

HELSINKI LAW REVIEW

**Tulevaisuutta säättämässä
genomilain keinoin**

— *Sini Tervo*

**Uudenmaan liikkumisrajoitukset
perustuslain 23 §:n mukaisena
tilapäisenä poikkeuksena
perusoikeuksista**

— *Jenni Aer*

**Who's Trusting Who?
Observation of Fundamental Rights
in Judicial Cooperation After Brexit**

— *Vellamo Jutila*

**Enforcing Telecoms SEPs as
Abuse of Dominant Position:
The European Principles**

— *Miko Mustonen*

**Rikosten yksiköinnin ennakoitavuus
vainoamista (RL 25:7 a)
koskevassa oikeuskäytännössä**

— *Robert Sandberg*

Helsinki Law Review 1/2021

BOARD OF EDITORS

EDITOR-IN-CHIEF

Mikael Hitruhin

DEPUTY EDITORS-IN-CHIEF

Daniel Odabasi

Katri Waltimo

TECHNICAL EDITOR

Tuomas Tiihonen

EDITORS

Erika Heijari

Niko Kauppi

Markus Koivuranta

Sanni Kosonen

Lauri Laatunen

Lauri Laarni

Onni Olsson

Binga Tupamäki

Minna Wirtamo

ACADEMIC COUNCIL

Professori emeritus Jukka Kekkonen LL.D.

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

Professor Pia Letto-Vanamo LL.D., trained on the bench, Dean of the Faculty of Law

Professor Olli Norros LL.D.

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

AUTHORS

PEER-REVIEWED ARTICLES

Jenni Aer

Vellamo Jutila

Miko Mustonen

Robert Sandberg

DISCUSSION

Sini Tervo

Helsinki Law Review sincerely thanks the referees.

Helsinki Law Review 2021, 15th annum. © Pykälä ry and the respective contributors.

CONTACT INFORMATION

Board of Editors: *hlr-toimitus@pykala.fi*

Editors-in-Chief: *mikael.hitruhin@helsinkilawreview.fi*

Deputy Editors-in-Chief: *daniel.odabasi@helsinki.fi*
katri.waltimo@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 English, Swedish, and Finnish. Manuscripts should not exceed 25 size A4 sheets in length. References should be done as Harvard-style footnotes with the full citation appearing on 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.

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. Other content will be reviewed by a single referee in a double-blind 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.

For further information, please contact the Board of Editors at hlr-toimitus@pykala.fi.

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 Deputy Editors-in-Chief.

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

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol11Ypp4-6>

Mediakeskustelua on viimeiset vuodet hallinnut hyvin pitkälle koronavirustilanne – ja täysin ymmärrettävistä syistä. Koronavirusta koskevan keskustelun rinnalla perusoikeuskeskustelu on noussut lukuisia kertoja puheenaiheeksi eri rajoitustoimien yhteydessä.

Tämä perusoikeuskeskustelu on arvokasta ja tarpeellista oikeudenmukaisen yhteiskunnan luomiseksi. Tämä on erityisen tärkeää, koska oikeusvaltioperiaatteen nojalla valtion toiminnan on pohjaututtava lakiin. Siinä missä valtion päätöksenteon tulee perustua tietoon, tulee sen myös kunnioittaa perusoikeuksia. Oikeustieteellä, oikeudellisella tutkimustyöllä ja oikeuskirjallisuudella on merkittävä rooli niin oikeudellisen tiedon tarjoamisessa päätöksenteon tueksi kuin myös päätöksenteon rajojen asettamisessa perusoikeuksien muodossa. Eri oikeuksien kollisiotilanteissa on oikeustieteen tehtävänä löytää sopusointuinen ratkaisu, joka toteuttaa kaikkia perusoikeuksia mahdollisimman pitkälle loukkaamatta niiden ydinaluetta.

Pelkällä kirjoitetulla lailla ei pystytä vastaamaan haastaviin oikeudellisiin punnintatilanteisiin. Mikäli annamme maallikolle lakikirjat ja esitämme hänelle oikeudellisen kysymyksen, pystymme saamaan tältä tavalliselta ihmiseltä vastauksen oikeusongelmaan. Mikäli kysymme yksiselitteisen kysymyksen, esimerkiksi, tapon enimmäisrangaistuksesta, voimme jopa saada täsmällisen vastauksen. Mikäli kuitenkin haluamme vastauksen vaikeaan kysymykseen eri oikeuksien punninnasta, saamme vastauksen, jota vastauksen antaja tuskin itsekkään ymmärtää ja josta ei ole meille hyötyä. Kyseinen asetelma mukailee John Searlen asetelmaa kiinalaisen huoneen argumentissa. Siinä missä kiinaa osaamaton henkilö kykenee kääntämään kiinankielistä kirjoitusta sanakirjan avulla ymmärtämättä kieltä, kykenee tavallinen henkilö löytämään lakikirjasta pykälä ymmärtämättä niiden merkitystä.

Oikeustieteen rooli on kehittää ihmisten oikeudellista ymmärrystä syventämällä sitä pykälien pintatasolta periaatteiden ja teorioiden maailmaan. Koronavirustilanteen aikaiset perusoikeuskeskustelut ovat tuoneet sekä tämän roolin että sen tarpeellisuuden vahvasti esille. Oikeuskirjallisuuden ja -tutkimuksen tarkoitus on kehittää oikeustieteitä ja vastata niihin kysymyksiin, joihin yksiselitteistä vastausta ei ole. Joskus tämä tarkoittaa uusien oikeusongelmien tarkastelua, joskus se tarkoittaa vanhojen oikeudellisten näkökulmien haastamista. Tieteen tunnusmerkistöön kuuluva tieteen itseään korjaavuus tapahtuu näin tutkimustyön kautta.

Tieteen itseään korjaavuus ei tapahdu itsestään, vaan vaati aina tiedeyhteisön ja tutkijoiden aktiivisia toimia. Helsinki Law Review'n tavoitteena on toteuttaa oikeuskirjallisuuden ja -tutkimuksen tehtävää sekä toimia etenkin opiskelijoiden väylänä osallistua akateemiseen tutkimustyöhön osana tiedeyhteisöä.

Mikael Hirtuhin

Päätoimittaja

EDITORIAL

Last year coronavirus pandemic and the situation with the virus took the spotlight in the media – and for a good reason. In addition to this discussion, the pandemic has brought media attention to the special role of fundamental rights in the society.

This discussion is valuable and necessary to achieve a just society. Whereas the measures taken by public authority must be based on research and information, they must also respect fundamental rights. Legal jurisprudence, legal research and legal literature all have a special place in providing legal knowledge to support decision-making as well as maintaining the hard boundaries that limit the decision-making in the form of fundamental rights. In a collision of multiple rights, the role of legal jurisprudence is to find a solution that respects the varying rights as much as possible without infringing the core of fundamental rights.

Law as written in codifications is not enough to answer the most delicate questions. If we gave an ordinary person access to legal codifications of Finnish law and asked that person a legal question, we would receive an answer of sorts. If the question is simple enough, for example if we asked for the most severe punishment criminal code allows for manslaughter, the answer might even be accurate. However, should we ask a complex case, we would receive an answer the answerer himself would not understand and which would serve no use for us. The situation is similar to John Searle's "*Chinese room argument*". Just as a person without knowledge or

understanding of Chinese could translate Chinese sentences with a translator, an ordinary person can find legal articles from codification without understanding the law itself.


The role of legal jurisprudence is to develop the legal thinking and understanding of a person from the surface level of articles to the deeper levels of legal principles and structures. The coronavirus pandemic has shown the importance of this role. The role of legal literature and research is to develop legal jurisprudence and to answer the difficult questions that cannot be answered with just articles. Sometimes this means answering questions to new legal problems while sometimes it means challenging old legal views. In either case, this leads to scientific self-correction.

Scientific self-correction does not happen by itself. It always requires the active role of the scientific community and researchers. The mission of Helsinki Law Review is to further legal literature and research and to provide a medium especially for students to partake in legal research as a part of the legal community.

Mikael Hitruhin

Editor-in-Chief

SISÄLLYSLUETTELO

- 8 Tulevaisuutta säätämässä genomilain keinoin
Sini Tervo
- 12 Uudenmaan liikkumisrajoitukset perustuslain 23 §:n mukaisena tilapäisenä poikkeuksena perusoikeuksista
Restrictions on movement to and from Uusimaa region as a temporary derogation from fundamental rights under Section 23 of the Constitution
Jenni Aer 
- 34 Who's Trusting Who? Observation of Fundamental Rights in Judicial Cooperation After Brexit
Vellamo Jutila 
- 48 Enforcing Telecoms SEPs as Abuse of Dominant Position: The European Principles
Miko Mustonen 
- 74 Rikosten yksiköinnin ennakoitavuus vainoamista (RL25:7 a) koskevassa oikeuskäytännössä
The predictability of same-offence-identification as singular or multiple offences in legal praxis pertaining to stalking (CCoF 25:7 a)
Robert Sandberg 

TULEVAISUUTTA SÄÄTÄMÄSSÄ GENOMILAIN KEINON

Sini Tervo¹

DOI: DOI: <https://doi.org/10.33344/vol11Ypp8-10>

Helsinki Law Review, 1/2021, pp. 8–10

© 2021 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.

Jokaiselle on turvattu oikeus nauttia korkeimmasta saavutettavissa olevasta fyysisestä ja psyykkisestä terveydestä.² Sosiaali- ja terveysministeriössä valmisteilla oleva genomilaki³ edustaa uudenlaista keinoa edistää jokaisen terveyttä tukemalla genomitiedon vastuullista, yhdenvertaista ja tietoturvallista käyttöä terveyden hyväksi. Genomitiedon käyttämisen avulla voidaan edistää niin yksilöllistetyn lääketieteen tarjoamien mahdollisuuksien hyödyntämistä kuin myös yleisemmin kansanterveydellisten tavoitteiden saavuttamista ennaltaehkäisevien toimenpiteiden voimin.

Genomitiedolla lakiluonnoksessa tarkoitetaan ihmisen perimän, eli genomien, rakenteen ja toiminnan laajoja kokonaisuuksia koskevaa tietoa, jota saadaan geneettisiä menetelmiä hyödyntäen ihmisperäisestä materiaalista analysoimalla.⁴ Genominlaajuuden tiedon terveyttä edistävä ulottuvuus on osoittautunut erityisesti perinnöllisten ja harvinaissairauksien diagnostiikassa, kun genomitiedon avulla diagnostiikkaa on voitu olennaisesti tehostaa ja lyhentää. Hoidollisissa tarkoituksissa genomitiedon avulla voidaan kehittää kohdennettuja hoitoja ja lääkkeitä, kuten esimerkiksi syövän hoidon valinnassa ja seurannassa on genomitietoa jo nykyiselläänkin tehokkaasti käytetty. Ennaltaehkäisyn osalta genomitieto puolestaan näyttää tulevaisuudessa merkittävää roolia siitä saadun riskitiedon nojalla tehtyjen ennaltaehkäisevien toimenpiteiden avulla.

Ihmisen perimän kromosomirakenne⁵ saatiin selvitettyä vuonna 1956 ja genomiin kohdistuvia tutkimuksia sairauksien diagnosoimiseksi onkin tehty aina 1950-luvun lopusta lähtien. Erityinen harppaus genetiikan alalla otettiin vuonna 2003, kun kansainvälinen genomiprojekti (*Human Genome Project*) sai päätökseen ihmisen koko genomien emäsrakenteen selvittämisen ja projektin tuloksen avulla voitiin kehittää uusi sekvensointitekniikka *Next Generation Sequencing, NGS*.⁶ Kuluva vuosikymmenten alku on saavutuksien arvostamisesta kertoo osuvasti vuoden 2003 jälkeisen ajan kuvaaminen *jälkigenomisena aikakautena*.⁷

Biolääketieteellistä tutkimusta koskevan sääntelyn juuret puolestaan sijoittuvat sitemmin pysyväksi osaksi kansainvälistä oikeutta vakiintuneisiin vuonna 1947 vahvistettuun Nürnbergin säännöstöön sekä vuonna 1964 Maailman Lääkäriliiton hyväksymään Helsingin julistukseen, jotka sisältävät biolääketieteellistä tutkimusta koskevat eettiset määräykset. Nimenomaisesti genetiikkaan ja geenitekniikkaan liittyvässä Euroopan neuvoston parlamentaarisen yleiskokouksen vuonna 1982 antamassa geenitekniikkasuosituksessa⁸ tunnustettiin oikeus keinotekoisesti muuntelemattomaan perimään, mutta todettiin, ettei oikeus saisi estää geenitekniikan terapeuttisten sovellusten kehittämistä.⁹ Lisäksi vuonna 1989 Euroopan neuvoston parlamentaarisen yleiskokouksen ihmisen alkioiden ja sikiöiden käyttöä tieteelliseen tutkimukseen koskevassa suosituksessa¹⁰ linjattiin, ettei biolääketieteen ja -tekniikan kehitystä tule rajoittaa muutoin kuin ihmisoikeuksien vaatimassa laajuudessa. Euroopan neuvoston toistaiseksi suurimpana saavutuksena biolääketieteen alalla pidettävässä, vuonna 1997 hyväksytyssä, Euroopan neuvoston ihmisoikeuksien ja ihmisarvon suojaamiseksi biologian ja lääketieteen alalla tekemässä yleissopimuksessa ihmisoikeuksista ja lääketieteestä (*biolääketiedesopimus*)¹¹ korostettiin jo aiemmissa instrumenteissa omaksuttua ihmisen ensisijaisuuden periaatetta pelkkään yhteiskunnan tai tieteen hyötyyn nähden. Sopimuksen 5 artiklan sisältämä yleissääntö vahvisti tietoon perustuvan suostumuksen asemaa biolääketieteen alalla, kun terveyteen kohdistuva toimenpide saadaan suorittaa vain, jos kyseinen henkilö on antanut suostumuksen vapaasta tahdostaan ja tietoisena kaikista asiaan vaikuttavista seikoista.

1 Lakimies, OTM, sosiaali- ja terveysministeriö.

2 Taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevan YK:n vuoden 1966 yleissopimuksen (SopS 6/1976, tuttavallisemmin TSS-sopimus) 12 artiklassa turvattu oikeus terveyteen, jonka on tulkittu vaativan valtiolta positiivisia toimia terveyden edistämiseksi.

3 Luonnos hallituksen esitykseksi eduskunnalle laiksi Genomikeskuksesta ja genomitietojen käsittelyn edellytyksistä.

4 Yleisen tietosuoja-asetuksen (Euroopan parlamentin ja neuvoston asetusta (EU) 2016/679, annettu 27 päivänä huhtikuuta 2016, luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta) 4 artiklan 13 kohdan mukaan *geneettisillä tiedoilla* tarkoitetaan henkilötietoja, jotka koskevat luonnollisen henkilön perittyjä tai hankittuja geneettisiä ominaisuuksia, joista selviää yksilöllistä tietoa kyseisen luonnollisen henkilön fysiologiasta tai terveydentilasta ja jotka on saatu erityisesti kyseisen luonnollisen henkilön biologisesta näytteestä analysoimalla.

5 Ihmisen kromosomisto sisältää tyypillisesti 46 kromosomia. Tyypillisesti kromosomipoikkeavuuksissa kromosomeja on tätä enemmän tai vähemmän, esimerkiksi Downin oireyhtymässä ihmisellä on ylimääräinen kromosomi 21 (*21-trisomia*).

6 Aittomäki, Kristiina: Genomikeskuksen perustaminen: Selvityshenkilön raportti. STM 5.12.2018. Raportteja ja muistioita 33/2018. s. 17.

7 Ks. esim. Ihmisen perimän ja kantasolujen tutkimuksen haasteet päätöksenteolle. Tulevaisuusvaliokunta. Teknologian arvioiteja 16. Eduskunnan kanslian julkaisu 4/2003. s. 30.

8 Suositus 934/1982.

9 Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi lääketieteellisestä tutkimuksesta sekä potilaan asemasta ja oikeuksista annetun lain 6 ja 9 §:n muuttamisesta (HE 229/1998 vp), s. 5.

10 Suositus 1100/1989.

11 Convention on Human Rights and Biomedicine, ETS No 164. Suomi on ratifoinut sopimuksen marraskuussa 2009 ja sopimus on astunut voimaan maaliskuussa 2010.

Genomilain valmistelu on korostuneesti tulevaisuusorientoitunutta toimintaa, kun mahdollistavaksi rakennettavalla sääntelyllä pyritään vastaamaan nykytilanteen lisäksi myös tulevaisuuden tuomiin haasteisiin. Lakiehdotus toimiikin jatkumona niille keskeisille arvoille, joita Suomea sitovissa ihmisoikeusasiakirjoissa on yli vuosikymmenten ajan painotettu, kuten ihmisarvon kunnioittaminen, ihmisen ensisijaisuus, itsemääräämisoikeuden vahvistaminen, tieteen vapaus sekä väestön terveyden edistäminen, ja jotka tulevat toimimaan johtavina suuntaviivoina myös tästä vuosikymmenten jälkeenkin. Täten yleisesti hyväksytyjen eettisten ja juridisten reunaehtojen sisälle pyritään luomaan biolääketieteen kehityksen mahdollistava sekä sitä tukeva sääntelykehikko, jonka perusratkaisut toimivat käytännön soveltamistilanteissa.

On kuitenkin huomattava, että genomilain valmistelun eettisjuridiset arvovalinnat eivät välttämättä ole kaikissa tilanteissa ainoastaan toisiaan tukevia seikkoja, vaan ne voivat jopa muodostua keskenään kilpaileviksi periaatteiksi, joiden välillä joudutaan tekemään hankalaakin punnintaa. Lainvalmistelun aiemmissa vaiheissa, erityisesti luonnoksen osalta vuosina 2018 ja 2019 järjestetyillä lausuntokierroksilla, sidosryhmät ja muut toimijat ovat esittäneet huoltaan esimerkiksi tutkimuksen vapauden vaarantumisesta yksityiselämän suojan korostumisesta seuraten.

Parempaan terveyteen ja hyvinvointiin tähtäviä lainsäädännöllisiä ratkaisuja kehitettäessä on periaatetasoisten arvovalintojen ohella kiinnitettävä huomiota myös erityisiin henkilötietoihin¹² lukeutuvan genomitiedon käyttämiseen liittyviin huoliin ja riskeihin. Kyberturvallisuuteen ja tietojen fyysiseen säilyttämiseen kohdistuvien uhkien ohella on olennaista ehkäistä genomitiedon epätarkoituksenmukaisesta käyttämisestä mahdollisesti aiheutuvat vahingot. Genomilaissa kiellettäisiinkin genomitiedon käyttäminen muun muassa lainvalvontaan liittyvissä käyttötarkoituksissa, vakuutustoiminnassa ja työkyvyn arvioinnissa. Kansalaisten luottamuksen saaminen ja säilyttäminen ovat genomitiedon keräämisen, tallettamisen sekä hyödyntämisen avaintekijöitä.

Biolääketiedettä, terveydenhuoltoa ja terveysteknologiaa koskeva sääntelykenttä on voimassa olevan lainsäädännön osalta laaja ja osittain jopa ristiriitaiseksi osoittautunut. Tarkasteltaessa genomilain asemaa suhteessa muuhun lainsäädäntöön tuleekin yhtä aikaa huomioida niin potilasta, tutkimushenkilöä, terveystietojen toissijaista käyttöä, asiakastietojen sähköistä käsittelyä, henkilötietoja, tietoturvasuutta, biopankkitoimintaa kuin esimerkiksi terveydenhuollon laitteita koskeva sääntely ja huolehtia siitä, että genomilaissa omaksutut ratkaisut eivät aiheuta tulkintaepäselvyyksiä tai kollisiotilanteita muun lainsäädännön kanssa.

Uuden lainsäädännön luominen on poliittisten tahtotilojen, sidosryhmien intressien ja velvoittavien oikeusnormien yhteensovittamista niiden tavoitteiden saavuttamiseksi, joiden vuoksi valmisteluun on ryhdytty. Tehtävä on ilmeisellä tavalla vähintäänkin haasteellinen.

¹² Geneettiset tiedot lukeutuvat yleisen tietosuojasetuksen 9 artiklassa tarkoitettuihin erityisiin henkilötietoihin, joiden käsittely on lähtökohtaisesti kiellettyä.

UUDENMAAN LIKKUMISRAJOITUKSET PERUSTUSLAIN 23 §:N MUKAISENA TILAPÄISENÄ POIKKEUKSENA PERUSOIKEUKSISTA

RESTRICTIONS ON MOVEMENT TO AND FROM UUSIMAA REGION AS A TEMPORARY DEROGATION FROM FUNDAMENTAL RIGHTS UNDER SECTION 23 OF THE CONSTITUTION

Jenni Aer¹

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol11Ypp12-33>

Helsinki Law Review, 1/2021, pp. 12–33

© 2021 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



Avainsanat:

Valtiosääntöoikeus, liikkumisvapaus, tilapäinen poikkeus perusoikeuksista, valmiuslaki, suhteellisuusperiaate, ydinalueen koskemattomuus

Keywords:

Constitutional law, freedom of movement, temporary derogation from fundamental rights, Emergency Powers Act, proportionality principle, inviolability of the core content of rights

Abstract

Section 23 of the Constitution of Finland allows temporary derogations from fundamental rights during a state of emergency. This article examines whether the restrictions of movement between Uusimaa region and the rest of Finland during the spring 2020 Covid-19 crisis can be considered derogations under Section 23 of the Constitution, as the Constitutional Law Committee did. The question is twofold: did the restrictions exceed the boundaries of ordinary limitations to fundamental rights, namely the inviolability of the core content and the prohibition of exceptional and nonspecific measures, and, if the answer is positive, did they fulfil the conditions for derogations? It is argued that the restrictions did exceed the limits for ordinary limitations to fundamental rights at least due to their exceptional and nonspecific nature. The restrictions also seem to fulfil the constitutional requirements for derogations, even though the application of the proportionality principle by the Committee was somewhat superficial.

¹ Master of Laws, University of Helsinki. This article is based on a research essay written for master's thesis seminar in constitutional law.

I. JOHDANTO

Koronaviruspandemian aikana on säädetty lukuisia puuttumisia perusoikeuksiin tavallisilla laeilla, valmiuslain (1552/2011) nojalla annetuilla asetuksilla ja perustuslain (731/1999, PL) 23 §:n nojalla säädettyillä laeilla. Toimenpiteiden tavoitteena on ollut suojella väestöä turvaamalla terveydenhuollon toimintakyky pandemian aikana. Keinoina ovat olleet terveydenhuollon ohjaus ja viruksen leviämisen hidastaminen sosiaalisia kontakteja vähentämällä. Valmiuslain 3 §:n 5 kohdan mukaiset poikkeusolot ovat olleet voimassa kahdesti: 16.3.–16.6.2020 ja 1.3.–27.4.2021.² Toimenpiteet ovat puuttuneet vaihtelevalla voimakkuudella perus- ja ihmisoikeuksiin, joskaan Suomessa ei ole toteutettu yhtä rajuja rajoituksia kuin monissa muissa Euroopan valtioissa.³

Voimakkain puuttuminen perus- ja ihmisoikeuksiin tapahtui 28.3.–15.4.2020, kun liikkuminen Uudenmaan ja muun Suomen välillä kiellettiin valmiuslain 118 §:n nojalla annetulla asetuksella 146/2020. Taustalla oli Uudenmaan muuta Suomea pahempi tartuntatilanne ja väestörakenteesta ja etäisyyksistä johtuva korkeampi niin sanotun ylikuolleisuuden riski Uudenmaan ulkopuolella.⁴ Uudenmaan rajat ylittävän liikkumisen kieltäminen kohdistui merkittäväällä tavalla PL 9 §:ssä ja ihmisoikeussopimuksissa turvattuun liikkumisvapauteen. Siten rajoitus erosi olennaisesti esimerkiksi laeilla 153/2020, 184/2021 ja 257/2021 toteutetuista ravintoloiden sulkemisista, joilla puututtiin perusoikeutena muttei ihmisoikeutena turvattuun elinkeinovapauteen. Myöhemmin keväällä 2021 valtioneuvosto esitti vielä Uudenmaan liikkumisrajoituksiakin voimakkaampaa puuttumista liikkumisvapauteen. Tämä yleinen liikkumisrajoitus olisi kieltänyt kaiken kodin ulkopuolella tapahtuvan liikkumisen, joka ei olisi kuulunut laissa lueteltujen poikkeusten alaan.⁵

- ² 16.3.2020 poikkeusolojen todettiin vallitsevan myös valmiuslain 3 §:n 3 kohdan nojalla (taloudelliset poikkeusolot). Kohdan perusteella ei kuitenkaan otettu käyttöön yhtään valmiuslain valtuutta ja tältä osin poikkeusolojen toteamista on pidetty perusteettomana. Ks. Lavapuro, Juha: Oikeuden resilienssi. Lakimies 7–8/2020 s. 1262–1267, s. 263; Ojanen, Tuomas: Perustuslaki ja perustuslainmukaisuuden valvonta koronakriisin aikana. Lakimies 3–4/2020 s. 508–518 (Ojanen 2020), s. 512–514; Scheinin, Martin: Valmiuslain ongelmista ja ansioista koronaviruskriisin oloissa. Lakimies 3–4/2020 s. 519–527 (Scheinin 2020b), s. 520–521.
- ³ Ankaria rajoituksia on asetettu esimerkiksi Belgiassa, jossa oli käytössä mm. maskipakko, etätyöpakko ja tiukkoja rajoituksia yksityisiin tapaamisiin, ks. Tuomioistuimien Belgian tiukat rajoitustoimet laittomia, hallituksella 30 päivää aikaa korjata tilanne. Helsingin Sanomat 1.4.2021 [<https://www.hs.fi/ulkomaat/art-2000007896337.html>]. Alueellisia liikkumisrajoituksia säädettiin keväällä 2020 myös esimerkiksi Italiassa, ks. Suomi ottaa eristämässä mallia Italiasta: näin tiukat liikkumisrajoitukset ovat vaikuttaneet. Helsingin Sanomat 26.3.2020 [<https://www.hs.fi/ulkomaat/art-2000006452690.html>]. Tietoa EU- ja ETA-valtioiden rajoitustoimista on kerätty eri tietokantoihin, kuten EU:n tartuntatautivirasto ECDC:n listaukseen, joka on ladattavissa osoitteessa [<https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/download-data-response-measures-covid-19>] (30.8.2021).
- ⁴ Valtioneuvoston muistio 27.3.2020: Valtioneuvoston asetus valmiuslain 118 §:ssä säädettyjen toimivaltuuksien käyttöönotosta (jäljempänä *käyttöönottomuistio*), s. 5–6, 8.
- ⁵ Ks. hallituksen esitys eduskunnalle laiksi liikkumisvapauden ja lähikontaktien väliaikaisesta rajoittamisesta (HE 39/2021 vp). Tätä liikkumisrajoitusta kutsutaan tässä artikkelissa ”yleiseksi liikkumisrajoitukseksi” erotuksena Uudenmaan liikkumisrajoituksista.

Perustuslakivaliokunta kuitenkin piti sääntelyä perustuslain vastaisena ja valtioneuvosto peruutti esityksensä.⁶

Uudenmaan eristys ei ollut totaalinen vaan asetus salli liikkumisen rajan yli asetuksen 2 §:n mukaisissa tilanteissa, joissa liikkuminen oli välttämätöntä. Rajoitusta valvoi poliisi puolustusvoimat apunaan Uudenmaan rajoilla. Kaiken kaikkiaan toimenpide oli hyvin poikkeuksellinen, mikä näkyy paitsi valmiuslain 118 §:n tulkintaongelmissa myös esimerkiksi poliisin toimintaan liittyvissä oikeudellisissa epäselvyyksissä.⁷

Perustuslakivaliokunta käsitteli valtioneuvoston asetusten perustuslainmukaisuutta sen kannalta, ovatko asetusten sisältämät liikkumisrajoitukset hyväksyttävissä PL 23 §:n mukaisina poikkeuksina perusoikeuksista poikkeusoloissa. Tässä artikkelissa tarkastellaan sitä, millä edellytyksin voidaan pitää valtiosääntöoikeudellisesti perusteltuna tulkintaa, jonka mukaan asetuksen mukaiset liikkumisrajoitukset olivat säädettävissä PL 23 §:n nojalla poikkeuksena liikkumisvapaudesta. Tätä varten on ensin hahmotettava, millaisin kriteerein yleensä liikkumisvapauden rajoituksia ja siitä tehtyjä poikkeuksia on voimassa olevan oikeuden nojalla arvioitava. Tämän jälkeen on vastattava kahteen kysymykseen: ensinnäkin olisiko asetuksessa tarkoitetut liikkumisrajoitukset voitu toteuttaa tavallisella lailla säädettyinä perusoikeusrajoituksina, ja toiseksi täyttikö asetus PL 23 §:n mukaisia poikkeuksia koskevat edellytykset?

Artikkelissa käsitellään liikkumisvapauden rajoituksia vain Suomen osalta. Vaikka rajoituksissa oli samalla kyse puuttumisesta Euroopan unionin perusvapautena turvattuun liikkumisvapauteen, rajoituksia ei tässä käsitellä EU-oikeuden kannalta. Tällainen tarkastelu edellyttäisi myös muissa EU-maissa samaan aikaan tehtyjen liikkumisrajoitusten huomioon ottamista. Tämä artikkeli pyrkii hahmottelemaan liikkumisvapaudesta poikkeamisen paikkaa ja edellytyksiä Suomen nykyisessä oikeustilassa sen ainoan tapauksen kautta, jossa näin on tehty eli Uudenmaan liikkumisrajoituksen. Ehdotusta yleiseksi liikkumisrajoitukseksi käsitellään suhteellisuusperiaatteen soveltamisen osalta, koska siinä tapaukset erosivat toisistaan ratkaisevasti. Lainopillisen peruskysymyksenasettelun kannalta oikeusvertailevan tai yhteiskuntatieteellisen näkökulman tuominen tähän artikkeliin ei ole ollut aiheellista, mutta jatkotutkimukselle ne tarjoavat hyvät lähtökohdat.

Uudenmaan eristykseen liittyvät toimenpiteet olivat erityislaatuisia ja pitkälle meneviä perusoikeusrajoituksia. Tällaisen poikkeusoloissa tehdyn toimenpiteen yhteydessä voitiin

6 Ks. perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi liikkumisvapauden ja lähikontaktien väliaikaisesta rajoittamisesta (PeVL 12/2021 vp).

7 Eduskunnan oikeusasiamiehen oma-aloitteisessa selvityksessä kävi ilmi, että poliisi antoi rajoitusten valvonnassa lakiin perustumattomia sakkovaatimuksia. Ks. EOA päätös 8.5.2020 dnro 2464/2020.

käytännössä testata sitä, missä määrin perustuslakivaliokunnan toteuttama säädösvalvonta kykenee turvaamaan perusoikeuksien aseman. Tämän vuoksi Uuttamaata koskevien liikkumisrajoitusten käsittelyllä on yleisempää merkitystä, kun arvioidaan perustuslakivaliokunnan asemaa ja perusoikeusjärjestelmän kestävyyttä kriisitilanteissa. Kyse on oikeusvaltion toimivuuden takeista.

2. OIKEUDELLINEN VIITEKEHYS

2.1 Perusoikeuksien rajoittaminen ja niistä poikkeaminen

2.1.1 Rajoittamisen ja poikkeamisen sääntely

Suomalainen perusoikeusjärjestelmä tuntee kolme tapaa puuttua perusoikeuksiin: rajoittaminen, poikkeaminen poikkeusoloissa ja poikkeuslaki. Näistä rajoittaminen on pääasiallinen tapa ja sitä sääntelevät perusoikeuksien yleiset ja erityiset rajoitusedellytykset. Poikkeamisesta poikkeusoloissa säädetään PL 23 §:ssä. Poikkeuslaki on perustuslainsäätämisyjärjestyksessä (PL 73 §) säädetty laki, joka asiallisesti syrjäyttää perustuslain joltain osin muuttamatta kuitenkaan perustuslain tekstiä tai julistautumatta perustuslaiksi.

Perusoikeusuudistuksessa perusoikeuksien rajoittaminen ja niistä poikkeaminen poikkeusoloissa pyrittiin kytkemään ihmisoikeussopimusten *limitation – derogation* -jaotteluun.⁸ Esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimus (SopS 18–19/1990) sisältää useita oikeuskohtaisia rajoituslausekkeita (*limitation clause*), minkä lisäksi sen 15 artiklan nojalla on mahdollista yleisen hätätilan aikana poiketa (*derogate*) useimmista sopimuksen turvaamista oikeuksista. Koronapandemian aikana on kuitenkin tullut selväksi, ettei perusoikeusjärjestelmän ja ihmisoikeusjärjestelmien välinen yhteys ole siinä mielessä suoraviivainen, että PL 23 §:n soveltaminen tarkoittaisi aina myös poikkeamista ihmisoikeusvelvoitteista, vaan poikkeamistarvetta on arvioitava kummankin järjestelmän sisällä erikseen. Koska ihmisoikeussopimukset määräävät minimitason, ihmisoikeussopimusten poikkeuksille asettamat menettelylliset ja sisällölliset vaatimukset, mukaan lukien poikkeamisartikloissa mainitut ehdottomat oikeudet (*non-derogable rights*)⁹, rajoittavat myös PL 23 §:n nojalla tehtäviä poikkeuksia.¹⁰

8 Perusoikeuskomitean mietintö (KM 1992:3), s. 134–135; Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta (HE 309/1993 vp), s. 15, 31.

9 Kansalaisyhteiskunnan ja poliittisten oikeuksien koskevan kansainvälisen yleissopimuksen (SopS 7–8/1976) 4 artikla ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 15 artikla sisältävät hiukan toisistaan poikkeavat listat oikeuksista, joista ei voida poiketa poikkeusoloissa.

10 HE 309/1993 vp, s. 77.

2.1.2 Rajanveto rajoittamisen ja poikkeamisen välillä

PL 23 §:n (aiemmin hallitusmuodon ([94/1919] 16 a §:n 2 momentti) säätämisen tarkoituksena oli alun perin täsmentää aiempaa poikkeamissäännöstä niin, että se vastaisi ihmisoikeussopimusten vaatimuksia sekä torjua ajatukset siitä, että perusoikeuspoikkeukset voisivat perustua oppiin hätätilaoikeudesta.¹¹ Yleisemmin poikkeustiläsäätelyiden tarkoituksena on tunnustaa se tosiasia, että vakavassa kriisitilanteessa poikkeukselliset toimet voivat olla tarpeen ja pyrkiä sitten luomaan oikeudelliset puitteet näille poikkeuksellisille toimille.¹² Euroopan ihmisoikeussopimuksen 15 artiklan mukainen poikkeaminen on nähty jopa ”ideaalina poikkeustilana” sen läpinäkyvyyden ja ylikansallisen valvonnan vuoksi.¹³

Poikkeamissäätely rakentuu tiukalle normaalille ja poikkeustilan erolle, jonka vastaavuus 2000-luvun todellisuuden kanssa on useasti kyseenalaistettu.¹⁴ Erottelu ei koske ainoastaan olosuhteita vaan myös toimenpiteitä. Jotta poikkeusolojen toimivaltuuksien käyttöönotto olisi välttämätöntä, tulee normaalien toimivaltuuksien olla riittämättömiä. Ihmis- ja perusoikeuksiin puuttuminen pandemiassa on osoittanut rajanvedon vaikeuden etenkin niiden oikeuksien kohdalla, jotka mahdollistavat sekä rajoittamisen että poikkeamisen.¹⁵

Koronapandemian aikana on esitetty erilaisia näkemyksiä siitä, tulisiko valtioiden ennemmin tehdä varmuuden vuoksi poikkeamisilmoitus vai pyrkiä viimeiseen asti perustelemaan toimenpiteet tavallisina rajoituksina, jos ne haluavat pitää kiinni ihmisoikeuksista.¹⁶ Rajoittamisessa

pitäytymistä on perusteltu normaalisuusperiaatteella ja rajoittamisen ensisijaisuudella¹⁷, kun taas poikkeamisen puolustajat ovat painottaneet poikkeusten tilapäisyyttä ja niihin kohdistuvaa valvontaa sekä poikkeustilan ja normaalin erottelun tärkeyttä.¹⁸ On myös kyseenalaistettu, missä määrin poikkeamisilmoituksen tekeminen lisää valtion mahdollisuuksia rajoittaa ihmisoikeuksia, kun myös poikkeamiseen sovelletaan suhteellisuusperiaatetta.¹⁹ Joka tapauksessa tärkeänä on pidetty sitä, että pandemian torjuntatoimien ihmisoikeusvaikutukset tunnustetaan ja punnitaan asianmukaisesti.²⁰

Ei siten ole yllättävää, että PL 23 §:n mukaisen poikkeamisen ja tavallisten perusoikeusrajoitusten välinen rajanveto on ollut vaikeaa. Perustuslakivaliokunta on tukeutunut normaalisuusperiaatteeseen ja katsonut, että poikkeusoloissakin tehtävien lainsäädäntömuutosten tulee ensisijaisesti olla perusoikeuksien yleiset ja tarvittaessa kunkin perusoikeuden erityiset rajoitusedellytykset täyttäviä rajoituksia, ei perustuslain 23 §:ssä tarkoitettuja poikkeuksia perusoikeuksista.²¹ Pelkkä poikkeusolojen vallitseminen tai esityksen perusteleminen poikkeusoloilla ei siis riitä siihen, että kyse olisi PL 23 §:n mukaisesta poikkeuksesta eikä tavallisesta rajoituksesta, vaan ero on tehtävä perusoikeuteen puuttumisen syvyyden tai laajuuden perusteella. Perustuslakivaliokunnan tähänastisesta käytännöstä ei ole löydettävissä selviä kriteerejä sille, milloin puuttuminen perusoikeuteen on liian voimakasta käsiteltäväksi tavallisena rajoituksena. Selvää on kuitenkin, että valiokunta on käsittänyt rajanvedon nimenomaan puuttumisen vakavuuden kautta.²²

Perusoikeusuudistuksen esitöiden mukaan poikkeamisella tarkoitetaan lähtökohtaisesti pidemmälle menevää oikeuksiin puuttumista kuin rajoittamisella.²³ Uudistuksen yhteydessä todettiin rajoittamisen rajoista, että lähtökohtaisesti ”ainakin syvälle käyvät, poikkeukselliset tai summaariset rajoitukset merkitsisivät sellaista puuttumista perusoikeuteen, että ne eivät olisi toteutettavissa tavallisella lailla”.²⁴ Lausuma on peräisin perusoikeuskomitean mietinnöstä

11 KM 1992:3, s. 150–151; HE 309/1993 vp, s. 15.

12 Heikkonen, Johannes – Kataja, Pauli – Lavapuro, Juha – Salminen, Janne – Turpeinen, Mira: Valmiuslaki ja perusoikeudet poikkeusoloissa: Valtiosäätöoikeudellinen kokonaisarvio valmiuslain ja perustuslain 23 §:n suhteesta. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 64/2018 (Heikkonen ym. 2018), s. 14–15.

13 Greene, Alan: States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic. Strasbourg Observers 1.4.2020 [https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemic/] (Greene 2020) (16.7.2021).

14 Greene, Alan: Separating Normalcy from Emergency: The Jurisprudence of Article 15 of the European Convention on Human Rights. German Law Journal 12 (10) 2011 s. 1764–1785, s. 1767–1772.

15 Richardson, Eric – Devine, Colleen: Emergencies End Eventually: How to Better Analyze Human Rights Restrictions Sparked by the COVID-19 Pandemic under the International Covenant on Civil and Political Rights. Michigan Journal of International Law 42 (1) 2020 s. 105–176 (Richardson – Devine 2020), s. 128–131.

16 Koronaviruspandemian ensimmäisen aallon aikana kymmenen Euroopan neuvoston jäsenvaltiota ilmoitti poikkeavansa Euroopan ihmisoikeussopimuksissa turvatuista oikeuksista. Poikkeamisilmoituksia tekivät monet Itä-Euroopan valtiot. Sen sijaan sellaiset Länsi-Euroopan valtiot kuten Italia ja Espanja, joissa epidemian hallitsemattoman leviämisen takia jouduttiin turvautumaan rankkoihin rajoitustoimiin eivät tehneet poikkeamisilmoitusta. Ks. koko lista Euroopan neuvoston sivuilla [https://www.coe.int/en/web/conventions/derogations-covid-19] (31.8.2021).

17 Scheinin, Martin: COVID-19 Symposium: To Derogate or Not to Derogate? *Opinio Juris* 6.4.2020 [http://opiniojuris.org/2020/04/06/covid-19-symposium-to-derogate-or-not-to-derogate/] (Scheinin 2020a) (16.7.2021).

18 Greene 2020; Richardson – Devine 2020, s. 122–131.

19 Dzehtsiarou, Kanstantsin: COVID-19 and the European Convention on Human Rights. Strasbourg Observers 27.3.2020 [https://strasbourgobservers.com/2020/03/27/covid-19-and-the-european-convention-on-human-rights/] (16.7.2021). Ks. myös Jovičić, Sanja: COVID-19 restrictions on human rights in the light of the case-law of the European Court of Human Rights. *ERA Forum* 21 (2021) s. 545–560, s. 559.

