

Helsinki Law Review 2/2023

BOARD OF EDITORS

EDITOR-IN-CHIEF

Sade Mäntylä

DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

Anna Turkki

EDITORS

Oona Kallio

Julia Laine

Anniina Lehtimäki

Lia Lehto

Niilo Melkas

Miika Pihlaja

Mikael Salminen

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

Henri Kaarakainen

Helmi Hämäläinen

Lia Lehto

Ulla Tervahauta

Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.

Helsinki Law Review 2023, 17th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

CONTACT INFORMATION

Editor-in-Chief: *sade.mantyla@helsinki.fi*

Deputy Editor-in-Chief: *anna.turkki@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 OSCOLA format 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)

PÄÄKIRJOITUS

<https://doi.org/10.33344/vol17iss2pp4-5>

Tuore julkaisu täynnä kiinnostavia, ajankohtaisia artikkeleita oikeustieteen opiskelijoilta!

Tässä numerossa julkaistavat artikkelit ylittävät oikeustieteen rajat ja ammentavat muun muassa sosiaaliantropologiasta ja politiikan tutkimuksesta. Kirjoittajat hyödyntävät monipuolisesti erilaisia metodologisia lähestymistapoja, kuten erilaisia *law-and*-tyyppisiä tutkimusmenetelmiä.

Helmi Hämäläinen tarkastelee lapsen oikeuksien toteutumista ilmastokriisissä. **Henri Kaarakaisen** artikkeli sukeltaa Naton ja EU:n välisen suhteen syövereihin. **Lia Lehto** tutkii artikkelissaan keinoja, joilla haitallisten kemikaalien käyttöä voitaisiin säännellä Euroopan unionin kontekstissa tehokkaammin. **Ulla Tervahauta** tutkii sukupuolen vaikutusta rikoksen koventamisperusteena artikkelissaan, jonka aihe edellyttää myös sukupuolentutkimuksen näkökulmien huomioimista.

Tutkimusta tehdään tällä hetkellä kompleksisessa maailmassa, jonka ilmiöiden tutkiminen puhtaasti lainopillisesta näkökulmasta ei ole aina tarkoituksenmukaista. Tämä julkaisu heijastaa sitä, kuinka ajankohtaiset oikeustieteelliset haasteet nivoutuvat yhteen muiden tieteenalojen kanssa. Oikeustieteen perinteiset metodit ja lähdeaineistot eivät aina riitä kattamaan näiden ilmiöiden monimutkaisuutta. Siksi kiinnostava ja innovatiivinen tutkimus syntyy usein yhdistämällä oikeustieteellistä lähestymistapaa muiden alojen metodeihin.

Perinteisen oikeusdogmaattisen tutkimuksen tärkeys lain tulkinnalle on kiistaton, mutta yhtä lailla monitieteiset tutkimusmenetelmät ovat korvaamattomia vaikkapa lainvalmistelun ja päätöksenteon tukena ja niiden vaikutusten arvioinnissa.

Tietyillä oikeustieteen tutkimusaloilla on omaksuttu monipuolisesti menetelmiä muun muassa yhteiskuntatieteistä. Kriminologia on esimerkki syntyjään monitieteisestä alasta, jossa on jo käytössä runsas metodien kirjo. Se hyödyntää menestyksekkäästi empiiristä tutkimusta, jonka käyttö suomalaisessa oikeustieteessä on muuten vähäistä. Myös ympäristöoikeuden tutkijat ovat omaksuneet monitieteisiä metodeja.

Uusien lähteiden ja metodien käyttöönotto luo mahdollisuuksia tutkimuskentällä, ja toivottava kehitys on, että menetelmäosaaminen leviää yksittäisistä tutkimuskohteista yleisempään käyttöön.

Innustus monitieteisiin ilmiöihin, kuten ilmastomuutokseen, kasvaa erityisesti nuorten tutkijoiden keskuudessa. Myös oppilaitoksissa on nyt syytä panostaa sellaisten tutkimusmenetelmien opetukseen, jotka soveltuvat opiskelijoiden kiinnostuksenkohteiden tutkimiseen. Tällä hetkellä oikeustieteellinen tiedekunta tarjoaa – ja vaatii – murto-osan niistä menetelmäopinnoista, joita esimerkiksi valtiotieteen kandidaatit ja maisterit tutkintoaan varten suorittavat.

Tapio Määttä on kirjoittanut *sisäänpäin kääntyvästä ja ulospäin avautuvasta* oikeustieteestä. Oikeustiede on nyt vaiheessa, jossa moni opiskelija ja tutkija on kiinnostunut avautumaan ulospäin eli vuorovaikuttamaan muiden tieteentekijöiden kanssa. Me Helsinki Law Review'ssa olemme ylpeitä siitä, että lehti tarjoaa opiskelijoille alustan, joka mahdollistaa tieteenalan rajoja etsivän tutkimuksen julkaisemisen. Toivomme, että tämä numero, joka on toimituksellemme toinen ja viimeinen, antaa sen lukijoille oivalluksia ja innostusta tieteelliseen kirjoittamiseen.

Anna Turkki

Varapäätoimittaja

EDITORIAL

A fresh publication full of interesting, timely articles from law students!

The articles published in this issue transcend the boundaries of law and draw from fields such as social anthropology and political science. The authors utilize a variety of methodological approaches, including various law-and research methods.

Helmi Hämäläinen examines the realization of children's rights in the climate crisis. Henri Kaarakainen's article delves into the depths of the relationship between NATO and the EU. In her article, Lia Lehto explores ways to regulate the use of harmful chemicals more effectively in the context of the European Union. Ulla Tervahauta examines gender as an aggravating factor in crime, a topic that also requires considering perspectives of gender studies.

Research is currently conducted in a complex world, where studying phenomena purely from a legal perspective is not always appropriate. This publication reflects how contemporary legal challenges intersect with other disciplines. Traditional legal methods and sources are not always sufficient to cover the complexity of these phenomena. Therefore, interesting and innovative research often emerges from combining legal approaches with methods from other fields.

The importance of traditional legal-dogmatic research for legal interpretation is undeniable, but multidisciplinary research methods are equally valuable for legislative drafting and decision-making and assessing their impacts.

In certain areas of legal research, methods from various social sciences have been adopted extensively. Criminology is an example of an inherently multidisciplinary field that already employs a wide range of methods. It successfully utilizes empirical research, which is otherwise scarce in Finnish legal studies. Researchers in environmental law have also embraced multidisciplinary methods.

The adoption of new sources and methods creates opportunities in research, and the desired development is that methodological expertise spreads from individual research subjects to more widespread use.





Interest in multidisciplinary phenomena, such as climate change, is growing especially among young researchers. It is now also necessary for educational institutions to invest in teaching research methods that answer students' areas of interest. Currently, the Faculty of Law offers – and requires – only a fraction of the methodological studies that, for example, Bachelor's and Master's degree students in political science undertake.

Tapio Määttä has written about the inward-turning and outward-opening nature of legal science. Legal science is now in a phase where many students and researchers are interested in opening up to the outside world, that is, interacting with other scientists. We at Helsinki Law Review are proud that the journal provides students with a platform that enables the publication of research that seeks to push the boundaries of the discipline. We hope that this issue, which is our editorial team's second and final one, provides its readers with insights and inspiration for scientific writing.

Anna Turkki

Deputy Editor-in-Chief

SISÄLLYSLUETTELO

- 10 In Search of Harmony between the Legal Competences of the EU and NATO – Focus on Article 42(7) TEU, NATO’s Article 5 and the Berlin Plus Agreements as Thresholds for Policy Recommendations
Henri Kaarakainen 
- 40 Yhteen hiileen puhaltaminen – Euroopan ihmisoikeussopimuksen artiklan 8 asettamat positiiviset toimintavelvoitteet ja lasten oikeudet ilmastonmuutoksen kontekstissa
Helmi Hämäläinen 
- 64 How can the concept of Essential Use develop the European Union’s REACH regulation of SVHC chemicals using PFAS substances as a case study?
Lia Lehto 
- 82 Kön som skärpningsgrund vid straffmätningen
Ulla Tervahauta 

IN SEARCH OF HARMONY BETWEEN THE LEGAL COMPETENCES OF THE EU AND NATO – FOCUS ON ARTICLE 42(7) TEU, NATO’S ARTICLE 5 AND THE BERLIN PLUS AGREEMENTS AS THRESHOLDS FOR POLICY RECOMMENDATIONS

Henri Kaarakainen

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol17iss2pp10-38>

Helsinki Law Review, 2/2023, pp. 10–38

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



ABSTRACT

The aim of this article is to answer the following question: understanding that a significant majority of Member States of the European Union are also members of NATO, how should these two organisations’ inter-institutional relationship be understood in terms of competences in the realm of security and defence? I will also take a normative approach as I suggest policies to further promote coherence in actions between the EU and NATO.

I deduce that the future of European collective security is largely dependent on how the Member States decide to develop their military defence capabilities within the EU. The EU–NATO relationship does not necessarily have to culminate in the question of a potential clash of competences; rather, the most fruitful question becomes how to ensure that competences regarding military defence are exercised in such a way that the Union’s and NATO’s capabilities are deployed in the most effective and cooperative manner.

Furthermore, I argue that a more ambitious approach is needed for the future EU–NATO cooperation. This would require a thorough revision of the Berlin Plus Agreement as well as a transition from its somewhat narrow scope. Hence, I introduce two different pathways forward to revise the existing regulatory framework.

I. INTRODUCTION

Today's geopolitical situation seems to give the European Union (EU) and the North Atlantic Treaty Organization (NATO) many reasons to combine their forces. Following Russia's unlawful attack against Ukraine in February 2022, both clubs of sovereign states have found themselves dealing with the same question; how to ensure security of the European continent against external aggressions? While this development is understandable and necessary, it sparks a need to thoroughly relook at the division of competence of these two organisations. While military defence is traditionally strongly linked with the core functions of NATO, it is evident that the EU has shown a keen interest in operating in this field as well.¹ However, military defence is not the only intersection where the EU's and NATO's interests meet; in the past and present, both organisations have cooperated, for example, in the field of crisis management. As organisations need normative empowerment in their actions, I wish to further disentangle the competences and the relationship between these two legal entities in the field of security as well. What makes the relationship between the two organisations even more interesting is that they share a significant number of member states: the commonly posed question is therefore whether both the EU's and NATO's interests in security result in troublesome duplications between their operations.

This dilemma in the nexus of the European Union and NATO is what inspires me to embark on this research journey. Therefore, my main research question is the following: Understanding that a significant majority of Member States of the European Union are also members of NATO, how should their inter-institutional relationship be understood in terms of competences? What could the possible ways be to further promote clarity between the EU's and NATO's legal competences in the security realm?

In other words, my aim is to draw a comprehensive picture of the regulatory framework of the current and future EU–NATO relationship in the field of security. This end goal also affects the structure of this paper. Firstly, a separate section will focus uniquely on how Russia's unlawful attack against Ukraine has shaped the EU's approach to its common defence and NATO. Secondly, I wish to shed light on to what extent the EU's mutual defence article, that is to say Article 42(7) of the Treaty on European Union (TEU) and NATO's Article 5 overlap with each other and what could possibly promote the cooperation and legal coherence of these two

1 On 21 March 2022, the Council formally approved the Strategic Compass, the EU's plan to strengthen the Union's security and defence policy by 2030. See Council of the EU, 'A Strategic Compass for a stronger EU security and defence in the next decade' (Press release, 21 March 2022) <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/03/21/a-strategic-compass-for-a-stronger-eu-security-and-defence-in-the-next-decade/>> accessed 15 August 2023.

organisations in the field. Thirdly, I will have a closer look at how the EU and NATO have organised their cooperation in crisis management operations; as this field has largely acted as a precedent for regulating today's EU–NATO relations, I will examine to what extent the so-called Berlin Plus agreements have been able to respond to the need for a coherent regulatory relationship between these two organisations.

Finally, I will take a normative approach to the question of EU–NATO relationship. Based on discoveries made along the research journey, I suggest possible ways to further promote the harmony between the EU's and NATO's legal and regulatory competences. In the context of this thesis, this means that I will favour normative conclusions which strive to make the regulatory relationship of the EU and NATO as transparent and legitimate as possible.²

2. POST-WAR IN UKRAINE: WHAT IS THE EU'S ROLE IN SELF-DEFENCE? – SHIFT TO GEOPOLITICAL STRATEGY

It becomes increasingly relevant to examine the factors which currently drive change within the EU's security policy actions. Above all, it seems that an ongoing shift from protection against terrorist attacks to focus on direct threats posed by State actors is about to reshape how the EU understands its role as a security provider.

War returned to Europe's backyard on 24 February 2022 when Russia started its unlawful armed attack against Ukraine.³ As a first response to Russian aggression, the EU clearly chose a path which correlates to the traditional idea of where its power lies; as a mighty economic powerhouse, the EU decided to launch "waves of heavy sanctions against Russia's financial system, its high-tech industries and its corrupt elite".⁴ Since the first reactions to Russian aggression, the Union has introduced several new packages of sanctions, adding to the economic burden against Russia and Belarus.⁵ In addition, other measures such as suspension of visa facilitation clearly make use

2 See e.g. Thomas M. Franck, 'Legitimacy in the International System' (1988) 82 *The American Journal of International Law* 706.

3 Reuters, 'Timeline: The events leading up to Russia's invasion of Ukraine' (Article, 1 March 2022) <<https://www.reuters.com/world/europe/events-leading-up-russias-invasion-ukraine-2022-02-28/>> accessed 15 August 2023.

4 European Commission, 'Speech by President von der Leyen at the European Parliament Plenary on the Russian aggression against Ukraine' (Speech, 1 March 2022) <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_22_1483> accessed 15 August 2023.

5 Council of the European Union, 'EU response to Russia's invasion of Ukraine' (Official text, 7 August 2023) <<https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-response-ukraine-invasion/>> accessed 15 August 2023.

of the EU's lucrative status among Russian citizens, not excluding the country's elite with valuable assets in the EU Member States.⁶

However, there are signs that the Union is no longer satisfied with its role being limited exclusively to economic leverage. On 21 March 2022, the European Council approved a plan of action, known as the Strategic Compass, for strengthening the EU's security and defence policy by 2030.⁷ A common plan for security and defence had already been in progress before the Russian attack on Ukraine, yet developments in Ukraine were likely to expedite the consensus on the necessity for a document, the Strategic Compass, which clearly sets out the priorities of the Union regarding common security.⁸

The Strategic Compass relies on four main branches in which the EU Member States, through a Council decision, are committed to work together in order to develop common cooperation within the security and defence policy; these collective headlines include Act, Secure, Invest, and Partner.⁹ As the action plan stretches to a wide array of policies regarding security, it is interesting to examine to what extent it portrays the EU's future as a provider of common territorial defence and military alliance.

In my opinion, a fruitful way to understand the EU's possible future ambitions is how it defines its relation to NATO and whether the Security Compass provides for any novel approaches as to how the EU–NATO relationship could be further coordinated. On the other hand, concrete goals expressed by the EU may reveal the direction in which the EU is heading regarding its common defence capabilities.

According to the Strategic Compass, the EU is still firm to state that its capabilities are "complementary to NATO, which remains the foundation of collective defence for its members".¹⁰ This remains loyal to the wording of Article 42(7) TEU which stresses that all such commitments

6 Council of the European Union, 'Council adopts full suspension of visa facilitation with Russia' (Press Release, 9 September 2022) <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/09/09/council-adopts-full-suspension-of-visa-facilitation-with-russia/>> accessed 15 August 2023.

7 Council of the European Union, 'A Strategic Compass for Security and Defence - For a European Union that protects its citizens, values and interests and contributes to international peace and security' (Outcome of Proceedings, 21 March 2022) <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7371-2022-INIT/en/pdf>> accessed 15 August 2023

8 Council of the European Union, 'A Strategic Compass for a stronger EU security and defence in the next decade' (Press release, 21 March 2022) <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/03/21/a-strategic-compass-for-a-stronger-eu-security-and-defence-in-the-next-decade/>> accessed 15 August 2023.

9 See Strategic Compass; European External Action Service, 'A Strategic Compass for Security and Defence for a European Union that Protects its Citizens, Values and Interests and Contributes to International Peace and Security' (Official text, 21 March 2022) <https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/strategic_compass_en3_web.pdf> accessed 15 August 2023 [3] [4].

10 Ibid 2.

remain consistent with commitments under the North Atlantic Treaty Organization. However, the Strategic Compass still acknowledges that Article 42(7) TEU needs to be filled with more content as “the more hostile security environment requires us to make a quantum leap forward and increase our capacity and willingness to act, strengthen our resilience and ensure solidarity and mutual assistance”.¹¹

Judging by the Strategic Compass document, the European Union does not seem very willing to duplicate NATO’s competence when it comes to territorial defence in Europe; unlike tools responding to crisis operations outside Europe¹², the EU did not at this stage propose capabilities which clearly steer the Union’s direction towards a military alliance. However, more recent documents reveal that a process of enhancing the EU’s defence capabilities is on the slow but steady move. The Annual Progress Report on the Implementation of the Strategic Compass for Security and Defence from March 2023 lists a set of programs whose aim is to strengthen existing and build new institutions within the Union’s defence mechanisms. These include financial support for the Union’s defence capabilities development through the European Defence Fund which provided support to research and development projects with almost 1.2 billion euros in 2022.¹³ In addition, the Union’s Member States which are also parties to the Permanent Structured Cooperation mechanism are set to introduce a significant set of new collaborative projects during this year.¹⁴

As the High Representative Josep Borrell noted at his foreword for the Annual Progress Report, the EU’s novel strategy reckons that work for the EU’s own security, the security of its partners as well as international peace and security are “inextricably linked”.¹⁵ While this portrayal of the Union’s actions may be well-motivated in order to highlight the holistic approach of the Union towards security, it does not clearly state whether or not the EU’s ambition is to become a military alliance on the basis of Article 42(7) TEU. This may be a conscious decision, though; as the EU is still at the beginning of the process of determining the degree to which, and whether at all, it should become a military alliance, underlining that certain projects clearly have a self-defence dimension would come across as binding and create needless tension with regards to the Member States’ commitments within the North Atlantic Treaty. Ewers-Peters has illustrated this disagreement between Member States by noting how France has consistently favoured defence initiatives within the EU over NATO capabilities, thus reinforcing the “sceptical and cautious approach” which

11 Ibid 2.

12 E.g., practical modalities for implementing Article 44 and EU Rapid Deployment Capacity.

13 European External Action Service, ‘Annual Progress Report on the Implementation of the Strategic Compass for Security and Defence: Report of the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy to the Council’ (Report, March 2023) <https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/2023/StrategicCompass_1stYear_Report.pdf> accessed 15 August 2023 [16].

14 Ibid 16.

15 Ibid 5.

sometimes may seem to characterise EU–NATO relations.¹⁶ On the other hand, the Baltic States have been driving forces in fostering inter-organisational cooperation; the recognised need for both US security guarantees as well as the EU’s “comprehensive toolbox” together, in their opinion, form a grounded motivation to enhance cooperation between the Union and NATO.¹⁷ Despite a certain degree of ambiguity in written form regarding the EU’s ambition to become a military bloc on the basis of Article 42(7) TEU, it is clear that the Union’s current projects are steering it to a direction where the Union becomes, as it likely wishes, a more credible actor to identify as so.

3. FOCUS ON MILITARY SECURITY AND THE COMPETENCE TO ACT IN THE FIELD OF COLLECTIVE DEFENCE

In this section, I will focus uniquely on the aspects of military self-defence from the point of view of NATO’s Article 5 of the North Atlantic Treaty as well as Article 42(7) of the Treaty on European Union. The scope of my focus is therefore primarily on the aspects of territorial self-defence, that is to say military response and capabilities against external threats directed at Member States of both organisations in Europe.

3.1 Past and Future of Article 5 and 42(7) TEU – What Are the Possible Points of Overlap?

3.1.1 Wording of Article 42(7) TEU and Article 5 of the North Atlantic Treaty

It seems clear that to some extent, the Member States of the European Union have adopted jurisdiction within a field in which NATO, too, already operates. Article 42(7) TEU is rather clear on the matter: if a Member State is a “victim of armed aggression on its own territory”, the other Member States have an “obligation of aid and assistance by all the means in their power”. While the wording does not explicitly mention military capabilities, the broad definition of the obligation indicates that such actions should not be excluded.¹⁸ A respective clause in the North Atlantic Treaty seems to be more powerful in its language; instead of only having an obligation of aid and assistance, an armed attack on a Member State’s territory is considered an attack against all members of the Alliance, creating an obligation to collective response which also includes “the use of armed force” if deemed necessary.

16 Nele Marianne Ewers-Peters, *Understanding EU-NATO Cooperation: How Member-States Matter* (Routledge 2022) 171.

17 *Ibid* 169–170.

18 Päivi Leino-Sandberg and Hanna Ojanen, ‘Time for Military Integration in the EU?’ (Verfassungsblog, 3 March 2022) <<https://verfassungsblog.de/time-for-military-integration-in-the-eu/>> accessed 15 August 2023.

Some differences occur. While Article 42(7) TEU refers to an “armed aggression” on a Member State’s territory, Article 5 of the North Atlantic Treaty is triggered by an “armed attack” against an Alliance member. However, it should be noted that what reinforces the interpretation that these two clauses refer to a similar kind of external action is that all measures of aid or defence in both clauses are rooted in measures recognised by Article 51 of the UN Charter (UNC). This provision recognises every State’s inherent right of “individual or collective self-defence if an armed attack occurs”.

Therefore, the scope of Article 42(7) TEU as well as Article 5 of the North Atlantic Treaty should be dependent on the meaning of an “armed attack”. Brownlie has noted that the drafters of the UN Charter were likely to write the clause with “conventional attacks” in mind, that is to say those witnessed during the Second World War.¹⁹ Later on, the interpretation of the wording has been under further scrutiny; in the case of *Nicaragua v. United States of America* from 1986, the International Court of Justice (ICJ) ruled that an armed attack must be perpetrated by a State as the concept should not include the “assistance to rebels in the form of the provision of weapons or logistical or other support”.²⁰ Orakhelashvili has interpreted this requirement of a State perpetrator by analysing that what is relevant is whether an armed attack occurs “as State action through its own organs” or “by help across border to rebels who do not form organs of that State”.²¹ This is understandable as even the International Law Commission’s (ILC) authoritative yet not legally binding Articles on State Responsibility require that an essential condition for international responsibility of a State is that “the conduct in question is attributable to the State under international law”.²²

3.1.2 Case Study: What Does 9/11 Tell about NATO’s Commitment to the Wording of Article 5?

*“On the basis of this briefing, it has now been determined that the attack against the United States on 11 September was directed from abroad and shall therefore be regarded as an action covered by Article 5 of the Washington Treaty [...]”*²³

19 James Crawford and Ian Brownlie, *Brownlie’s Principles of Public International Law* (9th edn, Oxford University Press 2019) 977.

20 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v United States of America*) International Court of Justice 1986, 195.

21 Alexander Orakhelashvili, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law* (8th edn, Routledge 2019) 460.

22 International Law Commission, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* [2001] 38.

23 NATO, ‘Statement by NATO Secretary General, Lord Robertson’ (Speech at NATO HQ, 2 October 2001) <<https://www.nato.int/docu/speech/2001/s011002a.htm>> accessed 15 August 2023.

On 2 October 2001, the then NATO Secretary General George Robertson announced in his statement that Article 5 of the North Atlantic Treaty had been invoked for the first time since the adoption of the Treaty, following terrorist attacks directed against the United States on 11 September in the same year.²⁴ It serves as an important way to understand how NATO has decided to interpret its legal obligations under Article 5. It further serves the goal to thoroughly understand NATO's actions within the field of collective self-defence in relation to the EU.

In fact, the response to 9/11 is the only time that NATO has invoked Article 5 of the North Atlantic Treaty and thus serves as an important precedent as to what actions NATO deems to fall under the scope of Article 5. It is noteworthy that the terrorist attacks of September 2001 were committed by a non-State actor Al Qaeda.²⁵ This raises the question whether NATO complied with its founding Treaty in the first place as the wording of Article 5 seems to suggest that the exercise of individual or collective self-defence is connected to actions "recognised by Article 51 of the Charter of the United Nations". Given the established case law under international law, Orakhelashvili has argued that the understanding that the Article 51 UNC would comprise attacks by non-State actors is "flawed for systemic, policy and evidentiary reasons".²⁶

Despite criticism among international law scholarship, NATO seems to have taken a firm position to include protection from attacks by non-State actors under its umbrella of collective self-defence. This is clearly revealed by NATO's Strategic Concepts which state, for example, that "[t]errorism poses a direct threat to the security of the citizens of NATO countries".²⁷ The mere fact that strategic concepts play a significant role in NATO's policies combined with NATO's past decision to invoke Article 5 due to terrorist attacks indicate that attacks by non-State actors need to be understood as a *de facto* "armed attack" in the eyes of NATO, even if this idea has been rejected by the established interpretation of international law which derives from the ICJ's Nicaragua ruling and later scholarship. NATO remains, above all, a political and military alliance; it follows that NATO's legal competences are inherently intertwined with the political-military dimension of its operations. As such, I argue that a purely legal positivist approach to NATO's competences is not sufficient in order to understand the entire sphere of NATO's competence to act.

24 NATO, 'Invocation of Article 5 confirmed' (Archived article, 2 October 2001) <<https://www.nato.int/docu/update/2001/1001/e1002a.htm#FN1>> accessed 15 August 2023.

25 Michael N. Schmitt, 'The North Atlantic Alliance and Collective Defense at 70: Confession and Response Revisited' (2019) 34 *Emory International Law Review* 105.

26 Orakhelashvili n 5.

27 NATO, 'Active Engagement, Modern Defence: Strategic Concept for the Defence and Security of the Members of the North Atlantic Treaty Organisation adopted by Heads of State and Government in Lisbon' (Strategic Concept, 19 November 2010, updated 1 July 2022) <https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_68580.htm> accessed 15 August 2023.

3.1.3 Case Study: What Did Paris Attacks in 2015 and EU's Past Policy Reveal About Article 42(7) TEU?

Interestingly enough, also the European Union's Article 42(7) TEU regarding the Union's common actions for defence has been triggered only once.²⁸ It was invoked by France after a set of systematised terrorist attacks in Paris on 13 November 2015, killing 130 people and injuring several more.²⁹ The invocation of Article 42(7) TEU was reported by the then President of France François Hollande in front of the French Senate, stressing that the perpetrators are not only an enemy of France but of Europe as a whole:

*J'ai demandé au ministre de la Défense de saisir dès demain ses homologues européens au titre de l'article 42-7 du traité de l'Union qui prévoit que lorsqu'un Etat est agressé, tous les Etats membres doivent lui apporter solidarité face à cette agression car l'ennemi n'est pas un ennemi de la France, c'est un ennemi de l'Europe.*³⁰

It is interesting to notice that similarly to Article 5 of the North Atlantic Treaty, the Union's mutual assistance clause was invoked by an act of aggression by a non-State actor; the Islamic State, unrecognised by the international community, claimed to be responsible for the attacks.³¹ By unanimously committing to full aid and support for France³², it seems that all EU Member States affirmed that Article 42(7) TEU is indeed applicable to attacks attributed to non-State actors, too. In this regard, the European Union as an entity of common defence clearly took a step toward the position taken by NATO in the aftermath of the 2001 terrorist attacks. Despite the fact that Article 42(7) is closely linked to Article 51 of the United Nations Charter as the article includes a direct reference to it, the EU seems to have deviated from the current position of international customary law which still firmly bases the right to self-defence to aggressions attributable to recognised State actors. NATO and the EU are thus clearly on the same path regarding the interpretation of their respective defence clauses.

28 Eva Kassoti and Narin Idriz, *The Principle of Solidarity: International and EU Law Perspectives* (T.M.C. Asser Press The Hague 2023) 246.

29 EURACTIV France, 'La France "en guerre" invoque la clause de défense mutuelle de l'UE' (Article by Jorge Valero, 17 November 2015) <<https://www.euractiv.fr/section/l-europe-dans-le-monde/news/la-france-en-guerre-invoque-la-clause-de-defense-mutuelle-de-l-ue/>> accessed 15 August 2023.

30 Le Sénat (France), 'Les messages du Président Hollande devant le Parlement réuni en congrès' (Speech, 16 November 2015) <<https://www.senat.fr/connaitre-le-senat/l-histoire-du-senat/dossiers-d-histoire/article-18-de-la-constitution/les-messages-du-president-hollande-au-parlement.html>> accessed 15 August 2023.

31 Europol, 'European Union Terrorism Situation and Trend Report (TE-SAT) 2016' (Publication, 6 December 2021) <<https://www.europol.europa.eu/publications-events/main-reports/european-union-terrorism-situation-and-trend-report-te-sat-2016#downloads>> accessed 15 August 2023 [6].

32 Carmen-Cristina Cîrlig, 'The EU's mutual assistance clause: First ever activation of Article 42(7) TEU' (Briefing by European Parliamentary Research Service, 27 November 2015) <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2015\)572799](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2015)572799)> accessed 15 August 2023 [5].

An important observation is that within the tools available within the Union, France decided to invoke specifically Article 42(7) TEU. Another viable option could have been Article 222 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), the so-called solidarity clause which specifically addresses terrorist attacks. According to Article 222(1) TFEU, “[t]he Union and its Member States shall act jointly in a spirit of solidarity if a Member State is the object of a terrorist attack [...]”. More specifically, Section 2 of the same Article stipulates on the procedure if such attack occurs:

“Should a Member State be the object of a terrorist attack [...], the other Member States shall assist it at the request of its political authorities. To that end, the Member States shall coordinate between themselves in the Council.”

It is interesting to discover the reasons behind the French motivation to invoke Article 42(7) TEU instead of Article 222 TFEU. Anne Bakker has argued that invoking Article 42(7) clearly served France’s interests as it enabled a much more flexible approach; unlike Article 222, the more general mutual assistance clause did not have any geographical constraints which enabled France to direct its request of assistance to its operations in the Sahel region in order to relieve the French military resources to be deployed elsewhere.³³ A similar flexibility was secured via Article 42(7) as France was able to handle negotiations for aid bilaterally with other Member States, without the coordination of the Council which is integrated within Article 222 TFEU.³⁴ In other words, it seems that France was able to shape a practice as to how the clause would be interpreted not only in that moment but also in the future.

Another consideration is that in theory, France could have decided to invoke Article 5 of the North Atlantic Treaty; previous example from 2001 showed that Article 5 is deemed to be applicable in cases of terrorist attacks. However, similarly to not invoking Article 222 TFEU, France was likely to regard the matter from the perspective of what is most convenient for them; activating NATO would have involved countries like Turkey and the United States, further complicating the process in a situation where France did not look for a collective response but rather approached EU states in a selective manner for help.³⁵ On the other hand, it is likely that France’s political strategy for foreign and security affairs played a role, too; France has advocated for “ambitious defence partnerships [...] with [...] willing and able European nations” as well as “reinforcing Europe’s strategic autonomy”.³⁶

33 Anne Bakker and others, ‘The EU’s mutual assistance clause’ in Anne Bakker and others (ed), ‘Spearheading European Defence. Employing the Lisbon Treaty for a Stronger CSDP’ (Clingendael Institute 2016) 24.

34 Ibid.

35 Ibid.

36 See France’s Strategic Review of Defence and National Security of 2017, Section 203. Ministère de l’Europe et des Affaires étrangères (France), ‘Revue stratégique de défense et de sécurité nationale’ (Report, 2017) <<https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/securite-desarmement-et-non-proliferation/l-europe-de-la-defense/>> accessed 15 August 2023.

This push for Europe's own defence seems even more understandable as later on, France has heavily criticised NATO and questioned its commitment to common defence.³⁷

Overall, it seems clear that invoking Article 42(7) played a significant role in reviving the question regarding how the EU should activate and shape its legal mandate to promote its Member States' common defence. There are signs that within the Union, there is motivation to utilise the mandate given by Article 42(7) and explore its largely untapped potential – the courage to activate Article 42(7) TEU in a case of non-State actor aggression seems to be a clear example of this.

3.2 Do EU's Current Ambitions regarding Common Defence Conflict with NATO – and Is the Question Relevant? What Is the Way Forward?

