

HELSINKI LAW REVIEW

**Corporate Sustainability
Due Diligence Directive (CS3D)
changes the legal landscape for
large companies and their chains
of activities**

— *Anna Kuusniemi-Laine –
Lia Heasman – Laura Vuorinen*

**Vapaaehtoisen
päästökompensoinnin virhe-
tilanteet kuluttajasuhteessa**

— *Artti Pursiainen*

**Todistustaakan jakautuminen
työsyrintää koskevassa
adheesioprosessissa**

— *Kasper Hyppönen*

**Objektiivinen todennäköisyys
osana todennäköisyyshallisuutta –
juridis-matemaattinen katsaus**

— *Atro Kaarento*

**General Principles in the Decisions
of the Ad Hoc Criminal Tribunals:
Creative tools for protecting
individuals**

— *Susanna Kerttula*

Helsinki Law Review 1/2024

BOARD OF EDITORS

EDITOR-IN-CHIEF

Anniina Lehtimäki

DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

Mikael Salminen

EDITORS

Tuomo Haapala

Pekka Hannikainen

Miika Kaakinen

Johannes Lehto

Sonja Lundqvist

Viivi Saarijärvi

Jasper Suokas

Juho Wainio

ACADEMIC COUNCIL

Professor Emeritus Jukka Kekkonen LL.D., trained on the bench

Professor Päivi Korpisaari LL.D., trained on the bench

Professor Olli Norros LL.D.

Professor Ville Pönkä LL.D., trained on the bench

AUTHORS

PEER-REVIEWED ARTICLES

Kasper Hyppönen

Atro Kaarento

Susanna Kerttula

Artti Pursiainen

DISCUSSION

Anna Kuusniemi-Laine – Lia Heasman – Laura Vuorinen

Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.

Helsinki Law Review 2024, 18th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

CONTACT INFORMATION

Editor-in-Chief: *anniina.lehtimaki@helsinki.fi*

Deputy Editor-in-Chief: *mikael.salminen@helsinki.fi*

Submissions:

Manuscripts may be submitted via our online submission service at

<https://journal.fi/helsinkilawreview/about/submissions>

Contributions are selected for editing shortly after the publication of the previous issue. Helsinki Law Review publishes research articles, case commentaries, discussion, and book reviews in Finnish, English, and Swedish. Manuscripts should not exceed 25 size A4 sheets in length. References should follow the instructions published by Suomalainen Lakimiesyhdistys with the full citation appearing in first footnote mention, omitting a separate bibliography. For more detailed editorial instructions, see the last page of this issue. If the author has used a different referencing style, amending it can be done after a positive publishing decision.

Manuscripts selected for publication will be edited in active cooperation with the author(s) by an editorial team composed of members of the Board of Editors. All research articles will be evaluated by two referees in a double-blind review process.

Authors wishing to submit a manuscript based on their Master's thesis are requested to draft the manuscript to comply with the length constraint above before submitting the manuscript for consideration. A copy of the original thesis may be uploaded in the submission process as supporting material, but not submitted alone as a manuscript.

Subscription and Distribution:

Free copies of the journal are distributed to various libraries, law faculties, and student organisations. To obtain a free personal copy, please visit the Pykälä office or contact the Editor-in-Chief or the Deputy Editor-in-Chief.

If you are interested in subscribing the journal, please contact the Editor-in-Chief or the Deputy Editor-in-Chief.

Publisher: Pykälä ry, the law students association of the University of Helsinki (est. 1935).

Address: Mannerheimintie 3B, 00100 Helsinki, Finland.

Graphic design: Tuomas Tofferi

Layout: Janne Kuisma

ISSN 1797-6251 (Print)

ISSN 2489-687X (Online)

TOIMITUKSELTA

DOI <https://doi.org/10.33344/vol18iss1pp4-5>

Tässä Helsinki Law Review'n numerossa esillä ovat erityisesti rikos- ja prosessioikeutta sekä yritysvastuuta koskevat kysymykset. Artikkelit vievät lukijan jälleen tärkeiden ja ajankohtaisten teemojen äärelle.

Anna Kuusniemi-Laineen, Lia Heasmanin ja Laura Vuorisen artikkeli käsittelee kuluvana vuonna Euroopan unionissa hyväksyttyä yritysvastuudirektiiviä, jonka sisältöä ja merkitystä artikkeli ansiokkaasti avaa.

Julkaisu sisältää asiantuntija-artikkelin lisäksi luonnollisesti myös opiskelijoiden kirjoittamia artikkeleita. Artikkeleiden julkaiseminen on edellyttänyt sekä toimitukselta että kirjoittajilta pitkäjänteistä työtä noin puolen vuoden ajan. Olemme iloisia, että tähänkin numeroon saimme julkaistavaksi tasokkaita oikeustieteen opiskelijoiden kirjoittamia tekstejä. Myös vertaisarvioijat ovat tärkeä osa toimitusprosessiamme, vaikka he jäävätkin artikkeleiden kirjoittajien ja julkaisumme lukijoiden näkökulmasta anonyymeiksi.

Yritysvastuuseen liittyvät kysymykset ovat näkyvillä myös **Artti Pursiaisen** artikkelissa. Pursiainen tarkastelee ajankohtaisessa artikkelissaan päästökompensaatiota kuluttajaoikeudellisesta näkökulmasta.

Kasper Hyppönen käsittelee artikkelissaan tärkeitä teemoja tutkimalla työsyRJinnän prosessuaalista näkökulmaa. Artikkelit tuokin monipuolisesti esiin erityisesti todistustaakkaan liittyviä kysymyksiä, jotka työsyRJintätapauksissa ovat moninaisia.

Atro Kaarento yhdistää matematiikkaa oikeustieteeseen tarkastelemalla todennäköisyys-tahallisuutta ja objektiivista todennäköisyyttä. Artikkelit on hyvä esimerkki monipuolisten kiinnostuksenkohteiden tarjoamista mahdollisuuksista oikeustieteen kentällä.

Kansainvälisen oikeuden näkökulmaa tähän numeroon tarjoaa **Susanna Kerttulan** artikkeli, joka tarkastelee ad hoc -rikostuomioistuimien tapaa käyttää yleisiä, kansainvälisesti hyväksytyjä periaatteita tuomioidensa perustana.

Tästä on hyvä lähteä jatkamaan kohti seuraavaa Helsinki Law Review'n numeroa.

Annina Lehtimäki

Päätoimittaja

FROM THE EDITORS

In this issue of Helsinki Law Review, the focus is on criminal and procedural law as well as corporate sustainability. The articles once again introduce the reader to important and current topics.

The article written by **Anna Kuusniemi-Laine**, **Lia Heasman**, and **Laura Vuorinen** discusses the Corporate Sustainability Due Diligence Directive approved in the European Union this year. The article effectively explains the content and significance of the directive.

Naturally, this issue also includes articles written by students. Publishing this issue has required patient work from both the editors and the authors, as the editorial process has taken about six months. We are pleased to once again be able to publish high-quality texts written by law students. The referees are also an important part of our editorial process, even though they remain anonymous from the perspective of the authors and our readers.

Matters related to sustainability are also covered in **Artti Pursiainen's** article. In his timely article, Pursiainen examines emission compensation from the perspective of consumer law.

Kasper Hyppönen addresses important themes by examining the procedural perspective of work discrimination. The article brings out various issues related to the burden of proof, which are multifaceted in cases of work discrimination.

Atro Kaarento combines mathematics with law by examining probabilistic intent and objective probability. The article is a good example of the opportunities of an interdisciplinary approach in the field of jurisprudence.

An international law perspective is provided by **Susanna Kerttula's** article, which examines the way ad hoc criminal tribunals use general, internationally accepted principles as a basis for their judgments.


We are looking forward to continuing towards the next issue of the Helsinki Law Review.

Anniina Lehtimäki


Editor-in-Chief


SISÄLLYSLUETTELO

8 Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CS3D) changes the legal landscape for large companies and their chains of activities
Anna Kuusniemi-Laine – Lia Heasman – Laura Vuorinen

24 Vapaaehtoisen päästökompensoinnin virhetilanteet kuluttajasuhteessa
Artti Pursiainen 

42 Todistustaakan jakautuminen työsyryntää koskevassa adheesioprosessissa
Kasper Hyppönen 

64 Objektiivinen todennäköisyys osana todennäköisyystahallisuutta –
juridis-matemaattinen katsaus
Atro Kaarento 

86 General Principles in the Decisions of the Ad Hoc Criminal Tribunals:
Creative Tools for Protecting Individuals
Susanna Kerttula 

CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE DIRECTIVE (CS3D) CHANGES THE LEGAL LANDSCAPE FOR LARGE COMPANIES AND THEIR CHAINS OF ACTIVITIES

Anna Kuusniemi-Laine – Lia Heasman – Laura Vuorinen¹

<https://doi.org/10.33344/vol18issxpp8-23>

Helsinki Law Review, 1/2024, pp. 8–23

© 2024 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.

1 The authors work at Castrén & Snellman Attorneys Ltd. Anna Kuusniemi-Laine (Partner, ESG) heads the firm's ESG & Corporate Sustainability practice. Lia Heasman (Counsel, ESG) is a lawyer and expert with an extensive background in sustainability and human rights; her doctoral dissertation was on the evolution from voluntarism to mandatory human rights due diligence. Laura Vuorinen is a lawyer specialising in ESG and corporate sustainability.

I. INTRODUCTION

After lengthy negotiations and dramatic last-minute turns,² the Corporate Sustainability Due Diligence Directive³ (the 'CS3D' or the 'Directive') was finally adopted by the European Parliament on 24 April 2024. It is the first continent-wide piece of legislation to impose binding human rights and environmental obligations on companies.⁴ These obligations as such are not new; in fact, the CS3D is ultimately an attempt to translate aspects of existing soft law instruments into mandatory hard law obligations. The truly new element in the Directive is the obligation for the companies in scope to adopt and put into effect a transition plan for climate change mitigation which aims to ensure compatibility of the business model and of the strategy of the company with the transition to a sustainable economy and with the limiting of global warming to 1,5 °C in line with the Paris Agreement.⁵

The Directive must be incorporated in national legislation by all Member States by 26 July 2026, and the new rules will become applicable to companies in phases, starting with the largest companies on 26 July 2027 and then gradually based on certain thresholds.⁶ They will apply to EU companies that have more than 1,000 employees and a net worldwide turnover of more than EUR 450 million, but also to non-EU companies, i.e. companies which are formed in accordance with the legislation of a third country, if their net turnover exceeds EUR 450 million in the Union; in addition, the Directive contains provisions on groups of companies and on companies having significant franchising or licensing agreements in the EU in return for royalties.⁷ Although the Directive will directly apply only to a handful of companies – according to some estimates, roughly 0.05% of all EU companies –,⁸ they will have indirect impacts on a substantial number of enterprises, including SMEs, in their chains of activities.

This article will consider the two main obligations introduced by the Directive, namely due diligence (chapter 2) and the climate change transition plan (chapter 3). In the final part of this article (chapter 4), some considerations regarding national legislation will be discussed.

-
- 2 See, e.g. Alexander Schall, 'The CSDDD: Good Law or Bad Law?' (2024) 21 *European Company Law Journal* 56; Peer C Zumbansen, 'Global Value Chain Legislation, Modern Slavery, Climate Change and Finance: Lessons from the European Corporate Sustainability Due Diligence Directive ('CSDDD')' (2024) McGill SGI Research Papers in Business, Finance, Law and Society Research Paper 2024-08.
 - 3 Directive (EU) 2014/1760 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 on corporate sustainability due diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 and Regulation (EU) 2023/2859 [2024] OJ 5.7.2024.
 - 4 Nicolas Bueno and others, 'The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): The Final Political Compromise' [2024] *Business and Human Rights Journal* 1, 1.
 - 5 Art 22 CS3D.
 - 6 Art 37(1) CS3D.
 - 7 Art 2 CS3D.
 - 8 Bueno et al (n 3) 6. The number of companies in scope was significantly reduced in the final version of the CS3D compared to the original proposal, to the great dismay of many civil society actors (see, e.g. Zumbansen (n 1) 4).

2. CORPORATE SUSTAINABILITY DUE DILIGENCE AS A NEW LEGAL REQUIREMENT

The process of corporate sustainability due diligence is not new: it is inspired and largely refers to the due diligence process found in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (the 'UNGPs' or the 'Guiding Principles')⁹ and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct (the 'OECD Guidelines').¹⁰ In fact, the CS3D ultimately seeks to 'harden' existing soft law requirements into mandatory legal obligations.

The UNGPs set the foundation of human rights due diligence as a process to *identify, mitigate and cease negative human rights impacts*. They have been embraced by the corporate world with large multinational corporations voluntarily incorporating the process to their operations and setting public voluntary commitments to adhere to them. Even without any judicial status, they have been the leading international framework for a decade. After the 2011 revision, the OECD Guidelines are also consistent with the Guiding Principles. The CS3D largely aligns with these existing voluntary international frameworks.

The EU has encouraged companies to follow the due diligence requirements included in the existing soft law frameworks already for years. In its Action Plans on Human Rights and Democracy in 2015¹¹ and 2020,¹² the EU endorsed the UNGPs and committed to encouraging and contributing to their implementation.

Although the UNGPs were meant to be a voluntary framework for businesses, they spurred States to legislative action.¹³ In the European Union, calls for a corporate responsibility legislation started to become increasingly vocal around the time of adoption of the UNGPs. In its resolution

9 UNCHR 'Guiding principles on business and human rights. Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework' (2011) HR/PUB/11/04 < https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf>.

10 OECD 'OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct' (2023) <<https://doi.org/10.1787/81f92357-en>>.

11 Council of the European Union: General Secretariat of the Council, EU action plan on human rights and democracy' (2015) < https://www.consilium.europa.eu/media/30003/web_en_actionplanhumanrights.pdf>.

12 Commission, Joint communication to the European Parliament and the Council, EU Action Plan on Human Rights and Democracy 2020-2024, JOIN(2020) 5 final < https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eu_action_plan_on_human_rights_and_democracy_2020-2024.pdf>.

13 See, e.g. Juho Saloranta, *Continuously developing human rights due diligence: operationalizing access to remedy – impediments and opportunities* (University of Eastern Finland 2024) 28.

of 8 June 2011,¹⁴ the European Parliament recalled that the EU had set itself the ‘objective of not only becoming a pole of excellence on corporate social responsibility but also of promoting CSR in its external policies’;¹⁵ at the same time, however, the Parliament still stressed that ‘no directive regulating CSR and enforcing respect for it should be adopted at EU level’.¹⁶ Concurrently, though, many Member States (such as France (2017), the Netherlands (2019) and Germany (2021)) independently proceeded to enact national legislation on corporate responsibility and due diligence, and many more considered the adoption of similar legislation.¹⁷ These national laws differed in terms of scope and content, which increased the pressure for harmonisation in the EU, among other things to ensure legal certainty in the single market.¹⁸ In March 2021, the European Parliament requested that ‘the Commission submit without undue delay a legislative proposal on mandatory supply chain due diligence’,¹⁹ and in February 2022 the eventful legislative process commenced as the Commission adopted a proposal for a Directive on Corporate Sustainability Due Diligence.

It was not a surprise that policy convergence would eventually occur and ensure a similar harmonisation of due diligence requirements as has previously occurred in relation to environmental law and anti-corruption and bribery matters.²⁰ In the European single market, policy convergence is specifically warranted for matters that require a harmonised regulatory approach.

14 European Parliament resolution of 8 June 2011 on the external dimension of social policy, promoting labour and social standards and European corporate social responsibility, P7_TA(2011)0260.

15 Para 29.

16 Para 31.

17 See, e.g. European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (P9_TA(2021)0073), para. Y. – In Finland, several companies actively promoted the inclusion of mandatory human rights due diligence in the Government Program in 2018, and the Programme of Prime Minister Antti Rinne’s Government of 6 June 2019, p. 115, stated: ‘A report will be prepared with the objective of enacting a corporate social responsibility act based on a duty of care imposed on companies regarding their operations in Finland and abroad.’ To this end, the Ministry of Economic Affairs and Employment commissioned a judicial analysis and organised a consultation round on the related report in 2020 (see, e.g. <https://tem.fi/en/-/judicial-analysis-specifies-the-planned-corporate-social-responsibility-act-in-finland>). Similar national corporate sustainability laws were enacted around the world, not only in Europe; the Californian Transparency in Supply Chains Act of 2010 and the Australian Modern Slavery Act of 2018 are examples of non-EU legislation (Jaakko Salminen and Mikko Rajavuori, ‘Yritysvastuulait ja ylikansallisen arvoketjun oikeudellinen käsitteellistäminen’ (2019) 3–4 Lakimies 387, 393–394).

18 Marija Bartl, ‘Towards the imaginary of collective prosperity in the European Union (EU): reorienting the corporation’ (2022) 1 European Law Open 957, 973; Bueno et al (n 3) 1.

19 European Parliament resolution of 10 March 2021 with recommendations to the Commission on corporate due diligence and corporate accountability (P9_TA(2021)0073) para 32.

20 Lia Heasman, *Corporate Responsibility to Protect Human Rights: Evolution from Voluntarism to Human Rights Due Diligence* (University of Helsinki 2018) 200–208.

2.1. The risk-based approach requires prioritisation of impacts

Due diligence is a term borrowed from the corporate world,²¹ and the process described in the CS3D is similar to the one used in business to assess and mitigate risks.²² In the corporate law context, the term 'due diligence' is specifically used with reference to a process that attempts to find plausible business risks in the company and review any such risks and red flags that may appear. Corporate sustainability due diligence has the same idea, as it requires appropriate steps to uncover risks and considerations that are not yet known. The term due diligence was initially chosen by professor Ruggie, the author of the UNGPs, to demonstrate how companies also have a duty to not only know what they know, but actively seek to find risks.

In fact, the CS3D represents a *risk-based approach* to due diligence. Despite the wording, its focus is ultimately not on risks but on impacts.²³ Companies must actively seek to identify and understand the potential and actual impacts of their own activities and those of their entire chain of activities and then take appropriate action based on this knowledge.²⁴ Based on the risk-based approach, they can, and should, then prioritise these impacts, considering their severity and likelihood. In fact, the expression 'risk-based due diligence' has been explained by OECD as follows: 'As it will often not be possible for enterprises to identify or respond to *all* risks and adverse impacts related to their activities and business relationships simultaneously and with the same degree of attention, [enterprises are encouraged] to *prioritise* their most severe risks and impacts',²⁵ and the same idea is incorporated in the CS3D, e.g. in its Article 9. After identifying and prioritising their adverse impacts, companies must adopt 'appropriate measures' to address them. 'Appropriate measures' are measures 'capable of achieving the objectives of due diligence by effectively addressing adverse impacts in a manner commensurate to the degree of severity and the likelihood of the adverse impact, and reasonably available to the company, taking into account the circumstances of the specific case, including the nature and extent of the adverse impact and relevant risk factors'.²⁶ Appropriate measures

21 Lia Heasman, 'Yritysten vastuu ihmisoikeuksista' in Anne Vanhala and Michael Ristaniemi (eds), *Yritysvastuu & oikeus* (Kauppakamari 2022) 204.

22 Robert McCorquodale, *Business and Human Rights* (OUP 2024) 59, in particular fn 44, and 103. McCorquodale observes that the term 'due diligence' has also been used in international law in connection with a state's human rights obligations, but 'the due diligence duty on states is distinct from the [human rights due diligence] on business'.

23 Heasman (n 20) 204.

24 Heasman (n 20) 205.

25 OECD, *Translating a risk-based due diligence approach into law: Background note on Regulatory Developments concerning Due Diligence for Responsible Business Conduct (2022)* <<https://mneguidelines.oecd.org/translating-a-risk-based-due-diligence-approach-into-law.pdf>> 5. Emphasis added.

26 Recital 40 in the preamble to the CS3D.

can include a variety of actions and mitigation possibilities that are not exhaustively listed. A risk-based approach thus gives companies considerable possibilities and leeway to decide on the prioritisation of impacts and similarly the required actions to appropriately mitigate these impacts.²⁷

2.2. Legal ambiguity around due diligence

The first national due diligence law to enter into force was the French Duty of Vigilance Act adopted in February 2017. Just like the CS3D, it refers to and aligns with the UN Guiding Principles and OECD Guidelines. The original text of the 2017 law provided for a civil fine in the event of failure to comply with the company's legal obligations or with its own vigilance plan, but the French Constitutional Council declared this part of the text unconstitutional whilst upholding the rest of the law. The Council specifically focused on the civil fine, which is a criminal sanction under French law, and argued that the wording of the law was not specific enough to comply with the general principles of criminal legality and legality of offences. This was true, for example, for the terms 'reasonable vigilance measures' and 'adapted risk mitigation actions'. A civil fine cannot be ordered if it is not fully clear how to comply with the law's requirements.

The terms 'reasonable vigilance measures' and 'adapted risk mitigation actions' align with 'appropriate measures' in the CS3D, which require reasonable identification and mitigation actions. The ambiguity of all three terms does create the possibility for legal confusion. Similarly, the CS3D does not specifically list required actions or measures, as they will be dependent on the industry, geographical scope, severity, likelihood and the specific nuances of each individual case. The CS3D has to lay down overarching requirements that adjust to all various situations and thus cannot dive into specific details.

This lack of clarity around due diligence is nothing new to law. If one looks at the general duty of care towards the company that binds a member of the board, a member of the supervisory board and the CEO of a limited liability company, no list of required actions is typically included, but reference is made to an overarching responsibility of care towards the company. The Finnish Limited Liability Companies Act (*osakeyhtiölaki* 624/2006, the 'Companies Act') notes that 'management of the company shall act with due care and promote the interests of the company'. Case law has determined the limits and extent of the duty, whilst the law itself remains generic. Similarly, case law will eventually determine the scope of CS3D and define a clearer detailed picture of its required measures and actions. However, CS3D does include financial sanctions

27 Cf. OECD (n 24), 5 and 14.

for non-compliance, and much like the French Vigilance Act, some parts of the CS3D may find tension with the key legal principles. The national implementation of the CS3D will require specific attention on ensuring that companies can rely on legal principles and not find that interpretation has led to non-compliance.

2.3. Due diligence as a dynamic process

Due diligence is not static, nor something that can be done on an annual basis. It is an ongoing process that includes multiple levels of an organisation and a vast amount of information. Some elements of due diligence, such as policy updates or stakeholder engagement, can occur more seldom, but the key elements of due diligence require constant supervision. Firstly, companies do not operate in stagnant form with no changes occurring in their operations. There is constant change in people management, supply chains and even geographical scope. For example, new suppliers can be quickly introduced to firms. This means that the due diligence process itself is required to be dynamic and evolving with the changes.

Secondly, the risk-based approach also allows companies to prioritise adverse impacts and the required mitigation actions. Companies need to be able to objectively reason their prioritising based on the severity and likelihood of each impact. Neither term is clearly defined in the CS3D, but if we use the UNGPs, severity of impacts is considered by their scale, scope and irremediable character.²⁸ Severity is therefore not solely dependent on the scale or gravity of impact, but also on its scope and extent. The irremediable character considers whether the situation can be returned to its original state. Therefore, situations that cause for example loss of life or irrevocable damage to the environment are automatically more severe. Prioritisation based on these guidelines should not include vast interpretation differences, but as the entirety of due diligence, the consideration should be constant and ongoing.

2.4. The due diligence requirement in practice

What, then, are the companies in scope of the CS3D concretely required to do? First, they are expected to conduct human rights and environmental due diligence by carrying out several actions. These include integrating due diligence into their policies and risk management systems; identifying actual or potential adverse impacts in their operations and prioritising them based on their severity and likelihood; addressing these impacts by preventing and mitigating potential impacts and bringing actual impacts to an end and minimising their extent;

28 UNCHR (n 8) 15.

and providing remediation for actual adverse impacts. Companies are also required to engage with stakeholders, i.e. to consult them in the identification of impacts; to establish and maintain a complaints and notification mechanism; to monitor the effectiveness of their due diligence policy and measures; and to publicly, and as uniformly as possible,²⁹ communicate on due diligence according to the Corporate Sustainability Reporting Directive (the 'CSRD')³⁰ and the European Sustainability Reporting Standards ('ESRS').³¹

Incorporating CS3D requirements to existing company policies and procedures aims to ensure that due diligence does not exist solely in a policy of its own but is incorporated and aligned to all policies, whether they relate to sourcing, human resources or codes of conduct. Due diligence requirements will also necessitate contractual clauses set in, for example, procurement contracts. General Supplier Codes of Conduct that need to fit all suppliers may not be sufficient moving forward, but additional contractual obligations may be required to ensure that due diligence is sufficiently covered.

Identification of adverse human rights impacts in human rights due diligence processes has often occurred either with internal or third-party led human rights impact assessments. These assessments would be periodically updated to consider changes in the industry landscape and for example new additions to operational models or suppliers. The CS3D requires for processes to be dynamic and continuous, which may warrant the analysis to occur on a timely basis. However, the process of impact assessment can contribute to the identification of adverse impacts and give an underlying process for the identification.

The CS3D also requires companies that have caused, or jointly caused, actual adverse impacts to provide remediation. However, remediating adverse impacts is quite complex in practice. All adverse impacts are different, and each remediation will therefore require individualised solutions. The goal is to restore the situation to its original state, if possible. Remediation has often included financial and non-financial compensation. Companies must however consider the remediation measures at their disposal already in advance. A public or private apology for those affected used to be recommendable, but as due diligence becomes a legal obligation and sanctions on the company may be severe, companies may have to consider several factors before taking any action that could be understood as an admission of guilt or responsibility prior to authority decision or litigation.

29 See, e.g. Jukka Mähönen, 'Kestävyyssraportointi' in Anne Vanhala and Michael Ristaniemi (eds), *Yritysvastuu & oikeus* (Kauppakamari 2022) 133 and 139.

30 Directive (EU) 2022/2464 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 amending Regulation (EU) No 537/2014, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Directive 2013/34/EU, as regards corporate sustainability reporting [2022] OJ L322/15.

31 Art 5 CS3D.

The CS3D aligns with the CSRD in reporting and its scope. Companies in scope of the CS3D are also in the scope of the CSRD, which allows companies to publicly communicate on their due diligence in their CSRD reports. Stakeholder engagement should not, however, be limited to communication, but should take place at several stages in the due diligence process, including when developing prevention and corrective action plans or deciding to suspend or terminate a business relationship, and when adopting remediation measures.

Companies are also expected to have a publicly available and transparent notification mechanism and complaints procedure for affected persons, workers' representatives and civil society organisations to submit complaints concerning any adverse impacts of the company's, its subsidiaries' or business partners' operations. The establishment of these grievance channels must however consider that the processing of personal data collected through the reporting channel is subject to the same data protection obligations as processing of personal data in general. For example, the legal bases, purposes and storage periods for the processing of personal data must be defined in accordance with the law and unnecessary personal data must be deleted.

3. CLIMATE CHANGE TRANSITION PLAN

3.1. Article 22: Combating climate change

Article 22 of the CS3D obliges EU Member States to ensure that companies within the scope of the CS3D adopt and put into effect a transition plan for climate change mitigation which aims to ensure, *through best efforts*, that the business model and strategy of the company are compatible with the transition to a sustainable economy and with the limiting of global warming to 1,5 °C. This obligation is in line with the Paris Agreement and the objective of achieving climate neutrality as established in Regulation (EU) 2021/1119 (European Climate Law),³² including its intermediate and 2050 climate neutrality targets. The transition plan shall address, where relevant, the exposure of the company to coal-, oil- and gas- related activities.

The transition plan shall include time-bound targets related to climate change for 2030 and in five-year steps up to 2050 based on conclusive scientific evidence and, where appropriate, absolute emission reduction targets for greenhouse gas for scope 1, scope 2 and scope 3 greenhouse gas emissions for each significant category.

32 Regulation (EU) 2021/1119 of the European Parliament and of the Council of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations (EC) No 401/2009 and (EU) 2018/1999 ('European Climate Law') [2021] OJ L243/1.

The plan shall include a description of decarbonisation levers identified and the key actions planned to reach the target, including, where appropriate, changes in the undertaking's product and service portfolio and the adoption of new technologies. The plan shall also include an explanation and quantification of the investments and funding supporting the implementation of the transition plan as well as a description of the role of the administrative, management and supervisory bodies with regard to the plan.

The content of the transition plan for climate change mitigation should be in line with the reporting requirements under Directive 2013/34/EU as regards corporate sustainability reporting. Thus, companies that report such a plan in their corporate sustainability report in accordance with ESRS should be deemed to have complied with the specific obligation to adopt a plan under the CS3D. Article 22 provides for further obligations to implement the transition plan and to update the plan every 12 months to assess progress made towards its targets.

Article 6 of the CS3D provides for the possibility for group level action. Where the parent company fulfils the obligation set out in Article 22 on behalf of the subsidiary, the subsidiary shall comply with the obligations laid down in Article 22 in accordance with the parent company's transition plan for climate change mitigation accordingly adapted to its business model and strategy.

Article 25 of the CS3D provides that Member States shall require the supervisory authorities to supervise the adoption and design of the transition plan for climate change mitigation in accordance with the requirements provided for in Article 22(1).

3.2. Background of the transition plan requirement

In accordance with recital 73 in the preamble to the CS3D, the Directive is an important legislative tool to ensure corporate transition to a sustainable economy. The requirement for climate change mitigation aims at reducing the existential harms and costs of climate change, ensuring alignment with 'global net zero' by 2050 and avoiding fossil fuels expansion worldwide in order to achieve international and European climate objectives. The requirements for the detailed transition plan should work to reduce greenwashing and disinformation on climate action of companies.

While the due diligence obligation has its roots in soft-law instruments such as the UNGP and the OECD Guidelines, the obligation to adopt and implement a climate transition plan is a new requirement for companies. Its roots are in the climate science, the reports of the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), and the European Climate Law, which aims at climate neutrality within the EU by 2050.

The transition plan shall be based on *conclusive scientific evidence*. This means evidence with independent scientific validation that is consistent with the limiting of global warming to 1,5 °C as defined by the Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) and taking into account the recommendations of the European Scientific Advisory Board on Climate Change.

3.3. A new and far-reaching obligation for companies

The obligation to adopt and implement a climate transition plan is a new legal obligation that for the first time obliges companies to evaluate and even change their strategies and products and services offered in order to minimise their greenhouse gas emissions. The requirement concerning climate transition plan is, on a principal level, a significant step towards a systemic change requiring companies to change their strategies, where needed, to reach the climate transition objective.

The obligation to adopt and put into effect a climate transition plan is an obligation of means, not results. The climate related obligations focus on the obligation to plan, implement and monitor rather than the actual, measurable decreases in emissions. Based on the preamble, due account should be given to the progress companies make, and the complexity and evolving nature of climate transitioning. While companies should strive to achieve the greenhouse gas emission reduction targets contained in their plans through best efforts, specific circumstances may lead to companies not being able to reach these targets, where this is no longer reasonable.

3.4. Impacts of the climate transition plan on the value chain

Typically, it is easier for companies to identify, calculate and even minimise their scope 1 and 2 emissions.³³ However, the climate transition plan shall include also scope 3 emissions, if these are, 'where relevant', a 'significant category' of emissions for a company. Typically, scope 3 emissions form a very significant part of a company's greenhouse gas emissions.³⁴ In fact, they often represent the largest portion of a company's total greenhouse gas emissions. These are indirect emissions that occur in a company's value chain, including both upstream and downstream activities. This can include emissions from purchased goods and services, business travel, employee commuting, the use of sold products as well as waste disposal.

33 Scope 1 emissions under the GHG Protocol are direct greenhouse gas (GHG) emissions that occur from sources that are owned or controlled by an organisation. Scope 2 accounts for GHG emissions from the generation of purchased electricity consumed by the company. Scope 3 emissions are a consequence of the activities of the company but occur from sources not owned or controlled by the company. Some examples of scope 3 activities are extraction and production of purchased materials; transportation of purchased fuels; and use of sold products and services.

34 See, e.g. CDP Technical Note: Relevance of Scope 3 Categories by Sector <https://cdn.cdp.net/cdp-production/oms/guidance_docs/pdfs/000/003/504/original/CDP-technical-note-scope-3-relevance-by-sector.pdf>.

Managing and reducing scope 3 emissions is crucial, because they provide significant opportunities for companies to influence greenhouse gas reductions across their entire value chain. At the same time, measuring and reducing scope 3 emissions can be challenging due to the complexity and volume of data required. It often involves collaboration with suppliers, customers, and other stakeholders.

The climate transition plan thus has an impact on the whole *value chain*, whereas the due diligence requirement on human rights and environmental issues concerns the '*chain of activities*' as defined in the CS3D. In particular, the climate transition plan should be reflected broadly in procurement policies and contracts, as the reduction of scope 3 emissions will require efforts by operators that are not owned or controlled by the company itself. More importantly, the board of directors of a company should assess whether it can adopt a credible transition plan based on the company's current business model, strategy and product portfolio, and what would be the changes needed to mitigate climate change in accordance with Article 22 of the CS3D. This could also mean ceasing to produce a currently profitable product or scaling down such operations – a difficult decision for a company aiming for profit. However, it will be necessary to consider the medium- and long-term impacts of relying on business models that are e.g. heavily dependent on the excessive use of fossil fuels.

3.5. Practical considerations and open questions

The Commission's Frequently Asked Questions on CS3D provide very little guidance on the interpretation of Article 22, and Article 19 obliges the Commission to give further guidance concerning the transition plan. However, it appears evident that companies bound by the Directive need to start drafting the transition plan without waiting for further guidance by the Commission, if they have not started the process already e.g. in line with the Science Based Targets Initiative. This is first of all due to the entering into force of the CSRD.³⁵ Secondly, as the emission reduction targets are linked to the interim targets included in the European Climate Law, it may be recommendable from a business point of view to, e.g. allocate investments to several financial periods.

Several questions remain open. First, what is the level of effort required to meet the '*best efforts*' test in practice? It seems clear that this is more than reasonable efforts, and based on the text of Article 22, changes in strategy and products and services may be required. Companies are expected to make investments, get finance and reduce their dependence on fossil fuels. A key

35 Under the ESRS E1, companies shall give information on their climate transition plan. The disclosure requirements of the standard take into account the requirements of related EU legislation and regulation (i.e. EU Climate Law, Climate Benchmark Standards Regulation, Sustainable Finance Disclosure Regulation, the EU Taxonomy and EBA Pillar 3 disclosure requirements).

question is to what extent companies are expected to sacrifice profits and run into debt in the short term in order to align their operations with the 1,5 °C target.

Secondly, the text does not explain *decarbonisation levers*. A decarbonisation lever refers to the tools, strategies, and mechanisms that organisations use to reduce their carbon emissions and achieve their climate goals. These levers can vary widely depending on the industry and specific circumstances of the organisation. Examples may vary from developing energy efficiency, switching to renewable energy, adopting low-carbon technologies and implementing behavioural changes as well as working with suppliers to reduce emission throughout the supply chain. At this point it seems unclear whether carbon offsetting would qualify as a relevant decarbonising lever and what would be the requirements for relevant offsetting, including carbon capture and storage (CCS).³⁶

Supervisory authorities will have a significant role in monitoring companies' climate transition plans, and the efficiency of supervision will have a considerable impact on companies in practice. Violating the rules concerning the climate transition plan is not covered by Article 29 concerning civil liability. However, Article 27 does not exclude violation of Article 22 as a violation leading to sanctions imposed by a national authority for violation of national law implementing the CS3D. It remains to be seen how companies will be sanctioned for not adopting or implementing a climate transition plan or not taking appropriate measures when entering into problems in reducing the company's greenhouse gas emissions, or when the climate transition plan would amount to greenwashing.

4. CONSIDERATIONS FOR NATIONAL LEGISLATION

Member States must implement the CS3D in their national legislation by 26 July 2026. In Finland, the legislation will be prepared under the leadership of the Ministry of Economic Affairs and Employment in cooperation with various other ministries and interest groups. The expectation is that most of the requirements of CS3D will be enacted by a separate new law, but additional changes to several laws may be required as well.

