaikesta tietokoneen toiminnasta jää jonkinlainen jälki tai viite tietokoneen muistiin.

<sup>266</sup>Gillespie 2011, s. 124.

<sup>267</sup>H:ta syytettiin alioikeudessa Atkinsissa ja Bowdenissa omaksutun linjan mukaisesti kuvien valmistamisesta, mutta tämän lisäksi myös hallussapidosta. Syy tähän ei ole selvä, eikä tapauksen

CoA:n mukaan oli kiistatonta, että H oli käynyt kyseisillä aikuisviihdesivustoilla useaan eri otteeseen. Hänen ruudulleen ilmestyneet ja täten välimuistiin tallentuneet ponnahtusikkunat oli mahdollista yhdistää juuri näihin tiettyihin sivustoihin. Hänelle oli siis täytynyt muodostua ymmärrys siitä, että tällaisilla sivustoilla oli tavallisesti ponnahtusikkunoita, joiden sisältö saattoi myös olla laitonta. Niiden mahdollinen sisältö ei siis voinut tulla hänelle yllätyksenä, etenkin ottaen huomioon hänen aikaisemmin käyttämänsä hakutermit. Välimuistissa olleet tiedostot eivät olisi tallentuneet ilman H:n aktiivisia toimia. Koska H:n katsottiin olleen tietoinen välimuistin automaattisesta toiminnasta, voitiin välimuistin suorittaman tallennuksen katsoa olleen tietoinen tai hänen kannaltaan tahallinen. Muun muassa Gillespie on kritisoinut yllämainittua tuomiota, katsoen sen olevan tietokoneen käyttäjän kannalta varsin armoston.<sup>268</sup> Kyseessä on hänen mukaansa äärimmilleen viedystä tahallisuuden ja vastuun ulottamisesta, ja tuomion lainopillisessa tulkinnassa ja tulevassa käytössä on syytä olla varovainen.<sup>269</sup>

#### **4.5.2.3 Vertaus Pohjoismaiseen oikeuskäytäntöön**

Tietokoneet toimivat tehdasasetuksilla laajalti samoilla tavoin käyttäjän maasta ja oikeuskulttuurista huolimatta, ja ne ovat yhä suuremmissa määrin myös tavallisten ei-ammattilaisten saatavilla. Käyttäjäkunnan kasvaessa ja tietokoneiden siirtyessä yhä laajemmin arkikäyttöön voidaan perustellusti olettaa, että myös arkikäyttäjien ymmärrykset koneiden toiminnasta ja asetuksista kasvavat. Mikään suomalaisessa oikeuskäytännössä ei kuitenkaan viittaa siihen, että tuomioistuimet olisivat omaksuneet edellä käsitellyn angloamerikkalaisen tulkintalinjan ja katsoneet käyttäjän tahallisuuden kattavan myös välimuistiin tallentuneet tiedostot. Olisiko tämä kuitenkin oikeudellisesti perusteltua?

Mielestäni kysymys ei ole pelkästään teoreettinen tai problematisoiva, ottaen huomioon aikaisemmin käsitellyt ulkomaisten tuomioistuinten kannanotot ja tuomioiden

---

kuvauksessa tarjota perusteluja tälle valinnalle (Gillespie, 2011 s. 125). Valamiehistö kuitenkin hylkäsi valmistamista koskevan syytteen, katsoen että H oli syyllistynyt ainoastaan hallussapitoon.

268 Gillespie 2011, s. 125–126. Gillespie käyttää termiä ”absurdi”, esittäen että englantilainen oikeuskäytäntö keskittyy liiaksi kuvien tai videoiden luonteeseen, ottamatta tarpeeksi huomioon käyttäjän omia konkreettisia toimia (s. 125). Toisin kuin tapauksissa R v Jayson & Smith (2002), joissa syytetyt olivat tehneet tietoiset päätökset sähköpostin liitteen avaamisesta tai linkin valinnasta, eivät ponnahtusikkunat ole samalla tavalla ennustettavissa tai käyttäjän hallittavissa.

269 Gillespie 2011, s. 125–126.

perustelut, sekä tietokoneiden teknilliseen toimintaan liittyvät tosiseikat. On varsin kiistatonta, että välimuistissa olevat tiedostot ovat konkreettisesti tallennettuina tietokoneen kovalevylle.<sup>270</sup> Välimuistin manuaalinen tyhjentäminen tai sen asetusten muuttaminen (joko rajoittavammaksi tai kattavammaksi) voidaan helposti nähdä merkkinä siitä, että tekijä on joko ollut tietoinen toimiensa tuomittavuudesta ja pyrkii tällä tavalla poistamaan toimiinsa viittaavat mahdolliset todisteet, tai mahdollistamaan kattavamman tallennuksen. Vaihtoehtoisesti tällaisten toimien ei tarvitse merkitä mitään, sillä välimuistin asetusten muuttaminen on helppoa, ja kansion tyhjentäminen voi olla osa automaattista, rutiininomaista tietokoneen huoltoa tai toimintaa.<sup>271</sup> Tarkoitukseni on seuraavassa luvussa tarkastella muiden Pohjoismaiden omaksumia oikeudellisia ratkaisuja, ja lopussa verrata niitä mielestäni Suomessa omaksuttuun kantaan.

#### 4.5.2.3.1 Ruotsi

Ruotsissa alkuperäisessä lapsipornografian hallussapidon kriminalisointia koskevassa hallituksen esityksessä (RP 1997/98:43) todetaan, että rikosoikeudellisen hallussapidon on perustuttava pitkälti siviilioikeudelliseen hallussapidon käsitteeseen. Täten henkilö, joka ainoastaan katsoo lainvastaista materiaalia tietokoneensa ruudulla, ilman että hän aktiivisesti tallentaa sen koneelleen, ei syyllistyy materiaalin hallussapitoon.

”Eftersom den straffrättsliga regleringen när det gäller innehav följer det *civilrättsliga besittningsbegreppet*, torde den som på sin dators skärm tittar på en barnpornografisk bild eller film som förmedlas genom datakommunikation *inte* kunna anses inneha bilden. Om skildringen däremot sparas genom att föras över på t.ex. datorns hårddisk uppkommer dock ett innehav.”<sup>272</sup> [Kursiivi T.S]

Esityksessä tallennustoimeen viitataan sen aktiivisessa muodossa (”[...] genom att *föras över* på datorns hårddisk [...]” [Kursiivi T.S]), joka ilmeisesti viittaa tekijän tietoiisiin, tarkoituksellisiin toimiin. Mikäli lainsäätäjän olisi ollut tarkoitus ulottaa tallennuskäsitteen (ja täten hallussapidon) määritelmä koskemaan myös välimuistia, olisi tämä ollut mahdollista poistamalla aktiivisiin toimiin viittaavat termit (esimerkiksi ”Om skildringen *sparas* på t.ex datorns hårddisk [...]”). Oheinen hallituksen esitys koskee lainsäädäntöä ennen pääsyn hankkimisen kriminalisointia (BrB 16:10a.5), mutta kyseiseen kohtaan on viitattu muun muassa luvussa 4.5.1 käsitellyssä käräjäoikeuden ratkaisussa vuodelta 2016 (Uppsala tingsrätt 18.03.2016 B 6261–15). Voidaan siis

<sup>270</sup>Katso muun muassa *Holst* 2015 s.182–183, sekä *Sunde* 2006 s. 242.

<sup>271</sup>*Howard* 2004, s. 1259.

<sup>272</sup>RP 1997/98:43 s. 164–165.

perustellusti katsoa, että vaikka ruotsalainen kriminalisointi onkin nykyisin ulotettu koskemaan myös pääsyn hankkimista, ei tietokoneen käyttäjän voida katsoa syyllistyvän välimuistissa olleiden kuvien hallussapitoon angloamerikkalaiseen tapaan.

#### **4.5.2.3.2 Norja**

Norjalaisen lapsipornografisen materiaalin hallussapidon kriminalisointia koskevan lain esitöissä (Ot.prp.nr.28 (1999 – 2000) s. 11.7.3, 3 avsnitt) suhtauduttiin alun perin kielteisesti tulkintamalliin, jossa lainvastaisen materiaalin lukeminen tai katseleminen ilman käyttäjän aktiivista tallennusta tulkittaisiin tällaisen materiaalin hallussapidoksi.<sup>273</sup> *Ladata*-termiä ei kuitenkaan lain- tai esitöiden tekstissä määritelty sen tarkemmin. Tässä vaiheessa on otettava huomioon, että muun muassa sukupuolisiveellisyyttä loukkaava, lasta esittävän materiaalin hallussapito on Norjassa rankaistavaa myös tuottamuksellisenä (Strl 2005 311.3§).