War in Ukraine has proved that when it comes to security on the European continent, both the EU and NATO have a significant role to play in military and defence actions. Despite the fact that NATO has not sent any troops to Ukraine, it has put at least 300,000 of them in high readiness in surrounding NATO countries, thus creating a strong message directed at the aggressor.³⁸ In a similar fashion, EU institutions and sovereign states that belong both to the EU's and NATO's member state pools have provided significant amounts of military aid to Ukraine, thus making both organisations firmly present at war-related headlines. This practical observation leads to a couple of essential questions; are the EU's ambitions regarding common defence and security expanding to such an extent that they are about to conflict with those of NATO? And if so, how should their legal and political relationship be harmonised?

In fact, based on previous observations, I argue that these two questions can be merged together. From a purely legal wording standpoint, it seems that Article 42(7) TEU and NATO's Article 5 can indeed be interpreted to mandate functions which overlap with each other.³⁹ Because of this potential overlap, harmonising their functions and ensuring a working relationship becomes essential. According to Szweczyk, there are at least two key reasons which hinder the operational coordination between the Union and NATO: institutional mandate maximisation and treaty overlap.⁴⁰ Firstly, Szweczyk argues that the natural tendency for any intergovernmental

37 BBC News, 'Nato alliance experiencing brain death, says Macron' (Article, 7 November 2019) <<https://www.bbc.com/news/world-europe-50335257>> accessed 15 August 2023.

38 The Guardian, 'Nato to put 300,000 troops on high alert in response to Russia threat' (Article, 27 June 2022) <<https://www.theguardian.com/world/2022/jun/27/nato-300000-troops-high-alert-russia-threat-ukraine>> accessed 15 August 2023.

39 Ramses A. Wessel and Joris Larik, *EU External Relations Law: Text, Cases and Materials* (Bloomsbury Publishing Plc 2020) 316.

40 Bart M. J. Szweczyk, *Europe's Grand Strategy: Navigating a New World Order* (Palgrave Macmillan 2021) 183.

organisation is to try to maximise its mandate as even representatives of member states to respective institutions tend to view its importance through the lenses of their post.⁴¹ On the other hand, Klabbers has also emphasised the need to look beyond the traditional functionalist view of how international organisations law should be understood; instead satisfying oneself with the thought that international organisations reach their final form as a result of conflict resolution between member states, it is important to understand that also other relevant actors such as the organisations' bureaucracies as well as private persons participate in shaping the international organisation and thus contribute to the power struggle which eventually forms the international organisation as it is.⁴² Szewczyk also identifies the scope and respective hierarchy of Article 42(7) TEU and Article 5 of the North Atlantic Treaty as a possible source of friction.⁴³ Understanding the potential impediments to the EU's and NATO's cooperation allows us to draw our attention to potential solutions.

As such, rather than merely identifying conflicting or at least overlapping competences, it may be more fruitful to address the question of legal competences of the EU and NATO in the field of security policy by considering the following normative perspective: How can the mutual cooperation between these two organisations become as coherent and effective as possible? Thus, the question is not necessarily about who is in exclusive charge of what but about freeing their operational coordination from unnecessary legal impediments. I will attempt to answer these normative questions by identifying the most crucial functions for implementing security policy.

3.2.1 How Should Article 42(7) TEU Be Developed?

3.2.1.1 Concrete Contents of the Mutual Assistance Clause

Article 42(7) TEU has its supporters and opponents within the European Union. For supporters, the EU's very own instrument has provided much needed flexibility in matters of self-defence; France was able to receive tangible aid by invoking the Article in November 2015⁴⁴, and at least before joining NATO in April 2023, Finland had been a consistent proponent of Article 42(7)'s

41 Ibid.

42 Jan Klabbers, 'Beyond Functionalism: International Organizations Law in Context', in Jan Klabbers (ed), *The Cambridge Companion to International Organizations Law* (Cambridge University Press 2022) 20.

43 Ibid.

44 Elie Perot, 'France and Article 42(7) TEU: great expectations' in Bob Deen, Dick Zandee, Adája Stoetman (eds), *Uncharted and uncomfortable in European defence: The EU's mutual assistance clause of Article 42(7)* (Clingendael 2022) 39.

flexible interpretation and advocated for a stronger preparedness of the use of the clause.⁴⁵ The opponents have mostly regarded that the EU's defence clause is insufficient and potentially undermines NATO's security guarantees in the region.⁴⁶

Thus, potential ways forward could include those which include a nod towards both camps within the Union. The Third Joint Declaration on EU–NATO Cooperation on 10 January 2023 seems to provide a good starting point, albeit mostly lacking concrete measures at this point; Section 8 of the Declaration concludes that “NATO remains the foundation of collective defence for its Allies and essential for Euro Atlantic security”, yet that the Parties “recognise the value of a stronger and more capable European defence that [...] is complementary to, and interoperable with NATO”.⁴⁷ Thus, a premise for any subsequent plans should be that it is NATO, and ultimately its nuclear deterrent, that forms a sufficient security guarantee against an aggression or threat, such as Russia. This should dilute the strongest fears that an enhanced European security regime is directly off from NATO's security guarantees in Europe.

At the same time, one should bear in mind that a whole array of potential ways to counter threats exist; it is not just a choice of extremes between inaction and using the nuclear card or even whether troops at the frontline should operate under the EU or NATO flags. Therefore, it matters how international organisations decide to exercise their competence in the realm of security. According to Sven Biscop, NATO could benefit if at least some EU Member States decided to integrate their armed forces through the Permanent Structured Cooperation (PESCO) mechanism; these forces could have the potential to serve alongside NATO operations together with US or other forces, while at the same time creating, if need be, a capability to protect European soil on a standalone basis.⁴⁸ On a more general level, projects under PESCO could serve as a potential tool to provide more content to the possible stretch of capabilities under Article 42(7) TEU; the wording of the article does provide the mandate to a wide variety of projects. Furthermore, Deen, Zandee and Stoetman have called for joint exercises under PESCO to create a more complete picture of the possible defence scenarios in which integrated armed forces could be deployed.⁴⁹

45 Teija Tiilikainen, 'Finland's constructive approach to TEU Article 42(7)' in Bob Deen, Dick Zandee, Adája Stoetman (eds), *Uncharted and uncomfortable in European defence: The EU's mutual assistance clause of Article 42(7)* (Clingendael 2022) 45.

46 Bob Deen, Dick Zandee and Adája Stoetman, *Uncharted and uncomfortable in European defence: The EU's mutual assistance clause of Article 42(7)* (Netherlands Institute of International Relations, Clingendael 2022) 27.

47 NATO, 'Joint Declaration on EU–NATO Cooperation' (Official text, 9 January 2023) <https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_210549.htm> accessed 15 August 2023.

48 Sven Biscop, 'EU-NATO Relations: A Long-Term Perspective' (2018) 150 *Nação e Defesa* 91.

49 Bob Deen, Dick Zandee and Adája Stoetman, *Uncharted and uncomfortable in European defence: The EU's mutual assistance clause of Article 42(7)* (Netherlands Institute of International Relations, Clingendael 2022) 37.

3.2.1.2 Procedural Aspects of the Article

Apart from its contents, the procedural mechanisms of Article 42(7) TEU play a crucial role in assessing how “user-friendly” for Member States and thus effective the mutual assistance clause can become in the future. A good example can be derived from France’s decision to trigger the Article due to terrorist attacks of Paris in 2015; while an alternative approach, the solidarity clause of Article 222 TFEU would have required the Council’s strategic role in the Union’s response as well as admitting that a Member State was “clearly overwhelmed” by the crisis⁵⁰ which France found quite repulsive. Article 42(7) TEU provided an intergovernmental approach where France was able to assume leadership in the coordination process.⁵¹ France’s invocation of Article 42(7) created a precedent to the use of the Article as even the Council itself affirmed the following:

“No formal decision or conclusion by the Council will be required to implement article 42(7). The High Representative underlined that this is not a CSDP operation, but an activation of bilateral aid and assistance.”⁵²

It should thus be examined whether the firstly created precedent is a step in the right direction; does the flexibility of Article 42(7) TEU constitute one of its strongest assets? Biscop has criticised this position as he views that flexibility comes with vagueness and argues that realising the full potential of Article 42(7) TEU requires a clarification other than the wording of the article itself.⁵³ Firstly, the author identifies it as problematic that a Member State may trigger the mutual assistance article without a Council Decision and thus without a mutual agreement between Member States even though the activation “will have immediate diplomatic and security consequences for its fellow member states”.⁵⁴ The author also points out that the Article handles matters of war and peace and that the decision to trigger the article cannot therefore be taken lightly; as the question of what constitutes an armed aggression under the Article and international law is likely to involve a grey zone, Biscop argues that such invocations cannot happen informally nor automatically.⁵⁵

However, others have argued that sufficient flexibility of Article 42(7) TEU comes with considerable benefits. Deen, Zandee and Stoetman have argued that the fear that unilateral invocation of Article 42(7) TEU would involve reluctant fellow Member States is unlikely to realise: authors

50 *Council Decision of 24 June 2014 on the arrangements for the implementation by the Union of the solidarity clause* [2014] OJ L192/53, art 4(1) and 5(1).

51 EURACTIV France, ‘La France “en guerre” invoque la clause de défense mutuelle de l’UE’ (Article by Jorge Valero, 17 November 2015) <<https://www.euractiv.fr/section/l-europe-dans-le-monde/news/la-france-en-guerre-invoque-la-clause-de-defense-mutuelle-de-l-ue/>> accessed 15 August 2023.

52 Council of the European Union, ‘Outcome of the Council Meeting’ (3426th Council meeting, 16 and 17 November 2015) <<https://www.consilium.europa.eu/media/23101/st14120en15.pdf>> accessed 15 August 2023 [6].

53 Sven Biscop, ‘The European Union and Mutual Assistance: More than Defence’ (2016) 51:2 *The International Spectator* 120–121.

54 *Ibid* 121.

55 *Ibid* 121.

submit that “political reality within the EU” most often involves extensive political negotiations and even consultations with the Council before formal invocations so that surprises are unlikely to occur.⁵⁶ Consequently, they argue that the possibility to tailor the response according to the existing political and security situation has allowed the Article to develop and create its own purpose in the first place.⁵⁷

An important observation is that Article 42(7) TEU and Article 5 of the North Atlantic Treaty seem to differ in their invocation procedure. Triggering NATO’s Article 5 requires a collective support within the Alliance as it has deep roots in following the “consensus rule”⁵⁸, whereas the Union’s mutual assistance clause is made by the decision of one Member State to activate it.⁵⁹ Understanding this may be a one way forward in disentangling their mutual relationship. While plenty of attention has been dedicated to debating whether Article 5 or the EU’s mutual assistance clause should come first in their respective hierarchy⁶⁰, it may well be that their differences in procedural activation make them distinct enough to avoid such strict confrontation. It is clear that NATO’s more rigid mechanism of Article 5 remains the most relevant safeguard on the European soil against direct external threats caused by great power politics; such scenarios, including Russia’s armed attack, are likely to be menacing enough to trigger the unanimous support for collective defence. However, this does not mean that there would be no room left for situations which require a uniquely European and flexible approach; Article 42(7) TEU should be seen as a rapid tool for action in scenarios such as hybrid or cyber threats or, as in the example of Paris, terrorist attacks. Furthermore, it seems to me that, firstly, understanding these mutual defence articles’ inherent differences in nature and, secondly, cherishing the value of keeping Article 42(7) TEU a flexible and intergovernmental tool, further advance the long-term project of integrating the EU’s and NATO’s operations in the least duplicating way.

3.3 Conclusions

The aim of this section was to examine to what extent the EU’s and NATO’s legal mandates in collective defence can be seen to overlap with each other, and further discover possible ways to enhance the clarity between their competences in the field. From a purely legal standpoint, it seems that the wording of both Article 42(7) TEU and NATO’s Article 5 do provide a similar playing field. Case studies of how these treaty provisions have been invoked in the past reveal that they

56 Bob Deen, Dick Zandee and Adája Stoetman, *Uncharted and uncomfortable in European defence: The EU’s mutual assistance clause of Article 42(7)* (Netherlands Institute of International Relations, Clingendael 2022) 30.

57 Ibid 35.

58 Leo G. Michel, ‘NATO Decision-Making: The ‘Consensus Rule’ Endures Despite Challenges’ in Sebastian Mayer (ed), *NATO’s Post-Cold War Politics* (Palgrave Macmillan 2014) 107.

59 European Council on Foreign Relations, ‘Article 42.7: An explainer’ (Commentary, 19 November 2015) <https://ecfr.eu/article/commentary_article_427_an_explainer5019/> accessed 15 August 2023.

60 Bart M. J. Szweczyk, *Europe’s Grand Strategy: Navigating a New World Order* (Palgrave Macmillan 2021) 183.

have been interpreted in a way which gives rise to a deduction that the provisions' implementation may indeed overlap depending on the context where they are applied.

However, an important note is that the future of European collective security is largely dependent on how Member States decide to develop their military defence capabilities within the EU. If right policies are made, the EU–NATO relationship does not necessarily have to culminate in the question of a potential clash of competences; rather, the right question becomes how to ensure that the Union's and NATO's capabilities are deployed in the most effective and cooperative way.

Firstly, it becomes crucial that EU Member States start to enhance their common capabilities through mechanisms such as PESCO. It is as important to start practicing possible scenarios of deployment in order to gain a better picture of how the evolving capabilities can be harmonised with those of NATO.

Lastly, I argue that differences in invocation of Article 42(7) TEU and NATO's Article 5 provide for an important way to differentiate between the EU's and NATO's legal competences in the future. The EU should further strengthen a precedent where Article 42(7) TEU is regarded as a rapid and flexible tool for European action, leaving the need for collective deliberation for the decision-making process of NATO-led operations.

4. STRATEGIC AND OPERATIONAL COOPERATION – ARE THE BERLIN PLUS AGREEMENTS WORKING?

In the previous section, I examined potential next steps to pave the way for a working relationship between the EU and NATO through their institutional mandates for common defence. By understanding the true meaning of Article 42(7) TEU and NATO's Article 5, it is possible to evaluate these institutions' fundamental purpose of existence in relation to each other.

However, one quickly notices that only evaluating two articles is not necessarily enough to grasp the entire picture of these two organisations' cooperation. The reason behind this is that matters of security and defence are ultimately carried out in the field and therefore, dimensions of strategic planning and operational leadership emerge as issues of particular importance. Thus, it becomes relevant to delve deeper into EU–NATO relations. I am especially interested in understanding what previous efforts EU and NATO have taken in order to establish rules by which they operate in the field. This includes at least the so-called Berlin Plus agreement concluded between the EU and NATO in 2002.⁶¹ Consequently, I am interested in whether existing frameworks conform to the observations made above in relation to their respective articles for common defence and are thus

61 NATO, 'Berlin Plus agreement' (Archived NATO Document, 21 June 2006) <https://web.archive.org/web/20070817094713/http://www.nato.int/shape/news/2003/shape_eu/se030822a.htm> accessed 15 August 2023.

sufficient to address the expanding field of EU–NATO cooperation. Thus, the scope of this section is to further widen the understanding of the contents that a functional EU–NATO relationship includes and should comprise in the future.

4.1 Berlin Plus – Current Raison d’être of the Berlin Plus Agreement

The Berlin Plus agreement is an umbrella term for a set of various agreements concluded between the EU and NATO by an exchange of letters between the then High Representative for Common Foreign and Security Policy of the EU Javier Solana and NATO’s Secretary-General George Robertson on 17 March 2003.⁶² The general scope of the upcoming agreement was announced in NATO’s press release on 16 December 2002: the aim of the agreement package is to create a strategic partnership between the European Union and NATO in crisis management and conflict prevention.⁶³ As a significant outcome of the agreements, the EU gained access to NATO’s planning and operational capabilities to be used in missions led by the Union.⁶⁴

The core idea of the arrangements included in the Berlin Plus Agreement is that the EU is allowed to benefit from NATO’s capabilities in operations in which the Alliance is not militarily involved.⁶⁵ In addition to the Union’s access to NATO’s planning capabilities in EU-led military operations, the two organisations also contribute to each other’s work by exchanging classified information of intelligence.⁶⁶ According to a former Vice-Chief of Staff of SHAPE, the military headquarters of NATO, a central merit of the Berlin Plus Agreement is that it has prevented unnecessary duplication of capabilities between the EU and NATO.⁶⁷ A visible example of this mutual cooperation is the European Union Military Operation in Bosnia and Herzegovina (EUFOR BiH) which promotes and upholds the Dayton Peace Agreement.⁶⁸

62 Ibid.

63 NATO, ‘EU–NATO Declaration on ESDP’ (NATO Press Release, 16 December 2002) <<https://www.nato.int/docu/pr/2002/p02-142e.htm>> accessed 15 August 2023.

64 Ibid.

65 Olivier Rittmann, ‘Operation Althea and the virtues of the Berlin Plus Agreement’ (NATO Defense College, 25 January 2021) <<https://www.ndc.nato.int/news/news.php?icode=1521>> accessed 15 August 2023 [1].

66 Ibid.

67 Ibid.

68 European External Action Service, ‘About EUFOR’ (Article, 25 April 2023) <<https://euforbih.org/index.php/about-eufor/background>> accessed 15 August 2023.

4.2 Is the Berlin Plus on Shaky Grounds? Questions Related to Its Legitimacy

Given the Berlin Plus agreements' position as one of the few formal instruments governing the cooperation between the European Union and NATO as of today, it is important to examine its significance in current debate regarding where the future of EU–NATO cooperation should be heading.

4.2.1 Question of Marginal Visibility

Firstly, it seems that attention given to the agreements is rather small; one could almost describe its current role as marginal compared to the significant amount of positive publicity and support it received at the time of its adoption.⁶⁹ It is noteworthy that the Berlin Plus package has not appeared in any of the three EU–NATO Joint Declarations published since 2016. The only indirect reference to these agreements and preceding negotiations seems to be included in the 2018 Joint Declaration in a rather generic section where the two organisations commit to “building on the substantial cooperation established more than 15 years ago between NATO and the EU”.⁷⁰

Secondly, an eyebrow-raising element of the Berlin Plus agreements is that their exact wording does not seem to be publicly available in the first place; the agreements are formal decisions made by the North Atlantic Council and are therefore kept classified.⁷¹ The closest that the public has been able to get to the content of the agreements is NATO's press release from the time when the content of the Berlin Plus package had been negotiated.⁷²

69 Martin Reichard, 'Some Legal Issues Concerning the EU–NATO Berlin Plus Agreement' (2004) 73 *Nordic Journal of International Law* 38.

70 NATO, 'Joint Declaration on EU–NATO Cooperation by the President of the European Council, the President of the European Commission, and the Secretary General of the North Atlantic Treaty Organization' (NATO Press Release, 10 July 2018) <https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_156626.htm> accessed 15 August 2023. For other years, see e.g., NATO, 'Joint declaration by the President of the European Council, the President of the European Commission, and the Secretary General of the North Atlantic Treaty Organization' (NATO Press Release, 8 July 2016) <https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_133163.htm> accessed 15 August 2023 and NATO, 'Joint Declaration on EU–NATO Cooperation by the President of the European Council, the President of the European Commission, and the Secretary General of the North Atlantic Treaty Organization' (NATO Press Release, 9 January 2023) <https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_210549.htm> accessed 15 August 2023.

71 Martin Reichard, 'Some Legal Issues Concerning the EU–NATO Berlin Plus Agreement' (2004) 73 *Nordic Journal of International Law* 39.

72 NATO, 'EU–NATO Declaration on ESDP' (NATO Press Release, 16 December 2002) <<https://www.nato.int/docu/pr/2002/p02-142e.htm>> accessed 15 August 2023.

4.2.2 Question of Validity under International Law

These are not the only doubts regarding the Berlin Plus agreements' status. It has been questioned whether the Berlin Plus agreements have any validity under international law in the first place. As noted above, the Berlin Plus agreements were concluded by an exchange of letters between the then EU's High Representative for Foreign Affairs and Security Policy Javier Solana as well as NATO's Secretary-General George Robertson on 17 March 2003. While it has become generally agreed that international organisations have acquired a treaty-making power through established customary international law⁷³, it inherently follows that they must comply with their own constituent rules when concluding such treaties. This position is strengthened by Article 6 of the Vienna Convention on the Law of Treaties Between States and International Organizations or Between International Organizations (VCLTIO) of 1986 which stipulates that "the capacity of an international organization to conclude treaties is governed by the rules of that organization". Even if the Convention has not yet entered into force, the clause can be seen to reflect a prevailing and long-established opinion as the provisions of the founding rules are the ones that establish the organisation's legal personality in the first place.⁷⁴

In the case of the European Union, Article 24(1) TEU stipulates that matters falling under "common foreign and security policy [...] shall be defined and implemented by the European Council and the Council acting unanimously" except where provided otherwise. The same Article continues by stipulating that the High Representative only has executing power regarding such decisions. The respective articles were in force also by the time of the process of adopting Berlin Plus agreements.⁷⁵ The Council's 'Treaties and Agreements' database reveals that the only bilateral agreement between the EU and NATO in which the EU has followed the procedure as defined in the founding treaties is the Agreement between the European Union and the North Atlantic Treaty Organisation on the Security of Information which entered into force on 14 March 2003.⁷⁶ While the afore-mentioned agreement has been concluded only a couple of days before the exchange of letters for the Berlin Plus package, the leaders of the organisations still seem to have

73 Hungdah Chiu, *The Capacity of International Organizations to Conclude Treaties, and the Special Legal Aspects of the Treaties so Concluded* (Martinus Nijhoff Publishers 1966) 34. Klabbers notes a current situation where international organisations constantly de facto conclude numerous treaties; see Jan Klabbers, *An Introduction to International Organizations Law* (4th edn Cambridge University Press 2022) 268.

74 Neri Sybesma-Knol, 'The New Law of Treaties: The Codification of the Law of Treaties Concluded Between States and International Organization or Between Two or More International Organizations' (1985) 15 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 427.

75 Martin Reichard, 'Some Legal Issues Concerning the EU-NATO Berlin Plus Agreement' (2004) 73 *Nordic Journal of International Law* 58.

76 Council of the European Union, 'Treaties and Agreements database' (Documents & Publications, 2023) <<https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/>> accessed 15 August 2023.

decided to deviate from the eligible EU treaty-making procedure in the latter agreement package. Reichard has submitted that the leaders of the EU and NATO had clear political motivations to follow a more unofficial procedure: while the EU had never before exercised external relations in the field of military powers, it was the first time for NATO to decide to systematically provide its capabilities to another international actor.⁷⁷ In light of these uncertainties on both sides, it seems understandable that the EU and NATO aspired to retain as much leeway as possible. At the same time however, it seems inevitable that Berlin Plus agreements cannot be seen to have real binding force under international law. Reichard has described that the Berlin Plus package's true nature seems to be closer to a declaration.⁷⁸

These fundamental characteristics of the Berlin Plus agreements are bound to have implications on how their relevance should be understood in today's context. The original importance of the package should not be underestimated; agreeing on the Berlin Plus was an important milestone in the EU–NATO relations in the sense that it confirmed how important it is for the two organisations to make efforts in finding a common playing field. Negotiations which preceded the signing of the agreements largely repeat the essential questions of their mutual relationship today as well.⁷⁹ At the same time however, it seems that the Berlin Plus has a thick layer of secrecy surrounding it. The fact that it cannot be accessed from public sources does not provide a solid foundation for inter-institutional relations, which are evolving constantly. Two organisations with a strong commitment to the principles of democracy and rule of law should be able to base their relations on foundations which can be subject to external scrutiny. Not least is it a vital element in order to understand how their mutual relationship can be developed in the future.

4.3 Case Study: Operation Althea – Is the Berlin Plus Still Working After All?

Even though it seems that the Berlin Plus agreements are based on somewhat shaky grounds when it comes to their legitimacy under international law, the agreements still form the grounds for some practical cooperation between the EU and NATO. In this section, I wish to examine to what extent the Berlin Plus package has been able to provide a beneficial platform for their joint action.

It seems that there is one prominent case example where Berlin Plus agreements are currently being implemented. The European Union's military operation in Bosnia and Herzegovina (EUFOR or Operation Althea) began its operation on 2 December 2004, after the United Nations Security

77 Martin Reichard, 'Some Legal Issues Concerning the EU–NATO Berlin Plus Agreement' (2004) 73 *Nordic Journal of International Law* 60.

78 *Ibid* 67.

79 See e.g., Madeleine K. Albright, 'The Right Balance Will Secure NATO's Future, *Financial Times*, 7 December 1998' in Maartje Rutten (Ed.), *From St-Malo to Nice. European Defence: Core Documents* (European Union Institute for Security Studies 2001) 11.

Council's Resolution 1575 (2004) authorised EUFOR to become the "legal successor" to the prior NATO-led operation SFOR in the region.⁸⁰ The same resolution states that the operation will be carried out with a special EU–NATO cooperation mechanism:

*"Welcomes the decision of NATO to [...] maintain a presence in Bosnia and Herzegovina through the establishment of a NATO Headquarters in order to continue to assist in implementing the Peace Agreement in conjunction with EUFOR [...] in accordance with the arrangements agreed between NATO and the EU [...] which recognize that the EUFOR will have the main peace stabilization role under the military aspects of the Peace Agreement."*⁸¹

This structure which was communicated to and authorised by the UN Security Council follows the ethos of the Berlin Plus agreements. While NATO continues to provide the EU with planning and other capabilities, the Union carries the main responsibility over the leadership of the operation.⁸² Implementing this in practice creates an organisation chart which requires sufficient mastery of abbreviations: NATO's headquarters in Brussels (SHAPE) acts as the operational headquarters (OQ) of the mission as the planning capabilities are located there. At the same time, a liaison to the European Union is created at every level of NATO's chain of command; the European Union Military Staff within the External Action Service of the EU has established an EU Staff Group at SHAPE and an EU Command Element at JFC Naples which is NATO's military command subordinate to SHAPE.⁸³ Besides the military command structure, political decisions of the mission are made by the EU's Political and Security Committee (PSC) under the supervision of the Council.⁸⁴

Has EU–NATO cooperation successfully carried out its mission in Bosnia and Herzegovina and can it reveal something about the success of the Berlin Plus agreements? On 2 November 2022, the Security Council unanimously decided to extend the mandate of EUFOR's mission in the region "for a further period of 12 months".⁸⁵ Judging by statements made by representatives of Member States of the Security Council, the EUFOR mission has been able to deliver satisfying results. As, inter alia, representatives of the United Kingdom and Bosnia and Herzegovina separately welcomed the renewal of EUFOR's mandate, most statements focused on current affairs such as general

80 United Nations Security Council, Resolution 1575 (22 November 2004) UN Document S/RES/1575 (2004) Section 10.

81 United Nations Security Council, Resolution 1575 (22 November 2004) UN Document S/RES/1575 (2004) Section 11.

82 See e.g., NATO, 'EU–NATO Declaration on ESDP' (NATO Press Release, 16 December 2002) <<https://www.nato.int/docu/pr/2002/p02-142e.htm>> accessed 15 August 2023.

83 Olivier Rittmann, 'Operation Althea and the virtues of the Berlin Plus Agreement' (NATO Defense College, 25 January 2021) <<https://www.ndc.nato.int/news/news.php?icode=1521>> accessed 15 August 2023 [1].

84 European External Action Service, 'About EUFOR' (Article, 25 April 2023) <<https://euforbih.org/index.php/about-eufor/background>> accessed 15 August 2023.

85 United Nations, 'Security Council Renews EUFOR–Althea Mandate in Bosnia and Herzegovina, Unanimously Adopting Resolution 2658 (2022)' (United Nations Press Release, 2 November 2022) <<https://press.un.org/en/2022/sc15094.doc.htm>> accessed 15 August 2023, Section 1.

elections of the country, rather than functioning of the mission itself.⁸⁶ Additionally, Boštjančič Pulko, Muherina and Pejič submit that the mission has been able to successfully maintain safe and secure environment, advance human rights and gender equality as well as promote capacity-building of the Armed Forces of Bosnia and Herzegovina.⁸⁷

Despite the success of the mission itself, there have been arguments according to which the premises on which the Berlin Plus agreements were built on are becoming outdated. Biscop has argued that the European Union's aspiration to achieve strategic autonomy is bound to bring changes to the current structures of the Berlin Plus agreement and initiates two different ways forward. Firstly, Biscop proposes that the EU could establish its own operational headquarters and thus make a fairly great detachment from NATO's functions; secondly, another option proposed by Biscop is to give the EU "direct access to the NATO command structure", meaning that the EU could communicate directly with NATO's operational headquarters such as the one in Naples instead of asking for SHAPE to forward its messages.⁸⁸ An early form of the first option took a step forward in 2017 when the EU established the EU Military Planning and Conduct Capacity (MPCC)⁸⁹. While it could indeed be described as the EU's operational headquarters, it is currently small and only capable of conducting non-executive missions such as training, unlike NATO which has the capacity to manage much bigger operations.⁹⁰

However, Olivier Littimann has criticised any initiative to bring the EU's operations further away from NATO. The Commandant of the NATO Defense College has submitted that detaching the Union's Operation Althea from NATO OHQ is "tantamount to killing the Berlin Plus agreement" as it has been a rare example of showing how the EU-NATO co-operation can be a success in the field.⁹¹ He adds that such a move would risk "giving up what we already have for something less certain, stating that the EU's efforts in the field have so far been "largely statements of intent".⁹² Nicholas Williams has also noted that the Berlin Plus agreements remain the only framework for EU-NATO cooperation during a crisis, which further underscores that it should be deemed unnecessary to destabilise institutions or operations which are already working.⁹³

86 Ibid.

87 Ivana Boštjančič Pulko, Meliha Muherina and Nina Pejič, 'Analysing the Effectiveness of EUFOR Althea Operation in Bosnia and Herzegovina' (2016) 8 *Journal on European Perspectives of the Western Balkans* 88.

88 Sven Biscop, 'EU-NATO Relations: A Long-Term Perspective' (2018) 150 *Nação e Defesa* 90.

89 Olivier Rittimann, 'Operation Althea and the virtues of the Berlin Plus Agreement' (NATO Defense College, 25 January 2021) <<https://www.ndc.nato.int/news/news.php?icode=1521>> accessed 15 August 2023 [3].

90 Sven Biscop, 'EU-NATO Relations: A Long-Term Perspective' (2018) 150 *Nação e Defesa* 89.

91 Olivier Rittimann, 'Operation Althea and the virtues of the Berlin Plus Agreement' (NATO Defense College, 25 January 2021) <<https://www.ndc.nato.int/news/news.php?icode=1521>> accessed 15 August 2023 [4].

92 Ibid.

93 Nicholas Williams, 'NATO-EU Cooperation: Don't Forget Berlin Plus!' (European Leadership Network, 26 March 2018) <<https://www.europeanleadershipnetwork.org/commentary/nato-eu-cooperation-dont-forget-berlin-plus/>> accessed 15 August 2023.

4.4 Conclusions – What Is the Way Forward?

What follows is that the Berlin Plus Agreement seems to respond to the question of EU–NATO cooperation on a highly technical level. While this is important to establish functioning working relations, it seems to lack a meaningful definition of the purpose for cooperation between these two organisations. As the *raison d'être* for EU–NATO relations is changing and evolving rapidly due to the imminent threat against European security posed by Russian aggression in Ukraine, it should be deemed desirable to have a deeper discussion of the grounds for cooperation between the organisations. This would further promote the effort to meaningfully define as well as set respective limits to the EU's and NATO's roles in relation to each other.

The elephant in the room therefore seems to be that the Berlin Plus Agreement is limited to crisis management activities in which the EU and NATO co-operate. While this solution has clearly responded to topical security needs in Europe in early 2000s, it can be questioned whether the agreement package concluded in 2003 is any longer capable of governing the inevitably expanding nature of EU–NATO co-operation. Additional doubts to this are raised by the marginal visibility and even disregard for the Berlin Plus Agreement in today's discussions regarding security governance as well as unavoidable doubts regarding its validity under international law.

Therefore, I argue that the current framework for regulation has become increasingly insufficient to respond to transatlantic security challenges of today and near future. Above all, it seems to me that what is needed is a more ambitious approach for the future co-operation between the European Union and NATO. This would require a thorough revision of the Berlin Plus Agreement as well as a transition from its somewhat narrow scope of crisis management operations. I will discuss this in the last chapter as part of the possible ways to better construct the EU–NATO relations as a whole.