20 Richardson – Devine 2020, s. 73; Spadaro, Alessandra: COVID-19: Testing the Limits of Human Rights. *European Journal of Risk Regulation* 11 (2) 2020 s. 317–325, s. 324–325.

21 Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi majoitus- ja ravitsemistoiminnasta annetun lain väliaikaisesta muuttamisesta (PeVL 7/2020 vp), s. 3.

22 Ks. PeVL 12/2021 vp, kohta 24.

23 Ks. esim. HE 309/1993 vp, s. 31.

24 HE 309/1993 vp, s. 30.

ja sillä on yhteys yleisiin rajoitusedellytyksiin kuuluvaan ydinalueen koskemattomuuden vaatimukseen, jonka mukaan tavallisella lailla ei voida säätää perusoikeuden ytimeen ulottuvaa rajoitusta.²⁵ Perusoikeuskomitean mukaan jokaisella perusoikeudella on olemassa ydinalue, johon kajoaminen tekisi perusoikeuden tyhjäksi, mikä on verrattavissa ihmisoikeussopimuksissa tarkoitettuun poikkeamiseen.²⁶ Ydinalueajattelun ideana on rajoittaa suhteellisuusperiaatteen alaa niin, ettei painavakaan rajoitusperuste mahdollistaisi perusoikeuden tekemistä tyhjäksi normaalioloissa.²⁷ Ydinalueen koskemattomuuden vaatimusta olisikin mahdollista pitää portinvartijana rajoitusten ja poikkeusten välillä niin, että ydinalueelle ulottuva puuttuminen perusoikeuteen olisi automaattisesti siitä poikkeamista.

Ydinalueen määrittely on kuitenkin vaikeaa. *Viljanen* on esittänyt, että perusoikeuden ydinalueelle kuuluisivat sellaiset säännöiksi katsottavat normit, joita ei voida punnita rajoittamisperusteita vasten, kun taas ”reuna-alueelle” kuuluisi enemmänkin periaatetyypisiä normeja, joiden punninta on mahdollista.²⁸ Absoluuttiset ihmisoikeudet kuuluvat selvästi vastaavien perusoikeuksien ydinalueelle, mutta niistä poikkeaminen ei myöskään ole mahdollista. Kaiken kaikkiaan ydinalueoppi on jäänyt Suomen oikeudessa kehittymättömäksi.²⁹

Uudenmaan liikkumisrajoitusten käsittelyn jälkeen perustuslakivaliokunta täsmensi elinkeinovapauden osalta rajanvetoa 23 §:n ja tavallisten rajoitusten välillä ravintoloiden jatkorajoituksia³⁰ koskevassa lausunnossaan. Valiokunta katsoi, että ehdotuksen mukaiset puuttumiset elinkeinovapautteen koskivat sellaisia seikkoja, joihin normaalistikin kohdistuu sääntelyä. Näin ollen rajoitukset eivät lähtökohtaisesti merkinneet niin pitkälle menevää puuttumista elinkeinovapautteen, ettei niitä voitaisi kohdella rajoituksina. Perustuslakivaliokunta sovelsi rajoituksiin perusoikeuksien yleisiä ja erityisiä rajoitusedellytyksiä.³¹

25 KM 1992:3, s. 139. Perusoikeuskomitea käytti ydinalueen sijasta termiä ”olennainen sisältö”.

26 KM 1992:3, s. 381.

27 Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. WSOY lakitieto, Helsinki 2001 (Viljanen 2001), s. 231.

28 Viljanen 2001, s. 231.

29 Ydinalueopin ongelmista ks. Hautamäki, Veli-Pekka: Ydinalueen koskemattomuusvaatimus perusoikeuksien yleisenä rajoitusedellytyksenä. Edilex 11.2.2016 [www.edilex.fi/artikkelit/16141].

30 Laki tartuntatautilain väliaikaisesta muuttamisesta (400/2020).

31 Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi tartuntatautilain väliaikaisesta muuttamisesta (PeVL 14/2020 vp), s. 4. Valiokunta on sittemmin hapuillut rajanvedossa nimenomaan elinkeinovapauden kohdalla. Ks. kuntosalien ja eräiden muiden liiketilojen sulkemisvaltuuden säätämistä rajoituksena perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi tartuntatautilain muuttamisesta ja väliaikaisesta muuttamisesta (PeVL 44/2020 vp), s. 3–5 ja perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi tartuntatautilain 58 §:n muuttamisesta (PeVL 10/2021 vp), kohdat 6–11 ja toisaalta ravintoloiden sulkemisesta säätämistä poikkeuksena perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi majoitus- ja ravitsemistoiminnasta annetun lain väliaikaisesta muuttamisesta (PeVL 6/2021 vp), kohta 21. Ks. myös Koskentausta, Lauri: Elinkeinovapauden lainsäädännöllisestä rajoittamisesta pandemian perusteella. Liikejuridiikka 2021/1 s. 10–37, s. 36.

2.1.3 PL 23 §:n mukaisen poikkeuksen sallittavuuden arviointi

Perustuslakivaliokunta on normaalisuusperiaatteen mukaisesti soveltanut perusoikeuden yleisiä ja erityisiä rajoitusedellytyksiä myös PL 23 §:n mukaisiin poikkeuksiin.³² Miten perusoikeuteen puuttumisen säätäminen 23 §:n nojalla siten vaikuttaa sen perustuslainmukaisuuden arviointiin? Ensinnäkin puuttumisen on täytettävä 23 §:ssä poikkeamiselle säädetyt edellytykset: 1) poikkeusolot, 2) välttämättömyys, 3) tilapäisyys, 4) laki tai asetus (sekä erityinen syy ja tarkkarajaisuus), 5) ihmisoikeussopimusten mukaisuus ja 6) asetusten eduskuntakäsittely. Näitä täydentävät yleisistä rajoitusedellytyksistä vielä oikeusturva- sekä täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimukset.

Kuten havaitaan, suhteellisuusperiaate (välttämättömyys) sisältyy myös 23 §:ään. Sekä rajoituksen että poikkeuksen oikeasuhtaisuutta voidaan arvioida saksalaisen punnintamallin mukaan (ks. jäljempänä jakso 5.1), ankarampi puuttuminen perusoikeuteen edellyttää ainoastaan painavampaa rajoitusperustetta. Joissain tilanteissa PL 23 §:n käyttäminen näyttäisi kuitenkin antaneen luvan kevyempään suhteellisuusarviointiin.³³ Toisekseen puuttumisen tulee perustua lakiin, joskin poikkeaminen voidaan tehdä myös tietyin edellytyksin asetuksella. Erityisenä vaatimuksena poikkeuksia koskee tilapäisyyden vaatimus. Kansainvälisessä keskustelussa esitetty huoli tavallisena rajoituksena käsiteltävien poikkeustoimien muuttumisesta pysyviksi ei ole aktualisoitunut Suomessa, sillä perustuslakivaliokunnan ennakkolisessa perustuslainmukaisuuskontrollissa on pidetty tarkasti kiinni sekä pandemian vuoksi säädettyjen rajoitusten että poikkeusten tilapäisyydestä. Rajoitusten osalta tämä on tapahtunut suhteellisuusperiaatteen kautta, mitä on pidetty mahdollisena toimintatapana myös ihmisoikeussopimuksia sovellettaessa.³⁴

2.2 Liikkumisvapaus

Perustuslain 9.1 § kuuluu: ”Suomen kansalaisella ja maassa laillisesti oleskelevalla ulkomaalaisella on vapaus liikkua maassa ja valita asuinpaikkansa.” Säännös ei sisällä rajoituslauseketta kuten 9 §:n sisältämät muut liikkumisvapauden osa-alueet, joten oikeuden rajoittamisen sallittavuutta arvioidaan pelkästään perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten avulla. Jos jätetään huomiotta oikeus valita asuinpaikkansa, jolla on nähty olevan yhteys taloudellisiin, sosiaalisiin ja sivistyksellisiin oikeuksiin ja julkisen vallan aktiivisiin toimintavelvoitteisiin, säännös edustaa

32 PeVL 12/2021 vp, kohta 27, 54; PeVL 7/2020 vp, s. 2–3. Perustuslakivaliokunnan lähestymistapa ei siten vastaa Saraviidan esittämää rajoitussäännösten väistymistä PL 23 §:ää sovellettaessa, ks. Saraviita, Ilkka: Perustuslaki. 2. uud. p. Talentum, Helsinki 2011, s. 302.

33 Ks. jakso 5.1 tässä artikkelissa sekä ravintoloiden sulkemisesta keväällä 2021 koskeva PeVL 6/2021 vp, kohta 15, jossa valiokunta nimenomaisesti totesi, että sulkemisesta säätäminen perustuslain 23 §:n nojalla oli yhtenä perusteena sille, ettei valiokunta edellyttänyt eron tekemistä eri ravintolatyypien välillä kuten lievemmissä ravintolarajoituksissa.

34 Ks. Richardson – Devine 2020, s. 126–127.

perinteistä negatiivista vapausoikeutta.³⁵ Julkisen vallan on siten pidättäydyttävä rajoittamasta säännöksessä mainittujen henkilöiden liikkumista Suomen alueella. Vapauden käyttämiseen ei saa myöskään liittyä syrjintää. Aiemmat oikeuden rajoitukset ovat kohdistuneet tiettyihin alueisiin, kuten sotilas- tai luonnonsuojelualueisiin tai tiettyihin henkilöihin, kuten pakkokeinolain 5 luvun mukaisessa matkustuskiellossa.³⁶ Näiden lisäksi liikennesääntöjä ja muuta liikennettä koskevaa sääntelyä, kuten ajokorttipakkoa on pidetty perinteisinä, mutta lähtökohtaisesti ongelmattomina liikkumisvapauden rajoituksina.³⁷

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 4. lisäpöytäkirjan 2 artiklan 1 kohta sisältää vastaavan oikeuden liikkua valtion sisällä ja valita asuinpaikka. Oikeuden henkilöllinen soveltamisala rajoittuu PL 9:1 §:ää vastaavasti maassa laillisesti oleskeleviin, mikä kattaa lisäpöytäkirjan 3 artiklan nojalla aina valtion kansalaiset. Oikeutta voidaan rajoittaa 3 kohdan nojalla kansallisen tai yleisen turvallisuuden takia, yleisen järjestyksen ylläpitämiseksi, rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalin suojaamiseksi tai muiden yksilöiden oikeuksien ja vapauksien suojelemiseksi. Yleinen järjestys rajoitusperusteena on Euroopan ihmisoikeussopimuksen järjestelmässä poikkeuksellinen ja artikla antaa siten valtiolle enemmän liikkumavaraa oikeuden rajoittamisessa kuin useimmat sopimuksen artiklat.³⁸ Lisäksi artiklan 4 kohta sallii 1 kohdassa tarkoitetun liikkumisen rajoittamisen erityisillä alueilla (*particular areas*) yleisen edun nimissä ilman välttämättömyysvaatimusta. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimien on suuren jaoston tuomiossa *Garib v. Alankomaat* täsmentänyt, että säännöksen soveltamisala on yleinen eikä rajoitu vain tilapäisiin hätä- tai poikkeustilanteisiin.³⁹

Liikkumisvapauden ja henkilökohtaisen vapauden välinen rajanveto on toisinaan hankalaa. Vapaudenriistoa on vakiintuneesti pidetty henkilökohtaisen vapauden rajoituksena, kun taas vähäisempiä puuttumisia henkilön vapauteen liikkua on pidetty liikkumisvapauden rajoituksina.⁴⁰

35 Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin: Liikkumisvapaus (PL 9 §). Teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet. 2. uud. p. Werner Söderström lakitieto WSLT, Helsinki 2011 s. 317–388 (Ojanen – Scheinin 2011), s. 321.

36 Ojanen – Scheinin 2011, s. 329, 337. Perustuslakivaliokunnan käytännöstä ks. PeVL 12/2021 vp, kohta 10 ja siinä viitatu lausunnot.

37 Ojanen – Scheinin 2011, s. 325.

38 Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti: Euroopan ihmisoikeussopimus. 6. uud. p. Alma Talent, Helsinki 2018 (Pellonpää ym. 2018), s. 1098.

39 *Garib v. Alankomaat*, no. 43494/09, suuri jaosto 6.11.2017, kohta 109.

40 Pellonpää ym. 2018, s. 1097. Ks. myös *Terheş v. Romania*, no. 49933/20, päätös 20.5.2021, jossa ihmisoikeustuomioistuin jätti tutkimatta 5 artiklaa (henkilökohtainen vapaus) koskeneen valituksen Romanian koronapandemian aikana määräämästä yleisestä liikkumisrajoituksesta. Valitus Kroatian vastaavista toimista koskien liikkumisvapautta on käsiteltävänä, ks. Magdić v. Kroatia, no. 17578/20.

2.3 Valmiuslaki ja sen suhde perustuslakiin

PL 23 §:ssä tarkoitettuja säännöksiä, joiden nojalla voidaan poiketa perusoikeuksista poikkeusoloissa, sisältyy valmiuslakiin (1552/2011) ja puolustustilalakiin (1083/1991). Valmiuslakia voidaan soveltaa sodan ja sodan uhkan lisäksi taloudellisissa poikkeusoloissa sekä suuronnettomuuden tai pandemian aiheuttamissa poikkeusoloissa (valmiuslaki 3 §).

Valmiuslaki on rakennettu asetuksenantomenettelyn varaan.⁴¹ Valmiuslain toimivaltuuksien käyttöä sääntelevät perustuslain 23 §:ää henkivät valmiuslain 4 §:n käyttöperiaatteet. Normaalisuusperiaatteen mukaan valmiuslain mukaisia toimivaltuuksia voidaan käyttää vain, jos tilanne ei ole hallittavissa viranomaisten säännönmukaisin toimivaltuuksin. Suhteellisuusperiaatteen mukaan toimivaltuuksien ja niiden käytön on oltava välttämättömiä ja oikeasuhtaisia lain 1 §:ssä säädetyn tarkoituksen saavuttamiseksi. Vaatimukset välttämättömyydestä ja oikeasuhtaisuudesta koskevat niin toimivaltuuksien käyttöönottoa kuin niiden soveltamistakin.⁴²

Poikkeusolojen toimivaltuuksien sääntely etukäteen normaalioloissa säädettävällä lailla on ollut Suomessa vakiintunut käytäntö ja myös PL 23 § sallii tällaisen menettelytavan.⁴³ Tästä huolimatta nykyinen valmiuslaki on voimassa poikkeuslakina. Valmiuslakia uudistettaessa 2000-luvun alussa tarkoituksena oli saattaa valmiuslain sääntely sopusointuun silloisen PL 23 §:n kanssa.⁴⁴ Tässä ei kuitenkaan onnistuttu, vaan perustuslakivaliokunta katsoi valmiuslakiesityksen asetustenantovaltuuksien olevan ristiriidassa PL 23 §:n ja PL 80 §:n kanssa.⁴⁵ Lisäksi ehdotettu poikkeusolojen määritelmä oli tuolloista PL 23 §:ää laajempi. Tämä johti PL 23 §:n muuttamiseen niin, että se mahdollisti rajoitetusti perusoikeuksista poikkeamisen asetuksella sekä laajemman poikkeusolokäsitteen.⁴⁶ Perustuslakivaliokunta kuitenkin piti asetuksenantovaltuuksia yhä liian epätäsmällisinä ja siten myös uuden PL 23 §:n vastaisina.⁴⁷

41 Lain 6 §:n mukaan valtioneuvoston todettua poikkeusolot yhteistoiminnassa presidentin kanssa se antaa käyttöönottoasetuksen, jolla otetaan käyttöön yksi tai useampi lain mukainen toimivaltuus. Käyttöönottoasetus tulee voimaan, mikäli eduskunta hyväksyy sen. Tämän jälkeen käyttöönottoasetuksessa määriteltyjä valmiuslain mukaisia toimivaltuuksia voidaan soveltaa. Tämä tarkoittaa yleensä niin sanotun soveltamisasetuksen antamista, sillä moni valmiuslain toimivaltuus edellyttää toimenpiteestä säädettävän valtioneuvoston tai ministeriön asetuksella. Soveltamisasetukset ovat heti sovellettavissa, mutta ne on valmiuslain 10 §:n mukaan toimitettava eduskunnalle viipymättä jälkitarkastusta varten. Eduskunta päättää asetusten voimassaolosta.

42 Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä valmiuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (PeVL 6/2009 vp), s. 4.

43 HE 309/1993 vp, s. 76.

44 Hallituksen esitys eduskunnalle valmiuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 3/2008 vp), s. 24.

45 PeVL 6/2009 vp, s. 5.

46 Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi Suomen perustuslain muuttamisesta (HE 60/2010 vp), s. 22–23, 28. Aiempi poikkeusolomääritelmä kattoi lähinnä sotatilanteet.

47 Perustuslakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laiksi Suomen perustuslain muuttamisesta (PeVM 9/2010 vp), s. 9.

Vuonna 2018 valmiuslain ja PL 23 §:n suhteesta tehdyn selvityksen mukaan valmiuslain keskeiset perustuslailliset ongelmat ovat taloudellisten poikkeusolojen määritelmä ja valmiuslain asetuksenantovaltuuksien epätasällisyys perustuslain vaatimuksiin nähden.⁴⁸ Ongelmien ratkaisemiseksi työryhmä esitti toimivaltuuksien tarkentamista ja siihen liittyen PL 23 §:n tulkinnan tarkistamista tai vaihtoehtoisesti siirtymistä asetuksilla säätämistä lailla säätämiseen.⁴⁹

Alun perin osan valmiuslain mukaisista valtuuksista ajateltiin oikeuttavan perusoikeuksien rajoittaminen ja osan poikkeaminen. Ero liittyi etenkin PL 23 §:n poikkeusolomääritelmään.⁵⁰ Kun PL 23 § muutettiin, poistui tämä ristiriita, ja ainakin pandemiaan ja suuronnettomuuteen liittyvien valtuuksien voidaan katsoa oikeuttavan poikkeamiseen, vaikka rajoittamisen tulisi olla ensisijaista.⁵¹

Valmiuslain asetuksenantovaltuuksien epätasällisyys on perustuslaillinen ongelma. Ei ole kuitenkaan selvää, mitä epätasällisyys merkitsee valtuuksien soveltamisen kannalta. Lähtökohtaisesti perusoikeuksiin puuttuvaa sääntelyä olisi perusoikeusmyönteisen laintulkinnan mukaisesti ja PL 22 § huomioon ottaen tulkittava supistavasti. Asetuksenantovaltuuden avoimuus tekee supistavasta tulkinnasta varsin haastavan tehtävän. Lakitekstin sanamuodon ollessa hyvin avoin sanamuodonmukainen tulkinta ei estä omaksumasta hyvinkin laveaa tulkintaa toimivaltuuksista. Toisaalta valmiuslain esityötkään eivät tarjoa paljoa tulkinta-apua. Mahdollisuus perus- ja ihmisoikeuksista poikkeamiseen taas luo liikkumavaraa ohi sen, mitä aikaisemmassa rajoituskäytännössä on pidetty hyväksyttävänä puuttumisena perusoikeuteen.

3. UUDENMAAN LIKKUMISRAJOITUSTEN TAVOITTEET JA SISÄLTÖ

Uudenmaan liikkumisrajoitukset perustettiin valtioneuvoston asetuksilla valmiuslain 118 §:ssä säädettyjen toimivaltuuksien käyttöönotosta (145/2020, jäljempänä *käyttöönottoasetus*) ja liikkumisen tilapäisistä rajoituksista väestön suojaamiseksi (146/2020, jäljempänä *soveltamisasetus*).⁵² Valmiuslain 118 §:n mukaan lain 3 §:n 1, 2, 4 ja 5 kohdassa tarkoitetuissa poikkeusoloissa voidaan valtioneuvoston asetuksella kieltää oikeus oleskella ja liikkua tietyllä

paikkakunnalla tai alueella taikka rajoittaa niitä, jos se on välttämätöntä ihmisten henkeä tai terveyttä uhkaavan vakavan vaaran torjumiseksi. Kiellon on oltava tilapäinen ja se voidaan antaa enintään kolmeksi kuukaudeksi kerrallaan.

Käyttöönottoasetusta seuranneen soveltamisasetuksen 2.1 §:ssä säädettiin liikkumisrajoituksen pääsäännöstä: muualla kuin Uudellamaalla olevat henkilöt eivät saa tulla Uudenmaan maakuntaan ja Uudenmaan maakunnassa olevat henkilöt eivät saa poistua Uudenmaan maakunnasta. Soveltamisasetus sisälsi useita poikkeuksia kieltoon: sallittua oli palaaminen asuin- tai kotipaikkakunnalle (2.2 §) sekä välttämätön liikkuminen (2.3 §), jollaisena ei kuitenkaan voitu pitää vapaa-ajan matkustusta (2.4 §). Asetuksen 2.3 §:n mukaisia syitä, joiden vuoksi tapahtuva välttämätön liikkuminen oli sallittua, olivat viranomais toiminta, työ, elinkeino, opiskelu, yhteiskunnallinen luottamustoimi, varusmiespalvelus, muu lakisääteinen velvollisuus, lähiomaisen hoivan tarve, kuolema tai kuolemanvaara, lapsen tapaamisoikeuden toteuttaminen taikka muu näihin merkitykseltään rinnastuva painavan henkilökohtainen syy. Lisäksi asetuksessa säädettiin muutamista rajoituksen valvontaan liittyvistä seikoista: velvollisuudesta esittää poliisille selvitys liikkumisen syystä ja määränpäästä (2.5 §), kiellosta estää välttämättömään syyhyn vetoavaa ylittämästä rajaa (2.6 §) sekä rajan ylityksen kriminalisoinnista valmiuslain 133 §:ään (valmiuslakirikkomus) viitaten (3 §).

Liikkumisrajoitusten käyttöönottoa perusteltiin ennen muuta jokaisen oikeudella elämään (PL 7.1 §) ja julkisen vallan velvollisuudella turvata jokaiselle riittävät terveyspalvelut ja edistää väestön terveyttä (PL 19.3 §).⁵³ Covid-19-sairaus itsessään aiheutti vaaran ihmisten hengelle ja terveydelle Suomessa. Tiedettiin, että sairaus on useimmissa tapauksissa lievä, mutta aiheuttaa toisinaan vakavan keuhkokuumeen. Vakavan taudin riski on suurin yli 70-vuotiailla ja perussairailta, mutta myös nuoremmat ja terveet voivat sairastua vakavaan tautimuotoon. Vakava tautimuoto vaatii sairaalahoitoa, usein poikkeuksellisen pitkäkestoista tehohoitoa. Ilman asianmukaista hoitoa vakavaa tautia sairastava potilas pääsääntöisesti menehtyisi.⁵⁴ Tehohoidon tarve arvioitiin ulkomaisten kokemusten perusteella poikkeuksellisen suureksi. Erityisen suuri riski tehohoitokapasiteetin ylittymisestä nähtiin olevan Uudenmaan ulkopuolella, jossa väestö on keskimäärin Uuttamaata vanhempaa ja sairastavampaa ja etäisyydet yliopistosairaaloihin pitkiä.⁵⁵ Tehohoitokapasiteetin loppuminen taas olisi voinut johtaa niin sanottuun ylikuolleisuuteen, jolloin sairauteen menehtyisi sellaisiakin potilaita, jotka olisivat asianmukaista hoitoa saadessaan todennäköisesti selviytyneet.⁵⁶

Terveydenhuollon toimintakyvyn turvaamiseksi valtioneuvosto suoritti kahdenlaisia toimenpiteitä: tartuntojen leviämistä ehkäiseviä ja terveydenhuollon toimintakykyä parantavia.

48 Heikkonen ym. 2018, s. 77–78, 105–106.

49 Heikkonen ym. 2018, s. 110.

50 HE 3/2008 vp, s. 99; PeVL 6/2009 vp, s. 3–4.

51 PeVM 9/2010 vp, s. 10.

52 Valtioneuvosto antoi alun perin 25.3.2020 yhden yhdistetyn käyttöönotto- ja soveltamisasetuksen (140/2020), mikä ei ollut valmiuslain mukaista, ks. perustuslakivaliokunnan mietintö valtioneuvoston asetuksesta valmiuslain 118 §:ssä säädettyjen toimivaltuuksien käyttöönotosta (PeVM 8/2020 vp), s. 3.

53 Käyttöönottomuistio, s. 5; PeVM 8/2020 vp s. 4.

54 Käyttöönottomuistio, s. 2.

55 Käyttöönottomuistio, s. 5.

56 Käyttöönottomuistio, s. 8.

Uudenmaan liikkumisrajoitukset kuuluvat ensimmäiseen ryhmään. Valtioneuvoston tavoitteena oli epidemian eriaikaisuus eri puolilla maata.⁵⁷ Koska Uudellamaalla epidemia oli pidemmällä kuin muualla maassa ja se levisi ihmisten mukana, katsoi valtioneuvosto liikkumisen rajoittamisen Uudenmaan ja muun Suomen välillä ainoaksi tehokkaaksi keinoksi hidastaa taudin leviämistä Uudeltamaalta muualle Suomeen.⁵⁸

Asetukset säädettiin alun perin olemaan voimassa 28.3.–19.4.2020, mutta ne kumottiin jo 15.4.2020 (asetus 217/2020). Liikkumisrajoitusten taustalla oli käsitys epidemian väijäämättömästä leviämisestä torjuntatoimista huolimatta, mikä näkyy siinä, että perustelumuiiston mukaan toimenpiteestä voitaisiin luopua, kun tautitilanne Uudenmaan ja muun Suomen välillä olisi tasoittunut.⁵⁹ Käsitys osoittautui jo seuraavina viikkoina vääräksi ja liikkumisrajoitukset purettiin, kun rajoitustoimien todettiin olleen siinä määrin tehokkaita ja taudin leviämisen pistemäistä, että sairaanhoidon kuormitus oli jäänyt kaikkialla odotettua vähäisemmäksi.⁶⁰

Perustuslakivaliokunta oli jo ensimmäisiä käyttöönottoasetuksia käsitellessään ottanut asetusten arvioinnin lähtökohdaksi PL 23 §:n ja hyväksynyt näkemyksen, jonka mukaan terveydenhuollon kantokyvyn turvaaminen pandemian aikana oli sellainen perusoikeusjärjestelmän näkökulmasta erittäin painava peruste, joka oikeuttaa poikkeuksellisen pitkälle meneviä, myös ihmisten perusoikeuksiin puuttuvia viranomaistoimia.⁶¹ Vasta Uudenmaan liikkumisrajoituksia käsitellessään se joutui todella punnitsemaan tätä perustetta vasten pitkälle menevää puuttumista vapausoikeuteen.

Kun perustuslakivaliokunta arvioi lievempiäkin valmiuslain nojalla tehtyjä toimia PL 23 §:n pohjalta, oli johdonmukaista, että myös Uudenmaan liikkumisrajoitusten arvioinnin lähtökohdaksi oli PL 23 §:n mukainen tilapäinen poikkeus perusoikeuksiin poikkeusoloissa. Perustuslakivaliokunta ei kuitenkaan perustellut tätä valintaansa missään vaiheessa, ei myöskään Uudenmaan liikkumisrajoituksia arvioidessaan. *Scheinin* onkin kritisoinut perustuslakivaliokunnan lähestymistapaa koronarajoituksissa ja katsonut, että valmiuslain ja PL 23 §:n suhde ei ole sillä tavalla suoraviivainen, että PL 23 § vaikuttaisi koko valmiuslain taustalla. Hänen mukaansa valmiuslainkin nojalla tehtäviä puuttumisia perusoikeuksiin tulisi kohdella ensisijaisesti perusoikeuksien rajoituksina.⁶²

57 Käyttöönottomuistio, s. 7.

58 Käyttöönottomuistio, s. 7–8.

59 Valtioneuvoston muistio 27.3.2020: Valtioneuvoston asetus liikkumisen tilapäisistä rajoituksista väestön suojaamiseksi (jäljempänä *soveltamismuistio*), s. 14.

60 Valtioneuvoston muistio 15.4.2020: Valtioneuvoston asetus valmiuslain 118 §:ssä säädettyjen toimivaltuuksien käyttöönotosta annetun valtioneuvoston asetuksen ja liikkumisen tilapäisistä rajoituksista väestön suojaamiseksi annetun valtioneuvoston asetuksen kumoamisesta (jäljempänä *kumoamismuistio*), s. 3–5.

61 Perustuslakivaliokunnan mietintö valtioneuvoston asetuksesta valmiuslain 86, 88, 93–95 ja 109 §:ssä säädettyjen toimivaltuuksien käyttöönotosta (PeVM 2/2020 vp), s. 1–2, 4–5.

62 Uudenmaan liikkumisrajoituksia Scheinin pitää kuitenkin poikkeuksena sekä perus- että ihmisoikeuksista. Scheinin 2020b, s. 523–524.

4. RAJOITTAMISEN JA POIKKEAMISEN VÄLISEN RAJAN YLITTYMINEN UUDENMAAN LIKKUMISRAJOITUKSISSA

Edellä on käsitelty oikeudellista kehystä, jossa Uudenmaan liikkumisrajoituksia on arvioitava, sekä rajoituksen sisältöä ja tavoitteita. Tässä jaksossa keskitytään arvioimaan, onko Uudenmaan liikkumisrajoituksia syytä pitää perusoikeuksista poikkeamisena vai olisiko ne voitu käsitellä perusoikeuksien rajoituksena. Ensin on selvitettävä, millaisia vaikutuksia liikkumisrajoituksilla arvioitiin olevan perusoikeuksiin. Toiseksi on kysyttävä, kohdistuivatko rajoitukset perusoikeuksien ydinalueelle tai oliko niitä pidettävä summaarisina tai poikkeuksellisina.

Perusoikeuksista Uudenmaan liikkumisrajoitukset kohdistuivat voimakkaimmin PL 9.1 §:ssä turvattuun vapauteen liikkua maan sisällä, joka perustuslakivaliokunnan mukaan kattaa oikeuden liikkua maassa paikkakunnalta toiselle ja yksittäisen paikkakunnan sisällä.⁶³ PL 9.1 §:n ydinalueesta ei ole perustuslakivaliokunnan käytäntöä eikä perusoikeusuudistusta koskeneessa hallituksen esityksessä otettu asiaan kantaa. Uudenmaan liikkumisrajoituksia käsitellessään perustuslakivaliokunta ei lausunut mitään siitä, mitä on pidettävä PL 9.1 §:ssä turvattun oikeuden ydinalueena tai kajoaako liikkumisrajoitus tuohon ydinalueeseen. Myöhemmin yleistä liikkumisrajoitusta käsitellessään valiokunta näyttäisi katsoneen rajoitukseen tehtävien poikkeusten voivan suojata liikkumisvapauden ydinaluetta täsmentämättä kuitenkin, mitä ydinalueeseen kuuluu.⁶⁴

Uudenmaan liikkumisrajoituksia koskeissa asetusten perustelumuiستioissa sekä asiantuntijalausunnoissa toimenpiteitä pidettiin merkittävänä puuttumisena liikkumisvapauteen. Perustuslakivaliokunta yhtyi näkemykseen.⁶⁵ Sen sijaan siitä, mistä liikkumisvapaus oikeastaan muodostuu ja millaisia vaikutuksia vapauden rajoittamisella on sen kohteena oleviin henkilöihin, esitettiin jossain määrin vaihtelevia tulkintoja.⁶⁶

Perustuslakivaliokunta korosti mietinnöissään, että liikkumisvapaus on tärkeä osa itseään määräämisoikeutta.⁶⁷ Valtioneuvoston perustelumuiستiossa esitettiin näkemys, jonka mukaan liikkumisen rajoittaminen vaikuttaa ihmisiin vähemmän kuin yleinen oleskelukielto.⁶⁸

63 PeVM 8/2020 vp, s. 4.

64 PeVL 12/2021 vp, kohta 61. Samantyyppistä tulkintaa ehdotti Mäenpää jo lausunnossaan Uudenmaan liikkumisrajoituksista, ks. Prof. Olli Mäenpää lausunto perustuslakivaliokunnalle 27.3.2020, s. 3.

65 PeVM 8/2020 vp, s. 5.

66 Perustuslakivaliokunnalle Uudenmaan liikkumisrajoituksista annetut asiantuntijalausunnat löytyvät asioiden M 8/2020 vp ja M 10/2020 vp alta. Saatavilla verkossa osoitteessa [https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/KasittelytiedotValtiopaivaasia/Sivut/M_8+2020_asiantuntijalausunnat.aspx] ja [https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/KasittelytiedotValtiopaivaasia/Sivut/M_10+2020_asiantuntijalausunnat.aspx] (16.7.2021). Tosin Uudenmaan liikkumisrajoitusten käsittelyssä perustuslakivaliokunnassa suullisilla kuulemisilla oli tavallista suurempi merkitys, eikä Ojosen mukaan ilman tietoa kuulemisten sisällöstä lausunnoista voida tehdä tyhjentyviä päätelmiä asiantuntijoiden kannoista, ks. Ojanen 2020, s. 508–509.

67 PeVM 8/2020 vp, s. 4.

68 Käyttöönottomuistio, s. 9.

Tällaista kategorista johtopäätöstä tuskin voidaan tehdä, vaan vaikutukset riippuvat esimerkiksi eristettävän alueen suuruudesta ja käyttötarkoituksesta. Ei myöskään voida esimerkiksi sanoa, että Uudenmaan ulkopuolella asuvalle kielto matkustaa Uudellemaalle olisi kevyempi rajoitus kuin kielto oleskella Uudellamaalla. Kun henkilöltä kielletään matkustaminen Uudellemaalle, häneltä tosiasiassa kielletään myös oleskelu Uudellamaalla. Ero on siis merkityksellinen vain Uudellamaalla olevien osalta.

Poikkeuksina ei ole pidettävä vain syvälle käyviä, vaan myös summaarisia tai poikkeuksellisia puuttumisia perusoikeuksiin.⁶⁹ Perustuslakivaliokunta painottikin soveltamisasetusta koskevassa mietinnössään yksilökohtaisten rajoitusten ensisijaisuutta summaarisiin suuriin joukkoihin kohdistuviin rajoituksiin nähden.⁷⁰ Uudenmaan liikkumisrajoitukset olivat selvästi summaarisia kohdistuessaan kaikkiin Uudenmaan rajan yli pyrkiviin tartuntariskistä riippumatta. Johtuen ehkä valliinneista poikkeusoloista ja PL 23 §:ään nojautuneesta lähestymistavasta rajoitusten käsittelyssä ei sinänsä paljoakaan korostettu niiden poikkeuksellisuutta. Perustuslakivaliokunnan mukaan kyseessä oli ”olennainen puuttuminen perusoikeuksiin”, ja puuttumisen merkityksellisyyttä korosti tarve pyytää virka-apua valvonnan toteuttamiseksi sotilaallisesti järjestäytyneiltä puolustusvoimilta.⁷¹ Poikkeuksellisuutta korostaa siis paitsi se, ettei vastaavia rajoituksia ole aiemmin toteutettu⁷², niin myös se, etteivät poliisin normaalit resurssit olleet riittäviä sen valvontaan vaan apuun tarvittiin puolustusvoimia. Uudenmaan liikkumisrajoituksia on siten pidettävä poikkeamisena perusoikeuksista ainakin niiden summaarisuuden ja poikkeuksellisuuden vuoksi.

5. UUDENMAAN LIKKUMISRAJOITUSTEN SALLITTAVUUDEN ARVIOINTI

5.1 Toimenpiteiden välttämättömyys ja oikeasuhtaisuus

Välttämättömyyttä ja oikeasuhtaisuutta voidaan arvioida saksalaisen kolmijakoisen suhteellisuusperiaatteen kautta. Sen mukaan perusoikeuteen kajoamisen hyväksyttävyyttä edellyttää, että rajoitus on tarkoitukseensa soveltuva (soveltuvuus), tarkoitusta ei voida saavuttaa vähemmän perusoikeuksiin puuttuvien keinoin (välttämättömyys) ja tavoitteen tärkeyden ja rajoituksen voimakkuuden punninta puoltaa rajoitusta (oikeasuhtaisuus).⁷³

69 HE 309/1993 vp, s. 30.

70 Perustuslakivaliokunnan mietintö valtioneuvoston asetuksesta liikkumisen tilapäisistä rajoituksista väestön suojaamiseksi (PeVM 11/2020 vp), s. 5.

71 PeVM 8/2020 vp, s. 5.

72 Vrt. ravintoloiden jatkorajoituksista edellä (jakso 2.1.2) todettu.

73 Viljanen 2001, s. 210–214; Alexy, Robert: The Construction of Constitutional Rights. *Revue française de droit constitutionnel* 91 (3) s. 465–477 (Alexy 2012), s. 472–473.

Rajoitusten ja poikkeusten suhteellisuuden arviointi on sinänsä samanlaista, mutta mikäli poikkeukset merkitsevät syvempää kajoamista perusoikeuteen on tavoitteen oltava vastaavasti painavampi, jotta oikeasuhtaisuuden vaatimus täyttyisi.⁷⁴

Uudenmaan liikkumisrajoitusten tavoitteena oli estää Uudenmaan muuta maata pahemman tautitilanteen leviäminen muualle maahan ihmisten mukana, mikä olisi vaarantanut terveydenhuollon kantokyvyn näillä alueilla.⁷⁵ Vaikka valiokunta ei asiasta nimenomaan lausunut, liikkumisen estämistä Uudenmaan ja muun Suomen välillä voidaan pitää tavoitteeseen nähden asianmukaisena keinona, joskin monet poikkeukset vähensivät kiellon tehokkuutta.⁷⁶ Valtioneuvoston mukaan taudin leviämisen estämiseksi Uudeltamaalta muualle Suomeen ei ollut käytettävissä muita tehokkaita keinoja kuin liikkumisrajoitukset.⁷⁷ Valiokunta hyväksyi valtioneuvoston välttämättömyysperustelut, mutta huomautti perustelumistioiden puutteellisuudesta sääntelyn välttämättömyyden ja muiden käytettävissä olevien keinojen riittämättömyyden osalta.⁷⁸

Varsinaisen oikeasuhtaisuuden kannalta valiokunta kiinnitti huomiota rajoituksen voimakkuutta arvioidessaan sen lyhyeen keston ja lukuisiin poikkeuksiin.⁷⁹ Arviointia vaikeutti se, ettei rajoituksesta aiheutuvista haitoista ja eri rajoitustoimien kumulatiivisista vaikutuksista ollut saatavilla selvitystä.⁸⁰ Tavoitetta taas pidettiin erittäin painavana, joskin asiantuntijalausunnoissa sitä myös epäiltiin tukeutuen tuoreempaan epidemiologiseen tietoon, jonka mukaan epidemia oli jo levinnyt kaikkialle maahan.⁸¹

Uudenmaan liikkumisrajoitusten suhteellisuusarviointia voidaan verrata perustuslakivaliokunnan arvion esityksestä yleiseksi liikkumisrajoitukseksi. Kyse oli pääosin samoista perusoikeuksista poikkeamisesta samoilla perusteilla, mutta toisin kuin Uudenmaan liikkumisrajoituksia, perustuslakivaliokunta ei pitänyt yleistä liikkumisrajoitusta välttämättömänä ja oikeasuhtaisena. Rajoituksen yleisenä tavoitteena oli, kuten Uudenmaan liikkumisrajoituksissakin, vähentää ihmisten välisiä kontakteja ja siten estää taudin leviämistä ja terveydenhuollon ylikuormitusta.⁸² Tarkoituksena oli erityisesti vähentää yksityisiä juhlia, liikkeissä asiointia ja uskonnollisia tilaisuuksia.⁸³ Sääntely olisi kuitenkin kieltänyt lähtökohtaisesti kaiken liikkumisen kodin

74 Ks. Alexy 2012, s. 472–473, jonka punnintalain mukaan mitä suuremmasta poikkeamisesta yhteen periaatteeseen on kyse, sitä tärkeämpää toisen periaatteen toteutumisen tulee olla.

75 Käyttöönottomuistio, s. 7–8.

76 Poikkeuksien tehokkuutta vähentävään vaikutukseen kiinnitettiin huomiota myös asiantuntijalausunnoissa, ks. Prof. Janne Salmisen lausunto PeV:lle 27.3.2020 (Salminen lausunto 27.3.2020), s. 5 ja Prof. Tuomas Ojosen lausunto PeV:lle 26.3.2020 (Ojosen lausunto 26.3.2020), s. 7.