4.1. Authority powers, investigations and sanctions

Member States shall ensure that the supervisory authorities have adequate powers and resources to carry out the tasks assigned to them under the Directive, including the power to require companies to provide information and carry out investigations related to compliance

³⁶ The issue is also being actively discussed and debated within the Science Based Targets Initiative.

with the due diligence obligation. Member States shall also require the supervisory authorities to supervise the adoption and design of the transition plan for climate change mitigation.³⁷

National law shall include powers for authorities to make inspections after prior warning, and also without prior warning, if prior warning would hinder the effectiveness of inspections. The national authorities shall have powers to order the company to cease infringements, refrain from repeating the relevant conducts and, where appropriate, provide remediation. The supervisory authorities should also have the power to adopt interim measures.

Penalties under Article 27 include both public statements indicating the company responsible for the infringement and the nature of the infringement, as well as pecuniary penalties based on the company's net worldwide turnover. The maximum limit of pecuniary penalties shall be not less than 5 % of the net worldwide turnover of the company in the financial year preceding that of the decision to impose the fine. Pecuniary penalties are calculated taking into account the consolidated turnover reported by the ultimate parent company.

In addition to sanctions imposed by supervisory authority, the Directive includes provisions on damages to injured parties as well as impacts on violation of the Directive under the public procurement rules. Based on Article 31 of the Directive, Member States shall ensure that compliance with the CS3D's national implementing legislation can be taken into account as an environmental or social aspect under public procurement procedures. This could be taken into account in the award criteria or the terms of the contract.³⁸

4.2. Civil liability, damages and right of injured parties to authorise third parties to bring actions on their behalf

Article 29 of the CS3D contains provisions on the civil liability of companies. According to its provisions, a company can be held liable for damage caused to a natural or legal person, provided that the company intentionally or negligently failed to comply with the obligations relating to preventing adverse impacts and bringing them to an end and this has resulted in damage to the natural or legal person's legal interests that are protected under national law. Pursuant to paragraph 3(d) of the same Article, Member States shall ensure that conditions are provided for under which any alleged injured party may authorise a trade union or non-governmental organisation to bring action to enforce the rights of said injured party. A company cannot be held liable if the damage has been caused only by its business partners in its chain of activities.

37 Art 25 CS3D.

38 Compliance with legislation is, however, typically a criterion that relates to the selection and exclusion of a bidder, not the actual award of the contract (Directive 2014/24/EU). This issue may have to be specified in the implementation phase.

This kind of authorisation represents a novelty in Finnish procedural law where, as a rule, action may only be brought by the natural or legal person whose own legal interests are concerned. Any other party would generally be held to lack *locus standi*, and its case would therefore be found inadmissible. It has been held in legal literature that the parties with legal standing cannot agree to mandate someone without such standing to bring action on their behalf.³⁹ As regards civil disputes, the only exception to this rule in national law is the Class Actions Act (*ryhmäkannelaki* 444/2007), which entered into force in October 2007; however, its scope is very limited (it only applies to certain types of disputes between consumers and businesses) and no class actions have been brought under it.

It is also interesting to note that in 2023, an amendment to the Finnish Climate Act (*ilmastolaki* 423/2022) gave the right to appeal against government decisions regarding climate change policy plans not only to those whose rights, obligations or interests may be affected by the impacts of climate change but also to certain non-governmental organisations representing these individuals, such as associations and foundations whose purpose is to protect nature, health or the environment.⁴⁰ Prior to the amendment, the Act contained no right to appeal at all, but based on, among other things, the ongoing climate change litigation before the European Court of Human Rights the Finnish legislators decided to include this provision in the Climate Act.⁴¹ However, said provision only applies to government decisions regarding climate change policy plans and appeals to the Administrative Court.

The provisions of Article 29(3)(d) regarding rights of parties to bring damages claims against companies and Article 29(3)(e) on the disclosure of evidence were introduced to the Directive at an advanced state of the negotiations, and Finland – that had generally supported the CS3D – found these additions to be highly problematic from the point of view of national law. One problem mentioned was that organisations could bring class actions in Finnish courts on behalf of victims of human rights violations in a third country. This was considered to have potentially significant effects on both businesses and courts: the Ministry of Justice, for example, was concerned about the resource implications for the courts.⁴² In particular, the Ministry of Justice and parts of the business community were opposed to the extension of class actions.⁴³ Finland was highly critical of the new provisions extending class actions to non-consumer cases. In the end, however, Finland did support the adoption of CS3D after an amendment clarifying that, e.g. trade unions could not bring actions for damages against companies in their own name, but only based on an authorisation by an injured party.

39 Juha Lappalainen and Tuomas Hupli, 'Asianosaiset ja prosessuaalinen edustus' in Mikko Vuorenpää and others (eds), *Prosessioikeus* (Alma Talent 2021) 407.

40 Climate Act (*ilmastolaki* 423/2022) s 21b(2).

41 Government proposal HE 239/2022 vp 12–14.

42 See, e.g. memorandum of the Ministry of Economic Affairs and Employment EU/965/2022-TEM-23 <<https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Liiteasiakirja/Documents/EDK-2024-AK-821.pdf>> 3.

43 See, e.g. <hs.fi/politiikka/art-2000010259271.html>.

As the CS3D is implemented in national law, Finland will therefore inevitably have to amend its rules on legal standing so that in cases in scope of the Directive, a party can authorise, for example, a trade union or an environmental organisation to bring action on its behalf. The amendment to the Climate Act may serve as a precedent for the legislators.

4.3. Duty of care of the management

In its final form, the CS3D does not have a provision concerning management liability. In the absence of a specific management liability provision, management liability for violating the Directive is defined in accordance with the general rules under the Companies Act.

Under chapter 1, section 8 of the Companies Act, the management of the company shall act with due care and promote the interests of the company. This duty, known as the management's duty of care, is subject to the general business judgment rule. The essence of said duty is acting in the best interest of the company, i.e. its shareholders, and it does not extend to external stakeholders. Provisions on the liability of the management are laid down in chapter 22, section 1 of the Companies Act, which concerns the liability of a member of the board of directors or the supervisory board and the managing director. According to the section, these managers are liable to compensate the company for any damage that they have intentionally or negligently caused to the company in violation of the duty of care.

Violation of the duty of care recently led to criminal sanctions in a case concerning environmental crime. In case KKO 2016:58, the Finnish Supreme Court examined a case concerning the liability of the managers of a limited liability company for an environmental damage. The case does hold precedence as there have been very few such court cases in Finland. The Supreme Court held that the negligence of two board members was gross considering that they had not familiarised themselves with the content of the environmental permit and had neglected their duty to arrange and supervise matters related to the environmental permit.

5. CONCLUSIONS

The CS3D makes large companies responsible for the negative adverse impacts of their operations in their chains of activities. This will change the operational landscape also for smaller companies in these chains as their business partners in the scope of the CS3D will start setting more stringent requirements. The change is significant and makes the rules of the game levelled for companies operating within the European Union. The change aims to prevent companies making profits in a way that is unsustainable from the point of view of climate, the environment, and human rights. Supervisory authorities should have sufficient resources and also use their powers in practice to ensure that companies will actually follow the CS3D in all their operations. The questions and ambiguity of the requirements surrounding the CS3D will eventually be determined by case law in years to come.

VAPAAEHTOISEN PÄÄSTÖKOMPENSOINNIN VIRHETILANTEET KULUTTAJASUHTEESSA

Artti Pursiainen

<https://doi.org/10.33344/vol18iss1pp24-40>

Helsinki Law Review, 1/2024, pp. 24–40

© 2024 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



ABSTRACT

The voluntary carbon offset market offers services that vary greatly in content and are sometimes of poor quality. The article examines various nonconformity situations related to carbon offsetting in consumer relations. If the climate benefit corresponding to the sold carbon offset has not actually occurred, it is a case of faulty carbon offsetting. As a result of the nonconformity, the offset can be either of poor quality or completely ineffective.

This article investigates how the Consumer Protection Act (38/1978) takes into account voluntary carbon offset nonconformity situations or whether the Consumer Protection Act can be applied to nonconformity in voluntary carbon offsetting at all.

In consumer relations, carbon offsetting can manifest either as a commodity or as marketing. If it is a commodity, the article suggests that the provisions concerning nonconformity in the performance of consumer services in Chapter 8 of the Consumer Protection Act can be applied to the service. Marketing based on nonconforming carbon offsets, on the other hand, is considered false and misleading marketing.

I. JOHDANTO

Ilmastonmuutoksen hillitseminen edellyttää laajoja toimia yhteiskunnan eri sektoreilla. Markkinavoimat ja kysyntä ohjaavat yrityksiä tarjoamaan yhä enemmän ilmastoystävällisiä tuotteita ja palveluita. Useat yritykset ja kuluttajat ovat kiinnostuneita pienentämään omaa hiilijalanjälkeään ja vähentämään päästöjään. Yksi keino hiilijalanjäljen pienentämiseen on päästöjen kompensoiminen (engl. compensation, offsetting)¹. Vapaaehtoisen päästökompensaatiomarkkinan koko mitataan vuosittain jo sadoissa miljoonissa dollareissa.² Ympäristötietoisuuden kasvun myötä vapaaehtoisen päästökompensaation kysyntä on kasvanut myös Suomessa,³ ja toimiala on voimakkaassa kasvussa.⁴

Yritykset markkinoivat tuotteitaan kuluttajille erilaisilla ympäristöväittämillä. Yritykset voivat myös tarjota kuluttajille mahdollisuutta kompensoida päästönsä. Päästökompensaatiolla on siten kahtalainen asema kuluttajasuhteessa: siinä voi olla kyse *markkinoinnista* tai *hyödykkeestä*. Kuluttajansuojalaki (38/1978, KSL) kuluttajaoikeudellisena yleissäädöksenä soveltuu molempiin tilanteisiin. Ero kuluttajakaupan ja -markkinoinnin välillä tulee näkyviin erityisesti silloin, jos kompensointi osoittautuu tavalla tai toisella puutteelliseksi. Kulutushyödykkeen tapauksessa kyse on tällöin suoritusvirheestä, markkinoinnin osalta tilanne puolestaan jäsenyyttä totuudenvastaiseksi tai harhaanjohtavaksi markkinoinniksi.

Päästökompensaatio perustuu erilaisissa ilmastonmuutosta hillitsevissä hankkeissa luotaviin *ilmastoyksiköihin*⁵. Näissä hillintähankkeiksi kutsutuissa projekteissa voidaan esimerkiksi karsia energian tarvetta tai energiantuotannon päästöjä. Niiden ilmastohyöty voi perustua myös

-
- 1 Päästökompensaatioon liittyvien käsitteiden täsmällisistä merkityssisällöistä ei kansainvälisesti ole vielä saavutettu täyttä yhteisymmärrystä. Erimielisyyttä on muun muassa siitä, ovatko synonyymeinä käytetyissä *kompensoinnissa* ja *hyvittämisessä* kyse samasta asiasta. (Ympäristöministeriö: Vapaaehtoiset päästökompensaatiot. Saatavilla: <https://ym.fi/vapaaehtoiset-paastokompensaatiot>, luettu 16.6.2024.)
 - 2 Donofrio, Stephen – Maguire, Patrick – Myers, Kim – Daley, Christopher – Lin, Katherine: *Installment 1: Markets in Motion – State of the Voluntary Carbon Markets 2021*. Forest Trends' Association Ecosystem Marketplace 2021.
 - 3 Ks. esim. Viitanen, Klaus: *Markkinointioikeus*. Kauppakamari 2017, s. 302. (Viitanen 2017)
 - 4 Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi rahankeräyslain 1 §:n muuttamisesta 124/2021 vp, s. 15. (HE 124/2021 vp)
 - 5 Ilmastonmuutosta hillitsevät hankkeet voivat perustua joko päästövähennyksiin tai hiilidioksidin poistamiseen. Hankkeen aikaansaamaa päästövähennystä tai hiilenpoistoa voidaan kutsua hillintätulokseksi (ks. esim. Laine, Anna – Airaksinen, Jussi – Yliheljo, Emilie – Ahonen, Hanna-Mari – Halonen, Mikko: *Vapaaehtoisten päästökompensaatioiden sääntely*. Ympäristöministeriöiden julkaisuja 2021:26, s. 11. (Laine ym. 2021a)). Tämän artikkelin kontekstissa vähennyksiin tai poistoihin perustuvilla kompensoatioyksiköillä ei ole merkittävää eroa.

hiilensidontaan ilmakehästä.⁶ Hillintähankkeiden ja sen myötä myös päästökompensaation tehokkuuden valvonta on nykyisin pitkälti yksityisellä sektorilla toimivien sertifiointijärjestelmien varassa.⁷ Erilaiset kaupalliset ja aatteelliset organisaatiot ovat muotoilleet hyvän kompensaation kriteerejä, joihin kompensaation uskottavuus perustuu.⁸ Tässä artikkelissa tarkoitan *päästökompensaation virheellisyydellä* sitä, että sertifikaatin edellyttämät, hyvän kompensaation kriteerit eivät ole sertifiointiprosessissa täyttyneet kyseisen ilmastoyksikön kohdalla. On esimerkiksi mahdollista, että hanke, jossa myyty yksikkö on luotu, on saanut aikaan väitettyä heikommata päästövähennystulokset. Toisaalta on mahdollista, että myyty ilmastoyksikkö on jo luettu jonkin toisen toimijan hyväksi, ja tällöin se on jälkimmäisen toimijan näkökulmasta käytännössä mitätön.⁹

Artikkelissa selvitän, miten nykyinen kuluttajansuojalaki ja muu kuluttajaoikeudellinen sääntely ottavat huomioon vapaaehtoisen päästökompensaation virhetilanteet tai voidaanko kuluttajansuojalakia ylipäätään soveltaa vapaaehtoisen päästökompensaation virheisiin. Selvitän myös, miten tilanne eroaa siitä, jos yrityksen markkinointia on päästökompensaatioväitteiden katteettomuuden vuoksi pidettävä harhaanjohtavana tai totuudenvastaisena. Tutkimuskysymykseni ovat: Miten kuluttajasuhteessa ilmenevät vapaaehtoisen päästökompensaation virhetilanteet ratkeavat voimassa olevan oikeuden mukaan? Miten tilanne eroaa siitä, jos katteetonta päästökompensaatioväittämää on käytetty ympäristömarkkinoinnissa?

Käytän artikkelissa lainopillista eli oikeusdogmaattista metodologiaa. Lainopillinen metodi keskittyy voimassa olevaa oikeutta koskevien tulkinta-, punninta- ja systematisointikannanottojen tuottamiseen ja perustelemiseen. Lainopillisessa tutkimuksessa tiedonintressi on selvittää oikeusjärjestyksen sisältöä yleisten oppien jäsentämisen ja oikeussääntöjen sisällön selvittämisen ja systematisoinnin avulla. Lainopin menetelmässä pyritään ymmärtämään, mikä merkitys oikeuslähdemateriaalilla on ja tuottamaan normatiivista tietoa oikeusnormeista.¹⁰

6 Hildén, Laura – Levula, Elina – Ugas, Outi – Sulkava, Risto: Matkalla hiilineutraaliksi. Yritysten, kuntien ja asiantuntijoiden näkemyksiä hiilineutraaliudesta ja kompensaatiosta. Suomen luonnonsuojeluliitto 2019, s. 27. (Hildén ym. 2019)

7 Ahonen, Hanna-Mari – Hämekoski, Kari – Kahra, Matti – Kulovesi, Kati – Laine, Anna – Saijonmaa, Maija: Vapaaehtoisten päästöhyvitysten sääntelyyn tarvitaan selkeyttä. Saatavilla: <https://blogs.uef.fi/oikeuttakohtuudella/2020/04/07/vapaaehtoisten-paastohyvitysten-saantelyyn-tarvitaan-selkeytta/>, luettu 16.6.2024. (Ahonen ym. 2020)

8 Tikkanen, Veli-Matti: Päästökompensaatioon perustuvien hiilineutraalisuusväittämien markkinointi. Defensor Legis 1/2023, s. 73–92. (Tikkanen 2023). Sertifiointitoimijoista merkittävimmät ovat Verra sekä Gold Standard.

9 Laine ym. 2021a, s. 44.

10 Hirvonen, Ari: Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja 17. Helsinki 2011, s. 22–25.

Seuraavassa luvussa määrittelen vapaaehtoisen päästökompensaation sekä yleisesti että kuluttajaoikeuden kontekstissa. Sen jälkeen tarkastelen päästökompensointiyksikköä kuluttajalle tarjottavana hyödykkeenä sekä osana ympäristömarkkinointia. Viimeisessä luvussa vastaan tutkimuskysymyksiini ja esitän johtopäätökseni.

2. PÄÄSTÖKOMPENSAATION LAADUN ARVIOINTIKRITEERIT

2.1. Yleistä

Päästökompensoinnilla tarkoitetaan sitä, että tiettyyn päästöön liittyvä ilmastohaitta kumotaan siten, että päästöjä vähennetään tai sidotaan toisaalla.¹¹ Tyypillisesti päästöjäan kompensoiva toimija maksaa päästöjään vähentävälle tai hiiltä sitovalle toimijalle siitä, että saa lukea tämän toteuttaman hillintätoimen omaksi edukseen. Päästökompensointi mahdollistaa sen, että toimijat voivat kantaa vastuunsa päästöistään, vaikka eivät pystyisi vielä eliminoimaan päästöjään.¹² Niin kutsutun lievennyshierarkian mukaan päästöjen vähentämisen tulisi kuitenkin olla ensisijainen keino suhteessa kompensointiin: vain ne päästöt tulisi kompensoida, joita ei saada muutoin vähennettyä.¹³

Päästökompensaatio perustuu ilmastoyksiköihin. Ilmastoyksiköllä tarkoitetaan yhden hiilidioksidiekvivalenttitonnin suuruista päästövähennystä tai hiilensidontaa edustavaa yksikköä, jolla voidaan käydä kauppaa päästöjen kompensoimiseksi.¹⁴ Ilmastoyksiköillä voidaan käydä kauppaa myös erilaisissa lakisääteisissä päästökauppajärjestelmissä, kuten EU:n päästökaupassa. Tässä artikkelissa ilmastoyksiköllä viitataan kuitenkin vapaaehtoisilla kompensoatiomarkkinoilla käytettäviin kompensoatioyksiköihin.

11 Laine, Anna – Auer, Johanna – Halonen, Mikko – Horne, Paula – Karikallio, Hanna – Kilpinen, Satu – Korhonen, Olli – Airaksinen, Jussi – Valonen, Matti – Saario, Mari: Esiselvitys maankäyttösektorin hiilikompensaatiohankkeista. Maa- ja metsätalousministeriön tilaama raportti. 2021, s. 2. (Laine ym. 2021b); Hildén ym. 2019, s. 27.

12 Laine ym. 2021a, s. 11.

13 Schenuit, Felix – Geden, Oliver: Carbon dioxide removal: climbing up the EU climate policy agenda, s. 322–336 teoksessa Tim Rayner – Kacper Szulecki – Andrew J. Jordan – Sebastian Oberthür (toim.) Handbook on European Union Climate Change Policy and Politics. Edward Elgar Publishing 2023, s. 329; Laine, Anna – Ahonen, Hanna-Mari – Pakkala, Anna – Laininen, Jenni – Kulovesi, Kati – Mäntylä, Iris: Opas vapaaehtoisten hiilimarkkinoiden hyviin käytäntöihin. Valtioneuvoston julkaisuja 2023:3, s. 11. (Laine ym. 2023); Julkunen, Helka: Hiilineutraali nyt, tai ainakin joskus tulevaisuudessa. WWF Suomen selvitys markkinoinnissa käytetyistä hiilineutraaliväittämisistä. WWF Suomi. 2022, s. 7. (Julkunen 2022)

14 Hildén ym. 2019, s. 7; Nurmi, Väinö – Ollikainen, Markku: Kohti hiilipörssiä? Suomessa esitetyt hiilipörssiin liittyvät aloitteet tutkimuskirjallisuuden ja kansanvälisen kokemusten valossa. Ympäristöministeriön julkaisuja 2019:17, s. 12. (Nurmi – Ollikainen 2019)

Päästökompensoinnin vapaaehtoisuudella tarkoitetaan sitä, että yritykset, julkisyhteisöt tai kuluttajat hyvittävät tai kumoavat päästöjänsä, vaikka heitä ei siihen mikään velvoita.¹⁵ Suomessa vapaaehtoisen päästökompensoinnin laintasoinen sääntely elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välisessä suhteessa rakentuu kuluttajansuojalain varaan. Itse päästökompensoinnista ei ole kansallista, sitovaa lainsäädäntöä.¹⁶

Päästökompensaation toteuttamisessa noudatetaan yleensä tietyille standardille asetettuja kriteerejä, joilla hillintähankkeen laadukkuus ja kestävyys pyritään varmistamaan. Standardit asettavat tietyt vaatimukset hillintähankkeen sertifoinnille, jonka suorittaa riippumaton kolmas osapuoli. Hankkeiden aikaansaama ilmastohyöty lasketaan määritellyn standardin hyväksymien menetelmien mukaan, ja myönnetyt päästövähennykset tai hiilenpoistot tallennetaan yksilöityinä ilmastoyksikkönä rekisteriin. Jokaisen ilmastoyksikön omistajuus pidetään kirjattuna rekisterissä. Kun ilmastoyksikkö käytetään kompensointiin, se mitätöidään automaattisesti ilmastoyksikkörekisterissä, jotta vältetään sen uudelleenkäyttö tulevaisuudessa.¹⁷

2.2. Hyvän kompensaation kriteerit kompensaation laadunvarmistuksessa

Jotta hillintähankkeella voitaisiin sanoa olevan tosiasiallista, ilmastomuutosta hillitsevää vaikutusta, tulee hanketta arvioida tarkoin kriteerein. Vaikka eri sertifointijärjestelmien käyttämien kriteerien välillä on pieniä eroja, voidaan kriteerejä pitää nykyisin kuitenkin suhteellisen vakiintuneina. Hillintätoimen vaikuttavuuden arviointi tapahtuu suhteessa niin kutsuttuun *perusuraan* (engl. baseline), eli skenaarioon, joka olisi toteutunut ilman hillintähanketta. Ellei hillintähanke vähennä päästöjä tai sido hiiltä suhteessa perusuraan, ei sillä ole ollut tosiasiallista vaikutusta.¹⁸

Hankkeen *mitattavuus* edellyttää, että sen ilmastovaikutukset on pystyttävä tieteellisesti todistamaan ja arvioimaan käyttäen kyseiseen hanketyyppiin soveltuvia ja tunnustettuja laskentamenetelmiä.¹⁹ *Lisäisyys* tarkoittaa sitä, että aiheutunut ilmastohyöty johtuu nimenomaan

15 Ks. esim. Laine ym. 2021a, s. 14.

16 Päästökompensaatiota koskevaa kansallista lainsäädäntöä on kansainvälisestikin tarkastellen melko vähän (Laine ym. 2021a, s. 11).

17 HE 124/2021 vp, s. 11.

18 Laine ym. 2023, s. 21–22.

19 *ibid* s. 35–44; Niemistö, Johanna – Seppälä, Jyri – Karvonen, Jaakko – Soimakallio, Sampo: Päästökompensaatiot ilmastomuutoksen hillinnän keinona Suomessa – nyt ja tulevaisuudessa. Selvitys vapaaehtoisen päästökompensaation käytön nykytilanteesta ja odotuksista eri toimijoiden ilmastomuutoksen hillintätyössä. Ympäristöministeriön julkaisuja 2021:12, s. 25. (Niemistö ym. 2021). Hillintähankkeiden ilmastovaikutusten mittaamiseen ja todentamiseen liittyy merkittäviä kehitystarpeita (Laine ym. 2021b, s. 2).

hankkeesta. Ilmastohyöty muodostuu perusuran ylittävästä päästöjen vähenemisestä tai hiilensidonnasta. Jos hankkeen toteuttaminen olisi ollut taloudellisesti kannattavaa tai jos laki olisi velvoittanut sen toteuttamiseen, hanke ei ole ollut aidosti lisäinen.²⁰

Jos ympäristövaihtamalla halutaan viitata tulevaisuuteen, on väittämän kohdistuttava sellaiseen ajanjaksoon, jolle yrityksen jo toteuttamien toimien vaikutukset kohdistuvat ja jolla ne näkyvät.²¹ Tässä kriteerissä on kyse *ajoituksesta*. Hankkeen ilmastovaikutuksen tulisi myös olla *pysyvä*. Yleiseksi säännöksi on ehdotettu esimerkiksi sitä, että vaikutuksen tulisi kestää vähintään 100 vuotta.²² Lisäksi hankkeen tulisi kokonaisuutena arvioiden olla *kestävä*, eikä sen tulisi aiheuttaa merkittävää haittaa esimerkiksi paikallisyhteisöille tai biodiversiteetille.²³

Ilmastoyksikön kaksoislaskenta tarkoittaa sitä, että sama yksikkö lasketaan liikkeelle eri sertifiointiohjelmien kautta tai että sama yksikkö käytetään useampaan kertaan eri ostajien toimesta.²⁴ Kaksoislaskentaa voidaan torjua ilmastoyksikkörekistereillä. Kaksoislaskenta on erityisen vahingollista ilmastohyödyn näkökulmasta, sillä kaksoislaskettu ilmastoyksikkö on yksikköä toista kertaa hyödyntävän näkökulmasta mitätön.²⁵ Toisaalta päästökompensaatio voi olla huonolaatuista esimerkiksi siksi, että sen nettohyöty on mitattu osittain väärin. Arvioitaessa sitä, onko päästökompensointipalvelun myynyt taho täyttänyt sopimusveloitteensa vai ei, osalla kriteereistä on siten enemmän vaikutusta kuin toisilla.

Päästökompensoinnin ongelmat liittyvät epävarmuuteen, joka seuraa kompensatiotoiminnan myynnin, tuottamisen ja varmentamisen sääntelemättömyydestä sekä julkisen valvonnan puutteesta.²⁶ Markkina on hajanainen, ja päästökompensaationa myydään sisällöllisesti hyvin erilaisia palveluita.²⁷ Kaksoislaskennan sekä ilmastohyödyn yliarvioinnin riski on merkittävä.

20 Laine ym. 2023, s. 21–29; Laine ym. 2021b, s. 2.

21 KKV/78/14.08.01.05/2021. Tapauksessa oli kyse Fortum Oyj:n televisiomainoksesta, jossa käytettiin muun muassa ilmausta "kohti puhtaampaa maailmaa" ja "puhdas energia ja kierrätys". Kuluttaja-asiamies kiinnitti huomiota siihen, että tulevaisuuden tavoitteet ovat aina alttiita epävarmuuksille, etenkin energiasektorin ja ympäristön osalta.

22 Laine ym. 2023, s. 46; Tikkanen 2023, s. 80.

23 Ks. esim. Hildén ym. 2019, s. 26.

24 Laine ym. 2023, s. 54; Niemistö ym. 2021, s. 17

25 Laine ym. 2021a, s. 44.

26 Tikkanen 2023, s. 74–78. Vapaaehtoinen päästökompensointi on herättänyt myös jonkin verran vastustusta. Sitä on luonnehdittu "anekaupaksi", jonka turvin kehittyneet valtiot ja varakkaat henkilöt voivat jatkaa saastuttamista. Vapaaehtoiseen kompensointiin liittyy siten myös laajempi kysymys yksilöiden ja valtioiden vastuusta ilmastomuutoksen torjunnassa. (Ahonen ym. 2020.) Edellä mainittu lievennyshierarkia (ks. Julkunen 2022, s. 7) pyrkii vähentämään vapaaehtoisen päästökompensoinnin alttiutta tälle kritiikille.

27 HE 124/2021 vp, s. 16.

Huonosti toteutetut päästökompensaatiohankkeet voivat olla ilmastonmuutoksen kannalta jopa vahingollisia.²⁸ Päästökompensaatioon liittyy riskejä myös biodiversiteetin sekä paikallis yhteisöjen näkökulmasta.²⁹

Erityisesti kuluttajan voi olla erittäin vaikea selvittää, onko päästökompensoinnilla tosiasiaassa väitetyt, ilmaston kannalta suotuisat vaikutukset.³⁰ Yritykset ja julkiset toimijat jakavat kuluttajien huolen päästökompensaatioon liittyvistä ongelmista.³¹ Vapaaehtoisen päästökaupan arvoketjussa jokaisen osapuolen intressinä on huolehtia, että ilmastoyksiköt ovat laadukkaita.³²

3. KULUTTAJANSUOJALAIN SOVELTUMINEN VAPAAEHTOISEN PÄÄSTÖKOMPENSAATION VIRHETILANTEISIIN

Laininen, Ahonen, Laine & Kulovesi (2022) erottavat päästökompensointitoiminnassa neljä erilaista, kuluttajaoikeudellista tilannetta:

1. kuluttajalle tarjotaan päästökompensaatiota sellaisenaan
2. kuluttajalle tarjotaan päästökompensointimahdollisuutta kulutushyödykkeen ostamisen yhteydessä
3. tiettyä kulutushyödykettä markkinoidaan kompensaatioon liittyvin väittämin
4. yritys väittää kuluttajamarkkinoinnissaan yrityksen kompensoineen päästöjään.³³

28 Ahonen ym. 2020. Ilmastonmuutoksen torjunnassa on kiire, joten viive päästökompensoinnin ja ilmastohyödyn tosiasiallisen syntymisen välissä voi olla ongelmallinen (Julkunen 2022, s. 9). Jos esimerkiksi hiilineutraalina markkinoidun tuotteen A päästöt kompensoituvat vasta kymmenien vuosien kuluttua, saattaa tuotteen ilmastokuormitus olla suurempi kuin tuotteen B, jota ei markkinoida hiilineutraalina.

29 Ks. esim. Hildén ym. 2019, s. 26.

30 Julkunen 2022, s. 6; Peltonen, Anja – Turunen, Marjatta: Kuluttajansuojalain markkinointisäännökset käytännössä. Helsinki 1997, s. 95. (Peltonen – Turunen 1997)

31 Niemistö ym. 2021, s. 57.

32 Laininen, Jenni: Hiilidioksidipäästöjen kompensointi – päästövähennyksyksikön varallisuus oikeudellisesta luonteesta. Liikejuridiikka 2/2020, s. 83–118. (Laininen 2020a)

33 Laininen, Jenni – Ahonen, Hanna-Mari – Laine, Anna – Kulovesi, Kati: Selvitys. Vapaaehtoisin päästökompensaatioihin liittyvät erityiskysymykset. Ympäristöministeriö 2022, s. 65–66. (Laininen ym. 2022)

Kohdissa 1 ja 2 on kyse hyödykkeen tarjoamisesta kuluttajalle. Kohdat 3 ja 4 liittyvät ympäristömarkkinointiin. Ympäristömarkkinointi voi kohdistua joko tiettyyn tuotteeseen tai yritykseen itseensä. Tiettyyn hyödykkeeseen kohdistumatonta, elinkeinonharjoittajan imagoon liittyvää markkinointia (kohta 4) voidaan kutsua yrityskuva- tai imagomarkkinoinniksi.³⁴ Päästökompensaatiota ympäristömarkkinoinnissa tarkastellaan lyhyesti alaluvussa 3.5.

3.1. Päästökompensatio kuluttajalle tarjottavana hyödykkeenä

Ilmastoyksikön juridisesta luonteesta on Suomessa esitetty erilaisia näkemyksiä eri sidosryhmien, ilmastoasiantuntijoiden sekä ilmastojuridiikan asiantuntijoiden kesken. Eri tahot ovat katsoneet päästökompensaatiossa olevan kyse esimerkiksi vastikkeettomasta hyväntekeväisyydestä, palvelusopimuksesta tai vastikkeellisesta vaihdannasta. On muun muassa katsottu, että kompensointipalvelusta puuttuu aito vastikkeellisuus, jolloin toiminta jäsenyisi rahankeräyslupaa edellyttäväksi varainhankinnaksi.³⁵ Ongelmallisena on pidetty erityisesti sitä, ettei kuluttaja tai lahjoittaja välttämättä voi erottaa, onko kompensointitoiminnassa kyse hyväntekeväisyydestä vai elinkeinotoiminnasta.³⁶

Päästökompensaation kuluttajakaupan oikeudelliseksi jäsentämiseksi on määriteltävä, millaisena hyödykkeenä ilmastoyksikköä³⁷ tulisi pitää. Kysymystä lähestytään tässä luvussa kahden osakysymyksen kautta. On ensinnäkin tarkasteltava, onko päästökompensaatitoiminnassa kyse vastikkeellisesta vai vastikkeettomasta toiminnasta. Toiseksi on arvioitava, onko päästökompensaation ostamisessa kyse kuluttajapalvelusta vai kulutustavaran kaupasta.

34 Norio, Jaana: Johdatus kuluttajaoikeuteen. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Helsinki 2019, s. 34–35. (Norio 2019); Peltonen, Anja – Määttä, Kalle: Kuluttajansuojaoikeus. Alma Talent 2015, s. 78. (Peltonen – Määttä 2015)

35 Poliisihallituksen lausunto rahankeräysasiassa: Hiilikompensatio Oy POL-2020-9675. 26.2.2020. (Poliisihallitus 2020); HE 124/2021 vp, s. 11.

36 HE 124/2021 vp, s. 19. Lainsäätäjä reagoi tähän muuttamalla rahankeräyslain (836/2019) 1 §:ää siten, ettei lakia sovelleta päästökompensointipalveluihin. Muutettu rahankeräyslain 1 § tuli voimaan marraskuussa 2021. Lainmuutosta koskevassa sisäministeriölle antamassaan lausunnossa KKV totesi, että päästökompensoinnin rahankeräyslain ulkopuolelle rajaava lakimuutos toimisi väliaikaisena keinona ennen luotettavien markkinoiden syntymistä (KKV/1423/03.02/2020).

37 Kompensatioyksikköä (engl. offset), joka perustuu yksityisoikeudelliseen sopimukseen, ei tule sekoittaa viranomaisen myöntämään päästöoikeusyksikköön (engl. allowance). Päästöoikeusyksikön oikeudellinen asema on kompensatioyksikköön nähden vakiintuneempi. (Nurmi – Ollikainen 2019, s. 12.)

On huomattava, että kuluttajaoikeuden eurooppalaistumiskehityksestä huolimatta varallisuus-oikeus on edelleen pitkälti kansallisesti määrittyä, joten kansainvälisessä tutkimuksessa esiin tuodut näkemykset päästökompensaatioyksikön varallisuus-oikeudellisesta luonteesta eivät välttämättä sellaisenaan sovellu suomalaiseen oikeusjärjestelmään.³⁸

3.2. Päästökompensaation vastikkeellisuus

Vaikka päästökompensatio on nykyisin rajattu rahankeräyslain (836/2019) soveltamisalan ulkopuolelle, on edelleen epäselvää, onko päästökompensoinnissa kyse vastikkeellisesta vai vastikkeettomasta toiminnasta. Poliisihallituksen (2020) mukaan vaihdanta on aidosti vastikkeellista, jos rahasuoritusta vastaan saa aidon, oikean vastikkeen ja jossa suoritukset kohtaavat toisensa ajallisesti, laadullisesti ja määrällisesti.³⁹ Päästökompensaation vastikkeellisuutta vastaan puhuu se, että lukuisten kompensaation luotettavuuteen liittyvien ongelmien takia kompensaatiota ostavan tahon ei voida katsoa saavan laadullisesti ja määrällisesti mitattavissa olevaa vastiketta.

Rahankeräyslain muutosta koskevan hallituksen esityksen (HE 124/2021 vp) mukaan toimintaa voidaan pitää vastikkeellisena, jos sopimusosapuolet ovat selvästi erotettavissa ja jos suoritusveloitteet ovat yksilöity ja ne ovat täytäntöön pantavissa. Päästökompensoinnin osalta kysymys koskee sitä, pystyykö myyjä yksilöimään, mitä kuluttaja saa maksuaan vastaan, eli kuinka monta hiilidioksiditonnia kauppasummalla kompensoidaan ja mihin myyjän suorituslupaus perustuu.⁴⁰ Kysymys päästökompensaatiotoiminnan vastikkeellisuudesta liittyy siis siihen, onko kompensointia koskeva suoritusveloite riittävässä määrin yksilöitävissä ja täytäntöön pantavissa.