5. THE WAY FORWARD – UPDATED BERLIN PLUS 2.0 FOR 2020S AND BEYOND?

In the two previous chapters, I argued that the Berlin Plus agreement package governing the relations between NATO and the EU has some weaknesses ranging from its outdatedness to its relatively narrow scope. Given that the agreement package nevertheless forms quite a large part of today's existing codified regulation for the EU–NATO cooperation, I wish to dedicate the following chapter to discuss how the existing EU–NATO framework for regulation could be further improved to respond to today's security environment.

5.1 Weaknesses and Some Positive in the Current Regulation

As I have noted before, the EU and NATO possess clear competences when it comes to governing their own actions in the field of security. In common defence, Article 5 of the North Atlantic Treaty as well as Article 42(7) TEU provide a clear framework for common action when the organisation itself is considered as the sole key provider of security. As the Berlin Plus package was initially concluded in order to respond to crisis management operations, it has indeed served its purpose quite well; Operation Althea in Bosnia and Herzegovina is a good example of successful EU–NATO cooperation in the field. Still, the problem which arises is that even the Berlin Plus package’s status in current framework seems quite vague given its marginal visibility and questioned validity under international law.

One should question whether this is enough in today’s reality. Understanding that both organisations share a significant majority of Member States and thus naturally operate within the same territory, living in a vacuum of one’s own regulatory framework should not be deemed a viable option in the long run. As significant providers of security to the same member states, the EU and NATO will need to find ways to enhance their collaboration in the ever-changing field of European security.

Of course, it is promising that the EU and NATO have indeed understood that their collaboration is key to many synergies. Starting from 2016 and following Russia’s annexation of Crimea, the EU and NATO have issued joint declarations in which they have announced their commitment to mutual cooperation and emphasised their support against Russia’s “brutal war”.⁹⁴ However, a closer look at the clauses of the latest joint declaration of 2023 reveals that it is primarily meant to be a symbolic expression of transatlantic unity as most of its content is derived from ready-made statements from NATO’s latest Strategic Concept and the Strategic Compass, the EU’s latest strategy document for international security.⁹⁵

However, a more promising development in EU–NATO relations is that the two organisations have regularly tracked their progress in the most common areas for cooperation. On 6 December 2016 and 5 December 2017, the Presidents of the European Council and the European Commission as

94 NATO, ‘Joint Declaration on EU–NATO Cooperation by the President of the European Council, the President of the European Commission, and the Secretary General of the North Atlantic Treaty Organization’ (NATO Press Release, 9 January 2023) <https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_210549.htm> accessed 15 August 2023.

95 Sean Monaghan, Colin Wall, Otto Svendsen and Sissy Martinez, ‘Does the New EU–NATO Joint Declaration Matter?’ (Center for Strategic & International Studies, 13 January 2023) <<https://www.csis.org/analysis/does-new-eu-nato-joint-declaration-matter>> accessed 15 August 2023.

well as the Secretary General of NATO issued two different sets of proposals to activate the EU–NATO cooperation on as concrete a level as possible.⁹⁶ Ranging from mutual political dialogue to common exercises in maritime issues and cybersecurity as well as defence industry and research, the two organisations have successfully created a routine in which they regularly assess the quality of their mutual cooperation in these fields.⁹⁷

While these signs of collaboration are certainly promising and much welcomed, it can be questioned if they are enough. It would seem that while political declarations and progress reports are utile in increasing inter-organisational dialogue between the EU and NATO, they are not able to provide a permanent legal basis for their mutual interaction; further acknowledging that the Berlin Plus package from 2003 has been left to become outdated and unable to respond to the security issues of today, the overview of the framework for EU–NATO co-operation is bound to seem shattered. While political declarations may prove to be a flexible way for responding to ad-hoc matters of security, I argue that EU–NATO relations have become permanent enough and too vital for the European security architecture to be left managed by such instruments alone.

5.2 What Form Should the EU–NATO Regulatory Framework Take?

As such, I see that there are two different pathways forward, and both of them include a revision of the existing regulatory framework. The first option would be to expand the specific Berlin Plus -like arrangements between the EU and NATO institutions to cover other dimensions of security; as the Berlin Plus agreements have proved to be working rather well in the field of crisis management, it should be possible to form similar cooperation frameworks in other fields such as cybersecurity and aspects of common defence as well.

96 For the proposals of 2016, see The European Centre of Excellence for Countering Hybrid Threats, 'Common set of proposals for the implementation of the Joint Declaration by the President of the European Council, the President of the European Commission and the Secretary General of the North Atlantic Treaty Organization' (Official text, 2016) <<https://www.hybridcoe.fi/wp-content/uploads/2017/08/Common-set-of-proposals-for-the-implementation-of-the-Joint-Declaration-2.pdf>> accessed 15 August 2023; for 2017, see Council of the European Union, 'Defence cooperation: Council adopts conclusions on EU–NATO cooperation, endorsing common set of new proposals for further joint work' (Press Release, 5 December 2017) <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/12/05/defence-cooperation-council-adopts-conclusions-on-eu-nato-cooperation-endorsing-common-set-of-new-proposals-for-further-joint-work/>> accessed 15 August 2023.

97 See e.g., the latest progress report from 2022: Council of the European Union, 'Seventh Progress Report on the Implementation of the Common Set of Proposals Endorsed by EU and NATO Councils on 6 December 2016 and 5 December 2017' (Official text, 20 June 2022) <<https://www.consilium.europa.eu/media/57184/eu-nato-progress-report.pdf>> accessed 15 August 2023.

The other and perhaps even more favourable option for future EU–NATO cooperation would be trying to establish functioning relations between the Union and NATO under a single treaty framework. The codification could be set to be rather general, laying out the general principles for cooperation in all fields in which the EU and NATO may engage in. This approach would still allow a more flexible and present-like approach when it comes to settling the details for collaboration in lower-authority instruments such as different political declarations and memorandums of understanding, while still offering a legally durable basis for such actions. This general treaty should indeed follow similar treaty-making procedures mentioned above in order to make it as authoritative document as possible.

However, both approaches include potential pitfalls which should be addressed. I have criticised the original Berlin Plus package for its little visibility. Made only scarcely available publicly, the agreement package does not in its current form fully address the needs of institutional and legal transparency. Understanding that it is not really a question about security as its contents are largely published in other formats such as press releases⁹⁸, the future ‘Berlin Plus 2.0’ agreements should be treated in a consistent manner compared with any agreements or legal instruments such as the North Atlantic Treaty or, say, trade agreements which the EU has concluded with third countries. That is something that should be expected from any organisation committed to the principles of democracy and rule of law.

Of course, one reason for the bashful presentation of the Berlin Plus agreements has been its questionable status under international law. Indeed, in order for the EU and NATO to obtain a functioning bilateral agreement they need to be able to satisfy its requirements. The historical reasons for opting for “declaration-type” Berlin Plus, rather than following the organisations’ treaty-making powers, were political as it was the first time the EU and NATO involved themselves in such inter-institutional division of powers. Yet there should no longer be room for such hesitation as it is becoming increasingly clear that settling the division of work between the EU and NATO is very well motivated by the current pressure directed at European security. While the EU should follow its established treaty-making procedure in external relations, that is to say the provisions of Article 218 TFEU, NATO Member States should be ready to make an unanimous decision to authorise NATO to conclude an agreement for cooperation. Despite hesitation regarding whether or not NATO has treaty-making capacity, it should be clear that the codified expression of willingness to conclude such agreement should be as emphatic as possible.

98 NATO, ‘EU–NATO Declaration on ESDP’ (NATO Press Release, 16 December 2002) <<https://www.nato.int/docu/pr/2002/p02-142e.htm>> accessed 15 August 2023.

6. CONCLUSIONS

The aim of this paper was to answer the following question: understanding that a significant majority of Member States of the European Union are also members of NATO, how should the two organisations' inter-institutional relationship be understood in terms of competences? Furthermore, I wanted to delve into what could be possible ways to further promote the clarity between the EU's and NATO's legal competences in the field.

Firstly, I examined how Russia's unlawful attack against Ukraine has shaped the EU's approach to its common defence and NATO. Despite a certain degree of ambiguity in written form regarding the EU's ambition to become a military bloc on the basis of Article 42(7) TEU, it is clear that the Union's current projects are steering it to a direction where the Union becomes a more credible actor to identify as so.

My second task was to focus uniquely on the territorial defence aspects of the EU's and NATO's mandates; as this field has become especially relevant due to Russia's unlawful attack against Ukraine, I wanted to shed light on to what extent the EU's mutual defence clause, Article 42(7) TEU and NATO's Article 5 overlap with each other and what could be possible ways to promote the cooperation of these two organisations instead of promoting a situation of rivalry and unnecessary duplications.

In the paper, I deduced that the future of European collective security is largely dependent on how the Member States decide to develop their military defence capabilities within the EU. If right policies are made, the EU–NATO relationship does not necessarily have to culminate in the question of a potential clash of competences; rather, the right question becomes how to ensure that the Union's and NATO's capabilities are deployed in the most effective and cooperative way.

Firstly, it becomes crucial that the EU Member States start to enhance their common capabilities through mechanisms such as PESCO. Equally important is to start practicing possible scenarios of deployment in order to gain a better picture of how the evolving capabilities can be harmonised with those of NATO.

On the other hand, I argue that differences in invocation and application of Article 42(7) TEU and NATO's Article 5 provide for an important way to differentiate between the EU's and NATO's legal competences in the future. The EU should further bolster a precedent where Article 42(7) TEU is viewed as a rapid and flexible mechanism for European initiatives, reserving the requirement of collective deliberation for the decision-making process of NATO-led operations.

My third task was to examine the instruments with which the EU and NATO have strived to govern their mutual relations. I was especially interested in understanding the role of the so-called Berlin Plus package; while this set of agreements was originally concluded in order to arrange the two organisations' cooperation in crisis management, it seems to have played an important part in forming a precedent for regulating the EU–NATO relations today as well.

To me, it seems that the Berlin Plus Agreement responds to the question of EU–NATO cooperation on a highly technical level. While this solution has clearly responded to topical security needs in Europe in early 2000s, it can be questioned whether the agreement package concluded in 2003 is any longer capable of governing the inevitably expanding nature of EU–NATO cooperation. Additional doubts about this are raised by the Berlin Plus Agreement’s marginal visibility in today’s discussions regarding security governance and unavoidable uncertainties regarding its validity under international law. On a more positive note, the Berlin Plus Agreement has still been seemingly successful in organising the EU–NATO relations in crisis management operations such as in Bosnia and Herzegovina.

Therefore, I argued that what is needed is a more ambitious approach for the future cooperation between the European Union and NATO. This would require a thorough revision of the Berlin Plus Agreement as well as a transition from its somewhat narrow scope of crisis management operations.

Hence, I introduced two different pathways forward. Both of them include a revision of the existing regulatory framework. The first option would be to expand the specific Berlin Plus -like arrangements between the EU and NATO institutions to cover other dimensions of security; as the Berlin Plus agreements have proved to be working rather well in the field of crisis management, it should be possible to form similar co-operation frameworks in other fields such as cybersecurity and aspects of common defence as well.

The other and perhaps even more favourable option for future EU–NATO cooperation would be trying to establish functioning relations between the Union and NATO under a single treaty framework. The codification could be set to be rather general, laying out the general principles for cooperation in all fields in which the EU and NATO may engage in. This approach would still allow a more flexible and present-like approach when it comes to settling the details for collaboration in lower-authority instruments such as different political declarations and memorandums of understanding, while still offering a legally durable basis for such actions. This general treaty should indeed follow similar treaty-making procedures mentioned above in order to make it as authoritative document as possible.

However, both approaches include potential pitfalls that should be addressed. I criticised the original Berlin Plus package for its little visibility. Made only scarcely available publicly, the agreement package does not in its current form fully address the needs of institutional and legal transparency. Understanding that it is not really a question about security as its contents are largely published in other formats such as press releases, the future ‘Berlin Plus 2.0’ agreement should be treated in a consistent manner compared with any agreements or legal instruments such as the North Atlantic Treaty or, say, trade agreements which the EU has concluded with third countries. That is something that should be expected from any organisation committed to the principles of democracy and the rule of law. Despite the past historical reasons for obtaining for a “declaration-type” Berlin Plus, the future documents should be concluded by following the established treaty-

making procedure; there should no longer be room for hesitation as it is becoming increasingly clear that settling the division of work between the EU and NATO is very well motivated by the current pressure directed at European security.

Ambitious integration between two international organisations is not an easy task politically. However, given that both organisations largely share the same membership pool and that both have capabilities from which they could draw mutual benefit, I believe that it would prove worthy to take ambitious steps forward in order to put their cooperation on a legally solid foundation. As both organisations are committed to defending European security and liberal democracies in today's volatile geopolitical world, they definitely share a common interest to club together ever more firmly.

YHTEEN HIILEEN PUHALTAMINEN – EUROOPAN IHMISOIKEUSSOPIMUKSEN ARTIKLAN 8 ASETTAMAT POSITIIVISET TOIMINTAVELVOITTEET JA LASTEN OIKEUDET ILMASTONMUUTOKSEN KONTEKSTISSA¹

Helmi Hämäläinen

<https://doi.org/10.33344/vol17iss2pp40-62>

Helsinki Law Review, 2/2023, pp. 40–62

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



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

ABSTRACT

In recent years, climate change and children's rights have been hot topics in the field of international law. Paris Agreement set a goal for climate mitigation actions: to keep the global temperature well below 2 °C. However, developed countries are far behind that target. Thus, many children have taken action and initiated legal proceedings in the international legal bodies. This article aims to enlighten the reader on the positive obligations of the European Convention on Human Rights towards children on climate change in the light of article 8. Moreover, the article delves into the position of children in our society and their vulnerability. The article also explores the challenges children face in asserting their rights. It divides positive obligations into three categories: the authorities' obligations, the obligations of the legislator, and the obligations of the courts. In conclusion, the author brings up the obstacles in the way of the full enjoyment of environmental rights in the human rights system.

1 Toimituksen huomio: artikkeli on kirjoitettu ennen kuin EIT antoi 9.4.2024 ratkaisut tapauksissa *Duarte Agostinho ja muut v. Portugali ja 32 muuta valtiota*, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ja muut v. Sveitsi ja Carême v. Ranska*.

I. JOHDANTO

Viime aikoina on ollut enenevässä määrin esillä lasten ja nuorten oikeus puhtaaseen tulevaisuuteen. Vuonna 2015 maailman valtiot kokoontuivat yhteen ja kompromissina syntyi Pariisin ilmastopuolitus². Pariisin ilmastopuolitus asettaa 3 artiklassa sopimusvaltioille velvoitteen laatia kansallisesti määriteltäviä panoksia, jotta 2 artiklassa mainitut pitkän ajan tavoitteet voidaan saavuttaa. Pariisin ilmastopuolituksen 2 artiklassa asetetaan valtioille pitkän ajan tavoitteet, joilla tarkoitetaan maailman keskilämpötilan pysyttämistä selvästi alle 2 °C:ssa. Artiklan mukaan valtiosopimuksen tavoitteena on pysäyttää lämpeneminen 1.5 °C:een. Kansalaisyhteiskunta on herännyt myös vastustamaan ilmastonmuutosta. Tämä on tarkoittanut niin sanottujen ilmastokanteiden lisääntymistä tuomioistuimissa.³ Yksi tunnetuimmista ilmastokanteista on portugalilaisten lasten (*Duarte Agostinho ja muut v. Portugalija ja muut*) vuonna 2020 nostama kante Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa (EIT). Ilmastonmuutos on siis yhä enemmän ihmisoikeuskysymys – ei ainoastaan luonnontieteellinen tosiasia.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen asettamia velvoitteita kutsutaan positiivisiksi toimintavelvoitteiksi. *Harris, O’Boyle ja Buckley* määrittelevät positiiviset toimintavelvoitteet valtioiden velvoitteiksi tehdä aktiivisia toimenpiteitä suojatakseen ihmisoikeudet. Negatiivisilla velvoitteilla taas tarkoitetaan valtion velvollisuutta pidättäytyä puuttumasta johonkin oikeuteen eli velvollisuutta kunnioittaa tällaista oikeutta. Täten kaikki velvoitteet voidaan määrittellä suhteessa näihin kahteen kategoriaan eli positiivisiin ja negatiivisiin toimintavelvoitteisiin. Joskus myös jokin velvoite ei ole yksinomaan positiivinen tai negatiivinen, vaan se sisältää näistä kummankin ominaisuuksia.⁴

Ilmastonmuutoksen globaali ulottuvuus tekee siitä monimutkaisen juridisen ongelman, koska yksittäinen valtio ei ole vastuussa ilmastonmuutoksesta. Täten syy-yhteyden löytäminen yksittäisen valtion toimien ja ilmaston lämpenemisen välillä on vaikeaa, mikä on myös este valtioiden positiivisten toimintavelvoitteiden laatimiselle. Valtiot ovatkin vedonneet tähän seikkaan erinäisissä ilmastomuutosta koskevissa vireillä olleissa valituksissa.⁵ Positiivisten toimintavelvoitteiden asettamisen edellytyksenä on se, että valtio ”tiesi tai sen olisi pitänyt tietää” vahingon riskistä, eli sen on pitänyt olla tietoinen.⁶

2 SopS 76/2016.

3 Ks. *Duarte Agostinho ja muut v. Portugalija ja 32 muuta valtiota* App no 39371/20, Court communication of 30 November 2020; *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ja muut v. Sveitsi* App no 53600/20 of 28 November 2020; *Carême v. Ranska* App no 7189/21, Relinquishment of 28 January 2021.

4 D. Harris ja muut, *Law of the European Convention on Human Rights* (2nd edn, Oxford University Press 2009) 18; ks. Laurens Lavrysen, *Human rights in a positive state: rethinking the relationship between positive and negative obligations under the European Convention on Human Rights* (Intersentia 2016) 10.

5 Ks. *Daniel Billy ja muut v. Australia* (22 September 2022 UNHRC) UN Doc. CCPR/C/135/D/3624/2019 ja *Sacchi ja muut v. Argentiina* (10 August 2021 CRC) UN Doc. CRC/C/88/D/104/2019.

6 *O’Keeffe v. Irlanti* App no 35810/09 (GC) (ECtHR, 28 January 2014) kohdat 152 ja 168.

Tässä artikkelissa⁷ syvennytään ympäristöoikeuteen Euroopan ihmisoikeussopimuksen⁸ (EIS) kehyksessä. Erityisesti artikkelissa pyritään jäsentämään lukijalle EIS:n 8 artiklasta johdettavat valtioiden positiiviset toimintavelvoitteet koskien ilmastonmuutosta jakamalla ne kolmeen kategoriaan: 1) viranomaisten, 2) lainsäätäjän ja 3) tuomioistuinten positiivisiin toimintavelvoitteisiin. Lisäksi artikkelissa käsitellään EIS:n 8 artiklan kattamia ympäristöoikeuksia lapsen oikeuksien sopimuksen valossa. Mielenkiintoisen näkökulman artikkelin aiheeseen tuo lapsen haavoittuvaisuuden tarkastelu. Täten artikkeli pyrkii tutkimaan samalla, millaisia velvoitteita Euroopan ihmisoikeustuomioistuin (EIT) voisi mahdollisesti asettaa sopimusvaltioille ilmastonmuutoksen edetessä. Suomalaisessa tutkimuksessa lasten oikeuksia ja haavoittuvaisuutta on tutkittu, mutta tämän artikkelin tarkoitus on tuoda syvällisemmin haavoittuvaisuuden konteksti ilmastonmuutoksen yhteyteen sekä tarkastella ihmisoikeusjärjestelmää kriittisesti. Lisäksi artikkeli pyrkii systematisoimaan oikeustilaa, joka on tällä hetkellä vielä hyvin määrittämätön.

Artikkelin tutkimusmetodinä käytetään oikeusdogmaattista menetelmää, mutta artikkelissa myös käytetään paikoin oikeuspoliittista tutkimusmetodia. Kolme tutkimuskysymystä, johon artikkeli pyrkii vastaamaan, ovat: 1) Millaisia ilmastonmuutosta koskevia positiivisia toimintavelvoitteita on johdettavissa EIS:n 8 artiklasta? 2) Miten lasten oikeudet tulisi ottaa huomioon sovellettaessa EIS:n 8 artiklan asettamia positiivisia toimintavelvoitteita ilmastonmuutoksen edetessä? 3) Miten lasten haavoittuvainen asema vaikuttaa heidän ympäristöoikeuksiensa toteutumiseen yhteiskunnassamme? Tutkimuskysymyksistä on johdettavissa kaksi alakysymystä: 1) Millaisia esteitä erityisesti lapset voivat kohdata, jotta sopimusvaltiot saatettaisiin vastuuseen ilmastonmuutosta koskevien velvoitteidensa osalta? 2) Millaista kritiikkiä voidaan kohdistaa ihmisoikeusjärjestelmään, kun sen avulla pyritään vaikuttamaan valtion ilmastotoimiin? Artikkelin rakenne jäsentyy seuraavalla tavalla: 1) Johdatus EIS:n 8 artiklan soveltamisalaan ja ympäristöoikeuksiin, 2) lapsen oikeuksien sopimuksen suhde EIS:n, 3) lapsen haavoittuvaisuuden käsite, 4) ympäristöoikeuksien jäsentäminen kolmeen eri ryhmään ja lasten kohtaamat haasteet EIT:ssa ja 5) yhteenveto ja johtopäätökset. Artikkeli keskittyy positiivisiin toimintavelvoitteisiin 8 artiklan näkökulmasta. Muiden artiklojen käsittely jää lähinnä maininnan tasolle.

7 Artikkelin pohjautuu kirjoittajan maisterintutkielmaan.

8 SopS 63/1999.

2. KATSAUS 8 ARTIKLAN HISTORIALLISEEN KEHITYKSEEN JA YMPÄRISTÖOIKEUKSIIN

Tässä luvussa pyritään avaamaan lukijalle EIS:n 8 artiklan sisältöä sekä siitä johdettavia ympäristöoikeuksia. Luvussa tutkitaan myös 8 artiklan historiallista kehitystä yksityisyyden ja perhe-elämän suojelemisesta ympäristöoikeuksien syntymiseen sekä näistä johdettaviin valtioiden positiivisiin toimintavelvoitteisiin. 8 artiklan mukaan jokaisella on oikeus perhe- ja yksityiselämään sekä kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaan kunnioitukseen. EIT on määritellyt 8 artiklan soveltamisalan laajaksi oikeuskäytännössään. Lisäksi kyseisestä artiklasta voidaan johtaa sellaisiakin oikeuksia, joita artiklassa ei ole erikseen mainittu.⁹ EIS ei erikseen luonut substanssinsa puolesta ympäristöoikeuksia järjestelmäänsä. Kuitenkin EIT on tapauksessa *Tyrer v. Yhdistyneet kuningaskunnat* määritellyt sopimuksen ”ajassa eläväksi instrumentiksi” (*a living instrument*).¹⁰ Näin ollen, vaikka ihmisoikeussopimus ei voi luoda täysin uusia oikeuksia, EIT:n tulkinta voi elää yhteiskunnan ja ihmisten asenteiden muutosten mukana. Esimerkkinä tästä voidaan pitää sopimuksen 3 artiklaa, kidutuksen kieltoa, jonka tulkinta on muuttunut vuosien varrella. EIT:n lausuman mukaan toiminta, jota ei ole aiemmin pidetty kidutuksena, voidaan nykyään käsittää kidutuksen kiellon vastaiseksi.¹¹

Ympäristöoikeudet ovat lähinnä johdettu EIS:n 8 artiklasta. EIS:n ympäristöoikeudet kuuluvat siis nimenomaan kodin sekä yksityis- ja perhe-elämän suojan alaisuuteen. Kuitenkin ilmastonmuutosta koskevissa kanteissa on argumentoitu, että valtioiden vastuu koskien kunnianhimoisempia päästövähennyksiä on johdettavissa myös EIS:n 2 artiklan positiivisista velvoitteista ja kansainvälisestä ilmasto-oikeudesta johdetusta varovaisuusperiaatteesta. EIT painotti varovaisuusperiaatteen merkitystä käyttäen sitä tukena 8 artiklan loukkauksen perusteluissa.¹² EIS:n 2 artikla takaa oikeuden elämään, ja varovaisuusperiaate on kansainvälisessä ympäristöoikeudessa tunnustettu periaate, vaikkakin sen oikeudellisesta luonteesta on kiistelty pitkään.¹³ Yhdistyneiden kansakuntien Rion julistuksen¹⁴ mukaan valtion

9 Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, *Right to respect for private and family life, home and correspondence* (Council of Europe, updated on 31 August 2022) 7.

10 *Tyrer v. Yhdistyneet kuningaskunnat* App no 5856/72 (ECtHR, 28 April 1978) kohta 31.

11 *Selmouni v. Ranska* App no 25803/94 (ECtHR, 28 July 1999) kohta 101.

12 Ks. esim *Duarte Agostinho ja muut v. Portugal* ja 32 muuta valtiota, app no 39371/20, liite kohta 8.

13 Philippe Sands ja muut, *Principles of International Environmental Law* (4th edn, Cambridge University Press 2018) 239.

14 31 ILM 874 (1992) periaate 15.

tulee omaksua varovaisuusperiaatteen mukainen lähestymistapa, kun se ottaa huomioon ympäristönsuojelun. Kuitenkin tämä tulisi toteutua valtioiden omien kykyjen ja mahdollisuuksien rajoissa. Jos vakavan tai peruuttamattoman vahingon uhka on olemassa, valtio ei voi käyttää hyväkseen tieteellisen varmuuden puuttumista lykätäkseen ympäristöllisen vahingon estämistä koskevia toimenpiteitä. Kuitenkin epäselvyyttä ilmenee sen suhteen, missä tieteellisen epävarmuuden raja kulkee, ja millaisiin toimenpiteisiin periaate velvoittaa.¹⁵

Vuoden 1976 tapauksessa *X ja Y v. Saksa* kantajat olivat ympäristöjärjestön jäseniä. Järjestö omisti 2.5 aaria maata luonnonsuojelulle. Kantajat valittivat siitä, että viereiset sualueet oli annettu puolustusvoimien käyttöön. Valitus kuitenkin jätettiin tutkimatta *ratione materiae*-perusteella, sillä EIS:n 2, 3 ja 5 artiklat eivät luo oikeutta luonnonsuojeluun. Sittemmin tuomioistuimen kanta ympäristöoikeuksien kohdalla on muuttunut ja laajentunut. Vaikka EIT on muistuttanut, että sopimus ei luo erityisiä oikeuksia puhtaaseen ja rauhalliseen ympäristöön taikka luonnonmukaisen ympäristön suojelemiseen, voi kysymys 8 artiklan loukkaamisesta syntyä, jos edellä mainitut tekijät ovat vakavasti ja suorasti vaikuttaneet yksilöön.¹⁶ Tuomioistuin on huomauttanut, että kodin suojaa koskevat valtion toimintavelvoitteet sisältävät myös kodin suojelemisen melulta, päästöiltä, hajulta ja muilta häiriöiltä.¹⁷

EIT:n oikeuskäytännön mukaan valittajan ei tule kuitenkaan välttämättä näyttää toteen, että saaste on vakavasti uhannut tämän terveyttä¹⁸, vaikka haitallisten saasteiden tulee saavuttaa tietty vähimmäistaso¹⁹. Tämän vuoksi kynnys sen toteamiseen, että ympäristön vaikutukset henkiseen ja fyysiseen terveyteen ovat loukanneet 8 artiklan takaamia yksilön oikeuksia, on korkea. Tämä vakavuuden vähimmäistason arviointi on johdettavissa 3 artiklaa koskevasta oikeuskäytännöstä.²⁰ Tämä arviointi vaikuttaa positiivisten velvoitteiden asettamiseen. EIT käyttää kokonaisvaltaista arviointia ottaen huomioon ympäristövaikutusten keston ja intensiteetin, sekä saasteiden vaikutukset fyysiseen ja henkiseen terveyteen.²¹

EIT on oikeuskäytännössään linjannut lukuisia ympäristöhaitasta johtuvia positiivisia toimintavelvoitteita. Osa näistä on menettelyllisiä ja osa aineellisia velvoitteita. Positiiviseksi toimintavelvoitteiksi on lueteltu 1) velvollisuus mahdollistaa pääsy ympäristöä koskevaan informaatioon²², 2) velvollisuus taata julkinen osallistuminen ympäristöä koskevaan päätöksen-

15 Sands ja muut (n 14) 234.

16 *Hatton v. Yhdistynyt kuningaskunta* App no 36022/97 (GC) (ECtHR, 8 July 2003) kohta 96.

17 *Boyle v. Yhdistynyt kuningaskunta* App no 55434/00 (ECtHR, 8 April 2008); *Moreno Gómez v. Espanja* App no 4143/02 (ECtHR, 16 November 2004) kohta 53.

18 *Lopéz Ostra v. Espanja* App no 16798/90 (ECtHR, 9 December 1994) kohdat 44–58.

19 *Ibid* kohta 49.

20 Corina Heri, 'Climate Change before the European Court of Human Rights: Capturing Risk, Ill-Treatment and Vulnerability' (2022) 33 *European Journal of International Law* 925, 933.

21 *Fadeyeva v. Venäjä* App no 55723/00 (ECtHR, 30 November 2005) kohdat 68–70.

22 Ks. yleisesti *Guerra v. Italia* App no 116/1996/735/932 (ECtHR, 19 February 1998) kohta 60.

tekoon²³, 3) velvollisuus myöntää pääsy ympäristöasioita käsitteleviin tuomioistuimiin²⁴, 4) velvollisuus muodostaa ympäristölainsäädäntöä²⁵, 5) velvollisuus suorittaa tutkimuksia, selvityksiä ja ympäristövaikutusten arviointien tekemistä, jotta varovaisuusperiaatteen mukainen lähestymistapa voidaan saavuttaa²⁶, 6) velvollisuus täyttää riittävät varatoimenpiteet²⁷, 7) velvollisuus asettaa ympäristön pilaajat syyteeseen ja rangaista näitä ympäristölle aiheutetusta haitasta²⁸ ja 8) velvollisuus käsitellä valtioiden laiminlyöntejä sekä tehottomia toimenpiteitä²⁹.

3. LAPSEN OIKEUKSIEN SOPIMUS EUROOPAN IHMISOIKEUSSOPIMUKSEN VALOSSA JA LASTEN HAAVOITTUVAINEN ASEMA

3.1 Lapsen oikeuksien sopimuksen tulkinta ilmastonmuutoksessa ja sen suhde Euroopan ihmisoikeussopimukseen

EIT ei ole velvollinen lapsen oikeuksien sopimuksen³⁰ (LOS) pohjalta noudattamaan sen takaamia oikeuksia, mutta EIS:n tulkinta ei tapahdu tyhjiössä. EIS:n tulkinnassa tuleekin ottaa huomioon kansainvälisen oikeuden yleiset periaatteet.³¹ EIT on oikeuskäytännössään linjannut, että erityisesti 8 artiklan positiivisten toimintavelvoitteiden yhteydessä tulisi ottaa huomioon myös LOS:ssa suojeltavat lasten oikeudet.³² Jotta erityisesti lasten oikeuksia voidaan suojella EIS:n soveltamistilanteissa, on myös tarkasteltava LOS:ssa taattuja oikeuksia ilmastonmuutoksen kontekstissa. Tämän luvun tavoitteena on johdattaa lukija ilmastonmuutoksen vaikutuksiin suhteessa LOS:ssa suojeltaviin oikeuksiin. Lisäksi luvussa arvioidaan lasten oikeuksien asemaa EIS:n valossa.