Norjalaisen lainsäädännön ja oikeuskäytännön suhtautuminen välimuistiin ei ole vielä täysin selvää, sillä kysymystä ei ole käsitelty Norjan korkeimmassa oikeudessa.<sup>274</sup> Tästä huolimatta uusimmissa kysymystä käsitelleissä hovioikeuksien tuomioissa on Holstin mukaan siirrytty hallussapitoon viittaavaan suuntaan, ja hänen analyysinsä mukaan rikosoikeudellinen vastuu tällaisista kuvista edellyttäisi ainoastaan tietoisuutta välimuistin tallennuksesta.<sup>275</sup> Sundenin mukaan tällaisissa tapauksissa olisi otettava huomioon myös käyttäjän tietoisuuden ohella (esimerkiksi toistuvien sivulla vierailujen) myös hänen suorittamansa, välimuistissa olevien tiedostojen aktiivinen muokkaus tai manipulointi.<sup>276</sup> Näyttäisi siis vahvasti siltä, että norjalaisessa oikeuskäytännössä on säilytetty avoimena mahdollisuus välimuistin hallussapitoon angloamerikkalaiseen tapaan, mutta että tämä näyttäisi edellyttävän Kellyn esittämää todistettavaa tietämystä ja käyttäjän konkreettisia toimia.<sup>277</sup>

---

273Ot.prp.nr.28 (1999–2000) s. 11.7.3, 3 avsnitt. Katso myös *Sunde* 2006, s. 241.

274*Sunde* 2006, s. 242. Katso myös *Holst* 2015 s. 184–185.

275*Holst* 2015, s. 184, 189.

276*Sunde* 2006, s. 242. Hänen mukaansa tapauksessa voisi kuitenkin myös täytyä tällaisen materiaalin tuottamuksellinen hallussapito.

277*Holst* 2015, s. 184 – 185. *Sunde* 2006 s. 242-243.

#### 4.5.2.3.3 Tanska

Tanskan vastaavaa kriminalisointia koskevassa hallituksen mietinnössä (1377/1999) otettiin jo varhaisessa vaiheessa ja poikkeuksellisen suoraan kantaa tietokoneen välimuistiin (”cache”). Mietinnön mukaan välimuistiin (tai luonteeltaan vastaavaan muistialustaan) tallennettujen tiedostojen voidaan katsoa olevan käyttäjän hallussa, jos on näytettävissä, että hän on käyttänyt välimuistia tallennusalustana tai että hänellä on ollut aikomus palauttaa sinne tallennettu materiaali.<sup>278</sup> Mietintö ei suoraan mainitse, minkälaisia toimia tai olosuhteita tämä edellyttäisi, eikä asiaa ole juuri käsitelty oikeuskäytännössä.<sup>279</sup> Holst on kuitenkin katsonut, että mikäli halutaan pysyä yhteneväisenä hallituksen mietinnön kanssa, voidaan välimuistissa olevien tiedostojen katsoa olevan käyttäjän hallinnassa, mikäli hän on a) muokannut välimuistin asetuksia, poistaen automaattisen kansion tyhjennyksen, jolloin siitä tulee tavallinen tallennusmuoto, tai mikäli b) voidaan näyttää että hän on käyttänyt välimuistia perinteisen tallennusalustan tavoin.<sup>280</sup> Hänen mukaan tahallisuuden edellytyksenä on tanskalaisessa oikeuskäytännössä se, että käyttäjä on ryhtynyt aktiivisiin toimenpiteisiin välimuistin käyttämiseksi lainvastaisen materiaalin tallennusalustana. Kysymykseen on Tanskassa otettu kantaa oheisessa tuomioistuinratkaisussa, joka on toistaiseksi ainoaa laatuaan.<sup>281</sup>

Østre Landsrets dom 5.3.2008 TfK 2008.406. Ø

Poliisit olivat löytäneet T:n tietokoneen varmuuskopiolta kaksi sukupuolisiveellisyttä loukkaavaa, lasta esittävää esittelykuvaa. Tarkempien teknisten etsintöjen yhteydessä tällaista materiaalia löydettiin paljon enemmän. Tästä huolimatta poliisin ei ollut tuolloin teknisesti mahdollista osoittaa, olivatko nämä muut kuvat tallentuneet koneelle T:n toimesta, vai oliko kyseessä automaattinen tallennus. Alun perin löydetty kaksi kuvaa käyttäjä oli todistettavasti tallentanut, ja poliisin asiantuntijan lausunnon mukaan näin oli oletettavasti kyse myös loppujen kuvien osalta. Tätä ei kuitenkaan voitu varmuudella todistaa. T oli myöntänyt että hän oli saanut sähköpostiinsa koodin, jonka avulla hän oli päässyt löydettyä materiaalia sisältävälle sivustolle. Hän ei kuitenkaan ollut ladannut kuvia, ja hän kiisti tehneensä mitään muuta kuin avanneensa sivuston ja katsoneensa tarjottua materiaalia. Hän ei ollut ryhtynyt mihinkään tallennustoimiin, eikä omien sanojensa mukaan ollut tullut edes ajatelleeksi välimuistin käyttämistä tallennusalustana. Tuomiossaan HO katsoi näytetyksi, että poliisin löytämät kaksi kuvaa oli tallennettu T:n aktiivisten toimien seurauksena, ja että hänen voitiin siis katsoa syyllistyneen lapsipornon hallussapitoon (Strfl § 235 Stk 2). Sen sijaan syytteet hylättiin muiden kuvien osalta.

<sup>278</sup>Tanskan hallituksen mietintö 1377/1999 s. 58. ”[...] tale om besiddelse, hvis den pågældende har udnyttet eller udnytte denne lagringsform til at genfremkalde cachens (eller et tilsvarende mellenlayers) indhold av børnepornografisk materiale.” Katso myös Kommenteret straffelov / Jensen 2005, s. 302.

<sup>279</sup>Holst 2015, s. 197–198.

<sup>280</sup>Holst 2015, s. 183, 195–201.

<sup>281</sup>Holst 2015, s. 198.

Henkilö ei siis syyllisty hallussapitoon tällaisen materiaalin suhteen, vaikka hän vierailisi sitä sisältävällä sivustolla, tietoisena välimuistin tallennuksesta. Hänellä ei myöskään ole velvollisuutta poistaa tai tyhjentää välimuistia tällaisen vierailun jälkeen, niin kauan kuin tyhjennys kuitenkin tapahtuu automaattisesti jossain vaiheessa, eikä välimuistia ole käytännössä muutettu perinteiseksi muistialustaksi.<sup>282</sup>

#### 4.5.2.3.4 Suomi

Sukupuolisiveellisyttä loukkaavien, lasta esittävien kuvien hallussapitoa koskeva lainsäädäntö ei määrittele kuvatallenteen laatua tai pysyvyyttä, eli kuinka pysyvä tai millaisessa muodossa tällaisen tallenteen on oltava. Toisin kuin Tanskassa ja Norjassa, ei asiaan olla suomalaisessa oikeuskäytännössä myöskään otettu suoraan kantaa. Kaikkein lähimmäksi tällaista kannanottoa on päästy esimerkiksi Helsingin hovioikeuden (HelHO) ratkaisuisissa R 11/1889 ja R 11/757. Tapauksessa R 11/1889 ei syyttäjän mukaan ”[ollut] kysymys niin sanotuista välitallenteista (temporary file), missä tietokoneohjelma automaattisesti tallentaa tiedostosta kopion johonkin, vaan [S] on nimenomaan tallentanut videotiedostot kovalevy(i)lle [M]-ohjelmaa käyttäen.” (Perustelut 1. ja 1.1). Sekä käräjäoikeus että hovioikeus eivät kommentoineet tätä väittämää sen tarkemmin.

HelHO 1.6.2012 R 11/757.

Viranomaiset olivat kansainvälisen yhteistyön kautta saaneet tietää, että tietyt IP-osoitteet olivat käyneet erällä ulkomaisella sivustolla, jolla säilytettiin sukupuolisiveellisyttä loukkaavaa, lasta esittävää materiaalia, sekä ilmeisesti ladanneet siellä ollutta materiaalia. P:tä syytettiin erään tällaisen kuvan hallussapidosta. Syytteessä mainittua kuvaa ei kuitenkaan ollut löydetty P:n koneelta, ja hänen mahdollinen osallisuutensa oli perustunut nimenomaan hänen IP-osoitteensa toimintaan. KO katsoi, että vaikka kyseistä kuvaa ei ollut löytynyt P:n koneelta, oli syyttäjän näytteen perusteella selvää, että se oli ollut hänen koneellaan ainakin jonkin aikaa. P tuomittiin kuvan hallussapidosta. HO totesi tuomionsa perusteluissa, että oli selvää, että P:n käytössä olleesta liittymästä oli käyty mainitulla internet-sivustolla. Sen sijaan poliisin esittämästä tutkintapyyntöstä tai syyttäjän esittämästä aineistosta ei ilmennyt, millä perusteilla oli päätelty, että kuva olisi nimenomaisesti tallentunut koneelle, pelkän katsomisen sijasta. Väitetyllä tekohetkellä (vuonna 2009) pääsyn hankkiminen tällaiseen materiaaliin ilman, että kuva tallentui koneelle, ei ollut kriminalisoitu. Tästä johtuen aktiivinen tallennus oli keskeisessä osassa syyksilukemista. Koska kuvaa ei ollut löydetty P:n koneelta, oli HO:n mukaan jäänyt näyttämättä, että se olisi ollut hänen hallussaan. HO hylkäsi syytteen tämän kuvan osalta.<sup>283</sup>

<sup>282</sup>Holst 2015, s. 200.