Päästökompensoinnin vastikkeellisuuden puolesta puhuu se, että ilmastoyksiköt perustuvat oikeudellisiin instrumentteihin ja standardeihin perustuviin rakenteisiin, joilla päästökompensaatiohankkeiden tuottamat hyödyt ovat ulkopuolisen osapuolen todentamia. Ilmastoteon konkreettisuus pyritään varmistamaan sillä, että hankkeen todentamisessa käytetään ennalta sovittuja kriteerejä. Kompensoinnin lisäisyyskriteerin tarkoituksena on varmistaa, että ilmastoyksikköä vastaava hillintätulos johtuu nimenomaan hillintähankkeesta.⁴¹

38 Laininen 2020a, s. 85. Esimerkiksi eri valtiot ovat saattaneet säännellä päästökompensaatiomarkkinoita eri tavoin (ibid). Ilmastoyksiköt on voitu määritellä esimerkiksi hallinnollisiksi luviksi tai aineettomiksi oikeuksiksi (Ahonen ym. 2020).

39 Poliisihallitus 2020, s. 2.

40 HE 124/2021 vp, s. 18.

41 ibid.

Päästökompensaatiopalvelu sisältää yleensä muitakin elementtejä kuin pelkän ilmastoyksikön omistusoikeuden luovutuksen ja mitätöinnin.⁴² Päästökompensaatiota myyvän tahon suoritusvelvollisuus ei siten rajoitu ilmastoyksikön luovutukseen, vaan kyse on laajemmasta palvelukokonaisuudesta.

Vuonna 2023 Suomessa julkaistu opas vapaaehtoisten hiilimarkkinoiden hyviin käytäntöihin pyrkii luomaan pelisääntöjä päästökompensaation luotettavuuden lisäämiseksi sekä edistämään kansainvälisesti määriteltyjen minimikriteerien noudattamista Suomessa.⁴³ Vastaavasti myös unionissa valmistumassa oleva lakihanke hiilenpoistojen sertifiointikehyksen perustamisesta pyrkii lisäämään hiilimarkkinoiden luotettavuutta sekä yhdenmukaistamaan markkinoiden valvontaa. Asetuksella pyritään ehkäisemään petosten ja kaksoislaskennan riskiä tekemällä ilmastoyksiköistä täydellisen jäljitettäviä.⁴⁴

Vapaaehtoisen päästökompensaation vastikkeellisuuden voidaan siis katsoa perustuvan ilmastoyksikköä vastaavan hillintätuloksen todentamiseen tähtääviin toimenpiteisiin. Päästökompensaatiota koskevat ohjeet ja sääntely kehittyvät jatkuvasti ja nopeasti,⁴⁵ joten päästökompensaatiopalvelun luotettavuusongelmiin perustuvaa kantaa päästökompensaation vastikkeettomuudesta on tarkistettava viimeistään siinä vaiheessa, kun uudet oikeudelliset puitteet valvoa yksikköä vastaavan ilmastohyödyn todennettavuutta vahvistuvat.

3.3. Päästökompensaatio kuluttajapalveluna

Kuluttajansuojalakia sovelletaan *kulutushyödykkeiden* tarjontaan, myyntiin ja muuhun markkinointiin elinkeinonharjoittajalta kuluttajille (KSL 1:1). Kulutushyödykkeellä tarkoitetaan kuluttajansuojalaissa tavaroita, palveluksia sekä muita hyödykkeitä ja etuuksia, joita tarjotaan luonnollisille henkilöille tai joita tällaiset henkilöt olennaisessa määrässä hankkivat yksityistä talouttaan varten (KSL 1:3). Mikäli hyödykkeen tai muun etuuden käyttötarkoituksen perusteella ei suoraan voida ratkaista, onko sitä pidettävä kulutushyödykkeenä, huomio on kiinnitettävä siihen, kohdistuuko hyödykkeen tai etuuden markkinointi yksityishenkilöihin. Tämä ilmenee yleensä markkinointitavasta tai markkinoinnin sisällöstä taikka molemmista. Ratkaisevaa

42 Laininen, Jenni: Hiilidioksidipäästöjen kompensointi – päästövähennyskauppaa koskeva sopimus. *Liikejuridiikka* 3/2020, s. 163–184. (Laininen 2020b)

43 Laine ym. 2023, s. 10–12.

44 Komission ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston asetukseksi hiilenpoistoja koskevan unionin sertifiointikehyksen perustamisesta (COM(2022) 672 final)

45 Laine ym. 2023, s. 134.

kulutushyödykkeen määritelmässä ei siten ole markkinoinnin kohde, vaan sen kohderyhmä,⁴⁶ sillä markkinoiden kehittyessä syntyy jatkuvasti uudenlaisia hyödykkeitä.⁴⁷ Lainkohtaa koskevasta hallituksen esityksestä (HE 360/1992 vp) onkin nähtävissä tavoite pitää kulutushyödykkeen määritelmä laajana.⁴⁸

Lähtökohtana kuluttajansuojalaissa on, että se soveltuu kaikkiin yrityksen ja kuluttajan välillä vaihdettaviin hyödykkeisiin riippumatta siitä, ovatko ne tavaroita vai palveluita.⁴⁹ Kuluttajansuojalaki soveltuu ainakin tilanteisiin, joissa kompensatiopalvelua tarjotaan kuluttajille muun kulutushyödykkeen yhteydessä.⁵⁰ Voidaankin lähteä siitä, että päästökompensatiota voidaan pitää kuluttajansuojalaissa tarkoitettuna kulutushyödykkeenä.

Lainisen (2020) mukaan kompensatioyksikkö ei ole mielletävissä esineeksi eikä arvopaperiksi. Yksikkö on parhaiten luonnehdittavissa muuksi hyödykkeeksi, jossa on kyse kolmannen osapuolen antamasta, sähköisestä todistuksesta siitä, että päästöjen vähentäminen tai hiilensidonta on tapahtunut tai tulee tapahtumaan arvoketjun alkupäässä.⁵¹ Laininen (2020) toteaa, että päästöjään kompensoivan keskeinen intressi kohdistuu itse kompensatioyksikön sijaan siihen päästövähennyssäätöön, jota yksikkö edustaa. Kompensatioyksikön kauppa koskevassa sopimuksessa ei siten tosiasiallisesti ole kyse kompensatioyksikön kaupasta, vaan *palvelusopimuksesta*.⁵² Lainisen esittämä käsitys kompensatioyksikön kaupasta palvelusopimuksena vaikuttaa vakiintuneen.⁵³

3.4. Päästökompensatiopalvelun virhe kuluttajansuojalain mukaan

Kuluttajan elinkeinonharjoittajalta ostama päästökompensointipalvelu voi olla virheellinen useasta eri syystä. Virheiden vakavuus vaihtelee: päästökompensointi voi olla yhtäältä huonolaatuista tai toisaalta arvotonta, jos esimerkiksi ilmastoysikköä vastaava hillintätulos on jo laskettu toisen toimijan hyväksi. Jos päästökompensaation myymisessä katsotaan Lainisen (2020) mukaisesti

46 Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kuluttajansuojalain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi. 360/1992 vp, s. 45–46. (HE 360/1992 vp)

47 KKV/1423/03.02/2020.

48 Hallituksen esityksen mukaan lakimuutoksen tavoitteena oli laajentaa kulutushyödykkeen määritelmää, sillä vanhan määritelmän ulkopuolelle jäi sellaisia hyödykkeitä ja markkinointimenettelyjä, joihin sitä olisi kuluttajansuojalain yleiset tavoitteet huomioon ottaen perusteltua soveltaa (HE 360/1992 vp, s. 6).

49 Peltonen – Määttä 2015, s. 50.

50 Laine ym. 2021a, s. 25–26.

51 Laininen 2020a, s. 108–109, ks. myös HE 124/2021 vp, s. 11.

52 Laininen 2020b, s. 178–179.

53 Samalle kannalle asettuvat muun muassa Laine ym. (2023), Tikkanen (2023) sekä HE 124/2021 vp.

olevan kyse palvelusopimuksesta⁵⁴, kuluttajalle myydyn päästökompensaation virhetilanteessa on katsottava olevan kyse pikemminkin kuluttajapalvelun kuin kulutustavaran virheestä. Kuluttajapalveluista ei ole yleisiä säännöksiä, joskin sääntelemättömiin kuluttajapalvelusopimuksiin on sovellettu kuluttajansuojalaista ilmeneviä periaatteita.⁵⁵ KSL 8 luvun säännöksiä onkin sovellettu analogisesti myös muissa palveluissa.⁵⁶ Oikeustila on kuitenkin jossain määrin epäselvä oikeuskäytännön vähyyden takia.

Kuluttajapalveluja koskevan yleisen virhesäännöksen mukaan (KSL 8:12) palveluksen on vastattava sitä, mitä voidaan katsoa sovitus ja sen tulee vastata sitä, mitä kuluttajalla yleensä on sellaisen palveluksen yhteydessä aihetta olettaa. Muussa tapauksessa palveluksessa on virhe. Todistustaakka siitä, että palvelus on suoritettu ammattitaitoisesti ja huolellisesti, on toimeksisaajalla. KSL 8:13:n mukaan palveluksessa on myös virhe, jos se ei vastaa niitä tietoja, jotka toimeksisaaja on antanut palveluksen sisällöstä tai muista palveluksen laatua koskevista seikoista ennen sopimuksentekoa ja joiden voidaan olettaa vaikuttaneen tilaajan päätöksentekoon. Kuluttajan ostama päästökompensointipalvelu, joka myöhemmin osoittautuu tosiasiallisesti tehottomaksi esimerkiksi kaksoislaskennan seurauksena, on ilman muuta katsottava virheelliseksi.

Kuluttaja voi vaatia elinkeinonharjoittajaa uusimaan virheellisen suorituksen ilman lisäkustannuksia (KSL 8:18.1). Myös elinkeinonharjoittaja voi omalla kustannuksellaan suorittaa oikaisun, jos hän kuluttajan ilmoittaessa virheestä viipymättä tarjoutuu tekemään sen (KSL 8:18.2). Virheellisen päästökompensointipalvelun oikaisu tapahtuu yksinkertaisimmillaan siten, että elinkeinonharjoittaja hankkii virheellisten kompensatioyksiköiden tilalle laadukkaampia yksiköitä hiilimarkkinoilta. Jos sopimuksen mukaiset laatukriteerit täyttyviä yksiköitä on helposti saatavilla, lienee oikaisu useimmissa tapauksissa luonteva seuraamus. Ellei elinkeinonharjoittaja suorita oikaisua kohtuullisessa ajassa reklamaation jälkeen, kuluttaja saa vaatia virhettä vastaavaa hinnanalennusta (KSL 8:19.1). Hinnanalennus soveltuu seuraamukseksi päästökompensaation ollessa huonolaatuista, mutta kaksoislaskennan vuoksi mitättömän päästökompensoinnin korvaamista hinnanalennuksella on pidettävä ongelmallisena. Purku tulee kuluttajapalvelusten kohdalla kyseeseen vain, jos muuta seuraamusta ei voida pitää kuluttajan kannalta kohtuullisena (KSL 8:19.1–3). Tällaista tilannetta ei voida pitää kovin todennäköisenä päästökompensaation tapauksessa ainakaan silloin, jos elinkeinonharjoittaja tarjoutuu ja kykenee uusimaan suorituksensa.

54 Laininen 2020b, s. 178–179.

55 Norio 2019, s. 15.

56 Kilpailu- ja kuluttajavirasto: Milloin palvelussa on virhe? Saatavilla <https://www.kkv.fi/kuluttaja-asiat/tavaroiden-ja-palveluiden-virheet/milloin-palvelussa-on-virhe/>, luettu 16.6.2024.; Peltonen – Määttä 2015, s. 284. Luvun varsinaiseen soveltamisalaan kuuluvat palvelukset, joiden sisältönä on kuluttajan omaisuuteen kohdistuva työ (KSL 8:1).

Kuluttajansuojalaki soveltuu myös, kun elinkeinonharjoittaja toimii kulutushyödykkeen välittäjänä hillintähankkeen toteuttaneen tahon ja kuluttajan välillä (KSL 1:1). Kulutushyödykkeen välittänyt elinkeinonharjoittaja vastaa kuluttajalle sopimuksen täyttämistä kuluttajansuojalain mukaisesti (KSL 12:1).⁵⁷ Erilaiset välittäjät ovat tyypillisiä päästökompensoinnin arvoketjuissa.

Erityisesti on huomattava, että toimeksisaaja vastaa virheestä, joka suorituksessa on ollut luovutusajankohtana, vaikka virhe ilmeni vasta myöhemmin (KSL 8:15). Kuluttajan on reklamoitava kohtuullisessa ajassa siitä, kun hän havaitsi virheen tai hänen olisi pitänyt se havaita (KSL 8:16). Kuluttajan voi kuitenkin olla erittäin hankala havaita päästökompensaatiopalvelun virhettä. Tältä osin KSL 8 luvun sääntely sopii päästökompensaation virhetilanteiden sääntelyyn huonosti.

Jos kulutustavaran yhteydessä myyty kompensointipalvelu osoittautuu virheelliseksi, on mahdollista, että virheeseen sovelletaan KSL 5 luvun säännöksiä kulutustavaran virheestä. Tavarantoiminnan virhettä koskevien säännösten soveltuminen edellyttää, että tavarankauppa on muodostanut palvelusta olennaisemman osan sopimusta.⁵⁸

3.5. Kompensaatioväittäjä ympäristömarkkinoinnissa

Kuluttajien kasvanut kiinnostus kulutushyödykkeiden ympäristövaikutuksia kohtaan on vaikuttanut hyödykkeiden suunnitteluun ja valmistustapoihin. Ennen kaikkea se on kuitenkin vaikuttanut niiden markkinointiin.⁵⁹ Markkinointi tulee kuluttajansuojalain soveltamisessa ymmärtää laajasti: se voi liittyä tiettyyn, elinkeinonharjoittajan tarjoamaan kulutushyödykkeeseen tai se voi kohdistua yritykseen yleisesti.⁶⁰ Siten sekä tiettyä hyödykettä että koko yrityksen toimintaa koskevissa kompensatioväittämässä on kyse kuluttajansuojalain mukaisesta markkinoinnista.

57 KSL 12:1:n mukaan vastuuta ei synny, jos välittäjä toimii toisen elinkeinonharjoittajan lukuun ja kuluttaja on sopimusta tehtäessä selvillä tästä sekä tämän seikan vaikutuksesta hänen oikeuksiinsa. Välittäjän vastuu ei rajoita kuluttajan oikeuksia suhteessa kompensatiohankkeen toteuttaneeseen tahoon. Hallituksen esityksessä todetaan, että elinkeinonharjoittajalla on sopimuskumppaniinsa nähden vastuu koko sopimuksen täyttämistä. Jos välittömässä sopimussuhteessa oleva elinkeinonharjoittaja jo sopimuskentekotilanteessa esiintyy vain välittäjänä ja sopimus tehdään toisen elinkeinonharjoittajan nimissä, vastaa välittäjä kuluttajalle ainoastaan omasta toiminnastaan välitystehtävässä. Näyttötaakka väitteestä, että sopimus on tehty muun elinkeinonharjoittajan kuin välittäjän kanssa, on välittäjällä, sillä kuluttajan ei yleensä voida olevan selvillä sopimusvastuun ja välittäjän vastuun erosta. (HE 360/1992 vp, s. 38–39.)

58 Bärlund, Johan: Kuluttajasopimukset, s. 1135–1229, teoksessa Villa, Seppo – Airaksinen, Manne – Alén-Savikko, Anette – Bärlund, Johan – Jauhiainen, Jyrki – Kaisanlahti, Timo – Kanervo, Joel – Knuts, Märten – Kuoppamäki, Petri – Kymäläinen, Seppo – Mähönen, Jukka – Pihlajarinne, Taina – Raitio, Juha – Viitanen, Klaus Yritysoikeus. WSOYpro 2020, s. 1153. (Bärlund 2020)

59 Viitanen 2017, s. 302.

60 Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kuluttajansuojalain 2 luvun muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi 32/2008 vp, s. 19. (HE 32/2008 vp)

Totuudenvastaisten ja harhaanjohtavien tietojen antaminen on markkinoinnissa kielletty (KSL 2:6). Totuudenvastaiset ja harhaanjohtavat tiedot voivat koskea muun muassa kulutushyödykkeen käytön vaikutuksia (KSL 2:6.2, 2 kohta), joihin myös ympäristövaikutukset lukeutuvat.⁶¹ Markkinoinnissa annetun tiedon, jonka totuudenmukaisuutta voidaan objektiivisesti arvioida, on oltava tosi.⁶²

Ympäristövaihtämää, jonka mukaan tuotteen tai yhtiön aiheuttamat päästöt on kompensoitu täysimääräisesti, kutsutaan hiilineutraalisuusvaihtämäksi.⁶³ Hiilineutraalisuusvaihtämän on oltava totuudenmukainen ja siitä on voitava esittää näyttö kuten muustakin markkinointivaihtämästä. Elinkeinonharjoittaja ei saisi myöskään liioitella hiilineutraaliuden merkitystä tuotteen ympäristöystävällisyydelle. Päästökompensaation luotettavuuteen liittyvät ongelmat asettavat vapaaehtoista päästökompensointia markkinoinnissaan hyödyntävät yritykset haasteelliseen asemaan.⁶⁴

Elleivät ympäristömarkkinoinnissa käytetyt väitteet ole todenperäisiä tai ellei niitä voida tarkistaa, menettelyä kutsutaan viherpesuksi. On huomattava, ettei viherpesu välttämättä tarkoita sitä, että yritys tahallisesti pyrkisi johtamaan kuluttajia harhaan. Yritys on omia päästöjään kompensoidessaan saattanut itse tulla hankkineeksi huonolaatuista kompensatiota.⁶⁵ Päästökompensaatiopalvelun arvoketju muodostuu tyypillisesti hankkeen toteuttajasta, palvelun välittävästä elinkeinonharjoittajasta sekä kuluttajasta. Toisin kuin päästökompensaatiopalvelun kaupan tapauksessa, jossa vastuu huonolaatuisesta kompensatiosta voi tietyissä olosuhteissa kohdistua kuluttajaan välittömässä sopimussuhteessa olevan elinkeinonharjoittajan sijaan hankkeen toteuttajaan tai muuhun edeltävään välittäjäportaaseen, kohdistuu markkinoinnin tapauksessa vastuu siihen elinkeinonharjoittajaan, jonka lukuun markkinointia tehdään. Siten elinkeinonharjoittajan selonottovelvollisuus päästökompensaation laadusta on ympäristömarkkinoinnissa laajempi kuin päästökompensaatiopalvelun kaupassa.

Sopimattomia kaupallisia menettelyjä koskeva direktiivi (2005/29/EY, *markkinointidirektiivi*)⁶⁶ on Suomessa implementoitu kuluttajansuojalailla. Direktiiviä koskevien soveltamisohjeiden mukaan elinkeinonharjoittajan on esitettävä ympäristövaihtämänsä selvällä, täsmällisellä, ymmärrettävällä ja yksiselitteisellä tavalla sekä kyettävä esittämään näyttöä väittämiensä tueksi.⁶⁷ Soveltamisohjeista ilmeneviä periaatteita voidaan soveltaa myös päästökompensatio- ja hiilineutraalisuusvaihtämiin.

61 HE 32/2008 vp, s. 24.

62 Viitanen 2020, s. 1087; Norio 2019, s. 42.

63 Laine ym. 2021a, s. 25–26.

64 Tikkanen 2023, s. 83, 92.

65 Yritysten väliseen päästökompensaatiopalvelun tarjoamiseen sovelletaan yleisiä sopimusoikeudellisia periaatteita.

66 EUVL C 526, 29.12.2021, s. 1–129.

67 Komission tiedonanto: Ohjeet sopimattomasta elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisistä kaupallisista menettelyistä sisämarkkinoilla annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2005/29/EY tulkintaa ja soveltamista varten C 526, s. 75–76. (C-526)

Päästökompensaatiopalvelun myyntiin voidaan edellä todetusti soveltaa suoritusvirhettä koskevia kuluttajansuojalain 8 luvun säännöksiä. Virheellisiin ilmastoyksiköihin perustuvaan, kulutushyödykettä tai koko yritystä koskevaan kompensaatiöväittämään sovelletaan kuitenkin markkinointia koskevia säännöksiä. Jos totuudenvastaisten tai harhaanjohtavien tietojen voidaan olettaa vaikuttaneen kuluttajan tekemään ostopäätökseen, kuluttajalla on oikeus vaatia hinnanalennusta elinkeinonharjoittajalta (KSL 2:15a). Markkinaoikeus tai kuluttaja-asiamies voi kieltää kuluttajansuojalain markkinointia koskevia sääntöjä rikkovaa elinkeinonharjoittajaa jatkamasta säännösten vastaista menettelyä. Pääsääntöisesti kieltoa on tehostettava uhkasakolla. (KSL 2:16–17).

Kompensaatiöväittämien asema unionissa tulee muuttumaan merkittävästi alkuvuodesta 2024 hyväksytyin markkinointidirektiivin muutoksen myötä.⁶⁸ Muutoksen myötä tullaan kieltämään päästökompensointiin perustuvat väitteet, että tuotteella on kasvihuonekaasupäästöjen osalta neutraali, tavanomaista vähäisempi tai myönteinen vaikutus ympäristöön. Tällaisia kiellettyjä väittämiä ovat direktiivin johdannon mukaan esimerkiksi ilmaiset ”ilmastoneutraali”, ”nettonollavaikutus” ja ”ilmastokompensoitu”. Mainitut väittämät voidaan sallia ainoastaan, jos ne perustuvat tuotteen tosiasiallisiin elinkaari-vaikutuksiin eivätkä tuotteen arvoketjun ulkopuolella toteutettuun päästökompensointiin. Direktiivi ei estä yrityksiä mainostamasta investointejaan kompensaatiohankkeisiin, kunhan ne antavat tällaiset tiedot tavalla, joka ei ole harhaanjohtava ja joka täyttää unionin oikeudessa asetetut vaatimukset.⁶⁹

4. JOHTOPÄÄTÖKSET

Edellä on tarkasteltu vapaaehtoista päästökompensointia neljässä kuluttajaoikeudellisessa tilanteessa: 1) päästökompensaatiopalvelun myyminen kuluttajalle sellaisenaan, 2) päästökompensaatiopalvelun myyminen kuluttajalle toisen kulutushyödykkeen yhteydessä, 3) hiilineutraalisuusväittämän käyttö tietyn kulutushyödykkeen markkinoinnissa sekä 4) hiilineutraalisuusväittämän käyttö yrityksen imagomarkkinoinnissa.⁷⁰

68 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2024/825 direktiivien 2005/29/EY ja 2011/83/EU muuttamisesta siltä osin kuin on kyse kuluttajien vaikutusmahdollisuuksien lisäämisestä vihreässä siirtymässä parantamalla suojaa sopimattomilta menettelyiltä ja parantamalla tiedottamista ((EU) 2024/825). Direktiivi on saatettava kansallisesti voimaan maaliskuuhun 2026 mennessä.

69 (EU) 2024/825, johdantokappale 12.

70 Kuten Laininen ym. 2022, s. 65–66.

Päästökompensaatiopalveluja koskeva sääntely ja ohjeistus kehittyi nopeasti.⁷¹ Sääntelyllä pyritään lisäämään päästökompensaation luotettavuutta. Kompensoinnin luotettavuutta parantavat hankkeet kyseenalaistavat aiemmin esitetyn kannan, jonka mukaan päästökompensoinnissa olisi kyse vastikkeettomasta toiminnasta. Oikeudellisten puitteiden vahvistuminen johtaa lopulta siihen, että päästökompensaatiotoiminta on katsottava vastikkeelliseksi.

Päästökompensoinnin kuluttajakaupassa on katsottava olevan kyse kuluttajapalvelusopimuksesta. Vaikka KSL 8 luvun soveltuminen virheellisen päästökompensoinnin tapauksessa on epävarmaa, on kuitenkin viime kädessä yleisten sopimusoikeudellisten oppien nojalla selvää, että palvelun on vastattava sitä, mistä voidaan katsoa sovitun. Jos päästökompensaatiopalvelu on myyty muun kulutustavaran yhteydessä, on mahdollista, että kulutustavaran kauppaa koskeva KSL 5 luku soveltuu koko suoritukseen.⁷²

Myyjän suoritusvelvollisuuden täyttämisen arvioinnin kannalta on erotettava toisistaan huonolaatuinen ja mitätön kompensaatio. Virheellisen päästökompensaatio suorituksen uusiminen voi olla erityisesti päästökompensaatiopalvelua välittävälle elinkeinonharjoittajalle yksinkertaista toteuttaa. Hinnanalennus soveltuu huonolaatuisten kompensaatioyksiköiden korvaamiseksi, mutta tehostomia yksiköitä sillä ei voi korvata. Päästökompensaation tapauksessa suorituksen uusiminen lienee useimmissa tapauksissa purkua luontevampi seuraamus. Hinnanalennus on mahdollinen myös tilanteessa, jossa katteettomiin ympäristöväittämiin perustunut markkinointi on saanut aikaan sopimuksen syntymisen (KSL 2:15a).

Tarve tehokkaalle vapaaehtoisen päästökompensoinnin sääntelylle on ilmeinen. Toimintaan liittyy runsaasti epävarmuustekijöitä, ja käynnissä olevat päästökompensaatiohankkeet saattavat olla jopa haitallisia ilmastonsuojelun kannalta. Hillintähankkeiden arviointikriteerit muodostavat monimutkaisen ja teknisen kokonaisuuden, ja kuluttajalle voi olla erittäin haastavaa selvittää hiilineutraalisuusväittämien todenperäisyyttä. Keväällä 2024 hyväksytyllä markkinointidirektiivin muutoksella pyritään selkiyttämään kompensaatioväittämien asemaa EU:n alueella.

Päästökompensaatiotoiminnan sääntelyn jättäminen kuluttajansuojalain varaan ei ole kaikilta osin tyydyttävä ratkaisu. Kuluttajansuojalakia sovelletaan vain elinkeinonharjoittajan ja kuluttajan välisessä suhteessa, mikä rajaa osan kompensaatiopalveluja tarjoavista toimijoista lain soveltamisalan ulkopuolelle. Kuluttajan tulisi voida luottaa päästökompensaatiopalvelun vaikuttavuuteen riippumatta siitä, kuka on sopijakumppanina.

71 Laine ym. 2023, s. 134.

72 Bärlund 2020, s. 1153.

Unionissa on jo hyväksytyn markkinointidirektiivin muutoksen lisäksi valmistumassa kaksi muuta päästökompensaation sääntelyä selkeyttävää lakihanketta. Ympäristövälttämistä on valmisteilla erillinen direktiivi (green claims directive), joka täsmentäisi ja täydentäisi markkinointidirektiivin säännöksiä.⁷³ Tämän lisäksi asetus hiilenpoistojen sertifiointikehyksestä odottaa tällä hetkellä neuvoston muodollista hyväksyntää.⁷⁴ Toteutuessaan säädöshankkeet täsmentäisivät yhteisiä kriteerejä päästökompensaatiotoiminnan luotettavuuden arvioinnille, mikä parantaisi esimerkiksi kuluttaja-asiamiehen mahdollisuuksia puuttua kiellettyihin menettelyihin.⁷⁵ Hiilenpoiston sertifiointikehys saattaisi ratkaista päästökompensaatioon liittyviä ongelmia kuluttajasuhteen lisäksi myös elinkeinonharjoittajien välisissä suhteissa.

73 COM(2023) 166 final, s. 1, 27.

74 COM(2022) 672 final.

75 KKV/1109/03.03/2021.

TODISTUSTAAKAN JAKAUTUMINEN TYÖSYRJINTÄÄ KOSKEVASSA ADHEESIOPROSESSISSA

Kasper Hyppönen

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol18iss1pp42-63>

Helsinki Law Review, 1/2024, pp. 42–63

© 2024 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



VERTAISARVIOITU
KOLLEGIALT GRANSKAD
PEER-REVIEWED
www.tsv.fi/tunnus

ABSTRACT

Occupational discrimination is a criminal act, which may also lead to substantial civil claims for damage compensation and indemnity based on various laws. Such compensations may in fact be even more meaningful to the plaintiff than the ensuing criminal sanctions. The procedural rules governing the burden of proof, however, differ significantly depending on whether the civil claims are dealt with in a civil dispute of its own, or as a subsidiary claim within a criminal procedure (adhesion procedure). The aim of this paper is to perceive how the contradiction regarding the burden of proof can be reconciled in an occupational discrimination related adhesion procedure. The study points out to a praxis of factual presumption, which may at least partly shift the burden of proof to the defendant in occupational discrimination related criminal cases. The finding further points out to a possible contradiction between the use of such factual presumption and the legal principles and rules that protect the defendant in a criminal procedure.

I. JOHDANTO

I.1. Artikkelin lähtökohdat

Työelämässä tapahtuvan syrjinnän oikeudelliset seuraamukset ovat prosessioikeudellisesti varsin moniulotteinen ja mielenkiintoinen ilmiö. Työsyryntä on rikoslaissa (39/1889, RL) kriminalisoitu erikoisrikos, jossa rangaistusvastuu kohdistuu aina työsyrynnästä vastuussa olevaan luonnolliseen henkilöön. Rikosvastuun lisäksi työsyryntätapauksissa ajankohtaistuvat myös erilaiset yksityisoikeudelliset seuraamukset, jotka voivat johtaa syrjinnän uhrille maksettavaksi määrättäviin hyvityksiin ja korvauksiin. Sekä työsyrynnän rikosvastuun että yksityisoikeudellisten seuraamuksien suhteen oikeudellisen arvioinnin kannalta leimaavaa on lisäksi sääntelyn hajanaisuus.¹ Työsyrynnän kannalta relevanttia sääntelyä nimittäin löytyy rikoslain lisäksi ainakin yhdenvertaisuuslaista (1325/2014, YVL), naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetusta laista (609/1986, Tasa-arvoL) sekä työsopimuslaista (55/2001, TSL). Mainitut substanssilait ovat relevantteja myös työsyryntätapauksien rikosoikeudellisen tunnusmerkistön mukaisuuden arvioinnissa. Toisaalta edellä mainittujen lakien perusteella tuomittavat yksityisoikeudelliset hyvitykset ja korvaukset saattavat sekä kantajan että vastaajan kannalta olla erityisesti taloudellisessa mielessä hyvin merkittäviä myös verrattuna työsyrynnän rikosoikeudelliseen seuraamukseen.²

Prosessioikeuden näkökulmasta ehkä mielenkiintoisin työsyryntää koskeva seikka liittyy kuitenkin todistustaakkaa koskeviin sääntöihin ja periaatteisiin. Työsyrynnän rikosoikeudellisessa arvioinnissa on voimassa rikosprosessissa yleisesti voimassa oleva kantajan, eli käytännössä syyttäjän, yksinomainen todistustaakka. Työsyryntään liittyvien yksityisoikeudellisten vaatimusten käsittelyssä kuvaan toisaalta astuu riita-asioiden normaalista todistustaakan jakautumisesta poikkeava työsyrynnän legaalinen presumptio ja siitä seuraava vastaajalle kääntyvä todistustaakka. Kun sekä prosessiekonomisten seikkojen että työsyrynnän asianomistajan aseman kannalta lienee useimmiten perusteltua käsitellä samaa asiaa koskevat rangaistus- ja yksityisoikeudelliset vaatimukset samassa oikeudenkäyntimenettelyssä niin kutsutun adheesioperiaatteen mukaisesti, ei todistustaakkasääntöjen ristiriitaa koskevia seikkoja voida nähdäkseni sivuuttaa merkityksettöminä. Nimittäin jos samaan tapahtumakulkuun liittyvien oikeustositseikkojen suhteen tulisi menetellä toisistaan poikkeavin todistustaakkanormein, kun asiaa käsitellään erillisinä rikos- ja riita-asiaina, herää kysymys

-
- 1 Seppo Koskinen, Työsyryntä, työntekijäoikeuksien loukkaaminen ja työnvälitysrikos, s. 97–144 teoksessa Seppo Koskinen – Vesa Ullakonoja – Harri Vento, Työrikos. Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta 1998, s. 97–99 (Koskinen 1998); Sakari Melander, Luku 33. RL 47: Työrikokset, s. 1563–1598 teoksessa Tapio Lappi-Seppälä (toim.), Rikosoikeus. Alma Talent 2022, s. 1574 (Melander 2022).
 - 2 Yksityisoikeudellisista seuraamuksista kattavasti ks. Katja Leppänen, Yhdenvertaisuus työelämässä. Alma Talent 2015, s. 176–191 (Leppänen 2015); Mikko Valkonen – Seppo Koskinen, Yhdenvertainen kohtelu työsuhteessa. Alma Talent 2018, s. 564–580 (Valkonen – Koskinen 2018).

siitä, miten todistustaakkaa koskevat säännöt tulisi yhteensovittaa työsyrijintää koskevassa adheesioprosessissa. Yhtäältä oleelliseksi kysymykseksi nousee se, onko asianomistajan kannalta ylipäätään edullista saada työsyrijintärikokseen perustuvat yksityisoikeudelliset vaatimukset käsiteltäväksi adheesioperiaatteen mukaan samassa oikeudenkäynnissä syyttäjän rangaistusvaatimuksen kanssa, jos asianomistaja silloin menettää syrjintäolettaman tuoman todisteluun liittyvän etulyöntiasemansa yksityisoikeudellisten vaatimustensa suhteen.

1.2. Tutkimustavoite ja kysymyksenasettelu

Artikkelin tutkimuksellinen mielenkiinto kohdistuu kahteen pääasialliseen tutkimuskysymykseen. Ensiksikin pyrkimyksenä on selvittää se, miten työsyrijintärikoksen ja siihen perustuvan yksityisoikeudellisen vaatimuksen todistustaakan jakautumista koskeva ristiriita voidaan hahmottaa ja mahdollisesti ratkaista adheesioprosessissa. Toinen tutkimuskysymys pyrkii puolestaan vastaamaan siihen, onko työsyrijintätapausten asianomistajan oikeuksiin pääsyn suhteen olemassa jonkinlainen potentiaalinen riski, joka liittyy nimenomaan todistustaakan jakautumista koskevaan problematiikkaan. Toisin sanoen voiko asianomistajalle olla epäedullisempaa antautua adheesioprosessissa myös yksityisoikeudellisten vaatimustensa osalta rikosprosessissa noudatettavien todistustaakkasääntöjen vietäväksi sen sijaan, että yksityisoikeudelliset vaatimukset käsiteltäisiin erikseen omana riita-asianaan.

Kontekstin ymmärtämiseksi on aluksi tarpeen pintapuolisesti tarkastella rikoslain työsyrijintää koskevaa tunnusmerkistöä sekä jo edellä mainittujen erityislakien yksityisoikeudellisia seuraamuksia myös aineellisesta näkökulmasta. Tämän jälkeen on luontevaa pohtia adheesioperiaatteen merkitystä nimenomaan työsyrijintää koskevassa rikosprosessissa. Vasta tämän jälkeen voidaan ryhtyä jäsentämään vastausta itse tutkimuskysymyksiin, eli todistustaakkanormien ristiriitaan sekä niiden yhteensovittamista koskevaan analyysiin työsyrijintää koskevan adheesioprosessin kontekstissa.

Artikkelin tutkimuksellinen näkökulma on lainopillinen. Käytännöllisen lainopin pääasiallisena tarkoituksena on tuottaa tulkintasuosituksia lainsoveltamisen tarpeisiin, mutta sillä on läheinen yhteys myös teoreettiseen lainoppiin oikeusjärjestelmän systematisointitehtävän näkökulmasta.³ Tässä artikkelissa pyritään kumpaankin mainittuun lainopilliseen päämäärään.

3 Pauli Rautiainen – Aura Kostiaainen – Visa Kurki – Niko Soininen – Tapio Määttä, Oikeus ja sen tutkiminen. Vastapaino 2023, Osa II – 3.2 Oikeuslähde-, tulkinta- ja argumentaatio-opit lainopin menetelmänä.