Johdantoluvussa mainitussa tapauksessa portugalilaiset lapset toivat valituksessaan esille EIT:n veloitteen ottaa huomioon ilmastokriisissä myös LOS:n asettamat veloitteet ja erityisesti LOS 3 artiklan tarkoittama ”lapsen etu”.³³ Ilmastonmuutos vaikuttaa erityisesti seuraaviin LOS:ssa turvattuihin oikeuksiin: oikeus saada ensisijaisesti otettavaksi huomioon lapsen etu

23 Ks. yleisesti *Hatton* (n 17).

24 Ks. yleisesti *Moor v. Sveitsi* App no 52067/10 ja 41072/1 (ECtHR, 11 March 2014).

25 Ks. yleisesti *Öneryildiz v. Turkki* App no 48939/99 (ECtHR, 30 November 2004)

26 Ks. yleisesti *Táatar v. Romania* App no 67021/01 (ECtHR, 27 January 2009).

27 *Budayeva v. Venäjä* App no 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ja 15343/02 (ECtHR, 10 March 2008) kohta 114.

28 *Öneryildiz* (n 27) kohta 91.

29 *Oluic v. Kroatia* App no 61260/08 (ECtHR, 20 May 2010) kohta 66.

30 SopS 60/1991.

31 Käsikirja Euroopan lapsen oikeuksia koskevasta oikeudesta (Euroopan unionin perusoikeusvirasto ja Euroopan neuvosto 2015) 27.

32 *Harroudj v. Ranska* App. no. 43631/09 (ECtHR, 4 October 2012) kohta 42.

33 *Duarte Agostinho ja muut v. Portugali ja 32 muuta valtiota* (n 13), liite kohta 8. Ks. myös *Neulinger v. Sveitsi* App no 41615/07 (GC) (ECtHR, 7 July 2010) kohta 132.

(artikla 3), oikeus elämään (artikla 6), oikeus perhesuhteiden ylläpitämiseen ja olla erottamatta vanhemmistaan vastoin lapsen tahtoa (artiklat 9 ja 10), oikeus tulla kuulluksi (artikla 12), oikeus suojeltuun terveyteen (artikla 24), oikeus riittävään elintasoon (artikla 27), oikeus koulutukseen (artikla 28), oikeus vapautteen kaikenlaisesta väkivallasta tai hyväksikäytöstä (artiklat 19, 32 ja 34–36), alkuperäisväestöön kuuluvan lapsen oikeus kulttuuriin ja kieleen (artikla 30) ja lapsen oikeus leikkiin (artikla 31). Merkittäviksi lasten oikeuksiksi edellä mainituista oikeuksista voidaan katsoa lapsen oikeus saada etunsa otetuksi ensisijaisesti huomioon ja osallisuuteen liittyvät oikeudet.³⁴

Ilmastomuutos ei siis vaikuta vain yhteen oikeuteen LOS:ssa, vaan ilmastokriisi vaikuttaa useisiin lapsen oikeuksien sopimuksen turvaamiin oikeuksiin. Tämä voi myös tarkoittaa sitä, että LOS:n implementointi voi vaikeutua kokonaisuudessaan. Tämä johtuu LOS:n oikeuksien vuorovaikutuksesta artiklojen välillä, mikä taas liittyy LOS:n oikeuksien luonteeseen. Jonkin yksittäisen LOS:n oikeuden kattava realisointi tarkoittaa osittain tai kokonaan muiden oikeuksien toteutumista. Lopputuloksena yhden oikeuden loukkaaminen tarkoittaa myös toisen oikeuden loukkaamista.³⁵

Lapsen oikeuksien komitean yleiskommentin nro 14 mukaan lapsen edun suojaamisella suojataan kaikkien LOS:n artiklojen toteutumista. Näin voidaan varmistaa oikeuksien dynaaminen ja perusteellinen toteutuminen.³⁶ Lapsen oikeuksien komitean kommentti on myös painottanut, että lapsen edun kokonaisvaltainen edistäminen vaatii kaikkiin toimijoihin kohdistuvan lapsen edun mukaisen lähestymistavan vahvistamista. Näillä keinoilla voidaan taata lapsen kokonaisvaltainen ruumiillinen, henkinen, moraalinen ja hengellinen ”säröttömyys”.³⁷

Lapsen oikeuksien komitea on syksyllä 2023 laatinut yleiskommentin nro 26 koskien lasten oikeuksia ilmastomuutoksessa. Yleiskommentissa lapsen oikeuksien komitea tunnistaa ylisukupolvisen tasa-arvon periaatteen. Komitean mukaan sopimusvaltiot ovat vastuussa ennakoitavista ympäristöön kohdistuvista uhista, jotka johtuvat heidän omista toimistaan. Komitea painottaa, että lasten oikeudet vaativat välitöntä huomioon ottamista siten, että lapset pystyvät nauttimaan oikeuksistaan mahdollisimman laaja-alaisesti.³⁸ Yleiskommentissa viitataan laajasti jo edellä mainittuihin LOS:n artikloihin ja annetaan valtioille ohjausta siihen, miten nämä

34 Heta-Elena Heiskanen ja Milka Sormunen, 'Ilmastonuoret vastaan valtiot, Lapsen oikeuksien komitea ilmastokriisin ratkojana' teoksessa Elina Pekkarinen ja Terhi Tuukkanen (toim.), *Maapallon tulevaisuus ja lapsen oikeudet* (Lapsiasiavaltuutettu 2020) 114.

35 Ibid 111.

36 Committee on the Rights of the Child, 'General Comment 14 on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration' (2013) UN Doc. CRC/C/GC/14, luku 1 kohta A 4

37 Committee on the Rights of the Child, 'General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child' (2003) Un doc. CRC/GC/2003/5 kohta 12.

38 Committee on the Rights of the Child: General comment No. 26 on children's rights and the environment, with a special focus on climate change (2023) Un Doc. CRC/C/GC/26 kohta 11.

oikeudet voidaan käytännössä turvata ilmastonmuutoksen edetessä. Esimerkiksi kommentissa mainitaan lapsen oikeus päästä vaikuttamaan ympäristöä koskevaan päätöksentekoon.³⁹ Lisäksi yleiskommentissa painotetaan lapsen oikeutta koulutukseen. Valtioiden tulee turvata koulutus ilmastonmuutoksen ympäristöhaittojen edetessä ja varmistaa se, että opetussuunnitelma sisältää ilmastonmuutosta koskevan tieteen opetusta.⁴⁰ Yleiskommentissa kehoitetaan sopimusvaltioita suorittamaan ympäristöä koskevassa päätöksenteossa ja lainvalmistelussa arviointimenettely siitä, kuinka päätös tai lainsäädäntö vaikuttaa käytännössä lasten oikeuksiin.⁴¹

Yleiskommentti on mielenkiintoinen siitä näkökulmasta, että se ottaa kantaa myös laajemmin ilmastonmuutokseen. Se lähestyy ilmastonmuutosta lasten oikeuksien näkökulmasta, mutta käyttää samalla ilmastopimuksista tuttua termistöä. Tällä tarkoitetaan sitä, että lapsen oikeuksien komitea muun muassa viittaa kansainvälisestä ympäristöoikeudesta tuttuun varovaisuusperiaatteeseen.⁴² Yleiskommentissa myös kehoitetaan valtioita sitoutumaan kansainväliseen yhteistyöhön⁴³ ja valvomaan yrityksiä sen osalta, että nämä turvaavat lasten oikeudet.⁴⁴ Kaiken kaikkiaan yleiskommentissa todetaan, että sopimusvaltioiden tulee sitoutua Pariisin ilmastopimuksen pitkän aikavälin tavoitteisiin, jotta se täyttää LOS:n velvoitteet.⁴⁵

EIT on myös oikeuskäytännössään viitannut lapsen etuun lukuisia kertoja.⁴⁶ Lapsen etu on otettava huomioon kaikessa toiminnassa, mukaan lukien ilmasto- ja luontoa koskevassa päätöksenteossa, lainsäädännössä ja rahoitustoimissa, kun toimet vaikuttavat suorasti tai epäsuorasti lapsiin.⁴⁷ Lapsen edun periaate asettaa siis myös velvoitteen ottaa lapsen etu huomioon ennen tietyn menettelytavan määrittelyä. Tämä tarkoittaa sitä, että päätöksentekijöiden tulee arvioida sekä negatiiviset että positiiviset päätöksen aiheuttamat vaikutukset lapsiin.⁴⁸ Edellä mainittu lapsen oikeuksien komitean yleiskommentti nro 26 koskien ilmastonmuutosta täsmentää myös EIT:n tulkintaa lasten oikeuksista. EIT voisi yhä enenevässä määrin käyttää yleiskommenttia ilmastokanteita koskevassa argumentoinnissaan. Vaikka nämä kaksi ihmisoikeussopimusta toimivat omina entiteetteinään, voisi yleiskommentin nro 26 tapainen instrumentti vahvistaa näiden kahden sopimuksen vuorovaikutusta.

39 Ibid kohdat 26 ja 27.

40 Ibid kohdat 51 ja 53.

41 Ibid kohta 75.

42 Ibid kohta 69.

43 Ibid kohta 91.

44 Ibid kohdat 78–81.

45 Ibid kohta 98 (b).

46 Ks. *Khan v. Ranska* App no 12267/16 (ECtHR, 28 February 2019); *Mubilanzila Mayeka ja Kaniki Mitunga v. Belgia* App no 13178/03 (ECtHR, 12 January 2007).

47 CRC/C/GC/14 (n 36) kohta 19.

48 Ibid kohta 6(c).

3.2 Haavoittuvaisten ryhmien suhde Euroopan ihmisoikeussopimuksen positiivisiin toimintavelvoitteisiin

Tässä aluvuossa tutkitaan haavoittuvaisuuden käsitettä lasten oikeuksien näkökulmasta. Lisäksi haavoittuvaisuuteen syvennyttään EIT:n oikeuskäytännön valossa. Haavoittuvaisten yksilöiden aseman ymmärtäminen on merkityksellistä, jotta lasten oikeudet voidaan kokonaisuudessaan turvata ilmastonmuutoksen edetessä. Haavoittuvaisuuden konseptille ei ole selvää oikeudellista määritelmää. Lisäksi se on verrattain tuore käsite myös suomalaisessa oikeuskielessä. *Niemisen* mukaan haavoittuvaisuuden käsitteen ympärillä on löydettävissä kaksi eri suuntausta. Ensimmäisen mukaan tietyt ryhmät ovat itsessään jo haavoittuvia. Toinen näkemys nojautuu siihen, että haavoittuvaisuus on universaalialia. Ensimmäinen näkemys sivuuttaa sen, ettei tällainen haavoittuvainen ryhmä, kuten vanhukset, ole hegemoninen. Heikkouksiin keskittyminen voi luoda myös ryhmässä toimeettomuutta. Toisen suuntauksen mukaan haavoittuvaisuus näyttäytyy sosiaalisena konstruktiona.⁴⁹

Positiiviset toimintavelvoitteet on huomioitava poikkeuksellisen huolellisesti, kun kyseessä ovat erityisen haavoittuvaisessa asemassa olevat yksilöt. Yhden kansainvälisessä oikeudessa esiintyvän määritelmän mukaan haavoittuvaisuudella viitataan tilaan, jossa ihminen on altis vahingonteolle. Tällaista yksilöä voidaan vaivattomasti satuttaa fyysisesti, psyykkisesti tai sosiaalisesti. Tämä on mahdollista sen vuoksi, että yksilö on hauras, heikko tai sensitiivinen. Haavoittuvaisuudella viitataan lapsen kohdalla tämän synnynnäiseen haavoittuvaisuuteen. Muiden ryhmien kohdalla kyseeseen voi tulla olosuhteista johtuva haavoittuvaisuus.⁵⁰

EIT on myös luonut oman konseptinsa haavoittuvaisuudesta. EIT on viitannut edellä mainitulla tavalla olosuhteista riippuvaiseen haavoittuvaisuuteen tai erityisistä yksilöiden piirteistä johtuvaan haavoittuvaisuuteen. Vaikka EIT on jättänyt käsitteen avoimeksi tulkinnoille, tämä ei tarkoita sitä, etteikö käsitteellä olisi merkitystä useille EIS:n takaamille oikeuksille. Haavoittuvaisuuden käsitteen merkitys korostuu erityisesti EIS:n 3 artiklan kohdalla. EIT lähestyy

49 Liisa Nieminen, 'Koronapandemian vaikutukset haavoittuvassa asemassa olevien lasten läheissuhteiden ylläpitämiseen ja perhe-elämän suojaan' (Valtioneuvoston kanslian julkaisuja 2022:20) 20–22.

50 Ks. Francesca Ippolito ja Sara Iglesias Sánchez, *Protecting vulnerable groups: The European Human Rights Framework* (Bloomsbury Publishing 2015); ks. myös Milka Sormunen, 'Positiiviset toimintavelvoitteet – valtion velvollisuus turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen aktiivisin toimin' (*Perustuslakiblogi*, 24.1.2020) <<https://perustuslakiblogi.wordpress.com/2020/01/24/milka-sormunen-positiiviset-toimintavelvoitteet-valtion-velvollisuus-turvata-perus-ja-ihmisoikeuksien-toteutuminen-aktiivisin-toimin/>> vierailtu 8.1.2024.

haavoittuvaisuutta näkökulmasta, jossa se erottelee haavoittuvaset ryhmät ns. tavanomaisen kantajan tyyppistä. Tällainen lähestymistapa voi olla kahtiajakoinen. Se kuitenkin mahdollistaa joustavan tai olosuhteista riippuvaisen tulkinnan, joka ottaa huomioon muun muassa hakijan iän, riippuvuuden muista, vammaisuuden ja myös puutteellisten oikeussuojakeinojen olemassaolon.⁵¹

Heri muistuttaa siitä, että edellä mainittu EIT:n lähestymistapa on sovellettavissa ilmastonmuutoksen yhteydessä. Lapset ovat tyyppiesimerkki haavoittuvaisesta ryhmästä EIT:n oikeuskäytännössä. Yleisesti EIT on muodostanut erilaisia positiivisia toimintavelvoitteita, joiden tulee vähintään turvata riittävä lasten ja muiden haavoittuvaisten ryhmien suojele.⁵² On myös huomautettava, että haavoittuvaisuus nimenomaan asettaa yksilöt asemaan, jossa nämä ovat erityisen riippuvaisia valtion toimista. Lapset ovat erityisen haavoittuvaisessa asemassa ilmastonmuutoksen välittömien terveysvaikutusten vuoksi. Siksi edellä mainittu näkökulma haavoittuvaisuudesta voi *Herin* mukaan olla hyödyksi lapsille ilmastonmuutoksen kohdalla.⁵³

Edellä mainitun kaltainen yksilöiden muista riippuvainen asema on myös nähtävissä ilmastopolitiikan suhteen, kun yksilöt kollektiivisesti eivät pysty varmistamaan Pariisin ilmastopimuksen tavoitteiden täytäntöönpanoa valtioiden osalta. Tällainen haavoittuvaisten ryhmien suojaaminen yhteiskunnassa on etenkin lasten kannalta merkityksellistä, sillä heillä ei ole äänioikeutta.⁵⁴ Lisäksi EIT:n oikeuskäytännön perusteella laaditut termit ”kokemus” (*experience*) ja ”tunne” (*feeling*) ovat merkityksellisiä ilmastokontekstissa. Ne ovat sovellettavissa tilanteisiin, joissa kantajat ovat kokeneet erityisen voimakasta pelkoa tai altistuneet traumaattiselle kokemukselle.⁵⁵ EIT on nykyisessä oikeuskäytännössään viitannut haavoittuvaisuuteen tunteena määritellään tiettyä toimintaa 3 artiklan alaiseksi kidutukseksi.⁵⁶ Tilanteissa, joissa kantaja on kokenut haavoittuvaisuuden tunteen, voi tämä johtaa 3 artiklan mukaiseen loukkaukseen. Kuitenkin kynnys on tässä korkea.⁵⁷ Vaikkakin haavoittuvaisuuden käsite on

51 *Heri* (n 22) 949; ks. myös lisää haavoittuvaisuudesta mm. Alexandra Timmer, ‘A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights’ teoksessa Martha Fineman ja Anna Grear (toim.) *Vulnerability: Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics* (Ashgate 2013) 147–170.

52 Ks. esimerkiksi *O’Keeffe v. Irlanti* (n 6); *Tarakhel v. Sveitsi* App no 29217/12 (GC) (ECtHR, 4 November 2014).

53 *Heri* (n 22) 949.

54 *Ibid* 950.

55 *Florea v. Romania* App no 37186/92 (ECtHR, 14 September 2010) kohdat 60–63.

56 *Dikme v. Turkki* App no 20869/92 (ECtHR, 1 July 2000) kohta 91; *Doğanay v. Turkki* App no 50125/99 (ECtHR, 21 February 2006) kohta 32; *Hajrulahu v. entinen Jugoslavian tasavalta Makedonia* App no 37537/07 (ECtHR, 29 October 2015) kohta 100.

57 *Bilen v. Turkki* App no 34482/97 (ECtHR 21 February 2006), kohta 35.

oikeuskäytännössä asettunut 3 artiklan alle, on myös tällä merkitystä 8 artiklan kannalta. Yksilöt ovat erityisen haavoittuvaisessa asemassa silloin, kun heillä ei ole oikeustoimikelpoisuutta. Tämä on tullut esiin esimerkiksi lapsiin kohdistuvassa lähisuhdeväkivallassa, jossa valtion lainsäädäntö ei ole pystynyt takaamaan erityisen haavoittuvaisessa asemassa olevien lapsien suojelua.⁵⁸

Ilmastomuutoksen aiheuttamien vaikutusten tarkastelu haavoittuvaisuuden kontekstissa asettaa EIT:lle mahdollisuuden ohjata EIS:n oikeuksien kehitystä tulevaisuudessa. Heri toteaa, että haavoittuvaisuutta, ihmisarvon käsitettä, sekä oikeudenmukaisuutta voidaan käyttää perusteluina vaadittaessa tuomioistuinta sitoutumaan ilmastotekoihin. Tämä vaatii myös normatiivista argumentointia sen puolesta, että EIT:n tulee totisesti käsitellä näitä kysymyksiä ilmaston suhteen.⁵⁹ Toisaalta lasten näkeminen vain haavoittuvaisuuden linssin läpi voi olla ongelmallista. Voisi olla hedelmällisempää tarkastella niitä valtakysymyksiä, jotka vaikuttavat lapsiin.⁶⁰

4. VALTIOIDEN POSITIIVISET TOIMINTAVELVOITTEET ILMASTONMUUTOKSESSA 8 ARTIKLAN VALOSSA

Seuraavaksi artikkelissa syvennyttään EIT:n oikeuskäytäntöön koskien 8 artiklan takaamia ympäristöoikeuksia. Seuraavissa alaluvuissa EIS:n 8 artiklan positiiviset toimintavelvoitteet koskien ilmastomuutosta jäsennetään kolmeen ryhmään: viranomaisten, lainsäätäjän ja tuomioistuimen positiivisiin toimintavelvoitteisiin. Kirjoittaja on halunnut jaottelulla jäsentää EIT:n oikeuskäytäntöä siten, että siitä on helpommin eroteltavissa erilaisia toimijoita koskevat positiiviset toimintavelvoitteet. Tällainen jaottelu myös selkeyttää EIT:n oikeuskäytäntöä. Samalla luvussa 4 tutkitaan sitä, miten toimijoiden tulisi ottaa huomioon erityisesti lapsen oikeuksien sopimuksessa turvatut oikeudet sekä lasten haavoittuvainen asema. Luvussa 4.4 pohditaan vielä sitä, millaisia esteitä erityisesti lapset voivat kohdata yrittäessään päästä kiinni oikeuksiinsa.

4.1 Viranomaisiin kohdistuvat positiiviset toimintavelvoitteet ja ilmastomuutos

Tarkasteltaessa valtion tekemiä päätöksiä, joilla on ympäristövaikutuksia, tuomioistuin on tarkastellut ensinnäkin viranomaisen tekemän päätöksen sisältöä. Tämä tarkoittaa sitä, että tuomioistuin arvioi päätöksen laillista ulottuvuutta koskien ympäristöön vaikuttavien toimen-

58 *Eremia v Moldovan tasavalta* App no 3564/11 (ECtHR 28 May 2013), kohdat 78–79.

59 Heri (n 20), s. 951.

60 Jonathan Herring: Vulnerability and Children's Rights. (2022) 36 (4) Int J Semiot Law 1509, 1521.

piteiden ohjausta ja organisointia. Tuomioistuin on painottanut valtion harkintamarginaalia tämän osalta. Toiseksi tuomioistuin arvioi sitä, kuinka viranomainen on ottanut huomioon toimenpiteiden vaikutukset yksilöihin. Lisäksi tuomioistuin arvioi, miten päätöksenteossa on otettu huomioon yksilöiden intressit ja päätöksen reiluus. Menettelylliset velvoitteet tulee ottaa myös huomioon, esimerkiksi millaiset yksilöiden näkökulmat oli otettu huomioon ja millaisia oikeussuojakeinoja on ollut saatavilla. Päätöksentekoprosessin tulee noudattaa menettelyä, jossa on otettu huomioon tarvittavat tutkimukset.⁶¹

Tapauksessa *Hatton v. Yhdistynyt kuningaskunta* valittajien mukaan yölennot lentokentällä loukkasivat lähistöllä asuvien 8 artiklan takaamia oikeuksia. Tuomioistuin otti huomioon tapauksen arvioimisessa sen, oliko päätöksenteossa säilytetty vaadittava tasapaino toisistaan eriavien intressien välillä. Tuomioistuimen mukaan valtio oli säilyttänyt tasapainon taloudellisten hyötyjen sekä yksilöihin kohdistuvien haittojen välillä. Lisäksi tuomioistuin ei löytänyt menettelyvirhettä tässä prosessissa. Täten tuomioistuimen mukaan valtio ei ollut ylittänyt harkintamarginaaliaan yölentojen suhteen.⁶² Tapauksessa tuomioistuin korosti valtion menettelyllistä toimintavelvoitetta päätöksenteossa.⁶³ Tällä tarkoitettiin sitä, että valtion tuli suorittaa ympäristövaikutusten arviointimenettely,⁶⁴ sekä valtion tuli noudattaa varovaisuusperiaatetta tarjotakseen tarpeellista informaatiota.⁶⁵

Ympäristövaikutusten arviointimenettely (*environmental impact assessment*) on kansainvälisessä oikeudessa tunnustettu periaate. Valtioiden välillä on yleisesti hyväksytty vaatimus toteuttaa ympäristövaikutusten arviointimenettely, jos käsillä on riski siitä, että teollisuustoiminta voi aiheuttaa merkittävää valtioiden rajat ylittävää haittaa. Tämä on erityisen tärkeää silloin, kun kyseessä on valtioiden yhteisesti jaettu luonnonvara tai resurssi.⁶⁶ Velvollisuus suorittaa ympäristövaikutusten arviointimenettelyn tuloksista informointi yleisölle tarkoittaa myös ilmastonmuutoksen riskeistä ilmoittamista julkisesti. Yleisön pääsy relevanttiin ilmastonmuutosta koskevaan informaatioon on välttämätöntä ehkäisevien toimien suorittamisen kannalta.⁶⁷

61 *Giacomelli v. Italia* App no 59909/00 (ECtHR 2 November 2006) kohdat 79–80 ja 82–83 ja David Harris, Michael O’Boyle and Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights. Fourth Edition.* (ed.) D.J. Harris, M. O’Boyle, E.P. Bates & C. Mc Buckley (Oxford University Press 2018), s. 562.

62 *Hatton ja muut v. Yhdistyneet kuningaskunnat* App no 36022/97 (GC) (8 July 2003), kohta 129.

63 *Ibid* kohta 99.

64 *Ibid.* kohta 128.

65 ” “this does not mean that decisions can only be taken if comprehensive and measurable data are available in relation to each and every aspect of the matter to be decided”. *Ibid.* Ks. myös Ivaja Krstić, and Bojana Čučković, ‘Procedural aspects of article 8 of the ECHR in environmental cases: The greening of human rights law’ (2015) 63(3) *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 170, 176.

66 *Pulp Mills on the River Uruguay (Arg. v. Ury.)* I.C.J (20 April 2010), kohta 204.

67 Katharina Franziska Braig and Stoyan Panov, ‘The Doctrine of Positive Obligations as a Starting Point for Climate Litigation in Strasbourg: The European Court of Human Rights as a Hilfssheriff in Combating Climate Change?’ (2020) 35 *Journal of Environmental Law and Litigation* 261, 275.

Samankaltaiseen johtopäätökseen tuomioistuin päätyi tapauksessa *Powell ja Rayner v. Yhdistynyt kuningaskunta*. Kantajat valittivat Heathrow'n lentokentän lentoliikenteen tuottamasta melusta, joka loukkasi heidän oikeutta yksityis- ja perhe-elämän sekä kodin suojaan. Tuomioistuin kuitenkin hylkäsi kantajan argumentit sillä perusteella, että valtion tehtävänä oli ylläpitää oikeudenmukaista tasapainoa yksilöiden intressien ja yhteiskunnan yhteisen intressin välillä. Tuomioistuin katsoi, että näiden intressien välillä ei ole ollut selvää epätasapainoa. Tuomioistuimen mukaan yksilöiden oikeuteen oli puututtu merkittävästi, mutta Heathrow'n lentokentän asema kansainvälisessä kaupankäynnissä oli merkittävä. Lisäksi valtio oli maksanut kompensatiota meluhaitasta, sekä ottanut huomioon muut kansainväliset standardit.⁶⁸ Tapauksessa tuomioistuin teki nimenomaisen eron menettelyllisten ja aineellisten velvoitteiden välillä koskien 8 artiklan mukaisia ympäristöoikeuksia.⁶⁹

Toisaalta tapauksessa *Fredin v. Ruotsi* tuomioistuin lausui, että nyky-yhteiskunnassa tulisi yhä enenevässä määrin ottaa huomioon ympäristönsuojelu. Lisäksi tuomioistuin muistutti, että omaisuuteen puuttuminen ympäristön suojelemiseksi ei ollut ristiriidassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen pöytäkirjan 1(1) artiklan kanssa.⁷⁰ Tapauksessa *Deés v. Unkari* kantaja valitti asuntonsa viereisen kadun liikenteen tuottamasta melusta, joka teki hänen kodistaan asuinkelvottoman. Tapauksessa tuomioistuin katsoi, että 8 artiklaa oli loukattu, koska valtion viranomaisten suorittamat toimenpiteet melun minimoimiseksi olivat jatkuvasti riittämättömiä. Täten kantaja altistui liialliselle melulle huomattavan pitkän ajanjakson ajan.⁷¹ Tapaus näyttää, että valittajalla on paremmat mahdollisuudet menestyä kanteessaan, jos kantaja pystyy näyttämään toteen, että viranomaiset eivät ole noudattaneet kansallista lainsäädäntöä.⁷² EIT:n mukaan ympäristönsuojelua koskevat velvoitteet eivät vain rajoitu kansallisten tuomioistuinten käyttämään aktiiviseen toimintaan, vaan EIT vaatii ehkäiseviä toimia, jotka ovat todistettu olevan myös tehokkaita.⁷³ Tämä tarkoittaa sitä, että ilmastonmuutoksen vastaisten toimien tulee olla suotuisia ympäristölle kokonaisuudessaan. Näiden toimien tulee myös olla tehokkaita, riittäviä ja todistetusti toimivia.⁷⁴

Tapauksessa *Giacomelli v. Italia* tuomioistuin tunnisti 8 artiklan loukkauksen tilanteessa, jossa valtion viranomaiset eivät noudattaneet kansallista lainsäädäntöä, eivätkä sulkeneet vaarallisten jätteiden käsittelylaitosta, vaikka viranomaisia oli tuomioistuimen päätöksellä veloitettu tekemään näin.⁷⁵ Tapauksessa *Guerra ja muut v. Italia* tuomioistuin linjasi valtion positiivisista velvoitteista koskien ympäristöalaa. Vaikka tuomioistuimen argumentointi tapauksessa

68 *Powell ja Rayner v Yhdistynyt kuningaskunta* App no 9310/81 (21 February 1990), kohdat 42–45.

69 Ibid kohta 99.

70 *Fredin v. Ruotsi* (No. 1) App no 12033/86 (18 February 1991), kohdat 48 ja 55.

71 *Deés v. Unkari* App no 2345/06 (9 February 2011), kohta 23.

72 Harris, O'Boyle ja Warbrick (n 62) 563.

73 Ks. mm *Oluic v. Kroatia* (n 29), kohdat 22–62.

74 Braig and Panov (n 67) 282.

75 Ibid kohta 93.

on positiivisten toimintavelvoitteiden osalta puutteellinen, ilmaisee se tuomiossaan valtion menettelyllisen velvollisuuden informoida yksilöitä ympäristöhaitasta.⁷⁶ Vaarallisen toiminnan ja valtion välillä ei tarvitse olla myöskään suoraa linkkiä. Tuomioistuim on todennut, että 8 artiklan loukkaus voi johtua siitä, että valtio ei ole säännellyt yksityistä teollisuutta.⁷⁷

Yleisesti tuomioistuim on todennut, että valtion velvollisuus välttää vaarallisen toiminnan aiheuttamia seurauksia yksilöille konkretisoituu tilanteessa, joka on saavuttanut vaadittavan vakavuustason. Tällaisessa tilanteessa yksilön kyky nauttia 8 artiklan mukaisesta yksityis- ja perhe-elämän suojasta on merkittävästi heikentynyt.⁷⁸ Toiminnan vakavuuden vähimmäistasoa arvioidaan suhteellisesti niin kuin edellä on mainittu.

Tässä vaiheessa on kuitenkin muistutettava harkintamarginaalista, joka on osoitettu valtioille. EIT on johdonmukaisesti todennut tilanteissa, joissa valtioilta vaaditaan positiivisia toimintavelvoitteita, että näiden tavoitteiden saavuttamiseksi vaaditut keinot kuuluvat valtion harkintamarginaaliin. Lisäksi tuomioistuim on todennut, että EIS:n mukaisten oikeuksien täyttämiseksi on olemassa erilaisia väyliä. Tämä tarkoittaa sitä, että vaikka valtio olisi jättänyt soveltamatta tiettyä kansallisessa lainsäädännössä säädettyä toimenpidettä, se voi silti täyttää positiivisen velvoitteensa muilla toimin. Tässä velvoitteiden asettamisen arvioinnissa tulee siis ottaa huomioon ne operatiiviset valinnat, jotka valtion tulee toteuttaa ensisijaisten tavoitteiden ja resurssien suhteen.⁷⁹

Näkisin, etteivät viranomaisia koskevat velvoitteet ole ilmastonmuutoksen kohdalla samalla tavalla merkityksellisiä kuin esimerkiksi tuomioistuimiin ja lainsäätäjiin kohdistuvat velvoitteet. Tämä näyttäisi johtuvan siitä, että ilmastonmuutoksen hillitsemistä koskevat toimenpiteet ovat lähinnä keskittyneet lainsäätäjän rooliin ilmastokysymyksissä. Viranomaisten velvoitteet kohdistuvat lähinnä ns. mikrotason ympäristöhaittoihin. Toisaalta viranomaisilla voi olla tulevaisuudessa yhä enemmän valtaa ilmastopolitiikan toteuttamisessa esimerkiksi ilmastosuunnitelmien laatijana tai hiilineutraalin toiminnan rahoittajana. Kuitenkin osa menettelyllisistä velvoitteista voi toteutua myös ilmastonmuutoksen kohdalla koskien erityisesti ympäristövaikutusten arviointimenettelyä. Vastaavasti tiedotusvelvollisuus voi aktualisoitua siten, että viranomaisten tulisi tiedottaa ilmastonmuutoksen aiheuttamista terveyshaitoista. Viranomaisten positiivisten toimintavelvoitteiden osalta ei myöskään riitä, että lainsäätäjä säätää tarvittavalla tavalla ilmastonmuutosta koskevaa lainsäädäntöä, jonka tarkoituksena on vähentää päästöjä. Lisäksi on huomioitava laintulkinta, joka jää viranomaisten ja tuomioistuinten vastuulle, jos tulkinta on jätetty hyvin avoimeksi. Tällaisessa tilanteessa myös viranomaisten toimivalta korostuu.

76 Ibid kohta 60.

77 *Fadeyeva* (n 21), kohta 89.

78 *Dubetska v. Ukraina* App no 30499/03 (ECtHR 10 February 2011), kohta 105.

79 *Budayeva* (n 27), kohdat 134–135.