<sup>283</sup>Kyseisen selvästi sukupuolisiveellisyttä loukkaavan kuvan ohella P:tä syytettiin myös 62 800 sukupuolisiveellisyttä loukkaavaan kuvan ja 37 videotiedoston hallussapidosta. Näiden osalta hallussapito oli riidatonta, ja P kiisti ainoastaan materiaalin sukupuolisiveellisyttä loukkaavan luonteen. KO katsoi, ettei kyseessä ollut sukupuolisiveellisyttä ”ilmeisellä tavalla” loukkaavasta materiaalista ja hylkäsi syytteet näiden osalta. HO sen sijaan katsoi, että suuri osa materiaalista oli sukupuolisiveellisyttä loukkaavaa. KO:ssa P:tä syytettiin myös 35 000 sarjakuvasivun hallussapidosta, jossa esitettiin piirrettyjä lapsenomaisia henkilöitä sukupuolisiveellisyttä loukkaavalla tavalla. KO kuitenkin hylkäsi näitä koskevat syytteet, eikä syyttäjä hakenut asiaan

Täten voidaan katsoa, että kysymykset koskien välimuistia ovat jääneet tuomioistuinten kannalta ainakin näennäisesti avoimiksi.

Hallituksen alkuperäisessä esityksessä (HE 6/1997) ei suoraan mainita välimuistia, ja vuoden 2010 esitys (HE 282/2010) keskittyy laajalti hallussapidon käsitteen ylettämisen pääsyn hankkimiseen.<sup>284</sup> Katson kuitenkin, että lainsäätäjä on ottanut asiaan epäsuorasti kantaa. HE 282/2010 todetaan nimittäin, että ”[...] *Aktiiviset toimenpiteet* lapsipornografian hankkimiseksi siten, että pornografinen aineisto myös on tekijän saatavilla, ovat *asiallisesti* ja rangaistavuudeltaan *rinnastettavissa* lapsipornografian hallussapitoon” [kursiivi T.S].<sup>285</sup> Suomalaisen lainsäätäjän sananvalinta vaikuttaa samanlaiselta kuin aiemmin käsitelty ruotsalainen hallituksen esitys. Tällöin viitataan ilmeisesti käyttäjän *aktiivisiin, tietoiisiin* (hallussapitoon rinnastettaviin) *toimiin*, joiden tarkoituksena on ollut hankkia tai tallentaa lainvastaista materiaalia koneelle. Täten katson perustelluksi tulkita, että lainsäätäjän tarkoituksena on ollut omaksua ruotsalainen kanta, joka suhtautuu kielteisesti tahallisuuden ulottamista välimuistiin.

## 5 Tahallisuuden ulottaminen tietokoneen automaattisiin toimiin

### 5.1 Yleistä

Tietokone eroaa olemukseltaan merkittävästi rikosoikeudellisesti perinteisesti käsitellyistä esineistä, sillä vaikka se on eittämättä fyysinen esine, on se myös ohjelmien ja niiden toimintojen summa. Monet näistä ohjelmistoista tai toiminnoista ovat riippuvaisia toisistaan, ja ne toimivat tietokoneen eri tasoilla. Samalla kun käyttäjä kirjoittaa tekstiä tekstinkäsittelyohjelmassa, voi hänen koneellaan oleva ohjelma hakea (hänen kysymättään) tietoa internetistä, tai vaihtoehtoisesti jakaa sitä muille. Lainvastaista materiaalia sisältävä tai sitä jakava tietokone näyttää ulkopuoliselle tai asiasta tietämättömälle henkilölle täysin samanlaiselta kuin mikä tahansa muu tietokone. Kaiken tämän taustalla on itse koneen laajalti näkymätön toiminta ja muistin allokointi: ohjelmien tai tiedostojen muuttuessa tai niitä käytettäessä niiden vanhoja versioita poistetaan, jolloin niistä ja ohjelmien aikaisemmista toiminnoista jää jälkiä, joita tietokone työstää vuorostaan automaattisesti.<sup>286</sup> Henkilö voi unohtaa käsitelleensä

muutosta HO:ssa. KO perustelut olivat näiden kuvien osalta laajalti yhteneväiset aiemmin alaviitteessä 130 käsitellyn ruotsalaisen NJA 2012 s. 400 kanssa.

284HE 282/2010 vp, s. 51–52

285HE 282/2010 vp, s. 52.

286Tilanne eittämättä monimutkaistuu, jos kyseessä on esimerkiksi ohjelmia, joiden pääasiallinen

esinettä tai tiedostoa, tai tehdä näin vahingossa. Sen sijaan kaikesta tietokoneen toiminnasta jää jonkinlaisia havaittavia jälkiä tai todisteita, eikä tietokone voi itsenäisesti päättää toiminnoistaan.

Kuten olen käsitellyt luvussa 3.5, on tekijä tahallaan aiheuttanut tunnusmerkistön mukaisen seurauksen, jos hän on tarkoittanut aiheuttaa seurauksen taikka pitänyt seurauksen aiheutumista varmana tai varsin todennäköisenä. Mikäli taas tekijä ei teon hetkellä ole ollut selvillä kaikkien niiden seikkojen käsilläolosta, joita rikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää, tai jos hän erehtyy sellaisesta seikasta, ei teko ole tahallinen (RL 4:1). Tahallisuus on arvioitava tapauksen näytön perusteella.

Omien suoranaisten toimiensa lisäksi henkilö voi olla vastuussa myös muiden henkilöiden kanssa yhdessä tehdystä rikollisesta toiminnasta (rikoskumppanuus). RL 5:3 mukaan rikoskumppanit tuomitaan yhdessä tekijöinä. Rikoskumppanuuden ehtona on *yhteisymmärrys*, joka voidaan saavuttaa joko nimenomaisesti tai sanattomasti ennen tai rikoksen aikana.<sup>287</sup> Henkilö, joka liittyy parhaillaan meneillään olevaan rikoksen toteuttamiseen, ei vastaa jo sitä ennen tehdyistä rikoksista.<sup>288</sup> Tekijöiden tahallisuus on määriteltävä erikseen, eikä rikoskumppania voida tuomita enemmästä kuin mitä hänen tahallisuutensa kattaa.<sup>289</sup> Henkilön tahallisuus kattaa henkilöiden lisäksi hänen kontrollinsa alaiset mutta (suhteellisen) itsenäisesti toimivat työkalut ja esineet. Konkreettisinä esimerkkeinä tästä voidaan mainita lemmikit. Henkilö, joka käyttää koiraansa toisen tahalliseen pahoinpitelyyn (tai joka ei kykene muuten hallitsemaan sitä) ottaa vähintään kielletyn riskin koiran aiheuttamista vahingoista tai vammoista.<sup>290</sup>

Oletetaan, että D:llä on suuri koira, ja että hän eräänä päivänä päästä sen irti vihaamansa E:n kimppuun, tarkoituksenaan "opettaa tälle tapoja". Hänen yllätyksekseen koira kuitenkin onnistuu vahingoittamaan E:tä niin pahasti, että tämä menehtyy saamiinsa vammoihin. D on tuomittava siitä mitä hänen tahallisuutensa voidaan näyttää kattavan, jolloin on otettava huomioon muun muassa koiran aikaisempi käyttäytyminen.

Näin voidaan katsoa olevan myös elottomien teknisten työkalujen osalta. Henkilön, joka ryhtyy käyttämään jotain esinettä, tarkoituksenaan saavuttaa seuraus tai olotila X, voidaan katsoa syyllistyneen seuraukseen Y, jos realisoitunut seuraus on ollut tällaisen

---

tarkoitus on vaikuttaa muiden, syvempien tasojen toimintaan.

287Frände 2005, s. 274. *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 416–417.

288Frände 2005, s. 274. *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 417.

289Frände 2005, s. 274-275. *Tapani – Tolvanen* 2013, s. 417.

290Frände 2005, s. 104.



esineen käytön yhteydessä vähintään varsin todennäköinen. Tietokoneisiin liittyvissä hallussapito- ja levittämistapauksissa merkittävänä tunnusmerkistökriteerijoina voidaan pitää tietokoneen tai ohjelman suorittamia, laittomaan tilaan johtavia taustatoimia.