Tarkoitus on pyrkiä jäsentämään oikeusjärjestyksemme sisältöä tutkimuskysymyksiensä osalta tukeutumalla keskeisiin oikeuslähteisiin. Yhtäältä pyrin päättämään myös jonkinlaiseen tutkimuskysymyksen kohteena olevia oikeussääntöjä selittävään tulkintasuositukseen sekä siihen, miten artikkelissa havaittava todistustaakan mahdollinen kääntyminen voitaisiin systematisoida prosessioikeudellisessa mielessä. Tutkimusote on siten sekä käytännöllisen että teoreettisen lainopillinen.

2. TYÖSYRJINTÄRIKOS JA SIIHEN PERUSTUVAT YKSITYISOIKEUDELLISET VAATIMUKSET

2.1. Työsyrynnän seuraamuksista yleisesti

Työsyrynnällä voi olla syrjintään syyllistyneelle rikosoikeudellisia ja yksityisoikeudellisia seuraamuksia. Työsyryntää koskevan RL 47:3:n tunnusmerkistön täyttyessä on käsillä virallisen syytteen alainen rikos. Rikosprosessissa syyttäjä pyrkii ajamaan asiaa ensisijaisesti julkista etua sekä rikosoikeudellisen vastuun erilaisia preventiivisiä tarkoituksia koskevia päämääriä silmällä pitäen. Syrjinnästä kärsinyt asianomistaja voi kuitenkin vaatia vastaajalta myös yksityisoikeudellisia hyvityksiä ja korvauksia erilaisin perustein. Tällaiset työsyrynnän vuoksi tuomittavat hyvitykset tai vahingonkorvaukset saattavat myös preventiivisestä näkökulmasta olla merkityksellisiä.⁴ Syrjintää kärsineelle asianomistajalle vahingonkorvaukset sekä aineettomasta vahingosta tuomittavat hyvitykset saattavat olla yhtä merkityksellisiä tai jopa merkityksellisempiä kuin se, että vastaajaan kohdistetaan rikosoikeudellisia seuraamuksia.

Alla tarkastellaan ensiksi lyhyesti RL 47:3:n työsyryntärikoksen tunnusmerkistöä ja sisältöä. Tämän jälkeen siirrytään tarkastelemaan niitä yksityisoikeudellisia vaatimuksia, joita syrjintää kärsinyt voi työsyrynnän perusteella esittää. Koska artikkelin tutkimuskohteena ovat erityisesti todistustaakkaa koskevat prosessuaaliset seikat, ei tässä yhteydessä pyritä selvittämään edellä mainittujen seuraamusten aineellisoikeudellista merkitystä tai sisältöä muuten kuin ainoastaan siinä määrin kuin on tarpeen niiden ymmärtämiseksi artikkelin kontekstissa.

4 Yhdenvertaisuuslaissa toimeenpannun neuvoston direktiivin 2000/78/EY yhdenvertaista kohtelua työssä ja ammatissa koskevista yleisistä puitteista (työsyryntädirektiivi) 17 artiklan mukaan seuraamusten on oltava *tehokkaita, oikeasuhtaisia ja varoittavia*. Vahingonkorvauslain (412/1974, VahL) 5:6:n kärsimyskorvauksen osalta ks. myös hallituksen esitys eduskunnalle laiksi vahingonkorvauslain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi HE 167/2003 vp, s. 21–22.

2.2. TyösyRJintä rangaistavana tekona

TyösyRJintä on säädetty rangaistavaksi RL 47:3:ssä:

Työnantaja tai tämän edustaja, joka työpaikasta ilmoittaessaan, työntekijää valitessaan tai palvelussuhteen aikana ilman painavaa, hyväksyttävää syytä asettaa työnhakijan tai työntekijän epäedulliseen asemaan

1) rodun, kansallisen tai etnisen alkuperän, kansalaisuuden, ihonvärin, kielen, sukupuolen, iän, perhesuhteiden, sukupuolisen suuntautumisen, perimän, vammaisuuden tai terveydentilan taikka

2) uskonnon, yhteiskunnallisen mielipiteen, poliittisen tai ammatillisen toiminnan tai muun näihin rinnastettavan seikan perusteella,

on tuomittava työsyRJinnästä sakkoon tai vankeuteen enintään kuudeksi kuukaudeksi.

Tunnusmerkistöstä voidaan ensinnäkin havaita, että työsyRJintä on niin kutsuttu erikoisrikos, koska siihen voi syyllistyä ainoastaan työnantaja tai tämän edustaja. Koska työsyRJintärikokseen ei sovelleta oikeushenkilön rangaistusvastuuta, kohdistuu rangaistusvastuu aina luonnolliseen henkilöön. Lisäksi työsyRJinnän tunnusmerkistöstä seuraa, että työsyRJintä on vain tahallisenä rangaistava. Tahallisuuden suhteen on kuitenkin oleellista huomata, ettei rangaistavalta työsyRJinnältä vaadita nimenomaista syRJintäperusteisiin liittyvää syRJintätarkoitusta, vaan syRJinnän tunnusmerkit täyttävän toiminnan motiivina voi olla jokin sinänsä muuten hyväksyttävä päämäärä, esimerkiksi yrityksen taloudellisen edun tai työn sujuvuuden edistäminen.⁵ Tahallisuuden täytyminen on käsillä, kun tekijä on ollut tietoinen siitä, että epäedulliseen asemaan saattaminen perustuu laissa määrättyyn syRJintäperusteeseen.⁶

TyösyRJintää koskevaan arviointiin liittyy oleellisesti syRJintävertailu, jossa vertailukohdaksi otetaan kulloisenkin tilanteen mukaan henkilö tai henkilöryhmä, jota on kohdeltu toista edullisemmin.⁷ Hallituksen esityksen mukaan rangaistavuuden edellytyksenä on aina se, että asianomistaja on joutunut objektiivisesti katsoen muihin nähden epäedullisempaan asemaan, eikä pelkkä erilainen kohtelu ole rangaistavuuden suhteen riittävää.⁸

Artikkelin kysymyksenasettelun kannalta työsyRJinnän tunnusmerkistön mielenkiintoisin seikka on se, että asianomistajan muita epäedullisempaan asemaan saattaminen ei kuitenkaan ole rangaistavaa, jos sille on osoitettavissa jokin *painava ja hyväksyttävä syy*. Kyseinen

5 Leppänen 2015, s. 193.

6 Valkonen – Koskinen 2018, s. 25; KKO 2018:46 kohta 7.

7 Melander 2022, s. 1576.

8 Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi HE 94/1993 vp, s. 171/l.

oikeuttamisperuste muodostaa nähdäkseni ainakin jossain määrin jännitteisyyttä suhteessa rikosasian normaaleihin todistustaakkasääntöihin. Palaan tämän aiheen syvempään tarkasteluun alempana. Tässä kohtaa on kuitenkin mielekästä todeta, että työsyryjinnän kohdalla rangaistavuuden poistaa vain painava ja hyväksyttävä syy, kun taas esimerkiksi RL 11:11:n yleisessä syrjintäkriminalisoinnissa riittää pelkkä hyväksyttävä syy. Esitöiden mukaan tällä on haluttu ilmentää tehostetun syrjintäsuojan tarvetta nimenomaan työelämässä.⁹ Vaikka sekä RL 47:3:n työsyryjinnän että RL 11:11:n syrjinnän rangaistusasteikko on sama, voitaneen edellä todetun hyväksyttävää syytä koskevan sanamuotoeron perusteella tulla siihen tulokseen, että työsyryjintään on haluttu suhtautua rikosoikeudellisesti ainakin jossain määrin ankarammin. Yhtäältä vaikuttaisi myös siltä, että nimenomaan työsyryjintätapauksessa oikeuttamisperusteen täyttymiseksi painavan ja hyväksyttävän syyn näyttämislä edellytetään perusteellisempaa näyttöä.

Yleisesti voidaan sanoa, että rikosoikeudellinen laillisuusperiaate asettaa rikoslain kriminalisointien tulkinnalle omat varsin tiukat rajansa, erityisesti niin kutsuttujen blankokriminalisointien suhteen.¹⁰ RL 47:3:n tulkinnan osalta on kuitenkin katsottu, että työsyryjinnän rikosoikeudellisessa arvioinnissa voidaan ottaa huomioon myös se, mitä syrjinnästä tai sen perusteista on muualla laissa säädetty.¹¹ Tämän on myös korkein oikeus todennut ratkaisuisaan KKO 2015:41 (kohta 10) sekä KKO 2018:46 (kohta 8). Muualla laissa säädettyjä syrjintäkieltoa koskevia normeja, joilla on merkitystä työsyryjintärikoksen arvioinnissa, on esimerkiksi TSL 2:2:ssä, Tasa-arvoL 8 §:ssä sekä YVL 8 §:ssä.¹² Kirjallisuudessa on itseasiassa katsottu, ettei työsyryjintäkriminalisoinnilla ole tarkoitettukaan saattaa voimaan mitään omia itsenäisiä syrjintäkieltoja, vaan sen ydinaluetta on nimenomaan edellä mainittujen TSL:n ja YVL:n syrjintäkieltojen rikkomistapaukset.¹³

2.3. Työsyryjinnän yksityisoikeudelliset seuraamukset

VahL 5:1:n mukaan rangaistavaksi säädetyllä teolla aiheutetun vahingon tapauksessa myös sellaiset taloudelliset vahingot ovat korvattavia, jotka eivät ole yhteydessä henkilö- tai esinevahinkoon. Työsyryjintärikoksen asianomistajalla on tällä perusteella siten mahdollista saada vahingonkorvausta myös niin kutsutuista puhtaista varallisuusvahingoista esimerkiksi tulonmenetyksen vuoksi. Selvää tietysti on, että työsyryjintää kärsinyt voi vahingonkorvauslain

9 HE 94/1993 vp, s. 171/II.

10 Ks. esim. Sakari Melander, Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate ja rikosoikeudellinen tulkinta. Defensor Legis 4/2015, s. 644–661, 652.

11 Melander 2022, s. 1573.

12 Koskinen 1998, s. 103. Kaikissa mainituissa säädöksissä on syrjintää koskeva suora viittaussäännös rikoslakiin, ks. TSL 13:11.1, Tasa-arvoL 14 a.1 § sekä YVL 3.2 §.

13 Karoliina Ahtela – Niklas Bruun – Pirkko K. Koskinen – Anja Nummijärvi – Jorma Saloheimo, Tasa-arvo ja yhdenvertaisuus. Talentum 2006, s. 369 (Ahtela ym. 2006).

perusteella vaatia myös henkilövahinkoon perustuvia korvauksia esimerkiksi psyykkisen terveydentilan heikkenemisen tapauksissa. TyösyRJintärikoksen ollessa käsillä ajankohtaistuu myös VahL 5:6.1:n 2 kohdan mukainen kärsimyskorvaus, jonka edellytyksenä on se, että henkilöä on syrjitty rangaistavaksi säädetyllä teolla.¹⁴ Kyse ei varsinaisesti aineellisessa mielessä ole vahingonkorvauksesta, vaan korvauksen tavoitteena on syrjityn henkilön ihmisarvon ja itsetunnon loukkauksen hyvittäminen.¹⁵ Edellytyksenä ei siis ole esimerkiksi minkään lääketieteellisesti todettavissa olevan psyykkisen terveydentilan häiriön aiheutuminen.¹⁶ Korvausvastuun edellytyksiä arvioidaan kuitenkin vahingonkorvausoikeudellisin periaattein, eli kärsimyksen ja työsyRJintärikoksen välillä on oltava syy-yhteys, ja korvausvastuun edellytyksenä on tahallinen tai tuottamuksellinen toiminta.¹⁷

YVL 23.1 §:ssä on säädetty hyvityksestä, johon on oikeutettu se, joka on joutunut syrjinnän tai vastatoimien kohteeksi muun ohessa työelämässä. Hyvityksen edellytyksenä on henkilön kohtaama tosiasiallinen välitön tai välillinen syrjintä, ja sen tarkoituksena on hyvittää syrjinnän tai vastatoimien kohteeksi joutuneeseen henkilöön kohdistunut loukkaus.¹⁸ Tässäkään ei ole kyse vahingonkorvauksesta vaan aineettomasta vahingosta johtuvasta kärsimyskorvauksesta, eikä hyvityksen edellytyksenä myöskään ole minkäänlaisen konkreettisen kärsimyksen osoittaminen.¹⁹ Tässä mielessä hyvitys näyttäisi muistuttavan melko pitkälti edellä mainittua VahL 5:6:n kärsimyskorvausta. Toisaalta viimeksi mainitusta poiketen tuottamusarvioinnilla ei YVL 23.1 §:n hyvityksen kannalta ole merkitystä, eli hyvitys voidaan tuomita, vaikka työnantaja ei olisi toiminut tuottamuksellisesti.²⁰

Tasa-arvoL 11 §:ssä on säädetty edellä tarkastellun YVL 23 §:n hyvitystä vastaavasta aineetonta vahinkoa koskevasta hyvityksestä. Tasa-arvolain mukaisen hyvityksen edellytyksiä koskevat periaatteet ovat varsin samankaltaista kuin yhdenvertaisuuslain hyvityksen tapauksessa. Yksityiskohtaisempaan tarkasteluun ei siten ole tässä yhteydessä syytä edetä.

TSL 12:1:ssä säädetään työnantajan yleisestä korvausvelvollisuudesta ja TSL 12:2:ssä työsuhteen perusteettomasta päättämisestä seuraavasta korvausvelvollisuudesta. Kumpikin näistä voi ajankohtaistua työsyRJintätapauksissa. Ensiksi mainittua voidaan soveltaa, kun työnantaja

14 Rangaistavaa tekoa koskevasta vaatimuksesta huolimatta edellytyksenä ei ole se, että loukkaaja tosiasiallisesti tuomittaisiin rikoksesta. Esteenä kärsimyskorvauksen saamiselle ei myöskään ole syyteoikeuden vanhentuminen tai se, että tekijä on jostakin muusta syystä rikosoikeudellisesta vastuusta vapaa. Ks. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi vahingonkorvauslain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi HE 167/2003 vp, s. 54/II.

15 Valkonen – Koskinen 2018, s. 572.

16 Päivi Tiilikka, Rangaistavaksi säädetty teko kärsimyskorvauksen perusteena. Lakimies 5/2011, s. 933–956, s. 934.

17 Valkonen – Koskinen 2018, s. 571; Leppänen 2015, s. 184.

18 Hallituksen esitys eduskunnalle yhdenvertaisuuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi HE 19/2014 vp, s. 89/I.

19 Leppänen 2015, s. 179.

20 HE 19/2014 vp, s. 89/II.

rikkoo TSL 2:2:n tasapuolisuusvelvoitetta ja syrjintäkieltoa henkilön työsuhteen aikana. TSL 12:2 voi puolestaan ajankohtaistua, kun henkilön työsuhte on perusteettomasti päätetty syrjinnän kieltoa ja tasapuolisuusvelvollisuutta rikkoen.²¹ Kummatkin edellä mainituista korvauksista ovat luonteeltaan vahingonkorvausta aineettomasta ja aineellisesta vahingosta, jolloin niiden edellytyksenä on sekä syy-yhteys syrjivän menettelyn ja vahingon välillä että työnantajan vähintään tuottamuksellinen toiminta.²²

Kuten edellä tehdyn tarkastelun perusteella voidaan huomata, työsyryntään perustuvia yksityisoikeudellisia vaatimuksia voidaan esittää usean lain perusteella. Tämä puolestaan tuo esiin kysymyksen siitä, minkälainen suhde näillä hyvityksillä ja korvauksilla on toisiinsa. Ensinnäkin on katsottu, että Tasa-arvoL 11 §:n mukaisen hyvityksen suorittaminen estää kokonaan saamasta VahL 5:6:n mukaista kärsimyskorvausta.²³ Vahingonkorvauslain kärsimyskorvausta koskevien esitöiden mukaan tällaista ehdotonta estettä ei kuitenkaan olisi, mutta saadulla hyvityksellä voisi kuitenkin olla alentava vaikutus kärsimyskorvauksen määrään.²⁴ Vastaavaa rajoitusta ei puolestaan ole YVL 23 §:n hyvityksen suhteen, mikä ilmenee jo kyseisen säädöksen sanamuodostakin. YVL 23.2 §:ssä on erikseen säädetty, ettei hyvityksen saaminen estä saamasta korvausta vahingonkorvauslain tai muun lain mukaan. Estettä ei näin ollen ilmeisesti ole myöskään sille, että YVL 23 §:n hyvityksen ohella vaadittaisiin korvausta myös TSL 12:2:n perusteella, joskin tällöin korvausta määrättäessä tulee ottaa huomioon samasta teosta saatu YVL 23 §:n mukainen hyvitys.²⁵

Koska erityislakien syrjintäperusteisten hyvityksien sekä vahingonkorvauslain korvauksien yhteensovittamista koskeva problematiikka ei kuulu artikkelin varsinaiseen kysymyksenasetteluun, ei tämän syvällisempään tarkasteluun ole nyt tarpeen ryhtyä. Todettakoon kuitenkin, että oikeuskäytännön perusteella näyttäisi siltä, että yksityisoikeudellisten korvauksien ja hyvityksien yhteensovittamisessa otetaan sekä rikastumiskielto että täyden korvauksen periaate huomioiden varsin kokonaisvaltaisesti huomioon kaikki edellä mainittujen lakien nojalla saadut korvaukset ja hyvitykset.²⁶

Yksityisoikeudelliset korvaukset ja hyvitykset muodostavat siis varsin merkittävän osan niistä oikeussuojakeinoista, joita työsyryntätapausten asianomistajalla on mahdollisuus hyödyntää. On kuviteltavissa, että esimerkiksi työsuhteen perusteettomasta päättämisestä tuomittava rahallinen korvaus on asianomistajan kannalta huomattavasti merkityksellisempi kuin vastaajalle

21 Leppänen 2015, s. 182–183; Valkonen – Koskinen 2018, s. 565.

22 Leppänen 2015, s. 182.

23 Leppänen 2015, s. 188. Tämä tulkinta johtunee siitä, että Tasa-arvoL 11.4 §:ssä on säädetty, ettei estettä korvauksen vaatimiselle *taloudellisesta vahingosta* vahingonkorvauslain tai muun lain mukaan ole. Tältä osin sanamuoto on eri kuin YVL 23.2 §:ssä.

24 HE 167/2003 vp, s. 57/1. Tämän kannan on nostanut esiin myös korkein oikeus, ks. KKO 2020:97, kohta 9.

25 Leppänen 2015, s. 183.

26 Hyvityksien ja kärsimyskorvauksen yhteensovittamisesta ks. KKO 2020:97, kohdat 14 ja 16.

työsyrynnästä tuomittava sakkorangaistus. Näin ollen ei asianomistajan oikeuksiin pääsyn suhteen ole ollenkaan samantekevää, miten työsyryntärikoksen kanssa samaan teonkuvaukseen perustuvien yksityisoikeudellisten vaatimusten käsittelyssä menetellään suhteessa syyttäjän ajamaan rangaistusvaatimukseen.

2.4. Adheesioperiaatteen merkitys työsyryntätapauksissa

Kotimaisessa prosessioikeudessamme on siviili- ja rikosasioiden käsittelyn suhteen pidetty pääsääntönä erillisyyseriaatetta, jonka mukaan kunkin prosessilajin piiriin kuuluvat asiat tulee lähtökohtaisesti käsitellä omissa oikeudenkäyntimenettelyissään.²⁷ Tämä on helppo ymmärtää monestakin syystä, mutta ei ainakaan vähiten siksi, että rikos- ja riita-asioita koskevat menettelyt tähtäävät itsessään varsin erilaisiin päämääriin.²⁸ Yhtäältä riita- ja rikosasioita koskevat menettelysäännöt eroavat esimerkiksi tämän artikkelin kannalta kiinnostavien todistustaakkanoimien osalta olennaisesti toisistaan.

Poikkeuksena edellä mainittuun erillisyyseriaatteeseen on rikoslainkäytössämme kuitenkin omaksuttu *adheesioperiaate*, jonka mukaan rikosasian yhteydessä voidaan esittää myös eri prosessilajiin kuuluvia yksityisoikeudellisia sivuvaatimuksia.²⁹ Kuten edellä tehdyn tarkastelun perusteella voitiin nähdä, työsyryntärikokseen liittyy oleellisesti myös siihen perustuvat yksityisoikeudelliset seuraamukset esimerkiksi hyvityksen, kärsimyskorvauksen taikka ansionmenetyksen ja perusteettoman irtisanomisen perusteella vaadittavan korvauksen muodossa. Adheesioperiaatetta menettelysääntöineen voitaneen näin ollen pitää työsyryntärikoksen ja siihen liittyvien muiden vaatimusten käsittelyn suhteen varsin keskeisinä.

Adheesioperiaatetta koskeva yleissäännös on oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (689/1997, ROL) 3:1, jonka mukaan syyteasian yhteydessä voidaan ajaa myös siitä *johtuvaa* yksityisoikeudellista vaatimusta. ROL 3:9:ssä säädetyn edellytyksin syyttäjällä on puolestaan nimenomainen velvollisuus ajaa rikokseen *perustuvaa* yksityisoikeudellista vaatimusta.

Syyttäjän rangaistusvaatimuksen ja asianomistajan yksityisoikeudellisen vaatimuksen yhtyminen, eli kumulaatio, on asianomistajan kannalta edullinen, koska oman kanteensa sijaan tämä voi liittyä syyttäjän vireille panemaan ja ajamaan rikosprosessiin.³⁰ Lisäksi syyttäjän huolehtiessa todistelusta ja muusta oikeudenkäyntiaineistosta myös yksityisoikeudellisen

27 Esim. Jyrki Virolainen, Lainkäyttö. Lakimiesliiton kustannus 1995, s. 58 (Virolainen 1995); vrt. kuitenkin Dan Helenius – Tuula Linna, Siviili- ja rikosprosessioikeus. Alma Talent 2021, s. 366 (Helenius – Linna 2021), jotka näkevät adheesioprosessin pikemminkin pääsääntönä. Kysymyksellä ei tämän tutkimuksen kysymyksenasettelun suhteen ole ratkaisevaa merkitystä.

28 Ks. Tauno Tirkkonen, Suomen rikosprosessioikeus I. WSOY 1969, s. 20–22 (Tirkkonen 1969).

29 Mikko Vuorenpää, Asianomistajan oikeudet rikosprosessissa. Alma Talent 2014, s. 111 (Vuorenpää 2014); Jyrki Virolainen – Pasi Pölonen, Rikosprosessioikeus I. Rikosprosessin perusteet. Alma Talent 2003, s. 6 (Virolainen – Pölonen 2003); Virolainen 1995 s. 61; Tirkkonen 1969, s. 71.

30 Virolainen 1995, s. 60.

vaatimuksen osalta ei asianomistajalle synny tähän liittyviä kustannuksia tai vaivaa.³¹ Selvää myös on, että toisin kuin adheesioprosessissa, erillisessä riita-asiassa asianomistajan on yksin kannettava riski sekä omista että vastaajan oikeudenkäyntikuluista. Adheesioperiaatteella on katsottu olevan myös tietynlainen rikoksen uhrin asemaa turvaava viktinologinen merkitys.³²

TyösyRJintärikoksen asianomistajan kannalta kaikkein edullisinta lienee siis se, että syyttäjä ottaa ROL 3:9:n perusteella myös yksityisoikeudellisen vaatimuksen ajettavaksi rikosasian yhteydessä. On katsottu, että yksityisoikeudellisen vaatimuksen on tällöin kuitenkin perustuttava nimenomaan vain niihin seikkoihin, joihin syyttäjä on syytteessään vedonnut. Toisin sanoen yksityisoikeudellisen vaatimuksen olisi oltava sellainen, että pelkkä syytteen toteen näyttäminen johtaa myös yksityisoikeudellisen vaatimuksen hyväksymiseen.³³

TyösyRJintärikoksen kannalta erityisen olennainen seikka vaikuttaa olevan se, että ROL 3:9:n 1 kohdan mukaan syyttäjällä on velvollisuus ajaa yksityisoikeudellista vaatimusta vain rikosasian vastaajaa vastaan, joka on edellä todetusti aina syrjinnästä syytetty luonnollinen henkilö. Esimerkiksi TSL 12:1–2:n mukainen vahingonkorvausvastuu on sen sijaan kohdistettava työnantajayhteisöön.³⁴ Näin ollen sellaisten yksityisoikeudellisten vaatimusten tapauksessa, jotka on kohdistettava rikosasian vastaajan sijaan tämän työnantajayhteisöön, on asianomistajan itse esitettävä nämä vaatimuksensa rikosasian yhteydessä ROL 3:1:n perusteella.³⁵ Tällöin työsyRJintärikoksen ja siitä johtuvan yksityisoikeudellisen vaatimuksen välisen yhteydenkään ei tarvitse olla aivan yhtä kiinteä kuin ROL 3:9:n tapauksessa, vaan riittävää on se, että yksityisoikeudellinen vaatimus *johtuu* syytteessä kuvatusista teoista.³⁶ Tässä tapauksessa edellytyksenä kuitenkin on, että yksityisoikeudellisen vaatimuksen perusteet joko ilmenevät riittävässä määrin syyttäjän teonkuvauksesta, tai jos näin ei ole, niitä tulee täydentää asianomistajan toimesta.³⁷ Adheesioperiaate tuo siis omat haasteensa työsyRJintärikoksen tapauksessa jo sen suhteen, kehen tai mihin tahoon ja millä perusteella rikosperusteiset

31 Antti Jokela, Rikosprosessi. Alma Talent 2008, Luku VI – Osa 6.2 Adheesioperiaatteen soveltaminen (Jokela 2008).

32 Juha Lappalainen, Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa. Suomalainen lakimiesyhdistys 1986, s. 40 (Lappalainen 1986).

33 Mikko Vuorenää, Syyttäjän velvollisuus ajaa asianomistajan yksityisoikeudellista vaatimusta uudistetussa rikosprosessissa. Lakimies 8/1997, s. 1250–1263, s. 1255 (Vuorenää 1997).

34 Vuorenää 1997, s. 1256–1257. Ks. myös Helsingin HO 22.10.2009 dnro 2765.

35 Hallituksen esitys eduskunnalle rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi HE 82/1995 vp, s. 53/II; Vuorenää 2014, s. 125.

36 Vuorenää 1997, s. 1255.

37 Ks. KKO 2005:19 (Ään. 3–2), jossa A, B ja C olivat syytettyinä törkeän petoksen yrityksestä, mutta vakuutusyhtiö vaati A:lta vahingonkorvausta sinänsä syyttäjän teonkuvaukseen läheisesti liittyvästä auton polttamisesta, joka ei kuitenkaan sisältynyt törkeää petoksen yritystä koskevaan teonkuvaukseen. Yhteys ei siten ollut riittävä, eikä vahingonkorvausvaatimusta näin ollen voitu tutkia syytteen yhteydessä. Tapauksessa kyse toisaalta myös preklusiosta; Ks. myös Pasi Pölönen, KKO 2005:19 Vetoamistaakka adheesioprosessissa, teoksessa Pekka Timonen (toim.), KKO:n ratkaisut kommentein. Alma Talent (päivittyvä verkkoteos). (Pölönen 2005); Jokela 2008, Luku VI – Osa 6.2 Adheesioperiaatteen soveltaminen.

yksityisoikeudelliset vaatimukset tulee kohdistaa. Väärään vastaajaan kohdistetut tai syyttäjän teonkuvaukseen nähden perusteeltaan liian epäselvät yksityisoikeudelliset vaatimukset saattavat johtaa asianomistajan oikeudenmenetyksiin.

Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että adheesioperiaatteen mukaan rikosasian yhteydessä käsiteltävä yksityisoikeudellinen riita-asia ei prosessuaalisesti muutu rikosasiaksi.³⁸ Yksityisoikeudellinen asia ei menettelysääntöjenkään osalta siis muutu yksinomaan rikosprosessuaalisten normien mukaan ratkaistavaksi.³⁹ On esimerkiksi selvää, että rikosperusteiset yksityisoikeudelliset vaatimukset säilyvät edelleen dispositiivisina myös adheesioprosessissa.⁴⁰ Kuten jäljempänä tuon esiin, todistustaakkaa koskevat menettelysäännöt eroavat rikos- ja riita-asioissa kuitenkin oleellisesti toisistaan, ja aivan erityisesti nimenomaan työsyrintätapauksissa. Siltä osin kun työsyrintätapauksen rangaistusvaatimus ja yksityisoikeudellinen vaatimus perustuvat samaan teonkuvaukseen ja todisteluun, eivät todistustaakan jakautumista koskevat seikat vaikutakaan olevan aivan ristiriidattomia.

3. TYÖSYRJINNÄN TODISTUSTAAKKAA KOSKEVAT NÄKÖKOHDAT

3.1. Syrjintäolettama ja käännetty todistustaakka työsyryinnässä

Edellä on käynyt ilmi, että työsyryntärikoksen arvioinnin kannalta keskeisiä rikoslain ulkopuolisia säädöksiä ovat muun ohessa yhdenvertaisuuslaki, työ sopimuslaki ja tasa-arvolaki. Työsyryntää koskevissa riita-asioissa nimenomaan nämä säädökset ovat tyypillisesti aineellisoikeudellisen ratkaisun keskeisimpiä oikeuslähteitä. Sekä YVL 28 §:ssä että Tasa-arvoL 9 a §:ssä on säädetty nimenomaan riita-asioita koskevasta käänteisestä todistustaakasta.⁴¹ Myös TSL 2:2.1:n tasapuolista kohtelua ja syryntäkieltoa koskeva säännös sisältää vastaavanlaisen kääntyvän

38 Helenius – Linna 2021, s. 4.

39 Lappalainen 1986, s. 68 ja 75; Virolainen 1995, s. 62.

40 Antti Jokela, Uudistuva rikosprosessi. Lakimiesliiton kustannus 1997, s. 167.

41 Kirjallisuudessa on katsottu, että YVL 28 §:n ja Tasa-arvoL 9 a §:n lievistä sanamuotoeroista huolimatta todistustaakkasääntöjä voidaan kummankin lain perusteella tulkita samalla tavoin. Ahtela ym. 2006, s. 57. Huomionarvoista on myös se, että Tasa-arvoL 9 a §:ää koskevissa esitöissä todetaan, ettei todistustaakkasäännöstä sovellettaisi vahingonkorvausvelvollisuutta koskevassa asiassa, mutta toisaalta kuitenkin kaikissa tasa-arvolain 7, 8 sekä 8 a – 8 d §:n tarkoittamissa riita-asioissa. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta annetun lain muuttamisesta HE 195/2004 vp, s. 39/l.

todistustaakan, vaikka tämä ei suoraan laista ilmenekään.⁴² Todistustaakkaa koskeva menettely edellä mainituissa tapauksissa on sellainen, että syrjinnän kohteeksi joutuneen kantajan on ensiksi esitettävä tosiseikkoja, joiden perusteella voidaan olettaa kyseisten säädösten tarkoittamaa syrjintää tapahtuneen. Kyse on syrjintää koskevan legaalisen presumption, eli niin kutsutun syrjintäolettamana, muodostumisesta.⁴³ Pelkkä väite syrjinnästä ei siis riitä, vaan kantajan tulee osoittaa sellaista näyttöä tapahtumien kulusta tai muista tosiseikoista, joiden perusteella objektiivisesti katsoen voidaan olettaa syrjintää tapahtuneen.⁴⁴ Tämän jälkeen vastaajalle, eli työsyryntäkontekstissa työnantajalle, syntyy velvollisuus osoittaa, ettei syrjintää koskevia kieltoja ole rikottu tai että työnantajan menettelylle on ollut muuten hyväksyttävä syy.

Todistustaakkaa koskevan oikeudenkäymiskaaren (4/1734, OK) 17:2.1:n perussäännöksen mukaan riita-asiassa asianosaisen on näytettävä ne seikat, joihin hänen vaatimuksensa perustuu.⁴⁵ Todistustaakka riita-asiassa on siis lähtökohtaisesti kantajalla niiden oikeustositseikkojen osalta, joihin hän on kanteessaan vedonnut. Syrjintäolettamaa seuraavan käännetyn todistustaakan tilanteessa vastaajan vastanäytön on kuitenkin oltava huomattavasti kattavampaa kuin mitä kantajan syrjintäolettamana perustavalta päänäytöltä vaaditaan sillä uhalla, että muutoin syrjintäkanteen hyväksytään jo pelkästään sillä perusteella, ettei syrjintäolettamana ole tullut kumotuksi.⁴⁶

Edellä tarkastellun perusteella voitaneen siis todeta, että työsyryntään liittyvien yksityisoikeudellisten vaatimusten tapauksessa käännetty todistustaakka tuottaa merkittävän prosessuaalisen edun kantajalle suhteessa OK 17:2.1:n mukaiseen normaaliin väittämistaakkaa seuraavaan todistustaakkaan. Artikkelin kysymyksenasettelun suhteen herää tietysti kysymys siitä, miten käännteinen todistustaakka soveltuu tapaukseen, jossa työsyryntää koskevaan rikosasiaan on kumuloitu asianomistajan yksityisoikeudelliset sivuvaatimukset. Syrjintäolettamana ja sitä seuraavaa käännettyä todistustaakkaa ei nimittäin sovelleta rikosasian käsittelyssä.

42 Hallituksen esitys eduskunnalle työ sopimuslaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi HE 157/2000 vp, s. 69/II; Ks. KKO 2004:103, kohta 3; Näin myös Valkonen – Koskinen 2018, s. 555; Ks. kuitenkin Leppänen 2015, s. 210.

43 Jorma Rudanko, Näkökohtia todistusharkinnasta. Helsingin yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2020, s. 463 (Rudanko 2020).

44 HE 19/2014 vp, s. 93/I.

45 Edelleen OK 17:2.4:n mukaan 1 momentin riita-asian todistustaakkasääntöä noudatetaan, jollei todistustaakasta tai näytöltä vaadittavasta vahvuudesta laissa toisin säädetä tai asian laadusta muuta johdu. Työsyryntää koskevassa riita-asiassa on kyse nimenomaan tällaisesta laissa toisin säädetystä todistustaakasta.

46 Valkonen – Koskinen 2018, s. 560.

Tämä ilmenee suoraan kääntyvää todistustaakkaa koskevasta YVL 28 §:stä ja Tasa-arvoL 9 a §:stä, mutta pohjimmiltaan kyse on syytetyn syyttömysolettaman ja itsekriminointisuojaan turvaamisesta.⁴⁷ Viimeksi mainitut rikosprosessin vastaajan oikeusturvaa suojaavat periaatteet puolestaan perustuvat viime kädessä Suomea velvoittaviin ihmisoikeussopimuksiin.⁴⁸ Yksityisoikeudellisen syrjintäolettaman ja käännetyin todistustaakan soveltaminen työsyrintää koskevassa adheesioprosessissa vaikuttaakin varsin haasteelliselta silloin, kun sekä syyteasian että yksityisoikeudellisen vaatimuksen käsittelyssä on kyse samojen oikeustositseikkojen toteen näyttämistä.