77 Käyttöönottomuistio, s. 7–8.

78 PeVM 8/2020 vp, s. 4, 6; PeVM 11/2020 vp s. 3, 6.

79 PeVM 11/2020 vp, s. 4.

80 PeVM 11/2020 vp, s. 3, 4.

81 Prof. Tuomas Ojosen lausunto PeV:lle 3.4.2020, s. 8; Prof. Veli-Pekka Viljasen lausunto PeV:lle 3.4.2020, s. 6.

82 HE 39/2021 vp, s. 32.

83 HE 39/2021 vp, s. 26–28.

ulkopuolella. Lukuisine poikkeuksineen sääntelyn arvioitiin vähentävän kontakteja vain 25 %.⁸⁴ Verrattuna Uudenmaan liikkumisrajoituksiin yleisen liikkumisrajoituksen suhde tavoitteeseensa olisi ollut välillisempi: kieltämällä kaikki liikkuminen kodin ulkopuolella pyrittiin estämään eräitä ei-toivottuja kohtaamisia.⁸⁵

Vastoin valtioneuvoston käsitystä valiokunta piti mahdollisena saavuttaa tavoite vähemmän perusoikeuksiin kajoavilla toimilla, jotka kohdistuisivat tarkemmin ei-toivottuihin kohtaamisiin, kuten yksityisiin juhliin.⁸⁶ Siten yleinen liikkumisrajoitus ei täyttänyt välttämättömyysvaatimusta. Oikeasuhtaisuuspunninnassa kiellon lyhyt kesto⁸⁷ ja yhdenvertaisuuden ja lailla säätämisen vaatimuksen kannalta ongelmalliset poikkeukset⁸⁸ eivät riittäneet lieventämään kieltä, jonka piiriin olisi kuulunut ”runsaasti jokapäiväistä toimintaa ja tavanomaista elämää, joka on koronavirusepidemian leviämisen kannalta vaaratonta tai ainakin vaikutuksiltaan vähäistä”⁸⁹. Tavoitteen painavuutta taas osaltaan vähensi se, että tartuntojen määrän kasvu oli jo ehtinyt tasaantua pahimmilla epidemia-alueilla.⁹⁰

Suhteellisuusperiaatteen soveltaminen Uudenmaan liikkumisrajoituksiin oli melko pinnallista verrattuna yleisen liikkumisrajoituksen arviointiin. Merkittävimpiä syitä tähän lienevät tiedon puute ja kiire sekä valtioneuvostossa että perustuslakivaliokunnassa. Pandemia oli tuolloin vasta alkutekijöissään ja tieto taudin leviämisen tavoista ja voimakkuudesta sekä rajoitustoimien tehosta oli vähäistä.

Välttämättömyyden ja soveltuvuuden arvioinnissa on nimittäin kyse enemmän tosiseikoista kuin oikeudellisesta arviosta.⁹¹ *Viljanen* katsoo, ettei ennakkolisessä perusoikeuskontrollissa rajoitusten tehokkuutta ole mahdollista arvioida kovin tarkasti.⁹² Tällaista lähestymistapaa ilmentää perustuslakivaliokunnan soveltama rajoituksen tehokkuuden minimivaatimus, jonka mukaan perusoikeusrajoitus ei voi olla tarkoitukseensa soveltuva ja siten välttämätön, jos sillä ei edes periaatteessa voida saavuttaa sen perusteena olevaa hyväksyttävää tavoitetta.⁹³ Pandemian torjuntatoimien soveltuvuusarvioinnissa on nojaututtu vahvasti valtioneuvoston esittämään lääketieteelliseen arvioon toimenpiteiden tehokkuudesta. Vähitellen tiedon karttuessa perustuslakivaliokunta on kuitenkin alkanut vaatia kattavampaa analyysiä eri vaihtoehtojen toimien tehokkuudesta jo saatujen kokemusten valossa.⁹⁴ Lisäksi valiokunta on painottanut tarvetta arvioida paitsi toimien tehokkuutta pandemian torjunnassa myös

84 HE 39/2021 vp, s. 52.

85 PeVL 12/2021 vp, kohdat 40–43.

86 PeVL 12/2021 vp, kohdat 53–53.

87 PeVL 12/2021 vp, kohdat 32–33.

88 PeVL 12/2021 vp, kohdat 44–46, 60–63.

89 PeVL 12/2021 vp, kohta 43.

90 PeVL 12/2021 vp, kohta 51.

91 Alexy 2012, s. 472.

92 Viljanen 2001, s. 213–214.

93 PeVM 11/2020 vp, s. 5.

94 PeVL 12/2021 vp, kohta 51.

muita yhteiskunnallisia vaikutuksia.⁹⁵ Ilman tällaista tietoa valiokunnan on vaikea arvioida toimien vaikutuksia perusoikeuksiin ja sitä kautta suhteellisuusperiaatteen muita osia eli välttämättömyyttä ja oikeasuhtaisuutta.

Uudenmaan liikkumisrajoitusten arvioinnissa kantavana ajatuksena vaikuttaisi olleen, että terveydenhuollon toimintakyvyn turvaaminen ja sitä kautta ihmisten hengen ja terveyden suojele oli automaattisesti muita perusoikeuksia painavampi tavoite, jonka saavuttamiseksi oli välttämättä otettava kaikki keinot käyttöön.⁹⁶ Näin ollen se, ettei toimenpiteiden soveltuvuuden tai välttämättömyyden tarkempi arviointi ollut annetuilla tiedoilla mahdollista, ei muodostunut ongelmaksi ja punninta, jonka lopputulos oli selvä, voitiin tehdä yleisemmällä tasolla.

5.2 Valmiuslain 118 §:n tulkinta

PL 23 §:n mukaan poikkeuksista on säädettävä ”lailla tai laissa erityisestä syystä säädetyin ja soveltamisalaltaan täsmällisesti rajatun valtuuden nojalla annettavalla valtioneuvoston asetuksella”. Poikkeamiseen siis sovelletaan jossain määrin väljempää lailla säätämisen vaatimusta kuin rajoittamiseen. PL 23 § yhdessä PL 80 §:n kanssa asettavat kuitenkin melko tiukat vaatimukset asetuksenantovaltuuden sisältävälle laille, eikä valmiuslain ole kaikilta osin katsottu täyttävän näitä vaatimuksia, minkä vuoksi se on voimassa poikkeuslakina. Valmiuslain 118 §, johon Uudenmaan liikkumisrajoitukset perustettiin, on yksi niistä säännöksistä, joita perustuslakivaliokunta valmiuslakia käsitellessään piti liian epätäsmällisenä ja siten perustuslain 80 §:n ja 23 §:n muodostaman lainsäädäntövallan delegointia koskevan normikokonaisuuden vastaisena.⁹⁷ Uudenmaan liikkumisrajoitusten eduskuntakäsittelyssä merkittävästi huomiota sai kysymys siitä, miten epätäsmällistä valmiuslain 118 §:ää olisi tulkittava. Käytännössä kyse oli siitä, millaiset rajoitukset ovat säännöksen nojalla mahdollisia, kun se sanamuotonsa mukaan koskee valtuutta asetuksella ”kieltää oikeus oleskella ja liikkua tietyllä paikkakunnalla tai alueella taikka rajoittaa niitä”.

Esitöissä annetaan säännöksestä yksi soveltamisesimerkki: säteilyarvojen kohoaminen jollain alueella.⁹⁸ Hallituksen esityksessä pandemia ja suuronnettomuus sisältyivät samaan poikkeusolomääritelmän kohtaan ja ne erotettiin omiksi poikkeusoloikseen vasta eduskuntavaiheessa. Vaikka valmiuslain 118 § oli alusta asti sovellettavissa sekä onnettomuuksissa että pandemiassa, on luultavaa, että säännöstä kirjoitettaessa mielessä olivat lähinnä onnettomuudet. Säännöksen edeltäjä, vanhan valmiuslain (1080/1991) 33 §:n 2 momentti soveltui onnettomuuksiin ja ainoa soveltamisesimerkki koskee onnettomuutta. Pandemian sisällyttämistä poikkeusolojen luetteloon perusteltiin mahdollisella tarpeella saada

95 PeVM 11/2020 vp, s. 3. Vaikutusten arviointi onkin lisääntynyt valtioneuvoston perusteluissa kevään 2020 jälkeen.

96 Myös käyttöönottomuistio henkii tätä asennetta: ”On ehdottoman välttämätöntä, että kaikki keinot viruksen valtakunnallisen leviämisen hidastamiseksi otetaan käyttöön – –” (käyttöönottomuistio s. 5).

97 PeVL 6/2009 vp, s. 7; PeVM 9/2010 vp, s. 9.

98 HE 3/2008 vp, s. 90.

käyttöön sairaanhoito- ja eristystiloja, joita ei normaaliolojen lainsäädännöllä (tartuntatautilailla) ole mahdollista saada.⁹⁹ Tarpeesta rajoittaa liikkumisvapautta ei sanottu mitään.

Valmiuslain esitöissä 118 §:ää ei pidetty ongelmallisena liikkumisvapauden kannalta, vaan esityksen sisältämien liikkumisvapautteen kohdistuvien rajoitusten todettiin, perustuslakivaliokunnan käytäntöön viitaten, olevan mahdollisia normaalien rajoitusedellytysten puitteissa.¹⁰⁰ Perustuslakivaliokunnan lausunnoissa, joihin esityksessä viitattiin, oli kyse liikkumisrajoituksista puolustusvoimien alueella ja sisäministeriön määräämästä liikkumiskiellosta vaarallisissa kohteissa ja niiden ympäristössä. Ensin mainitussa valiokunta totesi puolustusvoimien alueiden olevan Euroopan ihmisoikeussopimuksessa tarkoitettuja erityisiä alueita, joilla liikkumisrajoitusten hyväksyttävyyden kriteerit ovat väljemmät.¹⁰¹ Toisessa tapauksessa taas henkilöiden liikkumisvapautta voitiin rajoittaa alueesta aiheutuvan tai siihen kohdistuvan vaaran vuoksi.¹⁰²

Perustuslakivaliokunta katsoi esitetyn 118 §:n sisältämän asetuksenantovaltuuden olevan ristiriidassa lailla säätämisen vaatimuksen kanssa, muttei lausunut mitään säännöksen sisältämisestä puuttumisesta liikkumisvapauteen.¹⁰³ Toisaalta, koska valiokunta katsoi, että pandemian sisällyttäminen poikkeusoloihin vaati lisäperusteluja, ei sen voida katsoa tuolloin antaneen varauksetonta hyväksyntää säännöksen soveltamiselle pandemiaan.¹⁰⁴

Kun tarkastellaan valmiuslain 118 §:n sanamuotoa, voidaan todeta, että se on melko väljä kattaaen oleskelun ja liikkumisen rajoittamisen ja kieltämisen. On kyseenalaista, voidaanko oleskelua ja liikkumista erottaa toisistaan. Sanamuodon valinnan taustalla lieneekin ollut pyrkimys kattaa monenlaiset alueelliset liikkumisrajoitukset. Säännöksen esitöistä taas havaitaan niiden olevan suppeat, mutta viittaavan ensi sijassa evakuointityyppisiin tilanteisiin, joista Uudenmaan liikkumisrajoituksissa ei ollut kyse. Esitöihin nojautuminen siten kaventaisi säännöksen soveltamisalaa sen sanamuodosta. Ongelmana on kuitenkin, että esityöt ovat vanhan PL 23 §:n ajalta ja koskevat siten jo lähtökohtaisesti suppeampaa liikkumisvapauden rajoittamista. Koska uusi PL 23 § mahdollistaa perusoikeuksista poikkeamisen myös pandemiatilanteessa, yksi tulkintavaihtoehto olisi katsoa sen laajentaneen valmiuslain pandemiavaltuuksia mahdollistaen alkuperäistä syvemmälle menevät puuttumiset perusoikeuksiin.

99 HE 3/2008 vp, s. 23.

100 HE 3/2008 vp, s. 100–101.

101 Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi puolustusvoimista annetun lain muuttamisesta (PeVL 21/1997 vp), s. 2–3.

102 Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laiksi poliisilain muuttamisesta (PeVL 11/2001 vp), s. 2. Kyseisessä lainmuutoksessa oli kyse lähinnä liikkumiskiellon säädösperustan päivittämisestä poliisimääräyksestä asetukseen.

103 PeVL 6/2009 vp, s. 7.

104 PeVL 6/2009 vp, s. 4. Puolustusvaliokunta kuitenkin säilytti pandemian poikkeusoluetelossa perustelematta asiaa sen enempää, ks. puolustusvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä valmiuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (PuVM 3/2010 vp), s. 5.

Valtioneuvosto esitti perustelumuistiossaan vielä yhden tulkintatien. Sen mukaan, vaikka asetuksella säädettävät rajoitukset eivät täysin mahdu valmiuslain 118 §:n sanamuotoon, voidaan säännöstä tulkita teleologisesti niin, että se mahdollistaa myös muunlaiset saman tavoitteen omaavat rajoitukset, jotka merkitsevät vähäisempää puuttumista liikkumisvapauteen. Kyseessä ei valtioneuvoston mukaan ollut laajentava tulkinta.¹⁰⁵ Asiantuntijoista Salminen, Ojanen, Viljanen, Jääskeläinen ja Tuori kuitenkin pitivät valtioneuvoston tulkintaa jossain määrin laajentavana, joskaan eivät täysin mahdollittamana.¹⁰⁶ Suurin osa oikeudellisista asiantuntijoista näyttäisi pitäneen valmiuslain 118 §:n soveltumista asetuksen mukaisesti liikkumisrajoituksiin vähintäänkin epäselvänä.

Soveltamisasetusta koskevassa mietinnössään perustuslakivaliokunta asettui kannalle, joka erosi niin valtioneuvoston kuin asiantuntijoidenkin näkemyksestä:

”Valmiuslain 118 §:n sanamuodon mukaan on mahdollista paitsi kieltää myös rajoittaa oikeutta liikkua ja oleskella alueella. Nyt arvioitavan asetuksen 2 §:n kiello voidaan ymmärtää alueella liikkumisen oikeuden rajoitukseksi. Asetuksen 2 §:n 1 momentin tarkoittama kiello mahtuu siten nyt käsillä olevassa poikkeuksellisessa tilanteessa pandemiaa koskevassa sääntelykontekstissa näin ymmärrettynä valmiuslain 118 §:n eduskuntakäsittely huomioiden valmiuslain 118 §:n mukaiseen alueeseen kohdistuvan rajoituksen alaan.”¹⁰⁷

Perustuslakivaliokunta siis katsoi rajoitusten yksinkertaisesti mahtuvan valmiuslain 118 §:n sanamuotoon ja loi siten sen pohjan 118 §:n tulkinnalle pandemiatilanteessa, joka oli valmiuslain eduskuntakäsittelyssä jäänyt puuttumaan. Vaikka valiokunta katsoi, että rajoitukset kuuluivat valmiuslain 118 §:n alaan, se ei kuitenkaan hyväksynyt valtioneuvoston teleologista tulkintaa:

”Perustuslakivaliokunta kiinnittää valtioneuvoston vakavaa huomiota valittuun sääntelytapaan. Asetuksen perustelumuistion mukaan rajoituksessa ei ole varsinaisesti kyse valmiuslain 118 §:n alaan kuuluvasta kiellosta. Valmiuslakia ei ole mahdollista tulkita laajentavasti siten, että otettaisiin käyttöön siinä säädettyä laajempia rajoituksia. Valiokunnan mielestä perustellumpi lähestymistapa perustelumuistiossa omaksutun käsityksen vallitessa valtioneuvostossa olisi ollut laatia asiasta perustuslain 23 §:n mahdollistama lainsäädäntö välttämättömistä liikkumisrajoituksista nyt vallitsevien poikkeusolojen aikana (ks. myös PeVL 7/2020 vp, s. 2—3).”¹⁰⁸

105 Käyttöönottomuistio, s. 9.

106 Salminen lausunto 27.3.2020, s. 5; Ojanen lausunto 26.3.2020, s. 6; Prof. Veli-Pekka Viljasen lausunto PeV:lle 27.3.2020, s. 4; OA Petri Jääskeläisen lausunto PeV:lle 26.3.2020, s. 5; Prof. Kaarlo Tuorin lausunto PeV:lle 26.3.2020, s. 3.

107 PeVM 11/2020 vp, s. 4.

108 PeVM 11/2020 vp, s. 5.

Valtioneuvoston olisi siis ollessaan epävarma valmiuslain 118 §:n soveltumisesta tullut turvautua uuden lain säätämiseen 23 §:n nojalla valmiuslain laajentavan tulkinnan sijasta.¹⁰⁹

5.3 Muiden edellytysten täytyminen

Tilapäisyyden vaatimus täyttyi asetusten ollessa määräaikaisia ja voimassa suhteellisen lyhyen ajan.¹¹⁰ Asetukset myös kumottiin välittömästi, kun toimenpiteen ei enää katsottu olevan välttämätön.¹¹¹ Samoin asetukset saatettiin viivytyksettä eduskunnan käsiteltäväksi.¹¹² Maassa vallitsivat valmiuslain 3 §:n 5 kohdassa tarkoitetut poikkeusolot eli vaikutuksiltaan erityisen vakavaa suuronnettomuutta vastaava hyvin laajalle levinnyt vaarallinen tartuntatauti.

Uudenmaan liikkumisrajoituksia arvioidessaan perustuslakivaliokunta vaati sääntelyltä nimenomaisesti täsmällisyyttä ja tarkkarajaisuutta.¹¹³ Vaatimus riittävistä oikeusturva-järjestelyistä perusoikeuksia rajoitettaessa näyttäisi sen sijaan saaneen osakseen hyvin vähän huomiota Uudenmaan rajoituksista säädettyä. Soveltamisasetuksen lopulliseen versioon valtioneuvosto kuitenkin lisäsi säännöksen, jonka mukaan poliisi ei saa estää välttämättömään syyhyen vetoavan henkilön liikkumista (soveltamisasetus 2.6 §). Syyhyä lisäykseen oli, ettei henkilöllä tällaisessa tilanteessa olisi ollut mahdollisuutta hakea muutosta poliisin tekemään arvioon rajanylityserusteiden hyväksyttävyydestä. Säännös ei kuitenkaan estänyt poliisia sakottamasta rajanylittäjiä, sillä rangaistus oli saatettavissa tuomioistuimen tutkittavaksi.¹¹⁴ Lisäystä on pidettävä periaatteellisesti merkittävänä.

Vaikka valtioneuvosto kohteli Uudenmaan liikkumisrajoituksia automaattisesti poikkeuksena perusoikeuksista, se katsoi muistiossaan rajoitusten kuitenkin täyttävän ihmisoikeussopimusten liikkumisvapauden *rajoittamiselle* asettamat kriteerit (välttämättömyys, lakiperusteisuus ja terveyden suojelu hyväksyttävänä perusteena).¹¹⁵ Tämä on sinänsä mahdollista, sillä perusoikeuden antama suoja liikkumisvapaudelle voi olla ihmisoikeuden määrittelemää suoja-alueetta laajempi. Tällöin rajoitus voi puuttua perusoikeuteen tavalla, jota on pidettävä PL 23 §:ssä tarkoitettuna poikkeamisena, mutta pysyä silti ihmisoikeuden tavanomaisten rajoitusvaltuuksien sisällä. Valtioneuvoston tekemää arviota ei kyseenalaistettu asiantuntijalausunnoissa tai valiokunnan mietinnöissä, eikä siten myöskään poikkeamisilmoituksen tekemistä vaadittu.¹¹⁶

109 Vastaavaa esitti suositeltavana toimintatapana lausunnossaan myös Ojanen, joskin valmiuslain muuttamisen kautta, ks. Ojanen lausunto 26.3.2020, s. 7.

110 Sinänsä pelkkä määräaikaisuus ei riitä täyttämään tilapäisyyden vaatimusta, vaan sitä on arvioitava myös asiallisesti, ks. PeVL 12/2021 vp, kohta 32.

111 Kumoamismuistio, s. 5.

112 Asiat M 8/2020, M 9/2020 ja M 10/2020 vp.

113 PeVM 8/2020 vp, s. 6.

114 Soveltamismuistio, s. 14. Alkuperäinen, ennen voimaantuloaan kumottu asetus 140/2020 ei sisältänyt vastaavaa säännöstä.

115 Käyttöönottomuistio, s. 6.

116 Sitä vastoin yleisiä liikkumisrajoituksia koskevassa lausunnossa valiokunta kyseenalaisti valtioneuvoston vastaavan kannan ja kehotti arvioimaan uudelleen tarvetta ilmoituksen antamiseen, ks. PeVL 12/2021 vp, kohdat 13–14.

6. JOHTOPÄÄTÖKSET

Perustuslakivaliokunnalla oli alle vuorokausi aikaa käsitellä Uudenmaan liikkumisrajoituksia ennen niiden suunniteltua voimaantuloa. Aikataulu asetusten arvioinnille oli liian tiukka. Kyse ei ollut täysin ennalta-arvaamattomasta kriisitilanteesta, joka olisi puoltanut asetusten pikäkäsittelyä eduskunnassa. Merkittävän osan valiokunnan huomiosta vei se seikka, että rajoituksista oli säädetty yhdellä asetuksella erillisten käyttöönotto- ja soveltamisasetuksen sijaan. Tämä olikin estää asetusten hyväksymisen, minkä vuoksi valtioneuvosto antoi korvaavat asetukset vielä samana päivänä. Ei siten ole ihme, että valiokunnan arvio käyttöönottoasetuksesta jättää toivomisen varaa. Sen sijaan soveltamisasetuksen arvioinnissa valiokunnalla on ollut hiukan enemmän aikaa käytettävissä, mutta lopputuloksesta paistaa läpi tarve esittää toimenpide hyväksyttävänä kaikista ongelmista ja epävarmuuksista huolimatta.

Tässä artikkelissa esitetyn perusteella perustuslakivaliokunnan ratkaisulle arvioida Uudenmaan liikkumisrajoituksia PL 23 §:n mukaisina rajoituksina on löydettävissä perusteet. Puuttuminen perus- ja ihmisoikeuksiin ylitti sen, mitä on pidettävä sallittuna perusoikeuksien rajoittamisena etenkin liikkumisrajoituksen summaarisuuden ja poikkeuksellisuuden vuoksi. Perustuslakivaliokunnan mietinnöistä on myös löydettävissä perustelut sille, että liikkumisrajoitus täyttää PL 23 §:ssä asetetut vaatimukset perusoikeuksista poikkeamiselle, lukuun ottamatta vaatimusta asetuksen perustana olevan säännöksen täsmällisyydestä, joka on ratkaistu säätämällä valmiuslaki poikkeuslakina. Perustuslakivaliokunnan kantaa ei siten ole pidettävä vääränä, lähinnä vain heikosti perusteltuna. Erityisesti rajoitusten välttämättömyyden ja oikeasuhtaisuuden arviointi jäi pinnalliseksi.

Pandemian jatkuessa perustuslakivaliokunta on kehittänyt arviointikäytäntöään ja alkanut painottaa, että sen tehtävän asianmukainen toteuttaminen vaarantuu, jos esitysten eduskuntakäsittelylle ei varata riittävää ja kohtuullista aikaa. Monet tässä artikkelissa havaitut puutteet Uudenmaan liikkumisrajoitusten arvioinnissa on korjattu valiokunnan yleistä liikkumisrajoitusta koskevassa lausunnossa. Valiokunta arvioi huomattavasti seikkaperäisemmin yleisen liikkumisrajoituksen perusoikeusvaikutuksia, mahdollisuutta säätää rajoituksista tavallisena rajoituksena, ihmisoikeussopimusten mukaisuutta, suhteellisuutta, välttämättömyyttä ja täsmällisyyttä ja tarkkarajaisuutta. Vähitellen on siis opittu huolehtimaan poikkeustoimenpiteiden kohdalla oikeusvaltion toiminnan turvaamisesta.

WHO'S TRUSTING WHO? OBSERVATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN JUDICIAL COOPERATION AFTER BREXIT

Vellamo Jutila¹

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol11Ypp34-46>

Helsinki Law Review, 1/2021, pp. 34–46

© 2021 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



Keywords:

Mutual trust, Brexit, fundamental rights, judicial cooperation, ECHR

ABSTRACT

On 1 May 2021, the EU–UK Trade and Cooperation Agreement (TCA) entered formally into force. This article asks whether mutual trust exists after Brexit and whether it plays any role in the future judicial cooperation between the EU and the UK, provided for in the newly applicable TCA. The human rights conditionality introduced by the TCA, and the new government mechanism established to enforce it, aim to ascertain continuous cooperation between the EU and the UK without additional guarantees on adequate human rights protection despite Brexit. The argument is that instead of mutual trust, the UK's continuous adherence to the ECHR will become the guiding principle when it comes to the observation of fundamental rights in judicial cooperation. The findings indicate that in the future the ECtHR may have an increasing role in determining the required level of protection of fundamental rights.

1 The author currently studies in the Master of Law program at the University of Helsinki. This text has been written as a part of the studies in the *European Constitution and Criminal Justice* project.

I. INTRODUCTION

I.1 Mutual Trust in the EU's Area of Freedom, Security and Justice

Establishment of the EU's Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) is a continuation of the extensive cooperation among the Member States in several policy areas.² A key feature of the development of the AFSJ has been the abolition of internal borders between the Member States.³ However, even where the treaties provide a European area where freedom of movement is secured, it is not accompanied by a single area of law.⁴ The law remains territorial especially in the field of law enforcement and thus stands the challenge of maintaining a unite, single and effective Union legal system while respecting the sovereignty of the Member States. Additionally, EU law is characterised by its primacy and by the direct effect of a whole series of provisions applicable to their nationals and the Member States themselves.⁵

This is where the principle of mutual trust and mutual recognition comes in. Originated from the EU internal market, the principle⁶ of mutual trust between the Member States allows an area without internal borders to be created and maintained. Briefly, the principle of mutual trust requires each of Member States 'save in exceptional circumstances, to consider all the other Member States to be complying with EU law and particularly with the fundamental rights recognised by EU law'⁷. The existence of such mutual trust is justified by and based on a fundamental premiss that 'each Member State shares with all the other Member States, and recognises that they share with it, a set of common values [enshrined in Article 2 TEU] on which the EU is founded'⁸. The principle thus serves the function of effective judicial cooperation between the Member States, enabling national decisions to be enforced automatically, except in exceptional circumstances.⁹ Such automaticity ceases in case of 'systematic deficiencies'¹⁰ or where a judicial authority of the executing Member State is in possession of evidence of real risk of inhuman or degrading treatment.¹¹

2 Francesco Maiani, Sara Migliorini, *One Principle to Rule them All? Anatomy of Mutual Trust in the Law of the Area of Freedom, Security and Justice* [2020] 57(1) CML Rev, 11.

3 Valsamis Mitsilegas, *EU Criminal Law after Lisbon – Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe* (Hart Publishing 2016) 125.

4 *Ibid.*

5 Opinion 2/13 *Adhésion de l'Union à la CEDH* [2014] ECLI:EU:C:2014:2454, para 166.

6 The notion of 'principle' can raise criticism and rightfully so. Francesco Maiani and Sara Migliorini question whether the principle of mutual trust created by the Court can be self-standing and applicable as such to all the AFSJ instruments. *One Principle to Rule them All? Anatomy of Mutual Trust in the Law of the Area of Freedom, Security and Justice* [2020] 57(1) CML Rev, 44.

7 Opinion 2/13 *Adhésion de l'Union à la CEDH* [2014] ECLI:EU:C:2014:2454, para 191.

8 *Ibid.*, para 168.

9 Herlin-Karnell observes that the 'notion of trust [in the AFSJ] has, in many ways, worked as claimed panacea for a lack of uniformity'. Ester Herlin-Karnell, *The Constitutional Structure of Europe's Area of Freedom, Security and Justice' and the Right to Justification* (Hart Publishing 2019) 147.

10 Joined cases C-411 & 493/10 *N.S.* [2011] ECLI:EU:C:2011:865, para 100.

11 Joined cases C404 & 659/15 *PPU Aranyosi and Căldăraru* [2016] ECLI:EU:C:2016:140, para 88.

1.2 Who Can Be Trusted Then?

If the membership of the Union guarantees¹² the mutual respect of fundamental rights, does it mean that any state may no longer be trusted if they choose to leave the EU? Following the UK-wide referendum in June 2016 and prolonged withdrawal process after the invoking of Article 50 TFEU on the UK's side, the Withdrawal Agreement¹³ between the UK and the EU entered into force on 31 January 2020. During the transition period, EU law continued to apply with respect to the UK,¹⁴ and the Court of Justice of the European Union (the Court) continued to have jurisdiction to hear disputes brought by or against the UK.¹⁵ Herewith, the presumed existence of mutual trust should not have been called into question – at least in principle.

At the end of last year, on Christmas Eve 2020, the EU and the UK agreed on the Trade and Cooperation Agreement (TCA)¹⁶ which was initially applied provisionally prior to its entry into force.¹⁷ After obtaining the consent of the European Parliament, the Council adopted a decision¹⁸ on the conclusion of the TCA and the agreement formally entered into force on 1 May 2021. Unlike free trade agreements in general, the agreement in question includes a whole set of provisions concerning law enforcement and judicial cooperation in criminal matters.

This article aims to answer the question whether mutual trust exists after Brexit and whether it plays any role in the future criminal cooperation between the EU and the UK. To answer the question, this article examines the legal basis, parameters, and conditions for future judicial cooperation, provided for in the TCA.

12 The purpose of this text is not to examine the observation or any alleged or suspected infringements of the fundamental rights in the Member States to the EU.

13 Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community [2019] OJ C1384/1.

14 Article 127 Withdrawal Agreement. Article 6(1) Withdrawal Agreement stipulates that 'all references in this Agreement to Union law shall be understood as references to Union law, including as amended or replaces, as applicable on the last day of the transition period'.

15 Article 86(1) Withdrawal Agreement.

16 Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part [2020] OJ L444/14.

17 Council decision 13904/29 on the signing, on behalf of the Union, and on provisional application of the Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part, and of the Agreement between the European Union and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland concerning security procedures for exchanging and protecting classified information, 28 December 2020 <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13904-2020-INIT/en/pdf>>.

18 Council decision 5022/3/21 on the conclusion, on behalf of the Union, of the Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part, and of the Agreement between the European Union and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland concerning security procedures for exchanging and protecting classified information, 28 April 2021 <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5022-2021-REV-3/en/pdf>>.

2. CONCERNS PRIOR TO BREXIT

2.1 The RO Judgement: Potential Impacts of Expected Brexit Concerned

Already prior to Brexit, there has been legal debate on the consequences of the UK potentially leaving the EU, particularly regarding the principle of mutual trust and mutual recognition. The Court's ruling in the case C-327/18, *RO*,¹⁹ concerned whether Ireland was still obliged to execute a European Arrest Warrant (EAW) issued by the UK, in light of the UK's expected withdrawal from the EU. In March 2017, the UK had notified its intention to leave on the basis of Article 50 TFEU. Worth emphasising, at the time of the preliminary reference, the provisions of the Withdrawal Agreement were not yet agreed upon and, thus, the continuing application of EU law during the transition period remained unsettled. As the following negotiations between the EU and the UK have had similar elements to the findings of the Court, it is worth taking a closer look at the *RO*.

In brief, *RO* was subject to two EAW's, issued by the UK relating to murder, arson, and rape. Those crimes each carried potential sentences of life imprisonment. *RO* was arrested and remanded in custody in Ireland, where he challenged the execution of the warrants claiming that he could suffer inhuman and degrading treatment if he were to be imprisoned in Maghaberry prison in Northern Ireland. In light of *Aranyosi and Căldăraru*²⁰, the Irish High Court considered it necessary to ask for further information from the issuing judicial authority on the conditions of *RO*'s detention. Satisfied with the reply, the Irish High Court, however, was still concerned about the potential impacts of Brexit on *RO*'s case and thus referred the question to the Court seeking, in essence, to ascertain whether Brexit would have any impact on executing an EAW.

The Court replied in the negative. The Court recalled that the principle of mutual trust between the Member States requires (save in exceptional circumstances) to consider all the other Member States to be complying with EU law and particularly with the fundamental rights. However, since *RO* argued that due to the UK's notification, he would be exposed to the risk that number of the rights he enjoys under the Charter²¹ and the Framework Decision²² may no longer be respected after the UK's withdrawal, the Court had to consider the potential impacts of the notification based on the Article 50 TFEU. In that respect, the Court noted that such notification does not have the effect of suspending the application of EU law in the withdrawing state.²³ Instead, a refusal to execute an EAW would run counter to the preamble of the Framework Decision which states that its implementation may only be suspended in the event of a serious

19 Case C-327/18 PPU *RO* [2018] ECLI:EU:C:2018:733.

20 Joined cases C-404/15 & 659/15 PPU [2016] ECLI:EU:C:2016:198.

21 Charter of Fundamental Rights of the European Union [2012] OJ C326/391.

22 Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA) [2002] OJ L190, amended by Council Framework Decision of 26 February 2009 (2009/299/JHA) [2009] OJ L81.

23 Case C-327/18 PPU *RO* [2018] ECLI:EU:C:2018:733, para 45.

and persistent breach of the EU values.²⁴ Moreover, notification of intention to withdraw from the EU did not constitute ‘exceptional circumstances’.

To further assurance, should the UK indeed leave the EU, the Court observed that since the UK would remain a party to the ECHR irrespective to its membership to the EU, its withdrawal from the Union ‘has no effect on its obligation to have due regard to Article 3 of the ECHR, to which Article 4 of the Charter corresponds, and, consequently, cannot justify the refusal to execute a European arrest warrant on the ground that the person surrendered would run the risk of suffering inhuman or degrading treatment within the meaning of those provisions.’²⁵ In conclusion, non-execution may be justified only if there is ‘concrete evidence to the contrary’.²⁶

2.2 Conclusions and Implications

The *RO* judgement suggested that the adoption of Brexit would not change much. Even where the provisions of the Withdrawal Agreement remained unsettled at the time of the judgement, an assumption of the UK nevertheless continuing to apply the ECHR amounted to the necessary mutual trust.²⁷ Accordingly, the UK’s continuing adherence to the ECHR was to form a part of the ongoing future relationship negotiations as reflected in the revised EU–UK Political Declaration. As for the basis for cooperation, ‘the future relationship should incorporate the United Kingdom’s continued commitment to respect the framework of the [ECHR], while the Union and its Member States will remain bound by the [Charter], which reaffirms the rights as they result in particular from the ECHR.’²⁸ Since the EU itself has not yet acceded to the ECHR,²⁹ the divergent positions of the parties raised some criticism, especially since such requirement is unprecedented when compared to the EU’s third country agreements with other states.³⁰

24 *Ibid.*, para 47.

25 *Ibid.*, para 52.

26 *Ibid.*, para 61.

27 In addition to the continuous application of the ECHR (Article 3 particularly), since the provisions of Article 27 and 28 of the Framework Decision, reflected in Articles 14 and 15 of the European Convention on Extradition of 13 December 1957 that is signed by the UK, and the right to a deduction (Article 26 of the Framework Decision) are incorporated in UK domestic law and, thus, applicable irrespective of the EU law, the execution of the EAW was justified.

28 3 Part I: Initial provisions. <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/revised_political_declaration.pdf>.

29 Despite the CJEU’s surprising – or disappointing – ruling (Opinion 2/13), the EU’s accession process was restarted in 2019. Lucy Moxham and Oliver Garner find the EU’s accession to the ECHR necessary for the EU in order to enhance its credibility and to ensure a coherent European framework for the protection of human rights. “Will the UK uphold its commitment to human rights?” (LSE blog, 30 June 2020) <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2020/06/30/long-read-will-the-uk-uphold-its-commitment-to-human-rights/>> accessed 5 February 2021.

30 Harriet Harman MP, Chair of the Joint Committee on Human Rights, Views on the EU mandate for negotiations with the UK on the future relationship, 20 April 2020, <<https://committees.parliament.uk/publications/747/documents/4376/default/>> accessed 5 February 2021.

3. HUMAN RIGHTS CONDITIONALITY FOR THE FUTURE COOPERATION BETWEEN THE EU AND THE UK

3.1 General Basis for Cooperation

The newly applicable TCA aims to create a strong linkage to the fundamental rights by introducing a human rights conditionality for the cooperation between the EU and the UK. Part Six of the TCA sets the basis of cooperation, providing that

‘The Parties shall continue to uphold the shared values and principles of democracy, the rule of law, and respect for human rights, which underpin their domestic and international policies. In that regard, the Parties reaffirm their respect for the Universal Declaration of Human Rights and *the international human rights treaties to which they are parties*.’³¹

Since the UK is party to the ECHR, it, therefore, falls within the meaning of the Article COMPROV.4 without explicit notion. Further, Article COMPROV.12 provides that democracy, rule of law and human rights constitute ‘essential elements’ of the partnership. In case of serious and substantial failure by one of the parties in fulfilling the obligations concerning essential elements, the TCA or any supplementing agreement may be terminated or suspended from operation either in whole or in part.³² The suspension or termination is not however automatic, since parties are obliged to seek a mutually agreeable solution and there is an obligation of proportionality.³³

3.2 The ECHR as a Prerequisite for Law Enforcement Cooperation

The context of mutual trust is particularly relevant in the judicial cooperation in criminal matters which is comprised in Part Three³⁴ of the TCA. Reflecting the general basis for cooperation, Article LAW.GEN.3 guarantees the protection of human rights and fundamental freedoms introducing its own variation of the ‘essential elements’ -clause.³⁵ Unlike the general provisions, Article LAW.GEN.3 provides an explicit reference to the ECHR and is worth citing in full.

31 Article COMPROV.4 of the TCA (Title II: Basis for Cooperation), emphasis added.

32 Article INST.35 of the TCA (Title III: Fulfillment of Obligations and Safeguard Measures).

33 Steve Peers, “Analysis 3 of the Brexit Deal: Human Rights and the EU/UK Trade and Cooperation Agreement” (EU Law Analysis, 4.1.2021), <<https://eulawanalysis.blogspot.com/2021/01/analysis-3-of-brexit-deal-human-rights.html>> accessed 7 February 2021.

34 Part III: Law Enforcement and Cooperation in Criminal Matters, TCA. Note that cooperation in civil matters is not covered.

35 Steve Peers, “Analysis 3 of the Brexit Deal: Human Rights and the EU/UK Trade and Cooperation Agreement” (EU Law Analysis, 4.1.2021), <<https://eulawanalysis.blogspot.com/2021/01/analysis-3-of-brexit-deal-human-rights.html>> accessed 7 February 2021.

'1. The cooperation provided for in this Part is based on the Parties' and Member States' longstanding respect for democracy, the rule of law and the protection of fundamental rights and freedoms of individuals, including as set out in the Universal Declaration of Human Rights and in the *European Convention on Human Rights, and on the importance of giving effect to the rights and freedoms in that Convention domestically*.

2. Nothing in this Part modifies the obligation to respect fundamental rights and legal principles as reflected, in particular, in the European Convention on Human Rights and, in the case of the Union and its Member States, in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.' (emphasis added)

The notion on the importance of giving effect to the ECHR provisions hence ensures that the corresponding rights of the Charter are secured also in the future in cases like *RO*. As the derogation from Article 4 of the Charter has served as justification for non-execution,³⁶ so would any deprivation from Article 3 ECHR, if the effect to the Convention rights was not guaranteed in the UK's domestic legal system.

Regardless of whether the rest of the treaty remains in force, law enforcement cooperation is ceased if the UK withdraws from the ECHR.³⁷ Part Three of the TCA hence includes its own 'human rights termination clause' dependent on the application of the ECHR: should the UK or any of the Member States denounce the ECHR or Protocols 1, 6, or 13 thereto³⁸, the part concerning law enforcement and judicial cooperation in criminal matters ceases to be in force, after such denunciation becomes effective, on the fifteenth day following the notification of termination.³⁹ Unlike the essential elements -clause concerning the whole TCA, here, there is no requirement of a serious and substantial failure or to discuss the issue, nor is there an obligation of proportionality.

Observation of fundamental rights as a prerequisite for judicial cooperation in criminal matters is further amplified in Article LAW.OTHER.137(1), which provides for the *suspension* of Part Three of the agreement in the event of serious and systematic deficiencies as regards the protection of fundamental rights or the principle of the rule of law. The 'serious and systematic

36 Joined cases C404 & 659/15 PPU *Aranyosi and Căldăraru* [2016] ECLI:EU:C:2016:140, para 104.

37 Frederick Cowell notes that while the TCA contains a number of provisions 'locking-in' the UK's continued adherence to the ECHR, the implications of broader non-compliance remain unclear. "The Brexit deal locks the UK into continued Strasbourg Human Rights court membership" (LSE blog, 17.1.2021), <<https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2021/01/17/the-brexit-deal-locks-the-uk-into-continued-strasbourg-human-rights-court-membership/>> accessed 7 February 2021.

38 Regarding the supplementing Protocols to the ECHR, Protocol 1 concerns the protection of property as well as the right to education and free elections, while Protocols 6 and 13 both concern abolition of the death penalty.

39 Article LAW.OTHER.136(2) of the TCA.

deficiencies' formula seems to emigrate from *Bosphorus*⁴⁰ and the suspending effect to reflect the findings of *Avotiņš v Latvia*⁴¹: if a serious and substantiated complaint is raised before the executing court to the effect that the protection of an ECHR right has been manifestly deficient (and this situation cannot be remedied by EU law), the court cannot refrain from examining such complaint on the sole ground that EU law is applied.⁴² As we apply this to EU-UK-relation, if the presumption needs to be set aside, also the cooperation in criminal matters needs to be suspended until the trust, reflecting the mutual trust between the Member States,⁴³ is regained.