On selvää, ettei tietokone, ainakaan vielä, ole ihmiseen verrattava rikoskumppani, ja että se on luonteeltaan rikoksentekoväline tai rikoksessa käytetty esine. Tästä huolimatta se ei myöskään ole mielestäni veitseen, ampuma-aseeseen, autoon tai vastaavaan verrattava perinteinen esine. Tietokone toimii näennäisesti ja pääpuolisesti käyttäjän tahdon mukaisesti, aivan kuten veitsi, mutta olisi tekniseltä kannalta varsin epäuskottavaa väittää, että käyttäjä voisi hallita tietokonetta täysin. Tietokoneen monimutkaisuus, rakenne ja taustatoiminnat tuovatkin sen lähemmäksi *näennäisesti itsenäistä* toimijaa. Tässä joudutaan siis mielestäni tekemään harvinaisen kiperä oikeudellinen valinta perinteisen esineen ja itsenäisen henkilön välillä. Mikäli katsotaan, että tietokoneen käyttäjä on ollut tietoinen esimerkiksi välimuistiin tallentuneista tiedostoista, tai että kerran poistettu tiedosto on vielä konkreettisesti hänen palautettavissaan, ulotetaan käyttäjän tietoisuus kattamaan tietokoneen taustalla (muistissa) tapahtuvat automaattiset toimet. Suomalaiset tuomioistuimet ovat oikeuskäytännössään katsoneet, että henkilön voidaan katsoa hyväksyneen tai pitäneen ainakin varsin todennäköisenä *tiettyjä* tietokoneen automaattisia toimia. Näihin kuuluvat esimerkiksi alla käsiteltävien erilaisten vertaisverkko-ohjelmien suorittamat levittämiset, sekä luvussa 4.4 käsitellyt poistettujen tiedostojen hallussapidot. Voidaanko tällaista tahallisuuden kattavuutta pitää perusteltuna? Millaisia oikeudellisia argumentteja tapauksissa on käytetty, ja onko tässä käytännössä siirrytty Kellyn esittämään huolimattomuuden tai piittaamattomuuden kriminalisointiin? Aion oheisessa luvussa käsitellä lyhyesti sukupuolsiveellisyttä loukkaavien, lasta esittävien kuvien levittämistä (RL 17:18) koskevia tapauksia, sekä nostaa esiin niissä käytettyjä perusteluja ja eräitä ristiriitaisuuksia.

## ***5.2 Vertaisverkot ja levittäminen***

Sukupuolsiveellisyttä loukkaavien kuvien levittämistä koskevassa lainkohdassa (RL 17:18) käytetään termejä ”valmistaa, pitää kaupan tai vuokrattavana taikka muulla tavoin tarjoaa tai asettaa saataville, pitää saatavilla” ja ”taikka muuten levittää”. Lain

esitöissä esimerkkeinä tarjoamisesta tai saataville asettamisesta mainitaan sivustojen ylläpitämistä taikka näihin linkkien luominen, ilman taloudellisen vastikkeen vaatimusta.<sup>291</sup> Sukupuolisiveellisyttä loukkaavaa, lasta esittävää materiaalia koskevan lain esitöiden (HE 6/1997) mukaan tällaista aineistoa levittävä henkilö syyllistyy levittämisen lisäksi lähes säännönmukaisesti myös hallussapitoon, mutta että tästä huolimatta on perusteltua tuomita vain vakavampana pidettävästä rikoksesta eli levittämisestä.<sup>292</sup>

Olen luvussa 4.3.3 käsitellyt palvelimen kautta suoritettavaa latausta. Lataus voidaan kuitenkin myös suorittaa ilman keskeistä palvelinta. Tässä luvussa käsitelen lyhyesti niin sanottuja vertaisverkko-tapauksia, joissa henkilö ei latauksesta ja hallussapidosta huolimatta syyllisty hallussapitoon vaan ainoastaan aineiston levittämiseen. Vaikka tämä onkin sinänsä kiinnostava asia, on tämän luvun keskeisenä huomiona se, että itse levittämistoimi on ollut laajalti automaattista.

Vertaisverkko-ohjelma on yhteyskäytäntö, jossa tiedostoja jaetaan käyttäjien välillä internetin välityksellä ilman dedikoitua keskuspalvelinta. Jakaessaan kyseisen tiedoston muille vertaisverkonkäyttäjille, ohjelma ”pilkkoo” sen pieniin palasiin ja tuottaa siitä kuvaustiedoston, joka sisältää ohjelman tarvitsemat tiedot tiedostosta. Varsinainen jaettava tiedosto säilyy jakajan koneella, mutta muut ohjelman käyttäjät voivat hakea sitä kuvaustiedostoon perusteella. Ohjelma hakee kaikki tiedostoon kuuluvat palaset niiden käyttäjien tietokoneilta, jotka sitä jakavat. Lataaminen on tehokasta, koska tiedostoa on mahdollista ladata useasta lähteestä samaan aikaan, usealta samaan vertaisverkkoon kuuluvalla tietokoneella. Tiedostoa lataavat käyttäjät jakavat yleensä tiedostoa myös muille käyttäjille. Tämä mahdollistaa sen, että tiedostoa on mahdollista jakaa osissa ilman, että ladattava tiedosto on kokonaisuutena latautunut koneelle, niin kauan kuin käyttäjien yhteisöllä (”parvella”) on yhteensä kaikki tiedoston osaset.<sup>293</sup>

---

291HE 282/2010 vp, s. 51, 102.

292HE 6/1997 vp, s. 151.

293MAO:55/17, ratkaisun perustelut kohdat 4–7. Katso myös esimerkiksi MAO:419:16. Vaikka käsitelystä markkinaoikeuden (MAO:n) ratkaisusta ei voida tehdä *rikosoikeudellisia* johtopäätöksiä, ovat vertaisverkko-ohjelmat perustoiminnoiltaan kuitenkin varsin samanlaisia.

THO:12.3.2013 R12/1496.

A:ta syytettiin sukupuolisiveellisyttä loukkaavan, lasta esittävän materiaalin levittämisestä vertaisverkko-ohjelman kautta. A kiisti levittämisen, esittäen, ettei hän ollut ollut tietoinen siitä, että ohjelma alkoi levittää latauksessa olevia tiedostoja jo ennen kuin lataukset olivat valmiita. Hän oli oman lausuntonsa mukaan pyrkinyt poistamaan tiedostoja koneeltaan ja parhaansa mukaan rajoittamaan tiedostojen levittämistä. KO katsoi, ettei A:n tahallisuus kattanut levittämistoimintaa, ja että hän oli syyllistynyt ainoastaan hallussapitoon. HO:n mukaan tällaisten ohjelmien toiminta perustui siihen, että ohjelmien käyttäjät tiedostojen lataamisen lisäksi pitävät omassa koneessaan olevia tiedostoja saatavilla muiden ladattavaksi. A tuomittiin täten sukupuolisiveellisyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan levittämisestä.

ISHO 24.2.2015 R14/341.

S:sää syytettiin sukupuolisiveellisyttä loukkaavan, lasta esittävien kuvan levittämisestä ja hallussapidosta. KO katsoi, että S:n ei ollut näytetty tahallaan levittäneen tällaista materiaalia, ja hänen katsottiin syyllistyneen ainoastaan sen hallussapitoon. HO taas katsoi, että S oli ollut tietoinen vertaisverkon toiminnasta, ja että vaikka hän oli pyrkinyt rajoittamaan tiedostojen jakamista muille käyttäjille rajoittamalla lataamisnopeuttaan, oli hänen täytynyt pitää vähintään varsin todennäköisenä, että vertaisverkkoa käyttämällä ja lataamalla sieltä tiedostoja hän samanaikaisesti levittäisi niitä eteenpäin muille käyttäjille.

Tapauksissa tuomioistuinten tuomioiden perusteluista voidaan päätellä, että kysymyksenasettelu on ollut seuraavanlainen: Voitiinko katsoa, että syytetyt S ja A olivat olleet tietoisia edelleenjakotoiminnasta (joko lataamisen aikana tai sen jälkeen), ja olivatko he täten syyllistyneet tahalliseen sukupuolisiveellisyttä loukkaavan materiaalin levittämiseen?

Tapauksessa THO R12/1496 todistaja B:n lausunnon mukaan vertaisverkko-ohjelmat perustuivat siihen, että ne jakavat tiedostoja muille käyttäjille samalla kun käyttäjä itse lataa tiedostoja. Osassa ohjelmia jakaminen keskittyy valmiiden tiedostojen ohella myös keskeneräisiin tiedostoihin. Ohjelman latauksia ja levitysominaisuuksia oli kuitenkin mahdollista muuttaa, eikä B voinut varmuudella sanoa, kuinka selviä nämä asetukset olivat. Käräjäoikeus katsoi, että A oli ollut ainakin jossain määrin tietoinen ohjelman toiminnasta, mutta että oli ollut mahdollista, että hän oli välttynyt tulemasta tietoiseksi siitä, että tiedostoja jaettiin myös latauksen aikana. Käräjäoikeuden mukaan tämä muodosti epävarmuustekijän, jota ei voitu lukea A:n syyksi. Hovioikeus totesi vuorostaan, että A oli itse ladannut ohjelman, ja ettei hän tuomioistuinkäsittelyn aikana ollut edes väittänyt tehneensä ohjelman asetuksiin muutoksia. Hovioikeuden mukaan tiedostojen jakamista myös keskeneräisten tiedostojen osalta ei voinut pitää yllätyksellisenä. Vaikka (osan) tiedostojen sijaintiedoista ei voitu päätellä, olivatko ne takavarikon hetkellä olleet eteenpäin jaettavissa kansioissa, oli kuitenkin riidatonta, että ne oli ladattu kyseisellä vertaisverkko-ohjelmalla. Ne olivat täten olleet jaossa ainakin sen ajan, kun niitä oli ladattu, aina siihen asti, kunnes ne oli siirretty muualle tai

poistettu. Ottaen myös huomioon tiedostojen määrän ja A:n muut toimet, oli hovioikeuden mukaan A:n täytynyt ”[vastoin kertomaansa] olla olennaisilta osin tietoinen ohjelman ominaisuudesta.” Ladattavien ja jaettujen tiedostojen saatavillaoloa voidaan eri ohjelmissa rajoittaa erilaisin menetelmin, esimerkiksi vain tiettyihin tiedostoihin, latausnopeutta alentamalla tai ainoastaan tiettyyn (data) määrään. Tällöin kuitenkin myös lataajan omat latausmahdollisuudet useimmiten rajoittuvat.