3.2. Todistustaakan jännitteisyydestä työsyrintää koskevassa adheesioprosessissa

Adheesioprosessissa on kyse siis siitä, että pääasiana käsiteltävän rikosasian yhteydessä käsitellään siihen liittyvä yksityisoikeudellinen sivuvaatimus. Edellä todetulla tavalla kirjallisuudessa on esitetty, ettei rikosasiaan kumuloitu riita-asia menettelyllisessä mielessä muutu rikosasiaksi. Näin on esimerkiksi yksityisoikeudellista vaatimusta koskevan vaatimustaakan tai sen disponoitavuuden suhteen, jotka kumpikin säilyvät täysimääräisesti asianomistajan käsissä.⁴⁹ Sen sijaan todistustaakan suhteen on ilmeistä, että adheesioprosessissa sen on mukauduttava rikosprosessuaalisiin periaatteisiin ainakin sellaisten oikeustositseikkojen osalta, joihin myös syyttäjä rangaistusvaatimuksessaan vetoaa. On vaikeaa ajatella, että samassa oikeudenkäynnissä vastaajalla voisi rikosprosessuaalisessa mielessä olla oikeus olla myötävaikuttamatta syyllisyytensä selvittämiseen sekä täydelliseen vaitioloon tiettyjen oikeustositseikkojen selvittelyn suhteen, mutta samaan aikaan näiden samojen oikeustositseikkojen yksityisoikeudellisessa arvioinnissa velvollisuus syrjintäolettaman muodostamaan aktiiviseen vastatodisteluun ja OK 14:1:n mukaiseen riita-asian asianosaisen positiiviseen totuusvelvollisuuteen.⁵⁰ Tämän on lähtökohtaisesti tarkoitettava sitä, että syytteen ja yksityisoikeudellisten vaatimusten perusteena olevien yhteisten oikeustositseikkojen todistustaakan sekä niitä koskevan näytön arvioinnin on oltava adheesioprosessissa saman suuntainen, sillä niiden todistelumenettelyllistä erottamista toisistaan samassa oikeudenkäynnissä ei voitane mielekkäästi edes ajatella.⁵¹

Adheesioprosessissa esitettävän näytön suhteen kirjallisuudessa on lisäksi katsottu, ettei teonkuvausta koskevien faktojen toteennäyttämisen suhteen voitaisi yksityisoikeudellisen vaatimuksen osalta tyytyä yhtään vähäisempään näyttöön kuin saman teonkuvauksen

47 Ks. esim. Virolainen – Pölonen 2003, s. 273; Helenius – Linna 2021, s. 460.

48 Euroopan ihmisoikeussopimus (SopS 63/1999) 6(2) artikla; Kansalaisyhteiskuntaa ja poliittisia oikeuksia koskeva yleissopimus (SopS 8/1976) 14(2) artikla; EU-perusoikeuskirjan 48(1) artikla.

49 Jokela 2008, Luku VI. – Osa 6.1 Yksityisoikeudellisten vaatimusten luonne rikosprosessissa.

50 Asianosaisten totuusvelvollisuudesta ks. esim. Helenius – Linna 2021, s. 501.

51 Näin myös Lappalainen 1986, s. 446.

rikosprosessuaalisessa käsittelyssä.⁵² Toisin sanoen riita-asian näyttökynnyksen ja rikosasian tuomitsemiskynnyksen tulisi edellä mainitun näkökannan mukaan ilmeisesti olla saman oikeustositseikan suhteen yhteneväisellä tasolla adheesioprosessissa. Työsyryntään tapauksessa tämä näkemys on kuitenkin nähdäkseni kyseenalaistettava nimenomaan siinä sovellettavan legaalisen presumptionin vuoksi. Jos nimittäin syrjintäolettaja jää pysyväksi vastaajan puutteellisen vastanäytön vuoksi, voitaneen yksityisoikeudellinen vaatimus tämän perusteella hyväksyä, vaikka rikosoikeudellisessa arvioinnissa tuomitsemiskynnys ei ylittyisikään.⁵³ Syrjintäolettaja ja sitä seuraava käänteinen todistustaakka voisi siis näin ollen tulla sovellettavaksi työsyryntää koskevassa adheesioprosessissa, mutta vain yksityisoikeudellisen vaatimuksen hyväksi. Vastaajan passiivisuus tai epäonnistuminen näyttää uskottavia vastatosiseikkoja syrjintäolettaman perustaneen menettelynsä hyväksyttävyyden osoittamiseksi voi siis adheesioprosessissa johtaa yksityisoikeudellisen vaatimuksen hyväksymiseen silloinkin, kun syyttäjää ei ole onnistunut uskottavasti poissulkemaan sitä, että vastaajalla on ollut menettelylleen jokin painava ja hyväksyttävä syy, eikä tuomitsemiskynnys ole tämän vuoksi ylittynyt. Tämä tulkinta on nähdäkseni yhteensopiva myös sen edellä mainitun YVL 28 §:n ja Tasa-arvoL 9 a §:n sanamuodon kanssa, jonka mukaan syrjintäolettamaa ja käänteistä todistustaakkaa ei sovelleta rikosasian käsittelyssä. Vastaajan syyttömyysolettama ei syyteasiassa siis nähdäkseni lähtökohtaisesti vaarannu, vaikka yksityisoikeudellinen vaatimus hyväksyttäisiinkin syrjintäolettaman perusteella.

Edellä mainituista seikoista seuraa nähdäkseni se, että työsyryntää koskevassa adheesioprosessissakin rangaistusvaatimuksen osalta todistustaakan olisi säilyttävä yksinomaan syyttäjällä. OK 17:3.1:n mukaan rikosasian kantajanhan on näytettävä kaikki ne seikat, joihin hänen rangaistusvaatimuksensa perustuu. Tämän on katsottu tarkoittava sitä, että syyttäjän on näytettävä sekä rangaistavuuden perustavan tosiseikaston olemassaolo että rangaistavuuden poistavien vastatosiseikkojen tai oikeuttamisperusteiden puuttuminen.⁵⁴ Syytetyltä ei siten

52 Juha Lappalainen, Siviiliprosessioikeus II. Talentum Media Oy 2001, s. 346 (Lappalainen 2001).

53 Näin on myös todettu Helsingin hovioikeuden tuomiossa Helsingin HO 7.7.2015 nro 1082, dnro S 14/1195. Myös Lappalainen on katsonut tämän mahdolliseksi nimenomaan kääntyneen todistustaakan tilanteessa, joskin hän käyttää esimerkkinä sopimusperusteisen vahingonkorvausvaatimuksen vastaajalta vaadittavan ekskulpation näyttämistä. Lappalainen 1986, s. 448; Samanlaiseen lopputulokseen voitaisiin päätyä toisaalta myös niin, että yksityisoikeudellinen vaatimus hyväksytään vastaajan tuottamuksellisuuden tultua näytetyksi, mutta tahallisuuden puuttumisen vuoksi työsyryntärikoksen tunnusmerkistö ei täyty; Ks. myös Lappalainen 1986, s. 447.

54 Tauno Tirkkonen, Suomen rikosprosessioikeus II. WSOY 1972 (Tirkkonen 1972), s. 150; Jaakko Jonkka, Rikosprosessioikeuden yleisistä opeista. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitos 1992, s. 98 (Jonkka 1992); Lappalainen 1986, s. 489–490; Pasi Pölonen, Henkilötodistelu rikosprosessissa. Suomalainen lakimiesyhdistys 2003, s. 133 (Pölonen 2003); Toisaalta oikeuttamisperusteiden perustavien faktojen suhteen ei syyttäjälläkään ole *väittämistaakkaa*, mutta sillä on kuitenkin todistustaakka näyttää tapahtumakulku sellaiseksi, ettei oikeuttamisperuste voi tulla kyseeseen. Juha Lappalainen, Rikoksen rakenne prosessioikeuden näkökulmasta, s. 147–167 teoksessa Jarkko Männistö (toim.), Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä: juhlaulkaisu Antti Jokela 26.1.2005. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2004, s. 156–157 (Lappalainen 2004).

lähtökohtaisesti voida edellyttää sen paremmin pää- kuin vastatodistelukaahan syytteestä vapautukseen.⁵⁵ RL 47:3:n työsyrijintärikosta koskevassa kontekstissa tämä tarkoittaisi sitä, että on nimenomaan syyttäjän velvollisuus näyttää (myös adheesioprosessissa) tapahtumakulku sellaiseksi, ettei työsyrijinnästä syytetyillä ole voinut ollut painavaa ja hyväksyttävää syytä menettelylleen, eikä minkäänlaista vastaajalle kääntyvää todistusvelvollisuutta tämänkään oikeustosisen suhteen voitaisi hyväksyä. Tämän suuntaiseen näkökantaan on viitattu myös oikeuskirjallisuudessa.⁵⁶ Hieman syvemmän tarkastelun perusteella asia ei kuitenkaan vaikuta olevan aivan näin yksioikoinen, ja tähän liittyvää problematiikkaa tarkastellaan seuraavaksi.

3.3. Kääntyvä todistustaakka työsyrijintärikoksissa

Sekä oikeuskäytännön että oikeustieteen piirissä esitettyjen puheenvuorojen perusteella näyttää siltä, että työsyrijintärikoksia koskevassa todistelumenettelyssä saattaa ilmetä tilanteita, joilla on piirteitä jonkinlaisesta kääntyvästä todistustaakasta. Kirjallisuudessa on esitetty näkökantoja, joiden mukaan syrjintää koskevassa rikosprosessissa voitaisiin lähteä siitä, että on nimenomaan vastaajan velvollisuutena tehdä uskottavaksi se, että tämän menettelyllä on ollut painava ja hyväksyttävä syy.⁵⁷ Lisäksi yleisemmin on katsottu, että esimerkiksi hätävarjelua tai pakkotilaa koskevan oikeuttamisperusteen suhteen myös syytetyllä olisi velvollisuus tuoda esiin seikkoja, jotka osoittavat oikeuttamisperusteen käsillä olon.⁵⁸ Vaikka syrjiväksi katsottavan menettelyn rangaistavuuden poistavaa painavaa ja hyväksyttävää syytä ei voidakaan ainakaan suoraan rinnastaa hätävarjelun ja pakkotilaan, on näiden kaikkien taustalla kuitenkin havaittavissa oikeuttamisfunktio, joka poistaa kaikilta osin muuten rikoksen tunnusmerkit täyttävän toiminnan oikeudenvastaisuuden.⁵⁹

Myös korkein oikeus on nimenomaan työsyrijintää koskevan ennakkopäätöksen KKO 2018:46 kohdissa 22–23 perustellut syrjintäperusteen ja irtisanomisen syy-yhteyden olemassaoloa sillä, että vastaaja ei ollut kyennyt esittämään uskottavaa selitystä menettelylleen. Vielä

55 Pölonen 2003, s. 133; Toki käytännössä tällaista uskottavaa vastatodistelua saatetaan vastaajalta vaatia todistustaakan pitämiseksi kantajapuolella, esimerkiksi vastaajan esittämä väitteen omasta hätävarjelustaan, ks. Eero Backman, Huomioita hätävarjelusta ja todistustaakan jaosta hätävarjelussa, s. 3–10 teoksessa Jarkko Männistö (toim.), Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä: juhlaulkaisu Antti Jokela 26.1.2005. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2004, s. 9 (Backman 2004).

56 Leppänen 2015, s. 210; Valkonen – Koskinen 2018, s. 33 ja 561; Melander 2022, s. 1578.

57 Ari-Matti Nuutila – Sakari Melander, Luku 33. RL 47: Työrikokset s. 1261–1295 teoksessa Rikosoikeus. Sanoma Pro Oy 2013, s. 1275 (Nuutila – Melander 2013); Valkonen – Koskinen 2018, s. 33–34; Vrt. kuitenkin Melander 2022, s. 1578, jossa tätä koskeva kanta vaikuttaa muuttuneen.

58 Rudanko 2020, s. 134; Lappalainen 1986, s. 489 (alaviite 138).

59 Hätävarjelun luonnehdinnasta oikeuttamisperusteena ks. Backman 2004, s. 3–4.

selvemmin vastaajalle käännetty todistustaakka ilmenee Helsingin hovioikeuden niin ikään työsyRJintää koskevasta tuomiosta 14.5.2014 nro 1011 drno R 13/1557, jossa todettiin, että "[t]yösyRJintärikoksessa työnantaja on velvollinen tekemään uskottavaksi, että sillä on ollut menettelyynsä hyväksyttävä ja asiallinen syy". Vastaavasti Helsingin hovioikeuden tuomion 24.5.2010 nro 137o drno R 09/1303 johtopäätöksissä katsottiin, etteivät vastaajat olleet saattaneet uskottavaksi, että menettelyyn olisi ollut RL 47:3:n tarkoittama painava ja hyväksyttävä syy. Näyttäisi siis siltä, että työsyRJintärikoksen arvioinnissa nimenomaan painavan ja hyväksyttävän syyn osoittamisen suhteen myös vastaajalta on toistuvasti edellytetty jonkinlaista aktiivista vastatodistelua syyttömyytensä puolesta puhuvan näytön osalta tavalla, joka ei liene täysin ongelmaton rikosasian kantajan yksinomaista todistustaakkaa koskevan OK 17:3.1:n sekä syytetyn syyttömyysolettaman kanssa.⁶⁰

Myös muussa kuin työsyRJintärikoksia koskevassa korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä on yleisesti tuotu esiin sellainen kanta, jonka mukaan todistustaakan pysyttäminen vain syyttäjällä ei ole kaikissa tilanteissa aivan itsestään selvä asia. Ennakkopäätöksen KKO 2012:27 kohdassa 13 korkein oikeus on nimittäin todennut, että voi syntyä tilanteita, joissa rikosasian vastaajalta edellytetään selvitystä niistä seikoista, joihin hän on puolustukseksaan vedonnut. Edelleen ratkaisun KKO 2017:12 kohdissa 10–11 korkein oikeus vahvisti edellä mainitun kannan sekä totesi lisäksi, että edellytyksenä todistusvelvollisuuden siirtymiselle kuitenkin on, että syyttäjä on ensin esittänyt syytteensä tueksi riittävän näytön. Korkein oikeus on vahvistanut todistustaakan kääntymisen mahdollisuuden edelleen vielä ratkaisun KKO 2018:3 kohdassa 15. Vaikka edellä mainitut korkeimman oikeuden ratkaisut eivät liitykään työsyRJintärikoksiin⁶¹, voi niiden perusteella nähdäkseni kuitenkin tulla siihen päätelmään, että poikkeuksellisesti ja tapauskohtaisesti voi syntyä tilanteita, joissa syyttäjän esitettyä ensiksi riittävän vakuuttavaa syytettyä tukevaa näyttöä todistusvelvollisuus tosiasiallisesti osittain kääntyy vastaajalle.

Kuten yllä on jo useampaan kertaan todettu, RL 47:3:n mukaan työnantaja voi oikeuttaa sinänsä muuten työsyRJintärikoksen tunnusmerkistön täyttävän menettelynsä osoittamalla, että sillä on ollut menettelylleen painava ja hyväksyttävä syy. Yhtäältä yllä tarkastelluissa riita-asioissa sovelletussa syRJintäolettamaa seuraavassa käänteisessä todistustaakassa vastaajalle on asetettu velvollisuus osoittaa, että menettely ei ole ollut syRJintää, vaan että sille on ollut hyväksyttävä peruste. Vaikka RL 47:3:n tarkoittaman painavan ja hyväksyttävän syyn osoittamista ei olekaan säädetty vastaajan velvollisuudeksi, kun ottaa huomioon yllä

60 Näin myös Päivi Savilampi, TyösyRJintä hovioikeuskäytännössä 2005–2010 (Lisensiaattitutkimus). Helsingin yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2011, s. 90–92.

61 KKO 2012:27 koskee liikennerikosta ja KKO 2017:12 sekä KKO 2018:3 huumausainerikoksia.

tarkastellut oikeuskäytännössä ja kirjallisuudessa esitetyt näkökannat, vaikuttaa nähdäkseni siltä, että käytännössä todistelumenettely painavan ja hyväksyttävän syyn suhteen muistuttaa jossain määrin yksityisoikeudellisissa asioissa sovellettavaa syrjintäolettamaa ja sitä seuraavaa käänteistä todistustaakkaa. Tämän suuntaisen näkemyksen ovat esittäneet myös Koskinen ja Valkonen.⁶² Mikäli edellä mainittu ilmiö on olemassa, merkitsee se adheesioprosessin suhteen sitä, että ainakin sellaisten työsyrintään perustuvien yksityisoikeudellisten vaatimusten osalta, jotka perustuvat suoraan myös syyttäjän vetoamiin oikeustosisekkoihin, ei todistustaakan jakautumisen suhteen oltaisi aivan niin erilaisessa tilanteessa, kuin jos yksityisoikeudelliset vaatimukset käsiteltäisiin omana erillisenä riita-asianaan. Kummassakin tapauksessa edellytettäisiin nimittäin työnantajalta tai tämän edustajalta aktiivista vastatodistelua syyttömyytensä osoittamiseksi sen jälkeen, kun kantaja on ensiksi tuonut esiin uskottavaa näyttöä todennäköisestä syrjinnästä.

Edellä sanotusta huolimatta oikeuskäytännöstä ilmenevää työsyrintärikoksen tapauskohtaisesti kääntyvää todistustaakkaa ei voida kuitenkaan nähdäkseni suoraan rinnastaa yksityisoikeudellisen syrjintäolettaman synnyttämään käänteiseen todistustaakkaan. Viimeksi mainitussa nimittäin on legaalisesti ja tuomioistuinta sitovasti asetettu todistustaakka vastaajalle sillä uhalla, että muutoin syrjintäolettama jää pysyväksi ja tämä kärsii kyseistä oikeustosisekkaa koskevan prosessitappion.⁶³ Vastaavanlainen tulkinta RL 47:3:n työsyrintätunnusmerkistön tapauksessa tai ylipäättään rikosprosessissa, olisi räikeästi ristiriidassa syytetyn syyttömyysolettaman sekä syyttäjän todistustaakkaa koskevan OK 17:3.1:n kanssa. Ilmiötä on pyrittävä näin ollen hahmottamaan jollakin muulla tapaa.

3.4. Väärä todistustaakka vai faktinen presumptio?

Erityisesti yksityisoikeudellista asiaa koskevan todistelumenettelyn suhteen on katsottu, että todistustaakka saattaa tietyin edellytyksin siirtyä osapuolelta toiselle. Silloin, kun varsinaisen todistustaakan rasittama osapuoli on esittänyt vaatimuksensa tueksi riittävän vakuuttavaa päänäyttöä, on vastapuolen puolestaan esitettävä tätä kumoavaa vastaanyttöä sillä uhalla, että viimeksi mainittu osapuoli muutoin kärsii asian suhteen prosessitappion.⁶⁴ Oikeuskirjallisuudessa tätä on kutsuttu *vääräksi* tai *siirtyneeksi* todistustaakaksi.⁶⁵ Rikosasian suhteen asiaa on konkretisoitu niin, että syyttäjän päätodistelun edettyä siinä määrin riittävälle

62 Seppo Koskinen – Mika Valkonen, Työsyrintärikos ja ammatillinen edunvalvonta – KKO:2018:46. Edilex artikkeli, julkaistu 27.5.2018.

63 Ks. HE 19/2014 vp, s. 93/II.

64 Timo Saranpää, Siviiliprosessuaalista todistustaakkaa koskeva aineellinen prosessinjohto. Lakimies 3/2011, s. 504–526, s. 508; Lappalainen 2001, s. 314–315.

65 Ks. esim. Tauno Tirkkonen, Suomen siviiliprosessioikeus II. WSOY 1977, s. 133; Rudanko 2020, s. 141.

tasolle, että syytteen hyväksyminen vaikuttaa jo todennäköiseltä, on puolustuksen reaalisten seikkojen vuoksi todettava, että ilman jonkinlaista päänäyttöä horjuttavaa vastatodistelua tullaan syyte todennäköisesti hyväksymään.⁶⁶ Kyse ei ole kuitenkaan siis varsinaisesta poikkeavasta todistustaakkasäännöstä, ja alkuperäinen todistustaakka säilyy rikosasiassa syyttäjällä, mutta prosessin lopputulos voi kuitenkin reaalisesti määräytyä tällaisen siirtyneen todistustaakan seurauksena.⁶⁷ Väärää todistustaakkaa onkin kirjallisuudessa pidetty pikemminkin jonkinlaisena todistustaakan ja todistusharkinnan yhteenliittymänä kuin todistustaakan jakautumista koskevana sääntönä.⁶⁸

Yllä tarkastellun korkeimman oikeuden ja hovioikeuden oikeuskäytännön perusteella työsyRJintärikosta koskevan näytön arviointi muistuttaa nähdäkseni jossain määrin tällaista väärän todistustaakan tilannetta. Painavan ja hyväksyttävän syyn arvioinnissa ilmenee piirteitä siitä, että tuomioistuimen ratkaisun kannalta nimenomaan vastaajan vastaanäytöllä tai sen puuttumisella on ollut keskeinen merkitys. Rudangon mukaan väärässä todistustaakassa olisi kuitenkin kyse tietynlaisesta tapauskohtaisesti muodostuvasta ad hoc -todistelutilanteesta⁶⁹ eikä sellaisesta todistelumenettelyä ohjaavasta säännöstä, joka nauttisi pysyvyyttä yksittäistapauksensa ulkopuolella.⁷⁰ Kuten yllä olen tuonut esiin, nimenomaan työsyRJintärikoksia koskevassa oikeudellisessa arvioinnissa on kuitenkin havaittavissa jonkinlaista säännönmukaisuutta todistustaakan kääntymisen suhteen, eikä kyse näyttäisi niinkään olevan vain yksittäistapauksellisesta ilmiöstä. Väärän todistustaakan voitaneen myös lähtökohtaisesti katsoa ajankohtaistuvan pikemminkin puhtaissa riita-asioissa, joissa todistustaakkaa ja todistusharkintaa koskevaa menettelyä ei rasita vastaajan oikeusturvaa suojaava syyttömyysolettama ja favor defensionis -periaate, jotka sen sijaan rikosprosessioikeudessa ovat aivan keskeisiä.⁷¹ Todistustaakan osittaista siirtymistä työsyRJintätapauksen vastaajalle voitaneen pyrkiä siten selittämään jollakin muulla tavalla vielä täsmällisemmin.

Edellä on tuotu ilmi, että työsyRJintää koskevassa yksityisoikeudellisessa asiassa sovelletaan YVL 28 §:n ja Tasa-arvoL 9 a §:n mukaista legaalista presumptiota, joka perustuu mainittujen säädösten nimenomaisiin normeihin. On katsottu, että vastaavan vaikutuksen omaava presumptio voi muodostua kuitenkin myös faktisesti.⁷² Tämän suuntaisia ajatuksia on esitetty kirjallisuudessa nähdäkseni myös nimenomaan työsyRJintärikoksen kontekstissa, vaikkakaan

66 Pölönen 2003, s. 138.

67 Rudanko 2020, s. 142.

68 Hannu Tapani Klami – Marja Rahikainen – Johanna Sorvettula, Todistusharkinta ja todistustaakka. Lakimiesliiton kustannus 1987, s. 95.

69 Tästä on nähdäkseni kyse esimerkiksi edellä mainittujen ennakkopäätöksiin KKO 2012:27, KKO 2017:12 sekä KKO 2008:3 tapauksissa.

70 Rudanko 2020, s. 144.

71 Ks. esim. Tirkkonen 1969, s. 23–24; Virolainen – Pölönen 2003, s. 423–424.

72 Tirkkonen 1972, s. 110; Rudanko 2020, s. 453.

asiaa ei nimenomaisesti olekaan systematisoitu presumption kautta.⁷³ Siinä missä legaalinen presumptio on lainsäätäjän asettama todistustaakkaa ohjaava ja tuomioistuinta sitova normi, on faktinen presumptio muodostunut puolestaan oikeuskäytännössä ja on ulottuvuudeltaan sekä vakiintuneisuudeltaan vaihtelevampi ohje tai sääntö.⁷⁴ Tirkkonen on luonnehtinut faktista presumptiota sellaiseksi, joka on käsillä, kun tuomari vapaan harkinnan ja kokemussääntöjen perusteella pääättelee jonkin tosiseikan olevan todennäköisesti olemassa.⁷⁵

Faktinen presumptio voi siis olla sellainen oikeuskäytännössä usein noudatettava toimintamalli, joka reaalisesti ohjaa todistelua sekä harkintaa alkuperäisen todistustaakan taustalla, ja jota sovelletaan jonkin toistuvan tyyppitilanteen ratkaisijana.⁷⁶ Kun väärä todistustaakka liittyy Rudangon mukaan edellä mainitusti ad hoc -tilanteisiin, on presumptiossa puolestaan kyse enemmän säännönmukaisesta toimintatavasta.⁷⁷ Käytännössä väärä todistustaakka ja (faktinen) presumptio kuitenkin näyttäisivät muistuttavan melko suuresti toisiaan. Presumptio tekee jonkin tosiseikan todennäköiseksi, jonka jälkeen sen todistusvaikutus on kuitenkin kumottavissa vastanäytön avulla.⁷⁸

Näyttäisikin siltä, että nimenomaan jonkinlainen faktinen presumptio voisi selitysvoiltaan olla varsin lähellä sitä työsyRJintärikoksen todistustaakan kääntymistä koskevaa ilmiötä, jonka olen tuonut artikkelissa esille. Tämä tarkoittaisi taas sitä, että oikeuskäytännössä on omaksuttu työsyRJintää koskevan yksityisoikeudellisen legaalisen presumption kaltainen ja ainakin jossain määrin vakiintunut ratkaisumalli myös rikosprosessissa ilman, että tällaiselle syyttäjän tai asianomistajan todistustaakan helpotukselle löytyy säädetyistä laista tai lainsäätäjän tarkoituksesta tukea.

Tällainen havainto olisi varsin mielenkiintoinen ainakin kahdesta syystä. Ensinnäkin se merkitsisi varsin oleellista poikkeusta OK 17:3.1:n syyttäjän todistustaakkaan, jonka tulisi kattaa myös kaikenlaisten oikeuttamisperusteiden, eli tässä yhteydessä työnantajan menettelyn painavan ja hyväksyttävän syyn, puuttumisen näyttämisen. Lisäksi se merkitsisi tämän artikkelin kannalta mielenkiintoisella tavalla sitä, että työsyRJintärikoksen todistustaakkaa koskeva menettely ainakin jossain määrin näyttäisi mukautuvan työsyRJinnän siviiliprosessuaalisten menettelysääntöjen suuntaan. Näin ollen sillä, käsitelläänkö yksityisoikeudelliset vaatimukset adheesioprosessissa vai erillisenä riita-asiana, ei todistustaakkaa koskevan menettelyn suhteen olisikaan ehkä niin suurta käytännön eroa kuin miltä asia normatiivisella tasolla pintapuolisesti näyttää.

73 Ks. Nuutila – Melander 2013, s. 1275–1276.

74 Rudanko 2020, s. 453.

75 Tirkkonen 1972, s. 110.

76 Rudanko 2020, s. 454–455.

77 Rudanko 2020, s. 144.

78 Tirkkonen 1972, s. 110.

4. JOHTOPÄÄTÖKSET

Työsyrynnällä voi olla sekä rikos- että yksityisoikeudellisia seuraamuksia siihen syyllistyneelle työnantajalle ja tämän edustajalle. Siinä missä syyttäjän ajama rangaistusvaatimus tähtää pääasiallisesti julkista etua toteuttaviin päämääriin, kohdistuvat työsyrynnän yksityisoikeudelliset hyvitykset ja korvaukset suoraan työsyrynnästä kärsineeseen asianomistajaan. Näin ollen vahingonkorvauslain, yhdenvertaisuuslain, tasa-arvolain sekä työsopimuslain perusteella määrättävät hyvitykset ja korvaukset ovat työsyrynnän asianomistajan kannalta käytännössä varsin merkityksellisiä.

Työsyrynnän rikos- ja yksityisoikeudelliset vaatimukset voidaan käsitellä joko erillisinä rikos- ja riita-asioina, tai sitten vaihtoehtoisesti niin, että yksityisoikeudelliset vaatimukset kumuloidaan sivuvaatimuksina osaksi työsyryntää koskevaa rikosprosessia adheesioperiaatteen mukaisesti. Asianomistajan kannalta edellä mainittu prosessuaalinen valinta vaikuttaa lähtökohtaisesti varsin oleelliselta. Adheesioprosessissa asianomistaja nimittäin hyötyy yksityisoikeudellisen vaatimuksensa suhteen syyttäjän ajamasta todistelusta ja muusta oikeudenkäyntiaineistosta sekä toisaalta minimoi oman oikeudenkäyntikuluriskinsä, joka puolestaan erillisessä riita-asiasa voisi olla taloudellisesti hyvin merkittävä. Asianomistajan kannalta erillisyyden puolesta työsyryntätapauksessa puhuisi lähinnä vain tällaisissa riita-asioissa sovellettava legaalinen presumptio ja sitä seuraava käänteinen todistustaakka, joka helpottaa huomattavasti kantajan todisteluun liittyvää taakkaa ja riskiä. Rikosprosessissa tällainen syytetyn syyttömysolettaman ja itsekriminointisuojaan kanssa varsin ristiriitainen käänteinen todistustaakka ei taas voi tulla ainakaan sellaisenaan kyseeseen. Adheesioprosessissa asianomistajan yksityisoikeudellisten vaatimusten, sikäli kun ne perustuvat rangaistusvaatimuksen kanssa samaan teonkuvaukseen, on myös todistelumenettelyn osalta mukauduttava niihin sääntöihin ja periaatteisiin, joita asian suhteen on rikosasian käsittelyssä noudatettava. Käsillä on siis todistustaakan jakautumista koskeviin prosessisääntöihin liittyvä huomionarvoinen ristiriitatilanne.

Artikkelin alussa ensimmäiseksi tutkimuskysymykseksi määriteltiin sen selvittäminen, miten työsyryntärikoksen sekä siihen perustuvan yksityisoikeudellisen vaatimuksen todistustaakan jakautumista koskeva ristiriita voidaan jäsentää ja ratkaista adheesioprosessissa. Kun tarkastellaan työsyryntärikosta koskevaa korkeimman oikeuden ja hovioikeustason oikeuskäytäntöä sekä oikeustieteen piirissä esitettyjä puheenvuoroja hieman pintaa syvemmältä, voidaan kuitenkin huomata, että myös työsyrynnän rikosprosessuaalisessa menettelyssä saattaa olla piirteitä jonkinlaisesta vastaajalle kääntyvästä todistustaakasta. Yksi tapa selittää tätä ilmiötä voisi olla se, että RL 47:3:n työsyryntärikoksen rangaistavuuden poistava painava ja hyväksyttävä syy hahmotettaisiin jonkinlaisena oikeuttamisperusteena, jonka suhteen syytetyltä voitaisiin perustellusti vaatia aktiivista vastatodistelua. Yleisemmin ilmiön voisi toisaalta katsoa muistuttavan niin kutsuttua väärän todistustaakan tilannetta, jossa riittävän

uskottavan päänäytön jälkeen reaaliset seikat johtavat siihen, että vastaajan on esitettävä myös omaa syyttömyyttään osoittavaa vastanäyttöä siitä huolimatta, että lähtökohtaisesti rikosasian vastaajalla ei tällaista velvollisuutta tulisi olla.

Väärän todistustaakan on kuitenkin varsin perustellusti katsottu liittyvän pikemminkin tapauskohtaisesti muodostuviin ad hoc -todistelutilanteisiin kuin mihinkään säännönmukaisesti todistustaakan jakautumista koskevaan tuomioistuimen toimintatapaan. Selitysvoimaltaan parempi tapa hahmottaa todistustaakan kääntymistä työsyRJintärikoksen vastaajalle voisi olla jonkinlainen faktinen presumptio, joka muistuttaa läheisesti työsyRJinnän yksityisoikeudellisessa menettelyssä sovellettavaa todistustaakan jakautumista koskevaa legaalista presumptiota. Näyttäisi nimittäin siltä, että oikeuskäytännössä on omaksuttu jossain määrin säännönmukainen tai ainakin toistuva tapa edellyttää työsyRJintärikoksen vastaajalta aktiivisuutta oman syyttömyytensä puolesta puhuvan vastanäytön esittämisen suhteen ilman, että tällaiselle kääntyneelle todistustaakalle on löydettävissä tukea lainsäädännöstä. Tästä herää tietysti kysymys siitä, onko havaittu ilmiö ristiriidassa syytetyn syyttömyysolettaman ja itsekriminointisuojaan kanssa. Rudanko on tutkimuksessaan tuonut esiin, että sekä EU-lainsäätäjät että EIT ovat suhtautuneet sinänsä sallivasti presumptioiden käyttöön myös rikosoikeudessa ainakin joissakin tilanteissa, joskin tällöin ilmeisesti tulisi olla kyse pikemminkin nimenomaisesti säädetystä legaalista presumptiosta.⁷⁹ Tällainen rikosoikeudellinen legaalinen presumptio on meillä säädetty ainakin RL 10:9.4:ssä laajennetun rikoshyödyn konfiskaation tapauksessa.⁸⁰ Myös esimerkiksi verotusta ja ulkomaalaisasioita koskevissa hallinto-oikeudellisissa menettelyissä sovelletaan legaalisia presumptioita.⁸¹ Asia saattaisi kaivata laajempaa tutkimusta erityisesti sen suhteen, miten tässä artikkelissa esiin tuotu lakiin kirjaamaton faktinen presumptio voidaan hahmottaa syytetyn syyttömyysolettaman ja itsekriminointisuojaan turvaamisen näkökulmasta. Toisaalta herää myös kysymys, voisiko artikkelissa esiin tuodun kaltaisten faktisten presumptioiden käyttö olla laajempi ilmiö käytännön rikosoikeudellisessa lainkäytössä myös muunlaisten tunnusmerkistöjen yhteydessä.

Artikkelin toisen tutkimuskysymyksen tavoitteena oli löytää vastaus siihen, onko työsyRJinnän asianomistajan oikeuksiin pääsyn suhteen havaittavissa jokin todistustaakkasääntöjen ristiriitaan kohdentuva riski silloin, kun asianomistajan yksityisoikeudellinen vaatimus tutkitaan adheesioprosessissa erillisen riita-asian sijaan. Ensiksi todettakoon, ettei artikkelissa esiin tuotu työsyRJinnän faktista presumptiota koskeva havainto omaa sinänsä mitään itsenäistä vaikutusta nimenomaan adheesioprosessissa. Presumptio näyttäisi toisin sanoen ohjaavan työsyRJintärikoksen todistelumenettelyä oli kyse sitten adheesioprosessista tai puhtaasta

79 Rudanko 2020, s. 469–470; Ks. myös Lappalainen 1986, s. 451.

80 Joskaan tässä ei ole kysymys rikosoikeudellisesta syyksiluettavuusarvioinnista, vaan menettämisseuraamuksen edellytysten täyttymisestä.

81 Anna-Stiina Tarkka, Selvitysvelvollisuus ja todistustaakka – vertailevia näkökohtia hallinto- ja siviiliprosesseista. Lakimies 3–4/2015, s. 508–532, s. 518–519.

rikosprosessista. Presumption olemassaolo kuitenkin nähdäkseen loiventaa todistustaakan jakautumista koskevaa eroa käytännön lainkäytössä työsyrynnän erillisten rikos- ja riitaprosessien välillä. Tästä puolestaan seuraa se, ettei työsyryntätapauksen asianomistajan kannalta näyttäisi olevan ainakaan todistustaakkaan ja -harkintaan liittyvien seikkojen suhteen aivan niin suurta merkitystä sillä, tutkitaanko tämän yksityisoikeudellinen vaatimus adheesioprosessissa vai erillisenä riita-asiana, kuin miltä asia pintapuolisesti saattaa näyttää. Työsyryntätapauksen uhri näyttäisi siis pääsevän hyötymään tietynlaisesta syryntäolettaman syntymisestä sekä adheesioprosessissa että erillisessä riitaprosessissa. Näiden kahden erona on kuitenkin se, että ensiksi mainitussa tapauksessa presumption mahdollinen muodostuminen perustuu jonkinlaisiin oikeusperustaltaan epävarmoinhin reaalisiin näkökohtiin, vakiintuneeseen toimintatapaan sekä tuomioistuimen harkintaan, kun taas jälkimmäisessä tapauksessa kyse on nimenomaisesta lakiin kirjatusta ja tuomioistuinta sitovasta legaalisestä presumptiosta.

OBJEKTIIVINEN TODENNÄKÖISYYS OSANA TODENNÄKÖISYYS-TAHALLISUUTTA – JURIDIS-MATEMAATTINEN KATSAUS

Atro Kaarento

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol18iss1pp64-84>

Helsinki Law Review, 1/2024, pp. 64–84

© 2024 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



ABSTRACT

In Finnish criminal law, the lowest threshold of intent requires that a person considers the consequence specified in the statutory definition as a quite probable result of their act. However, the exact meaning of "quite probable" has sometimes proven difficult to pinpoint due to the somewhat unclear relationship between subjective and objective probabilities, as perceived by the perpetrator and outside observers, respectively.

In this paper, I specifically explore the relevance of objective probability in relation to criminal liability. By utilizing legal dogmatics, relevant case law, and interdisciplinary analysis, including probability theory, I aim to clarify how courts approach probability and how this relates to objective mathematical reality.