Lisäksi lapsen edun tarkastelu on yhdistettävissä edellä mainittuihin viranomaisten velvoitteisiin ilmastonmuutoksen suhteen. Tämä tarkoittaisi sitä, että jokaisessa viranomaisten päätöksessä, joka kohdistuu myös lasten intresseihin, tulisi ottaa LOS:n määrittelemällä tavalla huomioon lapsen etu. Tämä voisi tarkoittaa esimerkiksi sitä, että lapsen etua ajava lähestymistapa otettaisiin käyttöön myös ympäristöä koskevassa päätöksenteossa. Tässä siis yhdistyisi sukupolvien välisen tasa-arvon periaate ja toisaalta lapsen edun edistäminen. Tällainen tarkastelu olisi ihmisoikeus- ja perusoikeusmyönteinen siten, että myös päästövähennysten ja ilmastonmuutoksen hillitsemisen osalta otettaisiin huomioon lapset. Tällainen positiivinen toimintavelvoite suojelisi lasten intressejä. Lisäksi *Veermanin* mukaan lasten ottaminen mukaan päätöksentekoprosessiin ei ole itsessään riittävää, vaan paikallisella, alueellisella tai kansallisella tasolla tehtyjen päätöksien valmistelussa viranomaisten tulisi antaa omat lausuntonsa lapsiin kohdistuvista vaikutuksista.⁸⁰

Täten siis lapsen edun arvioiminen ilmastonmuutosta koskevissa ympäristöön vaikuttavassa päätöksenteossa on erityisen merkityksellistä, kun otetaan huomioon ilmastonmuutoksen vaikutukset lapsiin. Tämä pätee myös lainsäätäjän velvoitteisiin. Lapsen oikeuksien komitea on yleiskommentissaan nro 14 todennut, että sopimustekstin sanamuoto ”ensisijaisesti huomioon” tarkoittaa sitä, että lapsen etu on ns. eri tasolla asiassa esiintyvien muiden seikkojen kanssa.⁸¹ Lisäksi valtioilla ei ole harkintavaltaa silloin, kun arvioidaan lapsen etua, jota tulisi arvioida lisäksi myös sen suhteen, tuleeko tälle antaa painoarvoa ensisijaisesti huomioitavana asiana kaikissa toimenpiteissä.⁸² Kuitenkin yleiskommentissa mainitaan, että ensisijaisuuden osalta on otettava huomioon tietynlainen joustavuus, koska tilanteet voivat vaihdella.⁸³

4.2 Lainsäätäjän positiiviset toimintavelvoitteet ja ilmastonmuutos

Teollisuuden aiheuttamat saasteet sekä vaarallinen teollinen toiminta ovat aiheuttaneet lukuisia kanteita koskien 8, 2 ja 3 artikloja. Jos tapauksessa on ollut vaarallisen teollisen toiminnan aiheuttama vakava uhka elämälle, on kyseeseen tullut 2 artiklan loukkaus.⁸⁴ Kyseisessä tapauksessa valtio ei ollut perinteisessä mielessä puuttunut yksilön oikeuteen elämään, vaan 2 artiklaa on katsottu rikotun sen menettelyllisen näkökulman osalta, koska vaarallisen toiminnan aiheuttaman kuolemaan johtaneen onnettomuuden yhteydessä ei ole ollut riittävää ”lakisäateistä” suojaa. Tämä tarkoitti myös sitä, että kyseinen lainsäädäntö ei turvannut oikeutta elämään ja lisäksi se ei estänyt samanlaisen hengenvaarallisen onnettomuuden tapahtumista tulevaisuudessa.⁸⁵

80 Philip Veerman, 'The Ageing of the Convention on the Rights of the Child' In Michael Freeman (ed.), *The Future of Children's Rights* (Brill 2014) 16, 38.

81 CRC/C/GC/14 (n 36), luku 4 kohdat 36-37.

82 Ibid 36.

83 Ibid 39.

84 Ks. *Öneryıldız* (n 25).

85 Ibid kohdat 117-118.

Ilmastonmuutoksen vaikutukset lainsäätäjän positiivisiin velvoitteisiin voidaan nähdä myös varovaisuusperiaatteen valossa. Tässäkään velvoitteessa ei voida täysin erottaa 2 ja 8 artikloiden mukaisia velvoitteita toisistaan. Jos valtio täysin jättää huomiotta ilmastonmuutoksen tuoman tieteellisesti todetun riskin ihmisen terveydelle ja elämälle, on tällainen toiminta EIS:n asettamien positiivisten velvoitteiden vastaista. Esimerkiksi kansallisesti määritettyjen panosten jäädessä kauas Pariisin sopimuksen pitkän ajan tavoitteista tarkoittanee sitä, että valtio tietoisesti jättää huomiotta edellä mainitun riskin. Päästövähennykset ovat välttämättömiä ilmastokatastrofin välttämiseksi. Täten siis on vältettävä sellaista päätelmää, että valtiot olisivat vapaita vastuusta, jos nämä kieltäytyvät asettamasta tarvittavia päästötavoitteita.⁸⁶

Tapauksessa *Cordella* EIT tuomitsi Italian 8 artiklan loukkauksesta tukeutuen varovaisuusperiaatteeseen. Italian valtio oli pitänyt terästehtaan toiminnassa, vaikka tieteelliset tutkimukset osoittivat laitoksen päästöjen ja syövän riskin välillä olevan yhteys.⁸⁷ Tarantossa päästöt eivät vaarantaneet vain 180:tä kantajaa, vaan koko alueen väestön.⁸⁸ Lisäksi *Cordellan* tapauksessa EIT totesi, että valtio oli ylittänyt suhteellisuusperiaatteen mukaisesti toimillaan sen, mikä oli suotavaa. EIT totesi, että sen tehtävänä oli määrittellä, olivatko kansalliset viranomaiset toimineet riittävän huolellisesti ja ottaneet huomioon kilpailevat edut. Tämä on erityisen merkityksellistä silloin, kun yksilöt joutuvat kantamaan raskaita taakkoja yhteiskunnan edun vuoksi.⁸⁹

Viitatakseni 4.1 luvussa mainittuun tapaukseen *Deés v. Unkari*, voitaisiin sitä analogisesti soveltaa valtion positiivisiin toimintavelvoitteisiin koskien ilmastonmuutosta; jos valtio on syyllistynyt jatkuvasti riittämättömiin päästövähennyksiin, tulisi tällöin 8 artiklan loukkaus kyseeseen. Kuitenkin kanteiden voi olla haastava menestyä, sillä kantaja ei voi vedota tiettyihin tarkoin määriteltyihin toimiin, joita valtiolta veloitetaan lainsäädännössä. Vaikka tapaus koskeekin viranomaisten menettelyä ja varovaisuusperiaatteen noudattamista, katson tämän olevan myös merkityksellistä lainsäätäjän kannalta. Kyseisessä tapauksessa oli siis kyse valtioiden aktiivisista toimista. Jos tapausta sovelletaan ilmastonmuutoksen kontekstissa, valtioita voidaan asettaa mahdollisesti vastuuseen omista toimistaan. Valtiot esimerkiksi vaikuttavat suoraan ilmastonmuutokseen investoimalla korkeapäästöisiin projekteihin tai jakamalla valtioneuvoston uusiutumattoman energian sektorilla.⁹⁰

Tämä voi mahdollisesti vakuuttaa EIT:n siitä, että valtioilta voidaan vaatia vastuuta vaikutuksistaan ilmastonmuutoksen etenemisessä. *Cordella* tapauksen nojalla siis lainsäätäjältä voidaan vaatia sellaista lainsäädäntöä, joka sääntelee ympäristölle haitallisesta toiminnasta

86 Heri (n 18) 934.

87 *Cordella v. Italia* App no 54414/13 ja 54264/15 (ECtHr 24 January 2019), kohta 168.

88 Ibid kohta 172.

89 Ibid kohta 161 ja 174.

90 Heri (n 18) 938.

aiheutuvia riskejä ja päästövähennyksiä.⁹¹ Tällaisen lainsäädännön tulisi suojella nimenomaan yksilöitä viranomaisilta, jotka toimivat samoin kuin *Cordella* tapauksessa. Riittävän huolellinen päätöksenteko tulee turvata erityisesti ympäristöasioissa.

Lainsäätäjältä voidaan vaatia myös positiivisia toimintavelvoitteita ympäristöä koskevan lainsäädännön säätämiseksi. Tällaisen lainsäädännön tulee nimenomaisesti säännellä vaarallisia toimintoja ja varmistaa, että päätöksentekoprosessi on perustunut tutkimuksille ja arvioille mahdollisista ympäristö- ja terveysriskeistä.⁹² Valtioiden tulee myös varmistaa olemassa olevan ympäristöä koskevan lainsäädännön tehokas toimeenpano tarvittavalla tavalla, kun sen vastaista toimintaa esiintyy.⁹³ Ilmastonmuutoksen kohdalla tämä voisi tarkoittaa sitä, että lainsäätäjän tulee säätää lakeja, jotka arvioivat ja lieventävät ilmastonmuutosta.⁹⁴ Vaikkei Pariisin ilmastopimus langetakaan sopimusvaltioille tarkkoja päästötavoitteita, voidaan 8 artiklan mukaisia velvoitteita silti tarkastella aina Pariisin ilmastopimuksen 2 artiklan pitkän ajan tavoitteiden valossa. Ilmastonmuutoksen uhan vakavuus on myös linjassa edellä mainitun haitan vakavuuden minimitason vaatimuksen kanssa. Ilmastonmuutoksen vaikutus kokonaisuudessaan yksilön terveyteen ja elämänlaatuun on valtava: sekä fyysiset että henkiset vaikutukset yksilön terveyteen ovat nähtävissä.

EIS:n 13 artiklan mukaan valtioiden tulee tarjota tehokkaat oikeussuojakeinot. EIT:n oikeuskäytännön mukaan artikla ilmaisee suoran veloitteen valtioille suojata ihmisoikeuksia omassa kansallisessa lainsäädännössään. Se tarjoaa ihmisille takuun siitä, että he voivat tehokkaasti nauttia ihmisoikeuksistaan.⁹⁵ Tehokkaiden oikeussuojakeinojen käyttöä ei myöskään saa haitata valtion viranomaisten toimilla.⁹⁶ Lainsäätäjän tulee siis täten myös varmistaa, että ilmastonmuutosta koskeva lainsäädäntö kattaa tehokkaat oikeussuojakeinot 13 artiklan mukaisesti. Tämä tarkoittaa sitä, että oikeussuojakeinojen ei tule olla olemassa vain muodollisesti lainsäädännössä, vaan oikeussuojakeinoja tulee myös pystyä tosiasiallisesti käyttämään. Oikeussuojakeinojen tulee paitsi olla käytännössä tehokkaita mutta myös lailla taattuina.⁹⁷

Hyvä esimerkki tämän huomiotta jättämisestä on Suomen entinen ilmastolaki, jonka hallituksen esityksessä todettiin, ettei ilmastopolitiikan suunnitelmiin ”liity sellaista oikeussuojan tarvetta, jotta ne voitaisiin katsoa valituskelpoisiksi päätöksiksi”.⁹⁸ Uuden muutoksenhakua koskevan sääntelyn tavoitteena oli taas edistää oikeusvarmuutta sekä turvata oikeusturva

91 *Cordella v. Italia* (n 88), kohta 160, ks. myös *Heri* (n 18) 15.

92 *Tatar* (n 26), kohta 88.

93 Jean-François Akandji-Kombe: ‘Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights’ (2007) Human rights handbooks No. 7. Council of Europe, 47.

94 *Braig ja Panov* (n 67) 278.

95 *Kudla v. Puola* App no 30210/96. (ECtHR 20 October 2000), kohta 152.

96 *Aksoy v. Turkki* App no 21987/93. (ECtHR 18 December 1996), kohta 95.

97 *Kudla* (n 95), kohta 157.

98 HE 82/2014 vp, s. 29; HE 239/2022 vp, s. 14.

ilmastoasioissa.²⁷³ Uuden ilmastolain esitöissä myös mainitaan entisen ilmastolain puutteet koskien osallistamista. Hallituksen esityksessä kritisoidaan edellistä ilmastolakia siitä, ettei se ota huomioon tarvittavalla tavalla haavoittuvaisten yksilöiden osallistamista ilmastopolitiikan valmistelussa ja päätöksenteossa. Esityksen mukaan nuorten osallistumismahdollisuudet voitaisiin taata uudessa ilmastolaissa.⁹⁹ Lain esitöissä todetaan, että ilmastokanteiden yleistyessä esimerkiksi oikeuskirjallisuudessa on alettu ottaa kantaa oikeusturvaan ilmastopolitiikkaa koskevassa päätöksenteossa.¹⁰⁰ Lisäksi esitöissä on arvioitu kansainvälisten ihmisoikeussopimusten ja ilmastokanteiden vaikutusta itse ilmastolakiin.¹⁰¹

Miten tämä liittyy 8 artiklan positiivisiin toimintavelvoitteisiin lainsäätäjän näkökulmasta? 8 artiklan kattava toteutuminen tarkoittaa sitä, että yksilöt pystyvät tarvittaessa suojautumaan oikeussuojakeinoilla valtion puuttumiselta perhe-elämän suojaan. Jos tässä epäonnistutaan, tarkoittaa se sitä, että ilmastokanteita ei voida tehokkaasti välttämättä viedä EIT:hen, ellei EIT tee poikkeusta 35 artiklasta.¹⁰² 35 artiklan mukaan tuomioistuin voi ottaa asian käsiteltäväkseen vasta, kun asiassa on turvauduttu kaikkiin kansallisiin oikeussuojakeinoihin yleisesti tunnustettujen kansainvälisen oikeuden sääntöjen mukaisesti. Lisäksi uuden ilmastolain esitöissä mainittu vanhan ilmastolain puute osallistaa lapsia ja nuoria päätöksenteossa edellä mainitulla tavalla on minusta erittäin hyvä huomio LOS:n valtioihin kohdistuvien velvoitteiden osalta. Suomen nykyinen ilmastolaki antaa hyvän esimerkin siitä, miten ihmisoikeusveloitteet on otettu huomioon ilmastolainsäädännössä. Näin ollen myös käytännössä tämä on tarkoittanut 8 artiklan mukaisten positiivisten toimintavelvoitteiden toteutumista yhä paremmin.

4.3 Tuomioistuinten positiiviset toimintaveloitteet ja ilmastonmuutos

EIS:n 6 artikla sisältää yksilön oikeuden oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Tämä voi tarkoittaa ilmastonmuutoksen kohdalla sitä, että jokaisella on mahdollisuus viedä kanteita ympäristöasioita käsitteleviin tuomioistuimiin. Kuitenkin myös 8 artikla aktivoi oikeuden saattaa asiansa käsiteltäväksi tuomioistuimessa.¹⁰³ Valitusoikeus on mahdollistettava yksilöille, joita ei ole kuultu päätöksentekoprosessissa tai heidän mielipiteilleen ei ole annettu riittävää painoarvoa. Tässä prosessissa valitus ei välttämättä kohdistu vain epäasianmukaiseen päätöksentekoprosessiin, vaan se voi myös koskea tutkintapyyntöjä, joita ei ole saatu yleisön saataville pyynnöstä huolimatta.¹⁰⁴

99 HE 27/2022 vp, s. 35.

100 HE 239/2022 vp, s. 14.

101 HE 27/2022 vp, s. 16, 18 ja 35.

102 Harris, O'Boyle and Warbick (n 62), 749.

103 Braig and Panov (n 67) 277 ja ks. yleisesti *Mileva v. Bulgaria* App no 43449/02 ja 21475/04 (ECtHR 25 November 2010), kohta 100.

104 Ibid, ks. myös yleisesti *Grimkovskaya v. Ukraina*. App no 38182/03 (ECtHR 21 July 2011), kohta 69.

8 artiklan mukainen oikeus saada asiansa käsiteltäväksi tuomioistuimessa näyttäisi olevan laajempi kuin 6 artiklan turvaama oikeus. 8 artiklan mukaisen oikeuden nauttiminen ei edellytä sitä, että tuomioistuinmenettelyn lopputulos määrittää kantajan oikeutta.¹⁰⁵ Ilmastonmuutoksen kontekstissa tämä saattaisi tarkoittaa sitä, että yleisölle olisi tarjolla kansallisen prosessin aloittaminen tilanteissa, joissa yleisön intressejä ei ole otettu tarvittavalla tavalla huomioon suunnitteluprosessissa. Kanteiden vireillepano tulisi olla mahdollista ennen kuin aloitetaan sellainen teollinen toiminta, joka voi edistää ilmastonmuutosta. Tällainen toiminta päästää suuria määriä kasvihuonepäästöjä ilmakehään.¹⁰⁶ Lisäksi katson, että myös lasten *access to justice* tulisi toteutua ilmastonmuutoksen kontekstissa. Tämä voisi tarkoittaa sitä, että lapsille tulisi varmistaa oikeus saada heitä koskevat asiat käsiteltäväksi kansallisissa tuomioistuimissa. Tällä tarkoitetaan edellisessä luvussa mainittua valtion velvollisuutta myöntää pääsy ympäristöasioita käsitteleviin tuomioistuihin.

Tuomioistuinten positiiviset velvoitteet saattavat kuitenkin kohdistua enemmänkin edellä mainittujen kaltaisiin niin sanottuihin prosessuaalisiin velvoitteisiin, joilla varmistetaan yksilöiden *access to justice* ja täten tehokkaat oikeussuojakeinot. Näin ollen tuomioistuinten rooli lainsäätäjän toimien valvonnassa asettaa tiettyjä rajoituksia vallan kolmijaon suhteen. Siispä ilmastokanteet saattavat asettaa myös kansalliset tuomioistuimet vaikeaan asemaan. Sinänsä EIT tuskin vaatiikaan tulevaisuudessa tuomioistuihin puuttumaan päästövähennysten sisältöön laatimalla tarkkoja vaatimuksia esimerkiksi Pariisin ilmastopimuksen vaatimilta kansallisesti määritellyiltä panoksilta.

Luultavasti kansallisten tuomioistuinten rooli jää monitulkintaiseksi tai avoimeksi tällaisten tarkoin määriteltyjen ilmastotoimien osalta EIT:n oikeuskäytännössä. Kuitenkin YK on väliintulossaan tapaukseen *Duarte Agostinho ja muut v. Portugal* ja muut korostanut, että tuomioistuin voi silti arvioida sitä, ovatko valtiot päästötavoitteittensa osalta noudattaneet EIT:n oikeuskäytännön mukaista due diligence -periaatetta. Tämä tarkoittaa sitä, että ihmisoikeuksien sisältö on jätetty varsin abstraktiksi. Näin ollen ympäristöperusoikeuden sisällyttäminen ihmisoikeuksiin vaatii EIT:ltä näiden ihmisoikeuksien sisällön täsmentämistä liittämällä ympäristöoikeuden normatiivista sisältöä EIS:n artikloiden, kuten 8 artiklan tulkintaan. EIT:lla on myös vaihtoehtona tutkia sitä, ovatko valtiot toimineet kansallisen lainsäädäntönsä mukaisesti.¹⁰⁷

Lasten tuottamien tuomioistuinvalitusten osalta on huomautettava, että tuomioistuinvalitusten tekeminen on ilmastovaikuttamista. Tällaisten kanteiden ensisijaisena tehtävänä on aktivoida muutosta yhteiskunnassa, kun laki ei kata välttämättömiä oikeuksia. Vaikka valitus koskeekin

105 Ks. *Taşkın v. Turkki* App no 46117/99 (ECtHR10 November 2004).

106 Braig and Panov (n 67), 277.

107 Amicus Brief by United Nations: Special Rapporteurs (David, Boyd, Marco, Orellena). Submitted on 4th of May 2021(Duarte Agostinho and 5 Others v. Portugal and 32 Others), kohdat 21 ja 39.

yksinomaan käsiteltävää tapausta, on tällaisilla kanteilla menestyessään merkittäviä vaikutuksia yhteiskunnassa.¹⁰⁸ Täten siis ilmastovalitus on merkityksellinen nimenomaan tuomioistuimiin kohdistuvien positiivisten toimintavelvoitteiden kannalta.

Tuomioistuimillakin on LOS:n 3 artiklan mukaan velvollisuus ottaa lapsen etu huomioon päätöksenteossaan. Kiinnostavan tästä tekee sen pohtiminen, miten tuomioistuin ilmastovalituksessa tulkitsee lapsen etua, eli millaisen painoarvon se antaa lapsen edulle. Lisäksi tämä aihe nivoutuu lainsäätäjän velvoitteisiin: jos lainsäädännöllä ei taata tehokasta valitusmekanismia, eivät tuomioistuimet voi myöskään edistää ihmisoikeusvelvoitteiden toteutumista. Siispä valtioita voidaan velvoittaa suojelemaan ihmisoikeuksia, mutta voi olla vaikea haastaa tällaisten toimenpiteiden laiminlyöntiä.¹⁰⁹ Ottaen huomioon edellä mainitut seikat, tuomioistuimen rooli korostuu positiivisten toimintavelvoitteiden osalta silloin, kun se omaksuu lapsen edun mukaisen tulkinnan sekä haavoittuvaisuuden käsitteen ilmastokanteita koskevassa oikeuskäytännössään.

Tuomioistuimiin kohdistuvien positiivisten toimintavelvoitteiden osalta tarvitaan myös selkeyttä kansainvälisellä tasolla koskien juuri velvoitteiden sisältöä ja laajuutta. Tällä hetkellä esimerkiksi EIT:llä ei ole ennakkotapausta tuomioista ilmastonmuutoksen suhteen. Täten siis myös positiivisten toimintavelvoitteiden osalta olemme tietynlaisessa välitilassa, jossa valtiot periaatteessa voisivat nojautua ilmastonmuutosta koskevaan EIT:n oikeuskäytäntöön, mikäli sellaista olisi. Oikeuskäytännön puute ei toki estä valtioita tekemästä perus- ja ihmisoikeusmyönneistä tulkintaa koskien esimerkiksi ilmastopolitiikkaa, päätöksentekoa tai lainsäädäntöä. Samoin lapsen oikeuksien komitean laatima yleiskommentti koskien ilmastonmuutosta on historiallinen, ja antaa sopimusvaltioille monipuoliset ohjeet aktiivisiin ilmastotoimiin lasten oikeuksien turvaamiseksi. Kuitenkin juridisen velvoittavuuden näkökulmasta oikeuskäytäntö koskien ilmastotoimia muodostaisi vahvemman lähtökohdan toiminnalle.

Kuitenkin edellä mainitut seikat koskien lapsen etua puoltavat sitä, että vähintään lainsäätäjän tulisi tehdä tarvittavat selvitykset lainsäädännön vaikutuksista lapsiin, kun kyseessä on ilmastopolitiikan pohjalta luonnosteltu lainsäädäntö. Kansallisen tuomioistuimen tulee myös yhtä lailla huomioida lapsen edun ensisijaisuus erityisesti silloin, kun tuomioistuin tarkastelee viranomaisten tekemien päätösten lainmukaisuutta. Kaikista optimaalisin tilanne olisi silloin, kun viranomaiset, lainsäätäjät ja kansalliset tuomioistuimet olisivat selvillä edellä mainituista lapsen edun elementeistä sekä muista LOS:n takaamista oikeuksista. Tämä toki vaatii ilmasto-oikeuden ja kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kattavaa asiantuntemusta.

108 Joana Setzer and Rebecca Byrnes, 'Global trends in climate change litigation: 2019 snapshot' Grantham Research Institute for Climate Change and the Environment, 111.

109 Sormunen ja Heiskanen (n 34), 113–114.

4.4 Lasten kohtaamat esteet – Kuinka vaikea on saada sopimusvaltiot vastuuseen positiivisista toimintavelvoitteistaan estää ilmastonmuutoksen eteneminen?

Lasten asemaa niin ikään Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa vaikeuttaa sen näyttäminen toteen, että kantajilla olisi niin sanottu uhrin asema *locus standi*. Ilmastonmuutoksen suhteen tämä edellytys kanteen menestymiselle on vaikeasti näytettävissä toteen ilmastonmuutoksen haittojen kollektiivisen luonteen vuoksi. Täten ilmastokanteiden kantajat kohtaavat kaksi estettä: 1) heidän pitää näyttää toteen, että sään ääri-ilmiön tai hitaasti vaikuttavan sääilmiön välillä on syy-yhteys ilmastonmuutoksen kanssa ja 2) lisäksi ilmastonmuutoksen aiheuttamalla ilmiöllä on syy-yhteys koettuun haittaan. Myös kansallisella tasolla on säädetty erikseen uhrin statuksesta koskien kansallisten tuomioistuinten prosessuaalisia edellytyksiä.¹¹⁰ Tämänkin osalta olisi erityisen tärkeää, että lasten haavoittuvainen asema huomioitaisiin tuomioistuinten arvioidessa uhrin statusta. Jos lasten haavoittuvaiselle asemalle annetaan painoa-arvoa tuomioistuinten arvioidessa sitä, täyttääkö kanne prosessuaaliset edellytykset, voisi tuomioistuin tarkastella prosessuaalisia edellytyksiä joustavammin. Tässä voitaisiin hyödyntää edellä 3.3 luvussa mainittua EIT:n lähestymistapaa, jossa erotetaan haavoittuvaisessa asemassa olevat kantajat niin sanotuista tavanomaisista kantajista.¹¹¹

Lisäksi ekstraterritoriaalinen toimivalta on myös yksi esteistä, joka voi asettaa positiivisten toimintavelvoitteiden tielle. EIS:n 1 artiklan mukaan valtiot ovat vastuussa ihmisoikeusvelvoitteestaan jokaista ”*lainkäyttövallan*” (*eng. jurisdiction*) alaista ihmistä kohtaan. Perinteisessä mielessä tämä yleensä tarkoittaa valtioiden rajojen sisällä olevaa toimivaltaa, mutta joissakin rajatuissa tapauksissa toimivallasta voi tulla ekstraterritoriaalista. Tämä voi tulla kyseeseen vain hyvin poikkeuksellisissa olosuhteissa.¹¹² Ilmastonmuutoksen suhteen tästä kysymyksestä tulee yhä olennaisempi, sillä valtioiden aiheuttamat päästöt vaikuttavat kumulatiivisesti koko ilmakehässä. Portugalilaiset lapset vetosivat valituksessaan siihen, että valtioilla on ollut hallussaan luonnonvaroja, joilla on ollut ekstraterritoriaalisia vaikutuksia.¹¹³

Lisäksi lainsäätäjän asema on tässä asiassa erityinen, koska lainsäädännöllä pystytään tehokkaasti edistämään lasten oikeuksien toteutumista ja myös sitoutumaan päästövähennyksiin. Viranomaiset ja tuomioistuimet viime kädessä soveltavat lainsäädäntöä,

110 Antonio Mariconda ‘Victim Status of Individuals in Climate Change Litigation before the ECtHR – Between Old Certainties and New Challenges’ (2023) *The Italian review of international and comparative law* 3 260–282, 262, 274.

111 Ks. myös *ibid.* 277–278.

112 Matti Pellonpää, Monica Gullans, Pasi Pölönen and Antti Tapanila ‘Euroopan ihmisoikeussopimus’ (2018) 6. uudistettu painos Alma Talent, 16–17.

113 Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others App no 39371/20, kohta 18 (iv.).

joka on taas poliittisen päätöksenteon lopputulos. Niin kuin edellä on tuotu esiin, lapsilla ei ole äänioikeutta, joten he eivät voi vaikuttaa suoraan tähän päätöksentekoon tai sen lopputuloksiin. Nähdäkseni tällä on suuri merkitys sen suhteen, millaista kansallista lainsäädäntöä säädetään, jotta valtiot voisivat täyttää positiiviset velvoitteensa. Koska tästä näkökulmasta hallituksen politiikalla on valtava vaikutus, voi hallituksen kokoonpano olla ratkaisevana tekijänä siinä, millaiseksi lasten tulevaisuus käytännössä muotoutuu. Tämä taas korostaa aikuisten valtaa lapsiin: haavoittuvainen asema ei ole enää vain suojaava tekijä, vaan vallankäytön väline.

5. YHTEENVETO JA JOHTOPÄÄTÖKSET

Ilmastonmuutos haastaa monimutkaisella tavalla tuntemamme ihmisoikeusjärjestelmän. Edellä mainittu EIS:n dynaaminen luonne mahdollistaa sopimuksen tulkinnan, joka pitää sisällään oikeuden puhtaaseen tulevaisuuteen. Toisaalta ihmisoikeusjärjestelmän valjastaminen koskemaan myös ympäristöoikeuksia voi osoittautua haasteelliseksi. Ensinnäkin ihmisoikeusjärjestelmässä luonnon- ja ilmaston suojele tapahtuu käytännössä ihmisten intressien kautta. Tällöin luonto ei ole itseisarvoista. Tietynlaiset valtasuhteet yhteiskunnassamme koskien lapsia ja aikuisia tekevät ilmastotoimien toteuttamisesta lasten oikeuksien muodossa paikoin haastavaa. Vaikka EIS jo tällä hetkellä asettaa ympäristöoikeuksien kautta positiivisia velvoitteita valtioille, käytännössä niiden merkitys voi jäädä vähäiseksi. Tämä johtunee siitä, että ilmastonmuutos ei ole vain lainopillinen ongelma. Oikeastaan ilmastonmuutoksen globaalin ulottuvuuden vuoksi se voidaan nähdä erityisesti poliittisena haasteena, johon välttämättä lainopilliset keinot eivät pure halutulla tavalla. Lisäksi ilmastonmuutosta ja ihmisoikeuksia koskevat kansainväliset sopimukset ovat fragmentoituneet¹¹⁴, mikä vaikuttaa myös käytännössä ympäristöoikeuksien toteutumiseen. Esimerkiksi lapsen oikeuksien komitean näkökulma lasten ympäristöllisten oikeuksien toteutumiseen voi olla erilainen verrattuna Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen kantaan.

Lapsen haavoittuvaisuus on itsessään jo peruste sille, että 8 artiklan positiivisia toimintavelvoitteita tulisi tarkastella lapsiin kohdistuvien vaikutusten valossa. Niin kuin tekstissä on tullut ilmi, ei ole riittävää, että lainsäätäjälle, tuomioistuimille ja viranomaisille asetetaan positiivisia toimintavelvoitteita ilman, että lapsia on otettu huomioon. Lapsen oikeuksien näkökulmasta ei myöskään riitä, että lapselle muodollisesti taataan esimerkiksi osallistuminen päätöksentekoon tai hänen etunsa otetaan muodollisesti huomioon. Tämä tarkoittaa myös sitä, että tosiasiallisesti nämä tulee myös hänelle turvata. Tällä voidaan tarkoittaa muitakin keinoja kuin vain juridisia työkaluja, esimerkiksi ilmastopolitiikkaa ja muita suunnitelmia.

114 Ks. esim Marjan Ajevski 'Fragmentation in International Human Rights Law – Beyond Conflict of Laws (2014) Nordic Journal of Human Rights Vol. 32, No. 2, 87–98.

EIT on ottanut huomioon oikeuskäytännössään edellä esitetyllä tavalla myös lasten haavoittuvaisen aseman. Lapsen etu on kantava voima, jonka asema tulisi ottaa järjestelmällisesti huomioon ilmastokanteissa. EIT näyttäisi olevan sopiva instanssi lapsen oikeuksien edistämiseen. Vastaajavaltiot portugalilaisten ajamassa kanteessa EIT:ssä tekivät itse asiassa tuomioistuimelle valituksen, jossa kehoitettiin harkitsemaan tutkittavaksi ottamisen epäämistä. Tuomioistuin kuitenkin hylkäsi valituksen ja jatkoi asian nopeutettua käsittelyä.¹¹⁵ Lisäksi lasten kohtaamat esteet koskien uhrin aseman toteennäyttämistä sekä ekstraterritoriaalista toimivaltaa voivat hankaloittaa positiivisten toimintavelvoitteiden asettamista ja valtioiden saattamista vastuuseen riittämättömistä ilmastotoimista.