ISHO 8.9.2014 R 13/769.

H:ta syytettiin törkeästä sukupuolisiveellisyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan levittämisestä. H myönsi hallussapidon, mutta esitti, että hän oli rajoitus-ohjelmalla X tehokkaasti rajoittanut vertaisverkko-ohjelman mahdollisuuksia jakaa eteenpäin hänen lataamiaan tiedostoja. Tuomioistuimen todistajan B:n mukaan tämä oli periaatteessa mahdollista, vaikka aikaisemmat versiot kyseisestä ohjelmasta olivatkin puutteellisia. Esitutkintaviranomaiset eivät kuitenkaan löytäneet tällaista ohjelmaa H:n koneelta, ja kärjäoikeus piti väitettä epäuskottavana. H tuomittiin törkeästä sukupuolisiveellisyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan levittämisestä.

Yllä käsiteltyjen ratkaisujen kaltaisissa tapauksissa on usein varsin riidatonta, että syytettyjen tahallisuus kattaa lainvastaisen materiaalin *hallussapidon*. Kärjäoikeudet ovatkin tuomioissaan katsoleet, että koska syytettyjen ei ole näytetty omaavan erillistä levittämistä- tai tietoisuutta tietokoneen toiminnasta, he ovat syyllistyneet ainoastaan hallussapitoon. Kärjäoikeudet ovat mielestäni lähestyneet tahallisuusarviointia hyvin perinteisestä näkökulmasta, jolloin tahallisuuden kattavuus jokaisen rikosnimikkeen osatekijän kohdalla on näytettävä erikseen.<sup>294</sup>

Vertaisverkko-ohjelma on siis nähty ensisijaisesti hankinta- tai hallussapidon mahdollistavana työkaluna, jonka sivutuotteena tai -toimena on ollut materiaalin levittäminen.<sup>295</sup> Tällaiset päätelmät ja perustelut ovat varsin ymmärrettäviä, mutta tästä

<sup>294</sup>Vertaa esimerkiksi rajanveto tapon tai tapon yrityksen (RL 21:1) ja törkeän pahoinpitelyn (RL 21:6) välillä. Jotta henkilö voidaan tuomita taposta tai tapon yrityksestä eikä esimerkiksi törkeästä pahoinpitelystä, on kyettävä näyttämään, että hänen *tarkoituksenaan* oli toisen henkilön tappaminen tai että hän piti tätä seurausta varsin todennäköisenä. Jotta henkilö voidaan tuomita lapsen seksuaalisesta hyväksikäytöstä (RL 20:6), on näytettävä, että hän tiesi tai epäili lapsen olevan alle 16-vuotias (*Hyttinen* 2016, s. 916).

<sup>295</sup>Vertaisverkkoja koskeva ongelma voidaan taas havainnoillistaa seuraavanlaisen esimerkitapauksen kautta: A ostaa huumeita omaan käyttöönsä. Ostetut huumeet on pakattu pieniin annospakkauksiin. Hän vie huumeet kotiin, tarkoituksenaan käyttää ne myöhemmin. Ennen kuin hän ehtii tehdä näin suorittavat viranomaiset kotiestinnän hänen kotinsa, jolloin huumeet löydetään. Koska huumeet ovat sopivissa, myyntikelpoisissa annospakkauksissa, katsotaan A:n syyllistyneen huumausaineen levittämismäärästä. On myönnettävä, että esimerkki ei ole *itsessään* täysin vertailukelpoinen vertaisverkko-ohjelman kautta tapahtuvaan levittämiseen. Toisin kuin huumausainetapauksessa voidaan vertaisverkkotapauksissa empiirisesti todistaa, että A:n koneelta on tiettyinä ajankohtina jaettu eteenpäin laitonta materiaalia. Lähemmäksi vertailukelpoisuutta päästäisiin, mikäli (hankkimisen ja hallussapidon ollessa selviä) syyttäjät perustelisi levittämissyöttä sillä perusteella, että ilman A:n ”asiakkuutta”, rahaa ja tukea ei kyseinen huumausaineita toimittava ryhmä olisi koskaan voinut kasvaa ja täten toimittaa lisää huumausaineita uusille asiakkaille. Tämä on eittämättä

huolimatta on perusteltua katsoa, että hovioikeuksien johtopäätelmät ovat oikeudellisesti perustellumpia. Tiedostojen edelleenjakaminen on niin keskeinen osa vertaisverkko-ohjelmien yleistä toimintaa, ettei syytettyjen väitettyä tietämättömyyttä voida pitää perusteltuna. Tuomioiden perusteluissa ilmenee, että tällaiset ohjelmat kysyvät käyttäjältä asennuksen aikana sitä, minkälaisia asetuksia he haluavat käyttää. Tällöin ohjelman käyttämistä näillä perusasetuksilla voidaan pitää vähintään hyväksyvänä tai piittaamattomana toimenä. On siis katsottava, että vaikka käyttäjän ymmärrys vertaisverkko-ohjelman teknisestä toiminnasta ei olisi ollut täysin *varmaa*, olisi jo pelkästään perusasetuksilla suoritettussa passiivisessa lataamisessa kuitenkin kyseessä jonkinlaisesta aavistuksesta ja tällaisen mahdollisuuden tai seurauksen hyväksymisestä. Aktiiviset järjestelyt tai toiminnot taas kielivät aavistusta suuremmasta ymmärryksestä. Tällöin syytetyt ovat yrittäneet omasta mielestään tehokkailla toimilla vaikuttaa ladattujen tiedostojen saatavuuteen tai muuten vertaisverkko-ohjelman toimintaan. Syytetyt ovat siis olleet tietoisia edelleenjakamisesta, mutta ovat jatkaneet ohjelman käyttöä, yrittäen käyttää omasta näkökulmastaan tehokkaita tapoja oman vastuunsa minimoimiseksi. Kyseessä voi täten olla luvussa 3.5.2 käsitelty tarkoituksellinen tietämättömyys.

### ***5.3 Rajanveto tahallisuuden ja huolimattomuuden välillä***

Tiedostojen poistamista koskeissa (sekä ulkomaisissa että kotimaisissa) tuomioistuinratkaisuihin voidaan vastaajien väitteiden ja vastausten perusteella tulkita, että he ovat luulleet päässeensä eroon syytteissä mainitusta materiaalista. Heidän tietämättään (tai ymmärtämättään) tällaiset toimet eivät ole olleet tarpeeksi kattavia, ja tiedostot ovat tallentuneet jossain muodossa tietokoneen kovalevyille, josta ne on palautettu. Syytettyjen ymmärtämättömyydelle ei ole annettu painoarvoa, ja heidän on katsottu pitäneen poistettuja tiedostoja hallussaan aina muistialustan takavarikointiin asti. Samanlainen havainto voidaan tehdä levittämisen suhteen. Henkilö voi syyllistyä sukupuolisiveellisyyttä loukkaavien, lapsia esittävien kuvien levittämiseen, ilman hänen nimenomaista hyväksyntäänsä tai osallisuuttaan. Sen sijaan, kuten olen luvussa 4.5.2 käsitellyt, ei Suomessa ole lain esitöiden perusteella mahdollista syyllistyä

---

totta, mutta tästä huolimatta tällaista lähtökohtaa on vaikea pitää rikosoikeudellisesti perusteltuna. Tämä olisi eittämättä vastuun ulottamista koskemaan sellaisia seikkoja, joihin A:lla on ollut ainoastaan hyvin rajalliset mahdollisuudet vaikuttaa.

hallussapitoon sellaisen materiaalin suhteen, joka on tallentunut ainoastaan selaimen välimuistiin.

On mielestäni täysin perusteltua kysyä mihin tämä eroavaisuus perustuu, ja kuinka se perustellaan. Miksi tietokoneen käyttäjän tahallisuuden voidaan katsoa ulottuvan tiettyihin automaattisiin toimiin, kun taas toisista automaattisista toimista hänen ei katsota tietneen tai hyväksyneen niitä? Kyseessä on kuitenkin perusteeltaan samanlaisista asioista: kone tai ohjelma on toiminut automaattisesti, asetustensa mukaisesti, pintapuolisesti katsoen käyttäjän luvalla. Levittäminen on eittämättä keskeinen osa vertaisverkko-ohjelmaa, mutta niin on myös välimuisti selaimen toiminnan kannalta. Hallituksen esityksessä HE 282/2010 vp todetaan, että yleissopimuksen ja lainsäädännön tarkoituksena on saattaa sukupuolisiveellisyyttä loukkaava materiaali *kattavasti* kriminalisoinnin alaiseksi.<sup>296</sup> Tällöin oletuksena voisi olla, että kaikki tällaisen materiaalin hallussapito tai hankinta olisi rangaistavaa.