3.3 Special Human Rights Exceptions⁴⁴

Part Three of the TCA also contains a number of specific human rights provisions relating to specific forms of law enforcement cooperation.⁴⁵ For instance, the surrender mechanism established by the TCA provides that, in particular cases, the execution of an arrest warrant may be subject to guarantees given by the issuing State. Thus, the executing judicial authority may require additional guarantees as to the treatment of the requested person after the surrender before it decides whether to execute the arrest warrant if, *inter alia*, there are 'substantial grounds for believing that there is a real risk to the protection of the fundamental rights of the requested person'.⁴⁶

Thus, Article LAW.SURR.84(c) seems to be in line with the exceptions and limitations to the mutual recognition in executing the EAWs. While the Court has in its case-law set a rather high threshold for the non-operation of the principle of mutual trust,⁴⁷ here, substantial grounds for real risk serve the justification to verify the observance of fundamental rights. Noteworthy, as recalled in *RO*, implementation of the Framework Decision can only be suspended in the event of a serious and persistent breach of the EU values.⁴⁸

40 *Bosphorus* App no 45036/98 (ECtHR, 30 June 2005).

41 *Avotiņš v Latvia* App no 17502/07 (ECtHR, 23 May 2016).

42 *Ibid.*, para 116.

43 Koen Lenaerts, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust* [2017] 54(3) CML Rev, 836.

44 A phrase used by Steve Peers, in "Analysis 3 of the Brexit Deal: Human Rights and the EU/UK Trade and Cooperation Agreement" (EU Law Analysis, 4.1.2021), <<https://eulawanalysis.blogspot.com/2021/01/analysis-3-of-brexit-deal-human-rights.html>> accessed 7 February 2021.

45 *Ibid.* Articles LAW.SURR.84(c), LAW.CONFIC.16 and LAW.EUROPOL.52(3) of the TCA.

46 Article LAW.SURR.84(c) of the TCA.

47 See, e.g., Joined cases C-411 & 493/10 N.S. [2011] ECLI:EU:C:2011:865, C-578/16 PPU C.K. [2017] ECLI:EU:C:2017:127, Joined cases C404 & 659/15 PPU *Aranyosi and Căldăraru* [2016] ECLI:EU:C:2016:140.

48 Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA) [2002] OJ L190, amended by Council Framework Decision of 26 February 2009 (2009/299/JHA) [2009] OJ L81, Preamble (10).

4. NEW INSTITUTIONALISM

4.1 If the ECHR Is the Solution, What Is the Problem?

After all, when it comes to mutual trust, the ECHR conditionality in the TCA ensures that the ECHR will be at the heart of the EU–UK criminal justice cooperation, although the conditionality may seem tenuous to some.⁴⁹ If the presumption of equivalent protection was to be rebutted, the interest of international cooperation would be outweighed by the ECHR's role as a 'constitutional instrument of European public order' in the field of human rights.⁵⁰ Bell argues that, in light of Part Three of the TCA, *Bosphorus* provides a wider context to ECHR conditionality in respect of the UK.⁵¹ Setting the ECHR as a centrepiece is, however, unlikely to soothe the tensions entrenched in Opinion 2/13 – what about the autonomy of the EU legal order *vis-à-vis* the ECHR?⁵²

4.2 New Governance and Interpretation

Additionally, the TCA establishes a whole new governance ecosystem.⁵³ The envisaged agreement sets a range of Committees and Working Groups and encourages a limited degree of parliamentary cooperation, but this text focuses mainly on the (special) governance mechanisms on law enforcement and criminal justice cooperation. First and foremost, the TCA establishes a new Partnership Council, comprised of ministerial-level representatives of the EU and the UK. The Partnership Council oversees the attainment of the objectives of the TCA, supervising and facilitating its interpretation and application. Moreover, both the UK and the EU may refer any issue relating to the implementation, application, and *interpretation* of the TCA to the Partnership

Council.⁵⁴ The Partnership Council attains a wide range of powers as it has powers to adopt decisions where the TCA so provides and amendments to the TCA itself.⁵⁵

The TCA also establishes a Specialised Committee on Law Enforcement and Judicial Cooperation (Specialised Committee) to address the matters covered by Part Three.⁵⁶ In place of law enforcement cooperation, the Specialised Committee has the power to monitor and review the implementation of the agreement and to assist the Partnership Council, for instance, by recommending joint interpretations in the event of suspension of Part Three of the TCA.⁵⁷

With regard to interpretation, the TCA is an international treaty and thus must be interpreted in accordance with customary rules of interpretation of public international law (Article COMPROV.13). The TCA provides an explicit reference to the Vienna Convention on the Law of Treaties⁵⁸ and hence a toolbox of the general rules on the interpretation of treaties.⁵⁹ Therefore, interpretation of the TCA is not to be governed by the EU principles of interpretation developed by the Court nor to be carried out by the EU courts.⁶⁰ 'For greater certainty', the TCA confirms that it does not create an obligation to interpret the provisions in accordance with domestic law nor are interpretations given by the Court or the UK courts binding on each other.⁶¹

4.3. Dispute Settlement

Under the TCA, potential disputes should primarily be resolved through political consultations between the parties.⁶² If the parties do not agree, either side may initiate arbitration.⁶³ However, the rules on dispute settlement exclude issues relating to law enforcement and judicial cooperation in criminal matters, including when applied in relation to situations governed by other provisions of the TCA, from the scope of arbitration.⁶⁴ Overall, despite the rather extensive

49 John Bell, "New year, new relationship – bespoke governance and tenuous ECHR conditionality in Part 3 of the EU-UK TCA" (European Law Blog, 12.1.2021) <<https://europeanlawblog.eu/2021/01/12/new-year-new-relationship-bespoke-governance-and-tenuous-echr-conditionality-in-part-3-of-the-eu-uk-tca/>> accessed 7 February 2021.

50 *Bosphorus* App no 45036/98 (ECtHR, 30 June 2005), para 156.

51 John Bell, "New year, new relationship – bespoke governance and tenuous ECHR conditionality in Part 3 of the EU-UK TCA" (European Law Blog, 12.1.2021) <<https://europeanlawblog.eu/2021/01/12/new-year-new-relationship-bespoke-governance-and-tenuous-echr-conditionality-in-part-3-of-the-eu-uk-tca/>> accessed 7 February 2021.

52 In Opinion 2/13 (*Adhésion de l'Union à la CEDH* [2014] ECLI:EU:C:2014:2454), the Court found three situations where the accession of the EU to the ECHR could endanger the autonomy of EU law. Firstly, the Court concerned the potential divergent standards on the protection due to the conflict between Article 53 ECHR and Article 53 Charter (paras 187–190). Secondly, the draft agreement could adversely affect the principle of mutual trust between the Member States concerning the respect of fundamental rights (paras 191–195). Thirdly, the Court questioned the possibility of the national courts to ask an advisory opinion from the ECtHR since such mechanism, established by Protocol No. 16 to the ECHR, could undermine the effectiveness of the preliminary reference procedure (paras 196–199).

53 Mark Konstantinidis, Vasiliki Poula, "From Brexit to Eternity: The institutional landscape under the EU-UK Trade and Cooperation Agreement" (European Law Blog, 14.1.2021) <<https://europeanlawblog.eu/2021/01/14/from-brexit-to-eternity-the-institutional-landscape-under-the-eu-uk-trade-and-cooperation-agreement/>> accessed 8 February 2021.

54 Article INST.1(3) of the TCA.

55 Article INST.1(4) of the TCA.

56 Article INST.2(1)(r) of the TCA.

57 Article INST.2(4) and Article LAW.OTHER.137(7) of the TCA.

58 Vienna Convention on the Law of Treaties, adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980. United Nations *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

59 Jan Philipp Cludius notes that as the EU is not a State, the VCLT does not apply to the TCA as such. Only the customary rules reflected in the VCLT may be applicable to the TCA. "Chaos averted or executive overreach?: On the provisional application of the "EU-UK Trade and Cooperation Agreement" (Völkerrechtsblog, 15.1.2021) <<https://voelkerrechtsblog.org/chaos-averted-or-executive-overreach/>> accessed 4 February 2021. Yet, the customary nature of the provisions relating to the treaty interpretation is undisputed. See, e.g., *Territorial Dispute* (Merits) [1994] ICJ Rep 1994 p. 6 and *Oil Platforms* (Preliminary Objections) [1996] ICJ Rep 1996 p. 803.

60 Philip Moser QC, "The TCA: New Law, Not EU Law" (EU Relations Law, 21.12.2020) <<https://eurelationslaw.com/blog/the-tca-new-law-not-eu-law/>> accessed 6 February 2021.

61 Article COMPROV.13 of the TCA.

62 Article INST.13 of the TCA.

63 Article INST.14 of the TCA.

64 Article INST.10(2)(f) of the TCA.

arbitration provision, there is a strong preference in favour of political consultations, and, in certain areas, these consultations are indeed the only available solution.⁶⁵

Termination or suspension of judicial cooperation, as discussed above alongside the human rights conditionality, is achieved through written notification through diplomatic channels. Upon the notification of a suspension (Article LAW.OTHER.137) the Partnership Council needs immediately be seized of the matter, as it has the obligation to explore ways to postpone, withdraw or reduce the scope of suspension.⁶⁶ Further, in accordance with the powers conferred to it and assisted by the Special Committee, the Partnership Council performs interpretative functions concerning the provisions of Part Three. The Partnership Council may also recommend appropriate actions or adopt appropriate adaptations which would be necessary in order to address the underlying reasons for the suspension. Even when the fundamental rights are at issue, it is to the Partnership Council to interpret and, if necessary, amend the provisions. This raises the question of whether it is appropriate to assess, for instance, the meaning of 'serious and systematic deficiencies' of the protection of fundamental rights in diplomatic *tour de table* instead of a courtroom. When the judicial cooperation in criminal matters is based on the prerequisite that both Parties observe the fundamental rights, it would seem more natural for the court to assess such a finding or alleged breach.

4.3 The Role of the Court

Shortly, the Court will have no role in the institutional structure of the TCA. This is rather surprising since the TCA is an international agreement concluded by the EU⁶⁷ and by virtue of Article 216(2) TFEU binding upon the institutions of the EU and on its Member States. Such an agreement forms 'an integral part of EU law' where only the Court has exclusive jurisdiction in disputes where EU law is at issue.⁶⁸ The draft agreement contained a provision guarding the autonomy of the EU legal order as the concepts of EU law were to be interpreted in accordance

65 Mark Konstantinidis, Vasiliki Poula, "From Brexit to Eternity: The institutional landscape under the EU-UK Trade and Cooperation Agreement (European Law Blog, 14.1.2021) <<https://europeanlawblog.eu/2021/01/14/from-brexit-to-eternity-the-institutional-landscape-under-the-eu-uk-trade-and-cooperation-agreement/>> accessed 8 February 2021.

66 Article LAW.OTHER.137(7).

67 Article 217 TFEU was chosen as a legal basis for the agreement ('association agreements'). The Council legal services confirmed its view that "as [TCA] only covers areas where the EU has competence, whether exclusive or potential, the [TCA] may be concluded as an EU-only agreement on the basis of Article 217 TFEU". CLS opinion 5591/21 (25 January 2021). Steve Peers, "The Brexit deal – Council legal service opinion" (EU Law Analysis, 27 January 2021) <<http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/01/the-brexit-deal-council-legal-service.html?m=1>> accessed 8 February 2021.

68 Opinion 2/13 *Adhésion de l'Union à la CEDH* [2014] ECLI:EU:C:2014:2454, paras 180, 204.

with the Court's case-law.⁶⁹ This did not, however, make it to the TCA, explicable in view of the UK's 'red line' in relation to the status of the Court and EU law.⁷⁰

As such, concerning the TCA, the Court's jurisdiction is limited only to matters related to the UK's participation in Union programmes.⁷¹ It remains to be seen whether EU law concepts will have de facto effect with regard to interpretation of the TCA. As most of the EU instruments are replicated in the TCA in the part concerning law enforcement and judicial cooperation in criminal matters, EU law might be used as a benchmark when interpreting the provisions of the agreement. Thus, the Court and its case law might serve as a persuasive authority despite its non-binding status.

5. THE (UNPREDICTABLE) FUTURE OF THE MUTUAL TRUST

Although law enforcement cooperation⁷² on the basis of the TCA is not fully comparable to the criminal justice cooperation afforded by EU membership, the surrender mechanism⁷³ is an example of the compromises extended to human rights in order to achieve cooperation as close as conceivable.⁷⁴ The TCA itself is a major political compromise in order to avoid a no-deal Brexit and it remains to be seen what the cooperation will eventually be like within the institutional framework established by the agreement. When it comes to the observation of fundamental rights in judicial cooperation in criminal matters, it is not yet clear how a diplomatic forum (the Partnership Council, a political compromise too) can take on the interpretative tasks expected

69 Draft text of the Agreement on the New Partnership with the United Kingdom, 18 March 2020 (UKTF (2020) 14), Article COMPROV.14 <<https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/200318-draft-agreement-gen.pdf>>.

70 Philip Moser QC, "The TCA: New Law, Not EU Law" (EU Relations Law, 21.12.2020) <<https://eurelationslaw.com/blog/the-tca-new-law-not-eu-law>> accessed 6 February 2021.

71 Article UNPRO.4.4 of the TCA.

72 In addition to extradition, TCA covers cooperation in transfers of data on DNA, fingerprints, vehicle registration, passenger name records, exchange of operational information, cooperation with Europol and Eurojust, transfer of evidence, money laundering, and freezing and confiscation measures.

73 The three main differences with the EAW are the possibility for non-execution of warrant for political offences, the refusal to surrender own nationals in certain conditions and the requirement of 'dual criminality'.

74 John Bell, "New year, new relationship – bespoke governance and tenuous ECHR conditionality in Part 3 of the EU-UK TCA" (European Law Blog, 12.1.2021) <<https://europeanlawblog.eu/2021/01/12/new-year-new-relationship-bespoke-governance-and-tenuous-echr-conditionality-in-part-3-of-the-eu-uk-tca/>> accessed 7 February 2021.

of a judicial body.⁷⁵ The ‘roll-over’ for EAW’s is already in the pipeline,⁷⁶ as the UK courts have considered how cases live on the exit day should be dealt with.⁷⁷

The choice of dispute settlement mechanisms, or more precisely, the exclusion of the Court, raises the question of whether the EU could then also access to the ECHR. After its entry into force, the TCA forms a part of EU law, yet excluded from the ultimate jurisdiction of the EU courts – something that seemed very unacceptable to the Court in Opinion 2/13. However, the provisions of the TCA emphasise ‘for greater certainty’ that agreement remains a creature of pure international law and thus, its interpretation ought not to be the interpretation of EU law,⁷⁸ unlike the ECtHR’s interpretation of ECHR rights corresponding to the Charter. The ECHR draft accession agreement⁷⁹ and the TCA may thus not be fully comparable.

The ECHR conditionality should assure any worrisome executing judicial authority on the observance of fundamental rights and hence ensure the effective judicial cooperation in extradition matters without additional guarantees, in accordance with the mutual trust. However, in the end, it is to the government mechanism established to enforce it to prove the value of such conditionality. The TCA emphasises *the importance of giving effect to the ECHR rights domestically*, which naturally obliges to consider the future role of the European Court of Human Rights (ECtHR) too. It is therefore to the ECtHR to assess the effect of ECHR rights in the UK domestic legal system and the level of protection provided therein. Thus, in case of corresponding rights, the ECtHR may also indirectly determine the level of protection required from the Member States by the Charter and accordingly, define the limits of *raison d’être of the European Union*⁸⁰ – the principle of mutual trust.

75 *Ibid.*

76 John R. Spencer, Criminal Justice Measures – TCA Part III. The Trade and Co-operation Agreement: Central Legal Issues, UKAEL webinar 16 February 2021.

77 *Polakowski et al v Westminster Magis et al* [2021] EWHC 53 (Admin). Available <<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2021/53.html>>.

78 Philip Moser QC, “The TCA: New Law, Not EU Law” (EU Relations Law, 21.12.2020) <<https://eurelationslaw.com/blog/the-tca-new-law-not-eu-law>> accessed 6 February 2021. “Thus it may well be the case that the UK Government was not in fact the only Party wishing to ensure that the TCA was outwith the orbit of EU law.”

79 Draft revised Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [2013] (47+1(2013)008rev2), Appendix I.

80 Joined cases C-411 & 493/10 N.S. [2011] ECLI:EU:C:2011:865, para 83.

ENFORCING TELECOMS SEPS AS ABUSE OF DOMINANT POSITION: THE EUROPEAN PRINCIPLES

Miko Mustonen¹

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol11Ypp48-73>

Helsinki Law Review, 1/2021, pp. 48–73

© 2021 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



Keywords:

Abuse of dominant position, FRAND terms, injunctions, licensing, patent infringement, standard essential patents, telecommunications.

ABSTRACT

The telecommunications industry uses extensive standardisation to ensure interoperability between the devices of competing manufacturers. SEPs, or patents incorporated in related technical standards, are of extraordinary importance in the industry. Hence seeking legal remedies for SEP infringements may compromise effective competition in the internal market and thus fall within the scope of Article 102 TFEU on abuse of dominant position. In this paper I review, on which conditions the SEP holder is allowed to seek remedies for SEP infringement and how these rules should be interpreted from the standpoint of the EU objectives and principles. I conclude that a dominant position is nearly always established through mere SEP ownership, and this dominant position is abused by bringing an SEP infringement suit if the sought remedy has a direct effect on the market access of the SEP implementer and the SEP holder does not have an objective justification to seek such remedies.

¹ Miko Mustonen (LL.B.) is a fifth-year law student at the University of Helsinki. He focuses on intellectual property law in his studies. This article was inspired by his interest in telecommunications patenting.

I. INTRODUCTION

A German court recently referred the standard essential patent (hereinafter "SEP") dispute *Nokia v Daimler*² to the European Court of Justice (hereinafter "ECJ") for a preliminary ruling.³ Unfortunately for the legal community, the parties settled before the Advocate General, let alone the ECJ had had the opportunity to express their views on the preliminary questions.⁴ The settlement left many SEP-related questions unanswered; yet the case demonstrates the high topicality of legal aspects of SEPs.

Accounts on natural law aside, the rationale behind patent protection is to promote innovation. One of the means intended to promote innovation is to encourage competitors of patent holders to devise alternative technical solutions to the technical problem addressed by the patented invention.⁵ However, many substitute inventions are of little use in the telecommunications industry. Thousands⁶ of patented inventions have been incorporated in technical standards which the industry actors must follow for interoperability reasons, and to comply with the standards the industry actors must implement these particular inventions. As a result, the device manufacturers must obtain licences for the specific patents incorporated in these standards. Because standardised technology enables key functionalities of telecommunication devices, such as compatibility with 3G, 4G or 5G networks, technical standards are implemented in nearly every telecommunication device.⁷

Consequently, there are factually no alternatives to the patents which are essential to bring a device in line with a to-be-implemented technical standard, i.e. SEPs. Given the paramount importance of many functionalities enabled by technical standards, industry actors risk being excluded from the market if they fail to implement these standards. Hence, if an SEP holder takes legal action against SEP implementers instead of licensing its SEPs to them on economically reasonable terms, the SEP holder may effectively compromise free competition, which is among

² Case C-182/21, *Nokia Technologies Oy v Daimler AG*.

³ Decision of Düsseldorf District Court (Landgericht Düsseldorf) of 26 November 2020 – Case 4c O 17/19 – *Nokia-SEP*; Tenor.

⁴ Joint press release of Nokia and Daimler AG, 1 June 2021. Daimler and Nokia sign patent licensing agreement. Available at <<https://media.daimler.com/marsMediaSite/en/instance/ko/Joint-press-release-of-Nokia-and-Daimler-AG-Daimler-and-Nokia-sign-patent-licensing-agreement.xhtml?oid=50101910>>.

⁵ Haarmann, Pirkko-Liisa, 2014. *Immateriaalioikeus. 5., uudistettu painos*. Talentum, Helsinki; p. 168.

⁶ Globočnik, Jure, 2017. "Smartphone wars und Missbrauch marktbeherrschender Stellung durch Inhaber standardessentieller Patente". *Podjetje in delo*, 43 (3/4), p. 566–597; p. 586; Körber, Torsten, 2016. "Abuse of a dominant position by legal actions of owners of standard-essential patents: Huawei Technologies Co. Ltd v. ZTE Corp." *Common Market Law Review*, 53 (4), p. 1107–1120; p. 1108.

⁷ Summary of Commission decision of 29 April 2014 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39985 – *Motorola – Enforcement of GPRS standard essential patents*) (notified under document number C(2014) 2892 final), OJ C 344/2014, 2 October 2014, p. 6–8; paragraph 7.

the top priorities of the EU.⁸ On the other hand, the ECJ has long since confirmed that the specific subject matter of a patent includes the right to oppose infringements,⁹ also supported by the Charter of Fundamental Rights (hereinafter "CFR").

In this paper I address the question of whether and in which circumstances an SEP holder is allowed to enforce its SEP without breaching Article 102 of the Treaty of the Functioning of the European Union (hereinafter "TFEU") on abuse of dominant position, a major European competition law provision. I approach the question from the standpoint of how these rules have been and should be interpreted in the light of the more extensive principles and objectives of EU law. I focus on the legal developments with relevance to the whole EU and therefore I disregard national case law in favour of that of EU institutions as national approaches vary to some extent between the member states.¹⁰

To begin with, I review the practices which the standard-setting organisations (hereinafter "SSOs") follow to ensure the availability of SEPs as well as their weaknesses which enable abuse of dominant position in certain circumstances. After that I discuss the legal framework which on the one hand provides for exclusionary patent rights and on the other hand restricts the freedom of action of the SEP holder to ensure proper functioning of the market. Finally, I study the preconditions which the EU institutions have set for the SEP holder to seek legal remedies in court without breaching Article 102 TFEU.

2. OVERVIEW OF STANDARDISATION PROCEDURES AND SEP LICENSING SCHEMES IN THE TELECOMMUNICATIONS INDUSTRY

2.1 Background

In its communication of 2011, the European Commission (hereinafter "the Commission") has expressed its concern about the anti-competitive effects of SEPs.¹¹ Accordingly, the EU institutions have addressed these effects in their case law. Two Commission decisions and one ECJ preliminary ruling addressing the relationship of SEPs and Article 102 TFEU have been given

to date, in cases *Motorola*¹², *Samsung*¹³ and *Huawei v ZTE*¹⁴ respectively. Albeit some scholars have identified certain similarities between the approaches of the Commission and the ECJ,¹⁵ it is widely recognised that the approach evolved into a more SEP-holder-friendly policy following the *Huawei v ZTE* ruling.¹⁶ In this paper, I take the *Motorola* and *Samsung* decisions into account to the extent they do not conflict with the *Huawei v ZTE* ruling.

Standardisation is widely used in the telecommunications industry because of its undisputed benefits. From an industry perspective, standardisation allows full benefits of economies of scale, specialisation of the industry actors in the production of certain components, integration of international markets and particularly the internal market in the EU context, as well as interoperability between the devices manufactured by different industry actors.¹⁷ For consumers, standardisation allows the choice between products of various manufacturers, increased technical development, decreased prices and increased consumer confidence which in turn speeds up adoption of new technologies.¹⁸

As noted by the Commission, the essential difference between SEPs and non-SEP patents is the inability of the SEP implementer to design its product by using alternative technical solutions without sacrificing key functionalities.¹⁹ This is because anyone using standard-compliant technology inevitably uses the teachings of the SEPs included in the standard.²⁰ Standardisation and incorporation of an SEP in a standard may thus bind telecommunications industry actors to this SEP for a long time, increasing the market power of the SEP holder.²¹ In *Samsung*, the Commission further noted that consequently an SEP may be particularly valuable to its holder

8 Raitio, Juha – Tuominen, Toni, 2020. Euroopan unionin oikeus. 2., uudistettu painos. Alma Talent, Helsinki; p. 719.

9 Case 15/74, Centrafarm BV and Adriaan De Peijper v Sterling Drug Inc., ECLI:EU:C:1974:114, judgment of 31 October 1974; paragraph 9.

10 Geradin, Damien – Katsifs, Dimitrios, 2021. End-product- vs Component-level Licensing of Standard Essential Patents in the Internet of Things Context. Available at <<https://ssrn.com/abstract=3848532>>; p. 3; Maume, Philipp, 2016. "Huawei ./. ZTE, or, how the CJEU closed the Orange Book". Queen Mary Journal of Intellectual Property, 6 (2), p. 207–226; p. 217. See also Bonadio, Enrico – McDonagh, Luke, 2020. "Sisvel v Xiaomi: an SEP dispute in the Netherlands highlights the global challenge of FRAND licensing". European Intellectual Property Review, 42 (9), p. 618–620; p. 620, which comes to the same conclusion but cites mainly case law of pre-Brexit relevance.

11 Communication from the Commission – Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. OJ C 11/2011, 14 January 2011, p. 1–72; paragraph 268.

12 Case AT.39985, Motorola.

13 Case AT.39939, Samsung.

14 Case C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH.

15 Henningson, Kristian, 2016. "Injunctions for standard-essential patents under FRAND commitment: a balanced, royalty-oriented approach". International Review of Intellectual Property and Competition Law, 47 (4), p. 438–469; p. 449; Körber 2016, p. 1116; Maume 2016, p. 223.

16 Batista, Pedro Henrique D. – Mazutti, Gustavo Cesar, 2016. "Comment on Huawei Technologies (C170/13): standard-essential patents and competition law – how far does the CJEU decision go?" International Review of Intellectual Property and Competition Law, 47 (2), p. 244–253; p. 248; Galli, Niccolò, 2016. The FRAND Defense Up To Huawei/ZTE. Bocconi Legal Papers no. 7. Available at <<https://ssrn.com/abstract=3516154>>; p. 30; Henningson 2016, p. 448.

17 Tsilikas, Haris, 2017. "Huawei v. ZTE in context – EU competition policy and collaborative standardization in wireless telecommunications". International Review of Intellectual Property and Competition Law, 48 (2), p. 151–178; p. 158.

18 Ibid.

19 Summary of Commission decision in case AT.39985, Motorola, paragraph 6; summary of Commission decision of 29 April 2014 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.39939 – Samsung – Enforcement of UMTS standard essential patents) (notified under document number C(2014) 2891 final), OJ C 350/2014, 4 October 2014, p. 8–10; paragraph 8.

20 Case C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH, ECLI:EU:C:2014:2391, Advocate General Melchior Wathelet's opinion of 20 November 2014; paragraph 4.

21 Chappatte, Philippe, 2009. "FRAND Commitments – The Case for Antitrust Intervention". European Competition Journal, 5 (2), p. 319–346; p. 319; Tsilikas 2017, p. 163.

as alternative technologies falling out of standards may eventually disappear from the market in favour of the SEP-protected technology.²²

Below I review the preconditions for a technically suitable patent to become an SEP in a standardisation procedure. I concentrate on the procedure of the European Telecommunications Standards Institute (hereinafter "ETSI") as it is the principal SSO in the telecommunications industry in Europe. After that I examine the drawbacks of the procedure which ultimately give rise to the competition law problems discussed in this paper.

2.2 The ETSI Standardisation Procedure

The telecommunications industry strives to ensure interoperability through technology-specific standards such as UMTS, a 3G network technology, or LTE, a 4G network technology. The technical standards are created in industry-wide cooperation projects facilitated by ETSI or another SSO. In practice, the standards always have implications on intellectual property (hereinafter "IP") as it is considered impossible to create a telecommunications standard which does not include protected IP.²³

For the standards to be truly effective, standardised telecommunications technology must be available to as wide a range of industry actors as possible because otherwise interoperability is negatively affected. To prevent patent exclusivities from restricting the use of standards, ETSI follows its bespoke Intellectual Property Rights Policy (hereinafter "ETSI Policy") to ensure that telecommunications companies can utilise the standardised technology without being prevented by SEP holders. During the development of a new standard, the Policy obliges the members of ETSI to disclose any patents for inventions that are essential on technical grounds for the to-be-standardised technology to function properly.²⁴

These patents are SEPs by definition. After the disclosure of relevant SEPs, ETSI requests the holders of the discovered SEPs to give a written and irrevocable pledge, by which the SEP holder commits to license its relevant inventions to be manufactured, used or offered in the market by SEP implementers on fair, reasonable and non-discriminatory (hereinafter "FRAND") terms.²⁵ Eventually, if a licence on FRAND terms is deemed not available, ETSI either incorporates an alternative solution in the upcoming standard, ceases development of an upcoming standard or, if the objection is uncovered after the standard has already been published, considers non-recognition of the standard.²⁶

22 Summary of Commission decision in case AT.39939, Samsung, paragraph 8.

23 Haarmann, Pirkko-Liisa – Mansala, Marja-Leena, 2012. *Immateriaalioikeuden perusteet*. Toinen, uudistettu painos. Talentum, Helsinki; p. 148.

24 ETSI Intellectual Property Rights Policy, Annex 6 of ETSI Rules of Procedure, 3 September 2020, p. 39–49; sections 4.1 and 15.6.

25 *Ibid.*, section 6.1.

26 *Ibid.*, sections 8.1–8.2.

Consequently, in principle all ETSI-sanctioned SEPs should be available on FRAND terms.²⁷ Yet, in practice, the FRAND system does not work flawlessly. The FRAND commitments are not always a sufficient means to eliminate so-called patent hold-ups, that is situations in which the SEP holder refuses to license its SEPs to SEP implementers or demands excessive, non-FRAND licence fees. The reasons for the problem are discussed below.

2.3 The Drawbacks of the FRAND System

A fundamental drawback of the FRAND policies of ETSI and other SSOs is the obscurity of the terms "fair", "reasonable" and "non-discriminatory".²⁸ Neither the ETSI Intellectual Property Rights Policy nor the official FRAND pledge declaration form of ETSI contains any definition, description or delimitation of these terms. Instead, ETSI leaves the FRAND terms to be determined contractually between the SEP holder and the SEP implementer in each individual case.

This kind of approach is apt to entail unclarities and, indeed, there has already been a need to elaborate on the meaning of FRAND terms in case law. The Commission associated the terms "fair", "reasonable" and "non-discriminatory" primarily with the level of remuneration in *Motorola* and also the ECJ has arguably implied this view in *Huawei v ZTE*.²⁹ Yet, the SEP licence agreements may include, for example, non-disclosure requirements, conditions on securities and obligations to pay for unnecessarily extensive licences, such as a worldwide licence instead of a Europe-wide licence or a licence to an SEP as a part of a larger patent portfolio instead of a licence to an SEP as such. These kinds of licence terms have been all but disregarded in the case law and thus it appears that the amount of requested remuneration determines whether a licence offer is on FRAND terms or not.³⁰

In the European case law, the response for a comprehensive definition of FRAND terms from above has been unwelcoming. In *Huawei v ZTE*, the Advocate General noted that a FRAND commitment differs from a licence on FRAND terms, the latter of which is to be agreed separately between the SEP holder and the SEP implementer.³¹ The ECJ further stated that either the FRAND terms should be agreed contractually between the SEP holder and the SEP implementer or determining the amount of remuneration should be addressed to an independent third party

27 Körber 2016, p. 1108. See also summary of Commission decision in case AT.39985, Motorola, paragraph 9.

28 See also Geradin 2020, p. 8–11 and Tsilikas 2017, p. 164.

29 Summary of Commission decision in case AT.39985, Motorola, paragraph 18; case C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH, ECLI:EU:C:2015:477, judgment of 16 July 2015; paragraph 68.

30 Galli 2016, p. 38; Picht, Peter, 2016. "The ECJ rules on standard-essential patents: thoughts and issues post-Huawei". *European Competition Law Review*, 37 (9), p. 365–375; p. 373–374.

31 Advocate General Wathelet's opinion in case C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH, paragraph 10.

in each individual case, instead of determining the FRAND terms from above.³² This approach makes sense given that in the case law given to date, the FRAND terms have largely been equated to fair, reasonable and non-discriminatory royalty rates which are appropriate to be calculated flexibly on a case-by-case basis.³³ It has also been noted that ETSI-defined royalty rates could fall under the scope of Article 101 TFEU as prohibited price fixing.³⁴

Furthermore, the ETSI Policy is unclear on the question of the parties entitled to a licence on FRAND terms. Perhaps a more prominent problem in the context of the internet of things, also telecommunications companies are known to outsource the production of signal transmitting technology,³⁵ which raises the question of whether an SEP holder is obliged to license its SEPs on FRAND terms to anyone regardless of their position in the supply chain.³⁶ The question has lately been subject to a fierce debate also because in essence, *Nokia v Daimler* would have been about licensing obligations in a supply chain as the so-called telematics control units in Daimler's automobiles, in which Nokia's SEPs were implemented, were manufactured by Daimler's suppliers.³⁷

The controversy stems from the doctrine of exhaustion.³⁸ Closely tied to the single market objectives of the EU, the doctrine implies that a patent does not confer its holder the right to control the movement of patent-protected goods after the patent holder or someone authorised by it has set the goods into circulation in the European Economic Area.³⁹ Therefore the SEP holder may obtain licence revenues only once per each product and depending on the party obtaining a licence it has been argued that the SEP holder may be either undercompensated or overcompensated.⁴⁰ The question is legally uncertain after the settlement in *Nokia v Daimler* and a ruling from a European authority would be very welcome.

Considering the obscurity of the meaning of FRAND, it is understandable that SEPs have repeatedly been litigated on various national courts. The proceedings have concerned not only

competition law but also civil law and the resulting legal approaches have been correspondingly inconsistent, compromising legal certainty.⁴¹ Advocate General Wathelet has expressed his doubts on the suitability of competition law to clarify the uncertainties concerning SEP licensing, which he suggests to stem from the ambiguity of the meaning of the terms "fair", "reasonable" and "non-discriminatory".⁴² He is not alone with his opinion;⁴³ in fact, the courts in the United Kingdom and the United States rather tend to solve SEP disputes as contractual disputes rather than competition law matters.⁴⁴

On the other hand, it has been argued that even though competition law is not the only way of fighting breaches of FRAND commitments, it has provided for a sufficient balance of interests in the European context.⁴⁵ Regardless of whether the contractual approach could satisfy the needs of the telecommunications industry better than the competition law approach, the civil laws and particularly contract laws of European countries remain little harmonised through the EU legislation.⁴⁶ Thus competition law and Article 102 TFEU eventually offer the most extensive Europe-wide solutions to tackle the issues of illegal use of SEPs.⁴⁷

3. OVERVIEW OF THE PATENT AND COMPETITION LAW OBJECTIVES

3.1 Introduction

The distinction between abuse of dominant position and acceptable commercial behaviour is the result of balancing the competing interests of the SEP holder, the SEP implementer and the general public. An SEP is property of its holder or at least confers its holder rights comparable to those conferred by a property right. Thus the fundamental rights of the SEP holder necessitate that it is entitled to exercise its patent rights, including the right to enforce its exclusive rights in court.

32 Case C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH, paragraph 68.

33 Tsilikas 2017, p. 164.

34 Ibid.; Körber 2016, p. 1119.

35 See, for example, Investopedia article "9 Major Companies Tied to the Apple Supply Chain". Available at <<https://www.investopedia.com/articles/investing/090315/10-major-companies-tied-apple-supply-chain.asp>>. Updated 17 May 2021, accessed 27 June 2021.

36 Geradin – Katsifis 2021, p. 3.

37 Case 4c O 17/19, Nokia-SEP, Tenor and paragraphs 4–5.

38 Borgogno, Oscar – Colangelo, Giuseppe, 2021. SEPs licensing across the supply chain: an antitrust perspective. TOELI Research Papers No. 1/2021. Available at <<https://ssrn.com/abstract=3766118>>; p. 6; Geradin – Katsifis 2021, p. 5.

39 Pila, Justine – Torremans, Paul, 2019. European Intellectual Property Law. Second Edition. Oxford University Press, Oxford; p. 48.

40 Borgogno – Colangelo 2021, p. 5–6; see also Geradin – Katsifis 2021, p. 8.

41 Advocate General Wathelet's opinion in case C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH, paragraph 7; Geradin – Katsifis 2021, p. 22.

42 Advocate General Wathelet's opinion in case C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH, paragraph 9.

43 See also Geradin, Damien, 2020. SEP Licensing After two Decades of Legal Wrangling: Some Issues Solved, Many Still to Address. Available at <<https://ssrn.com/abstract=3547891>>; p. 6–8.

44 Geradin – Katsifis 2021, p. 22; Henningsson 2016, p. 466; Tsilikas 2017, p. 164.

45 Henningsson 2016, p. 465–466.

46 Saarnilehto, Ari – Annola, Vesa – Hemmo, Mika – Karhu, Juha – Kartio, Leena – Tammi-Salminen, Eva – Tolonen, Juha – Tuomisto, Jarmo – Viljanen, Mika, 2012. Varallisuusoikeus. Toinen, uudistettu painos. Sanoma Pro, Helsinki; p. 327.

47 See also Batista – Mazutti 2016, p. 249.

On the other hand, the exclusive patent rights may be used to the detriment of the SEP implementer because preventing the SEP implementer from using SEP-protected technology in its products effectively excludes it from the market of certain products. This also negatively affects the general public in the form of a decline in competition which in turn may result in decreasing technical progress, soaring prices and lessening freedom of choice between different products in the market.⁴⁸ Below I review the legal grounds supporting the interests of both the SEP holder – the interests protected in patent law – and the SEP implementer as well as the general public – the interests protected in competition law.

3.2 SEP Ownership and the Right to Property

Legal scholars are not unanimous on whether a patent should be considered a property right or not.⁴⁹ Regardless of the viewpoint, it is clear that legislators all over Europe have intended to grant patent holders some rights which are similar to those conferred by a property right to a tangible object. The essential similarity between traditional property rights and patent rights is the legal power to prevent others from using the protected object.⁵⁰ Another important similarity is the possibility to enforce these rights in court and to seek a damage award or other legal remedy.⁵¹ Indeed, the similarity of property rights and patent rights from the legal standpoint can also be found in the systematisation of legal provisions. In the CFR, the provision on the protection of IP has been classified under Article 17, titled "Right to property". Article 17 (2) CFR states that "[intellectual] property shall be protected". Hence a patent, as well as an SEP, is encompassed by the right to property and the patent rights of the SEP holder are supported by this fundamental right.

In essence, a patent is an exclusionary, negative right. A valid patent does not provide a permission to use an invention as the use may be prohibited by legislation that is outside the scope of patent law. Instead, a patent essentially confers a right to exclude others from using its teaching.⁵² To emphasise the nature of patent rights as negative rights, in *Centrafarm v Sterling Drug* the ECJ confirmed that the specific subject matter of a patent includes the right to oppose infringements.⁵³ Whereas *Centrafarm v Sterling Drug* was not about competition law but internal market law, the judgment notwithstanding explicitly recognises the importance of the right to oppose infringements as an essential part of patent rights.

Moreover, the right to prohibit others from using the patented invention must not remain *lex imperfecta* in the member states of the EU. As for the fundamental rights of the patent holder, Article 47 (1) CFR guarantees everyone effective remedies in a court procedure as a response to any violation of their rights and freedoms. The CFR provision is concretised by the availability of judicial enforcement of patent rights which indeed approximates patent law to property law. The EU legislation in patent law is relatively scarce but notably, the EU legislator has included patents in the scope of the Enforcement Directive⁵⁴. Article 3 (1) of the Directive obliges member states to "provide for the measures, procedures and remedies necessary to ensure the enforcement of the intellectual property rights covered by [the] Directive". The needs of patent holders for enforcement of their rights are explicitly addressed in the preamble of the Directive.⁵⁵ In addition, Article 41 (1) TRIPS⁵⁶ is binding to every member state of the EU and obliges them to ensure possibilities to effective enforcement of patent rights.

Access to effective remedies being a fundamental right in the EU, the fact that the patent holder has a dominant market position does not provide for a dissimilar conclusion. Quite the contrary, the wording in Article 47 (1) CFR explicitly refers to "everyone" as the subject of the right to an effective remedy. Accordingly, in *ITT Promedia*, the General Court stated that bringing a lawsuit against competitors does not, as such, amount to an abuse of dominant position.⁵⁷ Furthermore, in *Huawei v ZTE*, the ECJ confirmed that because the right to enforce the exclusive right was an integral part of an IP right, filing an infringement suit did not constitute an abuse of dominant position in itself even though the IP right holder had a dominant position.⁵⁸ Yet the protection of patent rights under the right to property or their enforcement under the right to an effective remedy are not absolute but, pursuant to Article 52 (1) CFR, may be limited if the limitation is necessary and genuinely meets the objectives of a general interest. Therefore the access to effective remedies can be restricted if there is a justification based on competition law.

3.3 Competition Law as a Means to Balance the Interests of the SEP Holder and Others

In the context of SEP litigation, the right to property and the right to an effective remedy primarily serve the interests of the SEP holder. Yet because SEPs are irreparable to enable key functionalities in telecommunication devices – for example, 4G network compatibility of a smartphone – the general interest of the public requires that SEPs must be available to be

48 Tsilikas 2017, p. 158.

49 Haarmann 2014, p. 2; Kur, Annette – Dreier, Thomas – Luginbuehl, Stefan, 2019. *European Intellectual Property Law. Text, Cases and Materials*, Second Edition. Edward Elgar Publishing, Cheltenham; p. 2–3; Pila – Torremans 2019, p. 4. See also Pila – Torremans 2019, p. 73–77.