EIT voi tehokkaasti koota yhteen kansainvälisellä tasolla valtioiden positiiviset toimintavelvoitteet ja antaa näiden osalta velvoittavia tuomioita huomattavasti tehokkaammin kuin kansallisella tasolla. Kritiikki voi kuitenkin kohdistua siihen, pystyykö tällainen alueellinen ihmisoikeussopimus vastaamaan globaalin ihmisoikeuskriisin aiheuttamiin ongelmiin. Vaikka kansainvälisillä ihmisoikeussopimuksilla pyritäänkin turvaamaan yhä kattavammin ihmisoikeudet alati muuttuvassa maailmassa, voivat ne myös yllä pitää haitallista *status quo*. EIS:n 46 artiklan nojalla sopimusvaltiot ovat velvollisia noudattamaan EIT:n tuomioita ja 2 momentin mukaan ministerikomitea valvoo niiden noudattamista. Kuitenkin EIS on siinä mielessä ”hampaaton”, ettei siinä säädetä velvoittavuuden tehosteeksi sellaisia riittäviä rangaistuksia, jotka varmistaisivat tuomioiden noudattamisen.¹¹⁶ Täten siis myös ilmastonmuutosta koskeissa EIT:n tapauksissa on vaarana, etteivät valtiot noudata mahdollisia langettavia tuomioita.

Lapsen oikeuksien komitean yleiskommentin nro 26 loppukaneetissa siteerataan yleiskommenttia laadittaessa kuultua lasta: ”*They need to acknowledge us and say, ‘we hear you; here is what we are going to do about this.’*”¹¹⁷ Lähitulevaisuudessa tulemme näkemään, miten kansainvälinen yhteisö ja tuomioistuimet tulevat vastaamaan ilmastokriisiin. Vaikka ilmastokanteet menestyisivätkin EIS:n järjestelmässä, ei tämä takaa sitä, että asiat käytännössä tulisivat muuttumaan radikaalisti. Toivoa silti on.

115 European Court of Human Rights: Fourth Section. Rejecting a motion by the defendants asking the Court to overturn its fast-tracking decision (in French). Request No. 39371/20. Submitted 2nd of April 2021.

116 Ks. lisää tuomioiden velvoittavuudesta Pellonpää, Gullans, Pölonen and Tapanila (n 113), luku 5.

117 CRC/C/GC/26 (n 48), kohta 115. Ks. Consultation Reports <<https://childrightsenvironment.org/reports/>>. Vierailtu 7.1.2024.

HOW CAN THE CONCEPT OF ESSENTIAL USE DEVELOP THE EUROPEAN UNION'S REACH REGULATION OF SVHC CHEMICALS USING PFAS SUBSTANCES AS A CASE STUDY?

Lia Lehto

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol17iss2pp64-80>

Helsinki Law Review, 2/2023, pp. 64–80

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



ABSTRACT

The REACH (EC, No 1907/2006 of the European and of the Council) regulation of chemicals in the European Union lacks in its ability to regulate Substances of Very High Concern (SVHC). This paper aims to give a legal-dogmatic overview of how REACH should be developed, especially in relation to SVHC chemicals, and using PFAS chemicals, or per- and polyfluoroalkyl substances, as a case study. This is done by using the “essential use” model to group SVHC chemicals in a more efficient manner.

This paper introduces PFAS chemicals and broadly SVHC substances, summarizes REACH regulations processes, and considers the feasibility of introducing “essential use” as a concept to the current regulation. The findings of this paper suggest that essential use should be developed within the restriction and authorization processes of REACH using a fast-tracked system of grouping SVHC chemicals.

I. INTRODUCTION

The regulation of chemicals requires a careful balance between socio-economic and environmental risks and benefits. Chemicals can be considered in terms of “tolerability”, which refers to society’s level of acceptance to withstand a certain level of risk to secure certain societal goods.¹ The use of chemicals contains a trade-off for society, as they contain risks, but also allow society to enjoy certain benefits. For example, modern medicine requires the use of harmful chemicals.² What is the level of risk we can tolerate? How does risk relate to the inherent benefits of using chemicals? These questions are considered under the European Union through the REACH regulation (Regulation (EC) No 1907/2006 of the European and of the Council)³.

The REACH regulation attempts to balance risks and benefits linked to the use of chemicals within society. REACH as a regulation includes: registration, evaluation, authorization, and restrictions of chemicals.⁴ REACH replaced about 40 different directives and regulations into one long singular regulation.⁵ The regulation of chemicals can be considered to be an integral part of the European Union’s policy on the environment, as it relates to the protection of human health and the quality of the environment.⁶ REACH aims to ensure safety as well as the free circulation of substances within the internal market, leading to a dichotomy between ensuring safety and allowing for competitiveness and innovation.⁷ Furthermore, REACH as a legal instrument sits within the larger context of precautionary principle, codified within Article 191(2) of the Treaty of the Functioning of the European Union, which prevents policies or actions that may cause harm to the public or to the environment if there is no scientific agreement on the possible risks.⁸ Some academic opinions, however, consider that REACH in its current form is unable to adequately protect human health and the environment.

-
- 1 Steffen Erler, *Framework for chemical risk management under REACH* (1st revised edn, Smithers Rapra Technology 2009), 4.
 - 2 Joonas Alaranta, ‘Tutkimus huolta aiheuttavien aineiden ja materiaali kierron sääntelystä REACH-asetuksen mukaan’ (Dissertation in Social Sciences and Business Studies No 168, University of Eastern Finland 2018), 16.
 - 3 Regulation (EC) No 1907/2006 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals (REACH), establishing a European Chemicals Agency, amending Directive 1999/45/EC and repealing Council Regulation (EEC) No 793/93 and Commission Regulation (EC) No 1488/94 as well as Council Directive 76/769/EEC and Commission Directives 91/155/EEC, 93/67/EEC, 93/105/EC and 2000/21/EC.
 - 4 Susanne Kamptmann, *REACH Compliance: the Greatest Challenge for Globally Acting Enterprises* (1st ed. Wiley-VCH 2014), 1.
 - 5 Nordic Council of Ministers, “Analysis of Enforcement According to REACH” (2006:542 published 04.03.2014) <<https://www.norden.org/no/node/58578>> accessed 09.09.2023, 13.
 - 6 See the Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] C 326/01, Art. 191(1).
 - 7 Jessica Coria et al., “Economic Interests Could Hazard Reductions in the European Regulation of Substances of Very High Concern” [2022] 13 Nature Communications 6686, 2; See also REACH Regulation (EC) No 1907/2006, Art 1.
 - 8 See the Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] C 326/01, Art. 191(2).

The REACH regulation has been deemed by the Commission to be too technical, lacking in predictability, and not efficient enough in incentivizing substitutions, nor protecting the environment and health.⁹ Specifically, harmful chemicals are not substituted or regulated at an efficient rate.¹⁰ These chemicals include PFAS chemicals, or per- and polyfluoroalkyl substances, that have been found to be highly bioaccumulative and harmful to health, leading to some of these chemicals being placed on the Substances of High Concern (SVHC) list under REACH Article 55.¹¹ There are 200,000 substances within the European economy (in 2022), of which around 26,000 have been registered,¹² around 235 are considered as SVHC substances,¹³ 59 are authorized for use,¹⁴ and 77 are banned¹⁵. Identification of SVHC substances has been slower than hoped for, as the European Commission already in 2006 estimated that there are may be 1,500 substances with SVHC properties, while only a handful of them have been identified and regulated by REACH.¹⁶ This slow pace has also allowed for the creation of substances with structural similarities than those regulated by REACH as SVHC substitutes, requiring a new process of consideration for each individual substance.¹⁷ Therefore, the process of regulating chemicals (especially SVHCs) is not efficient enough, as many harmful substances are not registered at an efficient rate allowing for the creation of hazardous substitutes.

This paper presents an overview of how the REACH regulation can be developed to become swifter in regulating harmful SVHC chemicals in order to increase the efficiency of regulating chemicals. Specifically, using a method of grouping substances would reduce the possibility to create hazardous substitutions and speed up the process of identifying and managing SVHC substances.¹⁸ PFAS chemicals are used as a case study of harmful chemicals to be regulated more efficiently to illustrate how substances can be grouped together to allow for a more efficient regulatory process. Academics such as Cousins et al. have developed the model of “essential

9 European Commission Directorate-General for Environment, “Supporting the Commission in Developing an Essential Use Concept: Final Report” (*Publications Office of the European Union 2023*, <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/69d5ea0d-d359-11ed-a05c-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-283635189>> accessed 09.09.2023, 89 and 92.

10 Ibid 90.

11 Ian Cousins et al., “The Concept of Essential Use for Determining when Uses of PFASs can be Phased Out” [2019] 21 *Environmental Science Processes and Impacts* 1803, 1804.

12 Nils Johansson, “Recycling Warning! Reconfiguring the Toxic Politics of a Circular Economy” [2022] 18 *Sustainability Science* 1043, 1044-5.

13 ECHA, “Candidate List of Substances of Very High Concern for Authorisation” <<https://echa.europa.eu/candidate-list-table>> accessed 09.09.2023.

14 ChemSafetyPro, “REACH Annex XIV: REACH Authorization List 2023” <http://www.chemsafetypro.com/Topics/EU/REACH_annex_xiv_REACH_authorization_list.html> accessed 09.09.2023.

15 ChemSafetyPro, “REACH Annex XVII: REACH Restricted List 2023” <http://www.chemsafetypro.com/Topics/EU/REACH_annex_xvii_REACH_restricted_substance_list.html> accessed 09.09.2023.

16 Daniel Slunge et al. “REACH Authorisation and the Substitution of Hazardous Chemicals: the Case of Trichloroethylene” [2022] 364 *Journal of Cleaner Production* 132637, 2.

17 Slunge et al. (n 16) 2.

18 Ibid 6.

use” (introduced in the Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, 1987) to regulate harmful chemicals such as PFAS chemicals, while pushing for a shift in risk-based analysis by grouping substances in terms of their essentiality based on their end-use.¹⁹ The adapted version of the concept has gained academic attention and been considered within the EU and North America.²⁰

The paper specifically answers the question: *how can the concept of Essential Use develop the European Union’s REACH regulation of SVHC chemicals using PFAS substances as a case study?* The paper introduces the concept in order to develop our current regulation structure, while providing an overview of the current REACH regulation on SVHCs, PFAS chemicals and the essential use concept. This paper will specifically consider PFAS chemicals as a case study, but the findings of the paper can be further applied to other chemicals that are considered to be SVHCs under the current REACH regulation. In addition, findings can be applied to create a horizontal model of essential use to be applied within regulations and directives. The methodology of the paper is legal-dogmatic, but it also produces *critical de lege ferenda* opinions of how to develop our current EU regulation. In essence, the paper aims to present a developed doctrinal system of our current regulation.

2. PFAS CHEMICALS AND THE EUROPEAN UNION’S REACH REGULATION

2.1 How are Chemicals Regulated Under the European Union?

REACH aims to protect humans and the environment by regulating chemicals. Under Article 1(1), the regulation’s purpose is to ensure a “high level of protection of human health and the environment”, which includes the “promotion of alternative methods of assessment of hazards of substances” and the “circulation of substances within the internal market” competitively and innovatively. In addition, under Article 1(2), REACH aims to apply the regulation on the whole lifecycle of substances. REACH is based on Article 114 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which provides the legal basis for competence to adopt regulation for the functioning of the internal market, which, according to 114(3), must consider environmental and consumer protection, health, and safety. Article 11 of TFEU also enshrines the overarching duty to make environmental protection “integrated into the definition and implementation” of “policies and activities” of the EU. The overarching aim of the legislation is to harmonize laws of

19 See Cousins et al 2019 (n 11); Simona A. Balan et al. “Optimizing Chemicals Management in the United States and Canada Through the Essential Use Approach” [2023] 57 Environmental Science and Technology 1568, 1569.

20 Simona A. Balan et al. (n 19) 1569.

Member States in the form of a regulation, meaning that there is no need to transform the laws into domestic law within the European Union Member States and within the European Economic Area (including Norway, Iceland, and Liechtenstein).²¹

As mentioned, REACH as a regulation sits within the larger context of the European Union's aim to protect health and the environment, which are codified in key environmental principles. As REACH is highly technical, it is important to note that detailed environmental rules are formed from wider principles. Article 191(2) of TFEU sets four main environmental principles that guide directives and regulations: the precautionary principle (requiring risk-based analysis), the prevention principle (requiring preventative action), the rectification at source principle (rectify the environmental damage at source) and the polluter pays principle (the polluter shall pay).²² Article 1(3) of the REACH regulation highlights the importance of the precautionary principle. The General Court has referenced the principle as a fundamental principle of EU law.²³ In addition, Article 11 of TFEU includes the integration principle, which requires that environmental protection requirements must be integrated in the definition and implementation of EU policies and actions, and in particular promoting sustainable development.²⁴ Legislative acts that are not compliant with the integration principle may be declared void within the Court of Justice.²⁵ The integration principle and precautionary principle are key in the basis of how REACH should be implemented, as environmental protection is integral in all EU policies and actions.²⁶ REACH as a technical regulation rests within the wider EU environmental context and has furthered the protection of health and the environment through concrete ways by establishing ECHA (European Chemicals Agency).

REACH established ECHA, based in Helsinki, to regulate chemicals within the EEA market. All manufacturers, importers, representatives and downstream users of substances must register their chemical substances under REACH to be able to include them in manufactured products within the EEA area.²⁷ Companies must supply registration dossiers into a database that is maintained by ECHA.²⁸ REACH operates on the statement: "no data, no market", which means that industry actors must prove that the chemicals they use do not harm the environment or health.²⁹ Kamptmann states that the provisions of the regulation signify the precautionary

21 Kamptmann (n 4) 2.

22 Suzanne Kingston et al. *European Environmental Law* (1st edn Cambridge University Press), 91.

23 Suzanne Kingston et al. (n 22) 94.

24 Suzanne Kingston et al. (n 22) 91.

25 Beate Sjøfjell, "The Environmental Integration Principle: A Necessary Step Towards Policy Coherence for Sustainability" [2018] University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2018-311, 12.

26 Sjøfjell (n 25) 16.

27 Kamptmann (n 4) 2.

28 Erler (n 1) 68.

29 Kamptmann (n 4) 3.

principle³⁰, which places the chemical industry the burden to ensure chemicals are safe for humans and the environment.³¹ ECHA goes through “Registration” that signifies the general obligation to submit a registration for each substance that is either manufactured or imported of 1 tonne or above each year.³² “Evaluation” includes contemplation of dossiers, registration compliance, and substance evolution.³³ Substances of very high concern (SVHCs) will be authorized under certain conditions (within Annex XIV), while some substances may be “restricted” and prohibited (under Annex XVII).³⁴ Therefore, the process of risk analysis and management within REACH means that some substances are identified “*a priori* hazardous”, by the European Commission, requiring restriction, phase out, or prohibition.³⁵ On the other hand, the majority of substances are considered to be “industrial chemicals” safe enough with some regulatory control.³⁶ Industry supplies a large level of data per substance that is then processed by ECHA.

2.2 How are SVHC Chemicals Regulated Under REACH?

Substances labelled as Substances of Very High Concern or SVHCs are specifically regulated under REACH. Article 55 of REACH refers to the control, replacement and finding of suitable alternatives of these substances. SVHCs are considered “persistent, bioaccumulative, and toxic (PBT), very persistent and very bioaccumulative (vPvB), carcinogenic, mutagenic, or toxic to reproduction (CMR)” or “of equivalent concern”.³⁷ The term of “equivalent concern” is not defined in REACH, but it is a catch-all for substances that have serious effects on humans and the environment.³⁸

An important example of SVHC chemicals include Per- and polyfluoroalkyl substances (PFAS). These substances have gained interest in recent years due to their impact on the environment and on human health. PFAS are a group of thousands of substances used in consumer and

30 The precautionary principle is set out in Article 191 of the Treaty on the Functioning of the European Union. As mentioned, the principle signifies that an action or policy should not be taken if there is a risk that it might cause harm to the environment or health, and there is no scientific agreement on the issue. However, action may be taken when more scientific information is available.

31 Kamptmann (n 4) 7.

32 Nordic Council of Ministers (n 5) 13.

33 Ibid, 13.

34 Nordic Council of Ministers (n 5) 14.

35 Kathleen Garnett and Geert Van Calster, “The Concept of Essential Use: a Novel Approach to Regulating Chemicals in the European Union” [2021] 10(1) *Transnational Environmental Law* 159, 165-6.

36 Ibid.

37 Romain Figuière et al. “The essential-use concept: a valuable tool to guide decision-making on applications for authorization under reach?” [2023] 5 *Environmental Sciences Europe*, 1, 1.; see also Article 57 of REACH.

38 Lucas Bergkamp and DaeYoung Park, “Key Concepts and Scope” in Lucas Bergkamp (ed.), *The European Union Reach Regulation for Chemicals: Law and Practice* (Oxford university press 2013), 55.

industrial production.³⁹ There are hundreds of uses for these chemicals from textile coating to food products.⁴⁰ Specifically, long-chain perfluoroalkyl acids (PFAAs) have been targeted in regulatory phase-out actions since the 2000s, as they are highly bioaccumulative, meaning that they accumulate within the environment persistently.⁴¹ The bioaccumulation is due to their hydrophobic and oleophobic properties and C-F bonds.⁴² Even shorter chain PFAS chemicals tend to accumulate over time, as they move rapidly within ground and surface waters where they may remain for centuries.⁴³ The use of PFAS chemicals as worded by Cousins et al. will lead to “global contamination” with “unknown consequences”.⁴⁴ We do know, however, that high doses of PFAS chemicals are linked to neonatal morbidity, mortality in fetuses, developmental delays, accumulation of cholesterol, developing thyroid disease, multiple cancers, colitis and hypertension in pregnant people.⁴⁵ Therefore, these chemicals should be regulated due to their costly impact on the environment and on human health. However, as Johansson states, when limiting harmful substances, their “important economic and technical function” must also be considered.⁴⁶ Chemicals are also linked to “innovation and economic growth”,⁴⁷ which means that PFAS chemicals should be considered in terms of essentiality and their trade-offs in society. It is important to note that certain PFAS chemicals are on the SVHC list, however, not all PFAS substances are SVHCs.⁴⁸

Placing a chemical on the SVHC means that it will eventually be phased out of the internal market by a certain date. Industry can apply for extensions to the phase-out date. Extensions require (according to Article 60) that risks related to these chemicals are controlled, or socio-economic benefits outweigh the risks these pose to the environment or health.⁴⁹ The process of gaining an extension is called “authorization”.⁵⁰ Authorization either requires that risks are “adequately controlled” or, if not possible to assess risk based on the scientific threshold of the substance, that the “socio-economic benefits outweigh the risks”.⁵¹ The process involves

39 Cousins et al. (n 11) 1804.

40 Christopher Lau “Perfluorinated compounds: an Overview” in Jamie C. DeWitt (ed.), *Toxicological Effects of Perfluoroalkyl and Polyfluoroalkyl Substances* (Humana Cham 2015), 3.

41 Cousins et al. (n 11), 1804.

42 Juliane Glüge et al., “An Overview of the Uses of Per- and Polyfluoroalkyl Substances (PFAS)” [2020] 22 *Environmental Science: Processes & Impacts* 2345, 2346.

43 Cousins et al. (n 11), 1804.

44 Cousins et al. (n 11), 1804.

45 Lau (n 40) 9-10.

46 Johansson (n 12), 1045.

47 *Ibid.*

48 OECD, “Portal on Per and Poly Fluorinated Chemicals” <<https://www.oecd.org/chemicalsafety/portal-perfluorinated-chemicals/countryinformation/european-union.htm>> accessed 09.09.2023.

49 Figuière et al. (n 37), 2.

50 Lawrence A Kogan, “REACH and International Trade Law” in Lucas Bergkamp (ed.), *The European Union Reach Regulation for Chemicals: Law and Practice* (Oxford university press 2013) 313.

51 Figuière et al. (n 37) 5.

submitting a Chemical Safety Report, Analysis of Alternatives, Substitution Plan and potentially Socio-Economic Analysis.⁵² Authorization includes an analysis by ECHA, the Committee for Risk Assessment (RAC) and Socio-Economic Analysis (SEAC).⁵³ During the process, an eight week public consultation is held.⁵⁴ The applicant may comment on these opinions, leading to the final opinions by RAC and SEAC, which are sent by ECHA to the European Commission, Member States and the applicant.⁵⁵ The Commission decides on the matter in three months, which is then voted on by the REACH Committee.⁵⁶ Authorization is, therefore, a highly technical process.

2.3 Current Issues with REACH

The REACH regulation has two key issues. The first issue is that the entire regulatory process of analysis is slow. Figuière et al. considers that the process is “too slow” for adequate protection of “human health and the environment”.⁵⁷ The “substance-by-substance evaluation” of assessing thousands of chemicals makes it impossible for an efficient data analysis.⁵⁸ The number of hazardous substances is growing, meaning that the analysis process is growing slower.⁵⁹ Findings indicate that it takes no more than three weeks for a chemical to be introduced into the market, while officials take three to twelve years to classify a chemical as hazardous and five and a half to thirteen years to restrict and authorize a chemical use.⁶⁰ Placing a chemical on the SVHC Candidate List is found to be more efficient (with a median time of six months within the range of three months to three years).⁶¹ However, regulation and restriction decisions vary from six months to thirteen years (median time ranging from 23 months for annex XIV inclusion and 17 months for restrictions).⁶² The long process allows for the creation of chemical substitutes at a far quicker pace as compared to their regulatory processes.

This slow pace leads to the chemical industry creating “regrettable substitutes”, such as in the case of the substance GenX (a PFAS) replacing PFOA.⁶³ GenX has been found to be similarly bioaccumulative and harmful, and has been discovered within drinking water sources in North

52 Ibid 8.

53 Ibid 3.

54 Figuière et al. (n 37) 3.

55 Ibid.

56 Figuière et al. (n 37) 3.

57 Ibid 2.

58 Garnett and Van Calster (n 35) 163.

59 Ibid, 156-6.

60 European Environmental Bureau, “EEB Analysis of the REACH and CLP Processes Timelines” <<https://eeb.org/library/eeb-analysis-of-the-reach-and-clp-processes-timeliness/>> accessed 10.10.2023, 2.

61 Ibid 2.

62 Ibid 3.

63 Ashley Ahearn, “A Regrettable Substitute: The Story of GenX” [2019] 1 Environmental Health Perspectives, 1, 1.

Carolina (the US).⁶⁴ The General Court confirmed in 2022 (T-636/19) that GenX is a SVHC substance, and stood by its findings on appeal in 2023.⁶⁵ Another example is the replacement of trichloroethylene (TCE) with perchloroethylene (PERC) in metal cleaning processes.⁶⁶ Slunge et al. note that the substitution of TCE to PERC provides an example of how the chemical industry can create a similar substance rapidly to one that has been phased-out, which starts the regulatory process again for a new substance and allows for use for a longer period of time.⁶⁷ They suggest that risk management should be based on grouping substances in order for similar substances to be considered together to reduce the risk of substitutes.⁶⁸ This would also allow for speed and efficiency, which is key in regulating chemicals.⁶⁹

A second key issue with REACH is that the current processes of registration and authorization of SVHC chemicals are limited. Abelkop et al. state that there are not enough considerations of “benefits”, as socio-economic benefits and substitutes are not considered in the registration process.⁷⁰ This dichotomy essentially means that the supplier of the chemical must wait a period of time (usually years) before the substance is given authorization, while being registered as SVHC and set a sunset date.⁷¹ Therefore, a substance may be socio-economically beneficial within the European Union before its substitutes have been identified, but socio-economic analysis does not occur until authorization.⁷² Academics such as Abelkop et al. conclude that registration and authorization should follow similar processes, especially since it appears that these processes were not meant to largely differ from each other by legislators, but were later amended by the European Parliament.⁷³ Abelkop et al. views are convincing, as the duality of the current regulation processes of SVHCs under REACH is highly technical and requires significant knowledge of the processes. These issues could be mitigated by the essential use model.

64 Ahearn (n 63), 1.

65 Case C-293/22 P *Chemours Netherlands BV v European Chemicals Agency* (ECHA) [2023] ECR 847

66 Slunge et al. (n 16) 5.

67 Slunge et al. (n 16) 5.

68 Ibid 6.

69 Ibid.

70 Adam DK Abelkop et al., “How can REACH be Improved?” in Lucas Bergkamp (ed.), *The European Union Reach Regulation for Chemicals: Law and Practice* (Oxford university press 2013), 391.

71 Ibid 391.

72 Ibid 393.

73 Ibid.

3. THE CONCEPT OF ESSENTIAL USE

3.1 History of the Concept of Essential Use

The concept of essential use was introduced during the Montreal Protocol (1987) to protect the earth's ozone layer. The concept was formally integrated into the Protocol by Decision IV/4 during the Fourth Meeting of the Protocol Parties and adopted in Decision IV/25 on essential uses in order to create a mechanism of exemption in Article 2 of the Protocol.⁷⁴ The Protocol's exemption criteria include two important points. Firstly, the use of the chemical is "necessary for health, safety or is critical for the functioning of society" and that "there are no available technically and economically feasible alternatives or substitutes" considered to be "acceptable" for health and the environment.⁷⁵ Secondly, "all economically feasible steps have been taken to minimize the essential use" and "associated emission of the substance".⁷⁶ The Protocol decisions have included a narrow definition of essential sectors.⁷⁷ Montfort considers that the Protocol targets a limited number of substances, which is not directly comparable to the REACH protocol as such.⁷⁸ Therefore, the Protocol is a useful starting point for the concept, but it must be further developed to be more specific in consideration of REACH and a wider group of substances. This has been, at least partially, done in an influential academic paper by Cousins et al, which creates a concise model of the concept.

3.2 Recent Academic Publications on the Essential Use Concept

Cousins et al. published an academic article on the concept of essential use specifically in the phase out of PFAS chemicals. The paper has been influential in shaping a theoretical understanding of how chemicals such as PFAS can be grouped together,⁷⁹ and it provides a concise view to aid in understanding a technical subject. The paper is based on the 2015 Global

74 Jean-Philippe Montfort, "The Concept of Essential Use to Regulate Chemicals: Legal Considerations" [2021] 1 ICRL, 1, 2.

75 Montfort (n 74) 2.

76 Ibid.

77 Ibid.

78 Ibid 3.

79 Mentioned in Kastalie Bougas et al, "Supporting the Commission in Developing an Essential Use Concept: Workshop Report" (Wood E&S GmbH 2022) <<https://environment.ec.europa.eu/system/files/2022-05/Essential%20Use%20Workshop%20Report%20final.pdf>> accessed 09.09.2023, 7, and Garnett and Van Calster (n 35), 160 and Montfort (n 74) 7.

PFAS Science Panel's idea of regulating PFAS as a group,⁸⁰ and the concept is based on the Montreal Protocol Decision IV/25.⁸¹ The paper outlines the essential use into a simpler form that can be applied in the phase out of PFAS chemicals. The key difference between Cousins et al.'s theory of essential use, is that within Montreal, essential use is used in prioritizing risk management, while Cousins and co-authors have formed an extended version of the concept to focus on the end use and "qualitative functions" of substances (function, need in society and environmental impact), rather than current risk management analysis.⁸² The idea of the theory is to flip the current process of categorizing substances as "safe enough" or "hazardous" to considering all PFAS substances as inherently hazardous to be phased out, rather than focusing analysis on one substance at a time.⁸³

Cousins et al. group chemicals based on "essential use" into three different categories: "non-essential", "substitutable" and "essential".⁸⁴ The first category ("non-essential uses") includes chemicals that are not essential for health, safety, or society, but are more "nice to have" substances, which can be diminished or "banned".⁸⁵ The second category ("substitutable uses") are important in their function, but can be replaced by other chemicals.⁸⁶ The third category includes "essential use" substances that are considered essential in their function and cannot, yet, be replaced by other chemicals.⁸⁷ The concept seeks to categorize chemicals based on their functions and essentiality, while focusing on the end use of the product the chemical is included in. Essentiality is considered by identifying the function of the substance, considering whether this function is essential for health, safety or for the functioning of society, and lastly, identifying possible alternatives in this particular use.⁸⁸ Functions include "end-use", "service" and "chemical" functions, which consider performance of chemicals and the necessity of end-use and service functions.⁸⁹

This theoretical framework can be demonstrated in practice through different examples. Substances considered as non-essential, such as ski waxes in order to ski faster, are nice to have, but society can function without them, meaning that they could be phased out as non-essential substances.⁹⁰ Substitutable substances have alternatives.⁹¹ An example of these

80 Garnett and Van Calster (n 35), 160.

81 Cousins et al (n 11), 1804.

82 Garnett and Van Calster (n 35), 168.

83 Ibid.

84 Cousins et al. (n 11), 1804-5.

85 Ibid 1804.

86 Ibid.

87 Ibid 1805.

88 Ian T. Cousins et al. 'Finding Essentiality Feasible: Common Questions and Misinterpretations Concerning the "Essential Use" Concept' [2021] 23 Environmental Science Processes Impacts, 1079, 1081.

89 Ian Cousins et al. (n 89), 1081.

90 Cousins et al. (n 89), 167; See also Cousins et al. (n 11), 1805, where category 1 substance examples include non-stick cooking utensils.

91 Ibid; See also Cousins et al. 2019 (n 11), p.1805, where a substitutable substance is highlighted to have necessary technical function and performance.

substances are PFAS chemicals in fire-fighting foams, as fluorine-free foams have been created and are replacing aqueous film-forming foams.⁹² The last category, essential substances, are included in, for example, medical devices that cannot be phased out or banned, and as of yet do not have alternatives.⁹³ For example, essential uses of PFAS substances in surgical gowns provide repellency against liquids, viruses, bacteria and aid in keeping the textile breathable.⁹⁴ The PFAS substances are essential, as the chemical and service functions provide liquid repellency, while the end-use is to protect hospital workers.⁹⁵ This theoretical concept should be further considered in terms of the current REACH regulation process, its legal feasibility in practice, as well as how the EU views the concept.

4. ESSENTIAL USE IN PRACTICE: REACH AND PFAS

Recently, a final report was published to support the European Commission in developing the essential use concept, in which the Commission has committed to the Chemicals Strategy for Sustainability Towards a Toxic-Free Environment (CSS, 2020).⁹⁶ CSS plans to define the concept in order to allow only harmful chemicals that are necessary for health, safety or the “functioning of society”, if there are no other substitutes that can be accepted in terms of the environment and health.⁹⁷ This suggests a political will, at least on paper, to develop the current EU legislation to specifically phase out chemicals that are not socio-economically necessary for society.⁹⁸ This political will is linked to various EU policy strategies (the European Green Deal, Chemicals Strategy for Sustainability, the Zero Pollution Action Plan and the Circular Economy Action Plan) aiming for a “toxic-free society”.⁹⁹ The concept could simplify REACH and make the process of registration and authorization easier, quicker and safer for the environment and the health of society.

The final report attempts to aid the European Commission in developing a “horizontal essential use concept” that can be applied within various legislation, including amending the current REACH regulation.¹⁰⁰ The final report summarizes key findings made in a research using workshops, surveys, interviews, and public consultations on how the essential use concept

92 Ibid 1081.

93 Cousins et al. (n 89) 1081.; See also Cousins et al. 2019 (n 11), 1805, where it is mentioned that essential use substances are to be eventually phased out through research and development or engineering to make alternatives available.

94 Ibid.

95 Ibid.

96 See European Commission Directorate-General for Environment 2023 (n 9).

97 Bougas et al (n 80) 7.

98 European Commission Directorate-General for Environment 2023 (n 9), 4.

99 Bougas et al (n 80), 7.

100 European Commission Directorate-General for Environment 2023 (n 9), 4.

should be applied within the existing EU regulation landscape.¹⁰¹ The paper relies on the Montreal Protocol and refers to Cousins et al. which shows the importance of the academic research published on the essential use concept.¹⁰² Considerations are made in identifying essentiality, as placing a wide net in what is considered “essential” would allow many harmful chemicals to be continuously used within society, while limiting chemicals in the “non-essential sectors” might target chemicals excessively within the current market.¹⁰³ This uncertainty is key to keep in mind in terms of different academic opinions on creating essential use within REACH. All amendments to the regulation must also be legally feasible in the EU. The fourth section of this paper uses the findings of the report to consider how essential use may be applied within REACH in practice in the regulation of PFAS, and other SVHC, chemicals.