Kyseessä ei voi olla rikos, jos tekijä ei ole voinut kontrolloida tekoa. Tiedoston levittämistä, sen poistamista ja välimuistia koskevissa tapauksissa rikollisen asiantilan synnyttävä teko tai mahdollistava toiminta on laajalti tapahtunut koneen taustalla. Kaikkia näitä koskeva tieto on kuitenkin ollut käyttäjän saatavilla, ja monesti hänen muutettavissaan tai estettävissään. Tapauksissa joissa käyttäjä on esimerkiksi *aktiivisesti* muuttanut tiedostoa, yrittänyt estää sen levittämistä tai palauttanut niitä, voidaan eittämättä katsoa että hän on suhtautunut vähintään hyväksyvästi mahdolliseen seuraamukseen tai olotilaan. Hänellä on täten ollut tarkoituksena käsitellä näitä tiedostoja, jollei omistajan tavoin, niin tähän verrattavalla tavalla. Tästä huolimatta on vaikea kuvitella, että tavallinen arkikäyttäjä tai jopa laittomasta materiaalista kiinnostuneet henkilöt mieltisivät kovinkaan tarkasti esimerkiksi seuraavanlaisia rikosoikeudellisesti relevantteja kysymyksiä; ”Kuinka todennäköistä on, että käyttäessäni tätä ohjelmaa siitä tallentuu kopio kovalevylleni?”, ”Kuinka todennäköisesti tiedosto todella (*tehokkaasti*) poistuu koneeltani?” tai ”Kuinka todennäköistä on, että käyttäessäni tällaista ohjelmaa levitän samalla materiaalia muille?” On paljon todennäköisempää, että henkilöt, varsinkin ymmärrettävästi, eivät ollenkaan hyväksy tällaista toimintaa tai seurausta, mutta painavat tästä huolimatta

---

296HE 282/2010 vp, s. 52.

”OK” tai jatkavat ohjelman tai selaimen käyttöä. Mikäli he ovat tietoisia, on tämä tietämys todennäköisesti hyvin yleisellä tasolla. Voidaanko siis todella katsoa henkilön toimineen tällaisissa tapauksissa *tahallisesti*, vai onko tämä ristiriidassa olosuhdetahallisuuden vakioidun alarajan (”varsin todennäköinen”) kanssa? Ollaanko tässä periaatteessa siirrytty Kellyn mainitsemaan huolimattomuuden tai ymmärtämättömyyden kriminalisointiin?

Tuomitsemisen esteeksi suoranaisestä tietoisuuden puuttumisesta ei välttämättä ole, sillä Hyttisen mukaan tämä KKO:n oikeuskäytännössä määritelty alaraja voi joustaa toisinaan jopa tekijän vahingoksi.<sup>297</sup> Hänen mukaansa tuomioistuin käyttää olosuhdetahallisuusratkaisuissaan yleisesti *mieltämisteoriaa*, hakien kuitenkin samalla tukea myös *tahtoteoriasta*, paikaten edellisen puutteita ja korjaten mahdollisia ongelmatapauksia.<sup>298</sup> Tavallisille kansalaisille on asetettu selvilläolovelvollisuus, joka mahdollistaa joustavan olosuhdetahallisuuden määritelmän.<sup>299</sup> Tämä ilmenee silloin kun tuomioistuin korostaa tekijän hyväksyvää suhtautumista tekonsa mahdolliseen rikosoikeudelliseen moitittavuuteen.<sup>300</sup> Hyttisen mukaan syytetyn voidaan monessa tilanteessa katsoa toimineen *tahallisesti*, vaikka hänen näytetty tietoisuutensa rikosvastuun kannalta merkittävän tunnusmerkistötekijän olemassaolosta on joko vähäinen tai jopa olematon.<sup>301</sup> Tahtoteoriassa onkin riittävä, että tekijä suhtautuu *hyväksyvästi* rikostunnusmerkistön täyttymisen mahdollisuuteen. Tällaisesta periaatteellisesta joustavuudesta on eittämättä (kriminaalipoliittisesti) hyötyä etenkin aikaisemmin käsitellyissä tarkoituksellisista tietämättömyyttä koskevissa tapauksissa, ja tapauksissa joissa tahallisuutta halutaan venyttää mahdollisimman kattavaksi.<sup>302</sup> Tällöin ollaan kuitenkin selvästi jo hyvin lähellä huolimattomuutta ja tuottamuksellisuutta, joka vaatisi erillistä (norjalaistyylistä) kriminalisointia.

---

297Hyttinen 2016, s. 932.

298Mieltämisteorian keskiössä on vastaajan kyky mieltää tekonsa rikosoikeudellisten olosuhteiden olemassaolo (Hyttinen 2016, s. 928), kun taas tahtoteoriassa korostuu vastaajan hyväksyvä tai piittaamaton suhtautuminen tekonsa moitittavuuteen tai siitä seuraavaan vahinkoon (Tapani – Tolvanen 2013, s. 209).

299Hyttinen 2016, s. 927–928.

300Hyttinen 2016, s. 928.

301Hyttinen 2016, s. 924.

302Hyttinen 2016, s. 928.

#### 5.4. Konkreettisen toimen vaatimus

Henkilö, joka on käyttänyt esimerkiksi vertaisverkko-ohjelmaa lainvastaisen materiaalin lataamiseen, on viimeistään tallennuksen yhteydessä tullut tietoiseksi myös levittämismomaisuudesta. Vaikka hän ei olisi itse asentanut kyseistä ohjelmaa, ilmenee sen luonne käytön yhteydessä. Sen sijaan henkilö, joka on vapaaehtoisesti poistanut (myöhemmin palautetun) tiedoston, on mielestäni saattanut asian oman kontrollinsa päähän. Hänen tahallisuutensa voi kattaa materiaalin *hankinnan*, mutta jos poisto on tapahtunut aidon katuvasti ja ”hallussapito” on täten ollut tahatonta, ei hallussapitosyyte vaikuta systemaattiselta kannalta perustellulta. Huumausainetapauksissa syytetyn on mahdollista määrätä huumausaineen kohtalosta jonkun toisen henkilön kautta. Se, että tämä toinen henkilö ei mahdollisesti tottele, on sattumanvaraista. Sen sijaan henkilö, jolla ei ole tiedostoja palauttavaa ohjelmaa ei voi palauttaa poistettuja ohjelmia. Tilannetta voidaan mielestäni verrata siihen, että alkoholin vaikutuksen alaisena olevaa henkilöä, joka istuu autossa josta puuttuu jokin auton eteenpäin kuljettamiseen tarvittava osa, syytettäisiin rattijuopumuksesta (RL 23:3). Henkilö voi käynnistää auton kuinka monta kertaa tahansa; tulos on kuitenkin aina sama. Ilman ulkoisesti havaittavia toimia (kuten uuden osan hankkimista) ei henkilön tahallisuudella (tahdolla kuljettaa autoa humalassa) ole merkitystä.<sup>303</sup> Aivan kuten autoa, ei myöskään tietokonetta voi uhkailla, lahjoa tai muilla tavoilla saada toimimaan vasten ”tahtoaan” (asetuksiaan). Fyysisissä hallussapitorikoksissa hallussapitäjä voi toimia toimeksiantajan tahdon mukaisesti joko kokonaan tai osittain. Hallussapitäjä voi myös kokea äkillisen ”katumuksen”, tai pyrkiä oman turvallisuutensa vuoksi tekemään yhteistyötä viranomaisten kanssa. Vaihtoehtoisesti hallussapitäjä voi asiamiehenä tai edustajana ”ymmärtää” päämiehensä toivomuksia ja toimia itsenäisesti tämän parhaaksi (toimivaltansa rajoissa). Kone taas ei voi tehdä näin, ja monet näistä koneen asetuksista ovat käyttäjän ulottumattomilla.

Kuten mainitsin tiedoston poistamista koskevassa luvussa (4.4.4), vaikuttaisi siltä, että tuomioistuimet katsovat, että välitön hallussapito tavallaan kompensoi tietokoneen käyttäjän tahallisuutta. Tahallisuusarviointi tällaisen materiaalin suhteen on varsin summaarinen, keskittyen toteamaan, että materiaali on poistettu mutta saatu palautettua. Tällaista lähtökohtaa voidaan pitää mielestäni osittain ongelmallisena. Aivan kuten perinteisten esineiden hallussapidon on ankkuroiduttava ainakin johonkin

303Asia on tietenkin eri, jos henkilö ei ole ollut tietoinen tällaisesta puutteesta tai esteestä.



konkreettiseen reaali maailmassa ilmenevään olosuhteeseen, olisi myös digitaalisissa hallussapitorikoksissa yksilön vastuun perustuttava johonkin tämän konkreettiseen toimeen. Katson, kuten esimerkiksi tuomari Kelly ja tuomioistuimet tapauksissa Kuchinski ja Stulock, etteivät tietokoneen automaattisesti suorittamat toimet voi yksinään toimia syytettyä vastaan. Tällaisissa tapauksissa tahallisuuden määritelmää venytetään äärimmilleen, ja tosiasiallisesti kyseessä on huolimattomuuden tai tuottamuksen kriminalisointi. Tämä on mahdollista, mutta vaatisi lainsäätäjältä suoranaisen kannanoton.