It is revealed, first and foremost, that objective probability, when available, holds significant practical relevance for courts in establishing liability—or the lack thereof. However, when examined mathematically, the accuracy of how courts process probabilistic events and render decisions appears to be somewhat inconsistent.

I. JOHDANTO

Suomalaisessa rikosoikeustieteessä rikos on vakiintuneesti määritelty laissa rangaistavaksi säädetyksi, inhimilliseksi teoksi.¹ Rikoksen sisäinen rakenne puolestaan on perinteisesti jaettu kolmeen osaan: tunnusmerkistön mukaisuuteen, oikeudenvastaisuuteen ja syyllisyyteen.² Tämän jaottelun rinnalle on nykyään hyväksytty myös kaksiportainen malli, jossa rikos on jaettu yksinkertaisemmin vastuuperusteisiin ja vastuuvapausperusteisiin.³ Omaksutusta rakennemallista riippumatta erittäin keskeinen rikosvastuukonstruktion osa on tahallisuusoppi, jolla tarkoitetaan sitä, että teon tekijä on pääsääntöisesti rikosoikeudellisessa vastuussa ainoastaan toimiessaan tahallisesti. Tämä periaate on kodifioitu oletusarvona myös Suomessa rikoslain (39/1889, RL) 3:5:ään.

Tahallisuus voidaan jakaa edelleen kolmeen asteeseen, kuten RL 3:6:ssä on tehty.⁴ Vahvimma heikoimpaan lueteltuina nämä tahallisuuden muodot ovat tarkoitustahallisuus, varmuustahallisuus ja todennäköisyystahallisuus. Kaksi ensin mainittua tahallisuuden muotoa ovat intuitiivisesti periaatteessa yksiselitteisiä: teko on tahallinen, mikäli tekijä tahtoi aiheuttaa seurauksen tai piti sen aiheutumista varmana. Kolmas ja lievin tahallisuuden muoto eli todennäköisyystahallisuus, joka edellyttää, että tekijä piti tekonsa seurausta ”varsin todennäköisenä”, puolestaan johtaa ajoittain todella monimutkaisiin ja vaikeisiin tilanteisiin, koska tekijän käsitystä todennäköisyydestä ei useinkaan ole yksiselitteistä konstruoida. Tässä tekstissä tarkoitukseni onkin valottaa juuri tätä tahallisuuden muotoa sekä tutkia sen soveltuvuutta lähemmin. Pääasiallisena tavoitteenani on tämän osalta selvittää vastausta seuraavaan tutkimuskysymykseen:

Mikä merkitys objektiivisella todennäköisyydellä on todennäköisyystahallisuuden arvioinnissa ja systematisoinnissa?

Kysymys on tärkeä jo siksi, että tahallisuuden ja täten mahdollisen rikosoikeudellisen vastuun toteutuminen vaatii ylipäänsä seurauksen todennäköisyyden arviointia jollakin tavalla. Kaikenlaisella todennäköisyyden arvioinnilla on toisaalta väistämättä jonkinlainen suhde matematiikkaan, jonka viitekehuksesta tosiasiallinen objektiivinen todennäköisyys, eli tavallaan reaalityodellisuus, hahmotetaan. Asian painoarvoa lisää edelleen osaltaan informaatioyhteiskunnan jatkuva kehittyminen: paremman tieteellisen teknologian ja alati

-
- 1 Näin esim. Brynolf Honkasalo, Suomen rikosoikeus. Suomalainen lakimiesyhdistys 1965, s. 18–19.
 - 2 Ks. esim. Sakari Melander, Rikoksen rakenne, s. 69–88 teoksessa Raimo Lahti (toim.), Rikosoikeuden muutos 1960-luvulta 2010-luvulle. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut 2013, s. 71.
 - 3 Mallin määritelmästä Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Tatu Hyttinen, Rikosoikeuden yleinen osa: vastuuoppi. Alma Talent 2019, s. 3; Hyväksyttävyydestä esim. Melander 2013, s. 77.
 - 4 Tässä tekstissä on yksinkertaisuuden vuoksi omaksuttu Tapanin – Tolvasen – Hyttisen semanttinen ratkaisu, jossa tahallisuudella tarkoitetaan seuraustahallisuutta ja olosuhdetahallisuudesta puhutaan termillä tietoisuus muista tunnusmerkistötekijöistä.

lisääntyvän tutkimustiedon ja muun datan ansiosta todennäköisyyksiä erinäisille tapahtumille on entistä useammin helpompi faktisesti määrittää. Hyvin usein tällainen tieto voisikin olla oikeudellisen ratkaisukäytännön kannalta relevanttia, mistä syystä on mielestäni tärkeää tutkia, miten siihen käytännössä voitaisiin suhtautua.

Tutkimuskysymykseen vastatakseni esittelen aluksi tiiviisti rikosoikeudellisen vastuuinstituution lainopillisen viitekehyksen kiinnittäen erityistä huomiota todennäköisyystahallisuuteen. Tämän jälkeen tutkin aihetta käsittelevää oikeuskirjallisuutta. Seuraavaksi käsittelen asian kannalta tarpeellisin osin matemaattisen todennäköisyyden käsitettä. Lopuksi tutkin aihepiiriin keskeisesti liittyviä korkeimman oikeuden ratkaisuja keskittyen eritoten todennäköisyyskäsitteen ja todennäköisyystahallisuuden käsittelyyn ja arviointiin. Metodologisesti tekstissä hyödynnetään ensinnäkin lainoppia voimassa olevan oikeuden hahmottamiseksi.⁵ Lainopillisen argumentaation tukena ja taustoittamiseksi hyödynnetään myös oikeusteoriaa.⁶ Näiden perinteisempien oikeustieteen metodien ohella tekstissä hyödynnetään monitieteisyyttä – lähinnä tarpeellisilta osin matematiikkaa. Yksinkertaisuuden vuoksi tekstissä on omaksuttu lähtökohtana ylempänä kuvattu kaksiportainen rikoksen rakennemalli.

Kaksiportaisessa mallissa vastuuperusteisiin luetaan rikoksen tunnusmerkistö, teko, syy-yhteys, vaara, tahallisuus ja tuottamus.⁷ Käytännössä rikos voidaan siis hahmottaa tämän tekstin yhteydessä tekona, jossa joku toimii – pääsääntöisesti rikoslain erityiseen osaan sijoitettujen – rikostunnusmerkistöjen kuvaamalla tavalla ja tahallisesti. Tahallisuuden ohella rikosvastuu voidaan erityisissä tilanteissa perustaa myös tuottamukseen eli huolimattomuuteen. Tuottamuvastuu koskee kuitenkin RL 3:5.2:n perusteella ainoastaan niitä tunnusmerkistöjä, joissa se on erikseen mainittu eikä sitä tällöin voida pitää tahallisuuden kaltaisena yleisenä vastuuperusteena, eikä sen yksityiskohtaisempi käsittely siten ole tämän tekstin tavoitteen kannalta tarkoituksenmukaista.

2. TAHALLISUUS RIKOSVASTUUN YLEISENÄ EDELLYTYKSENÄ

2.1. Tahallisuuden arviointi ja lajit

Tahallisuutta tarkasteltaessa on ensinnäkin tärkeää huomata, että muun muassa rikoslain yleisten oppien uudistuksen esitöiden perusteella tahallisuuden on kohdistuttava nimenomaan rikoksen tunnusmerkistöön⁸, mistä syystä tahallisuuden tarkastelu onkin tarkoituksenmukaisinta

5 Ari Hirvonen, Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Helsingin yliopisto 2011, s. 36–53.

6 Hirvonen 2011, s. 53.

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

8 Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi 44/2002 vp, s. 72.

liittää yleisemmin osaksi rikosvastuun tarkastelua. Tähän seikkaan viittaa osaltaan myös tahallisuutta jäsentävä RL 3:6, joka kuuluu seuraavasti: ”Tekijä on aiheuttanut *tunnusmerkistön mukaisen seurauksen* tahallaan, jos –” (korostus lisätty). Näin ollen pelkkää tahallista tekoa ei voida välttämättä pitää tahallisenä rikoksena. Asian havainnollistamiseksi voidaan kuvitella esimerkiksi tilanne, jossa joku hyppää yllättäen ampumaradalla ammutun luodin eteen. Vaikka ampumisteko itsessään on kiistatta useimmiten tahallinen, sitä ei voida rikosoikeudellisesti arvioida tappona taikka pahoinpitelynä, eli tahallisenä rikoksena, vaikka hyppääjä vammautuisi tai kuolisi asianomaisten tunnusmerkistöjen mukaisella tavalla, koska tunnusmerkistön aiheuttaminen itsessään ei olisi ollut tahallista.⁹

Tahallisuuden asteisiin (tarkoitustahallisuus, varmuustahallisuus ja todennäköisyystahallisuus) liittyvät olennaisesti myös tekijän tiedon ja tahdon käsitteet. Tämä jaottelu voidaan erotella myös esimerkiksi edellä mainitusta RL 3:6:stä, jonka mukaan tekijä on toiminut tahallisesti, ”jos hän on *tarkoittanut aiheuttaa* seurauksen taikka *pitänyt [sen] aiheutumista* varmana tai varsin todennäköisenä” (korostus lisätty). Tällöin tarkoitustahallisuus ilmentää vahvasti tekijän tahtoa (*tarkoittanut* aiheuttaa), ja varmuustahallisuus ja todennäköisyystahallisuus puolestaan ilmentävät lähinnä tekijän tietoa (*pitänyt* aiheutumista varmana tai varsin todennäköisenä). Tämä jaottelu voidaan esittää esimerkiksi pedagogisessa tarkoituksessa puhtaan suoraviivaisesti tällaisena, mutta todettakoon jo nyt yleisesti, että kaikenlaisessa tahallisuuden arvioinnissa – ja etenkin teorisoinnissa – voidaan hyödyntää tämän käsitteistön molempia puolia.¹⁰ Tarkoitustahallisuuteen taikka varmuustahallisuuteen ei ole tarkoitus tässä esityksessä palata enää tämän yksityiskohtaisemmin, paitsi tarpeen mukaan todennäköisyystahallisuutta taustoittaessa.

Nyt käsiteltävän seuraustahallisuuden lisäksi termillä tahallisuus tarkoitetaan joskus myös olosuhdetahallisuutta eli tietoisuutta muista tunnusmerkistötekijöistä. Tämä tarkoittaa sitä, että tunnusmerkistön mukaisuus edellyttää jonkin olosuhteen olemassaoloa.¹¹ Esimerkiksi RL 32:1:n kätkemisrikoksen tunnusmerkistön toteutuminen edellyttää, että kätkevä omaisuus on saatu varkaus-, kavallus-, ryöstö-, kiristys-, petos-, kiskonta- tai maksuvälinepetosrikoksella; tällaisessa tapauksessa tulee omaisuuden saamisen tahallisuuden ohella siis arvioitavaksi tekijän tietämys omaisuuden alkuperästä. Vaikka termistö on olosuhdetahallisuuden osalta samankaltainen kuin seuraustahallisuudessa, on kysymys kuitenkin erilaisesta käsitteestä, joka ei ole tarkalleen suoranaisesti tämän tekstin rajauksen sisällä.¹² Olosuhdetahallisuus liittyy käsiteltävään aiheeseen kuitenkin kiinteästi, sillä kun sitä ei ole nimenomaisesti määritelty

9 Vastaavanlaista pohdintaa myös esim. Sakari Melander, Rikosvastuun yleiset edellytykset. Tietosanoma 2016, s. 151.

10 Näin esim. Melander 2016, s. 152; huomiosta jäljempänä lähinnä Helena Vihriälä, Tahallisuuden näyttäminen. Helsingin yliopisto 2012.

11 Melander 2016, s. 151.

12 Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 285–287; ks. myös viite 4.

RL:ssa, sen alaraja on määritelty vakiintuneesti korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä todennäköisyystahallisuuden kautta.¹³ Tällöin sen käsittelyä voidaan tekstin tavoitetta silmällä pitäen pitää tarkoituksenmukaisena.

2.2. Todennäköisyystahallisuuden oikeusdogmatiikkaa

Todennäköisyystahallisuus saa sisältönsä keskeisimmin edellä kuvatusta RL 3:6:stä, jonka mukaan tahallisuus toteutuu, jos tekijä on pitänyt tekonsa seurausta varsin todennäköisenä. Koska ilmaisu ”varsin todennäköisenä” ei ole täysin yksiselitteinen, sen tulkittamisessa täytyy lainopillisesti turvautua muihin lähteisiin – ensi kädessä lainvalmisteluaineistoon.¹⁴ Kuten edellä on annettu ymmärtää, todennäköisyystahallisuutta ja muutenkin tahallisuuspoppia jäsentävä RL 3:6:n säännös on osa laajempaa rikoslain yleisten oppien uudistusta, jota varten on laadittu poikkeuksellisen laajamittainen valmisteluaineisto.

Esitöissä korostetaan ensinnäkin yleisesti tahallisuuden osalta, että juridinen tahallisuus on erotettava arkikielen samannimisestä termistä, jolla viitataan lähinnä tahtomiseen tai tekemiseen ”tieten tahtoon”.¹⁵ Samassa yhteydessä todetaan myös, että rikosoikeudellinen tahallisuus voi olla yhtäältä altaan arkitahallisuutta laajempi tai toisaalta suppeampikin. Jälkimmäinen tilanne voi olla käsillä esimerkiksi silloin, kun tahto toteutuu sinänsä epätodennäköisessä asiassa ikään kuin vahingossa.¹⁶ Esitöissä todetaan myös eksplisiittisesti, että ”[t]ahallisuuden sisältöä määritetään käyttäen apuna tahtoon, tietoon sekä paikoin myös asennoitumiseen liittyviä kriteereitä”.¹⁷ Lisäksi esitöissä perustellaan tahallisuusvastuuta kriminaalipoliittisesta näkökulmasta siten, että tahallisuusvastuun kattama toiminta osoittaa vihamielisyyttä tai piittaamattomuutta toisten eduista.¹⁸ Tällaisille huomioille voidaan antaa painoarvoa ainakin osana subjektiivisteleologista tulkintaa.¹⁹

Tahallisuuden alarajan punnintaan on esitöissä käytetty varsin paljon tilaa. Tiivistetysti voidaan esittää, että kyse on pitkälti ollut valinnasta positiivisen tahtoteorian (tekijä suhtautuu mahdolliseen seuraukseen positiivisesti) ja todennäköisyystahallisuuden välillä, missä on lopulta päädytty todennäköisyystahallisuuden omaksumiseen.²⁰ Nyt käsiteltävänä olevaa ilmaisua (varsin todennäköinen) esitöissä selvennetään muun muassa seuraavin luonnehdinnoin: ”Todennäköisyyden käsitteellä ei tässä tarkoiteta tilastomatemattisia laskelmia, vaan arkista,

13 Ks. esim. KKO 2014:5, KKO 2014:91.

14 Oikeuslähdeopista esim. Hirvonen 2011, s. 41–43.

15 HE 44/2002 vp, s. 71.

16 HE 44/2002 vp, s. 71–72.

17 HE 44/2002 vp, s. 72.

18 HE 44/2002 vp, s. 72.

19 Hirvonen 2011, s. 40 ja Aleksander Peczenik, Juridikens teori och metod. Norstedts Juridik 1995, s. 56.

20 HE 44/2002 vp, s. 71–88.

tekohetkellä tekijän näkökulmasta laadittavaa arviota siitä, kuinka uskottavana tekijä pitää tunnusmerkistön täyttymistä”; ”Ilmaisulla on tarkoitus kytkeä tahallisuusvastuu alkavaksi pisteestä, jossa tekijä pitää seurauksen syntymistä todennäköisempänä kuin sen syntymättä jäämistä. Jos molemmat vaihtoehdot ovat tekijälle yhtä uskottavia, tekoa ei voida pitää tahallisenä”; ja ”Arvio tehdään tekijän näkökulmasta ja tekohetken tilanteessa. Tekijällä tulee myös olla asiasta todellinen käsitys. Ei siis riitä, että tekijän olisi pitänyt tietää tunnusmerkistön täyttymisen todennäköisyydestä, jos hän ei kuitenkaan ole tästä ollut riittävässä määrin selvillä.”²¹

Yhteenvedona todennäköisyydestä tahallisuuden toteutumisesta voidaan lain ja esitöiden perusteella esittää ainakin seuraavat huomiot:

- 1) seurauksen on oltava tekijän omasta mielestä tekohetkellä todennäköinen;
- 2) vastuu realisoituu täsmälleen siitä pisteestä, kun tekijä pitää toteutumista todennäköisempänä kuin toteutumatta jäämistä, mikä viittaa subjektiiviseen 50:50-todennäköisyyskynnysarvoon; ja
- 3) vastuuta ei voitane perustaa ainakaan pelkästään objektiivisen todennäköisyyden taikka ”tilastomatematiikan laskelmien” varaan.

Seuraavaksi tekstin tarkastelu kääntyy siihen, mitä oikeustieteellisessä diskurssissa on aiheesta kirjoitettu.

3. TODENNÄKÖISYYSTAHALLISUUDEN MÄÄRITTELY JA TODENNÄKÖISYY SARVIOINNIN KOHDENTAMINEN OIKEUSKIRJALLISUUDESSA

3.1. Yleisiä luonnehdintoja

Todennäköisyydestä tahallisuutta ovat käsitelleet yleisesityksissään ainakin Melander ja Tapani – Tolvanen – Hyttinen.²² Aihetta ovat käsitelleet varsin yksityiskohtaisesti väitöskirjoissaan myös Matikkala sekä Vihriälä, joista jälkimmäisen huomioihin todennäköisyyssarvioinnin kohdentamisesta palataan seuraavassa alaluvussa kattavammin.²³ Voidaan yleisesti todeta, että esitetyt luonnehdinnat ovat pitkälti keskenään varsin samankaltaisia, jolloin ei ole nähdäkseen tarpeen referoida jokaista mahdollista teosta erikseen. Esitän sen sijaan tässä lähinnä esitysten yleiset linjaukset sekä mahdolliset omaleimaisemmat huomiot.

21 HE 44/2002 vp, s. 87–88.

22 Melander 2016; Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019.

23 Jussi Matikkala, Tahallisuudesta rikosoikeudessa. Vammala 2005; Vihriälä 2012.

Yleisesityksessään Melander kiinnittää ensinnäkin varsin yksityiskohtaisesti huomiota RL 3:6:n sanamuodon epäselvyyteen.²⁴ Tämän ohella hänen näkemyksensä mukailevat pitkälti lain esitöissä omaksuttuja linjauksia. Esimerkiksi Melanderin mukaan ”[tahallisuusarvioinnissa] on syytä korostaa sitä – lähtökohtaa, että kyseessä on *arkinen tekijän tekohetkellä toteuttama arvio seurauksen syntymisen uskottavuudesta*” (korostus Melander).²⁵ Edelleen hänen mukaansa ei voida sitoutua kategorisesti sellaiseen todennäköisyyssmalliin, jossa seurauksen syntymisen subjektiivinen mahdollisuus tekijän mielestä tulisi olla aina ”vähintään 50,1 prosenttia”, sillä todennäköisyyttä ei arkisessa tilanteessa arvioida hänen mukaansa tällä tavalla.²⁶ Hän kuitenkin huomauttaa myös, että tietynlaisissa tapauksissa arviointi voinee tosiasiallisesti lähentyä ”todennäköisyyslaskentaa muistuttavia malleja”.²⁷ Tämän lisäksi Melander esittää erityisiä perus- ja ihmisoikeudellisia huomioita. Keskeisimpänä näistä hän korostaa sitä, että muun muassa rikosoikeudellinen syyllisyysperiaate välttämättä edellyttää, että tahallisuusarviointi toteutetaan nimenomaan tekijän näkökulmasta.²⁸

Tapanin ym. mukaan todennäköisyyssysteemien komponentteja ovat seurauksen subjektiivinen ja objektiivinen todennäköisyys. Edelleen heidän mukaansa tosiasiallinen asiantuntijalausuntoon tai tilastotieteellisiin menetelmiin perustuva objektiivinen todennäköisyys muodostaa todennäköisyyssysteemien käsillä ololle kynnysehdon, jolloin todennäköisyyssysteemien sulkeutuu kategorisesti pois aina, kun seurauksen toteutumisen objektiivinen todennäköisyys on faktisesti pienempi tai yhtä suuri kuin 50 prosenttia.²⁹ Kääntäen ilmaistuna tahallisuusvastuu siis edellyttää heidän mukaansa aina yli 50 prosentin objektiivisen todennäköisyyden olemassaoloa. Subjektiivinen todennäköisyys puolestaan tarkoittaa Tapanin ym. mukaan tekijän omaa arviota seurauksen todennäköisyydestä. Heidän mukaansa on edelleen periaatteessa mahdollista, että vaikka objektiivinen todennäköisyys olisi tahallisuuskynnyksen kannalta tarvittavan suuri, voisi tekijän subjektiivinen näkemys asiasta poiketa siitä.³⁰ Toisaalta Tapanin ym. mukaan todennäköisyyden arviointi joudutaan käytännössä aina perustamaan objektiivisiin – eli ulkoisesti havaittaviin – seikkoihin, jolloin subjektiivinen ja objektiivinen todennäköisyys väistämättä jossain määrin sekoittuvat.³¹ Nämäkin huomiot mukailevat pitkälti esitöiden linjaa, joskin näin eksplisiittistä kannanottoa objektiivisesta alarajasta voidaan pitää mielestäni varsin rohkeana.

24 Melander 2016, s. 159 ja 161.

25 Melander 2016, s. 162.

26 Melander 2016, s. 162.

27 Melander 2016, s. 162.

28 Melander 2016, s. 162.

29 Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 278.

30 Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 279.

31 Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 279.

Erityisesti tahallisuutta käsittelevässä väitöskirjassaan Matikkala on ensinnäkin puolustanut subjektiivisen tahallisuusrajan asettamista 50 prosenttiin prosessiteknisten ja kriminaalipoliittisten tekijöiden ohella muun muassa kielellisillä ja sosiaalisilla syillä. Hänen mukaansa matalampaa rajaa voitaisiin myös perustellusti pitää mielivaltaisena, kuten esimerkiksi saksalaisen mallin osalta on tehty.³² Matikkala pohtii myös sitä, kuinka tulisi menetellä sellaisessa asiassa, jossa ”tekijä, vaikka hänellä olisi aikaa ja halua yrittää arvioida todennäköisyyksiä, ei pysty luokittelemaan seikkaa todennäköiseksi tai epätodennäköiseksi”.³³ Tämä huomio liittyy nähdäkseni kiinteimmin nimenomaan subjektiivisen ja objektiivisen todennäköisyyden ”väliin” jäävään alueeseen. Myös Matikkala esittää, että objektiivisen todennäköisyyden tulisi voida rajoittaa tahallisuuden toteutumista. Hän perustelee tätä myös todennäköisyystahallisuuden edellyttämän tiedon määritelmällä: hänen mukaansa ”tietohan” useimmiten edellyttää, että asia itsessään on myös totta.³⁴

3.2. Kohdentamisproblematiikka

3.2.1. Asian tausta ja merkitys

Edellä on lainvalmisteluaineistoon ja oikeuskirjallisuuteen nojaten kuvattu, että todennäköisyystahallisuudessa on kysymys nimenomaan *seurauksen aiheutumisen todennäköisyydestä*; tämä on myös eksplisiittisesti RL 3:6:n sanamuodon mukainen sisältö. Asiaa ei kuitenkaan voida pitää aivan näin selvänä: vaikka rikosoikeudelliset kriminalisoinnit edustavatkin luonteensa puolesta abstrahoituja tapahtumainkulkuja, joissa teko ja seuraus ovat tällä tavoin selkeästi eroteltavia rakenneosasia, voi reaalityodellisuus kuitenkin olla huomattavasti sekavampi. Keskeiseksi ongelmaksi voikin käytännössä muodostua itse todennäköisyyden arvioinnin ohella se, minkä tapahtuman – tai sen osan – todennäköisyyttä tarkalleen on ylipäänsä edes arvioitava.

Asian havainnollistamiseksi voimme jälleen kuvitella ampumisesimerkin. Yksiselitteisin muoto tällaisesta tapauksesta on sellainen, jossa A ampuu B:tä kohti välittömältä etäisyydeltä takaraivoon, nk. niskalaukauksella, tehokkaalla ja toiminnaltaan täysin varmallalla tuliaseella aiheuttaen B:n välittömän kuoleman. Jokaista B:n kuolemaan johtavan ketjun osaa voidaan pitää niin selvänä, että ainoa merkittävä tahallisuusarvioinnin kohde ylipäänsä on A:n tahto

32 Matikkala 2005, s. 460–461; ks. myös Rolf D. Herzberg, Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes. JuS 1986, s. 250–251.

33 Matikkala 2005, s. 461–462.

34 Matikkala 2005, s. 462. Matikkala viitanee tällä klassiseen epistemologian hyvin perusteltu tosi uskomus -määritelmään: ks. tästä lähemmin esim. Duncan Pritchard, What is this thing called knowledge. Third edition. Routledge 2014, erit. 3. luku.

aloittaa se – so. vetää liipaisimesta.³⁵ Asiaa voidaan kuitenkin problematisoida helposti jos siten, että A:n ja B:n välille asetettaisiin näköyhteyden estävä seinä. Tällaisessa tapauksessa jouduttaisiin ottamaan A:n surmaamistarkoituksen lisäksi kantaa siihen, kuinka todennäköistä osuminen yhtäältä B:hen ylipäänsä olisi ja toisaalta sellaiseen B:n kehon osaan, että osumasta seuraisi kuolema.³⁶ Asiaa voidaan edelleen mutkistaa siten, että seinä olisi osittain luodinkestävää materiaalia. Tällaisessa tapauksessa jouduttaisiin edellä esitetyn lisäksi pohtimaan sitä, kuinka todennäköisesti ammuttu projektiili läpäisee materiaalin. Epävarmoissa asioissa todennäköisyydet voivat siis monivaiheistua.

3.2.2. Huomioita oikeuskäytännöstä

Kohdentamisproblematiikkaa suomalaisessa oikeuskäytännössä on käsitelty erityisen kattavasti Helena Vihriälä. Käyn seuraavaksi lyhyesti läpi muutamia hänen esiin nostamiaan huomioita oikeustapauksista. Selventävänä huomautuksena mainittakoon, että tämän alaluvun tarkoituksena ei kuitenkaan ole toteuttaa sitä, mitä johdantokappaleessa on tarkoitettu viitatessa oikeuskäytännön käsittelyyn. Tarkoitus on nyt nimenomaan selvittää todennäköisyyden kohdentamisen arviointia – ts. sitä erillistä kysymystä, miten todennäköisyysarviointia on suomalaisissa ratkaisuisissa ylipäänsä kohdistettu. Varsinainen oikeuskäytännön arviointi tutkimuskysymyksen lähtökohtia silmällä pitäen toteutetaan jäljempänä luvussa 5.

Vihriälä kiinnittää huomiota ensinnäkin tapauksen KKO 1992:92 arviointiin. Tapauksessa ”A oli tahallaan kuljettanut henkilöautoa kovalla nopeudella vastaan tulevan liikenteen kaistalla noin 800 metriä. Tällä matkalla hän oli törmännyt vastaan tulleeseen B:n henkilöautoon, jolloin B oli saamiensa vammojen johdosta kuollut”.³⁷ Vihriälän mukaan KKO oli tapauksessa arvioinut ainoastaan törmäyksen aiheuttaman kuoleman todennäköisyyttä ja pitänyt törmäystä itsessään täysin varmana. Vihriälän mukaan tämä ratkaisussa omaksuttu lähtökohta on kyseenalaistettavissa: ”Voidaanko kuitenkaan lähteä siitä, että A olisi ajanut niin kauan vastaantulevan kaistalla, että törmäys olisi varmasti sattunut? Olisihan vastaaja voinut päättää ajaa esimerkiksi puuhun, jos hän halusi omaa kuolemaansa.”³⁸ Ratkaisussa on siis hänen mukaansa toteutettu kaksivaiheinen todennäköisyysarviointi, jossa on kuitenkin omaksuttu totuusarvoltaan epävarma lähtökohta. Vihriälän mukaan tapausta voitaisiinkin arvioida mielekkäämmin siten, että törmääminen käsitettäisiin A:n tarkoitukseksi ja seurauksen todennäköisyyttä arvioitaisiin ehdollisesti vain sen kautta, että se toteutuu. Hänen mukaansa

35 Tätä havainnollistaa esim. Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 265–268.

36 Näin esim. ratkaisussa KKO 1997:108.

37 KKO 1992:92, johdanto-osa.

38 Vihriälä 2012, s. 145.

tällainen arviointi on omaksuttu johdonmukaisesti esimerkiksi puukotustapauksissa, joissa ei tyypillisesti arvioida iskun paikantumisen todennäköisyyttä, vaan lähinnä puukottamistarkoitusta itseään ja vasta ehdollistetusti kuoleman mahdollisuutta.³⁹

Vihriälä ottaa kantaa myös osittain samankaltaiseen tapaukseen KKO 2004:120. Tässä tapauksessa ”A oli maantiellä ajanut suurella nopeudella takaa Y:n ohjaamaa autoa 18 kilometrin matkan, yrittänyt ohittaa sitä ja useaan kertaan tahallaan törmännyt siihen. Viimeisestä törmäyksestä Y:n ohjaama auto oli suistunut tieltä metsään. Tieltä suistumisen seurauksena autossa ollut X oli saanut surmansa”.⁴⁰ Vihriälän mukaan tapauksessa todennäköisyysarviointi on nyt eksplisiittisesti suoritettu kaksivaiheisesti. Hänen mukaansa tapauksessa arvioitiin yhtäältä, että Y:n auton hallinnan menettäminen oli ollut varsin todennäköistä ja toisaalta että tästä seuraava suistuminen tieltä ja X:n kuolema olivat myös olleet varsin todennäköisiä.⁴¹ Vihriälä esittää mielestäni varsin oivaltavan huomion siitä, että tapausta olisi voitu tällaisin perustein arvioida jopa kolmivaiheisesti: ulosajon todennäköisyys, puuhun törmäämisen todennäköisyys ja kuoleman todennäköisyys. Hänen mukaansa tällainen arviointi voisikin käytännössä mahdollistaa joissain tapauksissa seurauksen lopullisen kokonaistodennäköisyyden laskun epätuottavan pieneksi.⁴²

Näiden esimerkkien – ja laajemmin Vihriälän esityksen – perusteella voidaan todeta, että oikeuskäytännössä ei ole omaksuttu täysin yksiselitteistä tai johdonmukaista linjaa todennäköisyysarvioinnin kohdentamiselle.⁴³ Yhtäältä Vihriälän mukaan KKO on joissain tapauksissa ehdollistanut todennäköisyysarvioinnin tarkoitukselle, ja toisaalta joissain tapauksissa on suoritettu implisiittisesti tai eksplisiittisesti osittain laskennallisen kaltaista monivaiheista todennäköisyysarviointia. Vihriälän oman esityksen läpikantavana teesinä voidaan pitää kritiikkiä monivaiheista todennäköisyysarviointia kohtaan.⁴⁴ Hänen esittämänsä kritiikki sekä epäjohdonmukaisuutta että mahdollista kokonaistodennäköisyyskatoa kohtaan onkin mielestäni varsin ansiokasta. Toisaalta kuten aiemmin on todettu, reaalityöelämä on useinkin todella monimutkaista. Ei ehkä voitaisi myöskään kategorisesti sitoutua sellaiseen malliin, jossa tulisi arvioidavaksi aina vain yhden kriittisen vaiheen todennäköisyys, sillä tällaisessakin lähestymistavassa on omat haasteensa. Seuraavaksi käsittely kääntyykin siihen, mitä nämä lähtökohdat tarkoittavat varsinaisen todennäköisyyslaskennan osalta.

39 Vihriälä 2012, s. 146.

40 KKO 2004:120, johdanto-osa.

41 Vihriälä 2012, s. 146.

42 Vihriälä 2012, s. 147.

43 Vihriälä 2012, s. 144–147.

44 Vihriälä 2012, etenkin s. 147 huomiot: ”[v]oitaisiinko ajatella niin, että tarkastellaan menettelyä kokonaisuutena” ja ”[m]itään monivaiheista todennäköisyysarviointia ei tarvitsisi tehdä”.

4. LYHYT MATEMAATTINEN EKSURSIO – MITÄ TODENNÄKÖISYYS OIKEASTAAN TARKOITTA?

4.1. Todennäköisyys oikeustieteen ja matematiikan käsitteenä

Edellä on lakiin, esitöihin ja oikeuskirjallisuuteen perustuen kuvattu, että todennäköisyystahallisuudessa on lähinnä kyse tekijän subjektiivisesta mielipiteestä tekonsa seurauksen todennäköisyydestä. Toisaalta on myös esitetty, että objektiivisella todennäköisyydellä voi olla vastuun toteutumisen kannalta merkitystä ja myös että arviointi itsessään on pitkälti sidottu ulkoisiin seikkoihin. Tämän katsauksen perusteella oikeustieteen objektiivinen todennäköisyys on lainakäsite, joka vastaa matematiikan todennäköisyysteorian osa-alueen todennäköisyyden ominaiskäsitettä. Tällöin objektiivinen todennäköisyys saa tosiasiallisen merkityksensä matematiikan todennäköisyyden käsitteestä, ja siten sen syvällisempi tutkiminen edellyttääkin matemaattisen todennäköisyyden ymmärtämistä. Todennäköisyysteoriaa ei kuitenkaan ole yleensä käsitelty oikeustieteessä, jolloin sen kertaus on mielestäni tässä yhteydessä tarpeellista. Aiheen itsenäisen laajuuden vuoksi käsittely on kuitenkin nyt rajoitettu kattamaan vain olemassa olevan ratkaisukäytännön kannalta relevantti – eittämättä varsin suppea – osa todennäköisyysteoriasta. Käytän tässä osiossa pääasiallisena lähteenä Yrjö Juven teosta, mutta selkeyden vuoksi mainittakoon, että matemaattinen tieto on luonteeltaan pitkälti aksiomaattista, eikä siihen tällöin yleensä tarvitse viitata.⁴⁵

Nyt käsiteltävän aiheen (tahalliset rikokset) kannalta olennaisimpia ja ikään kuin aiheeseen laajemmin johdattelevia käsitteitä ovat nähdäkseni klassisen todennäköisyyden määritelmä, komplementtitapaukset ja niiden todennäköisyyksien summa, toisistaan riippumattomien tapahtumien todennäköisyys, binomitodennäköisyys sekä tilastollinen todennäköisyys. Seuraavaksi käyn lyhyesti läpi, mitä kullakin näistä termeistä tarkemmin tarkoitetaan. Käsittely ei välttämättä noudata matemaattista ilmaisu- tai todistuskonventiota, vaan esityksessä pyritään pikemminkin kansantajuistamaan näitä käsitteitä siten, että pääasiassa juridiikasta kiinnostuneiden on mahdollista ymmärtää niitä ilman laajempaa aiheeseen perehtyneisyyttä sekä toivottavasti osoittamaan, että tällaisen tarkastelun nitominen osaksi juridista arviointia on ylipäänsä mahdollista ja joskus tarkoituksenmukaistakin. Ilmaisua on tästä syystä pitkälti verbaalista, mutta kaavoja hyödynnetään viitteissä myös selkeyden ja objektiivisuuden vuoksi.

45 Yrjö Juve, Todennäköisyyslaskennan perusteet. Kirjayhtymä 1971; tarkemmin matemaattisista aksiomista ks. esim. Alfred N. Whitehead – Bertrand Russell, Principia mathematica. Cambridge University Press 1910.

4.2. Määritelmät

Klassinen todennäköisyys on määritelmällisesti suotuisten tapahtumien ja perusjoukon suuruuksien osamäärä.⁴⁶ Suotuisilla tapahtumilla tarkoitetaan sellaisia laskennallisia tapahtumia, jotka toteuttavat sitä ehtoa, jonka esiintymisen todennäköisyyttä yritetään laskea. Perusjoukolla puolestaan tarkoitetaan kaikkia asiassa mahdollisesti esiintyviä tapahtumia. Todennäköisyys on siis tavallaan suotuisten tapahtumien osuus kaikista tapahtumista.⁴⁷ Esimerkiksi tavallista noppaa heitettäessä saatu silmäluku voi olla mitä vain yhden ja kuuden väliltä, jolloin perusjoukon suuruus on kuusi. Todennäköisyys mille vain tietylle yksittäiselle silmäluvulle on tällöin yhden ja kuuden osamäärä.⁴⁸ Todennäköisyys voi olla enimmillään 1, jolloin tapahtuman todennäköisyys on täysin varma; tämä vastaa 100 prosenttia.