50 Kur – Dreier – Luginbuehl 2019, p. 2; Pila – Torremans 2019, p. 4–5.

51 Haarmann 2014, p. 2; Pila – Torremans 2019, p. 4.

52 Pila – Torremans 2019, p. 4–5.

53 Case 15/74, *Centrafarm BV and Adriaan De Peijper v Sterling Drug Inc.*, paragraph 9.

54 Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights.

55 Directive 2004/48/EC, preamble, paragraphs 2–3.

56 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Annex 1C to Agreement Establishing the World Trade Organization.

57 Case T-111/96, *ITT Promedia NV v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:1998:183, judgment of 17 July 1998; paragraph 60.

58 Case C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, paragraph 46.

implemented by industry actors other than the SEP holder, as well. The wide use of the SEP-protected technology ensures larger freedom of choice between different products, competitive pricing in the market and technical progress to benefit the end-users.⁵⁹

On the contrary, an SEP holder vigorously seeking court injunctions against SEP implementers could easily reach a monopoly in the market of certain telecommunication devices if it was not for competition rules restricting abusive litigation. In addition to the interests of the general public, SEP implementers need to access the standardised key technologies in order not to be factually excluded from the market of affected telecommunication devices. In the absence of legislation explicitly limiting the rights of SEP holders to exercise their exclusionary patent rights, the interests of the SEP implementer and the general public have to be balanced against the interests of the SEP holder by means of competition law.

Article 102 TFEU prohibits any abuse of dominant position by one or more undertakings in a substantial part of the internal market if the abuse affects trade between EU member states. The primary objective of the article is to promote the functioning of the internal market by preventing any distortions of competition.⁶⁰ Thus, the internal market objective of maximum long-term social welfare through productivity growth has been considered a paramountly important objective of EU competition law provisions, as well.⁶¹ In addition to such efficiency, the Commission has, albeit controversially, underlined consumer welfare as one of the core objectives of Article 102 TFEU.⁶²

The terms "dominant position" and "abuse" are to be interpreted in the light of these objectives. According to the ECJ in *Hoffmann-La Roche*, a dominant position referred in the Article is related to "a position of economic strength" that allows its holder to restrict effective competition and to act independently in relation to its competitors, its customers and consumers.⁶³ The ECJ went on to describe abuse as behaviour which effectively prevents maintenance of the existing degree of competition or growth in competition in the relevant market through measures not generally used in competition by the actors in that market.⁶⁴

59 Tsilikas 2017, p. 158.

60 Nazzini, Renato, 2011. *The Foundations of European Union Competition Law. The Objective and Principles of Article 102*. Oxford University Press, Oxford; p. 152–153; Raitio – Tuominen 2020, p. 748.

61 Nazzini 2011, p. 153. See also O'Donoghue, Robert – Padilla, Jorge, 2020. *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. Third edition. Hart Publishing, Oxford; chapter 1.2.

62 Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. OJ C 45/2009, 24 February 2009, p. 7–20; paragraph 140 and Nazzini 2011, p. 153.

63 Case 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1979:36, 13 February 1979; paragraph 38.

64 *Ibid.*, paragraph 91.

Pursuant to the preamble of the Enforcement Directive, the Directive does not prevent the application of Article 102 TFEU.⁶⁵ Hence it is expressly forbidden to use the legal remedies guaranteed by the Directive if the use will amount to abuse of dominant position. As for SEPs in particular, the ECJ noted in *Huawei v ZTE* that a FRAND pledge could not negate the whole substance of Articles 17 (2) and 47 (1) CFR.⁶⁶ Yet the ECJ noted that it was justified to restrict the possibilities of an SEP holder to seek legal remedies against an SEP implementer which had failed to acquire a licence for the disputed SEP.⁶⁷ Therefore, a dominant SEP holder may in certain circumstances abuse its dominant position by initiating court proceedings.

For Article 102 TFEU to become applicable, five criteria need to be satisfied. The abuse must be conducted by one or more undertakings, the undertaking(s) must have a dominant position, the dominant position must prevail on a significant part of the internal market, there must be abuse and the abuse must affect the trade between member states.⁶⁸ As for SEPs, two criteria are of particular interest: what is the influence of SEP ownership on the emergence of dominant position, and in which circumstances there is abuse of dominant position instead of legitimate use of patent rights. These two criteria are discussed in more detail below.

3.4 SEP Ownership as a Source of Market Dominance

To begin with, I address the question of whether the ownership of an SEP in itself establishes a dominant position on the SEP holder. This is a relevant question because market dominance cannot be estimated solely on the basis of market shares.⁶⁹ Whether a market position is dominant is determined on a case-by-case basis with for example the market positions of industry companies, countervailing buyer power, market entry or expansion barriers, level of pricing and, in the SEP context, the additional value brought by the related technology standard being taken into account.⁷⁰ An SEP being an exclusive right to a key technology, ownership of such certainly strengthens the market position of the SEP holder and the lack of alternatives both derogates the negotiating power of the SEP implementer and raises market barriers. The SEP holder thereby gains a strong market position due to SEP ownership, but this does not necessarily mean that the market position becomes dominant in the meaning of Article 102 TFEU.

65 Directive 2004/48/EC, preamble, paragraph 12.

66 Case C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, paragraph 59.

67 *Ibid.*, paragraphs 59–60.

68 O'Donoghue – Padilla 2020, chapter 1.1; Raitio – Tuominen 2020, p. 748. See also Nazzini 2011, p. 109.

69 Globočnik 2017, p. 575–576; Raitio – Tuominen 2020, p. 756.

70 Communication from the Commission in OJ C 45/2009, paragraphs 12–18; Globočnik 2017, p. 575; Raitio – Tuominen 2020, p. 756.

Although not covered by the preliminary questions in *Huawei v ZTE*, the Advocate General suggested in his opinion that although ownership of an SEP may constitute an assumption of dominant position, mere ownership of an SEP does not inevitably establish a dominant position on the SEP holder.⁷¹ This can be said to converge on the stand of the European Commission, in accordance with which ownership of an SEP does not equate to possession of market power.⁷² However, no definitive conclusion has been given by the ECJ hitherto, and the views of legal scholars are divergent.

There are several arguments which imply that a dominant position emerges to the SEP holder solely due to its patent being an SEP because each SEP, in competition law terms, forms its own relevant market.⁷³ This is because the costs for switching from one standardised technology to another could be considered unbearably large for telecommunications industry actors after they have adapted their production or infrastructure to a particular standardised technology.⁷⁴ Therefore, they would become factually locked in a certain technology and a dominant position would be established.

Another line of arguments refers to the ECJ ruling in *Magill*, suggesting that a dominant position is established because ownership of an SEP allows the SEP holder to exclude competitors from a specific product market, without prejudice to the rare cases in which competing technology standards exist.⁷⁵ This would be because both the use of the SEP is indispensable to apply the relevant technology standard and the use of the standard is indispensable due to interoperability reasons.⁷⁶ Accordingly, even though SEP ownership would not in itself establish a dominant market position, in practice a dominant position would always emerge on the SEP holder. This would be because there are no competing standards to the major ETSI standards, including the UMTS and LTE standards enabling compatibility with the core telecommunication device technologies 3G and 4G, respectively.⁷⁷

The arguments to support the opposite outcome are equally plentiful. It has been argued that the question of dominance ought to be concluded on a case-by-case basis as the ECJ has not ruled otherwise.⁷⁸ It has also been argued that because the essentiality of SEP is based only on an unilateral declaration, the essentiality is a non-irrevocable presumption. Hence, the SEP holder

would not retain its SEP-derived market power if the SEP would be declared non-essential or invalidated.⁷⁹ It has also been argued that diverse SSOs set standards in the telecommunications industry, and therefore there is often an alternative to the standard sanctioned by ETSI.⁸⁰ This is said to be particularly true as the telecommunications market is considered a dynamic and innovative one in which alternative technical solutions are developed constantly.⁸¹ Perhaps a more convincing line of arguments states that the purpose of Article 102 TFEU is to address market actors with extraordinary economic strength. Accordingly, it has been argued that the article addresses companies with little competitive pressure and consequent freedom of action regardless of competitors and customers.⁸² Since some SEP holders definitely suffer from significant competitive pressure, Article 102 TFEU would not apply.

Even though the latter view is supported by formal actors of the EU, the view of a dominant position emerging merely through ownership of an SEP is in line with the reasoning in *Magill* and is also based on otherwise stronger arguments. Whereas the higher yet economically viable costs of using alternative technology are irrelevant when assessing dominant position,⁸³ the major ETSI standards have no widespread alternatives. Hence, a failure to obtain a licence for an SEP incorporated in such a standard would effectively prevent the SEP implementer from legally accessing the market of telecommunication devices. Moreover, the Commission has even stated in its *Google / Motorola Mobility* merger control decision that each SEP constitutes a separate relevant market on its own as the SEP implementer cannot design its product around it.⁸⁴

On the contrary, the opposing argument of the applicability of Article 102 TFEU on merely the market actors with extraordinary economic strength is somewhat dubious in the light of *Magill*. The argument of an SEP being essential only until declared otherwise is undermined by the fact that if a patent considered an SEP is invalidated or declared non-essential, it ceases being an SEP altogether. In addition, one should not have a presumption of the invalidity of the SEP because registration of an IP right generally creates a strong presumption of the validity of that IP right in IP law. To summarise, it appears that in principle SEP ownership does not establish a dominant position in itself, but in reality a dominant position is always established through SEP ownership at least concerning the most widespread technical standards.

71 Advocate General Wathelet's opinion in case C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, paragraphs 57–58.

72 Communication from the Commission in OJ C 11/2011, paragraph 269.

73 *Globočnik* 2017, p. 575.

74 *Chappatte* 2009, p. 333. See also *Ibid.*, p. 576.

75 Cf. joined cases C-241/91 P and C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann and Independent Television Publications Ltd v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:C:1995:98, judgment of 6 April 1995; paragraph 47.

76 *Körber* 2016, p. 1118.

77 *Ibid.*

78 Romby, Federich, 2016. "The ECJ's Huawei judgment on standard essential patents: a step forward in the ongoing antitrust debate". *International Trade Law & Regulation*, 22 (2), p. 42–46; p. 45–46.

79 *Batista – Mazutti* 2016, p. 250.

80 *Ibid.*; *Geradin – Katsifis* 2021, p. 29; Temple Lang, John, 2015. "Standard essential patents and court injunctions in the high tech sector under EU law after Huawei". *ERA Forum*, 16 (4), p. 585–608; p. 595–596.

81 *Globočnik* 2017, p. 576.

82 *Geradin, Damien – Rato, Miguel*, 2010. "FRAND Commitments and EC Competition Law: A Reply to Philippe Chappatte". *European Competition Journal*, 6 (1), p. 129–174; p. 167.

83 Case C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG*, ECLI:EU:C:2004:257, judgment of 29 April 2004; paragraph 28.

84 Commission decision of 13 February 2012 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.6381 - GOOGLE / MOTOROLA MOBILITY) according to Council Regulation (EC) No 139/2004, CELEX 32012M6381; paragraph 54.

4. DISTINCTION BETWEEN ABUSE OF DOMINANT POSITION AND LEGITIMATE ENFORCEMENT OF PATENT RIGHTS

4.1 Introduction

It follows from the aforementioned that depending on the circumstances, seeking legal remedies for an SEP infringement may breach the EU competition law provisions. Above I discussed the criteria for Article 102 TFEU to become applicable and highlighted the two criteria of particular importance in SEP matters. One of these criteria has been discussed above and the other is addressed in this chapter. Below I examine in which circumstances the SEP holder abuses its dominant position by bringing legal action against the SEP implementer.

The ECJ appears to consider SEP litigation as an individual ground for abuse of dominant position.⁸⁵ In other words, examination of whether SEP litigation amounts to an abuse of dominant position differs from that applied to the more commonplace cases of refusal to license specific IP rights as present in *Magill* and *IMS Health*, as well as that applied to abusive litigation as present in *ITT Promedia* and *Protégé International*.⁸⁶ Although the abusive litigation approach and, to a lesser extent, the refusal to license approach are advocated by some scholars,⁸⁷ related case law has generally not been directly used in SEP cases to determine whether the SEP holder abuses its dominant position by bringing a lawsuit against the SEP implementer.⁸⁸

Instead, it has been argued that the reasoning in *Huawei v ZTE* partially dismisses the traditional argumentation on abuse of dominant position on behalf of a more general civil law approach based on fairness aspects.⁸⁹ Yet this does not mean that case law on refusal to license or abusive litigation ought to be dismissed altogether. Instead, it should be treated as supplementary rather than as inapplicable in SEP litigation cases because factors of both forms of abusive behaviour may be present in SEP disputes depending on the circumstances.⁹⁰

85 Marko Goikoetxea, Izarne, 2019. "Huawei v ZTE should have been treated as a refusal to contract – to grant SEP licences – and not as a new category of abuse". *European Competition Law Review*, 40 (2), p. 67–75; p. 67.

86 *Ibid.*; Case C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, paragraphs 48–52; Henningsson 2016, p. 449.

87 Henningsson 2016, p. 441; Marko Goikoetxea 2019, p. 67; Petit, Nicolas, 2013. "Injunctions for FRAND-Pledged SEPs: The Quest for an Appropriate Test of Abuse Under Article 102 TFEU". *European Competition Journal*, 9 (3), p. 677–719; p. 719.

88 See also Petit 2013, p. 684. On the contrary, it could be argued that in particular the case law on refusal to license would be inapplicable because the SEP holders do generally not aim at excluding a competitor from the market as required in *IMS Health* but at obtaining higher licence fees (see Tsilikas 2017, p. 167).

89 Picht 2016, p. 370.

90 E.g. Körber (Körber 2016, p. 1119), Marko Goikoetxea (Marko Goikoetxea 2019, p. 74) and Temple Lang (Temple Lang 2015, p. 604) have considered this case law in their publications.

Below, I will discuss the distinction between abuse of dominant position and legitimate use of legal remedies. I discuss the topic by addressing each of the legal doctrines developed in the case law separately and in the light of the objectives and principles of EU law to propose a test to resolve whether bringing a lawsuit for an SEP infringement conflicts with Article 102 TFEU or not.

4.2 Disputes Concerning the Content of FRAND Terms

The source of many SEP disputes has been a disagreement between the SEP holder and the SEP implementer on whether a proposed licence agreement is on FRAND terms or not.⁹¹ As stated above, ETSI merely requires SEP holders to license their SEPs on terms that are "fair", "reasonable" and "non-discriminatory" without elaborating on the amount of permitted royalty fees. Therefore, a question emerges: is the SEP holder entitled to take legal action which would otherwise be deemed abusive if the licensing negotiations with the SEP implementer stall due to divergent views on the appropriate licence fee, that is the content of FRAND terms in the present circumstances?

There is no clear answer to the question. In *Samsung*, the Commission dropped its claims against the SEP holder as the SEP holder committed to mandate an independent third party to determine the FRAND terms if any dispute would arise concerning them. This would advocate the obligation of the parties to let a third party determine the royalty amount if necessary.⁹² In fact, it has been argued that in the practice of the Commission the willingness of the SEP implementer to have disputed FRAND terms defined by an independent third party largely determined whether the SEP implementer was willing to enter into a licence agreement or not.⁹³

In *Huawei v ZTE*, the Advocate General also proposed that the SEP implementer should have a right to unilaterally request a third party to determine the content of FRAND terms without being considered to neglect its obligations towards the SEP holder, which has been argued to be a reasonable solution.⁹⁴ However, in *Huawei v ZTE* the ECJ emphasised that the SEP holder and the SEP implementer had a possibility to refer the dispute to be resolved by an independent third party by common agreement.⁹⁵ Some scholars have argued that consequently it is purely voluntary for the parties to let a third party determine the FRAND terms in an individual case and hence an injunction may be granted even if the SEP implementer alone has requested a third party to determine the licence terms.⁹⁶

91 See e.g. case AT.39985, *Motorola*.

92 Summary of Commission decision in case AT.39939, *Samsung*, paragraphs 16 and 21.

93 Marko Goikoetxea 2019, p. 71.

94 Advocate General Wathelet's opinion in case C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, paragraph 93; Körber 2016, p. 1117.

95 Case C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, paragraph 68.

96 Tsilikas 2017, p. 170–171; see also Galli 2016, p. 39 and Temple Lang 2015, p. 594–595. Temple Lang also noted that it is unlikely that either of the parties would reject the referral of the dispute to a third party.

On the other hand, there are considerations which would suggest the opposite, constituting a more convincing interpretation. It has been proposed that also contract law and patent law alone prohibit the SEP holder from initiating infringement proceedings if the SEP implementer requests a third party to determine FRAND licence terms.⁹⁷ Furthermore, in *Huawei v ZTE*, the context of the notion of the possibility to agree on a third party determining FRAND terms appears such that the ECJ seems to expect the parties to enter into such agreement in case of dispute, regardless of the wording used in the judgment. This view is also more in line with the objectives the ECJ advocated in *Huawei v ZTE* and hence it can be reasoned on teleological grounds.⁹⁸

The view is also in line with the *Protégé International* ruling in which the General Court presented a two-step test to consider litigation abusive. To consider bringing a lawsuit an abuse of dominant position, the lawsuit must both be brought in order to harass the opposing party rather than to genuinely utilise the benefits provided by the rights in question and be part of a more extensive plan of eliminating competition.⁹⁹ If there is a plausible possibility of entering into a licence agreement between the SEP holder and the SEP implementer after the parties have agreed on FRAND terms, seeking an injunction mainly acts to harass the SEP implementer and the first condition of the *Protégé International* test is satisfied. On the contrary, if the SEP implementer is unwilling to agree on a licence to the SEP, the lawsuit serves the purpose of enforcing exclusionary patent right and therefore fails to satisfy the *Protégé International* test.

On the aforementioned grounds the SEP holder does not appear to be entitled to initiate legal proceedings that are otherwise deemed abusive merely because the negotiations on the licence agreement fail between the parties. Instead, dispute on the meaning of "fair", "reasonable" and "non-discriminatory" in some individual circumstances provides the SEP holder with no safe harbour in respect to Article 102 TFEU and this kind of action will meet the criteria for abuse of dominant position. However, as I will discuss in chapter 4.5, this rule is not without exceptions.

4.3 Doctrine of Direct Effect on Market Access

In *Huawei v ZTE*, the ECJ presented what I refer to as the doctrine of direct effect on market access. The doctrine implies that the legal remedies which directly affect the market access of the SEP implementer fall within the scope of Article 102 TFEU whereas those which do not cannot be addressed under the Article, at least on the basis of abusive SEP litigation.¹⁰⁰ Hence it is clear that Article 102 TFEU does not completely prevent the SEP holder from enforcing its SEP-derived patent rights but rather restricts the choice of available remedies in some circumstances. The underlying rationale appears to be that the SEP holder could more easily

97 Temple Lang 2015, p. 592.

98 See chapter 4.5.2 below.

99 Case T-119/09, *Protégé International Ltd v European Commission*, ECLI:EU:T:2012:421, judgment of 13 September 2012; paragraph 49.

100 Case C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, paragraphs 74–75.

use the remedies directly affecting the market access as a leverage to factually determine the licence terms unilaterally.

The ECJ also specified which legal remedies fall into which category. The court stated that bringing an action for patent infringement and thereby seeking a damage award or the rendering of accounts in relation to the past use of the SEP by the SEP implementer does not account for abuse of dominant position as these remedies have no direct effect on the market access of the SEP implementer.¹⁰¹ On the other hand, the ECJ considered it possible that seeking an injunctive relief or a product recall could in itself amount to abuse of dominant position in certain circumstances.¹⁰² The division is sound as the latter-mentioned remedies arguably may exclude the SEP implementer from the market of affected telecommunication devices.

The doctrine follows the objectives of Article 102 TFEU, as stated by the Commission. Excluding the SEP implementer from the market would certainly lead to a decline in competition which would compromise the proper functioning of the internal market and indirectly damage consumers. Instead, seeking a damage award and the rendering of accounts in relation to the past use of the SEP simply aim at setting the SEP holder in the position in which it would be, had the SEP implementer originally obtained a licence for the SEP.¹⁰³ These remedies are also necessary for the SEP holder to be properly remunerated in a situation of an SEP infringement.¹⁰⁴ However, as for the full acceptance of remedies with no direct effect on market access, the view of the ECJ has also been criticised. It has been argued that a high damage reimbursement claim concerning illegitimate use of an SEP often puts significant pressure on the SEP implementer. This, in turn, would allow the SEP holder to force higher licence fees.¹⁰⁵ However, this interpretation is not supported by the case law given to date.

To sum up, Article 102 TFEU does not restrict the SEP holder from resorting to legal remedies which have no effect on the market access of the SEP implementer. The considerations below are therefore limited to the legal remedies directly affecting the market access of the SEP implementer.

4.4 Doctrine of Exceptional Circumstances

In *Magill* and *IMS Health*, the ECJ stated that exercising the exclusive rights conferred by IP rights constitutes an essential part of these rights and consequently it cannot as such establish abuse of dominant position.¹⁰⁶ However, the ECJ noted that enforcing such rights may constitute

101 *Ibid.*, paragraph 76.

102 *Ibid.*, conclusion.

103 As for damage reimbursement, see Hemmo, Mika, 2005. *Vahingonkorvausoikeus*. WSOYpro, Helsinki; p. 144.

104 *Globočnik* 2017, p. 592.

105 *Picht* 2016, p. 374.

106 Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P, *Radio Telefis Eireainn and Independent Television Publications Ltd v Commission of the European Communities*, paragraph 49; case C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG*, paragraph 34.

abuse of dominant position in exceptional circumstances.¹⁰⁷ Furthermore, a principle laid down in *ITT Promedia* allows legal proceedings to be considered an abuse of dominant position only if the circumstances are wholly exceptional.¹⁰⁸ This case law confirms that filing a lawsuit may be considered abuse of dominant position at least in exceptional circumstances.

The circumstances in SEP disputes can often be considered exceptional, as referred in *ITT Promedia*. Both in *Motorola* and *Samsung*, the European Commission regarded the circumstances of the case as exceptional. The Commission further elaborated that the exceptional circumstances in these cases were the standard-setting processes and the commitments of the SEP holders to license their SEPs under FRAND terms and conditions.¹⁰⁹ This reasoning has been criticised because the market power of an SEP holder is not as such established by standard-setting processes but the patented technology, and this technology may be factually essential for patent implementers regardless of whether it has been incorporated into an SSO-sanctioned standard or not.¹¹⁰ On the other hand, this criticism can be considered ungrounded because the line of arguments present in SEP litigation cases applies arguably also to cases concerning patents essential to a de facto standard as far as the factual circumstances do not significantly differ from SEP cases.¹¹¹

Regardless of the scholarly criticism concerning the assessment of the exceptionality of the circumstances of *Motorola* and *Samsung*, no obvious legal barriers for regarding an SEP litigation as an abuse of dominant position exist. Quite the contrary, the ECJ considers it the starting point that refusal to grant a licence on FRAND terms after giving a FRAND pledge is to be regarded as an abuse of dominant position, due to the legitimate expectations of the SEP implementer.¹¹² Therefore, after an SEP holder gives a FRAND pledge, the exceptionality presumption becomes inverted: without prejudice to circumstances exceptional in the SEP practice, taking legal action instead of granting a licence on FRAND terms creates such exceptional circumstances to which the *ITT Promedia* test refers. This is because seeking an injunctive relief or a product recall has certain anti-competitive effects: the distribution of the products of the SEP implementer is temporarily prohibited, the SEP implementer must potentially accept disadvantageous licensing terms, and standard-setting is negatively affected.¹¹³

107 Joined cases C-241/91P and C-242/91P, *Radio Telefís Éireann and Independent Television Publications Ltd v Commission of the European Communities*, paragraph 50; case C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG v NDC Health GmbH & Co. KG*, paragraph 35.

108 Case T-111/96, *ITT Promedia NV v European Commission*, paragraph 60.

109 Summary of Commission decision in case AT.39985, *Motorola*, paragraphs 20–21; summary of Commission decision in case AT.39939, *Samsung*, paragraph 13.

110 Marko Goikoetxea 2019, p. 74.

111 *Globočnik* 2017, p. 592–593; *Körber* 2016, p. 1119.

112 Case C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, paragraphs 53–54.

113 Cf. summary of Commission decision in case AT.39985, *Motorola*, paragraph 20.

4.5 Doctrine of Objective Justification

4.5.1 Objective Justification as a Precondition for Legal Action

On the aforementioned grounds, seeking legal remedies directly affecting the market access of the SEP implementers in the case of an SEP infringement, that is injunction reliefs and product recalls, establishes such exceptional circumstances that the SEP holder generally abuses its dominant position by its conduct. However, this rule is not without exceptions. Whereas some restrictions apply on seeking injunction reliefs and product recalls, Articles 9 and 10 of the Enforcement Directive explicitly oblige the EU member states to adopt legislation which allows competent authorities to grant these particular legal remedies to IP right holders. Hence a total ban of injunction reliefs and product recalls on SEP disputes is out of the question.¹¹⁴ To balance the competing interests, it is necessary to determine what kind of justification is such that it entitles the SEP holder to resort to these particular remedies as well as other legal remedies which have a direct effect on the market access of the SEP implementer.

The Commission unequivocally found in its decisions in *Motorola* and *Samsung* that the SEP holder may be entitled to enforce its exclusionary patent rights, including seeking an injunction relief or a product recall, if it has an objective justification to do so. However, both in *Motorola* and *Samsung* the Commission emphasised that seeking a court injunction in an SEP dispute is apt to constitute abuse of dominant position particularly if no objective justification for refusal to grant a licence is presented.¹¹⁵ By absence of objective justification, the Commission referred primarily to the SEP implementer's willingness to enter into a licence agreement on FRAND terms.¹¹⁶

Here the concept of the "willing licensee" appears significant; a willing licensee is a licensee that wants to enter into a licence agreement on FRAND terms. However, it has been argued that a willing licensee is not expected to enter into a licence agreement at any cost but rather to agree that an independent third party determines the FRAND terms.¹¹⁷ Yet the ECJ has not confirmed this view and in *Nokia v Daimler* Düsseldorf Regional Court asked the ECJ for such a confirmation.¹¹⁸ The Regional Court itself considered that no formal requirements should be set on the licence offer of the FRAND implementer and that the decisive factor should be the general willingness of the SEP implementer to obtain a licence to the SEP, rather than its willingness

114 See also *Henningsson* 2016, p. 465 and *Picht* 2016, p. 373.

115 Summary of Commission decision in case AT.39985, *Motorola*, paragraph 20; summary of Commission decision in case AT.39939, *Samsung*, paragraph 13.

116 Summary of Commission decision in case AT.39985, *Motorola*, paragraph 22; summary of Commission decision in case AT.39939, *Samsung*, paragraph 13. See also *Henningsson* 2016, p. 445.

117 *Henningsson* 2016, p. 445.

118 Case 4c O 17/19, *Nokia-SEP*, Tenor.

to obtain a licence on FRAND terms regardless of their contents.¹¹⁹ The Regional Court noted that otherwise the SEP holder would be released from its negotiation liabilities which would undermine the balance of the obligations between the SEP holder and the SEP implementer.¹²⁰

On the other hand, an SEP holder may appeal to objective justification to legally refuse to license its SEP even if the SEP implementer is willing to conclude a licence agreement on FRAND terms. In *Motorola*, the Commission provided a short, non-exhaustive list of such objective justifications that allow the SEP holder to refuse to license its SEP regardless of whether the SEP implementer is willing to obtain the licence on FRAND terms. This list consists of the insolvency of the SEP implementer and the assets of the SEP implementer being located in jurisdictions that provide for restricted licence fee enforcement possibilities.¹²¹

Together with the refusal of the SEP implementer to obtain the licence to the SEP on FRAND terms and to set an appropriate deposit while the SEP is used during licence negotiations¹²², the common factor in the objective justifications for initiating legal proceedings is the inability of the SEP holder to obtain reasonable remuneration for the use of the SEP. These considerations in *Motorola* still appear valid as they do not conflict with *Huawei v ZTE*. Moreover, in its landmark ruling the ECJ addressed the question of whether an objective justification is established if the SEP implementer is virtually a willing licensee but its actions suggest otherwise. These considerations are reviewed below.

In practice, the case law of the Commission merely confirms that refusal to license an SEP on FRAND terms upon request by an SEP implementer, and consequently, initiating legal proceedings upholds the presence of abuse of dominant position unless objective justification for this conduct exists. The referred objective justification appears to arise primarily but not exclusively in cases of the SEP implementer using the SEP-protected invention while being unwilling to enter into a licence agreement on FRAND terms.

4.5.2 Inactivity of the SEP Implementer as the Basis of Objective Justification

The abovementioned case law of the Commission emphasised the general rule that an objective justification for the SEP holder to seek a court injunction or a product recall is established if the SEP implementer does not appear to be a willing licensee. However, it is not always clear whether the SEP implementer is a willing licensee or not. The SEP implementer may wish a so-called hold-out situation to be established, in which the SEP holder uses the SEP when paying little or no royalties and relies on potentially high litigation costs and uncertainty of the outcome

preventing the SEP holder from filing an infringement claim against it.¹²³ Hence, it may remain inactive during the licence agreement negotiations while pretending to be a willing licensee. For the patent system to work truly effectively, the SEP holder must be able to intervene in this kind of business strategy.¹²⁴ Therefore it is considered that the SEP holder does not breach Article 102 TFEU if it enforces its exclusionary patent rights after the negotiations on the licence agreement have stalled due to inactivity of the SEP implementer. In practice, the question of how extensive negotiations for a licence agreement are required before the SEP holder may seek a court injunction or a product recall has been subject to much debate.

In practice, it may often be necessary to presuppose (un)willingness and the preliminary questions in *Nokia v Daimler* concerned also whether (a) the SEP implementer may be considered unwilling to enter into a licence agreement if it has remained passive for several months although it has submitted a nominally formulated licensing request, (b) on the basis of the licence terms the SEP implementer has offered, it may be deducted that the SEP implementer has factually been unwilling to enter into a licence agreement, and (c) if the response to the question (b) is affirmative, does it matter that it neither is obvious nor confirmed in case law that the proposed licence terms are not considered FRAND terms.¹²⁵ The ECJ could not express its views on presupposing unwillingness, but a case-by-case assessment ought to be advocated as the Commission is considered to have emphasised such approach in its decisions in *Motorola* and *Samsung*.¹²⁶ Yet more detailed guidelines from the ECJ would have contributed to legal certainty.

Prior to *Huawei v ZTE*, the most important European line of reasoning on the required procedure of licence negotiations before taking infringement action was similar to that of the German Federal Supreme Court ruling in *Orange-Book-Standard*, albeit the case was not about "proper" SEPs tied to FRAND pledges but patents essential to a de facto standard.¹²⁷ Although formally part of German national law, to some extent it was considered an important preliminary ruling throughout the EU.¹²⁸

In accordance with the *Orange-Book-Standard* test, the patent holder abuses its dominant position only when the patent implementer has made an unconditional and binding licensing offer not limited exclusively to infringement cases, refusal of which by the patent holder would unfairly

119 Ibid., paragraphs 34–35 and 38.

120 Ibid., paragraph 36.

121 Summary of Commission decision in case AT.39985, *Motorola*, paragraph 23.

122 See case C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, paragraph 67.

123 Batista – Mazutti 2016, p. 249; Maume 2016, p. 222; Picht 2016, p. 366; Tsilikas 2017, p. 163.

124 Batista – Mazutti 2016, p. 249.

125 Case 4c O 17/19, *Nokia-SEP*, Tenor.

126 Henningsson 2016, p. 445.

127 Judgment of the Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) of 6 May 2009 – Case KZR 39/06 – *Orange-Book-Standard*. On the general applicability to also de jure standards, see Globočnik 2017, p. 586. On the international application of the line of reasoning, see Körber, 2016, p. 1111. The prior importance of the *Orange-Book-Standard* ruling is showcased by its great significance in the reasoning of Landgericht Düsseldorf in case C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*; see paragraph 47 of the Advocate General's opinion.

128 Henningsson 2016, p. 444. Cf. Maume 2016, p. 217.

disadvantage the patent implementer or be discriminatory.¹²⁹ Secondly, the *Orange-Book-Standard* test sets an obligation on the patent implementer to retroactively fulfil its liabilities under the licence agreement from the moment it began to use the patented technology.¹³⁰ The *Orange-Book-Standard* approach is considered to have been rather beneficial to SEP holders in contrast to the competition-centric approach applied by the European Commission in *Motorola* and *Samsung*.¹³¹

The European case law on the appropriate negotiation procedure has since been complemented along with *Huawei v ZTE*. After the ruling, there is no longer space for the *Orange-Book-Standard* test to be applied in relation between Article 102 TFEU and SEPs.¹³² The *Orange-Book-Standard* test was not considered by the ECJ, but the Advocate General explicitly dismissed it in his opinion due to significantly differing circumstances of the cases;¹³³ the *Orange-Book-Standard* case concerned neither a formal standard nor a FRAND commitment. Instead, the *Huawei v ZTE* ruling is considered more similar to the Commission decisions in *Motorola* and *Samsung* which arguably required the SEP holders to take more comprehensive measures to negotiate a licence agreement than the *Orange-Book-Standard* test.¹³⁴ Consequently, *Huawei v ZTE* undermines the possibilities of the SEP holder to enforce its patent rights in court, compared to the earlier national case law representing the *Orange-Book-Standard* line of arguments.

In *Huawei v ZTE*, the ECJ stated that Article 102 TFEU does not prevent the SEP holder from seeking a court injunction or a product recall provided that certain preconditions are satisfied. The SEP holder must have notified the SEP implementer of the infringement, designated the infringed patent and specified the manner in which the patent has been infringed.¹³⁵ The rationale behind this obligation is the fact that telecommunications standards consist of a large amount of patented inventions and therefore the SEP implementer may not even be aware of infringing the patent.¹³⁶ Furthermore, the SEP implementer having expressed its willingness to enter into a licence agreement on FRAND terms, the SEP holder must have presented a specific and written offer for a licence, including the conditions on determining the royalty.¹³⁷

After that the SEP holder has the right to seek an injunction relief or a product recall under Article 102 TFEU if the SEP implementer neglects to respond to the offer diligently, without

applying delaying tactics, and in accordance with the recognised commercial practices in the telecommunications industry.¹³⁸ In its response the SEP implementer must either accept the licence offer or present its own proposal for FRAND licence terms, as well as set an appropriate deposit in accordance with the general practices in the industry if the SEP holder rejects the licence offer by the SEP implementer.¹³⁹

It has been argued that *Huawei v ZTE* causes legal uncertainty because the licence offer proposed by the SEP holder before initiating legal proceedings must be on FRAND terms. Because neither the ECJ nor the European Commission has provided guidance on how to calculate a FRAND royalty rate, the SEP holder may not know whether its offer is based on FRAND terms or not and therefore whether it is allowed to seek a court injunction or a product recall.¹⁴⁰ It has been proposed that *Huawei v ZTE* obliges the SEP implementer to follow the set procedure even though it disagrees on the meaning of FRAND terms with the SEP holder because neither of the parties surely knows the exact content of FRAND terms beforehand, but the existing case law is still indecisive.¹⁴¹

Also the term "delaying tactics", which release the SEP holder from the restrictions under Article 102 TFEU if applied by the SEP implementer, has been considered to cause unclarity as the ECJ expressed no guidance on the timeframe for a tolerable delay.¹⁴² On the other hand, the vague wording used by the ECJ has also been praised because it allows for more flexibility to apply the test to various divergent circumstances.¹⁴³ Indeed, this unclarity is not just a subject to scholarly debate but was also explicitly addressed in the preliminary questions of *Nokia v Daimler*.¹⁴⁴

To resolve these and any other obscurities concerning an appropriate procedure for licence negotiations, I propose an approach that is based on legal principles and teleological argumentation, both of which are of paramount importance in EU law.¹⁴⁵ Therefore, it is important to identify the underlying objectives of the reasoning of the ECJ and, to a lesser extent, of the Commission. It has been argued that in *Motorola* and *Samsung* the Commission wanted to prevent the SEP holders from applying such conducts that exclude the SEP implementers from the market or force them to accept "disadvantageous" licence terms.¹⁴⁶ On the other hand, it has been considered that the ECJ prioritised the need to strike a fair balance between the SEP holder and the SEP implementer, preventing patent hold-ups and hold-outs from being established, as

129 Case KZR 39/06, *Orange-Book-Standard*, paragraphs 29 and 32.

130 *Ibid.*, paragraphs 29 and 33.

131 Henningsson 2016, p. 444–445; Körber 2016, p. 1110; Petit 2013, p. 691.

132 Körber 2016, p. 1116.

133 Advocate General Wathelet's opinion in case C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, paragraph 48.

134 Körber 2016, p. 1116.

135 Case C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, conclusion.

136 *Ibid.*, paragraph 62; Körber 2016, p. 1109.

137 Case C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, conclusion.

138 *Ibid.*

139 *Ibid.*, paragraphs 66–67.

140 Henningsson 2016, p. 449.

141 Geradin 2020, p. 5; Picht 2016, p. 373; Tsilikas 2017, p. 172.

142 Batista – Mazutti 2016, p. 251; Henningsson 2016, p. 449; Picht 2016, p. 373.

143 Galli 2016, p. 36; Maume 2016, p. 223.

144 Case 4c O 17/19, *Nokia-SEP*, Tenor.

145 Raitio, Juha, 2016. *Euroopan unionin oikeus*. Talentum, Helsinki; p. 195.

146 Tsilikas 2017, p. 167.

well as clarifying the proper conduct on licensing negotiations over the Commission's aims.¹⁴⁷ The latter has probably been intended to promote legal certainty.

Whereas these aims do not exclude each other, the objectives behind the reasoning of the ECJ must be considered primary after *Huawei v ZTE*. Given the clearly set objectives of *Huawei v ZTE*, the appropriate procedure for negotiations is arguably meant to be interpreted from the perspective of the objectives, instead of rigidly following this procedure in each individual case. In fact, in some circumstances, a procedure different to that presented in *Huawei v ZTE* may better correspond to the objectives of the ECJ. It has also been argued that the ECJ advocated licensing negotiations in good faith and in accordance with recognised commercial practices rather than following rigid procedural steps.¹⁴⁸

In addition, it has been argued that the Commission deliberately diverged from the *Orange-Book-Standard* approach in *Motorola* and *Samsung* as for the required unconditionality of the licence offer by the SEP implementer which factually disabled SEP implementers from challenging the validity or essentiality of the SEP afterwards.¹⁴⁹ To support this view, the ECJ referred to Article 47 CFR in *Huawei v ZTE* in order to reason that the SEP implementer does not have to waive its right to challenge the validity or the essentiality of the SEP in question in its licence offer.¹⁵⁰ The unconditionality requirement would then have been replaced with the prohibition of delaying tactics which addresses primarily the SEP implementers with a blatant lack of intent to engage in licence negotiations.¹⁵¹ This can be considered a means of combating patent hold-outs as well as striking a fair balance between the parties.

Besides principle-based and teleological approaches, the upcoming SEP disputes are likely to become strongly affected by rulings of national courts due to the scarcity of EU level case law. Rulings of French courts are of particular importance because the ETSI Intellectual Property Rights Policy has in principle to be interpreted under French law.¹⁵² In practice, also the German case law strongly directs the European approach to abusive SEP litigation due to the sheer quantity of German SEP rulings, Germany being the preferred jurisdiction for many SEP holders.¹⁵³ This national case law is, however, subordinate to EU law and its role is hence merely complementary.

5. CONCLUSIONS

Article 102 TFEU may be breached by an SEP infringement action solely if the SEP holder enjoys a dominant position. As stated above, the emergence of a dominant position through mere SEP ownership remains controversial in the absence of decisive case law at the EU level. However, particularly when the disputed SEP relates to a widely used, ETSI-sanctioned standard such as UMTS or LTE, ownership of an SEP creates a dominant position on the SEP holder on the aforementioned grounds.

From the competition law perspective, the acceptability of bringing an SEP infringement suit against the SEP implementer can be resolved based on evaluation which can be described as a two-step test. The first question concerns whether the sought legal remedy has a direct effect on the market access of the SEP implementer and therefore the ability of being used as leverage to force excessive licence fees from the SEP implementer. If there is no such direct effect, the litigation in question is not abusive in the meaning of Article 102 TFEU. Seeking compensation for unauthorised use and any damages as well as seeking the rendering of accounts in relation to the past use of the SEP by the SEP implementer fall within this category and never in itself conflict with Article 102 TFEU.

Yet if the answer to the first question is affirmative, also a second question needs to be assessed. The question is whether the sought legal remedy is objectively justified and thus non-abusive within the meaning of Article 102 TFEU, and needs to be assessed particularly in relation to seeking a court injunction or a product recall. Whether an objective justification exists is decided on a case-by-case basis, and the assessment must follow the objectives of Article 102 TFEU in the SEP context: legal certainty, fair balance between the interests of the parties and ensuring that a fair and reasonable remuneration will be paid for the use of SEPs. In the assessment, it should be decisive whether the SEP holder can obtain a fair compensation without restricting the market access of the SEP implementer through legal proceedings. In most cases, failing to follow the procedure set in *Huawei v ZTE* hence constitutes a breach of Article 102 TFEU. Yet this rule is not without exceptions and the SEP holder may be allowed to ignore this procedure, for example in case of insolvency of the SEP implementer as the SEP holder may be unable to obtain licence payments from the insolvent SEP implementer.