## 6 Yhteenveto

Tutkielmani tarkoituksena oli ensinnäkin selvittää, milloin tiedoston hallussapidon hetki alkaa sekä kuinka kattava hallussapidon käsite suomalaisessa oikeuskäytännössä on. Hallussapidon syntyhetkeä ei ole käsitelty suoraan suomalaisessa oikeuskäytännössä. Hallussapito on kuitenkin katsottava alkaneeksi jo sillä hetkellä, kun käyttäjä on tietoinen tiedoston laittomasta luonteesta, hän on aloittanut hankintatoimen, ja tiedoston tallentuminen hänen koneelleen on siirtynyt palvelimen ylläpitäjän kontrollista. Tällöin hallussapito voi kohdistua hyvinkin abstrakteihin ja keskeneräisiin esineisiin ja tosiasiallisesti käyttäjän suorittamaan hankintatoimeen. Tämä on kuitenkin yhteneväinen aikaisemman, perinteisempiä esineitä koskevan oikeuskäytännön kanssa.

Lainsäätäjällä on tietokoneisiin liittyvien hallussapitorikosten kriminalisoinnin yhteydessä ollut lähtökohtana varsin perinteinen hallussapidon tekemuoto ja käsite. Perinteisten käsitteiden ja niitä koskevien tulkintojen siirtäminen suoraan digitaaliseen ympäristöön on mielestäni kuitenkin ongelmallista. Lainsäätäjän lähtökohtana on ollut, että arkipäiväinen tietokoneen käyttäjä on olemukseltaan rationaalinen ja että hän ymmärtää, kuinka tietokone toimii ja kuinka hän on vastuussa siitä. Myös tuomioistuimet ovat ilmeisesti omaksuneet tämän kannan, vaikka käräjä- ja hovioikeuksien välillä on huomattavissa tiettyjä eroja. Käyttäjän tahallisuuden ja tietoisuuden on katsottu kattavan, myös ilman erillistä näyttöä, esimerkiksi automaattisesti tapahtuvan tiedostojen levittämisen, jos tämä toimi on ollut käyttäjän selvitetävissä tai kyseinen toiminto on ollut keskeinen osa ohjelman toimintaa, sekä sen, että tiedoston poistaminen ei tosiasiallisesti aina saata sitä hänen hallintansa

ullottumattomiin. Sen sijaan esimerkiksi tietokoneen välimuisti, joka on selaimen tehokkaan toiminnan kannalta olennainen, on Suomessa jäänyt pelkäksi alaviitteeksi tai oikeudelliseksi spekulatioksi.

Lainsäätäjän lähtökohta on ollut ankkuroituna perinteisiin käsityksiin esineiden hallussapidosta ja olemuksista, mikä johtaa mielestäni tietyissä tapauksissa tulkinnallisiin ongelmiin ja epäjohtonmukaisuuksiin. Käytännön esimerkkinä tästä voidaan nähdä pilvitiedostot ja pääsyn hankkiminen osana hallussapitoa. On sinänsä selvää, että henkilö, joka säilyttää lainvastaista materiaalia sähköisessä palvelussa tai palvelimella perinteisen varastoon verrattavin tavoin, syyllistyy tällaisen materiaalin hallussapitoon riippumatta siitä missä päin maailmaa palvelun palvelin tosiasiaassa on. Olen kuitenkin eri mieltä esimerkiksi Holstin kanssa siitä, että oikeudeltaan rajoitetut käyttäjät syyllistyisivät samanasteiseen omistukseen kuin pääkäyttäjät. On totta, että pääsyn hankkineet voivat esimerkiksi poistaa lainvastaisen sivuston selaimensa historiasta tai tuhota paperilla olevan salasanan tai linkin. Toisin sanoen heillä on kontrolli koskien omia toimiaan. Mielestäni kuitenkin ainoastaan pääkäyttäjät tai vastaavan, (yhteis-) omistusoikeuteen verrattavan, kattavan oikeuden omaava henkilö voi tällaisessa tapauksessa syyllistyä materiaalin hallussapitoon. Myös henkilö, joka pääkäyttäjän luvalla lataa tai tallentaa tällaiselta palvelulta löytämänsä materiaalin koneelleen, syyllistyy selvästi tietokoneelle tallentuvan materiaalin hallussapitoon. Sekä pääsyn hankinnan että hallussapidon tulee olla rikosoikeudellisesti sanktioituja, sillä etenkin sukupuolisiveellisyttä loukkaavan, lasta esittävän materiaalin hankkija tai katsoja vaikuttaa toimillaan materiaalin markkinoihin ja leviämiseen. Sama voidaan todeta tietoverkkorikosvälineiden suhteen.

Tästä huolimatta on todettava, ettei pääsyn hankkiminen johonkin esineeseen ole yleiskielellisestä näkökulmasta sama kuin esineen hallussa pitäminen. Toimet voivat loukata samoja suojeltavia oikeushyviä, mutta tekotavat sekä kattavuus ovat kuitenkin eri luokkaa, sillä hallussapidon voidaan katsoa edellyttävän omistusta ja vallintaa. Mielestäni ei siis ole väärin, että lainsäätäjät on esimerkiksi sukupuolisiveellisyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan hallussapitoa koskevassa pykälässä erottanut suoranaisten hallussapidon ja pääsyn hankkimisen eri momentteihin. Sen sijaan pidän tulkinnalliselta kannalta ongelmallisena, että pääsyn hankkiminen on lainsäätäjän

toimesta ikään kuin omaksuttu osaksi hallussapitoa, eikä sitä ole säädetty omaksi rikosnimikkeekseen tai erilliseksi tekomuodoksi. Ongelmaa voidaan havainnollistaa seuraavasti: voin pitää hallussani elokuvaa katsomatta sitä, ja voin katsoa elokuvaa pitämättä sitä hallussani. Hankkiminen tai pääsyn hankkiminen voivat toimina edeltää myöhemmin tapahtuvaa hallussapitoa, mutta jos henkilön tarkoitus ei ole koskaan ollut omistaa esinettä (tunnustaa omistajuutta, mieltää omakseen, käsitellä esinettä omistajan tavoin), ei tämä ole hallussapitoa. Toisin kuin huumausaineita sisältävän repun tai kassin säilyttäjä, ei tällaisen linkin omaava henkilö voi esiintyä tai käyttäytyä kuin tilin omistaja. Katsomista ei voida tulkinnalliselta kannalta yhtenäistää hallussapidon kanssa. Voidaan myös perustellusti väittää, ettei tällaiseen kansioon johtava linkki tosiasiasa ole laissa kiellettyä materiaalia, samoilla perusteilla kuin huumausainesvaraston avain ei itsessään ole huumausainetta tai maksukuitti itsessään ostettu esine. Tällaiset esineet voivat toimia vahvoina todisteina lainvastaisesta toiminnasta tai siitä, että henkilö on hankkinut tai pitää hallussaan laissa kiellettyä tiedostoa tai ohjelmaa. Tästä huolimatta se ei voi itsessään toimia hallussapidon kohteena.

Mikäli joku maksaa siitä, että hän pääsee toisen henkilön ylläpitämään tai omistamaan varastoon tutustumaan hänen kokoelmaansa, mutta ei saa tarkempaa katsomista lukuun ottamatta ottaa sieltä mitään, ei asiaa voida laintulkinnallisen systemaattisuuden kannalta luontevasti kuvailla esineiden *hallussapitona*. Näin voidaan katsoa, vaikka henkilö saisi valokuvata esillä olevia esineitä, jolloin mahdollinen hallussapito syyte voisi kohdistua näihin uusiin valokuviin. Tietokoneiden ja sähköisten palveluiden kehittyessä ja tietoverkoston levitessä yhä laajemmalle yleiseen käyttöön olisi mielestäni varsin perusteltua, että lainsäätäjät myös ottaisi huomioon tämän lainsäädäntöä laatiessaan. Tämä voidaan rikosoikeudellisen systemaattisuuden ja selvyuden kannalta ratkaista joko pääsyn hankkimisen säätämällä omaksi rikosnimikkeekseen, tai luomalla yleispykälä, jossa luetellaan kattavasti kaikki rikoksen eri tekomuodot ja vaiheet. Olisi terminologian ja yleisen oikeustietämyksen kannalta parasta, jos esimerkiksi nykyinen RL 19:17.2 erotettaisiin omaksi pykäläkseen, joka kriminalisoisi (tarkoituksellisen) pääsyn hankkimisen sukupuolisiveellisyyttä loukkaaviin lasta esittäviin kuviin. Oikeanlaisella pääsyn hankkimistermillä katettaisiin mielestäni hallussapitoa tarkemmin tosiasiallisesti kriminalisoitu toiminta. Vaikka täydellisyyteen lienee mahdotonta päästä, on mielestäni yleisen laintuntemuksen,

lainkuuliaisuuden sekä oikeudellisen systemaattisuuden kannalta tärkeää, että oikeussubjektit voivat tunnistaa lainsäädännöissä kielletyt tai sallitut tai tuomioissa kuvatut teot omilla sanoillaan.