Komplementtitapahtumilla tarkoitetaan tässä kontekstissa suotuisten ja muiden kuin suotuisten tapahtumien uniikkeja joukkoja.⁴⁹ Jos esimerkiksi aikaisemmassa esimerkissä olisi nimenomaan haluttu heittää nopalla luku kolme, olisivat komplementtitapahtumia keskenään kolme ja muut luvut yhdestä kuuteen paitsi kolme.⁵⁰ Tämän kannalta on olennaista lähinnä tietää, että kaikkien komplementtitapahtumien todennäköisyyksien summa on aina 1. Asiaa havainnollistaa ylempi esimerkki: noppaa heittäessä silmäluvun on aina oltava kolme tai jokin muu luku yhden ja kuuden välillä kuin kolme. Komplementtitapahtumista voidaan edelleen tämän nojalla todeta, että jonkin asian käänteistapahtuman todennäköisyys on yhden ja alkuperäisen tapahtuman todennäköisyyden erotus. Käänteistapahtumalla tarkoitetaan sitä, että alkuperäinen tapahtuma ei tapahdu: ylemmässä esimerkissä siis sitä, että heitetään jokin muu silmäluku kuin kolme.⁵¹

Toisistaan riippumattomien tapahtumien todennäköisyydellä tarkoitetaan sitä todennäköisyyttä, että kahdesta tai useammasta tapahtumasta molemmat tapahtuvat, kun niiden itsenäiset todennäköisyydet eivät riipu toisistaan. Havainnollistavana esimerkkinä voidaan kuvitella, että nopalla heitetyn kolmosen jälkeen kolikolla heitetään klaava. Tällaisessa tapauksessa kokonais-todennäköisyys lasketaan itsenäisten todennäköisyyksien tulona – ts. todennäköisyydet kerrotaan toisillaan.⁵² Tämä vastaa myös aikaisemmin kuvattua todennäköisyysarvioinnin vaiheistumista.

46 Suuruudella tarkoitetaan tässä yhteydessä joukon alkioden lukumäärää.

47 Juve 1971, s. 14–15.

48 Matemaattisesti ilmaistuna $P(A) = n/k$, missä A on halutun silmäluvun arvo, n on suotuisten tapahtumien määrä ja k on perusjoukon suuruus.

49 Komplementtitapahtumat siis muodostavat perusjoukon osituksen.

50 Juve 1971, s. 26. Matemaattisesti A ja B ovat komplementteja, jos ja vain jos $A \cap B = \emptyset$ ja $A \cup B = E$, jossa E on perusjoukko.

51 Matemaattisesti $P(\text{ei } A) = 1 - P(A)$.

52 Juve 1971, s. 29–30. Matemaattisesti $P(A \text{ ja } B) = P(A) \cdot P(B)$, missä $P(B)$ on klaavan heittämisen todennäköisyys.

Binomitodennäköisyys voidaan tavallaan ymmärtää toisistaan riippumattomien tapahtumien todennäköisyyden erityistapauksena, jossa tapahtumien todennäköisyydet pysyvät yhtä suurina ja tapahtuma on binäärinen eli se joko tapahtuu tai ei tapahdu. Tarkemmin ilmaistuna binomitodennäköisyydessä on kysymys siitä, millä todennäköisyydellä jonkin asian seuraus tapahtuu ja kuinka monta kertaa, kun tapahtumaa toistetaan määrätyn monta kertaa. Tällöin binomitodennäköisyyden avulla voidaan selvittää, mikä on jonkin toistetun tapahtuman ilmenemisen todennäköisyys tietyllä toistokerralla tai käänteisesti, kuinka monta toistokertaa tietyn kokonaistodennäköisyyden saavuttaminen tietyssä tilanteessa vaatii. Lisäksi binomitodennäköisyydellä voidaan myös selvittää, millä todennäköisyydellä seuraus tapahtuu juuri tietyn monta kertaa tai vähintään tietyn monta kertaa.⁵³

Tilastollisella todennäköisyydellä tarkoitetaan klassista todennäköisyyttä, joka lasketaan kerätyn aineiston perusteella. Kyse ei tällöin ole samalla tavalla puhtaasti matemaattisesta käsitteestä. Aiheen syvempi tarkastelu ei ole tämän esityksen kannalta tarkoituksenmukaista, mutta asianmukaisesti määritettyä tilastollista todennäköisyyttä voidaan pitää luotettavana kuvauksena reaalityodellisuudesta.⁵⁴

5. OBJEktiivISEN TODENNÄKÖISYYDEN ARVIOINTI OSANA OIKEUDELLISTA RATKAISUA

5.1. Aluksi

Tapaukset, joissa objektiivinen todennäköisyys tai sen arviointi on selkeästi havaittavissa, ovat ymmärrettävästi verrattain harvinaisia. Merkittävimmät tällaiset tapaukset voidaan jakaa kahteen ryhmään: HIV-tartuntaan liittyvien ratkaisujen ryhmä (keskeisimmin KKO 2015:84, KKO 2017:8 sekä erityisesti sen taustalla oleva käräjäoikeuden ratkaisu ja KKO 2021:64) sekä ratkaisujen KKO 2013:82 ja KKO 2014:54 muodostama laskennallisten tapausten ryhmä. Näistä ensin mainitussa on kyse lähinnä tilastolliseen todennäköisyystietoon perustuvasta todennäköisyysarviointista ja jälkeen mainitussa pikemminkin puhtaasti laskennallisesta todennäköisyydestä. Tämä jaottelu perustuu siis siihen, että ensin mainitussa ryhmässä todennäköisyysarviointi – tai vähintäänkin tieto, johon se perustuu – on ulkoistettua ja

53 Juve 1971, s. 44–45. Matemaattisesti $P(X=k) = \binom{n}{k} p^k (1-p)^{n-k}$, missä X on satunnaismuuttuja kokeiden onnistumisen määrälle, p on tapahtuman todennäköisyys yksittäisessä kokeessa, n on toistojen määrä ja k on onnistuneiden kokeiden määrä. Tämä on siis perustapaus; tekstissä viitattiin myös tilanteisiin, joissa $X < k$ tai $X > k$; näiden laskeminen vaatii summan tai binomijakauman hyödyntämistä.

54 Totuusarvosta oikeustieteen osalta ks. esim. Hannu Tapani Klami, Todistusratkaisu. Talentum 2000; Mari Okkonen, Laskentateoreettinen todistusharkinta. Helsingin yliopisto 2014; Anu Mantila, Hallinto- ja siviiliprosessuaalisten ratkaisujen merkitys rikosprosessissa. Lapin yliopisto 2020.

jälkimmäisessä puolestaan sekä todennäköisyysarviointi että sen matemaattinen taustatieto ovat kokonaisuudessaan tuomioistuimen itsensä toteuttamaa ja tuottamaa. Toisaalta kuten havaitaan, tuomioistuin voi myös toki arvioida ja jalostaa itsenäisesti ulkoisestikin tuotettua tietoa, joten tämä jaottelu ei ole siten tältä osin täysin ehdoton. Käyn seuraavaksi läpi, millainen todennäköisyys on tapauksissa objektiivisesti ollut sekä miten tuomioistuin on sitä arvioinut.

5.2. HIV:n tartuntaan liittyvät ratkaisut

Ratkaisussa KKO 2015:84 oli käsiteltävänä HIV-rikoksen yksinkertaisin muoto:

”A oli tietoisena HIV-infektiostaan ollut suojaamattomassa sukupuoliyhteydessä B:n kanssa kertomatta tälle sairaudestaan. HIV-infektio ei ollut tarttunut B:hen. Kysymys siitä, oliko HIV-infektion tarttumista pidettävä sillä tavalla todennäköisenä, että teko oli luettava A:n syyksi törkeään pahoinpitelyn yrityksenä.”⁵⁵

Tässä tapauksessa oli käsiteltävänä siis nimenomaan yksi, suojaamaton yhdyntäkerta.⁵⁶ Korkein oikeus totesi empiiriseen – so. tilastolliseen – todennäköisyyteen pohjautuvaan asiantuntijalausuntoon perustuen, että todennäköisyys B:n tartunnan saamiselle olisi enimmillään 1:200–1:2000 eli 0,05–0,5 prosenttia. Korkein oikeus katsoi myös, että A:n käyttämän lääkityksen myötä todennäköisyys saattoi olla jopa tätä matalampi eikä A:n sairastama C-hepatiitti myöskään olennaisesti muuttanut tilannetta.⁵⁷ Tämän osalta voidaan siis tyhjentävästi todeta, että tahallisuusarviointi on eksplisiittisesti kohdistettu yksittäiseen tapahtumaan – jolloin kyseessä on edellisessä jaksossa kuvatun klassisen todennäköisyyden yksinkertaisin muoto – ja tahallisuuden mahdollisuus on sulkeutunut pois pistemäisen objektiivisen todennäköisyyden ollessa erittäin pieni, minkä vuoksi KKO hylkäsi syytteen.⁵⁸

Ratkaisussa KKO 2021:64 päädyttiin olennaisilta osin samankaltaisen tosiseikaston myötä samaan lopputulokseen. Ratkaisuja voidaan mielestäni täten objektiivisen todennäköisyyden näkökulmasta pitää kokonaisuudessaan tyydyttävänä ja johdonmukaisina. Toisaalta esim. Hyttisen – Tapanin mukaan KKO ei ole eksplikoinut ratkaisussa KKO 2015:84 sitä, johtuiko tahallisuuden puute objektiivisesta vai subjektiivisesta todennäköisyydestä, vaikka arviointi viittaisikin kiinteästi ensin mainittuun.⁵⁹ Tämän puutteellisuuden on tunnistanut myös Nuotio.⁶⁰

55 KKO 2015:84, johdanto-osa.

56 KKO 2015:84, perustelujen kohdat 14–16.

57 KKO 2015:84, perustelujen kohta 22.

58 KKO 2015:84, perustelujen kohta 22.

59 Tatu Hyttinen – Jussi Tapani, HIV-infektio ja rikosoikeudellinen vastuu. Lakimies 6/2017, s. 767–788, s. 773.

60 Kimmo Nuotio, Todennäköisyydestä tahallisuuden tilasta ja tarinasta. Lakimies 7–8/2017, s. 970–991, s. 989.

Kuitenkin esimerkiksi Melanderin mukaan ”[t]ahallisuuden mahdollisuus on ratkaisussa KKO 2015:84 sulkeutunut pois objektiivisen arvioinnin kautta”.⁶¹

Ratkaisu KKO 2017:8 puolestaan on olennaisilta osin monimutkaisempi:

”A oli tietoisena HIV-infektiostaan ollut lukuisia kertoja suojaamattomassa sukupuoliyhteydessä aviopuolionsa B:n kanssa kertomatta tälle sairaudestaan. HIV-infektio oli tarttunut B:hen. HIV-infektio katsottiin törkeään pahoinpitelyn tunnusmerkistössä tarkoitetuksi vakavaksi sairaudeksi ja A:n syyksi luettiin törkeä pahoinpitely.”⁶²

Tämän tapauksen käsittelyn pohjustamiseksi on syytä ensinnäkin selvittää, että ratkaisussa voidaan tahallisuuden käsittelyn osalta arvioida ainoastaan käräjäoikeuden ratkaisua, sillä KKO:ssa oli A:n valituksesta tutkittavana enää ainoastaan se, oliko [jo] syyksiluettua pahoinpitelyä pidettävä törkeänä sekä erillinen kysymys rangaistuksen mittaamisesta.⁶³ Tahallisuuden osalta KKO oli puolestaan eksplisiittisesti todennut, että “[s]yyksilukeminen on tahallisuuden osalta lainvoimainen” eikä se siten ottanut – tai edes olisi voinutkaan ottaa – itsenäisesti kantaa varsinaiseen tahallisuusarviointiin.⁶⁴

Ratkaisutekstissä ei ole esitetty täysin yksiselitteisesti, kuinka monesta yhdyntäkerrasta asiassa oli ollut kyse. Perusteluissa kuitenkin mainitaan, että yhdyntäkertoja oli ollut ”todennäköisesti noin 100”, mihin lukumäärään käräjäoikeus oli myös KKO:n mukaan perustanut arviointinsa ja tuomionsa.⁶⁵ Tartuntariskin todennäköisyytenä yksittäisessä yhdyntätapauksessa oli puolestaan pidetty 1:1000–1:100 eli 0,1–1 prosenttia.⁶⁶ Binomitodennäköisyyden avulla voimme laskea, että tosiasiallinen todennäköisyys sille, että HIV tarttui B:hen vähintään kerran, oli enimmillään 63 prosenttia ja vähimmillään 9,5 prosenttia.⁶⁷ Koska todennäköisyyden keskiarvo on ollut noin 36,3 prosenttia, voidaan käräjäoikeuden ratkaisua pitää jossain määrin ongelmallisena, mikäli tahallisuuden reunaehtona tosiaan pidetään objektiivisen todennäköisyyden 50 prosentin kynnyсарvoa. Tätä puoltaa myös *in dubio pro reo* -periaate, jonka tulisi edelleen osaltaan ohjata matalamman todennäköisyyden omaksumisen suuntaan.⁶⁸

61 Melander 2016, s. 168.

62 KKO 2017:8, johdanto-osa.

63 KKO 2017:8, muutoksenhaku korkeimmassa oikeudessa.

64 KKO 2017:8, perustelujen kohta 3.

65 KKO 2017:8, perustelujen kohta 22.

66 KKO 2017:8, eri mieltä olevien jäsenten lausunto.

67 Tämä on siis kaikkien mahdollisten binomitodennäköisyyksien, joissa tartunta tapahtuu 1–100 kertaa, summa. Todennäköisyys p on joko 0,01 tai 0,001, jolloin kokonaistodennäköisyys: $P(X \geq 1) = \sum_{k=1}^{100} \binom{100}{k} p^k (k-p)^{100-k} = 0,633976$ tai 0,095270.

68 Ks. esim. Tuula Linna – Dan Helenius, Siviili- ja rikosprosessioikeus. Alma Talent 2021, s. 470.

Tältä osin onkin varsin mielenkiintoista pohtia, miten asiassa olisi toimittu, jos A olisi ylemmissä oikeusasteissa vedonnut tahallisuuden puuttumiseen tällaisiin laskelmiin vedoten. Toisaalta sen, että KKO ei ottanut tässä tapauksessa tahallisuuteen kantaa, voidaan myös osaltaan argumentoida vahvistavan tulkintaa objektiivisen todennäköisyyden kynnysarvosta, sillä tältä osin ongelmallinen kannanotto ei nyt saanut ennakkotapausarvoa.

5.3. Numeeriset tapaukset

5.3.1. KKO 2013:82

Tässä ratkaisussa oli kyse varsin klassisesta matemaattisesta rikosoikeudellisesta kysymyksestä eli venäläisestä ruletista:

”A oli kaksi eri kertaa pyöräyttänyt sattumanvaraisesti revolverin patruunarullaa ja pyöräytysten jälkeen laukaissut aseensa metrin etäisyydeltä kohti B:n otsaa. Sen jälkeen A oli tietoisesti siirtänyt patruunarullaa niin, että patruuna oli ollut iskurin kohdalla ja osoittanut aseella B:n päähän. Kun A oli tämän jälkeen laskenut aseensa ja ryhtynyt vapauttamaan iskuria, ase oli lauennut. B:lle oli aiheutunut luodin kimmokkeesta lievä vamma.”⁶⁹

Korkeimmassa oikeudessa oli tapauksen osalta tutkittavana ainoastaan se, ”oliko hovioikeuden ratkaisussa todettujen seikkojen perusteella B:n kuolemaa pidettävä A:n laukausten varsin todennäköisenä seurauksena siten, että hänen on katsottava syyllistyneen tapon yritykseen”.⁷⁰ KKO oli siis hyväksynyt premisseinä yhtäältä sen, että A:lla ei voinut olla tietoa siitä, onko patruuna juuri iskurin kohdalla ja toisaalta myös sen, että aseensa lauetessa B:n kuolema olisi sen täysin varma seuraus. Objektiivisen todennäköisyyden osalta voidaan todeta, että asiassa on kyse tilanteesta, jossa yksittäisen tapahtuman – eli aseensa laukeamisen liipaisinta vedettäessä – todennäköisyys on 1:6 eli noin 16,7 prosenttia. Koska revolverin makasiinia on pyöritetty ennen kumpaakin liipaisimenvettoa, on kyse kahdesta identtisestä toisistaan riippumattomasta tapahtumasta. Tällöin kokonaistodennäköisyys sille, että ase laukeaa vähintään yhden kerran, on noin 30,6 prosenttia.⁷¹

69 KKO 2013:82, johdanto-osa.

70 KKO 2013:82, perustelujen kohta 9.

71 Matemaattisesti $P(L_{\text{kok}}) = 1 - P(W_1) \cdot P(W_2) = 1 - (\frac{5}{6})^2 \approx 0,3056$, missä L on aseensa laukeaminen ja W tilanteesta selviäminen.

Ratkaisun perusteella on hieman epäselvää, miten KKO tarkalleen on arvioinut todennäköisyyttä tässä tapauksessa. Ensinnäkin KKO viittaa perusteluissaan siihen, että käräjäoikeus on todennut kuoleman aiheuttamisen todennäköisyyden olleen molemmilla laukaisukerroilla noin 17 prosenttia eikä tätä lähtökohtaa ole myöhemmin ratkaisussa kiistetty.⁷² Esitetty prosenttiluku on sinänsä oikea, mutta mielestäni osaltaan harhaanjohtava, koska todennäköisyysarviointi lienee tapauksessa kuitenkin kohdistettu kattamaan koko kahden laukauksen muodostama tekokokonaisuus, jossa seurauksen aiheutumisen todennäköisyys on faktisesti ollut edellä mainittu 30,6 prosenttia. Kaksivaiheista todennäköisyysarviointia tukee osaltaan ensinnäkin kysymyksenasettelun ilmaisu ”kuolemaa pidettävä *laukausten* – – seurauksena” (korostus lisätty) sekä perusteluissa esitetty huomio A:n toiminnasta ja sen arvioinnista: ”Arvioitaessa seurauksen syntymisen todennäköisyyttä, sellaisena kuin A on sen itse voinut havaita, on kuitenkin otettava huomioon, että A:n käyttämässä revolverissa on ollut yksi panos ja että hän on erikseen pyöräyttänyt lipasta ennen kumpaakin laukausta.”⁷³ Rivien välistä voidaan myös johtaa se tulkinta, että KKO on pitänyt makasiinin pyöräyttämistä laukausten välissä kokonaistodennäköisyyttä laskevana seikkana, mikä on tietysti osaltaan oikea päätelmä, mutta juuri tässä tapauksessa käytännön merkitykseltään varsin vähäinen.⁷⁴

KKO on myös viitannut tämänkin tekstin 2 luvussa käsiteltyyn rikoslain esitöiden kohtaan, jonka perusteella tahallisuusarvioinnissa ei ole kyse tilastomatemaattisista laskelmista.⁷⁵ Tästä huolimatta KKO on kuitenkin arvioinnissaan ensin esittänyt väitteen objektiivisesta todellisuudesta: ”Tässä tapauksessa on ollut selvästi todennäköisempää, että syytteessä kuvatusta A:n menettelystä ei aiheutunut B:n kuolema kuin että se olisi aiheutunut” ja vasta seuraavassa virkkeessä todennut, että A:n subjektiivista näkökulmaa ei ole syytä arvioida toisin: ”Korkein oikeus katsoo, ettei teko-olosuhteissa ole ilmennyt sellaisia aseeseen tai tapahtumainkulkuun muutenkaan liittyviä seikkoja, joiden perusteella seurauksen syntyy liittyvää todennäköisyyttä olisi syytä arvioida A:n tekohetkisestä näkökulmasta muulla tavoin.”⁷⁶ Ottamatta laajemmin kantaa ratkaisun kriminaalipoliittisiin implikaatioihin, voidaan todeta, että nykyisenmallisen todennäköisyystahallisuuden kannalta asiassa annettu tapon yrityksen hylkäävä ratkaisu on ainoa hyväksyttävä ratkaisu.

72 KKO 2013:82, perustelujen kohta 4.

73 KKO 2013:82, perustelujen kohta 13.

74 Jos makasiinia ei pyöritettäisi laukausten välissä, todennäköisyys olisi toisen laukauksen osalta 1:6:n sijaan 1:5, koska perusjoukon suuruus on edellisen laukauksen johdosta vähentynyt yhdellä. Tällöin todennäköisyys aseiden laukeamiselle vähintään kerran on n. 33,3 prosenttia eli hieman suurempi. Tällaisessa tapauksessa menettelyä jatkettaessa kokonaistodennäköisyys myös lähestyy yhtä huomattavasti nopeammin – lopulta saavuttaenkin sen –, koska jokainen sylinteri käydään läpi. Näin myös Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 280.

75 KKO 2013:82, perustelujen kohta 11.

76 KKO 2013:82, perustelujen kohta 14.

Asia on pitkälti käsitetty näin myös oikeuskirjallisuudessa. Esimerkiksi Siltalan mukaan tapaus edustaakin tilannetta, jossa ”tilastotieteellinen todennäköisyyskäsitys omaksuttiin sellaisenaan keskeiseksi ratkaisupremissiksi osana rikosoikeudellista tahallisuuskonstruktiota”.⁷⁷ Tällaisena sen ovat hyväksyneet myös esim. Nuotio, Melander ja Tapani – Tolvanen – Hyttinen.⁷⁸ Lisäksi Hyttinen on todennut tämän ratkaisun ja aiemmin käsitellyn ratkaisun KKO 2015:84 osalta, että ”[e]ltenkin seuraustahallisuudesta puhuttaessa tilastomatematiikkaa korostavaa ratkaisukäytäntö on perusteltu”.⁷⁹ Toisaalta tapauksen todennäköisyyden kohdentamisarvioinnin tulkinta on ollut jossain määrin vaihtelevaa. Esimerkiksi Melander käsittää todennäköisyysarvioinnin – osaltaan KKO:n tavoin – sinänsä yksivaiheisena, mutta liittää useampaan laukaisuun volitiivisia elementtejä.⁸⁰ Nuotio ja Hyttinen puolestaan ovat käsittäneet teon kahden laukauksen kokonaisuutena ja arvioineet todennäköisyyden olennaisesti samoin kuin tässä tekstissä on esitetty.⁸¹

5.3.2. KKO 2014:54

Tässä suojaikärajaan liittyvässä tapauksessa ”A oli ollut lokakuun lopussa sukupuoliyhteydessä B:n kanssa, joka seuranneen joulukuun lopussa oli täyttänyt 16 vuotta. A oli tiennyt B:n syntymävuoden mutta ei sitä, että tämä ei ollut vielä saavuttanut rikoslain 20 luvun 6 §:n tunnusmerkistössä määriteltyä 16 vuoden ikärajaa.” KKO:ssa arvioitavana oli kysymys A:n tahallisuudesta.⁸² Tässä ratkaisussa oli siis kyse nimenomaan tietoisuudesta tunnusmerkistökiteijöistä; pelkän seuraustahallisuuden osalta tapaus olisi riidaton ja yksiselitteinen. Teko oli tapahtunut sen vuoden lokakuun 29. päivänä, jona B oli täyttävä 16. Lokakuun 29. on tavallisen vuoden 302. päivä, jolloin objektiivinen todennäköisyys sille, että B ei ollut vielä täyttänyt 16 vuotta oli suunnilleen 17,3 prosenttia.⁸³ Asiassa on myös katsottu näytetyn toteen, että B on näyttänyt A:n yli 16-vuotiasta sisarta vanhemmalta; on kuitenkin mielestäni hieman epäselvää, miksi tälle asialle tulisi antaa merkitystä, kun A on kuitenkin tullut B:n syntymävuodesta tietoiseksi ennen tekoa. Tässäkin tapauksessa KKO on todennut objektiivisen todennäköisyyden olleen niin pieni, että tahallisuuden ei tyydyttävästi voitu katsoa täyttyneen:

77 Raimo Siltala, ”...ei luonnollisella järjellä, vaan keinotekoisella juridisella järjellä ja oikeudellisella arvostelmalla”. Normit ja konstruktiot oikeudellisessa päätelyssä. Oikeustiede - Jurisprudentia LII:2019, s. 249–308, s. 267.

78 Nuotio 2017, s. 985; Melander 2016, s. 167, huom. tosin aikaisempi varaus ”todennäköisyyslaskentaa muistuttava”, viite 27; Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 279–281.

79 Tatu Hyttinen, Olosuhdetahallisuuden vakioitu alaraja – Oikeusturvaa vai korkeimman oikeuden retoriikkaa. Defensor legis 6/2016, s. 916–933, s. 921

80 Melander 2016, s. 167–168.

81 Hyttinen 2016, s. 920; Nuotio 2017, s. 984.

82 KKO 2014:54, johdanto-osa.

83 $P(ei\ 16)=1-P(16)=1-\frac{302}{365}\approx 0,17260$.

”Tietäessään B:n syntyneen vuonna 1995 A on voinut pitää huomattavasti todennäköisempänä sitä, että B jo sukupuoliyhteyden aikaan oli täyttänyt 16 vuotta kuin sitä, että hän ei vielä ollut saavuttanut tuota ikää.”⁸⁴ Omaksuttujen lähtökohtien valossa tätäkin vapauttavaa ratkaisua on nähdäkseni pidettävä oikeana. Nuotio on pitänyt tätä tapausta oikeustilaa selventäneenä ”vedenjakajatapauksena” ja sikäli onnistuneena.⁸⁵

5.4. Lyhyesti tällaisten tapausten ei-matemaattisesta kritiikistä

Vaikka laskennalliset perustelut on laajalti lainopillisesti hyväksytyt, on tämänkaltaisen ratkaisukäytännön yleistä mielekkyyttä sekä näitä tapauksia erityisesti kritisoitu oikeuskirjallisuudessa hyvin kattavasti. Esimerkiksi venäläisen ruletin osalta on jo kauan ennen ratkaisua KKO 2013:82 suhtauduttu torjuvasti jo siihenkin, että yhdellä kierroksella pelattavassa venäläisessä ruletissa tekijän ei voitaisi käsittää toimineen tahallisesti edes seurauksen realisoituessa.⁸⁶ Kritiikkiä on tältä osin jatkettu myös oikeustapauskommenteissa ratkaisun antamisen jälkeen.⁸⁷ Myös HIV:n tarttumisen osalta on pitkään pidetty yhtäältä vaarannetun oikeushyvän riskeeraamisen ja toisaalta tahallisuuden puuttumisen välistä ristiriitaa ongelmallisena.⁸⁸ Toteutunutta ratkaisulinjaa on pidetty laajemminkin epäselvänä mm. tahallisuuden lajin valinnan, yritysvastuun sekä laiminlyöntivastuun osalta.⁸⁹ Myös ratkaisua KKO 2014:54 on mielestäni ansiokkaasti kritisoitu sillä perusteella, että sen voidaan sinänsä käytännössä tulkita supistavan suojaikärajaa puolella vuodella siinä tilanteessa, jossa tiedetään, että uhri täyttää kuluvana vuonna 16 ja teko tapahtuu kesäkuun jälkeen.⁹⁰ Nähdäkseni tämä kritiikki voidaan liittää siihen oikeuskirjallisuudessa esitettyyn laajempaan huomioon, että teon seurauksen todennäköisyyden ohella moitearviointi tulisi voida perustaa myös jo tässä vaiheessa teon itsensä vakavuuteen.⁹¹

84 KKO 2014:54, perustelujen kohta 16.

85 Nuotio 2017, s. 981.

86 Esim. Johanna Niemi-Kiesiläinen, Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. Alma Talent 2004, s. 111; Matikkala 2005, erityisesti s. 463 huomio: ”Lisäksi voi olla tilanteita, joissa todennäköisyys on pieni, mutta joissa kuitenkin tulisi voida päätyä tahallisuuteen (tarkoitustahallisuuden ulkopuolellakin). Todennäköisyystahallisuus ei tätä mahdollista. Esimerkkinä voidaan mainita venäläinen ruletti.”; Vihriälä 2012, s. 148–149; Pekka Koponen, Ongelmallinen olosuhdetahallisuus meillä ja Yhdysvalloissa – ovatko systematiikka ja yhdenvertaisuus ylläpidettävissä? Defensor legis 1/2007, s. 37–53, s. 39–40 ja 49.

87 Esim. Hyttinen 2016, s. 922; Siltala 2019, s. 283–284.

88 Esim. Jussi Matikkala, HIV-infektio, seksi ja rikosoikeudellinen vastuu. Helsingin yliopisto 1995; Vihriälä 2012, s. 149–154; Hyttinen 2016, s. 921.

89 Esim. Hyttinen – Tapani 2017, s. 787–788.

90 Tämä syllogismi on peräisin Hyttiseltä, ks. Hyttinen 2016, s. 922.

91 Matikkala 2005, s. 461; Kaarlo L. Ståhlberg, Petoksesta erityisesti pitäen silmällä erehdyksen aikaan saamista ja vireillä pitämistä sekä tavaran tai rahan tappiota. Rikosoikeudellinen tutkimus. Vammala 1964, s. 235.

6. LOPUKSI

Tekstin tutkimuskysymyksen kannalta voidaan ensinnäkin 2 ja 3 luvuissa esitetyn selvityksen perusteella todeta, että objektiivista todennäköisyyttä ei voida pitää todennäköisyydestä tahallisuuden ainoana tai pääasiallisena perusteena, vaan syyksilukemisen tulee aina perustua tekijän omaan näkemykseen tekonsa seurauksen todennäköisyydestä. Objektiivisella todennäköisyydellä on kuitenkin esityksen perusteella tästä huolimatta osansa todennäköisyydestä tahallisuuden viitekehyksessä. Ensinnäkin tahallisuussäännöksen esitöihin ja oikeuskirjallisuudessa esitettyihin kannanottoihin nojaten on näytetty, että seurauksen tulisi myös tosiasiallisesti olla todennäköinen, jotta tekijän voitaisiin mieltää toimineen tahallisesti. Lisäksi on myös oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön perusteella esitetty, että sellaisissa tilanteissa, joissa objektiivista todennäköisyydestä on saatavilla, on arviointi myös ainakin osittain siihen tosiasiallisesti perustuttakin.

Oikeuskäytännön arvioinnin mahdollistamiseksi tekstin tavoitteita silmällä pitäen käsiteltiin ensinnäkin (todennäköisyys)tahallisuusarvioinnin kohdentamisproblematiikkaa. Tältä osin havaittiin yhtäältä se, että tahallisuusarvioinnissa vaiheistaminen ja tahallisuuden lajin valitseminen ei aina ole täysin yksiselitteistä ja toisaalta myös se, että todennäköisyysarviointi itsessään voidaan vaihtelevasti ulottaa koskemaan useampaa menettelyn vaihetta tai myös yksittäistä, pistemäisempää tapahtumaa. Tämän tavoitteen pohjustamiseksi käsiteltiin nämä lähtökohdat huomioiden 4 luvussa myös sitä, mitä objektiivinen todennäköisyys tämänkaltaisissa, oikeudellisissa ratkaisutilanteissa mahdollisesti ilmenevissä tapauksissa itse asiassa matemaattisesti ilmaistuna on. Oikeuskäytäntöä tästä näkökulmasta ja näitä pohjatietoja hyödyntäen tarkemmin käsittelevän 5 luvun perusteella voidaan yleisellä tasolla huomata, että tosiasiallisesti suhtautuminen objektiiviseen todennäköisyyteen – ja jopa sen käsittämisen tarkkuus – on ollut ratkaisuissa jossain määrin vaihtelevaa.

Suurimmilta osin voidaan todeta, että objektiivinen todennäköisyys on toiminut juuri sellaisena vastuuta kaventavana varmistuskeinona, kuin oikeuskirjallisuudessa on käsitelty. Toisaalta myös ainakin yhdessä tapauksessa on alioikeustasolla tosiasiallisesti päädytty tältä osin hieman ongelmalliseen lopputulokseen – varsinkin kun huomioidaan *in dubio pro reo* -periaate. Se, olisiko KKO tätä ongelmaa huomannut taikka huomattuaankaan korjannut jää valitettavasti tältä osin kuitenkin arvoitukseksi. Käsiteltyjen tapausten sekä niitä ympäröivän diskurssin pohjalta voidaan myös todeta, että nykyisenkaltaisen todennäköisyydestä tahallisuus ei välttämättä kuitenkaan ole täydellinen, kaikenkattava rikosoikeudellinen vastuumalli. Oikeuskirjallisuudessa onkin esitetty varsin perusteltuja kannanottoja siitä, että sinänsä verrattain korkealla riskillä ja käytännössä verrattain suurellakin todennäköisyydellä pelaamista ei ole mielekästä jättää rankaisematta etenkin silloin, kun riskeerattu oikeushyvä on poikkeuksellisen arvokas ja todennäköisyyden ”hyödyntäminen” on tietoista; tällaista voitaneen aineellisesti pitää itsessään tahallisuusvastuun kriminaalipoliittisten lähtökohtienkin mukaisena kannanottona.

Toisaalta kuten johdannossakin todettiin, asiaa mutkistaa edelleen osaltaan myös koko ajan kasvava informaation määrä. Todennäköisyystahallisuuden malli on itsessään hyvin vanhaa perua: sitä ei ole luotukaan sillä ajatuksella, että rikoksenteijällä – tai välttämättä edes rikosoikeudellista ratkaisua antavalla – olisi pääsy siihen määrään tietoa, mitä maailmassa nykyisellään on. Kantavana ajatuksena on sen sijaan ollut kiteyttää se käsitys reaali maailmasta, mikä rikoksenteijällä on itsellään asiassa tekohetkellä ollut. Tosiasiallisesti pääsyllä tietoon voinee mahdollisesti kuitenkin olla vaikutusta siihen, millä tavoin ihmiset käyttäytyvät ja minkälaisia (myös rikosoikeudellisesti relevantteja) riskejä he ottavat. Tältä osin todennäköisyystahallisuuden irtisanoutuminen todennäköisyyslaskennasta on kaksipiippuinen: mielestäni rikosvastuujärjestelmän ei myöskään tulisi epäsuorasti palkita sellaista tekijää, joka hyödyntää tällaisia laskelmia. Yhtä kaikki todennäköisyystahallisuus on toiminut rikosoikeudellisen tahallisuusvastuun alarajana pääsääntöisesti verrattain hyvin, mutta sen soveltuvuutta tiettyihin erityisiin tilanteisiin sekä valmiutta selviytyä alati kiihtyvän tiedon kolmannen vallankumouksen luomista ongelmista on syytä tutkia lisää.

GENERAL PRINCIPLES IN THE DECISIONS OF THE AD HOC CRIMINAL TRIBUNALS: CREATIVE TOOLS FOR PROTECTING INDIVIDUALS

Susanna Kerttula

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol18iss1pp86-100>

Helsinki Law Review, 1/2024, pp. 86–100

© 2024 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



VERTAISARVIOITU
KOLLEGIALT GRANSKAD
PEER-REVIEWED
www.tsv.fi/tunnus

ABSTRACT

The *Prosecutor v. Furundžija* judgment has been criticized for the creative application of the principle of human dignity in expanding the definition of the crime of rape. Here, the main point of critique has been how the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia utilized the principle of human dignity to outweigh legality. This paper seeks to summarise some of the problems arising from the application of general principles in the *ad hoc* Tribunals in general and in relation to legality, and to answer the question, whether creative ways to utilize general principles should be allowed. The significance of judicial creativity is demonstrated with examples of the effects the judgements have had on individuals and the ICL. These objectives are achieved through critical analysis of relevant literature and case law of the Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, the main focus remaining on the *Furundžija* judgement.