147 Galli 2016, p. 33; Geradin 2020, p. 4; Tsilikas 2017, p. 169. See also Advocate General Wathelet's opinion in case C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, paragraph 63.

148 Pila – Torremans 2019, p. 111.

149 Batista – Mazutti 2016, p. 247; Picht 2016, p. 367.

150 Case C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v ZTE Corp. and ZTE Deutschland GmbH*, paragraph 69.

151 Batista – Mazutti 2016, p. 247–248.

152 Geradin 2020, p. 7.

153 Maume 2016, p. 212.

RIKOSTEN YKSIKÖINNIN ENNAKOITAVUUS VAINOAMISTA (RL 25:7 A) KOSKEVASSA OIKEUSKÄYTÄNNÖSSÄ

THE PREDICTABILITY OF SAME-OFFENCE-IDENTIFICATION AS SINGULAR OR MULTIPLE OFFENCES IN LEGAL PRACTICE PERTAINING TO STALKING (CCOF 25:7 A)

Robert Sandberg¹

DOI: <https://doi.org/10.33344/vol11Ypp74-106>

Helsinki Law Review, 1/2021, pp. 74–106

© 2021 Pykälä ry, Mannerheimintie 3 B, 5th floor, 00100 Helsinki, Finland, and the author.



Avainsanat:

rikosoikeus, rikoskonkurrenssi, rikosten yksiköinti, vainoaminen, laillisuusperiaate, rikosoikeudellinen yhdenvertaisuus

Keywords:

criminal law, concurrence of offences, same-offence-identification as singular or multiple offences, stalking, the principle of legality, the principle of equality within criminal law

ABSTRACT

This article covers same-offence-identification as singular or multiple offences (same-offence-identification) pertaining to stalking. Said doctrine is a subbranch of the concurrence of offences and there are no provisions in the law concerning this phenomenon. Instead, it falls onto the courts to decide whether a conduct is to be considered a singular or multiple breach(es) of a certain criminalization. This decision is steered by legal praxis, legal literature and the so called “natural point of view” and the criteria that compose it, which have been established in legal praxis. Weighting of said criteria varies depending on the offence in question and especially its wording.

Occasionally, this resolution can have a significant influence on determining the severity of punishment presently or in the future as well as time-barring of the right to bring charges. Thus, the consideration of these viable consequences already in the phase of same-offence-identification can be deemed an interesting prospect. The focus of this article is on the analysis of same-offence-identification pertaining to stalking (CCoF 25:7 a) in light of inter alia the principles of legality and equality within criminal law; if these decisions can directly influence the determining of punishment either in the present or in the future, it is paramount that said decisions are made foreseeably and justly. Hence, the main research material comprises decisions made by the courts of appeal of Helsinki, Turku and Vaasa in cases of suspected stalking between 2015 and 2019.

A scrutiny of this material indicates that same-offence-identification is incoherent when convicting individuals of stalking. Worryingly, same-offence-identification practices appear haphazard and seem to follow initial identifications made by prosecutors. To harmonize these decisions, it is proposed that said rulings be reasoned more regularly.

1 Kirjoittaja on valmistunut oikeustieteen maisteriksi Helsingin yliopistosta 2020. Valmistumisen jälkeen hän on työskennellyt syyttäjänä ja suorittaa parhaillaan tuomioistuinharjoittelua. Artikkelin perustuu kirjoittajan pro gradu -tutkielmaan.

I. JOHDANTO

Rikosoikeudellisiin kilpailukilpailuihin lukeutuvassa rikosten yksiköinnissä on kyse yhden tai useamman rikoksen rajanvedosta lähtökohtaisesti yhden ja saman rikosnimikkeen tunnusmerkistön täyttävää menettelyä arvioitaessa. Missä kulkee rikoksen yksin- ja useampikertaisen toteuttamisen raja? Laissa ei ole säännöksiä rikosten yksiköinnistä, vaan tuomioistuimet tekevät yksiköintiratkaisut oikeuskäytännön ja -kirjallisuuden varassa. Rikosten yksiköinnissä yhdeksi tai useammaksi rikokseksi on olennaisena apuvälineenä hyödynnetty niin sanottua luonnollista katsantokantaa.² Rikosityksyyden tai -useammuuden rajanvedon lähtökohdaksi on asetettava rikoksen tunnusmerkistö.³ Tulkintani mukaan tämä tarkoittaa etupäässä menettelyyn soveltuvan rikosnimikkeen tunnusmerkistön sanamuotoa. Luonnollisella katsantokannalla ei kuitenkaan itsessään ole varsinaisia ääriäviä, ja käsitettä on sen vuoksi täsmennettävä. Erityisesti tekojen ajallinen ja paikallinen yhteys ovat luonnollisen teon ykseyden selvittämisen kannalta keskeisiä.⁴ Rikosten yksiköinnissä ongelmalliseksi muodostuu kunkin rikosnimikkeen tunnusmerkistön ulottuvuuden selvittäminen, eli tunnusmerkistöjen eräänlainen venyvyys.⁵ Ulottuvuutta selvittäessä lähtökohtana toimii tunnusmerkistö ja ennen kaikkea sen kielellinen ilmaisu.⁶ Tunnusmerkistön sanamuodosta tai muutoin ilmenevän ulottuvuuden määrittämisessä arvioinnin lähtökohdaksi ovat Suomessa muodostuneet luonnollisen katsantokannan eri arviointikriteerit. Sanotut arviointikriteerit antavat luonnollisen katsantokannan käsitteelle sen merkityssisällön.⁷

-
- 2 Lakivaliokunnan mietintö n:o 15 hallituksen esityksen johdosta rikosten yhtymistä koskevan lainsäädännön uudistamisesta (LaVM 15/1990 vp), s. 3, hallituksen esitys Eduskunnalle rikosten yhtymistä koskevan lainsäädännön uudistamisesta (HE 84/1980 vp), s. 8 sekä hallituksen esitys Eduskunnalle rikosten yhtymistä koskevan lainsäädännön uudistamisesta (HE 40/1990 vp), s. 11–12, jossa tosin ei suoraan mainita luonnollista katsantokantaa, vaan puhutaan yhden ja useamman teon välisestä rajanvedosta yleisesti sekä ”luonnollisesta teon käsitteestä”. Myös Tapani, Jussi, 2012, Rikosten yksiköinti – marginaalista ytimeen? Rikoksesta rangaistukseen. Teoksessa Juhlajulkaisu Pekka Viljanen 1952 – 26/8 – 2012, s. 221–239. Turun yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta, WS Bookwell Oy, Porvoo, s. 227.
 - 3 Mm. Frände, Dan, 2004. Allmän straffrätt. Publikationer från Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet. Tredje upplagan, s. 323 sekä Ulväng, Magnus, 2013. Brottslighetskonkurrens – Om relationer mellan regler och fall. Iustus Förlag AB, Uppsala, s. 199–200. Myös Tapani, Jussi; Tolvanen, Matti; Hyttinen Tatu, 2019. Rikosoikeuden yleinen osa: vastuuoppi. Alma Talent. 3. uudistettu painos, s. 594–595 ja KKO 1997:117, joissa korostetaan tunnusmerkistön kirjoitustavan merkitystä.
 - 4 Frände 2004, s. 323 sekä Korkka-Knuts; Heli, Helenius, Dan; Frände, Dan, 2020. Yleinen rikosoikeus. Edita Publishing Oy. 3. uudistettu painos, s. 415.
 - 5 Koskinen, Pekka, 1973. Yksitekoisesta rikosten yhtymisestä erityisesti silmällä pitäen ideaali- ja reaalkilpailukilpailuihin erottelua, Rikosoikeudellinen tutkimus. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisu A-sarja N:o 105, 1973. Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala, s. 127–128.w
 - 6 Hagströmer, Johan, 1901–1905. Svensk straffrätt I, Föreläsningar, 1901–1905. Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB, Uppsala, s. 620–621 ja Ulväng 2013, s. 200–201.
 - 7 Näin esimerkiksi Tapani 2012, s. 227–228.

Korkein oikeus on ratkaisussaan KKO 2018:17 lausunut seuraavasti: ”Voimassa olevaan lakiin ei sisälly säännöstä, joka koskisi yksittäisten tekojen katsomista yhdeksi tai useammaksi rikokseksi, vaan kysymys on jätetty viime kädessä oikeuskäytännössä ratkaistavaksi. Oikeuskäytännössä arvioinnin lähtökohdaksi on otettu lain esitöissä mainitun mukaisesti niin sanottu luonnollinen katsantokanta – –”. Luonnolliseen katsantokantaan vaikuttavina arviointikriteereinä on pidetty yhtäältä tekojen ajallista ulottuvuutta sekä toisaalta toiminnan luonnetta; onko toiminta ollut yhtenäistä vai onko kyse ollut selvästi erillisistä teoista?⁸ Myös säännösten sanamuodolla, sääntelyn suojaamalla arvoilla, sääntelyn pyrkimyksillä, asianomistajien määrällä ja tekojen motivaatioperustalla on katsottu olevan vaikutusta siihen, onko tekoja pidettävä yhtenä vai useampana rikoksena.⁹

Tässä artikkelissa analysoidaan rikoslain 39/1889 (RL) 25:7 a §:n vainoamisen yksiköintiä oikeuskäytännössä. Verrattain tuoreena kriminalisointina rikosnimikettä koskevia yksiköintikäytänteitä ei ole juuri tutkittu. Vainoamista ja sen yksiköintiä analysoidaan olletikin rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen ja yhdenvertaisuuden valossa. Artikkelin aloittaa siten laillisuusperiaatetta ja yhdenvertaisuutta koskeva jakso, jossa pyritään selkiyttämään niin laillisuusperiaatteen kuin rikosoikeudellisen yhdenvertaisuudenkin merkitystä sekä tuomaan esiin näiden asema juuri rikosten yksiköinnissä. Segmenttiä seuraa pitkähkö, vainoamiseen kohdistuvaa analyysiä sisältävä osio, jossa käsitellään rikosnimikkeen tunnusmerkistön sanamuodon ja luonnolliseen katsantokantaan vaikuttavien arviointikriteerien suhdetta sekä tiettyjen kriteerien korostumista. Työn päättävät epäjohdonmukaisen yksiköinnin todellisia ja mahdollisia vaikutuksia käsittelevä jakso sekä yhteenvetosegmentti.

Artikkelissa pyritään analysoimaan yksiköintiratkaisujen ennakoitavuutta erityisesti laillisuusperiaatteen praeter legem -kieltoa, analogiakieltoa sekä rikosoikeudellista yhdenvertaisuutta silmällä pitäen. Hypoteesini mukaan luonnolliseen katsantokantaan vaikuttavien arviointikriteerien yhteismitattomuuden ongelma ja lainkäyttäjän laaja harkintavalta yksiköintiratkaisuihin ovat potentiaalisesti omiaan johtamaan laillisuusperiaatteen praeter legem- ja analogiakieltojen rikkomiseen sekä heikentämään yleistä oikeusvarmuutta. Työssä havainnollistetaan sanottua otaksumaa osoittamalla yksiköintiratkaisujen toisinaan mittavakin vaikutus niin tuomioistuimen arvioitavaksi saatetusta menettelystä mitattavan rangaistuksen ankaruuteen kuin syyteoikeuden vanhentumiseenkin sekä kyseisten ratkaisujen välisen ennakoitavuuden hataruus.

-
- 8 KKO 2018:17 kohta 10, jossa viitataan edelleen mm. KKO 1994:67, KKO 2004:33, KKO 2007:38 kohta 4 ja KKO 2007:102 kohta 3.
 - 9 KKO 2018:17 kohta 10, jossa viitataan edelleen mm. KKO 1997:117, KKO 2000:108, KKO 2007:38 kohta 4, KKO 2015:18 kohta 4 sekä KKO 2017:92 kohta 8.

Artikkelin kannalta olennaisena tutkimusaineistona on hyödynnetty korkeimman oikeuden rikosten yksiköintiä koskevaa oikeuskäytäntöä sekä Turun, Helsingin ja Vaasan hovioikeuksien vainoamisia koskevaa ratkaisukäytäntöä. Vainoamisia koskevat ratkaisut on pyydetty kustakin hovioikeudesta sähköisessä muodossa siten, että pyynnöissä on yksilöity aikavälillä 2015–2019 annetut vainoamisratkaisut. Vainoaminen kriminalisoiin 1.1.2014 lukien¹⁰, joten hovioikeuksien käsiteltäviksi ei liene vielä samana vuonna ehtinyt edetä montaakaan vainoamisasiaa. Otannaksi valikoituivat kolmen eri hovioikeuden ratkaisemat vainoamisasiat niiden täysien kalenterivuosien ajalta, joina vainoamisasioita oli artikkelin kirjoittamishetkellä (11/2020) ratkaistu.

2. LAILLISUUSPERIAATTEESTA JA RIKOSOIKEUDELLISESTA YHDENVERTAISUUDESTA

2.1 Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate

Rikosoikeudellisesta laillisuusperiaatteesta säädetään ensisijaisesti Suomen perustuslain 731/1999 (PL) 8 §:ssä ja säännös kuuluu seuraavasti: ”Ketään ei saa pitää syyllisenä rikokseen eikä tuomita rangaistukseen sellaisen teon perusteella, jota ei tekohetkellä ole laissa säädetty rangaistavaksi. Rikoksesta ei saa tuomita ankarampaa rangaistusta kuin tekohetkellä on laissa säädetty.” Myös RL 3 luvun 1 §:n sisältö ilmentää laillisuusperiaatetta: ”Rikokseen syylliseksi saa katsoa vain sellaisen teon perusteella, joka tekohetkellä on laissa nimenomaan säädetty rangaistavaksi. Rangaistuksen ja muun rikosoikeudellisen seuraamuksen on perustuttava lakiin.” Ottaen huomioon, että rikoslain rangaistuksilla puututaan kansalaisten keskeisiin perusoikeuksiin, on sanottujen rangaistusten käyttämisen rajat määritettävä tarkoin jo oikeusturvasyistä.

Laillisuusperiaate edellyttää, että rikoksesta rankaisemisen on aina perustuttava lain säännökseen.¹¹ Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate sääntelee samanaikaisesti sekä oikeustosisaikaston että oikeusseuraamuksen piiriä; rikoksen ja siitä tuomittavan rangaistuksen on *molempien* perustuttava lakiin. Laillisuusperiaate määrää lisäksi lainsäätämisen ynnä lainsoveltamisen tavasta. Lainsoveltajaan kohdistuva *praeter legem* -kielto, eli kirjoitetun lain vaatimus – joka kieltää tuomarilta lain ulkopuolelle menemisen – velvoittaa tuomaria perustamaan toimintansa lainsäätäjän tekemiin ratkaisuihin. Yksinomaan laissa säädetystä rikoksesta saa tuomita vain laissa määrättyyn rangaistukseen. Lainsoveltajaan kohdistuu

10 Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi rikoslain, pakkokeinolain 10 luvun 7 §:n ja poliisilain 5 luvun 9 §:n muuttamisesta (HE 19/2013 vp) sekä rikoslaki 25 luku 7 a §.

11 Hallituksen esitys Eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi (HE 44/2002 vp), s. 28–29.

niin ikään analogiakielto, eli kielto turvautua analogiapäätelmään syytetyn vahingoksi lakia täydentääkseen. Lainsoveltajaan kohdistuvat periaatteet ilmentävät vaatimusta lainkäyttöpäätösten sitomisesta lain kirjaimeen.¹²

Laillisuusperiaatteeseen kuuluva taannehtivan rikoslain kielto kohdistuu niin lainsäätäjään kuin lainsoveltajaan. Kielto ei kuitenkaan ole rikosten yksiköinnin kannalta olennainen, eikä sitä näin ollen artikkelissa enemmälti käsitellä. Laillisuusperiaate pitää sisällään myös lainsäätäjään kohdistuvan epätäsmällisyyskiellon, jonka mukaan rikoslain tulee olla sisällöltään täsmällinen, eli rikoslain säännöksiltä edellytetään tarkkarajaisuutta.¹³ Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen kattamat kiellot ovat absoluuttisia, joten niitä ei saa rikkoa missään olosuhteissa.¹⁴

Laillisuusperiaatteen artikkelin aiheen kannalta olennaisena sisältönä on pidettävä lainsoveltajaan kohdistuvia analogia- ja *praeter legem* -kieltoja sekä lainsäätäjään kohdistuvaa rangaistussäännösten tarkkarajaisuuden vaatimusta eli epätäsmällisyyskieltoa. Tältä osin on huomioitava, että laillisuusperiaatteen alaperiaatteet ovat paitsi toisiaan täydentäviä, myös osittain päällekkäisiä. Mainituista, artikkelin aiheen kannalta relevanteista alaperiaatteista analogiakielton vastaisesti meneteltäessä voidaan menettelyn katsoa rikkovan myös *praeter legem* -kieltoa.¹⁵ Edellä esitetty pitänee paikkansa, sillä lain täydentäminen analogiapäätelmällä lienee lisäksi kirjoitetun lain ulkopuolelle menemistä.

Lainsoveltajan on lainkäytössään alati tulkittava lainsäätäjän käyttämiä käsitteitä, sillä konkreettisen tapauksen ja abstraktin oikeusnormin vertaaminen keskenään ei muutoin ole mahdollista. Missä kulkee sallitun tulkinnan ja kielletyn analogian välinen raja? Kysymykseen vastaaminen edellyttää rikosnimikkeiden tunnusmerkistöjen sanamuotojen rajojen tuntemista, joiden paikantamisessa lienee lähdettävä termien yleiskielisestä merkityksestä tai juridisteknisestä sisällöstä.¹⁶

Analogia- ja *praeter legem* -kieltojen voinee siten katsoa turvaavan rikoslainkäytön ennakoitavuutta sekä ehkäisevän mielivaltaisia ratkaisuja.¹⁷ Edellä esitetty huomioiden katson, ettei tunnusmerkistön mukaisen menettelyn yksin- tai useampikertaisen toteuttamisen rajanvetoa tulisi tehdä tavalla, joka ei huomioi menettelyyn soveltuvan tunnusmerkistön sanamuodon asettamia rajoja. Nähdäkseni kiellot ovat siten hyvin keskeisessä asemassa

12 HE 44/2002 vp, s. 29.

13 HE 44/2002 vp, s. 29.

14 Nuutila, Ari-Matti, 1997. Rikoslain yleinen osa. Lakimiesliiton kustannus, Gummerrus Kirjapaino Oy, Jyväskylä, s. 39 sekä Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 114.

15 HE 44/2002 vp, s. 30.

16 HE 44/2002 vp, s. 34.

17 Tätä tulkintaa tukevat mm. HE 44/2002 vp, s. 29 ja 34 sekä KKO 2014:7 kohta 17, joissa *laillisuusperiaatteen tavoitteina* pidettiin oikeusturvan takaamista sekä ennakoitavan laintulkinnan toteutumista.

yksiköintiratkaisuja tekevän lainkäyttäjän harkintavallan suitsijoina. Huomionarvoisena seikkana mainittakoon vielä, että vaikka analogia- ja praeter legem -kiellot eivät sallikaan tuomarin menevän lain ulkopuolelle *syttetyn vahingoksi*, ei lain ulkopuolelle meneminen *sytetyn eduksi* ole kiellettyä.¹⁸

Myös aiemmin mainittu, lainsäätäjään kohdistuva epätäsmällisyyskielto on rikosten yksiköinnin kannalta kiinnostava.

”Lainsäätäjään kohdistettava täsmällisyysvaatimus merkitsee, että sekä rangaistuksella uhatun toiminnan kuvaus että teosta seuraava rangaistus on määritelty sellaisella tarkkuudella, että ainakin oikeustieteellisen koulutuksen saaneet henkilöt, ja mieluiten muutkin, voivat ennakoita tietää mikä on rangaistavaa ja kuinka ankarasti.”¹⁹

Perustuslakivaliokunnan käytännössä laillisuusperiaatteen täsmällisyysvaatimuksen on katsottu edellyttävän kunkin rikoksen tunnusmerkistön riittävän täsmällistä ilmaisua laissa siten, että säännöksen sanamuodon perusteella on ennakoitavissa, onko jokin toiminta tai laiminlyönti rangaistavaa.²⁰

Siitä huolimatta, että täsmällisyysvaatimus kohdistuu lainsäätäjään, heijastuu se myös lain soveltamiseen ja sitä rajoittaviin vaatimuksiin. Epätäsmälliset kriminalisoinnit ovat pahimmassa tapauksessa perustuslain vastaisia. Tämän vuoksi lainsoveltajan tulisikin epäselvissä tilanteissa pitäytyä lain sanamuodon ydinalueilla tulkintaa tehdessään.²¹ Täsmällisyysvaatimus edellyttäne sellaista rangaistuksella uhatun toiminnan kuvauksen ja teosta seuraavan rangaistuksen määrittelyn tarkkuutta, että lain perusteella on muodostettavissa jonkinlainen ennakkokäsitys siitä, minkälainen määrä minkäkin kriminalisoinnin tunnusmerkistön mukaista menettelyä katsotaan kunkin nimikkeen yksin- tai useampikertaiseksi toteuttamiseksi. Mikäli näin ei olisi, ei ennakoita voisi vaivatta tarkasti tietää edes, mikä on rangaistavaa, puhumattakaan rangaistuksen ankaruudesta. Tulkintani mukaan lainsoveltajan on huomioitava edellä esitetty yksiköintiratkaisuja tehdessään ja pitäydyttävä lain sanamuodon ydinalueilla.

18 Praeter legem -kielto ei estä tuomaria poikkeamasta kirjoitetusta laista *sytetyn eduksi*, mm. Tapani, Jussi & Tolvanen, Matti, 2004. Rikosvastuu ja sen toteuttaminen. Joensuun yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja. Joensuun yliopistopaino, Joensuu, s. 26. Analogiakieltokaan ei estä *sytetyn eduksi* tehtäviä lainanalogioita ja oikeusanalogioita, ks. tarkemmin Tapani – Tolvanen 2004, s. 28–29.

19 HE 44/2002 vp, s. 29.

20 Mm. perustuslakivaliokunnan lausunto 40/2002 vp – hallituksen esitys ajoneuvolaiksi ja siihen liittyviksi laeiksi (PeVL 40/2002 vp), s. 7, perustuslakivaliokunnan lausunto 48/2002 vp – hallituksen esitys terrorismia koskeviksi rikoslain ja pakkokeinolain säännöksiksi (PeVL 48/2002 vp), s. 2 sekä perustuslakivaliokunnan lausunto 26/2004 vp – hallituksen esitys laiksi rikoslain 17 luvun, kokoonnutumislain ja järjestyksenvalvojista annetun lain 8 §:n muuttamisesta (PeVL 26/2004 vp), s. 3.

21 Lappi-Seppälä, Tapio, 2003. Rikosoikeuden yleisiä oppeja koskeva uudistus I. Lakimies 2003/5, s. 751–788. Asiantuntija-artikkeli, s. 757.

Kuten aiemmin tuotiin esiin, on lainsäätäjän käyttämien käsitteiden tulkinta välttämätöntä konkreettisen tapauksen ja abstraktin oikeusnormin vastaavuuden toteamiseksi.²² Korkeimman oikeuden mukaan käsitteiden tulkinta on välttämätöntä ja oikeutettua myös yksittäisiä rikostunnusmerkistöjä sovellettaessa, mutta tuloksen on oltava yhtäpitävä tunnusmerkistöstä ilmenevän, kriminalisoinnilla tavoitellun suojan tarkoituksen kanssa ja lopputuloksen on lisäksi oltava kohtuudella tekijän ennakoitavissa.²³ Samoilla linjoilla on ollut myös muun muassa Kekki, jonka mukaan rangaistussäännösten kirjoittaminen totaalisen yksiselitteisinä lienee mahdotonta ja epätarkoituksenmukaista. Lainsoveltajan suorittamille tulkinnoille jää siten aina tilaa.²⁴ Väite pitäne yllä kerrotun valossa paikkansa; jokaisen mahdollisen tilanteen ja tilanteisiin liittyvän olosuhteen kirjaaminen lakiin on paitsi mahdotonta myös tarpeetonta.

Rangaistavien menettelyjen ja niistä mitattavien rangaistusten ankaruuden pystynee lukemaan myös yleisellä tasolla kirjoitetuista säännöksistä. Yksiköintikysymyksiä ratkaistaessa tulisi silti nähdäkseni pitäytyä tunnusmerkistöjen sanamuotojen ydinalueilla siten, ettei niiden yleiskielellisen tai juridis-teknisen merkityksen ulkopuolelle mennä *sytetyn vahingoksi*. Tuomioistuini ei saa laajentaa rikosvastuun soveltamisalaa lain rajoja venyttämällä²⁵. Artikkelissa analysoidaan vainoamista koskevien yksiköintiratkaisujen ennakoitavuutta sekä sitä, missä määrin ne ovat rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen mukaisia. Onko kriminalisointi riittävän täsmällinen ja noudatetaanko yksiköintiratkaisuja tehtäessä muun muassa analogia- ja praeter legem -kieltoja?

2.2 Yhdenvertaisuudesta rikosoikeudessa

Yhdenvertaisuudesta säädetään PL 6 §:ssä. Artikkelin kannalta säännöksen keskeistä sisältöä ovat ennen kaikkea ensimmäisen momentin asettama vaatimus ihmisten yhdenvertaisuudesta lain edessä sekä toisen momentin kielto asettaa ihmiset henkilöön perustuvan synn perusteella eri asemaan ilman hyväksyttävää perustetta. Perustuslain yhdenvertaisuussäännöksen katsotaan kattavan vaatimuksen muodollisesta tai oikeudellisesta yhdenvertaisuudesta, joka kieltää mielivallan sekä pitää sisällään vaatimuksen kohdella samanlaisia tapauksia samalla tavoin ja erilaisia tapauksia eri tavoin. Viranomaisten on sovellettava lakia tekemättä muita eroja kuin laista ilmenee; lainsoveltajaan kohdistuva yhdenvertaisuusperiaate rajoittaa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten harkintavaltaa.²⁶ Rikosten yksiköinnin kannalta kiinnostavana voidaan

22 HE 44/2002 vp, s. 34 ja KKO 2014:7 kohta 17.

23 Mm. KKO 2002:11 kohdan ”Perustelut” 4 kappale, KKO 2013:12 kohta 13, KKO 2013:55 kohta 14 sekä KKO 2014:7 kohta 18. Ennakoitavuusvaatimukseen palataan osiossa 2.2.

24 Kekki, Klaus, 2015. Kieltoerehdys. Kirjoituksia rikosoikeudesta. Helsingin hovioikeuden julkaisuja, s. 53–76, toim. Raimo Lahti ja Essi Konttinen-Di Nardo. Tammerprint Oy, Helsinki, s. 60.

25 Korkka-Knuts – Helenius – Frände 2020, s. 48.

26 Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta (HE 309/1993 vp), s. 42.

pitää myös yhdenvertaisuusvaatimusta epäsuoremmin ilmaisevaa RL 6:3:ää, jossa edellytetään rangaistuskäytännön yhtenäisyyden huomioimista rangaistuksen mittaamisessa.²⁷

Hahto on tulkinnut yhdenvertaisuuden keskeiseksi rikosoikeudelliseksi päätöksentekokriteeriksi, joka takaa muodollisen oikeusturvan.²⁸ Samanlaisten tapausten samanlaista kohtelua pyritään varmistamaan niin sanotulla normaalirangaistusajattelulla eli yleisesti noudatettavalla tuomitsemislinjalla, josta ei saa poiketa, jollei jokin tapauksen erityispiirre sitä oikeuta. Käytännössä kyse on silti ennemminkin tyyppitilanteista, joista seuraavat rangaistukset mitataan tyyppirangaistusvyöhykkeeltä. Tällä tavoin välttyään suurilta yksittäispoikkeamilta.²⁹ Siitä huolimatta, että rikos ja sen törkeys ovat keskiössä oikeuskäytännön yhtenäisyyttä arvostavassa mittaamisen tavassa, mahdollistaa se myös tekijään liittyvien perusteiden huomioimisen.³⁰ Tämä ei ole ristiriidassa perustuslain edellyttämän yhdenvertaisuuden kanssa, sillä asiaan vaikuttavien olosuhteiden erotessa voi kohtelussakin olla eroja. Lisäksi ihmisiä voidaan lainsäädännöllisesti kohdella eri tavoin tietyn hyväksyttävän yhteiskunnallisen intressin vuoksi, mikäli sillä edistetään muun muassa tosiasiallista tasa-arvoa.³¹

Oikeudenmukaisuus ja yhdenvertaisuus kulkevat käsi kädessä. Monasti oikeudenmukaisuuden käsite on kiteytetty yhdenvertaisen kohtelun perusvaatimukseen siitä, että samanlaisia tapauksia on käsiteltävä samalla tavalla.³² Nähdäkseni oikeudenmukaisuus edellyttää yhtäältä yhdenvertaista kohtelua, mutta toisaalta yhdenvertainen kohtelu ei välttämättä takaa oikeudenmukaisuutta. Kulla on esittänyt samansuuntaisen tulkinnan: ”Hallitsija, joka päähänpistostaan vangituttaa kaikki alaisensa ja lopuksi myös itsensä, noudattaa kyllä yhdenvertaisuutta, mutta hänen toimintansa ei silti ole oikeudenmukaista, koska peruste on mielivaltainen.”³³ Nuotion mukaan oikeudenmukaisuus kysyy yhdenvertaisuutta siinä suhteessa, että samanlaisesta teosta tuomitaan sama rangaistus sekä lisäksi siten, että erilaisesta teosta

tuomitaan eri rangaistus.³⁴ Ainakin Melander on katsonut yhdenvertaisuuden arvon vaikuttavan rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen tulkintaan ” – – yhdenvertaisuuden sisältyessä perusoikeuden käsitteeseen ja näin vahvistaessa laillisuusperiaatteen asemaa yleisesti kaikille kuuluvana perusoikeutena.”³⁵

Yhdenvertaisuudella on katsottu olevan keskeinen asema myös rikosoikeudellisessa tulkinnassa. Sanottu asema ilmenee rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen tausta-arvona vaikuttavan ennustettavuuden merkityksen painottamisessa. Korkein oikeus on asettanut laillisuusperiaatteen mukaisesti rikosoikeudellisen säännöksen sanamuodon tulkinnan lähtökohdaksi, ja laillisuusperiaatteeseen sisältyvän analogiakiellon tulkinnan absoluuttiseksi rajoitukseksi, todeten samalla käsitteiden tulkinnan olevan silti väistämätöntä. Korkein oikeus on asettanut sallitun rikosoikeudellisen tulkinnan perusedellytykseksi, että tulkinnan on oltava sopusoinnussa tunnusmerkistöstä ilmenevän, rangaistusuhalla tavoitellun suojan tarkoituksen kanssa ja että tulkinnan on oltava kohtuudella tekijän ennakoitavissa.³⁶ Esitetyt edellytykset lienevät täysin välttämättömiä yksilön oikeusturvan toteutumisen kannalta rikosprosessissa.

Ennakoitavuuden kriteeri voidaan tässä yhteydessä kuitenkin ymmärtää useammalla tavalla.³⁷ Fränden mukaan olennaista on ratkaisun oikeellisuus eikä niinkään sen ennakoitavuus; tuomioistuimien arvio ratkaisunsa ennakoitavuuden sitä silmällä pitäen, kuinka lainopillista osaamista omaava henkilö olisi tilannetta arvioinut.³⁸ Tapani, Tolvanen ja Hyttinen ovat kuitenkin pitäneet tätä näkemystä varsin ongelmallisena, sillä vain harvalla juristilla on riittävän tarkka tuntemus kaikkien kriminalisointien kattavuuksista.³⁹ Toinen tapa käsittää ennakoitavuusvaatimus on pitää sitä ”ratkaisuntekijän intersubjektiivisena kontrollivälineenä”; päätöksentekijä ikään kuin arvioi tekemänsä tulkintaratkaisun perusteltavuutta ja oikeuttamista. Kyse on siten laajentavan teleologisen tulkinnan pidäkkeestä.⁴⁰

”Onkin tärkeää tehdä ero kahdenlaisen ennakoitavuuden välillä: on eri asia puhua rikoslain soveltamisen ennakoitavuudesta siinä vaiheessa, kun asia on tuomioistuimisessa (niin sanottu ennakoitavuuden jälkikäteinen arvio) kuin teon rikosoikeudellisen luonteen ennakoitavuudesta tekijän näkökulmasta ennen tekoa (niin sanottu ennakoitavuuden etukäteinen arvio).”⁴¹

27 Tätä yhdenvertaisuuden epäsuorempaa kodifointia ovat tuoneet esiin ainakin Hahto sekä Melander, ks. Hahto, Vilja, 2004. Uhrin myötävaikutus ja rikosentekijän vastuu – rikos- ja vahingonkorvausoikeudellinen tutkimus tekoa edeltävästä uhrikäyttäytymisestä fyysistä koskemattomuutta loukkaavissa rikoksissa. Edita Publishing Oy, Edita Prima Oy, Helsinki, s. 147 ja Melander, Sakari, Yhdenvertaisuus rikosoikeudessa. Oikeus 2011/2 s. 175–198. Referee-artikkeli, s. 188.

28 Hahto 2004, s. 147.

29 Hallituksen esitys Eduskunnalle rikoslain 6 luvun ja siihen liittyvien säännösten muuttamisesta (HE 125/1975 II vp), s. 1 ja 7 sekä HE 44/2002 vp, s. 168 ynnä 178.

30 HE 44/2002 vp, s. 178. Myös teosta riippumattomat kohtuus- ja tarkoituksenmukaisuussyyt voidaan huomioida.

31 HE 309/1993 vp, s. 42–43 ja perustuslakivaliokunnan lausunto 38/2006 vp – hallituksen esitys vanhempainpäivärahoja ja työnantajakustannusten korvaamista koskevan lainsäädännön muuttamiseksi (PeVL 38/2006 vp), s. 2.

32 Hart, Herbert; Bulloch, Penelope; Raz, Joseph, 1994. The concept of Law. 2nd edition. Clarendon Press, Oxford, s. 159–160 sekä Kulla, Heikki, Yhdenvertaisuuden osapuista, s. 103–116 teoksessa Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä, Juhlajulkaisu, Antti Jokela 26.1.2005, Toimittaja Jarkko Männistö. Turun yliopisto, Oikeustieteellinen tiedekunta 2004, s. 103–104.

33 Kulla, 2004, s. 105.

34 Nuotio, Kimmo, 2005. Mitä törkeämpi rikos, sen ankarampi rangaistus – suhteellisuusperiaatteesta rikosoikeudessa. Oikeus 2005/2 s. 178–184. Lyhyempi kirjoitus, s. 179.

35 Melander 2011, s. 179.

36 Melander 2011, s. 184, KKO 2002:11, KKO 2004:46, KKO 2005:27, KKO 2007:67, KKO 2007:81 ja KKO 2008:32.

37 Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 180.

38 Frände, Dan, 2013. Om tolkningsläran i två straffrättsliga doktorsavhandlingar. JFT 2013 s. 136–142, s. 139 ja lbid.

39 Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 181.

40 Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 181–182.

41 Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 183. Aiheesta tarkemmin ks. Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 180–183.

Yhdenvertaisuuden sisältö poikkeaa osittain laillisuusperiaatteen vastaavasta. Yhdenvertaisuus voi rajoittaa syytetyn eduksi tapahtuvien analogioiden käyttämistä, sillä oikeuskäytännössä vakiintuneesta linjasta poikkeaminen voi olla yhdenvertaisuuden vastaista.⁴² Rikosten yksiköintiä koskevat ratkaisut ovat omiaan asettamaan tuomioistuimia visaisiin tulkintatilanteisiin lähinnä suhteessa siihen, kuinka monena samana rikoksena tuomioistuimen ratkaistavaksi saatettua menettelyä on pidettävä. Katson rikosoikeudellisen yhdenvertaisuuden edellyttävän, että samanlaiset yksiköintitilanteet ratkaistaan samalla tavoin. Samaa menettelyä ei tulisi voida toisaalla lukea vastaajan syyksi saman rikoksen useampikertaisena toteuttamisena, jos se toisaalla tulkitaan kyseisen rikoksen yksinkertaiseksi toteuttamiseksi. Näin toimimalla ihmisiä kohdeltaisiin eri tavoin, sillä menettelyn yksiköiminen yhdeksi tai useammaksi samaksi rikokseksi voi vaikuttaa muun muassa menettelystä nyt tai tulevaisuudessa mitattavan rangaistuksen ankaruuteen sekä syyteoikeuden vanhentumiseen. Artikkelissa analysoidaan rikosten yksiköintiratkaisujen keskinäistä yhdenmukaisuutta vainoamista koskevassa oikeuskäytännössä sekä sitä, missä määrin yksilöä voidaan sanoa kohdeltavan yhdenvertaisesti yksiköintiharkinnassa.

3. RIKOSLAIN 25 LUVUN 7 A §:N VAINOAMINEN

Rikoslain 25 lukuun vapautteen kohdistuvista rikoksista sisällytettiin joitakin vuosia sitten uutena kriminalisointina vainoaminen.

”Joka toistuvasti uhkaa, seuraa, tarkkailee, ottaa yhteyttä tai muuten näihin rinnastettavalla tavalla oikeudettomasti vainoaa toista siten, että se on omiaan aiheuttamaan vainotussa pelkoa tai ahdistusta, on tuomittava, jollei teosta muualla laissa säädetä yhtä ankaraa tai ankarampaa rangaistusta, vainoamisesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi.”

3.1 Tunnusmerkistöä

Vainoamisen tunnusmerkistöä on nähdäkseni pidettävä kotimaisessa rikosoikeussääntelyssämme hyvin poikkeuksellisena. Siinä missä rikoslain rikostunnusmerkistöjen lähtökohtana on useimmiten yksittäisen teon arviointi, edellyttää vainoamisen tunnusmerkistö yksiselitteisesti toistuvuutta kriminalisoidulta menettelyltä. Ensimmäinen menettelyltä toistuvuutta tai tavanomaisuutta kysyvä rangaistussäännös vainoaminen ei kuitenkaan ole.⁴³ Vainoamisen tunnusmerkistöä voi toteuttaa syyllistymällä johonkin muuhun rikokseen, kuten esimerkiksi

laittomaan uhkaukseen (RL 25:7), kotirauhan rikkomiseen (RL 24:1), viestintärauhan rikkomiseen (RL 24:1 a) tai lähestymiskiellon rikkomiseen (RL 16:9 a), mutta lisäksi menettelyillä, jotka eivät kuulu muiden säännösten soveltamisalueisiin. Nähdäkseni tämä ilmenee jo lueteltuja tunnusmerkistöjä vertailemalla.

Vainoamisen tunnusmerkistöön sisällytetty toissijaisuuslauseke, ” – jollei teosta muualla laissa säädetä yhtä ankaraa tai ankarampaa rangaistusta – ”, tarkoittaa käytännössä sitä, että tietyt sekä vainoamisen että esimerkiksi laitton uhkauksen tunnusmerkistöt täyttävät menettelyt tuomitaan vain laittomina uhkauksina tätä tunnusmerkistöä toteuttavilta osin. Uhata voi kuitenkin myös tavalla, joka täyttää yksinomaan vainoamisen tunnusmerkistön. Vertailun vuoksi selvennettäköön, että menettely, joka täyttää esimerkiksi sekä lähestymiskiellon rikkomisen että vainoamisen tunnusmerkistöt, tuomitaan erikseen vainoamisena ja lähestymiskiellon rikkomisena, sillä jälkimmäisellä tunnusmerkistöllä suojataan myös oikeudenhoitoa.⁴⁴ Silvennoinen ja Tolvanen ovat niin ikään esittäneet, että lueteltujen lisäksi ainakin pahoinpitelystä (RL 21:5), vahingonteosta (RL 35:1) ja kunnianloukkauksesta (RL 24:9) voitaisiin tuomita vainoamisen ohella, sillä sanotut rikokset suojaavat eri oikeushyviä.⁴⁵

Vainoamiskriminalisoinnissa mahdollisten tekoapojen kirjo näyttyy verrattain laajana. Uhkaaminen, seuraaminen, tarkkailu, yhteyden ottaminen tai muu näihin rinnastettava tapa kattavat tulkintani mukaan huomattavan määrän inhimillistä käyttäytymistä. Vainoamisen kriminalisointia arvioitaessa kodifoinnin katsottiinkin olevan haasteellista, kun huomioidaan laillisuusperiaatteen edellyttämä täsmällisyys⁴⁶. Uhkaamista on saattaa toisen tietoon, että tälle voi sattua jotakin epämieluisaa, ja että epämieluisan sattumuksen realisoituminen on uhkaajan vallassa. Seuraamista on toisen fyysinen seuraaminen, eikä tunnusmerkki edellytä minkäänlaiseen kommunikaatioon pyrkimistä. Kohteen ei tarvitse edes tulla tietoiseksi sanotusta seuraamisesta. Tarkkaileminen taasen on toisen havainnointia inhimillisiä aisteja tai näitä tehostavia teknisiä apuvälineitä hyödyntäen. Sillä, missä tarkkailija tai tarkkailtava kulloinkin on, ei ole merkitystä. Neljäs tekoapatunnusmerkki – yhteyden ottaminen – tarkoittaa tekijän suunnalta tapahtuvaa kommunikaatiota. Yhteyttä voidaan ottaa esimerkiksi menemällä kohteen luokse, soittamalla tälle tai lähettämällä kohteelle viesti. Yhteyden ottaminen voi tapahtua myös välikäden kautta. Viimeisen, avoimeksi jätetyn, lainkohdassa mainittuihin tekoapoihin rinnastuvan tekotavan on katsottu olevan tarpeellinen vainoamistekojen moniyyppisyys

42 Hahto 2004, s. 126.

43 HE 19/2013 vp, s. 25.

44 HE 19/2013 vp, s. 52 sekä lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä eduskunnalle laeiksi rikoslain, pakkokeinolain 10 luvun 7 §:n ja poliisilain 5 luvun 9 §:n muuttamisesta (LaVM 11/2013 vp), s. 10.