Toiseksi tutkielmani tarkoituksena oli selvittää, milloin kerran hallussapidetystä, mutta myöhemmin palautetusta tiedostosta tulee aikaisempaan hallussapitoon viittaava *todiste*, eikä sellaisen *kohde*. Esimerkiksi huumausaineita koskevassa oikeuskäytännössä hallussapito on tarkoittanut suhteellisen suoraa ja välitöntä kontrollia, jota kompensoidaan oikeuskäytännössä konkreettisen hallinnan vaatimuksella. Sen sijaan esimerkiksi käyttäjän poistama tiedosto ei ole käytännössä hänen välittömässä hallussaan, ja hänen konkreettinen hallintansa voi riippua monesta eri tekijästä. Englantilaisessa oikeuskäytännössä tämä raja on varsin subjektiivinen: henkilön ei voida katsoa pitävän tällaisia tiedostoja hallussaan, jos hänellä ei ole ollut mahdollisuutta saada niitä takaisin ilman erikoisvälineitä. Suomalaisessa oikeuskäytännössä hallussapito näyttäisi päättyvän tehokkaan (poistamis-) toimen yhteydessä. Lainsäätäjät ei ole käsitellyt tätä rajaa erikseen lainsäädännössä eikä esitöissä. Asiaan ei ole myöskään otettu suoraan kantaa suomalaisessa oikeuskäytännössä, vaikka on viitteitä siitä, että KKO on katsonut rajan menevän viimeistään ylikirjoittamisen kohdalla.

Tietoteknisen kehityksen myötä on oletettavissa, että tiedostojen palauttamismahdollisuudet tulevat tulevaisuudessa olemaan yhä laajemmin saatavilla myös tavallisille tietokoneen käyttäjille. Yllä mainitun teknisen kehityksen luomaa epävarmuutta ei voida mielestäni pitää perusteltuna. Lainsäätäjän tulisi mielestäni ottaa suoraan kantaa siihen, milloin henkilön vastuu tiedoston olemassaolosta päättyy. Tämä olisi sekä systemaattisuuden että oikeusturvan kannalta suositeltavaa. Lainsäätäjien ja tuomioistuimien olisi siis luotava yleisluontoiset standardit, joissa huomioidaan syyttömyysperiaate ja perustuslain vaatimus lain ja tarkkuudesta ja tuomioistuinikäytännön ennustettavuudesta. Lainsäätäjien on otettava huomioon tietokoneiden teknisen toiminnan ja kehityksen ohella myös se, ettei rikosoikeudellisen lainsäädännön tarkkuutta tai systemaattisuutta uhrata mahdollisimman kattavalle tulkinnalle. Tietokoneiden ja internetin käyttäjien teknisen osaamisen ja ymmärryksen välillä on huomattavia eroavaisuuksia, ja tarvittavan tietoisuuden tai ymmärryksen

näyttäminen voi olla haastavaa. Tästä huolimatta on katsottava, että tietyt asiat ovat yhä laajemmissa määrin itsestään selviä, tai että ne kuuluvat jokaisen käyttäjän (hyvin yleisluonteiseen) selvilläolo- tai selonnottovelvollisuuteen. Olisi nimittäin rikosoikeudellisesti kestävämpiä, jos käyttäjien olisi mahdollista viitata tietämättömyyteensä koskien hyvinkin yksinkertaisia, mutta eittämättä tietokoneen taustalla tapahtuvia toimia.

Katson, että yksittäisten oikeussubjektien oikeussuojan takaamiseksi suomalaisen lainsäädännön olisi otettava suoraan kantaa hallussapidon päättymishetkeen ja luotava R v Porterin kaltainen subjektiivinen raja, jonka jälkeen henkilön ei voitaisi katsoa vastaavan tietokoneen automaattisesta toiminnasta. Aivan kuten perinteisten hallussapitorikoksien yhteydessä, olisi yksityiskohtaista tai kattavaa kirjallista lainsäädäntöä vaikeata saattaa tehokkaaseen muotoon. Ehdotukseni on tästä syystä seuraavanlainen, toimien lisäksi RL 17:19 ja RL 34:9b, tai vastaaviin hallussapitorikoksiin.<sup>304</sup>

Jos henkilö on *aktiivisten toimiansa* seurauksena hankkinut [lainvastaista materiaalia], mutta on omien *harkittujen ja tietojensa* seurauksena saattanut tai pyrkinyt saattamaan sen [materiaalin] *tehokkaalla* tavalla itsensä ulottumattomiin, on hänet tuomittava [sukupuolisiveellisyyttä loukkaavan, lasta esittävän kuvan / tietoverkkorikosvälineen oikeudettomasta] *hankkimisesta* [x.x tai y.y:hyn]

Hallussapidon päättymishetkeksi katsottaisiin hyväksyttävällä tavalla *tehokas* poistamistoimi. Tuomioistuimien ja syyttäjien olisi R v Porterin lailla otettava huomioon muun muassa käyttäjän konkreettiset mahdollisuudet materiaalin palauttamiseen erikoisohjelmien tai -taitojen avulla, verraten näitä yleisesti hyväksyttäviin standardeihin, mahdolliseen alan käytäntöön sekä muihin olosuhteisiin (esimerkiksi mikäli käyttäjä on ollut osallisena materiaalia ammattimaisesti levittävään ryhmään) *poistamisen hetkellä*. Tällöin rikosoikeudellinen tuomittavuus ei keskittyisi jo

---

304Vaihtoehtoisesti tämä ongelma voidaan ratkaista varsin epäortodoksisella tavalla: säätämällä laittoman materiaalin ”hankinta” erillisesti rangaistavaksi, ja keskittymällä ainoastaan tähän toimeen. Tällöin kyseessä ei olisi lainvastaisen tilan (hallussapidon) ylläpito, ja vanhentumisaika voitaisiin laskea suhteellisen helposti tiedoston lataus- tai tallennuspäivästä, tai mahdollisesta viimeisestä todistettavasta käsittelypäivästä.

päätyneeseen hallussapito-tilaan, vaan aikaisempaan (vähintään oikeudettomaan riskinottoon) materiaalin *hankintaan* ja siitä mahdollisesti johtuvaan tulevaan hallussapitoon. Henkilö voisi syyllistyä hallussapitoon *hankkimistoimen* ja *poistamistoimen* välisellä ajalla.

*Aktiiviset toimet* tarkoittaisivat, että käyttäjä on päättänyt itse hankkia lainvastaisen materiaalin. Tämän termin lisäyksen myötä tietokoneen välimuisti sulkeutuisi pois virallisesti. Vaikka onkin selvää, että varsinaisen poistamisen suorittaa tietokone eikä sen käyttäjä, katsottaisiin *harkituksi tietoiseksi toimeksi* käyttäjän antama tiedoston poistamiskäske. Poistamistoimeksi ei täten katsottaisi mahdollisia tahattomia tai tietokoneen automaattisesti suorittamia toimia, kuten esimerkiksi ohjelmaa, joka automaattisesti poistaa tiettyyn asemaan poistetut kansiot tai tiedostot ennalta määrätyn ajan tai tietyn datamäärän jälkeen. Yllä olevan lainkohdan edellytyksenä olisi, että henkilö tehokkaan katumisen tavoin (ja samoin näyttöedellytyksin ja -vaikeuksin) suorittaa toimet aidon *katuvasti*, tarkoituksenaan päättää hallussapito-tilanne. Saman tai samanlaisen materiaalin toistuva hankkiminen tai poistamistoimien suorittaminen vasta pitkän hallussapito-ajan jälkeen vaikuttaisivat tällaisen väitteen uskottavuuteen. *Hallussapidossa* olisi kyse ei-poistetun tai ainoastaan ei-tehokkaasti poistetun, lainvastaisen tiedoston konkreettisesta vallinnasta. Käyttäjä syyllistyisi hankintatoimeen samalla hetkellä kuin materiaalin hallussapitoon. Käyttäjän katsottaisiin kuitenkin ainoastaan syyllistyneen hallussapitoon, mikäli kyseessä olisi lainkonkurrenssi-tilanne hankkimisen ja hallussapidon välillä.

Mainittujen lainmuutosten ohella odotan innolla suomalaista R v Porterin kaltaista ratkaisua tai tapausta, jossa lainkäyttäjän on mahdollista ottaa suoraan kantaa siihen, onko henkilö saattanut poistetun materiaalin tehokkaasti oman kontrollinsa ulkopuolelle.