4.1 Different Options of Essential Use Within REACH

The Final Report considers different models of regulatory reforms in terms of the essential use concept within REACH. These options include adding a form of optional guidance (non-legally binding) of essentiality to the current regulation within authorization and restriction (sub-option A), reforming authorization and restriction using an implementing Act based on Article 291 on TFEU and 132 of REACH (sub-option B), slightly modifying the current authorization and restriction phases (adequate control and socio-economic paths) and adding an essential use concept to define analysis in both routes (sub-option C), or replacing the adequate control and socio-economic analysis paths in authorization and modifying the current structure of analysis using the essential use concept (sub-option D).¹⁰⁴ Sub-option D is most extensive, and includes replacing the current system of authorization in REACH using the concept.¹⁰⁵ The report weighs in the positive effects of making the current regulation simpler and the negative economic impact it may have on industry.¹⁰⁶ The report concludes that the option D is legally feasible, predictable, coherent, and the best way to protect health and the environment.¹⁰⁷ The change would result in the least amount of costs, and it would have the most benefit in terms of the “administrative burden” for industry and the EU.¹⁰⁸ Therefore, the analysis done within the report

101 Ibid 5.

102 See pages 18, 35, 50 and 56 of the Final Report by the European Commission Directorate-General for Environment 2023 (n 9).

103 European Commission Directorate-General for Environment 2023 (n 9), 6.; See p. 7 for an overview of the concept within horizontal use.

104 Ibid 103.

105 Ibid 9.

106 Ibid.

107 Ibid 170.

108 Ibid.

considers that the current REACH regulation should be updated with legal changes by adding a new regulatory essential use framework to the authorization process of REACH. This outcome should be considered in terms of different academic opinions on the feasibility of this reform.

Figuière et al. published an article on how the essential use concept may be specifically used within the authorization process of REACH in an efficient manner. Specifically, Figuière et al. considers the information requirements that an applicant submits to apply for authorization of a SVHC chemical on the internal market.¹⁰⁹ The applicant must submit a Chemical Safety Report on the substance's risks, an analysis of substitutes and how substitutes may be used in the future, while socio-economic analysis is optional.¹¹⁰ The current data submitted can be used, in Figuière et al. opinion, in a new framework of essentiality of using the substance, especially if socio-economic analysis proves that the benefits in using the chemical do outweigh its risks.¹¹¹ However, the authors claim that the definitions of socio-economic benefits are not properly defined, therefore, specific terms must be clarified for an essential use analysis.¹¹² Figuière et al. come to the conclusion that there are “no legal barriers” to implement essential use in the authorization process of REACH.¹¹³ However, REACH must have clear definitions of “socio-economic benefits” and risks.¹¹⁴ This is also considered by Cousins et al., who emphasize that the conceptual framework must have a clear criteria and pre-defined process.¹¹⁵ Figuière et al. view of how to implement essential use within the current regulatory framework does not propose wider changes to the current system of analysis. The paper can be compared to Montfort's article, which considered essential use from a wider and a more legal standpoint.

Montfort considers that the concept of proportionality is key in adopting any changes to the current regulation. The Union is founded on key principles. Proportionality signifies that EU measures must not go above what is “appropriate and necessary” in achieving the designed legal objectives.¹¹⁶ Therefore, all legal measures must also consider whether the EU has the competence to make legal decisions in the field in question, and whether these changes are acceptable in terms of the founding principles of EU law. Montfort considers that an overarching essential use criteria would go against the principle of proportionality. I agree with this statement, as outright bans based on essentiality would be disproportionate. Montfort proposes the use of a fast-track system, meaning that once the EU would deem a product to fit certain essential

109 Figuière et al. (n 37) 5.

110 Ibid 8.

111 Ibid 8-9.

112 Ibid 9.

113 Ibid.

114 Ibid 10.

115 Cousins et al. (n 11) 1806.

116 Montfort (n 74) 9.

use standards, the EU would make fast-tracked decisions on these chemicals.¹¹⁷ The EU would define a set of products and goods that are considered to be essential, and possibly non-essential by end-use analysis, and industry would need to prove that they meet the certain set of standards for a fast-tracked decision.¹¹⁸ The rest would go through standard procedure added with a socio-economic analysis of essentiality and impact.¹¹⁹ The system would work vice versa in that if a product would be deemed non-essential, they could be fast-tracked to be banned unless strict conditions are met.¹²⁰ However, it must be considered whether this idea would actually make the process of REACH any faster. Just because some chemicals would be put onto a fast-tracked list does not mean that ECHA would be able to analyze these chemicals any faster within the current system of analysis added with a mandatory socio-economic analysis. Therefore, I believe Montfort's idea could be developed with sub-option D in the Final Report supporting the Commission.

4.2 Analysis of the Different Options of Essential Use

There are multiple options in how to implement essential use within REACH, meaning that the EU has a wide array of choices in how to change the current regulation to become more efficient. Montfort's fast-track process could be combined with a more refined system of restriction and authorization in terms of essential use. As already mentioned, authorization and registration processes differ within the REACH analysis processes. The modifications that have been considered in terms of essential use focus on changing the current authorization processes. However, the entire REACH process could be modified with an overarching horizontal essential use regulatory processes at an earlier phase of registration, going even further than what was proposed in sub-option D of the Final Report. In addition, Montfort's fast-track system could be beneficial to outline the process in order to make quicker decisions on specific essential chemicals. For example, if certain SVHC PFAS chemicals would be included in essential medicinal devices, ECHA would fast-track decision-making using a clearly defined essential use criteria (essential, substitutable, or non-essential) to allow the use of the chemicals within the EU, given that no substitutes would be available. On the other hand, unsafe chemicals included in the coating of non-essential products such as ski waxes would be fast-tracked to be phased out. These changes must be made proportionally, and each term of the process must be defined clearly.

117 Montfort (n 74) 11.

118 Ibid.

119 Ibid 12.

120 Ibid.

Proportionality and clearly defined terms are key considerations to keep in mind while legally changing regulation. Clearly defined terms avoid creating disproportionate bans and may alleviate industry lobbying. Therefore, using terms defined by Cousins et al. could be a starting point with further definitions of socio-economic benefits, as industry lobbying has already created delays in the process of revising REACH. In July, reports indicated that planned updates to REACH in banning hazardous substances have been delayed due to lobbying by the chemical industry.¹²¹ Revisions of REACH are expected by the end of the year, but there are concerns of how ambitious these may be, as industry actors are anxious of the subjectivity of essentiality, especially in terms of cultural significance.¹²² In addition, there are reports of a complete reversal in revising REACH in favor of reducing industry administrative burden. Decisions should be made before the May 2024 European Parliament elections, as they may stall the current process of revising REACH.¹²³ Therefore, essential use must be clearly defined in modifying REACH to show the chemical industry that there would not be disproportionate bans of chemicals, but swifter decision-making by ECHA in grouping substances based on essentiality of use. In addition, industry should be made mindful that finding new substitutes to harmful chemicals in the end means more innovation, therefore, better, and safer products.¹²⁴ It is much more favorable for the chemical industry to use innovative and less harmful chemicals to also lessen the costs of regulatory actions.

5. CONCLUSION

It is clear that the essential use concept can develop the REACH regulation, especially in terms of regulating SVHC chemicals. Specifically, certain PFAS chemicals as SVHC chemicals have been grouped by academics through the essential use lens in order to regulate them as a wider group. Essential use as a theoretical concept is multilayered and flexible in that it has many ways in which it can develop REACH as a regulation. The paper suggests that the theory should be modified in terms of research to form a coherent regulatory structure to be implemented within

121 Arthur Nelsen, "EU to Drop Ban of Hazardous Chemicals After Industry Pressure" (The Guardian, 11.07.2023) <<https://www.theguardian.com/environment/2023/jul/11/eu-to-drop-ban-of-hazardous-chemicals-after-industry-pressure>> accessed 09.09.2023.

122 Kira Taylor, "What is Essential? The Question Overshadowing Europe's Chemical Law Reform" (Euractiv, 14.07.2023) <<https://www.euractiv.com/section/chemicals/news/what-is-essential-the-question-overshadowing-europes-chemical-law-reform/>> accessed 09.09.2023.

123 Charlotte Elton, "Profit More Important than Europeans: EU Blasted for Proposed Delay in Cleaning Up Toxic Chemicals" (Euronews, 17.10.2022) <<https://www.euronews.com/green/2022/10/17/profit-more-important-than-europeans-eu-blasted-for-proposed-delay-in-cleaning-up-toxic-ch>> accessed 09.09.2023.

124 Cousins et al. (n 89), 1083.

the current REACH processes of analyzing SVHC chemicals. Updating the current regulation in terms of essentiality of substances would push for a more efficient regulatory process. There is a growing political will within the EU to phase out toxic chemicals, however, industry lobbying has set back reforms. The chemical industry should be presented with an updated REACH structure to help clear administrative confusion, especially since the current political climate shows that reforms are being pushed back through lobbying. Innovation to create a toxic-free society comes from efficient reforms to regulation. This innovation also requires good communication between industry and regulators.

The findings of the paper can be further considered in terms of other chemical groups under the SVHC list. Further research should be made to be able to create a horizontal model of essential use to be applied across other regulations and directives. Also, a clear step-by-step process of implementation of the concept, as well as instructions on how it may be applied in practice by regulators would aid in understanding the practical side of the theoretical framework.

KÖN SOM SKÄRPNINGSGRUND VID STRAFFMÄTNINGEN*

Ulla Tervahauta

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol17iss2pp82-98>

Helsinki Law Review, 2/2023, pp. 82–98

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



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

ABSTRACT

In this article I examine the recent addition to the Finnish penal code, namely, that a crime that has the victim's gender as its motivation may be taken as grounds for increasing the severity of the punishment. Chapter six section five of the Finnish penal code names grounds for increasing the severity of the punishment. The fourth point of section five subsection one initially included only racist motives, but it has eventually broadened to cover a wider range of hate crimes. Examination of motivations provided for the addition – the word “gender” in the list of aggravating circumstances – reveals ambiguity. Although gender is a broad concept, the Finnish legislator chose a narrow definition: in the government proposition, the term primarily refers to men and women. The legislator's reasoning focuses on hate crime directed at women acting in the public sphere, such as politicians, journalists, and academics. Comparison with wordings and motivations in the corresponding sections of the Swedish and Danish penal codes reveals a significant difference: in Sweden and Denmark the emphasis is on the protection of sexual and gender minorities.

* Jag tackar prof. Dan Helenius och doktorand Alexander Nybonn för feedback för den första versionen av detta arbete i september 2023 och de två anonyma läsarna för feedback för versionen för Helsinki Law Review. Tack också till fil.mag. Kaisa Alanen och jur.stud. Ia Hynynen för hjälpen med det svenska språket. Kommentarer som jag fick har väsentligt förbättrat texten – alla brister som finns kvar är mina.

I. INLEDNING

Statistiken tyder på att kvinnor i Finland utsätts mer för våld än kvinnor i EU-länderna i genomsnitt och våld i nära relationer är ett betydande problem i landet.¹ Regeringsprogrammet för statsminister Sanna Marins (ursprungligen Antti Rinnes) regering innehöll flera separata åtgärder för att förebygga och bekämpa våld mot kvinnor i dess olika manifestationer. Programmet innehöll lagförändringar, till exempel en totalreform av lagstiftningen om sexualbrott.² En åtgärd var att lägga till motiv som baseras på offrets kön till straffets skärpningsgrunder i 6 kap. 5 § i strafflagen (39/1889). Ändringen trädde i kraft den 1 januari 2023. Straffskärpningsgrunderna enligt 6 kap. 5 § 1 mom. 4 punkten i strafflagen är att brottet begås utifrån ett motiv som baseras på ras, hudfärg, härstamning, nationellt eller etniskt ursprung, religion eller övertygelse, kön, sexuell läggning eller funktionsnedsättning eller utifrån ett annat motiv som är jämförbart med dessa.

Lagstiftarens syfte med att lägga till ordet kön var att ingripa särskilt i hatretorik riktad mot kvinnor och på det sättet främja och förbättra kvinnors deltagande i samhällsdebatten.³ I bakgrunden ligger nya former av våld, särskilt hatretorik mot kvinnor, som enligt utredningar har ökat som fenomen.⁴ Rättsligt stöddes ändringen i viss grad på konventionen om avskaffandet av all slags diskriminering av kvinnor (FördrS 67 och 68/1986, CEDAW-konventionen).

I denna artikel är mitt syfte att undersöka kön som skärpningsgrund vid straffmätningen. Mitt intresse är att förstå lagändringen och dess ändamål: vad var lagstiftarens motivering och syfte med att inkludera kön som straffskärpningsgrund i 6 kap. 5 § 1 mom. 4 punkten i strafflagen?

Brottsbalken i Sverige och strafflagen (straffelov) i Danmark innehåller liknande bestämmelser och i båda länderna är det såsom i Finland fråga om nya bestämmelser. Skiljer sig den finländska lagstiftarens målsättning från den svenska och danska i detta avseende och hur? Frågan om skillnader och likheter mellan Finland, Sverige och Danmark är viktiga: jämförelsen med

-
- 1 European Union Agency for Fundamental Rights: an EU-wide Survey 2014, s. 30, 110, 155–157; THL Statistikrapport 3/2021: Våld i nära relationer 2019.
 - 2 Regeringsprogrammet för statsminister Antti Rinnes regering 6.6.2019 / Regeringsprogrammet för statsminister Sanna Marins regering 10.12.2019: Ett inkluderande och kunnigt Finland – ett socialt, ekonomiskt och ekologiskt hållbart samhälle. Statsrådets publikationer 2019:24, s. 90–91 och 2019:32, s. 92–93 (Regeringsprogrammet 2019); Justitieministeriets Betänkanden och utlåtanden 1/2021: Programmet för bekämpning av våld mot kvinnor 2020–2023, s. 23–24; Oikeusministeriön julkaisuja: Mietintöjä ja lausuntoja 9/2023: Naisiin kohdistuvan väkivallan torjuntaohjelman 2020–2023 loppuraportti. Oikeusministeriö 2023, s. 41–44; se även Sosiaali- ja terveystieteiden tutkimuskeskus julkaisuja 9/2023: Hallituksen tasa-arvo-ohjelma 2020–2023 Loppuraportti, s. 30–31.
 - 3 RP 7/2021 rd, s. 3, 16.
 - 4 En central rapport är Bladini, Moa, Hat och hot på nätet: En kartläggning av den rättsliga regleringen i Norden från ett jämställdhetsperspektiv (NIKK 2017). Se även Aurora Idänpää-Heikkilä, Naisiin kohdistuva sukupuolistunut digitaalinen väkivalta – esimerkkinä naispoliitikoihin kohdistuva vihapuhe ja maalittaminen (pro gradu, Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2022).

motsvarande paragrafer i de svenska och danska lagarna avslöjar en skillnad mellan den finländska lagstiftarens definition av kön och den svenska och danska lagstiftarens definition och ändamål. I Sverige och Danmark är syftet att skydda sexuella minoriteter, i Finland prioriteras däremot kvinnor i synliga samhälleliga positioner.

Jag börjar mitt arbete med en kort diskussion av kontexten: hatbaserad brottslighet som är riktad mot kvinnor men också annan brottslighet som har könsrelaterad karaktär. Därefter presenterar jag allmänna principer i straffmätningen och straffskärpningsgrunderna i 6 kap. 5 § 1 mom. i strafflagen och särskilt momentets 4 punkt: det är viktigt att förstå straffskärpningsgrundernas allmänna syfte samt 4 punktens innehåll och syfte. Därefter undersöker jag lagstiftarens avsikt med att inkludera ordet kön i 6 kap. 5 § 1 mom. 4 punkten och hur lagstiftaren definierar begreppet kön. I den sista delen granskar jag bestämmelserna i Sverige och Danmark.

Eftersom lagändringen är ganska ny, finns det bara få undersökningar som fokuserar speciellt på kön som skärpningsgrund. Jussi Karkkulainen analyserar förutsättningar för att tillämpa denna straffskärpningsgrund samt hur den ska utredas och bedömas i straffprocessen. Han uppskattar att skärpningsgrunden kommer att tillämpas sällan, eftersom bevisröskeln är hög och tillämpning kräver att det inte finns något rimligt tvivel om att svaranden är skyldig (RB 17:3).⁵ Adaliina Häyhä diskuterar kön och rätten, hatbrott och värdering av hatmotiv i straffprocessen i sin magisteravhandling.⁶ Lagrummet är nytt och har såvitt jag vet inte tillämpats. Därför behandlar jag inte praxis.

Jag anser att det är viktigt att kritiskt granska ämnet som är en del av en större helhet: olika form av våld mot kvinnor, kvinnornas ställning i samhället, könsminoriteters och sexuella minoriteters rättigheter, kön och rätten samt straffrättens neutralitet. Denna artikel behandlar ämnet från ett nordiskt perspektiv och avslöjar helt olika betraktelsesätt mellan den finländska lagstiftaren å ena sidan och de svenska och danska lagstiftarna å andra sidan. Metodiskt är min utgångspunkt den rättsdogmatiska metoden: i första delen är syftet att undersöka straffskärpningsgrunderna och observera lagstiftarens syfte såsom det framgår av förarbetena.⁷ Dock bidrar genusrättsvetenskapens synvinkel väsentligt till analysen. Mitt betraktelsesätt anknyter till en genusrättsvetenskaplig tradition som kritiskt granskar begreppet kön, som

5 Jussi Karkkulainen, 'Milloin rikos on tehty sukupuoleen perustuvasta vaikuttimesta?' (2022) *Defensor Legis* 1/2022, s. 40–59. (Karkkulainen 2022).

6 Adaliina Häyhä, *Sukupuoli uutena rangaistuksen koventamisperusteena* (pro gradu avhandling, Turun yliopisto 2023).

7 Ari Hirvonen, *Mitkä menetit? Opas oikeustieteen metodologiaan*. Helsinki 2011, s. 21–26; Jan Kleinemann, 'Rättsdogmatisk metod', s. 21–45 i Frederik Korling & Mauro Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*. Studentlitteratur 2013, s. 21–45.

granskar våld mot kvinnor som ett samhällsligt och rättsligt fenomen, och som ställer sig kritiskt till straffrättens neutralitetsanspråk.⁸ På grund av artikelns längd måste en djupgående teoretisk diskussion avgränsas.

2. STRAFFMÄTNING OCH STRAFFSKÄRPNINGSGRUNDER I FINLANDS STRAFFLAG

2.1. Bakgrund: bestämmande av straff och ledande principer i straffmätning

Jag börjar med att definiera några centrala begrepp och principer för att ge en bakgrund för diskussionen. Enligt en definition är straff en rättslig påföljd som en myndighet (domstol) bestämmer med lagens stöd och i en process som är reglerad i lagen. Straffet följer lagbrott och det kan betraktas som ett klander riktat mot lagbrytaren.⁹ I rättspraxis börjar bestämmande av straffet med att fastställa straffart och straffskala (SL 6:1 och 6:2). Nästa steg är straffmätning (SL 6:5–12) och avräkningar (SL 6:13–15). I 6 kapitlet i strafflagen regleras bestämmande av straff och där samlas grunderna som har inverkan på straffens kvalitet och kvantitet ihop.¹⁰ Med andra ord har flera principer och omständigheter inverkan på straffmätningen.

-
- 8 Genusrättsvetenskapen utmanar den traditionella rättsdogmatiken samt uppfattningen av vetenskapens neutralitet och objektivitet. Den betraktar rätten som ett öppet fenomen, som diskurs och praxis. Begrepp och subjekt konstrueras i rätten men rätten kan och måste inte betraktas som ett slutet och internt system. Enligt Monica Burman söker genusrättsvetenskap sig "bort från den traditionella rättsteorin och rättsdogmatiken och ifrågasätter föreställningar och rätten genom en kritisk analys av rättens grundantaganden, begrepp och principer." Burman 2006, s. 26–27; Litteratur till exempel Åsa Gunnarsson och Eva-Maria Svensson, *Genusrättsvetenskap*. Studentlitteratur 2009 (Gunnarsson och Svensson 2009); Niemi et al. 2017; Alaattinoğlu Daniela och Johanna Niemi, 'Sokea rikosoikeus ja feministinen kritiikki', s. 313–329 i Esko Yli-Hemminki, Sakari Melander och Kimmo Nuotio, *Rikoksen ja rangaistuksen filosofia*. Gaudeamus 2022, 313–329. Katariina Paakkanen bjuder ett kritiskt inlägg: hon menar att feministisk kritik inte bara framför ojämlikhet och genusrelaterad förteelser, men normaliserar könsroller. Katariina Paakkanen, 'Kriittinen katsaus rikosoikeuden feministiseen kritiikkiin ja sukupuolispesifin lainsäädäntöön.' *Lakimies* 1/2024, s. 54–78.
 - 9 Tapio Lappi-Seppälä, 'Seuraamusjärjestelmän pääpiirteet', s. 115–219 i Tapio Lappi-Seppälä et al. (red.), *Rikosoikeus*. Alma Talent 2022, s. 115 (Lappi-Seppälä 2022); Jussi Matikkala, 'Rikosoikeudellinen seuraamusjärjestelmä' Edita 2021, s. 1–3 (Matikkala 2021); Jussi Tapani, Matti Tolvanen och Heikki Kemppinen, *Rikosoikeus. Rangaistuksen määrääminen ja täytäntöönpano*. 4., uudistettu painos. Alma Talent, 2022, s. 8–9 (Tapani et al. 2022). Att straffa någon är inte oproblematiskt och det finns olika teorier som strävar efter att klargöra varför och när staten ska straffa den som bryter lagen. Straffet kan också betraktas som våld som staten riktar mot en lagbrytande individ: Esko Yli-Hemminki, Sakari Melander och Kimmo Nuotio, 'Johdatus rangaistusteorioiden: Miksi rangaista ja millä perusteilla?' S. 21–36 i Esko Yli-Hemminki, Sakari Melander och Kimmo Nuotio, *Rikoksen ja rangaistuksen filosofia*. Gaudeamus 2022, s. 36.
 - 10 Dan Frände, *Allmän straffrätt*. Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet 2012, s. 380–384 (Frände 2012); Lappi-Seppälä 2022, s. 164, 168–169. Se även Matikkala 2021, s. 203–211.

En av de viktigaste straffrättsliga principerna är den straffrättsliga legalitetsprincipen som betyder att man kan straffas bara för en sådan handling som är straffbar enligt lagen. De latinska uttrycken *nullum crimen sine lege* och *nulla poena sine lege* sammanfattar principens två sidor: att både brott och straff måste noggrant definieras i lagen. Principen är uttryckt i 3 kap. 1 § i strafflagen och 8 § i grundlagen: ingen får betraktas som skyldig till ett brott eller dömas till straff på grund av en handling som inte enligt lag var straffbar när den utfördes. För brott får inte dömas till strängare straff än vad som var föreskrivet i lag när gärningen begicks. Också likhets- och proportionalitetsprinciperna kan nämnas som grundval för straffsystemet.¹¹ Likhetsprincipen betyder att ett straff ska bestämmas med beaktande av samtliga grunder som enligt lag inverkar på storleken och arten av straffet samt enhetligheten i straffpraxis (SL 6:3.1).¹² Proportionalitetsprincipen betonar att straffet ska mätas ut så att det står i ett rättvist förhållande till hur skadligt och farligt brottet är, motiven till gärningen samt gärningsmannens av brottet framgående skuld i övrigt (SL 6:4).¹³

Den straffrättsliga traditionen i Finland betonar gärningsdelikt: bedömningen fokuserar på gärningar och straffmätningen ska inte inrikta sig direkt på gärningsmannens person och karaktärsdrag.¹⁴ Dock är motivet och gärningens drivkraft betydande: uppsåt får ett strängare straff än oaktsamhet och planmässighet är en skärpningsgrund (SL 6:5.1,1). En aspekt av skuldbedömningen är bedömningen av gärningens motiv.¹⁵ Vidare anser Frände begreppet straffvärde nyttigt. Varje delikt (brottstyp) har straffvärde, och ”utgående från de enskilda latituderna och de straffarter [...] kan de enskilda delikten rangordnas enligt abstrakt straffvärde”.¹⁶ Lappi-Seppälä kritiserar motivets roll till en viss grad: det finns en oändlig mängd olika motiv som kan ha inverkan i en eller annan riktning.¹⁷

11 Tapani et al. 2022, s. 12, 25–30; Kemppinen 2022, s. 730–731.

12 Regeringens proposition till riksdagen 44/2002 rd, s. 189–190. Likhetsprincipen har ett nära förhållande till det så kallade normalstrafftänkandet som är den rådande modellen i Finland: brottet jämförs med tidigare brott och brottstypens vanliga former. Syftet är att främja en enhetlig rättspraxis: domstolen bör hålla sig till den genomsnittliga linjen om inte brottets särdrag ger anledning till att avvika från den genomsnittliga linjen. RP 44/2002 rd, s. 171, 181–182, 190. Oenhetlig praxis var tidigare ansett som det största problemet för rättspraxis i Finland, RP 44/2002 rd, s. 186; Matikkala 2021, s. 211–216; Lappi-Seppälä 2022, s. 165.

13 Frände 2012, s. 381–383; Matikkala 2021, s. 217–223; Lappi-Seppälä 2022, s. 168–170; Tapani et al. 2022, s. 25–30.

14 Tapani et al. 2022, s. 72–73; RP 44/2002 rd, s. 183–184, 191.

15 RP 44/2002 rd, s. 181, 190–192; RP 7/2021 rd, s. 4, 7–8; Tapani et al. 2022, s. 48–49; Lappi-Seppälä 2022, s. 172–176.

16 Frände 2012, s. 380–381. Om begreppet (straffvärde) se även Heikki Kemppinen, Rangaistuksen mittaaminen ja rangaistusarvo. Lakimies 5/2022, s. 729–748, s. 729–748 (Kemppinen 2022).

17 Lappi-Seppälä 2022, s. 173.

2.2. Skärpningsgrunder vid straffmätning

Brott är olika och vissa brott straffas hårdare än andra. Straffskärpningsgrunder regleras i 6 kap. 5 § i strafflagen. De kan påverka både straffmätning och valet av straffart på ett försvårande sätt. Straffskärpningsgrunderna är 1) att den brottsliga verksamheten är planmässig, 2) att brottet begås som ett led i en organiserad kriminell sammanslutnings verksamhet, 3) att brottet begås mot ersättning, 4) att brottet begås utifrån ett motiv som baseras på ras, hudfärg, härstamning, nationellt eller etniskt ursprung, religion eller övertygelse, kön, sexuell läggning eller funktionsnedsättning eller utifrån ett annat motiv som är jämförbart med dessa, och 5) gärningsmannens tidigare brottslighet, om förhållandet mellan den tidigare brottsligheten och det nya brottet visar att gärningsmannen, med anledning av att brotten är likartade eller annars, är uppenbart likgiltig för förbud och påbud i lag.¹⁸

Den 4 punkten i 6 kap. 5 § 1 mom. fogades till lagen först i början av 2000-talet. Då stadgades det som en skärpande grund "att brottet har riktat sig mot en person som hör till en nationell, raslig eller etnisk folkgrupp eller någon annan sådan folkgrupp och att det har begåtts på grund av denna gruppstillhörighet" (lag om ändringen av strafflagen (515/2003)).¹⁹ Lagstiftaren nämnde samhällliga förändringar och hot om ökat rasistiskt våld i sina motiveringar. Rasistiska motiv ansågs vara särdeles klandervärda därför att de äventyrar människors grundläggande rättigheter och säkerhet. Lagstiftaren betonade att brott som är riktade mot minoritetsgrupper "är i snitt mer klandervärda, eftersom de äventyrar dessa människors ställning, rättigheter och säkerhet på ett sätt som ofta överskrider det men som motsvarande brott av normalt typ medför".²⁰ Ett brott med rasistiska motiv är särskilt allvarligt därför att en person inte har fallit offer slumpmässigt men på grund av "någon sådan, vanligen synlig, egenskap som eventuellt också i fortsättningen utsätter honom eller henne för brott".²¹

Grundlagen och dess diskrimineringsförbud kan ses som en viktig grund för 4 punkten.²² Enligt 6 § i grundlagen är alla lika inför lagen och diskriminering är förbjudet: "Ingen får utan godtagbart skäl särbehandlas på grund av kön, ålder, ursprung, språk, religion, övertygelse, åsikt, hälsotillstånd eller handikapp eller av någon annan orsak som gäller hans eller hennes person" (GL 6 § 2 mom.). Det var emellertid inte bara grundlagen som förutsatt ett systematiskt ingrepp i hatbrott och hatretorik. Som en medlemsstat i Europeiska unionen är Finland förpliktad att kriminalisera hatbrott och hatretorik och bestämma strängare straff för hatbrott. Förslag till rådets rambeslut 2001 hade betydelse för lagändringen.²³

18 Diskussion, se till exempel Matikkala 2021, s. 223–240.

19 RP 44/2002 rd, s.193, 290.

20 RP 44/2002 rd, s. 195.

21 RP 44/2002 rd, s. 195.

22 Tapani et al. 2022, s. 73.

23 RP 44/2002 rd, s. 184.

Punktens tillämpningsområde när den fogades till lagen i början av 2000-talet var inte begränsat till några bestämda brottstyper men dess tillämpningsområde ansågs vara mest naturligt i våldsbrott. Förbudet mot s.k. dubbelkvalifikation betyder dock att straffskärpningsgrunden inte kan tillämpas på brott i vilkas rekvisit rasistiska motiv redan finns, till exempel hets mot folkgrupp och så vidare.²⁴ Syftet var att skydda nationella, rasliga och etniska minoriteter mot rashatsbaserat våld. Ändå påpekade lagstiftaren att "[i] vissa exceptionella fall kan också den omständigheten att brottet riktas mot en person som hör till majoritetsgruppen utgöra en skärpningsgrund, om brottet har begåtts uttryckligen på grund av denna gruppstillhörighet". Fokus var på brottslighet där "primärorsaken och gärningsmannens motiv hänför sig till någon egenskap som offret har som medlem av en specifik folkgrupp". Lagstiftaren ville inte begränsa brott som omfattas av bestämmelsen.²⁵

Lagrummet ändrades 2011. Orsaken var oro över den ökade rasismen som sprids på Internet. Avsikten var "att nå en lämplig avvägning mellan yttrandefrihet och straffbarhet för gärningar av rasistisk och främlingsfientlig natur".²⁶ Motiven till brottet ansågs vara "den essentiella frågan i samband med rasistiska brott".²⁷ Trots att krav på jämlikhet och förbud mot diskriminering finns i 6 § i grundlagen,²⁸ var det väsentligt att både tilläggsprotokollet till Europarådets konvention om IT-relaterad brottslighet (FördrS 60/2077) och rambeslut (2008/913/RIF) innehåll "ålägganden att under vissa förutsättningar att kriminalisera brott begångna med rasistiska motiv".²⁹ Rambeslutet ser rasism och främlingsfientlighet som direkta brott mot principerna om frihet, demokrati, respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt mot rättsstatsprincipen. Det förutsätter att medlemsstaterna vidtar åtgärder att tillnära nationella lagar och att staterna säkerställer förenlig, omfattande och tydlig lagstiftning för att effektivt bekämpa rasism och främlingsfientlighet. Rambeslutets 4 artikel ställer kravet att medlemsstaterna ska vidta "de åtgärder som är nödvändiga för att se till att rasistiska och främlingsfientliga motiv anses som en försvärande omständighet", eller, som alternativ, att domstolarna tar sådana motiv i beaktande.

Lagstiftaren ansåg att bestämmelsen om rasistiska motiv var oklar och behövde tydliggöras.³⁰ Bestämmelsen utvidgades till olika minoritetsgrupper och i några fall också till dem som tillhör majoriteten. Bestämmelsen blev tydligare också genom att ordet "motiv" tillades i lagtexten.

24 RP 44/2002 rd, s. 196; Matikkala 2021, s. 223; Tapani et al. 2022, s. 73–74.

25 RP 44/2002 rd, s. 195–196. Ordalydelsen i SL 6:5.1 4 punkten (515/2003) var "att brottet har riktat sig mot en person som hör till en nationell, raslig eller etnisk folkgrupp eller någon annan sådan folkgrupp och att det har begåtts på grund av denna gruppstillhörighet [...]". Se även Lappi-Seppälä 2022, s. 175.