45 Silvennoinen, Elisa & Tolvanen, Matti: Vainoaminen rangaistavaksi – loittoneeke vaino, riita? Defensor Legis N:o 5/2014, s. 752–763. Asiantuntija-artikkeli, s. 761.

46 Perustuslakivaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä eduskunnalle laeiksi rikoslain, pakkokeinolain 10 luvun 7 §:n ja poliisilain 5 luvun 9 §:n muuttamisesta (PeVL 16/2013 vp), s. 4 sekä LaVM 11/2013 vp, s. 8–9.

sekä tekniikan kehittymisen myötä mahdollisesti ilmaantuvat uudet tekotavat huomioiden.⁴⁷ Avoimeksi jätettyä tekotapaa on pidetty laillisuusperiaatteen kannalta ongelmallisena, mutta hyväksyttävänä vainoamisrikoksen tekotapojen erityisen laaja kirjo sekä mainitut tekniikan kehityksestä kenties seuraavat uudet tekotavat huomioiden.⁴⁸

Vainoamisen on lisäksi oltava omiaan aiheuttamaan vainotussa pelkoa tai ahdistusta. Uhrin ei todellisuudessa tarvitse kokea tuntemuksia, vaan riittää että vähintään toinen mainituista kokemuksista on menettelyn tyypillinen seuraus. Tässä arvioinnissa lähtökohdaksi otetaan keskimääräisihminen mutta kuitenkin siten, että uhrin henkilöön liittyvät olennaiset seikat – kuten hänen ikänsä tai erityinen haavoittuvuutensa⁴⁹ – huomioidaan. Kyse on siten abstraktin vaaran tunnusmerkistä.⁵⁰ Menettelyltä edellytetään aikaisemmin nimetyin toistuvuuden lisäksi myös oikeudettomuutta. Osatekojen on ensinnäkin tapahduttava vastoin kohteen tahtoa. Tältä osin eri tekotapatunnusmerkit ovat kuitenkin toisistaan poikkeavissa asemissa, sillä muun muassa yhteyden ottaminen jopa vastoin kohteen tahtoa voi monissa tilanteissa olla oikeutettua, kun taas uhkaaminen tuskin koskaan.⁵¹ Entistä puolisoaan lienee esimerkiksi oikeutettua tavoitella yhteistä lasta koskevan kiireisen asian tiimoilta, vaikka tilanne osapuolten välillä olisi hyvinkin tulehtunut.

Tekotapatunnusmerkkejä toteuttavan käyttäytymisen toistuvuuden vähimmäismäärää ei voida varsinaisesti määrittellä. Selvää on ainoastaan se, että tekoja on oltava enemmän kuin yksi. Tunnusmerkistön täyttymistä arvioitaessa kiinnitetään huomiota tekojen määrän lisäksi muun muassa niiden esiintymistiheyteen, luonteeseen, tekijän ja uhrin henkilöihin sekä muihin olosuhteisiin.⁵² Nähdäkseni on ilmeistä, ettei tunnusmerkistön täytyminen edellytä saman vainoamisen menettelyn toistamista, vaan tekijä voi esimerkiksi uhata uhriaan kerran, seurata tätä kerran ja ottaa tähän kerran yhteyttä siten, että edellä kuvatun menettelyn katsotaan toteuttavan vainoamisen tunnusmerkistöä. Hallituksen esityksessä todetaankin, ettei osatekojen tarvitse toteuttaa samaa tekotapatunnusmerkkiä.⁵³

47 HE 19/2013 vp, s. 50–51.

48 PeVL 16/2013 vp, s. 4.

49 HE 19/2013 vp, s. 52 ja LaVM 11/2013 vp, s. 9.

50 Frände, Dan; Matikkala, Jussi; Tapani, Jussi; Tolvanen, Matti; Viljanen, Pekka; Wahlberg, Markus, 2018. Keskeiset rikokset. 4. uudistettu laitos. Edita Publishing Oy, Helsinki, s. 50.

51 Frände et al. 2018, s. 495. Matikkala käyttää esimerkkinä poliisin tai haastemiehen virkatehtäviin liittyvää tavoittelua.

52 Frände et al. 2018, s. 494 sekä HE 19/2013 vp, s. 51.

53 HE 19/2013 vp, s. 51.

3.2 Kriminalisoinnin suojaamasta oikeushyvistä ja tunnusmerkistön venyvyydestä

Vainoamiskriminalisoinnin suojaamasta oikeushyvistä on esitetty eriäviä näkemyksiä. Vainoamiskriminalisoinnin ja laittoman uhkauksen suojeleman oikeushyvän on tulkittu voivan olla sama.⁵⁴ Matikkalan mukaan laittoman uhkauksen suojelemat oikeushyvät ovat henkilökohtainen turvallisuus ja omaisuus.⁵⁵ Silvennoinen ja Tolvanen puolestaan ovat esittäneet vainoamiskriminalisoinnilla suojeltavan oikeushyvän olevan vapaus.⁵⁶ Vainoamisen tunnusmerkistöä on mahdollista toteuttaa lukuisin eri tavoin, joten kriminalisoinnin voitaneen katsoa suojelevan vähintään välillisesti mainittuja oikeushyviä sekä näiden ohella ainakin kotirauhaa ja yksityisyyttä. Törnqvist on tosin tulkinnut vainoamisen suojeleman oikeushyvän olevan eri kuin kotirauhan rikkomisen vastaavan. Hänen mukaansa nimikkeitä voitaisiin soveltaa samaan menettelyyn siten, että vastaajan toimet voitaisiin lukea tämän syyksi sekä kotirauhan rikkomisena että vainoamisena, siitä huolimatta että molempia tunnusmerkistöjä on toteutettu samalla menettelyllä.⁵⁷ Tarkastellun oikeuskäytännön valossa tämä näkemys ei kuitenkaan vaikuta lainkaan yksiselitteiseltä.⁵⁸ Edellä esitetty huomioiden katson, että tutkimuksellisesti on lähdeittävä siitä, että vainoamisen voitaneen tulkita vähintäänkin välillisesti suojaavan vapauden ohella myös kotirauhaa.

Ilmeistä lienee yhtä kaikki se, että suojeltavista oikeushyvistä keskeisin lukeutuu henkilöön erottamattomasti liittyviin oikeushyviin. Vainoamisen tunnusmerkistön mukainen menettely kohdistuu jo sanamuotonsa perusteella henkilöön. Nuutilan mukaan muun muassa vapaus

54 HE 19/2013 vp, s. 25.

55 Frände et al. 2018, s. 490. Tältä osin on tosin huomioitava, että *Matikkala* katsoo henkilökohtaisen turvallisuuden olevan loukattavissa mm. vapauten kohdistuvalla rikoksella.

56 Silvennoinen – Tolvanen 2014, s. 761.

57 Törnqvist, Laura, 2017. Vainoaminen oikeuskäytännössä, Kirjoituksia modernista rikosoikeudesta. Helsingin hovioikeuden julkaisuja, s. 443–470, toim. Raimo Lahti ja Essi Konttinen-Di Nardo. Grano Oy, Tampere, s. 462.

58 Ks. Helsingin hovioikeuden (HeHO) tuomio 16/138265, jossa vastaajan kotirauhan rikkomisen ja vainoamisen tunnusmerkistöjä täyttäneet menettely luettiin tämän syyksi yhtenä kotirauhan rikkomisena siltä osin kuin menettely ajoittui vainoamisen kriminalisointia edeltävään aikaan ja yhtenä vainoamisena nimikkeen kodifoinnista menettelyn päättymiseen saakka. Syyttäjä oli haastehakemuksellaan vaatinut vainoamista koskevan menettelyn osalta toissijaisesti rangaistusta kotirauhan rikkomisesta ja salakatselusta (RL 24:6). *Törnqvistin* näkemystä puoltavaa institutionaalista tukea taas tarjoaa Itä-Suomen hovioikeuden (I-SHO) tuomio 15/137517, jossa hovioikeus pysytti käräjäoikeuden ratkaisun tuomita vastaaja erikseen sekä kotirauhan rikkomisesta että vainoamisesta, vaikka nimikkeisiin oli syyllistytty samalla menettelyllä. Käräjäoikeuden mukaan vastaaja oli tuomittava molemmista rikoksista siksi, että kotirauhan rikkomisella suojataan eri oikeushyvää kuin vainoamisella (Etelä-Savon käräjäoikeuden (E-SKO) tuomio 15/121308).

on henkilöön erottamattomasti liittyvä oikeushyvä.⁵⁹ Näin ollen, mikäli vainoamisella suojeltu oikeushyvä todella on vapaus, ei kriminalisoinnin tunnusmerkistöllä tulisi olla poikittaissuuntaista ulottuvuutta lainkaan, vaan useampaan asianomistajaan kohdistuneet vainoamiset pitäisi nähdäkseni lähtökohtaisesti yksiköidä aina asianomistajien lukumäärän perusteella. Hallituksen esityksestä on luettavissa vainoamiskriminalisointia ajatellun henkilöön erottamattomasti kohdistuvana rikoksena.⁶⁰ Matikkalan näkemys asiasta on selkeämpi; hän tulkitsee vainoamisrikosten yksiköityvän kohdehenkilöittäin.⁶¹ Edellä esitetty tukee tulkintaa siitä, että vainoaminen on henkilöön erottamattomasti kohdistuva rikos.

Mikäli vainoamiskriminalisoinnin tulkitsee suojaavan vapauden ohella välillisesti muitakin oikeushyviä, voinee tunnusmerkistölle muodostua poikittaissuuntainen ulottuvuus tietyissä tapauksissa. Selkeästi ja yksinomaan kotirauhan piiriin kohdistetut vainoamisteot voisi olla perusteltua yksiköidä loukattujen kotirauhan piirien lukumäärän mukaisesti korostaen luonnolliseen katsantokantaan vaikuttavista arviointikriteereistä paikallisen yhteyden kriteeriä.⁶² Lienee kuitenkin harvinaista, että vainoamistekoja toteutettaisiin vain kotirauhan piiriin kohdistuen.

Ottaen huomioon tunnusmerkistöön nimenomaisesti kirjatun toistuvuuden edellytyksen on ilmeistä, että vainoamisella täytyy olla pitkäikäissuuntainen ulottuvuus. Mutta kuinka etäällä toisistaan osateot saavat ajallisesti olla, jotta menettelyä voidaan yhä tarkastella vain yhtenä vainoamisena? Hallituksen esityksen mukaan yleistä sääntöä osatekojen välisille ajallisille etäisyyksille ei voida asettaa. Samaan vainoamiskokonaisuuteen kuuluvat osateot muodostavat yhden vainoamisrikoksen. Vainoamisen selvästi päättyessä ja alkaessa sittemmin uudestaan, on käsillä uusi vainoamisrikos. Osatekojen on muodostettava yhtenäinen kokonaisuus, jotta kyse on yhdestä ja samasta vainoamisesta. Merkittävää tässä punninnassa on osatekojen perustuminen tekijän yhtenäiseen motivaatiotaustaan. Sinänsä saman motivaatiotaustan muuntuminen vaikkapa yksipuolisesta ihastumisesta kontrollihaluun ja vihaan ei kuitenkaan estä menettelyn tarkastelemista vain yhtenä vainoamisrikoksena.⁶³

59 Nuutila 1997, s. 377. Rangaistussäännöksen suojeleman oikeushyvän ollessa henkilöön erottamattomasti liittyvä (mm. henki-, väkivalta- ja seksuaalirikokset), yksiköidään rikokset menettelyn kohteiden lukumäärän perusteella. Näin jo esimerkiksi Koskinen 1973, s. 135.

60 HE 19/2013 vp, mm. s. 25, jossa puhutaan teon uhrista yksikössä sekä s. 25 ja 31, joissa viitataan Euroopan neuvoston yleissopimuksen naiseen kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta (CETS 210) 34 artiklaan. Artiklassa määrätään tekemään riittävät lainsäädännölliset toimet *toiseen* henkilöön kohdistuvan tahallisen ja toistuvan uhkaavan käyttäytymisen, joka saa *hänet* pelkäämään turvallisuutensa puolesta, kriminalisoimiseksi.

61 Frände et al. 2018, s. 496.

62 Kerrattu tulkinta edellyttää nähdäkseni sitä, että vainoamisen kriminalisoinnin katsotaan suojelevan vapauden ohella vähintään välillisesti myös kotirauhaa. Jollei näin ole, ei vainoamisen henkilöillisestä erottamattomuudesta poikkeamiselle ole mielestäni juuri perusteita.

63 HE 19/2013 vp, s. 51.

Matikkalan mukaan vainoamiselle olennaista on sen prosessiluonne. Hänen mukaansa vainoamisrikoksena on pidettävä toisiinsa liittyvistä osateoista koostuvaa kokonaisuutta, jonka aikana vainoaminen on käynnissä.⁶⁴ Vaikuttaa siltä, että vainoamisrikoskyyden on ajateltu yhtäältä muodostuvan tekijään ja teko-olosuhteisiin liittyvistä luonnolliseen katsantokantaan vaikuttavista arviointikriteereistä, kuten tekijän yhtenäisestä motivaatiotaustasta sekä menettelyn ajallisesta yhteydestä. Toisaalta yksiköintiä ohjannee myös uhrin kokemus jatkuvaan ahdistukseen tai pelkoon johtavasta, alati läsnä olevasta vainosta. Kokemus on tekijän vainoamistoimien pistemäisyydestä huolimatta usein kronologisesti hyvinkin venytetty; uuden osateon voitaneen katsoa vain syventävän tai lietsovan jo olemassa olevaa kokemusta vainosta.⁶⁵ Tältä osin vainoaminen muistuttaa kotirauhan rikkomisen ja viestintärauhan rikkomisen kriminalisointeja, joiden yksinkertaiseksi toteuttamiseksi voidaan katsoa myös pitkäaikainen ja toistuva häirintä.⁶⁶ Näissä rikoksissa häirinnän tai kotirauhan rikkomisen voitaneen katsoa olevan käynnissä osatekojen pistemäisyydestä huolimatta osittain juuri uhrin kokemuksen vuoksi.

4. VAINOAMINEN OIKEUSKÄYTÄNNÖSSÄ

Toistaiseksi korkein oikeus on antanut vain kaksi vainoamista koskevaa ratkaisua: KKO 2020:30 ja KKO 2021:7. Kummassakaan näistä ratkaisuista ei kuitenkaan käsitelty vainoamisen yksiköintiä, vaikka ratkaisussa KKO 2021:7 oli kyse rikoskonkurrenssin alaisiin oppeihin kuuluvasta lainkonkurrenssista vainoamisen, lähestymiskiellon rikkomisen ja viestintärauhan rikkomisen osalta. Ratkaisussa katsottiin, että tekstiviestien lähettäminen häirintätarkoituksessa tuli rikosoikeudellisesti riittävästi arvioiduksi soveltamalla yhtäältä vainoamista ja toisaalta lähestymiskiellon rikkomista koskevaa säännöstä, eikä menettelyyn siten tullut soveltaa erikseen vielä viestintärauhan rikkomisen kriminalisointia. Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännöstä ei näin muodoin ole haettavissa johdatusta juuri vainoamisrikosten yksiköintiin, olkoonkin että muut rikosten yksiköintiä koskevat ratkaisut tarjoavat yleisempää opastusta.

Edellä kerrotuista syistä tutkimuksessa on päädytty tarkastelemaan Helsingin, Turun ja Vaasan hovioikeuksien ratkaisukäytäntöä vainoamistapauksissa aikavälillä 2015–2019,

64 Frände et al. 2018, s. 495–496.

65 Ks. mm. HE 19/2013 vp, s. 52, jossa vainoamisen tunnusmerkistössä tarkoitettua ahdistusta kuvattiin kohteen elämänlaadun sellaisena heikkenemisenä, jota alati läsnä oleva, ”...arvaamattomasti esiin tuleva ja vaikeasti vaikuttavissa oleva vainoamiskäyttäytyminen on omiaan aiheuttamaan.”

66 Ks. Hallituksen esitys Eduskunnalle yksityisyyden, rauhan ja kunnian loukkaamista koskevien rangaistussäännösten uudistamiseksi (HE 184/1999 vp), s. 20, jossa kotirauhan rikkomisen ”muulla vastaavalla tavalla” katsottiin kattavan esimerkiksi pitkäaikaisen tai toistuvan tärinän aiheuttamisen tai häiriön tuottamisen voimakkaalla valolla, sekä viestintärauhan rikkomisen osalta HE 19/2013 vp, s. 35–37.

ensisijaisesti kulloinkin arvioitavana olleen menettelyn yksiköintiä silmällä pitäen. Korkeimman oikeuden rikosten yksiköintiä koskevat ratkaisut eivät ole arvioinnin keskiössä, vaikka ennakkopäättötuomioistuimen ratkaisut ovatkin heikosti velvoittavina oikeuslähteinä pääsääntöisesti sitovia; tuomarin tulee noudattaa prejudikaatista ilmenevää oikeusohjetta, mikäli perusteltua syytä toisintoimimiselle ei ole.⁶⁷ Ylimmän tuomioistuimen ennakkopäättösten merkitys on kuitenkin tuomioistuinten riippumattomuuden vuoksi lähinnä oikeuskäytännön yhtenäisyyttä turvaava sekä tuomioistuinten ohjaava, eikä suoraan yksittäisen oikeustapauksen ratkaisussa oikeudellisesti sitova.⁶⁸ Toisaalta ennakkopäättösten tehtävää voidaan pitää peräti oikeutta luovana niissä tilanteissa, joissa ratkaistavana olevasta asiasta ei ole säädetty laissa.⁶⁹ Ottaen huomioon, ettei rikosten yksiköinnistä säädetä laissa, on sanottua rikoskonkurrenssin alalajia koskevaa oikeuskäytäntöä siten pidettävä tavallista sitovampana.

Vainoamisrikosten yksiköintiä ohjaavan ennakkopäätöksen uupuessa on yksiköintipäätöksiä tehneiden alemmien tuomioistuinten ratkaisukäytäntö tavanomaista kiinnostavampaa. Hovioikeuksien vainoamisrikosten yksiköintiä koskevilla ratkaisulla voitaneen katsoa olevan tietty prejudikatiivinen merkitys siltä osin kuin niissä rakennetaan konseptioita siitä, minkälaisia rikosyksiköintiä vainoamismenettelyistä on mahdollista muodostaa. Ratkaisujen on tuki presumtiivisesti oltava linjassa korkeimman oikeuden rikosten yksiköintiä koskevien ratkaisujen kanssa; luonnolliseen katsantokantaan vaikuttavista arviointikriteereistä luopuminen ja yksiköintipäätöksen tekeminen aivan muin perustein ei esimerkiksi olisi hyväksyttävää. Käytännössä hovioikeuksilla on kuitenkin varsin vapaat kädet vainoamiskokonaisuuksien yksiköinnissä ja siten myös suuri vastuu suorittaa yksiköinti luonnollisen katsantokannan puitteissa sekä yhdenmukaisesti muiden vastaavien tapausten kanssa. Helsingin, Turun ja Vaasan hovioikeuksien vainoamiskäytäntöjä tutkimalla pyritään selvittämään miten ja millä perustein eri hovioikeudet ovat yksiköineet vainoamismenettelyjä. Kohdellaanko samanlaisia tapauksia yhdenvertaisuusperiaatteen mukaisesti samoin? Miten vainoamismenettelyjen yksiköinti suhteutuu rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen asettamiin vaatimuksiin? Onko yksiköintiin ylipäätään otettu kantaa? Kuinka pitävä lain esitöistä luettavissa oleva ja oikeuskirjallisuudessa muodostettu käsitys vainoamisen henkilöillisestä erottamattomuudesta on? Puututaanko haastehakemusten yksiköintiin lainkaan, vai tehdäänkö yksiköintiratkaisu todellisuudessa jo syyteharkintavaiheessa?

Aineistoa tarkastellaan kokonaisuutena; pyrin tuomaan esiin kunkin hovioikeuden sisällä tapahtuvan yksiköintiratkaisujen epäjohdonmukaisuuden kuten myös hovioikeuksien keskinäiset

67 Laakso, Seppo, 2012. Lainopin teoreettiset lähtökohdat. Tampereen yliopiston laitosten julkaisut, s. 3.

68 Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi (HE 1/1998 vp), s. 76.

69 Launiala, Mika, Prejudikaatti ja prejudikaattinormi, Edilex-sarja 2016/18, 9.8.2016, Edita Publishing Oy, s. 4. Launiala käyttää esimerkkinä ratkaisua KKO 2000:85, jossa lainsoveltajan voidaan katsoa täyttäneen lainsäätäjän tehtävää.

erot vainoamisrikosyksiköintiä tulkinnoissa. Tarkastelun tavoitteena on myös havainnollistaa vainoamisen tekotapojen huomattavaa kirjoa ja siten tunnusmerkistön avoimuuden tuomia tulkintahaasteita, joiden eteen tuomioistuimet joutuvat. Vainoamisrikosten yksiköintikäytäntöjä koskevien suurempien linjojen käsitteleminen antaa muotoa erityyppisten tekokokonaisuusien aktualisoimille yksiköinti-ongelmille ja niiden monilukuisuudelle eri tavoin kuin yksittäisten tapausten tarkastelu, johon siirrytään aineiston kokonaisarvioinnin jälkeen.

4.1 Vainoamisen yksiköinti Helsingin, Turun ja Vaasan hovioikeuksien ratkaisukäytännössä

Helsingin hovioikeus, Turun hovioikeus ja Vaasan hovioikeus ovat vuosina 2015–2019 ratkaisseet yhteensä 50 vainoamiseen liittyvää tapausta. Ratkaisuista kuusi on ollut päätöksiä, joissa jatkokäsittelylupaa ei myönnetty ja käräjäoikeuksien tuomiot jäivät voimaan, ja loput 44 tuomioita. Helsingin hovioikeuden tuomioita otannassa on 19, Turun hovioikeuden tuomioita 22 sekä kolme Vaasan hovioikeuden tuomiota. Osassa tuomioista syyte on hylätty ja monissa asia on ratkaistu vainoamisen osalta jo käräjäoikeustasolla. Otanta antanee kuitenkin jonkinlaista osviittaa siitä, miten vainoamistekoa toteutetaan ja kuinka johdonmukaista tekoyksiköintiä tosiasiallisesti on. Oman elementtinsä tuovat myös hovioikeuksien alaisten käräjäoikeuksien vaihtelevat toimintatavat ja toisinaan tämä korostuu; mikäli ratkaisuista ei ole valitettu vainoamisia koskien, eivät hovioikeudet ole voineet puuttua käräjäoikeuksien tuomioihin vainoamisten osalta.

4.1.1 Helsingin hovioikeus (HelHO)

Ensimmäiseksi todettakoon, että ainoastaan yhdessä Helsingin hovioikeuden tapauksista samaan asianomistajaan kohdistettu vainoamismenettely luettiin vastaajan syyksi kahtena erillisenä vainoamisena.⁷⁰ Muutoin hyvinkin pitkälle ajanjaksolle jakautuneet vainoamisteot yksiköitiin järjestään yhdeksi vainoamiseksi. Ajallisesti lyhyimmät hovioikeustasolla – tai käräjäoikeustasolla, mikäli hovioikeudessa ei käsitelty asiaa vainoamisen osalta – syyksi luetut vainoamismenettelyt koostuivat vajaan kuukauden aikana tehdyistä osateoista. Tällaisia tapauksia oli kaksi.⁷¹ Pitkäkestoisin yhtenä vainoamisena syyksi luettu menettely koostui noin vuoden ja kahdeksan kuukauden ajanjaksolla suoritetuista osateoista.⁷² Keskimääräinen syyksi luetun vainoamisen teko-aika oli hieman alle kahdeksan kuukautta.

70 HelHO tuomiossa 16/126089 hovioikeus luki vastaajan syyksi kaksi vainoamista, ensimmäisen aikavälillä 1.1.2014–23.9.2014 suoritusta menettelystä ja toisen 19.11.2014–21.12.2015 aikana tehdystä menettelystä.

71 HelHO päätös 15/148733 ja tuomio 18/124188. Mainittakoon, että arvioinnin kohteena oli yhdessä ratkaisussa (HelHO tuomio 16/150954) huomattavasti lyhyemmän aikavälin menettely, mutta hovioikeus hylkäsi syytteen viiden vuorokauden aikana suoritetuista osateoista. Käräjäoikeus oli lukenut menettelyn vastaajan syyksi vainoamisena (Helsingin käräjäoikeuden tuomio (HKO) 15/117939).

72 HelHO tuomio 19/100108.

Tarkasteltu oikeuskäytäntö asettaa vainoamisen henkilöllisen erottamattomuuden kyseenalaiseksi. Kahdessa tapauksessa useampaan eri asianomistajaan kohdistuneet vainoamistoimet luettiin vastaajan syyksi vain yhtenä vainoamisena.⁷³ Vaikka tapausten menettelyt olivat korostuneen kohdistuneita asianomistajien kotirauhan piiriin, herättää yksiköinti kysymyksiä, joihin ei hovi- tai kärjäoikeustasoilla vastata. Toisessa tapauksista⁷⁴ menettely oli kohdistettu rivitalokiinteistössä ilmeisesti erillisiä huoneistoja asuttaviin kolmeen perheeseen. Tästä huolimatta menettely luettiin vastaajan syyksi vain yhtenä vainoamisena. Vastaavasti ratkaisussa HelHO 18/104563 kahteen yhteistaloudessa asuvaan asianomistajaan kohdistetut vainoamisteot yksiköitiin kahdeksi vainoamiseksi. Tapauksessa vainoamisteot koostuivat lähinnä yhteydenotoista tekstiviestitse, puhelimitse ja sähköpostitse, olkoonkin että vastaaja (A) oli myös käynyt asianomistajien (B ja C) kotiovella useasti. Tapauksessa C oli muuttanut B:n luokse A:n B:hen kohdistaman ja myöhemmin syyksi luetun vainoamisen käynnistettyä noin kuukautta aiemmin. Tässäkään ratkaisussa hovi- tai kärjäoikeudella ei ollut mitään lausuttavaa rikosten yksiköinnistä vainoamisten osalta.

Helsingin hovioikeus ei käytännössä katsoen yhdessäkään tapauksessa ottanut rikosten yksiköintiin kantaa vainoamisia koskien. HelHO ratkaisussa 16/126089 hovioikeus tosin arvioi kahtena kiristyksen yrityksenä (RL 31:3) syytetyn menettelyn yksiköitäväksi vain yhdeksi kiristyksen yritykseksi, vaikka tekokokonaisuuksien välillä oli kulunut miltei kahdeksan kuukautta seuraavin perustein:

”A:n menettelyn motiivi on kaiken aikaa ollut hänen vuonna 2012 saamansa pahoinpitelytuomio, jota hän on pitänyt virheellisenä. Teonkuvaukset ja sovellettava lainkohta ovat pysyneet muuttumattomina ja teot ovat tapahtuneet samojen henkilöiden välillä. Hovioikeus katsoo, että A:n menettely on muodostunut sellaiseksi yhtenäiseksi toiminnaksi, jota on perusteltua pitää ajallisesta ulottuvuudestaan huolimatta yhtenä rikoksena.”⁷⁵

Siitä huolimatta, että samassa ratkaisussa erillisiksi vainoamisteoiksi yksiköityjen menettelyjen välillä kulunut aika oli ollut merkittävästi lyhyempi – alle kaksi kuukautta – ja rikollisten toimien motiivi oli ollut yhtenäinen eli asianomistajaan kohdistettu kosto, ei vainoamismenettelyn mahdollisesta yhtenäisyydestä lausuttu mitään. Menettelyjen yksiköinti kahdeksi erilliseksi vainoamiseksi on voinut sinänsä olla ”luonnollinen” ratkaisu, mutta perusteiden puuttuessa

73 HelHO ratkaisut 16/138265 sekä 19/131172. Myös ratkaisussa 19/107285 Helsingin hovioikeuteen eteni tapaus, jossa vastaajan syyksi oli kärjäoikeustasolla luettu yksi vainoaminen suhteessa kahteen asianomistajaan. Vastaaja oli valittanut nimenomaan toiseen asianomistajaan kohdistamiensa toimenpiteiden tulkitsemisesta vainoamiseksi. Hovioikeus katsoi, ettei toiseen asianomistajaan kohdistettu menettely täyttänyt vainoamisen tunnusmerkistöä ja muutti syyksilukemista tältä osin. Yksiköinnistä ei kuitenkaan lausuttu mitään.

74 HelHO ratkaisu 16/138265.

75 HelHO ratkaisu 16/126089 s. 9.

yksiköintipäätökseen on vaikea ottaa kantaa. Mainittu problematiikka on valitettavasti Helsingin hovioikeuden vainoamisia koskevien ratkaisujen kantava teema. Tämän vuoksi vainoamistapausten yksiköintikäytäntö näyttäytyy ulospäin jokseenkin sattumanvaraisena.

4.1.2 Turun hovioikeus (THO)

Samaan asianomistajaan kohdistuneet vainoamisteot on Turun hovioikeuden yksiköintikäytännössä toistuvasti tulkittu yhtä lukuisammiksi vainoamisiksi. Turun hovioikeus ja sen alaiset tuomioistuimet ovat lisäksi arvioineet vainoamistekojen ajallista yhteyttä ratkaisuisaan useamman kerran, päätyen vaihteleviin lopputuloksiin. Sekä lyhin että keskimääräinen teko aika ovat selkeästi Helsingin hovioikeudessa tai sen alaisissa tuomioistuimissa tuomittuja vastinparejaan lyhyempiä.⁷⁶ Syyksi luettuja vainoamisia on vähintäänkin osin edellä mainittujen seikkojen johdosta olennaisesti enemmän, eli yhteensä 28 kappaletta. Määrä on miltei kaksinkertainen Helsingin hovioikeuden 18 syyksi lukemaan nimikkeeseen verrattuna. Ottaen huomioon otannan koon, inhimilliset käyttäytymiserot muun muassa valitusalttiudessa sekä vainoamistunnusmerkistön avoimuuden, saattaa määrällinen vaihtelu kuitenkin selittyä yksinomaan sattumalla. Oikeuskäytäntöjen välillä on joka tapauksessa havaittavissa kiistämätön kontrasti yksiköinnin arviointiin liittyen.

Turun hovioikeuden voi aineiston perusteella tulkita olevan alttiimpi puuttumaan haastehakemusten yksiköintiin sekä kiinnittämään huomiota vainoamistoimien ajalliseen yhteyteen. Olisi mielenkiintoista tietää, miten Helsingin hovioikeus olisi reagoinut THO:n ratkaisun 16/106158 haastehakemukseen, jossa aikaväleille 11.2.2014–8.10.2014 sekä 3.12.2014–15.12.2014 ajoittuneet menettelyt oli yksiköity yhteensä yhdeksäksi erilliseksi vainoamiseksi. Yksiköinti läpäisi Kanta-Hämeen kärjäoikeuden seulan⁷⁷, mutta Turun hovioikeus katsoi menettelyt kahdeksi vainoamiseksi ylempänä ilmoitetuilla aikaväleillä. Hovioikeuden ratkaisu oli hyvin perusteltu ja aiempi yksiköinti nähdäkseni ilmeisen virheellinen. Maininnanarvoista tosin lienee, että asian vastaaja oli itse valituksessaan vaatinut syyksi lukemisen muuttamista vainoamisten osalta siten, että vainoamiset katsottaisiin yhdeksi rikokseksi. Tämä on pakottanut Turun hovioikeuden puntaroimaan yksiköintikysymystä, eikä samaan ratkaisuun välttämättä olisi päädytty, mikäli vaatimusta ei olisi esitetty.

Helsingin hovioikeus tai sen alaiset kärjäoikeudet eivät tarkastellussa aineistossa puuttuneet haastehakemuksista ilmeneviin vainoamisten yksiköinteihin, eikä tällaista näitä tuomioistuimilta myöskään vaadittu. Turun hovioikeuden alaisten kärjäoikeuksien osalta tilanne on osittain toinen.

76 Tarkasteltujen THO tai sen alaisten kärjäoikeuksien ratkaisujen keskimääräinen teko aika oli n. 4,5 kuukautta, lyhyin teko aika 7 vuorokautta (ratkaisussa 15/113838, jossa vastaaja tosin tuomittiin kahdesta samaan asianomistajaan kohdistuneesta vainoamisesta) ja pisin n. vuoden ja 5 kuukautta (ratkaisussa 17/118509, jossa siinäkin vastaaja tuomittiin kahdesta samaan asianomistajaan kohdistuneesta vainoamisesta).

77 Kanta-Hämeen kärjäoikeuden ratkaisu 15/115322.

Ratkaisussa THO 15/113838 haastehakemuksen yksiköintiin puututtiin käräjäoikeustasolla⁷⁸; neljänä vainoamisena syytetty menettely tuomittiin kahtena vainoamisena siten, että kolmen syytekohtan menettely katsottiin samaksi vainoamiseksi. Tässäkin tapauksessa vastaaja oli tosin kyseenalaistanut yksiköinnin. Tarkastellun aineiston perusteella haastehakemusten yksiköintiin puuttuminen ja yksiköinnistä lausuminen vaikuttavat olevan vahvasti sidottuja tuomioistuimissa erikseen esitettyihin asianosaistahojen näkemyksiin yksiköinnin virheellisyydestä, eivätkä niinkään tuomioistuinten toisistaan eroaviin ratkaisukäytänteisiin.

4.1.3 Vaasan hovioikeus (VHO)

Vaasan hovioikeuden kaikissa kolmessa ratkaisussa vastaajan syyksi on luettu yksi vainoaminen ja teot ovat kohdistuneet yhteen asianomistajaan. Tekoaikojen välillä on kuitenkin ollut huomattavia eroja; lyhyimmän syyksi luetun vainoamisen tekoaika on ollut noin kaksi kuukautta⁷⁹, kun taas ajallisesti myös muiden hovioikeuksien aineistot huomioiden mittavin yhden syyksi luetun vainoamisen tekoaika osapuilleen kaksi vuotta ja kymmenen kuukautta.⁸⁰ Ratkaisuista ainoastaan VHO 17/138937 lienee yksiköintinäkökulmasta mielenkiintoinen tarkasteltava juuri pitkän tekoajan vuoksi. Tapauksessa ”– A on toistuvasti tekstiviest[ei]n ja puhelinsoitoin ottanut yhteyttä kaupunginvaltuutettuna olleeseen B:hen. Tekstiviestien ja puheluiden sisältö on ollut sekavaa, osittain epäasiallista ja uhkaavaa.”⁸¹ Viestejä on pelkästään kesän 2016 aikana tullut yli 200 ja soittoyriytyksiä likimain 70. Selvitystä siitä, miten paljon puheluita ja viestejä on muina aikoina tullut, ei ole asianomistajan koko tekoajan aikana arvioimaa yhteydenottojen määrää lukuun ottamatta esitetty. Arvion mukaan yhteydenottoja on yhteensä ollut muutamia tuhansia.⁸² Mikäli yhteydenottoja on tehty tasaisin väliajoin, ei teon yksiköinnissä yhdeksi liki kolmen vuoden vainoamiseksi ole ongelmaa. Käräjä- tai hovioikeus eivät kuitenkaan ole lausuneet tekotiheydestä muutoin kuin kesän 2016 osalta, joten on varsin mahdollista, että menettelyssä on ollut pidempiä taukoja mainittuna aikana. Jos näin on, olisi teot tullut yksiköidä useammiksi vainoamisiksi hallituksen esityksessä lausutun mukaisesti: ”– [mikäli] henkilöön kohdistuva vainoaminen selvästi päättyy mutta alkaa sittemmin uudestaan, kyseessä on uusi vainoamisrikos.”⁸³ Ratkaisussa ilmoitettujen tietojen perusteella menettelyn yksiköimistä yhdeksi vainoamiseksi voitaneen silti pitää oikeutettuna ottaen huomioon, että osateot ovat perustuneet tekijän yhtenäiseen motivaatiotaustaan. Tulkintani mukaan tuomioistuimen olisi tekoajan poikkeuksellinen kesto huomioiden tosin tullut todeta tämä ratkaisussaan, vaikka vain yhdellä lauseella.

78 Kanta-Hämeen käräjäoikeuden ratkaisu 14/130717 s. 7–8.

79 VHO ratkaisu 16/104673.

80 VHO ratkaisu 17/138937.

81 VHO ratkaisu 17/138937 s. 2.

82 VHO ratkaisu 17/138937, käräjäoikeustasolla Satakunnan käräjäoikeuden ratkaisu 17/125753, s. 3–4.

83 HE 19/2013 vp, s. 51.

4.2 Erinäisten ratkaisujen yksiköinnin lähempi kriittinen tarkastelu

Seuraavaksi tutkimuksessa luodetaan aiemmin osittain sivuttuihin ratkaisuihin HelHO 16/138265, THO 16/106158 sekä THO 19/112187 kytkeytyvää yksiköintiproblematiikkaa. Ratkaisuista ensimmäinen on valikoitunut lähempään tarkasteluun, koska tapauksessa useampaan asianomistajaan – ja mahdollisesti useamman kotirauhan piiriin – kohdistunut menettely tuomittiin vain yhtenä vainoamisena. Tapauksen yksiköintiä ei perusteltu. THO 16/106158 taasen on seuloutunut analyysinalaiseksi pitkälti siksi, että tapauksen vastaajan esittämä tulkinta käräjäoikeustasolla suoritettun yksiköinnin virheellisyydestä pakotti hovioikeuden ottamaan kantaa vainoamisrikosten yksiköintiin. Ratkaisussa puntaroiitiin rikosyhteyden määrittymistä muun muassa osatekojen välisen ajallisen yhteyden sekä toteutustavassa tapahtuneen muutoksen perusteella. Viimeinen tapaus on valikoitunut tarkasteltavaksi, sillä siinä kahteen asianomistajaan kohdistunut vainoamisen tunnusmerkistön täyttävä menettely on luettu vastaajan syyksi kahtena vainoamisena – muttei asianomistajien monilukuisuuden vuoksi. Ensimmäisen kahteen asianomistajaan kohdistuneen vainoamisen on katsottu päättyneen samana päivänä, kun toisen on katsottu alkaneen. Perusteita mainitulle yksiköinnille ei ratkaisussa esitetty. Ratkaisujen tarkastelun tarkoituksena on tuoda esiin vainoamisrikosten yksiköintikäytäntöä varjostavaa umpimähkäisyyden ja yksiköinnistä lausumisen haluttomuuden harsoa.

4.2.1 HelHO 16/138265: vainoamisen henkilöön erottamattomasti kohdistuva luonne, suhde kotirauhan rikkomiseen ja yksiköintiratkaisusta vaikeneminen

Tapauksessa A:n katsottiin rikkoneen kolmen naapuriperheensä kotirauhaa ja vainonneen näitä soittamalla omalla pihallaan musiikkia stereoista häiritsevän kovaäänisesti. A oli suunnannut stereoiden kaiuttimet naapureiden pihalle, laittanut kovaäänisen ja rivon musiikin soimaan ja poistunut itse asuntonsa sisätiloihin. Lisäksi A oli seurannut oman talonsa yläkerran ikkunasta Y-tien asukkaita ja huudellut heille rivouksia. A oli asentanut lasertoimiset eri värejä heijastavat valot siten, että ne osoittivat Y-tiellä olevan talon päätyyn, jossa sijaitsee ikkunoita. Valojen heijastaminen oli tapahtunut ilta- ja yöaikaan. A oli myös asentanut kaksi valvontakameraa kuvaamaan asianomistajien pihaa. Menettely oli ajoittunut aikavälille 29.7.2013–12.8.2014.

Koska vainoaminen kriminalisoitiin vuoden 2014 alusta, on yksiköinti suoritettu siten, että A:n syyksi on luettu yksi kotirauhan rikkominen aikavälillä 29.7.2013–31.12.2013 ja yksi vainoaminen aikavälillä 1.1.2014–12.8.2014. Molemmilla rikoksilla on katsottu olleen yhteensä neljä asianomistajaa.⁸⁴ Menettelyä on kuitenkin kohdistettu myös neljään lapseen, joista kaksi

84 HelHO 16/138265.

on ollut kahden asianomistajan yhteisiä lapsia ja kaksi kolmannen asianomistajan lapsia, sekä kolmannen asianomistajan vaimoon.