I. INTRODUCTION

The sources of international law are set out in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice. When the Article was being drafted for the Statute of the Permanent Court, the Advisory Committee of Jurists was determined to avoid a situation where the Court should be obliged to declare a *non liquet* – a situation, where no treaty or a rule of customary law would be found to determine a certain dispute.¹ Thus, the Commission agreed the Court should be able to apply ‘the general principles of law recognized by civilized nations.’² The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)³ utilized general principles diligently when exercising their jurisdictions. Employing general principles was not, however, straightforward and many controversies arose in this practice.⁴ Especially the relationship between the principle of legality and the malleable nature of general principles has sparked a debate within commentators.

This paper seeks to summarize some controversies in the ways the *ad hoc* Tribunals have resorted to general principles, both generally and in relation to the principle of legality. Chapter two starts off by examining the troublesome definition of general principles as a source of international criminal law (ICL). The reasons behind frequent application of general principles in the *ad hoc* Tribunals in comparison to other international criminal courts are explained. Chapter three focuses on the ways the Tribunals have applied and identified general principles. The cases *Erdemović* and *Furundžija* and the various problems regarding the methodologies employed by the ICTY in these decisions are explored. The focus then turns on the problems regarding the principle of legality in *Furundžija*. Chapter four starts off by discussing the relationship between the principle of legality and the general principle of human dignity. It then proceeds to examine how the application of general principles in *Furundžija* constituted judicial lawmaking. Chapter four then summarises some of the important positive impacts the *Furundžija* judgement has had. This paper concludes that the *ad hoc* Tribunals have applied general principles in a creative yet often inconsistent manner in order to overcome forms of cruelty. Although this has raised issues, particularly concerning legality, it has been necessary for advancing the field of international criminal law. This approach has not only filled legal gaps within ICL but also addressed moral gaps related to the protection of individuals.

1 Hugh Thirlway, *The Sources of International Law*. Second Edition. Oxford University Press 2019 p. 106.

2 Thirlway 2019, p. 106.

3 Hereinafter also “the Tribunals” or “the *ad hoc* Tribunals.”

4 See e.g. *Prosecutor v. Tadić* (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) ICTY-94-1 (2 October 1995); *Prosecutor v. Furundžija* (Trial Judgement) ICTY-95-17/1 (10 December 1998).

2. DEFINING ‘GENERAL PRINCIPLES OF LAW’

The main sources of public international law are international treaties, customary law and general principles of law.⁵ As a branch of public international law, ICL draws from these same sources.⁶ Treaties are considered ‘hard law’,⁷ which means they are legally binding to the parties, which in the case of ICL are States that wish to become parties to a certain treaty. Although interpretative challenges persist,⁸ treaties are generally considered the least ambiguous source of ICL because their goals and objectives are codified into formal legal documents. The second source of ICL, customary law, has in turn proven to be more problematic and often received criticism for its uncertain character.⁹ It has been, for example, referred to as “a dance floor where (almost) anything goes.”¹⁰ The possibility for the general principles to join this dance floor has also justly been put forward.¹¹ The numerous deficiencies relating to the operation of general principles are discussed in depth further in this paper. For now, the focus remains on the definition of the phrase ‘general principles of law.’ This is a controversial expression regarding its scope and exact meaning. The International Law Commission discussed the meaning of the expression in 2019 and the Special Rapporteur stressed that the expression “was simply a term of art used to designate this source of international law.”¹² The Special Rapporteur went on to suggest there may be no need for providing specific meaning for each word of the expression.

However, many commentators have attempted to create some structure around the term. Raimondo has summarised these attempts of international legal scholars into four ways of employing the expression: 1) as general principles generally recognized in national law, 2) as general principles of international legal relations, 3) as legal principles recognized in all kinds of legal relations and 4) as including the principles of legal logic.¹³ Although the foundational Nuremberg Principles assert that a lack of national penalties for international crimes does

5 The Statute of the International Court of Justice, art 38.

6 Fabián Raimondo, General Principles of Law as Applied by International Criminal Courts and Tribunals. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 6(3)/2007, p. 393-406, 393.

7 European Center for Constitutional and Human Rights. <www.ecchr.eu/en/glossary/hard-law-soft-law/> accessed 1 August 2022.

8 For instance, the definition of mass destruction under the Genocide Convention has proven difficult to apply, and the relationship between the Geneva Conventions and international criminal law remains ambiguous.

9 See e.g. Jörg Kammerhofer, Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems. *European Journal of International Law* 15(3)/2004, p. 523-553.

10 Jean d’Aspremont, Customary International Law as a Dance Floor. Blog of the European journal of International Law, EJIL: Talk! 2014. <www.ejiltalk.org/customary-international-law-as-a-dance-floor-part-i/> accessed 1 August 2022.

11 Michael Wood, Customary International Law and the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations. *International Community Law Review* 21(3-4)/2019, p. 307-324, 307.

12 UN General Assembly, Report of the International Law Commission (A/74/10, 2019) para 257.

13 Fabián Raimondo, General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals. Brill Nijhoff 2008, p. 1.

not exempt individuals from international responsibility,¹⁴ in the context of ICL the Courts and Tribunals have commonly used the term 'general principles' to refer to legal principles generally recognized in national law.¹⁵ In addition to the practice, the Rome Statute, in relation to defining the applicable law, refers to general principles of law derived from national legal systems of the world.¹⁶ Furthermore, the ICTY has recognized several categories of general principles, including general principles of international criminal law, principles common to major legal systems, and principles aligned with international justice. In his textbook, Antonio Cassese, who was the presiding judge at the time the Tribunal made this distinction, explained that general principles of international criminal law, such as the principle of legality and the presumption of innocence, are applied internationally because they have been adopted from national legal systems into international law.¹⁷ In this paper, the expression is used in accordance with these examples, specifically referring to category one of Raimondo's classifications.

2.1. General Principles in Other International Courts

The *ad hoc* Tribunals have been more courageous in applying general principles in their decisions than other international courts. In contrast with the ICJ, the Tribunals have frequently had recourse to general principles, which may be due to ICL's at the time young age.¹⁸ When the Tribunals were created, ICL was still very much under-developed,¹⁹ which in effect both required and enabled filling legal gaps by utilizing general principles. This work by the Tribunals has been extremely important for ICL more broadly because it has helped the process of identifying the areas which call for further regulation.²⁰ The work by the Tribunals has frequently resulted in changes to existing law. For example, as will be seen, the *Furundžija*²¹ judgement led to progressive development of the ICL concerning the definition of rape.²²

However, the relatively recent emergence of ICL cannot be fully explain the *ad hoc* Tribunals' extensive use of general principles. This becomes clear when examining differences in utilizing general principles between the Tribunals and the ICC. Article 21 of the ICC Statute lays out the law applicable to the ICC, encompassing the Statute itself, Elements of Crimes, the Rules of

14 International Law Commission, Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal (1950), Principle 2.

15 Fabián Raimondo, General Principles of Law, Judicial Creativity and the Development of International Criminal Law, s. 45-60 in Shane Darcy – Joseph Powderly (eds.), Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals. Oxford University Press 2010, p. 45.

16 Rome Statute of the International Criminal Court, art 21.

17 Raimondo 2008, p. 170; Antonio Cassese, International Criminal Law. Oxford University Press 2003, p. 31.

18 Raimondo 2010, p. 46.

19 Raimondo 2010, p. 46.

20 Raimondo 2010, p. 46.

21 *Prosecutor v. Furundžija* (Trial Judgement) ICTY-95-17/1 (10 December 1998).

22 Raimondo 2010, p. 56.

Procedure and Evidence,²³ as well as treaties, principles, and rules of international law.²⁴ Despite having the option to employ general principles, the ICC has rarely done so. In contrast, there is an extensive catalogue of cases where the ICTY and ICTR have applied general principles. The difference in the utilization of general principles between the ICC and the *ad hoc* Tribunals may be rooted in several differences between the Court and the Tribunals. The first of such distinctions arises from the elaborateness of the law applicable to the Court and the Tribunals. Whilst the Statutes, Rules of Procedure and Evidence of the ICC are extremely detailed, providing for legal rules and regulating aspects of the proceedings, such as the powers of the Pre-Trial Chamber, the elements of the crimes, and victim's participation in the process, this is not the case with the *ad hoc* Tribunals.²⁵ The second reason for the ICC's less frequent use of general principles stems from the differences between the Tribunals' and the ICC's mandate. The ICC's jurisdiction is specifically "limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole," which includes genocide, war crimes, crimes against humanity and crime of aggression.²⁶ In contrast, the statutes of both *ad hoc* Tribunals do provide a detailed list of crimes, but they also emphasize that their mandates include the authority to address violations not explicitly listed.²⁷ Consequently, the need to fill gaps through general principles is inherently built into the *ad hoc* Tribunals. The third reason for the differing use of general principles between the ICC and the Tribunals relates to the achievements and precedents established by the tribunals. The Tribunals have determined many customary rules, which the ICC has been able to resort to under the ICC Statute.²⁸ Therefore there has simply not been as much need or space for the ICC to make use of general principles. These three differences between the ICC and the Tribunals have together limited the possibility of the ICC to fill legal gaps with the help of general principles.

The ways the *ad hoc* Tribunals have utilized general principles has not always been unproblematic in relation to other foundational principles of international law. Before moving onto these issues, it is necessary to examine how the general principles are put to practice in some of the Tribunals case law.

23 Rome Statute of the International Criminal Court, art 21(1)(a).

24 Rome Statute of the International Criminal Court, art 21(1)(b).

25 Raimondo 2010, p. 57.

26 Rome Statute of the International Criminal Court, art 5.

27 Rome Statute of the International Criminal Court, art 5.

28 Rome Statute of the International Criminal Court, art 21(1)(b).

3. THE USAGE OF GENERAL PRINCIPLES

Sometimes the very existence of legal gaps has been contested, arguing that a *non liquet* is logically impossible, because every issue is either settled by a specific legal rule, or by a “residual negative principle” according to which anything that is not prohibited is lawful.²⁹ However, most commentators accept the existence of these legal gaps, turning the question onto how they should be filled. Should the international judges aim at filling the gaps and ensure the law’s completeness, or does this lead to judicial lawmaking at the expense of arbitrary solutions? The main function of general principles in ICL has been filling legal gaps in situations where the other sources of law are silent or insufficient. In this kind of circumstances, general principles may be resorted to by a court or a tribunal, to determine the content of procedural and substantive norms.³⁰ The ICTR and ICTY have not only used general principles to interpret law, but also taken some liberties in utilizing them, as the next subsections will demonstrate.

3.1. Prosecutor v. Erdemović

General principles are of subsidiary nature and when there exists a conventional or customary rule, that rule will prevail.³¹ However, this does not undermine the significance of general principles. In fact, the principles have often had a decisive role to play, and lives of individuals have depended on them. This was the case in the *Erdemović* Appeals Chamber judgment.³² Here, the question in front of the ICTY was whether a principle offering complete defence to a charge of crimes against humanity or war crimes involving the killing of innocent persons exists.³³

The Chamber gave five separate opinions. Judges McDonald and Vohrah undertook a comparative law analysis, which included thirty national legal systems, covering common law and civil law jurisdictions, as well as hybrid jurisdictions like China and Ethiopia.³⁴ They concluded the analysis by finding no general principle which would grant complete defence in

29 Hans Kelsen, *Principles of International Law*. Rinehart & Co, 1952.

30 J. Benton Heath, *Human Dignity at Trial: Hard Cases and Broad Concepts in International Criminal Law*. *George Washington International Law Review* 44(2)/2012, p. 317-366, 336.

31 “Les principes généraux de droit ainsi que les principes du droit interne communs aux Parties en litige n’ont qu’un caractère subsidiaire. S’il existe donc des règles de droit conventionnel ou coutumier applicables en la matière, ces sources doivent prévaloir.” *The Institute of International Law, Annuaire de l’Institut de Droit International* 37/1932, p. 324-325 and 328. < www.idi-iil.org/en/sessions/oslo-1932/?post_type=publication > accessed 8 August 2022.

32 *Prosecutor v. Erdemović* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-96-22 (7 October 1997).

33 *Prosecutor v. Furundžija* (Trial Judgment) ICTY-95-17/1 (10 December 1998) para 19.

34 *Prosecutor v. Erdemović* (Appeals Chamber Judgment, Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah) ICTY-96-22 (7 October 1997) paras 59-61.

the circumstances. This stand was accepted by the majority of Judges. Besides this finding, the majority accepted the existence of the principle according to which duress is a mitigating factor in sentencing. To find this principle, Judges McDonald and Vohrah conducted a broad comparison between multiple jurisdictions, concluding that “an accused person is less blameworthy and less deserving of the full punishment when he performs a certain prohibited act under duress.”³⁵

Judge Stephen gave a separate dissenting opinion, also relying on general principles but taking a different approach.³⁶ He found the common law jurisdictions to be the only exception to national legal systems accepting duress as a defence to murder in one way or another.³⁷ Moreover, in his examination of English legal jurisprudence, he found no basis for excluding duress as a defence for serious crimes and the only circumstances duress had been excluded as a defence was when the accused had a choice between saving the victim’s life and that of the accused.³⁸ The crucial difference in these two judgements lies in the depth of the approach that was taken when conducting the survey of national legal systems. Whereas Judges McDonald and Vohrah focused on the national legal systems of a surface level to support formal validity of their argument, Judge Stephen was more concerned with finding a general principle embodying “the reasons for the creation of a legal rule and its application.”³⁹ It is clear that here the Judges conceptualized general principles differently, which strongly affected their decisions.⁴⁰ This raises questions about the correct conceptualizing and creates more uncertainty around the operation of general principles.

Erdemović was sentenced to five years’ imprisonment.⁴¹ This would have been completely different, had the ICTY found a general principle recognizing duress as a complete defence. In this case, the Chamber would have declared Erdemović not guilty, which certainly would have been a very different reality lived by the defendant. This judgement is significant not only from the defendant’s point of view, but also when looking at the developments in ICL which followed this decision. The Rome Statute which was adopted the following year acknowledges duress as a complete defence to such crimes as described in *Erdemović*. Thus, the decision by the Appeal Chamber had an opposite impact on the law, which hints that the judicial creativity of the ICTY was not appreciated by the drafts of the Statute.⁴² Pointing out the imperfect law, the ICTY revealed the legal gap which was then taken care of when drafting the ICC Statute.

35 *ibid.* paras 62-66.

36 *Prosecutor v. Erdemović* (Appeals Chamber Judgment, Joint Separate and Dissenting Opinion of Judge Stephen) ICTY-96-22 (7 October 1997).

37 *ibid.* para 25.

38 *ibid.* paras 29-58.

39 Neha Jain, *Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law*. Harvard International Journal 57/2016, p. 111-150, 123.

40 Jain 2016, p. 123.

41 *Prosecutor v. Erdemović* (Sentencing Judgment) ICTY-96-22-T (5 March 1998) disposition.

42 Raimondo 2010, p. 55.

3.2. Prosecutor v. Furundžija

The significance of general principles for individuals increases and is given a new perspective, when the focus shifts from the defendant to the victim of a crime. In *Prosecutor v. Furundžija*⁴³ the ICTY Trial Chamber was faced with the definition of the crime of rape. Anton Furundžija, a commander of a special unit of the Croatian Defence Council,⁴⁴ was charged with violations of the laws and customs of war under the Article three of the Statute of the Tribunal.⁴⁵ This included rape, which consisted of forced oral penetration. The Chamber could not find a definition of the crime of rape under the ICTY Statute nor under customary law. Thus, the Chamber attempted to “to look for principles of criminal law common to the major legal systems of the world.”⁴⁶ Again, a comparative analysis encompassing both civil law and common law jurisdictions was conducted and as a result the Chamber concluded that the majority of the national legal systems do not consider forced oral penetration to fall under the crime of rape.⁴⁷ Thus, a general principle could not be found to aid the victim. However, the Chamber did not stop there. Instead, the ICTY applied the general principle of human dignity, stating that forced penetration by mouth is a “degrading attack upon human dignity”⁴⁸ and explained that the protection of human dignity lies at the core of both international humanitarian and human rights law. Thus, according to the Chamber, following the principle of human dignity, “an extremely serious sexual outrage of forced oral penetration should be classified as rape.”⁴⁹

Surely most people would sympathize with the victims of these crimes and agree that the substantive outcome of the judgement is fair. However, the methodology used by the ICTY to arrive at this outcome is questionable, and unfortunately it does not require a thorough analysis to be able to note the problematic nature of this judgement. Even a basic comparison between the definition and historical application of general principles of law and their use in this case reveals a key issue: the application of general principles in this judgment conflicts with national law. In other words, the problem is not simply that the Chamber could not find anything from national law, but the fact that they found that forced oral penetration is *not* considered to be categorized as rape.

43 *Prosecutor v. Furundžija* (Trial Judgement) ICTY-95-17/1 (10 December 1998).

44 International Crimes Database, *The Prosecutor v. Anto Furundžija*. <www.internationalcrimesdatabase.org/Case/89> accessed 5 August 2022.

45 Statute of the International Criminal for the Former Yugoslavia, art 3.

46 *Prosecutor v. Furundžija* (Trial Judgement) ICTY-95-17/1 (10 December 1998) para 177.

47 *ibid.* para 181.

48 *ibid.* para 183.

49 *ibid.*

This error has not been unrecognised by legal scholars, and in fact the judgement has received a great amount of criticism.⁵⁰ The comparative analysis conducted by the Chamber has been argued to be too narrow and failing to take cultural aspects into consideration, especially because in defining the crime of rape culture plays a significant role.⁵¹ For example, the Chamber noted that forced oral penetration is recognised as a sexual offence in many national jurisdictions.⁵² However, what the Chamber missed in this analysis is that in certain States, like in Canada, the crime of rape has been fully abolished and replaced with the crime of sexual assault, which is as serious of a crime as the crime of rape used to be.⁵³

Another even more significant critique of the *Furundžija* judgement relates to the principle of legality. As already demonstrated in relation to the *Erdemović* case, ICL may, and often has, crucial consequences for the individuals involved. The ability of ICL to incarcerate individuals implicates the principle of *nullum crimen sine lege*.⁵⁴ The principle of *nullum crimen sine lege* – no crime without law – is a fundamental principle of ICL and one dimension of the principle of legality. This maxim with the maxim *nulla poena sine lege* – no punishment without law – obliges the international community to exercise their *ius puniendi* based on existing criminal norms, that define which acts are criminal, and which penalties are attached to these acts.⁵⁵ The principle of legality, a customary principle set out in multiple international statutes,⁵⁶ conventions⁵⁷ and also found in most national laws,⁵⁸ aims to prevent a person from being convicted on false grounds.

The statutes of the *ad hoc* Tribunals do not contain any express reference to the principle of legality. However, the Tribunals have discussed the principle in their case law and conceptualized some aspects of the principle of legality also as a general principle of law.⁵⁹ Besides this, Article 24 of the ICTY Statute and Article 23 of The ICTR Statute oblige the Tribunals to have recourse to national practice in determining a penalty for a crime. This is a direct reference to the *nulla*

50 See e.g. Antonio Cassese, The Contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to the Ascertainment of General Principles of Law Recognized by the Community of Nations, in Sienho Yee - Tieya Wang (eds), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei*. Routledge 2001, p. 53.

51 Jaye Ellis, General Principles and Comparative Law. *The European Journal of International Law* 22(4)/2011, p. 949-971, 968.

52 *Prosecutor v. Furundžija* (Trial Judgement) ICTY-95-17/1 (10 December 1998), para 182.

53 Ellis 2011, p. 968.

54 Jain 2016, p. 115.

55 *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (Decision on the Confirmation of the Charges) ICC-01/04-01/06 (29 January 2007), para 303.

56 Rome Statute of the International Criminal Court, art 22(1) and art 24(1) – (2).

57 International Covenant on Civil and Political Rights, art 15(1); Convention on the Rights of the Child, art 40(2)(a); European Convention on Human Rights, art 7(1); American Convention on Human Rights, art 9; African Charter on Human and Peoples' Rights, art 7(2).

58 See e.g. The United Kingdom *Potter v Minahan* [1908] HCA 63; (1908) 7 CLR 277; and China's Criminal Law (1979), as amended in 1997, art 3, 9 and 12.

59 Raimondo 2008, p. 105-109.

poena sine lege aspect of the principle of legality. In *Furundžija* the Trial Chamber held that basing the judgment on the principle of human dignity was not contrary to the principle of *nullum crimen sine lege*.⁶⁰ The Chamber argued that because the act was criminal in any event, although not as a sexual assault, categorizing the crime differently would not breach the legality principle.⁶¹ The Chamber mentioned that the only complaint from the defendant could be in relation to the greater stigma attached to rape in comparison to sexual assault but dismissed this stating that the stigma is “a product of questionable attitudes.”⁶² The Chamber then went on to state that any such concern would be outweighed by the principle of human dignity.⁶³

To have a better understanding of the problems and controversies this statement raises the principle of legality needs to be considered more closely and in relation to the principle of human dignity.

4. LEGALITY AND PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

The principle of legality has various dimensions to it: the prohibition of *ex post facto* criminal law; the requirement for specificity in penal legislation; the rule favouring strict construction of penal statutes; and the prohibition or limitation of analogy as a tool for judicial construction.⁶⁴ These aspects, in turn, are generally recognised as having three main functions: 1) separation of powers, 2) prevention of arbitrary and discriminatory exercise of the government’s punitive power and 3) providing fair warning and notice of conducts defined as criminal. These functions are based on human rights. In accordance with the natural legal theory, human rights can be seen as a foundational element of law, from which all law is then to be derived. What makes this more complicated is this: while the principle of legality can be said to be based on human rights, human rights lie also at the very core of the principle of human dignity.

Human dignity has been recognised as a general principle also outside the *Furundžija* judgement. Oscar Schachter has, for example, in his categorization of general principles found two categories of general principles, which have been associated with natural law theory by multiple sources.⁶⁵ He has defined these categories as principles that are valid through all kinds of societies in relationships of hierarchy and co-ordination, and principles that are founded on the very nature

60 *Prosecutor v. Furundžija* (Trial Judgement) ICTY-95-17/1 (10 December 1998), para 184.

61 *ibid.*

62 *ibid.*

63 *ibid.*

64 Jain 2016, p. 115.

65 Oscar Schachter, *International Law in Theory And Practice* General Course in Public International Law. Martinus Nijhoff Publisher 1991, p. 50-55.

of man as a rational and social being.⁶⁶ The general principle of human dignity was also applied by the ICTR in the *Akayesu*⁶⁷ judgement. Here the accused was charged with genocide, crimes against humanity and violations of the Geneva Conventions. The Trial Chamber 1 utilized the principle of human dignity in a more general manner and held that “Like torture, rape is a violation of personal dignity, and rape in fact constitutes torture [under some circumstances].” This judgement was in fact the first time for an international tribunal to rule that rape and other sexual violence could constitute genocide. Here, applying the principle of human dignity had a similar effect as in *Furundžija*: it functioned as a substantive gap filler and provided a justification for the ICTR to extend the law to cover a form of cruelty.⁶⁸ By this classification of human dignity as a general principle, it has been granted it a great deal of power. This is because according to Article 15(2) of the International Covenant on Civil and Political Rights, the principle of legality does not preclude the prosecution and punishment of individuals for acts or omissions that were considered criminal under ‘the general principles of law recognized by the community of nations’ at the time they occurred. Thus, as a general principle, human dignity can effectively take precedence over the principle of legality – a consideration not addressed by the ICTY in the *Furundžija* case.

Besides being conceptualised and utilized as a general principle, Heath has explained in detail multiple other functions of human dignity as a broad concept.⁶⁹ Heath has distinguished four roles for human dignity in ICL which could be further summarised into two functions of human dignity: 1) expanding the law and 2) acting as the fundamental value, grounding to other rights and principles. However, this sort of definition certainly raises a great number of questions and difficulties regarding the principle of legality. For example, as already mentioned, human dignity serves as the base for all human rights and the principle of legality. This may suggest (as suggested in *Furundžija*) that legality concerns come second when considering grave injuries to dignity, and because grave injuries to dignity are almost always present in the ICTR and ICTY cases, legality would in effect lose its meaning.⁷⁰ However, it is important to note that although legality is necessary to human dignity, the question does not have to be which one of these prevails. Instead, the question could be how legality serves the principle of human dignity and under what circumstances focus on the principle of legality frustrates its own purpose of protecting human dignity.⁷¹ In the *Furundžija* judgement where the criminal act in question was not controversial in whether it was morally right or wrong, focusing excessively on the principle of legality would have trumped the principle of human dignity completely from the victim’s point of view. Thus, if the circumstances of the case are examined from this limited point of view, where

66 *ibid.*

67 *Prosecutor v. Akayesu* (Trial Judgment) ICTR-96-4 (2 September 1998).

68 Heath 2012, p. 339.

69 Heath 2012.

70 *ibid.* p. 353.

71 *ibid.* p. 354, emphasis added.

legality and dignity are opposite forces competing with each other and where the question is which one of these prevails, it is difficult to arrive to a conclusion better than the one of the Chamber. This does not, however, mean that the decision does not have its problems, nor that there exists no alternative, possibly better solution but simply to emphasise the complicated relationship between legality and human dignity. One alternative solution for evading the debate between the two principles has, for example, been suggested to be the application of the *favour rei* principle, which requires the definition of the crime to be interpreted in favour of the accused.⁷²

4. I. Judicial lawmaking

The principle of legality is traditionally seen as the balancing power opposing the laws' ability to adapt and expand over time. To keep up with the new forms of cruelty, the ICL's approach to striking a balance between legality and adaptability has been more relaxed compared to national legal systems,⁷³ at times requiring the Courts and Tribunals to make use of the malleable nature of some of the sources of ICL. The classical view is that judicial bodies do not create law, but rather identify and apply already existing legal rules.⁷⁴ However, often the *ad hoc* Tribunals have not merely applied an existing general principle, but in fact abstracted a new principle from the national legal systems like in *Erdemović*. Sometimes the Tribunals have taken this further and identified a completely new principle by manipulating the process of abstraction⁷⁵, like in *Furundžija* and *Tadić*,⁷⁶ where the ICTY concluded that a general principle exists according to which the ICTY has an inherent power to deal with contempt. In this decision the Appeals Chamber failed to consider that in civil law countries the power to deal with contempt is granted by a legislative act instead of existing as an inherent power. According to Cassese, setting out hidden principles comes close to judicial lawmaking.⁷⁷

General principles make a perfect tool for judicial lawmaking because of their looseness.⁷⁸ They are not strictly defined, but rather broad concepts, sometimes closer to values than rules, like the principle of human dignity, leaving plenty of space for interpretation. Expanding the *actus reus* of criminal offences without it amounting to judicial lawmaking has been allowed under certain restrictions: the expansion still remains within the essence of the crime, implements

72 Raimondo 2009, p. 114.

73 Heath 2012, p. 349.

74 Raimondo 2010, p. 45.

75 *ibid*, p. 52

76 *Prosecutor v. Tadić* (Appeals Chamber Judgment on Allegation of Contempt against Prior Counsel, Milan Vujin) ICTY-94-1 (31 January 2000).

77 Antonio Cassese, *International Law*. Oxford University Press 2001, p. 152.

78 Mia Swart, *Judicial Lawmaking at the ad hoc Tribunals: The Creative Use of the Sources of International Law and "Adventurous Interpretation."* *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 70/2010, s. 459-486, 469.

fundamental principles of ICL and was reasonably foreseeable to the accused.⁷⁹ When examining the expansion of the crime of rape in the *Furundžija* judgement in the light of these requirements, it can be said that the expansion did remain within the essence of the crime of rape, as sexual penetration and coercion were present. The expansion did also implement the fundamental principles of ICL, in this case “the general principle of respect for human dignity.”⁸⁰ The third condition, however, is more problematic and difficult to prove. The way ICTY completely evaded this requirement by stating that protecting human dignity “amply outweighed” concerns regarding legality, demonstrates that also the Trial Chamber was aware of this difficulty. Yet the Chamber was determined to stretch the definition of the crime of rape. Here the ICTY in effect performed judicial lawmaking, by making a conscious decision to expand the law by the application of the general principle of human dignity and disregarding the requirement for legality.

4.2. Positive effects of *Furundžija*

Whilst rape is a direct manifestation of misogyny and discrimination against women, and always an extremely horrendous attack on human rights, it is also necessary to recognise the power that links to the crime of rape in international conflicts. Rape is a weapon of war and a tool for achieving military objectives from ethnic cleanses to breaking the resistance.⁸¹ This is why the *Furundžija* judgment remains a significant step closer to gender equality but is also important from the war crimes point of view. While the judgment has been rightly criticized, there also exists a wide range of arguments supporting the decision and praising the creative application of the principle of human dignity. It has, for example, been written that the mere fact that sexual violence against a single victim was prosecuted in the ICTY represented a huge moral and legal victory for women worldwide.⁸² Expansion of the crime of rape to include forced oral penetration clearly provides a better protection for the victims of rape in international conflicts –from which most are women.⁸³ The judgement also introduced the element of force, or the threat of it, expanding the former definition set out in the *Akayesu*⁸⁴ judgement, which only mentioned coercion. Besides this, the decision was the first decision of the ICTY to consider war crimes charges stemming from only rape.⁸⁵

79 Antonio Cassese, *International Criminal Law*. Second Edition. Oxford University Press 2008, p. 41.

80 *Prosecutor v. Furundžija* (Trial Judgement) ICTY-95-17/1 (10 December 1998), para 183.

81 Agnieszka Szpak, *Gender and Sexual Crimes Before ad hoc International Criminal Tribunals*. *International Journal of Public Law and Policy* 1(3)/2011, p. 284-298, 284.

82 Kelly D. Ashkin, *The International War Crimes Trial of Anto Furundžija: Major Progress Toward Ending the Cycle of Impunity for Rape Crimes*. *Leiden Journal of International Law* 12(4)/1999, p. 935-955, 936.

83 Thomas, Dorothy Q. - Regan E. Ralph, *Rape in War: Challenging the Tradition of Impunity*. *SAIS Review* 14(1)/1994, p. 81-99, 82-83.

84 *Prosecutor v. Akayesu* (Trial Judgment) ICTR-96-4 (2 September 1998).

85 Amy L. Howe - Carrie A. Rhoads - Maury D. Shenk, *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Rwanda*. *The International Lawyer* 33(2)/1999, p. 549-554, 552.

More generally, the work done by the ICTY and ICTR was especially significant for protection of women. Historically sexual violence against women in international conflicts was characterized with viewing women as objects to conquer and men as the victims whose honour was violated through assaulting “their” women.⁸⁶ Although rape has been prohibited in the time of war for centuries, there was little willingness to prosecute the crime, and even the Charter of the International Military Tribunal at Nuremberg failed to include rape under its scope.⁸⁷ When the ICTY was established, the prohibition of rape had already been codified in many humanitarian law instruments,⁸⁸ yet there was still hesitancy regarding whether rape and sexual violence could constitute grave breaches of the Geneva Conventions.⁸⁹ The ICTR and ICTY discussed a great range and breadth of sexual violence in their case law, which is a great achievement already on its own.⁹⁰ After *Furundžija*, the definition of rape was further expanded in the *Kunarac*⁹¹ judgement, where it became encompassing all situations where consent was not given voluntarily. In the *Delalić*⁹² case it was held that under certain circumstances rape could constitute torture, and in *Akayesu and Musema*⁹³ judgements rape and sexual violence were recognised as forms of genocide. In addition to these important judgments, the Tribunals’ work taken more broadly highlighted the widespread and systematic nature of sexual violence in conflict settings, which was crucial in leading to the inclusion of rape and other forms of sexual violence as explicit crimes in the Rome Statute. Adopted in 1998, the Rome Statute explicitly defines rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, and other forms of sexual violence as crimes against humanity and war crimes. This inclusion represents a significant advancement in international criminal law, reinforcing the seriousness and gravity of these offenses. However, as some commentators have pointed out, although the ICTY and ICTR made significant contributions in this area of ICL, more should be done to infuse the practice and jurisprudence of ICL with feminist legal understandings of sexual violence.⁹⁴

86 Teresa Godwin Phelps, *Feminist Legal Theory in the Context of International Conflict*. University of Baltimore Law Forum 39(2)/2009, p. 173-180, 173.

87 Niamh Hayes, *Creating a Definition of Rape in International Law: The Contribution of the International Criminal Tribunals*, in Shane Darcy - Joseph Powderly (eds.), *Judicial Creativity at the International Criminal*. Oxford university Press 2010, p. 129.

88 *ibid.* p. 130.

89 *ibid.* p. 130.

90 *ibid.* p. 131.

91 *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-96-23 (22 February 2001).

92 *Prosecutor v. Delalić et al.*, (Appeals Chamber Judgment) ICTY-96-21 (20 February 2001).

93 *Prosecutor v. Musema* (Trial Judgement) ICTR-96-13 (27 January 2000).

94 Fiona de Londras, *Prosecuting sexual violence in the ad hoc International Criminal Tribunals for Rwanda and the Former Yugoslavia*, in M. A. Fineman (ed.), *Transcending the Boundaries of Law, Generations of Feminism and Legal Theory*. Routledge-Cavendish 2010, p. 304.

5. CONCLUSION

General principles as a source of ICL are troublesome in relation to both the definition and the operation. The *ad hoc* Tribunals have applied general principles according to Raimondo's first category of general principles,⁹⁵ drawing from national legal systems in order to define general principles. This process has often involved problems regarding the methodology of this practice. In *Erdemović* the conceptualizing of general principles was conducted very differently between the Judges, which led to uncertainty. In *Furundžija* the reasoning for finding a general principle regarding the definition of the crime of rape was problematic, when the ICTY decided directly against the national practice and utilized the principle of human dignity in trumping the requirement for legality.

The *ad hoc* Tribunals' practice has amounted to judicial lawmaking and thus threatened the principle of legality. Besides this, the *Furundžija* judgement suggests there could be hierarchy between general principles, which would lift value-based principles like the principle of human dignity in a higher position. This seems reasonable when looking at the principles of human dignity and legality from the human rights perspective, viewing them both as principles protecting fundamental human rights. When this view is taken further with that of Heath, explaining that the aim of the principle of legality is to protect human dignity,⁹⁶ the competition between the principles begins to seem artificial and based on narrow understanding of the principles. Instead of viewing these principles as two opposite powers, the more accurate view would be to see them as two sides of the same coin, both aiming at protection of individuals.

If this is seen as the goal of these two principles, the *ad hoc* Tribunals can be said to have succeeded at fulfilling it. The process of the Tribunals applying general principles helped the process of identifying legal shortcomings within the ICL and led to new legislations. Besides this, the case law of the Tribunals largely shaped the law of sexual violence in conflict situations, and thus also had far-reaching positive consequences in relation to protecting individuals, especially women.

95 Raimondo 2008.

96 Heath 2012.

OFFER YOUR TEXT TO BE PUBLISHED IN HELSINKI LAW REVIEW

Maximum length

For articles is 25 pages A4, or a maximum of 60 000 characters. For other works such as book reviews and case commentary, the maximum length is around 15 pages.

Typeface

Times New Roman, pt 12, spacing 1,5. No hyphenation.

Abstract

All articles should include an abstract in English. In the abstract, briefly present the purpose of the article, the essential research results, and conclusions. Please note that the purpose of the abstract is to summarize the article in whole, not to act as an introduction. The length of the abstract is around 150 words.

Citations

Direct quotations of over three lines are put inside quotation marks, indented and evened out from the right hand side.

References

The referencing style is the one recommended by Suomalainen Lakimiesyhdistys and can be found at <https://www.lakimiesyhdistys.fi/wp-content/uploads/2017/09/Viittaaminen-kotimaisissa-oikeustieteellisiss%C3%A4-julkaisuissa.pdf>.

a) Books

Example: Rawls, John, A Theory of Justice. Belknap Press 1971, s. 4 (Rawls 1971)

b) Articles

Example: Holmes, Oliver Wendell, The Path of the Law. Harvard Law Review 10(8) 1897, s. 457–478, 462 (Holmes 1897)

Submissions via Journal.fi online service:

<https://journal.fi/helsinkilawreview/about/submissions>

If you have questions on publishing in Helsinki Law Review, send your inquiry to the editors. With other inquiries and ideas for co-operation, contact the Editor-in-Chief.

www.facebook.com/helsinkilawreview

www.instagram.com/helsinkilawreview

www.linkedin.com/company/helsinki-law-review