26 Regeringens proposition till riksdagen 317/2010 rd, s. 5–6. (RP 317/2010 rd)

27 RP 317/2010 rd, s. 6.

28 RP 317/2010 rd, s. 7–8.

29 RP 317/2010 rd, s. 5.

30 RP 317/2010 rd, s. 11–14.

Motiv som tillades var hudfärg, härstamning, religion eller övertygelse, sexuell läggning och funktionsnedsättning.³¹ Ordalydelsen i 4 punkten i SL 6:5 (511/2011) var ”att brottet har begåtts utifrån ett motiv som baseras på ras, hudfärg, härstamning, nationellt eller etniskt ursprung, religion eller övertygelse, sexuell läggning eller funktionsnedsättning eller utifrån ett annat motiv som är jämförbart med dessa”. Punkten som ursprungligen skyddade minoriteter från rashatsbaserat våld fick således en vidare betydelse: den täcker olika slags hatmotiv och är inte längre begränsat till etniska minoriteter. Likaså är tillämpningsområdet inte begränsat till någon särskild brottstyp, trots att den är bäst lämpad till våldsbrott samt brott som äventyrar människornas säkerhet eller utkomst.³²

3. EN NY SKÄRPNINGSGRUND

3.1. Kön som skärpningsgrund

Såsom ovan har diskuterats, har SL 6:5 § 4 punkten utvidgats från skydd av etniska minoriteter till skydd mot brottslighet med olika typer av hatmotiv. Kön är en ny komplettering i 4 punktens lista. Ändamålet med lagändringen är att ingripa i hatbrott, särskilt hatretorik riktad mot kvinnor. Enligt regeringspropositionen skulle det vidtas åtgärder med vilka man kunde systematiskt ingripa ”i sådana trakasserier, hot eller att någon görs till måltavla, som hotar yttrandefriheten, myndighetsverksamheten, forskningen och informationsförmedlingen”.³³ Det kommer fram i förarbetena att lagstiftaren anser att det är ”i praktiken oftare kvinnor än män som utsätts för trakasserier, hot eller gärningar som kränker privatlivet och som i värsta fall kan antas visa hat mot ett visst kön”.³⁴

Internationella förpliktelser är nämnda som en faktor bakom lagändringen: FN:s kommitté för avskaffande av diskriminering av kvinnor (CEDAW) har uppmanat Finland att effektivisera åtgärder som ingriper mot hatretorik om etniska minoriteter samt kvinnor och flickor i massmedier, på internet och sociala medier.³⁵ CEDAWs rapport innehåller en lång lista med anledningar till bekymmer och med rekommendationer till åtgärder för att förbättra läget för

31 RP 317/2010 rd, s. 36–37, 54.

32 RP 317/2010 rd, s. 1, 11–13, 36–37.

33 RP 7/2021 rd, s. 3.

34 RP 7/2021 rd, s. 11.

35 ”To strengthen measures to tackle hate speech against ethnic minority and other women and girls, in the media, including on Internet discussion boards and in social media”, United Nations. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. CEDAW/C/FIN/CO/7. Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Concluding Observations on the seventh periodic report of Finland. 10 March 2014 (CEDAW 2014), s. 4; RP 7/2021 rd, s. 3.

kvinnor i det finländska samhället.³⁶ Att bekämpa hatretorik är en del av en större helhet av bekymmer som gäller kvinnornas deltagande i offentligheten och arbetslivet, hälsa, äktenskap och familj och så vidare.

Regeringspropositionen granskar statistik om brottslighet som har hat som motiv. Hatbrott definieras som brott som motiveras av en viss antipati som i allmänhet riktar sig mot en minoritet. Statistik om hatbrott tyder på att den största delen av polisanmälningarna gällde brott som enligt brottsmisstanken hade anknytning till offrets etniska eller nationella bakgrund (72,3 %). Sedan kom brott med anknytning till offrets religiösa bakgrund (14,8 %), sexuella läggning (5,7 %), funktionsnedsättning (4,9 %) och könsidentitet eller könsuttryck (2,3 %). Trakasserier, hatretorik eller våld med anknytning till offrets kön ingick inte i utredningen.³⁷ Situationen är därför inte helt tydlig. Det betonas att hatretorik riktad mot kvinnor har ökat och att det finns väsentliga skillnader jämfört med hatbrott eller hatretorik som riktas mot män. Hatretorik riktad mot kvinnor brukar innehålla brutala och sexualiserade uttryck och kommentarer relaterade till utseende, sexualitet och könsroller. I arbetslivet upplever kvinnor hatretorik oftare än män. Ett fenomen som förefaller ha ökat är hatretorik riktad mot kvinnliga beslutsfattare med syftet att tysta ner eller påverka politiska åsikter.³⁸

Det viktigaste målet för propositionen var att betona hur klandervärda sådana gärningar är vars motiv är hat som baseras på offrets kön. Det fanns samband mellan propositionen och målet i regeringsprogrammet som gällde att ingripa i systematiska och riktade trakasserier eller hot mot yttrandefriheten, myndighetsverksamheten, forskningen och informationsförmedlingen.³⁹

3.2. Begreppet ”kön” enligt 6:5 i SL

Vissa observationer kan framföras utifrån den ändrade 4 punkten och dess förarbeten. Syftet med att ingripa hatbrott och hatretorik är i linje med punktens allmänna syfte, men det finns en skillnad jämfört med tidigare: fokuset ligger inte på minoriteter utan på kvinnor. Man kan fästa uppmärksamhet vid hur kön är definierat i regeringspropositionen. Trots att lagstiftaren noterar att det finns mångfald i människors könsidentitet och könsuttryck, framför propositionen också att ”med kön avses kvinnor och män”.⁴⁰ En sådan definition av kön som huvudsakligen hänvisar till män och kvinnor är enkel och motsvarar inte uppfattningarna om kön till exempel i genusvetenskaplig forskning.⁴¹

36 CEDAW 2014, s. 2–12.

37 RP 7/2021 rd, s. 4–5.

38 RP 7/2021 rd, s. 5–6.

39 RP 7/2021 rd, s. 11.

40 RP 7/2021 rd, s. 12, 14, 17.

41 Se till exempel Gunnarsson och Svensson 2009, s. 136–140; Laura Palazzani, *Gender in Philosophy and Law*. Springer 2012, s. 1–33. Om olika begrepp, se även Regeringens proposition 2017/18:59. Ett utvidgat straffrättsligt skydd för transpersoner, s. 10–11.

Flera utlåtanden lade märke till den binära uppfattningen av kön i regeringspropositionen och framhävde att lagrummet borde innehålla termerna könsidentitet och könsuttryck.⁴² Till exempel såg jämställdhetsombudsmannen beslutet att inkludera kön i strafflagen i ett positivt ljus. Jämställdhetsombudsmannen påpekade att brott, våld och hatretorik är könsuppdelade företeelser när det gäller former, motiv och effekter av våld när man jämför kvinnor och män både som gärningsman och som offer. Jämställdhetsombudsmannen anmärkte att könsrelaterat våld måste erkännas och förstås för att man bättre ska kunna bekämpa våld och hatretorik och skydda offren.⁴³ Dock var jämställdhetsombudsmannen kritisk mot definitionen och förståelsen av kön och könsidentitet. Kön och genus är mer omfattande än indelningen i kvinnor och män. Jämställdhetsombudsmannen påpekade att man i regeringspropositionen har kommit fram till att motivet för handlingen som rör offrets könsidentitet, könsuttryck eller så kallad interkönhet även i fortsättningen bör betraktas som "annat" parallellt hatmotiv. Personer som tillhör könsminoriteter är ändå särskilt utsatta för olika former av trakasserier, och det skulle vara viktigt att synliggöra detta. Enligt utlåtandet borde definitionen inkludera inte enbart kön men även könsidentitet och könsuttryck.⁴⁴

Tyngdpunkten i 4 punkten lades ursprungligen på skyddet av minoriteter, så det är berättigat att fråga om könsrelaterade minoriteter är inkluderade. Lagstiftaren nämnde dessa minoriteter 2010 när det konstaterades att förteckningen som ingår i bestämmelsen inte är avsedd att vara uttömmande: "[a]ndra grupper som kan jämföras med dem som nämns i bestämmelsen [...] kan tänkas vara till exempel könsrelaterade minoriteter, såsom transpersoner och intersexuella personer samt personer som lider av någon viss sjukdom".⁴⁵ Lagstiftaren ansåg inte att den nya skärpningsgrunden skulle hänvisa till sexuella minoriteter och betonade att man i propositionen har "kommit fram till att motiv för en gärning som anknyter till offrets könsidentitet, könsuttryck eller s.k. intersexualitet även i fortsättningen ska beaktas som ett sådant annat motiv som är jämförbart med de motiv som nämns i bestämmelsen om skärpningsgrunder i fråga om hatmotiv."⁴⁶ Med andra ord är det tydligt att det viktigaste föremålet är att agera mot hatbaserad brottslighet som riktas mot kvinnor och flickor trots att kvinnor och flickor inte är en minoritet.

42 Till exempel Sakari Melander, Lausunto HE 7/2021 vp (29.10.2021), 8–9; Johanna Niemi, Lausunto HE 7/2021. 27.3.2022, s. 2 (Niemi 2022); SETA ry., Lausunto HE 7/2021. 25.10.2021.

43 Jämställdhetsombudsmannens utlåtande TAS/525/2021, s. 1–2.

44 TAS/525/2021, s. 4–5.

45 RP 317/2010 rd, s 37.

46 RP 7/2021 rd, s. 14.

3.3. Om våld mot kvinnor

Lagstiftaren motiverade lagändringen med särskilda typer av brott som har anknytning till yttrandefriheten, myndighetsverksamheten, forskningen och informationsförmedlingen speciellt när dessa brott riktas mot kvinnliga politiker och andra kvinnliga aktörer som agerar i offentligheten.⁴⁷ CEDAW:s rapport som propositionen baserar sig på är inkluderande på ett bredare sätt: Finland uppmanas att effektivisera de åtgärder som ingriper mot "hatretorik om etniska minoriteter samt kvinnor och flickor i massmedier, inklusive diskussionsforum på internet och sociala medier".⁴⁸ Det kan vidare observeras att punkten som regeringspropositionen framhäver från CEDAW:s rapport är en detalj i rapportens omfattande observationer och bekymmer för Finland. Ett område som Finland anses ha ingripit i på ett bristfälligt sätt är våld mot kvinnor och våld i nära relationer.⁴⁹

I detta sammanhang måste man nämna de krav som Europarådets konvention om förebyggande och bekämpning av våld mot kvinnor och av våld i hemmet, den s.k. Istanbulkonventionen (FördrS 52 och 53/2015) ställer för Finland. Artikel 46 i Istanbulkonventionen förutsätter att "[p]arterna ska vidta nödvändiga lagstiftningsåtgärder eller andra åtgärder för att säkerställa att följande omständigheter, såtillvida de inte redan utgör en del av brottsrekvisiten, i överensstämmelse med tillämpliga bestämmelser i nationell rätt, kommer att tas under övervägande som försvårande omständigheter när påföljd ska bestämmas". Artikel 46 innehåller en förteckning över försvårande omständigheter gällande våld mot kvinnor eller våld i nära relationer.

Har Finland uppfyllt de krav som artikel 46 i Istanbulkonventionen ställer? Flera rättsvetare kritiserar Finland för otillräckliga åtgärder på flera nivåer och bristfällig vilja att ingripa i våld mot kvinnor.⁵⁰ Regeringspropositionen distanserar kön som straffskärpningsgrund från dessa krav.⁵¹ Å andra sidan har det ansetts att ratificering av Istanbulkonventionen inte kräver ändringar i den finländska lagstiftningen. Lagstiftaren framförde domarens omfattande frihet att bedöma faktorer som har samband med straffmätningen och hänvisade till 6 kap. 5 § 1 mom. 5 punkten i strafflagen som ger möjlighet för skärpning på grund av gärningsmannens tidigare brottslighet

47 RP 7/2021 rd, s. 11, 14, 16.

48 CEDAW 2014, s. 4.

49 CEDAW 2014, s. 4–6. *Våld i nära relationer* inkluderar alla typer av våld som förekommer mellan närstående i olika relationer (heterosexuella, samkönade, föräldrar mot barn och så vidare). Begreppet *mäns våld mot kvinnor* synliggör den typiska genusrelationen i våld i nära förhållanden. Monica Burman, *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor: om straffrättens förmåga att producera jämställdhet*. Lustus förlag 2006, s. 42–44. (Burman 2006); Malou Andersson, *Grov fridskränkning och grov kvinnofridskränkning: Fridskränkningens brotten som rättslig konstruktion*. Lustus förlag 2016, s. 31–32. (Andersson 2016); Arto Jokinen, 'Maskuliinisuus ja väkivalta.' S. 36–50 i Niemi et al. 2017, s. 37; Suvi Ronkainen, 'Mitä väkivalta on? Erontekojen tärkeystä, yhteyksien näkemisestä', s. 19–35 i Niemi et al. 2017, s. 32–33.

50 RP 7/2021 rd, s. 15. Finland ratificerade Istanbulkonventionen 2015. Betydande är också 6 och 7 § i grundlagen (731/1999) och 4 § och 7 § 3 mom. i jämställdhetslagen (609/1986).

51 Regeringens proposition till riksdagen 155/2014 rd, s. 61–62; HD 2020:20, punkt 11.

om förhållandet mellan den tidigare brottsligheten och det nya brottet visar att gärningsmannen är uppenbart likgiltig för förbud och påbud i lag. Likaså möjliggör den allmänna principen i 6 kap. 4 § i strafflagen att alla relevanta omständigheter tas i beaktande.⁵²

Högsta domstolen har i sin praxis framfört att våld i nära relationer ska beaktas i straffmätningen; viktiga prejudikat är till exempel HD 2021:20, HD 2020:20 och HD 2018:22. I flera fall har gärningens karaktär av familjevåld eller våld i nära relation beaktats som en försvårande omständighet och har betytt att straffet mäts strängare än vanligt. Högsta domstolen har hänvisat till 6 kap. 4 § i strafflagen och dess krav att straffet mäts så att det står i ett rättvist förhållande till hur skadligt och farligt brottet är samt till motiven till gärningen och gärningsmannens skuld som framgår av brottet.⁵³ Det kan dock argumenteras att det är problematiskt att lösa problemet med praxis: den straffrättsliga legalitetsprincipen kräver tydlighet och en skriftlig lag som grund för en straffrättslig påföljd. Högsta domstolen har tagit ställning till frågan om legalitetsprincipen (HD 2020:20, punkt 12 och 14).

I sitt utlåtande kritiserade jämställdhetsombudsmannen regeringspropositionen för bristfälliga åtgärder mot våld i nära relationer. Jämställdhetsombudsmannen ansåg att Finlands internationella skyldigheter på människorättsområdet kräver att könsrelaterat våld mot kvinnor bekämpas på ett bättre sätt. Enligt jämställdhetsombudsmannen är folkrättens förståelse om könsbaserat hat – att det är våld som riktar sig mot kvinnor på grund av deras kön och/eller våld där de typiska offren är kvinnor – i hög grad förbigången i regeringspropositionen.⁵⁴ Även om kvinnor är mer typiska offer för våld i nära förhållanden, ses motivet inte som relaterat till kön, utan till exempelvis äktenskapsproblem, svartsjuka och hämnd. Istanbulkonventionen kräver bland annat att konventionsstaterna ser till att ett brott som begåtts i nära relationer beaktas som en skärpande omständighet i nationell rätt.⁵⁵ Det finns andra som har framfört samma kritik.⁵⁶

52 Regeringens proposition till riksdagen 155/2014 rd, s. 61–62; HD 2020:20, punkt 11.

53 "[G]ärningens karaktär av familjevåld eller våld i nära relationer är en omständighet som ska beaktas när man enligt 6 kap. 4 § strafflagen bedömer en gärnings klandervärdhet. Högsta domstolen har i sin praxis ansett att en gärnings skadlighet och farlighet samt graden av gärningsmannens skuld talar för att straffet mäts strängare än vanligt när det gäller familjevåld eller våld i nära relationer där gärningsmannen och offret inte är jämbördiga utan offret behöver särskilt skydd", HD 2021:20, punkt 8. Se även HD 2020:20, punkt 6 och 8 och 2018:22, punkt 16.

54 TAS/525/2021, s. 3.

55 TAS/525/2021, s. 2–4. RP 7/2021 rd, s. 13.

56 Till exempel Niemi 2022, s. 2–3; Kevät Nousiainen, Lausunto HE 7/2021. 1.4.2022, s. 1–5. Propositionen fick olika slags reaktioner. Tolvanen till exempel kritiserade könsdefinitionen, framhävde problematiska aspekter gällande bedömning av motivet men ansåg också att mäns våld mot kvinnor samt våld i nära relationer kan i ett tillräckligt sätt bekämpas med tillämpning av existerande kriminaliseringar. Melander och Tolvanen förutsåg svårigheter med bevisningen och var optimistiska angående den gällande rättens förmåga att skydda kvinnor. Melander 2021 s. 5–7; Matti Tolvanen, Lausunto HE 7/2021. 29.10.2021, s. 1–4. Utlåtanden finns på riksdagens nätsidor i https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/KasittelytiedotValtiopaivaasia/Sivut/HE_7+2021_asiantuntijalausunnot.aspx.

Regeringspropositionens syfte är att skydda människor från könbaserat hat, men vikten ligger på hatretorik riktad mot kvinnor i synliga positioner, inte på könsrelaterade minoriteter. Lagstiftaren betonar brott som kränker individens frid, ära eller integritet: trakasserier eller hot mot yttrandefriheten särskilt när riktad mot kvinnor och flickor. Dock är inte andra typ av brottslighet mot kvinnor avsedd här, till exempel våld i nära relationer. På så sätt kan det påpekas att inte bara begreppet kön är förstått på ett snävt (binärt) sätt men också våld mot kvinnor – lagstiftaren åsyrftar inte våld mot kvinnor i nära relationer.

I nästa del gör jag en kort översikt över motsvarande punkter i den svenska och danska lagstiftningen för att kunna evaluera den finska lagen i en vidare kontext.

5. STRAFFSKÄRPNINGSGRUNDER I SVERIGE OCH DANMARK

De nordiska länderna har rättskulturer som liknar varandra i viss grad. Det är därför meningsfullt att jämföra lagrum och undersöka lagstiftarnas motiveringar och tolkningar. Jag har valt att diskutera två nordiska länder, Sverige och Danmark, i detta sammanhang.⁵⁷ Det framgår av denna granskning att det finns en viss likhet mellan lagändringarna i Finland, Sverige och Danmark. Trots det är lagstiftarens lösningar gällande denna skärpningsgrund annorlunda i Sverige och Danmark än i Finland: syftet och motiveringarna i Finland skiljer sig från syftet i Sverige och Danmark. I detta kapitel gör jag en kort översikt över den svenska brottsbalken och den danska strafflagen (straffeloven).

5.1. Sverige

I Sverige innehåller 29 kap. 2 § i brottsbalken en förteckning över försvårande omständigheter vid bedömningen av straffvärdet. Listan har 11 punkter, alltså är den väsentligt längre än skärpningsgrunderna i den finska strafflagen. BrB 29 kap. 2 § 1 mom. 7 punkten liknar 6 kap. 5 § 1 mom. 4 punkten i den finska strafflagen: "om ett motiv för brottet varit att kränka en person, en folkgrupp eller en annan sådan grupp av personer på grund av ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, trosbekännelse, sexuell läggning, *könsöverskridande identitet eller uttryck eller annan liknande omständighet*".⁵⁸ Som det kommer fram är kön i sig inte en skärpningsgrund och uttrycket hänvisar inte till skyddet av kvinnor i allmänhet. Som det framgår av svenska förarbeten var syftet att utvidga det straffrättsliga skyddet för transpersoner.⁵⁹ Jareborg och Zila betonar att kränkningen inte behöver rikta sig mot en minoritetsgrupp och motivet behöver inte vara det enda eller det huvudsakliga.⁶⁰

57 På grund av artikelns korthet är det tillräckligt att fokusera på två länder.

58 Min kursivering.

59 Prop. 2017/18:59, s. 1, 11–12,

60 Jareborg, Nils och Josef Zila, *Straffrättens påföljdslära*. Sjunde upplagan. Norstedts juridik 2022, s. 115–116. (Jareborg – Zila 2022)

Målet bakom det svenska lagrummet kommer fram på ett annat sätt än det syfte som den finska lagstiftaren yttrade. En viktig motivering för den finländska lagstiftaren var att ingripa i olika slags hot och trakasserier riktade mot kvinnor och flickor samt att skydda kvinnor som till exempel är verksamma inom politiken eller aktiva i samhällsdebatten. I den sist nämnda gruppen ingår politiker men också till exempel journalister och forskare.⁶¹ I gengäld nämnde den svenska lagstiftaren transpersoner.⁶²

Personer som agerar i offentligheten på grund av deras profession får också skydd i brottsbalken, men i en annan punkt och utan en direkt hänvisning till deras kön. BrB 29 kap. 2 § 9 och 11 punkten innehåller exempel av försvårande omständigheter när brottet begåtts mot en person med en samhällsnyttig funktion i hans eller hennes tjänsteutövning eller mot en person eller någon närstående som yrkesmässigt bedrivit nyhetsförmedling eller annan journalistik. Journalister får skydd på grund av yttrandefriheten och deras centrala funktion i det demokratiska samhället.⁶³ Personalen i vissa samhällsnyttiga funktioner skyddas också mot hot och våld i yrket: grupper som är särskilt utsatta för våld i yrket är personal i hälso- och sjukvården samt i socialt arbete.⁶⁴ Kvinnor utsatts oftare än män för våld och hot i arbetet. Trots att skydd av personer i deras yrkesmässiga verksamhet inte har någon explicit förbindelse med kön i denna punkt, noteras det att lagen förväntas ha positiva konsekvenser för jämställdheten.⁶⁵

Andreas Anderberg reflekterar över att det verkar som "att straffskärpningsgrunder är mer lämpliga att använda i situationer då det handlar om mindre komplicerade omständigheter eller rekvisit [...] men fungerar sämre i fråga om mer 'känslomässiga' rekvisit".⁶⁶ Enligt Anderberg har lagstiftningen som gäller hatbrott starka identitetspolitiska och symboliska aspekter och han ifrågasätter utökningen av antalet straffskärpningsgrunder.⁶⁷

Försvårande omständigheter i 29 kap. 2 § 7 punkten i brottsbalken åsyftar att skydda personer mot gärningar som nedvärderar deras människovärde. Dessutom innehåller den svenska brottsbalkens 4 kap. 4a § brottet grov kvinnofridskränkning, som avser upprepade kränkningar i form av vålds-, frids- eller sexualbrott som en man begår mot en kvinna i en nära relation.⁶⁸ Grov kvinnofridskränkning har ett annorlunda syfte än en skärpningsgrund. Bestämmelsen innebär till exempel att ett helhetsperspektiv tas vid bedömningen av enskilda gärningar. Intentionen är att höja straffvärdet för upprepade övergrepp mot en närstående person och öka möjligheten

61 RP 7/2021 rd, s. 16.

62 Dock är detta en exemplifiering och i det avseendet inte uttömmande. Jareborg – Zila 2022, s. 115.

63 Regeringens proposition 2022/23:106. Skärpt syn på brott mot journalister och vissa andra samhällsnyttiga funktioner, s. 13–15. (Prop. 2022/23:106)

64 Prop. 2022/23:106, s. 23–25.

65 Prop. 2022/23:106, s. 49.

66 Andreas Anderberg, 'Åt var och en sitt: Straffbestämmelse, straffskärpningsgrund eller både och?' s. 39–61 i Andreas Anderberg, Dennis Martinsson och Erik Svensson (red.), *Teori och politik: Straffrätt i omvandling*. Iustus förlag 2022, s. 58. (Anderberg 2022)

67 Anderberg 2022, s. 59–60.

68 Gunnarson och Svensson 2009, s. 83–84; Heini Kainulainen och Johanna Niemi, 'Parisuhdeväkivallan tunnistaminen rikosoikeudellisessa järjestyksessä', s. 138–155 i Niemi et al. 2017, s. 141–142.

att lagföra sådan brottslighet genom lättnader i kravet på gärningsbeskrivningens precision.⁶⁹ Malou Andersson har analyserat olika utmaningar med lagrummet: till exempel krävs det att det måste vara fråga om flera brottsliga gärningar, och alla brott kan inte ingå i denna brottskonstruktion.⁷⁰

5.2. Danmark

Danmarks strafflag (straffelov) innehåller i 10 kap. 81 § en förteckning över omständigheter som påverkar straffmätningen inom straffskalan som skärpande grunder. Listan innehåller 14 punkter och den är inte uttömmande.⁷¹ I Danmark precis som i Sverige är listan av skärpningsgrunder längre än i Finland. Paragrafens 6 punkt liknar 6 kap. 5 § 1 mom. 4 punkten i strafflagen och lyder: "at gerningen helt eller delvis har baggrund i andres etniske oprindelse, tro, handicap, seksuelle orientering, kønsidentitet, kønsudtryk, kønskarakteristika eller lignende".⁷² Precis som i Sverige används inte ordet "kön". Orden "kønsidentitet, kønsudtryk, kønskarakteristika eller lignende" hänvisar till brottslighet som riktar sig mot sexuella minoriteter och transpersoner.

Såsom i Sverige och Finland är det också i Danmark fråga om en lagändring på 2020-talet.⁷³ Syftet med ändringen som gällde 81 § 6 punkten samt 266 b § 1 mom. I straffeloven var att bekämpa hatbrott och skydda sexuella minoriteter, i detta fall transpersoner, samt personer med funktionsnedsättningar. Det påpekades i förslaget till folketingsbeslutning att hatbrottsligheten ökar otryggheten för alla i samhället.⁷⁴ Motivet behöver inte finnas helt i hat mot en annan person eller grupp: det är tillräckligt att brottet är delvis – inte helt – motiverat av hat. Orsaken är att ordet "motiv" anses som oklart och därför använder bestämmelsen uttrycket "har bakgrund i". Med "kønsidentitet" åsyftas personens inre och individuella upplevelse av sina kön. Begreppet "kønsuttryck" hänvisar till det sätt på vilket man uttrycker sitt kön: kläder, frisyr, makeup, beteende, rörelser och tal. "Kønskarakteristika" täcker kroppsliga egenskaper som är kännetecknande för och differentierar könet.⁷⁵ Kvinnor är inte nämnda i detta sammanhang och punkten kan inte tolkas hänvisa till samma typ av brottslighet som det motsvarande finska lagrummet.

69 Andersson 2016, s. 19–20, 111, 114–115.

70 Andersson 2016, s. 116–119, 257–259.

71 Elholm, Thomas, Lasse Lund Madsen, Hanne Rahbæk och Jens Røn, *Kommenteret straffelov: Almindelig del*. 12 udgave. Djøf Forlag 2023, s. 590. (Elholm et al. 2023)

72 Min kursivering.

73 Paragrafens 6 punkt ändrades 2021 (Ændret ved l. 709 26.4.2021 och Ændret ved l. 2591 18.12.2021). Elholm et al. 2023, s. 590.

74 Forslag til folketingsbeslutning om at tilføje ordene køn, kønsidentitet og kønsudtryk i straffeloven i forbindelse med hadforbrydelser 2018/1 BSF 77 (Gældende), s. 2 och Forslag til folketingsbeslutning om ændring af lovgivning for hadforbrydelser i Danmark (borgerforslag) 2021/1 BSF 10 (Gældende), 1–3.

75 Elholm et al. 2023, s. 592–593.

I Danmark liksom i Sverige skyddas personer som deltar i offentlig debatt eller som agerar i offentligt uppdrag, men utan hänvisning till deras kön. I 7 punkten i samma paragraf stadgas det som en skärpande omständighet "at gerningen har baggrund i den forurettedes lovlige ytringer i den offentlige debat". Bestämmelsens mål är att styrka och skydda yttrandefriheten i offentligheten och offentlig diskussion om samhällsfrågor som är av till exempel politisk, religiös, etisk eller yrkesmässig (faglig) karaktär. Dock omfattar lagrummet ytringar som framförs i förbindelse med föredrag och undervisning och på så viset till en större krets personer än i helt *privat* kontext. Endast lagenliga ytringar är skyddade.⁷⁶ Paragrafens 14 punkt lyder "at gerningen har baggrund i den forurettedes eller dennes nærmestes udførelse af offentlig tjeneste eller hverv". I punkten skyddas personer i offentlig tjänst eller offentligt uppdrag, till exempel socialarbetare (socialrådgivare).⁷⁷ Offrets kön nämns inte: fokus är på brottslighet som riktas mot offrets professionella roll.

6. SLUTSATSER

I denna artikel har jag undersökt kön som skärpningsgrund i straffmätning. Det kommer fram i lagens förarbeten att syftet i hög grad är att skydda kvinnor som agerar inom politik, media eller forskning från hatbaserad brottslighet. I regeringspropositionen avses med kön huvudsakligen kvinnor och män, vilket kan kritiseras och vilket flera utlåtanden problematiserade. Kön är ett mångsidigt begrepp och innehåller mer än den binära definitionen i förarbetena. Lagstiftaren påpekade att sexuella minoriteter, till exempel transpersoner, är skyddade genom punktens generella referens ("ett annat motiv som är jämförbart med dessa"). En undersökning av liknande bestämmelser i Sverige och Danmark avslöjade ett annat sätt att tänka. I Sverige och Danmark är den uttryckta avsikten att skydda könsminoriteter: människor som hör till minoritet på grund av deras könsidentitet, könsuttryck, könskaraktistika eller liknande. Svenska och danska lösningar verkar att vara bättre i linje med denna punkts allmän karaktär: skydd av minoriteter. Men får minoriteter tillräckligt eller bättre skydd genom en generell referens eller genom en särskild inkludering?

Ytterligare innehåller motsvarande svenska och danska lagar skärpningsgrunder ifall brottsligheten riktar sig mot politiker, journalister och andra som deltar i offentlig debatt, agerar i offentliga tjänster eller motsvarande. Dessa punkter har – i motsats till motiveringar som den finska lagstiftaren framför – inga explicita samband med brottsoffrets kön. Vikten är på offrets ställning, tjänst eller agerande i offentligheten. Det påpekas dock i den svenska lagens

76 Elholm et al. 2023, s. 593–594.

77 Elholm et al. 2023, s. 597.

förarbeten att den förväntas att förbättra trygghet i arbetslivet för kvinnor. Lösningen i Sverige och Danmark verkar klarare än i Finland och omfattar alla som blir brottsoffer på grund av deras yrkesställning eller en motsvarande grund.

Lagstiftaren har inte tänkt på våld i nära förhållanden eller mäns våld mot kvinnor i allmänhet: regeringspropositionen fokuserar på hatbaserad brottslighet som sker särskilt på internet och sociala medier. Kraven som artikel 46 i Istanbulkonventionen framställer om försvårade omständigheter har fortfarande inte uppfyllts i Finland. Som en lösning till detta krav har rättspraxis föreslagits: högsta domstolen har i sitt prejudikat betonat att brottets karaktär som våld i nära relationer är en försvårade omständighet. Dock kan det argumenteras att en skriven lag skulle bättre motsvara den straffrättsliga legalitetsprincipens ideal. Till en viss grad finns det en motstridighet mellan skärpningsgrundernas allmänna syfte, motiveringarnas speciella fokus och det att våld i nära förhållanden inte är en grund att skärpa straffet enligt lagen.

I både Sverige och Danmark finns det fler skärpningsgrunder än i Finland. Borde alla eller flera specialgrupper vara berättigade till särskilt skydd genom straffskärpningsgrunderna? Det är omöjligt att täcka alla möjliga situationer i strafflagen. Samtidigt finns det mångfald i samhället som den objektiva eller könsneutrala rätten inte alltid kan identifiera. Till viss grad är det en fråga om balans: olika aktörer behöver skydd mot hat och samtidigt strävar rätten efter rättvisa, jämlikhet och neutralitet.

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

References should be done in the OSCOLA footnote style with the full citation appearing in first mention, omitting a separate bibliography. If the author has used a different referencing style, amending it can be done after a positive publishing decision.

a) Books

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

b) Articles

Example: Oliver Wendell Holmes: 'The Path of the Law' (1897), 10 *Harvard Law Review* 457.

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.instagram.com/helsinkilawreview

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