Tapauksen yksiköintiratkaisua voi nimittää vähintäänkin mielenkiintoiseksi. Tuomiosta käy ilmi, että asianomistajaperheet ovat asuneet yhdessä kiinteistössä. Arvoitukseksi kuitenkin jää, onko kyse ollut kolmesta erillisestä huoneistosta, vai ovatko perheet asuneet yhtenäisessä tilassa. Pidän todennäköisenä, että kyse on ollut kolmesta erillisestä asunnosta. Kotirauhan rikkominen tulisi lähtökohtaisesti yksiköidä kotirauhan piirien mukaan.⁸⁵ Jos kyse on ollut samassa kiinteistössä, mutta kolmessa erillisessä huoneistossa asuvasta kolmesta perheestä, on kotirauhan piirejä nähdäkseni kolme. Tällöin A:n syyksi olisi tullut lukea kolme kotirauhan rikkomista. A:n menettelyn voinee tulkita pääosin asianomistajien kotirauhan piireihin kohdistuvaksi, joten tällöin myös syyksi luettuja vainoamisia voinee katsoa olleen kolme⁸⁶. Tämä edellyttäisi kuitenkin vainoamisen henkilöön erottamattomasti kohdistuvan luonteen sivuuttamista, joka voi vainoamistekojen kohdistuessa korostetusti juuri kotirauhaan mahdollisesti olla perusteltua.

Oletetaan, että tapauksen perheet ovat asuneet yhtenäisessä tilassa ja kotirauhan piirejä on ollut vain yksi. Tällöinkään vainoamistekojen yksiköinti yhdeksi vainoamiseksi suhteessa kaikkiin asianomistajiin ei voi olla itsestäänselvyys. A:n menettely on koostunut myös yksittäisille asianomistajille ikkunastaan huutelemisesta, ja huutelu on sisältänyt asianomistajakohtaisia solvauksia⁸⁷. Tähdennettäköön, ettei yksiköintiratkaisu välttämättä ole sinänsä virheellinen. On kuitenkin varsin arveluttavaa jättää yksiköintiratkaisu kokonaan perustelematta ottaen huomioon, että yksiköinnin olisi voinut tehdä monin muinkin tavoin. Vainoamisen henkilöön erottamattomasti kohdistuvan luonteen sivuuttaminen olisi tullut perustella, kuten myös kotirauhan piirin määrittäminen tässä nimenomaisessa tapauksessa. Mikäli piirejä on ollut useampi kuin yksi, olisi edelleen tullut perustella, miksi useamman eri kotirauhan piiriin kohdistuneet teot on yksiköity vain yhdeksi vainoamiseksi.

85 Nuutila 1997, s. 379 ja Koskinen 1973, s. 165. *Koskinen* vielä mainitsee erikseen samalla meluamisella useamman kotirauhan häiritsemisen.

86 Vrt. kuitenkin ratkaisuun HelHO 18/104563, jossa vastaajan (A) menettely kohdistui kahteen yhteistaloudessa asuvaan asianomistajaan (B ja C) sillä erotuksella, etteivät vainoamistoimet kohdistuneet korostuneesti juuri kotirauhan piiriin, vaan A muun muassa lähetti molemmille asianomistajille viestejä. A:n asianomistajien kotirauhan piiriin kohdistamat toimet (mm. ovella käyminen) sekä B:n suuntaan tehdyt yhteydenotot luettiin hänen syykseen yhtenä vainoamisena, jossa asianomistaja oli B, ja A:n C:lle lähettämät viestit toisena vainoamisena, jossa asianomistaja oli C. Syytekohtien teonkuvaukset lienevät vaikuttaneen syyksilukuun.

87 HelHO 16/138265, Itä-Uudenmaan kärjäoikeuden tuomio 15/119398 s. 4.

4.2.2 THO 16/106158: ajallinen yhteys, muutos tekotavoissa ja asianosaistahon vaatimus yksiköintiin puuttumisesta

Jo aiemmin sivuttu tapaus on malliesimerkki siitä, millä tavoin epäselviin yksiköintitilanteisiin tulisi suhtautua. A:n syyksi oli kärjäoikeustasolla luettu yhdeksän vainoamista, jotka hovioikeus tulkitsi kahdeksi vainoamiseksi. Menettely oli kohdistunut samaan asianomistajaan. Huomionarvoista tosin on, että A oli itse vaatinut syyksilukemisen muuttamista muun muassa siten, että menettely luettaisiin hänen syykseen vain yhtenä vainoamisena.⁸⁸ Hovioikeus perusteli yksiköintiään seuraavasti:

”...kohdissa 2, 6, 8, 10, 12, 14 ja 17 syyksiluettu menettely muodostaa yhtenäisen, ajallisesti yhtäjaksoisen ja samankaltaisena menettelynä jatkettua kokonaisuuden, jota on vainoamisen tunnusmerkistö huomioon ottaen arvioitava yhtenä rikoksena, joka on alkanut 11.2.2014 ja päättynyt 8.10.2014. Kohdissa 18 ja 21 kerrottu menettely on alkanut noin kaksi kuukautta edellä mainitun tekokokonaisuuden päättymisen jälkeen, eikä menettely ole aiemmasta poiketen käsittänyt puhelimitse tehtyjä yhteydenottoja. Näissä kohdissa syyksiluettu menettely muodostaa ajallisesti yhtäjaksoisen ja samankaltaisena menettelynä jatkuneen kokonaisuuden. Mainituilla perusteilla kohtien 18 ja 21 tekoja on arvioitava yhtenä rikoksena ajalla 3.–15.12.2014.”⁸⁹

Hovioikeus painotti yksiköintiratkaisussaan eritoten osatekojen ajallista yhteyttä, mutta myös tekotapojen välillä tapahtunutta muutosta. Henkilöön kohdistuva vainoaminen oli tapauksessa selvästi päättynyt vajaan kahdeksi kuukaudeksi, eikä jälkimmäisessä tekokokonaisuudessa yhteyttä ollut enää otettu puhelimitse. Menettelyn pitäminen kahtena erillisenä vainoamisena on siten tulkintani mukaan varsin luonnollista. Merkittävin kahdeksi vainoamiseksi yksiköintiä puoltava seikka lienee kuitenkin mainittu vajaan kahden kuukauden tauko. Vastaavat kannanotot perusteineen loistivat poissaolollaan monissa muissa ratkaisuissa, vaikka tarve valitun yksiköinnin oikeuttamiselle olisi ollut ilmeinen. Hälyttävä huomio tässä ratkaisussa on silti se, että yksiköintiongelman tartuttiin vasta A:n valitettua alemman oikeusasteen yksiköintipäätöksestä.

88 THO 16/106158, s. 1.

89 THO 16/106158 s. 2–3.

4.2.3 THO 19/112187: vainoamisen henkilöön erottamattomasti kohdistuva luonne, ajallinen yhteys sekä yksiköntiratkaisusta vaikeneminen

Tapauksessa A oli vainonnut B:tä ja C:tä näille myymäänsä taloon liittyvän riidan vuoksi. A oli vainonnut yhteistaloudessa asuvia asianomistajia aikavälillä 31.7.2017– 25.1.2018 soittelamalla B:lle ja lähettämällä tälle viestejä, lähettämällä C:lle yhden viestin, toimittamalla asianomistajille postikortteja sekä pysähtymällä asianomistajien talon eteen tuijottamaan sitä. A oli myös vainonnut asianomistajia aikavälillä 25.1.2018–28.4.2018 soittelamalla B:lle, jättämällä tämän vastaajaan viestejä sekä lähettämällä B:lle tekstiviestejä ja ajamalla asianomistajien talon ohi noin kerran viikossa.⁹⁰ Hovioikeus on ratkaisussaan lausunut:

”Muilta osin hovioikeus hyväksyy kärjäoikeuden ratkaisun syyksilukemisen osalta sillä lisäyksellä, että [A:n] menettely on kohdissa 2–4 osittain kohdistunut suoraan [B:hen] ja osittain suoraan [C:hen]. Asianomistajat asuvat kuitenkin samassa taloudessa, ja teot ovat olleet luonteeltaan heitä kumpaakin sekä suoraan että toinen toistensa läheisinä välillisesti häiritseviä ja uhkaavia. Se, kummalle asianomistajista [A] on kunkin yhteydenoton tehnyt, on ollut pitkälti sattumanvarainen seikka, ja [A:n] on täytynyt ymmärtää, että myös toinen asianomistajista tulee hänen yhteydenotoistaan tietoiseksi.”⁹¹

Edellä esitetty oikeuttaa osittain kahteen asianomistajaan kohdistetun menettelyn yksiköinnin yhdeksi vainoamiseksi tässä tapauksessa, olkoonkin että menettely on ollut korostuneen kohdistunutta B:hen. Kummallakaan oikeusasteella ei kuitenkaan ollut mitään lausuttavaa vainoamistekojen ajallisen yhteyden osalta. Syyksi luetuista vainoamisista ensimmäinen on päättynyt samana päivänä, kun toinen syyksiluettu menettely on alkanut. Perustelemattomana tällainen yksiköinti näyttyy tyyten satunnaisena ja ilmeisen virheellisenä. Mikäli menettelyä tarkastelee luonnollisen katsantokannan arviointikriteereitä vasten ja säännöksen sanamuodon huomioiden, voinee vailla epäilyksen häivää todeta menettelyn kohteiden pysyneen samoina, menettelyn taustalla vaikuttaneiden syiden säilyneen muuttumattomina ja osatekojen olleen selkeässä ajallisessa yhteydessä keskenään. Yksin sen seikan, että menettely on yhteydenottojen lisäksi kärjistynyt viikoittaiseen asianomistajien talon ohi ajamiseen, ei nähdäkseen millään muotoa voida katsoa puoltavan menettelyn yksiköimistä kahdeksi erilliseksi vainoamiseksi. Jos yksiköintiä olisi edes pyritty perustelemaan menettelyssä ja sen intensiteetissä tapahtuneella muutoksella, voisi ratkaisun kenties pitkin hampain hyväksyä. Yksiköintipäätöstä oikeuttavien argumenttien poissa ollessa ratkaisu lienee kuitenkin objektiivisesti tarkasteltuna kestävä.

90 THO 19/112187, Varsinais-Suomen kärjäoikeuden ratkaisun 18/146927 s. 2–3 sekä 8–9.

91 THO 19/112187 s. 3.

5. EPÄJOHDONMUKAISEN YKSIKÖINNIN TODELLISET JA POTENTIAALISET VAIKUTUKSET

Edeltävät osiot osoittavat jokseenkin vastaansanomattomasti oikeuskäytännössä esiintyvän vainoamisen menettelyjen yksiköinnin epä johdonmukaisuuden ja tuomioistuinten osittain eriävät toimintatavat. Näin muodoin lienee paikallaan käsitellä kysymystä yksiköntiratkaisujen mahdollisista vaikutuksista. Ilmeistä on, että yksiköntiratkaisulla on vähintäänkin huomattava teoreettinen merkitys. Aikavälillä 1.1.2020–31.12.2020 toteutettu menettely, joka luetaan vastaajan syyksi yhtenä vainoamisena, ei voi johtaa yli kahden vuoden mittaiseen vankeusrangaistukseen vainoamisen rangaistusasteikon (sakosta kahteen vuoteen vankeutta) vuoksi.

Mikäli menettely tulkitaan neljäksi erilliseksi vainoamiseksi, on rangaistusmaksimi periaatteessa neljä vuotta vankeutta RL 6:n ja 7:n luvun säännösten mukaisesti. Käytännössä edes kahden vuoden rangaistumaksimia ei silti ylitetä, vaan neljästä vainoamisesta mitattu rangaistus lienee poikkeuksetta merkittävästi vähemmän kuin kaksi vuotta vankeutta, eikä menettelyn yksiköinti yhdeksi tai neljäksi vainoamiseksi välttämättä vaikuta rangaistuksen mittaamiseen juurikaan. Tämä johtuu siitä, että tuomioistuimen arvioitavaksi tulee joka tapauksessa haastehakemuksella kuvattu menettely, riippumatta siitä sisällytetäänkö se yhteen vai useampaan teon kuvaukseen. Tuomioistuin mittaa konkreettisen rangaistuksen sallitun, abstraktin asteikon sisällä. Tässä harkinnassa rangaistus mitataan siten, että rangaistus on oikeudenmukaisessa suhteessa rikollisen menettelyn vahingollisuuteen ja vaarallisuuteen.⁹² Nähdäkseeni yksiköinti ei siten automaattisesti vaikuta rangaistuksen mittaamiseen esimerkkiäni muistuttavissa tilanteissa; menettely lienee yhtä vahingollista ja vaarallista sekä tekijän syyllisyys samantarvoista yksiköinnistä riippumatta.

Vaikkei vainoamistekojen yksiköinti varsinaisesti vaikuttaisikaan arvioitavana olevasta menettelystä mitattavaan rangaistukseen, voi yksiköinti saada huomattavia seurannaisvaikutuksia mahdollisista tulevista vainoamisista tuomittaessa. Rikoslain 6 luvun 5 §:n 1 momentin 5 kohdan mukaan yksi rangaistuksen koventamisperusteista on ”– tekijän aikaisempi rikollisuus, jos sen ja uuden rikoksen suhde rikosten samankaltaisuuden johdosta tai muuten osoittaa tekijässä ilmeistä piittaamattomuutta lain kielloista ja käskyistä.” Fränden mukaan sanottu peruste on koventamisperusteista merkitykseltään painavin.⁹³ Tässä

92 Frände 2004, s. 412–413. Saman menettelyn yksiköinti yhdeksi tai useammaksi rikokseksi voi kuitenkin vaikuttaa rangaistuksen mittaamiseen. Esimerkkinä mainittakoon petosrikosten (RL 36:1–36:3) tunnusmerkistöjä toteuttava lukuisiin asianomistajiin kohdistunut menettely, joka voidaan yksiköidä yhdeksi (törkeäksi) petokseksi tai useammaksi (lieväksi) petokseksi. Tällöin vaikutus rangaistuksen mittaamiseen on ilmeinen, sillä lievistä petoksista voi tuomita vain sakkoa, kun taas törkeän petoksen vähimmäisrangaistus on neljä kuukautta vankeutta.

93 Frände 2004, s. 413.

yhteydessä on korostettava, ettei koventamisperusteen soveltaminen vaikuta vain rangaistuksen mittaamiseen, vaan myös rangaistuslajin valintaan RL 6:9.1 nojalla. ”Määräaikainen, enintään kahden vuoden vankeusrangaistus voidaan määrätä ehdolliseksi (*ehdollinen vankeus*), jolle rikoksen vakavuus, rikoksesta ilmenevä tekijän syyllisyys tai tekijän aikaisempi rikollisuus edellyttä ehdottomaan vankeuteen tuomitsemista.” Näin ollen rikoksen uusiminen on omiaan madaltamaan kynnystä tuomita rikoksentehtäjä ehdottomaan vankeuteen. Samalla tavoin myös ehdollisen vankeusrangaistuksen tuomitsemiskynnys madaltuu, kun punninta tapahtuu mainitun seuraamuksen ja sakkorangaistuksen välillä⁹⁴.

Edellä esitetty huomioiden on arvioitava vastaajan rikos- tai sakkorekisteristä ilmenevän yhden syyksi luetun vainoamisen vaikutusta suhteessa neljän syyksi luetun vainoamisen vaikutukseen silloin, kun vastaajalle ollaan valitsemassa rangaistuslajia ja mittaamassa rangaistusta uudesta vainoamisesta. Vaikka molemmissa tapauksissa kyse olisi vain yhdestä aikaisemmasta tuomiosta, pidän perin todennäköisenä, että koventamisperuste tulee sovellettavaksi huomattavasti herkemmin tekemäärällisesti runsaamman entisyyden tapauksessa. Helsingin hovioikeus on katsonut samaan asianomistajaan kohdistuneen kolmen aikaisemmin syyksi luetun vainoamisen edellyttävän koventamisperusteen soveltamista neljättä vainoamista syyksi luettaessa⁹⁵. Koventamisperusteen soveltamisharkinnassa keskeisiä muuttujia ovat uusimistiheys, rikosten määrä ja rikosten törkeys.⁹⁶ Uusimistiheydessä ei esimerkissäni ole eroa, sillä ainoan vainoamisteon ja neljästä vainoamisesta viimeisen lopettamishetki on sama. Nähdäkseni yhtä pidemmän tekoajan vainoamista tuskin voidaan sanotussa harkinnassa tulkita merkittävästi törkeämmäksi kuin yhtä lyhyemmän tekoajan vainoamista, onhan kyse kuitenkin samasta rikosnimikkeestä. Tekomäärä puolestaan riippuu mainitussa esimerkissä yksinomaan menettelyn yksiköinnistä. Näin ollen pidän ilmeisenä, että koventamisperustetta sovelletaan herkemmin tilanteissa, joissa vainoamisteot on aikaisemmassa tuomiossa yksiköity yhtä useammaksi vainoamiseksi. Jos samankaltainen menettely yksiköidään yhden vastaajan kohdalla yhdeksi rikokseksi ja toisen kohdalla useammaksi, ei vastaajia voitane sanoa kohdeltavan lain edellyttämällä tavalla yhdenvertaisesti.

Mikäli koventamisperuste tulee sovellettavaksi, voi se edellyttää ehdotonta vankeusrangaistusta ehdollisen sijasta tai ehdollista vankeusrangaistusta sakon asemesta. Vaikkei koventamisperusteen soveltaminen ankaroitaisikaan rangaistuslajin valintaa, tulee tuomittavaksi silti ankarampi rangaistus saman rangaistuslajin sisältä, kuin jos koventamisperustetta ei sovelleta. Kuvattua taustaa vasten on oikeutettua todeta, että tekokokonaisuuksien yksiköinnissä

tulisi noudattaa yhtenäisempää, perusteltua linjaa. Olennaista ei nähdäkseni ole niinkään se, että yksiköinti tapahtuu teoreettisesti luonnollisen katsantokannan mukaan ”oikein”, vaan se, että toisiaan muistuttavat tekokokonaisuudet yksiköidään samalla tavoin joka ikisessä tuomioistuimessa.

Yksiköintiratkaisun vaikutukset näkyvät myös syyteoikeuden vanhentumisessa.⁹⁷ Vainoamisen enimmäisrangaistus on kaksi vuotta vankeutta, joten sen syyteoikeus vanhenee RL 8:1 mukaisesti viidessä vuodessa. Esimerkkinä voidaan jälleen käyttää saman menettelyn yksiköintiä neljäksi vainoamiseksi verrattuna yhteen vainoamiseen, mutta tällä kertaa kuitenkin niin, että menettely on ajoittunut aikavälille 1.1.2014–1.1.2016 siten, että toiminnassa on ollut kolme kahden kuukauden mittaista taukoa: 1. 1.5.2014–1.7.2014, 2. 1.11.2014–1.1.2015 sekä 3. 1.4.2015–1.6.2015. Teot voisi yksiköidä neljäksi erilliseksi vainoamiseksi seuraavasti: 1. 1.1.2014–30.4.2014, 2. 2.7.2014–30.10.2014, 3. 2.1.2015–31.3.2015 sekä 4. 2.6.2015–1.1.2016. Toisaalta kahden vuoden menettelyn voisi yksiköidä kokonaisuudessaan myös yhdeksi katkeamattomaksi vainoamiseksi. Jos syyte menettelystä nostettaisiin vaikka 5.5.2020, olisi syyteoikeus vanhentunut neljän vainoamisen tapauksessa kolmen teon osalta ja yksinomaan aikavälin 2.6.2015–1.1.2016 vainoamisen menettelystä voitaisiin pätevästi nostaa syyte. Mikäli menettely yksiköitäisiin yhdeksi katkeamattomaksi vainoamiseksi, ei syyteoikeus olisi vanhentunut ja tuomioistuimittaisi rangaistuksen kaikesta kahden vuoden aikana suoritetusta menettelystä. Tällöin seuraamus olisi luonnollisesti ankarampi kuin vain aikavälin 2.6.2015–1.1.2016 menettelystä mitattu vastaava. Siten samankaltaisen menettelyn tulkitseminen yhden vastaajan osalta kriminalisoinnin yksinkertaiseksi toteuttamiseksi voi – jos vastaava menettely tulkitaan toisaalla rikoksen nelinkertaiseksi toteuttamiseksi – olla yhdenvertaisen kohtelun vaatimuksen vastaista.

Lain mukaan syyttäjän tehtävä on rikosvastuun toteuttaminen, kun taas seuraamusten määrääminen tuomioistuimen.⁹⁸ Näin ollen mainitun kaltaisessa tapauksessa voisi menettelyn alustavan yksiköinnin yhdeksi rikosyhteydeksi katsoa peräti syyttäjän velvollisuudeksi. Mikäli ei ole selviö, että kyse on neljästä erillisestä vainoamisesta, on asia tulkintani mukaan alistettava tuomioistuimen ratkaistavaksi. Tällöin on olemassa vaara, että tuomioistuimien yksiköintikäytäntöjen väliset erot ja ennen kaikkea haluttomuus puuttua haastehakemuksilla esitettyyn yksiköintiin johtavat anteeksiantamattomiin seurauksiin. Jos haastehakemusten yksiköintiin toisaalla puututaan hanakasti ja toisaalla ei lainkaan, on täysin tuomioistuimesta kiinni, tuomitaanko henkilö vainoamisesta, jonka tekoaika on kaksi vuotta, vai yksin puolen

94 Määttä, Kalle, 2012. Rikoksen uusiminen rangaistuksen koventamisperusteena – Voiko oikeustieteestä olla apua rikoslain tulkinnassa? Edilex-sarja 2012/36, s. 2 ja 5.

95 HelHO 20/112079 s. 2. Tältä osin on huomioitava, että tapauksen vastaajan kolmesta aikaisemmasta vainoamistuomiosta vain ensimmäinen oli ollut ehdollinen ja myöhemmät kaksi ehdottomia. Kerrotut seikat käyvät ilmi käräjäoikeuden ratkaisusta, ks. HKO 19/148497 s. 10.

96 Määttä 2012, s. 2–3.

97 Mm. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 24/2012, s. 99–100, Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019, s. 625–626.

98 Tolvanen, Matti, 2008. Syyttäjän kriminaalipoliittinen rooli. Teoksessa Ohisalo, Jussi – Tolvanen, Matti (toim.): Consilio Manuque. Yhteinen syyttäjälaitos 10 vuotta, Joensuun yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja N:o 22, Joensuu, s. 183–184 ja Sutela, Mika, Syyttäjän seuraamuskannanotto – erityisesti empiirisesti tarkasteltuna törkeissä rattijuopumusrikoksissa. Defensor Legis N:o 3/2012, s. 303–317. Referee-artikkeli, s. 304, 311 sekä 316.

vuoden aikana suoritetusta menettelystä. Mikäli haastehakemuksilla esitettyyn yksiköintiin ei puututa missään, siirtyy tosiasiallinen valta yksiköinnin osalta syyttäjille. Näin ei tietenkään saisi olla, sillä syyttäjällä on rikosvastuun toteuttajana intressi saattaa mahdollisimman suuri osa vastaajan rikostunnusmerkistöstä toteuttavasta menettelystä tuomioistuimen arvioitavaksi. Syyttäjä saattaa siten tulkita yhdeksi rikokseksi tekokokonaisuuden, joka on luonnollinen katsantokanta ja siihen vaikuttavat arviointikriteerit huomioiden tosiasiallisesti useita rikoksia. Problematiikka aktualisoitunee vain tapauksissa, joissa menettelyn yksiköinti yhdeksi rikokseksi ei ole selvästi virheellistä.

6. YHTEENVETO

Laillisuusperiaatteen ollessa ”– oikeusturvan tae ja yksilön suoja mielivaltaa ja vallan väärinkäyttöä vastaan –”⁹⁹ edellyttänevät siihen sisältyvät analogia- sekä praeter legem -kiellot lain soveltajalta vainoamismenettelyjen yksiköintiin kytkeytyvän harkintavallan johdonmukaista ja perusteltua soveltamista tunnusmerkistön sanamuodon ydinalueella pysytellen. Rikosoikeudellinen yhdenvertaisuus taas edellyttää lainsoveltajaa yksiköimään samankaltaiset menettelyt samalla tavoin sekä perustamaan tekemänsä ratkaisut luonnolliseen katsantokantaan vaikuttaviin arviointikriteereihin. Tarkastellun oikeuskäytännön valossa rohkenisin kuitenkin väittää, että vainoamistekojen yksiköinti määräytyy pitkälti haastehakemuksen yksiköinnin perusteella, johon taas osaltaan vaikuttaa esitutkintaviranomaisen esitutkintapöytäkirjaksi kasaamaan kokonaisuuteen sisällytetty. Sanottua tosiseikastoa ei pystyne täysin häivyttämään, sillä tuomioistuin voi mitata rangaistuksen vain siitä menettelystä, josta syyttäjä vastaajalle rangaistusta vaatii.¹⁰⁰ Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö lopullinen yksiköintiratkaisu arvioitavaksi saatetusta menettelystä olisi yksinomaan tuomioistuimen tehtävä.

Syyttäjien tekemiin yksiköinteihin puuttumisen ei tulisi edellyttää yksiköintiä aktiivista haastamista vastaajan taholta. Tutkimusaineiston perusteella vaikuttaa siltä, ettei tuomioistuinta saa lausumaan vainoamismenettelyjen yksiköinnistä mitään, jollei yksiköintiin puuttumista erikseen vaadita.¹⁰¹ Mainittuun problematiikkaan liittyen viitattakoon korkeimman oikeuden ratkaisussaan KKO 2014:46 kohdassa 37 lausumaan:

99 Lappi-Seppälä 2003, s. 755.

100 Lain oikeudenkäynnistä rikosasioissa 689/1997 (ROL) 11:3 mukaan tuomioistuin saa tuomita vain siitä teosta, josta rangaistusta on vaadittu. Tuomioistuin ei kuitenkaan ole sidottu rikosnimikkeeseen eikä lainkohtaan, jonka nojalla rangaistusta on vaadittu. Tuomioistuinta sitoo teonkuvaus, ks. mm. hallituksen esitys Eduskunnalle rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi (HE 82/1995 vp), s. 126.

101 Tarkastellun aineiston ratkaisuisista vain kahdessa (THO 16/106158 sekä THO 15/113838 käräjäoikeustasolla: Kanta-Hämeen käräjäoikeuden ratkaisu 14/130717) haastehakemuksen yksiköintiä muutettiin. Molemmissa tapauksissa vastaaja oli esittänyt vaatimuksen yksiköinnin korjaamisesta.

”Rikoksen yksiköinti yhdeksi tai useammaksi rikokseksi on oikeudellista arviointia, eikä asianosaisella ole vetoamisvelvollisuutta yksiköinnin osalta. Tuomioistuin on sidottu ainoastaan syytteen teonkuvaukseen, eikä syytteessä tehty yksiköinti sido tuomioistuinta. Muutoksenhakuvaiheessa hovioikeus voi muuttaa syytteessä esitettyä rikosten yksiköintiä niiltä osin kuin asia on saatettu hovioikeuden tutkittavaksi.”

Lausuma puoltaa näkemystä siitä, ettei yksiköintiin puuttumisen missään nimessä tulisi perätä asianosaisen omia aktiivisia toimenpiteitä, sekä yksiselitteisesti ilmaisee, ettei syytteen yksiköinti sido tuomioistuinta.

Vainoamisrikoksen ykseyden arviointi näyttäytyy haastavana. Tekokokonaisuuden sisältäessä säännönmukaisesti toistuvia toimia voinee vainoamisen ajallinen ulottuvuus olla potentiaalisesti jokseenkin rajoittamaton. Niin kauan, kun asianomistaja on sama, ei tunnusmerkistöä voitane vaivatta toteuttaa useampikertaisesti ennen kuin tietyn aikavälin sisään määritely, tunnusmerkistön täyttävä menettely on kertaalleen luettu vastaajan syyksi. Tällöin lienee niin, että vainoamisen jatkaminen menettelystä saadun tuomion jälkeen muodostaa uuden kokonaisuuden, jonka ajallista ja paikallista ulottuvuutta kyettäneen jälleen venyttämään aina seuraavaan syyksilukemiseen saakka. Mikäli vainoamistoimia ei kuitenkaan toisteta riittäväällä säännönmukaisuudella, tai vainoamismenettelyn intensiteetissä tapahtuu huomattavia muutoksia, ei samassa tuomioistuinkäsittelyssä arvioitavan menettelyn yksiköintiä vain yhdeksi vainoamiseksi voitane – silloin kun se tapahtuu vastaajan vahingoksi – pitää analogia- ja praeter legem -kieltojen mukaisena. Tällöinkin yksiköinnin tulisi kuitenkin olla rikosoikeudellisen yhdenvertaisuuden edellyttämällä tavalla näissä tyyppitapauksissa johdonmukaista ja siten linjassa ennakoitavuusvaatimuksen kanssa vähintäänkin jälkikäteistä ennakoitavuusarviota tehtäessä.

Kiintoisa kysymys on myös vainoamisen henkilöllinen erottamattomuus. Oikeuskirjallisuudessa tehty tulkinta¹⁰² sekä hallituksen esityksestä¹⁰³ luettavissa olevat viittaukset eivät oikeuskäytännön¹⁰⁴ valossa pidä paikkaansa. Nähdäkseni vainoamisen tunnusmerkistön poikittaissuuntaisen ulottuvuuden ala on varsin hämärä. Tarkastellun aineiston perusteella tällainen kuitenkin kiistämättä sisältyy kriminalisointiin. Poikittaissuuntaisen ulottuvuus rajoittunee kuitenkin niihin tapauksiin, joissa vainoamisen tunnusmerkistöä toteuttava menettely on korostuneen kohdistunutta asianomistajien kotirauhan piiriin. Saattaa olla myös niin, että menettelystä vastanneen henkilön välipitämätön suhtautuminen siihen, kehen asianomistajista vaino kohdistuu, sekä yksittäisten osatekojen asianomistajakohtaisen kohdistumisen likipitäen

102 Frände et al. 2018, s. 496.

103 HE 19/2013 vp.

104 Mm. HelHO 16/138265 sekä THO 19/112187.

mahdoton toteennäyttäminen puhuvat poikittaissuuntaisen ulottuvuuden puolesta. Viimeksi mainitulla tarkoitetaan ensisijaisesti yhteistaloudessa asuvaan perheeseen kohdistuvaa häirintää, jossa vain vainoaja voi tietää tekojensa tarkan kohteen ja jossa menettely faktisesti kohdistuu kaikkiin perheen jäseniin. On myös hyvin mahdollista, että toimien tarkoituksena on vainota perhettä kollektiivina. Kriminalisoinnin tunnusmerkistön mukaisen menettelyn toteuttamista suhteessa yhtä useampaan henkilöön ei nähdäkseni lähtökohtaisesti tulisi praeter legem- ja analogiakiellot huomioiden voida yksiköidä vain yhdeksi vainoamiseksi, jollei tämä joko ole tietyissä tyyppitapauksissa vakiintunut käytäntö tai jollei poikkeamaa tehdä vastaajan eduksi. Rikosoikeudellisen yhdenvertaisuuden osalta myös vastaajan eduksi tapahtuva, normaalista poikkeava yksiköinti on yhtä kaikki ongelmallista.

Vainoamisen pitkittäissuuntaisen ulottuvuuden ala huomioiden periaatteessa viiden vuoden aikana kerran vuodessa tehty yhteydenotto yhdellä välivuodella voitaisiin tuomita yhtenä viiden vuoden tekoajan mittaisena vainoamisena. Tämä luonnollisesti edellyttää yhteydenottojen tulkitsemista oikeudettomaksi vainoamiseksi, sekä sitä, että yhteydenotot ovat olleet omiaan aiheuttamaan vainotussa pelkoa tai ahdistusta. Suhtaudun kuitenkin skeptisesti näin pitkälle ajanjaksolle venytettyjen, harvalukuisten osatekojen tulkitsemiseen vainoamiseksi. Mikäli yhteydenottoja olisi kuitenkin useampia, esimerkiksi yksi yhteydenotto kuukaudessa ja yhteydenotoista vapaa aika kuukauden tai kahden mittainen, olisi tilanne toinen. Lienee edelleen yhtä kaikki mahdollista, että kuukauden yhteydenottovapaa kausi katsottaisiin liian pitkäksi ajalliseksi etäisyydeksi osatekojen välillä. Tarkastellun hovi- ja kärjäoikeuskäytännön valossa pidän silti todennäköisempänä kuvatus kaltaisen tekokokonaisuuden yksiköintiä yhdeksi rikokseksi.

Nähdäkseni vastaajan oikeusturvan kannalta on kyseenalaista, ettei yksiköintiä koskevissa ratkaisuisa lähtökohtaisesti lainkaan oteta huomioon ratkaisujen mahdollisia vaikutuksia syyteoikeuden vanhentumiseen tai rangaistusseuraamukseen. Toisaalta törkeää petosta koskevassa ratkaisussa KKO 2014:7 kärjäoikeustasolla näin silti kiistatta tehtiin rangaistusseuraamuksen osalta.¹⁰⁵ Tapani on esittänyt, ettei oikeudellinen ratkaisutoiminta

105 KKO 2007:38: "Rajanveto yhden ja useamman rikoksen välillä on kuitenkin tehtävä kiinnittämättä huomiota siihen, mitä vaikutuksia tällä ratkaisulla on syyteoikeuden vanhentumiseen tai rangaistusseuraamukseen." Vrt. kuitenkin KKO 2014:7, jossa kärjäoikeustasolla (Vantaan kärjäoikeuden tuomio 11/4341) ja ylempien oikeusasteiden siihen puuttumatta yksiköinnistä lausuttiin: "Perinteisesti Suomen rikosoikeudessa on pidetty pääsääntönä, että rikoksia on yhtä monta kuin asianomistajia. Jos tässä asiassa... [arvioitavana olevaa] ...menettelyä pidettäisiin jokaisen yksittäisen asianomistajan osalta omana rikoksena, olisi... [vastaaja] ...syyllistynyt useisiin tuhansiin petoksiin, joista valtaosaa olisi pidettävä myös yksittäin tarkasteltuina törkeinä petoksina. [Vastaajan] ...menettelyn arvioiminen yhtenä törkeänä petoksena on näin ollen hänen kannaltaan erittäin kohtuullinen ratkaisu." (tuomio s. 480) Kärjäoikeuden lausuma osoittaa nähdäkseni epäilyksettä sen, että rajanveto yhden ja useamman rikoksen välillä tehtiin tässä nimenomaisessa tapauksessa kiinnittämällä merkittävää huomiota siihen, mitä vaikutuksia ratkaisulla on rangaistusseuraamukseen.

useinkaan ole niin yksinkertaista, että rikosten yksiköintikysymykseen otettaisiin kantaa ensin ja vasta sen jälkeen arvioitaisiin syyksi luetusta tai luetuista rikoksista mitattava rangaistus. Hänen mukaansa osaratkaisut lomittuvat ja ovat vaikutussuhteessa keskenään.¹⁰⁶ Koponen on oikeuskäytännön perusteella katsonut tarkoituksenmukaisuusharkinnan vaikuttavan merkittävästi yksiköintiratkaisuihin.¹⁰⁷ Tulkintani mukaan tuomioistuinten tulisi rehellisesti tunnustaa nämä tosiseikat ja ratkaisussa KKO 2014:7 kärjä- ja hovioikeuden toimintaa mukailten huomioida yksiköintipäätöksen vaikutus yhtäältä rangaistuksen mittaamiseen ja toisaalta myös syyteoikeuden vanhentumiseen, sekä antaa näiden seikkojen osaltaan painaa jo yksiköinnin arvioinnissa.

Katson nykytilan olevan tältä osin kestävä; yksiköintiratkaisu ei voi yhtäällä perustua syyteoikeuden vanhentumis- ja rangaistusseuraamusvaikutuksista vapaaseen harkintaan ja toisaalla pohjautua rangaistusseuraamusvaikutusten kohtuullistamiseen. Kerrotulla tavoin menetteleminen on räikeässä ristiriidassa ihmisten yhdenvertaisen kohtelun kanssa. Lähtökohtaisesti seikat on joko huomioitava, tai sitten jätettävä huomiotta. Perustelluin toimintatapa lienee vaikutusten laaja-alainen huomioiminen yksiköintiharkinnassa, ikään kuin luonnolliseen katsantokantaan vaikuttavien arviointikriteerien vastapainona – jollei jopa varsinaisina arviointikriteereinä – rikosykyä määritettäessä.

Koposen mukaan yksiköintiratkaisujen oikeudelliset arviointiperusteet sekä tuomioistuinten yksiköintipäätösten perustelut vaikuttavat toistuvasti ällistytävän epämääräisiltä. Hänen mukaansa "[t]oisinaan näyttää siltä, että yksiköintiä on pidetty lähinnä välttämättömänä pahana, jonka oikeudellista merkitystä ei ole enemmälti pohdittu."¹⁰⁸ Artikkelissa tarkastellun oikeuskäytännön valossa katson, ettei ongelmallista ole yksinomaan se, että yksiköintipäätöksiä perustellaan ällistytävän epämääräisesti. Huomattavasti hälyttävämpää on, ettei yksiköintipäätöksiä usein perustella lainkaan.

Systemaattinen yksiköintiharkinnasta vaikeneminen näyttäytyy mielestäni ulospäin melko yksiselitteisenä harkinnan poissaolona. Tosiasiallisesti tuomioistuimet ovat toki voineet yksiköintiharkintaa tehdä. Mikäli näin ei kuitenkaan ole, on yksiköintiharkinta ja rikosten yksiköintiin liittyvä valta siirtynyt rikosvastuun toteuttajalle, eli syyttäjälle. Vastaajan oikeusturvan toteutumisen kannalta tämä siirtyminen ei ole hyväksyttävä. On selvää, ettei yksiköintipäätösten perusteleminen jokaisen rikosasian jokaisen nimikkeen osalta ole tarkoituksenmukaista. Väliittömästi, kun menettelyn yksiköinti yhdeksi tai useammaksi rikokseksi ei ole ilmeistä, eli

106 Tapani 2012, s. 237–238.

107 Koponen, Pekka, 2015. Yksi vai useita rikoksia – rikosten yhtymisestä. Defensor Legis N:o 4/2015, s. 609–625. Asiantuntija-artikkeli, s. 609–610.

108 Koponen 2015, s. 611. Koposen mukaan oikeuskäytännössä on esimerkiksi saatettu syyksilukea ilmiselvästi yhdeksi ja samaksi rikokseksi yksiköitävät teot eri syytekohtina ja rikoksina yksinomaan siksi, että menettelyä koskevat haastehakemukset on vapautettu tuomioistuimeen eri ajankohtina.

tapauksissa, joissa yksiköintiä olisi syytä harkita, tulisi tämän harkinnan kuitenkin nähdäkseni näkyä myös ratkaisuteksteissä. Mikäli näin toimittaisiin, yhdenmukaistuisivat rikosten yksiköintiratkaisut väkisin. Ratkaisukäytännön yhdenmukaistuessa kohentuisi niin ikään ratkaisujen ennakoitavuus.

Vainoamismenettelyjen yksiköintikäytännön yhdenmukaistaminen näyttäytyy varsin vaativana. Yksiköinnin on yhtäältä noudatettava yleisiä rikosten yksiköinnistä annettuja ohjeita ja toisaalta tunnusmerkistön sanamuodon perusteella on muodostettava sitä koskeva oma, erityinen yksiköintikäytäntönsä. Vainoamistekotapojen laaja kirjo huomioiden varsinkin jälkimmäinen lienee työlästä toteuttaa tyhjentävästi. Tarkastellun aineiston perusteella eri vainoamismenettelyihin soveltuva yksiköinti on varsin vaihtelevaa – ja koska tälle varianssille ei useimmiten ilmeisesti esitetä perusteita – näyttäytyy se siten vastaajien oikeusturvaa vaarantavana, rikosoikeudellisen yhdenvertaisuuden sekä laillisuusperiaatteen kannalta ongelmallisena sokkoleikkinä. Mitään yksiselitteistä ja kaikenkattavaa ratkaisua sanottuun problematiikkaan tuskin on edes näköpiirissä. Vainoamiskriminalisoinnin kaltaiset avoimet tunnusmerkistöt ovatkin tulkintani mukaan omiaan vaikeuttamaan ennakoitavissa olevaan yksiköintiin pyrkimistä. Kuitenkin mikäli tuomioistuimet arvioisivat eri vainoamismenettelyjen yksiköintiä ratkaisuteksteissään, *mahdollistaisi* se edes oikeustilan osittaisen selkiytymisen, jota vasten käytänteiden yhdenmukaistaminen kävisi kivuttomammin.

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 as Harvard-style footnotes with the full citation appearing on 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.

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 at hlr-toimitus@pykala.fi. With other inquiries and ideas for co-operation, contact mikael.hitruhin@helsinkilawreview.fi

www.facebook.com/helsinkilawreview

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

